



כובשים מנותקים

מעמדה המשפטי של רצועת עזה

ינואר 2007



פרסום נייר עמדה זה התאפשר בזכות תמיכתה הנדיבה של

קרן פרידריך אברט



ובמסגרת תוכנית הסינגור הציבורי של גישה, שממומנת בנדיבות על-ידי

משרד החוץ של הולנד

עמותת "גישה" מודה לתורמיה המרכזיים, על תמיכתם הנדיבה:

Echoing Green

הקרן לשלום במזרח התיכון

Foundation Open Society Institute

מואססת- העצמת זכויות אדם ואיכות השלטון



משרד החוץ של נורווגיה

כובשים מנותקים

מעמדה המשפטי של רצועת עזה

ינואר 2007

זכויות יוצרים
גישה- מרכז לשמירה על הזכות לנוע
2007
מסת"ב 2-1-91069-965-978

כתיבה
שרי בשי וקנת מן

תרגום
ליאת הרט

עריכה
נעם פלג

מחקר
ניקול הרת'ר-ספירו, שרי בשי, הקליניקה
לזכויות אדם במשפט הבינלאומי ע"ש
לוונסטין בבית הספר למשפטים של
אוניברסיטת ייל, נעם פלג, אווה מוסא,
נילי גורין

צילומים
Getty Images

מפות
UN-OCHA

עיצוב
אווה מוסא

תודה ל
ד"ר אייל גרוס ופרופ' דוד קרצ'מר על
הערותיהם, הקליניקה לזכויות אדם
במשפט הבינלאומי ע"ש לוונסטין בבית
הספר למשפטים של אוניברסיטת ייל

תוכן עניינים

[7]

[16]

פרק 1: הקדמה

[20]

פרק 2: ישראל טוענת שאינה חבה חובות כלשהן לתושבי עזה

[26]

פרק 3: ישראל ממשיכה להפעיל שליטה אפקטיבית על עזה

[29]

א. ישראל שולטת בתנועה אל עזה וממנה דרך המעברים היבשתיים

[29]

1. שליטה על תנועת אנשים

[36]

2. שליטה על תנועת טובין

[45]

ב. ישראל שולטת באופן מלא במרחב האווירי ובמים הטריטוריאליים של עזה

[48]

ג. ישראל שולטת על התנועה בתוך עזה באמצעות פשיטות תקופתיות ו"אזורי חייץ"

[49]

ד. ישראל שולטת במרשם האוכלוסין הפלסטיני

[51]

ה. ישראל שולטת במערכת המיסוי ובמדיניות הפיסקלית של עזה

[53]

ו. ישראל מפעילה אמצעי שליטה על הרשות הפלסטינית ועל יכולתה לספק שירותים לתושבי עזה

[59]

פרק 4: ישראל ממשיכה לחוב חובות כלפי תושבי עזה מכוח דיני הכיבוש הבינלאומיים

[60]

א. הגדרת המונח "כיבוש"

[61]

ב. ישראל ממשיכה לשאת באחריות מכוח דיני הכיבוש הבינלאומיים, גם אם כיבוש עזה מבוצע באמצעים לא מסורתיים

1. על פי ה- Martens Clause והמשפט הישראלי [61]
יש לפרש חובות הומניטריות באופן רחב ועל
פי תכליתן
2. התפתחויות טכנולוגיות הפחיתו את [65]
ההסתמכות על כוחות קרקעיים לצורך קיום
מצב של כיבוש
3. פרשנות המשפט ההומניטרי דורשת ניתוח על [67]
פי הקשר ותכלית
- ג. שליטת ישראל על עזה עונה על הקריטריונים [72]
ליישום תקנות האג ואמנת ז'נבה הרביעית בנוגע
לדיני כיבוש
1. למטרות המשפט ההומניטרי כיבוש מוגדר [72]
כשליטה אפקטיבית ואינו דורש נוכחות
מתמשכת של כוחות קרקעיים
2. סיום כיבוש דורש העברה של סמכות ריבונית [78]
או לפחות הימנעות מהתערבות בהפעלת
סמכות שלטונית
- ד. ישראל תחוב חובות שלאחר כיבוש כלפי [84]
הפלסטינים בעזה
- ה. ישראל חבה חובות לתושבי עזה מכוח משפט [87]
זכויות האדם הבינלאומי והמשפט הישראלי
1. חובות מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי [87]
2. חובות מכוח המשפט הישראלי [89]

פרק 5: סיכום [91]

נספח: תגובת משרד הביטחון בעניין מעבר רפיח [95]



תקציר

ב

12 בספטמבר 2005 השלימה ישראל את יישום תוכנית ההתנתקות והכריזה על סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה, ששרר שם מאז 1967. שלושה ימים לאחר מכן, בנאום בפני העצרת הכללית של האו"ם, הכריז ראש ממשלת ישראל דאז, אריאל שרון, על "סיום השליטה והאחריות הישראלית על רצועת עזה".

הכרזה זו, כמו גם הצהרות אחרות של ישראל מאז, מבטאות את העמדה לפיה ההתנתקות סיימה את החובות המשפטיות של ישראל כלפי רצועת עזה, ושהניהול השוטף של הרצועה והדאגה לשלומם של התושבים שם הועברו לאחריות הבלעדית של הרשות הפלסטינית.

עמדתה של ישראל מבוססת על פרשנות להגדרת המונח "שליטה אפקטיבית" - המבחן לקיומו של כיבוש במשפט הבינלאומי, ככזה שמבוסס על נוכחות צבאית קרקעית קבועה בשטח בלבד.

בנייר העמדה נטען, כי בניגוד להצהרותיה של מדינת ישראל, הרי שישראל לא ויתרה על שליטתה ברצועה, אלא רק הסירה מרכיבי שליטה אחדים ובד בבד הידקה את אחיזתה במרכיבים אחרים. פעולותיה של ישראל מאז ספטמבר 2005, ובכללן הטלת סגר הדוק על תנועת אנשים וטובין אל ומחוץ לעזה וכן הפסקת המימון לשירותים ציבוריים על ידי אי-העברת כספי מיסים, תרמו למשבר כלכלי והומניטרי ברצועה, שלא היה כמוהו בכל 38 שנות השליטה הישראלית שקדמו להתנתקות.

כפי שמוצג בנייר העמדה, השלמת תוכנית ההתנתקות לא פטרה את ישראל ממחויבותה, לאפשר למוסדות האזרחיים ברצועה לתפקד באופן נאות וכן להקל על תפקוד זה. ישראל גם ממשיכה לשאת בחובות משפטיות כלפי תושבי עזה בתחומי החיים, עליהם היא עדיין שולטת באופן ישיר או משפיעה בצורה ניכרת. חובות אלו מתקיימות מכוח דיני הכיבוש במשפט הבינלאומי ומתחייבות גם מכוח דיני זכויות האדם הבינלאומיים והמשפט החוקתי והמנהלי הישראלי.

כיום, ישראל ממשיכה לשלוט בעזה באמצעות 'יד נעלמה': שליטה על הגבולות, המרחב האווירי, המים הטריטוריאליים, מרשם האוכלוסין, מערכת המיסוי, אספקת טובין והיבטים נוספים. תושבי עזה יודעים שיכולתם לקבל זרם חשמל לביתם, לקנות חלב ולפנות זבל מהרחובות מותנית בהחלטות שנעשות על ידי מדינת ישראל. לעיתים, הצבא הישראלי חוזר לרחובות עזה,

אולם גם לאחר עזיבתו, שליטתה של ישראל נותרת בעינה.

לנייר העמדה שלוש מטרות עיקריות:

1. ליידע את הקהילה הבינלאומית על אודות עמדתה של ישראל ביחס לרצועת עזה. דהיינו, שרצועת עזה חדלה מלהיות שטח כבוש, ושישראל אינה רואה את עצמה מחויבת להוראות של אמנת ז'נבה הרביעית ותקנות האג משנת 1907.
2. לתאר את הדרכים והאמצעים בהם ישראל ממשיכה לשלוט ברצועת עזה, ומכוח שליטה זו ממשיכה לחוב חובות משפטיות כלפי תושבי עזה. חובות שיש לקיים על מנת שהאוכלוסייה האזרחית תוכל להתקיים ולהתפתח.
3. להוות מקור מידע לחוקרים, עורכי דין, עובדים של ארגוני סיוע וקובעי מדיניות, המודאגים מהמצב ההומניטרי ברצועת עזה וממצב זכויות האדם של תושבי הרצועה, שחייבים נתונים לשליטתה ולהשפעתה של ישראל.

ישראל ממשיכה להפעיל שליטה אפקטיבית ברצועת עזה

פינוי ההתנחלויות והבסיסים הצבאיים מרצועת עזה בספטמבר 2006 לא סיימו את שליטתה של ישראל ברצועה, אלא אך את הדרך שבה מופעלת שליטה זו.

ישראל ממשיכה לשלוט ברצועת עזה באמצעות:

- שליטה במעברי היבשה של הרצועה.
- שליטה קרקעית באמצעות פלישות של כוחות קרקעיים וכן השלטת "איזורי חיץ", בהם אסורה נוכחות או תנועה של תושבי הרצועה.
- שליטה מלאה במרחב האווירי של הרצועה.
- שליטה מלאה במים הטריטוריאליים של הרצועה.
- שליטה במרשם האוכלוסין הפלסטיני (ובכלל זה בהגדרה של מיהו "תושב" עזה).

- שליטה במעטפת המכס ובהעברת כספי המסים עצמם.
- שליטה ביכולתה של הרשות הפלסטינית להפעיל סמכויות שלטוניות.
- שליטה על הגדה המערבית, שיחד עם רצועת עזה מהווה יחידה טריטוריאלית אחת.

1. ישראל שולטת בכניסה אל וביציאה מאת רצועת עזה דרך היבשה

לאחר ההתנתקות, ישראל שמרה על שליטתה במעברים היבשתיים שבין עזה לעולם החיצון, ובכלל זה שליטה מלאה על יבוא טובין ומעבר זרים וכן שליטה סופית על כניסה ויציאה של כל אדם וסחורה, באמצעות סגירתם של כל המעברים של עזה.

א. שליטה על תנועתם של אנשים

ב"הסכם בדבר תנועה וגישה", שהסכימו עליו ישראל והרשות הפלסטינית ביום 15 לנובמבר 2005, נקבע כי הרשות הפלסטינית תפעיל את מעבר רפיח (המשמש למעבר בין הרצועה לבין מצרים) תחת פיקוח של נציגי האיחוד האירופי שישוהו במעבר עצמו, ושל כוחות ביטחון של ישראל, שיצפו בנעשה במעבר באמצעות מצלמות וידיאו, שמשדרות לחדר בקרה נפרד. כן נקבעה בהסכם בקרה ישראלית על רשימת הנוסעים שעוברים במעבר. כניסה לרצועת עזה דרך המעבר הוגבלה בהסכם לפלסטינים הרשומים במרשם האוכלוסין הפלסטיני, מרשם בו שולטת ישראל. על כן, אזרחים זרים יכולים להיכנס לרצועה רק דרך המעברים היבשתיים שנמצאים בצפון הרצועה, ושנתונים לשליטה מלאה של ישראל.

הסכמתה של ישראל דרושה על מנת להפעיל את מעבר רפיח, משום שתנאי להפעלתו על פי ההסכם הנו השתתפותם של הנציגים הפלסטיניים, האירופיים והישראליים בתפעולו. כמו כן, ישראל שולטת ביכולתם של הפקחים מטעם האיחוד האירופי להגיע פיזית למעבר, על ידי האפשרות להודיע להם על קיומה של "התראה ביטחונית", אשר תמנע מהם מלהתייצב למשימתם. דיווחים שונים ומסמכים פנימיים של רשויות הביטחון מוכיחים, שישראל השתמשה



ביכולתה לסגור את המעבר על מנת להפעיל לחץ על האוכלוסייה האזרחית ברצועה, בניסיון להביא לשחרורו של החייל גלעד שליט, שנחטף על ידי גורמים פלסטינים ממעבר כרם שלום ב-25 ביוני 2006.

ואכן, בשנה הראשונה שלאחר ההתנתקות ישראל סגרה את מעבר רפיח למשך 148 ימים. הווה אומר, שעזה היתה מנותקת מהעולם החיצון במשך 42% מהזמן באותה שנה.

ב. שליטה במעבר סחורות

ישראל שולטת באופן מלא ביבוא סחורות לתוך רצועת עזה, היא בעלת שליטה ניכרת על היצוא מעזה למדינות שלישיות וכן על שינוע סחורות לגדה המערבית. ההגבלות הקשות שהטילה ישראל על היבוא גרמו, בתקופות שונות, למחסור חמור במוצרי יסוד ובמוצרים חיוניים אחרים בעזה, שאיים על בריאותם של תושבי הרצועה.

2. ישראל שולטת באופן מוחלט במרחב האווירי ובמים הטריטוריאליים של הרצועה

12

מאז כיבושה של רצועת עזה בשנת 1967, ישראל שולטת באופן מלא במרחב האווירי ובמים הטריטוריאליים של הרצועה. ברצועה עדיין אין שדה תעופה או נמל ימי, ואין כל תנועה של אנשים או סחורות דרך הים או האוויר.

3. ישראל שולטת על התנועה בתוך הרצועה על ידי פלישות תכופות ויצירת "אזורי חיץ"

ישראל שולטת על התנועה בתוך רצועת עזה עצמה על ידי נוכחות קרקעית אקראית של חיילים, שפועלים בה מעת לעת וכן, על ידי ירי ארטילרי לתוך הרצועה שמבוצע משטח ישראל. מאז חודש יוני 2006 פועל צה"ל ברצועת עזה באופן מתמשך, ובכלל זה בגבול בין הרצועה לבין מצרים. בחלקה הצפוני של הרצועה ישראל שולטת מאז חודש דצמבר 2005, אז הכריזה על "אזור חיץ" שם, והזהירה את התושבים במקום שאל להם לנוע באזור זה, ומי שייתפס שם צפוי לירי. אזורי חיץ במקומות נוספים ברצועה מוכרזים מעת לעת.

4. ישראל שולטת במרשם האוכלוסין הפלסטיני

ההגדרה של מיהו "פלסטיני" ומיהו תושב רצועת עזה או הגדה המערבית נשלטת על ידי הרשויות הישראליות. מאז שנת 2000, וכמעט ללא יוצאים מהכלל, ישראל אינה מתירה להוסיף אנשים למרשם. כתוצאה מכך, עשרות אלפי פלסטינים תושבי הרצועה, ובעיקר נשים שנכנסו לרצועה עם רשיונות ביקור ונישאו שם לתושבי עזה, חיים בלי היכולת לקבל תעודת זהות. אנשים אלו לכודים בעזה, כיוון שאם הם ייצאו את הרצועה, ישראל לא תתיר להם לחזור.

5. ישראל שולטת על מערכת המיסוי והמדיניות הפיסקאלית ברצועה

ישראל שולטת על מערכת המס בשטחי הרשות הפלסטינית, מלבד על המס הישיר המוטל על התושבים שם (כגון מס הכנסה וסוגים מסוימים של מע"מ), וכן על מעטפת המכס הפלסטינית. שליטה זו משפיעה על החיים בעזה, ובכלל זה על היכולת של ארגונים ללא מטרת רווח לקבל תרומות שפטורות ממס.

13

6. ישראל שולטת על יכולתה של הרשות הפלסטינית לספק שירותים לתושבי רצועת עזה

ישראל שולטת ביכולתה של הרשות הפלסטינית לספק שירותים לתושבי רצועת עזה והגדה המערבית, וכן בתפקוד מוסדות ציבוריים שם, על ידי שליטה בהעברת כספי המסים שנגבים עבור הרשות – כספים המהווים כ- 50% מתקציב הרשות.

יתר על כן, רצועת עזה והגדה המערבית מהוות שני חלקים של יחידה טריטוריאלית אחת, עם מערכות ומוסדות שלטון אחידים ובלתי ניתנים לחלוקה או להפרדה. מערכות אלו ממומנות מאותו תקציב מרכזי של הרשות ומנוהלות על ידי רשות מרכזית אחת, שפועלת בשני האזורים. המשך שליטתה הישירה והלא נתונה במחלוקת של ישראל בגדה המערבית מהווה גם שליטה לא ישירה ברצועת עזה.

ג. ישראל ממשיכה לחוב חובות כלפי תושבי רצועת עזה מכוח דיני הכיבוש במשפט הבינלאומי

טענתה של ישראל, לפיה הנסיגה מרצועת עזה סיימה את חובותיה כלפי תושבי הרצועה, מבוססת על הגדרה צרה של המושג "כיבוש" במשפט הבינלאומי, כמונח המבוסס באופן בלעדי על נוכחות קרקעית קבועה ונמשכת של חיילים בטריטוריה מסוימת. עם זאת, התפיסה המקובלת היא שכיבוש מתקיים כאשר ישנה היכולת לקיים שליטה אפקטיבית על טריטוריה מסוימת. יכולת שקשורה, אך לא כתנאי בלעדי אין, לכוח צבאי ששוהה בטריטוריה. המצב העובדתי בעזה מלמד, שישראל היא בעלת השליטה האפקטיבית על מספר מרכיבים של החיים ברצועה, שפורטו לעיל – ובאותם תחומי חיים קמות לה חובות מכוח המשפט הבינלאומי בדבר דיני כיבוש. חובות אלו ימשכו עד שישראל תעביר את שליטתה לגורם אחר.

עמותת "גישה" טוענת, שמהות המונח "כיבוש" טמונה ביכולת שליטה צבאית בטריטוריה כבושה על ידי כוח זר. הבנה זו של המסגרת הנורמטיבית מסיטה את הדיון משאלת הקיום הפיזי של כוח צבאי בשטח הכבוש לעצם ההגדרה של שליטה. השאלה המהותית היא "עד כמה ישנה שליטה" במרכיב מסוים של החיים, ובמקום בו הכוח הזר בפועל שולט, הרי שבמעשיו הוא מביא על עצמו את החובות כלפי התושבים באותה טריטוריה. במשפט הבינלאומי אין הגדרה קשיחה המאפשרת למתוח קו ברור על פני כל סיטואציה עובדתית ולקבוע "כבוש" או "לא כבוש", אך בבדיקה של כל מקרה לגופו ניתן לזהות מתי כוח זר שולט בטריטוריה, במידה כזו שעולה לכדי כיבוש. רמת השליטה בעזה, כפי שנייר העמדה מדגים, מביאה למסקנה הברורה, שבפועל רצועת עזה עדיין נמצאת במצב של כיבוש ישראלי.

שאלה משנית היא, האם היקף החובות המוטלות על הכוח הכובש מושפע ממידת השליטה שלו בשטח. עמותת "גישה" גורסת, שפירוק ההתנחלויות והבסיסים הצבאיים של ישראל ברצועת עזה היוו שינוי בעוצמת השליטה, אך לא בעצם קיומה: בתחומי חיים מסוימים השליטה הישראלית אכן פחתה, אך לא במידה כזו שתאפשר לישראל להתכחש לחובותיה מכוח המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

התפתחויות טכנולוגיות מאפשרות לישראל להטיל את שליטתה על מרכיבי חיים משמעותיים של תושבי רצועת עזה מבלי להיזקק לנוכחות צבאית

קרקעית. על כן, המבחן המשפטי לתחולתם של דיני הכיבוש אינו יכול להסתפק בנוכחות קרקעית שכזו, אלא עליו לשאול האם קיימת שליטה אפקטיבית הניתנת למימוש. כשמעריכים את מידת שליטתה של ישראל בעזה, אין לבחון רק את היקף הכוח הצבאי העומד לרשותה, אלא גם את השליטה המנהלית של ישראל על הרצועה שהתבססה במשך ארבעה עשורים של כיבוש. שליטה זו לא הסתיימה עם תוכנית ההתנתקות, אלא אף התגברה מאז.

בבחינת המסגרת המשפטית לפירוש מידת החובות של ישראל כלפי תושבי רצועת עזה יש לקחת בחשבון את תכלית המשפט הבינלאומי ההומניטרי, והיא הגנה על אזרחים. תכלית זו מסיטה את שיווי המשקל, במקרה של ספק, לטובת הטלת חובות שמטרתן להגן על האוכלוסייה האזרחית. גישה תכליתית זו לשאלת תחולת דיני הכיבוש מבוססת היטב במשפט הבינלאומי ההומניטרי וכן במשפט הישראלי.

תכלית המשפט הבינלאומי ההומניטרי איננה מתיישבת עם חלוקה בינארית של "הכל או לא כלום" לתחולתו ולהטלת חובות על כוחות כובשים, ודורשת בחינה מדוקדקת של ההקשר והסיטואציה בה קיימת שליטה. רמות שונות של אחריות מוטלות במקרים שונים, באופן יחסי למידת השליטה בשטח. העובדה כי שליטה אינה קיימת במרכיב חיים אחד איננה משילה מעל הכוח הכובש את אחריותו בתחומים, שבהם כן מופעלת שליטה.

הסוגיות המשפטיות והעובדתיות נדונות באופן יסודי בנייר העמדה.

פרק 1

הקדמה



ב

12 - בספטמבר 2005 השלימה ישראל את "תוכנית ההתנתקות", במסגרתה פינתה התנחלויות, בסיסי צבא וכוחות קרקעיים מרצועת עזה, שם שמרה על נוכחות צבאית קבועה מאז שכבשה את עזה מידי מצרים בשנת 1967.

במסמכים רשמיים ובהצהרות לציבור, אמרה ישראל שמטרתה בישום התוכנית היא לשים קץ לחיכוך, לאלימות ולאובדן החיים הנגרמים כתוצאה מהעיוותים שבין הכוחות הישראליים לבין הפלסטינים תושבי עזה. ישראל תיארה את תוכנית ההתנתקות כאמצעי לשיפור המצב הכלכלי והרווחה החברתית של תושבי עזה, בכך שהיא מעניקה להם הזדמנות לנהל את ענייניהם בעצמם.¹ ישראל טענה שתוכנית ההתנתקות "תשלול את תוקפן של הטענות כנגד ישראל בדבר אחריותה לפלסטינים ברצועת עזה".²

נייר עמדה זה מראה, כי בניגוד לרטוריקה שתיארה את תוכנית ההתנתקות, ישראל למעשה לא ויתרה על שליטתה בעזה, אלא רק הסירה מרכיבי שליטה אחדים ובד בבד הידקה את אחיזתה במרכיבים אחרים. לא רק שמצבם הכלכלי ורווחתם של תושבי עזה לא השתפרו, אלא שפעולותיה של ישראל מאז ספטמבר 2005, ובכללן הטלת הגבלות חמורות על תנועת אנשים וטובין אל עזה וממנה וכן אחיזה איתנה במימון שירותים ציבוריים, תרמו ליצירת משבר כלכלי והומניטרי ברצועה, שלא היה דוגמתו ב- 38 שנות השליטה הישראלית, שקדמו לנסיגתם של הכוחות הקרקעיים הקבועים.

ישראל ממשיכה לשלוט בעזה באמצעות 'יד נעלמה': היא שולטת על הגבולות, המרחב האווירי, המים הטריטוריאליים, מרשם האוכלוסין, מערכת המיסוי, אספקת טובין ועל היבטים נוספים. תושבי עזה יודעים שיכולתם לקבל לביתם זרם חשמל, לקנות חלב או לפנות זבל מהרחובות מותנית בהחלטות שמקבלת מדינת ישראל. לעיתים, חיילים פועלים ברחובות עזה, אולם גם לאחר שהם עוזבים, שליטתה של ישראל על תושבי עזה נותרת קבועה.

¹ משרד ראש הממשלה, נספח א' – תוכנית התנתקות מתוקנת – עקרונות עיקריים 2 (6 ביוני, 2004), פסקה 1. זמין ב- <http://www.pmo.gov.il> או <http://www.mfa.gov.il>

² שם.

