

מדד השליטה - אחריותה המתמשכת של ישראל ברצועת עזה

נובמבר 2011





Gisha - Legal Center for Freedom of Movement
גִּישָׁה - מרכז לשמירה על הזכות לנוע (ע"ר)
مسلك - مركز للدفاع عن حرية الحركة

מדד השליטה - אחריותה המתמשכת של ישראל ברצועת עזה

נובמבר 2011

מדד השליטה - אחריותה המתמשכת של ישראל ברצועת עזה

כתיבה: שרי בשי ותמר פלדמן

מחקר: אימאן ג'בוה, נעמה אדה, ברט קאופמן, ד"ר קתרינה פנב, תמר פלדמן, שרי בשי

עריכה ועריכה לשונית: נגה קדמן

צילום שער: אורן זיו/אקטיביסטיילס

מפה: OCHA-OPT

עיצוב: סטודיו דוד ויוסף

עמותת גישה: טל: 03-6244120 | פקס: 03-6244130

רח' הרכבת 42, תל אביב-יפו 67770 | www.gisha.org | info@gisha.org

תודות: לפרופ' אייל גרוס, פרופ' יובל שני, פרופ' איל בנבנשתי ופרופ' דוד קרצ'מ, על הערותיהם מאירות העיניים לתכנים של נייר עמדה זה. האחריות לעמדות ולעובדות המוצגות כאן היא של המחברות בלבד.

נייר עמדה זה הופק הודות לתמיכה הכספית של Trócaire, שגרירות נורווגיה בישראל ומשרד החוץ הנורווגי ו-Broederlijk Delen, כמו גם התורמים העיקריים של גישה:

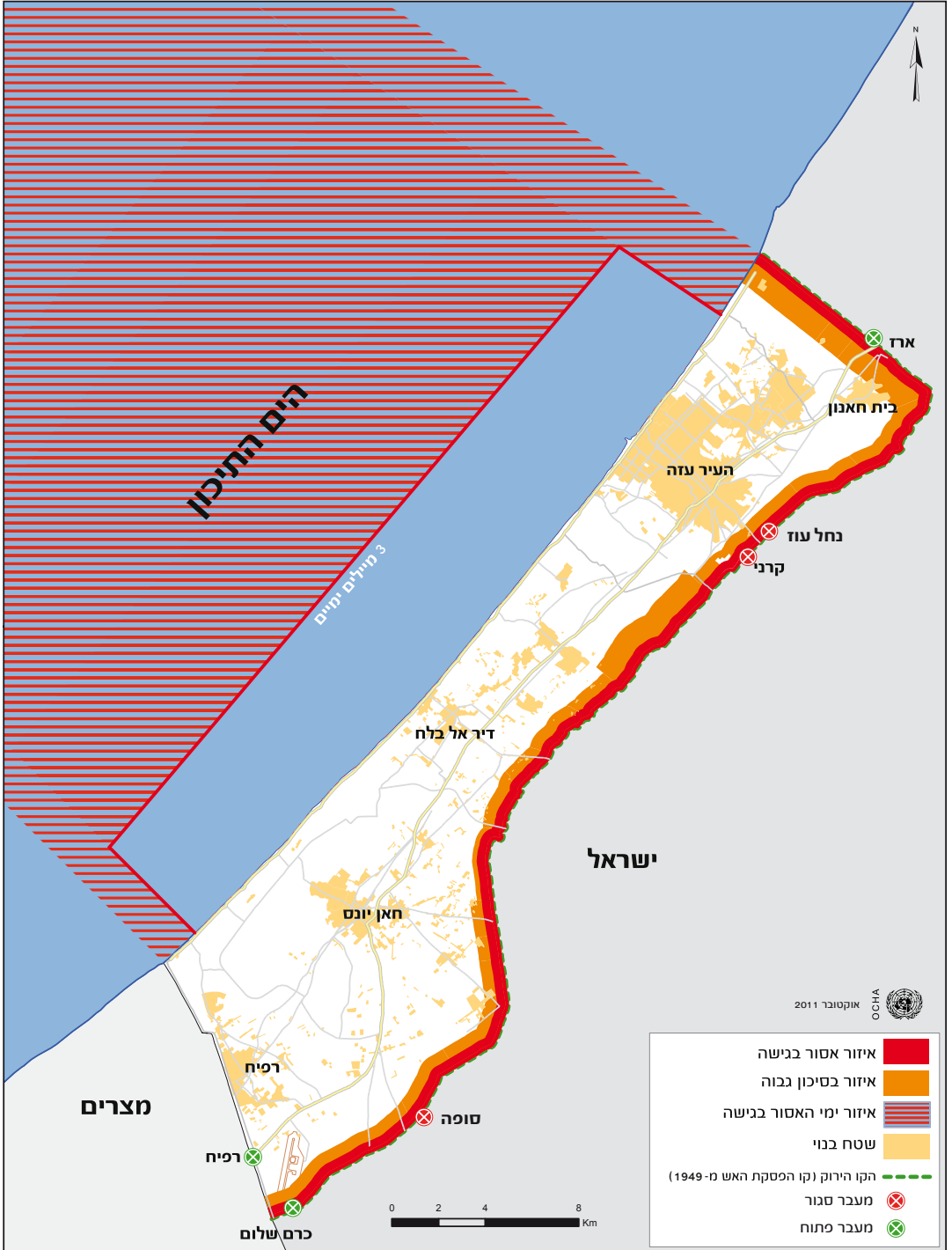
Foundation Open Society Institute, Gal Family Trust, NGO Development Center, Irish Aid, Sigrid Rausing Trust, the Foundation for Middle East Peace, the Women Donors Network.

התוכן של נייר עמדה זה הוא באחריות הבלעדית של גישה, והוא אינו משקף בהכרח את עמדתם של אילו מהגופים שהוזכרו.

מסת"ב: 8-9-91069-965-978

תוכן עניינים

5	מבוא
8	תקציר
10	פרק 1: סקירה עובדתית - שליטה ברצועת עזה
21	פרק 2: תחולת דיני הכיבוש ברצועת עזה
37	פרק 3: חובות פוסט כיבוש
47	פרק 4: חובות מכוח דיני זכויות אדם
50	פרק 5: אחריותן של הרשויות הפלסטיניות
54	פרק 6: יישום המסגרת המשפטית - חובותיה של ישראל כלפי רצועת עזה כיום
60	סיכום והמלצות



בשנת 2006, לאחר ביקור ברצועת עזה, ברמאללה ובירושלים המערבית, קיימה הנציבה העליונה של האו"ם לזכויות אדם דאז, לואיז ארבור, פגישה עם נציגים של ארגוני זכויות אדם ישראלים והתייחסה למצב זכויות האדם ברצועת עזה. בעזה, לדבריה, הפרת זכויות התושבים זועקת לשמיים. הקושי שמתעורר, אמרה, לאחר ששוחחה עם נציגיהם של ממשלת ישראל, שלטון חמאס והרשות הפלסטינית - הוא לאתר את נושאי החובות.

חוסר בהירות באשר לאחראים להגנה על התושבים הפלסטינים המתגוררים ברצועת עזה ולמימוש זכויותיהם מוסיף להתקיים מאז, מה שתורם להתנערותם מאחריות של כל הצדדים, ובעיקר של אלה המפעילים שליטה עיקרית על חייהם של תושבי עזה, דהיינו ישראל, שלטון חמאס והרשות הפלסטינית. אפילו בהקשר המורכב של השטחים הפלסטיניים, רצועת עזה מהווה אתגר מסובך במיוחד לניתוח האחריות מכוח הדין הבינלאומי. החל משנת 2005, מדינת ישראל טוענת שעם ה"התנתקות" הסתיים הכיבוש הישראלי ברצועת עזה ושדיני הכיבוש - בעיקר ההוראות הרלוונטיות של אמנת ג'נבה הרביעית ושל תקנות האג - חדלו לחול על פעולותיה כלפי תושבי עזה. עמדה זו הוקשחה לאחר העלייה לשלטון של תנועת חמאס ביוני 2007 והשינויים שחלו באופי השליטה של כלל הגורמים בעקבותיה. מסיבה זו, בהחלטותיה באשר לכניסה לרצועת עזה וליציאה ממנה, הן של אנשים הן של סחורות, ישראל רואה עצמה מחוייבת לקיים סטנדרט מינימלי בלבד. לכן, החל מיוני 2007 ישראל טוענת שחובותיה כלפי רצועת עזה מוגבלות לחובה לאפשר מעבר של סחורות "החיוניות להישרדות האוכלוסייה האזרחית" ומעבר אנשים "במקרים הומניטאריים, בדגש על מקרים רפואיים דחופים" בלבד.

בינואר 2007 פרסמה עמותת גישה נייר עמדה,¹ בו טענה כי דיני הכיבוש מוסיפים לחול על פעולותיה של מדינת ישראל ברצועת עזה גם אחרי ה"התנתקות", כאשר היקף חובותיה של ישראל כלפי התושבים נקבע בהתאם להיקף שליטתה ברצועה. בנוסף, נטען כי דינים נוספים חלים על פעולותיה של מדינת ישראל, לרבות דיני זכויות אדם, דיני פוסט כיבוש וכן המשפט הישראלי המנהלי והחוקתי.

¹ גישה, **כובשים מנותקים - מעמדה המשפטי של רצועת עזה** (2007) (להלן: גישה, **כובשים מנותקים**).
www.gisha.org/UserFiles/File/publications/Hebrew%20Position%20Paper%20for%20website.pdf

בנייר העמדה הנוכחי נבקש להתייחס לשינויים שחלו בשליטה על רצועת עזה מאז שנת 2007, אשר משפיעים על ניתוח החובות של הצדדים. למרות שנתמקד ברצועת עזה, נתייחס למסגרת הנורמטיבית החלה על כלל השטחים הפלסטיניים - רצועת עזה והגדה המערבית; נבקש להתמקד בחובותיה של מדינת ישראל,² אך נתייחס גם לאחריות בה נושאים גורמים אחרים, ובעיקר שלטון חמאס בעזה והרשות הפלסטינית היושבת ברמאללה.

הטענה העיקרית שלנו היא כי ישראל מוסיפה לחוב חובות הקשורות לסדר הציבורי ולאפשרות לנהל חיים תקינים בשטחים הפלסטיניים, מכיוון שהיא שולטת בחלק מהתחומים הקשורים בכך, ומשום שבעבר שלטה בתחומים נוספים. נתקשקש דווקא על חובות מכוו דיני כיבוש ודיני פוסט כיבוש, משום שחובות אלו, הקשורות לניהול חיים תקינים ולקיום הסדר הציבורי, הולמות את טיב השליטה הנוכחית וההיסטורית, קרי שליטה בסמכויות שלטוניות שיש בהן כדי להסדיר את החיים הציבוריים ולאפשר לתושבים לנהל חיים תקינים. נטען כי במצב השורר כיום בשטחים הפלסטיניים, בו ישראל ויתרה על סמכויות מסויימות אך מוסיפה להפעיל סמכויות אחרות, דיני כיבוש ודיני פוסט כיבוש חלים זה לצד זה, בהתאם למידת השליטה המופעלת על ידי ישראל ולתלות שקיימת לתושבי רצועת עזה בישראל באותו תחום.

כארגון זכויות אדם המעניק סיוע משפטי לתושבי השטחים הפלסטיניים, אנו שואפים כמוכח למצוא מסגרת משפטית שתיטיב להגן על זכויות הפרט ולהבטיח כי הרשויות השולטות יקיימו את חובותיהן לאפשר חופש תנועה וחיים תקינים עבור האוכלוסייה האזרחית. עם זאת, מטרתנו בנייר עמדה זה אינה להציג את המשפט הרצוי מבחינתנו (שבינו לבין המשפט המצוי פער גדול), אלא ליישם את הדוקטרינות המקובלות במשפט הבינלאומי, במצב השורר כיום בשטחים הפלסטיניים: מצב בו כוח זר מפעיל שליטה על אנשים שאינם אזרחי מדינתו או תושביה, ושעליהם דיני אותה מדינה (לרבות ההגנה שהם מספקים לפרט) אינם חלים. תכליתו של המשפט ההומניטרי הבינלאומי היא להסדיר את היחסים בין התושבים לבין הכוח הזר, בעיקר באמצעות דיני הכיבוש. בכך, רצועת עזה והגדה המערבית אינן ייחודיות, והמשפט ההומניטרי הבינלאומי מספק פתרונות לסוגיות המורכבות שמתעוררות בנסיון לנתח את אחריותם של הגורמים השונים המפעילים שליטה בשטחים הפלסטיניים. בנייר עמדה זה, אנו שואפים להציג פתרונות אלה.

בפרק **הראשון** נערוך סקירה עובדתית של שליטת הגורמים הרלוונטיים העיקריים - ישראל, שלטון חמאס והרשות הפלסטינית - ברצועת עזה, תוך הדגשת השינויים שאירעו מאז העלייה של חמאס לשלטון ברצועת עזה, וכן, מאז פרסום "כובשים מנותקים". נראה, שמאז שנת 2007 הופחתה שליטתה של מדינת ישראל בתנועת אנשים וסחורות מרצועת עזה ואליה, אם כי

² הבחירה להתמקד בחובותיה של מדינת ישראל משקפת את המנדט של עמותת גישה, כארגון זכויות אדם ישראלי, לדאוג לכך שהרשויות הישראליות יכבדו את החוק וישמרו על זכויותיהם של אנשים שנמצאים בשליטתן. עמותת גישה מביעה הערכה עמוקה לעמיתינו בארגוני זכויות אדם פלסטיניים, אשר פועלים במטרה שהרשויות הפלסטיניות - הן בעזה, הן בגדה המערבית - ישמרו על זכויותיהם של האנשים עליהם הן מפעילות שליטה.

ישראל עדיין מפעילה שליטה משמעותית על תנועה זו. נתייחס גם לשינויים במערכת המיסוי ברצועת עזה כתוצאה מהשינוי בשלטון הפנימי.

בפרק **השני** נציע מסגרת נורמטיבית להחלתם של דיני הכיבוש על פעולותיה של מדינת ישראל ברצועת עזה. נתייחס לשליטה הישראלית על השטחים הפלסטיניים כעניין דינמי, בו מתאפשר מימוש חלקי של הריבונות הפלסטינית, תוך המשך הפעלת סמכויות שלטוניות על ידי הכוח הכובש. בהקשר הזה, נתייחס לשאלה של "סיום הכיבוש" כמעשה שמתרחש לאורך זמן, כשלא תמיד ניתן לדעת באיזו נקודה אנחנו נמצאים ברצף השליטה שמסמן את קיום הכיבוש או את סיומו. נציע ניתוח לפיו אחריות מוטלת בהתאם לשליטה, ולפיו ויתור על שליטה בתחום מסויים יביא לביטול האחריות באותו תחום.

בפרק **השלישי** נתייחס לחובות שחלות כתוצאה מדיני פוסט כיבוש, גם לאחר ויתור על היבטים מסויימים של שליטה. נראה, שלמשך תקופת מעבר, ישראל תוסיף לחוב חובות גם בתחומים בהם ויתרה על שליטתה, וזאת במסגרת חובתה להגן על האוכלוסייה האזרחית במעבר שבין כיבוש למימוש ריבונות חוקית.

בפרק **הרביעי** נתייחס לתחולתם של דיני זכויות האדם, שגם הם חלים על פעולותיה של מדינת ישראל כלפי רצועת עזה, שעל חיי תושביה היא משפיעה באופן ישיר וניכר.

בפרק **החמישי** נתייחס לחובותיהן של הרשויות הפלסטיניות, אשר גם הן מפעילות שליטה בשטחים הפלסטיניים, וכן נוסיף התייחסות קצרה לתפקידה של מצרים.

בפרק **השישי** ניישם את המסגרת המוצעת ברצועת עזה, תוך נסיון לתת מענה לסוגיות ספציפיות שמתעוררות כתוצאה מהשליטה המשולבת של שלושת הגורמים העיקריים.

אנו מאמינים כי ניתוח זה יסייע בהבנה של חלוקת האחריות בין הגורמים השונים, הן בעזה הן בגדה, כלפי התושבים אשר זכויותיהם זקוקות להגנה. הניתוח מתמקד אמנם ברצועת עזה, אך עקרונותיו יפים גם לגדה המערבית, שם ייתכנו שינויים בהיקף ובאופי השליטה של השחקנים השונים בזירה לאורך הזמן, בין היתר כנגזרת ממעמדה הבינלאומי של הישות הפלסטינית וממידת ההכרה בעצמאותה.

בשנים האחרונות עומדת רצועת עזה בלב ויכוח משפטי בעל השלכות הולכות וגוברות על המציאות המדינית באזור, כמו גם על חייהם של פלסטינים וישראלים. במרכז הויכוח עומדת שאלת המעמד המשפטי של עזה אחרי שישראל הסיגה משטחה את כל בסיסי הקבע הצבאיים ואת ההתנחלויות בספטמבר 2005. העמדה הרשמית של מדינת ישראל היא שכיבוש הרצועה, שהחל בשנת 1967, בא אז אל קיצו, ואיתו פג תוקפם של דיני הכיבוש ביחס אליה. לפי עמדה זו, חובותיה של ישראל כלפי תושבי הרצועה נובעות אך ורק מדיני הלחימה, שממשיכים להיות בתוקף כל עוד נמשך מצב של עימות אלים בין צבאה לבין ארגונים חמושים מן העבר השני של הגדר.

בשנת 2007 פירסמה עמותת גישה את נייר העמדה "כובשים מנותקים", בו טענה שדיני הכיבוש עדיין חלים על כל פעולות ישראל ביחס לרצועת עזה, וזאת בשל השליטה הניכרת שהיא עדיין מפעילה עליה. "מדד השליטה" נועד לעדכן את הניתוח המשפטי ההוא ולהתאימו לשינויים שחלו במציאות ובדפוסי השליטה של הגורמים השונים על רצועת עזה מאז שנת 2007, בין היתר כתוצאה מהשתלטות תנועת חמאס על השלטון הפנימי בעזה.

מסמך זה ממחיש כיצד, גם אחרי ההתפתחויות של השנים האחרונות, ישראל ממשיכה לשלוט במרחב האווירי ובמים הטריטוריאליים של רצועת עזה, בניהול מרשם האוכלוסין הפלסטיני ובמעבר אנשים וסחורות אל עזה וממנה. כמו כן, ישראל מוסיפה לקיים נוכחות פיזית מסויימת בשטחה של הרצועה, לגבות מכס ומע"מ עבור סחורות שנכנסות לרצועה, ולשלוט בתשתיות של רצועת עזה, באמצעות התלות שלהן באספקה מישראל.

האם משמעות הדבר היא שעזה עודנה כבושה בידי ישראל? בנייר העמדה נתייחס ל"סיום הכיבוש", הן בעזה הן בגדה המערבית, כאל תהליך שמתרחש לאורך זמן; כיום אנו נמצאים אי שם על הרצף שבין כיבוש לבין סיומו, קרי מצב בו ישראל כבר ויתרה על סמכויות שלטוניות מסוימות ברצועת עזה ובגדה המערבית ומאפשרת לרשויות הפלסטיניות להפעילן, אולם מוסיפה להפעיל סמכויות שלטוניות אחרות ואינה מאפשרת לאחרים להפעילן. בשל כך, לא ניתן לקבוע כי הסתיים הכיבוש ברצועת עזה, ולכן דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי

ממשיכים לחול לגבי ישראל באותם תחומים בהם היא מוסיפה להפעיל שליטה על חייהם של התושבים הפלסטינים. בתחומים בהם ישראל העבירה סמכויות או ויתרה עליהן ומאפשרת לגורמים אחרים להפעילן - אחריותה כלפי האוכלוסייה האזרחית פוחתת או מתאינת.

בנוסף, למשך תקופת מעבר, ישראל תוסיף לחוב חובות גם בתחומים בהם ויתרה על שליטתה, עד שנציגי העם הפלסטיני יוכלו להפעיל את ריבונותם בצורה עצמאית. זאת, על-פי דוקטרינת פוסט כיבוש, אשר מחייבת הגנה על האוכלוסייה האזרחית במעבר שבין כיבוש למימוש ריבונות חוקית. כמו כן, ישראל מוסיפה לחוב חובות גם מכוח דיני זכויות האדם, בכל מקום בו הפעולות של גורמיה הרשמיים משפיעות באופן משמעותי וישיר על תושבי עזה.

הרשויות הפלסטיניות, אף שהן אינן גורמים מדינתיים (והכרה במדינה פלסטינית לכשעצמה לא תהפוך אותן לכאלה), חבות אחריות בתחומים בהם הן שולטות, מכוח דיני זכויות אדם ודיני לחימה.

כיום, ישראל מפרשת את חובותיה כלפי תושבי רצועת עזה (ובמידה פחותה גם כלפי תושבי הגדה המערבית) כמגבלות לחובות "מינימליות", הנגזרות ממסגרת משפטית של דיני לחימה. בהקשר זה, היא מאפשרת מעבר אנשים רק "במקרים הומניטאריים חריגים", ובתקופות שונות הגבילה את מעבר הסחורות לאלה ש"חיוניות להישרדות האוכלוסייה האזרחית". לעומת זאת, עמדת עמותת גישה הינה כי ישראל מחוייבת מתוקף דיני כיבוש ופוסט כיבוש לאפשר את רמת התנועה של אנשים וסחורות הנחוצה לקיום חיים תקינים ולהגביל תנועה רק אם קיים צורך בטחוני קונקרטי ותוך איזון עם צרכיהם של תושבי עזה וזכויותיהם.

על ישראל לקיים את חובותיה על פי המשפט הבינלאומי, בכך שתאפשר מעבר חופשי של אנשים ושל סחורות מרצועת עזה ואליה, בכפוף לבדיקות פרטניות ולהסדרי מעבר שנותנים מענה לצרכי הבטחון של ישראל ומקיימים את חובותיה לדאוג ולסייע לקיומם של החיים התקינים בתוך רצועת עזה. **משום שפיתוח כלכלי וחברתי, איחוד משפחות, גישה לחינוך ואפשרות לקבלת טיפול רפואי הולם תלויים במידה רבה באפשרות לנוע ולהעביר סחורות, על ישראל לאפשר את רמת חופש התנועה הדרושה לא רק להישרדות אלא גם לשגשוג, פיתוח וקיום זכויות הפרט.**

אף שהניתוח שמוצג בנייר עמדה זה מתמקד ברצועת עזה, הוא עשוי להועיל להבנת חובותיה של ישראל בשטחים הפלסטיניים בכלל, בייחוד לאור שינויים אפשריים במרכיבי השליטה שעשויים להתרחש בעתיד, בין היתר כתוצאה מהכרה בינלאומית אפשרית במדינה פלסטינית. בין אם מדובר במדינה או בכל ישות אחרת - שליטה מולידה אחריות, והיקף האחריות וטיבה נקבעים לפי היקף השליטה וטיבה.

פרק 1:

סקירה עובדתית - שליטה ברצועת עזה

בינואר 2007 פרסמה עמותת גישה את "כובשים מנותקים", נייר עמדה בו התייחסה, בין היתר, לתחומים בהם ישראל מוסיפה להפעיל שליטה ברצועת עזה, גם לאחר נסיגת הכוחות הקרקעיים הקבועים והסרת ההתנחלויות הישראליות מהרצועה באוגוסט-ספטמבר 2005.³ בנוסף, מתאר הנייר עמדה כיצד הנוכחות הישראלית הצבאית הקבועה בגדה המערבית ואמצעי השליטה המופעלים שם משליכים גם על חייהם של תושבי רצועת עזה, שכן בין תושבי רצועת עזה והגדה המערבית קיימים קשרי משפחה ענפים וכן קשרי מסחר, כלכלה, תרבות וחינוך הדוקים. מאז 2007 נערכו שינויים בשליטה הישראלית ברצועת עזה, בעיקר בעקבות ההשתלטות של תנועת חמאס על השלטון ברצועת עזה בחודש יוני 2007. בפרק זה נסקור בקצרה את היבטי החיים בעזה עליהם מוסיפה ישראל להפעיל שליטה, תוך הדגשת השינויים שאירעו מאז פרסום "כובשים מנותקים": תנועת אנשים וסחורות, מרשם האוכלוסין, מערכת המיסוי, שליטה פיזית בשטח הרצועה, שליטה בתשתיות אזרחיות של רצועת עזה כגון חשמל, מים ותקשורת, והשלכותיה של השליטה ברשות הפלסטינית ובגדה המערבית על חייהם של תושבי עזה.

תנועת אנשים וסחורות

המרחב האווירי

ישראל מפעילה שליטה מלאה על המרחב האווירי של רצועת עזה ומונעת תנועה אווירית של נוסעים או סחורות. שדה התעופה שהוקם ברצועת עזה בשנת 1998 נסגר באוקטובר 2000 לאחר פרוץ האינתיפאדה, והופץ בידי ישראל בשנת 2001. מאז אין תנועה לרצועת עזה וממנה דרך האוויר, פרט לכלי טיס ישראליים, מאוישים ולא מאוישים, אשר נעים בשמי הרצועה, מבצעים תצפיות, אוספים מידע ומפציצים יעדים, לרבות באמצעות "סיכולים ממוקדים", קרי התנקשות מן האוויר באנשים שישראל מגדירה כמבוקשים.

