



## בלמ"ס

### נייר עמדה בנושא ההיבטים המשפטיים של הטלת הסגר הימי על רצועת עזה ואכיפתו שהוגש לוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010

מצ"ב נייר עמדה מטעם הפרקליטות הצבאית, אשר הוגש לוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010, המציג את ההיבטים המשפטיים הקשורים בהטלת הסגר הימי על רצועת עזה ובאכיפתו.

המסמך מחולק לשלושה חלקים. חלקו הראשון של המסמך סוקר בקצרה היבטים משפטיים ועובדתיים הנוגעים לפעילות צה"ל ברצועת עזה בין השנים 1967-2010, קרי מאז נכבשה במהלך מלחמת ששת הימים ועד לימינו. תחילה, מציג המסמך את "אבני הדרך" העיקריות בתולדות רצועת עזה לאורך תקופה זו; וזאת, כמסד עובדתי לניתוח המסגרת הנורמטיבית החלה ביחס לפעילות צה"ל ברצועת עזה בימים אלה, המורכבת בעיקרה מדיני הלחימה.

חלקו השני של המסמך מתמקד בהיבטים המשפטיים והעובדתיים של פעילות צה"ל במרחב הימי של רצועת עזה. המסמך מתאר את האיומים שהציב "התווך הימי" לביטחונה של מדינת ישראל, ואת הכלים המשפטיים השונים שנבחנו לצורך ההתמודדות עמם. כן מסביר המסמך מדוע לא היה באותם כלים משום מענה מלא לבעיה שהתעוררה במישור זה, באופן שהוביל להחלטה על הטלת סגר ימי על הרצועה.

החלק השלישי של המסמך עומד על התנאים להטלת סגר ימי בהתאם לדיני הלחימה בים ועל התקיימותם בענייננו. כמו כן מציג חלק זה, על קצה המזלג, את הסוגיות המשפטיות העיקריות שעלו אגב ההיערכות לאכיפת הסגר הימי בשלהי חודש מאי 2010.

**עמוד**

3	<b>חלק א': פעילות צה"ל ברצועת עזה בין השנים 2010-1967 – היבטים עובדתיים ומשפטיים</b>
3	1. הרקע העובדתי
3	א. שנות הממשל הצבאי ותקופת ההסכמים המדיניים
5	ב. העימות המזוין נגד ארגוני הטרור הפלסטינים
6	ג. יישום תוכנית ההתנתקות וסיום הממשל הצבאי
9	ד. עליית החמא"ס לשלטון ברצועת עזה
11	2. המסגרת המשפטית
11	א. מעמדה המשפטי של רצועת עזה ותחולת דיני התפיסה הלוחמתית
16	ב. מעמד ההסכמים
17	ג. עצם תחולת דיני הלחימה ואופן תחולתם
23	ד. סיכום ביניים
24	3. מגבלות על מעבר סחורות לרצועת עזה
24	א. רקע עובדתי
26	ב. ניתוח משפטי
30	<b>חלק ב': הפעילות הביטחונית במרחב הימי של רצועת עזה טרם הטלת הסגר הימי</b>
30	1. רקע עובדתי
31	2. סמכויות ביטחוניות במרחב הימי שמול רצועת עזה שאינן מבוססות על דיני הלחימה בים
32	3. הסמכויות הנתונות בידי צה"ל באזור הימי הסמוך לרצועת עזה מכוח דיני הלחימה בים
32	א. דיני הים והיחס בינם לבין דיני הלחימה בים
33	ב. דיני הלחימה בים – כללי
35	ג. סמכויותיהם של הצדדים לעימות מזוין על-פי דיני הלחימה בים
35	1) סמכויות לתפיסת כלי שיט
36	2) סמכויות לביקור ולחיפוש על כלי שיט
37	3) סמכויות להגבלת פעילות כלי שיט באזור שבו מתבצעת פעילות צבאית ימית או בקרבתו

37	(4) סמכויות מכוח הכרזה על "אזור לחימה" או "אזור החרגה"
38	4. פעולות צה"ל למניעת הגעתם של משטים לרצועת עזה טרם הטלת הסגר הימי
40	<b>חלק ג': הסגר הימי על רצועת עזה והיערכות למשט מיום 31 במאי 2010</b>
40	1. חוקיות הטלתו של הסגר הימי על רצועת עזה
40	א. הסמכות להטיל סגר ימי על רצועת עזה
42	ב. התנאים המנהגיים להטלת סגר ימי
42	(1) הכרזה
44	(2) אפקטיביות
44	(3) אי-הפליה
44	(4) גישה לחופי מדינות ניטראליות
44	ג. דרישות נוספות
44	(1) מטרה
45	(2) פרופורציונאליות
46	ד. כללים לאכיפת סגר ימי
46	(1) הפרה או ניסיון להפרה של סגר ימי
47	(2) מעבר סיוע הומניטארי
48	2. אכיפת הסגר הימי על רצועת עזה
48	3. היערכות למשט מיום 31 במאי 2010
48	א. רקע
49	ב. הסמכות המשפטית לעצירת המשט
50	ג. ההיערכות לעצירת המשט
52	<b>סיכום</b>

חלק א': פעילות צה"ל ברצועת עזה בין השנים 1967-2010 – היבטים עובדתיים ומשפטיים

בחלק זה של המסמך תוצג, בקצירת האומר, המסגרת הנורמטיבית לפעילותו של צה"ל כנגד הטורר הפלסטיני ברצועת עזה בעת הנוכחית. זאת, כבסיס לחלקיו הבאים של המסמך, אשר יתמקדו בפעילות צה"ל במרחב הימי של הרצועה.

לצורך כך, תחילה תיסקרנה ההתפתחויות העובדתיות שחלו בנוגע לרצועת עזה מאז נכבשה על ידי צה"ל ביוני 1967 ועד למבצע "עופרת יצוקה" (דצמבר 2008 – ינואר 2009). לאחר מכן, על רקע התפתחויות אלה, ייבחנו הרבדים השונים של המסגרת הנורמטיבית שחלה על פעילות צה"ל ברצועת עזה לאורך השנים ואת תחולתם של רבדים אלה כיום. לבסוף, תובא התייחסות קצרה לסוגיית הטלת המגבלות על תנועת הסחורות אל רצועת עזה וממנה מאז ספטמבר 2007 ועד לעת האחרונה, ולאופן בו היא משתלבת במסגרת הנורמטיבית האמורה.

**2. הרקע העובדתי**

**א. שנות הממשל הצבאי ותקופת ההסכמים המדיניים**

ביוני 1967 נכבשה רצועת עזה על ידי כוחות צה"ל, ומיד לאחר מכן הוקם באזור<sup>1</sup> ממשל צבאי, אשר פעל בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית (belligerent occupation) של המשפט הבין-לאומי.<sup>2</sup> במסגרת זו יישמה מדינת ישראל את הוראותיה ההומניטאריות של אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 (להלן: **אמנת ג'נבה הרביעית**)<sup>3</sup> ואת ההוראות הרלבנטיות מתוך התקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר הדינים והמנהגים של המלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907 (להלן: **תקנות האג**).<sup>4</sup> כמתחייב מהוראות אלה,<sup>5</sup> נכנס הממשל הצבאי בנעליו של הריבון בשטח ונטל לידי את מלוא הסמכויות והאחריות הנובעות מכך,<sup>6</sup>

<sup>1</sup> עד תחילת 1972 נוהל אזור חבל עזה כיחידה ממשלית אחת עם אזור צפון סיני, שכידוע נכבש אף הוא ביוני 1967. ראו סעיף 1 לצו בדבר פרשנות (רצועת עזה) (תיקון מס' 4) (צו מס' 418), תשל"ב-1972.

<sup>2</sup> ראו, למשל: בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח', נגד כנסת ישראל ואח', פ"ד נט(2) 481, 512 (2005) (להלן: עניין חוף עזה).

<sup>3</sup> כתבי אמנה, כרך 30, עמ' 559. כידוע, מדינת ישראל דחתה את תחולתה הפורמאלית של אמנת ג'נבה הרביעית ביחס לרצועת עזה ולגדה המערבית. עמדה זו התבססה על נימוקים שונים, בראשם הטענה שהרצועה לא היוותה חלק משטחה הריבוני של מצרים עובר לכיבוש: מצרים שלטה ברצועה מאז מלחמת העצמאות (פרט לתקופה קצרה לאחר "מבצע קדש", אז שלטה עליה ישראל), אולם הדבר נעשה במסגרת ממשל צבאי וללא סיפוח (ראו: Carol Farhi, *On the Legal Status of the Gaza Strip*, I (M. Shamgar, *Military Government in the Territories Administered by Israel 1967-1980: The Legal Aspects* 61, 74 (ed.), 1982)). לסקירת מכלול טענותיה של מדינת ישראל בעניין מעמדם של שטחי רצועת עזה והגדה המערבית והדין החל בהם כתוצאה מכך, ראו: Meir Shamgar, *Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government – The Initial Stage*, I (M. Shamgar, *Military Government in the Territories Administered by Israel 1967-1980: The Legal Aspects* 13, 15-16 (ed.), 1982). Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* 20-25 (2009); Shamgar (ed.), 1982).

<sup>4</sup> כידוע, מדינת ישראל אינה צד לאמנת האג הרביעית, אולם כבר במועד כיבוש רצועת עזה האמנה נחשבה כמשקפת משפט בין-לאומי מנהגי (ראו: יורם דינשטיין, "פסק הדין בעניין פתחת רפיח", **עיוני משפט** ג 934, 938-39 (1973-74); בג"ץ 606/78 איוב ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לג(2) 113, 120 (1979)).

<sup>5</sup> תקנה 43 לתקנות האג קובעת כי:

"The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country."

<sup>6</sup> "צבא הגנה לישראל נכנס היום לאזור ונטל לידי את השליטה וקיום הביטחון והסדר הציבורי באזור" (סעיף 1 למנשר בדבר נטילת השלטון על-ידי צה"ל (מנשר מס' 1) (רצועת עזה וצפון סיני), התשכ"ז-1967).

תוך שהוא מותיר בתוקפו את "הדין המקומי", קרי זה שחל ברצועת עזה ערב כיבושה.<sup>7</sup> על מסד משפטי זה נוספו, לאורך שנות הממשל הצבאי ברצועה, דברי חקיקה רבים ומגוונים ("תחיקת הביטחון"), בכל תחומי החיים שהממשל הצבאי<sup>8</sup> היה אמון על ניהולם.

במהלך שנות התשעים של המאה הקודמת התנהל משא ומתן מדיני בין הארגון לשחרור פלסטין (אש"ף), כנציג העם הפלסטיני, לבין מדינת ישראל,<sup>9</sup> במסגרתו נחתם בתאריך 4 במאי 1994 ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (להלן: **הסכם קהיר**). בעקבותיו, נסוגו כוחות צה"ל ממרבית שטחי רצועת עזה, פרט ליישובים הישראליים ודרכי הגישה העיקריות אליהם ("צירי הרוחב") ופרט לאזור המתקנים הצבאיים שלאורך גבולה הדרומי של הרצועה ("ציר פילדלפי"). בצד זאת, הועברו מרבית הכוחות והאחריות מידי הממשל הצבאי לידי הישות השלטונית האוטונומית שהוקמה מתוקף הסכם קהיר – הרשות הפלסטינית (רש"פ).<sup>10</sup>

יוער, כי זמן קצר קודם לחתימתו של הסכם קהיר, בתאריך 29 באפריל 1994, נחתם בין הצדדים הפרוטוקול בדבר יחסים כלכליים (להלן: **פרוטוקול פריז**). כשמו כן הוא, הסדיר הפרוטוקול את מגוון הסוגיות הכלכליות ביחסים בין מדינת ישראל לבין הרשות הפלסטינית, כגון הסדרי מיסוי, עניינים מוניטאריים וכן תנועת עובדים וסחורות. הסכם קהיר קלט לתוכו את פרוטוקול פריז.

זמן לא רב לאחר חתימת הסכם קהיר, בתאריך 28 בספטמבר 1995, נחתם בין הצדדים הסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (להלן: **הסכם הביניים**),<sup>11</sup> אשר קלט לתוכו את ההסכמים הקודמים שנחתמו במסגרת התהליך המדיני, לרבות הסכם קהיר ופרוטוקול פריז.<sup>12</sup> יוער, כי בניגוד לאזור יהודה והשומרון (להלן: **איו"ש**), ברצועת עזה לא נדרשה

<sup>7</sup> "המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ז באייר תשכ"ז (6 ביוני 1967) יעמוד בתוקפו עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על ידי ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור" (סעיף 2 למנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (מנשר מס' 2) (רצועת עזה וצפון סיני), התשכ"ז-1967).

<sup>8</sup> במסמך זה יישמש השם "ממשל צבאי" כשם כולל למנגנונים השלטוניים שהפעילה מדינת ישראל ברצועת עזה לאורך השנים. נזכיר בקצרה, כי בתחילה, מכלול הסמכויות, הן במישור הביטחוני והן במישור האזרחי, הופעלו על ידי גורמי צה"ל עצמם, שהסתייעו לצורך כך בנציגים של משרדי הממשלה הרלבנטיים (שפעלו במעמד של "קציני מטה" של מפקד האזור). מבנה שלטוני זה הוסדר בהחלטת ממשלה מס' 737 מתאריך 8 בספטמבר 1968 ובהחלטה שקיבלו ראש הממשלה, שר הביטחון ושר המשפטים שכותרתה "נהלי עבודה בשטחים המוחזקים", מתאריך 11 באוקטובר 1968. זמן קצר לאחר מכן, הוקם בתוך משרד הביטחון "משרד תאום הפעולות בשטחים" (מתפ"ש), אשר, כפי שניתן להבין משמו, תפקידו היה לתאם, מטעם שר הביטחון, את פעילות משרדי הממשלה במסגרת הממשל הצבאי באיו"ש וברצועת עזה – קרי, לרכז את הפעילות במישור האזרחי. במסגרת זו שימש המתפ"ש כמרכז של ועדה בין-משרדית בכירה ("ועדת המנכ"לים") שהתוותה את המדיניות האזרחית בכלל השטחים. מצב זה התקיים עד ראשית שנות השמונים, אז החליטה הממשלה על "ארגון מחדש" של מערכת הממשל הצבאי באיו"ש וברצועת עזה, שבמרכזה עמדה הפרדת המרכיב האזרחי מהממשל הצבאי (החלטת ממשלה מס' 106 מתאריך 4 לאוקטובר 1981). במסגרת זו הוקמו בכל אחד מהאזורים "מינהל אזרחי" (מנהא"ז), לו הואצלו כלל סמכויות מפקדי האזורים במישור האזרחי – והגם שמבחינה פורמאלית אלה האחרונים נותרו גורמי הסמכות הבכירים, בפן המקצועי המנהא"זים הוכפפו ישירות למתפ"ש. לבסוף, במהלך שנת 1994, לאחר נסיגת כוחות צה"ל ממרבית שטחי רצועת עזה, פורק המנהא"ז באזור זה והוחלף במינהלת ממשל, תיאום וקישור (מת"ק).

<sup>9</sup> "הצהרת עקרונות בדבר הסדרי ביניים של ממשל עצמי" נחתמה על ידי הצדדים בתאריך 13 בספטמבר 1993 בווינגטון הברירה. מספר ימים קודם לכך נערכו חילופי מכתבים בין יו"ר אש"ף דאז, יאסר ערפאת, וראש ממשלת ישראל דאז, יצחק רבין, במסגרתם הכיר אש"ף, בין השאר, בזכותה של מדינת ישראל להתקיים בשלום ובביטחון; וממשלת ישראל הכירה באש"ף כנציג העם הפלסטיני וכצד למשא ומתן מדיני.

<sup>10</sup> הוראות הסכם קהיר וחלוקת הסמכויות שנקבעה בהן נקלטו לדין הפנימי של האזור באמצעות המנשר בדבר יישום הסכם רצועת עזה ואזור יריחו (מנשר מס' 4) (אזור חבל עזה), התשנ"ד-1994.

<sup>11</sup> כתיב אמנה, כרך 33, עמ' 1071.

<sup>12</sup> סעיף 31(2) להסכם הביניים קבע כי "הסכם עזה-יריחו, למעט סעיף XX שבו (אמצעים בוני ארון), הסכם ההעברה המכונה ופרוטוקול ההעברה הנוספת יוחלפו על ידי הסכם זה". פרוטוקול פריז נקלט כנספח החמישי להסכם הביניים, בתוספת השלמה והחלפה של שניים מסעיפיו.

ולא נערכה נסיגה נוספת של כוחות צה"ל בעקבות הסכם הביניים, אולם כוחות ואחריות בתחומים נוספים הועברו לידי הרשות הפלסטינית.<sup>13</sup>

ב. העימות המזוין נגד ארגוני הטרור הפלסטינים

כמעט מאז ראשית הקמת הממשל הצבאי ברצועת עזה נאלץ צה"ל להתמודד עם גורמים עוינים שפעלו בקרב האוכלוסייה המקומית ומתוכה. לאורך השנים לבש הטרור הפלסטיני צורות שונות ומגוונות: לעיתים כוון נגד ההתיישבות הישראלית בשטחים; לעיתים נגד חיילי צה"ל ואנשי כוחות הביטחון; ולעיתים חדר לתוך שטחה הריבוני של ישראל ופגע בלב עריה. בתוך כך, בין סוף שנות השמונים לראשית שנות התשעים התחוללה התקוממות עממית נרחבת בשטחים (ה-"אינתיפאדה"); ובמחצית הראשונה של שנות התשעים, בצד התקדמות התהליך המדיני, שטף את ישראל גל של פיגועי התאבדות רצחניים.<sup>14</sup> יצוין כבר עתה, כי בפן המשפטי, סוגים אלה של טרור נתפסו כבעיה מעולם "אכיפת החוק", שהמענה לה מצוי בפעילות שיטורית המלווה בהעמדה לדין פלילי ובנקיטת אמצעים מנהליים שונים.<sup>15</sup>

ואולם, בשלהי שנת 2000 חל שינוי מהותי במאפייניו של הטרור הפלסטיני. באותה תקופה, פתחו ארגוני הטרור הפלסטינים במתקפה נרחבת כנגד מדינת ישראל, אזרחיה (בשטחה הריבוני ובשטחי איו"ש ורצועת עזה) וכנגד כוחות צה"ל.<sup>16</sup> הייתה זו "מערכה של טרור" לכל דבר ועניין, השונה באופיה, בהיקפה ובמשכה מכל מה שמדינת ישראל נאלצה להתמודד עמו עובר לאותה עת: מלבד חידוש פיגועי ההתאבדות הרצחניים בלב הערים,<sup>17</sup> הצטיידו ארגוני הטרור בסוגים שונים של נשק

<sup>13</sup> הוראות הסכם הביניים וחלוקת הסמכויות המעודכנת שנקבעה בהן נקלטה לדין הפנימי של האזור באמצעות המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (מנשר מס' 5) (אזור חבל עזה), התשנ"ה-1995.

<sup>14</sup> להלן פיגועי ההתאבדות העיקריים במהלך תקופה זו: בתאריך 6 באפריל 1994 נהרגו **שמונה בני אדם** בפיצוץ מכונית תופת בעפולה; בתאריך 13 באפריל באותה שנה נהרגו **חמישה בני אדם** בפיגוע התאבדות בתחנה המרכזית בחדרה; בתאריך 19 באוקטובר באותה שנה נהרגו **עשרים ושניים בני אדם** בפיגוע התאבדות בקו אוטובוס מס' 5 בתל-אביב; בתאריך 22 בינואר 1995 נהרגו **עשרים ושניים בני אדם** בפיגוע התאבדות כפול בצומת בית-ליד; בתאריך 24 ביולי באותה שנה נהרגו **שישה בני אדם** בפיגוע התאבדות בקו אוטובוס מס' 20 ברמת-גן; בתאריך 21 באוגוסט באותה שנה נהרגו **ארבעה בני אדם** בפיגוע התאבדות בקו אוטובוס מס' 26 בירושלים; בתאריך 25 בפברואר 1996 נהרגו **עשרים ושישה בני אדם** בפיגוע התאבדות בקו אוטובוס מס' 18 בירושלים; בתאריך 3 במארכס באותה שנה נהרגו **תשעה עשר בני אדם** בפיגוע התאבדות בקו אוטובוס מס' 18 בירושלים; בתאריך 4 במארכס באותה שנה נהרגו **שלושה עשר בני אדם** בפיגוע התאבדות במעבר חצייה, בסמוך למרכז מסחרי גדול בתל-אביב; בתאריך 21 במארכס 1997 נהרגו **שלושה בני אדם** בפיגוע התאבדות בבית קפה בתל-אביב; בתאריך 30 ביולי באותה שנה נהרגו **שישה עשר בני אדם** בפיגוע התאבדות בשוק בירושלים; ובתאריך 4 בספטמבר באותה שנה נהרגו **חמישה בני אדם** בפיגוע התאבדות במדרחוב בירושלים. למותר לציין, כי בכל אחד מהפיגועים הנ"ל נפצעו רבים נוספים. הנתונים לקוחים מתוך אתר משרד ראש הממשלה (<http://www.pmo.gov.il/PMO/Communication/israelunderattack/terrorattacks.htm>).

<sup>15</sup> המדובר בעיקר על מעצרים מינהליים, קרי מעצר שלא במסגרת הליך פלילי, המבוסס על חומר מודיעיני בדבר פעולותיו המתוכננות של העצור, אשר אינו חשוף במלואו לעצור או לבא כוחו אולם נבחן על ידי בית המשפט במסגרת ביקורת תקופתית על צו המעצר המינהלי אחת לשישה חודשים, לכל היותר (ראו: צו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (אזור חבל עזה) (מס' 941), התשמ"ח-1988. כמו כן, נעשה שימוש בסמכות מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: **תקנות ההגנה**) לצורך הריסת בתים בהם התגוררו מפגעים ופעילי טרור – וזאת לצרכי הרתעה. עד ראשית שנות התשעים נעשה גם שימוש בסמכות מכוח תקנה 112 לתקנות ההגנה, לצורך הרחקה מהאזורים של פעילי טרור.

<sup>16</sup> בצה"ל ובמערכת הביטחון כונו אירועים אלה "אירועי גאות ושפל"; הפלסטינים כינו זאת "אינתיפאדת אל-אקצה", ובתקשורת הישראלית והזרה הם כונו גם "האינתיפאדה השנייה".

<sup>17</sup> פיגועי ההתאבדות העיקריים בין השנים 2001-2003: בתאריך 18 במאי 2001 נהרגו **חמישה בני אדם** בפיגוע התאבדות במרכז מסחרי בנתניה; בתאריך 1 ביוני באותה שנה נהרגו **עשרים ואחד בני אדם** בפיגוע התאבדות בכניסה למועדון ריקודים בתל-אביב; בתאריך 9 באוגוסט אותה שנה נהרגו **חמישה עשר בני אדם** בפיגוע התאבדות במסעדה בירושלים; בתאריך 1 בדצמבר באותה שנה נהרגו **אחד עשר בני אדם** בפיגוע התאבדות ברחוב בירושלים; בתאריך 2 בדצמבר באותה שנה נהרגו **חמישה עשר בני אדם** בפיגוע התאבדות בקו אוטובוס מס' 16 בחיפה; בתאריך 2 במארכס 2002 נהרגו **אחד עשר בני אדם** בפיגוע התאבדות בכניסה לשיבה בירושלים; בתאריך 9 במארכס באותה שנה נהרגו **אחד עשר בני אדם** בפיגוע התאבדות בבית קפה בירושלים; בתאריך 27 במארכס באותה שנה (ערב ליל הסדר) נהרגו **שלושים בני אדם** בפיגוע התאבדות בבית מלון בנתניה; בתאריך 20 במארכס באותה שנה נהרגו **שבעה בני אדם** בפיגוע התאבדות בקו אוטובוס מס' 823; בתאריך 31 במארכס באותה שנה נהרגו **שישה עשר בני אדם** בפיגוע התאבדות במסעדה בחיפה; בתאריך 10 באפריל באותה שנה נהרגו **עשרה בני אדם** בפיגוע התאבדות בקו אוטובוס מס' 960; בתאריך 12 באפריל באותה שנה נהרגו **שישה בני אדם** בפיגוע התאבדות בכניסה לשוק

חס, החל ברובי סער וכלה במטענים מאולתרים, באמצעותם ניהלו לחימה של ממש נגד כוחות צה"ל. בהקשר זה יוער, כי כבר בראשית 2001 החלו ארגוני הטרור שפעלו ברצועת עזה לעשות שימוש בנשק תלול-מסלול – פצצות מרגמה ורקטות מסוגים שונים – שנורה בהיקפים הולכים וגדלים על היישובים הישראלים ברצועה, יישובי הדרום הסמוכים אליה, בסיסי צה"ל השונים וכן על מעברי הגבול בין מדינת ישראל והרצועה.<sup>18</sup>

לאור התדרדרות חמורה זו במציאות הביטחונית, ונוכח העברת השליטה על חלקים משמעותיים משטחי איו"ש ורצועת עזה לידי הרשות הפלסטינית בעקבות התהליך המדיני, ההתמודדות עם איום הטרור הפלסטיני חייבה עתה נקיטה באמצעים שונים בתכלית מבעבר: לא ניתן היה להסתפק עוד במעצרים ובהעמדה לדין ובנקיטת אמצעים מינהליים; בנוסף להם, נדרשו עתה אמצעים לחימתיים של ממש (שהגיעו עד כדי שימוש בטנקים ובמטוסי קרב). בתוך כך, באותן שנים קיימו כוחות צה"ל מבצעים צבאיים ממושכים ורחבי היקף, הן באיו"ש והן ברצועת עזה, בהם השתתפו כוחות חי"ר, שריון, ארטילריה, הנדסה, אוויר וים. למותר לציין, כי שינוי זה בהיקף העימותים, במשכם ובאופיים, גרר עלייה דרסטית במספר הנפגעים משני הצדדים.

יצוין כבר עתה, כי על רקע שינוי עובדתי זה, הצהירה מדינת ישראל כי חל שינוי במערכת הדינים החל על פעילותו של צה"ל באיו"ש וברצועת עזה: במסגרת עתירות שונות שהוגשו לבית המשפט העליון מאז ספטמבר 2000, וכן במסמכים רשמיים אחרים מטעמה,<sup>19</sup> טענה המדינה כי בינה לבין ארגוני הטרור הפלסטינים מתנהל "עימות מזוין" (armed conflict),<sup>20</sup> וכתוצאה מכך חלים על פעילותו של צה"ל העקרונות והכללים הרלבנטיים של דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי.

---

בירושלים; בתאריך 7 במאי באותה שנה נהרגו **שישה עשר בני אדם** במועדון ריקודים בראשון לציון; בתאריך 5 ביוני באותה שנה נהרגו **שבעה עשר בני אדם** בפיצוץ מכונית תופת בסמוך לקו אוטובוס מס' 830; בתאריך 18 ביוני באותה שנה נהרגו **תשעה עשר בני אדם** בקו אוטובוס מס' 32א בירושלים; בתאריך 19 ביוני באותה שנה נהרגו **שבעה בני אדם** בפיגוע התאבדות בתחנת אוטובוס בירושלים; בתאריך 19 ביולי באותה שנה נהרגו **תשעה בני אדם** בפיגוע התאבדות בקו אוטובוס מס' 189; בתאריך 4 באוגוסט באותה שנה נהרגו **תשעה בני אדם** בפיגוע התאבדות בקו אוטובוס מס' 361; בתאריך 19 בספטמבר באותה שנה נהרגו **שישה בני אדם** בפיגוע התאבדות בקו אוטובוס מס' 4 בתל-אביב; בתאריך 21 בנובמבר באותה שנה נהרגו **אחד עשר בני אדם** בפיגוע התאבדות בקו אוטובוס מס' 841; בתאריך 21 בנובמבר באותה שנה נהרגו **אחד עשר בני אדם** בפיגוע התאבדות בקו אוטובוס מס' 20 בירושלים; בתאריך 5 בינואר 2003 נהרגו **עשרים ושניים בני אדם** בפיגוע התאבדות כפול בתחנה המרכזית הישנה בתל-אביב; בתאריך 5 במארס באותה שנה נהרגו **שבעה עשר בני אדם** בפיגוע התאבדות בקו אוטובוס מס' 37 בחיפה; בתאריך 18 מאי באותה שנה נהרגו **שבעה בני אדם** בקו אוטובוס מס' 6 בירושלים; בתאריך 11 ביוני באותה שנה נהרגו **שבעה עשר בני אדם** בפיגוע התאבדות בקו אוטובוס מס' 14 בירושלים; בתאריך 19 באוגוסט באותה שנה נהרגו **עשרים ושלושה בני אדם** בפיגוע התאבדות בקו אוטובוס מס' 2 בירושלים; בתאריך 9 בספטמבר באותה שנה נהרגו **שמונה בני אדם** בפיגוע התאבדות בתחנת טרמפים בסמוך לבסיס צה"ל בצריפין; בתאריך 4 באוקטובר באותה שנה נהרגו **עשרים ואחד בני אדם** בפיגוע התאבדות במסעדה בחיפה. למותר לציין, כי בכל אחד מהפיגועים הנ"ל נפצעו רבים נוספים. הנתונים לקוחים מתוך אתר משרד ראש הממשלה, ראו לעיל, הערה 14.

