

# מלחמת "חרבות ברזל" ומשפט בינלאומי - שאלות ותשובות

עו"ד דוד פטר | עו"ד אברהם שליין

14.11.2023

## 1 | רגע, מה זה בכלל משפט בינלאומי?

המשפט הבינלאומי הפומבי אינו "משפט" במובנים המוכרים, אלא הוא תחום מעט שונה. אין גוף מחוקק עליון מוסכם, הדין לא תמיד ברור ולא תמיד ישנה אכיפה, בטח שלא שוויונית. המשפט הבינלאומי הוא למעשה כינוי לנורמות בינלאומיות במובן זה שהפרה שלהן עלולה לגרור השלכות דיפלומטיות, כלכליות ואחרות.<sup>1</sup>

המשפט הבינלאומי מורכב בעיקר מדין הסכמי ודין מנהגי. הדין ההסכמי נשען על אמנות שונות שמדינות מסכימות להצטרף אליהן מרצונן.<sup>2</sup> הדין המנהגי הוא מעין חובה לא-כתובה הנובעת מההתנהגות הרווחת של מדינות רבות, ומחייב את כלל המדינות גם בהיעדר הסכמה מפורשת של מי מהן. אמנה יכולה להפוך לדין מנהגי לאורך השנים אם כמעט כל המדינות בכמעט כל המקרים פועלות לאורה. הדין המנהגי שנוי במחלוקת בין משפטנים משום שקשה להסכים מה נהוג בפועל, האם יש לכך מעמד של "דין מנהגי" והאם מקרה מסוים אכן תואם את אותה חובה מנהגית.<sup>3</sup>

המקורות העיקריים של דיני המלחמה הם אמנות האג מ-1899 ו-1907,<sup>4</sup> ארבע אמנות ז'נבה מ-1949 ושני

1 רובי סיבל "מהות המשפט הבינלאומי" **משפט בינלאומי** 43 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית, 2016) (להלן: סיבל "מקורות המשפט הבינלאומי"); משה הירש "הגישה הסוציולוגית למשפט הבין-לאומי - ציות לכללי המשפט הבין-לאומי והפרתם" **משפט ועסקים** כה 459 (2022).

2 סיבל "מקורות המשפט הבינלאומי", לעיל ה"ש 1, בעמ' 59, 54-56; אסתר אפרת-סמילג, "דיני אמנות והפרקטיקה הישראלית" **משפט בינלאומי** 747 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית, 2016); ארנה בן-נפתלי ויובל שני **המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום** (להלן: בן נפתלי ושני **המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום**).

3 בן-נפתלי ושני **המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 378-399; סיבל "מקורות המשפט הבינלאומי", לעיל ה"ש 1, בעמ' 49-54.

4 Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on Land, Annex to the Convention: 1907 Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land (להלן: תקנות האג).

הפרוטוקולים הנוספים (פרוטוקול הוא תוספת מאוחרת לאמנה שמדינה יכולה לבחור האם לקבל).<sup>5</sup> יש לציין כי ישראל לא הצטרפה לפרוטוקולים הנוספים.<sup>6</sup>

החלטות העצרת הכללית של האו"ם אינן מחייבות,<sup>7</sup> אך החלטות של מועצת הביטחון לפי פרק 7 לאמנת האו"ם (פרוצדורה ייחודית) מחייבות את כלל המדינות.<sup>8</sup>

בכל פעם שטענה מועלית כלפי ישראל, יש לשאול האם מדינות שומרות חוק אחרות אכן פועלות באופן הזה במצבים דומים. הסיבה אינה הצבעה על צביעות, אלא משום שנורמה מחייבת רק כאשר היא כללית. טענות שמועלות רק כלפי ישראל אינן יכולות להיחשב כלל משפטיות בשום מובן מקובל, גם לא במשפט בינלאומי.<sup>9</sup>

## 2 | מה הם דיני מלחמה?

בניגוד לרושם שנוצר לעיתים בשיח הציבורי, דיני מלחמה במסגרת המשפט הבינלאומי כלל לא נועדו למנוע ממדינות להילחם, לנצח או להביס את האויב. הן אף לא נועדו לגרום למדינות להפעיל את הכוח המינימלי הנדרש על האויב. בדיוק להפך, הצרכים הצבאיים זוכים למעמד של בכורה בכפוף לגבולות גזרה מסוימים שנוגעים ברובם ליחס לאזרחים בלתי מעורבים.<sup>10</sup>

הכלל המנחה בדיני המלחמה הוא הצורך הצבאי (Military necessity), לפיו מותר להשתמש בכל האמצעים כדי להכריע את האויב באופן המהיר והיעיל ביותר, כל עוד הם אינם אסורים על פי דיני המלחמה.<sup>11</sup> כדי לסבר את האוזן להלן שני מקרי מבחן בולטים שמלמדים כיצד מדינות שומרות חוק נלחמות בפועל בתנאים אורבניים קשים:

5 אמנת ז'נבה מ-12 באוגוסט 1949 להטבת מצבם של פצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בשדה הקרב כ"א 30, 387 (להלן: אמנת ז'נבה הראשונה); אמנת ז'נבה מ-12 באוגוסט 1949 להטבת מצבם של פצועים, חולים ונטרפי אניות מבין אנשי הכוחות המזוינים בים כ"א 30, 423 (להלן: אמנת ז'נבה השנייה); אמנת ז'נבה מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, כ"א 30, 453 (להלן: אמנת ז'נבה השלישית); אמנת ז'נבה מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה כ"א 30, 559 (להלן: אמנת ז'נבה הרביעית); Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1125 U.N.T.S. 609 משנת 1977, לאמנות ז'נבה מיום 12 באוגוסט 1949 בדבר הגנה על קורבנות סכסוכים בינלאומיים מזוינים (להלן: הפרוטוקול הראשון לאמנות ז'נבה); Protocol Additional to the Geneva Convention of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) 1125 U.N.T.S. 609 משנת 1977, לאמנת ז'נבה מיום 12 באוגוסט 1949 בדבר הגנה על קורבנות סכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים (להלן: הפרוטוקול השני לאמנות ז'נבה).

6 ראו לדוגמה: בן־נפתלי ושני **המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 131; מודריק־אבן חן "דיני מלחמה", לעיל ה"ש, בעמ' 357-358.

7 ס' 10-17 לחוקת האו"ם, זמינה כאן. לעצרת הכללית יש סמכות לתת המלצות (make recommendations).

8 ראו: ס' 39-51 לחוק האו"ם. ראו גם רובי סיבל "ארגונים בינלאומיים" **משפט בינלאומי** 107, 122-125 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית, 2016).

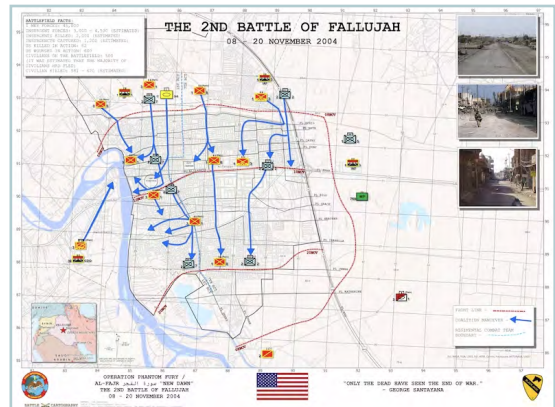
9 רועי שיינדורף וערן שמיר־בורר "היעדר) התחולה של דיני התפיסה הלוחמתית באשר לרצועת עזה" **עיוני משפט** מג 403, 424-425 (2020); ראו גם: ע"א 993/19 **פלוני נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון**, פס' 114 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 5.7.2022).

