

## מהן חובותיה המשפטיות של ישראל

### כלפי אוכלוסיית עזה?

אריאל צמח\*

המאמר בוחן אם המשפט הבינלאומי מטיל על ישראל חובה להושיט סיוע לאוכלוסיית רצועת עזה לאחר נסיגת כוחות צה"ל משטח הרצועה בחודש ספטמבר 2005.

המחבר טוען כי רצועת עזה אינה נתונה עוד תחת כיבוש ישראלי, ועל-כן אי-אפשר לבסס חובה של ישראל להבטיח את רווחתה של אוכלוסיית עזה על דיני הכיבוש. עוד טוען המחבר כי דיני הלוחמה ומשפט זכויות האדם הבינלאומי אף הם אינם מטילים על ישראל חובה להושיט סיוע לאוכלוסיית עזה.

הטיעון המרכזי במאמר מבוסס על ההבחנה במשפט הבינלאומי בין כללים ראשוניים לבין כללים משניים. הכללים הראשוניים מטילים על מדינה חובות בלא קשר לשאלה אם המדינה הפרה את המשפט הבינלאומי בעבר. לעומת זאת, הכללים המשניים נוגעים בחובותיה המשפטיות של מדינה הצומחות מהפרת כלל ראשוני של המשפט הבינלאומי על-ידיה.

המחבר טוען כי אי-אפשר לבסס חובה משפטית של ישראל להושיט סיוע לאוכלוסיית עזה על כלל ראשוני של המשפט הבינלאומי. עם זאת, ייתכן שחובה כזו נובעת מכלל משני של המשפט הבינלאומי. חובה משפטית של ישראל לסייע לאוכלוסיית עזה מותנית בקביעה כי תלותה של אוכלוסייה זו בישראל הינה תוצאה של הפרת כללי המשפט הבינלאומי על-ידי ישראל – הפרה הנוגעת בהיווצרותו או בהתמשכותו של הכיבוש, בהתנהלותה של ישראל במהלך הכיבוש או בפעולותיה של ישראל לאחר סיומו.

---

\* מרצה למשפט בינלאומי, הקריה האקדמית אונו. המאמר הוגש למערכת משפט וממשל בחודש אוגוסט 2008.

מבוא. א. האם לישראל יש מעמד של מעצמה כובשת ברצועת עזה? ב. סיוע הומניטרי: חובות הנגזרות מקיומו של סכסוך מזוין. ג. משפט זכויות האדם הבינלאומי. ד. תלותה של אוכלוסיית עזה בישראל כתוצאה מהכיבוש. ה. תלותה של אוכלוסיית עזה בישראל כתוצאה מפעולות ישראל לאחר סיום הכיבוש. ו. חובותיה של מעצמה כובשת-לשעבר בתום כיבוש ממושך. ז. מסקנות.

## מבוא

בית-המשפט העליון פסק כי לאחר נסיגת כוחות צה"ל משטחה של רצועת עזה, בחודש ספטמבר 2005, "אין לראות ברצועה שטח הנתון בתפיסה לוחמתית מבחינת הדין הבינלאומי, אף כי נוכח הייחודיות של המצב השורר שם, מוטלות על מדינת ישראל חובות מסוימות כלפי תושבי הרצועה"<sup>1</sup>. "חובות מסוימות" אלה כוללות את החובה "לאפשר לרצועת עזה אספקה רק של הטובין הדרושים לשם קיום הצרכים ההומניטריים החיוניים של האוכלוסייה האזרחית"<sup>2</sup>. מפסיקת בית-המשפט בעניין אלבסיוני<sup>3</sup> עולה באופן ברור כי חובתה של ישראל לאפשר הספקה של טובין חיוניים אינה רק החובה להתיר הספקת טובין לרצועה על-ידי צדדים שלישיים, אלא גם החובה הפעילה לספק טובין אלה. כך, מוטלת על ישראל חובה לספק חשמל לרצועת עזה, תמורת תשלום, במידה "הדרושה לצרכים ההומניטריים החיוניים באזור"<sup>4</sup>. כמו-כן מוטלת על ישראל חובה לאפשר לחברה ישראלית להעביר לרצועת עזה אספקת דלק הדרושה להבטחת צרכים אלה.<sup>5</sup> קיומן של חובות אלה עולה גם מפסיקת בית-המשפט שניתנה לאחרונה בעניין רופאים לזכויות אדם.<sup>6</sup> בחלק א של המאמר המחבר בוחן אם קביעת בית-המשפט שלפיה רצועת עזה אינה נתונה עוד תחת כיבוש ישראלי אכן עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי המנהגי.

- 1 ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 11.6.2008) (להלן: עניין פלוני). כן ראו בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, פס' 12 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 30.1.2008) (להלן: עניין אלבסיוני).
- 2 עניין אלבסיוני, שם, פס' 11 לפסק-הדין.
- 3 שם.
- 4 שם, פס' 19 לפסק-הדין. ביחס לעתירה לאסור על ממשלת ישראל לצמצם את הספקת החשמל לעזה, מציין בית-המשפט כי "כמות החשמל הנדרשת לרצועת עזה בתקופות שיא עולה במעט על 200 מגה וואט. כ-120 מגה וואט מסופקים על-ידי ישראל..." (שם, פס' 6 לפסק-הדין).
- 5 שם, פס' 4 לפסק-הדין. העתירה התייחסה, בין היתר, לצמצום אספקת הדלק שרשות האנגרייה הפלסטינית רוכשת מחברת "דור אלון" הישראלית.
- 6 בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, פס' 24-27 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 19.1.2009) (להלן: עניין רופאים לזכויות אדם).

המחבר משיב על שאלה זו בחיוב, ובכך מצטרף למסקנת בית המשפט כי אי-אפשר לבסס חובה של ישראל להבטיח את רווחתה של אוכלוסיית עזה על דיני הכיבוש.<sup>7</sup> בהמשך המחבר בוחן אם ניתן להצביע על עקרונות משפטיים חיצוניים לדיני הכיבוש שיש בהם כדי לבסס חובה משפטית של ישראל להבטיח את רווחתה של אוכלוסיית עזה. מהן אותן "חובות מסוימות כלפי תושבי הרצועה" המוטלות על ישראל "נוכח הייחודיות של המצב השורר שם"?<sup>8</sup> מהו הבסיס המשפטי להן? מהו היקפן? האם מוטלת על ישראל חובה לספק את צרכיה הבסיסיים של אוכלוסיית עזה, להבדיל מהחובה לא למנוע צדדים שלישיים מלספק צרכים אלה? האם מוטלת על ישראל חובה לספק חשמל לרצועת עזה (תמורת תשלום) ולהתיר לחברה ישראלית לספק דלק לרצועה?

הטיעון המרכזי במאמר מבוסס על ההבחנה במשפט הבינלאומי בין כללים ראשוניים לבין כללים משניים. הכללים הראשוניים מטילים על מדינה חובות בלא קשר לשאלה אם המדינה הפרה את המשפט הבינלאומי בעבר. לעומת זאת, הכללים המשניים נוגעים בחובותיה המשפטיות של מדינה הצומחות מהפרת כלל ראשוני של המשפט הבינלאומי על-ידיה.<sup>9</sup> עם הכללים הראשוניים של המשפט הבינלאומי נמנים, בין היתר, איסור השימוש בכוח וחרייגיו (jus ad bellum), המשפט ההומניטרי (jus in bello) ומשפט זכויות האדם. עם הכללים המשניים נמנים הכללים בדבר אחריותה של מדינה בגין ביצוע מעשים האסורים במשפט הבינלאומי.

המחבר טוען כי אי-אפשר לבסס חובה משפטית של ישראל להושיט סיוע לאוכלוסיית עזה על כלל ראשוני של המשפט הבינלאומי. עם זאת, ייתכן שחובה כזו נובעת מכלל משני של המשפט הבינלאומי. ייתכן שהפרות של המשפט הבינלאומי על-ידי ישראל, אשר כתוצאה מהן מתקיימת תלות של האוכלוסייה הפלסטינית בה, מצמיחות חובה משפטית של ישראל לסייע לאוכלוסייה הפלסטינית.

חלק ב של המאמר מראה כי הוראות המשפט ההומניטרי החלות בעת סכסוך מזוין אינן מטילות על מדינה שהינה צד לסכסוך חובה לספק את צרכיה הבסיסיים של אוכלוסיית הצד האחר לסכסוך. חלק ג מראה כי גם משפט זכויות האדם הבינלאומי אינו מהווה בסיס לחובה משפטית של ישראל להושיט סיוע לאוכלוסיית עזה.

חלק ד בוחן את הטענה כי תלות שפיתחה אוכלוסיית עזה בישראל כתוצאה מהכיבוש הממושך מקימה חובה של ישראל לספק את צרכיה הבסיסיים של האוכלוסייה גם לאחר סיום הכיבוש. חלק ה בוחן את הטענה כי פעולות של ישראל לאחר סיום הכיבוש, השוללות את יכולתה של אוכלוסיית עזה לספק את צרכיה הבסיסיים בלא תלות בישראל, מקימות

7 עניין אלבסיוני, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק-הדין: "אין מוטלת על מדינת ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת תושבי הרצועה... לפי מכלול דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי."

8 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 11 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

9 ראו להלן ה"ש 158-164 והטקסט הסמוך להן.

חובה של ישראל להבטיח לאוכלוסייה צרכים אלה. המחבר טוען כי תלות של אוכלוסיית עזה בישראל שנגרמה כתוצאה מהכיבוש הישראלי הממושך או כתוצאה מפעולותיה של ישראל לאחר סיום הכיבוש מקימה חובה של ישראל להושיט סיוע לאוכלוסייה רק כאשר תלות זו נגרמה כתוצאה מהפרת כלל של המשפט הבינלאומי על-ידי ישראל.

חלק ו' בוחן טענה המבחינה בין כיבוש ממושך לבין כיבוש קצר-מועד. לפי טענה זו, במהלך כיבוש ממושך נוצרת מחויבות מוסרית מיוחדת של הכובש כלפי האוכלוסייה. מחויבות זו חורגת מגדרי דיני הכיבוש, ונכנסת לתחומן של החובות הייחודיות שממשלה ריבונית חבה לעמה. ממחויבות זו נגזרת, עם תום הכיבוש, חובה אתית של המעצמה הכובשת לשעבר לדאוג לצרכיה ההומניטריים הבסיסיים של האוכלוסייה המקומית עד אשר ייכון ריבון מקומי שיהא ביכולתו לספק צרכים אלה. המאמר יראה כי טענה זו נחלשת לנוכח מציאות הסכסוך הישראלי-פלסטיני.

מסקנת המאמר היא כי חובותיה של ישראל כלפי אוכלוסיית עזה מוגבלות לחובות הנובעות מהכללים המשניים בדבר אחריותה של מדינה למעשים אסורים במשפט הבינלאומי.

#### א. האם לישראל יש מעמד של מעצמה כובשת ברצועת עזה?

המשפט ההומניטרי מטיל על מעצמה כובשת חובה להבטיח את צרכיה הבסיסיים של אוכלוסיית השטח הכבוש.<sup>10</sup> אין חולק כי עובר לחודש ספטמבר 2005 הייתה הרצועה

10 '55 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1 559 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית): "שומה על המעצמה הכובשת להבטיח במלוא מידת האמצעים שברשותה את אספקת המזון והרפואות לאוכלוסייה; במיוחד שומה עליה למלא את מחסוריו של השטח הכבוש במזון, ברפואות ובשאר דברים, אם אין מקורותיו של השטח הכבוש מספיקים".

ראו גם: Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War art. 3, 12 Aug. 1949, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287, 318-338 (להלן: Geneva Convention). ס' 69 (1) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה, משנת 1977, שתכליתו להשלים את החובות המוטלות על מעצמה כובשת בס' 55 לאמנת ג'נבה הרביעית (Protocol I), קובע: "נוסף על החובות שפורטו בסעיף 55 של האמנה הרביעית באשר למזון ואספקה רפואית, המעצמה הכובשת גם תבטיח, בהיקף המרבי של האמצעים העומדים לרשותה וללא כל הבחנה פסולה, אספקה של ביגוד, ציוד שינה, אמצעי מחסה, ואספקה אחרת החיונית להישרדות האוכלוסייה האזרחית של השטח הכבוש, ושל אובייקטים הנחוצים לפולחן דתי".

יתר על כן, תק' 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה, 1907 (Regulations Annexed to the Hague Convention Respecting the Laws and Customs of)

במעמד של שטח כבוש. בחודש ספטמבר 2005 חדלה ישראל לקיים נוכחות צבאית קרקעית בשטחה של רצועת עזה,<sup>11</sup> והכריזה על ביטולו של הממשל הצבאי ברצועה. עם זאת, ישראל ממשיכה לקיים בידיה שליטה מוחלטת בשמיה של רצועת עזה ובמימיה הטריטוריאליים.<sup>12</sup> כמו־כן היא שולטת באופן מלא במעבר אנשים וסחורות מרצועת עזה לישראל או לגדה המערבית, ומקימת פיקוח מוגבל על תנועת אנשים וסחורות במעבר הגבול בין רצועת עזה ומצרים.<sup>13</sup> שליטת ישראל בתנועת אנשים וסחורות אל רצועת עזה וממנה, בדרכי האוויר, הים והיבשה, מקנה לה השפעה מכרעת על כלכלת עזה ועל החיים האזרחיים בה. מהו מעמדה המשפטי של רצועת עזה לנוכח מציאות זו? האם הרצועה ממשיכה להימצא במעמד של שטח כבוש?<sup>14</sup>

War on Land, 18 Oct. 1907, 36 stat. 2295, T.I.A.S. No. 539 (להלן: Hague Regulations), קובעת: "בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט את כל האמצעים שביכולתו על-מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ, אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך".

בית-המשפט העליון פירש בהרחבה את החובה להבטיח את "הסדר והחיים הציבוריים" המוטלת על המעצמה הכובשת לפי תק' 43. בבג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלחעאוניה אלמחודדה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785, 798 (1983) (להלן: עניין ג'מעית אסכאן אלמעלמון), נאמר: "מהי הבטחת סדר וחיים ציבוריים? התשובה המתבקשת היא: הפעלת ממשל תקין על כל שלוחותיו, הנהוגות בימינו בארץ מתוקנת, כולל ביטחון, בריאות, חינוך, סעד, אך בין היתר גם איכות החיים והתחבורה." ואילו בבג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 460, 443 (2004), נפסק: "חובת המפקד לדאוג לתקינות סדרי החיים באזור מתפרשת על כל מישורי החיים וחורגת מעבר לענייני בטחון וצרכים קיומיים מידיים. היא חלה על צרכי החיים המגוונים של התושבים, ובהם צרכי סעד, תברואה, כלכלה, חינוך, חברה וכיוצא באלה צרכים שאדם בחברה מודרנית נזקק להם."

11 הנוכחות הקרקעית של ישראל ברצועת עזה חודשה למשך ימים אחדים במהלך חודש ינואר 2009, בעת מבצע "עופרת יצוקה".

12 Yuval Shany, *Faraway, So Close: The Legal Status of Gaza After Israel's Disengagement*, in 8 YEARBOOK OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW 369, 373 (2005); Mustafa Mari, *The Israeli Disengagement from the Gaza Strip: An End of the Occupation?* in 8 YEARBOOK OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW 356, 366 (2005) שרי וקנת מן "שליטה ואחריות: מעמדה המשפטי של רצועת עזה לאחר 'ההתנתקות'" המשפט 25, 13 (2008): "מדינת ישראל, כך נטען, ממשיכה לשלוט ברצועת עזה באמצעות יד נעלמה: היא שולטת על הגבולות, על המרחב האווירי, על המים הטריטוריאליים, על מרשם האוכלוסין, על מערכת המיסוי, על אספקת טובין ועל היבטים נוספים."

13 Shany, לעיל ה"ש 12; Mari, לעיל ה"ש 12.

14 יובל שני משיב על שאלה זו בשלילה. ראו Shany, לעיל ה"ש 12, בעמ' 383. המחבר מצטרף למסקנה זו, אך על בסיס הנמקה שונה מזו של שני. כותבים אחרים סבורים כי רצועת עזה עודנה מצויה תחת כיבוש ישראלי. ראו Mari, לעיל ה"ש 12, בעמ' 357; Nicholas Stephanopoulos, *Israel's Legal Obligations to Gaza After the Pullout*, 31 YALE INT'L

תקנה 42 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה, 1907 (להלן: תקנה 42) קובעת:

Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army.

The occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised.<sup>15</sup>

לנוכח לשון התקנה, המשקפת את המשפט הבינלאומי המנהגי,<sup>16</sup> רווחת ההשקפה שלפיה המבחן לקיומו של כיבוש הוא "מבחן השליטה האפקטיבית". כיבוש מוגדר כשליטה אפקטיבית של מעצמה על שטח שאינו שטחה הריבוני בלא הסכמתו של הריבון המקומי.<sup>17</sup> מהי שליטה אפקטיבית כזו?

תקנה 42 מטעימה את הצורך בשליטה בפועל של הצבא הזר בשטח כתנאי לקיומו של כיבוש. לשון התקנה אינה קובעת כי קיומו של כיבוש מותנה בהפעלת סמכויות שלטוניות על-ידי הצבא הזר, אולם שליטתו של הצבא הזר בשטח צריכה להיות הדוקה במידה שתאפשר לצבא הזר להפעיל את סמכויות השלטון אם רק יחפוץ בכך. לנוכח לשון התקנה, דומה כי פרשנות מילולית שלה מנכיחה מבחן מצמצם לקיומו של כיבוש. בהתאם למבחן

L.J. 524, 525–526 (2006); Susan Martin & John Warner, *Palestinian Refugees in Gaza*, John Dugard, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied Since 1967: Implementation of G.A. Res. 60/251 of Mar. 15, 2006* para. 6 (delivered to Human Rights Council and the General Assembly, U.N. Doc. A/HRC/4/17, 2007) ; בשי ומן, לעיל ה"ש 12.