<sup>18</sup> בשנת 2001 נורו משטח רצועת עזה ארבע רקטות 'קסאם' (הראשונה מביניהן בשלהי חודש אוקטובר); בשנת 2002 המספר עלה ל-35 רקטות; בשנת 2003 נורו 135 רקטות; ובשנת 2004 נורו 281 רקטות. באותן שנים נורו 245, 257, 265 ו-876 פצצות מרגמה, בהתאמה. מכיוון שלפצצות המרגמה טווח קצר יותר (עד שלושה קילומטרים) הן כווננו בעיקר כנגד היישובים הישראליים שהיו אז ברצועת עזה וכנגד כוחות צה"ל; ואילו הרקטות נורו לעבר יישובי הדרום הסמוכים לרצועה. הנתונים לקוחים מתוך עבודת מחקר שהוכנה במרכז המידע למודיעין ולטרור בראשות ד"ר ראובן ארליך, שכותרתה "איום הרקטות מרצועת עזה 2000-2007" ([http://terrorism-info.org.il/malam\\_multimedia/Hebrew/heb\\_n/pdf/rocket\\_threat.pdf](http://terrorism-info.org.il/malam_multimedia/Hebrew/heb_n/pdf/rocket_threat.pdf)).

<sup>19</sup> ראו, למשל: 112- FIRST STATEMENT OF THE GOVERNMENT OF ISRAEL TO THE SHAREM EL-SHEIKH FACT-FINDING COMMITTEE (28 December 2000). 131. ועדה זו, שכונתה גם "ועידת מיטשל" (על שם הסנאטור ג'ורג' מיטשל, שמונה לעמוד בראשה על ידי נשיא ארה"ב דאז, ביל קלינטון) הוקמה מתוקף ההסכם שגובש בפסגה שנערכה בשארם אל-שייח' בתאריכים 16-17 לאוקטובר 2000. תפקידה היה לערוך בירור אודות אירועי האלימות שהתחוללו מזה מספר שבועות ולהמליץ כיצד למנוע את הישנותם.

<sup>20</sup> ראוי לציין כי עם תחילתה של הלחימה בין מדינת ישראל לארגוני הטרור הפלסטיניים גובשה תפיסה משפטית לפיה מדובר ב-"עימות מזוין שאינו עולה כדי מלחמה" (Armed Conflict Short of War). עם זאת, הקביעה כי לא מדובר במלחמה של ממש, אלא רק ב-"עימות מזוין", הייתה בעלת משמעויות מדיניות בעיקרה, ולא נודעו לה השלכות משפטיות של ממש. לפיכך, במסמך הנוכחי, נעשה שימוש במונח שקנה אחיזה בפסיקתו של בית המשפט העליון, דהיינו – "עימות מזוין".

בהמשך, עמדה זו אף אומצה בשורה של פסקי דין שיצאו תחת ידיו של בית המשפט העליון, עת הובאו לבחינתו פעולות שבוצעו על ידי ישראל במסגרת ההתמודדות עם הטרור הפלסטיני.<sup>21</sup>

ג. יישום תוכנית ההתנתקות וסיום הממשל הצבאי

בשנת 2004, על רקע המאבק המתמשך בטרור הפלסטיני מזה, והעדר אפשרות לקדם את התהליך המדיני מזה, החלה מדינת ישראל להיערך לפינוי אזרחיה וחייליה מרצועת עזה – מהלך שכונה "תוכנית ההתנתקות".<sup>22</sup> בפן הביטחוני, חזתה התוכנית מציאות בה צה"ל יגן על גבולה היבשתי של ישראל עם הרצועה, ישלוט באופן בלעדי במרחבה האווירי וימשיך לקיים פעילות צבאית במרחב הימי, תוך שמירת הזכות הבסיסית להגנה עצמית, לרבות על ידי נקיטת צעדי מניעה ותגובה תוך שימוש בכוח.<sup>23</sup> בפן האזרחי, שאפה התוכנית להשאיר את ההסדרים הקיימים בתוקפם, לרבות בכל הקשור לתנועת האנשים והסחורות בין רצועת עזה, איו"ש, מדינת ישראל ומדינות שלישיות.<sup>24</sup> יישום תוכנית ההתנתקות בפועל החל בתאריך 17 באוגוסט 2005 ונמשך כשלושה שבועות. יצוין, כי בתחילה התכוונה ישראל להשאיר בשליטתה את אזור המתקנים הצבאיים שבגבולה הדרומי של הרצועה ("ציר פילדלפי"),<sup>25</sup> אולם בתאריך 11 בספטמבר 2005 הוחלט להוציא את כוחות צה"ל מכלל שטחי הרצועה ולהעביר את האחריות עליהם לידי הרשות הפלסטינית.<sup>26</sup> יום לאחר מכן, בתאריך 12 בספטמבר 2005, יצא אחרון חיילי צה"ל את שטח רצועת עזה, ומפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה חתם על מנשר בדבר סיום הממשל הצבאי שפעל באזור בשלושים ושימונה השנים שקדמו לכך.<sup>27</sup>

פינוי האזרחים הישראלים וכוחות צה"ל מרצועת עזה נועד לחולל שינוי מהותי במצבה של רצועת עזה, ולאפשר לרשות הפלסטינית לבסס באזור שלטון עצמי מלא, מתפקד ועצמאי מהתערבות ישראלית. לצורך כך אף חתמו ממשלת ישראל והרשות הפלסטינית, בנובמבר 2005, על הסכם "תנועה וגישה" (Movement and Access), במסגרתו נטלה על עצמה ישראל התחייבויות שונות לעניין יצוא סחורות מהרצועה דרך שטחה ותנועת אנשים בין הרצועה לבין איו"ש. כן הסדיר ההסכם את

<sup>21</sup> ראו, למשל: בג"ץ 9252/00 אל סקא נ' מדינת ישראל, תק-על 2001(2) 1678; בג"ץ 9293/01 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(2) 509 (2001); בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11 (2002); בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30 (2002); בג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(4) 608 (2002); בג"ץ 7015/02 עגורני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2002(3) 1021; בג"ץ 8990/02 רופאים לזכויות אדם נ' אלוף פיקוד דרום, פ"ד נו(4) 193 (2003); בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (2004); בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תק-על 2006(4) 3958 (להלן: עניין הוועד הציבורי נגד עינויים).

<sup>22</sup> "מדינת ישראל תפנה את רצועת עזה לרבות הישובים בה ותיערך מחדש מחוץ לשטח הרצועה. זאת, למעט היערכות צבאית באזור קו הגבול בין רצועת עזה למצרים (ציר 'פילדלפי')... עם השלמת המהלך, לא תיוותר באזורם שיפוטו במרחב היבשתי של רצועת עזה נוכחות ישראלית קבועה של כוחות ביטחון ישראלים." (סעיף 2(א)(3.1) להחלטת ממשלה מס' 1996, מתאריך 6 ליוני 2004). חשוב לציין כי החלטה זו עסקה גם בפינויים של ארבעה ישובים בצפון השומרון, אך הללו אינם נוגעים לעניינו.

<sup>23</sup> שם, סעיף 3(א).

<sup>24</sup> שם, סעיף 10.

<sup>25</sup> שם; וראו גם החלטת ממשלה מס' 3281 מתאריך 20 לפברואר 2005; וכן את צו יישום תוכנית ההתנתקות (חבל עזה), התשס"ה-2005, ק"ת תשס"ה מס' 6371, עמ' 449.

<sup>26</sup> החלטת ממשלה מס' 4235 מתאריך 11 לספטמבר 2005.

<sup>27</sup> "מסופו של יום זה, תם הממשל הצבאי באזור חבל עזה" (סעיף 1 למנשר בדבר סיום הממשל הצבאי (מנשר מס' 6) (אזור חבל עזה), התשס"ה-2005).

הפעלתם של מעברי הגבול רפיח וכרם שלום, דרכם אמורה הייתה להתאפשר תנועת אנשים וסחורות בין הרצועה לבין מצרים, בפקוח צד שלישי.<sup>28</sup>

חרף זאת, בפועל, המשיכה המציאות הביטחונית ברצועת עזה להתדרדר. זמן קצר לאחר השלמת יישום תוכנית ההתנתקות חידשו ארגוני הטרור הפלסטינים הפועלים ברצועה, ובראשם ארגון החמא"ס, את הירי תלול-המסלול לעבר ישובי הדרום. כן נעשו ניסיונות רבים (חלקם הצליחו) להוציא לפועל מתקפות טרור כנגד מעברי הגבול בין ישראל והרצועה וכנגד כוחות צה"ל שנפרשו לאורך הגבול היבשתי ובתווך הימי. כמו כן, הרחיבו ארגוני הטרור את פעילותם בתווך התת-קרקעי: עשרות מנהרות נחפרו מתחת ל-"ציר פילדלפי", ושימשו להברחת אמצעי לחימה לתוך הרצועה ולתנועת פעילי טרור אליה וממנה, בדרכם למחנות אימונים במדינות שונות בעולם (לבנון, סוריה, איראן) או לביצוע פיגועי התאבדות בשטח מדינת ישראל. מנהרות נוספות נחפרו מתחת לגבול עם ישראל.

גם בפן המדיני נרשמה הרעה, לאחר שבבחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית שנערכו בינואר 2006, זכה ארגון החמא"ס ברוב והוזמן על ידי ארגון הפת"ח להצטרף לממשלת אחדות בראשותו. משמעות הדבר הייתה השתלבותו של ארגון טרור מוכר, המצוי בעימות מזוין עם ישראל ושייעודו המוצהר הוא להשמיד את מדינת ישראל, במוסדות של הגוף השלטוני הפלסטיני, באופן שיאפשר לחמא"ס לעשות שימוש במנגנוני השונים לצרכיו הנפשעים ואף יקנה לו מראית עין של ממלכתיות ולגיטימציה. נוכח זאת דרשה ישראל, כי החמא"ס יקבל את שלושת תנאי הסף שנקבעו על ידה ואושרו בהחלטת "הרביעייה הבין-לאומית" (ה-"קוורטט") – הכרה במדינת ישראל וביטול אמנת החמא"ס; נטישת דרך הטרור ופירוק תשתיות הטרור; והכרה בהסכמים ובהבנות אליהם הגיעו ישראל והפלסטינים;<sup>29</sup> ומשהחמא"ס סירב לעשות כן, וממשלה בראשותו הושבעה בסוף חודש מארס 2006, החליטה הממשלה כי הרשות הפלסטינית הינה "רשות טרור העוינת את ישראל".<sup>30</sup> החרפה נוספת אירעה לאחר שבתאריך 25 ביוני 2006, חוליית פעילי טרור חדרה לשטח ישראל באמצעות מנהרה שנחפרה מתחת לגבולה עם הרצועה וביצעה מתקפת פתע לעבר טנק צה"לי: שניים מאנשי הצוות נהרגו, והשלישי – רב"ט גלעד שליט – נפצע ונלקח על ידי פעילי הטרור לרצועת עזה. כידוע, גם בחלוף ארבע שנים, מוחזק שליט בידי ארגוני הטרור במקום לא ידוע ברצועה, תוך הפרה גסה של הסטנדרטים המינימאליים שקובעים דיני החימה ביחס לאנשים במעמדו – ובראשן הזכות להיפגש עם נציגי ארגון הצלב האדום הבין-לאומי ולתקשר עם בני משפחתו.

אירוע חמור זה היווה חוליה נוספת בעימות המזוין המתמשך בין מדינת ישראל לבין ארגוני הטרור הפלסטינים ברצועת עזה, אשר המשיך להתעצם אף בשעה שבאיו"ש נרשם שיפור יחסי במציאות הביטחונית. הירי תלול-המסלול חייב את צה"ל לעשות שימוש בארטילריה ובתקיפות מן האוויר כנגד חוליות השיגור. כמו כן, מעת לעת נדרש צה"ל לשלוח כוחות חי"ר ושריון לתוך שטח הרצועה,

<sup>28</sup> נוסח ההסכם מופיע בכתובת:

<http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Reference+Documents/Agreed+documents+on+movement+and+access+from+and+to+Gaza+15-Nov-2005.htm>

<sup>29</sup> החלטת ממשלה מס' 4705 מתאריך 19 בפברואר 2006.

<sup>30</sup> החלטת ממשלה מס' 4780 מתאריך 11 באפריל 2006.

לפעולות נרחבות כנגד תשתיות הטרור שפרסו הארגונים הפלסטינים בלב ריכוזי האוכלוסיה האזרחית בעיירות ובכפרים, בדגש על אלה הסמוכות לגבול עם ישראל.

ד. עליית שלטון החמא"ס ברצועת עזה

ההתדרדרות המתוארת לעיל זו הובילה, לבסוף, לנקודת המפנה המשמעותית ביותר עד כה בהתנהלותה של מדינת ישראל ביחס לרצועת עזה: השתלטותו האלימה של ארגון החמא"ס על רצועת עזה במהלך יוני 2007. כשנה וחצי לאחר הצטרפותו לממשלת האחדות, יזם החמא"ס סדרת אירועי אלימות רחבי היקף בשטחי הרצועה, במהלכם נרצחו עשרות פקידים ופעילים במנגנוני הביטחון (שהקימה הרשות הפלסטינית מתוקף הסכם הביניים) שהשתייכו לארגון הפת"ח. מאות אחרים נסו על חייהם למעברי הגבול עם ישראל, אשר אפשרה להם מעבר בטוח לשטחי איו"ש. היתר ירדו למחתרת או הצטרפו לשורות ארגון החמא"ס, אשר השלים את ההפיכה שביצע בכך שהקים ברצועה ישות שלטונית עצמאית, המסרבת להכיר בזכותה של ישראל להתקיים, לכבד את ההסכמים המדיניים שנחתמו בינה לבין אש"ף ולהפסיק את פעולות הטרור כנגדה (להלן: **שלטון החמא"ס**).

נהפוך הוא: משהשתלט על רצועת עזה, רתם החמא"ס את כלל מנגנוני השלטון לתהליך התעצמותו הצבאית, הנמשך כל העת, כחלק מן העימות המזוין עם ישראל. תהליך זה כולל את הגדלת סדר הכוחות העומדים לרשותו; ארגונם מחדש במסגרות צבאיות וצבאיות למחצה, תוך שיפור מערכות הפיקוד והשליטה עליהם; ביצוע אימונים בהיקף נרחב ברצועת עזה ומחוצה לה (בעיקר באיראן ובסוריה); הצטיידות באמצעי לחימה מתקדמים, בדגש על רקטות משופרות ומטעני חבלה רבי עוצמה; הכנת שטח הרצועה למגננה, לרבות הקמת תשתיות תת-קרקעיות ברחבי הרצועה ללחימה ולמסתור והטמנת מטענים במוקדים שונים בהם צפויה להתבצע לחימה עם צה"ל.<sup>31</sup> תהליך ההתעצמות הצבאי נשען על סיוע של איראן, סוריה והחיזבאללה, המתבטא בהעברת ידע תורתי וטכנולוגי, אספקת אמצעי לחימה וציוד ואימונים.<sup>32</sup> אמצעי לחימה, כספים ופעילי טרור מוברחים לרצועת עזה, בעיקר דרך תשתית המנהרות הענפה שהוקמה תחת הגבול בין הרצועה למצרים.<sup>33</sup> עובר להשתלטות החמא"ס על הרצועה, הכוח העיקרי שעמד לרשותו היה הזרוע הצבאית – גדודי עז-אלדין-אלקסאם. בשנות שלטונו ברצועה, ובעקבות תהליך ההתעצמות, הפכה הזרוע הצבאית לגוף רחב היקף, בעל מסגרת צבאית מסודרת, אשר בליבה ניצבת שדרת פיקוד מבוססת, המקיימת שליטה, הכוונה ופיקוח על כלל הכוחות ובתוך כך אוכפת משמעת פנימית הדוקה. הזרוע הצבאית אמונה הן על הגנת הרצועה ושלטון החמאס בה והן על המאבק בישראל, ולצורך כך היא נסמכת על

<sup>31</sup> ראו, למשל: מרכז המידע למודיעין ולטרור, "תהליך ההתעצמות הצבאית של חמא"ס ברצועת עזה (תמונת מצב נכונה למרס 2008)" (חדשות העימות הישראלית פלסטיני, 9 באפריל 2008) (<http://terrorism-> [info.org.il/malam\\_multimedia/Hebrew/heb\\_n/pdf/hamas\\_080408h.pdf](http://info.org.il/malam_multimedia/Hebrew/heb_n/pdf/hamas_080408h.pdf)); כן ראו להלן, הערה 35, בעמ' 51-42.

<sup>32</sup> ראו, למשל: מרכז המידע למודיעין ולטרור, "הסיוע האיראני לחמאס" (מסמכי יסוד, 12 בינואר 2009) (<http://terrorism-> [info.org.il/malam\\_multimedia/Hebrew/heb\\_n/pdf/iran\\_004.pdf](http://info.org.il/malam_multimedia/Hebrew/heb_n/pdf/iran_004.pdf)). כן ראו לעיל, הערה 31, בעמ' 58-46; ולהלן, הערה 35, בעמ' 97-101.

<sup>33</sup> ראו, למשל: מרכז המידע למודיעין ולטרור, "תעשיית המנהרות המשגשגת ברצועת עזה עוברת לאחרונה תהליך של מיסוד ע"י חמאס; זאת תוך העברת מסר תקשורתי כי הברחת סחורות לרצועה מסייעת להסרת ה'מצור' הישראלי, תוך התעלמות מהברחות אמצעי הלחימה ופעילי הטרור הממשיכות להתבצע דרך המנהרות" (חדשות העימות הישראלית פלסטיני, 27 באוקטובר 2008) ([http://terrorism-info.org.il/malam\\_multimedia/Hebrew/heb\\_n/pdf/ct\\_009.pdf](http://terrorism-info.org.il/malam_multimedia/Hebrew/heb_n/pdf/ct_009.pdf)). כן ראו לעיל, הערה 31, בעמ' 43-45.

תורות לחימה מובנות, שגובשו בהשראת החיזבאללה, המונחלות בהכשרות שעוברים הפעילים בתוך הרצועה ומחוצה לה. כמו כן, בפעילות הזרוע הצבאית נעשה שימוש באמצעי לחימה מגוונים ולעיתים אף תקינים.<sup>34</sup>

זאת ועוד: בצד חיזוק הזרוע הצבאית, הקים שלטון החמא"ס מספר "מנגנוני ביטחון", אשר לכאורה נועדו להחליף את אלה שהפעילה הרשות הפלסטינית ברצועת עזה למטרות אכיפת חוק וסדר ציבורי; אולם בפועל, וכפי שתואר בהרחבה במסמכים שפורסמו לפני "עופרת יצוקה" ולאחריו, מנגנונים אלה מהווים חלק מכוחותיו המזוינים של שלטון החמא"ס, אשר קיימת זיקה הדוקה בינם לבין הזרוע הצבאית בשגרה, ושבמקרה של פעולה נרחבת של כוחות צה"ל בשטח הרצועה אמורים ליטול חלק פעיל ומלא בלחימה. כל זאת בזמן ששלטון החמאס מנסה לעמעם את הקשר בין הזרוע הצבאית למנגנונים, כדי לשמור על תדמיתם "הממלכתית" של האחרונים.<sup>35</sup>

בפרט יצוין, כי אחד מאותם מנגנונים הוא "ביטחון החופים", המשמש – על-פי הגדרתו הרשמית – בתפקיד המשטרה הימית של הרצועה. על פי המידע המודיעיני שנאסף, בנוסף לתפקידו הרשמי האמור, מילא מנגנון "ביטחון החופים" גם פונקציות צבאיות מובהקות. בראשו של המנגנון עומד פעיל ותיק בזרוע הצבאית של החמאס, ורבים מ-200 פעיליו ומפקדיו משתייכים במקביל לזרוע הצבאית ומנהלים עימה קשרים ענפים. פעילי המנגנון חמושים באמל"ח מגוון המיועד בעיקרו להתמודדות עם כוחות צה"ל, ולשם כך, רבים מהם הוכשרו לירי RPG, נ"ט, קומנדו ומארבים. מנגנון "ביטחון החופים" היה מעורב בלחימה נגד כוחות צה"ל הן בעיתות שגרה והן בעיתות של לחימה בהיקף נרחב. במסגרת זו ביצעו פעילי המנגנון פעולות של מעקב וניטור אחר הפעילות הישראלית הימית, ואף ביצעו ירי לעבר כלי שיט ישראליים. בנוסף, סייע המנגנון לזרוע הצבאית בפעולות תומכות-לחימה.<sup>36</sup>

המשך ההתדרדרות הביטחונית ועליית שלטון החמא"ס ברצועה הובילו את ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי להכריז על רצועת עזה כעל "שטח עויני".<sup>37</sup> להחלטה זו לא היו נפקויות מעשיות בפן הביטחוני – כל שנקבע בה היה שפעולות צבאיות תימשכנה בהתאם להתפתחויות במצב – אולם היא הובילה לשינוי מהותי במדיניות מעבר הסחורות אל הרצועה ממנה, דרך שטח ישראל. לסוגיה זו נידרש בהמשך חלק זה של המסמך.

בחודש דצמבר 2008 יצא צה"ל למבצע "עופרת יצוקה", לאחר ששלטון החמא"ס ברצועה פתח במתקפת רקטות רחבת היקף נגד ישובי הדרום, לאחר שהודיע על סיומה של תקופת "רגיעה". המבצע נועד להביא לפגיעה ביכולתם של ארגוני הטרור בכלל, ושלטון החמא"ס בראשם, לבצע ירי תלול-מסלול לעבר מדינת ישראל, כמו גם ביכולת ההתעצמות הצבאית שלו, תוך צמצום הפגיעה בעורף הישראלי. על אף הפגיעה הקשה שנגרמה במהלך המבצע לתשתית הצבאית של שלטון החמא"ס ברצועת עזה, וכתוצאה מכך, הירידה המשמעותית בירי הרקטות ופצצות המרגמה אל עבר ישראל, העימות המזוין בין מדינת ישראל לשלטון החמא"ס ברצועה נמשך גם לאחר סיומו,

<sup>34</sup> ראו לעיל, הערה 31, בעמ' 10-11.

<sup>35</sup> ראו לעיל, הערה 31, בעמ' 12-15; כן ראו, מרכז המידע למודיעין ולטרור, "התנהלות חמאס ואופיו של הטרור מרצועת עזה – בחינת תכני דו"ח גולדסטון לעומת הממצאים העובדתיים" (מארס 2010) (<http://terrorism->  
[info.org.il/malam\\_multimedia/Hebrew/heb\\_n/pdf/g\\_report\\_h1.pdf](http://info.org.il/malam_multimedia/Hebrew/heb_n/pdf/g_report_h1.pdf)), עמ' 252-294.

<sup>36</sup> ראו לעיל, הערה 31, בעמ' 14; ראו לעיל, הערה 35, בעמ' 271-272.

<sup>37</sup> החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי מס' 34/ב מתאריך 19 בספטמבר 2007.

בדמות ירי תלול-מסלול, התקפות על כוחות צה"ל הפועלים לאורך גדר הגבול וניסיונות חדירה לישראל לשם ביצוע פיגועים. כמו כן, נמשכו – אף ביתר שאת – הברחות אמצעי הלחימה לרצועת עזה, לשם שיקום היכולות הצבאיות של שלטון החמא"ס וחיזוקו.

### 3. המסגרת המשפטית

עד כה ראינו, כי מאז 1967 התחוללו שינויים משמעותיים במציאות השוררת ברצועת עזה בכלל, ובהיבטי פעילותו של צה"ל בפרט. מטבע הדברים, שינויים עובדתיים אלה משליכים על תוכנה של המסגרת הנורמטיבית אליה כפופים כוחות צה"ל כאשר הם פועלים כנגד הטרור הפלסטיני. להלן נעמוד על שלושת הרבדים של מסגרת משפטית זו, ונבקש לזהות את התמורות שחלו בכל אחד מהם בעקבות ההתפתחויות העובדתיות שתוארו לעיל.

#### א. מעמדה המשפטי של רצועת עזה ותחולת דיני התפיסה הלוחמתית

כאמור לעיל, במשך 38 שנים, ועד לפני חמש שנים, הייתה נתונה רצועת עזה תחת ממשל צבאי, אשר הוקם מיד לאחר שנכבשה על ידי כוחות צה"ל ביוני 1967. ההשלכות המשפטיות של מציאות עובדתית זו מבחינת מעמדו המשפטי של השטח ומערכת הדינים העיקרית שחלה ביחס לפעילות צה"ל ברצועת עזה בכלל, וכנגד הטרור הפלסטיני בפרט, הוסברו על ידי בית המשפט העליון כך:

"על פי תפיסתן המשפטית של ממשלות ישראל לדורותיהן כפי שהוצגה בפני בית המשפט העליון – תפיסה שנתקבלה על ידי בית המשפט העליון לדורותיו – מוחזקים אזורים אלה על ידי מדינת ישראל בדרך של 'תפיסה לוחמתית' (belligerent occupation). משמעותה של תפיסה משפטית זו היא כפולה: ראשית, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים באזורים אלה. ממשלת ישראל לא הוציאה כל צו להחלת המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה על אזורי יהודה, שומרון וחבל עזה, ושר הביטחון לא הוציא מנשר לעניינם על פי פקודת שטח השיפוט והסמכויות, תש"ח-1948 ... אזורים אלה לא 'סופחו' לישראל, והם אינם מהווים חלק ממנה. בהיעדר הוראה בחקיקה (מפורשת או משתמעת) אין חוקי הכנסת חלים באזורים אלה ... שנית, המשטר המשפטי החל באזורים אלה נקבע על ידי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי ובמרכזם הכללים העוסקים בתפיסה לוחמתית."<sup>38</sup>

עם זאת, כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, מאז ועד היום חלו שינויים מהותיים במציאות עובדתית זו. להלן נבקש לפרט אודות נפקותם של שינויים אלה לעניין מעמדה המשפטי של הרצועה והמסגרת הנורמטיבית הנגזרת מכך.

שאלה זו התעוררה לראשונה בעקבות הנסיגה הישראלית ממרבית שטחי הרצועה והעברת הכוחות והאחריות של הממשל הצבאי לידי הרשות הפלסטינית. זוהי סוגיה משפטית מורכבת, אשר נוכח השינויים העובדתיים שהתרחשו אחריה אין צורך להידרש אליה בהרחבה. על כן, בקליפת האגוז יצוין, כי בעניין זה קיימות שתי גישות אפשריות: האחת, גורסת כי בשטחים מהם נסוג צה"ל ושבהם הועברו סמכויות לידי הרשות הפלסטינית הסתיימה השליטה האפקטיבית של צה"ל, ובהתאם, גם התפיסה הלוחמתית של אותם שטחים על ידי מדינת ישראל; על פי הגישה האחרת,

<sup>38</sup> עניין חוף עזה, לעיל הערה 2.

מדינת ישראל המשיכה לשלוט באותם שטחים, משום שההסכמים המדיניים הותירו בידיה את הסמכות השיורית בשטחים אלה, כמו גם את האחריות הכוללת לענייני ביטחון. בהתאם לגישה זו, בשטחים האמורים קיבלה הרשות הפלסטינית סמכויות מוגבלות של ממשל עצמי, מבלי שהדבר ישלול את המשך קיומו של ממשל צבאי גם בהם. למען הסדר הטוב, יובהר, כי מדינת ישראל נמנעה מלקבל הכרעה רשמית בעניין מעמדם המשפטי של השטחים מהם צה"ל נסוג במסגרת מימוש ההסכמים המדיניים עם אש"ף; ובפועל, המשיכה להפעיל סמכויות מכוח דיני התפיסה הלוחמתית אף ביחס לשטחים אלה.

מכל מקום, כאמור, ביחס לרצועת עזה סוגיה זו איננה רלוונטית עוד, שכן עם השלמת יישומה של תכנית ההתנתקות וחתירת המנשר בדבר סיום הממשל הצבאי, חדלו הן הנוכחות הפיסית של כוחות צה"ל ברצועה והן הפעלתן של סמכויות שלטוניות בשטח זה על ידם.<sup>39</sup> בכך, באה לקיצה השליטה האפקטיבית של צה"ל ברצועת עזה, והגיעה לסיומה התפיסה הלוחמתית של ישראל בשטח. עמדה זו הוצגה בפני בית המשפט העליון במספר עתירות בנוגע לרצועת עזה לאחר תוכנית ההתנתקות, ואומצה מפורשות על ידו כדלקמן:

"בהקשר זה נציין, כי מאז חודש ספטמבר 2005, אין עוד לישראל שליטה אפקטיבית בנעשה בשטח רצועת עזה. הממשל הצבאי שהוחל בשטח זה בעבר בוטל בהחלטת הממשלה, וחיילים ישראלים אינם שוהים באזור זה באופן קבוע ואף אינם מנהלים את המתרחש בו. בנסיבות אלה, אין מוטלת על מדינת ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת תושבי הרצועה ולשמור על הסדר הציבורי בתחומי רצועת עזה, לפי מכלול דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי. לישראל אין גם יכולת אפקטיבית במעמדה הנוכחי להשליט סדר ולנהל את החיים האזרחיים ברצועת עזה."<sup>40</sup>

חרף זאת, יש הגורסים, כי מדינת ישראל עודנה נחשבת ל-"מעצמה כובשת" ביחס לרצועת עזה.<sup>41</sup> טענה זו נועדה, בין היתר, לערער על חוקיותן של פעולות המבוצעות על ידי מדינת ישראל ביחס לרצועת עזה לאחר ההתנתקות מהרצועה (כדוגמת הצעדים הכלכליים השונים, אשר יידונו בהמשך), בנימוק כי פעולות אלה מהוות הפרה של החובות המוטלות על ישראל ביחס לתושבי הרצועה, מכוח דיני התפיסה הלוחמתית. משכך, נראה כי נכון יהיה לשוב ולהידרש – גם אם בקצרה – לשאלת מעמדה המשפטי הנוכחי של רצועת עזה ולשאלת תחולתם של דיני התפיסה הלוחמתית ביחס לפעילות צה"ל ברצועה, על אף הכרעתו הברורה של בית המשפט העליון בסוגיה.

