

## “כי תצור אל עיר... לא תשחית את עצה”\* – על מידתיות במצור ארוך טווח

איל בנבנישתי\*\*

מאז שצה"ל נסוג מרצועת עזה בשנת 2005, השתנה המעמד המשפטי שלה על פי המשפט הבינלאומי. משטח הנתון ל"תפיסה לוחמתית" של הכוח הצבאי השולט הפכה הרצועה למעשה ולהלכה לשטח הנתון לשלטון פלסטיני. מאז אותם ימים מצבה העגום של האוכלוסייה האזרחית ממשיך להתדרדר, ותלותה בסיוע חיצוני גוברת. רבים הם הגורמים האחראים למתרחש ברצועה: משטר החמאס, השולט בשטח, מקדש את הלחימה ומחייב את המשך המעורבות הצבאית של ישראל; הרשות הפלסטינית, שצמצמה את המשכורות של פקדיה שברצועה ומבקשת מישראל ללחוץ על יריבה הפוליטי; מצרים השכנה, ששולטת על חלק מגבולה של עזה; וישראל ששולטת על הגבול היבשתי המשותף ועל המרחב האווירי והימי של הרצועה. כפי שקבע בית המשפט העליון, סיום הנוכחות הצבאית על הקרקע לא הביא אל קיצה את האחריות הישראלית להיבטים מסוימים הנוגעים לרווחת האוכלוסייה שברצועה. מטרתו של מאמר זה היא לבחון מהן חובותיה הבסיסיות של ישראל כלפי האוכלוסייה ברצועת עזה בחלוף פרק חיים משמעותי בחייהם של התושבים, שסופו אינו נראה לעין. המאמר בוחן את החובות לאור שלוש מערכות דינים שעשויות להיות רלוונטיות: דיני התפיסה הלוחמתית, דיני הלחימה ודיני זכויות האדם. המאמר טוען, כי החובות החלות על הצר והסוגר אינן מתמצות בחובה שלא להרעוב או שלא למנוע אספקה של מי שתייה ומים לצורכי קיום בסיסיים, אלא כוללות גם את החובה לאפשר מעבר של אזרחים אל השטח הסגור וממנו, ומחייבות אותם להימנע מיצירה של מצב העולה כדי לא־אנושי ומשפיל. מצור וסגר ארוכי טווח ללא הגבלת זמן ואופק של שינוי נראה לעין כמוהם כיחס לא־אנושי ומשפיל, משום שהם מתעלמים מצרכים אנושיים בסיסיים ורואים קיום אנושי כצריכת מזון ומים בלבד.

\* דברים כ 19-20 (פרשת שופטים).

\*\* Whewell Professor of International Law, The University of Cambridge; פרופסור אורח, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה למשתתפי הכנס על הערותיהם החשובות ולשיר אביטל, לניר קרמרמן ולמיכל רויטמן על עזרתם החשובה במחקר.

## הקדמה

- א. המצור והסגר ודיני התפיסה הלוחמתית
  - ב. המצור והסגר בדיני הלחימה
    1. תחולת דיני המצור והסגר
    2. תוכן הדינים: המסגרת הצרה של דיני המצור והסגר הימי
    3. דיני המצור והסגר ארוכי הטווח: היבטים משפטיים של חלוף הזמן
    4. יישום: המצור והסגר על עזה במבחן דיני הלחימה
  - ג. המצור והסגר בדיני זכויות האדם
    1. תחולה
    2. היקף החובות הנובעות מדיני זכויות האדם
- סיכום

## הקדמה

מאז שצה"ל נסוג מרצועת עזה בשנת 2005 במסגרת מה שכוונה "התנתקות", השתנה המעמד המשפטי של הרצועה על פי המשפט הבינלאומי. מנשר שפרסם צה"ל הכריז על "סיום הממשל הצבאי", לאחר שכוחות צה"ל "יצאו... משטחי רצועת עזה והעבירו את השליטה בשטחים אלה לידי המועצה הפלסטינית"<sup>1</sup>. כך, משטח הנתון ל"תפיסה לוחמתית" של הכוח הצבאי השולט הפכה הרצועה למעשה ולהלכה לשטח הנתון לשלטון פלסטיני. למרות טענות כאלה ואחרות שמערערות על עמדה זו של המדינה,<sup>2</sup> היא זכתה לאישור של בית המשפט העליון בעניין אלבסיוני, כאשר בית המשפט קבע שבעקבות ההתנתקות עזה אינה עוד תחת כיבוש ישראלי.<sup>3</sup> על אף סיום השליטה קבע בית המשפט, כי ישראל חייבת כלפי אוכלוסיית הרצועה "חובות בסיסיות החלות על צדדים לוחמים בעת עימות מזוין, ומחייבות להבטיח את שלומה של האוכלוסייה האזרחית ואת השמירה על כבודה ועל זכויותיה הבסיסיות"<sup>4</sup>. מאז אותם ימים מצבה העגום של האוכלוסייה האזרחית ממשיך להתדרדר, ותלותה בסיוע חיצוני גוברת. ניתן ללמוד על כך משורה של משתנים: מן ההחמרה באיכות מי השתייה

1 מנשר ברבר סיום הממשל הצבאי (אזור חבל עזה), התשס"ה-2005.

2 ראו להלן ה"ש 6.

3 בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 30.1.2008). ראו גם ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 11.6.2008) (בנסיבות שבהן אין למדינת ישראל פוטנציאל אמיתי לשליטה אפקטיבית בנעשה ברצועת עזה אין לראות ברצועה שטח הנתון בתפיסה לוחמתית מבחינת הדין הבינלאומי, אף כי נוכח הייחודיות של המצב השורר שם מוטלות על מדינת ישראל חובות מסוימות כלפי תושבי הרצועה).

4 עניין אלבסיוני, לעיל ה"ש 3, פס' 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

הזמינים, מן העלייה בשיעור האבטלה וכן מן ההגירה הניכרת מהרצועה בתקופה האחרונה, שבה מתאפשר מעבר מוגבל מעזה למצרים.<sup>5</sup>

רבים הם הגורמים האחרים למתרחש ברצועה: משטר החמאס, השולט בשטח, מקדש את הלחימה ומחייב את המשך המעורבות הצבאית של ישראל; הרשות הפלסטינית, שצמצמה את המשכורות של פקידיה שברצועה ומבקשת מישראל ללחוץ על יריבה הפוליטי; מצרים השכנה, ששולטת על חלק מגבולה של עזה; וישראל ששולטת על הגבול היבשתי המשותף ועל המרחב האווירי והימי של הרצועה. אלא שריבוי הגורמים האחרים אינו מפחית מחובתה של מדינת ישראל. כפי שקבע בית המשפט בעניין אלבסיוני – בהסכמת המדינה – וכפי שאטען במאמר זה, סיום הנוכחות הצבאית על הקרקע לא הביא אל קיצה את האחריות הישראלית להיבטים מסוימים הנוגעים לרווחת האוכלוסייה שברצועה; שכן ההשפעה של ישראל על חיי התושבים בעזה נותרה משמעותית, בשל השליטה הישראלית על הגבולות ועל המרחב האווירי והימי ובשל התלות של הרצועה באספקת צורכי קיום בסיסיים.

מטרתו של מאמר זה היא לבחון מהן חובותיה הבסיסיות של ישראל בחלופי פרק חיים משמעותי בחייהם של תושבי עזה, שסופו אינו נראה לעין. אבחן את החובות לאור שלוש מערכות דינים שעשויות להיות רלוונטיות: דיני התפיסה הלוחמתית (פרק א), דיני הלחימה (פרק ב) ודיני זכויות האדם (פרק ג).

## א. המצור והסגר ודיני התפיסה הלוחמתית

עמדת המדינה ובג"ץ בדבר סיום התפיסה הלוחמתית זכתה לביקורת נוקבת מצד משפטנים, שניסו בטענות שונות להסביר כי התפיסה הלוחמתית נותרה בעינה.<sup>6</sup> כפי שטענתי בעבר בכמה הזדמנויות,<sup>7</sup> העמדה שלפיה התפיסה הלוחמתית נותרה בעינה גם לאחר ההתנתקות, כך שתחולתה נוגעת גם לסוגיות חדשות שאינן תולדה של החזקת ישראל את השטח בעבר, היא מוטעית מיסודה, כיוון שהיא משתמשת בקטגוריה משפטית אחת כדי לטפל בבעיה

5 Daniel Estrin, 'I Want to Get the Hell Out of Here': Thousands of Palestinians Are Leaving Gaza, NPR – WORLD (July 4, 2019, 5:18 AM) <https://www.npr.org/2019/07/04/733487137/i-want-to-get-the-hell-out-of-here-thousands-of-palestinians-are-leaving-gaza>; Ali Younes, *Palestinians Paying Thousands of Dollars in Bribes to Leave Gaza*, AL JAZEERA (Dec. 23, 2019) <https://www.aljazeera.com/news/2019/12/palestinians-paying-hundreds-dollars-bribes-leave-gaza-191218080000549.html>.

6 ראו בגיליון זה דיון מפורט במאמרו של אייל גרוס ואת ההפניות לדעות אחרות שם: אייל גרוס "שלט רחוק, שלט קרוב: מעמדה המשפטי של עזה בגישה פונקציונלית" *עיוני משפט מג* 375 (2020), וכן פרק א להלן.

7 Eyal Benvenisti, *Responsibility for the Protection of Human Rights Under the Interim Israeli-Palestinian Agreements*, 28 ISR. L. REV. 297 (1994); EYAL BENVENISTI, *THE BENVENISTI, LAW OF (להלן): INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION* 211-212 (2nd ed. 2012) (Occupation). ראו גם: Yuval Shany, *Faraway So Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement*, 8 Y.B. INT'L HUMANITARIAN L. 359, 379-383 (2005) (להלן); Yuval Shany, *Faraway So Close*.