³ גישה, כובשים מנותקים לעיל ה"ש 1.

המים הטריטוריאליים

ישראל מפעילה שליטה מלאה במים הטריטוריאליים של רצועת עזה ומונעת תנועה של נוסעים ושל סחורות דרך הים. את פעילות הדייג מגבילה ישראל עד למרחק של כשלושה מיילים ימיים מחופי עזה. באופן חריג, אפשרה ישראל בשנת 2008 לשש ספינות להגיע לחופי עזה,⁴ אך מאז היא מונעת מכל ספינה להגיע.⁵ ישראל הסבירה את מניעת התנועה הימית מול חופי עזה באמצעות מסגרות משפטיות שונות: עד לשנת 2005, לדידה, מניעת התנועה נעשתה מכוח דיני כיבוש; החל משנת 2005, נימקה ישראל את שליטתה במים הטריטוריאליים של עזה כהטלת "מגבלות בטחוניות על איזורי הדייג, מול חופי רצועת עזה",⁶ וגם, לעיתים, כאזורי החרגה (exclusion zone) או אזורי לחימה.⁷ ביום 3.1.2009, בעיצומו של המבצע הצבאי רחב ההיקף שכונה "עופרת יצוקה", הכריזה ישראל על "מצור ימי" (maritime blockade) מול חופי עזה. אף על פי שהמבצע הסתיים באותו חודש, ישראל הותירה את המצור בתוקף.⁸

חרף התחייבותה לאפשר הקמת נמל ים ברצועת עזה, הרסה ישראל בשנת 2001 את המתקנים של החברה הזרה שעמדה להתחיל בבניית הנמל, ומאז היא מונעת את הקמתו, בכך שאינה מסכימה להתחייב לתורמים כי לא תהרוס אותו אם ייבנה.⁹

המעברים היבשתיים עם ישראל

מטבע הדברים, ישראל מפעילה שליטה מלאה על המעברים שבינה לבין רצועת עזה. מאז יוני 2007 סגרה ישראל שלושה מתוך ארבעה מעברי סחורות של רצועת עזה: מעבר קרני, עורק החיים המסחרי של רצועת עזה, דרכו עברו משאיות יוצאות ורוב המשאיות הנכנסות; מעבר סופה, דרכו הועברו חומרי בנייה לרצועה; ומסוף נחל עוז, דרכו הועברו דלק וגז בישראל. המעברים שנותרו פתוחים בין ישראל לעזה הם מעבר כרם שלום לסחורות, שנמצא בתוך ישראל, בסמוך לגבול המשולש בין ישראל, רצועת עזה ומצרים, ומעבר ארז לתנועת נוסעים, שהתנועה בו עבור תושבים פלסטינים מוגבלת ל"מקרים הומניטאריים בדגש על מקרים רפואיים דחופים".¹⁰ בפועל, החל מיולי 2010 עומד מספר היציאות של פלסטינים מעזה דרך ארז על כ-3,000 מדי חודש, בעיקר חולים ומלוויהם, ומשנת 2011 גם סוחרים.

⁴ הפרקליטות הצבאית, "נייר עמדה בנושא ההיבטים המשפטיים של הטלת המצור הימי על רצועת עזה ואכיפתו שהוגש לוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010" (להלן: נייר עמדה הפצ"ר), www.mag.idf.il/SIP_STORAGE/files/1/911.pdf, בעמ' 39.

⁵ בדצמבר 2008 מנע חיל הים מכמה ספינות סיוע להגיע לחופי עזה. כך, למשל, מנע הגעתה של ספינה לובית (רוני סופר וסוכנויות הידיעות, "חיל הים מנע מספינה לובית להעביר ציוד לעזה" www.ynet.co.il/articles/0.7340L-3631228.00.html 1.12.2008 (Ynet)).

⁶ וספינה שהפליגה מקפריסין עם ציוד סיוע (רוני סופר ויעל לוי, "ספינת סיוע התנגשה בספינת חיל הים בעזה" www.ynet.co.il/articles/0.7340L-3646981.00.html 30.12.2008 (Ynet)).

⁷ מכתב מרות בר, עוזרת שר הבטחון, לשרי בשי, מנכ"ל עמותת גישה ולג'טיקה מונטל, מנכ"ל ארגון בצלם (9.5.2007) (ברשות המחברים).

⁸ נייר עמדה הפצ"ר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 38.

⁹ שם. השוו: גישה, נייר עמדה לסיכום עבודתה של ועדת טירקל (ינואר 2011).

¹⁰ גישה, www.gisha.org/UserFiles/File/HiddenMessages/Turkel_position_paper_heb23_1_11.doc

¹¹ גישה, www.gisha.org/UserFiles/File/HiddenMessages/fatma_shariff_petition.pdf, עמ' 45.

¹² ס' 15 לתגובת המדינה בבג"ץ 4906/10 שריף נ' משרד הבטחון, www.gisha.org/UserFiles/File/HiddenMessages/fatma_shariff_petition.pdf (להלן: תגובת המדינה בעניין שריף).

באמצעות השליטה במעבר הסחורות משפיעה ישראל באופן ניכר על החיים בתוך רצועת עזה, שטח קטן וצפוף שזקוק למסחר עם העולם החיצון לצורך קבלת מוצרים בסיסיים וניהול כלכלה יצרנית. כאשר ישראל מחליטה כי ניתן יהיה לייצא פרחים, תותים ופלפלים, אבל לא גלידה, בסקוויטים או משקאות¹¹ - היא בעצם קובעת אילו תעשיות בתוך עזה יתפקדו. כאשר ישראל מאלצת ארגון בינלאומי לשנות מיקום בתוך עזה בו ייבנה בית ספר, כתנאי לקבלת אישור להכניס את חומרי הבנייה הנחוצים¹² - היא משפיעה על מדיניות התכנון והבנייה בתוך רצועת עזה.

המעבר היבשתי בין עזה למצרים

הסכם המעברים משנת 2005 ציין את סוף נוכחותה הצבאית של ישראל במעבר רפיח שבין מצרים לרצועת עזה, אך הותיר בידיה שליטה מהותית בו, באמצעות שליטה במרשם האוכלוסין הפלסטיני שמכתיב את הרשאים לעבור ברפיח, פיקוח על העוברים ברפיח, וכן אפשרות להחליט על סגירת המעבר. המעבר פעל באופן סדיר על-פי ההסכם עד יוני 2006. בדו"ח שפרסמו עמותת גישה וארגון רופאים לזכויות אדם בשנת 2009, שכותרתו: "מעבר רפיח: מי מחזיק במפתחות?", פורטו הנסיבות שהביאו לסגירתו של מעבר רפיח לתנועה סדירה החל מחודש יוני 2006 וכן עמדנו בדבר האחריות שמוטלת על כל הצדדים - ישראל, מצרים, הרשות הפלסטינית, חמאס וגורמים חיצוניים - כתוצאה מהשפעתם על האפשרות לפתוח את המעבר.

בחודש יוני 2010, לאחר שהשתלטות ישראלית על ספינת המאווי מרמרה, שהיתה בדרכה לחופי עזה, הביאה למותם של תשעה נוסעים מירי חיל הים ועוררה ביקורת בינלאומית חריפה, פתחה מצרים את מעבר רפיח לתנועה סדירה. היא עשתה זאת שלא במסגרת הסכם המעברים, עבור קטגוריות מוגבלות של נוסעים, בהן זרים, פלסטינים המבקשים טיפול רפואי במצרים, פלסטינים בעלי תושבות או אזרחות זרה, או המחזיקים בויזה למדינה שלישית, סטודנטים המבקשים ללמוד בחו"ל וכן בעלי אישורים פרטניים מטעם מצרים. מיוני 2010 ועד סוף מאי 2011 עברו במעבר רפיח בשני הכיוונים כ-15,700 נוסעים בחודש בממוצע, כ-40% ממספר הנוסעים החודשי בתחילת 2006, לפני שהוקפא יישום הסכם המעברים¹³ בסוף מאי 2011 הודיעה מצרים על פתיחת מעבר רפיח באופן קבוע לכלל תושבי עזה הנושאים דרכון ותעודת

¹¹ החלטה של ועדת השרים לענייני בטחון לאומי (קבינט מדיני-בטחוני), הממשלה ה-32 (8.12.2010), www.pmo.gov.il/PMO/Communication/Spokesman/2010/12/spokedes081210.htm, כמו כן ראו דובר צה"ל, "החל ייצוא פלפלים מרצועת עזה" (23.1.2011), dover.idf.il/IDF/News_Channels/today/2011/01/2201.htm.

¹² כך, למשל, דרש מתאם פעולות הממשלה בשטחים מסוכנות UNRWA לשנות בכמה מאות מטרים את מיקום בית הספר שהתעתדה להקים, בטענה שבסמוך למיקום המתוכנן ממוקם מבנה המשמש את חמאס

(Yaakov Katz, *Israel Reviewing UNRWA List of Sites for Gaza Schools*, The Jerusalem Post [Dec. 15, 2010], at: www.jpost.com/Defense/Article.aspx?id=199471).

¹³ גישה, "גישה בעקבות פתיחת מעבר רפיח לעזה: תושבי עזה זכאים גם למעבר בין עזה לגדה" (הודעה לעיתונות) 26.5.2011, www.gisha.org/item.asp?lang_id=he&_id=1264.



צילום: מוחמד עזאייזה / גישה, 16.6.11

מעבר רפיח בין עזה למצרים

זהות פלסטינית, למעט גברים בני 18 עד 40, שמעברם יאושר רק בתנאים מסויימים. ביוני עד אוגוסט 2011 עלה מספר העוברים הממוצע ברפיח לכ-27,700 בחודש, אולם ההגבלה המספרית שאוכפת מצרים על מספר היוצאים מרצועת עזה יוצרת תקופות המתנה של שבועות.

הסכם המעברים אסר על ייבוא סחורות ממצרים לרצועה דרך רפיח, ולמרות שאישר ייצוא טובין דרך המעבר, מעולם לא נעשו הסדרים שיאפשרו זאת. גם כיום מצרים אינה מאפשרת מעבר סחורות דרך רפיח, פרט למשלוחים של סיוע הומניטרי, בכפוף לשיקול דעתה.

גם כיום, כמו בכל השנים בהן פעל מעבר רפיח, התנאי למעבר בו הינו רישום במרשם האוכלוסין הפלסטיני, המאושר על ידי ישראל. בכך, ישראל מוסיפה להפעיל שליטה מסויימת, אם כי מופחתת מאוד, על מעבר רפיח. המשך השפעתה במעבר נובעת גם משיתוף הפעולה הביטחוני

שהיא מקיימת עם מצרים, אשר ממשיכה לראות בישראל בעלת סמכויות שלטוניות בשטחים הפלסטיניים, בין היתר בהתאם להסכם השלום שנחתם בין שתי המדינות, הקובע כי באזור הצפוני של סיני, הגבול הבינלאומי בין ישראל למצרים הוא הגבול שבין מצרים לרצועת עזה.¹⁴

תנועה יבשתית של סחורות ואנשים בין מצרים לרצועת עזה מתבצעת גם דרך מנהרות שמתחת לגבול שבין מצרים לרצועה. תופעת המנהרות אינה חדשה, אולם עד לחודש יוני 2007 הן שימשו בעיקר להברחת מוצרים שכניסתם דרך המעברים הרשמיים נאסרה, כגון נשק וסמים. אולם, מאז שישראל החלה להגביל העברת סחורות אזרחיות לרצועת עזה ביוני 2007, היקף תנועת הסחורות דרך המנהרות גדל, והחל לכלול מוצרי צריכה ותעשייה רבים אשר ישראל אסרה על מעברם דרך המעברים היבשתיים. כיום מהוות המנהרות ערוץ מעבר עיקרי לדלק ולחומרי בנייה, אשר כניסתם לרצועת עזה מוגבלת על ידי מדינת ישראל.¹⁵ המנהרות משמשות גם להעברת סגירות ממצרים, שמחירן זול בהשוואה לסיגריות הנכנסות מישראל. דרך המנהרות מוסיפים לעבור גם אמצעי לחימה, מזומנים וסמים, ומעת לעת ישראל מפציצה את המנהרות מן האוויר.¹⁶ המנהרות אינן משמשות ערוץ סחר סדיר או מספק, אבל העברת סחורות אזרחיות דרך המנהרות מאפשרת לממשלה בעזה לקבוע את רף המיסוי (השונה מזה שקובעת ישראל) על מוצרים כגון דלק, סיגריות וחומרי בנייה, כפי שיוסבר בהמשך.

ב. מרשם האוכלוסין

ישראל מוסיפה לשלוט במרשם האוכלוסין הפלסטיני, המשותף לרצועת עזה ולגדה המערבית. הן ברצועת עזה, הן בגדה המערבית, כל שינוי במרשם האוכלוסין - לידה, נישואין, גירושין, פטירה או שינוי כתובת - דורש אישור ישראלי, אשר רק לאחר קבלתו יכולה הרשות הפלסטינית להנפיק תעודה או ספח בהתאם. את כל השינויים במרשם האוכלוסין מעדכנת ישראל בקובץ המרשם שהיא מחזיקה, הקובע מי מוכר כתושב פלסטיני לצורך קבלת אישורי מעבר. פיזית, התיאום בענייני מרשם האוכלוסין מתבצע לגבי רצועת עזה על ידי פגישות בין נציגי הרשות הפלסטינית בעזה לבין נציגי מדינת ישראל, המתקיימות במעבר ארז. דרכון פלסטיני מונפק בידי הרשות הפלסטינית אך ורק לתושבי השטחים אשר רשומים במרשם האוכלוסין, המנוהל בידי ישראל.

¹⁴ "Peace Treaty Between Israel and Egypt, March 26, 1979, 1138 U.N.T.S. 59", ס' 2, לפי

"The permanent boundary between Egypt and Israel in the recognized international boundary between Egypt and the former mandated territory of Palestine, as shown on the map at Annex II, without prejudice to the issue of the status of the Gaza Strip".

¹⁵ על-פי ביקורים בשטח, שיחות טלפון וראיונות אישיים של נציג גישה עם מפעילי מנהרות ברצועת עזה (פברואר 2011). ראו גם גישה, "ההקלות בסגר - לא לבנות על זה" (דצמבר 2010), www.gisha.org/UserFiles/File/HiddenMessages/hakalotbasegerb19_12_10.doc.

(להלן: גישה, "ההקלות בסגר").

¹⁶ ראו, למשל, הדעה מטעם דובר צה"ל, "תקיפת מנהרת טרור בדרום רצועת עזה" 2.2.2011,

dover.idf.il/IDF/announcements/2011/02/0202.htm

באמצעות השליטה במרשם האוכלוסין מוסיפה ישראל לשלול בתנועת פלסטינים, שכן תושבי פלסטיני המבקש לנוע במעבר רפיח או במעבר ארז נדרש להראות תעודת זהות או דרכון שאושרו בידי מדינת ישראל. ישראל גם מפעילה שליטה על מקום מגוריהם של תושבים פלסטינים, שכן המען הרשום בתעודת הזהות המאושרת בידי ישראל, הוא שקובע היכן האדם המחזיק בה יורשה לשהות: תושב פלסטיני שמתגורר או שוהה בגדה המערבית, עלול להיות מורחק לעזה בעל כורחו, אם המען הרשום בתעודת הזהות שלו הוא רצועת עזה.¹⁷ יש לציין כי מאז שנת 2000 מסרבת ישראל לאפשר לתושבי הרצועה לשנות את המען הרשום בתעודת הזהות שלהם למען בגדה המערבית, גם אם הם חיים בגדה שנים רבות.¹⁸

ב-2005 הסכימה ישראל לכלול במרשם האוכלוסין הפלסטיני כ-50,000 בגירים המתגוררים בשטחים ללא מעמד של תושבים, רובם בני או בנות זוג של תושבים, שנכנסו לשטחים ברישיונות ביקור קצרי מועד ונשארו גם לאחר שפקע תוקפם, בשל הקפאת ההליך לאיחוד משפחות בידי ישראל בשנת 2000. כמחצית מהאישורים נועדו לחסרי מעמד ברצועת עזה. עד 2008 אישרה ישראל את תושבותם של 12,308 חסרי מעמד ברצועה, ומאז הוקפא ההליך. לפי הערכה של משרד הפנים הפלסטיני בעזה, כיום מתגוררים ברצועת עזה לפחות 10,600 אנשים אשר אינם מחזיקים בתעודת זהות פלסטינית, לרבות אלפים שישראל אינה מכירה בזכותם לקבל תעודת זהות, גם במסגרת מחוות עתידיות, משום שכניסתם לרצועה לא אושרה בידי ישראל. כל אלה אינם רשאים לעבור דרך מעבר רפיח או מעבר ארז, משום שאינם רשומים במרשם האוכלוסין הפלסטיני שנשלט בידי ישראל, ולפיכך הם "כלואים" ברצועת עזה, ללא אפשרות לצאת, בין היתר בשל החשש שלא יורשו לחזור.¹⁹

ג. מערכת המיסוי

ישראל מוסיפה לשלול במערכת המיסוי ברצועת עזה, השייכת למעטפת המכס המשותפת לישראל, לגדה המערבית ולרצועה. משמעות הדבר הינה כי ישראל קובעת את גובה המכס והמע"מ הנגבים עבור סחורות, ובכך משפיעה על מחירי המוצרים וכן על המדיניות הפיסקלית הפלסטינית. לצורך המחשה: סוחר בעזה, אשר קונה בגדים מיצרן ישראלי, משלם על כך מע"מ בשיעור שנקבע בידי ישראל, וישראל אחראית אל העברת סכום זה לרשות הפלסטינית. אם

¹⁷ at GISHA RESTRICTIONS AND REMOVAL: ISRAEL'S DOUBLE-BIND POLICY FOR PALESTINIAN HOLDERS OF GAZA IDS IN THE WEST BANK (2009) www.gisha.org/UserFiles/File/publications/RestrictionsAndRemoval.doc (להלן: GISHA RESTRICTIONS AND REMOVAL). ראו גם גישה, "שאלות נפוצות: איום ההרחקה מהגדה המערבית והצו החדש בדבר מניעת הסתננות" (21.4.2010), www.gisha.org/item.asp?lang_id=he&p_id=726.
¹⁸ למידע נוסף ראו: GISHA RESTRICTIONS AND REMOVAL, לעיל ה"ש 17. בחודש פברואר 2011 הסכימה ישראל לאפשר שינוי מען עבור 5,000 תושבים פלסטינים שמענם רשום בעזה המתגוררים בגדה המערבית, אולם נכון לפרסום נייר עמדה זה אושר השינוי רק עבור כ-2700.
¹⁹ לפרטים על אודות השליטה הישראלית במרשם האוכלוסין הפלסטיני, ראו גישה, מעבר רפיח - מי מחזיק במפתחות? עמ' 49-53 (מרץ 2009), www.gisha.org/UserFiles/File/publications/Rafah_Final_Report_Heb.pdf (להלן: מעבר רפיח - מי מחזיק במפתחות?), וכן **כובשים מנותקים**, לעיל ה"ש 1, עמודים 49-51. ראו גם גישה, "מי שולט במרשם האוכלוסין הפלסטיני?" [Gaza Gateway](http://Gaza.Gateway.org/hebrew/?p=1000) 11.11.2010. gazagateway.org/hebrew/?p=1517 וכן גישה, "קמפינג במעבר ארז" [Gaza Gateway](http://Gaza.Gateway) 2.5.2010.

הסחורה מיובאת מחו"ל, ישראל קובעת את שיעור המכס עבורה, גובה אותו ואחראית על העברת הסכום לרשות הפלסטינית. שיעורי המע"מ והמכס שנקבעו בידי ישראל משפיעים על המחיר בו יימכרו אותם בגדים בעזה.

ישראל מוסיפה לגבות את כספי המכס והמע"מ עבור הרשות הפלסטינית, ומחזיקה בידיה את ההחלטה אם להעביר או לא להעביר כספים אלה לרשות. בכך, ישראל שולטת באפשרותה של הרשות הפלסטינית לממן באמצעות כספים אלה שירותים ציבוריים בגדה וברצועה, כמו אספקת חשמל, שירותי בריאות, פקידות וכיוצא באלה.²⁰

החריג לכלל זה, לפיו ישראל שולטת על גביית כספי מיסים ולפיכך על שירותים ציבוריים עבור הציבור הפלסטיני, הוא גביית מיסים בידי חמאס על סחורות שמגיעות לעזה דרך המנהרות ממצרים: מאז שישראל החלה להגביל כניסת סחורות אזרחיות לרצועת עזה בשנת 2007, היקף הסחורות המועברות לעזה דרך המנהרות גדל באופן משמעותי. הממשלה ברצועת עזה גובה מיסים על חלק מהסחורות הללו, כגון סיגריות, דלק ובתקופות מסוימות גם חומרי בנייה. כך, לדוגמה, קובע שלטון חמאס בעזה את גובה המיסים עבור דלק שמועבר דרך המנהרות, וגובה אותם מהסוחרים המייבאים את הדלק לעזה ממצרים. בכך, משפיע השלטון בעזה על מחירי הדלק בעזה, שהינם זולים באופן משמעותי לעומת מחירי הדלק בישראל או בגדה המערבית. העברת חלק מתנועת הסחורות מהמעברים שנשלטים בידי ישראל אל המנהרות, וכן גביית מיסים עבור הסחורות שמועברות דרך המנהרות, מאפשרות לממשלה בעזה להפחית את התלות בישראל לצורך קביעת גובה המיסוי עבור אותן סחורות וכן לצורך מימון השירותים הציבוריים שמתאפשר בזכות אותם כספי מיסים.

ד. שליטה פיזית בשטח רצועת עזה

לאחר ה"התנתקות" בשנת 2005 הוסיפה ישראל לשלוט באזור שסמוך לגבול שבינה לבין רצועת עזה, בצד הפלסטיני. החל משנת 2008 הרחיבה ישראל את האזור הזה, המכונה "אזור החיץ", אליו אסורה הכניסה לפלסטינים, וכיום הוא עומד על מרחק של 300 עד 1,500 מטר מהגבול.²¹ השטח המוגבל בפועל - הכולל הן שטחים שהכניסה אליהם נאסרה באופן רשמי, הן כאלה שמי שנכנס אליהם מסתכן בירי - מהווה כ-17% משטחה של רצועת עזה וכשליש מאזורי החקלאות בעזה.²²

²⁰ ראו למשל גישה, **כובשים מנותקים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 53, שם מפורטות ההשלכות של סירוב מדינת ישראל להעביר את כספי המיסים לרשות הפלסטינית מחודש מארס 2006 ועד לחודש יוני 2007, תקופה בה תנועת חמאס ישבה ברשות הפלסטינית יחד עם תנועת הפת"ח ומפלגות אחרות. צעד דומה ננקט בחודש מאי 2011, לאחר שתנועת חמאס ותנועת פת"ח הכריזו על הסכם פיוס. ראו *Israel Suspends Cash to Palestinians After Hamas Deal*, BBC News (May 1, 2011) at www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-13254155.
²¹ לפירוט, ראו OCHA (משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטריים בשטחים הכבושים) "בין הגדר לסדן - ההשפעה ההומניטארית של ההגבלות שמטילה ישראל על גישה לאדמות וליים ברצועת עזה" (אוגוסט 2010), www.ochaopt.org/documents/ocha_opt_special_focus_2010_08_19_hebrew.pdf.
²² שם, בעמ' 10.

ההגבלות נאכפות באמצעות ירי מהצד הישראלי של הגבול לעבר מי שנכנס לאזור, לרבות באמצעות עמדות נשק בלתי מאוישות שמופעלות בשלט רחוק. לפי נתוני האו"ם, בתקופה שבין סוף מבצע "עופרת יצוקה" בינואר 2009 לבין אוגוסט 2010, נהרגו 22 ונפצעו 146 אזרחים פלסטינים אשר נכנסו לאזור, בנוסף ל-41 חמושים פלסטינים וארבעה חיילים ישראלים שנהרגו באזור באותה תקופה.²³ ישראל מיידעת את תושבי עזה לגבי אזור זה באמצעות כרוזים שמופצים

באמצעות מטוסים, אם כי קיים פער בין השטח המוכרז בכרוזים לבין השטח שמוגבל בפועל. מאז 2009 נכנס הצבא באופן שגרתי לאזור החיץ כדי ליישר את האדמה ולהרוס גידולים או עצים באמצעות דחפורים (פעולות המכונות "חישוף"). לפי נתוני האו"ם, בתחילת שנת 2010 נכנס הצבא לאזור החיץ שלוש פעמים בשבוע בממוצע.²⁴ הפלישות לרצועת עזה נעשות גם מחוץ לאזור החיץ, לפעמים באופן נקודתי ולפעמים במסגרת מבצעים צבאיים רחבי היקף, כגון מבצע "גשמי קיץ" בקיץ 2006 לאחר נפילתו בשבי של החייל הישראלי גלעד שליט, ומבצע

מאז 2009 נכנס הצבא באופן שגרתי לאזור החיץ כדי ליישר את האדמה ולהרוס גידולים או עצים באמצעות דחפורים (פעולות המכונות "חישוף"). לפי נתוני האו"ם, בתחילת שנת 2010 נכנס הצבא לאזור החיץ שלוש פעמים בשבוע בממוצע.