כפי שיוסבר בהמשך, השלמת תוכנית ההתנתקות לא פטרה את ישראל ממחויבותה לאפשר למוסדות האזרחיים ברצועה לתפקד באופן נאות, וכן להקל על תפקוד זה.³ ישראל ממשיכה לשאת בחובות משפטיות כלפי תושבי עזה בתחומים משמעותיים, שבהם חייהם כפופים לשליטה ישראלית ומושפעים ממנה. אחריות זו קיימת מכוח דיני התפיסה הלוחמתית במשפט הבינלאומי, אך מתחייבת גם מכוח דיני זכויות האדם הבינלאומיים והמשפט החוקתי והמנהלי הישראלי. ישראל מחויבת בכיבוד זכויותיהם של תושבי עזה בשל שליטתה על גבולות עזה, מרשם האוכלוסין שלה, מערכת המיסוי שלה ותחומים אחרים, והיא חבה גם חובות פוזיטיביות לאפשר את התפקוד הראוי של מוסדות אזרחיים בעזה ולהקל עליהם, בהתאם למשפט ההומניטרי הבינלאומי.

לנייר העמדה שלוש מטרות עיקריות:

1. ליידע את הקהילה הבינלאומית על אודות עמדתה של ישראל ביחס לרצועת עזה. דהיינו, שרצועת עזה חדלה מלהיות שטח כבוש, ושישראל אינה רואה את עצמה מחויבת להוראות של אמנת ז'נבה הרביעית ותקנות האג משנת 1907 באשר לשטח כבוש.
2. לתאר את הדרכים והאמצעים בהם ישראל ממשיכה לשלוט ברצועת עזה, ומכוח שליטה זו ממשיכה לחוב חובות משפטיות כלפי תושבי עזה. חובות שיש לקיים על מנת שהאוכלוסייה האזרחית תוכל להתקיים ולהתפתח.
3. להוות מקור מידע לחוקרים, עורכי דין, עובדים של ארגוני סיוע וקובעי מדיניות, המודאגים מהמצב ההומניטרי ברצועת עזה וממצב זכויות האדם של תושבי הרצועה, שחייהם נתונים לשליטתה ולהשפעתה של ישראל.

³ ההתנתקות שינתה את טבען של החובות הישראליות, בתחומים שבהם סמכויות הועברו באמת ובתמים לרשות הפלסטינית, והרשות הפלסטינית מפעילה אותן הלכה למעשה. כפי שנייר עמדה זה יטען, תחומים אלה מוגבלים הרבה יותר מכפי שישראל טוענת.

פרק 2 מתאר את עמדתה של ישראל, כפי שהוצגה במסמכים שהוגשו לבית המשפט העליון, לפיה היא אינה כובשת עוד את עזה ואינה חבה חובה משפטית כלשהי לתושבי עזה. פרק 3 קורא תגר על הבסיס העובדתי שבעמדתה של ישראל, ומראה שישראל ממשיכה לשלוט בהיבטים משמעותיים של החיים בעזה, זאת למרות העדר נוכחות צבאית רציפה ברצועה. פרק 4 מתאר את חובותיה של ישראל לתושבי עזה מכוח דיני הכיבוש והמשפט ההומניטרי הבינלאומיים, וטוען שישראל מפעילה שליטה אפקטיבית על עזה, בדרכים שמקימות חובות מכוח המשפט הבינלאומי ובעיקר מכוח תקנות האג ואמנת ז'נבה הרביעית. פרק 5 מציג מפת דרכים לטיפול במעמדה המשפטי של עזה, וטוען שקביעות בינאריות לגבי שאלת הכיבוש של עזה תהיינה מוקדמות מידי, פשטניות ולא יועילו למאמצים להבין ולהסדיר את מערכת היחסים המורכבת שבין ישראל, הגדה המערבית ורצועת עזה.

פרק 4 הוא במידה מסוימת טכני, ויועיל במיוחד למשפטנים ולחוקרים המעוניינים בביסוס משפטי לטענה של עמותת גישה בנייר עמדה זה: הפעלת שליטה כרוכה באחריות. כל עוד ישראל שולטת על החיים בעזה, שליטה זו מוגבלת בחוקים, שמטרתם להגן על תושבי השטח הנתון לשליטה זרה. טענה זו, המעוגנת באמנות בינלאומיות ובמשפט הישראלי המקומי, היא גם עקרון אינטואיטיבי המקובל כעניין של נוהג ומדיניות בינלאומיים. ייתכן וקוראים חסרי רקע משפטי יעדיפו לקרוא את פרקים 2 ו-3, ולהסתמך על סיכום הטיעון המשפטי שהוצג בתקציר זה.

פרק 2

ישראל טוענת שאינה
חבה חובות כלשהן
לתושבי עזה

מ

אז שישראל כבשה את רצועת עזה מידי מצרים בשנת 1967, כללי התפיסה הלוחמתית חלו על הפעולות הישראליות בעזה. כללים אלה, הקבועים באמנת ז'נבה הרביעית⁴ ובתקנות האג,⁵ מעניקים לכוח זר שמפעיל שליטה אפקטיבית בשטח סמכויות ומטילים עליו חובות, על מנת להגן על האוכלוסייה הכבושה ולדאוג לה.

בית המשפט העליון קבע שישראל מחזיקה את רצועת עזה ואת הגדה המערבית בתפיסה לוחמתית, והחיל את אמנת ז'נבה הרביעית ואת תקנות האג על פעולותיה שם.⁶ לעמדה זו שותפה הקהילה הלאומית, כמעט ללא יוצא מן הכלל.⁷ עם זאת, מיד עם השלמת תוכנית ההתנתקות ב- 12 בספטמבר 2005, אימצה ישראל את העמדה לפיה היא אינה כפופה עוד לכללים אלה. כעניין ראשון, הכריזה ישראל על סיום הממשל הצבאי שניהל את רצועת עזה מאז שנכבשה ב- 1967, בטענה שהשליטה על רצועת עזה הועברה לרשות הפלסטינית.⁸ אף על פי שתחולת דיני הכיבוש אינה תלויה בקיומו של ממשל צבאי, שלושה ימים לאחר מכן, בנאום בפני העצרת הכללית של האומות המאוחדות, הכריז ראש ממשלת ישראל דאז, אריאל שרון, על "סיום השליטה והאחריות הישראלית על רצועת עזה".⁹

⁴ אמנת ז'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 12 באוגוסט, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287 1949 [להלן: אמנת ז'נבה הרביעית]. ישראל מעולם לא הודתה שאמנת ז'נבה הרביעית מחייבת אותה ביחס לפעולותיה בשטחים הפלסטיניים. במקום זאת, היא הצהירה שכעניין שבנוהג, היא תכבד את ההוראות "ההומניטריות" של אמנת ז'נבה הרביעית ביחס לשטחים אלה.

⁵ אמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה, 18 באוקטובר 1907, 18 Stat. 2277, I Bevans 631 [להלן: אמנת האג].

⁶ ר' בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נגד ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, פסקה 23 לפסק דינו של הנשיא ברק וההפניות שם [להלן: פרשת בית סוריק].

⁷ ר': G.A. Res. ES-10/2, GAOR, 10th Emergency Special Sess., U.N. Doc. A/RES/ES-10/2 (May 5, 1997); G.A. Res. ES-10/13, GAOR, 10th Emergency Special Sess., U.N.Doc. A/RES/ES-10/13 (Oct. 27, 2003); G.A. Res. ES-10/15, GAOR, 10th Emergency Special Sess., U.N. Doc. A/RES/ES-10/15 (Aug. 2, 2004).

⁸ צבא ההגנה לישראל, צו בדבר סיום הממשל הצבאי, 12 בספטמבר 2005 (ברשות המחברים).
⁹ 15 בספטמבר 2005, נאום ראש הממשלה של ישראל, אריאל שרון, בפני העצרת הכללית של האו"ם. הטקסט זמין ב- www.mfa.gov.il.

בעוד שממשלת ישראל נמנעה מלהכריז על סיום הכיבוש של עזה בפורומים בינלאומיים ציבוריים, הרי שבמסמכים שהגישה בשפה העברית לבית המשפט העליון, הביעה ממשלת ישראל את העמדה לפיה, היא אינה שולטת עוד בעזה באמצעות תפיסה לוחמתית, וכי החוק ההומניטרי המפקח על הנעשה בשטח כבוש אינו חל עוד על פעולותיה מול תושבי עזה.¹⁰

הטיעון של ישראל, כפי שהוצג בפירוט בפני בית המשפט העליון בעתירה העוסקת בשימוש בבומים על קוליים מעל שמי עזה, הוא שדיני הכיבוש, לפיהם כוח כובש חב חובות משפטיות להגן על אנשים החיים בשטח כבוש, חלים כאשר השטח מצוי בשליטת האויב, ושליטה כזו היא "established and capable of being exercised".¹¹ שני תנאים אלה הם בסיסו של המבחן לשליטה אפקטיבית, שקובע אם מתקיימת תפיסה לוחמתית. שליטה אפקטיבית היא היכולת להפעיל את הסמכויות, שהמשפט הבינלאומי דורש שהכובש יפעיל בשטח הכבוש, על מנת להשיב את הסדר הציבורי על כנו, להגן על התושבים המקומיים ולמלא את הריק שהותירה הממשלה הקודמת שהוחלפה על ידי הכובש.

על פי ממשלת ישראל, ברגע שהיא פינתה את המתנחלים ואת מתקני הצבא הקבועים מן הקרקע בעזה, הסתיים הכיבוש שלה את עזה. אף על פי שממשלת ישראל מודה שהיא ממשיכה בפעילות צבאית קרקעית בעזה, היא מאפיינת את הנוכחות הצבאית שלה בעזה כבלתי סדירה ומוגבלת לכניסות לאזורים ספציפיים בעזה, על מנת לסכל התקפות או לעצור ירי של טילי קסאם לעבר ישראל.¹² בנוסף, ישראל טוענת ששליטה על המרחב האווירי, על המים הטריטוריאליים

¹⁰ ראו למשל בג"צ 10265/05 רופאים לזכויות אדם נגד שר הביטחון, תגובת המדינה מיום 11 ביולי 2006 (ברשות המחברים). (עתירה שהגיש ארגון רופאים לזכויות אדם ומרכז עזה לבריאות הנפש, שדרשו להפסיק את הבומים העל קוליים בשמי עזה) (ברשות המחברים); בג"צ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים ו' ממשלת ישראל, תגובת המדינה מ- 5 בדצמבר, 2005, פסקה 5 (העתירה הוגשה על ידי הועד הציבורי ו-LAW – אגודה להגנת איכות הסביבה וזכויות האדם, נגד מדיניות החיסולים הממוקדים) (ברשות המחברים); בג"צ 11120/05 חמדאן ואח' נ' אלוף פיקוד הדרום, תגובת המדינה מיום 19 בינואר, 2006 (העתירה הוגשה על ידי עשרה סטודנטים לריפוי בעיסוק; מרכז עזה לבריאות הנפש; ביתונה, ביתנו לפיתוח קהילתי ומרכז גישה, נגד האיסור על סטודנטים מעזה להיכנס לגדה המערבית לצורך לימודים), זמין ב- www.gisha.org; בג"צ 2990/06 מרכז מיזאן לזכויות אדם ואחרים נ' שר הביטחון, העתירה הוגשה בדרישה לפתוח את מעבר קרני ליצוא וליבוא [2006] זמין ב- www.gisha.org.

¹¹ בג"צ 10265/05.

¹² שם, פסקה 34.

או על המעברים היבשתיים אינה עונה על הקריטריונים להחלת דיני הכיבוש.

עמדתה של ישראל היא, ששליטתה על המעברים בין עזה לישראל לא עולה לכדי תפיסה לוחמתית, ושהיא אינה שולטת על מעבר רפיח בין עזה למצרים, שם לא נמצאים פיזית כוחות צבאיים שלה. עוד טוענת ישראל, שהגבלות על מעבר אנשים וטובין דרך מעבר רפיח לא מוטלות באמצעות כוח צבאי, אלא נקבעו בהסכמה ב"הסכם בדבר תנועה וגישה" מיום 15 בנובמבר 2005,¹³ שישראל והרשות הפלסטינית הן צדדים לו. כפי שהוצהר בפני בית המשפט העליון:

"המגבלות על תנועת נוסעים מסוימים, ועל ייבוא סחורות במעבר רפיח, לא הוטלו על ידי ישראל, אלא גובשו בהסכמה בין ישראל, הפלסטינים וארצות הברית. ישראל ממשיכה כמובן לשלוט במעברים שבין רצועת עזה לבין ישראל, מכוח סמכותה הריבונית (ככל מדינה) לשלוט על גבולה, ועל הכניסות לשטחה. מכל מקום, כיום, עם פתיחת מעבר רפיח (בהסכמת ישראל, אך לא בשליטתה) לא ניתן עוד לטעון, כי ישראל 'שולטת במעטפת' של רצועת עזה, הן כיון שגבולה הדרומי של רצועת עזה בקטע הגבול שבין רצועת עזה ומצרים, מתקיים ככלל מעבר ללא שליטה מצד ישראל, והן כיוון שגבול זה של הרצועה נתון לכל אורכו לשליטה פלסטינית מלאה, ואינו נתון כלל לשליטה ישראלית."¹⁴

עיקר טענתה של המדינה היא, שאין לה עוד את היכולת להפעיל סמכויות ולכן אינה יכולה למלא את ההתחייבויות שמטילים דיני הכיבוש הבינלאומיים. טענה זו מבוססת על הגדרת המונח "שליטה אפקטיבית", כתלויה בנוכחות צבאית קרקעית קבועה בשטח. וכך נכתב:

"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."¹⁵

¹³ הסכם בדבר תנועה וגישה, ישראל - הרשות הפלסטינית, 25 בנובמבר 2005 [להלן: הסכם בדבר תנועה וגישה], זמין ב- www.mfa.gov.il.

¹⁴ בג"צ 10265/05, לעיל בהערה 11, תגובת המדינה בפסקה 27.

¹⁵ שם, בפסקה 25 (ההדגשה במקור).

בהתאם לכך, ישראל הכניסה שינויים במשפט הישראלי המתייחסים לעזה כאל שטח זר, נפרד מהגדה המערבית, שאינו כפוף לשליטה ישראלית או לחובות ישראליות. מדינת ישראל גם הוציאה צווים מנהליים, המגדירים את המעברים ארז, כרם שלום, סופה וקרני, שבין עזה לישראל, כמעברי גבול בינלאומיים.¹⁶ ישראל משווה בטענותיה את עזה לסוריה, וטוענת שאינה חבה עוד כל חובה להתיר הענקת סיוע הומניטרי לעזה, או להתיר מעבר של אנשים או של טובין בין עזה לגדה המערבית.¹⁷

ההשלכות של עמדה זו מרחיקות לכת. בתגובה לסדרה של טענות משפטיות, שהועלו על ידי פלסטינים שביקשו סעדים המצויים בשליטת ישראל – פתיחת המעברים של עזה ליבוא ויצוא,¹⁸ התרת כניסה של תושבי עזה אל הגדה המערבית,¹⁹ התרת כניסתם של חולים מעזה אל הגדה המערבית וישראל לשם קבלת טיפול רפואי שאינו זמין בעזה²⁰ – תשובת ישראל היתה שהיא אינה חבה חובות כלשהן לתושבי עזה, וכי כל הקלה בעניין פתיחת מעברים או התרת מעבר נעשית מכוח בחירת מדיניות, מבלי כל חובה להתיר חופש תנועה רב יותר מזה שהיא בוחרת לאפשר.

לדוגמה, בתגובה לעתירה שדרשה שישראל תתיר את פתיחת מעבר קרני ליבוא ויצוא, ישראל הכחישה כל חובה לעשות זאת, מעבר לדרישות המינימאליות מכוח דיני הלחימה. עם זאת ישראל אמרה שתנסה, לפנים משורת הדין, למנוע משבר הומניטרי בעזה:

¹⁶ צו הכניסה לישראל (תחנות גבול) (תיקון) התשס"ה - 2005, ק"ת 6425, 1011. למידע נוסף בעניין זה, ראו: גישה, סכנת ההתנתקות: ניסיונות ישראליים להפריד את רצועת עזה מן הגדה המערבית (פברואר 2006), זמין ב- www.gisha.org. ישראל הוציאה צווים זמניים שפוטרים את תושבי עזה מהדרישה לקבל ויזה על מנת להיכנס לישראל, כולל על מנת להיכנס לגדה המערבית. ראו: צו הכניסה לישראל (פטור לתושבי רצועת עזה) (הוראת שעה), 2005, ק"ת 6425, 1010; צו הכניסה לישראל (פטור לתושבי רצועת עזה) (הוראת שעה) (תיקון) 2006, ק"ת 6499, 992.

¹⁷ בג"צ 11120/05, תגובת המדינה מיום 19 בינואר, 2006.

¹⁸ בג"צ 2990/06 מרכז מיזאן לזכויות אדם ואחרים נ' שר הביטחון (לא פורסם), תגובת המדינה מיום 26 באפריל, 2006. זמינה ב- www.gisha.org; בג"צ 5841/06 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון (תלוי ועומד), תגובת המדינה מיום 12 ביולי, 2006, זמינה ב- www.gisha.org.

¹⁹ בג"צ 11120/05, לעילה ערה 17.

²⁰ ראו, למשל, בג"צ 8840/06 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה ואלוף פיקוד הדרום (לא פורסם).

"החל מיום 12.9.2005, בשעה 24:00, הסתיים הממשל הצבאי של צה"ל בשטח רצועת עזה, ואיתו הסתיימה גם התפיסה הלוחמתית של צה"ל את רצועת עזה, על כל המשתמע מכך מבחינה מדינית, בטחונית ומשפטית.

החל ממועד תום הממשל הצבאי בחבל עזה, צה"ל אינו מפעיל עוד סמכויות ממשל צבאי ברצועת עזה, ובכלל זה סמכויות מכוח תחיקת ביטחון.

....

למרות כל האמור לעיל, ומבלי שהדבר מחייב אותה מכוח דיני התפיסה הלוחמתית, שכאמור אינם חלים עוד כלפי ישראל ביחס לרצועת עזה לאחר השלמת תוכנית ההתנתקות, מדינת ישראל יחד עם הקהילה הבינלאומית בוחנות את האפשרויות העומדות בפניהן למניעת משבר הומניטרי ברצועת עזה.²¹

עמדתה של ישראל היא שהאחריות לאוכלוסייה האזרחית בעזה, כולל לתפקוד הכלכלה של עזה, היא אחריותה הבלעדית של הרשות הפלסטינית.

כפי שנראה בפרק הבא, בשנה שלאחר השלמת תוכנית ההתנתקות, ישראל סגרה במרבית הזמן את המעברים, עיכבה כספים הנחוצים לתשלום משכורתם של עובדי ציבור ולניהול מוסדות אזרחיים בעזה, והגבילה באופן חמור תנועת האנשים בין עזה והגדה המערבית, בין עזה וישראל ובין עזה ומדינות אחרות דרך גבול מצרים-עזה. התוצאות של פעולות שליטה אלה היו הרסניות, ותרמו ליצירת משבר כלכלי והומניטרי ברצועה, שלא היה לו תקדים במשך כמעט ארבעה עשורים של כיבוש. קבלת עמדתה של ישראל עלולה להוביל למסקנה, שאם תרצה תוכל ישראל למנוע מכל אדם להיכנס אל עזה ולצאת ממנה, לחסום כל מסחר אל עזה וממנה, כולל היכולת לייבא טובין, לעכב כספי מסים כולל כספים הדרושים לתחזוקת בתי ספר ובתי חולים, וכל זאת מבלי להפר חובה כלשהי שמטיל המשפט הבינלאומי. מסקנה זאת תהיה לא רק מסוכנת כעניין שבמדיניות, אלא שהיא גם שגויה כהצהרה משפטית. היא יוצרת מסגרת שבה האוכלוסייה האזרחית של עזה נותרת חשופה ונשללת ממנה ההגנות ההומניטריות הבסיסיות.

פרק 3

ישראל ממשיכה
להפעיל שליטה
אפקטיבית על עזה

פ

ינוי ההתנחלויות הישראליות ומתקני הצבא הקרקעיים הקבועים מרצועת עזה הוא צעד חשוב בהפחתת החיכוך שבין תושבי עזה לבין חיילים ומתנחלים ישראלים, אך הוא לא הביא לסיום השליטה הישראלית על עזה, אלא רק שינה את הדרך שבה שליטה כזו מיושמת. בשנה שלאחר הפינוי, הידקה ישראל את מרכיבי השליטה החיצונית על עזה, סגרה את המעברים של עזה למעבר אנשים וטובין, הגבילה אף יותר את השימוש בקו החוף של עזה לדייג והגבירה את הפעילות הצבאית שלה לאורך חופי עזה, בשמי עזה ובתקופות שונות גם על הקרקע בעזה.

תושבי עזה אינם יכולים להכניס מיכלית חלב אל תוך רצועת עזה ללא אישור ישראלי, מרצה זר אינו יכול לבקר באוניברסיטה בעזה, אלא אם כן ישראל מנפיקה עבורו היתר לביקור, אם בעזה אינה יכולה לרשום את בנה במרשם האוכלוסין הפלסטיני בלי אישור ישראלי, דייג בעזה לא יכול לדוג בחוף של עזה בלי לקבל היתר מישראל, ארגון שלא למטרות רווח בעזה אינו יכול לקבל תרומה פטורה ממס בלי אישור ישראלי, מורה בעזה אינה יכולה לקבל את משכורתה אלא אם כן ישראל מסכימה להעביר כספי מסים למשרד החינוך הפלסטיני, חקלאי בעזה אינו יכול לשווק את פרחי הציפורנים ועגבניות השרי שלו אלא אם כן ישראל מתירה להוציא את הטובין מעזה וסטודנט בעזה אינו יכול ללמוד במדינה שלישית בלי הסכמה ישראלית לפתוח את המעבר בין עזה למצרים.

פרק זה סוקר את הדרכים בהן ישראל ממשיכה לשלוט על עזה, והן:

- שליטה ניכרת במעברים היבשתיים של עזה;
- שליטה על הקרקע באמצעות פלישות ונוכחות צבאית קרקעית לא סדירה;
- שליטה מלאה במרחב האווירי של עזה;
- שליטה מלאה במים הטריטוריאליים של עזה;
- שליטה על מרשם האוכלוסין הפלסטיני (ובכלל זה הגדרת "תושב עזה");
- שליטה על מדיניות המס ועל העברת כספי המסים עצמם;

- שליטה על יכולתה של הרשות הפלסטינית להפעיל סמכויות שלטוניות;
- שליטה על הגדה המערבית, שיחד עם רצועת עזה מהווה יחידה טריטוריאלית אחת.

השליטה הישראלית בעזה, המתוארת להלן, מתרחשת על רקע של מערך יחסים מורכב בין ישראל והרשות הפלסטינית, ששורשיו מצויים בתהליך השלום של אוסלו ובהסכמי הביניים שנחתמו ב-1995.²² כחלק מתהליך זה, ישראל העבירה לרשות הפלסטינית סמכויות מסוימות בהן החזיקה באמצעות תפיסה לוחמתית בעזה ובגדה המערבית. בד בבד, ישראל שמרה בידה על כל הסמכויות שלא הועברו במפורש לרשות הפלסטינית וכן שמרה על אחריות כוללת בשטחים הכבושים, שנקבע כי מעמדם יישאר ללא שינוי בתקופת הביניים:

”ישראל תעביר כוחות ואחריות כפי שמפורט בהסכם זה מהממשל הצבאי הישראלי והמנהל האזרחי שלו למועצה, בהתאם להסכם זה. ישראל תמשיך להפעיל כוחות ואחריות שלא יועברו כאמור.”²³

העברת סמכויות מסוימות לרשות הפלסטינית שינתה את טבעה של האחריות הישראלית כלפי האוכלוסייה האזרחית בעזה ובגדה המערבית, כל זאת מבלי לפטור את ישראל מחובותיה מכוח המשפט הבינלאומי והישראלי, בתחומים שבהם המשיכה להפעיל שליטה ישירה.