Hague Regulations, לעיל ה"ש 10, תק' 42. 15

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *Israeli Wall Advisory Opinion*, 2004 I.C.J. 136, para. 78 (July 9) (Opinion). 16

EYAL BENVENISTI, *THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION* 4 (1993): ראו: "[Occupation is] the effective control of a power (be it one or more states or an international organization, such as the United Nations) over a territory to which that power has no sovereign title, without the volition of the sovereign of that territory" : גם Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-1-T, Judgment, para. 580 (7 May 1997) (להלן: עניין Tadic): "The exact moment when a person or area falls into the hands of a party to a conflict depends on whether that party has effective control over an area" 17

זה, נדרשת שליטה הדוקה של הצבא הזר בשטח – דהיינו, נוכחות פיזית קרקעית של הצבא הזר בשטח הכבוש – כתנאי לקיומו של כיבוש.<sup>18</sup>

רוב המלומדים מציינים כי שאלת קיומו של כיבוש היא שאלה שבעובדה.<sup>19</sup> קביעה זו נועדה בעיקרה להבהיר כי שאלת קיומו של כיבוש אינה מוכרעת לפי הכרוזתיהם של הצדדים המעורבים, אלא לפי המציאות בשטח.<sup>20</sup> עם זאת, הקביעה כי קיומו של כיבוש הוא שאלה עובדתית אין משמעה כי ההכרעה בסוגיה זו אינה מושפעת משיקולים נורמטיביים המחייבים להעניק לתקנה 42 פרשנות החורגת מזו המילולית.

שיקולים נורמטיביים כבדי-משקל מחייבים לא לאפשר לכובש לברור בקפידה פיסות שטח קטנות, צפופות-אוכלוסין, בתוך השטח הכבוש שמהן ידיר הכובש את רגליו ובכך ישחרר את עצמו מהחובות שדיני הכיבוש מטילים. מתן חירות לכובש לנהוג כך עלול להוביל לכך שלא תהיה מדינה כלשהי שהמשפט הבינלאומי מטיל עליה חובה לדאוג לשלומה ולרווחתה של האוכלוסייה המקומית. מצב שבו האוכלוסייה המקומית נותרת ב"ריק משפטי" – שבמסגרתו אי-אפשר להצביע על אישיות משפטית במשפט הבינלאומי האחראית להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים כמו-גם את צרכיה הבסיסיים של האוכלוסייה – הינו הרה-אסון, והמשפט הבינלאומי שואף למנוע אותו.<sup>21</sup>

יתר על כן, במקרים רבים המעצמה הכובשת רואה בשטח הכבוש את שלל הניצחון, בעוד אוכלוסיית השטח הכבוש נתפסת כמטרד. היתר למעצמה הכובשת "לעצב מחדש" את הכיבוש כך שיחול על אוכלוסייה מועטה ככל האפשר על-פני שטח רב ככל האפשר יביא

18 בהסתמך על פרשנות מילולית לתק' 42, קובע פרופ' איל בנבנישתי: "The law of occupation is applicable to regions in which foreign forces are present, and in which they can maintain effective control over the life of the local population and exercise the authority of the legitimate power." Eyal Benvenisti, *Responsibility for the Protection of Human Rights under the Interim Israeli-Palestinian Agreements*, 28 ISR. L. REV. 297, 308 (1994).

19 Charles H. Stockton, *The Rule of Law in Conflict and Post Conflict Situations*, 27 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 843, 845 (2004) ("The end of an occupation is a question of fact. It will be brought about by any loss of authority over the territory in question"); Jordan Paust, *The United States as Occupying Power over Portions of Iraq*, 27 SUFFOLK TRANSNAT'L L. REV. 1, 2 (2003) ("Article 42... emphasizes the primacy of FACT as the test of whether or not occupation exists"); Adam Roberts, *The End of Occupation: Iraq 2004*, 54 INT'L & COMP. L.Q. 27, 47 (2005) ("In the case of occupations, as in that of armed conflicts, the test for when the four 1949 Geneva Conventions apply is essentially a factual one... The question of whether or not there is a formal proclamation of occupation is of limited importance: it is the reality, not the label, that counts. By the same token, the formal proclamation of the ending of occupation could also be of limited importance").

20 Roberts, שם, בעמ' 59.

21 Tobias Thienel, *The ECHR in Iraq*, 6 J. INT'L CRIM. JUST. 115, 117 (2008).

לידי ביצורו והארכתו של הכיבוש. תוצאה זו אינה מתיישבת עם עקרון היסודי בדני הכיבוש בדבר אופיו הזמני של הכיבוש.<sup>22</sup>

נוסף על כך, לפי הגישה הרווחת במשפט הבינלאומי, הכובש מחזיק בשטח הכבוש בנאמנות.<sup>23</sup> מטרתו של משטר נאמנות זה היא להוביל להגשמת זכותה של אוכלוסיית השטח הכבוש להגדרה עצמית.<sup>24</sup> הוצאת חלקים קטנים של השטח הכבוש מתחום תחולתו של משטר הכיבוש, באופן היוצר נתק פוליטי, כלכלי ופיזי בין חלקים שונים של האוכלוסייה המקומית, אינו מתיישב עם חובתו של הכובש להוביל את העם המצוי בשטח הכבוש למימוש זכותו להגדרה עצמית. כך הדבר במיוחד כאשר אין ביכולתה של האוכלוסייה שהוצאה מתחומי תחולתו של משטר הכיבוש לממש את הזכות להגדרה עצמית במנותק משאר חלקי האוכלוסייה.

בכל הנוגע ברצועת עזה, יש הטוענים כי שמירת מעמדה של הרצועה כשטח כבוש מתחייבת גם לנוכח לשונם של הסכמי הביניים שנחתמו בין ישראל לפלסטינים ("הסכמי

22 Commentary on the Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 275 (Jean S. Pictet ed., Ronald Griffin & C.W. Dumbleton trans., 1958) ("The occupation of territory in wartime is essentially a temporary, de facto situation, which deprives the occupied power of neither its statehood nor its sovereignty"); Gregory H. Fox, *The Occupation of Iraq*, 36 GEO. J. INT'L L. 195, 236–237 (2005).

23 Orna Ben-Naftali, Eyal Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, 23 BERKELEY J. INT'L L. 551, 575 (2005) ("Implicit in the principle that occupation does not confer title... is the notion of trusteeship. Occupied territories 'constitute... a sacred trust, which must be administered as a whole in the interests both of the inhabitants and the legitimate sovereign or the duly constituted successor in title'); Adam Roberts, *Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories Since 1967*, 84 AM. J. INT'L L. 44, 68 (1990) ("...some idea of 'trusteeship' is implicit in all occupation law"). גישה זו מצאה ביטוי אף בפסיקתו של בית-הדין הבינלאומי לצדק. ראו *Israeli Wall Advisory Opinion*, לעיל ה"ש 16, פס' 70, 88; וכן Ben-Naftali, Gross & Michaeli, שם, בעמ' 577: "What the Court seems to be doing, then, was to construct the concept of a 'sacred trust', the origins of which were rooted in the Mandate system, as the common denominator of all situations where people are not self-governing, occupation included"

24 "the ultimate objective of the *Israeli Wall Advisory Opinion*, לעיל ה"ש 16, פס' 88: "sacred trust... was the self-determination of the peoples concerned" Ben-Naftali, Gross & Michaeli, ראו גם: "Given... the nature of the relationship between the occupied population and the occupying power as a form of trust... it is clear that the purpose of the regime of occupation is to manage the situation in a manner designed to bring about political change and to generate a resumption of the normal order of international society. Relevant international norms further decree that this change should come about by peaceful means and realize the principle of self-determination"



אוסלו"). בהסכמים אלה הצדדים מתחייבים לא לנקוט צעדים כלשהם שיש בהם כדי לשנות באופן חד-צדדי את מעמדה של רצועת עזה והגדה המערבית.<sup>25</sup> בספרות ניתן ביטוי לטענה כי שינוי מעמדה המשפטי של רצועת עזה על-ידי ישראל, באופן חד-צדדי, משטח כבוש לשטח שאינו מצוי תחת כיבוש מנוגד להתחייבות זו. לנוכח זאת נטען כי העיקרון של כיבוד הסכמים בינלאומיים מחייב אף הוא את שמירת מעמדה של רצועת עזה כשטח כבוש, בלא קשר למידת השליטה הישראלית בשטח.<sup>26</sup>

Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip, Isr.-P.L.O., 25  
art. 31, 28 Sept. 1995, 37 I.L.M. 557, 568

26 "[T]here is a second reason why Gaza : 526–525 בעמ' 14, לעיל ה"ש 14, בעמ' 526–525 : "[T]here is a second reason why Gaza must still be regarded as occupied territory even after the Israeli pullout: the repeated pledges of both Israel and the PA not to alter unilaterally the legal status of Gaza or the West Bank. Several interim agreements between Israel and the PA contain the following language or a close variant: 'Neither side shall initiate or take any step that will change the status of the West Bank and the Gaza Strip pending the outcome of the permanent status negotiations.' Before Israel's withdrawal, there was little dispute that Gaza was occupied... Now that Israel has pulled out of Gaza, the territory must still be considered to be occupied or else Israel will have effected the unilateral change in status prohibited by the Israel-PA interim agreements. The Palestinians, of course, have not consented to any alteration of Gaza's legal status, and oppose any modifications to the status quo to which both sides have not agreed... On its face, 'status' includes within its scope whether a territory is occupied..."

לעומת זאת, יובל שני מטיל ספק בתוקפם המשפטי של הסכמי אוסלו כיום, לנוכח אי-ישום מתמשך של הוראותיהם המרכזיות על-ידי שני הצדדים. Shany, לעיל ה"ש 12, בעמ' 381 : "[T]he validity of the Oslo Accords, and, in particular, of its defunct sovereignty-limiting provisions, is very much in doubt as a result of the chronic non-implementation of some of the most central provisions of the Oslo Accords by both parties and the expiration of the time originally allocated for the conclusion of a permanent status agreement. Hence, the shared competencies regime envisioned in Oslo was overtaken by events on the ground, which resulted in a de facto complete or almost complete transfer of governmental authorities to the PA over some areas of the Occupied Territories (including, now, the entire Gaza Strip), and in the severance of any links of subordination which the Oslo Accords may have purported to create"

שני מציין כי בהסכמי אוסלו שמרה ישראל בידיה סמכויות שלטוניות שיריות כמו-גם אחריות-על בתחומי החוץ והביטחון. עם זאת, שני מטעים את התעלמותם של ישראל והפלסטינים כאחד מההסדרים הקבועים בהסכמי אוסלו : "Still, one wonders whether the legal arrangements introduced in the Oslo Accords are dispositive of the situation in Gaza today. Obviously, the situation on the ground in Gaza is very different than what the drafters of the Oslo Accords contemplated: Neither the P.A., nor the Hamas government in Gaza, considered themselves as subservient to Israel; moreover Israel has refrained since the disengagement from explicitly invoking any of its legal powers under the Accords with relation to the situation in Gaza... Hence, one may allege that the

נראה, אפוא, כי למבחן העובדתי לקיומו של כיבוש מצטרף מימד נורמטיבי המחייב "למתוח" במידת-מה את הגדרת הכיבוש העולה מלשונה של תקנה 42. עדיין יש לבחון עד כמה שיקולים נורמטיביים מאפשרים למתוח את הגדרת הכיבוש. גם פרשנות מרחיבה לתקנה 42 – שאינה מתעלמת לחלוטין מלשון התקנה – מחייבת, למצער, מידה משמעותית של שליטה מצד המעצמה הזרה בנעשה בתוככי השטח הכבוש. לשון התקנה מבטיחה כי יישום מבחן השליטה האפקטיבית לא יתרחק יתר על המידה מהפרדיגמה של כיבוש, מהמשמעות האינטואיטיבית של מושג זה, קרי: שליטה פיזית, קרקעית, של הצבא הזר בשטח הכבוש.<sup>27</sup>

שרי בשי וקנת מן מציגים במאמרם השקפה שלפיה –

מהות המונח 'כיבוש' מצויה במושג השליטה, כלומר שליטה צבאית על שטח על-ידי כוח זר. השקפה זו מעבירה את הדיון מהנוכחות הצבאית הקרקעית הפיזית אל ההגדרה התכליתית של שליטה. למה הכוונה בשליטה? שליטה פירושה שימוש בכוח באופן המשפיע על חייהם של אנשים... השאלה הקריטית היא 'כמה' שליטה ממשית יוצרת מצב של כיבוש...<sup>28</sup>

jurisdictional structure of Oslo has fallen into desuetude, at least with regard to Gaza. Indeed, some serious doubt exists as to whether the Oslo Accords are still legally valid (the Accords have never been officially revoked, but the timeframe for final status negotiations set out has long expired and has not been extended beyond the year 2000". Yuval Shany, *Binary Law Meets Complex Reality: The Occupation of Gaza* (2008) *Debate*, 41 ISR. L. REV. 68, 79. דומה כי התחייבותה של ישראל לא לשנות באופן חד-צדדי את מעמדה של הגדה המערבית או רצועת עזה לנועד למנוע ניסיון ישראלי לספח חלקים משטחים אלה לישראל, ולא למנוע את סיומו של הכיבוש בחלקים מהשטחים. לדעת המחבר, קשה להלום כי בהסכמי אוסלו נקבעה חובה של ישראל כלפי הפלסטינים לא להעביר את השליטה האפקטיבית בחלקים מסוימים של השטחים הפלסטיניים הכבושים לידי הפלסטינים.

27 Benvenisti, לעיל ה"ש 18, בעמ' 309: "The test for effective control is not the military strength of the foreign army which is situated outside the borders that surround the foreign area. What matters is the extent of that power's effective control of civilian life within the occupied area; their ability, in the words of Article 43 of the Hague Regulations, to 'restore and ensure public order and civil life'".

Roberts, לעיל ה"ש 19, בעמ' 28: "Most legal writings indicate that an occupation ends when the foreign troops leave. As one classic work on international law put it, 'occupation comes to an end when an occupant withdraws from a territory, or is driven out of it'".

28 בשי ומן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 19.

בשי ומן מזהים אפוא שליטה אפקטיבית של כוח זר היוצרת מצב כיבוש עם השפעה מכרעת על חיי האוכלוסייה האזרחית הנובעת מעליונות צבאית. ביישום מבחן זה, הם מגיעים למסקנה כי מידת ההשפעה הישראלית על החיים האזרחיים ברצועת עזה מגיעה לרף הנדרש לקיומו של כיבוש.

ברם, דומה כי לכיבוש יש מאפיין ייחודי שאינו מתמצה בהשפעה מכרעת של מדינה – הנובעת מעליונות צבאית – על החיים האזרחיים בשטח זר. כיתורו של שטח על-ידי צבא זר, הטלת סגר הרמטי על השטח באוויר וביבשה, כמו-גם הטלת סגר ימי ("בלוקדה"), הינם פרקטיקות מקובלות בעת מלחמה.<sup>29</sup> אמצעים אלה משפיעים בצורה מכרעת על חייה של האוכלוסייה בשטח זה (השפעה שניתן כמובן לכנותה "שליטה"), אך השפעה זו אינה עולה כדי כיבוש.<sup>30</sup> גם שליטה אווירית של צבא זר בשמיו של אזור מסוים אינה עולה כדי כיבוש. "האזור האסור לטיסות" בצפון עיראק, שאותו כפתה ארצות-הברית על ממשלת עיראק מתום מלחמת המפרץ הראשונה ועד למלחמת המפרץ השנייה, הינו דוגמה לכך. בעקבות מלחמת המפרץ הראשונה (1991) הכריזה ארצות-הברית על "אזור בטוח" בצפון עיראק שבו נאסרה פעילות של צבא עיראק נגד האוכלוסייה הכורדית. במשך תקופה קצרה ביותר התקיימה באזור נוכחות צבאית אמריקאית על הקרקע, שהתחלפה בשליטה אווירית באזור, שאליה נלווה איסור על צבא עיראק לערוך טיסות באזור. אין מחלוקת כי משטר מיוחד זה בצפון עיראק לא עלה כדי משטר כיבוש, וכי השליטה האווירית של ארצות-הברית בשמי האזור לא הקנתה לה מעמד של מעצמה כובשת.<sup>31</sup> באופן דומה, לא נשמעה כל טענה כי

COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS OF JUNE 1977 TO THE GENEVA 29  
CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949, 654 (Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno  
Zimmermann eds., 1987) (להלן: Zimmermann eds.); (COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS  
JEAN MARIE HENCKAERTS & LOUISE DOSWALD-BECK, CUSTOMARY INTERNATIONAL  
CUSTOMARY INTERNATIONAL (להלן: HUMANITARIAN LAW 188–189 (ICRC, 2005)  
(HUMANITARIAN LAW

30 בחיבורים המתארים את חובותיו של צד לסכסוך מזוין המטיל סגר אווירי, יבשתי וימי על שטחו של הצד האחר אין כל רמז לטענה שסגר כזה יוצר מצב של כיבוש. ראו שם.

31 בהתייחס למעמדו של "האזור הבטוח" בצפון עיראק, כותב פרופ' אדם רוברטס (Adam Roberts, *Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights*, 100 AM. J. INT'L L. 580, 604–605 (2006): "There was a precedent, of sorts, in Iraq; the 'safe haven' established in northern Iraq in 1991. The U.S.-led military intervention that began on April 17, 1991, resulting in the establishment of the Zone, enjoyed neither the specific authorization of the UN Security Council, nor, initially, the consent of the Iraqi government... After the initial phase, Northern Iraq was protected from Iraqi government incursions almost entirely through the establishment of a U.S.-initiated air exclusion zone... However, the zone never assumed the character of anything approaching a full occupation regime... Here, indeed, was a transformation facilitated by a foreign military role: but that role took the form of a short term military

שליטתם של כוחות צה"ל בשמי לבנון במהלך מלחמת לבנון השנייה, כמו-גם הסגר הימי והאווירי שהטילה ישראל על לבנון, הפכו את לבנון כולה לשטח כבוש. דומה, אפוא, כי לכיבוש יש מאפיין ייחודי הנוגע בשליטה קרקעית של הכובש בשטח הכבוש או למצער בחלקו.