מסוג אחר.<sup>8</sup> לא רק שעמדה זו היא מוטעית; גם אין בה כל צורך כדי לאתר את האחריות של ישראל כלפי האוכלוסייה האזרחית בעזה ולתארה, שכן ישנם כלים משפטיים שמתווים אמות מידה ברורות בנושא.

אסביר את הדברים. המסגרת המשפטית של תפיסה לוחמתית נועדה להסדיר את היחסים המשפטיים במצב המיוחד שבו מדינה שולטת בפועל בשטח שאינו בריבונותה וללא הסכמת הריבון המקומי.<sup>9</sup> דיני התפיסה הלוחמתית נועדו להסדיר את משולש היחסים בין שלושה גורמים: (א) הצבא התופס את השטח הזר; (ב) האוכלוסייה בשטח שבשליטתו; (ג) הממשלה הריבונית שמנועה מלפעול באותו השטח. דיני התפיסה הלוחמתית מחייבים את הצבא התופס לדאוג לסדר הציבורי, לשמור על נכסיה של הממשלה המקומית מפני ניסיונות פגיעה או השתלטות של התושבים המקומיים וכן לדאוג לרווחתה של האוכלוסייה המקומית. חלק הארי של דיני התפיסה הלוחמתית עוסק בשאלות הקשורות לשליטה אפקטיבית בשטח – המבחן לתחילת התפיסה וסיימה, היקפן של הסמכויות השלטוניות של המחזיק שפועל במקום (אך לא מכוח) הממשלה הריבונית ודרכי ההוצאה לפועל שלהן וכן החובות המוטלות על המחזיק לדאוג לסדר הציבורי.<sup>10</sup> לכל אלה אין משמעות כאשר השליטה אינה ישירה. היעלה על הדעת שצבא שאינו שולט בשטח יטיל את מרותו על אוכלוסייה, יסדיר כללי התנהגות עבור תושביה וגם יתחייב לדאוג לשמירה על הסדר הציבורי רק בשל שליטתו במעברי הגבול? אומנם, גם אם התפיסה הלוחמתית ברצועה לא נותרה בעינה לאחר ההתנתקות, בהקשר של עזה ניתן לטעון לתחולה מתמשכת של דיני התפיסה הלוחמתית, שמקורם בכיבוש הישראלי בין 1967 להתנתקות בשנת 2005. כפי שטענתי לאחר ההתנתקות,<sup>11</sup> ההתנתקות

8 לביקורת משכנעת על הגישה הפונקציונלית המוצגת במאמרו של גרוס, ראו: Hanne Cuyckens,

*Is Israel Still an Occupying Power in Gaza?*, 63 NETH. INT'L L. REV. 275 (2016)

9 Benvenisti, *LAW OF OCCUPATION*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 20-21.

10 YORAM DINSTEIN, *THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION* 1, 42-45, 91-94 (2nd ed. 2019) (להלן: DINSTEIN, *INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION*);

BENVENISTI, *LAW OF OCCUPATION*, לעיל ה"ש 7, בפרק 1.

11 Eyal Benvenisti, *The Law on the Unilateral Termination of Occupation, in A WISER CENTURY? JUDICIAL DISPUTE SETTLEMENT, DISARMAMENT AND THE LAWS OF WAR 100 YEARS AFTER THE SECOND HAGUE PEACE CONFERENCE* 372 (Thomas Giegerich ed., 2009) (להלן: Benvenisti, *The Law*

*Benjamin Rubin, Disengagement from the Gaza Strip*; ראו: Benjamin Rubin, *Disengagement from the Gaza Strip and Post-Occupation Duties*, 42 ISR. L. REV. 528, 550-558 (2009) ("A much sounder approach would be that the occupant should be able to disengage itself from its presence in the occupied area, but not from the responsibilities involved with its former standing as occupant. As long as the needs of the population persist, responsibility must be attached to the same entity that carried the responsibility for the territory during the occupation. Putting this burden on the former occupant follows the logic of the law of occupation"); NOAH FELDMAN, *WHAT WE OWE IRAQ: WAR AND THE ETHICS OF NATION*

BUILDING 80-81, 128-129 (2004); אריאל צמח "מהן חובותיה המשפטיות של ישראל כלפי אוכלוסיית עזה?" *משפט וממשל* יב 83, 131-126 (2009) (אחריות שמקורה בכיבוש מתמשך שיצר תלות מבנית של האוכלוסייה בשלטון לא-חוקי, שלדעתו אינו מתקיים במקרה זה);

וסיום הכיבוש לא שחררו את ישראל לחלוטין מהתחייבויות משפטיות כלפי עזה מכוח דיני התפיסה הלוחמתית. מדובר באותן התחייבויות הנובעות משנות דור של תפיסה לוחמתית ישראלית, שיצרו תלות מבנית של תושבי הרצועה והממשל שלה בישראל בתחומים רבים, ובהם התשתיות האזרחיות והתקשורת, אשר ברובן מגיעות מישראל, שליטה ישראלית במערכת מרשם האוכלוסין ועוד.<sup>12</sup> כיוון שתלות זו הייתה תוצר של שליטה ישראלית ואף מדיניות ישראלית שפותחה ויושמה בעת הכיבוש, וכיוון שההתנתקות הייתה חד-צדדית ויזומה, האחריות לקיומה ולהמשכיותה צריכה להיבחן לאור דיני התפיסה הלוחמתית. במובן זה, חובתו של המחזיק "להחזיר ולהבטיח" את הסדר ואת החיים הציבוריים בשטח המוחזק ("restore and ensure", כלשונה של תקנה 43 לתקנות האג<sup>13</sup>) חלה לא רק תוך כדי השליטה, אלא גם לאחר שהמחזיק בוחר מיוזמתו לנתק באחת את התלות הזו, ובכך להותיר את האוכלוסייה הנכבשת ללא מקורות תעסוקה מספקים, מערכות בריאות וחינוך מתפקדות ומוסדות שלטון יציבים.<sup>14</sup> בהתאם, ניתן וצריך לפתח את משמעות החובות הנובעות מדיני התפיסה הלוחמתית והיקפן בכל הכרוך בכיבוש הארוך טווח עד מאוד של עזה בתקופה שקדמה להתנתקות, כגון החובה להבטיח גישה למוסדות רפואיים בישראל – בהיעדר מוסדות רפואיים מספקים ברצועה – או החובה לספק חשמל ומים, בהיעדר מתקנים ראויים לכך.<sup>15</sup> אולם הדיון בשאלת האחריות הישראלית כיום לפי דיני התפיסה הלוחמתית, בסוגיות שהן תולדה של תפיסת השטח בתקופה שקדמה להתנתקות, לא ימצה את השאלות החדשות שמתעוררות לאחריה. משבר וירוס הקורונה בשנת 2020 הוא דוגמה בולטת לשאלות חדשות כאלו. בעקבות המשבר ישראל סייעה בהכנסת ציוד רפואי לרצועה<sup>16</sup> ובהכשרת צוותים

- Yuval Shany, *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on Bassiouni Shany v. The Prime Minister of Israel*, 42 Isr. L. Rev. 101, 109-116 (2009) (להלן: *Law Applicable to Non-Occupied Gaza*) (מכיר באחריות מכוה דיני זכויות האדם לצרכים הבסיסיים של האוכלוסייה האזרחית לאור התלות ההיסטורית שנוצרה, לאור משך הכיבוש הארוך ולאור השליטה הנוכחית של ישראל בגבולות הרצועה המאפשרת לה להשפיע על הנעשה בה).  
 12 גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע מדד השליטה – אחריותה המתמשכת של ישראל ברצועת עזה (19-15 (2011) [http://www.gisha.org/UserFiles/File/scaleofcontrol/scaleofcontrol\\_he.pdf](http://www.gisha.org/UserFiles/File/scaleofcontrol/scaleofcontrol_he.pdf) (להלן: דוח גישה).
- 13 תק' 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה (1907 Regulations Annexed to the Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land "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" (ההרגשות הוספו).
- 14 Benvenisti, *The Law of Occupation*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 8-7; Rubin, לעיל ה"ש 11, בעמ' 563-559.  
 15 Benvenisti, *Law of Occupation*, לעיל ה"ש 7 בעמ' 86-89; Rubin, לעיל ה"ש 11, בעמ' 558-555.
- 16 *Israelis and Palestinians Fight COVID-19 Together*, IDF (updated July 8, 2020) <https://www.idf.il/en/minisites/ids-response-to-covid-19/israelis-and-palestinians-fight-covid-19-together/>.

רפואיים,<sup>17</sup> ומעבדות של צה"ל אף ביצעו במשך זמן קצר בדיקות עבור תושבי עזה.<sup>18</sup> אך במקביל – ובשם המאבק במגיפה – הן ישראל הן מצרים סגרו את מעברי הגבול ומנעו כניסה ויציאה דרכם לחלוטין כמעט.<sup>19</sup>

עיקרן של שאלות אלו נוגע להטלת המגבלות על האוכלוסייה האזרחית ברצועה בשל הרצון לפגוע – במישרין או בעקיפין – בכוח הצבאי הפועל שם, והן אשר באות לביטוי בעיקר בהקשר של הגבלת המעבר של סחורות ושל בני אדם. אלה שאלות שדיני התפיסה הלוחמתית ממילא לא התכוונו להסדיר, מן הסיבות שנמנו בתחילת פרק זה;<sup>20</sup> שהרי אין חובה על המחזיק לאפשר מעבר של אזרחי האויב אל השטח שבחזקתו וממנו, והעיקר – נושא מעבר הסחורות והאנשים מוסדר ממילא בהוראות אחרות של דיני הלחימה וכדיני זכויות האדם, כפי שינותח בהמשך.