"עופרת יצוקה" בחורף 2008-2009, בעקבות קריסת הסכם הרגיעה שהיה בתוקף בין ישראל לשלטון חמאס בעזה.²⁵ ישראל הכריזה כי היא שומרת לעצמה את הזכות לשוב ולהיכנס לרצועת עזה כרצונה.²⁶

ה. שליטה בתשתיות אזרחיות

ישראל שולטת בתשתיות של רצועת עזה, אשר תלויות באספקה מישראל. משק החשמל ברצועת עזה, כפי שפותח מאז שנת 1967, מתבסס בעיקר על אספקה מישראל, באמצעות 11 קווי מתח גבוה שמעבירים חשמל לעזה.²⁷ בשנת 1998 הוקמה תחנת כוח בעזה, אולם יכולת הייצור שלה הוגבלה לאחר שהופצצה בידי ישראל בשנת 2006 והנזק טרם תוקן באופן מלא. גם הגבלות על כניסת ציוד ואנשי מקצוע - וכן על הוצאת ציוד מעזה לצורך תיקון - הגבילו את יכולתה של רצועת עזה לשדרג את מערכת החשמל. הגבלות שהחלה ישראל להטיל בחודש

²³ שם, בעמ' 5.

²⁴ שם, בעמ' 16.

²⁵ ראו למשל נייר עמדה הפצ'ר, לעיל ה"ש 4, עמ' 8-10.

²⁶ כך למשל נקבע בהחלטה 1996 של הממשלה ה-30 "תכנית ההתנתקות המתוקנת" נספח א', ס' 3(א) (6.6.2004): "מדינת ישראל שומרת לעצמה את הזכות הבסיסית להגנה עצמית, כולל נקיטת צעדי מניעה כמו גם תגובה תוך שימוש בכוח כנגד איומים שיווצרו מרצועת עזה". ישראל אף הצהירה כי צה"ל "פעל כפי שיידרש" (דובר צה"ל, "החל מהשעה 2:00 - הפסקת אש ברצועת עזה" (17.1.2009), www.idf.il/1133-8635-he/Dover.aspx).

²⁷ ראו גישה, מתחת לקו האדום - הרס התשתיות ברצועת עזה (אוגוסט 2009), www.gisha.org/UserFiles/File/publications/Infrastructures_Report_Aug09_Heb.pdf



**גידולי תות שדה של מונטר בודי, בית להיה, באזור החיץ שברצועת עזה, בסמוך לגבול עם ישראל
צילום: מוחמד עזאייזה / גישה, 1.12.10**

אוקטובר 2007 על העברת סולר תעשייתי לעזה, במסגרת "לוחמה כלכלית" שניהלה במטרה לפגוע בכלכלה בעזה, שיבשו גם הן את תפקודה של תחנת הכוח. סכסוך כספי בין הרשות הפלסטינית לבין שלטון חמאס ברצועה גרם בשנת 2010 לצמצום גדול יותר של אספקת הסולר התעשייתי לעזה. פתרון חלקי למחסור בסולר נמצא בתחילת שנת 2011 בהעברת סולר מהמנהרות לתחנת הכוח. בכך, הופחתה התלות של תחנת הכוח בישראל במידה מסויימת, אם כי הוצאת ציוד לתיקון, כניסת חלקי חילוף, כניסת מהנדסים מומחים ויציאת מהנדסים מעזה לצורך השתלמויות ופגישות עבודה - עדיין תלויות בישראל, במידה זו או אחרת. כמו כן, החשמל שמסופק מישראל מהווה את רוב משק החשמל בעזה, ללא חלופות הנראות לעין.

התלות בחשמל מתורגמת לתלות באספקת מים ובטיפול בשפכים, משום שחשמל דרוש כדי לשאוב מים מהבארות ולהובילם לבתים, וכן על מנת לשאוב שפכים מהבתים, להובילם למפעלים לטיהור שפכים ולהפעיל את מתקני הטיהור. בנוסף, כ-5% מהמים בעזה מוזרמים מחברת המים הישראלית, באמצעות צינורות.

ישראל מפעילה שליטה גם על תחום התקשורת הקווית, הסלולרית והאינטרנטית בשטחים, משום ששיחות בינלאומיות מרצועת עזה ומהגדה המערבית לחו"ל עוברות דרך הרשת

הישראלית על-ידי כבל תת ימי בים התיכון, חיבור האינטרנט עובר דרך הרשת הישראלית וישראל היא שקובעת אילו תדרים יינתנו לחברות הסלולריות הפלסטיניות. תלותה של הרשת הפלסטינית ברשת הישראלית הינה פונקציה של השליטה הישראלית במעטפת החיצונית של הרצועה ובמעברים בין עזה לגדה, לרבות האפשרות להכניס ציוד ולהניח כבלים ותשתיות. ישראל אוסרת, למשל, על הכנסת סוגים מסוימים של ציוד לשטחים הפלסטיניים, הנחוצים לשיפור התקשורת ולבניית תשתית עצמאית. תיקון תקלות בסיבים האופטיים של רשתות הטלפון שבין הערים הפלסטיניות בגדה, או בין גדה והרצועה, מצריך אישור ישראלי, מכיוון שסיבים אלה עוברים בשטח ישראל, או בשטחים שנשלטים על-ידי ישראל.

ו. שליטה ברשות הפלסטינית ובמעברים שבין עזה לגדה המערבית

לאחר תפיסת השלטון הפנימי ברצועת עזה בידי תנועת חמאס ביוני 2007 הופחתה השפעתה של הרשות הפלסטינית בעזה בצורה משמעותית, ורוב הניהול היומיומי של הממשלה ושל השירותים הציבוריים - מערכת החינוך, השיטור, התברואה, ובתי החולים - עבר לידי שלטון חמאס. עם זאת, הרשות עדיין אחראית על תחומי חיים בעלי משמעות בעזה, ובייחוד על מימון שירותים ציבוריים מרכזיים, כמו מערכת הבריאות ואספקת החשמל. הרשות עדיין מתאמת עם ישראל מעבר אנשים וסחורות, והמיסים על סחורות שעוברות דרך המעברים מישראל נגבים על ידי ישראל לצורך העברה לרשות. כמו כן, פקידי הרשות הפלסטינית עדיין אחראים על העברת בקשות לשינויים במרשם האוכלוסין לרשויות הישראליות, לרבות לצורך הוצאת דרכונים.

משום כך, השליטה שישראל מפעילה על הרשות הפלסטינית - הפועלת הן בעזה הן בגדה המערבית - משפיעה על יכולתה של זו לקבל החלטות עצמאיות הקשורות לתושבים פלסטינים, לנהל את חייהם ולממן שירותים ציבוריים.²⁸

בנוסף, השליטה שישראל מפעילה על המעברים שבין הגדה המערבית לרצועת עזה משליכה על תפקודם של מוסדות ומערכות אזרחיים ברחבי השטח הפלסטיני, אשר התפתחו כחלק ממערכת אחת שמשרתת הן תושבים פלסטינים המתגוררים בגדה המערבית, הן כאלה המתגוררים ברצועה.²⁹ למשל, תכנית הלימודים לדמוקרטיה וזכויות אדם במערכת ההשכלה הגבוהה הפלסטינית נמצאת בגדה המערבית, באוניברסיטת ביר זית. שליטת ישראל במעברים שבין עזה לגדה - וכן האיסור שהטילה על מעבר סטודנטים מעזה לגדה לצורך לימודים -

²⁸ לפירוט, ראו גישה, **כובשים מנותקים**, לעיל ה"ש 1, עמ' 55-53.

²⁹ ראו הסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, כ"א 33, 1071 (נחתם ב-1995) (להלן: הסכם אוסלו ב'), ס' 11, וכן גישה, **כובשים מנותקים**, לעיל ה"ש 1, עמ' 55.

משפיעה על גישתם של תושבי עזה לתכנית זו ולהשכלה גבוהה בכלל, ובעצם מגבילה אותה.³⁰ כן, השליטה במתן אפשרות של אנשי מקצוע פלסטינים מהגדה לבצע את עבודתם בעזה משליכה על איכות השירותים הזמינים בעזה.³¹ יש לציין, כי השליטה במעבר בין רצועת עזה לגדה המערבית אינה רק תוצאה של הימצאותה של מדינת ישראל בין עזה לגדה, אלא גם של שליטתה הבלעדית בכל המעברים של הגדה המערבית, לרבות מעבר אלנבי שבינה לבין ירדן. ישראל אוסרת על מעבר בין עזה לגדה ללא קשר לשאלת המעבר דרך ישראל: תושב עזה שייצא מעזה דרך הגבול עם מצרים ויבקש להיכנס לגדה דרך הגבול עם ירדן - יסורב בשל מדיניות ישראלית שלא לאפשר מעבר באלנבי עבור תושבים פלסטינים שמענם רשום בעזה.³² אף על פי שראוי להבחין בין השליטה הקיימת בחלק אחד מהשטח הפלסטיני לזו שקיימת בחלק השני (וכן לשקול את ההשלכות המשפטיות של הבחנה זו), שליטתה של ישראל במעברים בין חלק אחד מהשטח למשנהו משפיעה על מוסדות אזרחיים קיימים (בתחומי הכלכלה, החינוך, הבריאות, התשתיות) ועל חייהם של התושבים בכל רחבי השטח הפלסטיני.



לסיכום, גם אחרי שנת 2007 ממשיכה ישראל לשלוט באופן בלעדי במרחב האווירי ובמים הטריטוריאליים של רצועת עזה ובניהול מרשם האוכלוסין הפלסטיני. ישראל מוסיפה להיות הגורם שגובה מכס ומע"מ עבור סחורות שנכנסות לרצועה ושמעביר כספים אלה לרשות הפלסטינית, ובכך היא משפיעה על מימון שירותים ציבוריים ברצועה. ישראל ממשיכה לשלוט בתשתיות של רצועת עזה, באמצעות התלות שלהן באספקה מישראל - בעיקר של חשמל. מאז 2007 הופחתה במידה מסויימת השליטה הישראלית על מעבר סחורות אל עזה ומעבר אנשים מעזה ואליה, והורחבה במידה מסויימת השליטה הישראלית הפיזית בשטחה של רצועת עזה. לשינויים אלה השלכות על חייהם של תושבי עזה, ולפיכך גם על החובות שחבים הצדדים המפעילים שליטה ברצועה.

³⁰ ראו גישה "ישראל מודיעה: אין הקלות על מעבר אנשים אל רצועת עזה וממנה" (הודעה לעיתונות) 8.7.10,

www.gisha.org/item.asp?lang_id=he&p_id=530

³¹ למשל, הסירוב לאפשר למחנכת בגדה המערבית להעביר בעזה תכנית הכשרה למחנכים על מנת שיעודדו הורים להקריא סיפורים לילדיהם, משפיע על איכות השירותים החינוכיים הנמצאים בה. ראו גישה, "בעקבות עתירת גישה לבג"ץ: הורים בעזה יקבלו הכשרה בנושא הקראת ספרים לילדיהם" (הודעה לעיתונות) 25.11.10, www.gisha.org/item.asp?lang_id=he&p_id=518

פרק 2:

תחולת דיני הכיבוש ברצועת עזה

כיצד השינויים שחלו בשליטת ישראל בעזה, אשר תוארו לעיל, משפיעים על החובות שחבה מדינת ישראל כלפי רצועת עזה? האם דיני הכיבוש מוסיפים לחול על פעולותיה של מדינת ישראל ביחס לאוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה?

כאן נטען כי דיני הכיבוש מוסיפים לחול ברצועת עזה (בנוסף לגדה המערבית) באותם תחומים בהם ישראל מוסיפה להפעיל שליטה על חייהם של התושבים הפלסטינים, בעוד שבתחומים בהם ישראל העבירה סמכויות או ויתרה עליהן ומאפשרת לגורמים אחרים להפעילן - אחריותה כלפי האוכלוסייה האזרחית פוחתת או מתאינת.³³ גישה זו למשפט ההומניטרי הבינלאומי, המכונה על ידי פרופ' אייל גרוס "גישה פונקציונלית",³⁴ מיושמת בפועל על ידי ערכאות בינלאומיות שדנות בשאלות של כיבוש ואחריות ומאפשרת את יישום תכליתם של דיני הכיבוש, קרי הגנה על אוכלוסייה שנמצאת תחת שליטתו של כוח זר, גם במצבים המורכבים המתעוררים כיום כתוצאה מסכסוכים מזוינים. נראה שגם בהקשר של השטחים הפלסטיניים, מזה זמן הגורמים הרלוונטיים, ובהם מדינת ישראל, נוקטים בפועל גישה פונקציונלית, המיישמת את הנורמות של הדין ההומניטרי תוך התייחסות להפעלת שליטה על ידי ריבוי גורמים. נציין, כי בחלק מהתחומים בהם ויתרה על שליטה באופן חלקי או מלא, חלה על מדינת ישראל אחריות מכוח דיני פוסט כיבוש, עליה נרחיב בפרק הבא.

³² גישה, "מסגרת משפטית: הסוחרים והכלכלה - זכויות ומחויבויות מתוקף המשפט הבינלאומי והישראלי" מאי 2010, spg.org.il/docs_html/heb/Heb_traders/info/doc%20full_heb%20trader_info_02.pdf (להלן: גישה, "הסוחרים והכלכלה").

³³ הצגנו טענה זו לראשונה ב**כובשים מנותקים**, לעיל ה"ש 1, אולם כאן נרחיב על מקורותיה וכן על היישום העכשווי שלה בשטחים הפלסטיניים, כפי שאנו רואים אותן.

³⁴ Aeyal Gross, *The Writing on the Wall: Rethinking the International Law of Occupation* (forthcoming) (להלן: Gross) (manuscript at chapter 2, on file with authors).

המחלוקת סביב השאלה: האם ישראל מהווה כוח כובש בשטחים הפלסטיניים?

קיומו של מצב של כיבוש מותנה בשאלה: האם כוח מפעיל שליטה אפקטיבית, כמשמעותה בתקנה 42 לתקנות האג, ³⁵ על שטח זר, שאינו שייך לו, כתוצאה מלחימה ("תפיסה לוחמתית", או belligerent occupation)? קיומה של שליטה כזו נבחן הן על פי יישומה בפועל, היינו הפעלתה באופן מעשי בשטח, הן על פי פוטנציאל מימושה, קרי היכולת להפעיל שליטה כזו לפי רצונו של הכוח הכובש. יכולת זו נמדדת, בין היתר, לפי הקלות בה הכוח הכובש יכול להוציא את סמכותו באזור מהכוח אל הפועל. ³⁶ המבחן המסורתי מתמקד בפריסת כוחות צבאיים בשטח, או ביכולת לפרוס אותם לפי הצורך ולהשליט סדר באזורים שונים, כאינדיקציה לקיומה של שליטה אפקטיבית. ב"כובשים מנותקים" הגענו למסקנה שאף שסמכויות מסוימות הועברו

מישראל, תחילה במסגרת הסכמי אוסלו ולאחר מכן במסגרת תכנית "ההתנתקות" שבוצעה בשנת 2005, השליטה שישראל מפעילה ברצועת עזה, גם ללא נוכחות צבאית קרקעית קבועה, מגיעה לרמה של שליטה אפקטיבית. לפיכך, קבענו שישראל עדיין חבה לתושבי הרצועה חובות מכוח דיני הכיבוש, כאשר היקף החובות וטיבן נקבעים בהתאם להיקף השליטה ולטיבה. הגענו למסקנה שבתחומים בהם ישראל ויתרה על שליטתה ומאפשרת לגורם אחר (אז הרשות הפלסטינית) להפעיל שליטה - אין היא חבה חובות מכוח דיני הכיבוש. ³⁷

מאז 2007 חלו שינויים בהיקף השליטה הישראלית ברצועת עזה (כמו גם בגדה המערבית), אשר מעלים מחדש את השאלה: האם ישראל מוסיפה להפעיל שליטה אפקטיבית בשטחים הפלסטיניים ולשאת בחובות הנובעות מדיני הכיבוש כתוצאה מכך?

כפי שמפורט בפרק הקודם, מאז פרסום "כובשים מנותקים" חלו שינויים בהיקף השליטה הישראלית ברצועת עזה (כמו גם בגדה המערבית), אשר מעלים מחדש את השאלה: האם ישראל מוסיפה להפעיל שליטה אפקטיבית בשטחים הפלסטיניים ולשאת בחובות הנובעות מדיני הכיבוש כתוצאה מכך? ברצועת עזה, הפחתת רמת השליטה הישראלית לא התרחשה בדרכים ה"מסורתיות" אותן צפה המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ³⁸ כמו תבוסתו של הכוח הכובש או העברת שליטה במסגרת הסכם שלום. הפחתת השליטה של ישראל ברצועת עזה התבצעה באופן מדורג ושונה מאלו: ראשית, הועברו סמכויות

³⁵ תקנות האג בדבר דיני המלחמה ביבשה, 18 באוקטובר 1907, 631 Bevens I (להלן: תקנות האג).

³⁶ ראו הילה אדלר, "דיני כיבוש", בתוך רובי סיבל, **משפט בינלאומי** 557, 561, 594, ה"ש 258 (מהדורה שנייה, 2010). כמו כן ראו ארנה בן-נפתלי ויובל שני, **המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום** 138 (טלי ניר עורכת, 2006) וכן בג"ץ 102/82 **צמל נ' שר הבטחון**, פ"ד לז(3) 365, 372-374 (1983).

³⁷ גישה, **כובשים מנותקים**, לעיל ה"ש 1, עמ' 77.

³⁸ Adam Roberts, *Transformative Military Occupation: Applying The Laws Of War And Human Rights*, 100 Am. J.Int'l L. 580, 616 (2006) (להלן: Roberts, *Transformative Military Occupation*). רוברטס דן במצב של העברה הדרגתית של סמכויות מהכוח הכובש לשלטון מקומי שמורכב מתושבי השטח הכבוש.

מסויימות לרשות הפלסטינית במסגרת הסכמי אוסלו, החל משנת 1994; לאחר מכן, במסגרת ההתנתקות החד-צדדית בקיץ 2005, ויתרה ישראל על סמכויות נוספות בעזה ואפשרה לרשות הפלסטינית להפעילן; ובהמשך, כתוצאה מתפיסת השלטון הפנימי בעזה על ידי תנועת חמאס ביוני 2007, ניטלו סמכויות שלטוניות נוספות על ידי חמאס, והופחתה השליטה הישראלית בגבול שבין עזה למצרים.

נוכח שינויים אלו, נוצרה מחלוקת בכתובה המשפטית ובקרב גורמים מקומיים ובינלאומיים באשר למעמדה המשפטי של רצועת עזה וביחס למקור החובות שחבה כלפיה מדינת ישראל. יש הגורסים כי ישראל עדיין מהווה כוח כובש בעזה ועל כן דיני הכיבוש מוסיפים לחול עליה.³⁹ יש הטוענים, לעומתם, כי תמה השליטה האפקטיבית הישראלית בעזה, ובשל כך דיני הכיבוש אינם חלים, ואילו דיני זכויות האדם מוסיפים לחול על ישראל, בתחומים בהם היא מוסיפה להפעיל שליטה.⁴⁰ חלק מהכותבים שואבים את אחריותה של ישראל ואת חובותיה כלפי תושבי עזה מדיני פוסט כיבוש, החלים כתוצאה מהתמשכות הכיבוש ומהחובה להעביר את השליטה בצורה שתאפשר את המשך קיומם של הסדר הציבורי ושל החיים האזרחיים בשטח, לכל הפחות במשך תקופת מעבר.⁴¹ אחרים דוחים את כל אלו וטוענים כי רצועת עזה מהווה מקרה "מיוחד", עליו חלים בעיקר דיני הלחימה.⁴²

בפרשת **אלבסיוני**⁴³ קבע בית המשפט העליון כי הסתיימה השליטה הישראלית האפקטיבית ברצועת עזה ולכן תם הכיבוש. עם זאת, בית המשפט קבע כי מדינת ישראל מוסיפה לחוב חובות כלפי תושבי עזה מתוקף דיני הלחימה, כתוצאה מהשליטה הנמשכת במעברים וכן בשל התלות שנוצרה במשך ארבעה עשורים של שליטה ישראלית ישירה.⁴⁴ פרט לדיני הלחימה, בית המשפט לא פירט מהו מקור החובות הנוספות שקבע, אולם חוקרים הציעו כי דיני זכויות האדם,⁴⁵ דיני פוסט כיבוש⁴⁶ ועקרונות כלליים של המשפט הבינלאומי ההומניטרי⁴⁷ מהווים מקור נורמטיבי לאותן חובות.

³⁹ יאור: Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* 277-80 (2009); Johan D. van der Vyver, *Legal Ramifications of the War in Gaza*, 21 FLA. J. INT'L L. 403, 411 (2009); Ian Scobbie, *An Intimate Disengagement: Israel's Withdrawal from Gaza, the Law of Occupation and of Self-Determination*, 11 YEARBOOK OF ISLAMIC AND MIDDLE EASTERN LAW 3, 30-1 (2006).

כן, ראו גישה, **כובשים מנותקים**, לעיל ה"ש 1.

⁴⁰ Yuval Shany, *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on Bassiouni v. Prime Minister of Israel*, INT'L LAW FORUM OF THE HEBREW UNIV. OF JERUSALEM LAW FACULTY (2009), at ssrn.com/abstract=1350307.

(להלן: *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza* (Shany)).

⁴¹ לסקירת הכתיבה בנושא רצועת עזה ודוקטרינת הפוסט כיבוש, ראו פרק 3.

⁴² Elizabeth Samson, *Is Gaza Occupied? Redefining the Legal Status of Gaza* BEGIN-SADAT CTR. FOR STRATEGIC STUDIES - MIDEAST SECURITY AND POLICY STUDIES (2009), at www.biu.ac.il/Besa/MSPS83.pdf.

⁴³ בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 30.1.2008) (להלן: פרשת אלבסיוני).

⁴⁴ שם, בפסקה 12.

⁴⁵ Shany, *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza*, לעיל ה"ש 40, עמ' 11.

⁴⁶ ראו גם Yuval Shany, *Binary Law Meets Complex Reality: The Occupation of Gaza Debate*, 41 ISR. L. REV. 68 (2008).

⁴⁷ Eyal Benvenisti, *The Law on the Unilateral Termination of Occupation*, TEL AVIV UNIV. LAW FACULTY, at 11-12 (2008), at law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1099&context=taulwps.

(להלן: *The Law on the Unilateral Termination of Occupation* (Benvenisti)).

⁴⁷ Benjamin Rubín, *Disengagement from the Gaza Strip and Post-Occupation Duties*, 42(3) ISR. L. REV. 528, 555 (2010) (להלן: Rubín).

לעומת בית המשפט העליון הישראלי, ארגונים בינלאומיים כגון האו"ם⁴⁸ והצלב האדום⁴⁹ מוסיפים להתייחס לרצועת עזה כאל שטח כבוש, וזו גם עמדתן של מדינות בעלות השפעה על הסכסוך הישראלי-פלסטיני, כגון ארה"ב⁵⁰ ואנגליה.⁵¹

הגישה הפונקציונלית לשאלת הכיבוש

על אף שקיים מגוון רחב של דעות באשר לשאלת מעמדה של רצועת עזה, החוקרים העוסקים בנושא מתמודדים, כולם כאחד, עם הקושי להחיל סיווג שהוא לכאורה בינארי, על מצבה המורכב והנזיל של הרצועה. רוב החוקרים מסכימים, לכל הפחות, שהמשפט הבינלאומי אינו מספק תשובות חד משמעיות לסוגיות המורכבות שמצב זה מציג. אייל גרוס נותן ביטוי למורכבות זו בהתייחסותו לתפר שבין כיבוש לריבונות, אותו הוא מכנה "אי-הוודאות" של הכיבוש.⁵² גרוס מנתח מספר מקרים בהם שאלת הכיבוש עלתה בפני ערכאות בינלאומיות אשר נקטו גישה פונקציונלית, לפיה חובות בתחום מסויים נובעות מהפעלת שליטה וכוח באותו תחום, גם כאשר גורמים אחרים מפעילים אף הם שליטה. זאת, תוך הכרה במצבים מורכבים, בהם כוח כובש מפעיל סמכויות שלטוניות מסויימות, אולם אינו מפקיע באופן מוחלט את סמכותו של הריבון דה יורה (היינו, העם הנכבש ונציגיו), אשר מפעיל גם הוא סמכות שלטונית במקביל. במצב כזה ניתן להטיל אחריות הן על הכוח הכובש, הן על נציגי העם (הריבון דה יורה), והכל בהתאם לשליטה שכל צד מפעיל. גישה שכזו, טוען גרוס, מקדמת אחריותיות (accountability), מגנה על אנשים אשר נמצאים תחת שליטתו של כוח זר וכן לוקחת בחשבון התפתחויות פוליטיות וטכנולוגיות באופן בו כיבוש מתקיים.⁵³

ניתן למצוא עוגנים לגישה זו בפסיקה, ודרך הגישה הפונקציונלית ניתן להבין באופן חלקי את הסטנדרטים השונים, לכאורה, שערכאות בינלאומיות יישמו כאשר באו להחליט האם להחיל

⁴⁸ ראו דו"ר אלקטרוני מאיב טורוקובי, לשכת דובר מזכ"ל האו"ם, לעו"ד שרי בשי, מנכ"ל עמותת גישה (27.2.2007) (ברשות המחברות): "The UN welcomed the Israeli disengagement from Gaza in August 2005. However there has been no change in our characterization of the Gaza Strip as occupied territory".