עיקרון מנחה נוסף ביישומו של "מבחן השליטה האפקטיבית" הוא הצורך בשימור מתאם בין הגדרת הכיבוש לבין החובות המשפטיות הנובעות ממצב כיבוש. שיקולי הגינות מחייבים לא להטיל על מדינות חובות שאין ביכולתן לקיימן. על-כן ראוי כי הגדרת הכיבוש תכיל אך ורק מצבים שבהם יש ביכולתו של הכובש למלא את החובות המוטלות עליו לפי דיני הכיבוש. מילוי החובות שדיני הכיבוש מטילים על כובש, ובראשן החובה להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים,<sup>32</sup> מחייב שליטה משמעותית בתוככי השטח הכבוש.<sup>33</sup>

presence on the ground, followed by a more remote one in the air that could not be viewed as an occupation"

תק' 43 ל-Hague Regulations, לעיל ה"ש 10 (נוסח התקנה מופיע שם). 32

Shany, לעיל ה"ש 12, בעמ' 380 : "...lex lata still seems to insist upon physical presence of hostile forces on the ground. This is not mere formalism, as it is hard to conceive of the manner in which an occupier with no ground presence could realistically be expected to execute its obligations under *jus in bello* (e.g., maintenance of law and order, provision of basic services, etc.). Thus, despite Israel's power to influence events in Gaza to some degree, its ability to enforce day-to-day law and order is minimal to non-existent (Israeli soldiers have not patrolled the streets of Gaza City since the mid 1990s)". 33

במאמרם, המצדד בהכרה בקיומו של כיבוש ישראלי ברצועת עזה, כותבים בשי ומן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 23-24: "הקביעה שלפיה ישראל מהווה כוח כובש ברצועת עזה, הנה קביעה בינארית, אולם חלוקת האחריות לנעשה בשטח צריכה להיעשות לפי מידת השליטה, ובאופן זה פעלו הצדדים מאז הקמתה של הרשות הפלסטינית. בתחומים שבהם הסמכויות הועברו באמת ובתמים לרשות הפלסטינית ולחלופין בתחומים שבהם ישראל ויתרה על סמכויות והרשות הפלסטינית או גורם אחר מממשים אותן סמכויות, חובותיה של ישראל מוגבלות, ורמתן נקבעת באופן שהולם את רמת השליטה... ייתכן שיהיה צורך לחלק את האחריות בהתאם לטיב ולמידת השליטה, שהרי החובות המוטלות מכוח דיני הכיבוש הן חובות המוטלות בהתאם לאמצעים".

בשי ומן מציעים למעשה הסדר שלפיו לכל כובש תיתפר "חליפת" דיני כיבוש בנפרד, בהתאם למידת שליטתו בשטח. כובש יהא פטור מקיום חובות המוטלות במסגרת דיני הכיבוש "הכלליים" כאשר אין הוא שולט בשטח במידה המאפשרת לו למלאן. כך, חובות הכובש הקבועות בתקנות האג ובאמנת ג'נבה הרביעית יהיו נקודת המוצא בלבד, שממנה יהיה אפשר לגרוע. ברם, הסדר כזה אינו מוצא עיגון כלשהו בלשונן של תקנות האג או אמנת ג'נבה הרביעית.

בשי ומן תומכים את טיעונם בפסיקתו של בית-הדין הבינלאומי לצדק בעניין החומה בשטחים (Israeli Wall Advisory Opinion, לעיל ה"ש 16). בפרשה זו נמנע בית-הדין מלקבוע כי על ישראל חלה חובה פוזיטיבית להבטיח את זכויות האדם של התושבים הפלסטינים בגדה בתחומים שבהם העבירה ישראל את סמכויות השלטון לידי הרשות הפלסטינית במסגרת

מהי, אפוא, מידת השליטה של מדינה בשטח זר המצדיקה הכרה בקיומו של כיבוש? אל מול השיקולים הנורמטיביים להרחבת המבחן לקיומו של כיבוש עומדות לשון תקנה 42, ההכרה כי לכיבוש יש מאפיין ייחודי הנוגע בשליטה קרקעית של הכובש בשטח, והחזקה שלפיה המשפט הבינלאומי אינו מציב מדינות בסיטואציה שבה מוטלות עליהן חובות שאין ביכולתן לקיימן. כיצד ניתן ליישב בין אלה לאלה? פסיקתם של טריבונלים בינלאומיים ולאומיים מספקת קווים מנחים בעניין זה.

בעקבות מלחמת-העולם השנייה הקימו המעצמות המנצחות בתי-דין צבאיים בגרמניה על-מנת לשפוט פושעי-מלחמה נאצים. בית-הדין הצבאי שהקימה ארצות-הברית בנירנברג (להלן: בית-הדין בנירנברג) נדרש להכריע בשאלה אם בתקופת המלחמה התקיים כיבוש גרמני בכל שטחי יוון ויוגוסלביה, וזאת לנוכח ההתנגדות החמושה שבה נתקל הצבא הגרמני מצד תנועות גרילה (הפרטיזנים) במדינות אלה לכל אורך המלחמה. בעניין זה פסק בית-הדין:

נכון אומנם שהפרטיזנים יכלו לשלוט בחלקים מארצות אלה בזמנים שונים, אולם ברור שהגרמנים יכלו, בכל עת שחפצו בכך, ליטול את השליטה הפיזית בכל חלק שהוא במדינה. שליטתם של כוחות ההתנגדות [באזורים

---

הסכמי אוסלו. בית-הדין הסתפק בקביעה כי בתחומים שבהם הועברו הסמכויות השלטוניות לרשות הפלסטינית ישראל אחראית לא להציב מכשול למימוש זכויות האדם של התושבים. שם, פס' 112. בשי ומן למדים מכך כי ישראל – אף שנותרה במעמד של כובשת – פטורה מחלק מהחובות שדיני הכיבוש מטילים. בשי ומן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 23 וכן ה"ש 80. ברם, לדעת המחבר, פסיקתו של בית-הדין הבינלאומי בעניין החומה בשטחים אינה תומכת במסקנה זו. הסכם בין כובש לבין רשות שלטון מקומית המעביר חלק מן הסמכויות והחובות של הכובש לידי רשות השלטון המקומית, אין בו כדי לשחרר את הכובש באופן מוחלט מחובה כלשהי שדיני הכיבוש מטילים. כל עוד למדינה יש שליטה אפקטיבית בשטח זר המקנה לה מעמד של כובש, היא נושאת באחריות העליונה לקיום כל החובות שדיני הכיבוש מטילים על כובש, בלא קשר להסדרים שבמסגרתם סמכויות שלטוניות מסוימות מועברות מהכובש לרשויות שלטון מקומיות. Benvenisti, לעיל ה"ש 18, בעמ' 307–309. משמעותם של הסדרים כאלה היא לכל-היותר שהכובש אינו מחויב לקיים בעצמו את החובות ש"העביר" לרשות השלטונית המקומית כל עוד האחרונה מקיימת חובות אלה. מסקנה זו אף עולה מלשון ס' 47 לאמנת ג'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 10, שלפיו "מוגנים הנמצאים בשטח כבוש, לא ישללו מהם בשום פנים ואופן את ההנאות מהאמנה הזאת... בגלל כל הסכם שנעשה בין רשויות השטחים הכבושים ובין המעצמה הכובשת". נראה כי כך יש לקרוא את פסיקתו של בית-הדין הבינלאומי בעניין החומה בשטחים.

יתר על כן, מפסיקה מאוחרת של בית-הדין הבינלאומי לצדק, כמו-גם מפסיקתו של בית-המשפט העליון של ישראל, משתמעת זיקה הדוקה בין שאלת קיומו של כיבוש לבין שאלת יכולתו של הצבא הזר לקיים את החובות שדיני הכיבוש מטילים. ראו להלן ה"ש 56–60, 68–69 והטקסט הסמוך להן.

מסוימים – א' צ' הייתה זמנית בלבד, ולא כזו שתשלול מהצבא הגרמני את מעמדו ככובש.<sup>34</sup>

מסקנת בית-הדין כי הכיבוש הגרמני לא נפסק באזורים שהצבא הגרמני הדייר את רגליו מהם ואשר התקיימה בהם שליטה של כוחות הפרטיזנים התבססה על ההכרה ששליטתם של כוחות הפרטיזנים, כמו-גם היעדרותו של הצבא הגרמני מהאזור, "הייתה זמנית בלבד". הקביעה בדבר זמניות שליטתם של כוחות הפרטיזנים בשטח כרוכה בקביעה הנוספת של בית-הדין שלפיה כוחות הצבא הגרמני יכלו להשתלט על אזורים אלה "בכל עת שחפצו בכך". קביעות אלה מלמדות על הנחת-יסוד שלפיה היה ביכולתו של הצבא הכובש להשתלט על האזור הכבוש, הנתון בשליטתם של כוחות הגרילה, בקלות יחסית, דהיינו, מבלי להיתקל בהתנגדות צבאית מסיבית שיש בה כדי לגבות מחיר כבד מהצבא הכובש. כאשר יש ביכולתו של הצבא הכובש להשתלט בקלות יחסית על אזורים בשטח הכבוש שבהם אין הוא מקיים נוכחות, והצבא הכובש בוחר לא לעשות כן, יש בכך כדי להקהות את הקושי שבהטלת חובה על הצבא הכובש להבטיח את הסדר הציבורי והביטחון באזורים אלה. כאשר הצבא הכובש יכול להשתלט בנקל על השטח שממנו הוא נעדר, קשה לומר כי המשפט הבינלאומי, בהטילו על המעצמה הכובשת למלא את תפקידיה של ממשלה בשטח זה, מציב מעצמה זו בסיטואציה שבה מוטלות עליה חובות משפטיות שאין ביכולתה לקיימן.

מסקנת בית-הדין סוטה במידת-מה מהמבחן המצמצם לקיומו של כיבוש העולה מלשונה של תקנה 42. גישת בית-הדין מבוססת על ההכרה כי כובש אינו יכול להיות בכל מקום בשטח הכבוש בכל עת, וכי עובדה זו כשלעצמה אינה שוללת את קיומו של כיבוש. כאשר הכובש מתכנס עם הזמן לאזורים מסוימים בשטח הכבוש, אך יכול להשתלט על האזורים האחרים בכל עת שיחפוץ בכך, מצב הכיבוש נמשך גם באזורים שמהם הכובש נעדר במשך פרקי-זמן מסוימים.

בית-הדין הפלילי הבינלאומי שהוקם בקשר לפשעים שבוצעו במהלך המלחמה ביוגוסלביה אימץ, בעניין *Naletilic*, את עמדתו של בית-הדין בנירנברג.<sup>35</sup> בעניין *Tadic* קבע

U.S. v. Wilhelm List et al, in TRIAL OF WAR CRIMINALS BEFORE THE NUREMBERG 34  
 "While it is true that : (להלן: *Hostage Case*) MILITARY TRIBUNALS 1230, 1243 (1948)  
 the partisans were able to control sections of these countries at various times, it is  
 established that the Germans could at any time they desired assume physical control of  
 any part of the country. The control of the resistance forces was temporary only and not  
 such as would deprive the German armed forces of its status of an occupant"  
 :Prosecutor v. Naletilic, Case No. IT-98-34-T, Judgment, para. 271 (31 March 2003) 35  
 "To determine whether the authority of the occupying power has been actually  
 established, the following guidelines provide some assistance... the occupying power has

בית־הדין כי "העובדה שמקום או אזור מסוים בתוך המחוז הכבוש מצוי עדיין בשליטתם של הכוחות הלאומיים [המתגוננים מפני הפלישה הזרה – א' צ' אינה שוללת את קיומו של כיבוש בשאר השטח, בתנאי שהאזור או המקום המוגן מוקף ומנותק באופן אפקטיבי משאר חלקי המחוז הכבוש".<sup>36</sup> דברים אלה מתמקדים בקביעה כי "שאר השטח", שעליו כבר השתלטו הכוחות הזרים, הוא שטח כבוש, אך יש בהם כדי ללמד גם על מעמדו של האזור המוחזק עדיין בידי הכוחות המקומיים. מעמדת בית־הדין ניתן להבין כי אזור שעליו טרם השתלטו הכוחות הפולשים באופן פיזי, בשל התנגדותם של הכוחות המקומיים, לא ייחשב שטח כבוש, אף אם הצבא הפולש השלים את כיבושם של כל האזורים המקיפים אזור זה והותיר אותו מנותק ומבודד. "אי" בתוך השטח הכבוש, המצוי בשליטתם של כוחות מתגוננים אשר טרם הוכרעו, אינו נחשב שטח כבוש. אין די בנייתו ובכידודו של אזור המצוי בשליטתם של הכוחות המקומיים כדי להקנות לאזור מעמד של שטח כבוש. לשם כך נדרשת השתלטות פיזית של הכובש על השטח, תוך הכרעת ההתנגדות המקומית.

בחוות־הדעת המייעצת של בית־הדין הבינלאומי לצדק בעניין התוצאות המשפטיות של הקמת חומה בשטחים הפלסטיניים הכבושים (להלן: פרשת החומה בשטחים),<sup>37</sup> ניתנה לבית־הדין הזדמנות להתייחס להשלכותיהם של הסכמי אוסלו ושל יישומם החלקי על מעמדם של אזורים מסוימים בגדה המערבית. בעקבות שורה של הסכמי־ביניים בין ישראל והפלסטינים במהלך שנות התשעים ("הסכמי אוסלו"), הסיגה ישראל את כוחותיה הצבאיים מאזורים מסוימים בגדה המערבית (המכונים "אזורי A"), והעבירה את כל הסמכויות האזרחיות והבטחוניות באזורים אלה לרשות הפלסטינית.<sup>38</sup> רוב שטח הגדה נותר תחת שליטה צבאית ישראלית. בין אזורי A השונים לא התקיימה רציפות טריטוריאלית, וישראל שמרה בידיה שליטה מוחלטת בכניסות לאזורים אלה וביציאות מהם. העברת הסמכויות האזרחיות והבטחוניות באזורי A לידי הרשות הפלסטינית, כמו־גם נסיגתם של כוחות הצבא הישראליים מאזורים אלה, הובילה את פרופ' איל בנבנישתי למסקנה כי ישראל אינה מחזיקה עוד בשליטה אפקטיבית באזורי A שיש בה כדי לשמר את מעמדם של אזורים אלה

a sufficient force present, or the capacity to send troops within a reasonable time to make the authority of the occupying power felt"

עניין *Tadic*, לעיל ה"ש 17, פס' 580 (ההדגשה הוספה): "The fact that there is a defended place or zone still in possession of the national forces within an occupied district does not make the occupation of the remainder invalid, provided that such place or defended zone is surrounded and effectively cut-off from the rest of the occupied district"

*Israeli Wall Advisory Opinion*, לעיל ה"ש 16. 37

Benvenisti, לעיל ה"ש 18, בעמ' 312. ראו גם: David Kretzmer, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense?* 16 *EUR. J. INT'L L.* 171, 206 (2005). 38

כשטח כבוש.<sup>39</sup> אכן, פרשנות מילולית של תקנה 42 מובילה למסקנה כי בתקופות מסוימות לא היה לאזורי A מעמד של שטח כבוש.

בהתייחסו להסכמי אוסלו, ציין בית-הדין בקצרה כי הסכמים אלה "דרשו מישראל להעביר לרשויות פלסטיניות סמכויות ותחומי אחריות מסוימים שהוחזקו בשטח הפלסטיני הכבוש בידי הממשל הצבאי והמנהל האזרחי הישראליים. העברות כאלה של סמכויות אכן נעשו, אולם כתוצאה מאירועים מאוחרים יותר הן נותרו חלקיות ומוגבלות".<sup>40</sup> על-כן קבע בית-הדין, בעומדו על כך שלישאל יש מעמד של כובש בשטחי הגדה המערבית למן שנת 1967, כי הסכמי אוסלו ויישומם החלקי "לא חוללו דבר שיש בו כדי לשנות מצב זה. כל אותם שטחים (ובכלל זה מזרח ירושלים) עודם שטחים כבושים, וישראל נותרה במעמד של 'מעצמה כובשת'".<sup>41</sup> הנמקת בית-הדין לקביעה זו לקונית ביותר. בית-הדין לא עמד מפורשות על ההבחנה בין אזורי A לבין אזורים אחרים, וממילא לא הסביר מדוע העברות הסמכויות מישראל לרשות הפלסטינית באזורי A "נותרו חלקיות ומוגבלות". נראה כי בית-הדין לא ראה עצמו נדרש להרחיב בסוגיית מעמד של אזורי A הן משום שאינן פאדת אל-אקצא הובילה לנוכחות צבאית ישראלית מחודשת ומוגברת באזורי A, והן משום שהגדר לא נבנתה באזורי A.

מפסיקת בית-הדין משתמע מבחן מרחיב לקיומו של כיבוש, הסוטה במידת-מה מהפרשנות המילולית של תקנה 42. רוב המלומדים שנדרשו לסוגיית מעמד של אזורי A אימצו את עמדת בית-הדין.<sup>42</sup> לדעת פרשנים אלה, שליטתה הנמשכת של ישראל ברוב

39 Benvenisti, לעיל ה"ש 18, בעמ' 313–321.  
 40 "Those agreements, inter alia, required Israel to transfer to Palestinian authorities certain powers and responsibilities exercised in the Occupied Palestinian Territory by its military authorities and civil administration. Such transfers have taken place, but, as a result of subsequent events, they remained partial and limited"  
 41 שם, פס' 78 : 75 to 77 as described in paragraphs above, have done nothing to alter this situation. All these territories (including East Jerusalem) remain occupied territories and Israel has continued to have the status of "Occupying Power"  
 42 Orna Ben-Naftali & Keren Michaeli, 'We Must Not Make a Scarecrow of the Law': A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings, 36 CORNELL INT'L L.J. 233, 261–262 (2003); U.N. Econ. & Soc. Council, Commission on Human Rights, Report of the Human Rights Inquiry Commission Established Pursuant to Commission Resolution S-5/1 of 19 October 2000: Question of the Violation of Human Rights in the Occupied Arab Territories, Including Palestine, U.N. ESCOR, 57th Sess., at 13, U.N. Doc. E/CN.4/2001/121 (2001); Georg Nolte, Preventive Use of Force and Preventive Killings: Moves Into a Different Legal Order, 5 THEORETICAL INQ. L. 111, 125–126 (2004); Antonio Cassese, Expert Opinion on Whether Israel's Targeted Killings of Palestinian Terrorists is Consonant with International Humanitarian Law (2003),



שטחי הגדה, כמו גם בכניסות לאזורי A, ביציאות מהם ובמרחב האווירי שלהם, עולה כדי שליטה אפקטיבית באזורי A המשמרת את מצב הכיבוש בהם, אף בלא נוכחות צבאית קרקעית של ישראל באזורים אלה.

