

שליטה ואחריות: מעמדה המשפטי של רצועת עזה לאחר "ההתנתקות"

א. מבוא

ב-12 בספטמבר 2005 השלימה מדינת ישראל את "תכנית ההתנתקות", שבמסגרתה פינתה התנחלויות, בסיסי צבא וכוחות קרקעיים מרצועת עזה. לפיניו זה קדמה נוכחות קבועה של הצבא הישראלי ברצועת עזה שנמשכה מאז שזו נכבשה על ידי ישראל מידי מצרים בשנת 1967.

במסמכים רשמיים ובהצהרות לציבור, מסרה ישראל שמטרתה ביישום התכנית היא להקטין את החיכוך ולשים קץ לאלימות ולאבדן החיים, הנגרמים מהעימותים שבין החיילים והמתנחלים הישראליים הנוכחים ברצועת עזה באופן קבוע לבין הפלסטינים תושבי הרצועה. מדינת ישראל תיארה גם את תכנית ההתנתקות כאמצעי לשיפור המצב הכלכלי והרווחה החברתית של תושבי רצועת עזה, שעיקרו מתן הזדמנות לאחרונים לנהל את ענייניהם בעצמם¹. במסמכים הרשמיים עוד נמסר, שתכנית ההתנתקות "תשלול את תוקפן של הטענות כנגד ישראל בדבר אחריותה לפלסטינים ברצועת עזה"².

אנו מבקשים להוכיח במאמר זה כי בניגוד לרטוריקה ששימשה לתיאור תכנית ההתנתקות, מדינת ישראל לא ויתרה, למעשה, על שליטתה ברצועת עזה, אלא רק הסירה מרכיבי שליטה אחדים ובהם הידקה את אחיזתה במרכיבים אחרים. אכן, האופן שבו מימשה מדינת ישראל את שליטתה ברצועת עזה מאז ספטמבר 2005 – בין היתר על ידי הטלת הגבלות חמורות על תנועת אנשים וטובין אל רצועת עזה וממנה ועל ידי אחיזה איתנה במימון שירותים ציבוריים – תרם ליצירת משבר כלכלי והומניטרי ברצועה. משבר זה, לא היה כדוגמתו ב-38 שנות השליטה הישראלית הישירה, שקדמו לנסיגתם של הכוחות הקרקעיים הקבועים.

מדינת ישראל, כך נטען, ממשיכה לשלוט ברצועת עזה באמצעות "ייד נעלמה": היא שולטת על הגבולות, על המרחב האווירי, על המים הטריטוריאליים, על מרשם האוכלוסין, על מערכת המיסוי, על אספקת טובין ועל היבטים נוספים. תושבי רצועת עזה יודעים שיכולתם לקבל

לביתם זרם חשמל, לקנות חלב או לפנות זבל מהרחובות מותנית בהחלטות שמקבלת מדינת ישראל. כעניין שבשגרה, חיילים ישראלים פועלים ברחובות עזה, אולם גם לאחר שהם עוזבים, ממשיכה ישראל לשלוט על תושבי עזה.

שליטה ישראלית זו מוסיפה להיות מופעלת ברצועה, גם לאחר שתנועת החמאס השתלטה עליה בחודש יוני 2007 ובכך תפסה את השלטון הפנימי שם.

כפי שיוסבר בהמשך, השלמת תכנית ההתנתקות לא סיימה את הכיבוש הישראלי ולא פטרה את מדינת ישראל מאחריותה לאפשר למוסדות האזרחיים ברצועה לתפקד באופן נאות וכן להקל על תפקוד זה³. כפועל יוצא של המשך שליטתה, מוסיפה מדינת ישראל לשאת בחובות משפטיות כלפי תושבי רצועת עזה בתחומים המשמעותיים שבהם חייבים כפופים לשליטה ישראלית ומושפעים ממנה. אחריות זו קיימת מכוח דיני הכיבוש במשפט הבין-לאומי, אך מתחייבת גם מכוח דיני זכויות האדם הבין-לאומיים והמשפט החוקתי והמנהלי הישראלי. במאמר זה נעמיד את המסגרת המשפטית אשר מכוחה מחויבת מדינת ישראל – בשל שליטתה על גבולות רצועת עזה, על מרשם האוכלוסין שלה, על מערכת המיסוי שלה וכיו"ב – לכבד את זכויותיהם של תושביה. המדינה, כך נטען, חבה חובות פוזיטיביות שעיקרן מתן אפשרות למוסדות האזרחיים ברצועת עזה לתפקד באופן ראוי ולהקל על תפקוד זה, בהתאם למשפט ההומניטרי הבין-לאומי.

נתמקד בשאלת מעמדה המשפטי של רצועת עזה, דהיינו בשאלת המשך הכיבוש ברצועה, כתנאי מוקדם לדיון בשאלת חלוקת האחריות לנעשה בה. נטען כי משהתקיימו תנאי הסף לקיום מצב של כיבוש, הכוח הכובש נושא באחריות כלפי המוגנים בשטח, וזאת דווקא מכוח דיני הכיבוש (אף שדיני הכיבוש אינם המקור היחיד לחובותיו ואף שיתכן שגורמים אחרים שמפעילים שליטה בשטח – נושאים אף הם בחובות).

אמנם מאמר זה יתמקד בהקשר ספציפי ואף יוצא דופן – רצועת עזה לאחר הוצאתה לפועל של תכנית ההתנתקות – אולם תקוותנו היא כי הניתוח המוצע כאן, הקושר בין שליטה לאחריות והמתמקד במידת

* מנכ"ל עמותת גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע ומרצה מן החוץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב.

** פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. יועץ משפטי לעמותת גישה. אנו מבקשים להודות לניקול הרטר-ספירו, לדייר אייל רוס, לפרופ' דוד קרצמר, לקליניקה לזכויות אדם במשפט הבין-לאומי ע"ש לוונסטין בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת ייל, לנעם פלג, לאוה מוסא, לנילי גרין ולליאט הרט. מאמר זה מתבסס על עבודתנו בעמותת גישה, ארגון זכויות אדם המגן על הזכות לחופש התנועה ברצועת עזה ובגדה המערבית, ועל נייר עמדה שפרסמנו במסגרת עבודתנו בעמותת גישה **כונשים מנותקים: מעמדה המשפטי של רצועת עזה** (2007) www.gisha.org/UserFiles/File/publications%20/Hebrew%20Position%20Paper%20for%20website ("יניר העמדה").

1 החלטה של המשלה ה-30 "תוכנית ההתנתקות המתוקנת – המשך הדיון" פס' 1 (6.6.2004). www.pmo.gov.il/PMO/Archive/Decisions/2004/06/des1996.htm

2 שם.

3 ההתנתקות שינתה את טבען של חובות המדינה, בתחומים שבהם יכולות השליטה על הרצועה הועברו באמת ובתמים לרשות הפלסטינית, והרשות הפלסטינית מפעילה אותן הלכה למעשה. כפי שנטען במאמר זה, תחומים אלה מוגבלים הרבה יותר מכפי שישראל טוענת.

הטיעון של מדינת ישראל, כפי שהוצג בפירוט בפני בית המשפט העליון בעתירה העוסקת בשימוש ב"בומים על-קוליים" מעל שמי הרצועה, הוא שמאז יישום תכנית ההתנתקות, תמה תחולתם של דיני הכיבוש ברצועת עזה. טיעון זה מבוסס על פרשנותה של המדינה למונח "שליטה אפקטיבית", שהוא המבחן להטלת חובות מכוח דיני הכיבוש. לעמדתה של מדינת ישראל, דיני הכיבוש חלים כאשר השטח מצוי בשליטת האויב, ושליטה כזו היא "established and can be exercised"¹⁰. לפי עמדה זו, שליטה אפקטיבית היא היכולת להפעיל את הסמכויות שהמשפט הבין-לאומי דורש שהכובש יפעיל בשטח הכבוש, על מנת להשיב את הסדר הציבורי על כנו, להגן על אזרחים ולמלא את הריק שהותירה הממשלה הקודמת שהוחלפה על ידי הכובש.

לגישה של מדינת ישראל, משפינתה את המתנחלים ואת מתקני הצבא הקבועים מהקרקע ברצועה, הסתיים הכיבוש. אף על פי שמדינת ישראל מודה שהיא ממשיכה בפעילות צבאית קרקעית ברצועת עזה, היא מציינת כי נוכחותה הצבאית ברצועה הנה בלתי סדירה ומוגבלת לכניסות לאזורים ספציפיים שמטרתן סיכול התקפות או מניעת ירי טילי קסאם לעברה¹¹. המדינה מוסיפה וטוענת שהשליטה על המרחב האזרחי, על המים הטריטוריאליים ועל המעברים אינה מקיימת את התנאים להחלת דיני הכיבוש.

עמדתה של מדינת ישראל היא ששליטתה על המעברים בין רצועת עזה לישראל נובעת מריבונותה על שטחה שלה, ושהיא אינה שולטת על מעבר רפיח בין רצועת עזה למצרים, שם לא נמצאים פיזית כוחות צבאיים שלה. עוד טוענת מדינת ישראל, שהגבלות על מעבר אנשים וטובין דרך הגבול בין רצועת עזה למצרים לא מוטלות באמצעות כוח צבאי, אלא נקבעו בהסכמה ב"הסכם בדבר תנועה וגישה" מיום 15 בנובמבר 2005¹², שישראל והרשות הפלסטינית הן צדדים לו.

עיקר הטיעון המוצג על ידי המדינה הוא, שאין לה היכולת להפעיל סמכויות על רצועת עזה, ולכן היא אינה יכולה למלא את ההתחייבויות שמטיל המשפט ההומניטרי על כוח כובש. טענה זו מבוססת על הגדרת המונח "שליטה אפקטיבית", כתלויה בנוכחות צבאית – קרקעית – קבועה בשטח. וכך נכתב על ידי נציגי המדינה:

"קיומה של תפיסה לוחמתית מותנית ביכולתו של המחזיק להפעיל בשטח באופן אפקטיבי סמכויות שלטוניות. בהיעדר כוחות, לא יוכל המחזיק בשטח להפעיל שם סמכויות שלטוניות כלשהן, ובכך יישמט ממילא הבסיס המשפטי לקיומה של התפיסה הלוחמתית"¹³.

בהמשך לכך, ישראל הכניסה שינויים בדין הישראלי המתאימים לרצועת עזה כאל שטח זר, נפרד מהגדה המערבית, שאינו כפוף לשליטה ישראלית או לחובות ישראליות¹⁴. בהקשר זה, הוצא צו מנהלי המגדיר את המעברים – ארז, כרם שלום, סופה וקרני – שבין רצועת עזה לישראל כמעברי גבול בין-לאומיים¹⁵. בהצגת עמדתה בפני בית המשפט העליון, משווה מדינת ישראל את רצועת עזה לסוריה, וטוענת שאינה חבה עוד כל חובה להתיר אספקת סיוע הומניטרי לרצועה עזה או להתיר מעבר של אנשים או של טובין בין הרצועה לגדה המערבית. כל זאת, בצד הודעה כי מדיניותה הנה להימנע מיצירת משבר הומניטרי ברצועת עזה¹⁶.

השליטה ולא באופן שבו היא מופעלת, יוכל להיות לעזר בהקשרים נוספים. במיוחד אנו מקווים שיהיה בו לסייע במצבים – ההולכים ונעשים שכיחים יותר ויותר – שבהם מתקיימים יחסים מורכבים של שליטה בשטח, אשר אינם בהכרח תואמים את המצבים שדמיינו מנסחי האמנות בדבר המשפט ההומניטרי הבין-לאומי.