10 בן נפתלי ושני **המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 120-115; היילי מודריק־אבן חן, "דיני מלחמה" **משפט בינלאומי** 353, 361 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית, 2016) (להלן: מודריק־אבן חן "דיני מלחמה"); רפאל ביטון "דיני המלחמה כמסגרת כוללת להסדרת הריגה מוסדית" **משפט וצבא** יט 245, 257 (התשס"ז).

11 בן־נפתלי ושני **המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 147-151; Michael N. Schmitt, *Military Necessity*; 151-147 (בעמ' 795 (2010) *J. INT'L L. VA. J. INT'L L. 50* (2010) *and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance*).

## הקרב השני על פלוג'ה ("מבצע אל-פאג'ר", 2004):

הקרב השני על פלוג'ה במסגרת מלחמת המפרץ השנייה בין כוחות הקואליציה (ארה"ב, בריטניה ועיראק) לאל-קאעידה הוא הקרב האורבני המשמעותי ביותר שניהלה ארה"ב מאז מלחמת וייטנאם. האמריקאים והבריטים קראו לתושבים להתפנות, וקרוב ל-90% מהאזרחים הבלתי מעורבים עשו זאת. לאחר מכן הטילו כוחות הקואליציה מצור על העיר כדי למנוע אספקה לכוחות הג'יהאד. פלוג'ה הייתה ידועה כ-"עיר המסגדים", ואל-קאעידה ניצל את ריבויים כדי להחביא בהם נשק. ארה"ב החריבה במהלך הלחימה כ-60 מסגדים. בסוף הקרב, כ-80% מהמבנים בעיר ניזוקו או הושמדו. בחוגים צבאיים מערביים הקרב השני על פלוג'ה נחשב הצלחה גדולה. 35 חיילים אמריקאים, 4 בריטים ו-8 עיראקים נהרגו, לעומת כ-1,500 לוחמי ג'יהאד ועוד כ-800 בלתי מעורבים.<sup>12</sup>



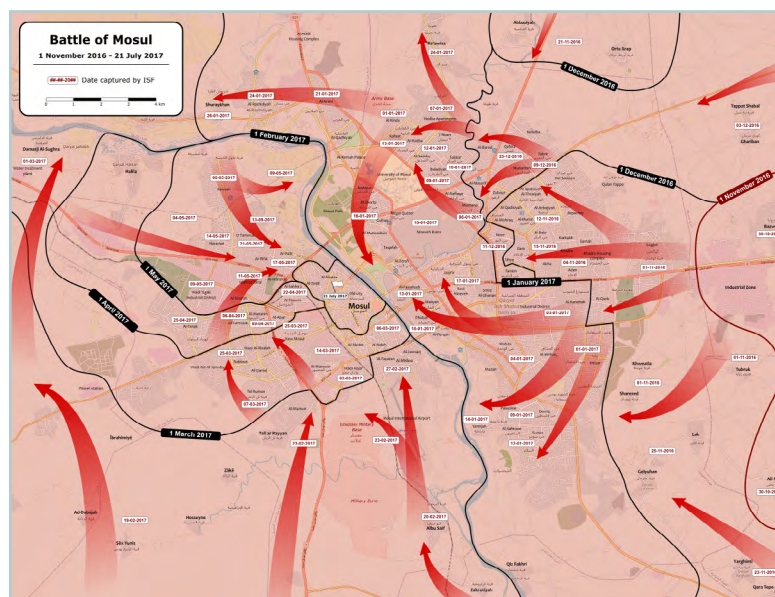
[תוכנית הקרב השני על פלוג'ה ותמונה מהקרבות - Marco Di Lauro / Getty Images]

## הקרב על מוסול (2016):

הקרב של כוחות הקואליציה (ארה"ב, צרפת, בריטניה, קנדה, אוסטרליה, גרמניה, טורקיה, הולנד, עיראק והכורדים) לשחרורה של מוסול שבעיראק מידי דאעש נחשב לקרב האורבני הקשה ביותר מאז מלחמת העולם השנייה. לוחמי דאעש התבצרו בקרב האוכלוסייה האזרחית של מוסול, תוך שימוש במגינים אנושיים, מלכוד בתים ופגיעה באזרחים שניסו לברוח מהעיר. למרות הפגיעה הקשה בבלתי מעורבים, כוחות הקואליציה לא סברו שהסיכון לבלתי מעורבים מעניק לדאעש חסינות, והשמידו את העיר כמעט כליל במאמץ לטהר אותה ממחבלים. המפקדים האמריקאים מתארים את העיר לאחר כיבושה כמעין דרזדן לאחר ההפצצות הבריטיות במלחמת העולם השנייה. במשך שמונת חודשי ההפצצות, למעלה מ-10,000 אזרחים עיראקים נהרגו על ידי כוחות ארה"ב, בעוד מספר דומה נרצחו על ידי דאעש.<sup>13</sup>

<https://mwi.westpoint.edu/urban-warfare-case-study-7-second-battle-of-fallujah/> John Spencer, Jayson Geroux, and Liam Collins, Case Study #7 – Fallujah II, (25.7.2023). 12

John Spencer and Jayson Geroux, Case Study #2 – Mosul (15.9.21) <https://mwi.westpoint.edu/urban-warfare-project-case-study-2-battle-of-mosul/>. 13



[תוכנית הקרב על מוסול – SuriyakMaps]



[תמונות לוויין ממוסול – לפני ואחרי הקרבות]<sup>14</sup>

ממקרי מבחן אלה ניתן לראות את המובן מאליו – מלחמה היא לא אירוע סטרילי, וכרוכה תמיד בהרס, בחורבן ובמוות. יש לראות את דיני המלחמה לא כניסיון למנוע מלחמות אלא כניסיון למנוע את הסבל העודף שאינו מחויב המציאות מבלי לפגוע בצורך הצבאי.

דיני המלחמה אינם דומים למשפט הפלילי, לא עוסקים בבירור אשמתו של אדם ספציפי בהתבסס על ראיות ואין אשמים מול חפים מפשע, אלא ישנה חלוקה בין לוחמים לאזרחים בלתי מעורבים.<sup>15</sup> אסור לבלבל בין המטרות, ההקשרים, הרציונל או סדרי הדין המוכרים מעולמות האכיפה הפלילית לבין דיני המלחמה.

<sup>14</sup> <https://commons.lib.jmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2828&context=cisr-journal>  
<sup>15</sup> בן-נפתלי ושני המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושולם, לעיל ה"ש 2, בעמ' 151-152; LEGALITY OF THE THREAT OR USE OF NUCLEAR WEAPONS, 1996 I.C.J 226, 257.

## 3 | האם חמאס מבצע פשעי מלחמה?

המעשים המזוועים שביצעו עזתים בשירות חמאס ב-7 באוקטובר מהווים הפרה קיצונית של הדין הבינלאומי, ונחשבים כפשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות.

**פשעי המלחמה של חמאס במסגרת טבח שבעה באוקטובר כוללים בין היתר:**<sup>16</sup>

- א. פתיחה בלתי מוצדקת ובלתי חוקית במלחמה.
- ב. שימוש בארטילריה שכוונה לריכוזי אוכלוסייה בלתי מעורבת.
- ג. רצח המוני של אזרחים בלתי מעורבים.
- ד. עינויים קשים.
- ה. אונס ואלימות מינית.
- ו. התעללות בגופות.
- ז. ביזה.
- ח. לקיחת אזרחים בלתי מעורבים כשבויים.
- ט. החרבת יישובים ללא כל צורך צבאי.
- י. היעדר סימונים המבחינים בין לוחמים לבלתי מעורבים.

חמאס אף ביצע פשע מסוג השמדת עם, הפשע החמור ביותר בדין הבינלאומי. דיני המלחמה המודרניים התעצבו למעשה לאחר מלחמת העולם השנייה, ובראש ובראשונה כדי למנוע השמדת עם.