פסיקתו של בית-הלורדים בבריטניה באשר לנורמות החלות על כוחות הצבא הבריטיים בעיראק מלמדת כי עם סילוקו של הריבון המקומי משטח מסוים על-ידי הצבא הזר, אין עוד צורך בשליטה הדוקה של הצבא הזר בשטח זה כדי לקיים מצב כיבוש. בעניין *Al-Skeini*<sup>43</sup> בחן בית-הלורדים אם האמנה האירופית בדבר הגנה על זכויות אדם חלה כלפי הכוחות הבריטיים המצויים בבצרה שבעיראק. בית-הלורדים לא חלק על קביעתו של בית-המשפט לערעורים בפרשה זו, שלפיה לבריטניה יש מעמד של כובש באזור זה.<sup>44</sup> ברם, בית-הלורדים קבע כי האמנה האירופית לזכויות אדם עשויה לחול על מדינה שהינה צד לה, בשטח שאינו שטחה הריבוני, רק כאשר אותה מדינה שולטת בשטח זה במידה המאפשרת לה להבטיח את כל הזכויות הקבועות באמנה (ובכלל זה למנוע הפרת זכויות אדם על-ידי צדדים שלישיים).<sup>45</sup> בהקשר זה קבע בית-הלורדים כי הנוכחות המוגבלת של הכוחות הבריטיים באזור בצרה לא אפשרה להם להבטיח את מכלול זכויות האדם הקבועות באמנה האירופית.<sup>46</sup> בין היתר קבע בית-הלורדים כי אין ביכולתם של הכוחות הבריטיים להבטיח את הזכות לחיים של תושבי בצרה מפני פגיעה על-ידי צדדים שלישיים.<sup>47</sup> על-כן קבע בית-הלורדים כי הוראות האמנה אינן חלות על התנהגותם של הכוחות הבריטיים באזור.<sup>48</sup> מפסק-הדין עולה למעשה של בריטניה יש מעמד של מעצמה כובשת בבצרה אף שנוכחותם המוגבלת של הכוחות הבריטיים בעיר אינה מאפשרת לבריטניה לקיים במלואן את חובות הכובש בדבר הבטחת הסדר והביטחון הציבוריים. עם זאת, פסיקתה של הערכאה הנמוכה

*available at* [www.stoptorture.org.il/files/cassese.pdf](http://www.stoptorture.org.il/files/cassese.pdf) (חוות-דעת שצורפה לעתירה בעניין 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 14.12.2006) (להלן: עניין הוועד הציבורי נגד עינויים)). כאשר לעמדתו הנוגדת של פרופ' בנבנישתי ראו לעיל ה"ש 39 והטקסט הסמוך לה.

R. v. Secretary of State for Defence, [2007] UKHL 26, 3 All ER 685 43  
(להלן: עניין *Al-Skeini*).

R. v. Secretary of State for Defence, [2005] EWCA (Civ) 1609, [124]: "...it is quite 44  
impossible to hold that the UK, although an occupying power for the purposes of the Hague Regulations and Geneva IV, was in effective control of Basrah City for the purposes of ECHR jurisprudence at the material time"

עניין *Al-Skeini*, לעיל ה"ש 43, פס' 79: "...the obligation under Article 1 can arise only 45  
where the contracting state has such effective control of the territory of another state that it could secure to everyone in the territory all the rights and freedoms in section 1 of the Convention"

שם, פס' 83. 46

שם. 47

שם, פס' 80-84. 48

יותר (בית-המשפט לערעורים) בפרשה זו מבהירה כי העובדה שלצבא הבריטי אין שליטה פיזית הדוקה בבצרה אינה תולדה של קושי צבאי ממשי להשתלט על העיר לנוכח התנגדות צבאית לכובש, אלא נובעת מבחירה של הצבא הבריטי להניח את משימות הביטחון בעיר לכוחות עיראקיים שהוקמו תחת חסותו של הצבא הבריטי.<sup>49</sup>

בעניין צמל נ' שר הביטחון<sup>50</sup> קבע בית-המשפט העליון כי מצב כיבוש שורר בשטח שבו מתקיימת, עקב נוכחות פיזית של צבא זר, שליטה בפועל של הצבא הזר "באופן מעשי ויעיל", כך שיש ביכולתו להפעיל סמכויות שלטוניות אם רק יחפוץ לעשות כן.<sup>51</sup> בית-המשפט הטעים כי החלטתו של כוח צבאי זר השולט בפועל בשטח לא להפעיל את סמכויות השלטון בשטח זה אינה שוללת את קיומו של כיבוש.<sup>52</sup> לנוכח זאת קבע בית-המשפט כי שליטתו בפועל של הצבא הישראלי בדרום לבנון בעקבות הפלישה הישראלית ללבנון בשנת 1982 יצרה מצב כיבוש באזור, אף שישראל נמנעה מלהקים באזור ממשל צבאי. פסק-הדין אינו מתייחס לנסיבות שבהן הצבא הזר אינו מקיים שליטה פיזית בשטח אך לנוכח עוצמתו

49 *R. v. Secretary of State for Defence*, לעיל ה"ש 44, פס' 125: "It would indeed have been contrary to the Coalition's policy to maintain a much more substantial military force in Basrah City when its over-arching policy was to encourage the Iraqis to govern themselves. To build up an alternative power base capable of delivering all the rights and performing all the obligations required of a contracting state under the ECHR... would have run against the grain of the Coalition's policies"

50 בג"ץ 102/82 צמל נ' שר הביטחון, פ"ד לז(3) 365 (1983) (להלן: עניין צמל).

51 שם, בעמ' 373. בהסתמכו על הנחיות המדריך הצבאי הבריטי בעניין זה, קבע בית-המשפט: "אמת המידה המוצעת על-ידי המדריך, שמה את הדגש בתנאים שנוצרו בשטח עקב כניסת הכוחות הצבאיים, ולא דווקא בהפעלת הסמכות על-ידיהם הלכה למעשה, כי אנו קוראים, למשל, שאחד המבחנים הוא בכך, אם הכוח הצבאי הוא בעל היכולת להיכנס בנעליהן של הרשויות של השלטון הקודם, ולא דווקא אם עשה כן למעשה... יכול כוח צבאי לפשוט על שטח או לפלוש לתוכו, כדי לחלוף דרכו אל היעד שהציב לעצמו, תוך הותרת השטח שאחריו ללא שליטה יעילה. אך אם הצבא השתלט על שטח פלוני באופן מעשי ויעיל, אין בזמניותה של השהייה בשטח או בכוונה לקיים אך שליטה צבאית ארעית כדי לגרוע מכך, שנוצרו התנאים העובדתיים, מהם נגזרת תחולתן של אותן הוראות מדיני המלחמה, הדנות בתוצאות המתלוות אף מן התפיסה הלוחמתית. זאת ועוד, תחולתו של הפרק השישי לתקנות האג ותחולתן של ההוראות המקבילות באמנה הרביעית אינן מותנות בכך שהוקמה מערכת ארגונית מיוחדת, הלובשת צורה של ממשל צבאי. החובות והסמכויות של הכוח הצבאי, הנובעות מתפיסתו היעילה של שטח פלוני, קמות ונוצרות בשל עצם השליטה הצבאית בשטח, היינו, גם אם הכוח הצבאי מבצע שליטתו אך ורק באמצעות היחידות הלוחמות הרגילות שלו, בלי להקים ולייחד מסגרת צבאית מיוחדת לצורכי הממשל."

52 שם, כך, בעניין רופאים לזכויות אדם, לעיל ה"ש 6, פס' 14 לפסק-הדין, קובעת הנשיאה ביניש כי "בבג"ץ 102/82 צמל נ' שר הביטחון... קבע בית משפט זה כי תחולת דיני הכיבוש של המשפט ההומניטרי הבינלאומי מותנית בהיווצרותו של פוטנציאל להפעלת סמכויות שלטוניות בשטח עקב כניסת הכוחות הצבאיים, ולא דווקא בהפעלת הסמכות על-ידיהם, הלכה למעשה."

העדיפה קיים "פוטנציאל" לשליטה כזו. על-כן אי-אפשר ללמוד על עמדתו של בית- המשפט בעניין צמל בשאלת קיומו של כיבוש בנסיבות כאלה.

פסיקתו של בית-המשפט העליון בישראל מבהירה כי אף כאשר כוחות הכיבוש נתקלים בהתנגדות חמושה אינטנסיבית מצד כוחות גרילה, אין בכך כדי לשלול את קיומו של מצב הכיבוש. בית-המשפט ציין כי העימות האלים בין ישראל לפלסטינים בשטחי הגדה המערבית הגיע לדרגה של סכסוך מזוין, ובה-בעת הבהיר כי שטחים אלה מצויים במעמד של שטח כבוש, כך שחלים בהם דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי.<sup>53</sup>

באופן דומה, אף שהכוחות האמריקאיים והבריטיים בעיראק נתקלו בהתנגדות חמושה עזה לאחר הפלת משטרו של סדאם חוסיין, קיבלה מועצת הביטחון החלטה המבהירה כי לארצות-הברית ולבריטניה יש מעמד של מעצמות כובשות בכל שטח עיראק, ועל-כן חלים בשטח זה דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי.<sup>54</sup>

אכן, קיימת הסכמה רחבה בספרות כי פעילות צבאית של כוחות גרילה נגד הכובש אינה שוללת את קיומו של כיבוש, אלא אם כן פעילות זו מובילה לסילוק הכובש מהשטח הכבוש.<sup>55</sup>

פסיקתם של הטריבונלים הבינלאומיים ובתי-המשפט הלאומיים אינה מספקת הנחיות מדויקות באשר למידת השליטה של מדינה בשטח שאינו בריבונותה שיש בה כדי לגבש מצב כיבוש, אולם ניתן להעלות מפסיקה זו כמה קווים מנחים בעניין זה:

1. פעילות גרילה נגד כוחות הכיבוש, לאחר שהללו סילקו את הריבון הקודם, אינה שוללת את קיומו של מצב הכיבוש, אף אם התנגדות זו מגיעה לדרגה של סכסוך מזוין.
2. העדר שליטה פיזית של הצבא הכובש בחלקים מסוימים מהשטח הכבוש אינו שולל את קיומו של מצב כיבוש בחלקים אלה, ובלבד שמתקיימים שני תנאים:

53 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית-סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 815, 827 (2004) (להלן: עניין בית-סוריק); בג"ץ 7015/02 עגזורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002) (להלן: עניין עגזורי).

54 S.C. Res. 1483, U.N. Doc. S/RES/183 (22 May 2003). ראו גם Roberts, לעיל ה"ש 19, בעמ' 34: "...in the particular case of Iraq no state individually, nor the UN Security Council, has suggested that the hostilities in any way undermined the status of the occupation".

55 Roberts; LESLIE C. GREEN, THE CONTEMPORARY LAW OF ARMED CONFLICT 248 (1993) "In theory, the concept of 'occupation' refers to an aspect or phase of a conflict in which a belligerent has established control in a given area... However, in practice the status of occupation has not been viewed as being negated by the existence of violent opposition, especially when that opposition has not had full control of a portion of the state's territory".

ראו גם: UK MINISTRY OF DEFENCE, THE MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT 277 (2004) (להלן: UK MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT).

א. המעצמה הכובשת נהנית מהשפעה משמעותית על החיים האזרחיים בחלקים אלה, אשר נובעת משליטה פיזית של המעצמה הכובשת בחלקים אחרים של השטח הכבוש. כך, לא ניתן להצביע על פסיקה של ערכאה שיפוטית כלשהי – בינלאומית או לאומית – המכירה בקיומו של מצב כיבוש בשטח משטחיה של מדינה אשר אף לא אחד מחלקיה נתון בשליטה פיזית של הצבא הזר. מסקנה זו מתיישבת אף עם אי-ההכרה בקיומו של מצב כיבוש ב"אזור האסור לטיסות" בצפון עיראק. אזורי A בגדה המערבית הינם דוגמה טובה לסיטואציה שבה שליטה פיזית-קרקעית של הכובש ברובו של השטח הכבוש מקנה לו השפעה משמעותית על החיים האזרחיים באזורים שבהם אין לכובש שליטה קרקעית. שליטתו הפיזית של הצבא הישראלי בשטח הכבוש המקיף את אזורי A מקנה לו שליטה בתנועת אנשים וסחורות אל אזורי A ומהם, ולפיכך גם השפעה מכרעת על חיי האוכלוסייה באזורי A.

ב. יש ביכולתו של הצבא הכובש להשתלט בקלות יחסית על חלקים אלה, שבהם אין הוא מקיים נוכחות פיזית. תנאי זה עולה מפסיקתו של בית-הדין בנירנברג, כמו-גם מפסיקתו של בית-הדין לפשעי-מלחמה ביוגוסלביה, ולא ניתן להצביע על פסיקה סותרת. כך, הקושי שהצבא הזר צפוי להיתקל בו במאמציו להשתלט על שטח יכול שיגיע ל"מסה קריטית" השוללת את האפשרות לקבוע כי השטח נתון בשליטה אפקטיבית שלו.

קווים מנחים אלה אינם מתרחקים יתר על המידה מפרדיגמת הכיבוש המוצאת ביטוי בלשונה של תקנה 42, ונותנים ביטוי לעיקרון שלפיו לכיבוש יש מאפיין ייחודי הנוגע בשליטה קרקעית של הכובש בשטח הכבוש או למצער בחלקו. הם מיישבים, במידה רבה, בין השיקולים הנורמטיביים התומכים בהגדרה רחבה של כיבוש לבין הצורך לא להטיל על מדינה חובות שאין ביכולתה לקיימן. כאשר הצבא הכובש יכול להשתלט בנקל על השטח שממנו הוא נעדר, קשה לומר כי אין ביכולתה של המעצמה הכובשת לקיים את חובתה להבטיח את הסדר הציבורי והביטחון בשטח זה.

בפסק-דין שניתן לאחרונה על-ידי בית-הדין הבינלאומי לצדק, בפרשת פעולות חמושות בשטח קונגו<sup>56</sup> (להלן: פרשת קונגו), בחן בית-הדין אם התערבות צבאית מצד אוגנדה שהובילה להתפרשות יחידות של צבא אוגנדה בשטח קונגו יצרה מצב כיבוש. בהסתמכו על תקנה 42, קבע בית-הדין כי יהיה אפשר להכיר בקיומו של מצב כיבוש רק אם יוצגו לפני בית-הדין ראיות שלפיהן "כוחות צבא אוגנדה בקונגו לא רק הוצבו באתרים מסוימים בקונגו, אלא גם השליטו את מרותם במקום זו של ממשלת קונגו".<sup>57</sup> בית-הדין הוסיף כי

Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda) 19 Dec. 2005, 45 ILM 56  
271 (להלן: Congo Opinion).

שם, פס' 173: "In order to reach a conclusion as to whether a State, the military forces of which are present on the territory of another State as a result of an intervention, is an 'occupying Power' in the meaning of the term as understood in *jus in bello*, the Court

"אי־אפשר לקבוע מהו היקף השטח הכבוש בידי צבא אוגנדה בקונגו פשוט על־ידי מתיחת קו המחבר את הנקודות הגיאוגרפיות שבהן צבא אוגנדה נוכח".<sup>58</sup> תחת זאת יש לבחון באילו אזורים הצבא הפולש "השליט והפעיל סמכות שלטונית הלכה למעשה".<sup>59</sup> לנוכח זאת קבע בית־הדין כי הנוכחות הצבאית של אוגנדה בשטח קונגו הובילה למצב כיבוש רק באחד ממחוזות קונגו, שלגביו הוכח כי מפקד צבא אוגנדה מינה את מושל המחוז.<sup>60</sup> ראינו כי מפסיקתו של בית־הדין בנירנברג, כמו־גם מפסיקתו של בית־הדין הבינלאומי לצדק בפרשת החומה בשטחים, עולה כי מצב כיבוש עשוי לשרור אף באזורים שבהם אין הצבא הזר מקיים שליטה פיזית. לנוכח זאת ניתן לטעון כי פסיקת בית־הדין בפרשת קונגו סוטה מהמבחנים לקיומו של כיבוש שהותוו בפסיקות קודמות.<sup>61</sup> אולם בעיני המחבר, אין לפרש כך את פסיקת בית־הדין. ביישמו את מבחן השליטה האפקטיבית, הסתמך בית־הדין בפרשת קונגו על פסיקתו בפרשת החומה בשטחים,<sup>62</sup> מבלי לציין כי הוא סוטה באופן כלשהו מהעקרונות שהנחו את פסיקתו זו. יש להניח כי אילו סבר בית־הדין כי פסיקתו בפרשת קונגו סוטה באופן משמעותי וחד מפסיקתו בפרשת החומה בשטחים – אשר ניתנה אך שנתיים קודם לכן – ומבטאת למעשה את היפוכה של האחרונה, היה בית־הדין עומד על סתירה זו ומנמקה.

לדעת המחבר, השוואה בין פסיקותיו של בית־הדין הבינלאומי בפרשות קונגו והחומה בשטחים מגלה הבחנה מסוימת בין מקרה שבו בית־הדין בוחן אם פלישה של צבא זר התפתחה לכלל כיבוש לבין מקרה שבו הוא בוחן אם מצב כיבוש (שאינו חולק כי התקיים מלכתחילה) בא לסיומו. פלישת צבא אוגנדה לקונגו משקפת את המקרה הראשון, ואילו נסיגת הצבא הישראלי מאזורי A מבטאת את המקרה השני. דומה כי בית־הדין מיישם את מבחן השליטה האפקטיבית בצורה דווקנית יותר במקרה הראשון. כזכור, בית־הדין קבע כי על־מנת לקבוע את היקפו של האזור שבו התפתחה פלישת צבא אוגנדה לכלל כיבוש, אין די ב"מתיחת קו המחבר את הנקודות הגיאוגרפיות שבהן צבא אוגנדה נוכח".<sup>63</sup> לעומת זאת,

must examine whether there is sufficient evidence to demonstrate that the said authority was in fact established and exercised by the intervening State in the areas in question. In the present case the Court will need to satisfy itself that the Ugandan armed forces in the DRC were not only stationed in particular locations but also that they had substituted their own authority for that of the Congolese Government"

שם, פס' 174 : "the territorial limits of any zone of occupation by Uganda in the DRC cannot be determined by simply drawing a line connecting the geographical locations where Ugandan troops were present"

שם, פס' 173.

שם, פס' 171, 178.

Shany, לעיל ה"ש 12, בעמ' 370, 377. שני טוען כי פסיקת בית־הדין בפרשת קונגו מבטאת סטייה כזו.

Congo Opinion, לעיל ה"ש 56, פס' 172.

שם, פס' 174.

ספק אם התכנסותם של כוחות הצבא הישראלי לאתרים אסטרטגיים אחדים בגדה המערבית הייתה מוליכה את בית-הדין למסקנה כי הכיבוש הישראלי בשטחים שבהם אין לצבא הישראלי נוכחות פיזית בא לסימו.