בפרק ב' של המאמר נתאר את עמדתה של מדינת ישראל, כפי שהוצגה במסמכים שהוגשו לבית המשפט העליון, שלפיה היא אינה כובשת עוד את רצועת עזה ואינה חבה עוד חובות משפטיות כלפי תושבי רצועת עזה. בפרק ג' נערער על הבסיס העובדתי בעמדתה של ישראל, ונטען שישראל ממשיכה לשלוט בהיבטים משמעותיים של החיים ברצועת עזה, זאת על אף היעדר נוכחות צבאית קבועה ברצועה. בפרק ד' נטען כי שליטתה של מדינת ישראל על רצועת עזה מקיימת את התנאים לקיומו של מצב של כיבוש, ובשל כך היא מוסיפה לחוב חובות כלפי תושבי רצועת עזה¹⁷ מכוח דיני הכיבוש (בעיקר מכוח תקנות האג¹⁸ ומכוח אמנת גינבה הרביעית¹⁹). בפרק ה' נסכם ונדגיש את הסכנה הטמונה בגישה פשטנית ובינארית באשר לשאלת הכיבוש והאחריות ברצועת עזה, גישה שיישומה עשוי ליצור חלל שחור, שבו חייהם של אזרחים נשלטים על ידי כוח זר – מבלי ששליטה זו מרוסנת ומעוגנת באחריות כלפי אותם אזרחים.

אנו מבקשים להדגיש באמצעות מאמר זה את העיקרון, שלפיו מקום שבו מופעלת שליטה – כמה אחריות. זאת, בהתאם לתכלית המונחת ביסוד המשפט ההומניטרי – ואף אם השליטה מופעלת באמצעים שמנסחי אמנות המשפט ההומניטרי לא ציפו להם.

ב. טענת מדינת ישראל שלפיה היא אינה חבה חובות כלשהן כלפי תושבי רצועת עזה לאחר יישום תכנית ההתנתקות

מאז כבשה מדינת ישראל את רצועת עזה מידי מצרים בשנת 1967, כללי המשפט ההומניטרי בדבר שטח כבוש חלים על הפעולות הישראליות ברצועה. כללים אלה, הקבועים באמנת גינבה הרביעית ובתקנות האג, מעניקים לכוח זר שמפעיל שליטה אפקטיבית בשטח סמכויות ומטילים עליו חובות, וזאת על מנת להגן על האוכלוסייה הכבושה, לדאוג לה, לשמור על הסדר הציבורי ועל זכויותיו של הריבון שסולק.

מיד עם השלמת תכנית ההתנתקות ב-12 בספטמבר 2005 אימצה מדינת ישראל את העמדה שלפיה היא אינה כפופה עוד לכללים אלה. בשלב ראשון, הכריזה ישראל על סיום הממשל הצבאי שניהל את רצועת עזה מאז נכבשה בשנת 1967 וטענה שהשליטה על רצועת עזה הועברה לרשות הפלסטינית⁷. שלושה ימים לאחר מכן, בנאום בפני עצרת ארגון האומות המאוחדות, הכריז ראש ממשלת ישראל דאז, אריאל שרון, על "סיום השליטה והאחריות של ישראל ברצועת עזה"⁸. מדינת ישראל נמנעה מלהכריז על סיום הכיבוש של רצועת עזה בפורומים בין-לאומיים ציבוריים, אולם בחקיקה פנימית ובמסמכים משפטיים שהוצגו בפניו בתי משפט ישראליים, היא הציגה את העמדה שלפיה היא אינה שולטת עוד ברצועה באמצעות תפיסה לוחמתית, וכי החוק ההומניטרי המפקח על הנעשה בשטח כבוש אינו חל עוד על פעולותיה כלפי תושבי רצועת עזה⁹.

השלכותיה של עמדה זו מרחיקות לכת. בתגובה לסדרה של טענות משפטיות שהועלו על ידי פלסטינים שביקשו סעדים המצויים בשליטת ישראל – פתיחת המעברים של רצועת עזה ליבוא וליצוא¹⁷; התרת כניסה של תושבי הרצועה אל הגדה המערבית¹⁸; והתרת כניסת חולים מהרצועה אל הגדה המערבית ואל ישראל לשם קבלת טיפול רפואי שאינו זמין ברצועת עזה¹⁹ – טענה מדינת ישראל שהדין הבין-לאומי אינו מטיל עליה חובות כלפי תושבי רצועת עזה, וכי כל הקלה בעניין פתיחת מעברים או בעניין התרת מעבר, נעשית מכוח מדיניות שלא לגרום למשבר הומניטרי ברצועת עזה, ללא כל חובה להתיר חופש תנועה רב יותר מזה שהיא בוחרת לאפשר.

כך, לדוגמה, בתגובה לעתירה שדרשה את פתיחת מעבר קרני – המעבר המסחרי העיקרי של רצועת עזה ליבוא וליצוא – הכחישה מדינת ישראל כל חובה לעשות כן, אולם אמרה שתפעל, לפנים משורת הדין, להימנע מגרימת משבר הומניטרי ברצועת עזה. עמדה זו התבססה על הטענה, כי עם יישום תכנית ההתנתקות, הסתיימה התפיסה הלוחמתית של ישראל ברצועת עזה, ובשל כך הסתיימו חובותיה של מדינת ישראל מכוח דיני הכיבוש²⁰. עתה נבחן את נכונותה של טענה זו.

ג. המשך השליטה של מדינת ישראל על רצועת עזה

בפרק זה נטען כי פינוי ההתנחלויות הישראליות ומתקני הצבא הקרקעיים הקבועים מרצועת עזה, לא הביא לסיום השליטה הישראלית על רצועת עזה, אלא צמצם מרכיבים מסוימים של שליטתה ברצועה ושינה את הדרך שבה מרכיבים אחרים מיושמים. למעשה, השליטה הישראלית על רצועת עזה אף הודקה לאחר יישום תכנית ההתנתקות, באופן שאינו מתיר ספק באשר ליכולתה של מדינת ישראל לשלוט ולשליטתה בפועל. לאחר שהשלימה את תכנית ההתנתקות, הותירה ישראל את המעברים לרצועת עזה סגורים רוב הזמן, עיכבה כספים הנחוצים לתשלום משכורתם של עובדי ציבור ולניהול מוסדות אזרחיים ברצועת עזה והגבילה באופן חמור תנועת האנשים בין רצועת עזה לבין הגדה המערבית, בין רצועת עזה לבין ישראל ובין רצועת עזה לבין מדינות אחרות (דרך הגבול מצרים-רצועת עזה). תוצאותיהן של פעולות שליטה אלה היו ומוסיפות להיות הרסניות, וכאשר הן מצטרפות לגורמים אחרים, הן תורמות ליצירת משבר כלכלי והומניטרי ברצועה, שלא היה לו תקדים במשך כמעט ארבעה עשורים של שליטה ישירה שקדמו ליישום תכנית ההתנתקות.

לשליטה המופעלת על ידי מדינת ישראל ברצועה, דוגמאות רבות. כך, למשל, תושבי רצועת עזה אינם יכולים להכניס מכלית חלב אל תוך הרצועה ללא רשות מישראל; מרצה זר אינו יכול לבקר באוניברסיטה בעזה, אלא אם כן ישראל מנפיקה עבורו היתר כניסה; אם ברצועת עזה אינה יכולה לרשום את בנה במרשם האוכלוסין הפלסטיני בלי אישור ישראלי; דייג בעזה אינו יכול לדוג בחופי עזה בלי לקבל רשות מישראל; ארגון שלא למטרות רווח ברצועת עזה אינו יכול לקבל תרומה פטורה ממס בלי אישור ישראלי; מורה ברצועת עזה אינה יכולה לקבל את משכורתה, אלא אם כן ישראל מסכימה להעביר כספי מיסים למשרד החינוך הפלסטיני; חקלאי

4 ודוק, גם אם אפשר לקבל את טענתה של מדינת ישראל בדבר סיום הכיבוש ברצועת עזה, עולה שאלה נוספת, והיא קיומן של חובות שמוטלות על מדינת ישראל שלא מכוח דיני הכיבוש. להרחבה בסוגיה ראו: נייר העמדה, לעיל הי"ש **, בעמ' 84–90.

5 Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land (Hague IV), Oct. 18, 1907, 36 Stat. 2277, 1 Bevans 631 (להלן: "יתקנת האמי"). אמנת גינבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1 מסי 30, 453 (נחתמה ב-1949) (להלן: "אמנת גינבה הרביעית"). ישראל מעולם לא הודתה שאמנת גינבה הרביעית מחייבת אותה בנוגע לפעולותיה בשטחים הפלסטיניים. במקום זאת, היא הצהירה שכעניין שבנוהג, היא תכבד את ההוראות ה"הומניטריות" של אמנת גינבה הרביעית בנוגע לשטחים אלה.

7 פקודת אלוף פיקוד דרום 12.9.05, "צבא ההגנה לישראל: מנשר בדבר סיום הממשל הצבאי" (עותק שמור במערכת).

8 ראש הממשלה אריאל שרון **נאום ראש הממשלה בעצרת האומות המאוחדות** 15.9.05. www.pmo.gov.il/PMO/Archive/Speeches/2005/09/speech150905.htm.

9 ראו למשל: בניץ 10265/05 **רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון**, תגובת המדינה מה-11.7.06 (טרם ניתנה החלטה בעתירה) (עותק שמור במערכת). עתירה זו הוגשה על ידי ארגון "רופאים לזכויות אדם" והמרכז הקהילתי לבריאות הנפש בעזה, שדרשו להפסיק את "הבומים העל קוליים" בשמי עזה; בניץ 769/02 **הועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל**, תגובת המדינה מה-5.12.05, פסי 5 (טרם פורסם, 14.12.2006) (עותק שמור במערכת) (להלן: פרשת **החיסולים הממוקדים**). עתירה זו הוגשה על ידי הוועד הציבורי LAW – אגודה להגנת איכות הסביבה וזכויות האדם, נגד מדיניות החיסולים הממוקדים; בניץ 11120/05 **חמדאן נ' אלוף פיקוד הדרום**, תגובת המדינה מה-19.1.06 (לא פורסם, 7.8.07). עתירה זו הוגשה על ידי עשרה סטודנטים ליפני בעיסוק, מרכז עזה לבריאות הנפש, ביתונייה – ביתנו לפיתוח קהילתי ומרכז גישה, נגד האיסור על סטודנטים מעזה להיכנס לגדה המערבית לצורך לימודים וראו: www.gisha.org/UserFiles/File/Legal%20Documents%20Gaza%20students%20gaza%20students/state-response-19-1-06.doc; בניץ 2990/06 **מרכז מיוזאן לזכויות אדם נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, 27.4.06) (להלן: פרשת **מיוזאן**), העתירה הוגשה בדרישה לפתוח את מעבר קרני לייצוא ולייבוא.

10 פרשת **רופאים לזכויות אדם**, שם.

11 שם, פסי 34.

12 Agreed Documents on Movement and Access From and to Gaza, Isr.-P.L.O., Nov. 15 2005 (להלן: "הסכם בדבר תנועה וגישה") www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Reference+Documents/Agreed+documents+on+movement+and+access+from+and+to+Gaza+15-Nov-2005.htm.

13 פרשת **רופאים לזכויות אדם**, לעיל הי"ש 9, פסי 25.

14 ראו: GISHA: CENTER FOR THE LEGAL PROTECTION OF FREEDOM OF MOVEMENT, DISENGAGEMENT DANGER: ISRAELI ATTEMPTS TO SEPARATE GAZA FROM THE WEST BANK – BRIEFING PAPER (2006) www.gisha.org/UserFiles/File/publications_english/Publications%20and%20Reports_English/Disengagement%20Danger%20feb%202006.doc; מדינת ישראל הוציאה צווים זמניים שפוטרים את תושבי עזה מהדרישה לקבל ויזה על מנת להיכנס לישראל, לרבות על מנת להיכנס לגדה המערבית. ראו: צו הכניסה לישראל (פטור לתושבי רצועת עזה) (הוראת שעה), התשס"ה-2005, ק"ת 6425; צו הכניסה לישראל (פטור לתושבי רצועת עזה) (הוראת שעה) (תיקון), התשס"ו-2006, ק"ת 6499.

15 צו הכניסה לישראל (תחנות גבול) (תיקון), התשס"ה-2005, ק"ת 6425.

16 פרשת **חמדאן**, לעיל הי"ש 9.