באופן דומה, פינוי ההתנחלויות ומתקני הצבא הקרקעיים הקבועים מרצועת עזה שינה את טבען של החובות כלפי תושבי עזה, בכל הנוגע לאותם תחומים בהם בוצעה העברה אמיתית של סמכויות. אולם, השינויים המוגבלים בשליטה לא סיימו את האחריות הישראלית כלפי תושבי עזה, בייחוד בתחומים בהם נותרו התושבים כפופים להגבלות משמעותיות שכופה ישראל. העיקרון הוא פשוט ומוכר היטב במשפט הבינלאומי והישראלי: מקום שבו ישנה שליטה, ישנה גם אחריות.

²² הסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, ישראל- הרשות הפלסטינית, סעיף 28, 28 בספטמבר 1995, I.L.M. 551 36 (1997) [להלן: "הסכם הביניים"].

²³ שם, סעיף 1.

א. ישראל שולטת בתנועה אל עזה וממנה דרך מעברים יבשתיים

למרות ההתנתקות, נותרה בידי ישראל שליטה על המעברים היבשתיים של עזה, כולל:

- שליטה מלאה על כניסת זרים;
- שליטה מלאה על כניסת פלסטינים, שאינם רשומים במרשם האוכלוסין שנשלט על ידי ישראל;
- שליטה מלאה על יבוא טובין;
- שליטה מוגבלת על כניסת תושבים פלסטינים הרשומים במרשם האוכלוסין שנשלט בידי ישראל (מחזיקי תעודות זהות פלסטיניות);
- שליטה מלאה על כניסתם ויציאתם של כל האנשים והטובין, מכוח היכולת לסגור את כל המעברים אל עזה וממנה.

1. שליטה על תנועת אנשים

29

לרצועת עזה יש מעברים יבשתיים לשתי מדינות: ישראל ומצרים. כפי שניתן לצפות, ישראל שולטת בתנועה אל תוך ישראל מעזה ומישראל לעזה. אולם, ישראל שולטת גם בתנועת אנשים בין עזה למצרים הנעשית דרך מעבר רפיח, המעבר היחיד שפועל בין מצרים לעזה.²⁴

בחודשיים שלאחר השלמת תכנית ההתנתקות, נותר מעבר רפיח סגור, זאת עד שנקבע ההסכם בדבר תנועה וגישה, שנעשה בתיווך ארצות הברית ושעוסק בפתיחת המעברים שבין עזה למצרים ולגדה המערבית.²⁵ על פי תנאי ההסכם, הרשות הפלסטינית מפעילה את מעבר רפיח תחת פיקוח של נציגים מטעם האיחוד האירופי שנמצאים במעבר ושל גורמי בטחון ישראלים רשמיים, שמפקחים על הנעשה במעבר באמצעות מצלמות במעגל סגור ומעקב אחר רשימות הנוסעים.

²⁴ בעקרון, ישראל שולטת גם בתנועת אנשים דרך מעבר כרם שלום, הממוקם בסמוך לגבול שבין ישראל, מצרים ועזה, אולם מעבר זה טרם נפתח לתנועה.

²⁵ הסכם בדבר תנועה וגישה – עקרונות מוסכמים למעבר רפיח, ישראל-הרשות הפלסטינית, 15 בנובמבר, 2005. זמין ב- www.mfa.gov.il [להלן: "הסכם בדבר תנועה וגישה ועקרונות מוסכמים"].

על פי ההסכם, המעבר דרך רפיח מוגבל, פרט למספר חריגים, לפלסטינים שרשומים במרשם האוכלוסין הפלסטיני, שכאמור נשלט בידי ישראל. בנוסף, ישראל שמרה גם את הזכות לחסום כניסתם של מחזיקי תעודות זהות פלסטיניות, שהיא רואה בהם "פעילי טרור".²⁶

מסגרות החריגים כוללות דיפלומטים, משקיעים זרים, נציגים זרים של ארגונים בינלאומיים מוכרים ומקרים הומניטריים – שיכולים להיכנס לרצועה, אך גם זאת בכפוף לזכות וטו של ישראל, שיכולה בתוך 48 מהגשת הבקשה לרשום את התנגדותה לכניסה לעזה.²⁷

גורמי בטחון ישראלים מפקחים על המעבר ברפיח באמצעות מצלמות, שמשדרות מהמעבר בזמן אמת.²⁸ התנגדות מצד ישראל לכניסת זר באחת מקטגוריות ה"חריגים" מפעילה הליך של התייעצות בין נציגים ישראלים, פלסטינים והאיחוד האירופי, שבמהלכו האדם מנוע מלהיכנס לעזה.²⁹

ישראל היא שמקבלת את ההחלטה הסופית אם זר רשאי להיכנס לעזה, למרות שלשון ההסכם רומזת שלישאל תפקיד מיעוץ.³⁰ ועל פי משרד הביטחון:

"בהתאם להסכמי הביניים, בקשות למעבר זרים אשר אינם נושאים תיעוד פלסטיני מועברים לאישור הצד הישראלי לאחר שאושר על ידי הצד הפלסטיני.

²⁶ מכתב מרון רומן, דובר צה"ל, לעו"ד שרי בשי מיום 29 בינואר, 2006 (ברשות המחברים), המפרט את הקטגוריות של האנשים המורשים לעבור במעבר רפיח. על פי המכתב: "בהתאם להסדרים, המעבר נועד לתנועת בעלי תעודות זהות פלסטיניות בלבד. תנועת מי שאינם בעלי תעודות זהות פלסטיניות במעבר מותרת על פי ההסכם במספר קטגוריות חריגות:

א. דיפלומטים

ב. משקיעים זרים

ג. נציגים זרים של ארגונים בין לאומיים מוכרים

ד. מקרים הומניטריים

ככלל, לא קיים איסור על מעבר בעלי תעודות זהות פלסטיניות, למעט מעבר פעילי טרור, במעבר רפיח".

²⁷ עקרונות מוסכמים, לעיל הערה 25.

²⁸ שם.

²⁹ שם.

³⁰ שם. ההסכם קובע שלאחר שהתנגדות נרשמת על ידי ישראל "הרשות הפלסטינית תודיע לממשלת ישראל על החלטתה בתוך 24 שעות ותכלול את הסיבות להחלטתה".

...

ככלל, אין אנו מכירים מעבר תושבים אשר אינם נושאים תיעוד פלסטיני אשר בקשתם לעבור ברפיח נשללה.

על פי ה-APRC [הסכם בדבר תנועה וגישה], קיימות ארבע קבוצות חריגות של זרים (אינם נושאים תיעוד פלסטיני) אשר יכולים לעבור במעבר רפיח. והם:

דיפלומטים

מקרים הומניטריים חריגים

עובדי ארגונים בינלאומיים

משקיעים זרים.

מי שאינו נכלל באוכלוסיות אלו, אינו רשאי לעבור במעבר רפיח על פי ה-APRC.³¹

כך, כאשר ישראל מסרבת להתיר את כניסתו של זר, המתאים לאחת מקטגוריות החריגים, אותו אדם מנוע מלהיכנס לרצועה.³²

31

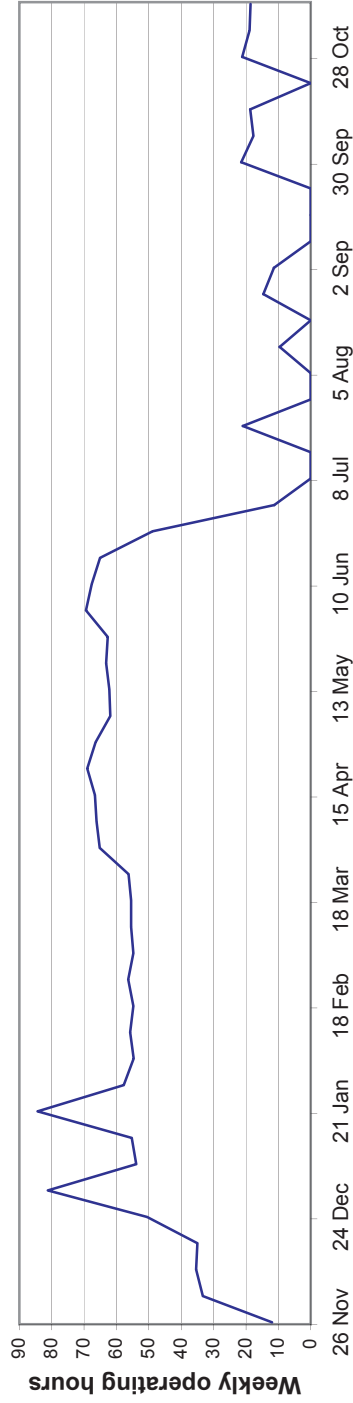
לשליטה זו על מעבר רפיח יש תוצאות משמעותיות עבור תושבי עזה. תושבי עזה יכולים לקבל זרים רק דרך מעברים המצויים בשליטת ישראל. פירושו של דבר הוא, שכל המבקרים צריכים לא רק לקבל ויזה על מנת להיכנס לישראל, אלא לקבל גם היתר כניסה לעזה.³³ יכולתם של תושבי עזה לקבל ביקורים של בני משפחה, מרצים אורחים, בעלי מקצוע, אנשי עסקים ועובדי צוות רפואי מוגבלת באופן ניכר, במיוחד בשל הדרשה שזרים יקבלו ויזה לביקור בישראל.

³¹ מכתב מאייל פרידמן, משרד מתאם פעולות הממשלה בשטחים, משרד הביטחון, לער"ד שרי בשי, מיום 9 באוקטובר 2006. זמין ב- www.gisha.org.il.

³² ע"א(מ) 829/05 מריאתי נ' שר הפנים (לא פורסם).

³³ לאחר קבלת ויזת כניסה לישראל, מבקרים חייבים ללכת למשרדיהם של גורמי צבא רשמיים במחסום ארז ולבקש היתר כניסה לעזה, שאפשר שיוענק ואפשר שלא. יש לציין שעל פי הסכמי אוסלו, הרשות הפלסטינית יכולה לבקש שהיתר ביקור יוענק לאנשים המבקשים להיכנס לעזה ולגדה המערבית, אולם מאז ספטמבר 2000, ישראל סירבה להעניק רשיונות ביקור או להוסיף אנשים (למעט ילדים קטינים של מחזיקי תעודות זהות פלסטיניות) למרשם האוכלוסין הפלסטיני. ראו: המוקד להגנת הפרט ובצלם, "משפחות בהקפאה – האיסור שמטילה ישראל על איחוד משפחות בשטחים מאז פרוץ האינתיפאדה השנייה" (יולי 2006) [להלן: "משפחות בהקפאה"], עמ' 17-26, זמין ב- www.btselem.org.

שעות העבודה השבועיות, מעבר רפיח
26 בנובמבר 2005 עד 4 בנובמבר 2006 (UN-OCHA)



לדוגמה, ב-ע"מ (י"ם) 829/05 מריאתי נ' משרד הפנים, סורבה בקשתה של העותרת, רופאה שביקשה להעניק טיפול רפואי לאוכלוסיית עזה, לקבל ויזה לישראל, הדרושה לצורך הכניסה לעזה דרך מעבר ארז. גם היתר להיכנס לעזה דרך מעבר רפיח לא ניתן לה, בשל הדרישה הכפולה, לפיה ישראל מאשרת את כניסתם של אלה שאינם מחזיקי תעודות פלסטיניות וקובעת מי הוא מחזיק תעודת זהות פלסטינית. במלותיה של ד"ר מריאתי:

"בתשובה למאמצי להיכנס לעזה, נאמר לי שאזרחים אמריקאים, גם אלה שמוצאם פלסטיני, אינם רשאים להיכנס לעזה דרך מעבר רפיח, אלא אם כן יש להם תעודת זהות מקומית, המוכיחה שהם תושבים של רצועת עזה."³⁴

לד"ר מריאתי לא הונפק לבסוף היתר להיכנס לעזה.

ישראל מפעילה שליטה מוחלטת על פתיחת מעבר רפיח, והיא השתמשה בשליטה זו מעת לעת על מנת לסגור את עזה לעולם החיצון. על מנת שמעבר רפיח יפתח, על הפקחים מטעם האיחוד האירופי וגורמים רשמיים מטעם הרשות הפלסטינית להיות נוכחים בו, וגורמי בטחון ישראלים רשמיים חייבים לאייש את חדר המצב, שמפקח על המעבר באמצעות מצלמות במעגל סגור. ישראל היא שמחליטה בפועל אם הפקחים מטעם האיחוד האירופי יוכלו להגיע למעבר, זאת באמצעות הוצאת אזהרות ביטחוניות, שמורות לפקחים אם הם יכולים לאייש את עמדותיהם במעבר רפיח ביום נתון, או לא.³⁵ בין ה- 25 ביוני 2006 וה- 14 בנובמבר 2006 מעבר רפיח היה פתוח במשך 21 יום בלבד, ובכל יום

³⁴ לעיל, הערה 32.

³⁵ על מנת להגיע למעבר רפיח, הפקחים האירופאים חייבים לעבור דרך מעבר כרם שלום, המופעל על ידי ישראל, ושהיה סגור באופן כמעט רצוף מאז ה- 25 ביוני, 2006. ישראל גם הוציאה אזהרות ביטחון והודיעה להם שמעבר קרני לא יפתח בשל חששות ביטחוניים, ולכן גורמי ביטחון ישראלים רשמיים לא יאיישו את "חדר המצב". אזהרות ביטחון אלה מונעות את פתיחת מעבר רפיח. דוברת מטעם פקחי האיחוד האירופי הממונים על רפיח (EUBAM in EU Border Assistance Mission) אישרה זאת בראיון עם "ג'ישה", ולאחר מכן בהתכתבות בדואר אלקטרוני. כפי שגברת טלריה כתבה באי-מייל לעו"ד נעם פלג מ"ג'ישה", בעקבות ראיון אישי: "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-EUBAM סמכות ביצועית שמתירה לנו לפתוח את המעבר אם הצדדים האחרים אינם נמצאים". אי-מייל ממריה טלריה (Maria Telleria) לעו"ד נעם פלג, 21 בנובמבר, 2006 (ברשות המחברים) וראיון עם מריה טלריה ופקחים מטעם האיחוד האירופי, נוהל על ידי עו"ד נעם פלג ב- 6 בנובמבר, 2006.

למשך פחות משעתיים בממוצע, במקום 12 השעות שהיו קבועות בדרך כלל.³⁶

ישראל טוענת שהחלטה אם להתיר את פתיחת מעבר רפיח מתבססת על שיקולי בטחון ומציינת מקרים שבהם פרצה לחימה ליד מעבר רפיח.³⁷ ברם, דוחות ומסמכים פנימיים של הצבא מצביעים על כך, שישראל השתמשה ביכולתה לסגור את המעבר על מנת להפעיל לחץ על תושבי עזה בניסיון להביא להחזרתו של החייל גלעד שליט, שנשבה ב- 25 ביוני, 2006.³⁸ בפועל, בשנה הראשונה שלאחר השלמת תוכנית ההתנתקות ישראל השאירה את מעבר רפיח סגור במשך 148 יום. משמעות הדבר היא, שעזה היתה מנותקת מעולם החיצון במשך 42% מהזמן.³⁹ בין ה- 25 ביוני 2006 ועד לכתיבת שורות אלה היה מעבר רפיח סגור, פרט לימים אקראיים שבהם הותרה תנועה בכיוון אחד או בשני הכיוונים. במובן זה, ההתנתקות הובילה למעשה להגבלות רבות יותר על יכולתם של רוב תושבי עזה להיכנס לרצועה או לעזוב אותה.

³⁶ משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטריים, *The Agreement on Movement and Access One Year*, On זמין ב- www.ochaopt.org.

³⁷ ראו מכתבו של אייל פרידמן לשרי בשי, 25 בספטמבר, 2006, לעיל הערה 31.

³⁸ על פי מסמך צבאי פנימי, ממשלת ישראל, בעצת גורמי ביטחון, משאירה את מעבר רפיח סגור עד שתושג התקדמות בעניין החזרת החייל החטוף, והיא פתחה אותו לעיתים כדי להקל מעט על הלחץ, כולל על מנת לאפשר לחולים לעבור מצד לצד לשם קבלת טיפול רפואי שאינו זמין בעזה. ראו: אבי יששכרוף, "ישראל משתמשת במעבר רפיח ללחץ על הרשות הפלסטינית לשחרר את שליט", הארץ, 31 באוגוסט, 2006. זמין בארכיון הארץ: <http://www.haaretz.co.il>. הד"ח הפנימי עליו התבסס המאמר של הארץ מופיע בסוף נייר עמדה זה. תגובת שר הביטחון לפניות עמותת "גישה" בעניין מעבר רפיח מצורפת כנספח לנייר העמדה, בעמוד 34.

³⁹ הנתונים לקוחים ממשרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטריים, *The Agreement on Movement and Access One Year*, On זמין ב- www.ochaopt.org. השנה שלאחר תוכנית ההתנתקות נמדדת מה- 12 בספטמבר, 2005 עד ה- 11 בספטמבר, 2006.

רפיח, רצועת עזה, 6 בדצמבר 2006.
פלסטינים ממתנים לעבור את הגבול
למצריים במעבר רפיח הסגור מזה
כמה שבועות (גטי אימג'ס)



2. שליטה על תנועת טובין

ישראל שולטת באופן מלא ביבוא טובין לעזה ומפעילה שליטה ניכרת על יצוא מעזה למדינת שלישיות ולגדה המערבית.

יבוא

יבוא דרך רפיח אינו מותר, למעט חפצים אישיים של נוסעים.⁴⁰ ישראל הודיעה שתתיר יבוא לעזה ממצרים דרך מעבר כרם שלום, הממוקם סמוך לנקודת המפגש של ישראל, מצרים ועזה ומצוי בשליטה ישראלית.⁴¹ אך עד כה, יבוא ממצרים הוגבל למשלוחים לא סדירים של אספקה הומניטרית בלבד.

מעבר קרני שבין ישראל לעזה הוא עורק החיים המרכזי דרכו נכנסים טובין מסחריים לרצועת עזה. משום שיבוא אל עזה אינו מותר דרך האוויר, הים או מעבר רפיח, אפשר להכניס לעזה רק טובין שמגיעים קודם לישראל ונבדקים שם. במהלך השנה הראשונה שלאחר כניסתו לתוקף של ההסכם בדבר תנועה וגישה, מעבר קרני היה פתוח רק 222 יום, כשבמשך 166 מימים אלה מדובר היה בפתיחה חלקית למספר מוגבל של שעות, ותוך הפעלת מספר קטן מהנתיבים המסחריים הקיימים בו.⁴²

ההגבלות על יבוא דרך מעבר קרני גרמו, בזמנים שונים, למחסור חמור בטובין בסיסיים, שסיכן את בריאותם ורווחתם של תושבי עזה, ובמיוחד במרץ 2006, ובמשך המבצעים הצבאיים שלאחר נפילתו בשבי של החייל גלעד שליט ב-25 ביוני 2006 בידי פעילי חמאס.⁴³ במהלך מבצעים אלה, ישראל הרסה את תחנת הכוח היחידה של עזה כשהפציצה שישה שנאים, שמספקים 43% מהחשמל לעזה. עזה שקעה באפלה ותפקודם של מוסדות חיוניים כגון המערכת הרפואית ומערכת המים נפגע. זאת בשל העדר החשמל ובשל הגבלות על אספקת דלק וחלפים דרך מעבר קרני ומעבר הדלק בנחל עוז, שנסגרו על ידי הצבא בסוף

⁴⁰ 29 בינואר, 2006, מכתב מדובר צה"ל, לעיל בהערה 26; עקרונות מוסכמים, לעיל בהערה 25, כלל 1 (E) של חלק 7 לנספח תעריפי המכס הישראליים.

⁴¹ מכתב מדובר צה"ל, לעיל הערה 40.

⁴² הנתונים נתקבלו ממשרד האר"ם לתיאום עניינים הומניטריים (ברשות המחברים).

⁴³ ראו: Paltrade, "Karni Terminal Movement Monitoring – August 2006" [http://www.paltrade.org/Publications/World_Bank_Monthly_Report_August_2006.pdf].

חודש יוני ובתחילת חודש יולי 2006.

מערכות הביוב והמים קרסו בשל העדר החשמל והמחסור בדלק ובחלפים הדרושים להפעלת גנרטורים ולתיקון צינורות. סגן מנהל שירות המים המוניציפלי של חוף עזה, מר מאהר נג'ר, מסביר כיצד אספקת המים והתפקוד של מערכת הסניטציה של עזה תלויים בנכונותה של ישראל להתיר כניסת טובין ואספקה לעזה:

" אין ברשותנו חלקי חלוף לתקן את הצנרת וציוד אחר. ניסינו להשיג חלקי חלוף אלה דרך מעבר קרני, אבל עוד לא קיבלנו אותם. אנחנו מחכים שהצד הישראלי יאשר את הכנסתם....

אם לא נשיג עוד דלק במהלך הימים הקרובים, אנו עומדים מול קטסטרופה. אין מספיק דלק בשוק המקומי שיספיק לצרכינו...

הכלור וכימיקלים נוספים הדרושים למערכת המים והביוב לא נכנסו לעזה, והמחסור בהן משפיע על חיי האוכלוסייה. אנחנו מחכים לאישור מהצד הישראלי.⁴⁴

⁴⁴ תצהיר של מר מאהר נאג'ר, נמצא ברשות המחברים והוגש לבית המשפט העליון בבג"צ 5841/06, האגודה לזכויות האזרח נ' שר הביטחון, זמין ב- www.gisha.org.

קרני, רצועת עזה, 2 ביולי 2006.
איש בטחון הולך בין משאיות
שממתינות בתור במעבר קרני שבין
ישראל לעזה (גטי אימג'ס).





יצוא

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

יצוא מעזה מתבצע דרך מעבר קרני, דרכו עוברות משאיות עמוסות סחורות בדרכן לחו"ל דרך שדה התעופה או נמלי הים של ישראל. ישראל, ששולטת במרחב האווירי ובמים הטריטוריאליים של עזה, אינה מתירה יצוא ישיר מעזה דרך הים או האוויר. בעקרון, ההסכם בדבר תנועה וגישה קבע אפשרות לקיים יצוא דרך מעבר רפיח למצרים, אולם נתיב יצוא דרך מצרים טרם הוקם. השליטה שישראל מפעילה במעבר רפיח מקשה על קביעת נתיב יצוא דרך מעבר רפיח⁴⁵, אם כי ישנם גם פרטים שדורשים פתרון מצד מצרים והרשות הפלסטינית, לשם הקמתו. העובדה שמעבר רפיח סגור רוב הזמן (מאז יוני 2006) הופכת את פיתוח הנתיב לבלתי אפשרי.