פסקתו של בית-הדין בנירנברג מוליכה אף היא למסקנה כי יישומו של מבחן השליטה האפקטיבית מחמיר יותר כאשר נבחנת השאלה אם פלישה התפתחה לכלל כיבוש מאשר במקרה שבו יש לבחון אם כיבוש, אשר אין חולק שנוצר מלכתחילה, בא לסימו. כך, בית-הדין קבע כי תנאי מקדמי להיווצרותו של מצב כיבוש הוא "הרס ההתנגדות המאורגנת והקמת מערכת ממשל לשמירת החוק והסדר".<sup>64</sup> לעומת זאת, ראינו כי בית-הדין הכיר בכך ששליטה של כוחות הפרטיזנים בחלקים משטחי יוגוסלביה ויוון במהלך תקופת הכיבוש הגרמני לא שללה את קיומו של מצב כיבוש בחלקים אלה. נראה, אם כן, כי קביעת בית-הדין שלפיה "הרס ההתנגדות המאורגנת" לצבא הזר הינו תנאי לקיומו של כיבוש מתייחסת להתנגדות של כוחות הריבון המקומי לפלישת הצבא הזר, ולא להתנגדות גרילה בשלבים שלאחר התבססות הכיבוש. אכן, מדריכים צבאיים של מדינות מערביות אימצו את גישתו של בית-הדין בנירנברג.<sup>65</sup>

ראוי לציין כי בית-הדין הבינלאומי לצדק כמו-גם בית-הדין בנירנברג לא עמדו מפורשות על ההבחנה בין המבחן להיווצרותו של כיבוש לבין המבחן לסימו. נראה כי עיקר משקלה של הבחנה זו נוגע בחזקה שלפיה כוח זר שהצליח מלכתחילה להכריע את ההתנגדות המאורגנת של כוחות הריבון המקומי, להשליט את מרותו על שטח ולהתבסס בו ככובש, יוכל, בקלות יחסית, "בכל עת שיחפוץ", לשוב ולהשתלט על אזורים בשטח הכבוש

<sup>64</sup> *Hostage Case*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1243: "The term... occupation indicates the exercise of governmental authority to the exclusion of the established government. This presupposes the destruction of organized resistance and the establishment of an administration to preserve law and order"

<sup>65</sup> כך, לדוגמה, מתאר המדריך הצבאי של צבא ארצות-הברית (Department of the Army, Field Manual No. 27-10: The Law of Land Warfare § 355 (1956)) את התנאים הנדרשים להיווצרות מצב כיבוש: "Military occupation is a question of fact. It presupposes a hostile invasion, resisted or unresisted, as a result of which the invader has rendered the invaded government incapable of publicly exercising its authority, and that the invader has successfully substituted its own authority for that of the legitimate government in the territory invaded"

אולם מהמדריך עולה כי מעת שנוצר מצב כיבוש, אין בעובדה שצבא הכיבוש חדל להשליט את מרותו בפועל באזור מסוים כדי לסיים את מצב הכיבוש באזור זה. אם יש ביכולתו של הצבא הכובש להשתלט מחדש על האזור אם ירצה בכך, די בכך להותיר את מצב הכיבוש על כנו: "It is sufficient that the occupying force can, within a reasonable time, send detachments of troops to make its authority felt within the occupied district".<sup>356</sup> המדריך אף מטעים כי פעילות צבאית של כוחות גרילה נגד הכובש אינה מסיימת את מצב הכיבוש. שם, ס' 360. עוד ראו UK MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT, לעיל ה"ש 55, בעמ' 276–277.

שבהם אין הוא נוכח במשך פרק-זמן מסוים. לאחר שבוסס כיבושו של שטח מסוים בידי צבא זר, היעדרותו של הצבא הזר משטח זה "חשודה" בזמניות.

דומה אפוא כי פסיקתו של בית-הדין הבינלאומי בפרשת קונגו אינה סוטה מהקווים המנחים לבחינת קיומו של כיבוש שהותו בפסיקותיהם של טריבונלים בינלאומיים ולאומיים כמפורט למעלה.

הן בית-הדין הבינלאומי לצדק בפרשת קונגו והן בית-הדין הצבאי בנירנברג ציינו כי מצב כיבוש נוצר כאשר שלטון הכובש מחליף את שלטונה של הממשלה הריבונית שמשלה עובר לכיבוש ("הממשלה הלגיטימית").<sup>66</sup> עם זאת, דומה כי חוסר יכולתה של הממשלה הלגיטימית להפעיל סמכויות שלטוניות אינו תנאי עצמאי לקיומו של כיבוש, אלא אחת האינדיקציות לשליטתו של הצבא הכובש בשטח. שליטתו של צבא זר בשטח בלא הסכמתה של הממשלה הלגיטימית יוצרת מצב של כיבוש אף אם הצבא הזר מחליט, מטעמי נוחות, לאפשר לממשלה הלגיטימית למלא את תפקידי השלטון.<sup>67</sup>

בעניין אלבסיוני ובעניין פלוני קבע בית-המשפט העליון כי עם סיומה של הנוכחות הצבאית הקרקעית של ישראל ברצועת עזה, הרצועה "אינה נתונה עוד בתפיסה לוחמתית".<sup>68</sup> הנמקת בית-המשפט לקביעה זו עולה בקנה אחד עם הקווים המנחים לבחינת קיומו של כיבוש שהתגבשו במשפט הבינלאומי המנהגי, כמפורט למעלה, עובר לנסיגת ישראל מהרצועה. כך קבע בית-המשפט בעניין פלוני:

יצוין כי בעקבות סיום הממשל הישראלי הצבאי ברצועת עזה בספטמבר 2005, אין למדינת ישראל נוכחות פיזית קבועה ברצועה, ואף אין לה אפשרות ממשית למלא את החובות המוטלות על שלטון כובש מכוח הדין הבינלאומי, ובהן החובה המרכזית לשמירה על הסדר הציבורי והביטחון. כל ניסיון להשליט את סמכותה של מדינת ישראל ברצועת עזה, צפוי להיות כרוך בפעולות צבאיות מורכבות וממושכות. בנסיבות אלה – בהן אין למדינת ישראל פוטנציאל אמיתי לשליטה אפקטיבית בנעשה ברצועת עזה –

66 "The term invasion implies a military operation while an occupation indicates the exercise of governmental authority to the exclusion of the established government... To the extent that the occupant's control is maintained and that of the civil government eliminated, the area will be said to be occupied"

"...the Court will need to satisfy itself that the Congo Opinion, לעיל ה"ש 56, פס' 173 : had substituted their own authority for that of the Congolese Government"

67 Mari, לעיל ה"ש 12, בעמ' 363–364. Roberts, לעיל ה"ש 19, בעמ' 41–42.  
68 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 11 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. עוד ראו עניין אלבסיוני, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק-הדין.

אין לראות ברצועה שטח הנתון בתפיסה לוחמתית מבחינת הדין הבינלאומי...<sup>69</sup>

בית-המשפט מפנה בהקשר זה לפסק-דינו של בית-הדין הבינלאומי לצדק בפרשת קונגו, "שם הודגשה חשיבות נוכחותם הפיזית של כוחות הצבא לשם קיומו של מצב כיבוש".<sup>70</sup> ראינו כי התנאי הראשון לקיומו של מצב כיבוש באזור שהצבא הזר נעדר ממנו הוא שהמעצמה הכובשת נהנית מהשפעה משמעותית על חיי האוכלוסייה באזור זה, אשר נובעת משליטה פיזית שלה בחלקים אחרים של השטח הכבוש. בקובעו כי רצועת עזה אינה נתונה עוד תחת כיבוש, ציין בית-המשפט העליון כי ישראל אינה מקיימת נוכחות פיזית קבועה בחלק כלשהו של הרצועה, מבלי להתייחס לשליטתה הפיזית של ישראל בחלקים נרחבים מהגדה המערבית. אכן, לנוכח הניתוק הגיאוגרפי בין שטחי הגדה המערבית לבין רצועת עזה, קשה לומר כי השליטה הישראלית הפיזית בחלקים נרחבים של הגדה היא שמקנה לישראל השפעה משמעותית על החיים ברצועת עזה. השפעת השליטה הפיזית של ישראל ברובה של הגדה המערבית על החיים ברצועת עזה פחותה באופן משמעותי מהשפעתה על החיים באזורי A בגדה המערבית.<sup>71</sup>

נוסף על כך, דומה כי בעקבות השתלטותה של תנועת החמאס על רצועת עזה, הולכת ומתבססת באזור זה ישות מדינית עצמאית, מנותקת מזו שבגדה המערבית. ככל שיעמיק תהליך זה, וככל שיגבר על רקע זה הנתק הפוליטי בין רצועת עזה לבין הגדה המערבית, כן

69 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 11 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. דברים דומים מציינת הנשיאה ביניש בעניין אלבסיוני, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק-הדין: "מאז חודש ספטמבר 2005, אין עוד לישראל שליטה אפקטיבית בנעשה בשטח רצועת עזה. הממשל הצבאי שהוחל בשטח זה בעבר בוטל בהחלטת הממשלה, וחיילים ישראליים אינם שוהים באזור זה באופן קבוע ואף אינם מנהלים את המתרחש בו. בנסיבות אלה, אין מוטלת על מדינת ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת תושבי הרצועה ולשמור על הסדר הציבורי בתחומי רצועת עזה, לפי מכלול דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי. לישראל אין גם יכולת אפקטיבית במעמדה הנוכחי להשליט סדר ולנהל את החיים האזרחיים ברצועת עזה."

70 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 11 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.  
71 Shany, לעיל ה"ש 12, בעמ' 380: "Gaza constitutes a separate geographical district, 'effectively cut off' from the West Bank, which may form a viable political unit independent of the Palestinian Authority in the West Bank. Hence, evacuation of Gaza could be deemed as complete withdrawal from a potentially self-governing district and may be qualitatively different from the mid-1990s withdrawal from Areas A and B, which formed minuscule Palestinian enclaves whose capacity for independent existence was most doubtful. The pre-1967 separation of Gaza and the West Bank, and the existence of separate IDF military and civil administrations in Gaza and the West Bank until 2005, further underline the feasibility of the independent administration of Gaza, at least on a temporary basis"



יקשה עוד יותר לומר כי שליטתה של ישראל בגדה המערבית היא שמקנה לה השפעה מכרעת על החיים האזרחיים בעזה. יתר על כן, אם תיראה רצועת עזה כישות מדינית נפרדת, אזי ישראל אינה מקיימת שליטה פיזית בחלק כלשהו מישות זו. לנוכח זאת ספק רב אם מתקיים התנאי הראשון להכרה בקיומו של כיבוש.

בעוד קשה לקבוע בביטחון אם מתקיים התנאי הראשון לקיומו של כיבוש ברצועת עזה, ברי כי התנאי השני לקיום כיבוש – הדרוש יכולת של המעצמה הזרה לחדש את שליטתה הפיזית בשטח בקלות יחסית – אינו מתקיים. אין חולק כי יש ביכולתה של ישראל לחדש את שליטתה הפיזית בכל חלקי רצועת עזה, אולם מבצע "עופרת יצוקה" אימת את הערכת בית-המשפט שניסיון של ישראל לעשות כן "צפוי להיות כרוך בפעולות צבאיות מורכבות וממושכות".<sup>72</sup> מבצע "עופרת יצוקה" הבהיר כי כיבוש רצועת עזה יהא כרוך במאמץ צבאי נרחב ביותר,<sup>73</sup> בגיוס מילואים נרחב, בירי מאות טילים על ישראל ובעלות כלכלית עצומה. הכוחות הפלסטיניים בעזה מונים עשרות אלפי נושאי נשק, ויש להניח כי כיבוש מרכזי האוכלוסייה ברצועה – מהלך שממנו נמנעה ישראל במהלך מבצע "עופרת יצוקה" – ושהייה ממושכת בהם יהיו כרוכים במחיר דמים כבד מבחינת ישראל. זאת ועוד, צמצום מספר האבדות בקרב חיילי צה"ל בעת לוחמה אינטנסיבית בשטח בנוי כרוך בהכרח בפגיעה קשה וחמורה באוכלוסייה האזרחית הפלסטינית, אשר חוקיותה לפי המשפט הבינלאומי נתונה בוויכוח נוקב. דומה כי מחירה של השתלטות על שטח הרצועה אינו מאפשר לקבוע כי ישראל מסוגלת לבצע את ההשתלטות "בקלות יחסית".<sup>74</sup> מסקנתו של בית-המשפט כי רצועת עזה אינה נתונה עוד תחת כיבוש ישראלי נשענת אפוא על בסיס איתן.

באין מצב כיבוש ברצועת עזה, האם מוטלת על ישראל חובה להבטיח את צרכיה הבסיסיים של אוכלוסיית עזה? בעניין אלבסיוני קבע בית-המשפט כי המציאות שנוצרה לאחר סיומו של הכיבוש הישראלי מקימה חובה כזו. הנשיאה ביניש זיהתה את הנסיבות המבססות את החובה:

72 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 11 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

73 על-פי דיווחי חיל האוויר הישראלי, ביצעו מטוסי-קרב של חיל האוויר כ-1,500 גיחות הפצצה במהלך מבצע "עופרת יצוקה". אנשיל פפר "חיל האוויר: במלחמה הבאה לא נוכל לתת סיוע באותה רמה" הארץ Online חדשות 9.2.2009 [www.haaretz.co.il/hasite/spages/1062650.html?more=1](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1062650.html?more=1).

74 Shany, לעיל ה"ש 12, בעמ' 382: "Retaking actual control over Gaza would require Israel to re-seize the major population centers – a task which might prove lengthy in duration and extremely costly in terms of human lives. This would seem to fall short of the requirement specified in the US Military Manual that the invader would be able, 'within a reasonable time', to 'send detachments of troops to make its authority felt within the occupied district'".

בנסיבות שנוצרו, החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה; חובות אלה נובעות גם ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו תלות כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל.<sup>75</sup>

האם המציאות המתוארת אכן מקימה חובה של ישראל להושיט סיוע לאוכלוסיית עזה? בכך ידון המאמר להלן.

## ב. סיוע הומניטרי: חובות הנגזרות מקיומו של סכסוך מזוין

בין ישראל לבין הפלסטינים מתקיים סכסוך מזוין.<sup>76</sup> האם מקיומו של סכסוך כזה נגזרת חובה של ישראל להבטיח את צרכיה החיוניים של אוכלוסיית עזה? המשפט ההומניטרי המנהגי מקיים הבחנה חדה בין חובותיה של מעצמה כובשת כלפי האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש לבין חובותיו של צד לסכסוך מזוין כלפי אוכלוסייה אזרחית בשטח שאינו כבוש. החובה לספק את צרכיה הבסיסיים של האוכלוסייה האזרחית חלה רק על מעצמה כובשת ביחס לאוכלוסיית השטח הכבוש.<sup>77</sup> לעומת זאת, טרם התגבשה במשפט ההומניטרי הבינלאומי נורמה מנהגית המטילה על צד לסכסוך מזוין – שאינו מעצמה כובשת – חובה לספק את צרכיה הבסיסיים של אוכלוסיית הצד האחר לסכסוך או את צרכיה הבסיסיים של אוכלוסייתו שלו.<sup>78</sup>

75 עניין אלבסיוני, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק-הדין.

76 עניין עג'ורי, לעיל ה"ש 53; עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל ה"ש 42, פס' 16 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

77 הוראות האמנות ההומניטריות המטילות על מעצמה כובשת חובה רחבה להבטיח את צרכיה של אוכלוסיית השטח הכבוש מפורטות לעיל בה"ש 10.

78 CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, לעיל ה"ש 29, בעמ' 197 (ההדגשה הוספה): "With respect to occupied territories, the Fourth Geneva Convention imposes an obligation on the occupying power to ensure food and medical supplies for the population. It would make sense, *although practice does not yet clarify this*, to require all parties to a conflict to ensure their populations have access to the basic necessities, and if sufficient supplies are unavailable, to appeal for international assistance and not wait until such assistance is offered".

הבחנה בסיסית זו עולה באופן ברור מלשונן של הוראות הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977<sup>79</sup> (להלן: הפרוטוקול) בדבר סיוע לאוכלוסייה האזרחית, אשר רכשו מעמד של משפט מנהגי.<sup>80</sup> סעיף 69(1) לפרוטוקול עוסק בחובתה של מעצמה כובשת לסייע לאוכלוסיית השטח הכבוש. תכליתו של סעיף זה היא להשלים את הוראת סעיף 55 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בזמן לחימה משנת 1949 (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית), המטילה על מעצמה כובשת למלא את מחסורה של האוכלוסייה האזרחית במזון ובתרופות.<sup>81</sup> סעיף 69(1) לפרוטוקול קובע:

נוסף על החובות שפורטו בסעיף 55 של האמנה הרביעית באשר למזון ואספקה רפואית, המעצמה הכובשת גם תבטיח, בהיקף המרבי של האמצעים העומדים לרשותה וללא כל הבחנה פסולה, אספקה של ביגוד, ציוד שינה, אמצעי מחסה, ואספקה אחרת החיונית להישרדות האוכלוסייה האזרחית של השטח הכבוש, ושל אובייקטים הנחוצים לפולחן דתי.<sup>82</sup>

לעומת זאת, סעיף 70 לפרוטוקול, שעניינו סיוע הומניטרי לאוכלוסייה אזרחית שאינה שוכנת בשטח כבוש, נמנע מלהטיל על מדינה שהינה צד לסכסוך מזוין חובה דוגמת חובתה של מעצמה כובשת להבטיח, "בהיקף המרבי של האמצעים העומדים לרשותה", סיוע הומניטרי לאוכלוסייה האזרחית. חובה כזו אינה מוטלת על צד לסכסוך כלפי אזרחיו שלו, קל וחומר כלפי אוכלוסייתה של מדינת אויב. סעיף 70(1) לפרוטוקול קובע כי כאשר אין בידי אוכלוסייה אזרחית אספקה החיונית להישרדותה, "יינקטו פעולות סיוע שיהיו הומניטריות ונטולות פניות באופיין וינהלו ללא הבחנה פסולה".<sup>83</sup> סעיף זה נוקט אומנם לשון ציווי (ויש המסיקים מכך קיומה של זכות של האוכלוסייה האזרחית ליהנות מפעולות סיוע<sup>84</sup>), אולם אינו מבהיר למי הציווי מופנה.<sup>85</sup> הדעה הרווחת היא כי נוסחו של סעיף

79 Protocol I, לעיל ה"ש 10.

80 עניין אלבסיוני, לעיל ה"ש 1, פס' 13-14 לפסק-הדין; CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, לעיל ה"ש 29, בעמ' 193-194.

81 נוסחו של ס' 55 לאמנת ג'נבה הרביעית מופיע לעיל בה"ש 10.