⁴⁹ ראו, למשל, הצהרה שהוצאה על ידי הצלב האדום המגדירה את הסגר על עזה כ"ענישה קולקטיבית": *Gaza Closure: Not Another Year!*, INTL COMMITTEE OF THE RED CROSS, June 14, 2010 at: www.icrc.org/eng/resources/documents/update/palestine-update-140610.htm הניסוחים מאתר האינטרנט של הצלב האדום בהם רצועת עזה מאופיינת כשטח כבוש:

"In 2010, the ICRC reminded the Israeli authorities of their responsibilities under IHL towards the people under Israeli occupation and called for an end to the Gaza blockade". *The ICRC in Israel and the Occupied Territories* INTL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2010 at: www.icrc.org/eng/where-we-work/middle-east/israel-occupied-territories/index.jsp.

⁵⁰ ראו CENT. INTELLIGENCE AGENCY, THE WORLD FACTBOOK, GAZA STRIP (2011) [at: https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/gz.html](https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/gz.html), שם נאמר כי:

"West Bank and Gaza Strip are Israeli-occupied with current status subject to the Israeli-Palestinian Interim Agreement - permanent status to be determined through further negotiation; Israel removed settlers and military personnel from the Gaza Strip in August 2005".

UNITED KINGDOM: FOREIGN AND COMMONWEALTH OFFICE, ANNUAL REPORT ON HUMAN RIGHTS 2008 - ISRAEL AND THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORIES ⁵¹

"Although there is no permanent physical Israeli presence in Gaza, given (2009), at: www.unhcr.org/refworld/docid/49ce361bc.html the significant control Israel has over Gaza's borders, airspace and territorial waters, Israel retains obligations as an occupying power under the Fourth Geneva Convention."

⁵² Gross, לעניל ה"ש 34, פרק 2 עמ' 1-2.

⁵³ שם, עמ' 4.

דיני כיבוש על מצב פלוני. בפסיקה, השאלה האם דיני הכיבוש חלים עשויה להיות מושפעת משאלה אחרת: לצורך איזו פונקציה מבקשים להטיל אחריות? כלומר, ההקשר בו מבקשים ליישם את דיני הכיבוש עשוי להשפיע על השאלה האם הם חלים.

קחו לדוגמה את פסקי הדין של ה-ICTY, שדנו בפשעים שבוצעו ביוגוסלביה בשנות ה-90 למאה הקודמת: בפרשת Naletilić נקבע כי לצורך החלת ההגנה על אזרחים שמספקת אמנת ג'נבה הרביעית,⁵⁴ יש לפרש את המונח "in the hands of", באופן שיחול על תושבים אשר מוצאים עצמם תחת שליטת כוח זר, גם אם מדובר בתקופת מעבר, בה לא ניתן לקבוע כי הכוח הזר מפעיל שליטה אפקטיבית בשטח.⁵⁵ בית הדין בעצם קבע, כי התשובה לשאלה "האם חלים דיני כיבוש?" מושפעת מהתשובה לשאלה "לאיזה צורך שואלים?". זאת, על מנת לתת פרשנות תכליתית לדיני הכיבוש ובייחוד לוודא שבמקום בו תושבים מוצאים עצמם תחת שליטת כוח זר, יוטלו על הכוח הזר חובות וסמכויות בהתאם. כך קובע ה-ICTY:

"Consequently, the Chamber will have recourse to different legal tests to determine whether the law of occupation applies, depending on whether it is dealing with individuals or with property and other matters".⁵⁶

בכך, התבסס ה-ICTY על פסק הדין בערעור שבפרשת Tadić, שם נקבע כי לצורך החלת ההגנה של אמנת ג'נבה הרביעית, יש לבחון את מהות היחסים בין התושבים הטוענים להגנה לבין הכוח המפעיל עליהם שליטה, ולא רק יחסם הפורמלי.⁵⁷ קביעתו של ה-ICTY, לפיה החלתם של דיני כיבוש לצורך הגנה על אזרחים אינה בהכרח מחייבת החלה גורפת של דיני כיבוש לכל צורך, הינה דוגמה ליישום הגישה הפונקציונלית לדיני הכיבוש, בה חובות מיושמות לפי התחום וההקשר, במטרה להגן על אזרחים ומבלי שקיים צורך להחיל את כל דיני הכיבוש כמכלול שמרכיביו אינם ניתנים להפרדה.⁵⁸

בפסיקה ניכרת מגמה, לפיה ההחלטה האם להחיל את דיני הכיבוש בשטח מסויים מושפעת מהרצון להימנע מחלל ריק, אשר יותיר אזרחים בפני כוח זר, ללא הגנה חוקית מספקת. למשל, פסיקות בית המשפט האירופי לזכויות האדם (ECtHR) לעניין הסכסוך בקפריסין מתאפיינות בחוסר אחידות סביב שאלת האחריות מכוח האמנה האירופית בדבר זכויות אדם עבור מעשייה של הממשלה בצפון האי, אשר במקרים מסויימים יוחסו לטורקיה ככוח כובש ובמקרים אחרים

⁵⁴ אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 12 באוגוסט 1949, כ"א 1, עמ' 559 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ג'נבה).

⁵⁵ Gross, לעיל הש"ש 34, פרק 2. נציין כי פסיקה זו, המאפשרת תשובות שונות לשאלה האם חלים דיני כיבוש, לפי הפונקציה שמחפשים להפעיל, מאפשרת הימנעות ממצב אבסורדי, בו המסקנה שחלים דיני כיבוש על היבט מסויים של הקשר בין כוח זר לתושב מוגן - תחייב

⁵⁶ שם, פסקה 222.

⁵⁷ Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-A, Judgment, ¶ 166 (July 15, 1999).

⁵⁸ Gross, לעיל הש"ש 34, פרק 2. נציין כי פסיקה זו, המאפשרת תשובות שונות לשאלה האם חלים דיני כיבוש, לפי הפונקציה שמחפשים להפעיל, מאפשרת הימנעות ממצב אבסורדי, בו המסקנה שחלים דיני כיבוש על היבט מסויים של הקשר בין כוח זר לתושב מוגן - תחייב החלה גורפת של דיני הכיבוש על כל קשר בין הכוח הזר לבין התושב המוגן. מסיבה זו, למשל, ניתן לקבוע כי דיני הכיבוש מחייבים את מדינת ישראל לאפשר את רמת המסחר הדרושה כדי לקיים חיים תקינים בעזה (משום שהיא שולטת במעברים), אך הם אינם מחייבים אותה להשליט סדר ברחובות של עזה (משום שישראל אינה שולטת בנעשה ברחובות של עזה).

לא יוחסו לטורקיה, למרות הקביעה שהיא מפעילה שליטה אפקטיבית בצפון האי. ה-ECtHR רמז להבדלים, כשהסביר ששיקול עיקרי שמניע אותו הינו הרצון להגן על אזרחים אשר כוח זר מפעיל עליהם שליטה:

"In the Court's view, the key consideration is to avoid a vacuum which operates to the detriment of those who live under the occupation..."⁵⁹

אכן, בית המשפט הצהיר על כוונתו לייחס לטורקיה אחריות להפרות זכויות אדם במקרים בהם הימנעות מלעשות זאת תפקיר קורבנות ללא הגנת האמנה האירופית בדבר זכויות אדם. נקבע, כי מקום בו מופרות זכויותיהם של תושבי צפון האי כתוצאה ממעשיהם או ממחדליהם של חיילים טורקים הנמצאים באזור, טורקיה תישא באחריות מכוח האמנה.⁶⁰ זאת, מבלי שבשלב זה הוטלה אחריות גורפת על טורקיה לקיום הוראות האמנה בצפון האי.

ניתן למצוא דוגמה נוספת לגישה זו באזהרות של ה-Claims Commission בעניין הסכסוך שבין אתיופיה לאריתריאה, לפיהן אסור שמחלוקת סביב המעמד המשפטי של שטח תפגע בהגנה שהדין ההומניטרי אמור לספק לאזרחים.⁶¹

מעבר לרצון להימנע מהפקרת אזרחים ללא הגנה, ערכאות בינלאומיות גם מקשרות בין טיב השליטה שמופעלת, לטיב האחריות. נקודה מעניינת בהקשר זה, הרלוונטית למצב בעזה, היא שאלת אחריותה של טורקיה לשלילת זכותם של פליטים קפריסאים לחזור לבתיהם שבצפון האי. לצורך הכרעה בסוגיה, בחן בית המשפט את סוג השליטה שהפעילה טורקיה בקפריסין, ואת השפעה של שליטה זו על האפשרות של הקפריסאים לממש את זכותם לחזור לבתיהם. מבלי לייחס לטורקיה אחריות גורפת לנעשה בצפון האי, קבע בית המשפט כי שליטתה של טורקיה בקו שהפריד בין דרום האי לצפון, באמצעות נוכחותם של חיילים טורקים בגבול שבין חלקי האי, והעובדה כי החיילים מונעים מהפליטים לעבור לחלק הצפוני - מהוות הפעלת סמכות שמטילה על טורקיה אחריות מכוח האמנה:

"The Commission considers that by these measures preventing their return to the north, Turkey exercised in effect a control which in this respect brought the said persons under her jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention as interpreted in the Commission's decision on admissibility."⁶²

⁵⁹ Demopoulos and Others v. Turkey (dec.), no. 46113/99, ¶ 96, ECHR (2010).

⁶⁰ ראו 10. Cyprus v. Turkey, Decision on the admissibility of applications no. 6780/74 and no. 6950/75, (26 May 1975), para. 10. שם נקבע כי "Therefore, insofar as these armed forces, by their acts or omissions, affect such persons' rights or freedoms under the Convention, the responsibility of Turkey is engaged."

The Federal Democratic Republic of Ethiopia v. The State of Eritrea, 2 Eritrea Ethiopia Claims Commission- Permanent Court of Arbitration 8 (partial award) (2004) at www.pca-cpa.org/upload/files/ET%20Partial%20Award%281%29.pdf.

⁶² (Cyprus v. Turkey [1982] (להלן: Cyprus v. Turkey, App. Nos. 6780/74 and 6950/75, 4 Eur. H.R. Rep. 482, ¶ 203 (1982)).

לאורך סדרת פסקי הדין המתייחסים למצב בקפריסין, נקט בית המשפט גישה פונקציונלית להטלת אחריות מכוח האמנה, כאשר הפעלת שליטה בתחום פלוני הקימה עבור טורקיה חובות באותו התחום.

סמוך למועד סגירתו של נייר עמדה זה, ניתן פסק דינו של ה-ECtHR בפרשת *Al Skeini* הידועה. בחרנו להתייחס אליו כאן בקצרה, כיוון שהוא הולך בדרכה של הגישה הפונקציונלית ומספק הזדמנות לזקק מבחן משפטי להטלת אחריות, בסיטואציות מורכבות של כיבוש. כאשר נידונה הפרשה בתוך בריטניה,⁶³ קבע בית הלורדים הבריטי כי סוג השליטה שהפעילו החיילים הבריטים בעיראק לא אפשרה להם לממש את הוראות האמנה האירופית בדבר זכויות האדם לעניין חקירת מקרי מוות, ולפיכך - הגנתה אינה חלה על מקרים מסויימים בהם חיילים בריטים הרגו אזרחים עיראקיים. זאת, אף על פי שלא היתה מחלוקת בדבר קיומו של מצב של כיבוש בעיראק לפי אמנת ג'נבה ותקנות האג. נקבע, כי שליטה אפקטיבית לצורך דיני כיבוש אינה בהכרח מקיימת את התנאים לקיומה של שליטה אפקטיבית לצורך דיני זכויות אדם. לעומתו, בית המשפט האירופי, אשר גם הוא נקט גישה פונקציונלית, הגיע למסקנה הפוכה, בקובעו כי הוראות האמנה חלו הן מכוח דוקטרינת הפעלת הסמכות (State Agent Authority) הן מכוח השליטה האפקטיבית שהפעילו החיילים באזור (Effective Control Authority).⁶⁴ נקבע, כי אף שבריטניה הפעילה רק חלק מהסמכויות השלטוניות שהן הפריבילגיה של הריבון, שמירה על הבטחון נמנית על סמכויות אלו. בשל כך, בריטניה נושאת באחריות כלפי תושבי המקום דווקא בהקשר של פעולות לשמירה על הבטחון, שבמסגרתן נהרגו בני משפחותיהם של התובעים.

בחוות דעת נפרדת, הסכים השופט בונלו למסקנת הרוב, לפיה האמנה חלה על נשואי התביעה, והציע מבחן בעל יישום כללי לשאלה מתי כוח זר חב חובות לתושבי ארץ אחרת. לדעתו, ראוי לקבוע כלל מובהק, לפיו מקום בו ביכולתה של מדינה פלונית לקיים את הוראות האמנה - על המדינה לעשות זאת:

"[W]as it within the State's authority and control to see that those positive obligations would be respected? If it was, then the functional jurisdiction of the State would come into play, with all its natural consequences".⁶⁵

בהקשר של כיבוש, הדגיש השופט בונלו את האפשרות ששליטה חלקית תקים אחריות חלקית, לפי התחום וההקשר:

⁶³ *Al-Skeini v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26, R (Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence, 2011, cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=HUDOC-EN, App. No. 55721/07, 2011, *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, Case Title-ב) חפשו: "Al-Skeini and Other v. the United Kingdom", ואז לחצו על הלינק של המקרה), ס' 149.
⁶⁴ שם, חוות דעתו של השופט בונלו, ס' 19.



צילום: מוחמד עזאייזה / גישה, 2.1.11

שדה התעופה של רצועת עזה - מושבת מאז 2000

"It is quite possible to envisage situations in which a Contracting State, in its role as an occupying power, has well within its authority the power not to commit torture or extra-judicial killings, to punish those who commit them and to compensate the victims - but at the same time that Contracting State does not have the extent of authority and control required to ensure to all persons the right to education or the right to free and fair elections: those fundamental rights it can enforce would fall squarely within its jurisdiction, those it cannot, on the wrong side of the bright line".⁶⁶

גם כשבית המשפט מתייחס לתחולתה של אמנת זכויות האדם, הגישה הפונקציונלית שהוא מציע עשויה לסייע בהחלטות על החלת הדין ההומניטרי, בייחוד המבחן הפרגמטי שמוצע על ידי השופט בונלו.

מן האמור לעיל עולה כי ערכאות בינלאומיות דווקא מוצאות דרכים יעילות לפתור את בעיית הבינאריות: הן מיישמות גישה פונקציונלית להחלתם של דיני כיבוש, שבדקת את הקשר בין הכוח הזר לבין תושבי המקום ושואפת להטיל אחריות באותם תחומי חיים בהם הכוח הזר מפעיל שליטה. מכיוון אחר, ניתן לכנות את הגישה שנוקטים בתי המשפט "גישה תכליתית",

⁶⁶ שם, שם, ס' 32.

משום שהיא מבקשת לממש את תכליתו של המשפט ההומניטרי הבינלאומי בכך שהיא מטילה אחריות על הגורם אשר מסוגל לקיים אותה מחד גיסא, ואשר קנה לעצמו חובה לעשות זאת מעצם הפעלת סמכות שלטונית על אזרחים מאידך גיסא. בייחוד כשמדובר בהגנה על אזרחים, הנטייה היא למצוא דרך ליישם את הגנתם של דיני הכיבוש על מי שנמצא בידיו של כוח זר. כך מציע פיקטה בפרשנותו על אמנת ג'נבה הרביעית:

"The relations between the civilian population of a territory and troops advancing into that territory, whether fighting or not, are governed by the present Convention. There is no intermediate period between what might be termed the invasion phase and the inauguration of a stable regime of occupation. . . The Convention is quite definite on this point: all persons who find themselves in the hands of a Party to the conflict or an Occupying Power of which they are not nationals are protected persons. No loophole is left".⁶⁷

ראו גם את פרשנותו של אדם רוברטס, אשר מצא כי הדוקטרינות הנוגעות להחלת דיני הכיבוש אינן בהכרח בינאריות, וכי ניתן להחיל רק חלק מהוראות דיני הכיבוש, על מנת להסדיר את הקשר בין הכוח הזר לבין התושבים:

"One might hazard as a fair rule of thumb that every time the armed forces of a country are in control of foreign territory, and find themselves face to face with the inhabitants, some or all of the provisions of the law of occupation are applicable...".⁶⁸

יש לציין כי פיקטה, כמו ה-ICTY, הבחין בין הגדרת המונח "כיבוש" לצורך תקנות האג משנת 1907 לבין הגדרתו לצורך החלת אמנת ג'נבה הרביעית, ומצא שניתן להחיל את אמנת ג'נבה גם כאשר לא מתקיימים התנאים המפורטים בתקנה 42 לתקנות האג בדבר שטח כבוש. עמדת עמותת גישה הינה כי יש לנקוט גישה פונקציונלית (ותכליתית) גם להחלת תקנות האג, ככל שיש בהן להסדיר את הקשר שבין כוח זר לבין תושבי המקום. זאת, בשל הצורך לפרש את תקנות האג לאור ההתפתחויות בהגנה על אזרחים, שמעוגנות בין היתר באמנת ג'נבה הרביעית. אם בעבר ניתן היה להגיד שתקנה 43 לתקנות האג מיועדת בעיקר להגן על זכויותיו של הריבון שסולק באופן זמני, כיום, דאגה לזכותו של העם להגדרה עצמית וכן לצרכיהם של אזרחים כיחידים בעלי זכויות מהווה חלק אינטגרלי מתקנה 43. כיום, יש לפרש את תקנה 43 כהוראה שמטילה חובה להקל (to facilitate) על החיים הציבוריים (la vie publique) של תושבי השטח, ככל שהם בידי הכוח הזר.⁶⁹

INT'L COMMITTEE OF THE RED CROSS, COMMENTARY, IV GENEVA CONVENTION RELATIVE TO THE PROTECTION OF CIVILIAN PERSONS IN TIME OF WAR 60 ⁶⁷ (Jean S. Pictet ed., 1958).

⁶⁸ Adam Roberts, *What Is a Military Occupation?* 1984 BRIT. Y.B. INT'L L. 249, 250-251 ⁶⁹ לפורטים על האופי השלטוני של הפעלת הסמכויות בידי ישראל, ראו עמ' 35-36.

השטחים הפלסטיניים ורצף השליטה

כפי שנראה, כפירה בבינאריות של דיני הכיבוש - גם לעניין תחולתה של תקנה 43 לתקנות האג - מאפיינת את התנהגותה של ישראל ושל גורמים אחרים בהקשר של השטחים הפלסטיניים, לפחות מאז שהחלו שינויים בשליטה בשטח כתוצאה מיישום הסכמי אוסלו, אשר היו אמורים, לפי הצפי, לסיים את הכיבוש באופן הדרגתי.⁷⁰

בהתאם לגישה הפונקציונלית שקיימת בפסיקה, וכן בהתחשב בנעשה בפועל בשטחים הפלסטיניים, אנו מציעים להתייחס לשאלה של "סיום כיבוש" או "אובדן שליטה אפקטיבית", הן ברצועת עזה הן בגדה המערבית, כתהליך שמתרחש לאורך זמן. לאורך הזמן, חלו שינויים בהיקף השליטה שמפעילה ישראל ושמפעילים גורמים פלסטיניים, כאשר אף אחד מאלו אינו מפעיל את מלוא הסמכויות השלטוניות ששייכות לריבון החוקי. כפי שנראה, במשך תקופה זו, הצדדים (ישראל, הרשות הפלסטינית והקהילייה הבינלאומית) נקטו גישה פונקציונלית לחלוקת האחריות, כאשר חובות בתחום מסויים הוטלו בהתאם לשאלה מי מפעיל סמכות בתחום זה. הימנעות מגישה בינארית מאפיינת את גישתם של הצדדים לשליטה ולכיבוש בשטחים הפלסטיניים: מאז שנת 1994 מייחסים הצדדים אחריות לפי שליטה, אף שלאורך כל השנים (וברצועת עזה עד לשנת 2005), היתה הסכמה שישראל היא הכוח הכובש בשטחים.

בנקודת הזמן הנוכחית, אנו נמצאים במקום לא לגמרי ידוע על הרצף שבין הפקעה מוחלטת של הריבונות החוקית, כמו בשנים שלפני העברת הסמכויות לרשות הפלסטינית עם הקמתה ב-1994, לבין "סיום הכיבוש", קרי מצב בו ישראל כבר אינה מפעילה סמכויות שלטוניות על רצועת עזה והגדה המערבית ומאפשרת לנציגיו של העם בעל הזכות להגדרה העצמית להפעילן. ניתן להצביע על מספר נקודות ציון עיקריות לאורך השנים, בהן התרחשו שינויים ברמת השליטה על השטחים, אשר הביאו לשינויים בהיקף האחריות ובטיבה. נמנה אותן למטה, כדי להדגיש את הנזילות של העברת השליטה בין ישראל לגורמים פלסטיניים במשך הזמן:

1 ביוני 1967 כבשה ישראל את השטחים הפלסטיניים, הקימה ממשל צבאי ברצועת עזה ובגדה המערבית ויישמה את הדין הישראלי במזרח ירושלים באופן שסיפח אותה בפועל. בשטח הפלסטיני הוקמו התנחלויות ישראליות, אליהן נחסמה הגישה עבור פלסטינים, ואשר על תושביהן היהודים הוחל הדין הישראלי באופן פרסונלי.

2 בין השנים 1994 ל-2000 התבצע תהליך של העברת סמכויות מסוימות ל"מועצה הפלסטינית", במסגרת הסכמי אוסלו. סמכויות עבור שירותים אזרחיים, כגון מערכת הבריאות, החינוך והכלכלה הועברו לרשות הפלסטינית, כמו גם סמכויות שיטור בערים הפלסטיניות. ישראל הוסיפה לתבוע את הסמכויות השייכות לכוח הכובש, אולם טענה

⁷⁰ ההסכמים צפו תקופת ביניים של חמש שנים, שאמורה היתה להסתיים בשנת 1999 עם הסדר קבע, שמעולם לא הושג.

כי בתחומים בהם הועברו סמכויות לרשות הפלסטינית, ישראל אינה נושאת באחריות ישירה.

3 החל מסוף ספטמבר 2000, בעקבות פרוץ האינתיפאדה השנייה, ישראל נטלה מחדש סמכויות מסוימות אשר הועברו לרשות הפלסטינית במסגרת הסכמי אוסלו. החל מאותה שנה, התקיימו פלישות צבאיות ישראליות לאזורים ברצועת עזה ובגדה המערבית, מהם נסוגו הכוחות הישראליים במסגרת הסכמי אוסלו.

4 בחורף 2002 הוחזרה באופן זמני השליטה הצבאית הישראלית הישירה בערים מרכזיות בגדה המערבית, במסגרת מבצע "חומת מגן".

5 בספטמבר 2005 הוסרה הנוכחות הצבאית והאזרחית הקבועה בשטחה של רצועת עזה והוסרה הנוכחות הצבאית הקבועה בציר פילדלפי שבין רצועת עזה למצרים.

6 ביוני 2007 תפסה את השלטון הפנימי בעזה תנועת חמאס, אשר בניגוד לרשות הפלסטינית אינה רואה עצמה כפופה להסכמים שנחתמו עם מדינת ישראל במסגרת הכיבוש. ברצועת עזה התחילה להתפתח מערכת שלטון נפרדת, אשר הפעילה סמכויות שלא בכפוף לישראל ואשר המימון שלה אינו תלוי בכספי המיסים אשר ישראל גובה עבור הרשות הפלסטינית.

7 בתקופות שונות מאז שנת 2005, ובייחוד בקיץ 2006 ובחודשים דצמבר 2008 וינואר 2009, פלש הצבא הישראלי לשטח רצועת עזה וישראל חזרה לשלוט באופן ישיר בשטח, לעיתים למשך שעות או ימים ולעיתים למשך שבועות. החל משנת 2008, הורחב אזור "החיץ" בסמוך לגבול עם ישראל, אליו אסור לתושבי עזה להיכנס.