17 פרשת **מיוזאן**, לעיל הי"ש 9, תגובת המדינה מה-26.4.06 www.gisha.org/UserFiles/File/karni-state-respond.pdf; בניץ 5841/06 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, 13.3.07), תגובת המדינה מה-12.7.06 www.gisha.org/UserFiles/File/Legal%20Documents%20karni/STATE%20RESPONSE%2013_7_2006.doc.

18 פרשת **חמדאן**, לעיל הי"ש 9.

19 ראו למשל: בניץ 8840/06 **רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה** (טרם פורסם, 29.10.06).

20 פרשת **מיוזאן**, לעיל הי"ש 9, פסי 12, 20–21.

גורמי ביטחון ישראליים רשמיים מפקחים על המעבר בריח במצעות מצלמות, שמשדרות מהמעבר בזמן אמת²⁴. הבעת התנגדות מצד ישראל לכניסת אדם באחת מקטגוריות ה"חריגים", מפעילה הליך של התייעצות בין נציגים ישראלים, פלסטינים והאיחוד האירופי, שבמהלכו האדם מנוע מלהיכנס לרצועת עזה²⁵.

ישראל שולטת גם על עצם פתיחת מעבר רפיח, באמצעות סמכותה להטיל וטו על הפתיחה, והיא אף השתמשה בשליטה זו בתקופות שונות כדי לסגור את רצועת עזה לעולם החיצון. על מנת שמעבר רפיח ייפתח, על הפקחים מטעם האיחוד האירופי ועל גורמים רשמיים מטעם הרשות הפלסטינית להיות נוכחים בו, ועל גורמי ביטחון ישראליים רשמיים לאייש את חדר המצב, שמפקח על המעבר באמצעות מצלמות. כמו כן, על מצרים לפתוח את המעבר מהצד שלה. בפועל, מדינת ישראל היא שמחליטה אם הפקחים מטעם האיחוד האירופי יוכלו להגיע למעבר, זאת באמצעות הוצאת התרעות ביטחוניות, המורות לפקחים אם הם יכולים לאייש את עמדותיהם במעבר רפיח ביום נתון, או לא²⁶. בשנה שלאחר נפילתו בשבי של החייל הישראלי, רבי"ט גלעד שליט – מה-25.6.2006 ועד לסגירתו האחרונה של מעבר רפיח לתנועה שגרתית ב-9.6.2007 – היה מעבר רפיח סגור כ-75% מהזמן, לפי הוראת ישראל²⁷. שר הביטחון הוא זה שהחליט על מועדי הפתיחה והסגירה של המעבר²⁸.

נכון לכתבת שורות אלו, מעבר רפיח סגור, לאחר שנפתח לאחרונה לתנועה מפקחת ביום 9.6.2007 – המועד האחרון שבו שר הביטחון אפשר את פתיחת המעבר, חמישה ימים לפני שתנועת החמאס ביססה את השלטותה על רצועת עזה. לפי מסמכים שהגישה מדינת ישראל לבית המשפט העליון, לאחר השלטות החמאס על השלטון הפנימי ברצועת עזה, מדינת ישראל ומצרים התנגדו לפתיחת המעבר, והוא נותר סגור²⁹. ללא השתתפות של כל הגורמים המעורבים (ישראל, מצרים, הרשות הפלסטינית והפקחים מטעם האיחוד האירופי) אי-אפשר לפתוח את המעבר לפי ההסכם שגובש. בהיעדר מעבר ישיר בין רצועת עזה לבין מצרים, היציאה מרצועת עזה נעשית דרך מעבר ארז. תושבי רצועת עזה המבקשים לצאת לחו"ל נוסעים מ"ארז" למעברי הגבול ניצנה או כרם שלום (ישראל-מצרים), אלנבי (גדה המערבית-ירדן) או נמל התעופה בן-גוריון. מעבר זה מוגבל מאוד, וברצועת עזה "תקועים" אלפים שאינם מצליחים להגיע ללימודיהם, למקומות עבודתם ולטיפול רפואי³⁰.

1.2 שליטה על תנועת טובין

ישראל שולטת באופן מוחלט ביבוא טובין לרצועת עזה ומפעילה שליטה ניכרת על יצוא מרצועת עזה למדינות שלישיות ולגדה המערבית.

1.2.1 יבוא

גם כאשר מעבר רפיח פתוח, היבוא דרכו אסור, למעט חפצים אישיים של נוסעים³¹. מדינת ישראל מאפשרת לאספקה הומניטרית להגיע לרצועת עזה דרך מעבר כרם שלום, הממוקם בתוך ישראל (קרוב לנקודת המפגש בין ישראל, רצועת עזה ומצרים), והנמצא תחת שליטה ישראלית מלאה. מעבר קרני שבין מדינת ישראל לבין רצועת עזה הוא המעבר המסחרי העיקרי שדרכו נכנסים טובין מסחריים לרצועה. מאחר שיבוא אל רצועת



מעבר רפיח. צילום: ap

ברצועת עזה אינו יכול לשווק את פרחי הציפורניים ועגבניות השרי שלו, אלא אם כן ישראל מתירה להוציא את הטובין מרצועת עזה; וסטודנט בעזה אינו יכול ללמוד מחוץ לרצועת עזה בלי הסכמה ישראלית לפתוח את המעבר בין רצועת עזה למצרים או כל מעבר אחר שניתן לצאת דרכו. נציג את הדרכים שבהן באה לידי ביטוי שליטתה של מדינת ישראל ברצועה.

1. ישראל שולטת בתנועה אל רצועת עזה וממנה דרך מעברים יבשתיים 1.1 שליטה על תנועת אנשים

לרצועת עזה מעברים יבשתיים לשתי המדינות הגובלות לה: ישראל ומצרים. כפי שניתן לצפות, ישראל שולטת, מהצד שלה, בתנועה שבין ישראל לבין רצועת עזה (דרך מעבר ארז). אולם ישראל שולטת גם בתנועת האנשים שבין רצועת עזה לבין מצרים הנעשית דרך מעבר רפיח, המעבר היחיד שמחבר בין מצרים לרצועת עזה²¹.

בחודשיים שלאחר השלמת תכנית ההתנתקות, נותר מעבר רפיח שבין רצועת עזה לבין מצרים סגור. זאת, עד לחתימת ההסכם בדבר תנועה וגישה, העוסק בפתיחת המעברים שבין רצועת עזה לבין מצרים ושבין רצועת עזה לבין גדה המערבית²². על פי תנאי ההסכם, הרשות הפלסטינית מפעילה את מעבר רפיח תחת פיקוחם של פקחים מטעם האיחוד האירופי הנוכחים במעבר, וכן תחת פיקוחם של גורמי ביטחון ישראליים המפקחים על הנעשה במעבר ממקום ישיבתם בחדר בקרה במעבר כרם שלום, וזאת באמצעות צילומי וידאו ומעקב אחר רשימות הנוסעים.

על פי ההסכם, פרט לכמה חריגים, המעבר דרך רפיח מוגבל לפלסטינים שרשומים במרשם האוכלוסין הפלסטיני, שכאמור נשלט בידי ישראל. בנוסף, מדינת ישראל שמרה לעצמה את הזכות למנוע כניסה לשטחה של בעלי תעודות זהות פלסטיניות, שהיא רואה בהם "פעילי טרור"²³.

23 מכתב מקמ"א רון רומן, ראש דסק ארגונים בין-לאומיים בדובר צה"ל, לעויד שרי בשי, מנכ"ל עמותת גישה (29.1.2006) (עותק שמור במערכת). מכתב זה מפרט את הקטגוריות של האנשים המורשים לעבור במעבר רפיח.

24 הסכם בדבר תנועה וגישה, לעיל הי"ש 12, עקרונות מוסכמים למעבר רפיח.

25 שם.

26 ראו: מכתב מ-Maria Telleria, Press and Public Information Officer EU BAM Rafah, לנעם פלג (21.11.06) (ברשות המחברים); וריאיון שערך עויד נעם פלג עם Maria Telleria, Press and Public Information Officer EU BAM Rafah, ועם פקחים מטעם האיחוד האירופי (6.11.06) (ברשות המחברים): "כשישראל אומרת שמעבר רפיח לא יפתח בגלל סיבות ביטחוניות, עלינו לקבל עמדה זאת. עליך לזכור, שכפי שאמרנו לך במהלך הראיון, המנדט שלנו הוא להשקיף, לאמת ולהעריך את ביצועיה של הרשות הפלסטינית בכל הקשור ליישום העקרונות המוסכמים למעבר רפיח, ואין ל-EU BAM סמכות ביצועית שמתירה לנו לפתוח את המעבר אם הצדדים האחרים אינם נמצאים".

27 ראו בעניין זה: The U.N. Bi-Weekly Report on the Implementation of the Agreement on Movement and Access, available at www.ochaopt.org/index.php?module=displaysection§ion_id=119&static=0&format=html&perio.d=1:YEAR. הכולל נתונים עדכניים באשר לפתיחה וסגירה של מעבר רפיח (להלן: "The Agreement on Movement and Access").

28 ראו למשל: מכתב מסגן חיים שרביט, נציג הפרקליטות הצבאית, לעויד נעם פלג, נציג עמותת גישה (9.4.2007). במכתב זה, בתשובה לשאלה, מתי יפתח מעבר רפיח, נמסר כי "ההחלטה על כך מסורה בידי שר הבטחון" (עותק שמור במערכת).

29 מדינת ישראל הודיעה על התנגדות זו, בין היתר, במסגרת הודעתה לבית המשפט העליון מיום 29.7.2007 בבניין 6475/07 רגזה אבו לבן נ' אלוף פיקוד דרום (טרם פורסם, 8.8.07) (עותק שמור במערכת).

30 ראו: U.N. Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, Gaza Humanitarian Situation Report (Oct. 9, 2007) www.ochaopt.org/documents/Gaza_Oct09.pdf.

31 הסכם בדבר תנועה וגישה, לעיל הי"ש 12, עקרונות מוסכמים למעבר רפיח.

32 פירוט ימי הסגירה והפתיחה של מעברי הטובין בעזה ראו: www.paltrade.org/cms/page.php?id=48.

33 ראו: עמותת גישה מכירת חיסול: כלכלת עזה נמחקת מהמפה (2007) www.gisha.org/index.php?intLanguage=4&intSiteSN=85.

34 לעיל הי"ש 27, *The Agreement on Movement and Access*, לעיל הי"ש 12.

35 להרחבה בנושא ראו: המשרד לתאום עניינים הומניטאריים של האו"ם "הסגר ברצועת עזה: השלכות על המצב הכלכלי וההומניטרי" **זוח מיוחז: השטח הפלסטיני הכבוש** (2007) www.ochaopt.org/documents/Gaza_Special_Focus_December_2007_Hebrew.pdf.

36 הסכם הביניים שימר שליטה זאת, אף שהוא וההסכמים שבאו אחריו צפו הקמת נמל ימי ונמל אווירי. ההסכם האחרון פעל לתקופה קצרה, בין השנים 1999 ו-2000. ראו: Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip, Israel-Palestine, art. 13-14, Spt. 28, 1995, I.L.M. 551 (1997) (להלן: "הסכם הביניים"); הסכם בדבר תנועה וגישה, לעיל הי"ש 12. לדיון בשאלת המשך תוקפם המשפטי של הסכם הביניים ראו: Geoffrey R. Watson, *The Wall Decisions in Legal and Political Context*, 99 A.J.I.L. 6, 23 (2005); Yuval Shany, *Far Away, So Close: The Legal Status of Gaza After Israel's Disengagement*, 8 YEARBOOK OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW (2006), available at www.ssrn.com/abstract=923151. על האחריות בשטחים הפלסטיניים לאחר הסכם הביניים, ראו למשל: Eyal Benvenisti, *Responsibility for the Protection of Human Rights under the Interim Israeli-Palestinian Agreements* 28 Isr. L.Rev. 297, 312 (1994).

37 הסכם בדבר תנועה וגישה, לעיל הי"ש 12.

38 *The Agreement on Movement and Access*, לעיל הי"ש 27.

39 הסכם הביניים, לעיל הי"ש 36, נספח 1, ס"י XIV (1)(ב).