במשך שנת 2006, סגרה ישראל את מעבר קרני לייצוא באופן תדיר ונימקה סגירה זו בהתרעות בטחוניות. בכך גרמה ישראל נזק חמור לכלכלת עזה והפכה את התוצרת המיועדת ליצוא לחסרת ערך. במשך העונה החקלאית של חורף 2006 (1 בינואר עד 2 במאי), שבה היו אמורים חקלאי עזה לייצא תותי שדה, עגבניות שרי, פרחים ומוצרים מובחרים אחרים לישראל, לגדה המערבית ולאירופה היה מעבר קרני סגור במשך 47% מהזמן.⁴⁶ הסגרים גרמו להפסדים משוערים של 30 מיליון דולר ברבע הראשון של 2006 בלבד.⁴⁷ במשך הזמן הזה, חקלאים השמידו את היבולים שלהם, תרמו אותם או השאירו אותם להירקב

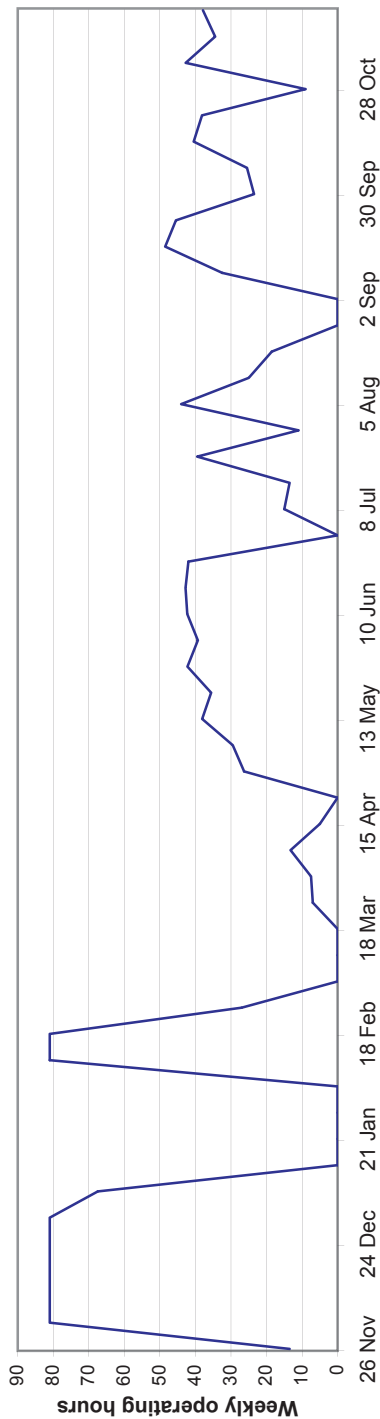
⁴⁵ לדוגמה, משום שישראל אינה מתירה יבוא דרך מעבר רפיח, משאית פלסטינית עמוסה בסחורות ליצוא יכולה לצאת מעזה דרך רפיח, אבל אינה יכולה לחזור לעזה. משא ומתן התנהל על מנת להגיע להסכם, לפיו משאיות מצריות יוכלו להיכנס לעזה לצורך העמסת מטענים ולקחת אותם למצרים, אך טרם נעשו הסדרים לשם כך. ראו:

"An Update of Palestinian movement, Access and Trade in the West Bank and Gaza" (August 2006) page 8-9.

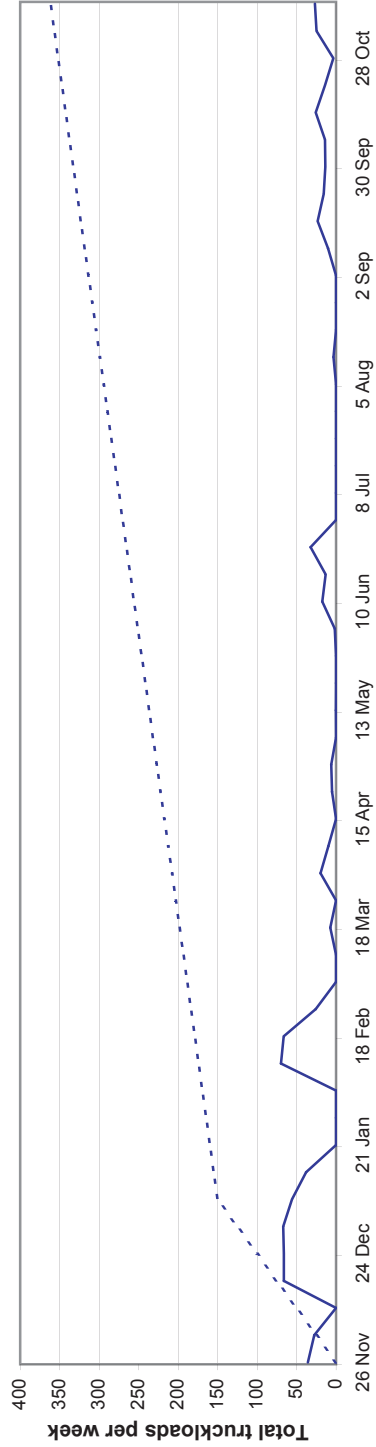
⁴⁶ משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטריים, רצועת עזה: דו"ח מצב, 29 במרץ, 2006. זמין ב- www.ochaopt.org

⁴⁷ *The Agreement on Movement and Access One Year On*, לעיל, הערה 36.

שעות העבודה השבועיות, מעבר קרני
26 בנובמבר 2005 עד 4 בנובמבר 2006 (UN-OCHA)



המשאיות שיצאו את עזה דרך מעבר קרני
 26 בנובמבר 2005 עד 4 בנובמבר 2006 (UN-OCHA)



בשדות, משום שלא יכלו להוציא אותם מעזה אל שווקי היצוא.⁴⁸

יונס אבו שבאנה, חקלאי המייצא עגבניות שרי וגמבה מעזה לאירופה, מתאר את ההשלכות של סגירת מעבר קרני על ידי ישראל על עסקיו ועל 370 העובדים שהוא מעסיק:

”באמצע ינואר האחרון, היו בבעלותי 40 טון סחורה ליד מעבר קרני אשר המתינו שם להעברה. בנוסף, במפעל היו יותר מ-100 טון שהיו מוכנים לייצוא, וכן בחממות החקלאיות ששטחן 220 דונם המתינה כמות מוערכת של 220 טון. לאחר שהירקות מסווגים וארוזים בתוך הקרטונים, הם אינם יכולים לחכות תקופה ארוכה לשיווק. כל דחיה בייצוא פירושה ריקבון והשמדה של המוצרים. על כן, לאחר 20 יום של המתנה, הושמדה הסחורה... כעת, הפועלים אינם עובדים ואני אמור להשמיד את כל הסחורה שנשארה במפעלים ובחממות.”⁴⁹

גם כשמעבר קרני נפתח, הוא נפתח לשעות מוגבלות ובמספר נתיבים קטן בלבד. בשנה הראשונה שלאחר כניסתו לתוקף של ההסכם בדבר תנועה וגישה, המספר הממוצע של משאיות שעזבו את עזה בכל יום עמד על 185, במקום על 400 משאות ביום, כפי שנקבע בהסכם, וכפי שדרוש לתושבי עזה על מנת לשמור על רמת המסחר הנחוצה לכלכלת 1.4 מיליון התושבים.⁵⁰

⁴⁸ עמדת ישראל היא שאין זו חובתה להשאיר את מעבר קרני פתוח, אך היא בוחרת לעשות כן כעניין של מדיניות, ושהיא סוגרת את מעבר קרני, שהותקף בעבר על ידי פלסטינים, רק כשתנאי הביטחון אינם מאפשרים את פתיחתו. ראו תגובת המדינה מ-26 באפריל, 2006 בבג"צ 2990/06 מרכז מיזאן לזכויות אדם ואחרים נ' שר הביטחון (לא פורסם), זמין ב-www.gisha.org. עמדתה של "גישה", כפי שיבואר להלן, היא שישאל מחויבת חוקית להשאיר את מעברי עזה פתוחים על מנת לשמור על התפקוד התקין של כלכלת עזה, כולל החובה להתיר יצוא דרך נמלי ישראל, במיוחד לאור האיסורים הישראליים על יצוא דרך האוויר והים. ראו: עתירה מיום 4 באפריל, 2006, בבג"צ 2990/06 מרכז מיזאן לזכויות אדם ואחרים נ' שר הביטחון.

⁴⁹ תצהיר של יוניס אבו שבאנה מיום 15 במרץ, 2006, ברשות המחברים והוגש לבית המשפט העליון בבג"צ 2906/06 מרכז מיזאן לזכויות אדם ואחרים נ' שר הביטחון.

⁵⁰ *The Agreement on Movement and Access One Year On*, לעיל הערה 36, הנספח.



עזה, רצועת עזה, 30 בינואר 2006. חקלאים פלסטינים משמידים את היבולים שלהם במחאה על סגירת מעבר קרני, המונעת מהם לייצא את הסחורה שלהם (גטי אימג'ס).

ב. ישראל שולטת באופן מלא במרחב האווירי ובמים הטריטוריאליים של עזה

מאז כיבוש עזה ב-1967, מפעילה ישראל שליטה מלאה ובלעדית על המרחב האווירי ועל המים הטריטוריאליים של עזה.⁵¹ אין מעבר של אנשים או של טובין אל תוך עזה דרך הים או האוויר. אף על פי שההסכם בדבר תנועה וגישה מנובמבר 2005 צפה משא ומתן לגבי בניית נמלים בעזה,⁵² 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 הטריטוריאליים.⁵³

שליטת ישראל על המים הטריטוריאליים של עזה מגבילה את תעשיית הדיג של עזה, ולאחרונה הביאה לעצירתה המוחלטת. דיגים פלסטינים חייבים לקבל רשיונות כדי לדוג במימי החוף של עזה.⁵⁴ מאז ה-25 ביוני 2006 אוסרת ישראל ברוב המקרים על פעילות סירות דיג, ובכך למעשה השמידה חלק ניכר מתעשיית הדיג של עזה ומנעה מקור חשוב של חלבונים משווקי עזה.⁵⁵

כלי שיט של חיל הים הישראלי מסיירים בחופי עזה, מרחיקים כלי שיט שמנסים לעגון בחופי עזה, ומחרימים סחורות מוברחות כגון כלי נשק או חומרים נרקוטיים.⁵⁶ מטוסי קרב ומזל"טים ישראליים מסיירים בקביעות בשמי עזה, משתמשים במצלמות על מנת להשקיף על פעילות, ומעת לעת יורים טילים שמטרתם להתנקש בחשודים, אך לעיתים קרובות פוגעים גם באזרחים.

⁵¹ הסכם הביניים שימר שליטה זאת, אף על פי שהוא, והסכמים שבאו אחריו, צפו הקמת נמל ימי ונמל אווירי, לעיל, הערת 25. ראו סעיפים 13 ו-14 להסכם הביניים, לעיל הערה 22.

⁵² הסכם בדבר תנועה וגישה, לעיל הערה 25.

⁵³ *The Agreement on Movement and Access One Year On*, לעיל הערה 36.

⁵⁴ על פי הסכם הביניים, לעיל הערה 22, למעט באזורי חיץ מסוימים, דיג יותר עד למרחק של 20 מיילים ימיים מחוץ עזה, סעיף 14 להסכם הביניים. אולם, כעניין שבפרקטיקה, חיל הים הישראלי מתיר דיג רק עד מרחק של שישה או עשרה מיילים ימיים מחוץ.

⁵⁵ ראו: UN OCHA Humanitarian Update (יוני/יולי 2006), עמ' 10, זמין ב-www.ochaopt.org.

⁵⁶ הסכם הביניים, לעיל הערה 22, נספח 1, סעיף 1 (XIV) (ב).

רפיח, רצועת עזה, 5 ביולי 2006.

משפחות פלסטיניות הולכות ברחובות החשוכים,
אחרי שחיל האוויר הישראלי הפציץ את תחנת הכוח
המספקת 43% מהחשמל לרצועה (גטי אימג'ס).





ג. ישראל שולטת על התנועה בתוך עזה באמצעות פשיטות תקופתיות ו"אזורי חיץ"

ישראל שולטת בתנועה בתוך רצועת עזה באמצעות נוכחות צבאית לא סדירה וירי ארטילרי מעמדות הממוקמות לאורך הגבולות עם עזה.

ישראל שולטת בחלק צפוני של רצועת עזה, עליו הכריזה בדצמבר 2005 כעל "אזור חיץ" והזהירה את התושבים שהם צפויים לירי אם יתפסו במקום. הגבלות התנועה באזור החיץ נאכפות באמצעות עמדות ארטילריה צפופות הממוקמות לאורך גבולותיה של ישראל עם עזה. ישראל הכריזה על אזורי חיץ נוספים בעיקר ליד הגדר, שתוחמת את רצועת עזה, והיא מודיעה על כך לתושבים באמצעות הוראות שהיא נותנת לגורמי בטחון פלסטיניים.⁵⁷

מאז 28 ביוני 2006 מנהלים כוחות צבא ישראלים מבצעים צבאיים נרחבים בעזה, במיוחד באזור בית חנון (צפון) ורפיח (דרום) בעזה. לדוגמה: בשעות הבוקר המוקדמות של ה-28 ביוני 2006 השמידו מטוסי קרב ישראלים את שנאי החשמל של עזה, שסיפקו 43% מהחשמל שבו השתמשו התושבים, והפציצו מספר גשרים וכבישים. יחידות של חיל תותחנים, חיל הנדסה וחיל רגלים של הצבא הישראלי נכנסו לרצועת עזה. עשרה ימים לאחר מכן נכנסו טנקים ישראלים לעזה, באזור ההתנחלויות שפונו והערים הקיימות בבית לאקיה, ועם בוקר הגיעו שבעה קילומטרים אל תוך עזה. ב-8 ביולי, טנקים וכוחות הנדסה נכנסו לחלק המרכזי של רצועת עזה, דרך המעבר המסחרי בקרני, והקימו מחנה ליד שכונות המגורים סג'עיה וזייתון.

מאז פועלים כוחות קרקעיים ברחבי עזה, משמידים נשק ומשגרי טילים, סוגרים אזורים לתנועה, מאלצים משפחות לעזוב את בתיהן, חתכו קווי חשמל על מנת ליצור מחסה בחסות החשכה והוציאו צוים המורים לאוכלוסייה האזרחית להתרחק מאזורי לחימה.⁵⁸

⁵⁷ ראו למשל: United Nations Office of Coordination for Humanitarian Affairs, *Protection of Civilians*, Weekly Briefing Notes, for the period Feb. 2, 2006 to Feb. 21, 2006, זמין ב- www.ochaopt.org.

⁵⁸ פרטים על הפעילויות של הצבא בעזה אפשר למצוא באתר האינטרנט של צה"ל:

<http://www1.idf.il/DOVER/site/mainpage.asp?sl=HE&id=7&docid=53616.HE>

כוחות אלה גם השתלטו מספר פעמים על ציר פילדלפי, לאורך הגבול שבין עזה למצרים, ודיווחו כי מצאו והשמידו מנהרות לאורך הגבול.⁵⁹

ד. ישראל שולטת במרשם האוכלוסין הפלסטיני

ההגדרה של מיהו "פלסטיני" ומיהו תושב רצועת עזה והגדה המערבית, למטרות של כניסה לעזה ולגדה או יציאה מהן ולכל מטרה אחרת, נשלטת על ידי ישראל. על אף שהסכם הביניים אמור היה להעניק לרשות הפלסטינית ה"סמכות להחזיק ולנהל מרשמים ורשומות של האוכלוסייה",⁶⁰ סמכות זו הוגבלה להדפסת שינויים במרשם האוכלוסין הפלסטיני, המשותף לגדה המערבית ולעזה, שאושרו כבר על ידי ישראל. מאז שנת 2000, ישראל לא התירה תוספות למרשם האוכלוסין הפלסטיני, למעט במקרה של קטינים, שהם ילדיהם של מחזיקי תעודות זהות פלסטיניות.⁶¹

למעשה, מספר רב של תושבי עזה שחיים בה במשך שנים ושאינן להם כל בית אחר פרט לעזה, לכודים בעזה בשל השליטה הישראלית בגבולות ובמרשם האוכלוסין. על פי ההערכות, עשרות אלפי תושבים, כולל נשים שנכנסו לעזה באמצעות רישיונות ביקור ונישאו לתושבי עזה, חיים בעזה אך אינם יכולים לקבל תעודות זהות פלסטיניות. כתוצאה מכך, הם אינם יכולים לעזוב את עזה משום שלא יורשו לחזור אליה.

מירוות אלנאחל, למשל, היא עורכת דין בת 31 ואמא לשלושה ילדים, שנכנסה לעזה עם רישיון ביקור בשנת 1994. בקשותיה להאריך את הרישיון ו/או לקבל תעודת זהות פלסטינית נענו בשלילה.⁶²

⁵⁹ שם.

⁶⁰ הסכם הביניים, לעיל הערה 22.

⁶¹ ראו: "משפחות בהקפאה", לעיל הערה 33, עמ' 17-26, זמין ב- www.btselem.org.

⁶² שם.

מירוות אלנאחל, עורכת דין בת 31 ואמא לשלושה ילדים, נכנסה בשנת 1994 לעזה עם רישיון ביקור. בקשותיה להאריך את הרישיון ו/או לקבל תעודת זהות פלסטינית נענו בשלילה.

באופן רשמי, מירוות אינה קיימת. היא אינה יכולה לעזוב את עזה, כיון שבלי תעודת זהות היא לא תוכל להיכנס חזרה דרך מעבר רפיח ולשוב למשפחתה, לביתה ולמקום עבודתה.

במילותיה של מירוות:

"נולדתי בלוב. אבי הוא עריק פלסטיני, שעזב את רצועת עזה בשנת 1966 ולא יכול היה לחזור לשם עד לשנת 1994.

באתי לעזה עם משפחתי בשנת 1994. מאז כשלו כל ניסיונותיי לקבל תעודת זהות פלסטינית.

עד שנת 1994 היה ברשותי מסמך מצרי שמהווה מעין דרכון, אבל מאז גיל 19 לא יכולתי להאריך את המסמך, משום שעברנו לעזה. מאז אני בלי תעודת זהות ובלי דרכון.

כתוצאה מכך, אני כלואה בעזה. אני לא יכולה לצאת מחשש שלא יתנו לי לחזור.

אני עורכת דין במקצועי, אבל העובדה שאני לא יכולה לצאת את עזה מונעת ממני להתפתח מקצועית ולקדם את הקריירה, שחלמתי עליה. אין באפשרותי להשתתף בכנסים ובימי עיון, אני לא יכולה להשתתף בהשתלמויות מחוץ לעזה ואני לא יכולה לנסוע לחו"ל.

הדברים הקטנים שנחשבים ליום יומיים וברי ביצוע הם משימה קשה עבורי. כך למשל, כשפניתי לבנק על מנת לפתוח חשבון ולהפקיד בו את המשכורת שלי, ביקשו ממני הפקידים להביא שני אנשים שיעידו על זהותי וסרבו לקבל את המסמך המצרי שבידי.

בתעודת הזהות של בעלי כתוב שהוא נשוי, אך השדה "שם האישה" ריק מתוכן. ילדי נולדו בעזה לאמא אשר רשמית - אינה קיימת.

אני רוצה לנסוע לחו"ל כדי להתפתח מקצועית. אני רוצה לפתוח חשבון בנק משלי. אני רוצה להיות קיימת גם בעיני הרשויות. אני רוצה להיות שדה ריק בתעודת הזהות של בעלי."

באופן רשמי, מירוות אינה קיימת. היא אינה יכולה לעזוב את עזה, כיון שבלי תעודת זהות היא לא תוכל להיכנס חזרה דרך מעבר רפיח למשפחתה, לביתה ולמקום עבודתה. היא לא יכולה לפתוח חשבון בנק על שמה, כיוון שאין לה כל זהות רשמית. יכולתה לקבל סיוע בינלאומי של מזון או ממון מוגבלת, בשל העובדה שאין לה תעודות רשמיות. ובמילותיה של מירוות:

”מאז שהגעתי לעזה, אני לכודה כאן. אינני יכולה לעזוב בשל הפחד שלא אוכל לחזור.....

בתעודת הזהות של בעלי כתוב שהוא נשוי, אבל המקום של ”שם בן הזוג” ריק. ילדיי נולדו בעזה לאמא, שבאופן רשמי לא קיימת”.

על אף שכעניין טכני הרשות הפלסטינית מדפיסה ומנפיקה תעודות זהות, היא אינה מדפיסה תעודות זהות שסותרות את הרישום במחשבים הישראליים. זאת בשל השליטה הישראלית ברשומות האוכלוסין הישראליות, שקובעות מיהו פלסטיני ולפיכך קובעות מי יכול להיכנס לעזה ולצאת ממנה.

ה. ישראל שולטת במערכת המיסוי ובמדיניות הפיסקלית של עזה

51

על פי פרוטוקול פריז מ-1994, ישראל שולטת במערכת המיסוי בשטחי הרשות הפלסטינית, כולל עזה והגדה המערבית, למעט על מסים ישירים כגון מס הכנסה וסוגים מסוימים של מע”מ ומכסים.⁶³ ישראל, ששולטת בכל היבוא אל עזה והגדה המערבית, גובה מע”מ ומכסים המוטלים על יבוא עבור הרשות הפלסטינית, ואמורה להעביר אותם לרשות מידי חודש. שיטה זו מעניקה לישראל שליטה לא רק על מדיניות המיסוי ועל אספקת טובין הומניטריים לעזה, אלא גם על הרשות הפלסטינית במיוחד על השירותים הציבוריים שלה, הממומנים מכספי מסים.

השליטה הישראלית במדיניות המס משפיעה על החיים האזרחיים בעזה, כולל על אספקת שירותים הומניטריים. לדוגמה, היכולת של ארגונים שלא למטרות רווח לקבל תרומות פטורות ממס של ציוד או חומרים, תלויה באישור הרשויות הישראליות. אם אישור כזה לא ניתן, ארגונים בעזה צריכים לשלם מסים בשיעור שיכול להגיע גם ל-100%, דבר שהופך את קבלת התרומות

⁶³ ראו הסכם הביניים, לעיל הערה 22, נספח 5.

לבלתי אפשרית עבורם. מנהל המרכז הלאומי לשיקום קהילה, מר ח'אלד אבו זאיד, מרכז שיקום שלא למטרות רווח בעזה, מסביר את משמעות השליטה הישראלית על מדיניות היבוא:

"המרכז הלאומי לשיקום קהילה זקוק לאישור ישראלי על מנת לקבל פטור ממסים על תרומת טובין..

בעבר, כשהרשויות הישראליות סרבו להנפיק פטור ממס, המרכז הלאומי לשיקום קהילה היה צריך להחזיר ציוד לתורמים האירופיים ששלחו אותו, משום שאין לו את הכסף לשלם את המכסים.⁶⁴

ישראל שומרת על שליטה מלאה ב"מעטפת המכס" הפלסטינית והיא שולטת ומפקחת כל הטובין שמורשים להיכנס לעזה ולצאת ממנה וגובה מסים ומע"מ, על פי התעריפים הישראליים, עבור הרשות הפלסטינית.⁶⁵ מרכיבי שליטה אלה מעניקים לישראל כוח ניכר על המדיניות הכלכלית והפיסקלית בעזה:

"לקובעי מדיניות פלסטינים אין כל כלים למדיניות מוניטרית, מדיניות שער חליפין ומדיניות מסחר או אפילו מערך שלם של אמצעי מדיניות פיסקלית. בידי הרשות הפלסטינית יש שליטה מוגבלת בלבד על מיסוי וניהול תקציב, שכן החלק הגדול של הכנסות ממסים נקבע בתעריפים ישראליים ... העברת הכנסות אלה מהצד הישראלי לרשות הפלסטינית כפופה להחלטות פוליטיות מצד ישראל.⁶⁶

גם בית המשפט העליון הכיר בחשיבותה של מדיניות המס לשליטה בכלכלת עזה והגדה המערבית, וציין שחובתו של כובש להשיב את הסדר הציבורי על כנו כוללת דאגה לכלכלה מתפקדת.⁶⁷

⁶⁴ תצהיר של חאלד אבו זאיד, מנהל המרכז הלאומי לשיקום קהילה מיום 2 בפברואר 2006, נמצא ברשות "גישה".

⁶⁵ Protocol on Economic Relations, Isr.-P.L.O., Apr. 29, 1994. הפרוטוקול מופיע כנספח IV ב-Agreement on the Gaza Strip and the Jericho Area, Isr.-P.L.O., May 4, 2004, 33 I.L.M. 622 (1994) להלן: הסכם עזה – יריחו].

⁶⁶ United Nations Conference on Trade and Development, The Palestinian War-Torn Economy: Aid, Development and State Formation 17, UNCTAD/GDS/APP/2006/1 (2006).

⁶⁷ בג"צ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2), 197, 228.

ו. ישראל מפעילה שליטה על הרשות הפלסטינית ועל יכולתה לספק שירותים לתושבי עזה

מדינת ישראל טוענת שהיא העבירה באופן חד צדדי את השליטה על עזה לרשות הפלסטינית, וכי כל טענה בעניין תנאים או שירותים ברצועת עזה יש להפנות לרשות.⁶⁸ אולם טענה זו מתעלמת מהשליטה שישראל מפעילה על הרשות הפלסטינית, ובכלל זה על יכולתה לספק שירותים לתושבי עזה והגדה המערבית.