82 Protocol I, לעיל ה"ש 10, ס' 69(1).

83 שם, ס' 70(1): "If the civilian population of any territory under the control of a Party to the conflict, other than occupied territory, is not adequately provided with the supplies mentioned in Article 69, relief actions which are humanitarian and impartial in character and conducted without any adverse distinction shall be undertaken, subject to the agreement of the Parties concerned..."

84 "The CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, לעיל ה"ש 29, בעמ' 199: "The Additional Protocols implicitly recognize the entitlement of a civilian population in need to receive humanitarian relief as they require that relief actions 'shall be undertaken' whenever a population is in need"

70(1) נועד להדגיש את חשיבותו ודחיפותו של הסיוע ההומניטרי בנסיבות המתוארות בסעיף, אך אין הוא מטיל על גורם כלשהו חובה משפטית קונקרטית להושיט את הסיוע האמור.<sup>86</sup>

החובה הקונקרטית המוטלת על מדינות בכל הנוגע בסיוע ההומניטרי לאוכלוסייה בשטח שאינו כבוש מופיעה בעיקרה בסעיף 70(2) לפרוטוקול, הקובע כדלקמן:

הצדדים לסכסוך וכל אחד מהצדדים המתקשרים יתירו ויקלו את מעברם המהיר וללא עיכוב של כל משלוחי הסיוע, הציוד והסגל שנקבעו בהתאם לסימן זה, אף אם סיוע כזה מיועד לאוכלוסייה האזרחית של הצד היריב.<sup>87</sup>

ההבדל בין חובתן של מעצמות כובשות להבטיח סיוע הומניטרי לאוכלוסייה לבין החובה להתיר ולהקל העברת סיוע כזה, המוטלת על מדינות שאינן מעצמות כובשות, בולט לעין:

85 COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS, לעיל ה"ש 29, בעמ' 817.  
 86 שם, בעמ' 814. כן ראו שם, בעמ' 817, ה"ש 7. המחברים משווים בין לשון ס' 70(1) לפרוטוקול, הקובעת כי "יינקטו פעולות סיוע הומניטריות" ("relief actions... shall be undertaken..."), לבין לשון ס' 69 לפרוטוקול, הקובעת כי אם המעצמה הכובשת אינה מספקת את צורכי האוכלוסייה בשטח הכבוש, פעולות סיוע של צדדים שלישיים "ייושמו ללא דיחוי" ("Relief actions for the benefit of the civilian population of occupied territories shall be implemented without delay"). בהתייחס ללשון הציוד הנקטת בשני הסעיפים, מציינים המחברים: "...In this way the often urgent character of such actions is underlined. Nevertheless, this expression does not impose a specific obligation upon anyone to undertake such actions". שם, בעמ' 814. כן ראו שם, בעמ' 817, ה"ש 7.  
 87 Protocol I, לעיל ה"ש 10, ס' 20(2). חובה מצומצמת יותר לאפשר העברת סיוע הומניטרי קבועה בס' 23 לאמנת ג'נבה הרביעית. לפי סעיף זה, צד לעימות מחויב לאפשר מעבר בלתי-מוגבל של ציוד רפואי המיועד לאוכלוסייה האזרחית בלבד, וכן לאפשר מעבר של מצרכי מזון, ביגוד ותרופות לילדים מתחת לגיל חמש-עשרה ולנשים הרות. Fourth Geneva Convention, לעיל ה"ש 10, ס' 23: "Each High Contracting Party shall allow the free passage of all consignments of medical and hospital stores and objects necessary for religious worship intended only for civilians of another High Contracting Party, even if the latter is its adversary. It shall likewise permit the free passage of all consignments of essential foodstuffs, clothing and tonics intended for children under fifteen, expectant mothers and maternity cases..."

הראשונות מחויבות להושיט סיוע בעצמן,<sup>88</sup> ואילו על האחרונות מוטלת חובה צרה בהרבה – להתיר ולהקל העברת סיוע שאחרים מתנדבים להושיט.<sup>89</sup> החובה לאפשר מעבר סיוע לאוכלוסייה נזקקת, הקבועה בסעיף 70(2) לפרוטוקול, חלה באופן שווה על הצדדים לסכסוך המזוין ועל כל מדינה אחרת החתומה על הפרוטוקול.<sup>90</sup> החובה רלוונטית ביחס לכל מדינה – בין אם היא צד לסכסוך ובין אם לאו – אשר לנוכח מיקומה הגיאוגרפי יש ביכולתה להקל (או להקשות) מעבר סיוע הומניטרי לאוכלוסייה באזור העימות.<sup>91</sup> לשונו של סעיף 70(2) מבהירה אפוא כי עובדת היותה של מדינה צד לסכסוך המזוין אינה מטילה עליה חובה מוגברת כלפי אוכלוסייה אזרחית הנזקקת לסיוע הומניטרי. צד לסכסוך מזוין אינו חב – מכוח היותו צד לסכסוך – חובות כלפי אוכלוסיית האויב העולות על חובותיה של כל מדינה אחרת בעולם.

נוסף על הוראות סעיף 70 לפרוטוקול, סעיף 54(1) לפרוטוקול אוסר הרעבה של האוכלוסייה האזרחית כשיטת לחימה.<sup>92</sup> סעיף 54(1) אינו מטיל על מדינה שהינה צד

88 "Article 69 of : 812' בעמ' 29, לעיל ה"ש, COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS the Protocol... imposes the obligation on the Occupying Power itself to provide these objects in the situation where the population of the occupied territory is deprived of them, and is unable to obtain them itself... if the occupied territory has insufficient supplies, the Occupying Power must import supplies"

89 פרשנותו של הצלב האדום לפרוטוקולים הנוספים מבהירה את משמעות החובה להקל מעבר אספקה חיונית לאוכלוסייה אזרחית (שם, בעמ' 823): "[A]n obligation is imposed to allow and facilitate 'rapid and unimpeded passage' of the relief consignments, equipment and personnel. The intention of these words is to avoid any harassment, to reduce formalities as far as possible and dispense with any that are superfluous. Customs officials and the police in particular should receive instructions to this effect"

ראו גם CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, לעיל ה"ש 29, בעמ' 197: "Practice indicates that each party to the conflict must refrain from deliberately impeding the delivery of relief supplies to civilians in need in areas under its control"

ראו גם UK MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT, לעיל ה"ש 55, בעמ' 220–221. 90 "The : 823' בעמ' 29, לעיל ה"ש, COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS obligation is addressed to States Parties to Protocol I which are not engaged in the conflict, as well as to the Parties to the conflict themselves"

"Additional : 198' בעמ' 29, לעיל ה"ש, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW Protocol I requires unimpeded passage of humanitarian relief, not only by the parties to the conflict but by each State party to the Protocol"

91 "The : 822' בעמ' 29, לעיל ה"ש, COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS obligation is addressed to the 'Parties to the Conflict' and to 'each High Contracting Party', always provided that it applies to them, i.e., that their geographical position is such that the passage of relief consignments over their territory is necessary, or even simply useful, and that an appeal has been made to them in this respect"

ראו גם CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, לעיל ה"ש 29, בעמ' 199–198. 92 Protocol I, לעיל ה"ש 10, ס' 54.

לסכסוך מזוין חובה פעילה לספק מזון לאוכלוסיית הצד האחר לסכסוך, אלא אוסר עליה למנוע מזון מאוכלוסיית האויב באמצעות השמדת מאגרי מזון או אמצעים לייצור מזון, או באמצעות חסימת משלוחי מזון המסופקים על-ידי צדדים שלישיים.<sup>93</sup> ההיסטוריה החקיקתית של הפרוטוקול מלמדת על בחירה מפורשת של מנסחי הפרוטוקול להגביל את תחולתה של החובה להבטיח אספקה הומניטרית לאוכלוסייה האזרחית למישור היחסים שבין מעצמה כובשת לבין אוכלוסיית השטח הכבוש. במהלך דיוניה של הוועידה הדיפלומטית בג'נבה, שבה אושר הפרוטוקול, נבחנה הצעה להטיל גם על צדדים לסכסוך מזוין שאינם בגדר מעצמה כובשת חובה להבטיח, ככל יכולתם, כי האוכלוסייה האזרחית תיהנה מאספקה החיונית להישרדותה.<sup>94</sup> ברם, הצעה זו נדחתה לאחר שנתקלה בהתנגדות מצד חלק מהמדינות שהשתתפו בוועידה.<sup>95</sup> בין היתר נטען כי הרחבת חובות הכובש כלפי אוכלוסיית השטח הכבוש למישור היחסים שבין מדינה לבין אזרחיה פוגעת בעקרון הריבונות.<sup>96</sup> ההחלטה לא להטיל על מדינה חובה להבטיח סיוע הומניטרי

93 COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS, לעיל ה"ש 29, בעמ' 653–655; CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, לעיל ה"ש 29, בעמ' 188–199; UK; MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT, לעיל ה"ש 55, בעמ' 73–74.

94 חובה זו אף נכללה בטיטת הפרוטוקול שגובשה בשנת 1973 על-ידי 'ועידת המומחים הממשלתיים ומומחי הצלב האדום'. לעניין זה נכתב בפרשנות הרשמית של הצלב האדום לפרוטוקולים הנוספים (COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS, לעיל ה"ש 29, בעמ' 806): "The question was discussed during the drafting of the Draft Protocols, particularly in the Conferences of Government Experts and Red Cross Experts. As it considered that the problem of relief in occupied territory was adequately dealt with in the Fourth Convention, the 1973 draft laid the emphasis on the needs of civilian populations who were not in occupied territory, i.e., essentially of the population on the territory of a Party to the conflict. The first article determined the field of application of the Section, and was followed by an article underlining the responsibility of the Parties to the conflict to secure supplies for the civilian population, and a third article laying down the principle that relief actions should be undertaken and accepted when a Party to the conflict does not manage to secure such supplies. In addition, this article laid down the ways in which these actions are to be undertaken"

ש.ם. 95

96 "During the Diplomatic Conference some delegations, in the name of the principle of national sovereignty, took issue over the propriety of an article reminding a Party to the conflict of its obligations to secure supplies for its own population... Moreover, some considered that a Party to the conflict could not be prevented from according, in this field, priorities based on military necessity rather than humanitarian criteria (for example, privileges accorded to members of the armed forces to ensure their health). Therefore, as the Parties to the conflict could not be forced to fulfill this obligation 'without adverse distinction,' they did not consider it worth mentioning"

לאזרחיה שלה הובילה מאליה לכך שלא הוטלה על צד לסכסוך חובה להבטיח סיוע הומניטרי לאוכלוסיית האויב.

ראוי לציין כי המשפט הבינלאומי אינו מטיל על מדינה חובה להושיט לאוכלוסייתה של מדינה אחרת סיוע החיוני להשרדותה גם כאשר שורר מצב שלום בין המדינות. כך, לא חלה על מדינה חובה להושיט סיוע החיוני להשרדותה של אוכלוסיית מדינה אחרת שנפגעה קשות מאסון-טבע, דוגמת רעידת-אדמה או שיטפון.<sup>97</sup> קשה להלום כי מדינה חבה כלפי אוכלוסייתה של מדינת אויב חובת סיוע שאין היא חבה כלפי אוכלוסייתה של מדינה המצויה עימה ביחסי שלום.

דומה, אפוא, כי המשפט ההומניטרי אינו מטיל על ישראל חובה לספק בעצמה חשמל לרצועת עזה. ומה באשר להספקת הדלק לרצועת עזה, הנעשית על-ידי חברה ישראלית פרטית בעבור תשלום? לכאורה, ניתן לטעון כי החובה המוטלת על ישראל, במסגרת סעיף 70(2) לפרוטוקול, להתיר לאחרים להעביר לרצועה אספקה הומניטרית חיונית ולהקל העברת אספקה כזו אינה מתיישבת עם הטלת איסור ישראלי על הספקת הדלק על-ידי החברה הפרטית.

ברם, דומה כי סעיף 70 לפרוטוקול אף אינו מטיל על ישראל חובה לאפשר לאחרים לספק לרצועת עזה חשמל ודלק הצפויים לשמש הן את האוכלוסייה האזרחית והן את כוחות האויב. מלשון סעיף 70(3) לפרוטוקול עולה כי החובה לאפשר מעבר סיוע לאוכלוסייה נזקקת, כאמור בסעיף 70(2) לפרוטוקול, מותנית בערובות לכך שהסיוע יגיע לידי האוכלוסייה האזרחית בלבד.<sup>98</sup> יתר על כן, רשתות חשמל ומאגרי דלק של מדינת האויב, המשרתים הן את צבא האויב והן את אוכלוסייתו האזרחית, נחשבים לפי כללי המשפט

Tyra Saechao, *Natural Disasters and the Responsibility to Protect*, 32 BROOK. J. INT'L L. 97 663, 665 (2007); Sarah Cleveland, *Norm Internalization and U.S. Economic Sanctions*, 26 YALE J. INT'L L. 1, 53 (2001)

97 ס' 70(3) קובע כי הצדדים לסכסוך, וכל אחד מהצדדים לפרוטוקול, המתירים את מעברם של משלוחי הסיוע, הציוד והסגל בהתאם לס' 70(2), רשאים להתנות היתר כזה בכך שחלוקת הסיוע תיעשה תחת פיקוחה המקומי של מעצמה מגינה. ראו Protocol I, לעיל ה"ש 10, ס' 70(3). מטרתו של תנאי זה היא להבטיח כי הסיוע ישמש את האוכלוסייה האזרחית בלבד. בהתייחס לס' 70(3) לפרוטוקול, נכתב בפרשנות של הצלב האדום לפרוטוקול (COMMENTARY) "ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS, לעיל ה"ש 29, בעמ' 824): "[T]he Parties may make their agreement to allow such passage conditional 'on the distribution of this assistance being made under the local supervision of a Protecting Power'. Obviously this element of supervision is of paramount importance... In fact, if relief, such as, for example, foodstuffs or tents, were to end up in the hands of the armed forces, the relief action would undoubtedly increase the military potential of the receiving Party and would be obviously unacceptable to the adverse Party which had allowed the passage of these goods..."

ההומניטרי מטרה צבאית לגיטימית.<sup>99</sup> המשפט ההומניטרי מתיר את התקפתן של מטרות

99 יוראם דינסטין, Green, לעיל ה"ש 55, בעמ' 248; YORAM DINSTEIN, THE CONDUCT OF HOSTILITIES UNDER THE LAW OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICT 96–97 (2004); UK MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT, לעיל ה"ש 55, בעמ' 54. הפרשנות הרשמית של הצלב האדום בעניין הוראות המשפט ההומניטרי המנהגי סוקרת את ההנחות שהמדינות השונות נותנות לצבאותיהן בעניין סיווגם של רשתות חשמל ומאגרי דלק כמטרות צבאיות (2 JEAN MARIE HENCKAERTS & LOUISE DOSWALD-BECK, CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW 217–219 (2005): "Australia's Defense Force Manual gives as an example of military objectives: 'Power stations and industry which support military operations... industrial installations producing material for combat forces, fuel dumps and distribution centers supplying military users, industrial installations that repair and replenish lines of communication and other economic targets the destruction, capture or neutralization of which offers a definite military advantage.'... Canada's LOAC Manual considers that 'petroleum storage areas are generally accepted as being military objectives.' The manual adds that 'industrial installations producing material for armed forces; conventional power plants; and fuel dumps may constitute military objectives depending on the circumstances.'... The US Naval Handbook states that: 'Proper economic targets for naval attack include enemy lines of communication, rail yards, bridges, rolling stock, barges, lighters, industrial installations producing war-fighting products, and power generation plants. Economic targets of the enemy that indirectly but effectively support and sustain the enemy's war-fighting capability may also be attacked'".

החיבור מוסיף וסוקר פרקטיקה של מדינות התומכת בסיווגם של רשתות חשמל ומאגרי דלק כמטרות צבאיות (שם, בעמ' 220–221): "In 1991, in a report submitted to the UN Security Council on operations in the Gulf War, the UK stated that Iraq's oil refining capacity had been specifically targeted with the objective of 'reducing Iraq's military sustainability.'... In 1992, in its final report to Congress on the conduct of the Gulf War, the US Department of Defense stated that Iraq's electricity production facilities, its oil refining and distribution facilities and its military production sites had been included among the 12 target sets for the coalition's attacks. In 1993, in its report to Congress on the protection of natural and cultural resources during times of war, the US Department of Defense stated that: 'Natural resources that may be of value to the enemy in his war effort are legitimate targets. The 1943 air raids on the Ploesti oil fields in Romania, and the Combined Bomber Offensive campaign against Nazi oil, were critical to allied defeat of Germany in World War II, for example... During Desert Storm, Coalition planners targeted Iraq's ability to produce refined oil products (such as gasoline) that had immediate military use, but eschewed attack on its long-term crude oil production capability.' The Report on US Practice states that: 'The opinion juris of the U.S. government recognizes the definition of military objectives in Article 52 of Additional Protocol I as customary law. United States practice gives a broad reading to this definition, and would include... war-supporting economic facilities as military objectives'".



אלה והשמדתן, ובלבד שיש בכך כדי לפגוע במאמץ המלחמתי של האויב. זאת, בניגוד, למשל, למאגרי מים או מזון המשרתים הן את צבא האויב והן את אוכלוסייתו האזרחית, אשר המשפט ההומניטרי אוסר בדרך-כלל את הפגיעה בהם. ההיתר שהמשפט ההומניטרי מעניק לפגוע באופן אקטיבי ברשתות החשמל ובמאגרי הדלק במדינת אויב, ובכך לפגוע בהספקת החשמל והדלק גם לאוכלוסייה האזרחית, משמיע מאליו גם היתר למנוע הספקת חשמל ודלק למדינת האויב אם יש יסוד להניח שאספקה זו תשרת לא רק את אוכלוסייתו האזרחית של האויב, אלא גם את כוחותיו החמושים.