## ב. המצור והסגר בדיני הלחימה

### 1. תחולת דיני המצור והסגר

מאז השתלטות החמאס על הרצועה בשנת 2007, עזה נתונה במצור יבשתי – המכונה בלשון רשמית "סגר" – שאליו מתלווה גם מצור אווירי.<sup>21</sup> ישנן מגבלות מחמירות על מעבר אנשים וטובין מרצועת עזה ואליה, מגבלות שמשתנות בהתאם לניסיונות להפעיל לחץ על החמאס.<sup>22</sup> מצור הוא פעולה לוחמתית, שתכליתה ברגיל הכנעת הכוח הצבאי של האויב.<sup>23</sup>

17 גל ברגר "המאבק בקורונה: רופאים מישראל הכשירו רופאים, אחיות ואנשי צוות מעזה" כאן <https://www.kan.org.il/item/?itemid=69471> 11.04.2020.

18 אמיר בוחבוט "מתחת לאף של בנט: צה"ל ערך בדיקות קורונה לתושבי עזה" וואלה – חדשות <https://www.news.walla.co.il/item/3353067> 22.04.2020.

19 Coordination of Government Activities in the Territories, *Policy For Entry of Gaza Strip Residents Into Israel and Into the Judea and Samaria Area During Lockdown* (Aug. 12, 2020) [https://www.gov.il/en/Departments/policies/entry\\_to\\_gaza](https://www.gov.il/en/Departments/policies/entry_to_gaza); הגר שיוף "בעבר תושבי עזה שרצו לצאת ולשוב לרצועה ניצבו בפני תהליך הזוי ומייאש. הקורונה שללה מהם אפילו אותו" הארץ <https://www.haaretz.co.il/news/politics/premium-14.07.2020> 14.07.2020. MAGAZINE-1.8990697.

20 ראו גם Cuyckens, לעיל ה"ש 8, בעמ' 283-290.

21 דוח גישה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 11-12; הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010 *דין וחשבון – חלק ראשון פס' 48-50* (2011) [https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/alternatefiles/he/turkel\\_heb\\_a\\_0.pdf](https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/alternatefiles/he/turkel_heb_a_0.pdf) (להלן: דוח טירקל).

22 Mustafa Mari, *The Israeli Disengagement*; 373, בעמ' 7, לעיל ה"ש 7, Shany, *Faraway So Close from the Gaza Strip: An End of the Occupation?*, 8 Y.B. INT'L HUMANITARIAN L. 356, 366 (2005).

23 James Kraska, *Siege*, in MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (Rüdiger Wolfrum ed., Dec. 2009) ("Siege warfare is an operational strategy to facilitate capture of a fortified place") <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e407>.

אכן, התכלית של המצור על עזה שונה מהמצור הטיפוסי – לא הכנעה לשם השתלטות אלא ניסיון למנוע התחמשות – אך הרי גם זהו צורך צבאי, ומבחינתה של האוכלוסייה האזרחית הנצורה כלל לא משנה מהו הצורך הצבאי הספציפי שמניע את הצרים.<sup>24</sup> ההגדרה הקלאסית של מצור מחייבת כיתור מושלם של האויב הנצור.<sup>25</sup> אומנם השליטה הישראלית על הגבולות היבשתיים של עזה עדיין מותרת לתושבי עזה מוצא למצרים דרך מעבר הגבול ברפיח, אך מדיניות תיאום יעילה בין ישראל למצרים (למעט תקופה קצרה של שלטון האחים המוסלמים), שיכולה למנוע בפועל מעבר של אנשים ושל סחורות אל הרצועה וממנה, יוצרת משטר של מצור משותף באחריותן המשותפת – יחד ולחוד – של שתי המדינות.<sup>26</sup>

מאז שנת 2009 הטילה ישראל על עזה גם "סגר ימי" (blockade).<sup>27</sup> סגר ימי הוא צעד לוחמתי שמונע מעבר של ספינות או של מטוסים – עוינים ונייטרליים – אל נמלים, אל שדות תעופה או אל אזורים שצמודים לחוף אשר בשליטת האויב ומהם.<sup>28</sup> מבחינה מעשית הסגר מטיל מגבלות על הדיג בחופי עזה, ומונע כניסה ויציאה של סחורות ושל אנשים דרך הים. דיני הלחימה בים מאפשרים לכוח שסוגר את השטח לתפוס ולשלח ספינות שמאיימות להפר את הסגר, וכן לתקוף ספינות אשר למרות אזהרה מוקדמת מתנגדות להיעצר.<sup>29</sup>

## 2. תוכן הדינים: המסגרת הצרה של דיני המצור והסגר הימי

כאמצעים חוקיים להכנעתו של האויב, כללי המצור והסגר שבדיני הלחימה ביבשה ובים מתירים להרעיב את האויב ולהביא בכך לכניעתו.<sup>30</sup> עם זאת בהתאם להבחנה הבסיסית בין לוחמים למי שאינם לוחמים, הכוח הצר או הסוגר חייב למנוע פגיעה

24 לכן דינשטיין מוכן לראות בעזה כאילו כבושה, ראו Dinstein, International Law of Belligerent Occupation, לעיל ה"ש 10, בעמ' 299-300; ראו גם: Shany, *Law Applicable to Non-Occupied Gaza*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 106-110.

25 Sean Watts, *Humanitarian Logic and the Law of Siege: A Study of the Oxford Guidance on Relief Actions*, 95 INT'L L. STUD. 1, 8 (2019).

26 ראו למשל דוח טירקל, לעיל ה"ש 21, בפס' 64: "מאחר שבתקופה הרלוונטית הוטלו הגבלות על התנועה במעבר רפיח גם על-ידי מצרים, הרי שהלכה למעשה נותרת בעינה ההשפעה המשולבת של הסגר הימי ומדיניות המעברים היבשתיים על כלכלת עזה".

27 כפי שקבעה ועדת טירקל, מדינת ישראל מקיימת סגר שנאכף לאורך כל גבולה הימי של הרצועה (דוח טירקל, לעיל ה"ש 21, בפס' 48-50); *Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident*, 39-41 (Sept. 2011) [https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Full\\_Report\\_2235.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Full_Report_2235.pdf) (להלן: דוח פאלמר).

28 YORAM DINSTEIN, THE CONDUCT OF HOSTILITIES UNDER THE LAW OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICT 257 (3rd ed. 2016) (להלן: DINSTEIN, CONDUCT OF HOSTILITIES); Wolff Heinschel; von Heinigg, *Blockade*, in MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (Rüdiger Wolfrum ed., Mar. 2019).

29 SAN REMO MANUAL ON INTERNATIONAL LAW APPLICABLE TO ARMED CONFLICTS AT SEA § 98 (Louise Doswald-Beck ed., 1995) (להלן: מדריך סן רמו).

30 Dinstein, CONDUCT OF HOSTILITIES, לעיל ה"ש 28, בעמ' 255-256; Kraska, לעיל ה"ש 23.



מופרזת באוכלוסייה אזרחית. חובה זו מקורה הן בהוראות הספציפיות הנוגעות לדיני הסגר והמצור,<sup>31</sup> הן בהוראות הנוגעות לחובה לאפשר מעבר הומניטרי.<sup>32</sup> זוהי חובה מנהגית עתיקת יומין, שהוגו גרוטיוס בספרו המכונן על דיני הלחימה לומד על קיומה מהפסוק "כי תצור אל עיר... לא תשחית את עצה" שבספר דברים.<sup>33</sup> המדינה הכירה בקיומן של הוראות אלה (בהקשר של הגבולות היבשתיים) בעניין אלבסיוני.<sup>34</sup> לבסוף, כפעולות לחימה לכל דבר,<sup>35</sup> המצור והסגר כפופים לעקרונות הבסיס המנהגיים<sup>36</sup> של דיני הלחימה ביבשה

31 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), art. 54 (June 8, 1977) 1125 U.N.T.S. 3 (להלן: הפרוטוקול הראשון); בנוגע לסגר הימי, ראו מדריך סן רמו, לעיל ה"ש 29, ס' 103 ו-104.

32 הפרוטוקול הראשון, לעיל ה"ש 31, ס' 70; Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Person in Time of War, art.23 (Aug. 12, 1949) 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287; כמו כן, ראו Dapo Akande & Emanuela-Chara Gillard, *Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict* (Commissioned by the United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, 2016) <https://www.unocha.org/sites/dms/Documents/Oxford%20Guidance%20pdf.pdf>; לביקורת, ראו Watts, לעיל ה"ש 25, בעמ' 33-43.

33 דברים כ 19-20 (פרשת שופטים). על הפרשה ועל דיני המצור במשפט העברי, ראו משה דרורי "כי תצור אל עיר... לא תשחית את עצה" – איסור כל תשחית" פרשת השבוע ברוח המשפט פרשת שופטים 296 (התשס"ז). הנימוק "כי האדם עץ השרה... רק עץ אשר תדע כי לא עץ מאכל הוא אתו תשחית וכרף" משמש את גרוטיוס לבסס את תחולת עקרון המידתיות במצור. גרוטיוס מזכיר, כי "The divine law has an eye, in ordering wild trees to be made use of for the construction of works in a siege, while fruit-trees, and every thing necessary for the support of man, ought, if possible, to be spared" ראו: HUGO GROTIUS, *THE RIGHTS OF WAR AND PEACE* 1457-1474 (A.C. Campbell trans, 1901 ed., 1625). על ההשפעות של המשפט העברי על משנתו של גרוטיוס, ראו Ivan Berkowitz, *Grotius and the Rabbinic Interpretation of Natural Law* (forthcoming).