8 החל מיוני 2006, לאחר נפילתו בשבי של החייל הישראלי גלעד שליט, החמירה ישראל את ההגבלות על השימוש במים הטריטוריאליים של רצועת עזה. כיום היא מגבילה את פעילות הדייג למרחב של עד שלושה מיילים ימיים מחופי עזה ומקיימת מאז ינואר 2009 "מצור ימי", אשר, לטענתה, מסמיך אותה לעצור ספינות בלב ים אם קיים חשש שבכוונתן להגיע לרצועת עזה.

9 בחודש יוני 2010 נפתח מעבר רפיח לתנועה מוגבלת אך סדירה של אנשים בין עזה לבין מצרים, מחוץ למסגרת הסכם המעברים משנת 2005, הסכם אשר נתן לישראל סמכויות מהותיות לאפשר או למנוע מעבר בין עזה למצרים.⁷¹ ישראל לא מנעה פתיחה זו, ובחודש מאי 2011 הרחיבה מצרים את קטגוריות האנשים המורשים לעבור דרך רפיח ואת מספרם.

⁷¹ גישה, מעבר רפיח - מי מחזיק במפתחות?, לעיל ה"ש 19, עמ' 18.

10 במהלך השנים מאז שנת 2007 הופחתה הפעילות של הצבא הישראלי ברחבי הגדה המערבית, וחלק מהסמכויות שלקח לידי הצבא בשנת 2002 הוחזרו למשטרה הפלסטינית.

רשימת אירועים זו אינה ממצה, וקיימות נקודות ציון נוספות, בהן השליטה הישראלית בשטחים הפלסטיניים התהדקה לסירוגין ושחררה לסירוגין. יש לצפות שבעתיד ימשיכו להתרחש שינויים בהיקף השליטה של ישראל ושל גורמים נוספים בשטחים אלה. נכון לפרסום נייר עמדה זה, קיימות שתי מגמות אשר עשויות להשפיע על טיב השליטה הישראלית המופעלת ברצועת עזה, ועל רמתה: מצד אחד, ההבטחה המצרית להקל על מעבר פלסטינים דרך רפיח (לכאורה

תוך צמצום התיאום עם ישראל), וההצהרה הפלסטינית בדבר הכוונה להכריז על מדינה ולקיים יחסי חוץ יותר עצמאיים - אלו עשויות להצביע על רצונן או על ניסיוןן של הרשויות הפלסטיניות להפעיל סמכויות שלטוניות נוספות בעזה ובגדה.⁷² מצד שני, ההצהרות של מדינת ישראל, לפיהן כתגובה להתפתחויות פוליטיות, כגון הסכם פיוס בין הפלגים הפלסטיניים, תגביל ישראל את הסמכויות שהיא מאפשרת לרשות הפלסטינית להפעיל, וכן תמנע העברת כספי מיסים אליה, מצביעות על הגבלה אפשרית של סמכויות שלטוניות פלסטיניות.

כל עוד אנו ניצבים על הרצף שבין הפקעה מוחלטת של הסמכויות השלטוניות על ידי ישראל לבין מימוש הריבונות הפלסטינית במלואה, עמדתנו היא כי לא ניתן לטעון שהכיבוש הסתיים, אף אם ניתן להצביע על נסיגה זוחלת של הכוח הכובש, לפחות בחלק מהשטח ובחלק מהתחומים.

עיון בנקודות הציון המפורטות לעיל מגלה, כי בשלב זה, אף גורם אינו נהנה מבלעדיות בהפעלת הסמכויות השלטוניות שהן הפריבילגיה, לכאורה, של הריבון. ייתכן ומצב זה, של שליטה מעורבת ו"חוסר ודאות", כפי שמכנה אותו גרוס, ישרור שנים רבות, שהרי בשני העשורים האחרונים השליטה הישראלית - הן בעזה הן בגדה - התאפיינה בדינמיות רבה ובהידוק השליטה ושחרורה, בהתאם להתפתחויות פוליטיות וצבאיות. כל עוד אנו ניצבים על הרצף שבין הפקעה מוחלטת של הסמכויות השלטוניות על ידי ישראל לבין מימוש הריבונות הפלסטינית במלואה, עמדתנו היא כי לא ניתן לטעון שהכיבוש הסתיים, אף אם ניתן להצביע על נסיגה זוחלת של הכוח הכובש, לפחות בחלק מהשטח ובחלק מהתחומים. כיוון שכך, חובותיה של ישראל מכוו דיני כיבוש עדיין עומדות לה, בהתאם לשליטה המופעלת על ידה הן בעזה הן בגדה, וגורמים אחרים חבים גם הם חובות, בתחומים בהם הם שולטים.

⁷² עצם ההכרזה על מדינה לא יחזק את הריבונות הפלסטינית הממומשת בשטח, אבל ייתכן שפעולות שיינקטו כתוצאה מכך, בייחוד בתחום יחסי החוץ, יאפשרו לרשויות הפלסטיניות להפעיל סמכויות שלטון נוספות. ניתוח מעמיק יותר של ההשלכות האפשרויות יהיה ספקולטיבי בשלב זה.

גישה פונקציונלית זו מיושמת בפועל בשטחים הפלסטיניים מזה זמן רב, ודווקא ישראל היא זו שמתקשת עליה. כפי שמציין גרוס,⁷³ מאז שנת 1967 דגלה מדינת ישראל במדיניות של עמימות באשר לתחולתם של דיני הכיבוש, וזאת באמצעים שונים: דחיית תחולה דה יורה של אמנת ג'נבה הרביעית בשטחים הכבושים (אם כי בפועל היא שימשה מסגרת לפעולותיה של המדינה, אשר הסכימה ליישם את החלקים "ההומניטאריים" של האמנה); סיפוח דה יורה של חלקים מן השטח (מזרח ירושלים) וסיפוח דה פקטו של חלקים אחרים ממנו (באמצעות הקמת התנחלויות, החלת הדין הישראלי על המתנחלים ועל יהודים בשטח הכבוש באופן פרסונלי ובניית מכשול ההפרדה, שבפועל מספח חלק מהשטח הכבוש ומעמיק את השליטה באזורי תפר); העברת סמכויות שלטוניות מסויימות לרשות הפלסטינית במסגרת הסכמי אוסלו; וכן ביצוע תכנית "ההתנתקות" מרצועת עזה בשנת 2005, שלוהו בטענה כי בכך תמה אחריותה של מדינת ישראל כלפי רצועת עזה (אם כי ישראל הוסיפה לתבוע את הסמכות להגביל את התנועה אל רצועת עזה וממנה). לאורך כל השנים, הגישה הישראלית לגבי רצועת עזה והגדה המערבית היתה מעורבת: ישראל ויתרה על סמכויות מסויימות לטובת הרשות הפלסטינית (שחלקן נלקחו בהמשך על ידי שלטון חמאס בעזה) ואחר כך נטלה את חלקן בחזרה, תוך שהיא מכירה באחריותה לשטחים ולתושביהם בהקשרים מסויימים ודוחה אותה בהקשרים אחרים, כמו בהקשר של עזה.

לאורך כל התקופה, מדינת ישראל התנגדה להכרעה בינארית בעניין החלת דיני הכיבוש (לרבות תקנה 43 לתקנות האג) והתעקשה שאף על פי שדיני הכיבוש חלים - יש להטיל אחריות בהתאם לשליטה. הגם שבמסגרת הצהרות ציבוריות ישראל מתייחסת לשטחים הפלסטיניים כאל שטחים "מנוהלים" או שטחים שחלקם לפחות שייך ל"עם היהודי",⁷⁴ עמדתה המשפטית העקבית בפני בתי משפט בישראל ופורומים בינלאומיים היא שהשטחים הפלסטיניים (לגבי רצועת עזה עד ספטמבר 2005) מוחזקים בתפיסה לוחמתית, ולפיכך למפקדים הצבאיים באזור עומדות מלוא הסמכויות מכוח דיני הכיבוש.⁷⁵ אף על פי כן, החל מביצוע הסכמי הביניים עם הפלסטינים, ישראל טענה שחובותיה בתחומי הבריאות, החינוך, הכלכלה ותחומים אחרים

⁷³ Gross, לעיל ה"ש 34, פרק 3.

⁷⁴ ראו, למשל, נאומו של ראש הממשלה בנימין נתניהו בפני בתי הנבחרים בארה"ב מיום 24.5.2011 (Benjamin Netanyahu [Prime Minister], Speech to a Joint Meeting of the U.S. Congress [May 24, 2011], at www.mfa.gov.il/MFA/Government/Speeches+by+Israeli+leaders/2011/Speech_PM_Netanyahu_US_Congress_24-May-2011.html). לפיו "In Judea and Samaria, the Jewish people are not foreign occupiers", וסרטון שהופץ מטעם משרד החוץ הישראלי, בו טוען סגן שר החוץ שהגדה המערבית אינה שטח כבוש אלא "disputed territory": www.youtube.com/watch?v=XGYxLWUKwWo.

⁷⁵ ראו למשל, בג"ץ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו"ד (6) 352 (2002), בפסקה 13. אף שמדינת ישראל טוענת שאמנת ג'נבה הרביעית אינה חלה דה יורה בשטחים, למרות היותם, גם לדידה, נתונים לתפיסה הלוחמתית שלה, ישראל הודיעה על נכונותה ליישם את החלקים ההומניטאריים של האמנה וטוענת לסמכויות של הכוח הכובש בגדה המערבית ועד לשנת 2005 גם ברצועת עזה.

הועברו לרשות הפלסטינית עם העברת סמכויות שלטוניות בתחומים אלה,⁷⁶ אף על פי שלפי גישה "בינארית", כל עוד ישראל מוסיפה לכבוש, היא תוסיף לשאת במלוא האחריות כלפי התושבים המוגנים. מזה זמן האחריות מחולקת בהתאם לשליטה, גם אם הצדדים אינם מסכימים על אופי החלוקה. יצוין, שהגורמים הבינלאומיים הרבים המעורבים בסכסוך נוקטים גישה זו גם הם, ובתוך המסגרת של דיני הכיבוש, פונים לרשויות הישראליות והפלסטיניות בהתאם לתחום בו הם מבקשים להטיל אחריות. כמו כן, בית המשפט העליון הישראלי מחיל את דיני הכיבוש על ישראל לצורך קביעת סמכויותיהן של רשויות הצבא לחוקק דינים, לשפוט עצירים ולנקוט את מלוא האמצעים הבטחוניים השייכים לכוח הכובש, אולם נמנע מלהטיל אחריות על ישראל בתחומים אזרחיים בהם הועברו סמכויות לרשות הפלסטינית.⁷⁷

נכונה הטענה, לפיה ההתרחשויות בשטח, לפחות מאז שנת 1994, לרבות ה"התנתקות" והשינוי בשלטון הפנימי בעזה שהחל ביוני 2007, משליכות על מידת האחריות של מדינת ישראל, הן בגדה המערבית הן ברצועת עזה, שבתחומים מסויימים פוחתת ואף מתאינת. אולם, גם אם התקדמנו ברצף השליטה לקראת מימוש מוגבר של סמכויות שלטוניות על ידי הרשויות הפלסטיניות, הרי שהשליטה הישראלית בתחומים עיקריים, המשפיעים על חייהם של התושבים הפלסטינים, הן בעזה הן בגדה, טרם הסתיימה.

ניתן לסכם את עמדתנו כך: משום שלא ניתן לקבוע כי הסתיי הכיבוש בשטחים הפלסטיניים בכלל, וברצועת עזה בפרט, יש להמשיך להתייחס לעזה ולגדה כאל שטח כבוש, כאשר היקף החובות שחבה ישראל מכוח דיני הכיבוש וטיבן - נגזרים מהיקף השליטה שהיא מוסיפה להפעיל ומטיבה.

⁷⁶ ראו למשל, ס' 20 לכתב התגובה מטעם המשיב בבג"ץ 8242/06 סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (17.10.2006), www.gisha.org/UserFiles/File/LegalDocuments/SawsanSalame/Stateresponse18_10_2006.pdf (להלן: כתב התגובה בפרשת סלאמה), שם טענה המדינה כי "...לפי הסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, בין מדינת ישראל לבין אש"ף, האחריות בתחום החינוך באזור - כמו גם בתחומים אזרחיים אחרים ובכללם מערכת הבריאות - הועברה לרשות הפלסטינית. בנסיבות אלה, אין למפקד הצבאי אחריות ישירה למצב מערכת החינוך באזור". הטענה הועלתה במסגרת עתירה שביקשה לבטל איסור על כניסת סטודנטים פלסטינים לישראל לצורך לימודים, בין היתר בהתבסס על אחריות ישראלית להקל על פיתוח מערכת החינוך בגדה המערבית. ⁷⁷ כך למשל בבג"ץ 6133/03 אבו בכר נ' משרד הבטחון (לא פורסם, 23.9.2003) נקבע כי "...את טרונותיו של העותר עליו להפנות לרשות [הפלסטינית - ש.ב./פ.], ולא למדינת ישראל; ס' 28 הנזכר קובע מפורשות כי כוחות ואחריות בתחום מרשם האוכלוסין ותיעוד בגדה המערבית וברצועת עזה יועברו מהממשל הצבאי ומהממשל האזרחי שלו לצד הפלסטיני". בבג"ץ 10548/06 חאג נ' המנהל האזרחי לאיוור יהודה ושומרון (לא פורסם, 6.9.2007) נקבע: "על פי ס' 28 לנספח האזרחי להסכם הביניים בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית... הסמכות לאישור איחוד משפחות באזור נתונה לרשות, בכפוף לאישור ישראל... בית משפט זה פסק שוב ושוב, כי כל עוד לא הועברה בקשה מן הרשות לישראל אין להתערב בהחלטות המשיב וטרונות בעניין יש להפנות לרשות...". ובבג"ץ 7221/08 אבו חמדה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.1.2009) נקבע: "על פי... הסכם הביניים בין ישראל לרשות הפלסטינית... הסמכות לטפל בבקשות למתן תושבות קבע נתונה לרשות הפלסטינית, בכפוף לאישור ישראל... רק אם תפנה הרשות לישראל, תקום חובה על הגורם המוסמך כאן לטפל בפנייה ולקבל החלטה בקשר אליה...". נשאר בצריך עיון את שאלת האחריות השיווית שנתרת למדינת ישראל, בהיותה כובש, גם בתחומים בהם הרשות הפלסטינית מפעילה סמכויות. ניתן למצוא רמז לכך שישראל מוסיפה לשאת באחריות עקיפה לנעשה בתחומים בהם הועברו סמכויות לרשות הפלסטינית בהצרת המדינה שככתב התגובה בפרשת סלאמה, לעיל ה"ש 76, בה נכתב כי לישראל אין אחריות "ישירה" בתחום האזרחי.

דיני כיבוש מול דיני לחימה: חיים תקינים מול מינימום הומניטרי

באימוץ העמדה שמפורטת לעיל, אנו חולקים על עמדתה של מדינת ישראל, לפיה הסטנדרט המחייב אותה בעזה⁷⁸ הוא הסטנדרט המינימלי המוכר מדיני הלחימה, קרי החובה לאפשר מעבר אך ורק של סחורות שהינן חיוניות להישרדות האוכלוסייה האזרחית.⁷⁹ עמדתנו היא שהסטנדרט החל על ישראל הוא החובה לאפשר את היקף המסחר הדרוש לקיום חיים תקינים, כמשמעו בתקנה 43 לתקנות האג. עמדתה הרשמית של ישראל גורסת שמרגע שהיא הסירה את נוכחותה הקרקעית הקבועה באדמת רצועת עזה הרי שהיא סיימה את הכיבוש ברצועה ובהתאם השתנה הסטנדרט אליו היא מחוייבת, גם בתחומים בהם שליטתה לא הוסרה, כגון מעבר סחורות. לפי עמדה זו, כאשר מוסרת שליטה באופן משמעותי אך חלקי, כגון באמצעות תכנית ה"התנתקות", חובותיה של ישראל מוגבלות לסטנדרט המינימלי הקבוע בדיני הלחימה, גם באותם תחומים בהם השליטה כלל לא השתנתה. לפי עמדה זו, ישראל רשאית להפעיל את אותה סמכות שלטונית שהיא מחזיקה בה מאז שנת 1967, כלומר ההחלטה מי ומה ייצאו מרצועת עזה וייכנסו אליה, באופן שמסכל את האפשרות לפיתוח אנושי וכלכלי, כל עוד היא מאפשרת מעבר "סחורות החיוניות להישרדות האוכלוסייה האזרחית"⁸⁰ ומעבר אנשים ב"מקרים הומניטאריים חריגים".⁸¹

גישה זו חותרת תחת תכליתו של המשפט ההומניטרי, המבקש לכרוך שליטה בעלת אופי שלטוני (כגון הסדרת מעבר אנשים וסחורות) באחריות בעלת אופי שלטוני (למשל, מתן אפשרות לנהל חיים תקינים, ככל שהיא תלויה בחופש תנועה). צדק רוברטס כשציון כי בהיעדר הסכם שלום או מצב של תבוסת הכוח הכובש, קשה לקבוע מתי מסתיים כיבוש, וכל נסיון לקבוע תאריך מסויים - עשוי לפספס את האופן ההדרגתי בו סמכויות מועברות מן הכוח הכובש.⁸² הורדת הסטנדרט שחבה מדינת ישראל בהסדרת המעברים של רצועת עזה, מבלי שחל שינוי משמעותי בשליטתה ברוב ערוצי התנועה של עזה, תביא למצב א-סימטרי, בו ישראל מחזיקה בסמכויות שלטוניות הקשורות להסדרת חיים אזרחיים (גם אם העילה המוצהרת לשליטה היא עילה בטחונית), אך חבה את אותן חובות מינימליות שחבים צדדים לעימות מזוין, אשר שולטים באופן זמני על מעבר פלוני לצורך השגת מטרה צבאית מוגדרת.

לא ניתן לנתק מניתוח של אמצעי השליטה את ההקשר: האופן בו הושגה השליטה (כיבוש שטחים כתוצאה מעימות מזוין בשנת 1967), הכוונות שעומדות מאחורי אופן יישום השליטה

⁷⁸ ראו למשל ס' 49 לתגובה המקדמית מטעם המשיבים בבג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (1.11.2007), התגובה מטעם המשיבים בפרשת אלבסיוני, שם מגדירה מדינת ישראל את היקף חובותיה בתחום מעבר סחורות.
⁷⁹ ראו למשל אמנת ג'נבה, ס' 23, לעיל ה"ש 54, וכן הפרוטוקול הראשון לאמנה זו, 1977, ס' 70 (להלן: הפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה).
⁸⁰ כתב התגובה מטעם המשיבים בפרשת אלבסיוני, לעיל ה"ש 78, בס' 73.
⁸¹ ראו למשל את ס' 14 לתגובת המדינה בעניין שריף, לעיל ה"ש 10, שם מנסח משרד הבטחון את הקריטריון למתן אפשרות למעבר תושבים פלסטינים מרצועת עזה ואליה.
⁸² Roberts, *Transformative Military Occupation* 617-616. עמודים 617-616.

(הפעלת לחץ)⁸³ או מטרות "בטחוניות-מדיניות"⁸⁴ ולא מטרה צבאית מוגדרת) וכן ההקשר הקונקרטי של הסכסוך הישראלי-פלסטיני והתביעות הטריטוריאליות של שני הצדדים. למשל, שליטה במים הטריטוריאליים יכולה להתקיים במסגרת מצור ימי. כמו כן, ניתן למנוע תנועה אווירית כאקט לחימה. אולם אם שוקלים גם את ההקשר, היינו קיומה של שליטה רציפה בים ובאוויר לאורך למעלה מארבעה עשורים, קשה יותר להתייחס לשליטה זו כאקט של לחימה או כנסיון להשיג מטרה צבאית זמנית, עליה יוחל הסטנדרט ה"מינימלי" הקבוע בדיני לחימה. קשה להתייחס ל"הסדרה אזרחית", כגון קביעת הסדרי תנועה, גביית מיסים, פיקוח על גבולות, קביעת מיהו "תושב פלסטיני" והיכן מותר לו להתגורר, הסדרת תשתיות, קביעת הסדרי תכנון ובנייה וכדומה, כאל אקט של לחימה. אף אם קיימת מטרה צבאית לשליטה בגבולות, יש לה גם אופי אזרחי, כאשר גורמים הממונים על "מרקם החיים" בתוך הצבא עוסקים ברגולציה של המסחר והתנועה, כפי שעשו מאז שנת 1967. מדובר בסמכויות שמופעלות על בסיס קבוע, באמצעות נהלים שמסדירים את חייהם של תושבי עזה. לא מדובר בשליטה זמנית שמיועדת להשיג מטרה צבאית, כגון תפיסת שטח או הכנעת אויב. אף שדיני הלחימה חלים, לא די בהם כדי לתאר ולהסדיר את מערכת היחסים שבין מדינת ישראל לבין תושבי עזה. הסטנדרט ה"מינימלי" שהמשפט ההומניטרי מחיל על מצבים של לחימה אינו מתאים למצב מתמשך של שליטה בחיים האזרחיים והסדרתם.

כל אלה מחזקים את הטענה שדיני הכיבוש, ובפרט הסטנדרט הקבוע בתקנה 43 לתקנות האג, הינם המסגרת המתאימה לבחון את מידת אחריותה של מדינת ישראל ברצועת עזה אל מול היקף שליטתה.

בנוסף לחובות אלה, חלים על ישראל גם דיני פוסט כיבוש ודיני זכויות האדם, כפי שנפרט בפרקים 3 ו-4. הגורמים הנוספים המפעילים שליטה, קרי הרשות הפלסטינית ושלטון חמאס, חבים גם הם חובות כלפי תושבי רצועת עזה מכוח דיני זכויות אדם והדין ההומניטרי, עליהן נרחיב בפרק 5.⁸⁵

⁸³ ראו למשל התבטאויות של בכירים במשרד הבטחון: חנן גרינברג, "ישראל שוקלת לצמצם מעבר סחורות לרצועה"

www.ynet.co.il/articles/0,7340L-3600973,00.html, 23.9.2008, Ynet

⁸⁴ ראו, למשל, תיאום פעולות הממשלה בשטחים, "המדיניות האזרחית כלפי רצועת עזה" (מצגת), הוצגה בפני הועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי 31.5.2010, www.turkel-committee.gov.il/files/worddocs/danqot.ppt, בעמ' 15 מוצגים עקרונות המדיניות האזרחית כלפי רצועת עזה, הכוללים "בידול בין יהודה ושומרון לבין רצועת עזה- כצורך ביטחוני- מדיני".

⁸⁵ לגבי המסגרת הנורמטיבית החלה על שלטון חמאס ועל הרשות הפלסטינית, ראו גישה, מעבר רפיח - מי מחזיק במפתחות? לעיל ה"ש 19, עמ' 136-133.

פרק 3: חובות פוסט כיבוש

בפרק הקודם טענו שכל עוד ישראל ממשיכה להחזיק באלמנטים משמעותיים של שליטה ברצועת עזה ולהפעיל אותם בהתאם לצרכיה ולפי שיקול דעתה, הרי שהיא ממשיכה לחוב חובות כלפי תושבי רצועת עזה, מכוח דיני הכיבוש. יחד עם זאת, כפי שהראנו, ישנם תחומים בהם ויתרה ישראל על שליטתה בעזה, באופן שמאפשר לגורמים אחרים ליטול אותה או את חלקה. השאלה היא מה מידת אחריותה של ישראל ביחס לתחומים אלו.

בפרק זה נתייחס לדוקטרינה משלימה, שמטילה על מדינת ישראל חובות מתמשכות כלפי רצועת עזה, בתחומים בהם ישראל **ויתרה על שליטתה**. מדובר בדוקטרינה נושנה המכונה *jus post bellum* (בתרגום ישיר: "צדק לאחר מלחמה", או לחלופין "דיני פוסט עימות"), אשר עוררה בשנים האחרונות עניין מחודש בקרב חוקרים מובילים בתחום הפילוסופיה הפוליטית והמשפט הבינלאומי.

jus post bellum הוא צלעה השלישית של תיאוריית המלחמה הצודקת (Just War Theory), לצד כללי היציאה למלחמה ודיני הלחימה. הרציונל שביסוד המבנה המשולש שמציעה תיאוריית המלחמה הצודקת הוא כזה: אם למלחמה יש סיבה לגיטימית (לפי עקרונות המצדיקים יציאה למלחמה - *jus post bellum*) והיא מנוהלת בצורה צודקת (לפי דיני הלחימה - *jus post bellum*), היא צריכה להוביל לתוצאה צודקת (*jus post bellum*). הוגו גרוטיוס, שנחשב לאחד מאבות המשפט הבינלאומי, פיתח עוד במאה ה-17 תפיסה של דיני פוסט, המבוססת על כללי הצדק הטבעי. מאוחר יותר, במאה ה-19, קשר עמנואל קאנט בין "החוק אחרי מלחמה" לבין עקרונות מהותיים של צדק, הגינות, כבוד לריבונות וגבולות הענישה.⁶⁶

במאות ה-19 וה-20 נזנח ענף ה-*jus post bellum*, יחסית לשניים האחרים, בכתיבה על המשפט הבינלאומי ההומניטרי ובשונה מהם לא עבר קודיפיקציה. אחת הסיבות העיקריות לכך נעוצה בתפיסה הבינארית של מלחמה ושלו, כפרדיגמות נורמטיביות שונות ונפרדות, תפיסה שאינה הולמת את המציאות המודרנית ואת אופיים של סכסוכים בעולם כיום.⁶⁷

⁶⁶ Carsten Stahn, *Jus Post Bellum: Mapping the Discipline(s)*, 23 AM. U. INT'L L. REV. 311, 314 (2008) (להלן: Stahn, *Mapping the Discipline(s)*).
⁶⁷ שם.