40 לדיון במעמד של תושבי עזה הנוקחים חלק בלחימה, ראו: פרשת **החיסולים הממוקדים**, לעיל הי"ש 9.

41 ראו למשל: U.N. Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, Protection of Civilians Weekly Report (Oct. 3-9, 2007) www.ochaopt.org/documents/Weekly%20Briefing%20Notes%20No.%2020228.pdf.

עזה אינו מותר דרך האוויר, הים או מעבר רפיח, אפשר להכניס לרצועת עזה רק טובין שמגיעים קודם לישראל ונבדקים שם. לאחר ביצוע תכנית ההתנתקות, הוטלו הגבלות חמורות על פתיחת מעבר קרני³², והמעבר נסגר ביום 12.6.2007. ממועד זה נכנסות לרצועה סחורות בעלות אופי הומניטרי בלבד, דרך מעברים חלופיים שהקיבולת שלהם מוגבלת מאוד³³.

1.2.2 יצוא

ישראל שולטת באופן ניכר על היכולת לייצא מרצועת עזה, יכולת שהנה קריטית עבור תעשיות ברצועת עזה שמחפשות גישה לשווקים חיצוניים ולשוק הפלסטיני בגדה המערבית.

יצוא מרצועת עזה מתרחש דרך מעבר קרני, שבו מועמסים טובין על משאיות ולאחר מכן נשלחים לחו"ל דרך שדה התעופה או נמלי הים של ישראל. עם זאת, מאז יוני 2007 ישראל אוסרת על יצוא כמעט לחלוטין. בנוסף לכך, מדינת ישראל, ששולטת במרחב האווירי ובמים הטריטוריאליים של רצועת עזה, אינה מתירה יצוא ישיר מרצועת עזה דרך הים או האוויר.

בתקופות שונות שלאחר יישום תכנית ההתנתקות, סגרה ישראל את מעבר קרני בנימוק של התרעות ביטחוניות, ובכך הפכה את התוצרת המיועדת ליצוא לחסרת ערך וגרמה נזק חמור לכלכלת רצועת עזה. ההסגרים גרמו להפסדים משוערים של 30 מיליון דולר ברבע הראשון של 2006 בלבד³⁴. מאז יוני 2007 המעברים של רצועת עזה סגורים ליצוא, דבר הגורם לנזק עצום לתעשייה ולמגזר החקלאי ברצועת עזה³⁵.

2. ישראל שולטת באופן מלא במרחב האווירי ובמים הטריטוריאליים של רצועת עזה

מאז כיבוש רצועת עזה בשנת 1967, שולטת ישראל לחלוטין ובאופן בלעדי על המרחב האווירי של רצועת עזה ועל המים הטריטוריאליים שלה³⁶, ואין מעבר של אנשים או של טובין אל תוך רצועת עזה דרך הים או דרך האוויר. אף על פי שההסכם בדבר תנועה וגישה מנובמבר 2005 צפה משא ומתן באשר לבניית נמלים ברצועת עזה³⁷, ישראל לא סיפקה ערבויות לתורמים שהיא לא תתערב בהפעלת נמל ים, ולא החל כל משא ומתן בעניין העברת שליטתה הבלעדית של ישראל על המרחב האווירי ועל המים הטריטוריאליים³⁸.

כלי שיט של חיל הים הישראלי מסיירים בחופי רצועת עזה, מרחיקים כלי שיט שמנסים לעגון בחופי הרצועה, ומחרימים סחורות מוברחות כגון כלי נשק או חומרים נרקוטיים³⁹. מטוסי קרב ומזל"טים ישראלים מסיירים בקביעות בשמי רצועת עזה, משתמשים במצלמות על מנת להשקיף על הפעילות באזור, ומעת לעת יורים טילים שמטרתם התנקשות בלוחמים⁴⁰, אך שפוגעים, לעתים קרובות, גם באזרחים⁴¹.

21 עקרונית, ישראל שולטת גם בתנועת אנשים דרך מעבר כרם שלום, הממוקם בתוך ישראל אבל סמוך לגבול המשולש שבין ישראל, מצרים ועזה. מדינת ישראל הציעה לאפשר תנועת אנשים דרך מעבר זה, בכפוף לבדיקה בטחונית שלה ולקריטריונים שתקבע. אולם מעבר זה לא נפתח לתנועת אנשים, בין היתר בשל התנגדותן של הרשות הפלסטינית ולאחר מכן של תנועת החמאס.

22 ראו הסכם בדבר תנועה וגישה, לעיל הי"ש 12.

3. מדינת ישראל שולטת בתנועה בתוך רצועת עזה באמצעות פלישות תקופתיות ו"אזורי חיץ"

מדינת ישראל שולטת בתנועה בתוך רצועת עזה באמצעות ירי ארטילרי מעמדות לאורך הגבולות עם רצועת עזה ובאמצעות נוכחות צבאית מזדמנת.

מדינת ישראל שולטת בצפון רצועת עזה – אזור שעליו הכריזה בדצמבר 2005 כעל "אזור חיץ", והזהירה את התושבים שהם צפויים לירי אם ייתפסו במקום. הגבלות התנועה באזור החיץ נאכפות באמצעות עמדות ארטילריה צפופות הממוקמות לאורך גבולותיה של ישראל עם רצועת עזה. ישראל הכריזה על אזורי חיץ נוספים, בעיקר ברצועות שלאורך הגדר שתוחמת את רצועת עזה, והיא מודיעה על כך לתושבים באמצעות הוראות שהיא נותנת לגורמי ביטחון פלסטיניים.⁴²

בתקופות שונות שלאחר הוצאתה לפועל של תכנית ההתנתקות, ובייחוד לאחר שנשבה החייל הישראלי, רבי"ט גלעד שליט, ניהלו כוחות צבא ישראליים מבצעים צבאיים נרחבים ברצועת עזה. גם בתקופות שקטות יחסית, פועלים כוחות ישראליים בעומק רצועת עזה. תוך כדי ביצוע משימות, כגון מעצרים והשמדת נשק ומשגרי טילים, הכוחות סוגרים אזורים לתנועה, מאלצים משפחות לעזוב את בתיהן, חותכים קווי חשמל על מנת ליצור מחסה בחסות החשכה ומוציאים צוים המורים לאוכלוסייה האזרחית להתרחק מאזורי לחימה.⁴³ כוחות אלה גם השתלטו כמה פעמים על ציר פילדלפי, לאורך הגבול שבין רצועת עזה למצרים, ודיווחו כי מצאו והשמידו מנהרות לאורך הגבול.⁴⁴

4. ישראל שולטת במרשם האוכלוסין הפלסטיני

ההגדרה מיהו "פלסטיני" ומיהו "תושב" רצועת עזה והגדה המערבית, למטרות של כניסה לרצועת עזה ולגדה או יציאה מהן ולכל מטרה אחרת, נקבעת על ידי הצבא הישראלי. אף שהסכם הביניים אמור היה להעניק לרשות הפלסטינית את ה"סמכות להחזיק ולנהל מרשמים ורשומות של האוכלוסייה"⁴⁵, סמכות זו הוגבלה להדפסת שינויים במרשם האוכלוסין הפלסטיני, המשותף לגדה המערבית ולרצועת עזה, שאושרו כבר על ידי ישראל. מאז שנת 2000 מדינת ישראל לא התירה הוספת תוספות למרשם האוכלוסין הפלסטיני, למעט במקרה של קטינים, שהם ילדיהם של בעלי תעודות זהות פלסטיניות.⁴⁶

למעשה, עשרות אלפי תושבים שחיים ברצועת עזה במשך שנים, אולם אינם בעלי תעודות זהות פלסטיניות ושאינן להם כל בית אחר פרט לרצועה, לכודים ברצועת עזה בשל השליטה הישראלית בגבולות ובמרשם האוכלוסין. הם אינם יכולים לעזוב את רצועת עזה משום שלא יורשו לחזור אליה.

5. ישראל שולטת במימון שירותים ציבוריים וביכולתה של הרשות הפלסטינית להפעיל סמכויות ריבוניות ברצועת עזה

על פי פרוטוקול פריז משנת 1994, ישראל שולטת במערכת המיסוי בשטחי הרשות הפלסטינית, קרי ברצועת עזה ובגדה המערבית, למעט על מסים ישירים כגון: מס הכנסה וסוגים מסוימים של מע"מ ומכסים.⁴⁷ מדינת

ישראל, ששולטת בכל היבוא אל רצועת עזה והגדה המערבית, גובה מע"מ ומכסים המוטלים על יבוא עבור הרשות הפלסטינית, ואמורה להעביר את כספי המסים לרשות מדי חודש. באופן זה שומרת ישראל על שליטה מלאה ב"מעטפת המכס" המשותפת לישראל, לרצועת עזה ולגדה המערבית. ישראל שולטת ומפקחת גם על הטובין שמורשים להיכנס לרצועת עזה ולצאת ממנה וגובה מסים ומע"מ, על פי התעריפים הישראליים, עבור הרשות הפלסטינית.⁴⁸ מרכיבי שליטה אלה מעניקים לישראל כוח ניכר על המדיניות הכלכלית והפיסקלית ברצועת עזה.⁴⁹

אכן, שליטתה של מדינת ישראל על גביית כספי המסים הפלסטיניים מהווה למעשה שליטה על מימון שירותים ציבוריים ברצועת עזה, משום שכספי המסים מהווים כ-50% מהתקציב התפעולי של הרשות הפלסטינית.⁵⁰ כאשר ישראל אינה מעבירה את כספי המסים לרשות הפלסטינית – דוגמת התקופה שבין חודש מארס 2006 ועד לחודש יולי 2007 עקב השתלבות החמאס ברשות הפלסטינית – שירותים ציבוריים מושבתים, בשל חוסר היכולת לשלם משכורות.⁵¹ כמו כן, בתקופות שונות, שבתו מורים ועובדים של שירותי בריאות פלסטיניים רחבי רצועת עזה והגדה המערבית, וסגרו מעת לעת בתי ספר והשביטו שירותים עירוניים ומשרדי ממשלה, במחאה על אי-תשלום שכרם.⁵² שליטה זו לא השתנתה גם לאחר עליית החמאס לשלטון הפנימי ברצועת עזה ביוני 2007. כספי המסים עדיין מועברים על ידי מדינת ישראל למימון שירותים ציבוריים ברצועת עזה מטעם הרשות הפלסטינית. הכסף מועבר דרך הרשות הפלסטינית היושבת בגדה המערבית.

ייתכן שלא די במרכיב שליטה אחד, כשלעצמו, על מנת לבסס שליטה אפקטיבית, אולם עמדתנו היא כי השפעתם המצטברת מקיימת את התנאים הדרושים להחלת ההגנות ההומניטריות של המשפט הבין-לאומי על רצועת עזה, כפי שנסיביר בפרק הבא.

ד. חובותיה של מדינת ישראל כלפי תושבי רצועת עזה מכוח דיני הכיבוש

הטענה שלפיה הסרת הנוכחות הצבאית הקבועה ברצועת עזה הביאה לסיום חובותיה של מדינת ישראל כלפי תושבי הרצועה, מבוססת על הבנה צרה של המונח "כיבוש", כמצב המוגדר באופן בלעדי על ידי נוכחות קרקעית רצופה בשטח מסוים. בחלק זה נטען כי המשפט הבין-לאומי מפרש, למעשה, את המונח "כיבוש" במושגים של הפעלת שליטה ויכולת להפעיל שליטה אפקטיבית בשטח מסוים, יכולת שקשורה באופן הדוק, אך לא כתנאי בלעדי אין, לנוכחות צבאית קרקעית קבועה בשטח.

כפי שהראינו, מדינת ישראל שולטת על היבטים משמעותיים של החיים ברצועת עזה. שליטה זו עולה לרמה של שליטה אפקטיבית, ולכן באותם תחומים שבהם היא מפעילה שליטה כזו, לישראל קמות חובות מכוח דיני הכיבוש כלפי תושבי הרצועה. טענתנו היא שאחריות זו תימשך עד אשר מדינת ישראל תעביר את שליטתה האפקטיבית לגורם אחר או לכל הפחות – תסיר את השליטה באופן שיאפשר לגורם אחר להפעילה.