השמדת עם בהגדרתה באמנת האו"ם (1948) היא הריגת אנשים **"...בכוונה להשמיד, השמדה גמורה או חלקית, קבוצה לאומית, אתנית, גזעית או דתית"**.<sup>17</sup> לפיכך אין כל ספק שחמאס ביצע את החמור שבפשעי המלחמה.

האמנה בדבר השמדת עם, אשר התקבלה כדין מנהגי מחייב, מטילה אחריות כלפי כלל המדינות למנוע רצח עם ולהעניש מבצעה. לפיכך המשפט הבינלאומי מחייב את כל מדינות העולם לפעול כדי לסייע למדינת ישראל למנוע כל סיכוי לאיום נוסף מהסוג שהתממש בטבח, וכן לפעול על מנת להעניש את כל מי שמעורב בטבח או בקבלת ההחלטות של ארגון חמאס.

יש לציין כי לצד מעשיו המפלצתיים המעידים על עצמם, חמאס אף הצהיר רשמית על רציחת יהודים כאחת ממטרותיו המרכזיות (סעיף 7 לאמנת חמאס ובאינספור התבטאויות של בכירי הארגון).<sup>18</sup>

במהלך מלחמת ההגנה שנלחמת ישראל ברצועת עזה, "חרבות ברזל", ממשיך חמאס לבצע עוד ועוד פשעי מלחמה. כך למשל, אחד מעקרונות העל בדיני המלחמה הוא "עיקרון ההבחנה" – הבחנה בין לוחמים ומתקנים צבאיים לבין אזרחים ומוסדות אזרחיים.<sup>19</sup> עיקרון זה כה יסודי עד שהוא מופיע כבר בקודיפיקציה

16 ס' 8 ל-3 Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 U.N.T.S.

17 ס' 2 לאמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, כ"א 1, 65 (בתוקף לגבי ישראל מ-1950).

18 [https://www.terrorism-info.org.il/Data/pdf/PDF\\_18894\\_1.pdf](https://www.terrorism-info.org.il/Data/pdf/PDF_18894_1.pdf)

19 Article 22 of the Lieber Code; Article 48 of Additional Protocol I; Blank, Laurie R., Taking Distinction to the Next Level: Accountability for Fighters' Failure to Distinguish Themselves from Civilians (September 27, 2011). 46:3 Valparaiso University Law Review 765-802 (2012), Emory Public Law Research Paper No. 11-169, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1934513>.

הראשונה של דיני המלחמה, "קוד ליבר", שנוסח במהלך מלחמת האזרחים האמריקנית. הלכה למעשה ההגדרה המקובלת לעיקרון ההבחנה נמצאת בס' 48 לפרוטוקול הראשון לאמנת ז'נבה:

**"על-מנת להבטיח את כיבודם של האוכלוסייה האזרחית ושל אובייקטים אזרחיים ואת ההגנה עליהם, הצדדים לסכסוך יבחינו בכל עת בין האוכלוסייה האזרחית לבין הלוחמים ובין אובייקטים אזרחיים לבין מטרות צבאיות, ובהתאם יכוונו את פעולותיהם רק נגד מטרות צבאיות".<sup>20</sup>**

עיקרון ההבחנה מוכר כ"משפט מנהגי" מחייב במסגרת המשפט הבינלאומי ההומניטרי ודיני המלחמה. קרי, הוא מחייב את כל באי עולם גם אם אין הם חתומים על אמנה זו או אחרת. חמאס מפר את עיקרון ההבחנה ברגל גסה בכל המישורים והמובנים האפשריים.

### **פשעי המלחמה של חמאס במסגרת מלחמת "חרבות ברזל" כוללים בין היתר:**

- א. לוחמי חמאס מסתתרים בקרב אוכלוסייה אזרחית.
- ב. חמאס אינו מייצר הבחנה בין מתקניו הצבאיים למתקנים אזרחיים ולמעשה הופך כמעט כל מוסד אזרחי מוגן (בתי ספר, בתי חולים, מסגדים וכדו') למתקן צבאי.
- ג. חמאס לא מסמן את לוחמיו באמצעות מדים אחידים שיקלו על זיהוי כפי שנדרש בדין הבינלאומי ולוחמיו לובשים בגדים משתנים ואף אזרחיים לחלוטין.
- ד. חמאס תוקף את האזרחים שנמלטים מאזורי הקרבות, מציב מחסומים ועושה ככל שביכולתו כדי לסכל את עיקרון ההבחנה.
- ה. חמאס תוקף כוחות צה"ל אשר מאבטחים נתיבים הומניטריים שנועדו להימלטות בטוחה של אזרחים בלתי מעורבים.
- ו. חמאס הפר בעבר הפסקות אש והוביל להריגתם של לוחמי צה"ל וחטיפתם בזמן הפסקת אש.
- ז. חמאס מכוון את הארטילריה שלו כלפי אוכלוסייה ישראלית אזרחית.
- ח. חמאס המשיך לנסות לחדור ולפגוע באזרחים קרקעית גם לאחר 7.10.
- ט. חמאס לא מאפשר גישה של הצלב האדום לשבויים הישראלים שבידיו.

זוהי רשימה חלקית בלבד. נדמה שאין פשע מלחמה אשר חמאס לא מבצע בחדווה, ברגל גסה ובברוטליות. השאלה אינה חוקיות פעולותיה של מדינת ישראל (שהן חוקיות לחלוטין כפי שנראה להלן), אלא מה הקהילה הבינלאומית עושה בנוגע לפשעי המלחמה המתמשכים של חמאס ובנוגע לחובתה לפעול להענשת פושעים שביצעו עבירת "השמדת עם".

במלחמת "חרבות ברזל" לא רק שישראל שומרת על דיני המלחמה על ידי פגיעה ביכולות חמאס לפגוע באוכלוסייה האזרחית בישראל, היא למעשה מקיימת את חובתה על פי המשפט הבינלאומי למנוע פשע מסוג "השמדת עם". זאת לצד מימוש חובתה הכללית של כל מדינה לשמור על אזרחיה וגבולותיה.

## 4 | האם עומדת לישראל הזכות להגן על עצמה?

לכל מדינה עומדת הזכות להגנה עצמית לפי ס' 51 לאמנת האו"ם.<sup>21</sup> החלטה 1373 של מועצת הביטחון, שהתקבלה בעקבות פיגועי 11 בספטמבר, מבהירה שהזכות להגנה עצמית כוללת מענה למתקפות מצד ישויות לא מדינתיות, כגון אל-קאעידה וחמאס.<sup>22</sup> החלטה זו התקבלה על פי פרק 7 לאמנת האו"ם, כלומר היא מחייבת את כל המדינות.

הניסיון להציג את הדין הבינלאומי כאילו הוא קובע מעין פירוד בפועל של מדינות ומחייב את חשיפתן לכל אויב ואורב בדרך, אינה אלא הולכת שולל ואין לגישה זו שום בסיס משפטי מקצועי.

במלחמת "חרבות ברזל" ישראל לא רק שומרת על דיני המלחמה אלא למעשה מקיימת את חובתה על פי המשפט הבינלאומי למנוע פשע מסוג "השמדת עם", לצד חובתה הכללית של כל מדינה לשמור על אזרחיה וגבולותיה. זו מלחמה שהיא לא רק זכותה של מדינת ישראל אלא היא חובתה. כך פועלת ישראל וכך פועלות כל מדינות העולם המערבי, כפי שהוצג כאן.