34 עניין אלבסיוני, לעיל ה"ש 3, פס' 14.

35 ההקבלה בין הפגזה לבין מצור ישנה כבר בתק' 27 לתקנות האג, לעיל ה"ש 13: "Art. 27. In sieges and bombardments all necessary steps must be taken to spare, as far as possible, buildings dedicated to religion, art, science, or charitable purposes, historic monuments, hospitals, and places where the sick and wounded are collected, provided they are not being used at the time for military purposes. It is the duty of the besieged to indicate the presence of such buildings or places by distinctive and visible signs, which shall be notified to the enemy beforehand"

36 על מנהגיות העיקרון החולש של המידתיות, ראו: DINSTEIN, *CONDUCT OF HOSTILITIES*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 138 (המחבר מתייחס ל-"the general (customary law) principle of proportionality [according to which] the expected injury to civilians in the wake of a blockade must not be excessive in relation to the military advantage anticipated"). ראו גם: מדריך סן רמו, לעיל ה"ש 29, ס' 179.



ובים,<sup>37</sup> שעניינן ייחוד הפגיעה במטרות צבאיות בלבד<sup>38</sup> והימנעות מגרימת נזק אגבי מופרז לאוכלוסייה אזרחית.<sup>39</sup> שהרי פשיטא היא, למשל, שמצור אינו יכול להימשך לאחר שהנצורים כבר הודיעו על רצונם להיכנע, רק כדי לגרום להם סבל מיותר; כך גם הטלת מצור על ציבור עצום של אזרחים מתוך רצון לפגוע בכוח צבאי מצומק וחסר כל חשיבות צבאית הנמצא בתוכו, מבלי לשקול חלופות, עלולה להיות מופרזת ולכן אסורה.

ההתייחסות בדיני הסגר והמצור לחובות כלפי האוכלוסייה הנצורה היא צרה ומשתרעת על הרעבה בלבד, בשל הציפייה הרגילה שפעולות אלה מטבען הן מוגבלות בזמן ויסתיימו מאליהן עם התמעטותם של המזון והמים. כפועל יוצא מצאה ועדת טירקל,<sup>40</sup> שעסקה בין היתר בחוקיותו של הסגר, כי "הנזק" או "הסבל" הנדונים במשפט הבינלאומי ההומניטרי הם בעיקרם כאלה המזוהים עם איסורים על הרעבה ועל מניעת אמצעים החיוניים להישרדות האוכלוסייה האזרחית. בהתאם קבעה הוועדה, שהעובדה שהסגר הימי לא גרם לרעב בעזה, ושישראל לא מנעה מעבר של אמצעים החיוניים להישרדותה של האוכלוסייה האזרחית או

37 הפרוטוקול הראשון, לעיל ה"ש 31, ס' (3)49, המחיל את עקרון ההבחנה גם על תקיפה מהים "The provisions of this Section apply to any land, air or sea warfare which may affect the civilian population, individual civilians or civilian objects on land. They (further apply to all attacks from the sea or from the air against objectives on land".

38 שם, ס' 52: Attacks "1. Civilian objects shall not be the object of attack or of reprisals. 2. Attacks shall be limited strictly to military objectives. In so far as objects are concerned, military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage".

39 שם, ס' (b)(5)51 "an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated". להחלת מבחן המידתיות על הסגר הימי על עזה, ראו: דוח פאלמר, לעיל ה"ש 27; דוח טירקל, לעיל ה"ש 21 בפס' 87-94; Douglas Guilfoyle, *The Mavi Marmara*; 94-87; 81 THE BRIT. Y.B. INT'L L. 171, 197-204 (2011); Andrew Sanger, *The Contemporary Law of Blockade and the Gaza Freedom Flotilla*, 13 Y.B. INT'L HUMANITARIAN L. 397, 414 (2010); PHILLIP DREW, THE LAW OF MARITIME BLOCKADE: PAST, PRESENT, AND FUTURE 107-110 (2017); Wolff Heintschel von Heinegg, *Blockades and Interdictions*, The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law, 8-10 (Marc Weller ed., 2015); Russell Buchan, *The International Law of Naval Blockade and Israel's Interception of the Mavi Marmara*, 58 NETH. INT'L L. REV. 209, 232-236 (2011).

40 ועדת טירקל הוקמה בשנת 2010 בידי ממשלת ישראל בעקבות האירוע הימי שהתרחש ביום 31 במאי באותה השנה. במסגרת האירוע השתלט כוח צה"ל על ספינות שעשו את דרכן מטורקיה לרצועת עזה, כחלק ממשט שמטרתו המוצהרת הייתה הפרת הסגר הימי. הוועדה עסקה בין היתר בשאלת הסגר הימי על רצועת עזה והתאמתו לכללי המשפט הבינלאומי.

מעבר של ציוד רפואי, מוכיחה שישראל עמדה בהתחייבויותיה למשפט הבינלאומי.<sup>41</sup> לפי גישה זו הסגר והמצור חוקיים, משום שאין בשלב זה רעב או צמא בעזה באופן שמסכן את האוכלוסייה האזרחית.

אולם פרשנות אפשרית של דיני המצור והסגר מקימה חובה לצר לאפשר יציאה של אזרחים מהעיר הנצורה, באופן שמדגיש את הבעייתיות של הסגר הימי הישראלי.<sup>42</sup> כמו כן יש מי שתקפו ממצאים אלה וטענו, שיש מקום להתחשב לא רק בעצם קיומו של מזון לפי בחירותיו של הסוגר, אלא יש חובה להתחשב גם בצרכים התרבותיים או הדתיים של האוכלוסייה, שמציבים דרישות למזון מסוים (כמו למשל מזון כשר, או חלאל במקרה של עזה).<sup>43</sup> דיון שכזה הוא כמובן חשוב, אך הוא נוגע רק לחלק אחד – צר – של מכלול הצרכים האנושיים שדיני המצור והסגר צריכים להתייחס אליהם.

דיני המצור והסגר כפי שתוארו לעיל נוצרו והתפתחו באספקלריה של מלחמות עבר, שבהן הסגר והמצור הסתיימו לאחר כמה שבועות, חודשים או אפילו מעבר לכך.<sup>44</sup> בהכרעה לכאן או לכאן. דיני המצור והסגר לא התייחסו לסגר ארוך טווח שתקופתו דור כמעט ושטופו לא ידוע. מצור וסגר שכאלה מעוררים קשיים נוספים לקשיים הקיומיים הבסיסיים: האם לאזרחים הכלואים יש חופש תנועה אל מחוץ לשטח הנצור, למשל לשם איחוד משפחות? היש להם זכות לממש הזדמנויות חיים כמו חינוך, עיסוק, פעילות תרבותית או ספורטיבית? האם דיני הלחימה מתירים שלילה של צרכים בסיסיים, שבטווח הארוך מניעתם משולה להרעה חברתית ותרבותית של בני אדם, אשר מהותם מסתכמת ביותר מצריכת מזון ומים? בסופו של דבר, אנשים הנתונים במצור וסגר שכאלה הופכים להיות סגורים בדלת אמותיהם, ללא יכולת לממש את אישיותם ולכתוב את סיפור חייהם, והכול ללא הקצבת זמן. למעשה, החלה צרה שכזו של דיני המצור והסגר ללא הגבלת זמן – והצדקתה בקיומה של חובה צרה להבטיח אספקת מזון ומים בלבד – משולה ליחס לא-אנושי ומשפיל, שכן היא רואה בבני אדם יצורים שצרכיהם הבסיסיים כוללים מזון ומים בלבד.<sup>45</sup>

ועדת טירקל לא הייתה אדישה לשאלות אלה, כיוון שבעת עבודתה, כשנתיים מאז הוטל הסגר, סופו עדיין לא היה באופק. לכן – ומתוך רגישות זהירה – פנתה הוועדה להרהר גם ב"עלות ההומניטארית הכוללת של אסטרטגיית הלוחמה הכלכלית של ישראל",<sup>46</sup> תוך הבעת דאגה בדבר קיומה של "סכנה מוחשית שככל שהסגר מוטל לתקופת זמן ארוכה יותר,

41 דוח טירקל, לעיל ה"ש 21, פס' 90.

42 Dinstein, *Conduct of Hostilities*, לעיל ה"ש 24, בעמ' 253-257.

43 Aeyal Gross & Tamar Feldman, *We Didn't Want to Hear the Word Calorics*, 33 BERKLEY J. INT'L L. 379 (2015).

44 המצור על ליניגדר נמשך שלוש וחצי שנים. הסגר הימי על גיברלטר נמשך פרק זמן דומה. ראו Watts, לעיל ה"ש 25, בעמ' 7-16.

45 על נקודה זו, ראו גם Michal Luft, *Living in a Legal Vacuum: The Case of Israel's Legal Position and Policy Towards Gaza Residents*, 51 ISR. L. REV. 193, 224-232 (2018) (ביקורת בהשראת פסק הדין בעניין אלבסינוני על אימוץ תפיסה צרה של חובותיה של ישראל כלפי האוכלוסייה האזרחית, שמותירה את תושבי עזה בוואקום משפטי, ללא הגנה מספקת על זכויותיהם).

46 דוח טירקל, לעיל ה"ש 21, פס' 91.