<sup>39</sup> כך, למשל, במסגרת הממשל הצבאי פעלו בתי משפט צבאיים, אשר הוקמו ופעלו מכוח תחיקת הביטחון ומכוח סעיפים 64-66 לאמנת גינבה הרביעית. עם סיום הממשל הצבאי פקע תוקפם של דברי החקיקה שהוצאו מכוחו ועל כן לא ניתן היה להפעיל עוד את בתי המשפט הצבאיים או להעמיד בפניהם לדין לפי תחיקת הביטחון. כמו כן, בכך נשמט לכאורה הבסיס החוקי להחזקתם של אלו מתושבי הרצועה שהורשעו בבתי המשפט הצבאיים ונגזרו עליהם עונשי מאסר עובר לסיום הממשל הצבאי, משם שגם הסמכות לכך הייתה מעוגנת, בראש ובראשונה, בתחיקת הביטחון (וכן ב-"חקיקת מראה" ישראלית: סעיף 6 לתוספת לחוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז-1967). על כן, היה צורך בחקיקה שתסדיר את המשך החזקתם וריצוי עונשם של אותם אסירים – חוק עונש מאסר שגזר בית משפט צבאי באזור חבל עזה (הוראות מעבר), התשס"ז-2007.

<sup>40</sup> בג"ץ 9132/07 אלבסיוני ואח' נ' ראש הממשלה ואח', תק-על 1217, 1213 (1)2008 (להלן: עניין אלבסיוני).

<sup>41</sup> ראו, למשל: Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, A/HRC/12/48 (25 September 2009), GISHA: LEGAL CENTER FOR FREEDOM OF MOVEMENT, DISENGAGED OCCUPIERS: THE LEGAL STATUS OF GAZA, ¶¶ 276-279; Mustafa Mari, *The Israeli* (January 2007), available at: <http://www.gisha.org/UserFiles/File/Reportforthewebsite.pdf>; *Disengagement from the Gaza Strip: an End of the Occupation?*, 8 YEARBOOK INT. HUM. L. 356 (2005).

תקנה 42 לתקנות האג קובעת אימתי ייחשב שטח לנתון תחת תפיסה לוחמתית.<sup>42</sup> בליבה ניצב מבחן "השליטה האפקטיבית" של הצבא הזר בשטח האויב, המתקיים משעה שהשטח נתון תחת סמכותו של הצבא, אשר צריכה להיות מבוססת וניתנת להפעלה. הדרישה לקיומה של "שליטה אפקטיבית" נגזרת גם מתקנה 43 לתקנות האג, המטילה על הצבא המחזיק בשטח את החובה הכללית להשיב על כנם את הסדר והביטחון הציבוריים ואת האחריות לקיימם.<sup>43</sup> מטבע הדברים, עמידה בחובות אלה מצריכה שליטה בפועל בשטח ומסוגלות להפעיל את אותן סמכויות הנדרשות לשם כך.<sup>44</sup> לאחרונה, קבע בהקשר זה בית המשפט הבין-לאומי לצדק, כי לשם קיומה של תפיסה לוחמתית, על הצבא הכובש להחיל בפועל את סמכותו בשטחה של המדינה הנכבשת, ולהחליף בכך את סמכותה של הממשלה הריבונית באותו שטח:

"In order to reach a conclusion as to whether a State, the military forces of which are present on the territory of another State as a result of an intervention, is an "occupying Power" in the meaning of the term as understood in the *jus in bello*, the Court must examine whether there is sufficient evidence to demonstrate that the said authority was in fact established and exercised by the intervening State in the areas in question. In the present case the Court will need to satisfy itself that the Ugandan armed forces in the DRC were not only stationed in particular locations but also that they had substituted their own authority for that of the Congolese Government."<sup>45</sup>

משמעות הדברים היא, כי אפילו קיומה של נוכחות פיזית של הצבא הזר בשטח הנדון, אינה מהווה תנאי מספיק לקביעה כי מתקיימת שליטה אפקטיבית. על כן, ברי כי יש לנקוט זהירות מקום בו נוכחות כזו כלל אינה מתקיימת – כמו ברצועת עזה לאחר נסיגת כוחות צה"ל במסגרת יישום תוכנית ההתנתקות.

בצד זאת, ראוי לציין, כי חלק מהמדריכים הצבאיים מציבים דרישה פחותה מזו לקיומו של כיבוש, ומתמקדים ביכולתו הפוטנציאלית של הצבא הכובש לקיים את מרותו בשטח, בצד חוסר יכולתן של הרשויות המקוריות לממש את סמכותן.<sup>46</sup> אולם, חשוב להדגיש, כי גם על פי גישה זו, עדיין נדרש כי השליטה של הצבא הזר תהא אפקטיבית, במובן זה, שהוא מסוגל, כל אימת שרצונו בדבר, לכפות את רצונו על אוכלוסיית השטח הכבוש, בעוד שהשלטון המקורי איננו מסוגל להפעיל את סמכויותיו בשטח זה כתוצאה מהשליטה האפקטיבית של הצבא הזר. גישה זו שעניינה היכולת

<sup>42</sup> תקנה 42 לתקנות האג קובעת כי:

"Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army. The occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised."

<sup>43</sup> ראו לעיל, הערה 5.

<sup>44</sup> לעניין זה, יפים דבריו של פרופ' בנבנישתי:

"The law of occupation is applicable to regions in which foreign forces are present, and in which they can maintain control over the life of the local population and exercise the authority of the legitimate power. The test for effective control is not the military strength of the foreign army which is situated outside the borders that surround the foreign area. What matters is the extent of that power's effective control over civilian life within the occupied area; their ability, in the words of Article 43 of the Hague Regulations, to 'restore and ensure public order and civil life.'" (Eyal Benvenisti, *Responsibility for the Protection of Human Rights under the Interim Israeli-Palestinian Agreements*, 28 ISR. L. REV. 297, 308-09 (1994).

<sup>45</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*, 2005 ICJ Rep. 168, ¶ 173 (להלן: *DRC v. Uganda*) (ההדגשה הוספה).

<sup>46</sup> גישה זו באה לידי ביטוי במדריך הצבאי האמריקאי (Department of the Army, Field Manual No. 27-10: The Law of Land Warfare, 18 July 1956 (revised 15 July 1976)), §§ 355-356 Office of the Judge Advocate General) ובמדריך הצבאי הקנדי (Joint Doctrine Manual: Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Levels, 13 August 2001, § 1203 (Canada)). בהתאם, ראו גם את חוות-הדעת הנפרדת של השופט *Kooijmans*, אשר יוצאת כנגד הגישה המצמצמת אותה אימץ בית הדין הבין-לאומי לצדק בעניין *DRC v. Uganda* (לעיל, הערה 45, בפסקאות 44-50).

הפוטנציאלית לקיים שליטה אפקטיבית מבוססת על פסיקתו של הטריבונל הצבאי האמריקאי בנירנברג,<sup>47</sup> והיא אומצה, במידה מסוימת, גם בפסיקתו של בית המשפט העליון.<sup>48</sup> הגם שדיני התפיסה הלוחמתית אינם קובעים, באופן מפורש, את האופן בו המצב של כיבוש יגיע לכדי סיום, הגישה המקובלת היא כי מדובר ב-"תמונת ראי" של התנאים לתחילתו, כלומר, כאשר הצבא הכובש איננו מקיים עוד שליטה אפקטיבית בשטח (בין שמדובר בשליטה פוטנציאלית או בשליטה בפועל), ובנעליו, נכנס שלטון אחר, המקיים שליטה אפקטיבית כאמור. כך, קובע המלומד Greenspan כי:

"Once an occupation has started, it must be maintained effectively if it is to be regarded as valid. If the occupant evacuates the territory, is driven out, or ceases to maintain effective control for any reason, and the legitimate government is able to resume its authority and functions, occupation ceases".<sup>49</sup>

המשפט הבין-לאומי איננו מתייחס לשאלה האם השלטון המחליף את הצבא הכובש חייב להיות ממשיכו של השלטון המקורי שהיה בשטח ערב תפיסתו הלוחמתית, או שמא גם ישות שלטונית חדשה יכולה להביא לסיומו של הכיבוש. בין כך ובין כך, נראה כי לא די בגורמים מבוזרים של שלטון מקומי (כדוגמת עיריות, מועצות מקומיות) ואף לא במליציות או קבוצות חמושות מקומיות, אלא נדרש כי השלטון המחליף את הצבא הכובש יהא בעל מאפיינים של שלטון מרכזי, אשר יכול לאכוף את מרותו ביחס לשטח המפונה.<sup>50</sup>

בענייננו, כאמור לעיל, במקביל לנסיגה הישראלית ולביטול הממשל הצבאי, פעלה הרשות הפלסטינית – אשר שלטה עד לתכנית ההתנתקות על מרבית שטח רצועת עזה, ונתפסה בקהילה הבין-לאומית כגורם השלטוני הלגיטימי ברצועה – להחיל את סמכותה על השטחים שפנו על-ידי ישראל.<sup>51</sup> בכך, אם כן, הסתיימה התפיסה הלוחמתית של ישראל ברצועה, שכן, החל מהשלמת ההתנתקות, מדינת ישראל לא קיימה עוד שליטה אפקטיבית בפועל בשטח רצועת עזה, ואף לא

<sup>47</sup> ראו: *The Hostages Trial (Trial of Wilhelm List and others)*, United States Military Tribunal, Nuremberg (Case no. 47), reprinted in *VIII Law Reports of Trials of War Criminals* (Selected and prepared by the United Nations War Crimes Commission, 1949) 34, 55-56.

<sup>48</sup> ראו: בג"ץ 102/82 צמל נ' שר הביטחון, פ"ד לז(3), 365, 372-376 ("יכול כוח צבאי לפשוט על שטח או לפלוש לתוכו, כדי לחלוף דרכו אל היעד שהציב לעצמו, תוך הותרת השטח שלאחריו ללא שליטה יעילה. אך אם הצבא השלט על שטח פלוני באופן מעשי ויעיל, אין בזמניותה של השהייה בשטח או בכוונה לקיים אך שליטה צבאית ארעית כדי לגרום מכך, שנוצרו התנאים העובדתיים, מהם נגזרת תחולתן של אותן הוראות מדיני המלחמה, הדנות בתוצאות המתלוות אף מן התפיסה הלוחמתית. זאת ועוד, תחולתן של הפרק השלישי לתקנות האג ותחולתן של ההוראות המקבילות באמנה הרביעית אינן מותנות בכך שהוקמה מערכת ארגונית מיוחדת, הלוברשת צורת ממשל צבאי. החובות והסמכויות של הכוח הצבאי, הנובעות תפיסתו היעילה של שטח פלוני, קמות ונוצרות בשל עצם השליטה הצבאית בשטח, היינו, גם אם הכוח הצבאי מבצע שליטתו אך ורק באמצעות היחידות הלוחמות הרגילות שלו, בלי להקים ולייחד מסגרת צבאית מיוחדת לצרכי הממשל." (ההדגשות הוספו.); בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, תק-על(1)2009, 565, 571 (להלן: עניין רופאים לזכויות אדם) ("תחולת דיני הכיבוש של המשפט ההומניטארי הבינלאומי מותנית בהיווצרותו של פוטנציאל להפעלת סמכויות שלטוניות בשטח עקב כניסת הכוחות הצבאיים, ולא דווקא בהפעלת הסמכות על-ידיהם, הלכה למעשה.").

<sup>49</sup> ראו: LESLIE C. GREEN, *THE CONTEMPORARY LAW ; MORRIS GREENSPAN, THE MODERN LAW OF LAND WARFARE* 223 (1959) OF ARMED CONFLICT 258 (2<sup>nd</sup> ed., 2000) ("But if he [the Occupying Power] evacuates or retreats from the territory and the legitimate government is able to reassert its authority, the occupation ceases.").

<sup>50</sup> ראו: Marco Sassoli, *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Power*, 16 EUR. J. INT'L L. 661, 682 (2005) ("This raises the question of when the devolution of governmental authority to a national government is effective enough to end the applicability of IHL on belligerent occupation altogether... The decisive factor is, therefore, who effectively exercises governmental authority").

<sup>51</sup> בתאריך 20 באוגוסט 2005 פרסם יו"ר הרשות הפלסטינית, מחמד עבאס (אבו מאזן), צו המורה על העברתם של השטחים שפנו על-ידי ישראל לידי הרשות הפלסטינית. על-פי הצו, הרשות הפלסטינית "תפרוש את שליטתה המיידית על האזורים מהם ייסוגו הישראלים" ו-"תשים ידה באופן זמני על כל הנכסים, דניידי ודלא נייד. עד אשר יוכרע עניינם בהתאם לחוק". ועדת שרים הוקמה ע"י הממשלה הפלסטינית לצורך תיאום ופיקוח על כל ההכנות הנוגעות לקבלת האחריות על האזורים הללו (ראו: [http://www.terrorism-info.org.il/malam\\_multimedia/html/final/sp/heb\\_n/d21aug\\_05.htm](http://www.terrorism-info.org.il/malam_multimedia/html/final/sp/heb_n/d21aug_05.htm)).

שליטה פוטנציאלית (בהתאם לאופן בו דרישה זו מתפרשת במשפט הבין-לאומי), ואת מקומה תפסה רשות שלטונית אחרת, בעלת יכולת שליטה כאמור.<sup>52</sup> אלו החולקים על ניתוח זה, מבססים את עמדתם לפיה מדינת ישראל עודנה נושאת באחריות של "מעצמה כובשת" כלפי רצועת עזה מכוח דיני התפיסה הלוחמתית, על פעולות שונות שישראל נוקטת ביחס לרצועת עזה, המבטאות – לגישתם – שליטה אפקטיבית ברצועה. בין יתר הדברים, מקובל להזכיר את השליטה של ישראל במעברים היבשתיים לרצועת עזה, שמכוחה קובעת ישראל את מדיניות תנועת האנשים והסחורות אל הרצועה וממנה; את השליטה במרחב האווירי של הרצועה ובאזור הימי הסמוך לחופיה; ולבסוף, את התלות שפיתחה רצועת עזה במדינת ישראל נוכח הזיקות ההדוקות שהתקיימו ביניהן בשנות הממשל הצבאי, כגון בתחומי אספקת הדלק והחשמל.

במענה לטענות אלו יצוין, כי שליטתה של מדינת ישראל במעברים היבשתיים הפרושים לאורך גבולה עם רצועת עזה נובעת מסמכותה הריבונית של ישראל לקבוע את מדיניות הכניסה והיציאה של אנשים וסחורות אל שטחה וממנו, ולא משליטתה על שטח הרצועה. זאת, בדומה לשליטתה של ישראל על מעבר אנשים וסחורות במעברי הגבול בינה לבין מדינות שכנות, כדוגמת מצרים, ירדן, לבנון וסוריה, מבלי שהדבר עולה כדי "שליטה אפקטיבית" בשטחן של אותן מדינות.<sup>53</sup> יתר על כן, מדינת ישראל איננה שולטת על גבולה הדרומי של רצועת עזה, בו מצוי מעבר רפיח, המופעל בהתאם לשיקול דעתם של השלטונות המצריים. בנוסף לכך, מתנהלת תנועה דו-כיוונית בהיקף נרחב של אנשים וסחורות במנהרות שנחפרו מתחת לגבול זה - ערוץ המשמש גם למעבר של אמצעי לחימה, כספים ופעילי טרור.

באשר לפעילותו של חיל האוויר הישראלי בשמי רצועת עזה, הרי שגם זו אינה עולה כדי שליטה אפקטיבית בשטח הרצועה, כפי שציין המלומד Schmitt, בהקשר של איסור הטיס (no-fly zone) שהוטל על צפונה ודרומה של עיראק על ידי ארה"ב, בריטניה וצרפת בעקבות מלחמת המפרץ הראשונה:

"... the concept of aerial occupation is not a legal one. In traditional humanitarian law, occupation is a term of art for physical control by one belligerent over land territory of another (or of a State occupied against its will, but without resistance). When an occupation occurs, rights and duties arise as between the occupying power and individuals located in the occupied area. An aerial occupation, by contrast, is simply a de facto, vice de jure, status in which limits are placed on a States' use of its own airspace".<sup>54</sup>

אכן, פעילות צה"ל במרחב האווירי של רצועת עזה אינה מערבת הפעלת סמכות שלטונית כלשהי כלפי תושבי הרצועה ואינה נסמכת על תחיקת הביטחון אשר הסדירה פעילות מסוג זה בשנות הממשל הצבאי.<sup>55</sup> בדומה, גם פעילותו של חיל הים הישראלי במרחב הימי הסמוך לרצועת עזה –

<sup>52</sup> ראו, למשל: Nicholas Rostov, *Gaza, Iraq, Lebanon: Three Occupations under International Law*, 37 ISR. YEARBOOK HUM. L. 369 (2005); Yuval Shany, *Faraway, So Close: The Legal Status of the Gaza after Israel's Disengagement*, 8 YUVALETS 205, 214-21 (2008).

<sup>53</sup> ראו: Avi Bell and Dov Shefi, *The Mythical Post-2005 Israeli Occupation of the Gaza Strip*, 16 ISR. AFF. 268, 281 (2010); Michael N. Schmitt, *Clipped Wings: Effective and Legal No-fly Zone Rules of Engagement*, 20 LOY. L.A. INT'L & COMP. L.J. 727 (1998), at fn. 6.

<sup>55</sup> ראו: Shany, לעיל הערה 52, בעמ' 380.

שמאפייניה והבסיס החוקי לקיומה יידונו בהרחבה בהמשך הדברים – איננה מבססת שליטה אפקטיבית של מדינת ישראל בשטח הרצועה. בהקשר זה חשוב להדגיש, כי אין בעולם דוגמאות או תקדימים למצבים בהם שליטה צבאית במרחב האווירי, כמו גם במרחב הימי, נחשבו לעולות כדי תפיסה לוחמתית של השטח, ללא שליטה בטריטוריה היבשתית; ולא בכדי הוא הדבר – כפי שראינו לעיל, תנאי לקיומה של תפיסה לוחמתית הינו החלפת הריבון בשטח הנכבש בשליטה אפקטיבית מצד המדינה הזרה. שליטה צבאית באוויר ובים, אפקטיבית ככל שתהיה באותם מרחבים, איננה שוללת מהשלטון הקיים בשטח את יכולתו לממש את סמכויותיו בו כלפי תושביו.<sup>56</sup>

בצד האמור לעיל, יובהר, כי אין ללמוד מהמסקנה האמורה, לפיה רצועת עזה אינה מהווה עוד שטח כבוש, וכי מדינת ישראל אינה נושאת עוד בחובות ובאחריות כלפי תושביה מכוח דיני התפיסה הלוחמתית, שעמדת ישראל היא העדר קיומן של חובות כלשהן המוטלות עליה בהקשר זה. חובות כאמור יכולות לנבוע ממקורות נורמטיביים חלופיים, עליהם עמד בית המשפט העליון:

**"בנסיבות שנוצרו, החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה; חובות אלה נובעות גם ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו תלות כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל."<sup>57</sup>**

יוער, כי קביעה זו של בית המשפט העליון ניתנה לאחר השתלטות החמאס על רצועת עזה. בהקשר זה, ולמען הסר ספק, יצוין, כי בכל הקשור למעמדה המשפטי של רצועת עזה, אין ב-"חילופי השלטון" בין הרשות הפלסטינית לארגון החמאס כדי לגרוע מהמסקנה שהובאה לעיל. אדרבא, התפתחות מטרידה זו ממחישה היטב, כי לאחר יישום תכנית ההתנתקות נשללה מידיה של מדינת ישראל השליטה האפקטיבית ברצועת עזה, באופן שאפשר לאחד מאויביה הגרועים ביותר – ארגון הטרור הרצחני, חמאס, שייעודו המוצהר להשמיד את ישראל – להשתלט על הרצועה. אין חולק, כי מציאות זו מנוגדת מהותית לאינטרס הישראלי, כפי שאף הסתבר בפועל לאחר שהחמאס הפך את רצועת עזה כולה לבסיס לשיגור התקפות טרור נגד ישראל.

#### ב. מעמד ההסכמים

השאלה בדבר תוקפו של הסכם הביניים התעוררה לראשונה זמן קצר לאחר פרוץ העימות המזוין בשטחי איו"ש ורצועת עזה, ממספר טעמים: ראשית, פקיעת לוח הזמנים שנקבע בהסכם הביניים (ושהוארך במספר הסכמים שנחתמו לאחר מכך) להשלמת המשא ומתן לעניין הסדר הקבע; שנית, ההפרות הרבות שייחסה ישראל לרשות הפלסטינית, בעיקר בשל אחריותה הישירה והעקיפה למתקפת הטרור שהתנהלה באותה תקופה, בה נטלו חלק גם מנגנוני הביטחון של הרשות; ושלישית, פעילות צה"ל בשטחי האחריות הביטחונית הפלסטינית באיו"ש וברצועת עזה, בתגובה למתקפת הטרור האמורה.

<sup>56</sup> ראו: Bell and Shefi, לעיל הערה 53, בעמ' 282-83.  
<sup>57</sup> עניין אלבסיוני, לעיל הערה 40, שם (הדגשות הוספו).

עם זאת, יובהר, כי על אף סימן השאלה הגדול המרחף מעל סוגיה זו מאז אותה עת, עד כה, אף צד לא הכריז באופן רשמי על כך שהוא רואה את הסכם הביניים, או חלקים ממנו, כבטלים. למעשה, שני הצדדים המשיכו במידה רבה לקיים חלק מהוראות הסכם הביניים וליישמן בפועל.

בכל הנוגע למעמד הוראות הסכם הביניים הנוגעות לרצועת עזה בפרט, הרי שיישומה של תכנית ההתנתקות הפך רבות מהן לבלתי רלוונטיות – ובכלל אלה, ההסדרים העוסקים בחלוקת הסמכויות הביטחוניות והאזרחיות בין ישראל והרשות הפלסטינית באזורים השונים של הרצועה, בתיאום הביטחוני ובישובים הישראליים. לאור השינוי המהותי במציאות העובדתית (דהיינו, נסיגת כוחות צה"ל, פירוק הישובים הישראליים וביטול הממשל הצבאי) והמשפטית (סיומה של התפיסה הלוחמתית) ברצועה, מתחזק לכאורה הרושם כי אין עוד תוקף להוראות אלה של הסכם הביניים. מאידך גיסא, במסגרת החלטת הממשלה בה אושרה תכנית ההתנתקות, נקבע, כאמור, כי יישומה אינו גורע מתוקפם של ההסכמים הרלבנטיים הקיימים בין מדינת ישראל לפלסטינים, אשר ימשיכו לחול. כאמור, הבנה זו אף עמדה בבסיס הסכם "תנועה וגישה".

ומצד שלישי: הסכם הביניים נחתם, כאמור, בין מדינת ישראל לבין אש"ף. הרשות הפלסטינית, אשר הוקמה מתוקף הסכם קהיר, היא הגורם שמולו אמורה מדינת ישראל, דרך הגורמים הרלבנטיים בצה"ל ובמערכת הביטחון, לממש את ההסדרים השונים שנקבעו בהסכם. ואולם, כאמור לעיל, הרשות הפלסטינית אינה שולטת עוד על הנעשה ברצועה – והדברים יפים גם ביחס לאש"ף, אשר החמא"ס אינו נמנה על הארגונים הפלסטינים החברים בו. לכאורה, משמעות הדבר, שמאז עליית שלטון החמא"ס ברצועה, כלל לא ניתן לדבר עוד על מסגרת הסכמית בהקשר זה.

אף על פי כן, גם בעת הנוכחית ממשיכה מדינת ישראל ליישם את הוראות הסכם הביניים אף בכל הנוגע לרצועת עזה, ככל שהדבר רלבנטי ואפשרי. בדומה, גם הקהילה הבין-לאומית ממשיכה להתייחס להסכמים בין ישראל לפלסטינים כמחייבים, וקבעה – למשל – כי קבלתם על ידי שלטון החמא"ס מהווה תנאי להכרתה בו.<sup>58</sup>

מכאן, שככלל, ולמעט אותם הסדרים שהפכו לבלתי רלבנטיים או לבלתי ישימים לאור השינויים שחלו במציאות העובדתית והמשפטית, יש להמשיך ולתת את הדעת להסכם הביניים כמקור משפטי ביחסים בין הצדדים לו. על רקע האמור לעיל, בחלקו הבא של המסמך נתייחס למעמדן של הוראות הסכם הביניים הנוגע למרחב הימי הסמוך לרצועת עזה.

### ג. עצם ואופן תחולת דיני הלחימה

כאמור לעיל, משלהי שנת 2000 חל שינוי מהותי באופי פעילותם של ארגוני הטרור הפלסטינים באיו"ש וברצועת עזה, שינוי אשר התבטא בתדירות מתקפותיהם כנגד כוחות צה"ל ואזרחי ישראל (הן בשטחים אלה והן בשטחה הריבוני), בהיקפן ובעצימותן. צה"ל, מצידו, הגיב למתקפות אלה

<sup>58</sup> ראו, לדוגמא, את החלטת הרביעייה הבין-לאומית לענייני המזרח התיכון ("הקוורטט") מתאריך 9 בפברואר 2007, אשר הגדירה את התנאים לתמיכתה בממשלת האחדות הלאומית הפלסטינית, שהורכבה מנציגי הפת"ח והחמאס – מחויבות לאי-אלימות; הכרה בישראל; וקבלת הסכמים קודמים (ראו: Middle East Quartet Statement on Agreement to Form Palestinian National Unity Government, 9 February 2007, available at: <http://www.unsco.org/Documents/Statements/Quartet/2008/09.02.07.pdf>). ראוי לציין כי הסכם הביניים, כמו גם יתר ההסכמים המדיניים בין ישראל לפלסטינים, מהווים גם חלק מ-"מפת הדרכים". מועצת הביטחון אימצה את מפת הדרכים בהחלטה 1515, מתאריך 19 בנובמבר 2003, וחזרה עליה בהחלטה 1850, מתאריך 16 בדצמבר 2008.

תוך שימוש באמצעים שלא הופעלו על ידו בזירה הפלסטינית עובר לאותה עת – לרבות מבצעים צבאיים נרחבים, שכללו כוחות חי"ר, שריון, ארטילריה, הנדסה, ים ואוויר. כאמור, בתשובותיה לעתירות שהוגשו לבית המשפט העליון באותה עת, טענה המדינה כי המדובר במצב של "עימות מזוין" בינה ובין ארגוני הטרור הפלסטינים. משמעות הדבר הייתה, כי לצד דיני התפיסה הלוחמתית (שחלו מכוח מעמדם המשפטי של שטחי איו"ש ורצועת עזה נכון לאותו זמן), חלו על פעילות כוחות צה"ל דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי. כאמור, בית המשפט העליון אימץ עמדה זו בשורה של פסקי דין שניתנו מאז ועד היום, בקובעו:

"בספטמבר 2000 פרצה האינתיפאדה השנייה. מתקפת טרור עזה הופנתה כנגד מדינת ישראל וכנגד ישראלים באשר הם. מתקפת הטרור אינה מבחינה בין לוחמים לאזרחים, או בין נשים, גברים וטף. פיגועי הטרור מתרחשים הן בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה, והן בתחומי מדינת ישראל. הם מופנים כנגד מרכזים אזרחיים, מרכזי קניות ושווקים, בתי קפה ומסעדות. בחמש השנים האחרונות בוצעו כנגד ישראל אלפי פעולות טרור. במהלכן נהרגו למעלה מאלף אזרחים ישראלים. אלפי אזרחים ישראלים נפצעו. כן נהרגו ונפצעו במהלך תקופה זו אלפי פלסטינים...."

נקודת המוצא העקרונית הינה, כי בין ישראל לבין ארגוני מחבלים שונים הפועלים מיהודה, שומרון וחבל עזה (להלן – האזור) קיים מאז האינתיפאדה הראשונה מצב נמשך של עימות מזוין או סכסוך מזוין (armed conflict).... גישה זו עולה בקנה אחד עם הגדרתו של עימות מזוין בספרות הבינלאומית ... היא משקפת היטב את שמתרחש, עד עצם היום הזה, ב'אזור'".<sup>59</sup>

במאמר מוסגר יצוין, כי בשעה שגובשה לראשונה עמדה זו של המדינה, טרם היה ברור די הצורך האם התמודדות עם מתקפת טרור, המגיעה בהיקפה ובמאפייניה לכדי עימות מזוין של ממש, נעשית במסגרת דיני הלחימה – וזאת מכיוון שהיא מבוצעת על ידי גורם לא-מדינתי (בשונה ממדינה).<sup>60</sup> כיום אין עוד מחלוקת משפטית של ממש בסוגיה זו, שכן זמן קצר לאחר שהתחולל השינוי האמור במאפייני הטרור הפלסטיני, תופעה דומה חלה גם בטרור הבין-לאומי: פיגועי ה-11 בספטמבר בניו-יורק ובוושינגטון הבירה, הפיגועים ברכבת התחתית בלונדון ובתחנות הרכבת בספרד, פיגועי הטרור במוסקבה ובמומביי שבהודו, הם עדות ליכולותיו המשופרות, לתחכום ולקטלניות של "הטרור המודרני". בהתאם, גם בקרב מדינות העולם, השתנה אופי ההתמודדות עם הטרור – מפרדיגמת "אכיפת החוק" לפרדיגמת "העימות המזוין". די להזכיר בהקשר זה את הלחימה העזה שמנהלות ארצות הברית ובעלות בריתה באפגניסטן נגד ארגון אל-קאעידה. דיני הלחימה מסדירים את חובותיהם וזכויותיהם של צדדים לעימות מזוין. הם חלים הן בין המדינות והגורמים הלא-מדינתיים שהם צד לעימות, והן בינם לבין המדינות והגורמים הלא-

<sup>59</sup> עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל הערה 21, בעמ' 3965.