## 5 | מה לגבי הפגיעה בבלתי מעורבים ברצועת עזה?

בניגוד למה שנטען לעיתים בשיח הציבורי, פגיעה בבלתי מעורבים, על אף הטרגדיה האנושית שכרוכה בכך, היא כורח המציאות בכל מלחמה ואין היא פעולה אסורה כשלעצמה במסגרת המשפט הבינלאומי – כל עוד ישנה מטרה צבאית שמצדיקה זאת ("מידתיות").<sup>23</sup> על מדינה, כמובן, לפעול על מנת למזער ככל הניתן את "הנזק האגבי" שנגרם אגב הפגיעה במטרה הצבאית<sup>24</sup> אך אין מלחמה ללא נזק אגבי. הצבעה על מותם של בלתי מעורבים אינה מוכיחה כי הצבא התוקף הפר את הדין הבינלאומי, אלא שמתחוללת מלחמה ותו לא. ומלחמה, למרבה הצער, גם היא הכרח שנכפה על מדינות על מנת להגן על שלום אזרחיהן וגבולותיהן.

על פי הדין הבינלאומי, חובה על כל צד ללחימה להבחין בין בלתי מעורבים ללוחמים,<sup>25</sup> ופגיעה מכוונת באזרחי האויב היא הפרה של דיני המלחמה. בדיוק משום כך ישראל קראה לאזרחים עזתיים לנוע לדרום הרצועה לפני הפלישה הקרקעית, וכן הקדימה והתריעה באופנים שונים לפני תקיפות אוויריות ככל שהדבר התאפשר מבחינה צבאית. בכך, ישראל מילאה את חובותיה מבחינה דרישות המשפט הבינלאומי.<sup>26</sup>

21 ס' 51 לאמנת האו"ם, זמין כאן.

22 United Nations Security Council (UNSC) Res 1373 (28 September 2001) UN Doc S/RES/1373 <https://digitallibrary.un.org/record/449020>

23 ס' 51(5)(ב) לפרוטוקול הראשון לאמנות ז'נבה.

24 ס' 26 לתקנות האג.

25 ס' 51(4) לפרוטוקול הראשון לאמנות ז'נבה.

26 ס' 57 לפרוטוקול הראשון לאמנת ז'נבה; Michael N. Schmitt, *ISRAEL – HAMAS 2023 SYMPOSIUM – THE IDF, HAMAS, AND THE DUTY TO WARN*, (27.10.2023) <https://lieber.westpoint.edu/idf-hamas-duty-to-warn> "there is no question that the IDF's warnings practice, in general, is the gold standard. Indeed, as a matter of policy, the IDF typically exceeds what the law requires. It is likewise clear that its warning to evacuate northern Gaza constitutes an "effective warning", as that concept is understood in IHL."

חשוב גם לציין כי החובה העיקרית להבחין בין אזרחים ללוחמים מוטלת על הצד השולט אפקטיבית בשטח.<sup>27</sup> חמאס, אשר שולט ברצועת עזה, מחויב לדאוג להרחקת אזרחים משדה הקרב וממתקנים צבאיים. בפועל, חמאס פועל במכוון מתוך אזורים אזרחיים כדי להגן על כוחותיו וכן על מנת למקסם הרג אזרחים עזתיים. חמאס אף תוקף את אזרחיו שלו אשר מנסים לנוע דרומה כדי להרחיק עצמם משדה הקרב. האחריות, המשפטית והמוסרית, לכל מי שייפגע כתוצאה מכך היא על ארגון חמאס.<sup>28</sup>

## 6 | האם התקיפות הישראליות הן מידתיות?

מידתיות אינה השוואה של מספר ההרוגים בכל צד. על פי הדין הבינלאומי מידתיות משמעה היחס בין "הנזק האגבי" לבין היתרון הצבאי הצומח מהתקיפה הצבאית.<sup>29</sup>

למידתיות אין משוואת קסם והיא תלויה הקשר.<sup>30</sup> ההיקף והאכזריות של מתקפת חמאס משפיעים גם על הניתוח המשפטי. כ-3,000 מחבלים הצליחו לרצוח בצורה ברוטלית כ-1,400 אזרחים ולהוביל לעקירתם של עשרות אלפי אנשים מבתיהם. אזרחים ישראל לא יוכלו לחזור לבתייהם ולהשתקם כל עוד חמאס קיים. לכן, מיותר לומר, השמדת חמאס תעניק יתרון צבאי משמעותי וחיוני עבור מדינת ישראל ואזרחיה. לפיכך נזק אגבי, בתנאי שנעשה מאמץ למזערו, שנגרם בדרך להשמדת חמאס ושותפיו, מותר ללא כל ספק מבחינת דיני המלחמה. מספר ההרוגים יכול כמובן להיות בסיס לשיח ציבורי כללי אבל אינו מעיד דבר על חוסר מידתיות מהבחינה המשפטית.<sup>31</sup> כדי להבין מה נחשב מידתי במובנים של המשפט הבינלאומי יש להסתכל על התנהגות המדינות בפועל.

כך לדוגמה במלחמת המפרץ השנייה, מדיניות תקיפות המל"טים של כוחות הקואליציה הייתה שמותר לפגוע במטרות בעלות ערך אף בלי לבקש אישור מראש מהבית הלבן אם ההערכה הייתה שייפגעו עד 30 אזרחים בלתי מעורבים. אם ההערכה הייתה לנזק אגבי גבוה יותר הגורם המאשר היה הבית הלבן.<sup>32</sup>

27 ס' 51(7) לפרוטוקול הראשון לאמנות ז'נבה; ס' 58(ב) לפרוטוקול הראשון לאמנות ז'נבה.

28 Michael N. Schmitt, *ISRAEL – HAMAS 2023 SYMPOSIUM – WHAT IS AND IS NOT HUMAN SHIELDING?* (3.11.2023) <https://lieber.westpoint.edu/what-is-and-is-not-human-shielding/> " Hamas has violated the prohibition by, among other acts, using hostages as shields and preventing civilians from leaving northern Gaza. It has also violated obligations not to use specially protected facilities as shields. And even when its actions do not amount to unlawful shielding, they are subject to the requirement to take feasible passive precautions to safeguard the civilian population.

29 ס' 51(5)(ב) לפרוטוקול הראשון לאמנות ז'נבה.

30 יובל שני "המשפט הבינלאומי והלחימה בעזה: תיאום ציפיות" משפטים על אתר א', בעמ' 6 (התשס"ט).

31 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, פס' 46 לפסק הדין של הנשיא אהרן ברק (2006)(להלן: הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל).

32 Benjamin, M. (2007). When is an accidental civilian death not an accident? Salon. [https://www.salon.com/2007/07/30/collateral\\_damage/](https://www.salon.com/2007/07/30/collateral_damage/).



## 7 | מי מחליט מהו "נזק אגבי" מידתי?

מידתיות תקיפה נתונה לשיקול הדעת המקצועי של הפיקוד הצבאי.<sup>33</sup> לחימה מתקיימת בנסיבות של ערפל קרב, על סמך מידע חלקי. לכן, על הפיקוד הצבאי להחליט לפי המידע שמונח לפניו באותה עת. אין בוחנים מידתיות לפי מידע שמתגלה בדיעבד.<sup>34</sup> כלל זה נודע כ"כלל רנדוליק".<sup>35</sup>

חשוב להדגיש כי עיקרון המידתיות אינו דורש מהכוח התוקף לסכן את עצמו כדי למזער נזק אגבי לאזרחים. כך למשל, התובע בבית דין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר (ICTY) קבע כי כוחות נאט"ו היו יכולים להפציץ מגובה רב יותר למרות שהדיוק יפחת ויותר אזרחים ייפגעו. מזעור הסיכוי שמטוסי נאט"ו יורטו הפך את הפגיעה באזרחים למידתית לאור הצורך הצבאי.<sup>36</sup> גם קנדה, אוסטרליה וניו-זילנד הצהירו שכך הן מפרשות את הוראות המידתיות כשהצטרפו לפרוטוקול הנוסף.<sup>37</sup>