מנזק אגבי לאוכלוסייה האזרחית שהוא מופרז ביחס למטרה הצבאית המתוכננת.<sup>51</sup> בהתאם לכך, יש לקרוא את דיני המצור והסגר ככפופים לאותה חובה להבחין בין מטרות צבאיות למטרות שאינן כאלה ולהימנע מפגיעה במטרות שאינן צבאיות.<sup>52</sup>

#### 4. יישום: המצור והסגר על עזה במבחן דיני הלחימה

מהי התכלית הצבאית של המצור והסגר הימי על עזה? האם היא מצדיקה פגיעה אגבית באוכלוסייה האזרחית הנצורה מאז שנת 2007? ישנן תכליות שהן פסולות מעיקרן ואינן יכולות לשמש בסיס למצור וסגר ארוכי טווח. תכלית פסולה אחת היא התכלית המדינית, שעיקרה חיזוק שלטון הפת"ח, יריבו של החמאס השולט בעזה.<sup>53</sup> תכלית מדינית אינה יכולה לשמש בסיס לפעולות לחימה שתכליתן, כאמור, צריכה להיות צבאית. יצוין כי ישראל לא הצהירה רשמית על תכלית זו כתכלית הסגר, אולם ניתן ללמוד עליה בעקיפין.<sup>54</sup> תכלית פסולה אחרת היא הפעלת לחץ על האוכלוסייה האזרחית על מנת שתמרוד במשטר המקומי או תשרל אותו להיכנע.<sup>55</sup> מחשבה עתיקה-חדשה זו שייכת למשפחת ההנמקות שהביאה בעבר להצדקת הפגזות על ערים נצורות מהרגע שנוצרה הטכנולוגיה שאפשרה זאת, אם באמצעות בליסטרות, תותחים ארוכי טווח, מטוסים או טילים.<sup>56</sup> "הפצצות השטיח" של מלחמת העולם השנייה היו עדיין טריות בזיכרון מנסחיו של סעיף 52 לפרוטוקול המשלים הראשון שהגדיר מטרות צבאיות – המטרות המותרות היחידות לפגיעה – בקפדנות, כך שתישלל האפשרות להפוך את האוכלוסייה האזרחית למנוף לחץ על צבאה.<sup>57</sup> בהתאם, יש לקרוא את דיני המצור והסגר ככפופים לאותה חובה כללית רחבה להבחין בין מטרות צבאיות למטרות שאינן כאלה ולהימנע מפגיעה במטרות שאינן צבאיות, ובהתאם להימנע ממצור או מסגר אם הם אינם מוכוונים למטרות צבאיות בלבד, כלומר "מטרות שבשל טבען, מיקומן, תכליתן והשימוש בהן תורמות תרומה אפקטיבית לפעולה צבאית והפגיעה בהן בנסיבות השוררות באותה שעה מעניקות יתרון צבאי ברור".<sup>58</sup> לפי הוראה זו, אין להשתמש בדיני

51 ראו לעיל ה"ש 31-39, וכן Watts, לעיל ה"ש 25, בעמ' 19; Office of The General Counsel, U.S. Department of Defense, Law of War Manual §5.20.1 (rev. ed. Dec. 2016)

52 ראו לעיל ה"ש 34-36.

53 דוח טירקל, לעיל ה"ש 21, פס' 49-50.

54 שם, פס' 50.

55 Sanger, לעיל ה"ש 39, בעמ' 402-403. "The ultimate objective of Israel's strategy – (to) put the Palestinians on a diet, but not to make them die of hunger" – was to encourage the people of Gaza to force Hamas to change its attitude towards Israel or alternatively, (to force Hamas out of government"

56 Watts, לעיל ה"ש 25 בעמ' 10-16.

57 Kraska, לעיל ה"ש 23, בפרקים 1-8; Thomas M. Franck, *On Proportionality of Countermeasures in International Law*, 102 Am. J. INT'L L. 715, 724-725 (2008) הכותב מתייחס להפצצת דרוזן ולמצור האמריקני שהוטל על מנילה כאל אירועים שהובילו לניסוח עקרון המידתיות).

58 הפרוטוקול הראשון, לעיל ה"ש 31, ס' 52; Drew, לעיל ה"ש 39, בעמ' 99-101.

המצור והסגר – בייחוד אלה המתמשכים זמן רב – כדי לפגוע באוכלוסייה אזרחית כמנוף לחץ עקיף על הלוחמים שבקרבתם.

תכלית נוספת ואחרונה להמשך המצור והסגר היא הגנה עצמית – השאיפה למנוע ממשטר החמאס להצטייד באמצעי לחימה שיסכנו את ישראל. תכלית זו היא ללא ספק תכלית צבאית ראויה, וככזו היא מצדיקה גם פגיעה אגבית לא-מופרזת באוכלוסייה. אולם קיומה מעורר שאלות של נחיצות ושל מידתיות: האם ניתן להגשימה באמצעות פיקוח יעיל – להבריל מאיסור גורף או מניעה מוחלטת כמעט – על מעבר של אנשים, של סחורות, של שירותים ושל הון? שאלה זו הופכת כבדת משקל יותר ככל שמצטבר הניסיון שמוכח, שחרף הסגר הממושך לא נשללו רצונם ויכולותיהם הצבאיות של שלטון חמאס ושל ארגונים נוספים ברצועה להוסיף ולפעול במישור הצבאי נגד ישראל ואף להצטייד באמצעי לחימה חדשים ומתוחכמים. תכלית צבאית שסיכויי הגשמתה מפוקפקים מפסיקה בשלב מסוים להיות נחוצה ומידתית באופן שמצדיק את המשך הפגיעה באוכלוסייה;<sup>59</sup> היא הופכת כל פגיעה למופרזת. שאלות אלה על הנחיצות ועל המידתיות של הפגיעה האגבית באוכלוסייה האזרחית בעקבות מגבלות התנועה – תוך בחינת ההיבט המשלים והמצטבר שלהן<sup>60</sup> – מצריכות לשקלל את כלל ההיבטים האנושיים המושפעים מהמדיניות. הבחינה צריכה לכלול לא רק את שיעור הפגיעה הפיזי בחיים ובגוף, אלא גם את הפגיעה בנפש ואף את הפגיעה המצטברת, לפרק זמן ממושך, ביכולתם של האזרחים לכתוב את סיפור חייהם.<sup>61</sup> לפיכך דיני המצור והסגר ארוכי הטווח מחייבים את הצר לאפשר מעבר של תושבים נצורים אל השטח הנצור וממנו, וכן לאפשר איחוד משפחות כל עוד המניעה אינה נחוצה לשם הגשמת התכלית הראויה (מניעת התחמשות). הנטל להצדיק מניעה או הגבלה שכאלה הוא על הצר, נטל

59 ראו בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, פס' 43-36 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004) (עקרון המידתיות קובע שלעיתים הצורך הצבאי ייסוג מפני חובת ההגנה על האזרחים), וכן David Luban, *Military Necessity and the Cultures*, *of Military Law*, 26 LEIDEN J. INT'L. L. 315, 328-339 (2013) (כנ"ל).

60 Guilfoyle, לעיל ה"ש 39, בעמ' 203 (מידתיות נבחנת באופן קונטקסטואלי, ולכן אין לבחון את מידתיות הסגר הימי בנפרד מן המידתיות של סגירת המעברים היבשתיים).

61 יש לזכור שדיני הלחימה ודיני אחריות המדינה הכלליים מכירים לא רק בנזק פיזי (מוות או חבלה גופנית) של אזרחים, אלא בנזק ("injury") באופן כללי, שכולל גם נזק נפשי. ראו אליאב ליבליך "בין הפרדיגמות: חוקיות הוראות הפתיחה באש בגבול עזה על פי הדין הבינלאומי לאור פסיקתו של בית המשפט העליון" עיוני משפט מג 335 (2020). גם ס' 36 ל-International Law Commission, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, UN Doc. A/56/10 (2001), בפס' 16 לדרוך הוועדה: "Compensable personal injury encompasses not only associated material losses, such as loss of earnings and earning capacity, medical expenses and the like, but also non-material damage suffered by the individual (sometimes, though not universally, referred to as 'moral damage' in national legal systems). Non-material damage is generally understood to encompass loss of loved ones, pain and suffering as well as the affront to sensibilities associated with an intrusion on the person, home or private life"

שהולך וגובר ככל שהמצור מתארך.<sup>62</sup> בהתאם לכך ובזהירות שאפיינה אותה מתחה ועדת טירקל ביקורת מרומזת על מדיניות הסגר והמצור, באומרה, כי "נראה כי ראוי לשקול את ההתקדמות שנעשתה בעולם בהקשר של 'סנקציות חכמות', ולהמשיך לעשות, כפי שנראה שממשלת ישראל אכן עושה בימים אלה, מאמצים ישירים במטרה למקד את הסנקציות בחמאס עצמו".<sup>63</sup>

הוועדה התייחסה למרכיב הזמן החולף כמשמעותי במסגרת מבחן המידתיות, כאשר ציינה, "[ב]אשר למשך הזמן של הפעלת הלוחמה הכלכלית, ... כי קיימת סכנה שהגבלות מקיפות על טובין לא ייחשבו מידתיות לאורך זמן".<sup>64</sup> היא המליצה על "הצורך לקיים משטר של פיקוח אפקטיבי וניהול ביקורות תקופתיות בדרגים הגבוהים ביותר של הממשלה ביחס למגבלות המוטלות על האוכלוסייה האזרחית".<sup>65</sup>

דברים אלה נכתבו בשנת 2011, לאחר שנתיים בלבד של סגר. הם התייחסו להיבטים צרים של הרעבה ושל לוחמה כלכלית. מצבם של אזרחי רצועת עזה, בהיבטים צרים אלו ובהיבטים נוספים, החריף ככל שנמשך הסגר.<sup>66</sup> החרפה זו מקנה משנה תוקף לביקורת של דוח טירקל, אשר דרשה מידתיות בהפעלת הסגר.