העניין המחודש בענף הפוסט התעורר במאה ה-21, על רקע התערבותה השנייה במחלוקת של ארצות הברית בעיראק ובאפגניסטן ונוכח הבנתו של הצבא האמריקאי שאחריותו כלפי האוכלוסייה האזרחית באזורים אלו לא תסתיים עם סיומו הפורמלי של הכיבוש. חוקרי המשפט ניסו לברר מהן החובות המשפטיות של הכוח הכובש במצבי מעבר מורכבים מעין אלו, בהם הכוח הכובש ויתר על השליטה או על חלקה, אך זו טרם עברה באופן מלא ואפקטיבי לסמכות ריבונית לגיטימית.

המשפט הבינלאומי ההומניטרי בנוי כך שהוא יכול לטפל בריק זמני בלבד של שליטה (temporary power vacuum), אחרי סיומו של קונפליקט, ואף זאת באופן כללי ביותר, בהסתמך על עקרונות משפטיים בסיסיים ולא על כללים ספציפיים המותאמים למצבי מעבר.⁸⁸ כאן, אם כך, מקומם של דיני הפוסט עימות, או הפוסט כיבוש. דוקטרינת הפוסט מספקת נקודת מבט שונה וחשובה לבחינת מערכת החובות והזכויות של השחקנים השונים בשלב המעבר, בראש ובראשונה משום שהיא משלימה עם עצם קיומו של שלב כזה.⁸⁹ דוקטרינת הפוסט מניחה קיומו של רצף בין עימות לבין שלום ובין כיבוש לבין מימוש מלא של הריבונות החוקית. כיוון שכך, היא עשויה לספק מסגרת הולמת להבנת חובותיה של ישראל כלפי רצועת עזה, בפרט בתחומים בהם וויתרה ישראל על שליטה.

לפי דוקטרינה זו, ישראל ממשיכה לחוב חובות כלפי תושבי עזה גם בתחומים בהם אין לה שליטה ישירה, ואף תחת ההנחה שהיא אינה כובשת עוד את עזה כלל, וזאת לפרק זמן מוגבל לאחר הסרת השליטה.⁹⁰ עקרון זה מעוגן בפרקטיקה של מדינות כמו ארה"ב (בעיראק ובאפגניסטן), בספרות המשפטית⁹¹ ואף בפסיקתו של בית המשפט העליון בפרשת **אלבסיוני**, גם אם שם נמנע בית המשפט מלקרוא לדוקטרינה בשמה.⁹² להלן נתייחס בקצרה למסגרת הנורמטיבית של דוקטרינת הפוסט ולעקרונותיה המובילים, שיכולים לסייע להבין מהו טיב החובות שחבה ישראל כלפי תושבי רצועת עזה ומהו היקפם.

⁸⁸ Stahn, *Mapping the Discipline* (ה"ש 86, עמ' 331-328). המשפט הבינלאומי מספק דיון מוגבל מאד בפעולות שאחרי שוך העימות המזויין. תקנות 32 עד 41 לתקנות האג מספקות את עיקר ההוראות הרלוונטיות, אלא שאלו ברובן אינן ישימות לסכסוכים מודרניים. העדר הוראות חוק מפורטות, המותאמות למצבי מעבר מסכסוך מזויין להסדר בר-קיימא, מחזק את התחושה שתוצאות הסכסוך משקפות "צדק של מנצחים". ראו: Major Richard P. DiMeglio, *The Evolution of the Just War Tradition: Defining Jus Post Bellum* (Winter 2005) 186 Mil. L. Rev. 116, 131 (להלן: DiMeglio).

⁸⁹ לפי Michael Walzer, שנחשב לבר סמך בתחום המלחמה הצודקת, כובשים "צודקים" לא רק רשאים להתערב ברפורמות פוסט מלחמה, אלא שגם יש להם מחויבות (מוסרית) לעשות כן. מובא ב: Dr. Eric De Brabandere, *The Responsibility for Post-Conflict Reforms: A Critical Assessment of Jus Post Bellum as a Legal Concept*, 43 VAND. J. TRANSNAT'L L. 119 (January, 2010), footnote 55.

⁹⁰ Benvenisti ראו לעיל ה"ש 46, *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza*, Shany, *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza*, עמ' 18-16, Rubin, לעיל ה"ש 47.

⁹¹ Inger Österdahl & Esther van Zadel, *What Will Jus Post Bellum Mean? Of New Wine and Old Bottles*, 14 J. CONFLICT & SECURITY 90 (2009) L. 175 (להלן: Österdahl & van Zadel); Carsten Stahn, *'Jus Ad Bellum'; 'Jus In Bello' ... 'Jus Post Bellum'? - Rethinking the Conception of the Law of Armed Force*, 17 EUR. J. INT'L L. 921, 927-8 (November, 2006).

לביקורת שאומרת שדוקטרינת הפוסט אינה מחדשת, כי אם מאגדת מחויבויות קיימות תחת כותרת אחרת ראו: Eric De Brabandere, *The Responsibility for Post-Conflict Reforms: A Critical Assessment of Jus Post Bellum as a Legal Concept*, 43 VAND. J. TRANSNAT'L L. 119, 135 (January, 2010).

⁹² בפרשת **אלבסיוני**, לעיל ה"ש 43 בפסקה 12, נותבת הנשיאה בייניש כי "...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 שליטה של מדינת ישראל במעבדי 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" (ההדגשה חספה - ש.ב./פ.). כמו כן, ראו Shany, *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza*, לעיל ה"ש 40, עמ' 16.

א. הימנעות מריק נורמטיבי ותחולתם של עקרונות כלליים

המשפט הבינלאומי סולד בבסיסו מוואקום של אחריות, במיוחד ככל שזה נוגע לאוכלוסייה אזרחית. מהנדסיו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי צפו מראש את חסרונו ובכדי להימנע מריק נורמטיבי-ערכי ביקשו לקבוע עקרונות בסיסיים, שיחולו במצבים שאינם מוסדרים באופן מלא או ברור. סעיף מרטינס (Martens Clause) הידוע, אשר נוסח לראשונה בתקנות האג מ-1899, מתייחס ל"כללי האנושות" ול"מצפון הציבורי" כעקרונות המנחים:

"Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity and the requirements of the public conscience."⁹³

הסעיף עוגן, בנוסח מעט מעודן, גם בתקנות האג מ-1907.⁹⁴ רבות נכתב על סעיף מרטינס ודעות מגוונות נשמעו לגבי כוונתו ומשמעותו.⁹⁵ בחוות הדעת של ה-ICJ בעניין הנשק הגרעיני, קבע השופט Shahabuddeen בהקשר זה, כי:

"In effect, the Martens Clause provided authority for treating the principles of humanity and the dictates of public conscience as principles of international law, leaving the precise content of the standard implied by these principles of international law to be ascertained in the light of changing conditions, inclusive of changes in the means and methods of warfare and the outlook and tolerance levels of the international community."⁹⁶

בהתאם לפרשנותו של בית הדין הבינלאומי לצדק, ניתן להחיל את כללי האנושות ואת הדרישה לעמידה בקריטריונים של המצפון הציבורי כדי לבסס חובה לדאגה סבירה במקרים של פוסט כיבוש.⁹⁷ אך מה בדיוק כוללת החובה ומה משך תחולתה? להלן ננסה להבהיר.

Hague Convention (II) With Respect to the Laws and Customs of War on Land, July 29, 1899, preamble, T.S. No. 403.⁹³

"Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience". (הקדמה, תקנות האג, ר' ה"ש 35 לעיל).

⁹⁵ ראו למשל: Theodor Meron, *The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience*.

⁹⁴ Am. J. Intl L. 78 (2000).

⁹⁶ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1996 (July 8) (Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen) 375, 406. בית המשפט קבע ש-Martens Clause היא למעשה משפט מנהגי בינלאומי, אליו כפופה ההתנהגות המדינית (שם, עמ' 405).

⁹⁷ עקרון דומה הוחל על ידי ה-ICJ ב-Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) ICJ Rep., 1949 (Apr. 9), 4, 22. (merits), Judgment, I.C.J. Rep., 1949 (Apr. 9), 4, 22.

ב. אחריות שירות

אם הכיבוש, כמערכת של שליטה, מתקיים על רצף, הרי שגם העברת השליטה או נטילת השליטה על ידי גורם אחר מהכוח הכובש עשויה להיות תהליך הדרגתי, בפרט כאשר הכיבוש ממושך ועמוק, היינו בעל השפעה משמעותית יותר על מוסדותיה האזרחיים של האוכלוסייה המוגנת. תחילת התהליך בויתור הכוח הכובש על השליטה וסופו בנטילת השליטה והאחריות הנלווית לה באופן מלא ואפקטיבי על ידי השלטון המקומי, הריבון החוקי. אך מה לגבי מה שבתוך? על מי מוטלת האחריות ב"חלל השליטה"?

פרופ' איל בנבנשתי טוען כי דיני הכיבוש מטילים על הכוח הכובש חובות צופות פני עתיד ומחייבים אותו להבטיח ככל יכולתו שהסדר הציבורי והחיים התקינים⁹⁸ ימשכו במהלך סיום הכיבוש ומיד לאחריו, עד להשלמת העברת הריבונות לידי השלטון המקומי. היקף החובות נגזר, לטענת בנבנשתי, ממשך הכיבוש וממידת מעורבותו של הכובש בניהול המוסדות האזרחיים וחיי היומיום של התושבים. ככל שהאוכלוסייה תלויה יותר בכובש, כך אחריותו למעבר גדולה יותר.⁹⁹

תפיסה דומה באה לידי ביטוי בפרשת **אלבסיוני**, שם התייחס בית המשפט העליון לתלות שיצרה ישראל לצועת עזה בה ובשירותיה לאורך כארבעה עשורים של כיבוש - כאחד המקורות לחובותיה המתמשכות של ישראל כלפי הרצועה.¹⁰⁰ זאת בנוסף לחובותיה של ישראל מכוח דיני הלחימה, כל זמן שקיים עימות, ובמקביל לחובות הנגזרות משליטתה הנמשכת בחלק מהתחומים, כגון השליטה בגבולות ובמעברים.¹⁰¹ כלומר, אם וככל שהאוכלוסייה הנכבשת נותרת תלויה בכוח הכובש גם לאחר שהאחרון הסיר את שליטתו, הכוח הכובש ממשיך לשאת באחריות כלפיה באותם תחומים בהם נותרה לה תלות בו.

לפי פרופ' יובל שני, אף שבית המשפט בפרשת **אלבסיוני** לא פירט מהו המקור הנורמטיבי לאותן חובות מכוח תלות, ייתכן שהוא מרמז לכך שישאל כשלה לאורך הכיבוש הממושך של רצועת עזה לאפשר התפתחותן של יכולות מקומיות, ועל כן היא חבה באחריות משפטית לרפא את הפגמים.¹⁰² לפי שני, גם אם מקבלים את קיומה של אחריות פוסט כיבוש, קשה להבין כיצד ניתן לתרגם אותה לחובות משפטיות קונקרטיות.

הניתוח שמציע בנימין רובין יכול לסייע בקונקרטיות של חובות "הכובש הנסוג" ובקביעת משך תחולתן. לטענת רובין, הכוח הכובש מוסיף לשאת באחריות שירות לאוכלוסייה בשטח הכבוש, גם לאחר תום הכיבוש, עד אשר הריבון בשטח מסוגל לקיים את מלוא החובות שהיו

⁹⁸ במובנם לפי תקנה 43 לתקנות האג, לעיל ה"ש 35.

⁹⁹ Benvenisti, לעיל ה"ש 46, עמ' 9.

¹⁰⁰ פרשת **אלבסיוני**, לעיל ה"ש 43, ס' 12.

¹⁰¹ שם, שם.

¹⁰² Shany, *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza*, לעיל ה"ש 40, עמ' 16.



תור בתחנת דלק בעיר עזה

צילום: מוחמד עזאייזה / גישה, 3.2.11

מוטלות קודם על כתפי הכובש, או עד אשר ניתן לקבוע שאי-מילוי החובות נובע ממחדלו של הריבון החוקי ולא ממעשיו של הכובש במהלך הכיבוש או עם סיומו.¹⁰³ לדבריו, הטלת אחריות שיורית על הכוח הכובש לשעבר נגזרת מההיגיון של דיני הכיבוש, אשר מבקשים להימנע ממצב של ואקום שלטוני או ואקום של אחריות. מסיבה זו קובעים דיני הכיבוש שהחל מרגע הכיבוש, מלוא האחריות שהיתה על כתפי הריבון עוברת לכוח הכובש. בסיום הכיבוש, לעומת זאת, אין בהכרח ריבון שיכול לקחת על עצמו את מלוא נטל השלטון והסכנה מפני ואקום של אחריות גדולה עוד יותר. על כן, יש צורך בהטלת אחריות שיורית על הכובש עד אשר ברור שהריבון מסוגל לשאת בנטל.¹⁰⁴ לעומת מבחן "השליטה האפקטיבית", המשמש לקביעת תחילת הכיבוש, ניתן לכנות את המבחן שרובין מציע מבחן "נטילת ריבונות אפקטיבית".

רובין מוצא עקבות של התפיסה הנוגעת להמשך תחולת דיני הכיבוש מעבר לתקופת הכיבוש, בתקופת הפוסט כיבוש, בסעיף 3(ב) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנת ג'נבה, אשר קובע מפורשות שהאמנות והפרוטוקול ימשיכו לחול במצבים מסויימים גם אחרי תום הכיבוש.¹⁰⁵

¹⁰³ Rubin, לעיל ה"ש 47, עמ' 558-556.

¹⁰⁴ שם, 551-550.

¹⁰⁵ הפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה, לעיל ה"ש 79, ס' 3(ב): "תחולת האמנות ופרוטוקול זה תיפסק, בשטחם של הצדדים לסכסוך, בסיומן הכללי של פעולות צבאיות, ובמקרה של שטחים כבושים, עם תום הכיבוש למעט, בכל אחד מהמקרים, לגבי בני אדם אשר שחרורם, השבתם למולדתם או יישובם מחדש הסופיים מתרחשים לאחר מכן. בני אדם אלה ימשיכו ליהנות מההוראות הרלבנטיות של האמנות ושל פרוטוקול זה עד שחרורם, השבתם למולדתם או יישובם מחדש הסופיים".

רובין מפנה גם למקרה של כיבוש גרמניה בסוף מלחמת העולם השנייה. הכיבוש הסתיים עם הכניעת גרמניה ויחד עם זאת המשיכו להחיל על בעלות הברית, לפחות באופן חלקי, את תקנות האג. ¹⁰⁶ בנוסף, טוען רובין, כי החלטה 1546 של מועצת הבטחון של האו"ם מיוני 2004, אשר הקימה את הכוח הרב-לאומי בעיראק, היא פרקטיקה עדכנית, המשקפת את התפיסה לפיה הכובש צריך להמשיך לשאת באחריות ולחוב חובות כלפי האוכלוסייה שבשטח הכבוש, עד שהרשויות המקומיות יוכלו להפעיל את ריבונותן בצורה עצמאית. ¹⁰⁷

המקור הנורמטיבי המרכזי המבסס את חובות הכובש הנסוג לפי תיאוריית האחריות השיוריות הוא, אם כך, תקנה 43 לתקנות האג, אשר מעגנת את החובה לדאוג לחיים אזרחיים תקינים בשטח. ¹⁰⁸ מובן, כי תחולתן של חובות אלו לאחר הכיבוש אינה זהה לתחולתן בזמן הכיבוש. החובה לאפשר ולסייע לקיומם של חיים תקינים וחובות נוספות לא יחולו באופן גורף לאחר שהכובש ויתר על שליטה, אלא רק במידה ובהיקף הנדרשים בהתאם לנסיבות העובדתיות הרלוונטיות. בהקשר זה יש לקחת בחשבון את מידת קיום חובותיו של הכובש במהלך ההחזקה בשליטה; ¹⁰⁹ את משך השליטה ואת התלות שהיא יצרה לאוכלוסייה הנכבשת גם אחרי סיומה או העברתה; ¹¹⁰ את משך הזמן שחלף מאז הסתיימה השליטה; את יכולתו דה פקטו של הכובש הנסוג לממש את חובותיו; ¹¹¹ ולבסוף גם את המידה בה התלות בכובש הנסוג נובעת ממחדלו של הריבון החדש מלקיים את חובותיו כלפי האוכלוסייה האזרחית. ¹¹²

כך, למשל, בהקשר של אספקת חשמל ברצועת עזה, אשר עמד בלב הדיון בפרשת **אלבסיוני** קבע בית המשפט שהזיקה ההיסטורית והתלות שנוצרה מקימות לישראל את החובה לדאוג לאספקת חשמל ברצועת עזה. זאת באמצעות קווי המתח הגבוה מישאל לרצועה וכן באמצעות התרת כניסתה של כמות מספקת של סולר תעשייתי לתחנת הכוח. ¹¹³ פסק הדין אינו מנמק מדוע עצם התלות בישראל לצורך חשמל מקים חובה לספקו, אולם ייתכן שבית המשפט שקל את מחדלה של ישראל בקיום אותן חובות צופות פני עתיד, אליהן התייחס בנבנשתי, למשל החובה לפתח מערכת חשמל עצמאית ברצועת עזה במשך ארבעת העשורים של השליטה הישירה בה. ¹¹⁴

¹⁰⁶ Rubin, לעיל ה"ש 47, עמ' 554.

¹⁰⁷ שם, עמ' 551.

¹⁰⁸ שם, עמ' 553. תקנה 43 לתקנות האג, לעיל ה"ש 35, קובעת:

"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".

¹⁰⁹ Shany, *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza*, לעיל ה"ש 40, עמ' 16.

¹¹⁰ Benvenisti, לעיל ה"ש 46, עמ' 9.

¹¹¹ פרשת **אלבסיוני**, לעיל ה"ש 43, פסקה 12.

¹¹² Rubin, לעיל ה"ש 47, עמ' 556, 558.

¹¹³ פרשת **אלבסיוני**, לעיל ה"ש 43. נדגיש, כי גם הסולר וגם החשמל אינם ממונים על ידי ישראל, כי אם על ידי הרשות הפלסטינית.

¹¹⁴ יצוין כי עמותת נגישה עתרה לבית המשפט העליון במסגרת פרשת **אלבסיוני** בטענה שהחובות שחבה מדינת ישראל כלפי רצועת עזה אינן מאפשרות לה להגביל העברת דלק וחשמל, אלא מסיבות בטחוניות קונקרטיים (כגון, למשל, סכנה במסוף הדלקים). בית המשפט העליון קבע כי ניתן להגביל את הכמות שישראל מאפשרת לרשות הפלסטינית לרכוש ולהעביר לעזה, כל עוד מאפשרים את הכמות הנדרשת לקיים "צרכים הומניטריים". אנו חולקים על היישום האופרטיבי של הקביעה העקרונית שבפסק הדין וטוענים שהסטרטגיה המחייב הינו הסטרטגיה של "חיים תקינים" לפי תקנה 43 לתקנות האג.

ג. עיקרון ההשבה או הפיצוי

עיקרון משפטי נוסף שעשוי לסייע בקביעת טיב החובות מכוח דיני פוסט כיבוש והיקפן, הוא עיקרון ההשבה (Restoration), אליו מתייחס התיאולוג פרופ' Michael Schuck בהקשר של פוסט מלחמה. מעקרון זה נגזרת חובתו של המנצח במלחמה לחזור לשדה הקרב ולהסיר כלי לחימה, כמו מוקשים ופצצות, על מנת למנוע פגיעות נוספות אחרי תום הקרבות. במקרים מסויימים נדרשים המנצחים גם לסייע בבנייה מחדש של התשתיות האזרחיות של הצד המובס / הנכבש.¹¹⁵ Himes מספק פרשנות מרחיבה לדברי Schuck ומציע חובה של בניית החברה האזרחית. לטענת היימס, הקמתה של התשתית והמוסדות האזרחיים משלימה את עקרון ההשבה, באמצעות הרחבת המושג "תשתיות אזרחיות בסיסיות" כך שיכלול לא רק תשתיות חומריות כגון כבישים, חשמל ותקשורת, אלא גם את התשתית האנושית הנדרשת ליצירת מרקם חברתי-תרבותי-כלכלי.¹¹⁶ בדומה לעקרון המנחה בתפיסת האחריות השוורית, גם כאן נאמר כי חובת ההשבה נגזרת ממשיך הכיבוש ומעומקו, כלומר ממידת השפעתו על קיומם ועל תפקודם של מוסדות אזרחיים, אולם היא אינה תלויה בלגיטימיות של הכיבוש כשלעצמו.¹¹⁷ במצבים של כיבוש ארוך, כפי שהוא המצב ברצועת עזה, קשה להעריך כיצד היו מתפתחות החברה האזרחית, הכלכלה והתשתית הפיזית אלמלא הכיבוש ועל כן קשה לקבוע מה מידת השפעתו של הכיבוש על קיומם ותפקודם של מוסדות אלו.

השטחים הפלסטיניים הופרדו ממדינת ישראל לתקופה מוגבלת יחסית של 19 שנים (בין 1948 ל-1967, שהרי עד שנת 1948 עזה, ישראל והגדה היו טריטוריה אחת - פלסטין המנדטורית), ו"אוחדו" מחדש תחת שלטון ישראלי לאורך 44 שנים. בהקשר זה, לדעתנו אמת המידה להערכת חובותיה של מדינת ישראל כלפי האוכלוסייה המוגנת צריכה להיקבע בהתאם לרמת פיתוחה את מוסדותיה האזרחיים שלה עצמה בשטחה הריבוני. מובן שמקום ששחקנים אחרים נוטלים חלק בשליטה או בסמכות להפעילה, האחריות לקיום הסטנדרט משותפת גם להם. יתר על כן, אמת המידה עשויה להשתנות ולפחות במידה וחלק משמעותי מהשליטה הועבר לידי כוח אחר מהכוח הכובש במהלך תקופת הכיבוש וכוח זה אחראי במחדלו לאי פיתוחם של המוסדות האזרחיים שבשליטתו.

אם נחזור לעקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי ההומניטרי המעוגנים בסעיף מרטנס, ניתן לטעון כי כללי האנושות וההגנות מחייבים את הכוח הכובש, לכל הפחות, שלא להותיר

¹¹⁵ DiMeglio, לעיל ה"ש 88, עמ' 137.

¹¹⁶ "The principle of establishing a civil society complements the principle of restoration by extending 'basic infrastructure' to include not just the material infrastructure of roads, electricity, and communication but the human infrastructure for peaceful communal life, such as police and judicial functions."

Kenneth R. Himes, *The Case of Iraq and the Just War Tradition*, [Dec. 3, 2002]. ראו: www.jknirp.com/himes2.htm

at www.jknirp.com/himes2.htm. כמו כן ראו Österdahl & van Zadel, לעיל ה"ש 91, עמ' 181.

וכן: Bartram S. Brown, *Intervention, Self-Determination, Democracy and the Residual*; U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y 23, 50 (fall 2004). *Responsibilities of the Occupying Power in Iraq*, 11 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y 23, 50 (fall 2004).

Brown, עמ' 51-50.

אחריו מצב גרוע משהיה קודם להתערבותו. אלא שכאמור, במצבים של כיבוש ממושך קשה לקבוע כיצד היו מתפתחים הדברים אלמלא הכיבוש ולכן לא תמיד ברור מהי אמת המידה לקביעת היקף האחריות של הכובש.

ד. אחריות מדינות להפרות של המשפט הבינלאומי

בשונה מהעמדה שמצאה ביטוי לעיל, לפיה החובות בשלב הפוסט סכסוך עצמאיות משאלות של אשמה וצדק, עקרון האחריות של מדינות (state responsibility) על הפרות של המשפט הבינלאומי דווקא קושר בין הלגיטימיות של הסכסוך ושל הפעולות שנעשות במסגרתו לבין האחריות העוקבת.¹¹⁸ לשיטתו של פרופ'

בנבנשתי, מחדלו של הכובש מלנקוט צעדים צופי פני עתיד במהלך הכיבוש עשוי להקים לו חובות בתקופה שלאחר הכיבוש, בהתאם לעקרונות של אחריות מדינות.¹¹⁹ יישומן של החובות תלוי, שוב, בנסיבות הכיבוש ובאופן סיומו. הפיצוי שהכובש לשעבר יידרש לו יהיה קשור, מטבע הדברים, לשירותים שהוא סיפק או שהיה צריך לספק במהלך הכיבוש, והם יכללו לכל הפחות את השירותים הבסיסיים הנדרשים לקיומם של חיים אזרחיים תקינים.¹²⁰

היקף חובותיה של מדינת ישראל
מכוח דיני פוסט כיבוש ייקבע בהתאם
למשך השליטה; רמת קיום חובותיה
מכוח דיני כיבוש, לרבות חובות צופות
פני עתיד; עצם התלות הנותרת;
וכן התנהגותם (או מחדלם)
של גורמים אחרים אשר קיבלו
את השליטה לידיהם.