גם "פרשת מכלי הדלק" יכולה ללמד על הפרקטיקה המדינית. בספטמבר 2009, מפקד גרמני באפגניסטן הורה על הפצצת שני מכלי דלק שנגנבו על ידי כוחות הטאליבן. כ-100 בלתי מעורבים נהרגו. לאחר ביקורת ציבורית קשה, המדינה פתחה בחקירה פלילית כנגד המפקד. בית המשפט פסק כי מעשיו של המפקד היו חוקיים משום שהם עמדו בסטנדרטים של המשפט הבינלאומי. אפילו יתרון צבאי קצר מועד או טקטי בלבד, כגון למנוע מהטאליבן את השימוש בדלק, מגבש מטרה לגיטימית. המפקד שקל את המרחק בין המכלים ליישוב, את העובדה שאזרחים בדרך כלל אינם נמצאים באזור בשעות הלילה המאוחרות, ואת מיקום לוחמי הטאליבן. לפי השיקולים האלו, היו מספיק סיבות לסבור שמי שנמצא בזירה היה לוחם. אין צורך בוודאות מוחלטת. אין במלחמה ודאות מוחלטת. בית המשפט קבע שאין סטנדרט חיצוני נוקשה לבחינת מידתיות ויש לקבל את שיקול הדעת של מפקד צבאי סביר.<sup>38</sup>

33 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, לעיל ה"ש 27, בפס' 57 לפסק הדין של הנשיא ברק.

34 בן-נפתלי ושני המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום, לעיל ה"ש 1, בעמ' 155.

35 United States v. List, et al. (The Hostage Case), XI TRIALS OF WAR CRIMINALS BEFORE THE NMT 1295-96 ("בעמדו מול מצב זה, [הנתבע רנדוליק] הנהיג מדיניות של 'אדמה חרוכה' במחוז הנורבגי פינמרק, שהיא הבסיס לתביעה זו [בגין הריסה מופקרת של רכוש]... ישנן ראיות לכך שאומנם לא היה צורך צבאי בהרס ובהשמדה. מבט לאחור הבוחן את העובדות תומך כנראה במסקנה זו, אולם עלינו לשפוט את המקרה על פי כיצד נצטיירו הדברים בפני הנתבע באותו זמן. אם לאחר שקילת כל האפשרויות הקיימות, מתן משקל ראוי לכל הגורמים ובשיקול דעת העובדות שבפניו הצדיקו את המעשה, אי אפשר שייחשב פלילי").

36 Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia par. 52-56 <https://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal>.

37 See ICRC Study (n 38) commentary to 'Rule 14. Proportionality in Attack' at 'Interpretation'.

38 Germany, Federal Court of Justice, Federal Prosecutor General, Fuel Tankers case, Decision, 16 April 2010, pp. 63-66.

## 8 | האם ישראל חייבת על פי הדין הבינלאומי לספק סיוע הומניטרי לעזה?

מדינה לא נדרשת לספק דבר לשטח האויב. אין לישראל שום חובה במסגרת המשפט הבינלאומי לתת אספקה לרצועת עזה. יתרה מכך, ישנה חובה משפטית שלא לתת אספקה לשטח הנשלט על ידי ארגון טרור. החלטת 1373 של מועצת הביטחון מחייבת את כל המדינות שלא לממן או להעמיד לרשות ארגוני טרור "כל סכום כסף, נכסים פיננסיים, משאבים כלכליים, שירותים פיננסיים או שירותים רלוונטיים אחרים".<sup>39</sup>

## 9 | האם ישראל חייבת לאפשר לצדדים שלישיים להעביר סיוע הומניטרי?

בשעת מלחמה חלה על הצדדים חובה לסייע בהספקת סוגים שונים של סיוע הומניטרי על ידי צד שלישי. קיימת מחלוקת לגבי מה נחשבת סחורה הומניטרית.

לפי ס' 23 לאמנת ז'נבה הרביעית, החובה לאפשר סיוע הומניטרי מותנית בכך שהמשלוח יגיע ליעדו ושהאויב לא יוכל להפיק ממנו יתרון צבאי או כלכלי. ב-16 באוקטובר פרסם ארגון אונר"א שמחבלי חמאס גנבו דלק וציוד רפואי. עוד דווח שחמאס אוגר דלק כשבתי חולים מתלוננים על מחסור וכי אנשיו מכים אזרחים שניגשים לקבל אספקה הומניטרית וגונבים אותה לצורכיהם.

מובן מאליו שלאור שליטת חמאס על רצועת עזה, כל סיוע יגיע לידיו ויעזור לו להמשיך את הלחימה נגד ישראל. לפיכך לא חלה על ישראל כל חובה במסגרת המשפט הבינלאומי לאפשר מתן סיוע שכזה לרצועה. ייתכן שישראל תבחר לאפשר הענקת סיוע כזה בשל שיקולים דיפלומטיים כאלה ואחרים, אך דיני המלחמה אינם דורשים זאת.

39 ראו ה"ש 18 לעיל. ראו גם: Ori Pomson, *ISRAEL – HAMAS 2023 SYMPOSIUM – THE OBLIGATION TO ALLOW AND FACILITATE HUMANITARIAN RELIEF, ARTICLES OF WAR* (7.11.2023) <https://lieber.westpoint.edu/obligation-allow-facilitate-humanitarian-relief/>.

בשולי העניין יש לציין כי בג"ץ קבע לאחר ההתנתקות כי לא נותקה הזיקה באופן מיידי ובאופן מלא לאור השליטה הממושכת ברצועה ולכן על ישראל לאפשר כניסת צרכים הומניטאריים בסיסיים כגון מזון, תרופות, בגדים, חשמל ודלקים (בג"ץ 9132/07 גבר אלבסיוני אחמד נ' ראש הממשלה (נבו 30.01.2008)). על פסיקה זו נמתחה ביקורת בידי משפטנים ואין זה ברור מה יפסוק בג"ץ כיום לאור מרחק הזמן מעזיבת הרצועה וניתוק הזיקה ממנה. בשעת מלחמה הדברים אינם רלוונטיים ובוודאי שהמצב ישפיע על כל פסיקה עתידית בנושא. בנוסף יש להעיר שנדמה שפסק הדין אינו מבחין בין חובתה של מדינה, על פי הדין הבין-לאומי, לאפשר לצדדים שלישיים לספק סיוע הומניטרי לבין חובתה של ישראל עצמה.

## 10 | האם ישראל חייבת להסכים להפסקת אש למטרות הומניטריות?

כל דרישה הומניטרית, אשר יש להתייחס אליה במידת האפשר, כפופה לצורך הצבאי. לפי הפרשנות של הצלב האדום לאמנת ז'נבה הרביעית: "צורך צבאי מנוגד על פי רוב לדרישות הומניטריות. לכן, מטרתו של הדין ההומניטרי הוא לאזן בין הצורך הצבאי והדרישות ההומניטריות".

חשוב להבהיר כי אין כל חובה לאפשר הפסקת אש אשר תפגע במאמץ המלחמתי ותאפשר לחמאס להתחמש, להתארגן, להתגונן ואף לתקוף. חמאס ביצע תקיפות רבות לאורך השנים תוך הפרה חמורה של הפסקות האש ההומניטריות שהעניקה מדינת ישראל. זכור במיוחד אירוע הריגתם של רס"ן בניה שראל, סמ"ר ליאל גדעוני וסגן הדר גולדין וחטיפתו של האחרון על ידי חמאס בשנת 2014 בזמן הפסקת אש הומניטרית מצד ישראל.