יתר על כן, לדעת המחבר, עצם העובדה שתשתיות חשמל ומאגרי דלק המשרתים הן את אוכלוסיית האויב והן את כוחותיו החמושים מסווגים – בניגוד למאגרי מים ומזון – כמטרות צבאיות לגיטימיות שמותר להשמידן מלמדת כי חשמל ודלק אינם נחשבים, בדרך-כלל, "אספקה... החיונית להישרדות האוכלוסייה האזרחית", שאליה מתייחס סעיף 70 לפרוטוקול.<sup>100</sup> אכן, ייתכנו מקרים חריגים שבהם דלק וחשמל יוכרו כ"אספקה... החיונית להישרדות האוכלוסייה האזרחית". כך, דלק ייחשב אספקה חיונית באזורים קרים במיוחד.<sup>101</sup> על-כן נראה כי הספקת חשמל ודלק לרצועה תוכר כ"אספקה חיונית", כמשמעה בסעיף 70 לפרוטוקול, רק אם יוכח כי תלותה של אוכלוסיית עזה באספקה זו עולה על תלותה של אוכלוסייה אזרחית בחשמל ובדלק בדרך-כלל. בעניין אלבסיוני טענו העותרים כי בלא חשמל תיגרם פגיעה חמורה במערכות המים והביוב ברצועה, וכן בתפקודם של בתי-החולים בה.<sup>102</sup> ברם, יורם דינשטיין עומד על כך שנוזקים מסוג זה אינם שוללים את סיווגן של תשתיות החשמל כמטרה צבאית לגיטימית שניתן להשמידה.<sup>103</sup> ניתן לטעון כי לנוכח תחולתה הכללית של דרישת המידתיות במשפט הבינלאומי,<sup>104</sup> סגר המוטל על מדינת אויב בעת סכסוך מזוין כפוף לדרישה זו, אף אם הסגר אינו מונע מעבר "אספקה... החיונית להישרדות האוכלוסייה האזרחית".<sup>105</sup> ברם, גם ביישומה של

100 המונח "אספקה... החיונית להישרדות האוכלוסייה האזרחית" מופיע בס' 69(1) לפרוטוקול, שעניינו חובת הכובש לסייע לאוכלוסייה האזרחית בשטח כבוש. ס' 70 לפרוטוקול קובע כי הסיוע שסעיף זה מתייחס אליו הוא הסיוע המתואר בס' 69 לפרוטוקול. ראו ה"ש 82–83 לעיל והטקסט הסמוך להן.

101 COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS, לעיל ה"ש 29, בעמ' 812.

102 עניין אלבסיוני, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק-הדין.

103 בהתייחסו להשמדת תשתיות החשמל בעיראק על-ידי ארצות-הברית במהלך מלחמת המפרץ הראשונה (1991), כתב פרופ' דינשטיין (DINSTEIN, לעיל ה"ש 99, בעמ' 97): "The large scale attacks also had unintended non-military consequences, such as the disruption of water supply (due to loss of electric pumps) and the inability to segregate the electricity that powers a hospital from 'other' electricity in the same lines. But these unfortunate results did not detract from the standing of the Iraqi electricity grid system as a military objective".

104 ראו, למשל, עניין בית-סוריק, לעיל ה"ש 53, בעמ' 837.

105 בהתייחסו לאפשרות של הטלת סגר ימי ("בלוקדה") על מדינת אויב במהלך סכסוך מזוין, כתב פרופ' יורם דינשטיין (DINSTEIN, לעיל ה"ש 99, בעמ' 138): "All that can be said on

דרישת המידתיות אין להתעלם מהפרקטיקה הנהוגה על-ידי המדינות, אשר לאורה המשפט הבינלאומי המנהגי מסווג תשתיות חשמל ומאגרי דלק, המשרתים הן את המאמץ המלחמתי של האויב והן את האוכלוסייה האזרחית, כמטרה צבאית לגיטימית.

דומה, אפוא, שקביעתו של בית-המשפט כי חובתה של מדינת-ישראל לספק חשמל ולאפשר הספקת דלק לרצועת עזה נובעת, בין היתר, מקיומו של סכסוך מזוין<sup>106</sup> אינה נשענת על בסיס מוצק.

לבסוף, יש להזכיר כי חובותיה של מדינה כלפי אוכלוסייה שאינה מצויה תחת כיבוש, המושתתות על דיני המשפט ההומניטרי, הינן קצרות-מועד מטבען. חובות אלה נולדות עם פריצתו של הסכסוך המזוין ופוקעות עם סיומו.<sup>107</sup> סכסוך מזוין בין מדינה לבין ארגון טרור או גרילה מתקיים כאשר האלימות בין הצדדים חוצה רף מסוים בכל הנוגע בעוצמתה ובמידת הארגון המאפיינת אותה.<sup>108</sup> כך, קביעתו של בית-המשפט העליון כי בין ישראל לבין ארגוני הטרור הפלסטיניים מתקיים סכסוך מזוין התבססה על עוצמת האלימות המאפיינת את אינתיפאדת אל-אקצא.<sup>109</sup> סכסוך מזוין חָל להתקיים כאשר אלימות אינטנסיבית שהובילה מלכתחילה להכרה בקיומו של סכסוך מזוין מתחלפת ברגיעה

the basis of existing law is that, in accordance with the general (customary law) principle of proportionality, the expected injury to civilians in the wake of a blockade must not be excessive in relation to the military advantage anticipated (and, consequently, that a blockade must not have the starvation of civilians as its sole purpose)."

ראו גם: SAN REMO MANUAL ON INTERNATIONAL LAW APPLICABLE TO ARMED CONFLICTS : AT SEA 179 (L. Doswald-Beck ed., 1995) "The declaration or establishment of a blockade is prohibited if: (a) It has the sole purpose of starving the civilian population or denying it other objects essential for its survival; or (b) The damage to the civilian population is, or may be expected to be, excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated from the blockade"

ראוי לציין כי בכמה פסקי-דין בחן בית-המשפט העליון אם "כתר" שהטיל צה"ל, משיקולי ביטחון, על יישובים פלסטיניים בגדה המערבית עומד בדרישת המידתיות. בית-המשפט קבע כי ה"כתר" (קרי, הגבלת אפשרויות הכניסה אל היישובים הפלסטינים והיציאה מהם) היווה, בנסיבות העניין, אמצעי ביטחון מידתי ועל-כן חוקי, אף שגרם פגיעה משמעותית באוכלוסייה המקומית. ראו בג"ץ 2847/03 עלאונה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 14.7.2003); בג"ץ 2410/03 אל ערג'א נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 8.7.2003) ("בנסיבות העניין הכוללות אין לומר כי החלטת המשיב חורגת מן הסבירות ומן המידתיות הראויה").

106 עניין אלבסיוני, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק-הדין. קביעה זו עולה גם מפסיקת בית-המשפט בעניין רופאים לזכויות אדם, לעיל ה"ש 6, פס' 24–27 לפסק-הדין.

107 עניין Tadic, לעיל ה"ש 17, פס' 562. UK MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT, לעיל ה"ש 55, בעמ' 33.

108 עניין Tadic, לעיל ה"ש 17, פס' 562.

109 עניין בית-סוריק, לעיל ה"ש 53, בעמ' 815; עניין הוועד הציבורי נגד העינויים, לעיל ה"ש 42, פס' 16 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

ממושכת.<sup>110</sup> לנוכח זאת, רגיעה ממושכת באלימות בין ישראל לבין ארגון החמאס בעזה תביא לידי פקיעת החובות שהמשפט ההומניטרי מטיל על ישראל כלפי אוכלוסיית עזה, יהא היקפן של חובות אלה אשר יהא.

### ג. משפט זכויות האדם הבינלאומי

ראינו כי המשפט ההומניטרי אינו מטיל על ישראל חובה לספק את צרכיה הבסיסיים של אוכלוסיית עזה לאחר ההתנתקות. האם ניתן למצוא בסיס לחובה כזו במשפט זכויות האדם הבינלאומי?<sup>111</sup>

בעניין אלבסיוני טענו העותרים כי צמצום הספקת החשמל והדלק מישראל לרצועת עזה תמנע מבתי-החולים ברצועה את האפשרות להפעיל חדרי-ניתוח, מכשירי חמצן ומכשירים רפואיים אחרים.<sup>112</sup> כמו-כן נטען כי תיגרם פגיעה קשה בפעולתן של מערכות המים והביוב ברצועה, המופעלות באמצעות חשמל ודלק.<sup>113</sup> בכך תימנע מרבים מתושבי הרצועה גישה למים נקיים, והפגיעה במערכות הביוב ברצועה עלולה לגרום למשבר תברואתי חמור. עוד נטען כי צמצום הספקת החשמל יפגע בחקלאות, ובכך בהספקת המזון, שכן מערכות ההשקיה ברצועת עזה מופעלות באמצעות חשמל.

<sup>110</sup> UK MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT, לעיל ה"ש 55, בעמ' 33: "The law of armed conflict applies from the beginning of an armed conflict until the general close of military operations. However, in the case of occupied territories, its application continues until the termination of the occupation, even if military operations, if any, ceased at an earlier date. Additionally, persons in the power of the adversary continue to benefit from the relevant provisions of the Conventions and Protocol until their final release, and repatriation or re-establishment".

המדריך הבריטי מוסיף ומציין כי סיום מעשי האיבה, המביא את הסכסוך המזוין לידי סיומו, אינו כרוך בהכרח בחתימה על הסכם שלום. ראו שם.

בשנת 2004 העלה פרופ' דוד קרצמר את האפשרות שלנוכח הירידה ברמת האלימות המאפיינת את אינתיפאדת אל-אקצא, לעומת שנים קודמות שבהן הייתה האלימות בשיאה, בא הסכסוך המזוין בין ישראל לפלסטינים לסיומו. אולם פרופ' קרצמר אינו מכריע בשאלה זו. ראו Kretzmer, לעיל ה"ש 38, בעמ' 208.

<sup>111</sup> בספרות המשפטית הועלתה האפשרות שמשפט זכויות האדם הבינלאומי מטיל על ישראל חובות כלפי תושבי עזה גם לאחר נסיגת ישראל מעזה. ראו Shany, לעיל ה"ש 26, בעמ' 86; Marc S. Kaliser, *A Modern Day Exodus: International Human Rights Law and International Humanitarian Law Implications of Israel's Withdrawal from the Gaza Strip*, 17 IND. INT'L & COMP. L. REV. 187, 220-228 (2007).

<sup>112</sup> כתב העתירה של בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, מופיע באתר "בצלם": [www.btselem.org/hebrew/Legal\\_Documents/H CJ\\_9132\\_07\\_Gaza\\_Electricity\\_Joint\\_Petition.pdf](http://www.btselem.org/hebrew/Legal_Documents/H CJ_9132_07_Gaza_Electricity_Joint_Petition.pdf) (להלן: עתירת אלבסיוני).

<sup>113</sup> שם.

ההשלכות הצפויות של צמצום הספקת החשמל והדלק מישראל לעזה כרוכות בפגיעה בזכויות אדם המעוגנות באמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות ולישראל צד לה.<sup>114</sup> עם זכויות אלה נמנות "זכותו של כל אדם לרמת חיים נאותה לו ולמשפחתו, לרבות מזון, לבוש ודיור נאותים, ולשיפור מתמיד בתנאי קיומו",<sup>115</sup> והזכות "ליהנות מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר שאפשר להשיגה".<sup>116</sup> מהזכות לבריאות נגזרת חובה של המדינות לנקוט "צעדים הנחוצים כדי להבטיח... יצירת תנאים נאותים אשר יבטיחו לכל שירותי בריאות וטיפול רפואי במקרה של מחלה".<sup>117</sup> נוסף על כך, האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966), שישראל צד לה, מטילה על הצדדים לאמנה את החובה "לכבד ולהבטיח" את זכויות האדם הקבועות באמנה, וביניהן הזכות לחיים.<sup>118</sup> החובה להבטיח את הזכות לחיים פורשה על-ידי ועדת האו"ם לזכויות אדם בהרחבה.<sup>119</sup> כך, נקבע כי חובתה של מדינה להבטיח את הזכות לחיים היא גם החובה להיאבק בתמותה טבעית של תינוקות וברעב.<sup>120</sup> פעולות דוגמת צמצום הספקת החשמל, ככל שהן פוגעות ביכולתם של בתי-החולים להציל חיים, אינן מתיישבות עם החובה להבטיח את הזכות לחיים.

ברם, השאלה המרכזית בענייננו היא אם החובות הקבועות באמנות זכויות האדם חלות על ישראל בכל הנוגע במתרחש בשטחה של רצועת עזה.

סעיף 2(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, הקובע את היקף תחולתה של האמנה, מורה כי "כל מדינה שהיא צד לאמנה זו מתחייבת לכבד ולהבטיח לכל היחידים הנמצאים בתחומיה והכפופים לשיפוטה את הזכויות שהוכרו באמנה זו...".<sup>121</sup> בפרשו הוראה זו קבע בית-הדין הבינלאומי לצדק כי האמנה חלה על מדינה גם בשטח שאינו שטחה הריבוני, ובלבד ששטח זה "כפוף לשיפוטה".<sup>122</sup> פירוש דומה העניק בית-

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 Dec. 1966, G.A. 114 res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 49, U.N. Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3 (להלן: ICESCR).

115 שם, ס' 11.

116 שם, ס' 12.

117 שם.

International Covenant on Civil and Political Rights, adopted 19 Dec. 1966, arts. 2(1), 6, 118 S. Treaty Doc. No. 95-2, 999 U.N.T.S. 171, 177 (להלן: ICCPR).

SARAH JOSEF, JENNY SHULTZ & MELISSA CASTAN, THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: CASES, MATERIALS AND COMMENTARY 130-131 (2000).

120 שם.

"Each State party to the present ICCPR, לעיל ה"ש 118, ס' 2(1) (ההדגשה הוספה): "Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant"

122 *Israeli Wall Advisory Opinion*, לעיל ה"ש 16, פס' 11, *Congo Opinion*, לעיל ה"ש 56, פס' 216.

הדין האירופי לזכויות אדם (להלן: בית־הדין האירופי) להוראת סעיף 1 לאמנה האירופית להגנה על זכויות אדם וחירויות־יסוד (1950) (להלן: האמנה האירופית), שלפיה כל מדינה שהינה צד לאמנה מתחייבת "להבטיח לכל היחידים הכפופים לשיפוטה" את הזכויות המעוגנות באמנה.<sup>123</sup> בית־הדין האירופי קבע כי החובות הקבועות באמנה האירופית חלות על מדינה גם בשטח אשר אינו מצוי בריבונותה אך "כפוף לשיפוטה".<sup>124</sup>

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות אינה כוללת הוראה בדבר היקף תחולתה, אולם בית־הדין הבינלאומי לצדק קבע כי גם החובות הקבועות באמנה זו עשויות לחול על מדינה בשטח אשר אינו מצוי בריבונותה אך "כפוף לשיפוטה".<sup>125</sup> דומה כי ניתן לקבוע, בהכללה, שמשפט זכויות האדם הבינלאומי חל על מדינה הן בשטח המצוי בריבונותה והן בשטח אחר "הכפוף לשיפוטה".<sup>126</sup>

פסיקתו של בית־הדין האירופי מבהירה כי שטח "הכפוף לשיפוטה" של מדינה כאמור באמנות זכויות האדם הוא שטח המצוי תחת "שליטה אפקטיבית" של אותה מדינה.<sup>127</sup> קביעה זו עולה בקנה אחד עם ההשקפה הרווחת בספרות.<sup>128</sup> מהי "שליטה אפקטיבית" של

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 Nov. 1950, 213 U.N.T.S. 221, art. 1 (entered into force 3 Sept. 1953): "The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined .in Section I of this Convention"

Issa v. Turkey, App. No. 31821/96, 41 Eur. H.R. Rep. 567, para. 68 (2004) 124  
 "...the concept of 'jurisdiction' within the meaning of Article 1 of the Convention : (Issa .is not necessarily restricted to the national territory of the High Contracting Parties"  
 Loizidou v. Turkey, App. No. 15318/89, 23 Eur. H.R. Rep., para. 52 (1997)  
 "...the concept of 'jurisdiction' under Article 1 of the Convention is not : (Loizidou .restricted to the national territory of the Contracting States"

Israeli Wall Advisory Opinion, לעיל ה"ש 16, פס' 112. 125  
 Orna Ben-Naftali & Yuval Shany, *Living in Denial: The Application of Human Rights in .the Occupied Palestinian Territories*, 37 ISR. L. REV. 17, 60 (2004) 126

Issa, לעיל ה"ש 124, פס' 67–69 : "The established case-law in this area indicates : 127  
 that the concept of 'jurisdiction' for the purposes of Article 1 of the Convention must be considered to reflect the term's meaning in public international law... According to the relevant principles of international law, a State's responsibility may be engaged where, as a consequence of military action – whether lawful or unlawful – that State in practice exercises effective control of an area situated outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control, whether it be exercised directly, through its armed .forces, or through a subordinate local administration"

Loizidou, לעיל ה"ש 124, פס' 52. ראו גם עניין 128  
 Benvenisti, לעיל ה"ש 18, בעמ' 309 : "The various human rights instruments such as the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights or the 1984 Convention Against Torture require the parties to respect the rights enumerated therein 'within their

מדינה בשטח זר שיש בה כדי להחיל על אותה מדינה את החובות הקבועות במשפט זכויות האדם בכל הנוגע במתרחש בשטח זה? האם שליטה זו יכול שתהא פחותה מן "השליטה האפקטיבית" הנדרשת לשם הכרה בקיומו של כיבוש?<sup>129</sup> פסיקתו של בית-הדין האירופי לזכויות אדם מלמדת כי התשובה לשאלה האחרונה שלילית.

בפסקי-דין אחדים קבע בית-הדין האירופי כי על-מנת שמדינה תיראה כבעלת "שליטה אפקטיבית" בשטח זר, לעניין תחולתם של דיני זכויות האדם, לא נדרשת שליטה הדוקה ופרטנית של אותה מדינה בפעולותיהם של השלטונות המקומיים, אלא די לשם כך ב"שליטה כוללת" של המדינה הזרה בשטח.<sup>130</sup> אולם מפסיקתו של בית-הדין האירופי עולה כי "שליטה כוללת" של מדינה בשטח הזר מותנית בנוכחות מסיבית של חיילי המדינה בשטח זה, ובכלל זה הצבת מחסומים ועריכת סיורים שוטפים של כוחות הצבא הזר בשטח. כך, בעניין *Loizidou* פסק בית-הדין האירופי כי טורקיה מחזיקה ב"שליטה כוללת" בכל

---

jurisdiction,' a phrase generally understood to cover all areas and individuals subject to its effective control"

129 במאמר שפרסמו ארנה בן-נפתלי ויובל שני לפני לידתה של "תוכנית ההתנתקות" מעזה, טוענים המחברים לתחולה אקס-טריטוריאלית רחבה של דיני זכויות האדם. בהתייחס להוראות המסייגות את תחולתן של אמנות זכויות האדם למקרים שבהם הפרט הנפגע "כפוף לשיפוטה" של המדינה, כותבים המחברים (Ben-Naftali & Shany, ה"ש 126, בעמ' 62–63 (ההדגשה הוספה)): "In our view, a sensible interpretation of the term 'jurisdiction' would equate it with the actual or potential exercise of governmental power vis-à-vis all affected individuals. This approach is conduct-oriented. It emphasizes the duty of States to conduct their operations, whenever individuals are under their control or might be directly affected by their actions, in accordance with human rights standards. Consequently, all interactions between a government and individuals subject to its power would *prima facie* fall under the concept of jurisdiction"

בהתייחס לתחולתם של דיני זכויות האדם על פעולות של ישראל המשפיעות על הפלסטינים בנדה המערבית ובעזה, כותבים בן-נפתלי ושני (שם): "The specific question whether Israel has or does not have effective control over this or that piece of territory is one of fact, which exceeds the scope of the present paper. Given our position that Israel incurs responsibility over all official acts directly affecting the Palestinian population in the West Bank and the Gaza Strip, whether placed under Israel's or the Palestinian Authority's nominal or effective control, the importance of the question is diminished" מגישתם של המחברים עולה אפוא כי משפט זכויות האדם הבינלאומי יחול על ישראל בנוגע לכל פעולה של ישראל (דוגמת צמצום הספקת החשמל לעזה) המשפיעה ישירות על האוכלוסייה בעזה. זאת, גם אם אין בידי ישראל "שליטה אפקטיבית" ברצועה, שהינה תנאי לקיומו של מצב כיבוש.