<sup>60</sup> המשפט הבין-לאומי הקלאסי איבחן בין שני סוגי מצבים: "שלום" ו-"מלחמה". דיני המלחמה של המשפט הבין-לאומי, המכונים גם "דיני העימות המזוין" (Laws of Armed Conflict), נחלקים אף הם לשניים: דיני הפתיחה במלחמה (*ius ad bellum*), המכונים גם "דיני השימוש בכוח"; ודיני ניהול המלחמה (*ius in bello*), המכונים גם "דיני הלחימה". בעוד שהראשונים עוסקים בסוגיות הקשורות בחוקיות הפתיחה במלחמה ואופן סיומה, וכיצד באלה סוגיות המצויות ב-"מעטפת" של המלחמה, הרי שהאחרונים מסדירים את כל הנושאים המתעוררים במהלכה, ובכלל זאת את אופן ניהול הלחימה, חוקיותם של אמצעי לחימה, היחס לשבויים ועוד. דיני התפיסה הלוחמתית, שנוכרו בפרק הקודם, נכללים אף הם בגדרם של דיני הלחימה, וכך גם דיני הלחימה בים, אשר יידונו בפרק הבא. יצוין, כי מבחינה טרמינולוגית, המעבר למונח "דיני העימות המזוין" נועד לבטא את התפיסה – שבאה לידי ביטוי כבר באמנות ג'נבה משנת 1949 – לפיה המבחן לתחולתם של דינים אלו הינו מהותי, דהיינו – קיומו של עימות מזוין בין כוחות מזוינים – ולא פורמאלי, בדרך של הכרזה על "מלחמה". התפתחות נוספת הינה המעבר למונח "המשפט הבין-לאומי ההומניטארי" (International Humanitarian Law), אשר נועד לשים את הדגש על השיקול ההומניטארי שבדיני העימות המזוין, תוך החלשת מעמדו של שיקול הצורך הצבאי. מדינות רבות, ובכלל זאת ארה"ב וישראל, אשר אינן מקבלות את הניסיון לצמצם במעמדו של שיקול הצורך הצבאי, מקפידות על השימוש במונח "דיני העימות המזוין".

מדינתיים הניטראליים, וזאת, בכל התחומים הנוגעים לעימות המזוין. מרבית הכללים מהם מורכבים דיני הלחימה התגבשו מן הפרקטיקה של המדינות והפכו למשפט בין-לאומי מנהגי, המחייב את המדינות כולן. במהלך 150 השנים האחרונות, הוסדרו רבים מהכללים האמורים במסגרת אמנות בין-לאומיות, אשר חלקן נכתבו מלכתחילה כקודיפיקציה של הדין המנהגי (ועל כן הן מכונות "אמנות דקלרטיביות"). כיוון שאמנות אלה משקפות את הדין המנהגי, אשר חל על כל המדינות באשר הן, הן מחייבות גם את המדינות שלא חתמו עליהן. תקנות האג הן דוגמא מובהקת לאמנה מסוג זה. בנוסף, אומצו בתחום דיני העימות המזוין גם "אמנות קונסטיטוטיוביות" אשר יצרו משפט בין-לאומי "חדש" בין המדינות שהן צד להן. בפועל, חלק מן הכללים שנכללו באמנות מן הסוג האחרון הפכו בעצמם למשפט בין-לאומי מנהגי, לאחר שאומצו על-ידי מדינות רבות ונתפסו כמחייבים מבחינה משפטית, בין היתר, לאור הכללתם במדריכים הצבאיים ובפרקטיקה של המדינות. כללים מנהגיים מסוימים בדיני הלחימה לא אומצו במסגרת אמנה כלשהי. רבים מהדינים החלים על הלחימה בים, אשר יידונו בהמשך הפרק, שייכים לקבוצה זו.

כפי שיוסבר להלן, אף בהעדר מחלוקת לעניין עצם תחולתם של דיני הלחימה ביחס למאבקו של צה"ל בארגוני הטרור הפלסטינים, נותרת שאלה לעניין אופן תחולתם של דינים אלה בסיטואציה האמורה. שאלה זו נובעת מההבחנה הקיימת בדיני הלחימה בין שני סוגים של עימותים מזוינים: בין-לאומי (International Armed Conflict) ושאינו בין-לאומי (Non-International Armed Conflict).<sup>61</sup> להלן נראה, כי הגם שכללים רבים בדיני הלחימה חלים בצורה זהה על שני סוגי העימותים, חלק מן הכללים ייחודיים רק לאחד הסוגים וכללים אחרים חלים בצורה שונה בכל אחד מהסוגים.

**העימות המזוין הבין-לאומי** הוא סוג העימות ה-"קלאסי" אותו מסדירים דיני הלחימה. הכללים החלים בו מעוגנים בשורה ארוכה של אמנות בין-לאומיות (ביניהן תקנות האג, ארבע אמנות ג'נבה משנת 1949 והפרוטוקול הראשון הנוסף לארבע אמנות ג'נבה משנת 1977) (להלן: **הפרוטוקול הראשון**),<sup>62</sup> וכן במשפט הבין-לאומי המנהגי. יצוין כבר עתה, כי בהשוואה לעימותים מזוינים שאינם בין-לאומיים, המסגרת המשפטית הקיימת ביחס לעימותים בין-לאומיים היא המפורטת והמבוססת ביותר: כשם שהמשפט הבין-לאומי הפומבי נועד בראש ובראשונה להסדיר את היחסים בין המדינות, כך דיני הלחימה נוצרו והתפתחו כדי להסדיר לחימה ביניהן.

לעומת זאת, ההכרה בקיומו של **עימות מזוין שאינו בין-לאומי** – כזה שאינו מתנהל בין מדינות – ובצורך להסדיר באופן מחייב את פעולותיהם של צדדים לעימות מסוג זה, מהווה התפתחות מאוחרת יחסית של דיני הלחימה. בהתאם, הכללים הרלבנטיים לסיטואציות מעין אלה מעוגנים במספר מצומצם של מקורות משפטיים, שעיקרם הם סעיף 3 המשותף לארבע אמנות ג'נבה משנת 1949 (להלן: **סעיף 3 המשותף**), הפרוטוקול השני הנוסף לארבע אמנות ג'נבה משנת 1977 (להלן: **הפרוטוקול השני**) והמשפט הבין-לאומי המנהגי. יובהר, כי הן סעיף 3 המשותף והן הפרוטוקול השני נועדו – על-פי לשונם – לחול על עימותים מזוינים, שאינם בין מדינה למדינה, המתרחשים

<sup>61</sup> לניתוח משפטי מפורט של הסוגיה, ראו: עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל הערה 21, השלמת סיכומים מטעם פרקליטות המדינה מתאריך 21 בינואר 2004, עמ' 50-30; וכן: ע"פ 6659/06 פלוניס נ' מדינת ישראל, תגובה לערעורים מטעם פרקליטות המדינה מתאריך 1 במארס 2007, פסקאות 282-294.

<sup>62</sup> יצוין כי מדינת ישראל איננה צד לפרוטוקול הראשון. עם זאת, ישראל כפופה לחלק מהוראות הפרוטוקול אשר ברבות השנים, זכו למעמד של משפט בין-לאומי מנהגי.

בתוך שטחה של מדינה מסוימת.<sup>63</sup> כיוון שבשעה שהתגבשו המקורות האמורים התערבות של המשפט הבין-לאומי בנעשה בתוך שטחה של מדינה ריבונית (וללא מעורבות של מדינות אחרות) הייתה בבחינת חריג, המסגרת שיוצרים סעיף 3 המשותף והפרוטוקול השני הינה, באופן יחסי, כללית, בסיסית ובלתי מפותחת – וכאמור, אינה מפורטת וברורה כמו זו הקיימת ביחס לעימותים מזוינים בין-לאומיים. עם זאת, בשנים האחרונות, ניכרת מגמה של "יבוא" כללים מתוך מסגרת משפטית זו והחלתם גם ביחס לעימותים מזוינים שאינם בין-לאומיים. מגמה זו, שהחלה בפסיקתו של בית הדין הבין-לאומי הפלילי לעניין יוגוסלביה (ICTY) זכתה לגיבוי משמעותי מהצלב האדום הבין-לאומי, במסגרת מחקר שערך על הכללים המנהגיים של דיני העימות המזוין.<sup>64</sup>

על רקע זה מתעוררת השאלה כיצד יש לסווג עימות מזוין בין מדינה לבין ישות לא-מדינתית (Non-State Actor), כגון ארגון טרור – ובפרט כזה המתנהל מחוץ לשטח המדינה. מחד גיסא, יש הסבורים, כי יש לראות בכך עימות מזוין בין-לאומי, משום שהוא מתאפיין בתכונות הדומות לאלה של עימות בין-מדינתי, בכך שהוא חורג מתחומיה של המדינה, ומתנהל מחוץ לשטחה; ובכך שארגוני הטרור פועלים – במקרים רבים – על פי הכוונה או תחת חסות של מדינות זרות ונוטלים חלק בפעילות מדינית. בהתאם, לפי גישה זו, יש להחיל על עימות מזוין בין מדינה וארגון טרור הפועל מחוץ לשטחה את המסגרת המשפטית הקיימת ביחס לעימותים מזוינים בין-לאומיים, בשינויים המחויבים. עם זאת, הקושי העיקרי בגישה זו הינו לשונה של הוראת סעיף 2 המשותף לארבע אמנות ג'נבה (להלן: **סעיף 2 המשותף**), ממנו עולה, כי עימות מזוין בין-לאומי הוא רק כזה שהצדדים לו הם שתי מדינות או יותר.<sup>65</sup>

מאידך גיסא, יש כאלה התומכים בהרחבת קטגוריית העימות המזוין שאינה בין-לאומי, כך שתקיף את כלל העימותים המזוינים המתנהלים בין מדינה לבין ישות לא-מדינתית, גם אם אלה אינם מקיימים באופן פורמאלי את תנאי סעיף 3 המשותף. מכאן, שגם עימותים מזוינים בין מדינה לבין ארגון טרור הפועל מחוץ לשטחה, יהיו כפופים לכללים המנהגיים החלים ביחס לעימותים שאינם בין-לאומיים, בשינויים המחויבים.<sup>66</sup> לדידם של אלה הדוגלים בגישה זו, ככל שאכן לא ניתן לסווג עימותים מהסוג האמור כעימותים מזוינים בין-לאומיים (נוכח לשונו המפורשת של סעיף 2 המשותף), הרי שלא ייתכן כי עימותים אלה יתנהלו ב-"ריק משפטי" (legal vacuum); ועל כן, יש

<sup>63</sup> הפרוטוקול השני נועד לחול על היקף מצומצם יותר של מקרים מאשר סעיף 3 המשותף – דהיינו, רק על עימותים מזוינים המתנהלים בשטחה של מדינה מסוימת, בין הכוחות המזוינים של אותה מדינה לקבוצות חמושות השולטות בחלק משטחה. מדינת ישראל אף איננה צד לפרוטוקול השני.

<sup>64</sup> ראו: Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW* (CUP, 2005). ראוי לציין כי מחקר הצלי"א זכה לביקורת רבה, הן מצד מדינות והן מצד אנשי אקדמיה. עיקר הביקורת התמקד באופן בו המחקר התיימר להסיק את קיומם של כללים מנהגיים, בהסתמך על מספר מוגבל של מקורות ואף בהעדר כל פרקטיקה מדינתית (ראו, לדוגמא: David Turns, *Weapons in the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, 11 *JOURNAL OF CONFLICT & SECURITY LAW* 201 (2006); John B. Bellinger III and William J. Haynes II, *A US Government Response to the International Committee of the Red Cross Study Customary International Humanitarian Law*, 89 *INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS* 443 (2007).

<sup>65</sup> סעיף 2 המשותף לארבע אמנות ג'נבה קובע כי:

"In addition to the provisions which shall be implemented in peace-time, the present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them."

בהתאם לפרשנות הרגילה, התיבה High Contracting Party משמעותה מדינה (State), משום שרק מדינה יכולה להיות צד לאמנה בין-לאומית.

<sup>66</sup> ראו, למשל: Hamdan v. Rumsfeld, 126 S. Ct. 2749, 2794-96 (2006).

להחיל עליהם, לכל הפחות, את הכללים הקבועים בסעיף 3 המשותף עצמו – המעגנים זכויות בסיסיות ביותר, האמורות לחול בכל עימות מזוין שהוא, תהא הגדרתו הפורמאלית אשר תהא. להשלמת התמונה נציין, כי נוסף על שתי הגישות שתוארו לעיל, מתפתחת בשנים האחרונות גישה שלישית, לפיה יש לראות בעימות מזוין נגד ישות לא-מדינתית בכלל, וארגוני הטרור בפרט, הפועלים מחוץ לשטח המדינה, עימות מזוין "מזן חדש". המחזיקים בגישה זו סבורים, כי אין להחיל על הלחימה בטרור (במישרין או על דרך האנלוגיה) את המסגרות המשפטיות הקיימות, הן זו שחלה ביחס לעימות המזוין בין-לאומי והן זו שחלה ביחס לעימות המזוין שאינו בין-לאומי – שכן מסגרות משפטיות אלה, לגישתם, אינן מתאימות מן הבחינה הפורמאלית ומן הבחינה המהותית כאחד. חלף זאת, ונוכח העובדה שעומות מזוין נגד ארגוני טרור חולק מאפיינים מסוימים הן עם העימות המזוין הבין-לאומי והן עם העימות המזוין שאינו בין-לאומי, יש להחיל עליו מסגרת משפטית – אשר בחלקה תיקבע באמצעות אנלוגיות למסגרות המשפטיות הקיימות, וחלקה תתגבש באמצעות פרקטיקה של מדינות המתמודדות עם הטרור.<sup>67</sup>

מן הכלל אל הפרט: העימות המזוין בין מדינת ישראל לבין ארגוני הטרור הפלסטינים ברצועת עזה מדגים היטב את הקושי המתעורר ביחס לסיווגם של עימותים מזוינים המתנהלים בין מדינות לבין ארגוני טרור, הפועלים מחוץ לשטחן. כאמור, מחד גיסא, אין מדובר בעימות מזוין בין-לאומי "קלאסי", משום שהוא אינו מתנהל בין מדינות. מאידך גיסא, אף אין המדובר בעימות מזוין שאינו בין-לאומי "קלאסי", משום שהוא אינו מתנהל (בעיקר) בשטחה הריבוני של מדינת ישראל.

על אף המורכבות המתוארת לעיל, כל עוד השטחים בהם התנהל העימות המזוין עם ארגוני הטרור הפלסטינים היו נתונים בתפיסה לוחמתית (כולם או חלקם), לא התחדדה, כעניין מעשי, שאלת סיווג העימות. משכך, באותן שנים, נמנעה מדינת ישראל מנקיטת עמדה רשמית בשאלה זו – וככל שהתעוררה, למשל במסגרת עתירות שנידונו בבית המשפט העליון, טענה המדינה כי ההכרעה בה אינה נחוצה.<sup>68</sup> הלכה למעשה, ומכיוון שבאותן שנים הכפיף צה"ל את פעילותו כנגד ארגוני הטרור לדיני התפיסה הלוחמתית<sup>69</sup> – המשתייכים למסגרת הנורמטיבית החלה ביחס לעימותים מזוינים בין-לאומיים בלבד – נהגה מדינת ישראל בהתאם לזו האחרונה (שהיא, כאמור, הנוקשה והברורה

<sup>67</sup> ראו, למשל: Roy S. Schondorf, *Extra-State Armed Conflict: Is There a Need for a New Legal Regime?*, 37 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 1 (2004).

<sup>68</sup> ראו, למשל: עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל הערה 21, השלמת סיכומים מטעם פרקליטות המדינה מתאריך 21 לינואר 2004, עמ' 70-51.

<sup>69</sup> יצוין, כי שאלה שלא נידונה במסגרת מסמך זה – משום שאין לה עוד נפקות מעשית – היא שאלת היחס בין דיני הלחימה לבין דיני התפיסה הלוחמתית ביחס לפעולות מסוימות, אשר מוסדרות תחת כל אחת ממערכות הדינים (לעיתים באופן שונה). שאלה זו התעוררה, למשל, בהקשר של תפיסת מקרקעין לצורך בניית גדר הביטחון באיו"ש; ובתשובה, ציין בית המשפט העליון (מפי כב' הנשיא (בדימו') ברק), כי: "בפרשת בית סוריק ובפסיקה שקדמה לו קבע בית המשפט העליון, כי הסמכות לתפוס מקרקעין לצרכים צבאיים מעוגנת לא רק בתקנות 43 ו-52 לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת גינבה הרביעית, אלא גם בסעיף 23(g) לתקנות האג. בחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי נקבע כי החלק השני של תקנות האג, אשר תקנה 23(g) היא חלק ממנו, חל רק כאשר מתקיימות פעולות איבה (hostilities), ועל כן אין הוא חל לעניין הקמת הגדר (פסקה 124). בית הדין מוסיף ומציין כי החלק השלישי של תקנות האג – ובו תקנות 43 ו-52 – ממשך לחול, שכן הוא דן בממשל צבאי (פסקה 125). אין בגישתו זו של בית הדין כדי לשנות מגישתו של בית משפט זה באשר לסמכות המפקד הצבאי לתפוס חזקה לשם הקמת הגדר... המצב הנתון בשטח הוא לעיתים קרובות נוזל. תקופות של שקט ורגיעה מוחלפות בתקופות דינמיות של לחימה. כאשר מתרחשת הלחימה היא נעשית על פי כללים של משפט בינלאומי... במצב דברים זה, שבו בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית מתנהלות פעולות לחימה, יחולו על פעולות אלה הן הכללים החלים על תפיסה לוחמתית והן הכללים החלים על פעולות לחימה... תקנה 23(g) לתקנות האג תחול במצב דברים זה בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, בשל פעולות הלחימה המתבצעות בו." (בג"ץ 7957/04 מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', תק-על 2005(3) 3333, 3342).

יותר מבין המסגרות הנורמטיביות האפשריות). נדמה, כי על רקע זה יש להבין גם את קביעתו של בית המשפט העליון, אשר לא נמנע מהכרעה בשאלה האמורה:

"המערכת הנורמטיבית החלה על העימות המזוין שבין ישראל לבין ארגוני הטרור שבאזור היא מורכבת. במרכזה עומדים דיני המשפט הבינלאומי העוסקים בעימות (או סכסוך) מזוין בעל אופי בינלאומי (International Armed Conflict) ... דינים אלה חלים בכל מקרה של עימות מזוין בעל אופי בינלאומי – כלומר, חוצה גבולות המדינה – בין אם המקום בו מתרחש העימות המזוין נתון לתפיסה לוחמתית ובין אם לאו."<sup>70</sup>

ודוק: קביעה זו נכללה בפסק הדין בעניין "הסיכולים הממוקדים" – אשר בוצעו הן בשטחי איו"ש והן בשטחי רצועת עזה – ומכאן שהיא תקפה ביחס לעימות המזוין נגד ארגוני הטרור הפלסטינים בשני האזורים. במועד בו ניתן פסק הדין – לאחר יישום תוכנית ההתנתקות וביטול הממשל הצבאי – כבר לא הייתה רצועת עזה נתונה בתפיסה לוחמתית (לעמדתה של מדינת ישראל). לפיכך, קביעה זו יפה לכאורה אף ביחס לגלגולו הנוכחי של העימות המזוין בין מדינת ישראל לבין שלטון החמא"ס ברצועה.

עם זאת, נדמה, כי קביעתו האמורה של בית המשפט העליון הושפעה רבות מהיות איו"ש ורצועת עזה, משך שנים ארוכות, שטחים הנתונים בתפיסה לוחמתית. הדבר עולה הן מהאסמכתאות עליהן התבסס בית המשפט העליון בעניין זה,<sup>71</sup> והן מהעובדה שיישום תוכנית ההתנתקות וסיום הממשל הצבאי כלל אינם נזכרים בחלקו העובדתי של פסק הדין. בהקשר זה אף יש לזכור, כי באותה עת טרם הוכרעה סוגיית מעמדה המשפטי של רצועת עזה על ידי בית המשפט העליון עצמו.<sup>72</sup> כן יצוין, כי על קביעתו של פסק הדין לעניין סיווג העימות המזוין נמתחה ביקורת רבה בכתיבה האקדמית.<sup>73</sup>

לאור כלל האמור לעיל, נראה כי לכל הפחות קיים ספק לעניין תחולתה של קביעה זו ביחס לעימות המזוין המתנהל כיום ברצועת עזה, בפרט נוכח השינויים שהתחוללו בו מאז שהסתיים הממשל הצבאי. הגם שהעימות המזוין בין מדינת ישראל לשלטון החמא"ס ברצועת עזה מהווה המשך ישיר של העימות המזוין בין ישראל לארגוני הטרור הפלסטינים המתנהל מאז ספטמבר 2000, הרי שהוא בעל מאפיינים ייחודיים (אשר תוארו בהרחבה בפרק העובדתי): ראשית, כאמור, הוא מתנהל בטריטוריה שאינה נתונה לשליטתה האפקטיבית של מדינת ישראל; שנית, מאז יוני 2007, הצד שכנגד לעימות זה – החמא"ס – הפך מארגון טרור "חוץ שלטוני" לממסד המקיים שליטה אפקטיבית ברצועה;<sup>74</sup> שלישית, הלחימה שמנהל שלטון החמא"ס ברצועה במסגרת העימות הפכה

<sup>70</sup> עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל הערה 21, בעמ' 3966.

<sup>71</sup> האסמכתא היחידה עליה נסמכה קביעתו של בית המשפט העליון לעניין סיווג העימות נלקחה מספרו של המלומד Cassese, שעניינה מאבק בין מעצמה כובשת לבין מורדים ומתקוממים בשטח הכבוש.

<sup>72</sup> סוגיה זו הוכרעה, כאמור, בפסק הדין עניין אלבסיונז, אשר ניתן בתאריך 30.1.08; פסק הדין בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים ניתן כשנה קודם לכן, בתאריך 16.12.06.

<sup>73</sup> ראו: Roy S. Schondorf, *The Targeted Killings Judgment: A Preliminary Assessment*, 5 Journal of International Criminal Law 301, 303-305 (2007); Marko Milanovic, *Lessons for Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror*.

*Comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings Case*, 89 International Review of the Red Cross 373, 383-386 (2007).

<sup>74</sup> לעניין זה ראוי להזכיר, כי ביסודו, חמא"ס הוא ארגון (או יתנועה). לאורך שנות העימות המזוין באיו"ש וברצועת עזה, פעל חמא"ס במתכונת 'תנועתית'. בכל אחד מהאזורים הייתה מפקדה מקומית, אשר הפעילה זרוע צבאית (גדודי עז-אלדין-אלקסאם) ו-זרוע אזרחית (מערך הדעווה). בנוסף, בשנים האחרונות שולבו נציגי חמא"ס ברמות שונות של המערכת השלטונית שמפעילה הרשות הפלסטינית באזורים – כחברי המועצה המחוקקת, כראשי ערים ואף כשרים בממשלה. בצד זאת, כל העת המשך החמא"ס להיות גוף "חוץ שלטוני", אשר לא אחת חתר תחת הרשות הפלסטינית ואף התעמת עם מנגנוני הביטחון שלה (כפי שהוכח במסגרת השתלטותו האלימה על הרצועה ביוני 2007). לעומת זאת, ברצועת עזה כיום, החמא"ס אינו מהווה עוד גוף

ללחימה מאורגנת וממוסדת, המבוצעת על ידי 'כוחות מזוינים', הפועלים תחת פיקוד אחד, תוך שימוש באמצעי לחימה תקינים ועל-פי תורת לחימה סדורה.

יובהר, כי התפתחויות אלה במאפייני העימות המזוין המתנהל ברצועת עזה לא פתרו את הקושי הקיים בנוגע לסיווגו, שכן הוא עדיין אינו נכלל בגדר הסיטואציות ה-"קלאסיות" של עימות מזוין בין-לאומי (כזה שהצדדים לו הם מדינות) או של עימות מזוין שאינו בין-לאומי (כזה שמתנהל בשטחה של המדינה). בהתאם, אף כיום נמנעת מדינת ישראל מלנקוט עמדה נחרצת בסוגיה זו, ובמסמך רשמי שפורסם בעקבות מבצע "עופרת יצוקה", הוצהר, כי במסגרת העימות המזוין המתנהל עם שלטון החמא"ס ברצועת עזה, מדינת ישראל רואה עצמה מחויבת לכללים הבסיסיים של דיני הלחימה, החלים הן בעימות מזוין בין-לאומי והן בעימות מזוין שאינו בין-לאומי:

"In this case, the Gaza Strip is neither a State nor a territory occupied or controlled by Israel. In these sui generis circumstances, Israel as a matter of policy applies to its military operations in Gaza the rules of armed conflict governing both international and non-international armed conflicts. At the end of the day, classification of the armed conflict between Hamas and Israel as international or non-international in the current context is largely of theoretical concern, as many similar norms and principles govern both types of conflict."<sup>75</sup>

יודגש, כי היעדר ההכרעה בסוגיה זו לא נבע מטעמים "טקטיים". מאבק בטרור העולה כדי עימות מזוין וככזה נשלט על ידי דיני הלחימה הוא תחום משפטי מתפתח ודינאמי, שביחס לרבים מהיבטיו טרם התגבשה עמדה ברורה וחד-משמעית של הקהילה המשפטית והבין-לאומית. בית המשפט העליון, שנדרש לסוגיה בעתירה שהוגשה במהלך מבצע "עופרת יצוקה" בעניין המצב ההומניטארי ברצועת עזה עקב הלחימה, חזר – אמנם – על עמדתו האמורה לעיל מפסק הדין בעניין "הסיכולים הממוקדים"; אך בצד זאת ציין, כי "סיווגו של העימות המזוין שבין מדינת ישראל לארגון החמאס כעימות בינלאומי מעורר מספר קשיים"<sup>76</sup>.

#### ד. סיכום ביניים

לעיל עמדנו על שלושת הרבדים העיקריים של המסגרת הנורמטיבית החלה ביחס לפעילות צה"ל ברצועת עזה. תחילה ראינו, כי בעקבות השינוי במעמדה המשפטי של רצועת עזה כתוצאה מיישום תוכנית ההתנתקות וסיום הממשל הצבאי, פעולות צה"ל ברצועה אינן נתונות עוד למרותם של דיני התפיסה הלוחמתית (כל עוד, בעקבות הלחימה, צה"ל לא ישוב לקיים שליטה אפקטיבית בשטח). מכאן, שהחובות המוטלות על צה"ל במסגרת הלחימה בטרור הפלסטיני אינן עולות כדי חובותיה

<sup>75</sup> "חוץ שלטוני", אלא חלק בלתי-נפרד מהשלטון האפקטיבי. הגם שאין חולק על כך ששלטון החמא"ס ברצועה נעדר כל בסיס חוקי ומנוגד להסכמים המדיניים שנחתמו בין ישראל והפלסטינים מאז ראשית שנות התשעים, לא ניתן להכחיש כי המדובר בשלטון אפקטיבי, המשתרע על כל שטח הרצועה ומפעיל את מלוא קשת הסמכויות השלטוניות. בתוך כך, מפעיל החמא"ס גופים שונים, אשר עוסקים הן בהשלטת מרותו כלפי פנים והן בלחימה נגד ישראל. כפועל יוצא מכך, מהבחנה המשפטית, הצד שכנגד לעימות המזוין המתנהל ברצועת עזה החל מחודש יוני 2007 הוא שלטון החמא"ס, על כלל מרכיביו. בהקשר זה, גם העובדה כי הנהגתה של ישות זו מהווה חלק ממסגרת רחבה יותר, אליה משתייכת גם ה-"שלוחה" באיו"ש, אינה פוגעת באפשרות לראות בה כצד לעימות מזוין כנגד ישראל. בהמשך הדברים אתייחס לתוצאות המשפטיות הנובעות מהעובדה ששלטון החמא"ס בעזה הינו צד לעימות המזוין עם ישראל. עם זאת, כבר עתה חשוב להדגיש כי עובדה זו אין משמעה כי כלל מרכיביו הינם ברי תקיפה במסגרת העימות המזוין, בדיוק כשם שהעובדה שמדינת ישראל הינה צד לעימות איננה מביאה למסקנה מעין זו. תקיפה כאמור הינה חוקית אך ורק על-פי כללי המשפט הבין-לאומי החלים על העימות המזוין.

<sup>75</sup> 30 ¶, THE STATE OF ISRAEL, THE OPERATION IN GAZA: FACTUAL AND LEGAL ASPECTS (July 2009).

<sup>76</sup> עניין רופאים לזכויות אדם, לעיל הערה 48, בעמ' 570.

של "מעצמה כובשת", אלא מוגבלות לחובות המוטלות על צד לעימות מזוין,<sup>77</sup> שכן מאז ספטמבר 2000 נשלטת פעילות צה"ל ברצועה על ידי דיני הלחימה. בהקשר זה הבהרנו את הקושי הכרוך בסיווג העימות המזוין בין מדינת ישראל לבין ארגוני הטרור הפלסטינים, כעימות מזוין בין מדינה לבין ישות לא-מדינתית המתנהל מחוץ לשטחה של הראשונה. כל עוד התנהל עימות זה בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית נהגה ישראל לראות בו כעימות מזוין בין-לאומי (וכך גם קבע בית המשפט העליון), אולם נוכח השינוי שחל במעמדה המשפטי של הרצועה הפכה סוגיה זו סבוכה אף יותר. הגם שהשינויים המתוארים לעיל במאפייניו של העימות המזוין בין ישראל לשלטון החמא"ס ברצועה לא הביאו לשינוי פורמאלי בסיווגו, עמדתה הנוכחית של ישראל הינה שפעילות צה"ל ברצועת עזה מתבצעת בכפוף לכללים הבסיסיים של דיני הלחימה, החלים הן בעימות מזוין בין-לאומי והן בעימות מזוין שאינו בין-לאומי. כמו כן ראינו, כי על אף הספקות הקיימים ביחס למעמדו של הסכם הביניים, במיוחד בכל הנוגע לרצועת עזה, לא ניתן לראות הסכם זה כבטל – ומכאן שיש לתת את הדעת להוראותיו, ככל שהן רלבנטיות וישימות.