## 11 | האם מותר לתקוף בתי חולים, בתי ספר ומסגדים אשר מתוכם פועל חמאס?

בתי חולים, בתי ספר ומקומות תפילה נהנים מהגנה מיוחדת במסגרת אמנת ז'נבה הרביעית וככלל אסור לתקוף אותם.<sup>40</sup> אך כאשר מבנים אלו משמשים בשימוש מעורב גם למטרות צבאיות (אחסון נשק ולוחמים, ירי מתוכם, מפקדות וכדומה) אזי הם הופכים למטרה צבאית לגיטימית.<sup>41</sup>

במקביל, חל איסור מוחלט להשתמש במבנים אלו לצרכים צבאיים.<sup>42</sup> לפיכך חמאס מבצע פשעי מלחמה כשהוא משתמש במגנים אנושיים, יורה מתוך שטח אזרחי ופועל מתוך מסגדים, בתי ספר ובתי חולים (מפקדת חמאס נמצאת מתחת לבית החולים "שיפא"). אמנת ז'נבה קובעת שהימצאות אוכלוסייה אזרחית בתוך או בסמוך למטרה צבאית לא מעניקה חסינות לאותה מטרה מפני תקיפה צבאית. הדבר ברור מאליו, ולא ניתן להעלות על הדעת אחרת, שכן חסינות שכזו רק תעודד את האויב להתחבא בתוך מקומות רגישים אלו ולפגוע באוכלוסייה הבלתי מעורבת עוד יותר.

לגבי המשפט הבינלאומי, כאמור בהקדמה, ניתן להסיק מהנורמות **בפועל** של מדינות המערב. כך לדוגמה:

Fourth Hague Convention (HR) Art. 27, First Geneva Convention (GCI) Art. 19-22 and 35-37, Fourth Geneva Convention (GCIV) Art. 18-19, 21-22 and 53, PI 12, 21-31, 52-56, 85, Second Additional Protocol to Geneva Convention (APII) 11-12, 14-16. 40

API, Art. 52(1) and (2). 41

UK Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict, Par. 16.29. 42

### א. בגדאד (2003):

במסגרת מלחמת המפרץ השנייה חיל האוויר האמריקאי (בסיוע בריטי) תקפו באתר בית החולים במחוז אל-מנצור אשר בבגדאד. במסגרת התקיפה נפגע בית החולים וכן אתר של הצלב האדום, נהרגו מספר בלתי מעורבים ונפצעו עשרות.<sup>43</sup>



[Akram Saleh: Reuters]

### ב. פלוג'ה (2004):

הקרבת השני על פלוג'ה לשחרורה מידי אל-קאעידה נפתח ביום 7.11.2004 בהשתלטות הכוחות המיוחדים האמריקניים (בתמיכת כוחות בריטיים ועיראקיים) על בית החולים. זאת מפני שאל-קאעידה השתמש באתר כמפקדה.<sup>44</sup>



[AP Photo / APTN / Pool]

<https://www.theguardian.com/world/2003/apr/02/iraq.simonjeffery> 43

<https://www.nytimes.com/2004/11/08/world/middleeast/early-target-of-offensive-is-a-hospital.html> 44

<https://mwi.westpoint.edu/urban-warfare-case-study-7-second-battle-of-fallujah/>

## ג. פלוג'יה (2014):

בשנת 2014 בית החולים בפלוג'יה הותקף במרגמות מספר פעמים על ידי הצבא העיראקי מכיוון שהוא נשלט בידי דאעש ונעשה בו שימוש צבאי.<sup>45</sup> באותה עת הצבא העיראקי פעל כחלק מכוחות הקואליציה יחד עם ארה"ב ועל פי הדיווחים סביר שהתקיפה אף בוצעה באמצעות חימוש אמריקני.<sup>46</sup>



[AP Photo / APTN / Pool]

## ד. קונדוז (2015):

בשנת 2015 חיל האוויר האמריקני הפציץ את בית החולים בקונדוז שבאפגניסטן. הנזק האגבי האמיר לכדי 42 הרוגים ועשרות פצועים. הפעולה זכתה לשיח ביקורתי בזירה הבינלאומית, לרבות חקירה של NATO שמעולם לא פרסמה את ממצאיה. על פי תגובת הצבא האמריקני התקיפה בוצעה על מנת להגן על כוחות שספגו אש מהטאליבן שהתמקם באתר.

משפטנים שונים התייחסו לתקרית בצורה שונה. אך גם מבקריה החריפים, כגון התובע לשעבר של בית הדין בהאג, שריף בסיוני,<sup>47</sup> וגם המשפטנים הזהירים יותר, כגון עו"ד הורוביץ,<sup>48</sup> בסופו של דבר אמרו את אותו הדבר – נדרשת ידיעה בזמן אמת על מטרות צבאיות בתוך בית החולים, נדרש צורך צבאי ונדרש יחס של מידתיות בין הצורך הצבאי לבין הנזק האגבי. המבקרים והמגנים חלוקים באשר לסיכוייה של ארה"ב לשכנע בקיומם של תנאים אלו. בסופו של דבר הנשיא אובמה הורה על פיצויו כספי למשפחות הנפגעים.

<https://www.hrw.org/news/2014/05/27/iraq-government-attacking-fallujah-hospital>. 45

<https://www.commondreams.org/news/2014/05/27/armed-us-weapons-iraqi-govt-repeatedly-attacked-hospital>. 46

<https://abcnews.go.com/International/international-war-crimes-charge-us-kunduz-hospital-bombing/story?id=34345406>. 47

<https://www.justsecurity.org/27026/kunduz-update/>. 48



[Najim Rahim/AFP/  
Getty Images]

### ה. מוסול (2016):

בשנת 2016 תקף חיל האוויר האמריקאי את בית החולים "אל-סלאם" במוסול במסגרת הקרבות בין דאעש וכוחות הקואליציה. נוסף על כך, כוחות קרקעיים פלשו לבית החולים וניהלו בו לחימה. דאעש מיקמו מפקדה בבית החולים העיראקי, הציבו בקומותיו העליונות לוחמים ואף לחמו מתוך המבנה, בעוד בית החולים המשיך לתפקד בקומות התחתונות.<sup>49</sup>



[Sarah Margon/Human  
Rights Watch]

<https://www.reuters.com/article/us-mideast-crisis-iraq-idUSKBN13X1EI>

<https://euromedmonitor.org/en/article/1750/Iraq:-In-Mosul-Battle,-ISIS-Used-Hospital-Base>

## 1. מוסול (2017):

בשנת 2017 חיל האוויר האמריקאי תקף את בית החולים "ג'אמחורי" שגם בו הוקמה מפקדה של דאעש והוציא הודעה רשמית בעקבות התקיפה:

**"דאעש ממשיך להתעלם מדיני המלחמה ועושה שימוש באתרים מוגנים כמו בתי חולים, בתי ספר ומסגדים בניסיון להגן על עצמו מתקיפת כוחות הקואליציה".**<sup>50</sup>



[REUTERS/Suhaib Salem]

## 2. תימן (2015-2017):

בשנים 2015-2017 למעלה מ-160 מוסדות רפואיים בתימן הותקפו על ידי כוחות הקואליציה, בהובלת סעודיה, שפעלו נגד החות'ים.<sup>51</sup> הקואליציה הובלה בידי מדינות מוסלמיות אך נתמכה על ידי ארה"ב, בריטניה, צרפת ועוד. נראה שהחות'ים, בדומה לדאעש לעיל, סיגלו לעצמם שימוש צבאי שיטתי בבתי חולים בניסיון להגן על עצמם.<sup>52</sup>



[STRINGER/AFP/GETTY IMAGES]

<https://www.defense.gov/News/News-Stories/Article/Article/1088185/coalition-forces-strike-five-story-facility-in-mosul/> 50

<https://www.bbc.com/news/world-middle-east-39651265> 51

<https://www.savethechildren.ca/wp-content/uploads/2017/04/2212-Watchlist-Field-Report-Yemen.pdf>

<https://www.hrw.org/news/2015/06/17/yemen-houthis-southern-fighters-endanger-aden-hospital>. 52

ניתן להסיק מהפרשות שלעיל שלוש מסקנות חד־משמעיות:

- א. אל־קאעידה, הטאליבן, דאעש, החות'ים וגם חמאס כאן ברצועת עזה – השתמשו כולם בבתי חולים כמפקדות. זאת תוך הפרה צינית וגסה של המשפט הבינלאומי מתוך ניסיון להגן על עצמם. האזרחים הבלתי מעורבים, החולים המאושפזים, המשפחות והסגל הרפואי כולם משמשים בעל כורחם כמגן אנושי לכוחות הטרור האסלאמיסטיים.
- ב. הדין הבינלאומי מסיר את ההגנה על מוסדות מעין אלו אם נעשה בהם שימוש צבאי.
- ג. הנורמה הבינלאומית בשעת מלחמה היא תקיפה של בתי חולים. זאת בכפוף לכך שהם משמשים לצרכים צבאיים, מתקיים יחס של מידתיות בין הצורך הצבאי לנזק האגבי וננקטו כל האמצעים למזעור הנזק האגבי.