## ג. המצור והסגר בדיני זכויות האדם

### 1. תחולה

מה לאמנות זכויות אדם ולמצור וסגר שעניינם פעולות לחימה? הרי יש מי שסוברים – ובכללם מדינת ישראל<sup>67</sup> – שבעת הלחימה חלים אך ורק דיני הלחימה, בעוד שדיני זכויות האדם נכנסים להקפאה עמוקה. לטענה זו יש שני טעמים. הטעם הראשון עניינו בתפיסה שלפיה דיני זכויות האדם לא התכוונו לחול על סכסוך מזוין, או שהם התכוונו לייחד לסכסוך מסוג זה את דיני הלחימה כ-"lex specialis" (דין מיוחד).<sup>68</sup> הטעם השני מתמקד בממד הטריטוריאלי, ובלשון האמנות הרלוונטיות שקובעות שתחולת זכויות האדם היא

62 דוח טירקל, לעיל ה"ש 21 פס' 94-95.

63 שם, פס' 94.

64 שם, פס' 95.

65 שם.

66 United Nations Country Team in the Occupied Palestinian Territory, *Gaza: Ten Years Later* (July 2017) <https://unsco.unmissions.org/gaza-ten-years-later-report-july-2017>

67 *State of Israel International Covenant on Civil and Political Rights – Second Periodic Report*, para. 8, UN Doc. CCPR/C/ISR/2001/2 (20 Nov. 2001) (בין ישראל לפלסטינים בשטחים מתנהל סכסוך מזוין, ואין תחולה מקבילה של דיני זכויות האדם).

68 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, 1996 I.C.J. Rep. 226 §§ 24-25 (July 8) (להלן: חוות הדעת בעניין נשק גרעיני). עמדה זו אומצה בידי ועדת טירקל (ראו דוח טירקל, לעיל ה"ש 21, פס' 99-100, 186-187) (הדין הספציפי הוא הדין ההומניטרי המסדיר את סוגיית הסגר הימי ואת זכויותיהם של תושבי רצועת עזה, לרבות האיסור על הרעבה ועל מניעת אמצעים חיוניים וכן הגנה על הזכות לחיים). אף שהועלו טענות בדבר הפרת דיני זכויות אדם, הוועדה קבעה כי הדין הספציפי שחל הוא הדין ההומניטרי.

ב"jurisdiction" של המדינה, מונח שמשתרע – כך הטענה – רק על השטח הטריטוריאלי של המדינה.<sup>69</sup>

אומנם הטעם הראשון מצא תחילה סימוכין בחוות דעת של בית הדין הבינלאומי בהאג בעניין החוקיות של הנשק הגרעיני,<sup>70</sup> אולם פסיקה מאוחרת יותר התוותה תפיסה אחרת שלפיה ישנה תחולה מקבילה של שתי מערכות הדינים, ולכן יש לנסות וליישב מתחים שנוצרים בין שתי מערכות הנורמות.<sup>71</sup> כך ניתן להבין גם את קביעתו של בית המשפט העליון בעניין "הסיכולים הממוקדים",<sup>72</sup> שחייב לשקול חלופת מעצר על פני הריגה של חשודים במעורבות בפעולות טרור.<sup>73</sup>

מדינת ישראל מדגישה את הטעם השני כאשר היא מסרבת להחיל פורמלית את אמנות זכויות האדם בשטחים הנתונים לתפיסתה הלוחמתית (בניגוד לדעה הרווחת, שפירשה את המונח "jurisdiction" כ"שליטה אפקטיבית" לרבות מעבר לשטח הריבוני של המדינה).<sup>74</sup>

69 לעמדה שדיני זכויות האדם חלים בתחום השליטה האפקטיבית של המדינה, גם מחוץ לגבולותיה, ראו: Eyal Benvenisti, *The Applicability of Human Rights Conventions to Israel and to the Occupied Territories*, 26 ISR. L. REV. 24 (1992); Orna Ben-Naftali & Yuval Shany, *Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories*, 37 ISR. L. REV. 17 (2003).

70 חוות הדעת בעניין נשק גרעיני, לעיל ה"ש 68.

71 Hassan v. United Kingdom, App. No. 29750/09, Eur. Ct. H.R (2014); Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. Rep. 136 §§ 102–112 (July 9). על תחולת אמנות זכויות האדם מעבר לגבולות המדינה, גם בעת עימות מזוין, ראו הערה כללית 31 של ועדת זכויות האדם (HCR) (לדיני זכויות אדם יש תחולה אקסטרטוריאלית, גם בהיעדר שליטה צבאית. מדינה צריכה לכבד ולהבטיח את זכויות האמנה לכל פרט המצוי תחת כוחה או שליטתה האפקטיבית, גם אם אינו נמצא בשטחה הריבוני) Human Rights Committee, *General Comment 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed in States Parties to the Covenant*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 15, 18 (2004); Al-Skeini v. United Kingdom, App. No. 55721/07, Eur. Ct. H.R (2011) (פעולות של המדינה המבוצעות או הגורמות לתוצאות מחוץ לשטח המדינה עשויות לעלות כדי "הפעלת סמכות" המביאה לתחולת דיני זכויות האדם); NOAM LUBELL, *EXTRATERRITORIAL USE OF FORCE AGAINST NON-STATE ACTORS* 193-253 (2010) (הכותב סוקר את הדין ואת הגישות השונות התומכות בהחלה אקסטרטוריאלית של דיני זכויות אדם בעת עימות מזוין).

72 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006).

73 שם, פס" 18 ו-40 לפסק דינו של הנשיא ברק.

74 ניתן להבין את עמדת ישראל כמי שמתנגדת "התנגדות עקבית" לדעה הרווחת – שהפכה למחייבת מכוח המשפט המנהגי – בדבר משמעות המונח "jurisdiction". מדינה המתנגדת התנגדות עקבית להתגבשותו של כלל מנהגי אינה כפופה לאותו כלל. להרחבה, ראו את הערך "מתנגד עקבי": Olufemi Elias, *Persistent Objector*, in MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, art. I (Rüdiger Wolfrum ed., Sept. 2006) <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1455>. לפרשנות המקובלת – המנהגית – למונח "jurisdiction" כ"שליטה אפקטיבית", ראו לעיל ה"ש 69.



אלא שטעם זה אינו רלוונטי כלל למצור ולסגר הימי על עזה. הטעם לכך הוא שהמצור שישראל מטילה נעשה מתוך השליטה בגבול שנמצא בשטחה הריבוני,<sup>75</sup> וכאשר היא מטילה סגר ימי היא אוכפת אותו באמצעות כלי שיט שסמכותה הטריטוריאלית משתרעת עליהם והם לפי המשפט הבינלאומי כעין שטח צף של מדינת ישראל.<sup>76</sup> בהתאם לאותו הלך מחשבה קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם, שספינות איטלקיות שמשייטות בים התיכון הפתוח מחויבות לפי דיני זכויות האדם האירופיים למשות מבין הגלים ניצולי ספינות טרופות.<sup>77</sup> קביעה זו נובעת מתחולת האמנה האירופית לזכויות אדם גם בספינה, שהיא מעין שטח צף של איטליה, כאשר היא באה במגע עם מהגרים שמנסים לחצות את הים בדרכם אל חופי אירופה. בהתאם לכך ספינות ישראליות מחויבות לקיים את דיני זכויות האדם כאשר הן נתקלות בדייגים שמנסים לדוג למחיתם, במי שמבקש להיכנס לעזה כדי להתאחד עם בני משפחתו ובמי שמבקש לחזור למולדתו או לממש את זכות היציאה ממנה.

ואם יש צורך בהשלמת הטיעון בנקודה זו, אפשר להכליל ולומר שהניסוח המקובל באמנות זכויות אדם בדבר מחויבותה של המדינה לשמור, לכבד ולהבטיח זכויות אדם "בתחום שליטתה" משתרע גם על זכויותיהם של אנשים שנמצאים מחוץ לשטחה, אך מושפעים מפעולתה של המדינה בתוך שטחה. כך למשל, מדינה המאפשרת בשטחה זיהום אוויר שמחולל פגיעות בזכויות אדם בטריטוריה שכנה, אחראית לאותה פגיעה. עיקרון זה התקבל לאחרונה בבית המשפט האינטר-אמריקני לזכויות אדם.<sup>78</sup> במילים אחרות, לפי גישה

75 בעוד שהמחלוקת בפרשנות המונח "jurisdiction" רלוונטית לשאלת תחולתן של אמנות זכויות האדם בגדה המערבית, המצויה בתפיסה לוחמתית של ישראל, הרי שאלת תחולתן של אמנות זכויות האדם בשאלת המצור על עזה אינה מעוררת שאלות של תחולה אקס-טריטוריאלית, שכן המצור עצמו נעשה ונאכף מתוך שטחה הריבוני של ישראל (מעברי הגבול, כלי השיט של ישראל), אשר בעניינו אין מחלוקת בשאלת תחולת האמנות בו.