#### **4. מגבלות על מעבר סחורות לרצועת עזה**

משהובהרה המסגרת הנורמטיבית החלה כיום ביחס להתנהלותה של ישראל אל מול רצועת עזה ותושביה, נבקש להידרש בקצרה לסוגיה קונקרטית אשר התעוררה נוכח השינויים שחלו במדיניות מעבר הסחורות אל רצועת עזה וממנה, דרך שטחה של ישראל, מאז ספטמבר 2007. בתודעה הציבורית, סוגיה זו נכרכה – שלא בצדק – בסוגיית הטלת הסגר הימי על רצועת עזה, אליה נידרש בחלקו הבא של המסמך. על כן, נבקש כבר עתה להציג את הרקע העובדתי לשינוי המדיניות ולנתחו בקצרה בהתאם למסגרת הנורמטיבית החלה, ולהסביר מדוע החיבור בין סוגיה זו לבין סוגיית הטלת הסגר הימי הינו מוטעה, שכן המדובר בשתי סוגיות נפרדות לחלוטין.

##### **א. רקע עובדתי**

בשנות הממשל הצבאי, תנועת הסחורות בין ישראל והרצועה הייתה, ככלל, חופשית. תחיקת הביטחון הסדירה היבטים שונים של סוגיה זו, החל מתקינה, עובר בפיקוח לצורך מימוש מדיניות כלכלית וכלה במיסוי. בתוך כך, הוטלו מגבלות ספציפיות על תנועת טובין מסוימים – בראש ובראשונה אלה המהווים ציוד צבאי או מלחמתי – וכן כאלה שניתן לעשות בהם שימוש למטרות אלה (אמצעים וחומרים דו-שימושיים). בדומה, על הכנסת כספים לרצועת עזה הוטלו מגבלות שנועדו לסכל את השימוש בהם לצרכי מימון פעילותם של ארגוני הטרור הפלסטיניים. מציאות זו עוגנה בהסכמים המדיניים שנחתמו בין מדינת ישראל לאש"ף,<sup>78</sup> ונשמרה אף לאחר פרוץ העימות המזוין עם ארגוני הטרור הפלסטינים. כאמור לעיל, אף לאחר תוכנית ההתנתקות התכוונה מדינת

<sup>77</sup> ליישומם המקביל של דיני העימות המזוין ודיני התפיסה הלוחמתית על פעילותו המבצעית של צה"ל ברצועת עזה עובר ליישומה של תכנית ההתנתקות, ראו בג"צ 4764/04, לעיל הערה 21, בפסקאות 10-12.  
<sup>78</sup> ראו: סעיף IX(1)(ד) לנספח I להסכם הביניים (פרוטוקול בנושא הערכות מחדש והסדרי ביטחון).

ישראל להמשיך ולפעול באופן זה, והדברים מצאו ביטוי הן בהחלטת הממשלה<sup>79</sup> והן בהסכם "תנועה וגישה"<sup>80</sup>.

עם זאת, התעצמות הירי תלול-המסלול לעבר מעברי הגבול בין מדינת ישראל ורצועת עזה מאז ההתנתקות, והמתקפות שבוצעו כנגדם על ידי ארגוני הטרור, העמידו את חייהם של החיילים והאזרחים האמונים על הפעלתם בסיכון בלתי-סביר. לאור זאת, היה צורך לצמצם את היקף פעילותם של המעברים השונים, באופן שגרר הקטנה משמעותית בהיקף תנועת הסחורות אל הרצועה וממנה. כמו כן, באותה תקופה התגבר החשש כי מעבר הסחורות ינוצל על ידי ארגוני הטרור (בדגש על החמא"ס, שבעקבות הצטרפותו לממשלת האחדות זכה ל-"דריסת רגל" בצידם הפלסטיני של המעברים) לצורך הברחת אמצעי לחימה שונים לתוך הרצועה. על כן, נדרש בידוק קפדני וממושך יותר של הסחורות הנכנסות לתוך רצועת עזה,<sup>81</sup> דבר שתרים גם כן להקטנה בהיקף התנועה במעברים. לבסוף, היקף תנועת הסחורות בין ישראל והרצועה אף הושפע לרעה מהלחימה שהתנהלה ברצועת עזה באותה עת, קרי בחודשים שלאחר חטיפת גלעד שליט.

בהינתן הצמצום האמור בהיקף פעילות המעברים (אשר לעיתים כלל את סגירתם המוחלטת לתקופות קצובות), נדרשו גורמי הביטחון לתעדף את הסחורות שיועדו להיכנס לרצועה ולצאתה. ככלל, באותה תקופה, תעדוף זה בוצע בשיתוף הגורמים הרלבנטיים ברשות הפלסטינית. במסגרת זו, צומצם עד מאוד היקף ייצוא הסחורות מהרצועה; ובקרב הסחורות הנכנסות, הושם דגש על מוצרי יסוד ומוצרים אחרים החיוניים להישרדות האוכלוסיה (לרבות אספקה סדירה של דלקים). עם זאת, התאפשרה גם הכנסת חומרי גלם לבניין, תעשייה וחקלאות. לכשהובאה מדיניות זו בפניו, אישר בית המשפט העליון את חוקיותה ודחה את העתירה שהוגשה בעניין.<sup>82</sup>

השתלטות החמא"ס על רצועת עזה העלתה קשיים חדשים בכל הנוגע להמשך המעבר החופשי של סחורות אל הרצועה וממנה. ראשית, נציגי הרשות הפלסטינית במעברים השונים הוחלפו באנשי חמא"ס, שמולם לא מוכנה הייתה מדינת ישראל – מבחינה ביטחונית ומדינית כאחד – לקיים את התיאום הדרוש לתנועת סחורות. שנית, התעורר חשש שגם חומרי גלם בסיסיים לבניין ותעשייה, שעד אותו זמן לא הוגדרו כחומרים "דו-שימושיים" – כגון מלט, ברזל, עץ וזכוכית – יתפסו על ידי שלטון החמא"ס וישמשו אותו לצרכים צבאיים, כגון ייצור רקטות והכנת ביצורים. שלישית, העובדה כי הרצועה הפכה לשטח בשליטה ישירה, עצמאית ומלאה של ארגון טרור המצוי בעימות מזוין עם ישראל, חידדה עד מאוד את הניגוד בין המשך קיום קשרי מסחר וכלכלה תקינים עם הרצועה (בבחינת "עסקים כרגיל"), בה בעת שמדינת ישראל, יישוביה, אזרחיה וכוחות צה"ל שבשטחה הריבוני מותקפים באופן יומיומי באמצעות רקטות, מרגמות ואמצעים אחרים, והכל בהכוונה סדורה של ארגון הטרור השולט ברצועה.

<sup>79</sup> לעיל הערה 24, והטקסט הסמוך.

<sup>80</sup> לעיל הערה 28 והטקסט הסמוך.

<sup>81</sup> הנחיה זו אף עוגנה בהחלטת הממשלה מס' 4705, שהתקבלה לאחר ניצחון החמא"ס בבחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית (לעיל הערה 29): "נוכח עליית הסיכון הביטחוני, יוגברו הבדיקות הביטחוניות במעברים, במיוחד קרני וארז, הן ביחס לאנשים ופועלים והן ביחס לסחורות. כמו-כן, תימשך הפעילות לשדרוג המעברים ברצועת עזה, כדי לאפשר פיקוח בטחוני יעיל יותר."

<sup>82</sup> בג"ץ 5841/06 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הביטחון ואח', תק-על 12007(1), 3077.

על רקע זה התקבלה החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי אשר, כאמור לעיל, הכריזה על רצועת עזה כעל "ישות עוינת" והנחתה את מערכת הביטחון להטיל, בהתאם לשיקול דעתה, "הגבלות מחמירות" בתחום האזרחי, לרבות בכל הנוגע למעבר סחורות ולאספקת דלק.<sup>83</sup> עם זאת, ציינה ההחלטה, כי ההנחיה האמורה תיושם לאחר בחינה משפטית ומתוך כוונה להימנע מיצירת משבר הומניטארי ברצועה. בעקבות החלטה זו, השתנתה באופן מהותי מדיניות מעבר הסחורות בין ישראל והרצועה: ממציאאות בה הכל מותר, אלא אם נאסר במפורש – למציאות בה הכל אסור, אלא אם הותר במפורש. כמו כן, צומצמה אספקת הדלקים השונים לרצועת עזה – ונשקלה אף האפשרות לצמצם את אספקת החשמל לרצועה (אשר לבסוף הוחלט שלא לממשה, מטעמים שונים).

כנדרש בהחלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, מדיניות זו עוצבה ויושמה בהתחשב בהיבטים ההומניטאריים של המציאות השוררת ברצועת עזה. בהתאם, כל זמן שעמדה בתוקפה, אפשרה המדיניות מעבר של מוצרים החיוניים להישרדות האוכלוסייה האזרחית, בדגש על מוצרי מזון, תרופות וציוד רפואי. במסגרת זו, קיימה מערכת הביטחון מעקב שוטף, בסיוע מקורות שונים, אחר המלאים הקיימים ברצועה של אותם מוצרים שהוגדרו כחיוניים לאוכלוסייה, ואפשרה השלמת חוסרים ככל שנתגלו כאלה. למותר לציין, כי העברתם של מוצרים אלה חייבה את פתיחת המעברים בין ישראל והרצועה, לעיתים תוך נטילת סיכונים משמעותיים, על רקע מציאות של התרעות חמורות בדבר כוונות ארגוני הטרור להוציא לפועל פיגועים נגדם. כמו כן, גם הצמצום באספקת הדלקים נעשה על סמך הערכות מפורטות של כמות הדלקים הדרושה לקיום השירותים החיוניים ברצועת עזה, החל מבתי חולים ואמבולנסים וכלה במתקני שאיבת מים.

מדיניות עקרונית זו לעניין מעבר סחורות נמשכה אף לאחר מבצע "עופרת יצוקה",<sup>84</sup> ולמעשה עמדה בתוקפה עד לפני תקופה קצרה, אז החליטה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי להקל באופן משמעותי את המגבלות על מעבר סחורות.<sup>85</sup>

לבסוף יצוין, כי במסגרת עתירה עקרונית שהוגשה בעניין צמצום אספקת הדלק והחשמל לרצועה, אישר בית המשפט העליון את הבסיס המשפטי למדיניות בכללותה (שיוצג להלן), ובתוך כך הכריע בשאלת מעמדה המשפטי של רצועת עזה, בקובעו כי היא אינה מהווה עוד שטח הנתון בתפיסה לוחמתית, כפי שפורט לעיל.<sup>86</sup>

## ב. ניתוח משפטי

כאמור, החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי מספטמבר 2007 שיקפה שינוי מהותי בגישתה של מדינת ישראל לתנועת סחורות אל רצועת עזה וממנה, דרך שטח ישראל: ממציאאות בה מוטלות מגבלות נקודתיות בהתבסס על שיקולים ביטחוניים קונקרטיים, הוטל עתה איסור כללי על הסחר

<sup>83</sup> לעיל הערה 37.

<sup>84</sup> החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, מתאריך 18 בפברואר 2009, לפיה: "ישראל תמשיך במאמץ הומניטארי נרחב, בתיאום עם הרשות הפלסטינית והגורמים הבינלאומיים הרלוונטיים, על מנת לספק את הצרכים המיידים והבסיסיים של האוכלוסייה הפלסטינית. לשם כך ישראל תאפשר פעילות המעברים, באופן חלקי, משטחה לרצועת עזה."

<sup>85</sup> החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, מתאריך 20 ביוני 2010.

<sup>86</sup> עניין אלבסינג, לעיל הערה 40.

עם הרצועה, בכפוף להיתרים הנדרשים על מנת למנוע משבר הומניטארי – וזאת בהתבסס על שיקולים ביטחוניים נרחבים (בהם השתלבו גם שיקולים מדיניים).

בהקשר זה יוזכר, כי משעה שפורץ עימות מזוין בין מדינות, מנותקים (או לכל הפחות מושעים) קשרי המסחר והכלכלה שהתקיימו ביניהן עובר לאותה עת, לרבות בכל הנוגע לתנועת סחורות ואנשים מסוגים שונים ביניהן – באופן ישיר (ככל שהן חולקות גבול משותף) או עקיף (דרך מדינות שלישיות).<sup>87</sup> ניתוק זה מתרחש, בראש ובראשונה, במישור הממשלתי-ציבורי – קרי ביחס לקשרי מסחר שהמדינה עצמה קיימה עם המדינה כנגדה היא נלחמת; ועל פי רוב, הוא משתרע גם למישור הפרטי – קרי קשרי מסחר שנתיני שתי המדינות קיימו ביניהם.<sup>88</sup>

מבחינה משפטית, יכולתה של מדינה להפסיק את תנועת הסחורות והאנשים בינה לבין מדינה (או ישות אחרת) שעמה היא מצויה בעימות מזוין, נגזרת באופן ישיר מעקרון הריבונות, המהווה את אבן הפינה של המשפט הבין-לאומי הפומבי מזה מאות שנים. לפי עקרון הריבונות, לכל מדינה שליטה מלאה על שטחה הריבוני, לרבות הכניסה אליו והיציאה ממנו;<sup>89</sup> וזאת, כאמור, בין אם הן חולקות גבול משותף ובין אם לאו – וכן, בין אם אותן סחורות ואותם אנשים מקורם במדינה עצמה או במדינה שלישית. בהקשר זה חשוב לציין, כי לפי התפיסה המקובלת במשפט הבין-לאומי הפומבי, במצב של עימות מזוין מושעות התחייבויות הסכמיות מסוימות שנטלו על עצמן המדינות הנלחמות זו כלפי זו<sup>90</sup> – ועל כן, גם אם תנועה חופשית של סחורות ואנשים עוגנה באופן מחייב בהסכם בין-לאומי, אין בכך כדי לפגוע בחוקיות הפסקתה כל עוד העימות המזוין מתנהל.

מן המקובץ לעיל עולה, כי כשנותקו, החל בספטמבר 2007, חלק מקשרי המסחר בין מדינת ישראל לבין רצועת עזה – וכתוצאה מכך צומצמה תנועת הסחורות והאנשים – ניתן היה להציג זאת כמימוש עקרון הריבונות על ידי מדינת ישראל. עם זאת, כשנדרשה מדינת ישראל להציג את הבסיס המשפטי למדיניות זו בפני בית המשפט העליון, נטען כי המדובר ב-"לוחמה כלכלית". למעשה, אין הגדרה מחייבת למונח זה בדיני הלחימה, אשר אף אינם מסדירים תופעה זו במפורש. לענייננו, ניתן לומר, כי המדובר במכלול האמצעים, שאינם בגדר "תקיפה",<sup>91</sup> שצד לעימות מזוין מפעיל בכדי לפגוע בכלכלתו של הצד שכנגד, ובכך לגרום לו להפסיק להילחם ולהכריע את העימות – על ידי הקטנת כושר הייצור של משק הצד שכנגד, צמצום המשאבים העומדים לרשותו והתומכים במאמץ המלחמתי והפעלת לחץ ישיר על ההנהגה.

<sup>87</sup> ראו, למשל, את דבריו של המלומד Stone בנוגע למעמדן של אמנות המעגנות קשרי מסחר שהתקיימו בין צדדים לעימות מזוין: "Secnod, and conversely, there are certain treaties which in their very nature cannot subsist between belligerents at war with each other. One group of these consist of what may be termed "political" treaties... Another consists of treaties of friendship and commerce or arbitration and conciliation, and of friendly intercourse generally. It is almost unnecessary to observe that such treaties are abrogated as between the belligerents from the outbreak war." (Julius Stone, Legal of Controls f (International Conflict 448 (1959).

<sup>88</sup> תפיסה זו באה לידי ביטוי, בחוק בישראל, בפקודת המסחר עם האויב, משנת 1939.

<sup>89</sup> ראו, למשל: (Ian Brownlie, Principles of Public International Law 105-106 (2003); בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113 ("בכל הנוגע לענייני כניסה של זרים לישראל ושיבה בה, אין היא מיוחדת במינה או יוצאת דופן. בדרך כלל, כל ארץ שומרת לעצמה את הזכות למנוע מאנשים זרים להיכנס לתחומה או להרחיקם מתחומה כאשר אינם רצויים עוד, מסיבה זו או אחרת, ואף ללא כל סיבה.")

<sup>90</sup> סוגיה זו עומדת בשנים האחרונות על סדר יומה של הוועדה למשפט בין-לאומי של האו"ם (International Law Commission), ובמסגרת הדיון בה אף הוכנה טיוטה של כללים שמבקשים להסדיר את הנושא (לתיאור הפעולות שנעשו עד כה בעניין זה והמסמכים שהוכנו בנושא, ראו: [http://untreaty.un.org/ilc/guide/1\\_10.htm](http://untreaty.un.org/ilc/guide/1_10.htm)).

<sup>91</sup> ההגדרה המקובלת בדיני הלחימה למונח "תקיפה" מצויה בסעיף 1(49) לפרוטוקול הראשון, הקובע כי: "'Attacks' means acts of violence against the adversary, whether in offence or in defence."

יובהר, כי "לוחמה כלכלית" היא תופעה מוכרת היטב בתולדות העימותים המזוינים, המעוגנת כדבעי בפרקטיקה מדינתית. שני האמצעים העיקריים בהם נעשה שימוש לצורך "לוחמה כלכלית" הם הטלת מצור יבשתי והטלת סגר ימי. במסגרת זו, התפתחו בדיני הלחימה כללים שונים המסדירים את האופן בו רשאים צדדים לעימות לנהל "לוחמה כלכלית": החל מאיסורים מוחלטים, כגון האיסור על הרעבת אוכלוסיה,<sup>92</sup> וכלה בהוראות המחייבות לאפשר מעבר של מוצרים החיוניים להשרדות האוכלוסיה האזרחית.<sup>93</sup> בתקופה הרלבנטית, גיבשה מערכת הביטחון את מדיניות מעבר הסחורות לרצועת עזה בשים לב להוראות אלה, אותן החילה על עצמה בהתאם לאמור בהחלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי.

ודוק: ניתן היה לשאול האם מדיניותה של ישראל לעניין תנועת סחורות ואנשים אל רצועת עזה וממנה כלל מהווה "לוחמה כלכלית", להבדיל ממימוש עיקרון הריבונות על ידי מדינת ישראל, כפי שתואר לעיל, וזאת נוכח העובדה שנקודת המוצא לניתוח המשפטי של תופעה זו הינה שמדובר על מניעה "אקטיבית" של מעבר סחורות לידי הצד שכנגד ולא על הימנעות "פסיבית" מסחר עמו. במילים אחרות, השאלה היא האם ובאלו תנאים הטלת מגבלות על תנועת סחורות ואנשים שמקורם במדינות שלישיות (קרי, מדינות ניטרליות, שאינן צד לעימות המזוין) ואשר אינה כרוכה במעבר דרך שטחה (לרבות המים הטריטוריאליים) של המדינה המגבילה תהא חוקית.

מנגד, ניתן כמובן לטעון, שנוכח השליטה הישראלית על רוב הגבול היבשתי של הרצועה, צמצום או הפסקה בתנועת הסחורות והאנשים דרך שטחה של ישראל שוללת באופן מוחלט את יכולתם של צדדים שלישיים (מדינות או ארגונים) להעביר סחורות ואנשים לרצועה דרך היבשה – ועל כן יש לראות במהלך האמור כ-"לוחמה כלכלית" ולבחון את חוקיותו בהתאם. אולם, כאמור לעיל, למדינת ישראל אין שליטה מלאה על הגבול הדרומי של רצועת עזה – ובפרט אין לה שליטה על עצם והיקף פעילותו של מעבר רפית. על כן, לכאורה, כל עוד לא נקטה מדינת ישראל צעדים להגביל את תנועת הסחורות והאנשים לרצועת עזה שלא דרך שטחה הריבוני (או המים הטריטוריאליים שלה), לא הייתה הצדקה לסווג את הצעדים שננקטו כ-"לוחמה כלכלית", על אף שהדבר נעשה אגב העימות המזוין בין מדינת ישראל לבין שלטון החמא"ס.

בהמשך לכך, לכאורה, רק משעה שהוטל הסגר הימי על רצועת עזה, ונמנעה תנועת סחורות אל הרצועה וממנה שלא דרך שטחה או מימיה הטריטוריאליים של ישראל, היווה הדבר "לוחמה כלכלית" כמשמעה בדיני הלחימה. ואולם – ובכך אנו מגיעים לנקודה העיקרית בחלק זה – השימוש בשיטות לחימה כגון מצור יבשתי וסגר ימי ייחשב כ-"לוחמה כלכלית" אך ורק כשתכליתו – כלומר, הצורך הצבאי שביסודו – הוא פגיעה בכלכלת האויב. מנגד, מקום בו שיטות לחימה אלה מיועדות להגשים צורך צבאי אחר, חוקיותן תיבחן בצורה שונה.

על כן, בענייננו, ניתן היה לנקוט בצעד של הכרזה על סגר ימי גם מכוח "לוחמה כלכלית", אולם הצורך הצבאי שעמד בבסיס ההכרזה על הסגר הימי – מניעת כניסת ציוד מלחמתי או צבאי לרצועת עזה, לרבות חומרי הגלם הדרושים לייצורם וכן אמצעים וחומרים דו-שימושיים – אינו פגיעה בכלכלת הרצועה, אלא סיכול ישיר של יכולת ההתעצמות הצבאית. בדומה לכך, בתקופה

<sup>92</sup> איסור זה קבוע בסעיף 154(1) לפרוטוקול הראשון, הנחשב לכלל מנהגי של דיני הלחימה.  
<sup>93</sup> ראו, למשל, את הוראת סעיף 23 לאמנת גינבה הרביעית.

שקדמה להטלת המגבלות מכוח החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, כאשר תנועת האנשים והסחורות הופסקה עקב ירי תלול-מסלול על מעברי הגבול או התרעות קונקרטיות בדבר ניסיונות פיגוע המכוונים נגדם, הצורך הצבאי היה הגנה על חיי החיילים והאזרחים המפעילים את המעברים – ולא פגיעה בכלכלת שלטון החמא"ס ברצועת עזה, ועל כן לא ניתן היה לראות בכך סוג של "לוחמה כלכלית".

כפי שיוסבר בהרחבה בחלק הבא של מסמך זה, גם בבסיס הסגר הימי עמדו שיקולים ביטחוניים דומים, כגון הסיכון הטמון בכך שתנועת ספינות אל רצועת עזה וממנה תשמש מסווה לביצוע מתקפות כנגד ספינות חיל הים במסגרת פעילותן הביטחונית במרחב הימי של הרצועה; או החשש הקונקרטי מכך שהתרת הגעתן של ספינות מסוימות לרצועת עזה תאפשר, באופן מיידי או בהמשך הדרך, הברחת פעילי טרור ואמצעי לחימה לתוך הרצועה.<sup>94</sup> בהתאם, גם כאן הצורך הצבאי אינו פגיעה עקיפה ביכולתו של שלטון החמא"ס להמשיך ולהילחם אלא פגיעה ישירה בה, על ידי שלילת המשאבים הפיזיים והאנושיים המזינים אותה. מכאן, שאין לראות בסגר הימי שהוטל על רצועת עזה כחלק מ-"הלוחמה הכלכלית" שניהלה ישראל כנגד שלטון החמא"ס באותה תקופה, ואין לנתחו תחת מסגרת משפטית זו.

---

<sup>94</sup> ראו להלן בחלק ג' של מסמך זה.

חלק ב' – הפעילות הביטחונית במרחב הימי של רצועת עזה טרם הטלת הסגר הימי

בחלקו הקודם של המסמך הצגתי את הרבדים הנורמטיביים אשר הסדירו את פעילותו של צה"ל במסגרת העימות המזוין עם שלטון החמא"ס ברצועת עזה. כפי שראינו, החל ממועד יישום תכנית ההתנתקות, היו פעולות אלה כפופות בעיקר לדיני העימות המזוין במשפט הבין-לאומי. במסגרת העימות המזוין עם שלטון החמא"ס, נדרש צה"ל לנקוט בצעדים ביטחוניים שונים, לשם התמודדות עם איום הטרור ומניעת התעצמותו הצבאית של החמא"ס. צעדים מעין אלו ננקטו אף בתוך הימי הסמוך לחופי רצועת עזה, והמשטר הנורמטיבי העיקרי שחל עליהם הינו דיני הלחימה בים. בחלק הנוכחי אבקש להציג את הסמכויות שהיו נתונות בידי צה"ל מכוח דיני הלחימה בים בטרם הטלת הסגר הימי על רצועת עזה. כפי שנראה, סמכויות אלו לא סיפקו מענה מלא לאיומים הביטחוניים עימם נדרש צה"ל להתמודד, ובהתאם נדרשה הטלתו של הסגר הימי. בסגר הימי עצמו יעסוק חלקו השלישי של המסמך.

**1. רקע עובדתי**

כאמור לעיל, החל מחודש ספטמבר 2000, מתנהל עימות מזוין בין ישראל לבין ארגוני הטרור הפלסטינים, באיו"ש וברצועת עזה. זו האחרונה נתונה מאז מחודש יוני 2007 בשליטת החמא"ס. העימות המזוין נגד שלטון החמא"ס ברצועה **מתאפיין בלחימה מורכבת**, כנגד צד לעימות אשר עושה שימוש באוכלוסיה האזרחית ובאובייקטים אזרחיים על מנת להוציא אל הפועל התקפות טרור כנגד תושבי מדינת ישראל וכנגד חיילי צה"ל. **מורכבות זו מאפיינת גם את הלחימה בתוך הימי.**

בשנים האחרונות, ניכרת התגברות משמעותית בפעילות שלטון החמא"ס וארגוני הטרור האחרים במרחב הימי. זו מתבטאת, בין היתר, בניסיונות לבצע פיגועי תופת כנגד ספינות חיל הים ואזרחים ישראלים,<sup>95</sup> להחדיר מפגעים לשטח ישראל ולהעביר פעילי טרור אל רצועת עזה וממנה. כמו כן, פעילותם של גורמי הטרור במרחב זה יצרה איום ביטחוני כלפי מתקנים אסטרטגיים של ישראל. כפי שצוין לעיל, שלטון החמא"ס אף הקים מנגנון "ביטחון חופים" הממלא פונקציות צבאיות בלחימה עם ישראל.

בפרט, איום ביטחוני נוסף הקשור בתוך הימי נוגע למאמציהם של החמא"ס וארגוני הטרור האחרים הפועלים ברצועה לעשות שימוש בתוך הימי לשם הברחת אמצעי לחימה ופעילי טרור אל תוך רצועת עזה.<sup>96</sup> לעניין זה, ניתן להזכיר את הספינות "סנטורניו" ו"אבו חסן", שנתפסו בדרכן מלבנון לרצועת עזה, במאי 2001 ובמאי 2003, בהתאמה; והספינה "קארין איי", שיצאה מאיראן ונתפסה בדרכה לרצועת עזה ב-3 בינואר 2002 (ספינה זו נשאה כ-50 טונות של אמצעי לחימה, בהם רקטות, מרגמות, טילים נגד טנקים, מוקשים, רובי סער וכיו"ב). אירועים אלה ואחרים הדגימו

<sup>95</sup> כך לדוגמה, ביום 13.4.09, בוצע ניסיון פיגוע כנגד ספינה של חיל הים באמצעות סירת תופת. בתחילת 2010, נתגלו חביות נפץ, שעל-פי ההערכה נשלחו מרצועת עזה במטרה לפגוע בישראלים. כמה מהחביות נמצאו בחופי רחצה בישראל.  
<sup>96</sup> לשם המחשה, בחודש מאי 2006 לבדו, במסגרת סיכול של שתי הברחות של אמצעי לחימה לרצועת עזה, נתפס חומר נפץ במשקל כולל של כטון.

היטב את העובדה כי כלי שיט בודד יכול לשאת בבטנו כמות גדולה מאוד של אמצעי לחימה.<sup>97</sup> ראוי לציין כי המאמץ להבריח אמצעי לחימה לרצועת עזה תופס מקום מרכזי בהתעצמות הצבאית של החמא"ס ברצועה, והצורך במניעתו אף הוכר כנדבך חשוב בהשגת רגיעה בת קיימא ברצועה במסגרת החלטת מועצת הביטחון 1860 (החלטה זו אומצה על-ידי מועצת הביטחון בתאריך 8.1.2010, בעיצומו של מבצע "עופרת יצוקה").

בצד איומים אלה, החלה, בחודש יולי 2008, התארגנות של מספר ארגונים פרו-פלסטינים, ביניהם ארגון המכונה "Free Gaza", להוציא אל הפועל משטים של ספינות לרצועת עזה. משטים אלה נועדו בטווח הקצר לשמש כפרובוקציה מכוונת במסווה של סיוע הומניטארי, ובטווח הארוך, למסד ציר תנועה חדש לרצועת עזה, דרך הים, אשר יעקוף את המגבלות שהטילה מדינת ישראל ביחס לכניסת אנשים וסחורות לרצועה. בתוך כך, עלה החשש כי נתיב תנועה זה ישמש אף להברחת אמצעי לחימה ופעילי טרור לרצועה.