בשנת 2005 עמדו הכנסות המסים שגבתה ישראל עבור הרשות הפלסטינית על כ-50% מההכנסה התפעולית של הרשות.⁶⁹ החל מחודש מרץ 2006, ובעקבות ניצחון חמאס בבחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית בינואר 2006, הפסיקה ישראל להעביר את הכספים הללו לרשות הפלסטינית.⁷⁰ כתגובה לניצחון חמאס, הפסיקו גם רוב המדינות התורמות להעביר לידי הרשות הפלסטינית כספי תרומות. כתוצאה ממדיניות כפולה זו, רוב המועסקים על ידי הרשות הפלסטינית לא קיבלו את משכורתיהם מאז פברואר 2006.⁷¹

אי התשלום משפיע על כ-172,000 עובדי ציבור בעזה ובגדה המערבית ועל מיליון התושבים שתלויים במשכורות אלה לצורכיהם הבסיסיים.⁷² החל ב-2 בספטמבר 2006, שבתו מורים ועובדים של שירותי בריאות פלסטינים ברחבי עזה והגדה המערבית, כשהם סוגרים מעת לעת בתי ספר, שירותים מוניציפליים ומשרדי ממשלה, במחאה על אי תשלום שכרם.⁷³

⁶⁸ בג"צ 11120/05, תגובת המדינה מיום 19 בינואר, 2006, פסקה 28.

⁶⁹ United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, Assessment of the Future Humanitarian Risks in the Occupied Palestinian Territory 1 (2006).

⁷⁰ שם.

⁷¹ שם.

⁷² מספר עובדי הציבור על פי דו"ח של הבנק העולמי, "The Palestinian Fiscal Crisis," 7 במאי 2006, מס' 13 בעמ' 3-4.

⁷³ ראו למשל: United Nations Office of Coordination of Humanitarian Affairs, Protection of Civilians: Weekly Briefing Notes, 13-19 September 2006, www.ochaopt.org.

שליטה בכספים, שהם עורק החיים של הרשות הפלסטינית, היא לא רק שליטה ברשות הפלסטינית כישות, אלא גם שליטה בפרנסתם של תושבי עזה ובאספקת שירותים ציבוריים, כולל שירותי בריאות וחינוך. האחריות לשירותים אלה אולי עברה באופן רשמי לרשות הפלסטינית, אך בעיכוב התקציב הדרוש על מנת לממש אחריות זו, ישראל היא שמונעת אספקת שירותים אלה.⁷⁴ כפי שמתאר תושב עזה, שאביו מועסק כמפקח בריאות על ידי משרד הבריאות הפלסטיני, אי העברת כספי המסים מסכן יכולתם של עובדי הציבור לספק שירותי בריאות לתושבי עזה:

”המשכורת של אבי משולמת על ידי הרשות הפלסטינית, אשר ממומנת על ידי הכנסות ותרומות, לרבות מיסים וכספי מכס אשר ישראל גובה בשם הרשות הפלסטינית... אבי מאמין בעבודתו בשמירה על בריאותם ורווחתם של תושבי עזה, אולם משפחתי זקוקה למקור פרנסה”.⁷⁵

ישראל שולטת אפילו בהרכב הרשות הפלסטינית, מכוח שליטתה על הבחירות ברשות ועל תפקוד מוסדות הממשל הפלסטיניים. ישראל מחליטה בשאלה מי יכול להצביע בבחירות באמצעות שליטתה במרשם האוכלוסין הפלסטיני, ובכוחה להתיר או לאסור על תושבי מזרח ירושלים להשתתף בבחירות. ישראל שולטת גם בזכות המועמדים, באמצעות שליטתה על כניסת אנשים, שאינם מחזיקים תעודות זהות פלסטיניות אל עזה והגדה המערבית.

ישראל שולטת גם ביכולת של משרדי הממשלה הפלסטינית לתפקד כהלכה, שכן בנוסף לשליטתה על ענייני כספים, ישראל שולטת בתנועה בין עזה לגדה המערבית, והיא מנעה לאחרונה מנושאי משרות רשמיות בממשלת חמאס להיכנס ולהשתתף בפגישות של הפרלמנט והממשלה. בסוף חודש יוני 2006 ניהלה ישראל מבצע, שבמהלכו עצרה גורמים בכירים בממשלה ברשות הפלסטינית באשמת טרור. ישראל ממשיכה להחזיק בשרים של הרשות הפלסטינית, ומגבילה את יכולתם לכהן במשרות להן מונו.

⁷⁴ מאז מרץ 2006, עובדי ציבור פלסטיניים, כולל מורים, עובדי תברואה ואחרים שבתו לסירוגין במחאה על אי תשלום שכרם, סגרו בתי ספר ושיבשו אספקת שירותים חיוניים. עובדים אחרים לא היו מסוגלים לבצע את עבודתם בשל העדר תקציב. לדוגמה, מפקחי בריאות לא יכלו לנסוע לאתרים בשל העדר תקציב לשלם עלויות דלק. ראו באופן כללי www.ochapof.org, לדו"חות המתארים את השיבושים באספקת שירותים ציבוריים בעזה ובגדה המערבית.

⁷⁵ ראו בג"צ 11120/05, תגובת העותרים מיום 5 במרץ, 2006, תצהיר של מוחמד אבו ריאלה, נספח P 10 (ברשות הכותבים).

למעשה, שליטתה הישירה הנמשכת של ישראל על הגדה המערבית היא צורה של שליטה עקיפה על עזה, שכן עזה והגדה המערבית מהוות שני חלקים של יחידה טריטוריאלית אחת.⁷⁶ זו יחידה שלה מערכת מאוחדת ובלתי ניתנת להפרדה של מוסדות אזרחיים, הממומנת מאותו תקציב מרכזי ומנוהלת בידי אותה רשות מרכזית. לדוגמה, מערכת החינוך הפלסטינית מפעילה בתי ספר ואוניברסיטאות בעזה ובגדה המערבית. השליטה הישראלית במוסדות הגדה המערבית (שליטה בלעדית על כניסה לגדה המערבית וגישה לאוניברסיטאות של הגדה המערבית, שליטה על תקציב משרד החינוך הפלסטיני, על זהותם של נושאי התפקידים הרשמיים בו ועל יכולתו להפעיל בתי ספר) היא צורה משמעותית של שליטה על מערכת החינוך הפלסטינית הן בגדה המערבית והן בעזה. בכך שישראל מונעת מאז שנת 2000 מתושבי עזה להיכנס לגדה המערבית על מנת ללמוד שם, היא מפעילה לחץ על מערכת החינוך הגבוה הפלסטינית, הן בעזה והן בגדה המערבית, שכן כך נדרש שיכפול משאבים ופקולטות אקדמיות בכל המערכת.

בעוד שיתכן שלא די במרכיב שליטה אחד, כשלעצמו, לבסס שליטה אפקטיבית, ההשפעה המצטברת של התנאים הללו עומדת ללא ספק בתנאים הדרושים להחלת הגנות הומניטריות של המשפט הבינלאומי, כפי שיוסבר בפרק הבא.

⁷⁶ הסכם הביניים, לעיל הערה 22, סעיף 11.

שמור

יועץ: שהב"ט

טל': [הושמט]

פקס: [הושמט]

24 באוגוסט 2006

סימוכין: שר כללי 386--220806

לוח הפצה

הנדון: סטטוס מעבר רפיח – סיכום דיון

רקע

1. סוגיית מעבר רפיח מוכרת וידועה והמעבר סגור כאשר ברקע סוגיות שונות כמו: מכס, הברחות, תנועות פעילי חמא"ס, מעבר חנ"מ וכדומה.
2. דיון בנושא התקיים ביום 22 באוגוסט 2006 בראשותו של הח"מ.

[...]

סוגיות לדיון

6. עמדת הגופים השונים באשר סטטוס המנדט, הארכתו ושדרוגו.

סוגיות משפטיות

7. סוגיות על הפרק הם:

- פתיחת המעבר – בטווח הקצר והארוך.

- המשך קיום המנדט – משמעויות ועמדות.

- קטיגוריות חריגות במעבר.

-הסדרים בטחוניים ומכסים.

8. עמדת המשתתפים:

- אג"ת:

- לאפשר פתיחת המעבר מעת לעת רק לאחר השבת החייל החטוף והפסקת הירי מהרצועה (הירי כאמצעי לחץ).

[...]

- מחייב דיון על תפיסה כוללת של המעברים – מדיניות ויישום.

- דבל"א:

[...]

- לישראל אין בעצם מנדט לסגור את המעבר המופעל בהסכם פלסטיני מצרי וסיוע אירופאי.

משה"ח:

- האירופאים לוחצים לפתוח את המעבר ולכן צריך לפתוח אפילו "במייד" למספר ימים ולשחרר לחצים.

[...]

שב"כ:

- מתנגדים לפתיחת המעבר אפילו לשעות ספורות (כל עוד סוגיית החייל החטוף תישאר כפי שהיא ויש להתמיד בלחץ בשלב זה).

- מרכזים נתונים לגיבוש עמדה באשר לטווח הארוך.

[...]

מתפ"ש:

- בטווח המידי לאפשר תנועות במעבר על רקע מבקרי קיץ באזור.

- בטווח הבינוני יש התנגדות לפתיחה עד לשחרור החייל החטוף.

[...]

יועץ שהב"ט, [השם הושמט]

- המעבר אינו אמצעי לחץ.

[...]

● בערכת מכלול השיקולים, יש לפתוח המעבר וסגירתו תעשה בכפוף להתרעות ממוקדות וישירות.

סיכום

9. בטווח הקצר צריך לפתוח את המעבר ולשחרר את הלחץ הקיים (25 אוטובוסים במעבר), וזה יעלה לאישור שהב"ט.

[...]

16. ממליץ על המשך עמ"ט מול האירופאים / אמריקאים והפלסטינים לבחינת סטטוס המעבר והמשך פעילותו, בטווחי הזמן הקצר הבינוני והארוך.

17. בברכה,

[השם הושמט]

יועץ שהב"ט

פרק 4

ישראל ממשיכה לחוב
חובות כלפי תושבי
עזה מכוח דיני הכיבוש
הבינלאומיים

טענתה של ישראל, כאילו הנסיגה הביאה לסיום חובותיה כלפי תושבי עזה, מבוססת על הבנה צרה של המושג כיבוש, כמצב המוגדר באופן בלעדי על ידי נוכחות קרקעית רצופה בשטח מסוים. תחת זאת, התפיסה המקובלת היא, שיש להבין את המונח כיבוש במושגים של יכולת להפעיל שליטה אפקטיבית בשטח מסוים, יכולת שקשורה באופן הדוק, אך לא כתנאי בלעדיו אין, לנוכחות צבאית קרקעית קבועה בשטח. כפי שהראנו, ישראל מפעילה שליטה אפקטיבית על מספר היבטים משמעותיים של החיים בעזה, ולכן, באותם תחומים שבהם היא מפעילה שליטה כזו, קמות לישראל חובות מכוח המשפט הבינלאומי בדבר דיני כיבוש. אחריות זו תמשך עד שישראל תסיר את שליטתה האפקטיבית ותעבירה לגורם אחר.

א. הגדרת המונח "כיבוש"

בספרות המשפטית העוסקת בדיני כיבוש דנים בשאלת ההגדרה - מתי קיים מצב של כיבוש? סעיף 42 לתקנות האג משנת 1907 מגדיר כיבוש כמצב המתחיל בשעה ששטח "נמצא למעשה תחת שלטון צבא האויב", רעיון המוכר בספרות כ"שליטה אפקטיבית". 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, מספר פרשנים בתחום בחרו דווקא בגורם זה כתנאי בלעדיו אין למעמד הידוע כ"כיבוש". כוחות צבאיים בפנים – כיבוש, כוחות צבאיים בחוץ – הכיבוש מסתיים.

עמדתה של עמותת "גישה" היא, שהשקפה אחרונה זו אינה נכונה ומתארת באופן שגוי את האמנות הבינלאומיות עצמן ואת מהות הרעיון של כיבוש, כפי שהתפתח במשפט הבינלאומי. להשקפת "גישה", שנתמכת בפסיקה ובפרשנות על הנושא, מהות המושג "כיבוש" מצויה ברעיון השליטה, כלומר שליטה צבאית של שטח כבוש על ידי כוח זר. השקפה זו מעבירה את הדיון מן הנוכחות הצבאית הקרקעית הפיזית אל ההגדרה התכליתית של שליטה.

למה הכוונה בשליטה? שליטה פירושה שימוש בכוח על מנת להשפיע על חיי אדם. ניתן להפעיל כוח בפועל, כמו למשל כשמטוסי סילון מסיירים בשמיים, משתמשים במצלמות על מנת לעקוב אחר פעילות ויורים על אנשים החשודים כלוחמים, כשמפקדי צבא קובעים אזורים לאורך החוף שבהם דייגים יכולים לדוג ואז משתמשים בספינות תותחים לירות על אלה שתעו אל מחוץ לאותם אזורים, או כשכוחות קרקעיים נכנסים לשכונה, סורקים את הרחובות

ואת הבניינים בחיפוש אחרי כלי נשק והורסים בתים. ניתן להפעיל כוח גם באמצעות איום, למשל כשמפקדים צבאיים אומרים שישלחו כוחות קרקעיים לסגור מעבר גבול, או שכל מי שימצא באזורי החיץ האסורים לתנועה שברחבי עזה צפוי לירי ארטילרי, והכוחות יכולים לבצע זאת, לפי שיקול דעתם.

השאלה הקריטית היא מהי מידת השליטה הממשית הדרושה, על מנת לקיים מצב של כיבוש, מצב שבו הכוח הזר מפעיל די שליטה, כדי להביא על עצמו חובות כלפי תושבי השטח שנתון לשליטתו.

קרוב לוודאי שאין תשובה חד משמעית בהתמודדות עם שאלה זו, אבל בהתבסס על בחינת מקרה אחר מקרה, אפשר לזהות מתי שליטה של ממשלה זרה על שטח, שאינו חלק משטחה הריבוני, הגיעה לרמה של כיבוש. רמת השליטה על עזה, כפי שנטען להלן, היא מקרה עובדתי ברור של כיבוש.

שאלה משנית היא באיזו מידה מושפעות החובות שחב הכובש מרמת השליטה המופעלת. שאלה חשובה זו נשאלה מאז תחילת תהליך השלום של אוסלו, על פיו הועברו חלק מהסמכויות ותחומי האחריות, שקודם החזיקה בהם ישראל, לרשות הפלסטינית, בעוד שישראל שמרה על אחריות כוללת בשטחים. יש לשאול שאלה משנית זו בהקשר של מחלוקות ספציפיות באשר להיקף החובות של ישראל בעזה.

עמותת "גישה" טוענת, שפינוי המתנחלים והמתקנים הצבאיים הקבועים מרצועת עזה היה שינוי שבדרגה, ולא שינוי שבסוג: במספר מקרים דרגת השליטה הישראלית על תחומי החיים בעזה פחתה, אולם ישראל לא הרפתה משליטתה ולא שמה קץ לחובותיה מכוח דיני הכיבוש הבינלאומיים.

ב. ישראל ממשיכה לשאת באחריות מכוח דיני הכיבוש הבינלאומיים, גם אם כיבוש עזה מבוצע באמצעים לא מסורתיים

1. על פי ה- Martens Clause והמשפט הישראלי יש לפרש חובות הומניטריות באופן רחב ועל פי תכליתן

המסגרת לפירוש חובותיה של ישראל מול תושבי עזה צריכה להביא בחשבון את תכלית המשפט הבינלאומי – הגנה על אזרחים – תכלית שמטה את כף

המאזניים, במקרה של ספק, לטובת החלת הגנות על אזרחים. גישה תכליתית זו, לשאלה של תחולת הגנות הומניטריות, מעוגנת היטב במשפט ההומניטרי ובמשפט הישראלי.

אמנת האג מ-1899 כוללת הוראה המכונה ה- Martens Clause, שמוסיפה סעיף שיורי לתחולת המבחנים המנויים באמנה.⁷⁷ ה- Martens Clause התפתח לכדי כלל אצבע פרשני של המשפט ההומניטרי הבינלאומי, כזה הממלא את הפערים המצויים בין ההגנות המנויות, בהתאם לעיקרון לפיו המשפט הבינלאומי מגן על אזרחים ועל צדדים לוחמים, אפילו במצבים שנובעים מסכסוך מזוין ושמונחי האמנות ההומניטריות לא צפו או שלא יכלו לצפות.⁷⁸ הנוסח של הסעיף באמנת האג מ-1899 הוא כדלקמן:

”עד לעריכת קובץ דינים מושלם יותר מוצאות המעצמות המתקשרות לנחוץ לקבוע, כי במקרים שאינם מוסדרים ע”י התקנות שאומצו על ידיהן, ממשיכים הצדדים הלוחמים והתושבים להיות בפיקוחם ונהגתם של עקרונות המשפט הבינלאומי, השאובים מנוהגים המקובלים בין האומות בנות התרבות מחוקי האנושות ומצווי המצפון הציבורי.”⁷⁹

אף על פי שה- Martens Clause הוצע במקור כדי ליישב סכסוכים בעניין מעמדם של אזרחים שאוחזים בנשק על מנת להגן על מדינתם, השתמשו בו כדי להחיל את עקרונות המשפט ההומניטרי על מצבים ופרקטיקות, שלא הוזכרו או שלא נצפו בהוראות ספציפיות של אמנה.⁸⁰

ה- Martens Clause הופיע, בצורה זו או אחרת, בכל אמנה הומניטרית חשובה

Theodor Meron, *The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*,⁷⁷ 94 AM. J. INT'L L. 78, 79 (2000).

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

Hague Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land art. 23(e), July 29, 1899,⁷⁹ 32 Stat. 1803 [להלן: האג II מ-1899].

Rupert Ticehurst, *The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict*, 317 INT'L REV. OF THE RED CROSS 125 (1997)⁸⁰

מאז 1899.⁸¹ הוא נכלל באמנת האג מ-1907, בצורה כמעט זהה לסעיף באמנה מ-1899. בהקשר של הסתלקות מהאמנה, אמנות ז'נבה מ-1949 אישרו גם הן את ה- Martens Clause ואת החובות של מדינות לכבד את "המנהגים הקיימים בין עמים תרבותיים, מחוקי האנושיות ומצו המצפון הציבורי".⁸²

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".⁸³

בית המשפט בנירנברג ציין גם שה- Martens Clause יועד במקור להעניק הגנות נוספות באופן ספציפי ל"שטח שנתון לתפיסה לוחמתית".⁸⁴

על פי הנשיא לשעבר של בית הדין הפלילי הבינלאומי לעניין יוגוסלביה לשעבר (להלן: ICTY), תיאודור מרון (Meron), ה- Martens Clause הקים הנחה פרשנית לטובת החלת ההגנות של המשפט הבינלאומי:

"הוא [ה- Martens Clause] תומך בפירוש החוק הבינלאומי, במקרה של ספק, באופן שעולה בקנה אחד עם עקרונות האנושיות צווי המצפון הציבורי".⁸⁵

עקרונות המשפט הבינלאומי ההומניטרי המנויים בסעיף ממשיכים לחייב מדינות, אפילו במצבים שנובעים מסכסוך מזוין שהוראות האמנה הספציפיות לא צפו.⁸⁶



⁸¹ Meron, לעיל בהערה 77, בעמ' 78.

⁸² אמנת ז'נבה הרביעית, לעיל בהערה 4, סעיף 158 (סעיף זה משותף לכל ארבע אמנות ז'נבה מ-1949, כסעיף 63/62/142/158).

⁸³ Meron, לעיל בהערה 77, בעמ' 80 (מצטט את: U.S. Mil. Trib. 620, 622 (15 Ann. Dig. in re Krupp, 1948)).

⁸⁴ שם.

⁸⁵ Meron, לעיל הערה 77, 88-87.

⁸⁶ שם.

בחוות הדעת המייעצת לגבי האיום או השימוש בנשק גרעיני,⁸⁷ פנה בית הדין הבינלאומי לצדק ל- Martens Clause, בהקשר של תכלית החוק ההומניטרי. בית הדין הצהיר, ששני העקרונות העיקריים של המשפט ההומניטרי הם ה"הגנה על האוכלוסייה האזרחית ועל מטרות אזרחיות" והאיסור על "גרימת סבל בלתי נחוץ ללוחמים".⁸⁸ ה- Martens Clause, נקבע, מגן על שתי תכליות אלה, ועומד על "הרלבנטיות המתמשכת של המשפט ההומניטרי, בלי קשר להתפתחויות של סוגי מצבים או טכנולוגיה".⁸⁹ יתר על כן, ה- Martens Clause תומך ברעיון "שחוקי הסכסוך המזוין לא מספקים רק קוד משפטי פוזיטיבי, אלא גם מספקים קוד מוסרי" המבוסס על הדעות של קהילת העולם.⁹⁰

במילים אחרות, הפרוש הנכון לסעיף 42 של אמנת האג הוא פירוש מתפתח, שמביא בחשבון שינויים בדרך שבה שליטה מופעלת. כפי שציין השופט שהבודין (Shahabuddeen) בחוות דעתו הנפרדת בעניין הנשק הגרעיני:

"ההצהרות באמנות האג... על סמך ה- Martens Clause, ייבאו אל המשפט ההומניטרי עקרונות שהלכו הרבה יותר רחוק מהאמנה הכתובה; כך הוא העניק להן מימד דינמי, שלא הוגבל בזמן".⁹¹

גישה זו להבנת החובות ההומניטריות ותחולתן מעוגנת היטב במשפט הישראלי, שאימץ גישה תכליתית לפרשנות משפטית, במיוחד ביחס למסמכים ישנים, וקובע שיש לפרש אותם לאור תכליתם האובייקטיבית – העקרונות והערכים אותם מסמכים אלה נועדו לקדם.⁹²

⁸⁷ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. 226, para. 78 (July 8) [להלן: חוות הדעת בעניין נשק גרעיני].

⁸⁸ שם, פסקה 78.

⁸⁹ Neil McDonald & Scott Sullivan, *Rational Interpretation in Irrational Times: The Third Geneva Convention and the "War on Terror"*, 44 HARV. INT'L L.J. 301, 306 (2003) (internal citations omitted).

⁹⁰ Ticehurst, לעיל הערה 80.

⁹¹ חוות דעתו של השופט מוחמד שהבודין בחוות הדעת בעניין נשק גרעיני, לעיל הערה 87, מפנה ל: Sean McBride, "The Legality of Weapons for Societal Destruction", in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, 1984, p. 402.

⁹² ראו, למשל, אהרון ברק, *פרשנות תכליתית במשפט* (2005).

2. התפתחויות טכנולוגיות הפחיתו את ההסתמכות על כוחות קרקעיים לצורך קיום מצב של כיבוש

את הדינים ההומניטריים החלים בזמן כיבוש יש לפרש לאור שינויים בטכנולוגיה ובשימוש בכוח.⁹³

כך קבע בית הדין הבינלאומי לצדק בחוות דעתו בעניין חוקיות השימוש בנשק הגרעיני, ואשרר שעקרונות המשפט ההומניטרי חייבים לחול על שיטות חדשות של הפעלת כוח, שהפכו אפשרויות בשל התפתחויות בטכנולוגיה הצבאית.⁹⁴ השארת המצבים האלה מחוץ לתחומו של המשפט ההומניטרי תהיה, במלותיו של בית המשפט:

”מנוגדת לאופיים ההומניטרי מיסודו של העקרונות המשפטיים שבנדון, שמחללים אל כל דיני הסכסוך המזוין, וחלים על כל צורות המלחמה ועל כל סוגי הנשק, אלה של העבר, אלה של ההווה ואלה של העתיד.”⁹⁵

בית המשפט מצטט מתוך מסמכים שהוגשו לו על ידי ניו זילנד, שקובעים כִּי:

”המשפט ההומניטרי הבינלאומי צריך להתפתח על מנת להתמודד עם נסיבות עכשוויות, והוא אינו מוגבל בתחולתו לכלי נשק של עת מוקדמת יותר. העקרונות הבסיסיים של חוק זה בעינם עומדים: למתן ולהגביל את אכזריות המלחמה בשל סיבות הומניטריות.”⁹⁶

⁹³ 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:

Stuart Walters Belt, *Emergence, Lex Lata, of a Customary Norm Requiring the Use of Precision Munitions in Urban Areas*, 47 NAVAL L. REV. 115, 116 (2000) (טוען שהופיעה נורמה חדשה במשפט הבינלאומי הנהוג, עקב ההתפתחות של פצצות מונחות מטרה, שדורשת את השימוש בהן בהתקפות באזורים עירוניים); J. Ashley Roach, *The Law of Naval Warfare at the Turn of Two Centuries*, 94 AM. J. INT'L L. 64, 75 (2000) (מתאר כיצד השימוש הכללי בהצפנה בכל התקשורות בים נטרלה למעשה את האיסור באמנת ז'נבה השנייה על שימוש בהצפנה על ידי ספינות בית חולים).