1. טיעון כללי

בספרות המשפטית העוסקת בדיני הכיבוש מתקיים דיון בשאלה – מתי קיים מצב של כיבוש? תקנה 42 לתקנות האג משנת 1907 מגדירה כיבוש כמצב שתחילתו שעה ששטח "ימצא למעשה תחת שלטון צבא האויב". רעיון זה מוכר בספרות כ"שליטה אפקטיבית". עוד נקבע בתקנה, כי "הכיבוש משתרע רק על שטח שבו הוקם שלטון כזה ושבו הוא ניתן להפעלה". מכאן עולה כי שני מרכיבים יוצרים מצב של כיבוש: שליטה בפועל ויכולת להפעיל שליטה.

מהספרות לא עולה בבירור, שכוחות הצבא של הכובש צריכים להימצא בתוך השטח הכבוש כל הזמן, על מנת להפעיל שליטה צבאית בתוכו. אף על פי כן, כמה פרשנים בתחום בחרו דווקא בגורם זה – נוכחות קבועה של הצבא הכובש בשטח הכבוש – כתנאי בלעדיו אין למצב הידוע כ"כיבוש". כוחות צבאיים "בפנים" – לפנינו כיבוש, כוחות צבאיים "בחוץ" – הכיבוש מסתיים.

בפרק זה נציג עמדה שלפיה השקפה אחרונה זו מפרשת באופן שגוי את האמנות הבין-לאומיות עצמן ואת מהות המונח "כיבוש", כפי שהתפתח במשפט הבין-לאומי. להשקפתנו, שנתמכת בפסיקה ובספרות על הנושא, מהות המונח "כיבוש" מצויה במושג השליטה, כלומר שליטה צבאית על שטח על ידי כוח זר. השקפה זו מעבירה את הדיון מהנוכחות הצבאית הקרקעית הפיזית אל ההגדרה התכליתית של שליטה.

למה הכוונה בשליטה? שליטה פירושה שימוש בכוח באופן המשפיע על חייהם של אנשים. אפשר להפעיל כוח בעזרת שימוש בכוח כפייתי, למשל, כשמוסטי סילון מסיירים בשמיים, משתמשים במצלמות על מנת לעקוב אחר פעילות בשטח, ויורים על אנשים החשודים בפעילות חמושה; או למשל כשמפקדי חיל הים קובעים אזורים לאורך החוף שבהם דיגים יכולים לדג ולאהר מכן יורים על אלה שתעו אל מחוץ לאזורים שנקבעו, תוך שימוש בספינות תותחים; זה המצב גם כשאנשי צבא מפקחים על התנועה במעברים ומגבילים אותה לאנשים מסוימים ולסחורות מסוימות; או כשכוחות קרקעיים נכנסים לשכונה, סורקים את הרחובות ואת הבניינים בחיפוש אחר כלי נשק והורסים בתים. אפשר לשלוט גם באמצעות איום בשימוש בכוח. זה למשל המצב כשמפקדים צבאיים מאיימים לשלוח כוחות קרקעיים לשם סגירת מעבר גבול, או מודיעים שכל מי שיימצא באזורי החיץ האסורים לתנועה שברחבי רצועת עזה צפוי לירי ארטילרי – ולמפקדים היכולת לממש את האיום, לפי שיקול דעתם.

השאלה הקריטית היא "כמה" שליטה ממשית יוצרת מצב של כיבוש, דהיינו מצב שבו הכוח הזר מפעיל די שליטה כדי שזו תיחשב לשליטה אפקטיבית, ובאופן זה יטול על עצמו חובות כלפי תושבי השטח הנתון לשליטתו.

קרוב לוודאי שאין תשובה חד-משמעית לשאלה זו. עם זאת, בחינת מקרה אחר מקרה מאפשרת לזהות מתי שליטה של מדינה זרה על שטח, שאינו חלק משטחה הריבוני, הגיעה לרמה של כיבוש. רמת השליטה על רצועת עזה, כפי שנטען להלן, היא מקרה עובדתי ברור של כיבוש.

שאלה משנית היא באיזו מידה מושפעות החובות שחב הכובש כלפי תושבי השטח הכבוש, מרמת השליטה המופעלת במקום. בהקשר של

ישראל והשטחים הפלסטיניים, שאלה חשובה זו נשאלה מאז תחילת תהליך השלום של אוסלו, שלפיו הועברו חלק מהסמכויות וחלק מתחומי האחריות, שקודם החזיקה בהם ישראל, לרשות הפלסטינית, וישראל שמרה על אחריות כוללת בשטחים. יש לשאול שאלה משנית זו בהקשר של מחלוקות ספציפיות באשר להיקף החובות של ישראל ברצועת עזה.

במאמר זה נציג את העמדה, שלפיה פינוי המתנחלים והמתקנים הצבאיים הקבועים מרצועת עזה היה שינוי שבדרגה, ולא שינוי שבסוג. בכמה מקרים דרגת השליטה הישראלית על תחומי החיים ברצועת עזה פחתה, אולם ישראל לא ויתרה על שליטה האפקטיבית ברצועה, ולכן לא שמה קץ לחובותיה מכוח דיני הכיבוש הבין-לאומיים. כל זאת בהתאם לעיקרון, המונח ביסוד דיני הכיבוש, שמקום שבו מופעלת שליטה – קמה אחריות. עם זאת, חובותיה של המדינה מכוח דיני הכיבוש הבין-לאומיים צומצמו, באותם תחומים שבהם המדינה אכן ויתרה על השליטה.

2. ביסוס הטיעון

ענה נבקש ליישם את עקרונות המשפט ההומניטרי – דיני הכיבוש כפי שהם מעוגנים בתקנות האג ובאמנת גינבה הרביעית – בהקשר של מרכיבי השליטה שתוארו לעיל.

42 ראו למשל: U.N. Office for the Coordination of Humanitarian Affairs Protection of Civilians Weekly Report (Feb. 1–7, 2006) www.ochaopt.org/documents/WBN141.pdf; U.N. Office for the Coordination of Humanitarian Affairs Protection of Civilians Weekly Report (Feb. 8–14, 2006) www.ochaopt.org/documents/WBN142.pdf; U.N. Office for the Coordination of Humanitarian Affairs Protection of Civilians Weekly Report (Feb. 15–21, 2006) www.ochaopt.org/documents/WBN143.pdf.

43 פרטים על פעילויות הצבא הישראלי בעזה אפשר למצוא באתר האינטרנט של צה"ל: www.idf.il.

44 ראו למשל: הודעת דובר צה"ל על פעילות באזור ציר פילדלפי: דובר צה"ל "צה"ל חשף 7 מנהרות פעילות בין מצרים לבין רצועת עזה" (1.11.2007) <http://dover.idf.il/IDF/announcements/2007/11/0102.htm>.

45 הסכם הביניים, לעיל הי"ש 36.

46 ראו: בצלם והמוקד להגנת הפרט, **משפחות בהקפאה: האיזור שישראל מטילה על איחוד משפחות בשטחים מאז פרוץ האינתיפאדה השנייה**, 17–26 (2006) www.btselem.org/Download/200607_Perpetual_Limbo_Heb.pdf.

47 ראו הסכם הביניים, לעיל הי"ש 36, נספח 5.

48 Protocol on Economic Relations, Isr.-P.L.O., Apr. 29, 1994 *Agreement on the Gaza Strip and the Jericho Area*, Isr.-P.L.O., May 4, 1994, 33 I.L.M. 622 (1994) (להלן: "הסכם עזה-יריחו").

49 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *THE PALESTINIAN WAR-TORN ECONOMY: AID, DEVELOPMENT AND STATE FORMATION* 17 (2006), available at, http://www.unctad.org/en/docs/gdsapp20061_en.pdf.

50 U.N. Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, U.N. Assessment of the Future Humanitarian Risks in the Occupied Palestinian Territory (Apr. 11, 2006), available at, www.ochaopt.org/documents/Assessment_of_the_future_humanitarian_risks_oPt_En.pdf.

51 שם.

52 ראו למשל: U.N. Office of Coordination of Humanitarian Affairs, Protection of Civilians – Weekly Briefing Notes (Sept. 13–19, 2006) www.ochaopt.org/documents/WBN173.pdf.

גישה זו להבנת החובות ההומניטריות והיקף תחולתן מעוגנת היטב במשפט הישראלי, שמאמץ גישה תכליתית לפרשנות משפטית, במיוחד בנוגע למסמכים ישנים, שיפרשו לאור תכליתם האובייקטיבית – העקרונות והערכים שמשמכים אלה נועדו לקדם⁵⁷. אכן, מימוש תכליתו של המשפט ההומניטרי דורש פירוש של הדינים ההומניטריים החלים בזמן כיבוש, לאור שינויים בטכנולוגיה ובאופן השימוש בכוח מאז כתיבת תקנות האג⁵⁸. כך קבע בית הדין הבין-לאומי לצדק בחוות דעתו בעניין חוקיות השימוש בנשק הגרעיני, שם אישר שעקרונות המשפט ההומניטרי חייבים לחול על שיטות חדשות של הפעלת כוח, שהפכו לאפשרויות בשל התפתחויות בטכנולוגיה הצבאית⁵⁹. השארת מצבים אלה מחוץ לתחומו של המשפט ההומניטרי תהיה, במילותיו של בית המשפט:

"incompatible with the intrinsically humanitarian character of the legal principles in question which permeates the entire law of armed conflict and applies to all forms of warfare and to all kinds of weapons, those of the past, those of the present and those of the future"⁶⁰.

יישום דוקטרינה זו בהקשר שלפנינו מוביל למסקנה, כי מושא הניתוח הרלוונטי אינם האמצעים שבעזרתם מופעלת השליטה הצבאית, כי אם היקף השליטה והשפעותיה על האוכלוסייה האזרחית. במילים אחרות, כל עוד ישראל שולטת בחייהם של תושבי רצועת עזה, ממשיכות ההגנות של המשפט ההומניטרי לחול, גם אם שליטה זו מופעלת באמצעים שמנסחי אמנות גיבנה ותקנות האג לא צפו, ובכלל זה שימוש בטכנולוגיה שלא הייתה קיימת בעת ניסוחן.

בעבר דנו מלומדים במרכיב השליטה של כיבוש, כזוהו שסביר שיבוצע באמצעות נוכחות מתמשכת של כוחות קרקעיים⁶¹. אולם המבחן המהותי היה ונשאר שליטה אפקטיבית והיכולת להפעיל שליטה. כך, למשל, ברצועת עזה מבצעת מדינת ישראל "תפקידי שיטור" באמצעות שימוש בטכנולוגיות צילום ומזל"טים, שמאפשרים לה לזהות מן האוויר אדם החשוד כלוחם, ולהרוג אותו בעזרת שימוש בטילים הנורים מן האוויר, וכל זאת מבלי לשלוח כוחות קרקעיים. בנוסף לכך, היכולת לירות ארטילריה מגובל ישראל-רצועת עזה או לירות מספינות קרב לאורך החוף של עזה, הן שמאפשרות לישראל לקיים אזורי חיץ שבהם אסורה התנועה, מבלי להחזיק כוחות קרקעיים על בסיס קבוע. השימוש במצלמות במעגל סגור במעבר רפיח, לצד ההסכמות בעניין פקחים מטעם האיחוד האירופי, הם המאפשרים למדינת ישראל לפקח על הנכנסים לרצועת עזה ועל היוצאים ממנה ולהבטיח שרק אלה המשתייכים לקטגוריות הספציפיות של אנשים מאושרי כניסה ייכנסו לרצועת עזה, וכי שום טובין (למעט חפצים אישיים) לא יעברו במעבר זה. ישראל יכולה להבטיח ציות להסכמות אלה ללא צורך בנוכחות פיזית במעבר. וכמובן, ישראל מממשת את יכולתה להחזיר את נוכחותה הקרקעית ברצועה לפי שיקול דעתה, ובפועל חיילים ישראלים נמצאים באזורים שונים ברצועת עזה כעניין שבשגרה.