יש לציין כי הייתה על התקיפות הללו, כמו בכל מלחמה בעשורים האחרונים, גם ביקורת משמעותית בקהילת זכויות האדם והמשפט הבינלאומי. עם זאת, המשפט הבינלאומי לא מתעצב בארגוני זכויות האדם, לא באקדמיה ולא באולפני רשתות התקשורת. דיני המלחמה במסגרת המשפט הבינלאומי מתעצבים באמנות מוסכמות ובפרקטיקות בפועל של המדינות המובילות, שנאלצות להתמודד עם הדילמות שכרוכות בלוחמה ממשית ונושאות באחריות ההגנה על אזרחיהן.

הענקת חסינות דה־פקטו למפקדות טרור ומטרות צבאיות אם הן ממוקמות במוסדות אזרחיים מוגנים היא לא רק אבסורד, טעות בהבנת הדין הבינלאומי ופגיעה באזרחי וחיילי המדינה התוקפת – אלא היא גם תמריץ לארגוני הטרור להמשיך ולהציב את כוחותיהם בלב אוכלוסייה אזרחית ובלב מוסדות אזרחיים מוגנים כגון בתי חולים, בתי ספר ומסגדים.

## 12 | האם עזה היא שטח כבוש וחלות על ישראל החובות שנגזרות מכך?

ב־2005, ישראל פינתה את כל אזרחיה וחייליה מרצועת עזה. מאז יוני 2007, חמאס הוא השולט בעזה באופן בלעדי. לפי דיני התפיסה הלוחמתית, התנאי הבסיסי לכיבוש הוא "שליטה אפקטיבית" על השטח. שליטה אפקטיבית כוללת ניהול אזרחי של השטח הכבוש על ידי כוחות הכובש.<sup>53</sup>

מאז 2005 ישראל אינה שולטת באופן אפקטיבי בנעשה בעזה. ישראל אינה הריבון שמעצב את חיי העזתים בשום מובן משפטי מקובל. אם ישראל צריכה לצאת למבצע צבאי נרחב על מנת לכבוש את עזה ולמוטט את שלטון חמאס, קשה לטעון שהיא שלטה שם עוד קודם.

נשמעות טענות כי השליטה הישראלית על הגבולות היבשתיים, הימיים והמרחב האווירי פירושו כי ישראל עדיין כובשת בעזה. בפועל, ישראל שולטת רק על הגבול שלה עם עזה ולא על הגבול בין עזה למצרים. כל

53 Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1993), 4.; Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 43.; United States of America Wilhelm List et al., 8 *Law Reports of Trials of Major War Criminals* 38, 55–56 (United Nations War Crimes Commission 1949).



מדינה שולטת על הגבול שלה עם מדינות אחרות. ספרד אינה כובשת את פורטוגל רק משום שהיא שולטת על הגבול היבשתי היחידי שלה. הקהילה הבינלאומית אינה מכירה בשום שטח אחר ככבוש על סמך מצב עובדתי דומה. המצב המתואר יכול להשתנות בתום המלחמה כמובן.

## 13 | האם המצור על עזה הוא פשע מלחמה?

מצור הוא טקטיקה צבאית מקובלת, המוסדרת באמנות האג וז'נבה. מצור הוא כיתור האויב הכולל חסימה מוחלטת של האספקה.<sup>54</sup> במסגרת דיני המלחמה השאלה היא האם יש צורך צבאי להטיל מצור והאם הפגיעה האגבית באזרחים היא מידתית. הדין הבינלאומי אוסר על הרעבת אזרחים ככלי לחימה מכוון.<sup>55</sup> כלומר, מצור אסור רק כאשר המטרה היא הרעבת בלתי מעורבים. מטרת המצור בעזה אינה הרעבת אזרחים (וממילא אין רעב), אלא החלשת ומיטוט חמאס והחזרת החטופים, וישראל עושה ככל יכולתה להרחיק אזרחים מהאזורים בהם מוטל מצור.

בעזה למשל ניתוק הרצועה מחשמל ומרשת האינטרנט מקדם צורך צבאי בכך שהוא מונע מחמאס להפעיל את ייצור הטילים, את מערכות האוויר והתאורה במנהרות, את קווי התקשורת בין כוחות חמאס, את חמ"לי הפיקוד והשליטה וכו'. יש לציין שכלל לא ברור האם הפעולות של ישראל נחשבות מבחינת המשפט הבינלאומי כמצור משום שלמצרים, כידוע, יש גבול עם רצועת עזה.

## 14 | האם השימוש הישראלי בזרחן לבן מנוגד לדין הבינלאומי?

זרחן לבן נועד להאיר מטרות וליצור מסך עשן הגנתי. הוא לא כלי חדש, צבאות ארה"ב ובריטניה השתמשו בו עוד במלחמת העולם השנייה. ארה"ב השתמשה בו ב-2004 בקרב על פלוג'ה וגם בקרבות רבים נגד דאעש. אין איסור בדין הבינלאומי על השימוש בזרחן לבן. הוא לא מופיע ברשימות "נשק מבעיר" או "נשק כימי" המופיעות באמנות הרלוונטיות המסדירות את השימוש בנשק קונבנציונלי או כימי.<sup>56</sup> המדריכים הצבאיים של ארה"ב, קנדה, צרפת, גרמניה ואוסטרליה מסדירים את השימוש בו. לפיכך השימוש בו מותר בכפוף לעקרונות הכלליים של דיני המלחמה.

54 For recognition of the siege as a legitimate measure during war, see: J. L. Brierly, *The Law of Nation* 287–286 (1953). Also see: Sean Watts "Siege Law", Lieber Institute: West Point (4.3.22).; Siege. Oxford Reference. Retrieved 15 Oct. 2023, from <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100504971>

55 The prohibition on starvation is a matter of customary law, mentioned in treaty provisions such as Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), Article 54. 8 June 1977.

56 Protocol III of Convention on Conventional Weapons; Chemical Weapons Convention <https://lieber.westpoint.edu/white-phosphorus-and-international-law/>.