The case of the S.S. Lotus (Fr. V. Turk.), 1927 P.C.I.J. (Ser A) No. 10 76

Hirsi Jamaa & Others v. Italy, App. No. 27765/09, Eur. Ct. H.R. (2012) 77

78 בחוות דעת מייעצת (Advisory Opinion OC-23/17 (Nov. 15, 2017), Requested by the Republic of Colombia)

קבע בית הדין האינטר-אמריקני לזכויות אדם כך: "The Court considers that States have an obligation to avoid transboundary environmental damage that may affect the human rights of persons outside their territory. For the purposes of the American Convention, it is understood that *the person whose rights have been breached fall within the jurisdiction of the State of origin if there is a causal link between the facts occurring in its territory and the violation of the human rights of person outside its territory*" (שם, פס' 101) (ההדגשה הוספה); עוד קבע בית הדין: "The exercise of jurisdiction by a State of origin in relation to transboundary damage is based on the understanding that it is the State in whose territory or in whose jurisdiction these activities are undertaken, who has effective control over them and is in a position to prevent the causation of transboundary damage that may affect the enjoyment of human rights of individuals outside its territory. The potential victims of the negative consequences of these activities should be deemed to be within the jurisdiction of state of origin for the purposes of any potential state responsibilities for failure to prevent transboundary damage. In any case, not every injury activates this responsibility" (שם,

פרשנית זו לסעיף התחולה במרחב של אמנות זכויות האדם, הדגש יהיה מוסב על המקום שבו הופעל הכוח השלטוני (שטח המדינה) ולא על המקום שבו נמצאים הנפגעים הישירים מכוח זה (שיכולים להיות מחוץ למדינה). החלת עיקרון זה על פעילות הסגר והמצור של ישראל היא בבחינת קל וחומר לאור הנזקים הנרחבים, הישירים והעקיפים, שהסגר והמצור מסיבים לאוכלוסייה אשר בשל הסגר והמצור מנותקת פיזית מהעולם דור שלם כמעט.

## 2. היקף החובות הנובעות מדיני זכויות האדם

ספינות חיל הים האוכפות את הסגר הימי נתקלות בפועל או באופן רעיוני (בשל החשש מעימות) בדייגים שמנסים לדרוג למחיתם ובתושבים שמבקשים להיכנס לרצועה או לצאת ממנה – כדי להתאחד עם בני משפחתם, כדי לחזור למולדתם או פשוט כדי לממש את זכות היציאה מהמדינה.<sup>79</sup> הנטל מוטל אפוא על הצר להצדיק את תכלית הפגיעה ואת נחיצותה לפי פסקאות ההגבלה הרלוונטיות שבאמנות.

בעוד שהסגר הימי מגביל מעבר משטח אחד שאינו בשליטת הסוגר לשטח אחר שגם הוא אינו בשליטתו, ודורש הצדקה להתערבותו במרחב שאינו שייך לו, הרי המצור היבשתי מחייב בדיקה הדוקה יותר. הטעם לכך הוא, שהמצור מגביל מעבר לתוך השטח הריבוני של הצר או מתוכו; האין הריבון רשאי לשלול לפי שיקול דעתו המוחלט מעבר אל שטחו וממנו כשם שבעליו של בית רשאי למנוע אליו כניסתם של דרי רחוב? היעלה על הדעת שדיני זכויות האדם ינגסו או יגבילו את זכותו זו של הריבון?

התשובה על כך היא חיובית. ייאמר תחילה, כי אמנת הפליטים משנת 1951 שישאל צד לה מטילה חובות על המדינות הריבוניות, ובראשן עקרון האי-החזרה (non refoulement<sup>80</sup>). אמנה זו מגדירה פליטות הגדרה מחמירה, ודורשת "פחד מבוסס להיות נרדף מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים או להשקפה מדינית מסוימת ואינו יכול או רוצה להיזקק להגנתה של אותה ארץ בגלל הפחד האמור, הנמצא מחוץ למדינת הלאום ואינו יכול או, בשל אותו חשש, ממאן להיעזר בהגנת אותה המדינה".<sup>81</sup> יש בסיס לטענה, שמתנגדי משטר החמאס הנרדפים על ידו, ודאי מי שנפגעו ממנו ואף מי שנרדפים בידי קהילתם (למשל על רקע של נטייה מינית), זכאים למעמד שכזה. מצב הפליטות האמור מעורר שורה של שאלות קשות בכל הנוגע למימוש החובות החלות על הריבון בעת סכסוך מזוין, ובאיזו מידה המדינה מחויבת לנקוט פעולה אקטיבית כדי לאפשר את היציאה של

פס' 102). כמו כן, ראו: Human Rights Committee, *General Comment No. 36 (2018) on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, U.N. Doc. CCPR/C/GC/36 (Oct. 30, 2018).

79 ס' 12, 23 לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (להלן: ICCPR). ראו Medvedyev and others v. France, App. No. 394-03, Eur. Ct. H.R., Gr. Ch., Judgment §§ 63-67 (29.3.2010) (בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע, שבמסגרת השתלטות של ספינת מלחמה צרפתית על כלי שיט בלב ים ולאחר שהושגה בו "שליטה מלאה ובלעדית", יש תחולה לדיני זכויות האדם מכוח האמנה האירופית).

80 ס' לג לאמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 65 (3), 5 (נפתחה לחתימה ב-1951) (להלן: אמנת הפליטים).

81 שם, בס' א(א)(2).

הפליטים הנדרפים, למשל באמצעות תחנות פתוחות בגבול שיאפשרו מוצא לפליטים. בשלב זה די לומר שישנה חובה לספק מקלט לאותם "פליטים" שמצליחים ליצור מגע עם חיילי צה"ל בים או ביבשה או לעבור את הגבול.<sup>82</sup>

ואולם חשובות ומקיפות יותר הן החובות החלות על הריבון הצר מכוח דיני זכויות האדם הכלליים, ובעיקר החובות המעוגנות באמנות בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות<sup>83</sup> ובדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966.<sup>84</sup> כחלק מן החובות הללו המדינה נדרשת להימנע מלשלח אנשים הנמצאים בשטחה לטריטוריה זרה שבה הם עלולים לחוות עינויים, יחס לא-אנושי או משפיל.<sup>85</sup> יש לציין שהאיסור על עינויים אף מהווה איסור קוגנטי במשפט הבינלאומי.<sup>86</sup> מכאן המשכו של קו טיעון זה: כשם שיש לתת מקלט לאדם החשוף

82 אמנת הפליטים חלה במקרה זה על מי שנמלט מעזה: Case C-364/11 El Karem El Kott and Others v. B Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, § 63 CJEU (2012). לעקרן האיר-הרחקה, ראו יפה זילברשץ "חופש התנועה: כניסה למדינה, שהות בה והציאה ממנה" משפט בינלאומי 305, 312-315 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, 2016) (המחברת מתארת את העיקרון ומציינת שגם אם תתקבל הביקורת שאין מוטל על המדינה בהכרח להעניק מקלט מדיני, עליה לוודא לכל הפחות שלאדם יהא חוף מבטחים ושהוא לא יעמוד בסכנה לחייו או לחירותו. עוד היא מזכירה את ס' 1(3) לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984) (להלן: האמנה נגד עינויים), שלפיו אסור להחזיר אדם למדינה שבה יש סיכוי שהוא יהיה חשוף לעינויים). כך גם לפי המשפט החוקתי הישראלי: בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים ושר המשטרה, פ"ד מט(3) 843, 848-849 (1995) (בנוגע לאזרחי עיראק שהסתננו לישראל וביקשו מקלט מדיני קבע השופט ברק, כי סמכות הגירוש שבידי שר הפנים צריכה להיות מופעלת על בסיס הכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין; על כן אין להפעיל סמכות גירוש אם נשקפת סכנה לחייו או לחירותו של המגורש, ואף בטרם יגורש, על השר להבטיח כי המדינה שאליה יגורש עומדת בתנאים הנדרשים להבטחת זכויות אדם ואיסור על עינויים). במקרה של עזה, השאלה בדבר קיומו של החרגי (השנוי במחלוקת) הנוגע לכפיפות של עקרון האיר-הרחקה לאפשרות להרחיק פליט למדינה שלישית בטוחה אינה מתעוררת (ראו ע"מ 8101/15 צגטה נ' שר הפנים, פס' 37-39 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 28.8.2017) (החוק למניעת הסתננות בישראל, המאמץ מודל של הרחקה למדינה שלישית, אינו נוגד את עקרון האיר-החזרה, כל עוד ההרחקה נעשית למדינה שלישית בטוחה).

83 לעיל ה"ש 79.

84 אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966).

85 ס' 7 ICCPR, לעיל ה"ש 79; ס' 1(3) לאמנה נגד עינויים, לעיל ה"ש 82; Human Rights Committee, *General Comment No. 20 (1992) on Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (July 29, 1994); U. N. Human Rights Committee, *A.R.J. v. Australia*, Communication No. 692/1996, § 6.9 (Aug. 11, 1997).