יש להבהיר: הבסיס לשליטה זו הוא עליונות צבאית, בין שזו ממומשת הלכה למעשה ובין שהכוח הכובש מסתפק באיום של שימוש בכוח. זה למשל המצב כשגורמי ביטחון ישראליים רשמיים מודיעים לפקחים מטעם

קשה למצוא תקדים היסטורי שעובדותיו דומות למצב ששורר ברצועת עזה כיום. הניתוח שיובא להלן מתבסס על התכלית המונחת ביסוד המשפט ההומניטרי, דהיינו הצורך להסדיר את חובותיו של כוח זר כלפי התושבים, כאשר הכוח הזר מפעיל סמכויות ריבוניות מכוח עליונותו הצבאית. נתבסס על הנחיותיהן של האמנות ההומניטריות, שלפיהן יש לפנות לתכליתו של המשפט ההומניטרי כמקור להתפתחותו וליישומו במצבים אשר מנסחי האמנות לא צפו אותם מראש. כמו כן, נתבסס על פסיקה, שלפיה יש לממש את תכליתו של המשפט ההומניטרי בהקשר של אמצעים טכנולוגיים חדשים, אשר עשויים לשנות את האופן שבו מופעלת שליטה. נביא את עמדתנו, שלפיה גם ללא קיומה של נוכחות צבאית קרקעית קבועה ברצועת עזה, השליטה שמפעילה ישראל ברצועת עזה מקיימת את התנאים לקיומה של "שליטה אפקטיבית" לצורך החלת דיני הכיבוש. כפועל יוצא של כך, חבה ישראל חובות כלפי תושבי הרצועה מכוח הדין ההומניטרי.

2.1 גישה תכליתית להחלת דיני הכיבוש

ראשית, נבקש לדון בתכליתם של דיני הכיבוש במשפט ההומניטרי. המסגרת לפירוש חובותיה של מדינת ישראל כלפי תושבי רצועת עזה צריכה להביא בחשבון את תכלית דיני הכיבוש – הגנה על אזרחים – תכלית שמטה את כף המאזניים, במקרה של ספק, לטובת החלת הגנות על התושבים. גישה תכליתית זו לשאלה של תחולת ההגנות ההומניטריות, מעוגנת היטב במשפט ההומניטרי ובמשפט הישראלי.

אמנת האג מ-1899 כוללת הוראה המכונה ה-Martens Clause, שמוסיפה סעיף שיוזר לתחולת המבחנים המנויים באמנה⁵³. ה-Martens Clause התפתח לכדי כלל פרשני של המשפט ההומניטרי הבין-לאומי, הממלא את הפערים המצויים בין ההגנות המנויות. זאת, בהתאם לעיקרון, שלפיו המשפט הבין-לאומי מוגן על אזרחים ועל צדדים לוחמים, אפילו במצבים שנובעים מסכסוך מזוין, ושמנסחי האמנות ההומניטריות לא צפו או שלא יכלו לצפות אותם מראש⁵⁴. הנוסח המקורי של הסעיף באמנת האג מ-1899 הוא כדלקמן:

"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"⁵⁵.

במשפטי נירנברג הוגדר ה-Martens Clause, כ"אבן הבוחן" המשפטית לשפיטת כל אקט צבאי, שאינו מוסדר על ידי סעיפים ספציפיים של האמנות:

"המבוא הוא הרבה יותר ממשאלת לב. זהו סעיף כללי, ההופך את הנוהגים הקיימים בין אומות בנות תרבות, חוקי האנושיות וצווי המצפון המוסרי לאבן הבוחן המשפטית שיש להחיל אם וכאשר הסעיפים הספציפיים של האמנות והתקנות הנספחות להן לא מכסים מקרים ספציפיים המתרחשים במלחמה או מתלווים למלחמה"⁵⁶.



תקיפת צפון רצועת עזה על ידי ספינות הטילים של חיל הים. צילום: דובר צה"ל

האיחוד האירופי והרשות הפלסטינית מתי אפשר לפתוח את מעבר רפיח – והוראותיהם ממולאות, זאת כשכל הנוגעים בדבר יודעים שלישראל היכולת לכפות הוראות אלה בעזרת עליונותה הצבאית. תושבי הרצועה יודעים שהיבטים משמעותיים בחייהם תלויים בהחלטות שמקבל הצבא הישראלי. מדינת ישראל לא צריכה להחזיק כוחות צבאיים קבועים על הקרקע על מנת להפעיל שליטה זו – היכולת קיימת, והיא ממומשת לפי רצונה של מדינת ישראל.

זאת ועוד, בהערכת השליטה הישראלית על רצועת עזה יש לבחון לא רק את הכוח הצבאי של ישראל, אלא גם את השליטה האדמיניסטרטיבית שלה, שנוצרה במשך ארבעה עשורים של כיבוש והוצאה לפועל בעזרת כוח ואיום בכוח. בחוות הדעת המייעצת בעניין חוקיות חומת ההפרדה, שקובעת כי ישראל נושאת בחובות על פי האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות⁶² כלפי האוכלוסייה הפלסטינית בגדה המערבית, מכיר בית הדין הבין-לאומי לצדק בעצמת האחריות הנובעת מעשורים של כיבוש ובשליטה הישראלית בתחומים נרחבים של החיים האזרחיים⁶³. בית המשפט העליון הישראלי ציין אף הוא, כי במהלך כיבוש ארוך טווח, שליטה מופעלת לא רק באמצעות כוחות המסיירים ברחובות אלא גם באמצעות התלות שמתפתחת (ושפותחה על ידי ישראל) בשטח הכבוש במדיניות של הכובש⁶⁴.

באופן שעולה בקנה אחד עם העקרונות של ה-Martens Clause, וכפי שמשקף בניסיון המעשי בשטחים הפלסטיניים בעקבות תהליך אוסלו, החלת החוק ההומניטרי אינה נעשית על דרך "הכול או לא כלום". רמות שונות של אחריות חלות בתחומים שונים, באופן שהולם את היקף השליטה, וזאת לאחר שהתקיים תנאי הסף – שליטה אפקטיבית – להחלת דיני הכיבוש.

פרשנות נוקשה ובינארית של החובות המשפטיות אינה עולה בקנה אחד עם רוחו ועם תכליתו של המשפט ההומניטרי. בהתייחסו לעמדתה הרשמית של מדינת ישראל, כפי שבוטאה על ידי היועץ המשפטי לממשלה דאז מאיר שמגר, שלפיה אמנת גינבה אינה חלה על הגדה המערבית ורצועת עזה, דחה רוברטס את הגישה הפורמליסטית של שמגר, כרלוונטית לשם קביעת החלות של דיני הכיבוש:

"חולשת הטעון שלו [של שמגר] בנקודה זו היא שהוא אינו מזכיר בשום מקום את קיומו של נוהג, לראות את דיני המלחמה, כולל דיני הכיבוש, כחלים באופן רשמי אפילו במקרים השונים במובן מסוים מתנאי התחולה כפי שהובעו במפורש באמנות האג וגינבה"⁶⁵.

האלטרנטיבה – שלפיה הדין הבין-לאומי מאפשר למדינת ישראל למנוע מכל אדם וטובין⁶⁶ להיכנס לרצועת עזה או לצאת ממנה, למנוע אספקת חשמל ומים, לעכב את כל כספי המסים הדרושים למימון

1803,1 Bevans 247 (Hague II) art. 23(e), July 29, 1899, 32 Stat. Meron, לעיל הי"ש 53, בעמ' 80. 56
 ראו למשל: אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 244 (2003). 57
 בית הדין הפלילי הבין-לאומי לענין יוגוסלביה לשעבר (להלן: "ICTY"): Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, 39 I.L.M. 1257, paras. 44, 56 (2000) (להלן: "הפצצות נאט"ו"). הוועדה המיוחדת של ה-ICTY ציינה את השינוי בהבנת המשפט ההומניטרי עקב התפתחות טכנולוגיות חדשות, כגון פצצות מונחות. ראו גם: Lieutenant Commander Stuart Walters Belt, Missiles Over Kosovo: Emergence, Lex Lata, of a Customary Norm Requiring the Use of Precision Munitions in Urban Areas, 47 NAVAL L. REV. 115, 116 (2000). Belt טוען שהופיעה נורמה חדשה במשפט הבין-לאומי הנהוג, עקב ההתפתחות של פצצות מונחות מטרה, שדורשת את השימוש בהן בהתקפות באזורים עירוניים. וכן ראו: J. Ashley Roach, *The Law of Naval Warfare at the Turn of Two Centuries*, 94 Am. J. Int'l L. 64, 75 (2000). Roach מתאר כיצד השימוש הכללי בהצפנה בכל תקשורת ימית נטרלה למעשה את איסור השימוש בהצפנה על ידי ספינות בית חולים המופיע באמנת גינבה השנייה וראו: אמנת גינבה להטבת מצבם של פצועים, חולים ונטרפי אניות מבין אנשי הכוחות המזוינים בים, 1949, כ"א 1, מ"ס 31 (להלן: "אמנת גינבה השנייה"). 59
 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. 226, para. 78 (July 8) שם, פ"ס 86. 60
 ICRC, *Commentary: IV Geneva Convention: Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (Jean. S. Pictet ed., 1958) שם נכתב כי ההגנות של אמנת גינבה חלות בכל מצב שבו האוכלוסייה האזרחית באה במגע עם כוחות זרים שנכנסים לשטח ללא קשר לאורך שהותם של האזרחים. 61
 אמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות כ"א 31, 269 (נחתמה ב-1966). 62
 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 43 I.L.M. 1009, para. 112 (July 9, 2004) (להלן: "חוות הדעת בעניין החומה"). 63
 בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד (2) 197 (1983), בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד (ח) 807 (2004) (להלן: פרשת בית סוריק). 64
 Adam Roberts, *What is a Military Occupation*, 55 THE BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 249, 250–251, 282 (1984) 65
 מכוח אמנת גינבה, ישראל תחובת תמיד חובה להתיר מעבר טובין הומניטריים אל תוך עזה, ללא קשר לשאלה אם היא חובה על פי דיני הכיבוש. אך דיני הכיבוש ידרשו מישראל להתיר את כניסתם ויציאתם של אנשים, יבוא של אספקה לא הומניטרית, יצוא טובין ופעילויות אחרות הנחוצות לחיים אזרחיים. 66

Theodor Meron, *The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*, 94 Am. J. Int'l L. 78, 79–80 (2000) 53
 Jared Wessel, *Judicial Policy-Making at the International Criminal Court: An Institutional Guide to Analyzing International Adjudication*, 44 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 377, 390 (2005–2006) 54
 Hague Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land 55

אלה בזמנים שונים, הוכח שהגרמנים יכלו בכל עת שרצו לתפוס שליטה פיזית במדינה. שליטתם של כוחות ההתנגדות הייתה זמנית בלבד, ולא כזו שהייתה שוללת מהכוחות הגרמניים המזוינים את מעמדם ככובשים⁷². גם בעת ניסוחן של אמנות גינבה, הדגישו פרשנים שלא הדרך שבה מופעלת שליטה אפקטיבית היא המכריעה, אלא האפקטיביות של השליטה ותוצאותיה עבור האוכלוסייה האזרחית. כפי שטען המלומד Gerhard von Glahn, "המשפט הבין-לאומי לא מכיל כלל שממליץ על הזרוע הצבאית שבאמצעותה יש להפעיל שליטה לוחמתית אפקטיבית"⁷³.

אכן, גם בית המשפט העליון הישראלי התמקד בשאלת השליטה, ולא בצורה שבה היא מופעלת, לצורך הטלת חובות כלפי האוכלוסייה האזרחית. כך נקבע בבג"ץ 102/82 **צמל נ' שר הביטחון**⁷⁴, שם נפסק שדיני הכיבוש חלים בכל מקום שבו מופעלת שליטה אפקטיבית, ללא קשר לשאלה אם הוקם ממשל צבאי:

"תחולתו של הפרק השלישי לתקנות האג ותחולתן של ההוראות המקבילות באמנה הרביעית אינן מותנות בכך שהוקמה מערכת ארגונית מיוחדת, הלוברת צורת ממשל צבאי"⁷⁵.