## 15 | איך ישראל צריכה להתמודד עם בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג (ICC)?

מדינת ישראל תמכה בהקמת בית דין פלילי בינלאומי לאור זיכרון השואה, אך מעולם לא אישרה את "חוקת רומא", האמנה המייסדת של ה-ICC, משום שברגע האחרון הכניסו מדינות ערב סעיף ייעודי שכל מטרתו הייתה להפליל את ההתיישבות היהודית ביהודה ושומרון. חוקת רומא מגדירה "העברת אוכלוסייה" באופן שונה מההגדרה המופיעה באמנת ז'נבה שהותאם במדויק למידות ישראל,<sup>57</sup> כך שהעוינות למדינת ישראל טבועה ב-ICC מיום הקמתה.<sup>58</sup>

בניתוח משפטי אובייקטיבי אין ל-ICC סמכות על אזרחי ישראל. לבית הדין הזה ישנה סמכות שיפוט רק ביחס למדינות שקיבלו אותה על עצמן באמצעות אשרור חוקת רומא. ה-ICC אינו בית משפט פלילי גלובלי, כי אם גוף הסכמי שיכול להפעיל רק את הסמכות הפלילית שאותה האצילו עליו המדינות החברות בו. הדרך היחידה שבה בית הדין יכול להפעיל סמכות כלפי אזרחים ישראלים, היא במקרה של פשעי מלחמה שהתבצעו בשטחה של מדינה החברה באמנה, מצב שכלל אינו מתקיים בענייננו.<sup>59</sup>

חשוב לקבל פרופורציות ולא להיסחף לשיח הבהלות. עד כה ה-ICC הרשיע רק בכ-10 תיקים – כולם עסקו בתקיפה מכוונת של בלתי מעורבים תוך ביצוע פשעי מלחמה שונים או שיבוש הליכי משפט הכרוכים בבירור הפרשות הללו. אין לזה שום קשר, ולו קלוש, למקרה הישראלי.

## 16 | האם כפיית תנועת בלתי מעורבים עזתים לדרום הרצועה היא חובתה ההומניטרית של מדינת ישראל או שמא היא פשע מלחמה?

כאמור, עיקרון ההבחנה בין בלתי מעורבים ללוחמים הוא עקרון העל המנחה במשפט הבינלאומי. פעולותיה של ישראל במטרה להניע תנועת בלתי מעורבים אל מחוץ לאזורי הלחימה היא לא רק חוקית אלא חובה על פי דיני המלחמה, וזאת על מנת למזער נזק אגבי ופגיעה בלתי הכרחית בבלתי מעורבים.

הפעולות שבהן נוקט חמאס על מנת למנוע את התנועה דרומה של בלתי מעורבים היא פשע מלחמה והפרה של עיקרון ההבחנה.

מאז תחילת הלחימה, צה"ל מפציר בתושבי צפון רצועת עזה שוב ושוב לנוע דרומה כדי להגן על עצמם מפני תקיפות ישראליות. כמה ארגונים בינלאומיים, ביניהם הנציב המיוחד של האו"ם לזכויות עקורים פנימיים,

57 השווה ס' 49 לאמנת ז'נבה הרביעית וס' 8(2)(ב)(viii) לחוקת רומא.

58 ראו את הצהרת ראש המשלחת הישראלית, השופט ע' נתן, כינוס אמנת רומא, Official Report Vol. II, 17, יולי 1998, בעמ' 122 ואת ההצהרה בעת החתימה על חוקת רומא, 31 בדצמבר 2000.

59 ראו "היעדר סמכות השיפוט של בית הדין הפלילי הבין-לאומי על המצב המכונה 'המצב בפלשתיין'", אביחי מנדלבלט, 20.12.2019.

אמנסטי אינטרנשיונל והוועדה הבינלאומית של הצלב האדום גינו את האזהרות הישראליות וכינו אותן "צווים לפינוי בכפייה".

יש להבחין בין מוסדות בינלאומיים שונים, שלעיתים הם עוינים למדינת ישראל, לבין הדין הבינלאומי כשלעצמו שכאמור, ישראל וכל מדינות המערב הבולטות פועלות במסגרתו. ארה"ב וכוחות הקואליציה נקטו בקריאות דומות לאזרחים להתפנות מפלוג'ה ומוסול טרם החלה המתקפה הצבאית.<sup>60</sup>

האזהרות הישראליות אינן בגדר "צו", משום של ישראל אין סמכות לצוות על תושבי עזה. ישראל מזהירה את תושבי עזה, אבל אין לה יכולת לכפות עליהם התנהגות בפועל. לפי כלל 15 במדריך של הצלב האדום לדין המנהגי ההומניטרי, ישנה חובה "לנקוט בכל אמצעי אפשרי" כדי למנוע פגיעה באזרחים.<sup>61</sup> כלל 20 מכיר באזהרה מוקדמת כאמצעי להקטין פגיעה שכזו.

על חמאס חלה חובה לסייע לפנות בלתי מעורבים מאזורי הלחימה.<sup>62</sup> בקריאה לתושבי צפון הרצועה להישאר במקומם חמאס מפר את חובותיו הבינלאומיות.<sup>63</sup> הסיבה היחידה לדרוש מאזרחים להישאר בשדה הקטל היא כדי לסכן אותם ולהשתמש בהם כמגינים אנושיים.<sup>64</sup>

## 17 | מהי חובתה של הקהילה הבינלאומית כלפי חמאס ושאר ארגוני טרור פלסטינים?

טרור הוא פשע לפי הדין המנהגי וההסכמי במסגרת המשפט הבינלאומי. פשע הטרור מוסדר ב-19 אמנות בינלאומיות, ועוד עשרות החלטות של מועצת הביטחון.<sup>65</sup>

החלטה 1373 של מועצת הביטחון של האו"ם התקבלה מכוח הפרק השביעי של אמנת האו"ם, ועל כן היא מחייבת את כלל המדינות החברות בה:

- א. יאסרו על אזרחיהן או על כל אדם או ישות שבתוך שטחן להעמיד לרשות מי שמבצע או מבקש לבצע, לסייע או להשתתף בפעולות טרור, וכן לכל ישות שבבעלותם או בשליטתם, במישרין או בעקיפין בשמם או על פי הוראתם, כל סכום כסף, נכסים פיננסיים, או משאבים כלכליים או שירותים פיננסיים או שירותים רלוונטיים אחרים;**
- ב. יימנעו מלסייע בכל דרך שהיא, פעילה או סבילה, לישויות או לאנשים המעורבים בפעולות טרור;**

"Warning Orders: Strategic Reasons for Publicizing Military Offensives", War on the Rocks, Carrie Lee, October 28, 2016. 60

<https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule15>. 61

[Rule 24](#); see also Additional Protocol I, art. [58\(a\)](#); Additional Protocol II, [art. 13\(1\)](#); ICTY, [Dragomir Milošević](#), para. 949; ICTY, [Galić](#), para. 61). 62

<https://www.ynet.co.il/news/article/r1zlteuza>. 63

See Michael N. Schmitt, *ISRAEL – HAMAS 2023 SYMPOSIUM – THE EVACUATION OF NORTHERN GAZA: PRACTICAL AND LEGAL ASPECTS* (15.11.2023) <https://lieber.westpoint.edu/evacuation-northern-gaza-practical-legal-aspects/>. 64

See United Nations Office of Counter-Terrorism, International Legal Documents. <https://www.un.org/counterterrorism/international-legal-instruments>. 65

ג. יסרבו להעניק מחסה למי שמממנים, מתכננים, תומכים או מבצעים פעולות טרור, ואף למי שנותנים להם מחסה;

ד. ימנעו ממי שמממנים, מתכננים, מקדמים או מבצעים פעולות טרור את האפשרות להשתמש בשטחים שבשליטתם למטרות אלה נגד מדינות אחרות או אזרחיהן".

אם כן, חלה חובה חד־משמעית על כלל המדינות להכריז על חמאס כארגון טרור, למנוע מתן מקלט בטוח לפעיליו ומנהיגיו ולאסור על אפשרות גיוס כספים ומשאבים משטחיהן.

בנוסף, על פי האמנה בדבר השמדת עם, אשר התקבלה כדין מנהגי מחייב, מוטלת אחריות כלפי כלל המדינות למנוע רצח עם ולהעניש את מבצעיה. לפיכך המשפט הבינלאומי מחייב את כל מדינות העולם לפעול כדי לסייע למדינת ישראל למנוע כל סיכוי לאיום נוסף מהסוג שהתממש בטבח, וכן לפעול על מנת להעניש את כל מי שמעורב בטבח או בקבלת ההחלטות של ארגון חמאס בכל מקום בו הם נמצאים.