86 U.N. GAOR, 74<sup>th</sup> Sess., *Report of the International Law Commission on the Work of its Seventy-First Session*, Supp. No. 10 (A/74/10), chap. V, sect. C, Conclusion 23 and

ליחס לא-אנושי או משפיל בטריטוריה זרה, כך – מקל וחומר – אין למנוע ממנו מקלט מיסיואציה של השפלה שהמדינה עצמה יוצרת ומקיימת מעבר לגבולה באמצעות כלים ואמצעים הנמצאים בתוך שטחה (או בכלי שיט של המדינה גם כאשר הם בלב ים). בהתאם לכך, אם המדינה אינה מאפשרת מפלט מן האזור שבו היא מחוללת פגיעה בזכויות, היא נדרשת לפחות – כחלופה – להימנע מליצור את אותם תנאים לא-אנושיים במקום שממנו המדינה אינה מאפשרת לאנשים הללו לצאת. בסוגיית עזה ההיקש ברור: דיני זכויות האדם הכלליים מקימים חובה לישראל שלא למנוע מקלט מתושבי רצועת עזה החשופים למציאות שהיא לא-אנושית או משפילה נוכח הסגר. לכל הפחות ישראל נדרשת להימנע מליצור מציאות זו בעצמה באמצעות סגר ומצור אלה. מתווספות לכך החובות הברורות בנקודות הגבול של המדינה, הנוגעות לזכויות שנפגעות ישירות בעקבות מצור וסגר: הזכות לעבור לשם קבלת חינוך<sup>87</sup> או טיפול רפואי מציל חיים,<sup>88</sup> הזכות לחיי משפחה (איחוד משפחות)<sup>89</sup> וחופש התנועה.<sup>90</sup> מובן שכפי שציינה ועדת טירקל,<sup>91</sup> חובות אלה המוטלות על הריבון הצר כפופות לצורכי הביטחון שלו ולשיקולים אחרים, אלא שמסגור הסוגיות המתעוררות כסוגיות של זכויות אדם מעבירה על המדינה הצרה את הנטל לשכנע בנחיצותו ובמידתיותו של המצור והסגר, בהיבט הרחב של זכויות האדם שנפגעות.

בהתאם לאמור כאן, כל אחד משני גופי הפיקוח מטעם האמנות בדבר זכויות האדם בחנו את מדיניותה של ישראל בנוגע לעזה, ואילו ישראל השיבה מבלי לעורר את השאלה העקרונית בדבר היעדר תחולתה של האמנה. כך השיבה ישראל בשנת 2011 לוועדה מטעם האמנה בדבר זכויות כלכליות, שהיא מאפשרת מעבר של תלמידים בגבולה היבשתי,<sup>92</sup> וכי

---

87 בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך, פס' 24-25 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 6.2.2011).

88 בג"ץ 5693/18 ציאם נ' ראש הממשלה, פס' 15, 22-23, 29 לפסק דינו של השופט פוגלמן, פס' 1 לפסק דינו של השופט עמית ופסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 26.8.2018).

89 ראו בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג' 728, פס' 73 לפסק דינו של השופט חשין (2004).

90 זילברשץ, לעיל ה"ש 82, בעמ' 327-330.

91 הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי – דו"ח שני 62-63 (פברואר 2013) <https://www.idi.org.il/media/5876/the-turkel-report-for-website-hebrew.pdf> ("עם זאת, משפט זכויות האדם הבינלאומי מכיר בכך שבעתות חירום, ניתן לגרוע מזכויות אדם אחרות לטובת צרכים ביטחוניים ממשיים").

92 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 47<sup>th</sup> Sess., 6-9 /C.12/2011/SR.37 (Apr. 11, 2012) <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1AVC1NkPsgUedPIF1vfPMLzVDU3hIUIGmCbDVYvkP88taBdvPyDJewkeJ9Eiz8UXuOk98zCq8kbDNMTZfDbHShc647%2ffjRhi.3mPdEmUXkf4>

המגבלות על דיג בחופי עזה הן מידתיות.<sup>93</sup> כעת נדרשת ישראל לדווח בפני שתי הוועדות על שאלות קונקרטיות בנוגע למדיניות הסגר.<sup>94</sup> אפשר לסכם ולומר, כי דיני זכויות האדם חלים על הסגר והמצור על עזה הן מהבחינה המהותית (השלמה מהותית בין זכויות אדם למשפט הומניטרי), הן מהבחינה הטריטוריאלית (הצעדים להפעלת המצור והסגר ואכיפתם מתרחשים בטריטוריה ישראלית). הם מחייבים הצדקה של הפגיעה בזכויות ובחירויות של תושבי עזה.

## סיכום

מצור וסגר ארוכי טווח מטילים על הצר והסוגר שורה של חובות כלפי האזרחים הנתונים למשטר המצור והסגר, שמקורן בדיני המצור והסגר שהם חלק מדיני הלחימה וכן בדיני זכויות האדם. חובות אלו אינן מתמצות בחובה שלא להרעיק או שלא למנוע אספקה של מי שתייה ומים לצורכי קיום בסיסיים, כפי שנבחנו בידי ועדת טירקל. הסוגר מחויב לאפשר מעבר של אזרחים אל השטח הסגור וממנו, והצר מחויב להבטיח מעבר של אזרחים אל שטחו ומתוכו כדי להבטיח שורה של זכויות אדם; ובייחוד עליו להימנע משימוש בשטחו כדי ליצור מחוץ לשטחו מצב העולה כדי יחס לא-אנושי ומשפיל. מצור וסגר ארוכי טווח ללא הגבלת זמן ואופק של שינוי נראה לעין כמוהם כיחס לא-אנושי ומשפיל, משום שהם מתעלמים מצרכים אנושיים בסיסיים ורואים קיום אנושי כצריכת מזון ומים בלבד. יחס המודר קיום אנושי כצריכה של מזון ומים בלבד אינו מתיישב עם ההכרה בכבודם של הנצורים כבני אדם ש"חוננו כתבונה ובמצפון", כלשונה של ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם.<sup>95</sup> ההכרזה ואמנות זכויות האדם השונות שבאו בעקבותיה מבטאות מחויבות של משטר זכויות האדם להבטחת האפשרות של אדם לקיים את חייו כאדם, מעבר לאספקה של צרכים בסיסיים שהבטחתם של אלה בלבד כמוה כשלילת אנושיותו. יחס לא-אנושי ומשפיל שכזה סותר אפוא סתירה חזיתית את העיקרון בדבר כבודו של כל אדם, שעומד בבסיס ההכרה המשפטית הבינלאומית בזכויות האדם ושדיני הלחימה הם למצער "דין מיוחד" שמסתעף ממנו.

בחינתה של מדיניות המצור הימי של ישראל על עזה לפי דיני המצור במונחם הצר אפשרה לוועדת טירקל לגמד את השאלה המשפטית ולמקד אותה בשאלות – החיוניות אומנם אך הצרות – של הרעבה או אף של אספקה של צורכי קיום בסיסיים. לכן מובן

93 שם, בעמ' 5-6.

94 Human Right Committee, *List of Issues Prior to Submission of the Fifth Periodic Report of Israel*, UN Doc. CCPR/C/ISR/QPR/5 (Sept. 7, 2018) <https://digitallibrary.un.org/record/1640666>; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *List of Issues in Relation to the Fourth Periodic Report of Israel*, UN Doc. E/C.12/ISR/Q/4 (Apr. 3, 2019) [http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEov\\_LCuW0fekJcyL\\_VE4h%2fkYm\\_h4jSas3IT\\_b0yqW1m14g\\_VXEZzPmWKVjJ8fY5Q8SGbNGzPyWxBtL\\_RemOBgOJ4Xe5GqP4AY.6sSm%2bdqxIjT1\\_d55la9DvptJ](http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEov_LCuW0fekJcyL_VE4h%2fkYm_h4jSas3IT_b0yqW1m14g_VXEZzPmWKVjJ8fY5Q8SGbNGzPyWxBtL_RemOBgOJ4Xe5GqP4AY.6sSm%2bdqxIjT1_d55la9DvptJ)

.U.N. G.A. Res. 217 (III) A, *Universal Declaration of Human Rights*, art. 1 (Dec. 10, 1948).

הניסיון של ארגוני זכויות אדם ומשפטנים להפנות לדיני התפיסה הלוחמתית כדי להרחיב את מסגרת הדין ולאפשר בחינה של הקשת הרחבה של ההגבלות שהסגר והמצור מעוררים. אלא שבחינה באספקלריה של דיני התפיסה הלוחמתית, כפי שביקשו לקיים ארגוני זכויות אדם ומשפטנים, מטשטשת את ההבדל בין מי ששולט שליטה ישירה לבין מי שמטיל מצור וסגר מבחוץ ואת חלוקת האחריות ביניהם, מה גם שעל המחזיק בשטח מוטלות חובות בנוגע לניהולו; לא מובן מאליו שמוטלת עליו גם חובה לאפשר כניסה ויציאה לתושבים בשטח שבשליטתו. לעומת זאת, בחינת מדיניות המצור הימני של ישראל על עזה באספקלריה של דיני המצור והסגר ארוכי הטווח ודיני זכויות האדם מאפשרת למקד את תשומת הלב באחריות של הצר על ההחלטות שהוא מקבל בשטחו ומבצע בנקודות הגבול היבשתיות או הימיות שלו. ייתכן שתכליתן של ההחלטות הללו היא מוצדקת צבאית, אך תוצאתן היא הפעלת לחץ אסורה על אוכלוסייה אזרחית ויצירת מסגרת קיום לא-אנושית ומשפילה. מעניין כי הדרישה בספר דברים לשמירה על עקרון המידתיות בעת מצור מושתתת גם היא על ההכרה בטבע האדם. כנאמר בפרק כ': "כִּי־תִצּוֹר אֶל־עִיר... לֹא־תִשְׁחִית אֶת־עֵצָה... כִּי הָאָדָם עֵץ הַשָּׂדֶה...". הוגו גרוטיוס מעגן את הדרישה למידתיות בדיני הלחימה בציווי הזה, והוא מטעים כי דרישה זו משמעותה החובה לחוס ככל האפשר על "כל מה שנחוץ לשם הקיום האנושי".<sup>6</sup> במצור וסגר שנמשכים כבר שנים וסופם אינו ידוע, הקיום האנושי זקוק ליותר ממנת קלוריות יומית ומכסת מים מספיקה לשתייה ולהיגיינה אישית.