לשם התמודדות עם מכלול האיומים האמורים, נדרש צה"ל להפעיל סמכויות ביטחוניות שונות באזור הימי הסמוך לרצועת עזה, שמטרתן **מניעת הגעתן של ספינות ממדינות זרות לחופי הרצועה.**

## **2. סמכויות ביטחוניות במרחב הימי שמול רצועת עזה שאינן מבוססות על דיני הלחימה בים**

עד ליישומה של תכנית ההתנתקות, וכל עוד שלטה מדינת ישראל ברצועת עזה בדרך של תפיסה לוחמתית ובאה בנעליו של "הריבון" בשטח, עמדו לרשות צה"ל ביחס לאזור הימי הסמוך לרצועת עזה מלוא הסמכויות הנתונות לגורם השולט בטריטוריה מסוימת ביחס לאזור הימי הסמוך לאותה טריטוריה, לרבות הסמכות למנוע מכלי שיט זרים להיכנס לאזור זה ללא היתר.<sup>98</sup> סמכות זו עמדה לרשות צה"ל גם על-פי ההסכמים המדיניים עם הפלסטינים. אכן, במסגרת הסכם הביניים נקבע מפורשות כי בידי מדינת ישראל תיוותר שליטה מלאה וסמכות ביטחונית בלעדית במרחב הימי הסמוך לרצועת עזה.<sup>99</sup> כחלק מאחריות זו נקבע בהסכם כי כלי שיט של חיל הים הישראלי יוכלו להפליג במרחב זה, על-פי הצורך וללא הגבלה, ויוכלו לנקוט בכל הצעדים הנדרשים כנגד כלי שיט החשודים שהם משמשים לפעילויות טרור או להברחת נשק, תחמושת, סמים, טובין או לכל פעילות בלתי-חוקית אחרת.<sup>100</sup>

<sup>97</sup> דוגמא נוספת לעניין זה, הממחישה את היקף האיום הינה הספינה "Francop", אשר נתפסה על-ידי כוחות חיל הים בחודש נובמבר 2009, ושעל סיפונה נמצאו מאות טונות של אמצעי לחימה שמקורם באיראן ואשר יועדו, ככל הנראה, לשמש את ארגון חיזבאללה כנגד ישראל.

<sup>98</sup> ואכן, מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה השתמש בסמכותו זו וקבע את רצועת עזה כשטח סגור, שהכניסה והיציאה ממנו, בכל דרך שהיא, טעונה היתר. ראו: צו בדבר סגירת האזור (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 144), תשכ"ח – 1968, כפי שתוקן בצו מס' 191 ובצו מס' 847.

<sup>99</sup> הסדרי הביטחון בנוגע למרחב הימי של רצועת עזה נקבעו תחילה בהסכם קהיר, ולאחר מכן נקלטו לסעיף XIV לנספח I של הסכם הביניים ("פרוטוקול בנושא היערכות מחדש והסדרי ביטחון"; להלן: "הנספח הביטחוני").

<sup>100</sup> על-פי סעיף 1(b)(4) לנספח הביטחוני:

"As part of Israel's responsibilities for safety and security within the three Maritime Activity Zones, Israel Navy vessels may sail throughout these zones, as necessary and without limitations, and may take any measures necessary against vessels suspected of being used for terrorist activities or for smuggling arms, ammunition, drugs, goods, or for any other illegal activity".

זאת ועוד, על-פי הסכם הביניים, האזור הימי הסמוך לרצועת עזה לא נועד לשמש לתחבורה ימית בין-לאומית. תחבורה מעין זו לא הייתה קיימת עובר לאימוצו של הסכם הביניים, בהעדרו של נמל מתאים ברצועת עזה. כינונה של תחבורה ימית בין-לאומית אל הרצועה וממנה, לרבות באמצעות הקמת נמל ימי ברצועת עזה, נועד להיות מסוכם במסגרת משא ומתן בין הצדדים, שמפאת המצב הביטחוני, לא הגיע לסיומו.<sup>101</sup> עד להקמתו של נמל ימי בעזה, נקבע בהסכם כי לא יותר לכלי שיט זרים להיכנס לאזור המשתרע עד לטווח של 12 מייל מהחוף של הרצועה וכי כניסה ויציאה של כלי שיט, נוסעים וסחורות דרך הים ייעשו אך ורק דרך נמלי ישראל, בהתאם לכללים ולתקנות החלים בעניין זה בישראל.<sup>102</sup>

כאמור לעיל, עם יישומה של תכנית ההתנתקות וביטול הממשל הצבאי ברצועת עזה, בוטלו הסמכויות שהוקנו לצה"ל במרחב הימי של הרצועה מכוח דיני התפיסה הלוחמתית ותחיקת הביטחון. באשר להסכם הביניים, מבלי להיכנס לעומקה של שאלת המשך הרלוונטיות וההיתכנות ביישום של ההסדרים שנקבעו בהסכם הביניים בנוגע למרחב הימי הסמוך לרצועת עזה, גם לאחר יישומה של תכנית ההתנתקות,<sup>103</sup> אציין כי קיים קושי לא מבוטל להסתמך עליהם – באופן בלעדי – לשם מניעת כניסתן של ספינות הנושאות דגל זר לחופי רצועת עזה; וזאת, לאור הקושי בהגבלת זכויותיהם של צדדים שלישיים, שאינם צד להסכם הביניים, מכוח הוראותיו של ההסכם. לפיכך, מקור הסמכות העיקרי שנתר בידיו של צה"ל לשם פעולה במרחב הימי הסמוך לרצועת עזה, לאחר יישומה של תכנית ההתנתקות, הינו דיני הלחימה, וזאת נוכח קיומו של העימות המזוין עם שלטון החמא"ס ברצועה. בדינים אלו אבקש לדון כעת.

### 3. הסמכויות הנתונות בידי צה"ל באזור הימי הסמוך לרצועת עזה מכוח דיני הלחימה בים

#### א. דיני הים והיחס בינם לבין דיני הלחימה בים

בשונה מדיני העימות המזוין, בהם דנתי לעיל, דיני הים של המשפט הבין-לאומי נחשבים לחלק מ-"דיני השלום", דהיינו, הדינים המסדירים את היחסים בין מדינות שאינן מצויות במצב של עימות מזוין זו עם זו. מדובר באחד מהתחומים המשפטיים העתיקים ביותר במשפט הבין-לאומי, שאת מקורותיו ניתן לאתר כבר במאה השבע עשרה, עם התפתחות התפיסה של "חופש השיט בים הפתוח" ("freedom of the high seas"). כיום, דיני הים מוסדרים – בעיקר – במסגרת אמנת האו"ם בדבר דיני הים (United Nations Convention on the Law of the Sea), משנת 1982 ("אמנת ים"). הגם שמדינת ישראל איננה צד לאמנה זו, היא מחויבת לרבות מהוראותיה, אשר נחשבות לבעלות מעמד מנהגי.

באופן כללי, דיני הים מבוססים על מספר עקרונות בסיסיים, שנועדו להסדיר את פעילותן של מדינות בים בעיתות שלום. לענייננו, חשובים במיוחד שלושה עקרונות:

<sup>101</sup> לאחר אימוץ הסכם הביניים, החל משא ומתן בין ישראל לרשות הפלסטינית על הקמתו של נמל ימי, ואף ננקטו מספר צעדים ראשוניים להקמתו של נמל. עם זאת, עקב העימות המזוין שפרץ בשנת 2000 בין ישראל לארגוני הטרור הפלסטינים, הפרויקט לא הגיע לכדי סיום.

<sup>102</sup> סעיף XIV לנספח הביטחוני של הסכם הביניים.

<sup>103</sup> לעיל בחלק א', פרק 2(ב).

1. ריבונות מדינת הדגל: בהתאם לדיני הים, כלי שיט נחשבים כמצויים תחת ריבונותה של מדינת הלאום שלהם ("מדינת הדגל"), אשר לה מוקנית, ככלל, סמכות שיפוט ייחודית ביחס לכלי שיט הנושאים את דגלה במים בין-לאומיים.

2. עקרון חופש השיט: דיני הים מכירים בחופש השיט הנתון לכל המדינות במים בין-לאומיים. משמעות הדבר היא כי כל כלי שיט נהנה מחופש תנועה מלא במים בין-לאומיים ופגיעה בחופש השיט במים בין-לאומיים תתאפשר, לפיכך, רק בהתקיים החריגים המוכרים על-ידי המשפט הבין-לאומי, ביניהם חריגים הקיימים מכוח דיני הלחימה בים. מאחר שכאמור, כלי שיט אזרחיים נחשבים כנתונים תחת ריבונותה של מדינת הדגל שלהם, הפרעה לחופש השיט של ספינה במים בין-לאומיים, למשל על-ידי עצירתה או עריכת בידוק על סיפונה, עלולה להיחשב כפגיעה בריבונותה של מדינת הדגל. זאת, למעט אם הדבר נעשה בהסכמתה של מדינת הדגל או שהיא מותרת מכוח עילה אחרת בדין הבין-לאומי.

3. מים טריטוריאליים: לעומת ההסדר החל במים בין-לאומיים, במים הטריטוריאליים של מדינה,<sup>104</sup> אין נתונה לכלי שיט הזכות לחופש שיט. מים אלה נתונים לריבונותה של המדינה החופית והיא מוסמכת למנוע מכלי שיט מלהיכנס אליהם, למעט אם הדבר נדרש במסגרת "מעבר בתום לב". מעבר בתום לב הוא מעבר של כלי שיט במים הטריטוריאליים של מדינה אשר נחוץ לצורך הגעה מהירה ויעילה ליעדו של כלי השיט (לרבות לנמל של אותה מדינה) או נדרש בשל כוח עליון או מצוקה של כלי השיט ואשר אינו פוגע בשלום, בסדר הטוב או בביטחון של המדינה החופית.<sup>105</sup>

שלושת העקרונות האמורים נועדו, ככלל, להסדיר בין מדינות את הפעילות בים בעיתות שלום. במצב של עימות מזוין, לעומת זאת, דיני הלחימה בים מאפשרים לצדדים לעימות להגביל, בנסיבות מסוימות ובכפוף לכללים מוגדרים, את הזכויות הנתונות למדינות מכוחם, וזאת הן ביחס למדינות שהן צד לעימות המזוין והן ביחס למדינות ניטראליות. במילים אחרות, במצב של עימות מזוין, חלק מהזכויות הנתונות למדינות על-פי דיני הים עשויות לסגת מפני הזכויות הנתונות לצדדים לעימות מכוח דיני הלחימה.<sup>106</sup>

### ב. דיני הלחימה בים – כללי

בשונה מדיני הים, ומחלק גדול מדיני העימות המזוין, אשר – בצד התפתחותם בדין המנהגי – זכו גם להסדרה בדין החרות, במסגרת אמנות בין-לאומיות, דיני הלחימה בים, אשר התפתחו במשך מאות שנים בדין הבין-לאומי המנהגי, לא זכו להסדרה בדרך של אמנה בין-לאומית מחייבת. עם זאת, קיימים מספר מסמכים, אשר גובשו במהלך השנים, שמקובל לראות חלקים מהם כמשקפים את הכללים המנהגיים שהתפתחו בתחום זה. מבין המסמכים הללו ראוי לציין את "הכרזת לונדון

<sup>104</sup> המים הטריטוריאליים של מדינה בדרך-כלל משתרעים למרחק של 12 מייל מקו החוף של המדינה, אם כי ישנם מקרים בהם מדובר במרחק פחות.

<sup>105</sup> סעיף 19 לאמנת הים.

<sup>106</sup> ראו: L. Oppenheim, INTERNATIONAL LAW: A TREATISE, VOL. II: DISPUTES, WAR AND NEUTRALITY (7<sup>th</sup> ed., edited by H. Lauterpacht, 1952) 774-75, § 374.

**בדבר דיני הלחימה בים**,<sup>107</sup> אשר אומצה בוועידה שנערכה בלונדון בשנת 1909 בהשתתפות עשר המעצמות הימיות המובילות באותה התקופה (להלן: **הכרזת לונדון**). בשל סירובו של בית הלורדים הבריטי לאשררה, הכרזה זו מעולם לא נכנסה לתוקף. הגם שהפרקטיקה המדינית מצביעה על כך שמדינות לא נהגו על-פי הוראות ההכרזה במהלך שתי מלחמות העולם, ואף התנערו מהן במפורש<sup>108</sup>, מקובל לומר כי חלק מהוראות ההכרזה משקפות משפט בין-לאומי מנהגי.<sup>109</sup> מסמך חשוב נוסף הוא **מדריך סאן רמו בדבר הדין הבין-לאומי החל על עימותים מזוינים בים**<sup>110</sup> (להלן: **מדריך סאן רמו**). מדריך זה נכתב בין השנים 1988-1994 על-ידי קבוצה של מומחים בתחום דיני הלחימה בים, ונועד לאגד את הכללים המנהגיים החלים על דיני הלחימה בים לצד חידושים ומגמות עכשוויות בתחום זה.<sup>111</sup> חלק ניכר מהכללים המעוגנים במדריך אכן נתפסים כמשקפים משפט מנהגי. על-מנת לזהות אילו כללים הם בעלי מעמד של משפט מנהגי, מקובל להיעזר גם במדריכים הצבאיים של מדינות זרות, המשקפים את הפרקטיקה של אותן מדינות, כדוגמת מדריך הצי האמריקאי,<sup>112</sup> המדריך הצבאי הבריטי<sup>113</sup> והמדריך הצבאי הגרמני.<sup>114</sup>

מטבע הדברים, בדומה לתחומים אחרים בדין הבין-לאומי בכלל, ובדיני הלחימה בפרט, דיני הלחימה בים גובשו בעיקר על רקע עימותים מזוינים בין-לאומיים. עובדה זו נובעת לא רק מכך שבתקופות בהם התפתחו דיני הלחימה בים, שכיחותם של עימותים מזוינים בעלי אופי בין-לאומי הייתה גבוהה מזו של עימותים שאינם בין-לאומיים, אלא גם מכך שמעטים הם העימותים המזוינים שאינם בין-לאומיים שבהם, מבחינה עובדתית, קבוצה שנלחמת בממשלה הצליחה להשיג שליטה אפקטיבית בטריטוריה בעלת גישה לים הפתוח, באופן שהפך את דיני הלחימה בים לרלבנטיים. אף על פי כן, כפי שנראה בהמשך הפרק, במהלך המאה התשע עשרה והמאה העשרים נרשמה פרקטיקה של מדינות שהפעילו סמכויות מכוח דיני הלחימה בים במסגרת עימותים מזוינים שאינם בין-לאומיים, ובפרט, הסמכות להטלת סגר ימי. עוד יצוין, כי על מנת להסיר ספקות בעניין זה, אף במדריך סאן רמו צוין כי הגם שהוראות המדריך נועדו לחול בעיקר על עימותים בין-לאומיים בים, מנסחיו נמנעו במפורש מלהגביל את תחולתו לעימותים מסוג זה, וכך קובע בעניין זה הקומנטאר למדריך בהתייחסו לסעיף הפותח את המדריך:

"It should be noted that although the provisions of this Manual are primarily meant to apply to international armed conflicts at sea, this has intentionally not been

<sup>107</sup> DECLARATION CONCERNING THE LAWS OF NAVAL WAR, London, 26 February, 1909

<sup>108</sup> ראו: Oppenheim, **לעיל** בהערה 106, עמ' 769, פסקה 368.

<sup>109</sup> ראו: M. Bothe, *The Law of Neutrality*, in D. Fleck (ed.), *THE HANDBOOK OF HUMANITARIAN LAW IN ARMED CONFLICTS* (OUP, 1995) 485,506; W.H. von Heinegg, *The Law of Armed Conflicts at Sea*, in *THE HANDBOOK OF HUMANITARIAN LAW IN ARMED CONFLICTS (id.)* 405, 472.

<sup>110</sup> **מדריך סאן רמו, ודברי ההסבר לו, פורסמו ב:** L. Doswald-Beck, *SAN REMO MANUAL ON INTERNATIONAL LAW APPLICABLE TO ARMED CONFLICTS AT SEA*, PREPARED BY INTERNATIONAL LAWYERS AND NAVAL EXPERTS CONVENED BY THE INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMANITARIAN LAW (CUP, 1995) (להלן: **"קומנטר סאן רמו"**).

<sup>111</sup> **קומנטר סאן רמו, לעיל** בהערה 110, עמ' ix.

<sup>112</sup> ראו: THE COMMANDER'S HANDBOOK ON THE LAW OF NAVAL OPERATIONS, U.S. Navy NWP 1-14M, U.S. Marine Corps 7-9 MCWP 5-12.1, U.S. COMDTPUB P5800.7A (edition July 2007) (להלן: **"מדריך הצי האמריקאי"**).

<sup>113</sup> ראו: THE MANUAL OF THE OF ARMED CONFLICT, UK Ministry of Defence (OUP, 2004) 362-363 (להלן: **"המדריך הצבאי הבריטי"**).

<sup>114</sup> ראו: *THE HANDBOOK OF HUMANITARIAN LAW IN ARMED CONFLICTS*, **לעיל** בהערה 109. כאמור בדברי המבוא לספר זה, הסעיפים העיקריים המופיעים בספר זה אומצו כמדריך הצבאי של הצבא הגרמני (**שם**, בעמ' x).

expressly indicated in paragraph 1 in order not to dissuade the implementation of these rules in non-international armed conflicts involving naval operations."<sup>115</sup>

מכאן עולה כי הכללים המנהגיים של דיני הלחימה בים, אשר יפורטו בהמשך פרק זה, חלים בכל סוגי העימותים המזוינים, יהא סיווגם אשר יהא. בהתאם, כללים אלה חלים אף על העימות המזוין בין מדינת ישראל לשלטון החמא"ס ברצועת עזה; וזאת, הן על-פי גישתו של בית המשפט העליון, אשר קבע כי מדובר בעימות מזוין הכפוף לדינים החלים על עימות בין-לאומי, והן על-פי גישתה של מדינת ישראל, המיישמת על העימות המזוין את הכללים הבסיסיים אשר חלים על כל עימות מזוין, יהא סיווגו אשר יהא.<sup>116</sup>

### ג. סמכויותיהם של הצדדים לעימות מזוין על-פי דיני הלחימה בים

דיני הלחימה בים מעניקים לצדדים לעימות מזוין סמכויות שונות להגבלת חופש השיט של ספינות במים בין-לאומיים ולעריכת חיפוש על כלי שיט כאמור, כמו גם סמכויות הנוגעות להגבלת יכולתו של האויב לקיים מסחר דרך הים. לעניין זה, קיימת הבחנה בין "כלי שיט אויב", המשויך לצד שכנגד בעימות המזוין, לבין "כלי שיט ניטראלי", המשויך למדינה שאיננה צד לעימות. הגם שנקודת המוצא לעניין שייכות כלי השיט, כשמדובר באניות סוחר ואניות אחרות בבעלות פרטית, הינה על-פי הדגל אותו נושאת הספינה,<sup>117</sup> הרי שדיני הלחימה בים מכירים בקיומן של נסיבות מסוימות, שבהן על אף שכלי שיט מניף דגל ניטראלי, ניתן יהיה לסווגו למעשה ככלי בעל "אופי אויב". אינדיקציות שעשויות לרמוז על אופי שכזה הינן, למשל, בעלות של אזרחי מדינת אויב על כלי השיט, חכירה של הכלי על-ידי האויב וכיו"ב.<sup>118</sup>

להלן, יוצגו בקצרה הסמכויות העיקריות הנתונות לצדדים לעימות מזוין להגבלת חופש השיט של כלי שיט בימים הבין-לאומיים ולעריכת חיפוש בהן. סמכות מרכזית שלא תוצג בחלק הנוכחי, כי אם בחלקו הבא של המסמך, הינה הסמכות להטיל סגר ימי, והסמכויות הנגזרות מכך.

#### 1) סמכויות לתפיסת כלי שיט

דיני הלחימה בים מעניקים לצדדים לעימות מזוין סמכויות נרחבות לפעול כנגד כלי שיט אויב. צד לעימות מזוין רשאי למעשה לתפוס (capture) כל כלי שיט של האויב, לרבות כלי שיט בבעלות פרטית, למעט אם כלי השיט נהנה מ-"הגנה מיוחדת" מפני תפיסה.<sup>119</sup> בנסיבות מסוימות, דיני הלחימה מקנים לצד לעימות סמכות תפיסה אף כנגד כלי שיט ניטראליים. סמכות זו נתונה לצד לעימות כלפי כלי שיט אשר מוביל "קונטרבאנדה" (contraband), כלומר, ציוד שיעדו הסופי הוא שטח המצוי בשליטת האויב, ושעשוי להיות בשימוש האויב במסגרת העימות המזוין. יצוין כי בצד ציוד לחימתי מובהק, כגון אמצעי לחימה ומדים, אף ציוד "תומך לחימה" ייחשב – בנסיבות מסוימות – ל-"קונטרבאנדה", כדוגמת חומרי בנייה שעשויים לשמש לביצורים,

<sup>115</sup> קומנטר סאן רמו, לעיל בהערה 110, עמ' 73.

<sup>116</sup> לעיל בחלק א', פרק 2(ג).

<sup>117</sup> ראו, למשל, סעיף 112-113 למדריך סאן רמו; וכן, קומנטר סאן רמו, לעיל בהערה 110, בעמ' 88, פסקה 13.13.

<sup>118</sup> ראו סעיף 117 למדריך סאן רמו. כן ראו קומנטר סאן רמו, לעיל בהערה 110, עמ' 188 (פסקה 112.2) ועמ' 192 (פסקה 116.1).

<sup>119</sup> ראו לעניין זה סעיפים 135-136 למדריך סאן רמו; סעיפים 8.6.2-8.6.3 למדריך הצי האמריקאי; וסעיפים 13.99-13.100 למדריך הצבאי הבריטי. ככלל, מהגנה מיוחדת כאמור נהנות, בין היתר, סירות קטנות המשמשות לדיג חופי, סירות קטנות העוסקות בסחר חופי מקומי, סירות חילוץ וסיוע רפואי, סירות העוסקות במחקר מדעי לא צבאי וכיו"ב.

דלק, וכן הלאה. יש הגורסים, כי על-מנת שציוד ייחשב לקונטרבאנדה, עליו להופיע ככזה ברשימה גלויה שפורסמה על-ידי המדינה מבעוד מועד. עם זאת, בהתאם לגישה המקובלת, ציוד אשר באופן ברור מיועד לשימוש צבאי, איננו צריך להיכלל ברשימת קונטרבאנדה על-מנת שייחשב לכזה.<sup>120</sup> עילות נוספות לתפיסת כלי שיט ניטראלי הן הובלה של לוחמי אויב על סיפון של כלי השיט, הפרה או ניסיון הפרה של סגר ימי (על עילה זו יפורט בהרחבה בהמשך מסמך זה), פעילות של כלי השיט במישרין תחת שליטת האויב, הצגת תיעוד מזויף, הפרת הוראות שניתנו על-ידי צד לעימות באזור שבו מבוצעת פעילות צבאית ימית (לעניין זה, ראו גם בהמשך הדברים) וכיו"ב.<sup>121</sup>

תפיסה של כלי שיט מתבצעת, ככלל, על-ידי עלייה על סיפון והבאתו לנמל שבשליטת הצד התופס. בהקשר זה, יש לציין כי על-פי דיני הלחימה בים, לכלי שיט שקמה כלפיו סמכות תפיסה אין זכות להתנגד להפעלת סמכות זו, וככל שיעשה כן, בעל סמכות התפיסה רשאי לעשות שימוש בכוח על מנת לממש סמכות זו. כך, למשל, קובע מדריך הצי האמריקאי בעניין כלי שיט ניטראליים כי:<sup>122</sup>

"Neutral vessels or aircraft attempting to resist proper capture lay themselves open to forcible measures by belligerent warships and military aircraft and assume all risk of resulting damage."

אשר לאנשים שנמצאים על סיפון של כלי שיט שנתפס כאמור, הרי שעם הבאת כלי השיט לנמל בטוח, יש לפעול, ככלל, להחזירם למדינות הלאום שלהם בהקדם האפשרי. זאת כמובן, ככל שהם אינם מעורבים בפעילות לחימה, טרור או בביצוע עבירות פליליות שעליהן קיימת במדינה התופסת סמכות שיפוט.<sup>123</sup>

## 2) סמכויות לביקור ולחיפוש על כלי שיט

מעבר לסמכויות לתפיסת כלי שיט, דיני הלחימה בים מקנים לצד לעימות סמכות לעלות על סיפון של כלי שיט אויב ולערוך עליו חיפוש (visit and search). סמכות זו קיימת, בנסיבות מסוימות, גם ביחס לכלי שיט ניטראלי, וזאת, על-מנת לאפשר לצד לעימות לבחון את זהותו של כלי השיט (למשל, על מנת להסיר חשד כי כלי שיט הנחזה כניטראלי הוא למעשה כלי שיט אויב), לבחון את המטען שעל סיפון, לבדוק את זהות האנשים הנמצאים על סיפון וכיו"ב. סמכות לעריכת חיפוש כאמור על סיפון של כלי שיט ניטראלי קמה, למשל, כאשר הוא חשוד בהובלת קונטרבאנדה או לוחמים של האויב, בהצגת תיעוד מזויף ובתרומה לפעילות הצבאית של האויב. ככל שלאחר עריכת ביקור וחיפוש בכלי שיט ניטראלי, מתקיימים התנאים לתפיסתו – ניתן להפעיל כלפיו את סמכות התפיסה. בכל מקרה, בדומה לסמכות התפיסה, גם סמכות החיפוש מוקנית לצדדים לעימות מזוין רק מחוץ למים הטריטוריאליים של מדינות ניטראליות.

בדומה לאמור לעניין הסמכות לתפוס כלי שיט, דיני הלחימה קובעים כי אף לכלי שיט שקמה כלפיו סמכות לעריכת ביקור וחיפוש כאמור אין זכות להתנגד להפעלתן של הסמכויות הנ"ל. בהתאם, כאשר כלי שיט מתנגד לדרישה של צד לעימות לערוך ביקור וחיפוש על סיפון או מתנגד

<sup>120</sup> ראו: Y. Dinstein, THE CONDUCT OF HOSTILITIES UNDER THE LAW OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICT (CUP, 2004) 217

<sup>121</sup> מדריך סאן רמו, סעיף 146; מדריך הצי האמריקאי, סעיף 7.10.

<sup>122</sup> מדריך הצי האמריקאי, סעיף 7.10.

<sup>123</sup> מדריך הצי האמריקאי, סעיף 7.10.2.

באופן ברור לניסיון לאמת את היותו ניטרלי, קמה לצד לעימות המזוין סמכות לתפוס את כלי השיט ואף לעשות שימוש בכוח במסגרת זו, ככל שהדבר נדרש לצורך תפיסת כלי השיט.<sup>124</sup> זאת ועוד, במקרים שבהם קמה לצד לעימות סמכות לעריכת ביקור וחיפוש על כלי שיט והפעלת סמכות זו בלב ים בנסיבות העניין הינה מסוכנת או שאיננה אפשרית, מוקנית לו הסמכות להורות לכלי שיט לשוט לנמל או למקום מתאים אחר, לצורך הפעלת סמכויות הביקור והחיפוש. כלי שיט שניתנה לו הוראה כאמור מחויב לציית לה ואם יסרב לעשות כן, תקום לנותן ההוראה סמכות לתפוסו, לרבות תוך שימוש בכוח.<sup>125</sup> לצד האמור, יצוין כי אף אם בנסיבות העניין קיימת אפשרות לקיים את סמכויות הביקור והחיפוש בלב ים, ניתן להוביל כלי השיט לנמל או למקום מתאים אחר לשם הפעלתו, אם כלי השיט נתן את הסכמתו לכך.<sup>126</sup>

**3) סמכויות להגבלת פעילות כלי שיט באזור שבו מתבצעת פעילות צבאית ימית או בקרבתו**

דיני הלחימה בים מאפשרים לצד לעימות מזוין להטיל מגבלות על פעילותם של כלי שיט באזור שבו מבוצעת פעילות צבאית ימית או בקרבתו ואף לאסור לחלוטין את כניסתם של כלים אלה לאזור כאמור.<sup>127</sup> סמכות זו מבוססת על ההבנה כי באזור שבו מבוצעת פעילות צבאית ימית, האינטרסים הביטחוניים של צד לעימות גוברים על חופש השיט של ספינות ניטרליות. כך למשל, קובע הקומנטר למדריך סאן רמו כי:<sup>128</sup>

"Within the immediate area or vicinity of naval operations, a belligerent may establish special restrictions upon the activities of neutral vessels and aircraft and may prohibit altogether such vessels and aircraft from entering the area."

במקרה שכלי שיט ניטרלי אינו מצייט להוראות כאמור, ניתן להניח כי הוא בעל כוונות עוינות ועל כן להתייחס אליו ככלי שיט אויב.<sup>129</sup> בנסיבות אלה, קמה לנותן ההוראה סמכות לתפוס את כלי השיט ואף לעשות כנגדו שימוש בכוח, כפי שמפורט בקומנטר למדריך סאן רמו:<sup>130</sup>

"Vessels or aircraft which ignore directions concerning communications risk being fired upon or captured."