⁹⁴ חוות הדעת בעניין נשק גרעיני, לעיל הערה 87, בפסקה 78.

⁹⁵ שם, בפסקה 86.

⁹⁶ שם, פסקות 63, 64.

בדוקטרינה זו, מושא הניתוח הרלבנטי אינו האמצעים בעזרתם מופעלת שליטה צבאית, כי אם היקף השליטה וההשפעות שלה על האוכלוסייה האזרחית. במילים אחרות, כל עוד ישראל שומרת על שליטה אפקטיבית על עזה, ממשיך המשפט ההומניטרי לחול, גם אם שליטה זו מתבצעת באמצעים שלא נשקלו על ידי אמנות ז'נבה ותקנות האג, ובכלל זה שימוש בטכנולוגיה שלא היתה קיימת בעת ניסוחן או בעת חתימת הסכמים, שמעבירים תחומי אחריות מסוימים לנציגי האוכלוסייה המקומית.

התפתחויות טכנולוגיות הן שאפשרו לישראל להשיג שליטה אפקטיבית על היבטים משמעותיים של החיים האזרחיים, ללא נוכחות קבועה של כוחות קרקעיים. בעוד שבעבר, מלומדים דנו במרכיב השליטה של כיבוש, ככזה שסביר שמבוצע באמצעות נוכחות מתמשכת של כוחות קרקעיים,⁹⁷ המבחן המהותי היה ונשאר שליטה אפקטיבית והיכולת להפעיל סמכות. מבחן זה עולה בקנה אחד עם תכלית המשפט ההומניטרי.

לדוגמה, ברצועת עזה, מבצעת ישראל "תפקידי שיטור" באמצעות שימוש בטכנולוגיות צילום ומזל"טים, שמאפשרים לה לזהות מן האוויר אדם החשוד כלוחם ולהרוג אותו בעזרת שימוש בטילים הנורים מהאוויר, וכל זאת מבלי לשלוח כוחות קרקעיים לעצור אותו. היכולת לירות ארטילריה מגבול ישראל-עזה או לירות מסירות קרב לאורך החוף של עזה, הן שמאפשרות לישראל לקיים אזור חיץ אסור לתנועה בצפון רצועת עזה, מבלי להחזיק כוחות קרקעיים על בסיס קבוע. השימוש במצלמות במעגל סגור במעבר רפיח, לצד ההסכמות בעניין פקחים מטעם האיחוד האירופי, מאפשרים לישראל לפקח על הנכנסים לעזה והיוצאים ממנה, ולהבטיח שרק אלה המשתייכים לקטגוריות הספציפיות של אנשים מאושרי כניסה יכנסו לעזה, 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 הפיזית על הקרקע לפי שיקול דעתה.

יש להבהיר: הבסיס לשליטה זו הוא עליונות צבאית, בין אם היא ממומשת למעשה⁹⁸ ובין אם היא מופעלת באמצעות איום בשימוש בכוח. זאת כשכל

⁹⁷ JEAN S. PICTET, COMMENTARY: IV GENEVA CONVENTION: RELATIVE TO THE PROTECTION .OF CIVILIAN PERSONS IN TIME OF WAR 60 (International Committee of the Red Cross, 1958)

⁹⁸ דובר צה"ל, לעיל הערה 58.

הנוגעים בדבר יודעים, של ישראל יש את היכולת לכפות הוראות אלה בעזרת עליונותה הצבאית.

תושבי עזה יודעים שהיבטים משמעותיים של חייהם תלויים בהחלטות שמקבל הצבא הישראלי. ישראל לא צריכה להחזיק כוחות צבאיים על הקרקע על מנת להפעיל צורה זו של שליטה.

3. פרשנות המשפט ההומניטרי דורשת ניתוח על פי הקשר ותכלית

בהערכת השליטה הישראלית על עזה יש לבחון לא רק את הכוח צבאי של ישראל, אלא גם את השליטה האדמיניסטרטיבית שלה, שנוצרה במשך ארבעה עשורים של כיבוש והתקיימה בעזרת כוח ואיום בכוח.

מאז 1967 וב- 28 השנים הראשונות של הכיבוש, שלט הצבא הישראלי במישרין ברצועת עזה ובגדה המערבית. משנת 1995 הפעילה ישראל את שליטתה באמצעות תהליך של תיאום עם הרשות הפלסטינית. במהלך תשעת החודשים הראשונים שלאחר השלמת תוכנית ההתנתקות, שליטת ישראל על עזה הופעלה בעיקר באמצעות שליטתה על גבולות האוויר, האדמה והים של עזה, מרשם האוכלוסין ומערכת המס, כמו גם באמצעות סמכות הוטו שלה, על הפעלת סמכויות השלטון של הרשות הפלסטינית. החל מיוני 2006, השליטה הישראלית הופעלה גם על ידי נוכחות צבאית קרקעית בעזה אמנם חלו שינויים באמצעים שדרכם מופעלת השליטה, אולם היכולת להפעיל שליטה - והפעלת השליטה הלכה למעשה - נותרות בעינן.

בחוות הדעת המייעצת בעניין חוקיות חומת ההפרדה, שקובעת כי ישראל נושאת בחובות על פי האמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות כלפי האוכלוסייה הפלסטינית, מכיר בית הדין הבינלאומי לצדק בעוצמת האחריות הנובעת מעשורים של כיבוש את השליטה הישראלית לשטחים נרחבים של החיים האזרחיים.⁹⁹ בית המשפט העליון ציין גם הוא, כי במהלך כיבוש ארוך טווח, שליטה מופעלת לא רק באמצעות כוחות המסיירים ברחובות אלא גם

⁹⁹ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion para. 112, July 9, 2004, 43 I.L.M. 1009 [להלן: "חוות דעת בעניין החומה"].

באמצעות התלות של השטח הכבוש במדיניות של הכובש.¹⁰⁰

באופן שעולה בקנה אחד עם העקרונות של ה- Martens Clause, וכפי שמשתקף בניסיון המעשי בשטחים הפלסטיניים בעקבות תהליך אוסלו, החלת החוק ההומניטרי איננה עמדה של "הכל או לא כלום". רמות שונות של אחריות חלות בתחומים שונים, באופן שהולם את היקף השליטה. העובדה ששליטה בתחום אחד של החיים ויתכן והואצלה לנציגי האוכלוסייה המקומית, לא פוטרת את הכוח הכובש מאחריות ישירה בתחומים שבהם הוא כן מפעיל שליטה. במלותיו של רוברטס:

"אפשר להעז ולהציע כלל אצבע הוגן, שבכל פעם שכוחות מזוינים של מדינה שולטים בשטח זר, ומוצאים את עצמם פנים מול פנים עם התושבים, יש להחיל כמה או את כל הוראות דיני כיבוש ... גם בתי המשפט הונחו לפעמים על ידי היבטים שונים של דיני המלחמה, כולל דיני הכיבוש, אפילו במקרים בהם החלות דה יורה של האמנה הרלבנטית היתה מוטלת בספק".¹⁰¹

פרשנות נוקשה ובינארית של החובות המשפטיות אינה עולה בקנה אחד עם רוחו ותכליתו של המשפט ההומניטרי. תכלית המשפט ההומניטרי היא להגן על אזרחים במקום בו הם כפופים למרותו של כוח זר. בהתייחסו לעמדתה הרשמית של ישראל, כפי שבוטאה על ידי היועץ המשפטי לממשלה דאז מאיר שמגר, לפיה אמנת ז'נבה הרביעית לא חלה על הגדה המערבית ורצועת עזה, דוחה רוברטס את הגישה הפורמליסטית כרלבנטית לשם קביעת החלות של דיני הכיבוש:

"חולשת הטיעון שלו 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 וז'נבה".¹⁰²

¹⁰⁰ בג"צ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אוזר יהודה ושומרון; בג"צ 493/81 קניל נ' הממונה על המכס, מפקדת אוזר חבל עזה פ"ד לז(2), 197, 210; פרשת בית סוריק לעיל הערה 6.

¹⁰¹ Adam Roberts, *What is a Military Occupation*, in OCCUPATION, RESISTANCE AND LAW: INTERNATIONAL LAW ON MILITARY OCCUPATIONS AND RESISTANCE 249 (1985) at 250-251. [להלן: "רוברטס, כיבוש"].

¹⁰² רוברטס, כיבוש, לעיל הערה 101, 282.

בית המשפט העליון, ובסופו של דבר גם מדינת ישראל, דחו אף הם את העמדה הפורמליסטית לגבי דיני הכיבוש. מאז 1967, הניח בית המשפט העליון בצד את השאלה אם אמנת ז'נבה הרביעית חלה דה יורה על הגדה המערבית ועל רצועת עזה,¹⁰³ זאת בעקבות התחיבות של המדינה להחיל את ההוראות ההומניטריות דה פקטו בשטח. מדינת ישראל אימצה חובה זו מתוך הכרה בכך, שבשאלה אם אמנת ז'נבה הרביעית חלה, השיקול הדומיננטי הוא כיצד להגשים את תכלית האמנה: להגן על אזרחים, שהיבטים משמעותיים של חייהם נשלטים על ידי כוח זר.

האלטרנטיבה - שישראל תוכל למנוע מכל אדם וטובין¹⁰⁴ להיכנס לעזה או לצאת ממנה, שהיא תוכל לעכב אספקה של חשמל ומים, שהיא תוכל לעכב את כל כספי המסים הדרושים למימון שירותים אזרחיים קריטיים, ולא לספק שירותים אלה בעצמה – היא מסקנה קשה מנשוא עבור לשונו, רוחו ותכליתו של המשפט ההומניטרי הבינלאומי.

¹⁰³ ראו למשל, בג"צ 1661/05 פרשת האזורית חוף עזה. פסקה 5 לדעת הרוב והציטוטים שם.

¹⁰⁴ מכוח אמנת ז'נבה, ישראל תחוב תמיד חובה להתיר מעבר טובין הומניטריים אל תוך עזה, ללא קשר לשאלה האם היא חבה חובות על פי דיני הכיבוש, אך דיני הכיבוש ידרשו מישראל להתיר את הכניסה והיציאה של אנשים, יבוא של אספקה לא הומניטרית, יצוא טובין ופעילויות אחרות הנחוצות לחיים אזרחיים.



רפית, רצועת עזה, 30 ביוני 2006. פלסטיני ממלא מיכלי דלק בתחנת דלק במרכז העיר רפית. נוצר מחסור חמור בדלק כתוצאה מהחלטת ישראל להפסיק את אספקת הדלק לרצועת עזה בעקבות חטיפת חייל ישראלי (גטי אימג'ס).



بنزين 96

سولار

بنزين 96

سولار

مطعم
جود ابو عبد الله والي

ג. שליטת ישראל על עזה עונה על הקריטריונים ליישום תקנות האג ואמנת ז'נבה הרביעית בנוגע לדיני כיבוש

1. למטרות המשפט ההומניטרי כיבוש מוגדר כשליטה אפקטיבית ואינו דורש נוכחות מתמשכת של כוחות קרקעיים

כיצד, אם כן, לפרש את העדרם של כוחות קרקעיים קבועים בעזה, ומדוע מחשיבים מלומדים נוכחות קרקעית, כגורם מכריע בשאלת קיומו של כיבוש? כל דיון בחובות המשפטיות בעזה חייב להביא בחשבון את הגישה הפרשנית המסורתית, של פרשנים שבחנו קיום של נוכחות צבאית קרקעית זרה לצורך הקביעה אם קיימת שליטה אפקטיבית על שטח.¹⁰⁵ עם זאת, פרשנים ראו בנוכחות צבאית קרקעית מבחן ראייתי בלבד, משום שכוחות צבא היו, באופן היסטורי, האמצעי שבעזרתו הפעילו כובשים שליטה אפקטיבית והיוו מדד לשאלה אם כוח צבאי מצוי בעמדה, המקנה לו את היכולת למלא את החובות המוטלות על כוח כובש. המבחן המשפטי לכיבוש היה תמיד עובדת השליטה – ולא האמצעי שבעזרתו היא מושגת.

סעיף 42 לאמנת האג מ-1907 קובע כי "שטח נחשב ככבוש כשהוא נמצא למעשה תחת סמכות צבא האויב. הכיבוש משתרע רק על שטח שבו הוקמה סמכות כזו ושבזו היא ניתנת להפעלה."¹⁰⁶ בדונו בחובות של כוח כובש, סעיף 43 מדגיש את העברת הסמכות או נטילתה על ידי הכוח הכובש, ולא 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..."¹⁰⁷

¹⁰⁵ לעיל הערה 97.

¹⁰⁶ אמנת האג הרביעית, לעיל בהערה 5, סעיף 42.

¹⁰⁷ שם, סעיף 43. הצהרת אחריות זו של הכובש פורשה באופן רחב על ידי בית המשפט העליון הישראלי.

אף על פי שמקור סמכותו של הכוח הכובש הוא עליונות צבאית,¹⁰⁸ אין זו הנוכחות הפיזית המתמשכת של כוחות מזוינים בכל חלקי השטח, שקובעת מתי שטח הוא כבוש, כי אם היכולת להפעיל סמכות. הסיבה לכך ברורה: המשפט הבינלאומי מבקש לכפות חובות, על אלה שיש להם את היכולת למלא אותן.

הבנה זו של אמנת האג קדמה לאמנות ז'נבה מ-1949, והובעה בבירור באחד ממשפטי נירנברג - USA v. Wilhelm List.¹⁰⁹ במקרה זה, הטריבוטל הצבאי של ארצות הברית בנירנברג הגדיר את תחילת הכיבוש הגרמני ברגע שבו שליטה על שטח עברה מהממשלה 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."¹¹⁰

הטריבוטל המשיך:

"בעוד שנכון שהפרטיזנים היו יכולים לשלוט בחלקים של ארצות אלה בזמנים שונים, הוכח שהגרמנים יכלו בכל עת שרצו לתפוס שליטה פיזית במדינה. שליטתם של כוחות ההתנגדות היתה זמנית בלבד, ולא כזו שהיתה שוללת מהכוחות הגרמניים המזוינים את מעמדם ככובשים."¹¹¹

פרשנים, שכתבו בעת ניסוחן של אמנות ז'נבה, ציינו גם הם שהדרך שבה מופעלת שליטה אפקטיבית אינה מכריעה בשאלת קיומו של כיבוש. כפי שטען גרהרד וון גלאן (Gerhard von Glahn), "המשפט הבינלאומי לא מכיל כלל שממליץ על הזרוע הצבאית שבאמצעותה יש להפעיל שליטה לוחמתית אפקטיבית."¹¹²

¹⁰⁸ Christopher Greenwood, *The Administration of Occupied Territory in International Law*, 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 הבינלאומי, אלא מההפעלה המצליחה של כוח צבאי").

¹⁰⁹ USA v. Wilhelm List [The Hostages Case], *reprinted in* 3 *LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS* 56 (1949).

¹¹⁰ ש.ם.

¹¹¹ ש.ם.

¹¹² GERHARD VON GLAHN, *THE OCCUPATION OF ENEMY TERRITORY ... A COMMENTARY ON THE LAW AND PRACTICE OF BELLIGERENT OCCUPATION* 28 (1957).

בית הדין הבינלאומי לצדק חזר לאחרונה על הבנת הכיבוש על הטריבונול, כתלוי ביכולת להפעיל סמכות על שטח. בעניין הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו נגד אוגנדה,¹¹³ הצדדים טענו לעניין השאלה האם כוחות אוגנדה היו כובש באזורים של הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו, שבהם שמרה אוגנדה על נוכחות של כוחות צבאיים קרקעיים. בית הדין הבינלאומי לצדק החליט, שמה שקובע אם ניתן להתייחס אל אוגנדה ככובש הוא כינון והפעלה של סמכות. בית הדין התמקד בשליטה, במקום בתצורת כוחות ספציפית, לצורך קביעה אם דיני הכיבוש חלים, וציין כי "לא ניתן לקבוע את הגבולות הטריטוריאליים של כל אזור שכבשה אוגנדה ברפובליקה הדמוקרטית של קונגו בכך שפשוט נשרטט קו שמחבר את האתרים הגיאוגרפיים שבהם היו כוחות הצבא של אוגנדה נוכחים".¹¹⁴ במקום זאת, בחן בית הדין האם "הכוחות המזוינים של אוגנדה ברפובליקה הדמוקרטית של קונגו היו לא רק מוצבים במיקומים ספציפיים אלא גם החליפו את סמכות הממשלה של קונגו בסמכותם שלהם".¹¹⁵

המשפט הישראלי הכיר שכיבוש והחובות הנובעות ממנו מבוססים על שליטה. בבג"צ 785/87 עפו נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, קבע בית המשפט העליון כי:

"כל עוד מקיים הכוח הצבאי את השליטה בשטח, אין ניטלות מידי הסמכויות המוקנות לו וההגבלות המוטלות עליו על פי דיני המלחמה..."¹¹⁶

בעניין עפו, שלושה תושבים פלסטיניים (שניים המתגוררים בגדה המערבית ואחד המתגורר בעזה), עתרו נגד צו גירוש שהוצא נגדם על ידי הצבא הישראלי. השלושה טענו שסעיף 49 של אמנת ז'נבה הרביעית אוסר על גירוש תושבים משטח כבוש. בקטע שהובא לעיל, משתמש בית המשפט בביטוי "דיני המלחמה", אבל מתייחס באופן מיוחד לתחולת דיני הכיבוש על הגדה המערבית ועל עזה, ומוצא שהיא תלויה בהפעלת שליטה אפקטיבית על ידי צבא זר.

¹¹³ Armed Activities on the Territory of the Congo (Dem. Rep. Congo v. Uganda) 2005 I.C.J. 116 (Dec. 19) [להלן: "עניין הפעולות המזוינות"].

¹¹⁴ שם, פסקה 174.

¹¹⁵ שם, פסקה 173.

¹¹⁶ בג"צ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד מב(2) 4, 50-49.

על פי פרופ' בנבנישתי, הפסיקה בפרשת עפו ביססה את הטענה כי "דיני הכיבוש אכן חלו על רצועת עזה, פשוט משום שישראל המשיכה לשלוט באזור. התנאי ההכרחי והמספק לתחולת דינים אלה, על פי החלטתו של הנשיא שמגר, היה שליטה אפקטיבית על השטח".¹¹⁷

בית המשפט העליון הגיע למסקנה דומה בבג"צ 102/82 צמל נגד שר הביטחון, שם קבע שדיני הכיבוש חלים בכל מקום שבו מופעלת שליטה אפקטיבית, בלי קשר לשאלה האם הוקם מנהל צבאי.

בעניין צמל, בית המשפט נתבקש לצוות על הצבא להתיר פגישות בין עורכי דין ולקוחותיהם, אזרחים לבנוניים שנעצרו בלבנון והוחזקו במעצר על ידי הצבא. בית המשפט קבע כי דיני הכיבוש חלים באזור אליו כוחות הצבא נכנסו, אך לא הקימו בו ממשל צבאי:

"תחולתו של הפרק השלישי לתקנות האג ותחולתן של ההוראות המקבילות באמנה הרביעית אינן מותנות בכך שהוקמה מערכת ארגונית מיוחדת, הלובשת צורת ממשל צבאי".¹¹⁸

נקודה זו ראויה לציון, לאור עמדתה של ישראל לפיה פירוק הממשל הצבאי בעזה פטר את הצבא מאחריותו.¹¹⁹ כשהוא מצטט את המדריך הצבאי הבריטי משנת 1958, קבע בית המשפט בעניין צמל, שהמבחן לכיבוש הוא האם נמנע מהממשלה החוקית להפעיל את סמכותה והאם הכוח הזר מצוי במצב שמאפשר לו להחליף את סמכות הממשלה החוקית בסמכותו.¹²⁰

לבסוף ה-ICTY קבע בעניין Prosecutor v. Naletilic, קווים מנחים להכרעה, "האם קמה למעשה סמכותו של הכוח הכובש":

- "הכוח הכובש צריך להיות במצב המאפשר לו להחליף את סמכות הרשויות הכבושות, שהפכו בלתי מסוגלות לתפקד באופן ציבורי, בסמכותו שלו;
- כוחות האויב נכנעו, הובסו או נסוגו. במובן זה, אזורי קרב לא יכולים

¹¹⁷ EYAL BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION 111 (1993)

¹¹⁸ בג"צ 102/82 צמל נ' שר הביטחון פ"ד לז(3), 365, 373. ראו גם עמודים 374 ו-380.

¹¹⁹ ראו למשל תגובת המדינה מיום 11 ביולי, 2206 בבג"צ 10265/05, פסקה 30.

¹²⁰ בג"צ 102/82 לעיל הערה 118 בעמ' 369; UK MINISTRY OF DEFENSE, THE MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT § 11.3 (2004).

להיחשב שטח כבוש. עם זאת, התנגדות מקומית בלתי סדירה, גם כזו שמצליחה, אינה משפיעה על מציאות הכיבוש;

- לכוח הכובש יש די כוח נוכח, או את היכולת לשלוח כוחות צבאיים תוך זמן סביר על מנת להפוך את סמכותו למורגשת;

- הוקם מנהל זמני לפקח על השטח, [ו]

- הכוח הכובש פרסם ואכף הוראות לאוכלוסייה האזרחית.¹²¹

תנאים אלה לקוחים ישירות מנוסח סעיף 42 לאמנות האג, ומהם ניתן ללמוד שגם בלי שכוחות צבא קרקעיים יימצאו באופן מתמשך בכל חלקי השטח, מתקיים כיבוש. נוכחות צבאית מתמשכת על הקרקע היא, כמובן, ראיה חזקה לשליטה אפקטיבית, אבל זו אינה הדרך היחידה שבה ניתן לבסס שליטה כזו. הדבר נכון במיוחד לאור האפקט המצטבר של מרכיבי השליטה שתוארו בפרק שלוש לנייר העמדה.

אכן, כמה מלומדים בתחום המשפט טענו, כי ללא נוכחות קרקעית קבועה בעזה, אין ביכולתה של ישראל לממש את חובותיה על פי דיני הכיבוש. כך, למשל, טוען ד"ר יובל שני:

"קשה להבין כיצד ניתן לצפות באופן מציאותי מכובש ללא נוכחות קרקעית לממש את ההתחייבויות שלו על פי *jus in bello* (כלומר, שמירה על החוק והסדר, אספקת שירותים בסיסיים וכו'). לכן, למרות כוחה של ישראל להשפיע במידה מסוימת על האירועים בעזה, יכולתה לאכוף חוק וסדר על בסיס יום יומי היא מינימלית עד לא קיימת (לדוגמה, חיילים ישראלים לא סיירו ברחובות עזה מאז תחילת שנות ה-90)."¹²²

נייר עמדה זה לא מבקש להטיל על ישראל אחריות בגין סיורים ברחובות

¹²¹ Prosecutor v. Naletilic, Case No. IT-98-34-T, Judgment in Trial Chamber, P 217 (Mar. 31, 2003) (emphasis added); see also HUMAN RIGHTS WATCH, 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).