כשהוא מצטט את המדריך הצבאי הבריטי משנת 1958, קבע בית המשפט בפרשת **צמל**, שהמבחן לכיבוש הוא מבחן כפול: האם נמנע מהמשלה החוקית להפעיל את סמכותה והאם הכוח הזר מצוי במצב שמאפשר לו להחליף את סמכות המשלה החוקית בסמכותו⁷⁶. שוב, נוכחות קבועה של צבא בשטח יכולה להיות ראייה לכך שסמכות הכוח הזה מופעלת (ואכן היו חיילים בשטח, בפסקי הדין שצוטטו לעיל), אבל המבחן הוא מבחן של שליטה – ולא של פריסת הכוחות בשטח.

לבסוף, בית הדין הבין-לאומי פילי לעניין יוגוסלביה לשעבר (ה-ICTY) קבע בעניין *Prosecutor v. Naletilic*, קווים מנחים לשם הכרעה בשאלה אם לכוח זר קמה הסמכות של כוח כובש, קווים אשר שמים דגש על האפשרות להפעיל סמכויות כלפי האוכלוסייה האזרחית. מבחן השליטה מנוסח כלהלן:

"[T]he occupying power has a sufficient force present, or the capacity to send troops within a reasonable time to make the authority of the occupying power felt"⁷⁷ (ההדגשה שלנו – ק.מ. ו.ש.ב.).

תנאים אלה לקוחים ישירות מתקנה 42 לתקנות האג, ומהם ניתן ללמוד שגם ללא נוכחות מתמשכת של כוחות צבא קרקעיים בכל חלקי השטח, עשוי להתקיים מצב של כיבוש. נוכחות צבאית מתמשכת על הקרקע היא, כמובן, ראייה חזקה לשליטה אפקטיבית, אבל זו אינה הדרך היחידה שבה ניתן לבסס שליטה כזו. הדבר נכון במיוחד במקרים שבהם קיים אפקט מצטבר של מרכיבי השליטה, כפי שתוארו בפרק הקודם.

אכן, לאחרונה טענו מלומדים מתחום המשפט כי ללא נוכחות קרקעית קבועה ברצועת עזה, אין ביכולתה של ישראל לממש את חובותיה על פי דיני הכיבוש. כך, למשל, על פי פרופ' יובל שני:

"[A]s it is hard to conceive of the manner in which an occupier with no ground presence could realistically be expected to execute its obligations under *jus in bello* (e.g., maintenance of

שירותים אזרחיים חיוניים, ולא לספק שירותים אלה בעצמה – היא מסקנה שאינה עולה בקנה אחד עם לשונן, רוחן ותכליתו של המשפט ההומניטרי הבין-לאומי.

2.2 קיום מצב של שליטה אפקטיבית אינו דורש נוכחות קבועה של כוחות קרקעיים

כיצד אפוא יש לפרש את היעדרם של כוחות קרקעיים קבועים ברצועת עזה? ומדוע נוכחות קרקעית נתפסת כגורם כה חשוב בשאלת קיומו של כיבוש?

כל דיון במעמדה המשפטי של רצועת עזה חייב להביא בחשבון את הגישה המסורתית של פרשנים שבחנו את קיומה של נוכחות צבאית זרה לצורך הכרעה בשאלה אם קיימת שליטה אפקטיבית על שטח⁷⁷. אכן, בוויכוחים בין מלומדים באשר לקיומו של מצב של כיבוש, נבחנה השאלה אם נוכחות זו או אחרת של הצבא העניקה לכוח הזר את היכולת לשלוט בשטח, ובאופן זה לקיים את המבחן שמוצג בתקנה 42 לתקנות האג.

בחלק זה נטען שפרשנים ראו בנוכחות צבאית-קרקעית מבחן ראייתי בלבד, משום שנוכחות צבאית-קרקעית קבועה היוותה, באופן היסטורי, אמצעי שבעזרתו הפעילו כובשים שליטה אפקטיבית, והיוותה מדד לשאלה אם כוח צבאי מצוי בעמדה המקנה לו את היכולת למלא את החובות המוטלות על כוח כובש. עם זאת, המבחן המשפטי לכיבוש היה תמיד עובדת השליטה – ולא האמצעי שבעזרתו היא מושגת. כך שגם במקום שבו השליטה מופעלת באמצעי אחר, הרי במידה שמתקיים מבחן השליטה האפקטיבית – מתקיימים התנאים להחלת דיני כיבוש.

תקנה 42 לתקנות האג קובעת, כי "שטח נחשב ככבוש כשהוא נמצא למעשה תחת סמכות צבא האויב. הכיבוש משתרע רק על שטח שבו הוקמה סמכות כזו ושווה היא ניתנת להפעלה"⁷⁸. בדונה בחובותיו של כוח כובש, תקנה 43 מדגישה את העברת הסמכות או את נטילתה על ידי הכוח הכובש, ולא את קיומה של נוכחות קרקעית קבועה של כוחות צבא: "בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים"⁷⁹.

אף על פי שמקור סמכותו של הכוח הכובש הוא עליונות צבאית⁷⁹, הרי אין זו הנוכחות הפיזית המתמשכת של הכוחות המזוינים בכל חלקי השטח שקובעת מתי שטח הוא כבוש, כי אם היכולת להפעיל סמכות. הסיבה לכך ברורה: המשפט הבין-לאומי מבקש להטיל חובות, על אלה שלהם היכולת לקיימן.

הבנה זו של תקנות האג קדמה לאמנות גינבה משנת 1949, והובעה בבירור באחד ממשפטי נירנברג, *United States v. Wilhelm List*⁷⁴. במקרה זה, הטריבוניל הצבאי של ארצות-הברית בנירנברג קבע שהכיבוש הגרמני החל ברגע שבו השליטה בשטח עברה מהמשלה היוגוסלבית או היוונית לגרמניה:

"הראיות מראות שהפלישה ליוגוסלביה החלה ב-6 באפריל, 1941. תשעה ימים אחר כך ממשלת יוגוסלביה נכנעה [...] סמכויות הממשלה עברו לידיהם של כוחות הצבא הגרמני המזוינים ויוגוסלביה הפכה לשטח כבוש ... בעוד שנכון שהפרטיזנים היו יכולים לשלוט בחלקים של ארצות

law and order, provision of basic services, etc.). Thus, despite Israel's power to influence to some degree events in Gaza, its ability to enforce day-to-day law and order in Gaza is minimal to non-existent (e.g., Israeli soldiers have not patrolled the streets of Gaza City since the mid 1990s)⁷⁸.

אלא שחשוב לציין שמאמר זה אינו מבקש להטיל על מדינת ישראל אחריות בגין סיוורים ברחובות עזה או חובות אחרות באשר לסדר הפנימי ולתפקוד המוסדות ברצועת עזה, מעבר לאחריות שהיא נשאה בה בגין עניינים אלה בין השנים 1995 ו-2005, לאחר שהעבירה סמכויות מסוימות לרשות הפלסטינית, ובכלל אלה האחריות לביטחון פנים. מאז חתימת הסכם הביניים נותרה מדינת ישראל כפופה לדיני הכיבוש בתחומים שבהם היא ממשיכה להפעיל שליטה, תוך שמירה על אחריות כוללת לנעשה בשטח. הקביעה שלפיה ישראל מהווה כוח כובש ברצועת עזה, הנה קביעה בינארית, אולם חלוקת האחריות לנעשה בשטח צריכה להיעשות לפי מידת השליטה, ובאופן זה פעלו הצדדים מאז הקמתה של הרשות הפלסטינית. בתחומים שבהם הסמכויות הועברו באמת ובתמים לרשות הפלסטינית ולחלופין בתחומים שבהם ישראל ויתרה על סמכויות והרשות הפלסטינית או גורם אחר מממשים אותן סמכויות⁷⁹, חובתיה של ישראל מוגבלות, ורמתן נקבעת באופן שהולם את רמת השליטה⁸⁰.

אכן, עם החתימה על הסכם הביניים במסגרת הסכמי אוסלו, עלתה הטענה, כי הסתיימה אחריותה של מדינת ישראל בגדה המערבית וברצועת עזה מכוח דיני הכיבוש, לפחות באזורים הגאוגרפיים שבהם השליטה הביטחונית הועברה לרשות הפלסטינית (המכונים אזורים "A"⁸¹). גישה זו לא התקבלה על ידי מדינת ישראל, אשר הוסיפה לטעון כי היא מחזיקה בסמכויות מכוח דיני כיבוש, בגדה המערבית וגם ברצועת עזה עד לביצוע תכנית ההתנתקות⁸². גישה זו נדחתה גם על ידי בית הדין הבין-לאומי לצדק⁸³, שהמשיך להחיל את דיני הכיבוש בכל הקשור לאחריותה של מדינת ישראל בגין פעילויות באזורים פלסטיניים, גם אם טבעה של אחריות זו השתנה עם העברת סמכויות מסוימות לרשות הפלסטינית.

3. סיום כיבוש דורש העברה של סמכויות ריבוניות או לפחות הימנעות מהתערבות בהפעלת סמכויות אלו על ידי גורם אחר

כיבוש הוא מצב שקיומו תלוי בעובדות בשטח בזמן נתון, אולם פרשנות אותן עובדות לא יכולה להתרחש בריק. דיון בשאלה אם רצועת עזה של שנת 2007 כבושה, חייבת להביא בחשבון את השאלה אם ישראל אכן ויתרה על השליטה שהפעילה בשטח מאז שנת 1967. במהלך כיבוש, במיוחד כיבוש שנמשך ארבעה עשורים (שבהם חלו שינויים בטיב השליטה ובאופן שבו הופעלה), יכולים מרכיבי שליטה ספציפיים להשתנות, וסמכויות יכולות להיות מואצלות או מועברות באופן חלקי. זאת, מבלי שהשליטה האפקטיבית, שמקיימת את התנאים להחלת דיני הכיבוש, תסתיים.

הדרך הברורה ביותר שבה כיבוש יכול להסתיים היא כשהכוח הכובש מובס ויוצא מהשטח או כשהשליטה בשטח מועברת מהכוח הכובש לריבון אחר מכוח הסכם שלום⁸⁴. אולם בהיעדר סימנים ברורים כאלה, התשובה