**4) סמכויות מכוח הכרזה על "אזור לחימה" או "אזור החרגה"**

במסגרת עימותים מזוינים שהתרחשו במאה העשרים, ואשר עירבו לחימה בים, ניתן לזהות פרקטיקה של צדדים לעימות להכריז על אזורים בים כ"אזורי לחימה" ("combat zone", "war zone" "area of hostilities") או "אזורי החרגה" ("exclusion zone"). הכרזה על אזורים כאמור נעשית על-ידי מדינות למטרות שונות. כך למשל, ישנן מדינות אשר השתמשו באמצעי זה כדי להזהיר כלי שיט מלהתקרב לאזורים שבהם מתבצעת פעילות לחימה, על מנת למנוע מכלי שיט את הסכנות

<sup>124</sup> מדריך סאן רמו, סעיף 67(a); מדריך הצי האמריקאי, סעיפים 7.5.2 ו-7.10.7. כן ראו את סעיף 63 להכרזת לונדון. עוד בעניין זה ראו: Oppenheim, לעיל בהערה 106, בעמ' 856-857. <sup>125</sup> ראו, למשל, מדריך סאן רמו, סעיף 121. כן ראו: קומנטר סאן רמו, לעיל בהערה 110, בעמ' 199. <sup>126</sup> סעיף 119 למדריך סאן רמו קובע כי: "As an alternative to visit and search, a neutral vessel may, with its consent, be diverted from its declared destination". ראו מדריך סאן רמו, סעיף 146. <sup>127</sup> קומנטר סאן רמו, לעיל בהערה 110, בעמ' 183. <sup>128</sup> קומנטר סאן רמו, לעיל בהערה 110, בעמ' 214. <sup>129</sup> קומנטר סאן רמו, לעיל בהערה 110, בעמ' 183. הוראה דומה מופיעה גם במדריך הצבאי הבריטי, בסעיף 13.106, ובמדריך הצי האמריקאי, בסעיף 7.10.

הכרוכות בשהייה באזור. כמו כן, היו מדינות שעשו שימוש באמצעי זה לצורך חיזוק הלגיטימציה לפעילות בקרה ופיקוח למטרות ביטחוניות באזור מוגדר כאמור. מנגד, היו מדינות אשר עשו שימוש בהכרזות כאמור על מנת להגביל באופן משמעותי את חופש השיט בסביבה שבה מתבצעת פעילות ביטחונית, לעיתים באזורים המשתרעים על פני מאות מיילים.<sup>131</sup> מכל מקום, יצוין כי בקרב מדינות ובקרב מלומדים ניתן למצוא פרשנויות שונות באשר להיקף הסמכויות הנתונות לצד לעימות מכוח הכרזה על "אזור לחימה" או "אזור החרגה" כאמור, ועל כן, קיימת אי בהירות בעניין זה.<sup>132</sup>

#### 4. פעולות צה"ל למניעת הגעתם של משטים לרצועת עזה טרם הטלת הסגר הימי

בחודש יולי 2008, החלו – כאמור – פעולות להתארגן לשיגורם של משטים לרצועת עזה, ביוזמתם של ארגונים פרו-פלסטינים, ביניהם ארגון המכונה "Free Gaza". הואיל והספינות המשתתפות במשטים נחשבו, לכאורה, לכלי שיט ניטראליים, עמדה לרשות חיל הים, לשם מניעת הגעתן לחופי עזה, סמכות תפיסה מצומצמת, המוגבלת למקרים בהם מתברר כי הספינות נושאות קונטרבאנדה, מסייעות באופן אחר לפעילות הצבאית של האויב או כאשר הן מפרות הוראות ביטחוניות של חיל הים באזור שבו מתבצעת פעילות צבאית ימית (או בקרבתו). בצד זאת, עמדה לרשות חיל הים סמכות לערוך ביקור וחיפוש בספינות בהתקיים חשד למעורבות בפעילויות כאמור, שממנה נגזרת גם הסמכות להורות להן לשוט לנמל בישראל, לצורך עריכת הביקור והחיפוש, וזאת, ככל שהדבר הינו מסוכן או בלתי אפשרי בלב ים.

לשם הבהרת העובדה כי באזור הימי הסמוך לרצועת עזה מתבצעת פעילות צבאית ימית, ובכך להזהיר כלי שיט מפני הסיכונים הביטחוניים הכרוכים בכניסה לאזור זה, ולחזק את הלגיטימציה הנתונה בידי חיל הים לפעול מול כלי שיט שיבקשו להגיע לאזור, פרסמה רשות הספנות במשרד התחבורה, ביום 11 באוגוסט 2008, לבקשת חיל הים, "הודעה לימאים" (Notice to Mariners),<sup>133</sup> הקובעת כדלקמן:

"The Israel Navy is operating in the maritime zone off the coast of the Gaza Strip. In light of the security situation, all foreign vessels are advised to remain clear of area A in the attached map, bound by the following coordinates..."

ניתן לומר כי הודעה זו, אשר קראה לספינות להימנע מכניסה לאזור הימי הסמוך לרצועת עזה, היוותה – למעשה – הכרזה על האזור הימי הסמוך לחופי רצועת עזה כ-"אזור לחימה" או "אזור החרגה". מעבר לכך, צוין בהודעה כי העברה של ציוד הומניטארי לרצועת עזה תתאפשר דרך המעברים היבשתיים שבין מדינת ישראל לבין רצועת עזה, בכפוף לבידוק על-ידי הרשויות

<sup>131</sup> ראו: Von Heinegg, *The Law of Armed Conflicts at Sea*, לעיל בהערה 109, בעמ' 464-468 (כאמור לעיל בהערה 114, מדובר בכללים שאומצו על-ידי המדריך הצבאי הגרמני). כן ראו את מדריך הצי האמריקאי, סעיף 7.9. בהקשר זה, ראוי לציין את המגבלות שהוטלו על פעילות כלי שיט בדרום האוקיינוס האטלנטי במסגרת מלחמת פוקלנד בין בריטניה לארגנטינה; המגבלות על השיט במפרץ הפרסי במהלך מלחמת איראן-עיראק בין השנים 1980-1988; והאזהרות שפרסמה ארה"ב בשנת 2003, במהלך המלחמה בעיראק.

<sup>132</sup> ראו לעניין זה את מדריך סאן רמו, סעיף 106, וכן את קומנטר סאן רמו, לעיל בהערה 110, בעמ' 182.

<sup>133</sup> Advisory Notice (Maritime Zone off The Coast of Gaza Strip), 11 August 2008

**הישראליות.** ההודעה פורסמה, כאמור, כ"הודעה לימאים", וזאת באמצעים המקובלים לפרסום הודעות מסוג זה.

על אף פרסום ההודעה הנ"ל, בתאריך 20.8.08 יצאו מנמל לרנקה שבקפריסין לכיוון רצועת עזה שתי יאכטות, שעל סיפוןן כ-40 מפליגים. **שתי היאכטות הורשו להיכנס לרצועת עזה באישור של הדרג המדיני, וכך גם ארבע יאכטות נוספות, אשר יצאו מנמל לרנקה בנפרד לכיוון רצועת עזה בתאריכים 28.8.08, 5.11.08, 8.12.08 ו-19.12.08.** ספינה נוספת, אשר נשאה דגל לוב, וניסתה להגיע לרצועה ביום 29.11.08, שבה על עקבותיה לאחר שהועברו אליה מסרים לפיהם היא בדרכה לאזור בו מתבצעת פעילות ביטחונית של חיל הים והתקרבותה לאזור מפריעה לפעילות ביטחונית זו.

ששת כלי השיט שהצליחו להגיע לחופי רצועת עזה בחודשים אוגוסט עד דצמבר 2008 עוררו חשש ביטחוני כבד מפני יצירתו של "נתיב תנועה ימיי" קבוע לרצועה, אשר עלול להיות מנוצל להברחת אמצעי לחימה ופעילי טרור. בנוסף, חלק מהפעילים שנכנסו לרצועת עזה בחסות המשטים הנ"ל היו מעורבים, לאחר כניסתם לרצועה, בפעילות פרובוקטיבית שנועדה להפריע לפעילות כוחות חיל הים באזור הימי הסמוך לרצועת עזה ובהפרת המגבלות הביטחוניות החלות על תנועת כלי שיט במרחב זה, תוך שימוש בסירות פלסטיניות. בצד זאת, הדבר המחיש את מגבלותיהן של סמכויות הביקור והחיפוש, אשר נשענות על קיומו של חשד לכך שכלי השיט מעורב בפעילות עוינת, כגון הובלת קונטרבאנדה, עובדה שלא תמיד ניתן להוכיח בנקל. גם ההכרזה על "אזור לחימה" לא סיפקה פיתרון מלא לקשיים האמורים, שכן כאמור, קיים חוסר בהירות באשר לסמכויות המשפטיות שמקנה הכרזה כאמור ביחס לכלי שיט ניטראליים. לפיכך, התגבשה ההבנה כי הטלתו של סגר ימי על חופי רצועת עזה תאפשר התמודדות טובה יותר עם מגוון רחב של תרחישים ביטחוניים ותספק מתן מענה עדיף לצורך הביטחוני למנוע את הגעתן של ספינות נוספות לרצועה. זאת, הואיל וכפי שנראה בהמשך, סגר ימי מתיר לצד לעימות המזוין למנוע כניסה של כל ספינה שמנסה להיכנס לאזור הסגר, וזאת, מבלי שנדרש חשד קונקרטי לגבי פעילות עוינת בה מעורבת אותה ספינה.

חלק ג': הסגר הימי על רצועת עזה והיערכות למשט מיום 31 במאי 2010

הצורך הביטחוני בחיזוק הסמכויות הנתונות בידי צה"ל לשם מניעת הגעתן של ספינות זרות לחופי רצועת עזה, אשר התעורר בחודשים יולי עד דצמבר 2008, התגבר באופן משמעותי עם תחילתו של מבצע "עופרת יצוקה" בסוף חודש דצמבר 2008 והדיווחים שהתקבלו על תוכניותיהם של כלי שיט נוספים לנסות ולהגיע לרצועת עזה תוך זמן קצר. דיווחים אלו התאמתו, כאשר – בתאריך 29.12.08 – יאכטה נוספת יצאה לרצועת עזה מנמל לרנקה, כשעל סיפונה כ-25 מפליגים. חיל הים הנחה את כלי השיט לשוב על עקבותיו ולהימנע מכניסה לאזור הימי הסמוך לרצועת עזה, נוכח אירועי הלחימה המתרחשים במקום. במהלך האירוע, פגעה היאכטה בחרטום ספינה של חיל הים, ניזוקה עקב כך ונגררה לבסוף לנמל ביירות בלבנון. אירוע זה גם המחיש את הצורך בהקניית כלים לחיל הים לעצור כלי שיט במרחק גדול מן החוף, ולא להמתין עד להתקרבותם לחופי הרצועה. בתאריך 3.1.09, הורה, אפוא, שר הביטחון על הטלת סגר ימי מול חופי רצועת עזה עד למרחק של 20 מייל מהחוף. הודעה על הטלת הסגר פורסמה באמצעים המקובלים, כמפורט בהרחבה בהמשך.

**1. חוקיות הטלתו של הסגר הימי על רצועת עזה**

**א. הסמכות להטיל סגר ימי על רצועת עזה**

סגר ימי (Maritime/Naval Blockade) הינו אמצעי הנתון בידיהם של **צדדים לעימות מזוין** מכוח דיני הלחימה בים לשם **מניעת כניסה של כלי שיט לנמלים או לחופים הנמצאים בשליטתו של האויב, כמו גם מניעת יציאה מהם לעבר הים הפתוח**. מטרתו של אמצעי זה היא למנוע מעבר דרך הים של מטען ואנשים לשטח הנמצא בשליטת האויב או ממנו.<sup>134</sup>

כפי שנראה בהמשך, היתרון המרכזי הגלום בהטלתו של סגר ימי על-פני שימוש בסמכויות הכלליות הנתונות לצד לעימות מזוין כלפי כלי שיט מכוח דיני הלחימה בים, נובע מהסמכות למנוע מכוח אמצעי זה כל כניסה או יציאה של כלי שיט אל האזור הנתון תחת סגר וממנו. זאת, אף אם לא קיים חשד קונקרטי כי אותו כלי שיט נושא על סיפנו אמצעי לחימה, לוחמים של האויב או כי הוא פועל תחת הנחיותיו של האויב. יתרון זה הינו בעל השלכות ביטחוניות משמעותיות בנסיבות כדוגמת אלה שצה"ל נדרש להתמודד עימן במרחב הימי הסמוך לרצועת עזה, בהן קיים חשש כי האויב עלול לעשות שימוש בתווך הימי לצורך התעצמותו הצבאית, מבלי שבכל מקרה קיים מידע מספיק כדי לקיים חשד מבוסס ביחס לכלי שיט קונקרטיים.

על פי דיני הלחימה בים, הטלתו של סגר ימי על המרחב הימי הסמוך לחופי האויב מותרת הן לשם השגתן של תכליות ביטחוניות מובהקות, כגון מניעת התעצמותו הצבאית של האויב, והן לשם השגתם של אינטרסים רחבים יותר הקשורים בהכרעת העימות המזוין, כדוגמת מניעת יכולתו של האויב לקיים מסחר דרך הים. כך, למשל, קובע בעניין זה המלומד אופנהיים:

<sup>134</sup> ראו: Dinstein, ; C.J. Colombos, THE INTERNATIONAL LAW OF THE SEA (6<sup>th</sup> ed., Longmans Green & Co. Ltd., 1967) 714 ; The CONDUCT OF HOSTILITIES, לעיל בהערה 120, בעמ' 105. כן ראו את קומנטר סאן רמו, לעיל בהערה 110, עמ' 176 ; מדריך הצי האמריקאי, סעיף 7.7.1.

"A blockade is termed strategic if it forms part of other military operations directed against the coast which is blockaded, or if it be declared in order to cut off supplies from enemy forces on shore. In contradiction to strategic blockade, one speaks of a commercial blockade when it is declared simply in order to cut off the coast from intercourse with the outside world, and no military operations take place on shore. That commercial blockades are, according to the present rules of International Law, as legitimate as strategic blockades is not generally denied."<sup>135</sup>

יתר על כן, לפי דבריו של אופנהיים, לא נדרשת כל הצדקה מיוחדת לשם הטלתו של סגר ימי במסגרת עימות מזוין :

"However, no special justification of blockade is necessary. The fact is that the detrimental consequences of blockade to neutrals stand in the same category as the many other detrimental consequences of war to neutrals. Neither the one nor the other need be specially justified. A blockade interferes indeed with the recognised principle of freedom of the sea, and, further, with the recognised freedom of neutral commerce. But all three have developed together, and when the freedom of the sea in time of peace and war, and, further, the freedom of neutral commerce, became generally recognised, the exceptional restrictions of blockade became at the same time recognised as legitimate."<sup>136</sup>

האמצעי של סגר ימי מוכר במשפט הבין-לאומי מזה מאות שנים, וגם במאה העשרים ניתן לזהות פרקטיקה מדינתית של שימוש בו. כך, למשל, נעשה שימוש נרחב בסגר ימי במהלך שתי מלחמות העולם; כוחות האו"ם והצי האמריקאי הטילו סגר ימי על חופי קוריאה במהלך מלחמת קוריאה (1950); ארצות הברית הטילה סגר ימי על חופי האיפונג במהלך מלחמת וייטאנם (1972); הודו הטילה סגר ימי על חופי בנגלדש בעימות בין המדינות (1971); ואיראן הטילה סגר ימי על עיראק במהלך המלחמה בין שתי המדינות (1980-1988). יצוין כי במרבית המקרים האמורים, מדינות ניטראליות לא הטילו ספק בחוקיותו של הסגר הימי.<sup>137</sup>

להשלמת התמונה, יצוין כי האמצעי של סגר ימי אף מוזכר בסעיף 42 למגילת האו"ם כאחד האמצעים שבאפשרותה של מועצת הביטחון לנקוט במסגרת פעילותה, מכוח הפרק השביעי למגילה, לצורך שמירה או השבה של השלום והביטחון הבין-לאומיים. מועצת הביטחון אף הפעילה סמכות זו להטלת סגר ימי במספר הזדמנויות, בין השאר במסגרת סנקציות שאושרו על-ידי המועצה כנגד עיראק, האיטי ויוגוסלביה.<sup>138</sup>

מטבע הדברים, בדומה לתחומים אחרים בדין הבין-לאומי בכלל, ובדיני הלחימה בפרט, הכללים הנוגעים לסגר ימי גובשו בעיקר על רקע עימותים מזוינים בין-לאומיים. עם זאת, בדומה ליתר הכללים המסדירים את הלחימה בים, אשר – כפי שצינתי לעיל – חלים גם בעימותים מזוינים שאינם בין-לאומיים, אף הסגר הימי הינו אמצעי חוקי ולגיטימי בעימותים מהסוג האחרון. בהקשר זה ניתן להצביע על פרקטיקה של מדינות שהטילו סגר ימי במסגרת עימותים מזוינים שאינם בין-לאומיים, אשר התנהלו במאות התשע-עשרה והעשרים, כדוגמת הסגר הימי שהטילה

<sup>135</sup> ראו: Oppenheim, לעיל בהערה 106, בעמ' 769-770.

<sup>136</sup> ראו: Oppenheim, לעיל בהערה 106, בעמ' 774-775 (פסקה 374).

<sup>137</sup> ראו: M.N. Schmitt, *Aerial Blockades in Historical, Legal and Practical Perspective*, 2 U.S. AIR FORCE ACADEMY J. LEG. STUD. 21, 30 (1991).

<sup>138</sup> ראו: J.A. Frowein & N. Krisch, *Article 42*, in B. Simma (ed.), *THE CHARTER OF THE UNITED NATIONS: A COMMENTARY*, (2<sup>nd</sup> ed., OUP, 2002), Vol. I, 749, 755.

ממשלת האיחוד (הצפון) על חופי מדינות הקונפדראציה (הדרום) במהלך מלחמת האזרחים האמריקאית;<sup>139</sup> הסגר שהטילה צרפת על חופי אלג'יריה לצורך דיכוי ההתקוממות במקום, בתקופה בה אלג'יריה עדיין הייתה תחת שליטה צרפתית (1954);<sup>140</sup> והסגר שהטילה סרי לנקה על אזור במדינה שהיה בשליטת ארגון המורדים "הנמרים הטמיליים", במסגרת העימות המזוין שהתנהל בין הממשלה לבין קבוצה זו (1987).<sup>141</sup>

כאן המקום להזכיר כי במהלך מלחמת לבנון השנייה, בשנת 2006, הטילה מדינת ישראל סגר ימי על חופי לבנון. הואיל והצדדים לעימות מזוין זה היו מדינת ישראל וארגון חיזבאללה, ולא מדינת לבנון, הרי שבדומה לעימות המזוין עם ארגון החמא"ס, גם עימות זה לא ענה על ההגדרות המסורתיות של עימות מזוין בין-לאומי או של עימות מזוין שאינו בין-לאומי.<sup>142</sup> עם זאת, חוקיותו של הסגר הימי לא הייתה שנויה במחלוקת,<sup>143</sup> דבר המעיד על כך שסיווגו הפורמאלי של העימות המזוין איננו מתנה את חוקיות השימוש בכלי של סגר ימי.

כאמור לעיל, הסגר הימי על רצועת עזה נועד לצרכים ביטחוניים של מניעת איומים לספינות חיל הים ולמדינת ישראל במרחב הימי ומניעת הברחות אמל"ח ופעילי טרור, על ידי מיסודו של נתיב תנועה ימי לרצועת עזה. בהיותה צד לעימות המזוין עם שלטון החמא"ס ברצועת עזה, הייתה מדינת ישראל מוסמכת להטיל סגר ימי על חופי רצועת עזה, וזאת, ללא קשר לסיווגו הפורמאלי של העימות. לעניין זה ייאמר כי עד לאירוע המשט בתאריך 31.5.10, שהתרחש בחלוף שנה וחמישה חודשים לערך ממועד הטלתו של הסגר הימי, במהלכם אף נתפסו על-ידי צה"ל שני כלי שיט שהפרו את הסגר, סמכותה של מדינת ישראל להטיל את הסגר הימי לא הוטלה בספק.

## ב. התנאים המנהגיים להטלת סגר ימי

דיני הלחימה בים מגדירים מספר תנאים לכך שסגר ימי המוטל במסגרת עימות מזוין ייחשב לחוקי ותקף. בדומה ליתר הכללים המסדירים את דיני הלחימה בים, גם תנאים אלו התפתחו בדרך של משפט מנהגי.<sup>144</sup> במסגרת זו, ניתן לזהות ארבעה תנאים, שאינם שנויים במחלוקת, להטלתו של סגר ימי, ואשר נחשבים לבעלי מעמד מנהגי:<sup>145</sup>

### (1) הכרזה

צד לעימות מזוין המבקש להטיל סגר ימי נדרש להכריז על הטלתו ולהביא את ההכרזה לידיעת גורמים שצפויים להיות מושפעים מהדבר, בהם מדינות ניטראליות.<sup>146</sup> ההכרזה צריכה לכלול את מועד תחילתו של הסגר, את גבולותיו הגיאוגרפיים ואת פרק הזמן שבמהלכו יותר לספינות

<sup>139</sup> ראו: Schmitt, *Aerial Blockades*, לעיל בהערה 137, בעמ' 27.

<sup>140</sup> ראו: B. Estival, *The French Navy and The Algerian War*, 25(2) JOURNAL OF STRATEGIC STUDIES 79, 80 (2002).

<sup>141</sup> ראו: R. Cooper & M. Berdal, *Outside Intervention in Ethnic Conflicts*, 35(1) SURVIVAL 118, 123 (1993).

<sup>142</sup> לדיון בהגדרות הני"ל, ראו לעיל בחלק א', פרק 2(ג).

<sup>143</sup> ראו: N. Ronzitti, *Naval Warfare*, in MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, available at:

[www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), § 19.

<sup>144</sup> ראו: Schmitt, *Aerial Blockades*, לעיל בהערה 137, בעמ' 24-33.

<sup>145</sup> ראו: Bothe, *The Law of Neutrality*, לעיל בהערה 109, בעמ' 506; Von Heinegg, *The Law of Armed Conflicts at Sea*, לעיל

בהערה 109, בעמ' 472.

<sup>146</sup> הכרזת לונדון, סעיף 11; מדרוך סאן רמו, סעיף 93; מדרוך הצי האמריקאי, סעיף 7.7.2.2.

ניטראליות לעזוב את הנמל שעליו הוטל הסגר, ככל שנמצאות ספינות ניטראליות באזור זה.<sup>147</sup> יצוין, כי על-פי מדריך סאן רמו, הכרזה על סגר ימי צריכה להתייחס אף למשכו (duration) של הסגר.<sup>148</sup> הקושי בדרישה זו טמון בכך שמטבע הדברים, במועד תחילתו של העימות המזוין, קשה להעריך מתי יגיע לסיומו ולמשך כמה זמן יתקיים הצורך בהטלת הסגר הימי. נראה כי הרציונאל העומד ביסודה של הדרישה הינו הצורך בתיאום ציפיות עם מדינות ניטראליות המקיימות בשגרה מסחר עם האזור הנתון תחת הסגר הימי. רציונאל זה איננו מתקיים, אפוא, ביחס לאזורים בהם לא מתקיים סחר ימי בין-לאומי. מכל מקום, יצוין כי הדרישה לכך שההכרזה על סגר ימי תציין את משכו איננה מופיעה במקורות אחרים, פרט למדריך סאן רמו,<sup>149</sup> וספק אם היא משקפת את הדין המנהגי בנושא.

ראוי לציין כי לא קיימים כללים מחייבים לגבי האופן שבו על ההודעה על הטלת הסגר הימי להימסר לגורמים ניטראליים. לאור זאת, ונוכח התפתחותם של אמצעים מתקדמים להעברת הודעות לגורמי ספנות ברחבי העולם בשנים האחרונות, נראה כי עיקר הדרישה הינו כי ההודעה תימסר באמצעי אפקטיבי שיאפשר לגורמים ניטראליים לקבלה.<sup>150</sup>

בענייננו, בעקבות החלטת שר הביטחון על הטלת סגר ימי על רצועת עזה, פורסמה על-ידי רשות הספנות הודעה לימאים (Notice to Mariners), בדבר הטלת הסגר. ההודעה פירטה את מועד תחילת הסגר ואת גבולותיו הגיאוגרפיים (תוך ציון הקואורדינטות התוחמות את האזור הסגור) וציינה כי האזור יהיה סגור לכל תנועה ימית, החל ממועד הטלת הסגר הימי ועד להודעה חדשה. במאמר מוסגר יצוין, כי ההודעה לא הגדירה את פרק הזמן שבמהלכו יותר לספינות ניטראליות לעזוב את המרחב הימי עליו הוטל הסגר, וזאת, מאחר שבמרחב זה לא נמצאו כלי שיט כאמור. כמו כן, ההודעה לא התייחסה למשכו של הסגר הימי, וזאת, הן משום שבמועד הטלת הסגר הימי (ולמעשה, עד ליום זה), לא ניתן היה לדעת מה יהיה משכו של העימות המזוין בין ישראל לשלטון החמאס ויתר ארגוני הטרור הפועלים ברצועת עזה, והן לאור העדרו של צורך ממשי בדבר, נוכח העובדה שהרציונאל העומד בבסיסה – דהיינו, תיאום ציפיות עם מדינות ניטראליות המקיימות בשגרה מסחר עם האזור הנתון תחת הסגר הימי – איננו מתקיים ביחס לרצועת עזה, בה אין נמל ימי המיועד למסחר בין-לאומי. מעבר לכך, כאמור לעיל, מעמדה המשפטי המחייב של דרישה זו הינו מוטל בספק.

ההודעה על הטלת הסגר הימי פורסמה במספר ערוצים בין-לאומיים מקובלים, ובמסגרת זו, היא מועברת פעמיים מדי יום לכלי שיט השטים במרחק של עד 300 ק"מ מחופי ישראל. בנוסף, פורסמה ההודעה באתרי האינטרנט של צה"ל ושל רשות הספנות במשרד התחבורה.

מעבר להכרזה ולפרסום ההודעה על הטלת הסגר הימי באופן כללי, הודעות קונקרטיות על קיומו של הסגר הימי הועברו לגורמים אשר יזמו את קיומם של משטים לרצועת עזה, לאחר המועד בו הוטל הסגר. הודעות כאמור הועברו בערוצים הדיפלומטיים למספר מדינות שבהן

<sup>147</sup> ראו, למשל: הכרזת לונדון, סעיף 9; מדריך הצי האמריקאי, סעיף 7.7.2.1.

<sup>148</sup> סעיף 94 למדריך סאן רמו.

<sup>149</sup> מדריך הצי האמריקאי, בעמ' 7-9 ו-10-7; Colombos, לעיל בהערה 134, בעמ' 722; Oppenheim, לעיל בהערה 106, בעמ' 775-782; Von Heinegg, *The Law of Armed Conflicts at Sea*, לעיל בהערה 109, בעמ' 471-472.

<sup>150</sup> כך למשל, מדריך הצי האמריקאי מציין בסעיף 7.7.2, כי: "The form of the notification is not material so long as it is effective."

התארגן המשט של ה-31.5.10, כמו גם לגורמים שהיו מעורבים בארגון המשט. הודעות בעניין זה פורסמו גם באמצעי התקשורת.

*2) אפקטיביות*

על מנת שסגר ימי יהיה מחייב, על המדינה שהטילה אותו לאוכפו בפועל ולמנוע כניסה של כלי שיט לחופי האויב הנתונים תחת הסגר, וכן למנוע יציאה מהם לים הפתוח.<sup>151</sup> ואכן, צה"ל אכף את הסגר הימי על רצועת עזה באופן אפקטיבי מרגע הטלתו ומנע כניסה של כלי שיט למרחב הסגר (להבדיל מכלי שיט שהגיעו עובר להטלת הסגר). במסגרת זו, עוד בטרם אירועי המשט של 31.5.10, תפס חיל הים שתי ספינות שהפרו את הסגר הימי, על אף אזהרות שניתנו להן להימנע מלהיכנס לאזור הסגר, ומנע את כניסתן של שתיים נוספות, אשר סבו על עקבותיהן בעקבות האזהרות שקיבלו.<sup>152</sup>

*3) אי-הפליה*

על-פי דיני הלחימה בים, יש לאכוף את הסגר הימי באופן בלתי-מפלה כלפי כלי שיט של כל המדינות, לרבות כלי שיט המניפים את דגלה של המדינה שהטילה את הסגר.<sup>153</sup> כאמור, מאז הטלת הסגר הימי על המרחב הימי הסמוך לרצועת עזה מנע חיל הים כניסה של כל כלי השיט למרחב הסגר הימי. הסגר נאכף באופן בלתי-מפלה כלפי כלי שיט ממדינות שונות.

*4) גישה לחופי מדינות ניטרליות*

תנאי נוסף לכך שסגר ימי ייחשב לחוקי הינו שבמסגרת הטלתו ואכיפתו, יש להימנע מלחסום את הגישה לנמלים ולחופים של מדינות ניטרליות.<sup>154</sup> לעניין זה ייאמר כי הסגר הימי על רצועת עזה לא השפיע, בכל דרך שהיא, על הגישה של כלי שיט לנמלים או לחופים של מדינות ניטרליות.

ג. דרישות נוספות

בצד ארבעת התנאים הנ"ל, הנחשבים – כאמור – לבעלי מעמד מנהגי, מציג מדריך סאן שתי דרישות נוספות לכך שסגר ימי ייחשב לחוקי, אשר אינן נזכרות במקורות קודמים המתייחסים לנושא:<sup>155</sup>

*1) מטרה*

על-פי מדריך סאן רמו, הטלת סגר ימי תהא אסורה אם מטרתה היחידה היא הרעבה של האוכלוסייה האזרחית או שלילה ממנה של אמצעים החיוניים להישרדותה (ובלשון המדריך: "it has the sole purpose of starving the civilian population or denying it other objects essential for its survival"). דרישה זו מבוססת, לגישת מחברי המדריך, על האיסור להשתמש בהרעבה כשיטת לחימה, הקבוע בסעיף 154(1) לפרוטוקול הראשון, ואשר נחשב לכלל מנהגי של המשפט

<sup>151</sup> מדריך סאן רמו, סעיף 95; מדריך הצי האמריקאי, סעיף 7.7.2.3; הכרזת לונדון, סעיף 2.