כך, למשל, ביחס לנמל ימי ולנמל תעופה -

שניהם מוסדות אזרחיים חיוניים, בייחוד בשטח כמו רצועת עזה, שהנגישות היבשתית שלו מאד מוגבלת ותלויה בעיקרה בצד לעימות איתה - ישראל. ישראל אף התחייבה במסגרת אוסלו לאפשר הקמתם של נמל ימי ונמל תעופה, אך עם פרוץ האינתיפאדה השניה הפציצה את נמל התעופה שלוש שנים לאחר שנחנך, והרסה את המתקנים של החברה הזרה שעמדה להתחיל בבניית הנמל הימי. כיוון שישראל מונעת את הקמתם של הנמלים במהלך הכיבוש ובכך מפרה את חובותיה על פי דיני הכיבוש, הרי שלאחר סיום הכיבוש והסרת שליטתה מהים והאוויר, ישראל תהיה מחויבת לאפשר לתושבי עזה להשתמש בנמלים שלה, לתקופת מעבר, וניתן אף לטעון שישראל תהיה מחויבת לדאוג להקמת נמלי ים ותעופה בעזה, במסגרת אחריותה

¹¹⁸ שם, עמ' 58-59. בראון מפנה (בהערות שוליים 112) להחלטת בית הדין הקבוע לצדק בינלאומי (P.C.I.J. (Ser. A) No. 17, at 29 1928), שם נקבע כי "It is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation".

¹¹⁹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts-2001 Y.B. Intl L. Comm'n, vol. II (Part Two),

Benvenisti ¹¹⁹, לעיל ה"ש 46, עמ' 12.

¹²⁰ השו"ל Benvenisti, בעמ' 13, המתייחס לחובה לספק תנאי מחייה בסיסיים ("basic subsistence").

למחדל של אי פיתוח ערוץ תנועה באמצעות הים והאוויר.

לסיכום, היקף חובותיה של מדינת ישראל מכוח דיני פוסט כיבוש ייקבע בהתאם למשך השליטה; רמת קיום חובותיה מכוח דיני כיבוש, לרבות חובות צופות פני עתיד; עצם התלות הנותרת; וכן התנהגותם (או מחדלם) של גורמים אחרים אשר קיבלו את השליטה לידיהם. בהקשר של השטחים הפלסטיניים, בהם ישראל ויתרה על היבטים מסויימים של שליטה אך מוסיפה לשלוט בהיבטים אחרים, יהיו תחומים בהם ישראל חבה חובות מכוח דיני כיבוש ואחרים לגביהם היא חבה חובות מכוח דיני פוסט כיבוש. בעוד שחובותיה מכוח דיני פוסט כיבוש יופחתו ככל שהזמן עובר, חובותיה מכוח דיני כיבוש יוסיפו לחול כל עוד היא מוסיפה להפעיל שליטה.



סטודנטיות באוניברסיטת אל-אזהר בעזה
צילום: מחלקת יחסי ציבור, אוניברסיטת אל-אזהר, 16.6.06

פרק 4:

חובות מכוח דיני זכויות אדם

העיקרון לפיו שליטה מולידה אחריות עומד ביסוד דיני זכויות האדם, אשר באופן כללי קושרים אחריות להפעלת כוח או שליטה על אנשים ומטילים חובות משפטיות בהתאם לסוג הכוח המופעל ולמידתו. העמדה הדומיננטית כיום בזירת המשפט הבינלאומי היא כי נוכח אופיים האוניברסלי והכוללני, דיני זכויות האדם הבינלאומיים חלים בכל עת - בזמן שלום, בזמן עימות ובתקופות מעבר כאחד. בשנים האחרונות, על רקע פסיקות של ערכאות בינלאומיות, אזוריות ומדינתיות, התחדד תפקידם החשוב של דיני זכויות האדם הבינלאומיים, לצד הוראות המשפט ההומניטרי הבינלאומי, גם בזמן עימות מזויין, ובמיוחד במהלך תפיסה לוחמתית - היינו כיבוש.¹²¹

שליטה אפקטיבית של כוח זר על אוכלוסייה בשטח מסויים - שמשמעותה כיבוש - מייצרת מחוייבויות מכוח דיני זכויות האדם, אך היא איננה תנאי הכרחי לתחולתם של דינים אלו. לפי הוועדה לזכויות האדם של האו"ם, האמונה על מעקב ופיקוח אחר יישום האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, משפט זכויות האדם חל גם כאשר מדינה או שלוחיה מפעילים כוח או שליטה על אנשים מחוץ לתחום השיפוט הטריטוריאלי של המדינה.¹²² כך גם לפי פסיקות בית הדין האירופי לזכויות אדם ובית הלורדים האנגלי, אשר קבעו, כל אחד בהקשרו, שאנשים אשר הופעל עליהם כוח מידי שלוחי מדינה בטריטוריה זרה מוגנים על ידי דיני זכויות

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Rep. 2004 (July 9),¹²¹ 106-113 ¶ 136 (להלן: חוות הדעת בעניין החומה); Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo v. Uganda) judgment, ICJ Rep. 2005 (Dec. 19), 168, ¶ 216 (להלן: בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע בכמה מקרים כי תחולתה הגיאוגרפית של האמנה האירופית בדבר זכויות אדם נקבעת לפי מבחן "השליטה האפקטיבית" ולא לפי גבולות הטריטוריות של המדינות החברות לאמנה: Loizidou v. Turkey (merits), 18 December 1996, ¶ 52, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI"; Behrami v. France, Saramati v. France, Germany and Norway (Application Nos 71412/01 and 78166/01 [unreported], 2 May 2007). גם בית המשפט הגבוה לצדק הכיר בתחולתן של זכויות יסוד מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. לא אחת נקבע כי זכויות יסוד של אדם או של קבוצת בני אדם חלות גם בעת מלחמה: בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם, 4.3.2004); בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל 754-757, 765-766 (לא פורסם, 3.2.2005). (להלן: פרשת עיריית בית לחם); בג"ץ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט, אלחרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם, 22.10.2009). בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד (6) 285 (הידוע בשם בג"ץ הסיכולים הממוקדים), שניתן לאחר ההתנתקות וחל גם על רצועת עזה, היה מוכן בית המשפט העליון להניח שדיני זכויות האדם חלים בשטחים, במקביל לדין ההומניטרי הבינלאומי, מבלי להכריע בעניין באופן פוזיטיבי. ראו באופן כללי: William A. Schabas, *Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of jus ad bellum* (Forthcoming) 40 ISRAEL L. REV. 592 (2007); Orna Ben-Naftali & Yuval Shany, *Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupies Territories* 37 ISRAEL L. REV. 17 (2003). General Comment No. 31 [80] Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, Human Rights Committee, ¶ 10, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26.5.2004). ראו גם החלטת הוועדה במקרה של בורגוס נ' אורוגואי: López Burgos v. Uruguay, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 88 (1984) וכן ראו את החלטת הוועדה במקרה של מונטרו נ' אורוגואי: Montero v. Uruguay, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 136, ¶ 5 (1990).

האדם.¹²³ באחת מפסיקותיו קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם כי המבחן להטלת אחריות להפרת זכויות אדם על מדינה הוא הפעלת "סמכות אפקטיבית, או לפחות... השפעה מכרעת" על ידה באזור בו התרחשו ההפרות.¹²⁴

פרופ' יובל שני טוען שניתן לייחס למדינה חובות מכוח דיני זכויות האדם לא רק לגבי פעולות אקס-טריטוריאליות (פעולות שמתבצעות בטריטוריה חיצונית למדינה), אלא גם לגבי השפעות

אקס-טריטוריאליות מסוימות, כלומר השפעות של פעולות שנעשו בטריטוריה שבשליטת המדינה, על אנשים שנמצאו בטריטוריות שמחוצה לה. הוא מוצא תימוכין לגישה זו גם בפסק הדין בעניין אלבסיוני, לאור התייחסותו לתלות כמקור לחובותיה של ישראל.¹²⁵ שני מציע מבחן המבוסס על המשפט האמריקאי להחלת חובות מכוח דיני זכויות האדם ביחס לפעולות שלהן השפעות חוצות גבולות, לפיו השפעות אלו צריכות להיות ישירות, משמעותיות וניתנות לצפייה.¹²⁶

תלות שיצרה ישראל לרצועת עזה בה בתחומים שונים, כמו למשל ביחס לאספקת החשמל, מותרת בידיה כוח השפעה משמעותיים וישירים על תושבי הרצועה, ובהתאם מטילה עליה חובות להגן על זכויותיהם לפי משפט זכויות האדם הבינלאומי.

בהקשר של רצועת עזה, ברור שלשליטתה של ישראל על הגבולות והמעברים, על מרשם האוכלוסין ועל מעטפת המיסים - השפעה משמעותית, ישירה וצפויה על תושבי הרצועה. לכן, חלים על ישראל סטנדרטים ממשפט זכויות האדם, ללא קשר לשאלת השליטה האפקטיבית ברצועה.¹²⁷ במילים אחרות, ישראל חבה חובות מכוח משפט זכויות האדם בכל מקום בו הפעולות של גורמיה הרשמיים משפיעות באופן משמעותי וישיר על תושבי עזה.

¹²³ Öcalan v. Turkey [GC], no. 46221/99, ¶ 86,90, ECHR 2005-IV; Al-Skeini v. Secretary of State for Defence UKHL 26 [13.6.2007]

R. (on the application of Al-Jedda) (FC) v Secretary of State for Defence UKHL 58 [12.12.2007]

ראו גם EXTRA TERRITORIAL APPLICATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES (Eds. F. Coomans & M. Kamminga, 2004)

NOAM. LUBELL, EXTRATERRITORIAL USE OF FORCE AGAINST NON-STATE ACTORS 193-235 (2010).

¹²⁴ Shany, *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza*, לעיל ה"ש 40, עמ' 14, ביחס למקרה הנ"ל וכן ביחס להלכה קודמת וסותרת של בית הדין האירופי לזכויות אדם

בעניין Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States (dec.) [GC], no 52207/99 ¶ 75 ECHR 2001-XII

שם דחה בית הדין את טענת התחולה האקס-טריטוריאלית של האמנה בהתבסס על גישה של "הכל או כלום". כפי שטוען שני, פסיקה

זו אינה עולה בקנה אחד עם פסיקות אחרות של בית הדין ושל ערכאות נוספות, אך היא בהחלט מעידה על התנגדות קיימת במשפט

להחלתם האקס-טריטוריאלית של דיני זכויות האדם. יצוין, כי בשני המקרים מדובר על גבולות תחולתה של אמנה אזורית, להבדיל

מאמנות בינלאומיות, שהן הרלוונטיות לענייננו.

¹²⁵ שם, עמ' 14.

¹²⁶ שם, עמ' 15. שני משתמש בסטנדרט שנקבע ב-403(2) RESTATEMENT (THIRD) OF FOREIGN RELATIONS כאשר הפעלת סמכות רגולטיבית

ביחס לפעולות אקס-טריטוריאליות, להן השפעות חוצות גבולות.

¹²⁷ שם, עמ' 15-16.

¹²⁸ לדיון בחובה של ישראל לדאוג לחופש התנועה של תושבי השטחים שתחת שליטתה, ראו פרשת עיריית בית לחם, לעיל ה"ש 121,

פסקה 15; חוות הדעת בעניין החומה, לעיל ה"ש 121, פסקה 134.

¹²⁹ תגובת מטעם המשיבים בבג"ץ 2990/06 מרכז מיזן לזכויות אדם נ' שר הבטחון

www.gisha.org/UserFiles/File/karni-state-respond.pdf; תגובת המדינה בבג"ץ 5841/06 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבטחון

ובמיוחד ס' 51, http://www.gisha.org/UserFiles/File/LegalDocuments/karni/StateResponse13_7_2006.doc

למשל, כיוון שישראל מפעילה שליטה על תנועתם של תושבי עזה, במיוחד על תנועתם אל הגדה המערבית, היא מחוייבת להגן על חופש התנועה שלהם בהתאם לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966).¹²⁸ בדומה, מקום בו ישראל מפעילה שליטה על רווחתם הכלכלית של תושבי עזה באמצעות שליטה על מעבר טובין אל עזה וממנה,¹²⁹ שליטה זו כפופה להוראותיה של האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. שליטתה של ישראל על מרשם האוכלוסין הפלסטיני, וכפועל יוצא השפעתה המכרעת על יכולתם של מי שמענם הרשום ברצועת עזה להתאחד עם בני משפחותיהם בגדה, מטילה עליה חובות מכוח ההכרה של האו"ם לכל באי עולם בדבר זכויות האדם ושורה של אמנות נוספות. שליטתה בגבייה ובהעברה של כספי המיסים הפלסטיניים, הדרושים לתשלום משכורות לעובדי משרד הבריאות, למשל, מייצרת לה חובות מכוח האמנה הבינלאומית לזכויות הילד, לפי הסעיפים הקשורים לבריאות הילד,¹³⁰ וכיו"ב. כאמור, כל החובות הללו מתקיימות במקביל להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, במקומות בהם הן רלוונטיות.

בנוסף לכך, ממשיכה ישראל לחוב חובות מכוח דיני זכויות האדם גם בתחומים בהם נותרה לתושבי רצועת עזה תלות בה ובשירותיה. התלות שיצרה ישראל לרצועת עזה בה בתחומים שונים, כמו למשל ביחס לאספקת החשמל, מותירה בידיה כוח והשפעה משמעותיים וישירים על תושבי הרצועה, ובהתאם מטילה עליה חובות להגן על זכויותיהם לפי משפט זכויות האדם הבינלאומי.

¹³⁰ אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989).

פרק 5:

אחריותן של הרשויות הפלסטיניות

בפרק זה נתייחס בקצרה לאחריותן של הרשויות הפלסטיניות המפעילות שליטה בעזה ובגדה המערבית, אשר גם הן חבות חובות מכוח הדין הבינלאומי. בסוף נקדיש כמה מילים למעורבותה של מצרים בהפעלת מעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה.

אף שהרשויות הפלסטיניות אינן גורם מדינתי, הן מחויבות לכבד את זכויותיהם של תושבי עזה בתחומים בהם הן שולטות. מקובל כיום במשפט הבינלאומי לייחס לגורמים לא-מדינתיים חובות מתוקף דיני זכויות האדם הבינלאומיים, לכל הפחות כשמדובר בהתחייבויות בעלות אופי מנהגי. כך, בדו"ח משותף מטעם ארבעה נציבי או"ם בעניין לבנון וישראל, נקבע כי:

"Although Hezbollah, a non-state actor, cannot become a party to these human rights treaties, it remains subject to the demand of the international community, first expressed in the Universal Declaration of Human Rights, that every organ of society respect and promote human rights."¹³¹

יתר על כן, כתבי הדוח הדגישו כי:

"It is especially appropriate and feasible to call for an armed group to respect human rights when it 'exercises significant control over territory and population and has an identifiable political structure.'"¹³²

שתי הממשלות הקיימות כיום בשטחים הפלסטיניים - הרשות הפלסטינית בגדה המערבית ושלטון חמאס ברצועת עזה - מפעילות שליטה שכזו. בגדה המערבית, הרשות הפלסטינית מפעילה סמכויות שלטוניות. ברצועת עזה, השליטה הפנימית מופעלת הן על ידי הרשות

¹³¹ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston; the Special Rapporteur on the right of everybody to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Paul Hunt; the Representative of the Secretary General on human rights of internally displaced persons, Walter Kalin; and the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Miloon Kothari, UN Doc. A/HRC/2/7, 2 October 2006, para. 19.

¹³² שם, שם. על פי עיקרון זה, קבע האו"ם, למשל, כי הארגון Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE), השותף לעימות המזוין בסרי-לנקה, כפוף לעקרונות זכויות האדם המקובלים על הקהילה הבינלאומית. ראו Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Mission to Sri Lanka, HRC, paras. 25-26 U.N. Doc. E/CN.4/2006/53/Add.5 (Sept. 2006). מועצת הבטחון של האו"ם הגיעה למסקנה דומה בהקשר של אפגניסטן. ראו SC Resolution on the situation in Afghanistan S/RES/1214 (Dec. 8, 1998).

הפלסטינית הן על ידי שלטון חמאס. מאז השלטותו על השלטון ברצועת עזה ביוני 2007, חמאס מפעיל סמכויות שלטוניות נרחבות ברצועה, המשתרעות על תחומים רבים בחיי האוכלוסייה האזרחית, כגון חינוך, בריאות, בטחון פנים ותברואה, ושולט גם בצד הפלסטיני של המעברים עם ישראל ומצרים. מכוח שליטה זו, נושא חמאס באחריות לתושבי הרצועה ולזכויותיהם, כולל זכותם לחופש תנועה, ככל שהדבר בשליטתו. כמו כן, הרשות הפלסטינית מפעילה שליטה על היבטים מרכזיים של החיים בגדה המערבית (במיוחד באזור "א") וכן מפעילה שליטה מסוימת בעזה, באמצעות שליטה במימון שירותים ציבוריים כגון חשמל, בריאות ומשכורות של פקידיה, תיאום עם הרשויות הישראליות לצורך מרשם אוכלוסין ומעבר סחורות ואנשים וכן תיאום עם תורמים בינלאומיים לצורך תכנון וביצוע פרויקטים הומניטריים וכלכליים. בין אם תנועת חמאס והרשות הפלסטינית ימשיכו להפעיל שליטה בנפרד ובין אם יתאחדו במסגרת ממשלה אחת - הן חבות חובות בתחומים בהם הן שולטות. מקום בו השליטה והאחריות של ישראל מסתיימת - שם מתחילות החובות של הרשויות הפלסטיניות.

נדגיש כאן כי הרשות הפלסטינית הצהירה על מחויבותה לציית למשפט הבינלאומי ולאמנת זכויות האדם המרכזיות הן בחוקי היסוד שלה¹³³ הן בהסכמים בינלאומיים, ביניהם הסכמי אוסלו.¹³⁴ הצהרות אלה מבססות את חובתה לכבד ולקיים את הוראות המשפט הבינלאומי המנהגי, בנוסף להוראות הקונקרטיים של ההסכמים להם היא צד.

כמו כן, כגורם המעורב בעימות מזויין, ארגון חמאס חב חובות על-פי המשפט הבינלאומי, ההומניטרי, וזאת ללא קשר למעמדו המשפטי, או לאי היותו צד להסכמים בינלאומיים. זאת, בהתאם למגמה ברורה במשפט הבינלאומי, להטיל חובות על גורמים לא-מדינתיים שהם צד לעימות מזויין. המכון למשפט בינלאומי (Institute of International Law), למשל, קבע כבר ב-1999 כי גם גורמים לא-מדינתיים המעורבים בעימותים מזויינים, מקומיים או בינלאומיים, כפופים לחובות המשפט ההומניטרי הבינלאומי ולעקרונותיו, כמו גם לחובות משפט זכויות האדם הבינלאומי.¹³⁵ כמו כן, החלטות שונות של מועצת הבטחון של האו"ם ביחס לעימות ביוגוסלביה לשעבר, ייחסו חובות משמעותיות למגוון גורמים לא-מדינתיים שהיו מעורבים בעימות, ביניהם מיליציות רשמיות ולא-רשמיות, כמו גם מספר מפלגות. גורמים אלו נדרשו, בין היתר, לאכוף הסכמים, לאפשר סיוע הומניטרי, לכבד התחייבויות, להפסיק להפר את המשפט

¹³³ חוק היסוד הפלסטיני (The Palestinian Basic Law 2002) www.palestinianbasiclaw.org/2002-basic-law. הפרק השני לחוק היסוד (ס' 9-33), אשר עוסק ב"זכויות וחירויות ציבוריות" מבטיח שורה של זכויות פוליטיות, חברתיות וכלכליות. ס' 10, למשל, קובע כי "זכויות אדם וחירויות יסודיות יכובדו ויוגנו" וכי "הרשות הפלסטינית תפעל ללא עיכוב על מנת להפוך לחברה באמנות והצהרות אזרחיות ובינלאומיות שנועדו להגן על זכויות אדם".
¹³⁴ כך למשל, בהסכמי אוסלו (אוסלו א' - הצהרת העקרונות בדבר הסדרי ביניים של ממשל עצמי עם אש"ף [נחתמה ב-1993]); הסכם אוסלו ב', לעיל ה"ש 29) הצהירו הרשות הפלסטינית וישראל כי שתיהן יפעילו את סמכויותיהן תוך כיבוד זכויות האדם הבינלאומיות ושלטון החוק; ב-1995 לקחה על עצמה הרשות הפלסטינית לכבד את הוראות הצ'רטר של האו"ם (UN Charter), עקרונות ההכרזה הבינלאומית בדבר זכויות אדם (The Universal Declaration of Human Rights, GA 3rd Session, A/RES/217[III] U.N. Doc A/810 [Dec 10 1948]) וכללים נוספים מידי זכויות האדם, במסגרת חברותה בשותפות האירופית - מזרח-תיכונית, אשר הוקמה בנובמבר 1995 עם אימוץ הצהרת ברצלונה (Barcelona Declaration and Euro-Mediterranean Partnership, Nov. 27-28, 1995).
¹³⁵ europea.eu/legislation_summaries/external_relations/relations_with_third_countries/mediterranean_partner_countries/r15001_en.htm.
Institute of International Law, *The Application of International Humanitarian Law and Fundamental Human Rights, in Armed Conflicts in which Non-State Entities are Parties* (Berlin session 1999).



צילום: אורן זיו / אקטיביסטילס, 1.1.09

סחורות הומניטריות מועברות לרצועת עזה דרך מעבר כרם שלום

ההומניטרי הבינלאומי ולשתף פעולה עם גורמים הומניטריים.¹³⁶ מכאן ניתן להסיק כי יש להטיל על חמאס, בנוסף לחובות מכוח דיני זכויות האדם, גם חובות מכוח המשפט ההומניטרי, בעיקר אלה שהנן בעלות אופי מנהגי.

מטבע הדברים, הרשויות הפלסטיניות חבות חובות גם מכוח הדין הפנימי הפלסטיני, עליו לא נרחיב בנייר עמדה זה, אשר מתמקד בחובות מכוח הדין הבינלאומי.

מכאן עולה שבתחומים בהם הרשויות הפלסטיניות שולטות - הן מחויבות לקיים את זכויותיהם של תושבי עזה. למשל, הניהול הפנימי של מערכת החינוך על ידי הרשויות הפלסטיניות מטיל עליהן חובה לדאוג לשוויון בקרב התלמידים ולגישה פתוחה למוסדות חינוך, בהתאם להנחיות האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות;¹³⁷ השליטה בתנועה בתוך רצועת עזה ואזורים "A" שבגדה המערבית מטילה חובה לכבד את הזכות לחופש התנועה ולא להגבילה מסיבות פוליטיות,¹³⁸ מקום שבו ישראל מאפשרת לרשויות הפלסטיניות להפעיל

THEO C. VAN BOVEN, *Non-State Actors: Introductory Comments*, in HUMAN RIGHTS FROM EXCLUSION TO INCLUSION: PRINCIPLES AND PRACTICE: AN ANTHOLOGY FROM THE WORK OF THEO VAN BOVEN pp. 366-9 (Fons Coomans et al. eds., 2000), at books.google.com/books?id=sZrB1KhQ9voC&printsec=frontcover&hl=iw&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.
¹³⁷ אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966).
¹³⁸ להתייחסות למקרים בהם המשטרה בעזה מנעה מתושבים פלסטינים להגיע למעבר ארו לצורך מעבר לגדה המערבית, גם במקרים בהם קיבלו היתרים מישראל, ראו גישה, "הסוחרים והכלכלה", לעיל ה"ש 32. ראו גם תיעוד של הגבלות על יציאתם לחו"ל של אנשי אקדמיה בכירים במרכז הפלסטיני לזכויות האדם Oct. 11, 2009, PCHR, *Universities Must Be Kept Out of Political Conflict*, www.pchrqaza.org/portal/en/index.php?option=com_content&view=article&id=1148:pchr-universities-&catid=36:pchrpressreleases&Itemid=194.
תיעוד מקרים נוספים נמצא באתר www.pchrqaza.org.

סמכויות בעלות אופי שלטוני - הפעלת סמכויות אלה כפופה להוראות דיני זכויות אדם והדין ההומניטרי.

לאור הדיון הנוכחי ביחס למדינה פלסטינית, נציין בקצרה כי הכרה בשטחים הפלסטיניים כמדינה או קבלת הישות הפלסטינית לארגונים בינלאומיים לא ישנו כשלעצמם את מעמדם של הרשות הפלסטינית ושל חמאס כגורמים לא מדינתיים. הדיון בחובות של ממשלה לגיטימית עתידית של מדינה פלסטינית (לעומת גורמים לא מדינתיים פלסטיניים) חורג מגבולות הדיון בנייר עמדה זה.