67 ICRC, לעיל הי"ש 61.
68 תקי 42 לתקנות האג, לעיל הי"ש 5.
69 שם, תקי 43. הצהרת אחריות זו של הכובש פורשה באופן רחב על ידי בית המשפט העליון הישראלי. ראו למשל: פרשת **אבו עיטה**, לעיל הי"ש 64; ובג"ץ 393/82 **ג'מיעת אסכאן אלמעלמון אלטעאוניה נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד (4) 785 (1983).
70 ראו: Christopher Greenwood, *The Administration of Occupied Territory*; in *INTERNATIONAL LAW AND THE ADMINISTRATION OF OCCUPIED TERRITORIES* 241, 250 (Emma Playfair ed., 1992) (שלא כמו הרשות המנהלת בשטח מנדט או פיקדון, הכובש הלוחמתי שואב את סמכותו לא מהמשפט הבין-לאומי, אלא מההפעלה המצליחה של כוח צבאי).
71 U.N. War Crimes Commission, *USA v. Wilhelm List (The Hostages Case)*, in *VIII LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS* (1949) שם (תרגום המחברים).
72 GERHARD VON GLAHN, *THE OCCUPATION OF ENEMY TERRITORY: A COMMENTARY ON THE LAW AND PRACTICE OF BELLIGERENT OCCUPATION* 28 (1957) פ"ד (3) 365 (1983).
73 ראו שם, בעמ' 373–374, 380.
74 ראו שם, בעמ' 369; U.K. MINISTRY OF DEFENSE, *THE MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT* § 11.3 (2004) (להלן: "המדריך הצבאי הבריטי").
75 Prosecutor v. Naletilic & Martinovic, ICTY Case No. IT-98-34-T, Judgment of the Trial Chamber, Para. 217 (Mar. 31, 2003) in: Trial Chamber, Para. 217 (Mar. 31, 2003) GENOCIDE, WAR CRIMES, AND CRIMES AGAINST HUMANITY: TOPICAL DIGESTS OF THE CASE LAW OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA 137 (2004), available at, www.hrw.org/reports/2004/ij/
76 Shany, לעיל הי"ש 36.
77 שאלה מעניינת ונפרדת היא, כיצד השתנתה חלוקתה הפנימית של האחריות שהועברה לרשות הפלסטינית על ידי ישראל, לנוכח השתלטותה של תנועת החמאס על רצועת עזה ביוני 2007, והנטייה, על ידי תנועת החמאס, של חלק מהסמכויות שהופעלו על ידי הרשות הפלסטינית בהנהגתו של נשיא הרשות הפלסטינית, מחמוד עבאס. מאמר זה לא יעסוק בשאלה מעניינת זו, אם כי נציין שככל שגורם אחר מפעיל סמכויות בתוך עזה וישראל מאפשרת לו לעשות זאת, אחריותה של ישראל באותם תחומים – מצטמצמת. נעיר כי בעת כתיבת מאמר זה, גם תנועת החמאס וגם הרשות הפלסטינית בהנהגתו של הנשיא עבאס מפעילות סמכויות שלטוניות בעזה, והפעלת הסמכויות בתוך עזה מחולקת בין גורמים הכפופים לחמאס לבין גורמים במשרדי הרשות הפלסטינית אשר מוסיפים להיות כפופים לנשיא עבאס.
78 לדוגמה, בית הדין הבין-לאומי לצדק הכיר בכך שאחריותה של מדינת ישראל לזכויות אדם בתחומים שהועברו לסמכות פלסטינית מוגבלת לחובה "לא להציב כל מכשול במימוש זכויות אלה", חוות דעת בעניין החומה, לעיל הי"ש 65, פס' 112. בהקשר הספציפי של חובות מכוח המשפט ההומניטרי, בית המשפט העליון של ישראל שרטט הבחנות בין תחומים שבהם ישראל ממשיכה לחוב חובות ישירות כלפי האוכלוסייה שחיה תחת הכיבוש לבין תחומים שבהם דרגת האחריות הישראלית הותאמה לשינויים בהיקף השליטה. לדוגמה, בית המשפט העליון המשיך לכפות חובות מכוח תקנה 43 לתקנות האג, לעיל הי"ש 5, על מנת להבטיח שאנשים מוגנים, מקבלים שירותי בריאות, חינוך ורווחה ועל מנת להבטיח שמאפשרים להם לעסוק בהתפתחות כלכלית ואנושית.
79 ראו: בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד (3) 443, 460 (2004). אולם בתחומים שבהם סמכויות אלו הועברו לרשות הפלסטינית, לדוגמה ניהול בתי ספר ובתי חולים, בית המשפט העליון קבע כי טיב החובות הישראליות השתנה, באופן שתואם את העברת הסמכויות המסוימות לרשות הפלסטינית.
80 Benvenisti, לעיל הי"ש 36.
81 פרשת **בית סוריק**, לעיל הי"ש 64, 827–829.
82 חוות הדעת בעניין החומה, לעיל הי"ש 63, פס' 78: "השטחים הממוקמים בין הקו הירוק [...] והגבול המזרחי לשעבר של פלסטינה תחת המנדט, נכבשו על ידי ישראל ב-1967 במהלך הסכסוך המזוין בין ישראל לירדן. על פי המשפט הבין-לאומי המנהגי, הם היו אפוא שטחים כבושים שבהם היה לישראל מעמד של כוח כובש. אירועים שהתרחשו לאחר מכן בשטחים אלה [...] לא שינו במאום את המצב הזה. כל השטחים הללו (כולל מזרח ירושלים) נותרו שטחים כבושים וישראל המשיכה לשמור על מעמדה ככוח כובש".
83 Roberts, לעיל הי"ש 65, בעמ' 257.

תחומי האחריות הם מגוונים. לכיבוש של השטחים הפלסטינים היבטים יוצאי דופן רבים – ובכלל זה משכו – שהגדילו את חובתה של ישראל, מכוח תקנה 43 לתקנות האג, לאפשר התפתחות חיים אזרחיים ראויים. מנגד, העברת סמכויות מסוימות לרשות הפלסטינית שינתה את טיבן ואת היקפן של החובות הישראליות בתחומים שבהם היא מאפשרת לרשות הפלסטינית או לגורם אחר להפעיל שליטה.

תהא זו טעות להתעלם מההקשר של כיבוש לאורך ארבעה עשורים, בעת ששוקלים אם להטיל חובות מכוח המשפט הבין-לאומי. מאז שהועברו כמה סמכויות לרשות הפלסטינית באמצע שנות ה-90, השחקנים המשפטיים הרלוונטיים: בית הדין הבין-לאומי לצדק, בית המשפט העליון הישראלי והוועדה הבין-לאומית של הצלב האדום, נמנעו מלאמץ גישות נוקשות ובינאריות בשאלה מי אחראי על השטחים הפלסטיניים. במקום זאת, הם כפו אחריות שהולמת שליטה, ושני הצדדים, ישראל והפלסטינים, המשיכו לקבל את המסגרת של דיני הכיבוש. לקבלה זו של פרקטיקה כשלעצמה, יש השפעה מחייבת על ניסיונות לאמץ גישה של הכול או לא כלום כלפי אחריות מכוח המשפט ההומניטרי⁸⁰. זו גם גישתנו – גישה הגורסת כי לאחר שמתקיים תנאי הסף לקיומה של שליטה אפקטיבית, יש להטיל חובות על הכוח השולט. משום שהמשפט ההומניטרי מטיל חובות בהתאם ליכולת למלא אותן, ייתכן שיהיה צורך לחלק את האחריות בהתאם לטיב ולמידת השליטה, שהרי החובות המוטלות מכוח דיני כיבוש, הן חובות המוטלות בהתאם לאמצעים. אם לכוח הכובש אין אפשרות לקיים חובה מסוימת, משום שהסמכות בתחום זה הועברה באמת ובתמים לגורם אחר, אז חובתו של הכוח הכובש מוגבלת להימנעות מלסכל מימוש זכויות אלה⁸¹.

ברצועת עזה, האחריות הישראלית כוללת כמה חובות ובין היתר: (א) לאפשר אספקה מספקת של סחורות הומניטריות וכלכליות, כולל חשמל, חומרי בניין, תרופות וחומרי גלם הדרושים לתעשייה⁸²; (ב) להתיר לתושבי רצועת עזה לייצא יבולים וטובין תעשייתיים ואחרים⁸³; (ג) להתיר כניסת אנשים אל רצועת עזה ויציאה ממנה דרך היבשה, הים וגבולות האוויר שלה; (ד) להעביר כספי מסים שנגבו מתושבים פלסטיניים, כולל תושבי רצועת עזה, לשימוש האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית. כאשר גורמים אחרים מעורבים בשליטה בתחומים אלה, ייתכן שהאחריות תהיה מחולקת. עם זאת, בהיבטים המכריעים בחיי תושבי רצועת עזה, שבהם שולטת מדינת ישראל – היא מוסיפה לחוב חובות.

לשאלה אם מצב הכיבוש הסתיים דורשת הערכה, שעניינה אם הכוח הכובש איבד את יכולתו להפעיל שליטה וסמכות באזור, ואם שליטה וסמכות כאלה הועברו לריבון אחר⁸⁵.

למעשה, על פי המשפט ההומניטרי השאלה הרלוונטית היא לא רק היקף השליטה שהכוח הזר מפעיל, אלא גם היקף היעדר השליטה של גורם אחר, על פי רוב של נציגי האוכלוסייה הכבושה. רוברטס, לדוגמה, מציין שאפילו אם הכוח הזר ממשיך להפעיל שליטה מסוימת, ניתן לסיים את הכיבוש אם הייתה "העברה חוקית של ריבונות"⁸⁶. ולהפך, גם אם הכוח הכובש נסוג, הכיבוש עשוי להימשך אם הריבונות לא הועברה (למשל, משום שהכוח הזר מונע מאחרים להפעיל סמכויות ריבוניות). לדברי רוברטס:

"הנסיגה של כוחות כובשים היא לא הקריטריון היחיד לסיום כיבוש; והכובש לא בהכרח נסוג בסוף כל כיבוש. המאפיין החיוני של סיום כיבוש הוא לעיתים קרובות, אם כי לא תמיד, אקט של הגדרה עצמית הנוגע לתושבים של שטח כבוש"⁸⁷ (ההדגשה שלנו – ק.מ. וש.ב.).

המיקום דה-פקטו של הריבונות הוא מרכזי לשאלה אם הכיבוש הגיע לקצו. סיום כיבוש דורש שהכובש יעביר את הסמכות הריבונית לממשלה החוקית או לממשלה המקומית, או לפחות יוותר עליה בכנות ויאפשר לאחרים לקחת את המושכות לידיהם⁸⁸.

ההגדרה של כיבוש, כפי שמופיעה במדריך הצבאי הבריטי, משקפת את החשיבות שיש לחוסר היכולת להפעיל סמכות מצד הממשלה הקודמת או החוקית, בקיומו של מצב כיבוש. על פי המדריך, כיבוש דורש: "ראשית, שהממשלה הקודמת הפכה לבלתי מסוגלת להפעיל את סמכותה בפומבי באותו אזור; ושנית, שהכוח הכובש נמצא בעמדה המאפשרת לו להחליף את סמכותה של הממשלה הקודמת בסמכותו שלו"⁸⁹.

ההבדל בין הסמכות שמפעילה הרשות הפלסטינית (או לצורך העניין, תנועת החמאס), ובין סמכות ריבונית, אינו הבדל אקדמי או חסר חשיבות. כוח משמעותי ממוקם במרווח שבין הסמכות שמפעילה הרשות הפלסטינית והסמכויות הריבוניות דה-פקטו שמפעילה ישראל. ושליטתה של מדינת ישראל, היא זו שמונעת מגורם אחר להפעיל סמכויות ריבוניות עיקריות. הרשות הפלסטינית – ותנועת החמאס – אינן יכולות לשלוט במרשם האוכלוסיין, במערכת המיסוי, במעבר אנשים ובמדיניות ייצוא וייבוא לרצועת עזה וממנה, משום שישראל מפעילה סמכויות אלו ואינה מאפשרת לגורם אחר לעשות זאת. כל עוד ישראל אינה מוותרת על סמכויות אלה – אי-אפשר לומר שהיא חדלה מלהוות כוח כובש.

ה. סיכום

המשפט ההומניטרי, שתכלית עיקרית שלו היא להגן על אוכלוסייה התלויה בפעולותיו של כוח זר, בעקבות סכסוך מזוין, קושר שליטה עם אחריות. במאמר זה, תיארונו מצב של שליטה של מדינת ישראל על רצועת עזה והצגנו עמדה, שלפיה הדין ההומניטרי מטיל חובות על מפעיל השליטה. טענו, כי כל עוד ישראל מפעילה שליטה על החיים האזרחיים ברצועת עזה, היא תמשיך לחוב חובות כלפי אותם אזרחים שחייהם תלויים בהחלטותיה.

85 שם.

86 שם, בעמ' 259.

87 Adam Roberts, *The End of Occupation: Iraq 2004*, 54 INT'L & COMP. L.Q. 27, 28 (2005).

88 von GLAHN, לעיל הי"ש 73.

89 המדריך הצבאי הבריטי, לעיל הי"ש 76.

90 North Sea Continental Shelf (F.G.R v. Denmark; F.G.R v. Netherlands), 1969 I.C.J. 3, 231. בפרשה זו נפסק כי אפילו כללים מן הזמן האחרון שפועלים על פיהם יכולים להפוך מחייבים, זאת בשל העיקרון כי המשפט הבין-לאומי יכול להתפתח במהירות.

91 ראו לעיל הי"ש 80.

92 פרשת **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל הי"ש 17.

93 פרשת **מיזאן**, לעיל הי"ש 9.