¹²² Yuval Shani, *Far Away, So Close: The Legal Status of Gaza After Israel's Disengagement*, 06, Aug. 6, -International Law Forum, The Hebrew University of Jerusalem, Research Paper No. 12, 2006, www.ssrn.com/abstract=923151.

עזה, מעבר לזו שהיא נושאת בה בגין סיורים שערכה ברחובות עזה בין 1995 ו-2005, לאחר שהעבירה סמכויות מסוימות לרשות הפלסטינית, כולל האחריות לביטחון פנים.

כשם שלאחר חתימת הסכם הביניים, ישראל נותרה כפופה לדיני הכיבוש בתחומים בהם המשיכה להפעיל שליטה, כך ישראל נותרת כפופה לדיני הכיבוש גם כעת, באותם תחומים שבהם היא ממשיכה להפעיל שליטה. בתחומים שבהם סמכויות הועברו באמת ובתמים לרשות הפלסטינית, והרשות הפלסטינית מממשת אותן, חובותיה של ישראל מוגבלות, ורמת החובה נקבעת באופן שהולם את רמת השליטה.¹²³

מספר מלומדים טענו כי החתימה על הסכם הביניים סיימה את אחריותה של ישראל בגדה המערבית וברצועת עזה מכוח דיני הכיבוש, לפחות באזורים הגיאוגרפים שבהם השליטה הביטחונית הועברה לרשות הפלסטינית.¹²⁴ השקפה זו לא התקבלה על ידי ישראל¹²⁵ או על ידי בתי המשפט הבינלאומיים,¹²⁶ שממשיכים להחיל את דיני הכיבוש בכל הקשור לאחריותה של ישראל בגין

¹²³ לדוגמה, בית הדין הבינלאומי לצדק הכיר בכך שאחריותה של ישראל לזכויות אדם בתחומים שהועברו לסמכות פלסטינית מוגבלת לחובה "לא להציב כל מכשול במימוש זכויות אלה". חוות דעת בעניין החומה, לעיל הערה 99, פסקה 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 כיבוש ותחומים שבהם דרגת האחריות הישראלית הותאמה לשינויים בהיקף השליטה. לדוגמה, בית המשפט העליון המשיך לכפות חובות מכוח סעיף 43 לתקנות האג על מנת להבטיח שאנשים מוגנים מקבלים שירותי בריאות, חינוך ורווחה ומאפשרים להם לעסוק בהתפתחות כלכלית ואנושית. ראו: בג"צ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד נח(3) 460, 443. אולם, בתחומים שבהם יכולות הועברו לרשות הפלסטינית, לדוגמה ניהול בתי ספר ובתי חולים, בית המשפט העליון קבע כי טבע החובות הישראליות השתנה, באופן שתואם את ההעברה של סמכויות מסוימות לרשות הפלסטינית.

¹²⁴ Eyal Benvenisti, *Responsibility for the Protection of Human Rights under the Israeli-Palestinian Agreement* 28 Isr. L. Rev. 297, 312 (1995).

¹²⁵ פרשת בית סוריק, לעיל הערה 6, 829-827.

¹²⁶ חוות דעת בעניין החומה, פסקה 78: "השטחים הממוקמים בין הקו הירוק (ראו פסקה 72 לעיל) והגבול המזרחי לשעבר של פלסטינה תחת המנדט, נכבשו על ידי ישראל ב-1967 במהלך הסכסוך המזוין בין ישראל לירדן. על פי המשפט הבינלאומי המנהגי, הם היו, אם כן, 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".

פעילויות באזורים פלסטיניים, גם אם טבעה של אחריות זו השתנה עם העברת סמכויות מסוימות לרשות הפלסטינית.¹²⁷

2. סיום כיבוש דורש העברה של סמכות ריבונית או לפחות הימנעות מהתערבות בהפעלת סמכות שלטונית

בעוד שכיבוש הוא מצב שקיומו תלוי בעובדות בשטח בזמן נתון, פרשנות אותן עובדות לא יכולה להתרחש בריק. החקירה בשאלה אם בשנת 2007 עזה כבושה, חייבת להביא בחשבון את השאלה האם ישראל אכן ויתרה על השליטה שהפעילה מאז 1967. במהלך כיבוש, במיוחד כיבוש שמשתרע על ארבעה עשורים (וכולל שינויים שהכניס תהליך השלום של אוסלו), יכולים מרכיבי שליטה ספציפיים להשתנות, וסמכויות יכולות להיות מואצלות, זאת מבלי שהשליטה האפקטיבית, שמחילה את דיני הכיבוש, תסתיים.

הדרך הברורה ביותר שבה יכול כיבוש להסתיים היא, כשהכוח הכובש מובס ויוצא מהשטח, או כשהשליטה בשטח מועברת מהכוח הכובש לריבון אחר מכוח הסכם שלום.¹²⁸ אולם, בהעדר סימנים ברורים כאלה, השאלה אם כיבוש הסתיים דורשת הערכה האם הכוח הכובש איבד את יכולתו להפעיל שליטה וסמכות באזור, והאם שליטה וסמכות כאלה הועברו לריבון אחר.¹²⁹ כפי שרוברטס מציין:

78

”על השאלה מתי ניתן לומר שכיבוש החל או נגמר לפעמים קל להשיב, אך בשום פנים ואופן לא תמיד. אפילו כשניתן לענות עליה בביטחון, עדיין יתכנו שלבים בין שליטה צבאית ישירה מלאה מצד אחד ועצמאות וחופש מכוחות צבא זרים מצד שני.”¹³⁰

על פי המשפט ההומניטרי השאלה הרלבנטית היא לא רק היקף השליטה

¹²⁷ ראו הערה 10 לעיל, לרשימה חלקית של עתירות לבית המשפט העליון בעניין החלת דיני הכיבוש על פעולותיה של ישראל אל מול תושביה עזה, בתחומים שנותרו בשליטתה, כולל דרישה להפסיק ביצוע טיסות במהירות על קולית בשמי עזה, ולאפשר לתושבי עזה הזקוקים לטיפול רפואי שאינו זמין בעזה להיכנס לישראל על מנת לקבל טיפול.

¹²⁸ רוברטס, כיבוש, לעיל בהערה 101, 257.

¹²⁹ שם, בעמ' 257.

שהכוח הזר מפעיל, אלא גם היקף העדר השליטה של מישהו אחר, על פי רוב של נציגי האוכלוסייה הכבושה. רוברטס מצוין שאפילו אם הכוח הזר ממשיך להפעיל שליטה מסוימת, הכיבוש יכול להסתיים אם היתה "העברה חוקית של ריבונות".¹³¹ ולהפך, גם אם הכוח הכובש נסוג, הכיבוש עשוי להימשך אם ריבונות לא הועברה:

"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".¹³² (ההדגשה הוספה).

המיקום דה פקטו של ריבונות הוא מרכזי לשאלה אם כיבוש הגיע לקצו. סיום כיבוש דורש שהכובש יעביר את הסמכות הריבונית, זו שהפעיל במקום שתופעל בידי הממשלה החוקית או המקומית, או לפחות יותר עליה בכנות ויאפשר לאחרים לקחת את המושכות לידיהם. לפי גרהרד וון גלאן:

"התפיסה הלוחמתית של שטח אויב יכול להסתיים במספר דרכים שונות: האזור יכול להיכבש מחדש על ידי כוחות הריבון החוקי או אלה של בעלי בריתו; התקוממות מוצלחת של תושביו יכולה להביא לשחרורו; הוא יכול להיות משוחרר על פי תנאים של הסכם שלום. בכל המקרים שהוזכרו, אפשר להניח שהריבונות החוקית תשלוט על השטח הנדון מייד עם תום הכיבוש".¹³³

כמובן, אם כוח כובש אחר תופס את השטח, הכיבוש בידי הכוח הקודם יגיע אל קצו.¹³⁴

¹³⁰ שם, בעמ' 259.

¹³¹ שם, בעמ' 259.

¹³² לעיל, הערה 101.

¹³³ לערך, הערה 112.

¹³⁴ רוברטס, סיום כיבוש, לעיל בהערה 132, בעמ' 27, 28.

ההגדרה של כיבוש, כפי שמופיעה במדריך הצבאי הבריטי, משקפת את חשיבות חוסר היכולת להפעיל סמכות מצד הממשלה הקודמת או החוקית. על פי המדריך, כיבוש דורש: "ראשית, שהממשלה הקודמת הפכה לא מסוגלת להפעיל את סמכותה בפומבי באותו אזור; ושנית, שהכוח הכובש נמצא בעמדה המאפשרת לו להחליף את סמכותה של הממשלה הקודמת בסמכותו שלו".¹³⁵

את ההגדרה הקלאסית והמוסמכת של ריבונות (החופפת לעצמאות) אפשר למצוא בהחלטה בעניין ה- Isle of Palmas, שבה קבע בית הדין הבינלאומי לבוררות כי: "עצמאות בקשר לחלק מכדור הארץ היא הזכות להפעיל במקום זה את הפונקציות של מדינה, ולמנוע זאת מכל מדינה אחרת".¹³⁶ בית הדין הוסיף וביאר, כי ריבונות מערבת שני גורמים: ראשית, "בתוך מדינה, כוח ריבוני מחוקק חוק, בהנחה שחוק זה הוא עליון ומוחלט כלומר, שתקפותו אינה תלויה ברצונו של אחר כלשהו, או בסמכות "גבוהה יותר". שנית, כלפי חוץ, "כוח ריבוני לא מציית לשום סמכות אחרת".¹³⁷

על מנת שכיבוש יסתיים, הכוח הכובש חייב להעביר את הריבונות לישות עצמאית, שאינה כפופה לסמכותו, והעברת הסמכות חייבת להיות אמיתית. כפי שציין חבר הוועד הבינלאומי של הצלב האדום, Daniel Thürer, כוח כובש לא יכול לחמוק ממילוי חובותיו באמצעות יצירת מבנים מנהליים בשטח כבוש, אלא אם כן מבנים אלה הם עצמאיים הלכה למעשה ושולטים באמת בשטח:

"העברת סמכויות שלטוניות לממשלה לאומית חייבת להיות אפקטיבית במידה מספקת ... יש להימנע ממצבים שבהם הענקת הגנות לאנשים ולרכוש מכוח דיני הכיבוש נעקפת. הכוח הכובש לא יכול להיפטר מחובותיו באמצעות הצבת ממשלת בובות או באמצעות לחץ על ממשלה קיימת לפעול בשמו. בכל המקרים האלה, הכוח הכובש שומר דה פקטו, גם אם באופן לא ישיר, על שליטה מלאה על השטח".¹³⁸

UK MINISTRY OF DEFENSE, THE MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT § 11.3 ¹³⁵ (2004).

The Isle of Palmas (U.S. v. Neth.), 22 AM. J. INT'L L. 867, 875 (Perm. Ct. Arb. 1928) ¹³⁶; ראו גם: רוברטס, סיום כיבוש, לעיל הערה 132, בעמ' 39.

רוברטס, סיום כיבוש, לעיל הערה 132, בעמ' 39. ¹³⁷

Daniel Thürer, Speech at Sixth Bruges Colloquium: Current Challenges to the Law of ¹³⁸ Occupation (Oct. 20-21, 2005), <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/occupation-statement-211105?opendocument> 22. [להלן: "נאום Thürer"]. (ההדגשה הוספה)

כך, למשל, בעת שנציגים רשמיים של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום בחנו, אם ארצות הברית ובריטניה נותרו כוחות כובשים בעיראק, למרות העברה רשמית של ריבונות לידי ממשלה עיראקית, הם העריכו את היכולת של המנהל המקומי לשלוט בפונקציות ריבוניות, כגורם מכריע בשאלה האם הכיבוש הסתיים:

"המציאות, ולא התווית, היא החשובה. כעניין שבמשפט, הכרזה רשמית על סיום כיבוש תהיה בכל זאת בעלת חשיבות מוגבלת אם העובדות בשטח מצביעות אחרת. המבחן נשאר האם, למרות כל תיוג ... שטח או חלק משטח 'מצוי למעשה תחת סמכותו של צבא עוין'".¹³⁹

העיקרון לפיו כיבוש מסתיים עם העברת האחריות מרשות מוסמכת אחת לאחרת משתקף גם בהסכמי אוסלו, שמשרטטים תהליך שבו הפעלה מוגברת של סמכות על ידי פלסטינים בתחום מסוים גוררת איתה הפחתה יחסית בחובותיה של ישראל באותו תחום, בעוד שישראל שומרת על אחריות כוללת ככוח הכובש ברצועת עזה ובגדה המערבית.¹⁴⁰ ההסכמים גם קבעו כי המעמד של רצועת עזה ושל הגדה המערבית ישמר במהלך תקופת הביניים.¹⁴¹

81 העברת סמכויות מסוימות לרשות הפלסטינית לא שללה ואינה שוללת מתושבי עזה את ההגנות שמספק להם המשפט ההומניטרי הבינלאומי, כפי שקובע סעיף 47 לאמנת ז'נבה הרביעית:

"אנשים מוגנים הנמצאים בשטח כבוש לא ישללו מהם, בשום פנים ואופן, את ההנאות מאמנה זאת באמצעות כל שינוי שיונהג, עקב כיבוש השטח, במוסדותיו או בממשלתו של השטח הנדון, ולא באמצעות כל הסכם שנעשה בין רשויות השטח הכבוש ובין הכוח הכובש".¹⁴²

באותו אופן, סעיף 7 של אמנת ז'נבה הרביעית מציין כי "שום הסכם מיוחד לא יפגע לרעה במצבם של מוגנים, כפי שהוגדר באמנה זו, ולא יצמצם את

¹³⁹ שם.

¹⁴⁰ ראו הסכם הביניים, לעיל הערה 22, סעיף 1.

¹⁴¹ ראו שם, בסעיף 31 (7). הסכם הביניים היה אמור לכסות תקופת מעבר של חמש שנים, עד להסכם סופי בעניין מעמד – שלא הושג.

¹⁴² אמנת ז'נבה הרביעית, לעיל הערה 4, בסעיף 47.

הזכויות שהיא מעניקה להם".¹⁴³

למעשה, האירועים שהתרחשו בשנה שמאז השלמת תוכנית ההתנתקות מראים כי בתחומים רבים, אחריותה של ישראל לאוכלוסייה האזרחית של עזה גדלה, ולא פחתה.

בכך שישראל שולטת (ומעכבת) חלק כה משמעותי מההכנסה התפעולית של הרשות הפלסטינית, ישראל שולטת ביכולתה של הרשות הפלסטינית לתפקד באופן אפקטיבי. סירובה של ישראל להעביר כספי מסים, בשילוב עם הפסקת הסיוע הבינלאומי, פגעה בפעילות הרשות הפלסטינית בתחומי הביטחון, הבריאות והחינוך. פירוש הדבר הוא, שגם הרשות הפלסטינית אינה מסוגלת לשלם עבור צרכים בסיסיים כגון דלק, חשמל ומים, אם כי ישראל עשתה שימוש בכספי המסים שאספה לשלם לכמה חברות ישראליות באופן ישיר עבור משאבים אלה. השמדת תחנת הכוח בעזה על ידי ישראל, והמחסור המתמשך בחשמל שנגרם בשל כך, מטילים על ישראל חובות גדולות יותר לדאוג לצורכי האוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה, שיכולתה לדאוג לצרכיה בעצמה - למשל לצורכי החשמל שלה, נמנעה ישירות על ידי ישראל.

העברת סמכויות מסוימות לרשות הפלסטינית באמצעות תהליך אוסלו לא עלתה כדי העברה של סמכויות ריבוניות, וסמכויות ריבוניות עדיין לא הועברו לרשות הפלסטינית בעקבות השלמת תוכנית ההתנתקות. יכולתה של הרשות הפלסטינית לממש את הפונקציות שהואצלו לה כפופה לאישור או סירוב של ישראל.

על מנת להדגים את הנקודה: הרשות הפלסטינית יכולה להחליט שהיא רוצה להנפיק 'זיזה' או רשיון למבקר זר, אולם יכולתו של אותו זר להיכנס לעזה כפופה לאישור של ישראל, ששולטת בכניסת זרים אל תוך עזה, בין אם הם עושים זאת דרך המעבר ישראל-עזה שבארז, או דרך גבול מצרים-עזה ברפיח.¹⁴⁴ הרשות הפלסטינית יכולה להחליט שהיא רוצה להעניק זכויות תושבות לפליט פלסטיני, אך על מנת להוסיף אדם למרשם האוכלוסין הפלסטיני עליה לקבל

¹⁴³ שם, סעיף 7.

¹⁴⁴ הסכם בעניין גישה ותנועה, לעיל הערה 22, בסעיף 4. אחרי שהרשות הפלסטינית נותנת לישראל 48 שעות, היא יכולה להרשות כניסה דרך מעבר רפיח לאנשים, שאינם פלסטינים, המשתייכים לארבע קטגוריות: דיפלומטים, משקיעים זרים, נציגים זרים של ארגונים בינלאומיים מוכרים ומקרים הומניטריים. אך יכולתה של הרשות הפלסטינית להתיר לזרים אלה להכנס מוגבלת בהתנגדויות מטעמי בטחון מצד ישראל. שם. כל הזרים האחרים יכולים להיכנס רק דרך מעברים בשליטת ישראל. שם.

את אישור ישראל.¹⁴⁵ הרשות יכולה לערוך בחירות על מנת לקבוע מי ייצג את העם הפלסטיני, אבל רשימת הבוחרים נשלטת על ידי ישראל באמצעות שליטתה במרשם האוכלוסין ויכולתה להחליט אם תושבי מזרח ירושלים יורשו להצביע.¹⁴⁶ בעוד שבעקרון יש לרשות הפלסטינית סמכות להחליט כיצד להשתמש בהכנסות מהמכסים שלה, כספים אלה נגבים על ידי ישראל, ולישראל יש את הכוח להחליט אם להעביר אותם לרשות או לא.¹⁴⁷ הרשות יכולה להקים נתיב מסחר דרך מצרים, אבל יכולתה לייצא טובין תלויה באישור ישראלי לפתוח את מעבר הגבול ברפיח ובהגבלות המוטלות על מעבר דרכו.

ישראל גם מחלקת פקודות לרשות הפלסטינית, כחלק מהנחיות שהיא מוציאה לאוכלוסייה האזרחית בעזה, עניין שה- ICTY ציין כקריטריון בהערכה אם ממשלה מקומית היא עצמאית.¹⁴⁸ לדוגמה, ישראל מודיעה לרשות הפלסטינית מתי מעברים יפתחו, ומשתמשת ברשות הפלסטינית על מנת להודיע לתושבי עזה שאזורים מסוימים אסורים לתנועת אזרחים.¹⁴⁹

הרשות הפלסטינית מוגבלת גם ביכולתה לנהל קשרי חוץ, מכוח הסכם בינלאומי¹⁵⁰ וכעניין שבעובדה, בשל השליטה הישראלית בפונקציות הדרושות לקיום יחסים אלה, למשל נסיעה לחו"ל או התקשרות בהסכמים מחייבים, מסחריים ואחרים. למעשה, שני הצדדים אינם רואים ברשות הפלסטינית גוף ריבוני, אלא רשות זמנית, שאין לה מעמד ריבוני, ושסמכותה ברצועת עזה ובגדה המערבית לא מעניקה לשטחים אלה מעמד של מדינה. מדינת ישראל ממשיכה להתעקש, בפני גופים בינלאומיים ובמישור הפנימי בפני בית המשפט העליון, שהרשות הפלסטינית אינה גוף ריבוני.¹⁵¹

¹⁴⁵ הסכם הביניים, לעיל הערה 22, נספח 3, סעיף (12)28.

¹⁴⁶ ישם בנספח 3, סעיף 23; נספח 2, סעיף VI.

¹⁴⁷ ראו: Executive Summary, Revised Emergency Appeal, United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs 1, May 31, 2006, www.ochaopt.org.

¹⁴⁸ Prosecutor v. Naletilic, Case No. IT-98-34-T, Judgment in Trial Chamber, P 217 (Mar. 31, 2003).

¹⁴⁹ ראו לדוגמה, United Nations Office of Coordination of Humanitarian Affairs, *Protection of Civilians – Weekly Briefing Notes*, 13-19 September 2006, www.ochaopt.org (צוויים ישראליים, שהוצאו לגורמי בטחון פלסטיניים רשמיים, המזהירים אזרחים שאזורים בתוך עזה, לאורך הגדר ההקפית שלה, הם מחוץ לתחום).

¹⁵⁰ ראו, לדוגמה, Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements, Sept. 13, 1993, www.un.org, Annex II, Art. 3(b).

ההבדל בין הסמכות, שמפעילה הרשות הפלסטינית, ובין סמכות ריבונית אינו הבדל אקדמי או חסר חשיבות. כוח משמעותי ממוקם במרווח שבין הסמכות שמפעילה הרשות הפלסטינית והסמכויות הריבוניות דה פקטו שמפעילה ישראל. הפעלת סמכויות ממשל אלה חייבת להיות כפופה לחוק – דיני הכיבוש.

ד. ישראל תחוב חובות שלאחר כיבוש כלפי הפלסטינים בעזה

בנוסף לשאלה מה מביא לסיום כיבוש, ישנה שאלה נוספת והיא האם סיום הכיבוש יחסל מייד את כל תחומי האחריות כלפי האוכלוסייה בשטחים הכבושים לשעבר. בעוד שבאופן כללי, החובות המוטלות על כוח כובש מסתיימות עם הפסקת הכיבוש, מספר מלומדים טענו, שהאחריות לאנשים מוגנים שחיו תחת כיבוש עשויה להסתיים בהדרגה, כך שסיום הכיבוש לא ישחרר את הכובש לשעבר באופן מיידי מכל אחריות כלפי השטחים הכבושים לשעבר. יתרה מכך, בהסתמך על העיקרון של אחריות מדינה, כובש שנכשל בסילוק חובותיו ככוח כובש על פי המשפט הבינלאומי עשוי להמשיך ולשאת בחובות גם אחרי סיום הכיבוש.

”כל מדינה שבחרה להתערב בכוח במדינה אחרת וכבשה את הטריטוריה שלה, הרי שבשל עצם הכיבוש יש להניח אחריות להבטיח סדר ויציבות בשטח הכבוש. עם זאת, האחריות לא תסתיים באופן מיידי ברגע שהכוח הכובש יעזוב את אותה הטריטוריה. הגבלות נמשכות מכוח האחריות, שמקורה בדיני “פוסט כיבוש” נחוצות וראויות, על מנת שלא לעודד יצירת חוסר יציבות, שכיבוש גורם”¹⁵².

העיקרון של המשפט הבינלאומי בעניין אחריות מדינה עשוי לדרוש הטלת אחריות שיווית על כוח כובש לשעבר במקרים מסוימים.¹⁵³ מדינה שמבצעת מעשה עוולה בינלאומי נדרשת להעניק פיצוי בגין הנזק שנגרם. מעשה עוולה בינלאומי מוגדר בטיוטת הכללים לגבי אחריות מדינה, שאומצו על ידי וועדת המשפט הבינלאומית והאספה הכללית, כדלקמן:

¹⁵¹ בג"צ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (ניתן ביום 7.2.2006, פסקה 73 לסיכומי המשיבה (ברשות המחברים).

¹⁵² Bartram S. Brown, Intervention, Self-Determination, Democracy and the Residual Responsibilities of the Occupying Power in Iraq, 11 U.C. DAVIS J. INT'L L. & POL'Y 23, 45 (2004).

¹⁵³ Marco Sassoli, State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law, 846 INT'L REV. OF THE RED CROSS 401, 404 (June 2002).