נוסיף מספר מילים על מצרים. סקירה מפורטת של חובותיה של מצרים נמצאת ב"מעבר רפיח: מי מחזיק במפתחות?"¹³⁹ שפורסם על ידי עמותת גישה ורופאים לזכויות אדם במרץ 2009. כאן נזכיר כי פעולותיה של ישראל יוצרות חובה אצל מצרים לאפשר תנועה בגבול בינה לבין רצועת עזה, וזאת משני טעמים: ראשית, האיסור שמטילה ישראל על תנועה דרך הים והאוויר ומעברי היבשה לישראל הפכה את עזה לשטח חסום, שלתושביו הזכות לדרוש מעבר דרך מדינה שכנה, מכוח זכות המעבר. שנית, סגירת המעברים של רצועת עזה על ידי ישראל כאמצעי לחץ על תושבי עזה במסגרת מדיניות של ענישה קולקטיבית מהווה הפרה של אמנת ג'נבה הרביעית. מצרים, ככל מדינה בעולם, מחוייבת לפעול נגד הפרת האמנה ולא לסייע להפרתה ולתרום להשלמת הסגר על ידי סגירת מעבר רפיח. בנוסף, מצרים, כמו כל מדינה, מחוייבת לאפשר מעבר של סיוע הומניטרי דרך שטחה לאזור בו מתקיים עימות מזוין, וזאת כתוצאה מעצם מיקומה של מצרים, ההופך את המעבר דרך שטחה לאפשרי ויעיל.

¹³⁹ גישה, מעבר רפיח - מי מחזיק במפתחות? לעיל ה"ש 19, עמ' 130-133.

פרק 6: יישום המסגרת המשפטית - חובותיה של ישראל כלפי רצועת עזה כיום

כיצד ניתן ליישם את המסגרת המשפטית שפרסנו בנייר עמדה זה? מהן ההשלכות של המשך תחולתם של דיני כיבוש ודיני פוסט כיבוש על פעולותיה של ישראל כלפי עזה? בפרק זה ננתח את החובות הספציפיות שישראל חבה לתושבי עזה, כתוצאה משליטתה ברצועה בהווה ובעבר ונתייחס גם למקומות בהם הרשויות הפלסטיניות נושאות באחריות. בעוד שמדינת ישראל טוענת שאמת המידה שעליה לקיים בהתנהלותה מול תושבי עזה הינה "מינימאלית" (למשל, מתן אפשרות מעבר לסחורות הנחוצות להישרדות האוכלוסייה האזרחית),¹⁴⁰ אנו נטען שישראל מחוייבת לאמת מידה גבוהה יותר בהתנהלותה מול תושבי עזה, הנגזרת מתקנה 43 לתקנות האג, ומשמעותה חובה לדאוג ולסייע לקיומם של חיים תקינים עבור התושבים הפלסטינים ברצועת עזה.¹⁴¹ בתחומי החיים בהם היא שולטת, ובעיקר ביחס למעבר אנשים וסחורות, על ישראל לאפשר את חופש התנועה הדרוש לשם קיום חיים אזרחיים בעזה ולא להגבילו, אלא מסיבות בטחוניות קונקרטיים.

עמדתנו אינה כי על מדינת ישראל להרחיב או להעמיק את שליטתה בשטחים הפלסטיניים על מנת לממש את חובותיה, אלא כי בשליטתה הקיימת, בפרט ביחס למעבר אנשים וסחורות, עליה לקיים את חובותיה על פי המשפט הבינלאומי ולאפשר קיום חיים תקינים ברצועת עזה. בכל תחום של החיים האזרחיים ברצועת עזה עלינו לשאול את עצמנו: האם ישראל עודנה מפעילה שליטה ביחס לתחום זה? אם כן, נייחס לה חובות יחסיות להיקף ולאופן השליטה, בהתאם לדיני הכיבוש. אם לא, נבחן אם אף בהעדר שליטה נוכחית, נותרת לישראל חובות מכוח דיני פוסט כיבוש, לתקופת מעבר. להלן נתייחס לכמה תחומים אזרחיים מרכזיים ונדגים כיצד ניתן ליישם את תפיסת האחריות המתוארת, ביחס למציאות השליטה המורכבת של ישראל ברצועת עזה.

¹⁴⁰ כתב התגובה מטעם המשיבים בפרשת אלבסיוני, לעיל ה"ש 78, ס' 73.
¹⁴¹ ראו תקנה 43 לתקנות האג, לעיל ה"ש 35.

א. מעבר סחורות

כאמור בתיאור העובדתי שבפרק 1 לעיל, ישראל עודנה שולטת על עיקר מעבר הסחורות האזרחיות לתוך רצועת עזה ועל כל מעבר הסחורות מהרצועה החוצה לצרכי מסחר וייצוא. אי לכך, ישראל חייבת לאפשר מעבר סחורות חופשי, בכפוף לבדיקות בטחוניות פרטניות, כדי לקיים חיים תקינים כמשמעם לפי תקנה 43 לתקנות האג, כפי שיש לפרשה בהקשר של כיבוש ארוך שנים.¹⁴²

מדיניות הסגר של ישראל, המטילה גם כיום הגבלות ניכרות על הכנסת סחורות אזרחיות, בפרט חומרי בניין, לרצועת עזה ומונעת מסחר תקין בין עזה לבין הגדה המערבית, ישראל ורוב מדינות העולם האחרות, איננה עולה בקנה אחד עם חובותיה אלה של ישראל. מניעת כניסתם של חומרי בניין מעכבת שיקום מבני ציבור ובתי מגורים ועסקים ובכך שוללת מרבים מתושבי עזה את הזכות לדיור, לחינוך, לבריאות ולפרנסה, מבלי שתועלת בטחונית מצדיקה זאת.¹⁴³ ההגבלות על הייצוא והאיסור על מסחר עם הגדה המערבית ועם ישראל מונעים שיקום ופיתוח כלכלי ברצועת עזה ובכך תורמים ישירות להעלאת אחוזי האבטלה ולהגברת העוני והתלות בארגוני סיוע.¹⁴⁴ על ישראל לאפשר נתיב סביר למעבר סחורות אזרחיות, שקיבולתו עונה על צרכי האוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה, כאשר אלו נמדדים לפי הרמה הנדרשת לקיום חיים תקינים ברצועה, לרבות פיתוח כלכלי והשקעה בתשתיות ובמוסדות אזרחיים.

גם אם מצרים תאפשר מסחר דרך מעבר רפיח ובכך תפחית את התלות בישראל, לא יהיה בכך כדי לפטור את ישראל מחובותיה כלפי רצועת עזה. כל עוד ממשיכה ישראל לשלוט על המרחב האווירי, על המים הטריטוריאליים ועל המעבר בין עזה לגדה המערבית, היא ממשיכה לשאת באחריות למעבר סחורות לעזה וממנה. בנוסף, וללא תלות בסטטוס פתיחתו של מעבר רפיח והמרחבים האחרים, לישראל אחריות מוגברת לקיום קשרי מסחר בין שני חלקי הישות הפלסטינית, שכן המעבר ביניהם נמצא בשליטתה המוחלטת. על ישראל לאפשר מעבר חופשי של סחורות וסוחרים בין עזה לגדה בשני הכיוונים, וזאת שוב בכפוף לבדיקות בטחוניות פרטניות.

¹⁴² שם. ראו פרשנות בית המשפט העליון לתקנה 43 לתקנות האג בבני"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעתאוויה אלמחודדה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון פ"ד לו(4) 785 (1983).

¹⁴³ גישה, "ההקלות בסגר", לעיל ה"ש 15. ראו גם דו"ח של משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטריים בשטחים הכבושים: OCHA, *Easing the Blockade - Assessing the Humanitarian Impact on the Population of the Gaza Strip*, 7-8 (Mar. 2011) at www.ochaopt.org/documents/ocha_opt_special_easing_the_blockade_2011_03_english.pdf, לפיו יותר חומרי בנייה נכנסים דרך המנהרות מאשר דרך המעברים עם ישראל, מה שמאפשר לשלטון בעזה לרכוש חומרי בנייה אך מקשה על רכישתם על ידי ארגונים בינלאומיים העוסקים בשיקום.

¹⁴⁴ שם, בעמ' 5-6, 9-10.

יש לציין, כי ככוח כובש, לישראל הסמכות להחליט באילו ערוצים יועברו סחורות, כל עוד מתאפשר היקף המסחר הדרוש לקיום חיים תקינים. כרגע ישראל מונעת מתושבי עזה לבנות מחדש את נמל התעופה שהפציצה ואת הנמל הימי, שבאתר המיועד להקמתו הרסה את מתקני החברה שעמדה לבנות אותו. לפיכך, ישראל מחוייבת לאפשר לתושבי עזה להעביר סחורות דרך הנמלים שלה עצמה. אף אם תאפשר ישראל לתושבי עזה להעביר סחורות באמצעות המרחב האווירי והמים הטריטוריאליים של רצועת עזה, יש להניח שלמשך תקופת מעבר היא תוסיף להיות מחוייבת לאפשר לתושבי עזה מסחר גם דרך המעברים והנמלים שלה, וזאת במסגרת דיני פוסט כיבוש.

ב. מעבר אנשים בין רצועת עזה לבין הגדה המערבית

כפי שמתואר בפרק 1, מאז אירועי האינתיפאדה השנייה, ובאופן הולך וגובר לאורך השנים, ישראל מגבילה תנועת אנשים מרצועת עזה ולתוכה, ובכלל זאת את תנועת התושבים הפלסטינים בין רצועת עזה לגדה המערבית ולהפך. מאז קיץ 2007 מאפשרת ישראל מעבר בין עזה לגדה רק "במקרים הומניטאריים, בדגש על מקרים רפואיים דחופים"¹⁴⁵. לדידנו, הדין מחייב את ישראל לאפשר מעבר חופשי בין עזה לגדה, בכפוף לבדיקות בטחוניות פרטניות.

מכיוון שישראל מחזיקה בידיה שליטה כמעט מלאה ובלעדית על המעבר בין רצועת עזה לגדה המערבית,¹⁴⁶ בהן הכירה ישראל כיחידה טריטוריאלית אחת במסגרת הסכמי אוסלו, ממשיכה ישראל לחוב חובות מכוח דיני הכיבוש ביחס למעבר סחורות ואנשים בין האזורים. על מעבר סחורות הרחבנו לעיל, אך בנוסף לו, במסגרת חובותיה לאפשר חיים תקינים, מוטלת על ישראל החובה לאפשר מעבר חופשי של אנשים בין עזה לגדה, בכפוף לבדיקות בטחוניות פרטניות. מימוש חופש התנועה של פלסטינים בין עזה לגדה חיוני לצורך מימוש זכויותיהם לחיי משפחה, לבריאות, לעבודה ולפרנסה, לחינוך ולהשכלה, לדת ולפולחן, לחופש תנועה, להתפתחות כלכלית ואישית, לשמירה על קשרים תרבותיים עם בני עמם ועוד.

¹⁴⁵ ראו ס' 15 לתגובת המדינה בעניין שריף, לעיל ה"ש 10.

הרחבתה של אפשרות המעבר דרך רפיח אינה מפחיתה כהוא זה מאחריותה של ישראל בהקשר של מעבר עזה-גדה, שכן כל מעבריה של הגדה, כולל מעבר "גשר אלנבי" בין הגדה לירדן, נמצאים בשליטת ישראל. מכאן, שביכולתה של ישראל למנוע כניסת אנשים לגדה, כפי שהיא אכן עושה בפועל, גם אם הצליחו לצאת את רצועת עזה דרך רפיח. יש לזכור כי חובותיה של ישראל כלפי האוכלוסייה המוגנת בגדה המערבית, הכבושה על ידי ישראל גם שליטתה, רלוונטיות לכל מה שקשור למעבר בין רצועת עזה לגדה ומחזקות את חובותיה של ישראל, הקיימות ממילא מתוקף שליטתה בגבולות ובמעברים של הרצועה.¹⁴⁷

נציון, שמקום בו הרשויות הפלסטיניות בעזה מפעילות שליטה על המעבר בין עזה לגדה - בעיקר באמצעות מחסום משטרתי הממוקם ברצועת עזה לפני מעבר ארז - שם הן נושאות באחריות. שלטון חמאס בעזה מחוייב לכבד את זכויותיהם של תושבים פלסטינים לנוע בין שני חלקי השטח הפלסטיני, חובה שהפר בהזדמנויות שונות, בהן מנע מעבר לגדה של אנשים אשר קיבלו היתרים מישראל.¹⁴⁸

ג. חינוך בתוך עזה

ישראל אינה שולטת עוד במערכת החינוך בשטחים הפלסטיניים הכבושים, ולכן אין היא אחראית לניהולה הפנימי. האחריות על תכניות הלימוד או על הכשרות המורים מוטלת על הרשויות הפלסטיניות, אשר מפעילות סמכות בתחומים אלה מאז 1995. אף על פי כן, כיוון שישאל שולטת במעבר הסחורות לשטחים, לרבות חומרי בנייה, היא מחוייבת לאפשר מעבר של כמות מספקת של חומרי בנייה לצורך בנייתם של בתי ספר ומוסדות לימוד ושקומם.¹⁴⁹ ישראל מחוייבת להקל על מעבר של מורים ושל אנשי חינוך להכשרות ועל מעבר כספי המיסים הפלסטיניים לטובת תשלום משכורות למורים. כמו כן, בהתאם לאמור לעיל, על ישראל מוטלת אחריות מוגברת, לפי דיני הכיבוש, לאפשר את מעברם של סטודנטים בין שני חלקי השטחים הפלסטיניים הכבושים, בכפוף לבדיקות בטחוניות פרטניות.¹⁵⁰ זאת, במיוחד כאשר תחום הלימודים המבוקש אינו זמין ברצועת עזה, או שרמתו נחותה מזו שניתן להשיג בגדה המערבית, שהרי אז נדרש המעבר לצורך קיום חיים תקינים של התושב או התושבת המוגנים.

¹⁴⁶ ראו פרק 1 לנייר עמדה זה.

¹⁴⁷ ראו לעניין זה (1982) 203 פ' 482 E.H.R.R., Cyprus v. Turkey, 203 וס' 483 וכן Loizidou v. Turkey לעיל ה"ש 121, ס' 56, שם קבע ה-ECtHR ששליטתה של טורקיה בקו שבין צפון קפריסין הכבושה לבין דרום קפריסין, הלא כבושה, מטילה עליה חובה לכבד את זכותם של תושבי דרום האי להגיע לקרקעות שלהם שבצפון האי.

¹⁴⁸ ראו ה"ש 138 לנייר עמדה זה.

¹⁴⁹ גישה, "בעקבות הסגר על עזה כ-40,000 תלמידים נדחו מבתי הספר של אונר"א", (הודעה לעיתונות) 15.9.2010, www.gisha.org/item.asp?lang_id=he&p_id=540

¹⁵⁰ ראו גישה, "פגיעה בהשכלה הגבוהה הפלסטינית כתוצאה מההפרדה בין רצועת עזה לגדה המערבית", מאי 2010

spq.org.il/docs_html/heb/Heb_students/info/doc%20full_heb%20stu_info_01.pdf

וכן ראו גישה, "מסגרת משפטית: השכלה גבוהה - זכויות ומחויבויות מתוקף המשפט הבינלאומי והישראלי, מאי 2010 spq.org.il/docs_html/heb/Heb_students/info/doc%20full_heb%20stu_info_02.pdf

בנוסף, ישראל עשויה לחוב חובות שיוניות או חובות מכוח עיקרון הפיצוי וההשבה לשיקום מערכת החינוך, כיוון שהזניחה אותה לאורך כשלושים שנה, עד שהעבירה באופן חלקי את השליטה עליה לידי הרשות הפלסטינית בשנות ה-90 של המאה ה-20, במסגרת הסכמי אוסלו. כמו כן, הצעדים שנקטה ישראל, אשר הפריעו להתפתחותה של מערכת החינוך וההשכלה הפלסטינית (למשל סגירת אוניברסיטאות, מניעת הגעתם של תלמידים וסטודנטים ללימודים באמצעות מחסומים, הטלת עוצר) עשויים להוסיף לחובות אלה. את חובותיה אלו יכולה ישראל למלא במסגרת שליטתה במעבר סחורות ואנשים אל עזה וממנה, למשל באמצעות התרת מעברם של סטודנטים תושבי עזה ללימודים בגדה המערבית ואף בישראל,¹⁵¹ הקלה על מעבר מחנכים לצורך השתלמויות והכשרות וכיוצא באלה. בנייר עמדה זה לא נתמקד באפשרות של תשלום פיצויים או השבה אחרת במסגרת דיני פוסט, אם כי נציין שהסבירות שדיון זה יתעורר בזירה הבינלאומית תגבר אם וכאשר תכונן מדינה פלסטינית.

ד. התפתחות כלכלית בתוך עזה

בהקשר של התפתחות כלכלית, לישראל חובות מעורבות, שחלקן נובע ישירות מדיני הכיבוש וחלקן נגזר מדוקטרינת פוסט כיבוש. בכל הקשור למעבר סחורות, ישראל חבה לאורך כל השנים, וממשיכה לחוב גם כיום, חובות מכוח דיני הכיבוש, כמפורט לעיל. בנוסף, ישראל חבה חובות שיוניות, מתוקף דיני פוסט כיבוש, בתחום ההתפתחות הכלכלית, אשר נובעות ממחדלה לדאוג לפיתוח כלכלי נאות ועצמאי לאורך שנות שליטתה הפיזית והישירה ברצועת עזה, כמו גם מהתלות שפיתחה לתושבי הרצועה בה לצורך כלכלתם. אין בכך כדי לומר שישראל צריכה להתערב ברגולציה של עסקים בעזה, אלא שהיקף החובות של ישראל ביחס להתפתחות הכלכלית ברצועת עזה צריך לשקף את מידת השליטה של ישראל בכלכלה של עזה לאורך השנים; את מחדליה בפיתוח כלכלה עצמאית ויציבה במשך שליטתה; ואת התלות שנותרה לאחר שוויתרה על שליטתה.

כמו כן, כיוון שישראל עודנה שולטת פיזית על מרחבי החיץ והדיג, היא חבה שם חובות ישירות מכוח דיני הכיבוש. על ישראל לאפשר פעילות כלכלית, בפרט חקלאות ודיג, באזורים אלו, ולהגבילה רק אם וככל שהדבר מתחייב משיקולי בטחון. יתר על כן, אף אם ישראל היתה מצמצמת את הגבלותיה במים הטריטוריאליים ובאזור החיץ לאלה הנחוצים לצרכי בטחון

¹⁵¹ כיום, ישראל מאפשרת לסטודנטים פלסטינים המתגוררים בגדה המערבית להיכנס לישראל לצורך לימודי השכלה גבוהה בתנאים מגבילים מאוד (סעיף 16 להודעת המדינה מיום 29.10.2007 בבג"ץ 8242/06 סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, www.gisha.org/UserFiles/File/LegalDocuments/SawsanSalame/StateAnswer29-10-07.pdf, אך אוסרת על סטודנטים תושבי עזה להגיע ללימודי השכלה גבוהה בתוך ישראל (גישה, "הצבא ממשיך לאסור על לימודיהם של סטודנטים פלסטיניים באוניברסיטאות בישראל" [הודעה לעיתונות] 20.5.2007, www.gisha.org/item.asp?lang_id=he&id=663), ובגדה המערבית (תגובת המדינה בעניין שריף, לעיל ה"ש 10, ס' 14-13).

לגיטימיים, הרי שעליה למצוא חלופות תעסוקתיות (למשל בתוך ישראל), תזונתיות וכספיות לפעילות החסרה בענפי החקלאות והדיג כתוצאה מהגבלותיה.

לעומת זאת, כיוון שישראל אינה מחזיקה בסמכויות השלטוניות הנדרשות כדי ליצור תכניות פיתוח כלכלי בתוך הרצועה, לבצע רגולציה של עסקים ולהכתיב את התנהלות השוק ברצועה, היא איננה נושאת באחריות ישירה לתחומים אלו, אשר נמצאים בידי הרשויות הפלסטיניות.

הדוגמאות שהובאו למעלה אינן ממצות. הן מיועדות להדגים את השלכותיה של השליטה הישראלית ברצועת עזה - בעבר ובהווה - על המדיניות הנוכחית שלה כלפי הרצועה. אף שהתמקדנו ברצועת עזה, הניתוח המוצע כאן עשוי להועיל להבנת חובותיה של ישראל בשטחים הפלסטיניים בכלל, בייחוד לאור שינויים אפשריים במרכיבי השליטה שעשויים להתרחש בעתיד, בין היתר כתוצאה מהכרה בינלאומית אפשרית במדינה פלסטינית.

הערכתנו הינה כי בעת הזאת מדינת ישראל אינה מקיימת את חובותיה מכוח המשפט הבינלאומי כלפי תושבים פלסטינים בכלל, וכלפי תושבי עזה בפרט. זאת כיוון שהיא מונעת שימוש באזורים חקלאיים נרחבים וברוב אזורי הדייג; חוסמת את האפשרות לשנות מקום מגורים ולהוסיף תושבים פלסטינים למרשם האוכלוסין; ומטילה מגבלות חריפות על מעבר אנשים וסחורות, וכנגזרת מכך גם על מגוון תחומי חיים נוספים, וכל זאת מבלי שהגבלות נחוצות לצרכי בטחון קונקרטיים. במקרים אחרים, ישראל מטילה הגבלות אשר ייתכן ויש בהן הצדקה בטחונית, אולם לא נערך לגביהן איזון ראוי בין צרכיה הבטחוניים של מדינת ישראל לבין חובותיה כלפי תושבי עזה וזכויותיהם של תושבי עזה.

לפיכך, עמותת גישה קוראת למדינת ישראל לאפשר מעבר חופשי של אנשים וסחורות מרצועת עזה ואליה, בכפוף לבדיקות פרטניות ולהסדרי מעבר שנותנים מענה לצרכי הבטחון של ישראל ומקיימים את חובותיה לדאוג ולסייע לקיומם של החיים התקינים בתוך רצועת עזה. אנו קוראים למדינת ישראל לנקוט שלושה צעדים קונקרטיים, אשר יסייעו לה להתאים את מדיניותה לדרישות החוק:

1 **לכטל את ההגבלות על הוצאת סחורות למכירה מחוץ לעזה** ולאפשר לתושבי עזה להוציא את סחורותיהם לרוכשים בישראל, בגדה המערבית ובחול"ל, בכפוף לבדיקות בטחוניות פרטניות ובהתאם להבטחות הכמותיות שנעשו במסגרת הסכם המעברים משנת 2005, קרי לפחות 400 משאיות יוצאות ליום.

2 **לכטל את ההגבלות על הכנסת חומרי בנייה** כגון מלט, חצץ וברזל לרצועת עזה ולהרחיב את ערוצי הכנסת כלל הסחורות על מנת לאפשר לתושבי עזה להעביר את מלוא הכמויות שיבקשו.

3 **לאפשר מעבר חופשי של אנשים בין רצועת עזה לגדה המערבית**, בכפוף לבדיקות בטחוניות פרטניות ותוך איזון בין צרכי בטחון לבין חובותיה של מדינת ישראל וזכויותיהם של תושבים פלסטיניים לחופש תנועה ולזכויות הנוספות שמימושן תלוי בחופש תנועה.

הצגנו כאן מסגרת משפטית שמיישמת את המשפט ההומניטרי הבינלאומי בדבר כיבוש, ודוקטרינות משפטיות משלימות לו, בהקשר של השטחים הפלסטיניים. לדעתנו, מסגרת משפטית זו הינה ישימה ויישומה עשוי לתת מענה הולם לזכויותיהם של תושבים פלסטיניים תוך שמירה על צרכי הבטחון של מדינת ישראל.

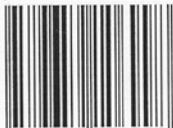
נייר העמדה סוקר את השינויים שחלו בשליטה בשטחים הפלסטיניים, ובעיקר ברצועת עזה, מאז שנת 2007, מנתח את אחריותם של הגורמים השונים המפעילים שליטה שם ומציג מסגרת משפטית להבנת חובותיו של כוח כובש שנסוג משליטתו באופן חלקי.



גישה - מרכז לשמירה על הזכות לנוע, הינו ארגון זכויות אדם ישראלי שנוסד בשנת 2005 ומטרתו היא הגנה על הזכות לחופש תנועה של פלסטינים תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה. גישה פועלת בכלים משפטיים וציבוריים לשם הגנה על זכות זו, המעוגנת במשפט הבינלאומי ובמשפט הישראלי. כיוון שחופש התנועה הינו תנאי מוקדם למימוש זכויות יסוד נוספות, פעילותה של גישה מסייעת לתושבי השטחים הכבושים לממש את זכותם לחינוך, למקורות פרנסה, לטיפול רפואי ולאיחוד משפחות.

www.gisha.org

ISBN 978-965-91069-9-8



9 789659 106998