<sup>152</sup> ראו להלן בחלק ג', פרק 2.

<sup>153</sup> מדריך סאן רמו, סעיף 100; מדריך הצי האמריקאי, סעיף 7.7.2.4; הכרזת לונדון, סעיף 5.

<sup>154</sup> מדריך סאן רמו, סעיף 99; מדריך הצי האמריקאי, סעיף 7.7.2.5; הכרזת לונדון, סעיף 18.

<sup>155</sup> מדריך סאן רמו, פסקה 102. תנאים אלה אינם נזכרים, למשל, בהכרזת לונדון או בכתבי מלומדים שקדמו למדריך סאן רמו, כגון: Colombos, לעיל בהערה 134, בעמ' 714-752, ו-Oppenheim, לעיל בהערה 106, בעמ' 775-782.

הבין-לאומי. בהתאם, ניתן לטעון כי גם הדרישה המוצעת במדריך סאן רמו בהקשר זה משקפת כלל מנהגי.

כאמור לעיל, הסגר הימי על רצועת עזה נועד לצרכים ביטחוניים של מניעת איומים לספינות חיל הים ולמדינת ישראל במרחב הימי ומניעת הברחות אמל"ח ופעילי טרור, על ידי מיסודו של נתיב תנועה ימי לרצועת עזה. הסגר הימי לא נועד להביא להרעבה של האוכלוסייה או לשלול ממנה אמצעים החיוניים להישרדותה. בהקשר זה יצוין כי האספקה ההומניטארית הדרושה לרצועת עזה הועברה ומועברת – במלואה – דרך המעברים היבשתיים, ולמעשה, לכל הפחות משנת 1967, לא הועברו לרצועת עזה סחורות בדרך הים, דבר שבא לידי ביטוי, כפי שראינו לעיל, גם בהוראותיו של הסכם הביניים.<sup>156</sup>

מאז יישום תכנית ההתנתקות וסיום שליטתה האפקטיבית ברצועת עזה, פועלת מדינת ישראל באופן שוטף לאפשר העברה של ציוד ומוצרים נדרשים לרצועת עזה, בהתאם לחובות המוטלות עליה כלפי שטח זה, וכפי שנקבע על-ידי בית המשפט העליון.<sup>157</sup> במסגרת זו, הודיעה מדינת ישראל באופן מפורש, ובמספר הזדמנויות, כי אין מניעה להעביר ציוד הומניטארי ומצרכים בסיסיים לאוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה, אף דרך הים, באמצעות נמלים סמוכים לרצועת עזה. מסר ברור ברוח זו אף הועבר למשתתפי המשט של ה-31.5.10 על-ידי חיל הים, עם יצירת המגע הראשוני עם ספינות המשט. מרבית הציוד ההומניטארי שהיה על כלי השיט שנתפסו במסגרת המשט הועבר לרצועת עזה, בדומה לציוד שנמצא על כלי השיט שהשתתפו במשטים שקדמו לו, אשר נתפסו מכוח הסגר הימי.

## 2) פרופורציונאליות

על-פי מדריך סאן רמו, הטלתו של סגר ימי תהא אסורה, אם הנזק האגבי הצפוי להיגרם לאוכלוסייה כתוצאה מכך הינו מופרז ביחס ליתרון הצבאי המיועד מהטלת הסגר הימי. ראוי לציין כי דרישה זו איננה מופיעה במקורות משפטיים אחרים העוסקים בדיני הלחימה בים, לרבות אלו שנכתבו לאחר פרסום המדריך.<sup>158</sup> נראה, אפוא, כי מדובר בדוגמא לחידושים המוצעים במדריך סאן רמו ביחס לדין המנהגי הקיים.

מכל מקום, הסגר הימי שהוטל על-ידי מדינת ישראל על חופי רצועת עזה מקיים דרישה זו. מחד גיסא, וכאמור לעיל, הסגר הימי נועד להשיג צרכים ביטחוניים מובהקים, והטלתו מקנה יתרון צבאי משמעותי למדינת ישראל. מאידך גיסא, וגם זאת צוין לעיל, עצם הטלתו של הסגר הימי לא פגעה באספקת סחורות ומוצרים לרצועת עזה, משום שממילא הדבר לא נעשה, לכל הפחות במהלך ארבעים השנים האחרונות, באמצעות תחבורה ימית המגיעה ישירות לרצועה, אלא דרך המעברים היבשתיים.

<sup>156</sup> לעיל בחלק ב', פרק 2.

<sup>157</sup> לעיל בחלק א', פרק 3.

<sup>158</sup> דוגמא למקור המאוחר למדריך סאן רמו אשר איננו מזכיר את דרישת הפרופורציונאליות הינה מדריך הצי האמריקאי (ראו בעמ' 7-9 ו-10 למדריך).

ד. כללים לאכיפת סגר ימי

דיני הלחימה מתירים למדינה שהטילה סגר ימי, העונה על הדרישות האמורות לעיל, לתפוס אניות סוחר או אניות פרטיות אחרות, בין אם מדובר באניות אויב ובין אם מדובר באניות ניטרליות, המפרות או מנסות להפר את הסגר הימי. זאת, בתנאי שבעת הפעלת סמכות התפיסה, כלי השיט מצוי מחוץ למים הטריטוריאליים של מדינות ניטרליות.<sup>159</sup> סמכות זו נוספת לסמכויות הכלליות – אשר נזכרו לעיל – הנתונות לצדדים לעימות מזוין, בהתקיים תנאים מסוימים, לבקר ולחפש בכלי שיט ואף לתפוס אותם, אפילו אם הללו לא הפרו סגר ימי.

1) הפרה או ניסיון להפרה של סגר ימי

מעבר של כלי שיט באזור הנתון תחת סגר ימי, כניסה אליו או יציאה ממנו לים הפתוח, ללא קבלת היתר מיוחד לכך מהצד לעימות המזוין שהטיל את הסגר, נחשבים להפרה של הסגר הימי.<sup>160</sup> כאשר קיים יסוד סביר לחשד כי כלי שיט ניטרלי מפר או מנסה להפר סגר ימי, קמה למטיל הסגר סמכות לתפוס את כלי השיט.<sup>161</sup> כך למשל, קובע סעיף 146(f) למדריך סאן רמו כי:

"Neutral merchant vessels are subject to capture outside neutral waters ... if it is determined as a result of visit and search or by other means, that they ... are breaching or attempting to breach a blockade."

סמכות זו ניתנת להפעלה רק כאשר כלי השיט נמצא מחוץ למים הטריטוריאליים של מדינות ניטרליות.<sup>162</sup> אם כלי שיט שקמה לגביו סמכות תפיסה כאמור מתנגד באופן ברור לתפיסה ומסרב לעצור, ניתן לעשות כנגדו שימוש בכוח לצורך מימוש סמכות התפיסה וניתן אף לתקוף אותו, בכפוף לכך שעובר לתקיפה ניתנה לכלי השיט אזהרה (כפי שמציין המלומד דינשטיין: "When duly established, the salient point is that merchant vessels – whether enemy or even neutral – can be (attacked and sunk if they attempt to breach a blockade and resist capture or an order to stop."<sup>163</sup>

סמכות התפיסה עשויה לקום למטיל הסגר אף בטרם כלי השיט הפר את הסגר הימי בפועל, כלומר לפני שחדר לתוך אזור הסגר. דיני הלחימה בים מאפשרים לתפוס כלי שיט גם כאשר הוא מנסה להפר את הסגר הימי, כלומר בעת שהוא נמצא במים בין-לאומיים וקיים יסוד סביר להניח כי הוא מתכוון לחדור לאזור הסגר.<sup>164</sup> בהקשר זה, יש הסבורים כי בהתקיים יסוד סביר לחשד כי יעזו הסופי של כלי השיט הינו אזור הנתון לסגר ימי, הסמכות לתפוס אותו קמה מהרגע שיצא מהמים הטריטוריאליים של מדינה ניטרלית, אף אם בעת התפיסה כלי השיט נמצא בדרכו לנמל

<sup>159</sup> ראו מדריך סאן רמו, סעיפים 135-137.

<sup>160</sup> כך למשל, קובע מדריך הצי האמריקאי, בסעיף 7.7.4 כי: "Breach of blockade is the passage of a vessel or aircraft through a blockade without special entry or exit authorization from the blockading belligerent."

<sup>161</sup> מדריך סאן רמו, סעיף 146(f); מדריך הצי האמריקאי, סעיף 7.10.

<sup>162</sup> מדריך סאן רמו, סעיף 146.

<sup>163</sup> ראו: Dinstein, THE CONDUCT OF HOSTILITIES, לעיל בהערה 120, בעמ' 106. כן, ראו: מדריך סאן רמו, סעיפים 67(a) ו-98; מדריך הצי האמריקאי, עמ' 13-7. בהקשר זה, יצוין כי סעיף 3(49) לפרוטוקול הראשון מצוין כי אין בהוראות סעיפים 67-48 לפרוטוקול, שבין השאר עוסקות במטרות המותרות ואסורות בתקיפה, כדי להשפיע על כללי הדין הבין-לאומי החלים, בין היתר, על הלחימה בים. לפי הקומנטר הרשמי לפרוטוקול, הוראה זו הוכנסה לפרוטוקול על רקע השינויים המשמעותיים שעברו דיני הלחימה בים במהלך מלחמת העולם השנייה ובעימותים המזוינים שלאחריה, והקושי לקבוע במדויק אילו מהכללים בדיני הלחימה בים העוסקים בתקיפה ממשיכים לחול גם לאחר אימוץ הפרוטוקול הראשון (ראו: Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann, COMMENTARY OF THE ADDITIONAL PROTOCOLS (ICRC, Martinus Nijhoff Publishers, 1987) 606).

<sup>164</sup> ראו: מדריך סאן רמו, סעיף 146(f); מדריך הצי האמריקאי, סעיפים 7.7.4 ו-7.10; Dinstein, THE CONDUCT OF HOSTILITIES, לעיל בהערה 120, בעמ' 106; Colombos, לעיל בהערה 134, בעמ' 729.

**ניטראלי** (כתחנת ביניים לפני שיט לאזור הסגר). גישה זו אומצה למשל על-ידי מדריך הצי האמריקאי, אשר קובע כי:<sup>165</sup>

"Attempted breach of blockade occurs from the time a vessel or aircraft leaves a port or airfield with the intention of evading the blockade... It is immaterial that the vessel or aircraft is at the time of interception bound for neutral territory, if its ultimate destination is the blockaded area."

כאמור לעיל, תפיסה של כלי שיט מתבצעת, ככלל, על-ידי עלייה על סיפון והבאתו לנמל שבשליטת הצד התופס. אשר לאנשים שנמצאים על סיפון של כלי השיט, הרי שעם הבאתו לנמל בטוח, יש לפעול, ככלל, להחזירם למדינות הלאום שלהם בהקדם האפשרי.<sup>166</sup> זאת כמובן, ככל שהם אינם מעורבים בפעילות לחימה, טרור או בביצוע עבירות פליליות, שעליהן קיימת במדינה התופסת סמכות שיפוט פלילית.

## 2) מעבר סיוע הומניטארי

על-פי מדריך סאן רמו, ככל שאין מסופקים לאוכלוסיה האזרחית, בשטח עליו הוטל סגר ימי, מזון או אמצעים אחרים החיוניים להשרדותה, בדרכים אלטרנטיביות לתוך הימי החסום, על מטיל הסגר לאפשר מעבר של אותם אמצעים, כמו גם אספקה רפואית, דרך הים.<sup>167</sup> במימוש חובות אלו רשאי מטיל הסגר לקבוע את ההסדרים הטכניים שיחולו על מעבר האספקה הנ"ל לאוכלוסיה האזרחית, לרבות זכותו להתנות את מעבר האספקה בעריכת בידוק.<sup>168</sup> כאמור לעיל, מקום שקמה לצד לעימות מזון סמכות לערוך חיפוש על כלי שיט, הוא מוסמך גם להורות לכלי השיט להגיע לנמל לצורך עריכת החיפוש, אם עריכתו ביים אינה אפשרית או שאינה בטוחה.<sup>169</sup> בנוסף, מטיל הסגר מוסמך להתנות את מעבר האספקה בכך שחלוקתו תבוצע תחת ההשגחה של ארגון הומניטארי בלתי-תלוי, כגון ארגון הצלב האדום הבין-לאומי.<sup>170</sup> הדבר נועד למנוע מצב שבו באצטלה של הכנסת ציוד הומניטארי חיוני, יועבר לשטח האויב ציוד שישמש את הכוחות הלוחמים, ובכלל זה אמצעי לחימה, וכן לאפשר למטיל הסגר לוודא כי האספקה ההומניטארית אכן מועברת לאוכלוסיה האזרחית ואינה מנוצלת על-ידי האויב לצרכים אחרים. בכל מקרה, מקובל לומר כי לצורך העברתו של סיוע הומניטארי לאזור הנתון תחת סגר ימי נדרשת הסכמתו של מטיל הסגר.<sup>171</sup>

<sup>165</sup> מדריך הצי האמריקאי, סעיף 7.7.4. יצוין, כי מנסחי הכרזת לונדון ניסו לאסור התבססות על גישה זו במסגרת אכיפה של סגר ימי (סעיפים 17 ו-18 להכרזת לונדון); אולם, בפועל, נעשה שימוש נרחב בגישה במהלך שתי מלחמות העולם, ומספר מדינות אף הכריזו כי היא עודה תקפה בכל הנוגע לאכיפה של סגר ימי (ראו: Colombos, לעיל בהערה 134, בעמ' 731-732, Oppenheim, לעיל בהערה 106, בעמ' 784-786). מכל מקום, יש לציין כי מדריך סאן רמו לא חזר על ההגבלות שהופיעו בסעיפים 17-18 להכרזת לונדון.

<sup>166</sup> מדריך הצי האמריקאי, סעיף 7.10.2.

<sup>167</sup> מדריך סאן רמו, סעיף 103. דרישה זו, שאינה מוזכרת במקורות מוקדמים, כגון הכרזת לונדון, מבוססת על סעיף 70 לפרוטוקול הראשון. ראו קומנטר סאן רמו, לעיל בהערה 110, עמ' 180.

<sup>168</sup> מדריך סאן רמו, סעיף 103(a).

<sup>169</sup> מדריך סאן רמו, סעיף 121.

<sup>170</sup> מדריך סאן רמו, סעיף 103(b).

<sup>171</sup> ראו: Ronzitti, Naval Warfare, לעיל בהערה 143, בפסקה 19, המציין כי: "Humanitarian action requires the consent of the blockading State".

**2. אכיפת הסגר הימי על רצועת עזה**

מאז הוטל הסגר הימי על רצועת עזה, ב-3.1.09, נעשו מספר ניסיונות להפר אותו. שתי ספינות שניסו להגיע לרצועת עזה בחודש ינואר 2009, במהלך מבצע "עופרת יצוקה", חזרו בהן מכוונתן להפר את הסגר הימי לאחר שכוחות חיל הים העבירו להן אזהרות להימנע מלהגיע לאזור: ספינת המטען הכללי "Iran Shahed", שבארגונה היה מעורב הסהר האדום האיראני, והספינה "Spirit of Humanity", שהייתה בבעלות ארגון "Free Gaza". לעומת זאת, שתי ספינות נוספות – ספינת המטען הכללי "Tali" שניסתה להגיע לרצועה בחודש פברואר 2009, וספינת התיירות "Arion", שניסתה להגיע בחודש יוני 2009, נתפסו על-ידי חיל הים לאחר שסירבו להישמע לאזהרות שניתנו להן, והפרו את אזור הסגר הימי. במהלך התפיסה לא הופעלה אלימות כנגד החיילים והיא הושלמה ללא נפגעים.

עם הבאתן של הספינות לנמל ישראלי, נפתחו הליכים להרחקתם של המפליגים מישראל. באשר לספינות עצמן, הוחלט, לפני משורת הדין, שלא לפעול להחרמתן בעת הנוכחית, וחלף זאת התנהלו מגעים לצורך החזרתן לבעליהן, בכפוף להתחייבות כי ימנעו מלאפשר בעתיד שימוש בספינות אלו לצורך הפרת הסגר הימי. מגעים אלה טרם הבשילו לכדי הסכמה.

כאן המקום לציין כי הגם שהאספקה ההומניטארית הנחוצה לרצועת עזה מועברת באופן סדיר באמצעות המעברים היבשתיים המובילים לרצועה, האופן בו פועלת מדינת ישראל בעניין כלי שיט המובילים ציוד הומניטארי לרצועה ואשר מפריס את הסגר, דהיינו – הובלתם לנמל אשדוד, עריכת בידוק ביטחוני למטען והעברתו לרצועת עזה באמצעות גורמי האו"ם – עולה בקנה אחד עם הכללים הקבועים במדריך סאן רמו בקשר למצב המחמיר יותר של סגר ימי המוטל על אזור בו צרכי האוכלוסייה אינם מסופקים דרך היבשה.

להשלמת התמונה, יצוין כי לאחר סיום מבצע עופרת יצוקה, הוחלט להשאיר את הסגר הימי על רצועת עזה על כנו עד להודעה חדשה. זאת, בין היתר, לאור הימשכותו של העימות המזוין בין ישראל לבין שלטון החמא"ס ויתר ארגוני הטרור הפועלים ברצועה, ובשים לב לכך שהאיומים הביטחוניים אשר עמדו ביסוד הטלתו של הסגר הימי לא פחתו, ואף התגברו, לאור מאמציו של שלטון החמא"ס לשקם את כוחו הצבאי שנפגע קשות במבצע.

**3. היערכות למשט**

**א. רקע**

הגם שהמשט לרצועת עזה ב-31.5.10 לא היה המשט הראשון אשר ביקש להפר את הסגר הימי שהוטל על הרצועה, ולפגוע בלגיטימציה לקיומו באצטלה של סיוע הומניטארי, היו לו מספר מאפיינים מיוחדים, אשר חייבו היערכות מקדימה מיוחדת.

**ראשית**, גורם מרכזי בארגון המשט היה הארגון IHH, ארגון טורקי בעל אוריינטציה מוסלמית קיצונית, אשר אף הוכרז בישראל בשנת 2008 כ"התאחדות בלתי מותרת" לפי תקנה 84 לתקנות

ההגנה, על רקע חברותו ב"קואליציית הצדקה" של ארגון החמא"ס.<sup>172</sup> בארגון המשט נטל חלק גם ארגון "Free Gaza", אשר היה מעורב במספר משטים קודמים לרצועת עזה. **שנית**, במשט זה נטלו חלק – בו זמנית – מספר כלי שיט, אשר נשאו מאות מפליגים. חלק מכלי השיט, ובראשם הספינה "מאבי מרמרה", שעל סיפונה היו כחמש מאות וחמישים מפליגים, היו גדולים במיוחד, ובעלי יכולת לשאת כמות גדולה של ציוד. כל זאת, במטרה להקשות על חיל הים למנוע את הגעת המשט לרצועה. במקביל, נערך שלטון החמא"ס ברצועה לקליטת הספינות, באמצעות כמאה סירות שתוכננו לצאת לקראתן.

בהתאם, ההיערכות להתמודדות עם המשט החלה כבר מספר חודשים טרם יציאתו, עם קבלת מידע על ההתארגנות להוצאתו. במסגרת זו, ננקטו מאמצים מדיניים על-מנת למנוע את יציאת המשט מנמלי המוצא. בסופו של יום, כידוע, מאמצים אלו לא צלחו, והמשט יצא לדרכו. כאמור בדברי המבוא לחלק זה, המסמך הנוכחי לא נועד לעסוק באירועי המשט עצמם, אשר תוחקרו על-ידי צוות תחקיר המומחים בראשות האלוף (במיל') איילנד וחיל הים. אירועים אלה ייבחנו על-ידי הפרקליטות הצבאית בהתאם למדיניות הבדיקה והחקירה של אירועים מבצעיים, לאחר שהרמטכ"ל יסכם את עמדתו לגבי התחקירים. עם זאת, אבקש להתייחס למספר סוגיות משפטיות הקשורות בהיערכות להגעת המשט.

#### ב. הסמכות המשפטית לעצירת המשט

לאור המאפיינים הייחודיים של המשט, אשר כלל – כאמור – מספר ספינות ששטו בו זמנית לכיוון רצועת עזה, והובילו על סיפונן מאות משתתפים, תוך שהתקיימה היערכות מקבילה לקבל את פניהם ברצועת עזה באמצעות כמאה סירות, התעורר צורך מבצעי ממשי לפעול לעצירתן של הספינות אף לפני כניסתן בפועל לאזור הסגר הימי על רצועת עזה, המשתרע, כאמור, למרחק של 20 מייל מחופי הרצועה.

על-פי דיני הלחימה בים, בשל קיומה של ידיעה ברורה ומוכחת על כוונתם של כלי השיט המשתתפים במשט לנסות ולהפר את הסגר הימי, עמדה לצה"ל – במועד הגעת המשט – הסמכות לתפוס את כלי השיט המשתתפים בו, וזאת, בעודם שטים במים הבין-לאומיים (דהיינו, מחוץ למים הטריטוריאליים של מדינות ניטראליות), ואף בטרם חדירתם של כלי השיט בפועל לאזור עליו הוטל הסגר הימי<sup>173</sup> (למעשה, מהבחינה המשפטית, די היה בקיומו של חשד סביר לכוונה כאמור, אך – בנסיבות העניין ובפועל – מדובר היה בידיעה ברורה).<sup>174</sup> בהתאם, ההחלטה על עצירת המשט גם מחוץ למרחב בו הוטל סגר ימי על רצועת עזה עלתה בקנה אחד עם סמכויותיה של מדינת ישראל על-פי דיני הלחימה בים.

<sup>172</sup> ילקוט הפרסומים 5822, כ' בסיוון תשס"ח, 23.6.2008.

<sup>173</sup> **לעיל** בפרק 2(ד)1 בחלק הנוכחי.

<sup>174</sup> מעבר לנדרש יצוין כי אף אם לא היה מוטל סגר ימי על חופי רצועת עזה, ייתכן כי הייתה עומדת למדינת ישראל הסמכות לערוך בידוק של כלי השיט שהשתתפו במשט, לאור מאפייניו ונסיבותיו המיוחדות של המשט.

ג. ההיערכות לעצירת המשט

ההיערכות לעצירת המשט כללה מרכיבים שונים שנועדו למנוע, ככל הניתן, את הצורך בעלייתם של כוחות צה"ל על הספינות לצורך אכיפת הסגר הימי, ובמידה שלא תהיה ברירה אלא לעשות כן, להימנע, ככל הניתן, משימוש בכוח כנגד משתתפי המשט.

בהתאם, גובשו מסרים שהועברו לכלי השיט המשתתפים במשט, במסגרתם הובהר כי אזור רצועת עזה נמצא תחת סגר ימי ועל כן סגור לכל תנועה ימית, ולפיכך, כלי השיט מתבקשים לשנות את נתיב הפלגתם ולהימנע מכניסה לאזור. לצד זאת, הובהר במסרים שהועברו כי ממשלת ישראל תומכת בהעברת סיוע הומניטארי לרצועת עזה, ועל כן מזמינה את מארגני ומשתתפי המשט לפרוק סיוע כאמור שנמצא על סיפוןן במל אשדוד, על-מנת שהוא יועבר לרצועת עזה דרך המעברים היבשתיים, בתיאום עם הרשויות הישראליות. בתוך כך, הובהר במסרים, כי אם ספינות המשט יתעלמו מההוראה לשנות את כיוון הפלגתם, וימשיכו בניסיון להיכנס לאזור הסגר, חיל הים יאלץ לנקוט באמצעים הנדרשים לצורך אכיפת הסגר הימי, לרבות עלייה על סיפונם של כלי השיט.

על-מנת לצמצם, ככל שהדבר אפשרי, את מידת הכוח שתופעל כנגד התנגדות אפשרית לאכיפת הסגר הימי על ידי משתתפי המשט, הדגישו ההנחיות לכוחות המשתתפים בפעולה, כי יש להימנע, ככל הניתן, מהפעלת כוח כלפי משתתפי המשט. במסגרת זו, הובהר כי אין לעשות שימוש בנשק קטלני, אלא כמוצא אחרון, לשם הגנה עצמית, לצורך הסרת סכנת חיים מיידית, וכאשר לא ניתן להסיר את הסכנה באמצעים פוגעניים פחות. לשם כך, אף צוידו הכוחות שהשתתפו בפעולה ב"נשק פחות קטלני" (נפ"ק), דהיינו, אמצעים, כדוגמת רובי צבע ושוקרים חשמליים, המאפשרים לנטרל מפרי סדר, מבלי לגרום להם לנזק בלתי הפיך. כמו כן, הועמדו לרשות צה"ל שוטרי יס"מ ואנשי יחידת "מצדה" של שירות בתי הסוהר (שב"ס), המיומנים בטיפול בהפרות סדר, מתוך כוונה להעלותם על הספינות לאחר שכוחות חיל הים ישלימו השתלטות ראשונית עליהן.

אמצעי נוסף שנועד לצמצם את הצורך בשימוש בכוח במסגרת עצירת הספינות היה הפעלתם של אמצעים לשיבוש ולחסימה של שידורי תקשורת מהספינות. אמצעים אלו נועדו להפחית את יכולת ההתנגדות של כלי השיט לצעדים שננקטו על-ידי חיל הים לאכיפת הסגר הימי, ובהתאם, להקטין את מספר הנפגעים הפוטנציאלי, וכן, לשמור על ביטחונם של כוחות צה"ל. במסגרת ההיערכות להפעלתם של אמצעים אלו הובהר כי הדבר ייעשה לפרק זמן מוגבל, בסמוך להשתלטות על הספינות ולא יעמיד את הספינות והמפליגים עליהן בסכנה בטיחותית.

לסיכום, לאורך כל שלבי ההיערכות להתמודדות עם המשט, הודגש בצה"ל הצורך להימנע ככל הניתן משימוש בכוח לצורך עצירת הספינות המשתתפות בו. דבר זה התבטא הן בניסיונות למנוע את הגעת המשט באמצעות העברת מסרים בערוצים דיפלומטיים; הן בהיערכות למפגש עם ספינות המשט בים, שבמסגרתה ניתן דגש לצורך לפעול באופן מדורג (על-ידי העברת מסרים ואזהרות בים וכו') ולהשתלט על כלי השיט רק כמוצא אחרון; והן בהנחיות שניתנו לכוחות לעניין ריסון השימוש בכוח למינימום הנדרש לצורך השלמת המשימה, תוך שילובם במבצע של כוחות המתמחים בהתמודדות עם הפרות סדר וציוד הכוחות בנשק פחות קטלני.

## בלמ"ס

כפי שצוין כבר, שאלת יישומם של הכללים שנקבעו מראש במהלך המבצע לעצירת המשט, לא תיבחן במסמך זה.

במסמך זה הוצגה המסגרת המשפטית לפעילות הביטחונית של צה"ל בתווך הימי של רצועת עזה, בדגש על הטלת הסגר הימי על הרצועה ואופן אכיפתו.

**בחלקו הראשון** של המסמך, נסקרו היבטים משפטיים ועובדתיים הנוגעים לפעילות צה"ל ברצועת עזה החל משנת 1967, קרי מאז נכבשה הרצועה במהלך מלחמת ששת הימים ועד לימינו. במסגרת זו, הוצגו "אבני הדרך" העובדתיות העיקריות לאורך תקופה זו, וזאת, כמסד עובדתי לניתוח המסגרת הנורמטיבית החלה ביחס לפעילות צה"ל ברצועת עזה בימים אלה. בתוך כך, הובהר כי מאז יושמה תוכנית ההתנתקות והסתיים הממשל הצבאי ברצועת עזה, לא ניתן עוד לראות ברצועה כשטח הנתון תחת תפיסה לוחמתית. משכך, ולאור העימות המזוין המתמשך שמתנהל בין מדינת ישראל לבין ארגוני הטרור הפלסטינים ברצועת עזה – ובראשם ארגון החמא"ס, אשר מזה כשלוש שנים מקיים בה שלטון אפקטיבי – המסגרת הנורמטיבית החלה ביחס פעילות צה"ל ברצועה מורכבת בעיקרה מדיני הלחימה במשפט הבין-לאומי.

על בסיס התשתית הנורמטיבית האמורה, מתמקד **חלקו השני** של המסמך בהיבטים המשפטיים הקשורים בהתמודדות צה"ל עם האיומים הביטחוניים במרחב הימי של רצועת עזה. במסגרת זו, תוארו מגוון האיומים עימם נדרש צה"ל להתמודד, והכלים המשפטיים השונים שעומדים לרשותו לצורך זה מכוח דיני הלחימה.

לבסוף, **בחלקו השלישי** של המסמך, מוצג בהרחבה הבסיס העובדתי והמשפטי להטלת הסגר הימי על רצועת עזה. בהקשר זה, הובהרו התנאים המבססים את חוקיותו של סגר על-פי דיני הלחימה בים, ופורטו הכללים החלים על אכיפתו והאופן בו אלה יושמו על-ידי צה"ל עובר לאירוע עצירת המשט בתאריך 31.5.2010. בסיומו של חלק זה הוצגו, בקליפת האגוז, היבטים משפטיים הנוגעים להיערכות צה"ל לעצירת המשט האמור.

דומה, כי מסמך זה ממחיש היטב את האתגרים המשפטיים הכרוכים בהתמודדות צה"ל עם איומי הטרור מרצועת עזה, לשם הגנה על מדינת ישראל ותושביה במציאות הביטחונית המורכבת המאפיינת את הלחימה בטרור, ובצד זאת, את האופן המדוקדק בו מוטמעים כללי המשפט הבין-לאומי במסגרת התמודדות זו.