”מדינה מבצעת עוולה בינלאומית כאשר התנהגות במעשה או במחדל:

(א) ניתנת לייחוס למדינה מכוח המשפט הבינלאומי, ו-

(ב) יוצרת הפרה של חובה בינלאומית של המדינה.”¹⁵⁴

חובות בינלאומיות כוללות חובות מכוח אמנה וחובות שלא מכוח אמנה.¹⁵⁵ הפרה חובה בינלאומית גם ”השוותה לעיתים קרובות להתנהגות המנוגדת לזכותם של אחרים.”¹⁵⁶ כשמדינה מבצעת עוולה בינלאומית, היא נושאת באחריות ”לפצות באופן מלא על הנזק”.¹⁵⁷ מדינה אחראית על הפעולות של הכוחות המזוינים שלה, כמו גם על כל הפעולות בשטחים המצויים בשליטתה האפקטיבית.¹⁵⁸ כל עוד כוח כובש לא ממלא את חובותיו מכוח המשפט ההומניטרי הבינלאומי ומשפט זכויות האדם, יש לייחס לו אחריות לפצות את האוכלוסייה הכבושה בגין הפרת חובותיו.¹⁵⁹ המוטבים של הפיצוי עשויים להיות לא רק המדינה הכבושה אלא גם אנשים פרטיים, במקרה זה האנשים המוגנים שלהם חבו חובות.¹⁶⁰ הדבר נכון במיוחד כשאנשים כאלה אינם מיוצגים על ידי מדינה שיש לה מעמד ויכולת לייצג את זכויותיהם בפורומים בינלאומיים.

עיקרון זה רלבנטי במיוחד, כשהפיצוי המתבקש מתייחס ישירות לנזק שגרמה ההפרה של חובות בינלאומיות. לדוגמה, אם ישראל מפרה את חובותיה על פי סעיף 43 לתקנות האג, להשיב על כנם ולהבטיח ”את החיים הציבוריים” ואת הסדר הציבורי בעזה בכך שהיא אוסרת על בניית נמל תעופה, נמל ימי ונתיבי מסחר יבשתיים דרך מצרים, הרי שאפילו אם היא תוותר על שליטה במרחב

¹⁵⁴ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, G.A. Res. 56/83, at Annex art. 2, U.N. Doc. A/56/10 (Dec. 12, 2001) [להלן: ”טיוטת כללים”].

¹⁵⁵ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, International Law Commission 71, זמין ב- <http://untreaty.un.org>.

¹⁵⁶ שם, בעמ' 72.

¹⁵⁷ טיוטת כללים, לעיל הערה 154, סעיף 31 (1) ”פגיעה כוללת כל נזק, חומרי או נפשי, שנגרם בשל עוולה בינלאומית של מדינה.” שם, בסעיף 31 (2).

¹⁵⁸ Sassoli, לעיל בהערה 153, בעמ' 405-407. בזמן מלחמה, חברי הכוחות המזוינים לא פועלים לעולם כאנשים פרטיים לחלוטין, ומשכך כל פעולה שלהם מיוחסת למדינה. ”כאדם פרטי, הם מעולם לא היו באים במגע עם לאומי אויב או פועלים בשטח אויב.” שם, בעמ' 406.

¹⁵⁹ שם, בעמ' 418-433.

¹⁶⁰ שם.

האווירי ובמים הטריטוריאליים, יתכן והיא תהיה מחויבת להקל על תנועת אנשים וטובין אל עזה וממנה דרך נמלים ישראלים, עד שניתן יהיה לבנות נמל ימי ונמל תעופה.¹⁶¹ חובה זו נוצרת לאור העובדה שדרוש זמן רב להקים ולבנות תשתיות.

מאחר שישראל לא מילאה את חובותיה ככובשת מכוח המשפט ההומניטרי הבינלאומי, גם אם וכאשר הכיבוש של רצועת עזה יסתיים, סביר שישראל תמשיך לחוב חובות מסוימות לאוכלוסייה הכבושה, עד לזמן סביר שבו תושבי עזה יוכלו לבנות תשתיות ומערכות חיים אחרות, שהכוח הכובש צריך היה לספק. ככוח כובש החל משנת 1967, ישראל היתה מחויבת להבטיח "את החיים הציבוריים", וגם להבטיח שאוכלוסיית עזה נהנית מאספקה מספקת.¹⁶²

¹⁶¹ כמובן, כל עוד ישראל ממשיכה למנוע מעזה לבנות ולהפעיל נמל תעופה ונמל ימי, החובה להתיר גישה לנמלי ישראל עולה ישירות מהמשפט ההומניטרי ולא כחובה שלאחר כיבוש, שכן ישראל מונעת מעזה להקים נמלים משלה, למסחר ולנסיעה. עוד על שליטתה הנמשכת של ישראל על היבוא והיצוא של עזה, ראו העתירות ותגובות המדינה בבג"צ 2990/06, זמין ב- www.gisha.org.

¹⁶² אמנת האג הרביעית, לעיל בהערה 5, סעיף 42; אמנת ז'נבה הרביעית, לעיל הערה 4, סעיף 55.

ה. ישראל חבה חובות לתושבי עזה מכוח משפט זכויות האדם והמשפט הישראלי

1. חובות מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי

בנוסף לחובות הספציפיות מכוח המשפט ההומניטרי ובאופן שאינו קשור בהן, פעולותיה של ישראל כלפי תושבי רצועת עזה כרוכות בחובות בינלאומיות לכבד את זכויות האדם.

באופן כללי, משפט זכויות האדם חל במקביל למשפט ההומניטרי,¹⁶³ וגם באופן עצמאי ובנפרד מהמשפט ההומניטרי. כמו במקרה של המשפט ההומניטרי, אחריות מכוח משפט זכויות האדם קשורה לשליטה, אף על פי שאחריות מכוח משפט זכויות האדם יכולה להתווסף גם באופן עצמאי בשל שליטה על אנשים, כולל במצב שבו פעולה משפיעה על אנשים מעבר לתחום השיפוט הטריטוריאלי של מדינה. דיון מלא בסמכות שיפוט אקס-טריטוריאלי של אמנות זכויות אדם חורג מתחומו של נייר עמדה זה, אך נציין שהקשר הבלתי נפרד בין שליטה ואחריות קיים לא רק במשפט ההומניטרי, אלא גם במשפט זכויות האדם.¹⁶⁴

87

בלא קשר לשאלה אם מדינה מפעילה שליטה על שטח, היא נושאת תמיד באחריות לזכויות האדם של הפרטים הכפופים לשליטתה ולמרותה, בכל מקום בו הם נמצאים. המדינה נושאת בחובות מכוח משפט זכויות האדם, מקום בו היא מפעילה שליטה על אנשים, או מקום בו פעולותיה משפיעות על אנשים

¹⁶³ ראו, למשל: להלן: חוות דעת בנושא חוקיות השימוש בנשק גרעיני; *Coard v. United States, Case* 10.951, Inter-Am. C.H.R. Report No. 109/99, OEA/ser. LV/II.106, doc. 3 rev. 39 (1999); Ralph Wilde, *The Applicability of International Human Rights Law to the Coalition Provisional Authority (CPA) and Foreign Military Presence in Iraq*, 11 ILSA J. INT'L & COMP. L 485, 490 (2005); Orna Ben-Naftali and Yuval Shany, *Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories*, 37 *ISRAELI LAW REVIEW* 17, 24 (2003-2004); חוות דעת בעניין החומה, לעיל הערה 99, בעמ' 106; עניין הפעולות המזוינות, לעיל הערה 113. לפסיקה ישראלית ראו: בג"צ 8990/02 רופאים לזכויות אדם נ' אלוף פיקוד דרום, פ"ד נז(4) 193; בג"צ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5), 385; בג"צ 3799/02 עדאלה נ. אלוף פיקוד מרכז (לא פורסם, 6 באוקטובר, 2006).

¹⁶⁴ חוות דעת בעניין החומה, לעיל הערה 99, בפסקות 110-113.

¹⁶⁵ ראו בג"צ 1120/05.

בשטח זר. במילים אחרות, גם אם ישראל לא היתה מפעילה שליטה אפקטיבית על השטח של רצועת עזה, היא הייתה נושאת עדיין בחובות מכוח משפט זכויות האדם לפעולות של הגורמים הרשמיים שלה אל מול תושבי עזה.

במספר תחומים חשובים, ישראל והרשות הפלסטינית חולקות את האחריות להגנות של זכויות אדם, הן ברצועת עזה והן בגדה המערבית, וזאת בתחומים שבהם סמכויות הועברו באמת ובתמים לרשות הפלסטינית. כך, אם ישראל באמת לא מפעילה שליטה על בתי המשפט לענייני משפחה בעזה, ובתי משפט אלה פועלים באמת ללא תלות בישראל, אזי ישראל לא תהיה אחראית, לדוגמה, להבטחת זכויות נשים בהליכים בבתי משפט אלה.

מצד שני, במקום בו ישראל מפעילה שליטה על תנועת תושבי עזה, ובמיוחד על תנועתם אל הגדה המערבית,¹⁶⁵ היא חבה בהגנות על חופש התנועה.¹⁶⁶ מקום בו ישראל מפעילה שליטה על רווחתם הכלכלית של תושבי עזה באמצעות שליטה על מעבר טובין אל עזה וממנה,¹⁶⁷ שליטה זו כפופה לדרישות של האמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. מקום בו מפעילה ישראל שליטה על יכולתה של מי שאינה מחזיקה תעודת זהות פלסטינית להתאחד עם משפחתה בעזה¹⁶⁸ או שולטת בהכנסות המסים הדרושות על מנת לשלם משכורות למורים, היא חבה חובות מכוח האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד. הגנות אלה מכוח משפט זכויות האדם חלות בנוסף לחובות הישראליות מכוח דיני הכיבוש ההומניטריים הבינלאומיים, ובלי להתחשב בהן.

¹⁶⁶ בג"צ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל (לא פורסם), פסקה 15 (מחילה את ההגנה של האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות על חופש התנועה לחובות הישראליות בגדה המערבית); חוות דעת בעניין החומה, פסקה 134.

¹⁶⁷ בג"צ 2906/06; בג"צ 5841/06 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, זמין ב- www.gisha.org.

¹⁶⁸ משפחות בהקפאה, לעיל הערה 33, בעמ' 26-17.

2. חובות מכוח המשפט הישראלי

הזיקה בין כוח לאחריות הוכרה גם במשפט הישראלי כעקרון יסוד של דמוקרטיה ושל שלטון החוק. מי שפועל מטעמה של מדינת ישראל לעולם אינו מצוי מחוץ להישג ידו של המשפט הישראלי, גם אם פעולותיו או פעולותיה מתרחשים מחוץ לגבולות מדינת ישראל. אף סוכן ישראלי אינו מעל לחוק, כפי שקבע בית המשפט העליון:

”כללי המשפט המינהלי מחייבים את רשויות המדינה בכל פעולותיהן השלטוניות הן כלפי ישראלים הן כלפי זרים. זהו הדין כאשר הרשות – לרבות מפקד צבאי של שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית – פועלת מחוץ לתחומי ישראל.”¹⁶⁹

כשהצבא מפעיל שליטה על אוכלוסייה זרה, אין חללים משפטיים ואין ריק נורמטיבי. על שלטון החוק בשיטה דמוקרטית לרסן ולהגביל את השימוש בכוח.

89

למעשה, בית המשפט הדגיש חזור והדגש שהגנות מקומיות של משפט זכויות האדם והחוק המנהלי חלים על פעולות של סוכני המדינה, בלי קשר לשאלה היכן הפעילו סמכות:

”נושא תפקיד ישראלי בשטח נושא עמו אל תפקידו את החובה לנהוג לפי אמות המידה הנוספות, המתחייבות מעובדת היותו רשות ישראלית, יהיה מקום פעולותו אשר יהיה.”¹⁷⁰

בית המשפט העליון גם ציין, שהחייילים ישראלים נושאים אתם, בכל מקום בו הם פועלים, חובות מכוח ספר החוקים והערכים של המשפט הישראלי.

”נושא תפקיד ישראלי בשטח נושא עמו אל תפקידו את החובה לנהוג לפי אמות המידה הנוספות, המתחייבות מעובדת היותו רשות ישראלית, יהא מקום פעולתה אשר יהא. בכך מוטלת על נושא התפקיד חובה נוספת

¹⁶⁹ בג"צ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית פ"ד נח(5), 70, 75.

¹⁷⁰ בג"צ 69/81 אבו עיטה נ. מפקד אזור יהודה ושומרון פ"ד לז(2), 197, 230.

ומצטברת, כי החובה לנהוג לפי הנורמות של המשפט המנהלי הישראלי אינה פוטרת אותו מן החובה לקיים את דיני המלחמה.¹⁷¹

האלטרנטיבה לפיה כוחות הביטחון של ישראל יכולים לפעול בלי שמסגרת נורמטיבית תגביל אותם, ומבלי לדאוג לאנשים המושפעים מהפעלת הכוח שלהם - היא אפשרות שהחוק הישראלי והדמוקרטיה הישראלית אינם יכולים לסבול.

¹⁷¹ בג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז פ"ד מג(2) 529, 537.

פרק 5

סיכום

למעלה משנה חלפה מאז פינתה ישראל את המתנחלים ואת מתקני הצבא הקבועים שלה מרצועת עזה, ובזמן הזה שליטתה על יכולתם של תושבי עזה לעסוק במסחר, לנסוע לגדה המערבית או לחו"ל, לקבל מבקרים ולקבל טובין הומניטריים, התהדקה בדרכים ששיבשו את החיים האזרחיים. במקום להביא לשיפור ברווחת תושבי עזה, ההתנתקות, וההגבלות ההדוקות על מעבר אנשים וטובין שהגיעו בעקבותיה, הביאו להתדרדרות חסרת תקדים ברווחתם הכלכלית והחברתית של תושבי עזה.

בין השנים 2005 ו-2006 עלתה האבטלה ברצועה מ-33.1% ל-41.8%¹⁷², הירידה בתוצר המקומי הגולמי הוערכה ב-30% ותושבי עזה חוו התדרדרות דרסטית ביכולתם לנהל חיים תקינים, בכך שסבלו ממחסור חמור בחשמל, מחסורים תקופתיים בטובין בסיסיים כגון מצרכי מזון, תרופות וחומרי בניין, ולעיתים תכופות אי יכולת לייבא או לעסוק במסחר. ההגבלות הישראליות על מעבר אנשים וטובין אל עזה וממנה, כמו גם העובדה שעיכבה את רוב התקציב התפעולי של הרשות הפלסטינית, תרמו באופן משמעותי למצב קודר זה.

המשפט ההומניטרי, שתכליתו למתן את ההשפעות הקשות של סכסוך מזוין, קושר שליטה עם אחריות. אם ישראל רוצה להשתחרר מאחריותה על החיים בעזה, עליה לוותר בכנות על שליטה, במיוחד על תנועת אנשים וסחורות. אולם, כל עוד ישראל מפעילה שליטה על החיים האזרחיים בעזה, היא תמשיך לחוב חובות לאותם אזרחים שחיהם תלויים בהחלטות של כוח צבאי זר.

תחומי האחריות הם מגוונים. לכיבוש של השטחים הפלסטינים היבטים יוצאי דופן רבים, ובכלל זה משכו, שהגדילו את חובותיה של ישראל מכוח סעיף 43 לתקנות האג, לאפשר את התפתחות ותפקוד ראויים של חיים אזרחיים. מנגד, העברת סמכויות מסוימות לרשות הפלסטינית הוא אירוע ששינה את טבע החובות הישראליות בתחומים שבהם הרשות הפלסטינית באמת מפעילה שליטה.

תהא זו טעות להתעלם מהקשר יוצא דופן זה בעת ששוקלים אם לכפות חובות מכוח המשפט הבינלאומי. מאז העברת מספר סמכויות לרשות הפלסטינית

United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, *The Agreement on Movement*¹⁷² .and Access One Year On 1 (Nov. 2006)

באמצע שנות ה-90, השחקנים המשפטיים הרלבנטיים: בית הדין הבינלאומי לצדק, בית המשפט העליון הישראלי והוועדה הבינלאומית 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 הכל או לא כלום כלפי אחריות מכוח המשפט ההומניטרי.¹⁷³

ברצועת עזה, האחריות הישראלית כוללת חובה לאפשר אספקה מספקת של טובין הומניטריים וכלכליים, לרבות חשמל, חומרי בניין, תרופות וחומרי גלם הדרושים לתעשייה;¹⁷⁴ חובה להתיר לתושבי עזה לייצא יבולים וטובין תעשייתיים ואחרים;¹⁷⁵ חובה להתיר כניסת אנשים אל עזה ויציאה ממנה דרך היבשה, הים והאוויר; חובה להעביר כספי מסים שנגבו מתושבים פלסטיניים, כולל תושבי עזה, לשימוש האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית וחובה להתיר לתושבי עזה לנסוע לגדה המערבית, להשתלם במקצועות הרפואה ולהשתמש בהכשרתם על מנת להעניק שירותים לתושבי עזה.¹⁷⁶ רק ישראל יכולה למלא חובות אלה, משום שישראל שולטת בהיבטים מכריעים אלה של החיים בעזה.

עמותת "גישה" קוראת לישראל למלא את חובותיה כלפי האנשים בעזה על פי אמנת ז'נבה הרביעית, תקנות האג ומשפט זכויות האדם הבינלאומי והישראלי, דהיינו:

- לפתוח את גבולות עזה למעבר חופשי של אנשים וטובין;
- להתיר בניית נמל תעופה ונמל ימי בעזה לשם מעבר אנשים וטובין;
- להעביר את כספי המסים שהיא גובה עבור הרשות הפלסטינית לשימושה ולתועלתה של החברה האזרחית הפלסטינית;

¹⁷³ North Sea Continental Shelf Cases (W. Ger./Den.; W. Ger./Neth.), 1969 I.C.J. 3, 231 (Feb. 20) (נפסק כי שאפילו כללים מן הזמן האחרון שפועלים על פיהם יכולים להפוך מחייבים, על פי העיקרון שהמשפט הבינלאומי יכול להתפתח במהירות).

¹⁷⁴ בג"צ 5841/06.

¹⁷⁵ בג"צ 2990/06.

¹⁷⁶ בג"צ 11120/05.

- להתיר אספקה מספקת של טובין – הומניטריים ומסחריים – לעזה;
- להתיר תנועה חופשית של אנשים וסחורות בין רצועת עזה והגדה המערבית, שמרכיבות יחידה טריטוריאלית אחת על פי הסכמים המוכרים בינלאומית;
- להימנע מגרימת נזק לתשתיות של עזה, כולל מקורות המים, החשמל, הדלק והתחבורה;
- לקיים את חובותיה על פי אמנת ז'נבה הרביעית וסעיף 43 של תקנות האג, לאפשר לתושבי עזה לנהל חיים תקינים, כולל היכולת לעסוק במסחר, לנסוע לחו"ל ולקבל גישה לטובין ולאספקה הומניטריים.

מילוי חובות אלה, מעבר לכך שהוא נדרש מכוח המשפט הבינלאומי, מקדם את האינטרס המשותף של ישראלים ופלסטינים, בכך שהוא יאפשר חיים אזרחיים תקינים ומשגשגים בעזה.

נספח

תגובת משרד הביטחון
בעניין מעבר רפיח



משרד הביטחון

לשכת שר הביטחון

תשס"ז	טבת	כ"ד	הקריה,
14/01/2007			תאריך:
471-140107-שר		עוזר	ק:

לכבוד
 עו"ד שרי בשי
 ארגון "גישה" מרכז לשמירה על הזכויות לנוע
 שאול המלך 8
 ת"א 64733

הנדון: סגירת מעבר רפיח והימנעות מענישה קולקטיבית של תושבי רצועת עזה
 סימוכין שלכם מיום 20.12.06

בפנייתכם הנכם מציינים כי סגירת מעבר רפיח שבין רצועת עזה למצרים באופן
 תדיר מהווה ענישה קולקטיבית של תושבי עזה.

1. אבקש להשיבכם כדלקמן:
 מעבר רפיח היה פתוח משך 30 יום מאז נחטף חייל צה"ל גלעד שליט במרחב
 זה.
2. למרבה הצער מעבר רפיח מהווה ערוץ מעבר מ/אל הרצועה עבור מחוללי
 הטרור בשטחי רצועת עזה. בתוך כך המעבר מנוצל ע"י גורמי הטרור
 להעברת ידע וטכנולוגיה אשר מאפשרים, גם היום, למחבלים לבצע ירי תלול
 מסלול לעבר יישובי עוטף עזה. בנוסף, אנו עדים לניסיונות של גורמי טרור
 לעשות שימוש במעבר על מנת לצאת מהרצועה לסיני ומשם לחדור לישראל,
 במטרה, לפגוע בישראלים.
3. בנוסף לזאת עשרות מליוני דולר הוברחו באמצעות מעבר רפיח על מנת
 לממן את אנשי הטרור, הממשלה הנוכחית ברשות לא מכבדת את ההסכמים
 הקודמים שנחתמו ולא מוכנה לוותר על המאבק המזוין. אלו הם תנאים
 כאמור שהקהילה הבינלאומית, ובראשה ארה"ב, האו"מ, והאיחוד
 האירופאי קיבלו על עצמם כתנאים בסיסים לנורמליזציה של האזור ויחסי
 הקהילה הבינלאומית עם הרש"פ.



משרד הביטחון

לשכת שר הביטחון

5. יחד עם זאת ישראל פועלת על פי אמות מידה הומניטאריות ומאפשרת את פתיחת מעבר רפיח מעת לעת על מנת לתת מענה לצרכים ההומניטאריים של האוכלוסייה. יתר על כן, התאפשרה תנועה עבור עולי רגל אשר יצאו למכה במהלך עיד אל-פיטר וגם כיום לקראת עיד אל אדחא . ראוי לציין כי מאז יוני השנה עברו במעבר יותר מ- 65,000 נוסעים. זאת ועוד, גם כשמעבר רפיח היה סגור הצענו פתיחת מסוף כרם שלום, לא אחת למעבר מקרים הומניטריים, אולם נתקלנו בהתנגדות.
6. ראוי לציין את ההשתוללות חסרת הרסן של אנשי החמא"ס במעבר ב- 14.12.06, אשר חרביבו רכוש רב . וכמו כן יש להדגיש את נושא הברחות הכספים לרצועה ע"י בכירי החמא"ס המבוצע בניגוד לפרוטוקול.
7. עפ"י הנתונים הנ"ל ניתן לראות במפורש כי ישראל פועלת על מנת לתת מענה לצרכים של האוכלוסייה בשיתוף המשלחת האירופאית והפלסטינית. יחד עם זאת גורמי הטרור עושים ימים כלילות על מנת לנצל את הפלטפורמה ההומניטארית על מנת לבצע פיגועי טרור כנגד ישראל ואזרחיה.

97

בכבוד רב,

רות בר
עוזרת שר הביטחון

נב/

גישה מרכז לשמירה על הזכות לנוע

עמותת גישה היא ארגון זכויות אדם שנוסד בשנת 2005 ומטרתו היא הגנה על הזכות לחופש תנועה של פלסטינים, במיוחד תושבי רצועת עזה, המעוגנת במשפט הבינלאומי ובמשפט הישראלי.

מאז כיבוש הגדה המערבית ורצועת עזה בשנת 1967, מפעילות רשויות הביטחון והצבא של ישראל מערכת סבוכה של כללים וסנקציות המגבילה את תנועתם של 3.4 מליון פלסטינים בתוך השטחים ומחוצה להם. הגבלות אלו מפרות את זכותם הבסיסית של הפלסטינים לחופש תנועה וכתוצאה מכך נפגעות זכויות יסוד נוספות כגון הזכות לחיים, הזכות לקבלת טיפול רפואי, הזכות לחינוך, הזכות להתקיים בכבוד, הזכות לשלמות התא המשפחתי והזכות לחופש פולחן.

עמותת גישה פועלת במישור המשפטי והציבורי על מנת להגן על זכויותיהם של הפלסטינים בשטחים הכבושים. משום שחופש התנועה הינו תנאי מוקדם למימוש זכויות יסוד נוספות, לפעילותה של עמותת גישה השפעה רחבה על הבטחת גישה לחינוך, למקורות פרנסה, לטיפול רפואי ולאיחוד משפחות עבור תושבים פלסטינים.



גישה- מרכז לשמירה על הזכות לנוע
טל': 972-3-6244120 פקס: 972-3-6244130
www.gisha.org
info@gisha.org