130 עניין *Loizidou*, לעיל ה"ש 124, פס' 56; עניין *Issa*, לעיל ה"ש 124, פס' 70: "It is not necessary to determine whether a Contracting Party actually exercises detailed control over the policies and actions of the authorities in the area situated outside its national territory, since even overall control of the area may engage the responsibility of the Contracting Party concerned"

שטחה של "הרפובליקה הצפון-קפריסאית", לנוכח פרישתם של שלושים אלף חיילים טורקים בכל שטח זה לאורך זמן, כמו-גם הצבת מחסומים ועריכת סיורים של כוחות הצבא הטורקי בשטח.<sup>131</sup>

לעומת זאת, בעניין *Issa* קבע בית-הדין כי מבצע צבאי רחב-היקף שערכה טורקיה בצפון עיראק, שבמסגרתו נכחו שלושים וחמישה אלף חיילים טורקים באזור זה, לא הוביל ל"שליטה כוללת" של טורקיה בכל אזור צפון עיראק.<sup>132</sup> בית-הדין הוסיף וציין כי ייתכן שהמבצע הצבאי שערכה טורקיה הוביל, כל עוד הוא נמשך, ל"שליטה כוללת" של טורקיה באותם חלקים מצפון עיראק שבהם נכחו כוחות צבא טורקיים על הקרקע.<sup>133</sup> אולם בית-הדין הבהיר מפורשות כי בחלקים אחרים של צפון עיראק שבהם לא התקיימה נוכחות של הצבא הטורקי על הקרקע, לא החזיקה טורקיה ב"שליטה כוללת", ועל-כן אין האמנה האירופית חלה עליה באזורים אלה.<sup>134</sup> בעניין *Issa* מצא בית-הדין לנכון להבחין את המקרה שלפניו מזה שנידון בעניין *Loizidou*, שבו נקבע כי לטורקיה יש שליטה כוללת בכל שטח צפון קפריסין. בית-הדין הסביר כי בעוד כוחות צבא טורקיים פרושים, מסיירים ומציבים מחסומים בכל שטחה של צפון קפריסין, התקיימה נוכחות צבאית טורקית רק בחלקים מצפון עיראק.<sup>135</sup> באופן דומה קבע בית-הדין האירופי בעניין *Bankovic* כי החובות הקבועות באמנה האירופית עשויות לחול על מדינה בשטח זר רק כאשר אותה מדינה, "באמצעות שליטתה האפקטיבית בשטח... מפעילה את סמכויות השלטון המופעלות בדרך-

131 עניין *Loizidou*, לעיל ה"ש 124, פס' 16, 25.

132 עניין *Issa*, לעיל ה"ש 124, פס' 82.

133 שם, פס' 74: "The Court does not exclude the possibility that, as a consequence of this military action, the respondent State could be considered to have exercised, temporarily, effective overall control of a particular portion of the territory of northern Iraq. Accordingly, if there is a sufficient factual basis for holding that, at the relevant time, the victims were within that specific area, it would follow logically that they were within the jurisdiction of Turkey"

134 שם, פס' 76.

135 בהתייחסו למבצע הצבאי שערכה טורקיה בצפון עיראק, מציין בית-הדין (עניין *Issa*, לעיל ה"ש 124, פס' 75): "However, notwithstanding the large number of troops involved in the aforementioned military operations, it does not appear that Turkey exercised effective overall control of the entire area of Northern Iraq. This situation is therefore in contrast to the one which obtained in northern Cyprus in the *Loizidou v. Turkey* and *Cyprus v. Turkey* cases... In the latter cases, the Court found that the respondent Government's armed forces totalled more than 30,000 personnel (which is, admittedly, no less than the number alleged by the applicants in the instant case... but with the difference that the troops in northern Cyprus were present over a very much longer period of time) and were stationed throughout the whole of the territory of northern Cyprus. Moreover, that area was constantly patrolled and had check points on all main lines of communication..."

כלל על-ידי הממשלה, כולן או חלקן".<sup>136</sup> שליטה אפקטיבית כזו יכול שתתקיים במסגרת מצב כיבוש או בהסכמת הריבון הלגיטימי.<sup>137</sup> כמו-כן, בעניין *Ilascu* קבע בית-הדין האירופי כי על רוסיה מוטלת האחריות להבטחת זכויות האדם בשטח שאינו בריבונותה (אזור במדינת מולדובה) המצוי בשליטתם של כוחות צבאיים מקומיים הנתונים "להשפעתה המכרעת" של רוסיה.<sup>138</sup>

מפסיקה זו עולה באופן ברור כי על-מנת שדיני זכויות האדם יחולו על מדינה בשטח זר, על אותה מדינה לשלוט בשטח זה במידה שאינה נופלת מרף השליטה המינימלי המאפיין מצבי כיבוש (אף אם באופן פורמלי אין מתקיים מצב כיבוש עקב הסכמת הריבון המקומי לשליטת המדינה הזרה). זאת, בין שהשליטה מופעלת ישירות באמצעות חייליה של אותה מדינה ובין שהיא מופעלת באמצעות ארגון הסר למרותה.

יתר על כן, מפסיקתו של בית-הלורדים הבריטי בעניין *Al-Skeini*<sup>139</sup> עולה כי ייתכנו מקרים שבהם שליטה של מדינה בשטח זר, שדי בה להצדיק הכרה בקיומו של כיבוש, אינה מספיקה על-מנת להטיל על אותה מדינה את החובות הקבועות במשפט זכויות האדם ביחס למתרחש בשטח זה.<sup>140</sup>

בפרשת החומה בשטחים קבע בית-הדין הבינלאומי לצדק כי ייתכן שהאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות מטילה חובות על מדינה ביחס לשטח שאינו שטח הריבון, ובלבד ששטח זה מצוי תחת "סמכותה הטריטוריאלית"

"In sum, the case-law of the :Bankovic v. Belgium, 123 I.L.R. (2003) 94, at para. 71 136  
Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdiction by  
a Contracting State is exceptional: it has done so when the respondent State, through the  
effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of  
military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the  
Government of that territory, exercises all or some of the public powers normally to be  
exercised by that Government"

ש.ם. 137

*Ilascu v. Moldova and Russia*, 2004-VII Eur. Ct. H.R. 300, para. 392 138  
Transdnistria במולדובה נשלט על-ידי כוחות מקומיים שהכריזו על פרישה ממולדובה ועל  
הקמת מדינה עצמאית באזור זה, בשם (MRT) Moldovan Republic of Transdnistria.  
בעומדו על הנוכחות הצבאית הרוסית באזור זה ועל תלותם של הכוחות השולטים בו בסיוע  
צבאי וכלכלי מרוסיה, קבע בית-הדין האירופי (שם): "All of the above proves that the  
'MRT', set up in 1991–1992 with the support of the Russian Federation, vested with  
organs of power and its own administration, remains under the effective authority, or at  
the very least under the decisive influence, of the Russian Federation, and in any event  
that it survives by virtue of the military, economic, financial and political support given  
to it by the Russian Federation"

עניין *Al-Skeini*, לעיל ה"ש 43. 139

ראו לעיל ה"ש 43–49 והטקסט הסמוך להן. 140



("territorial jurisdiction") של אותה מדינה.<sup>141</sup> לדעת המחבר, הדרישה בדבר "סמכות טריטוריאלית" על השטח הזר מרמזת כי השפעה ניכרת של מדינה על תנאי החיים בשטח הזר שאין בצידה מידה מינימלית של שליטה פיזית קרקעית, אין בה כדי להחיל על מדינה זו את החובות הקבועות באמנה. בית-הדין קבע כי שטח הגדה המערבית "כפוף לשיפוטה של ישראל" ועל-כן חלות בו הוראות האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, בהתבסס על עובדת קיומו של כיבוש ישראלי בשטח זה.<sup>142</sup>

נוסף על כך, טריבונלים בינלאומיים הכירו בכך שכאשר מדינה פוגעת בזכויות אדם של פרטים המצויים במדינה אחרת באמצעות פעולה של סוכניה במדינה האחרת, הפרטים שנפגעו ייראו כ"כפופים לשיפוטה" של המדינה שפגעה בזכויותיהם. כך, למשל, כאשר סוכניה של מדינה חוטפים או רוצחים אדם המצוי מחוץ לשטחה, ייחשב אותו אדם "כפוף לשיפוטה" של אותה מדינה, וההוראות הרלוונטיות באמנות זכויות האדם יחולו על המקרה.<sup>143</sup>

ראוי לציין כי לפי הגישה הרווחת בספרות, המשפט הבינלאומי המנהגי אינו אוסר על מדינה להטיל סנקציות כלכליות על רעותה, ובכלל זה ניתוק מוחלט של יחסי מסחר והפסקת הושטתו של סיוע כלכלי שהוענק עובר להטלת הסנקציות.<sup>144</sup> גישה זו מוצאת תימוכין גם

<sup>141</sup> *Israeli Wall Advisory Opinion*, לעיל ה"ש 16, פס' 112: "The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights contains no provision on its scope of application. This may be explicable by the fact that this Covenant guarantees rights which are essentially territorial. However, it is not to be excluded that it applies both to territories over which a State party has sovereignty and to those over which that State exercises territorial jurisdiction"

<sup>142</sup> שם. ראו גם *Congo Opinion*, ה"ש 56, פס' 216.

<sup>143</sup> עניין *Issa*, לעיל ה"ש 124, פס' 71: "...a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State... Accountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory"

ראו גם *Israeli Wall Advisory Opinion*, ה"ש 16, פס' 109; Ben-Naftali & Shany, ה"ש 126, בעמ' 70–72.

<sup>144</sup> Sarah H. Cleveland, *Norm Internalization and U.S. Economic Sanctions*, 26 YALE J. INT'L L. 1, 53 (2001): "Customary international law traditionally has allowed states to use economic coercion for a wide range of purposes, and the relatively frequent use of economic sanctions by the United States and other developed nations since World War II makes it difficult to conclude that a customary international norm exists against the practice"

בפסיקתו של בית-הדין הבינלאומי לצדק בפרשת ניקרגואה.<sup>145</sup> הושטת סיוע – ובכלל זה סיוע הומניטרי – על-ידי מדינה אחת למדינה אחרת נתפסת במשפט הבינלאומי המנהגי כפעולה וולונטרית לחלוטין, אף אם הסיוע חיוני להבטחת צרכיה הבסיסיים של אוכלוסיית האחרונה.<sup>146</sup> תלות של המדינה הנזקקת במדינה המסייעת, שהתפתחה כתוצאה מיחסי סיוע מתמשכים, אינה משנה את הפן הוולונטרי של הסיוע.<sup>147</sup> לנוכח הזיקה ההדוקה בין אמנות זכויות האדם לבין המשפט הבינלאומי המנהגי,<sup>148</sup> נראה כי הנורמה המנהגית המתירה סנקציות כלכליות – אף כאלה הפוגעות קשות באוכלוסייה האזרחית – מלמדת אף היא על

---

ראו גם: Richard D. Porotsky, *Economic Coercion and the General Assembly: A Post-Cold War Assessment of the Legality and Utility of the Thirty-Five-Year Old Embargo Against Cuba*, 28 VAND. J. TRANSNAT'L L. 901, 928 (1995) ("State practice indicates the non-existence of a legal norm prohibiting the use of economic coercion"); Hans W. Baade, *The Operation of Foreign Public Law*, 30 TEX. INT'L L.J. 429, 443 (1995) ("Trade boycotts and embargoes are not contrary to public international law in the absence of treaties to the contrary"); Adam Smith, *A High Price to Pay: The Costs of the U.S. Economic Sanctions Policy and the Need for Process Oriented Reform*, 4 UCLA J. INT'L L. & FOREIGN AFF. 325, 354 (2000) ("With the exception of secondary boycotts, customary principles of international law generally permit a country to impose economic sanctions").

עם זאת, ועדת האו"ם בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות הביעה את דעתה כי סנקציות כלכליות שמועצת הביטחון של האו"ם מטילה עשויות להוות הפרה של החובות הקבועות באמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. ראו: United Nations, Economic and Social Council, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment 8: The Relationship Between Economic Sanctions and Respect for Economic, Social and Cultural Rights*, 17th Sess., U.N. Doc. E/C.12/1997/8 (1997).

145 Military and Paramilitary Activities (Nicar. v. U.S.), 1986 I.C.J. 14, 126 (June 27)  
 146 כמצוין לעיל, לא חלה על מדינה חובה להושיט סיוע החיוני להישרדותה של אוכלוסיית מדינה אחרת שנפגעה קשות מאסון-טבע (ראו לעיל ה"ש 97 והטקסט הסמוך לה).  
 147 אכן, הפרדיגמה של סנקציות כלכליות הינה הפסקת יחסי מסחר או סיוע שהתקיימו עובר להטלת הסנקציות. ראו באופן כללי Smith, לעיל ה"ש 144, בעמ' 329–330.  
 148 כך, הדעה הרווחת בספרות היא שהנורמות הקבועות באמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, וכן באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, משקפות את המשפט הבינלאומי המנהגי. ראו Kaliser, לעיל ה"ש 111, בעמ' 204; Francisco F. Martin, *Our Constitution as Federal Treaty: A New Theory of United States Constitutional Construction Based on an Originalist Understanding for Addressing a New World*, 31 HASTINGS CONST. L.Q. 269, 348, fn. 292 ("Over 130 states are parties to the ICESCR, providing strong evidence of its customary international legal status"); Eleanor D. Kinney, *The International Human Right to Health: What Does This Mean for Our Nation and World?* 34 IND. L. REV. 1457, 1464 (2001)

העדר תחולה אקס-טריטוריאלית לאמנות זכויות האדם, למעט במצבים שבהם מדינה מקיימת שליטה הדוקה בשטח זר, כאמור בפסיקתו של בית-הדין האירופי. לסיכום, לנוכח העובדה שישראל אינה מקיימת שליטה פיזית קרקעית בחלק כלשהו מרצועת עזה, דומה כי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות אינן מטילות על ישראל חובה להבטיח את זכויות האדם של תושבי הרצועה באמצעות הספקת צורכיהם הבסיסיים. במילים אחרות, הקביעה כי מידת השליטה של ישראל ברצועה אינה מגיעה כדי כיבוש מוליכה מאליה למסקנה כי הרצועה אינה "כפופה לשיפוטה" של ישראל, כמשמעו של ביטוי זה במשפט זכויות האדם.<sup>149</sup>

#### ד. תלותה של אוכלוסיית עזה בישראל כתוצאה מהכיבוש

בספרו WHAT WE OWE IRAQ טוען פרופ' נח פלדמן כי מחויבותה המוסרית של ארצות-הברית כלפי עיראק להבטיח את הסדר והביטחון במדינה ולהשתתף במאמץ לבנייתם של מוסדות שלטון לגיטימיים אינה פוקעת עם סיום הכיבוש בעיראק.<sup>150</sup> על ארצות-הברית

149 באופן דומה, קביעתו של פרופ' איל בנבנישתי כי ישראל אינה מחזיקה ב"שליטה אפקטיבית" באזורי A בגדה המערבית הובילה אותו למסקנה כי ישראל אינה מחויבת להבטיח את זכויות האדם של הפלסטינים באזורי A. ראו Benvenisti, לעיל ה"ש 18, בעמ' 313: "The lack of effective control also suggests that Israel is not responsible for the protection of international human rights instruments in the areas and spheres under the PA's authority".

150 NOAH FELDMAN, WHAT WE OWE IRAQ: WAR AND THE ETHICS OF NATION BUILDING 80–81 (2004) "The United States owed to Iraq during the occupation and beyond a duty to put down the existing insurgents and to guarantee safety and security... The United States now has no ethical choice but to remain until an Iraqi security force, safely under the civilian control of the government of a legitimate, democratic state, can be brought into existence".

"As an ethical matter the Coalition as nation builder (שם, בעמ' 128–129): is under a duty to remain until Iraqi security forces have reached the point where they in fact are capable of maintaining order and enforcing the dictates of a legitimate civilian government. The Coalition must certainly remain engaged through its security forces so long as a transitional government is all that is in place... But I want to argue for more than that. I want to contend that the nation builder's duties persist until there has arisen a democratically legitimate state that can police its own citizens effectively... Even if we wanted to leave soon after sovereignty were transferred, then, we would not be ethically free to do so".

פלדמן מבהיר כי העברת סמכויות השלטון לידיה של ממשלה שנבחרה בבחירות דמוקרטיות אינה משחררת את ארצות-הברית מחובותיה כלפי עיראק. שם, בעמ' 97.

מוטלת חובה מוסרית להשאיר בעיראק כוחות צבא שישמרו על הסדר והביטחון – תנאי הכרחי לבנייתם של מוסדות שלטון דמוקרטיים במדינה נעדרת כל מסורת דמוקרטית – עד אשר ייכוננו בעיראק כוחות ביטחון הסרים למרותה של ממשלה דמוקרטית לגיטימית, אשר יש ביכולתם לשמור על הסדר והביטחון האישי מבית ולהגן על גבולות עיראק מפני אויבים מחוץ.<sup>151</sup> מחויבות מוסרית זו נובעת מכך שתלותה של החברה העיראקית בכוחות האמריקאיים – בראש ובראשונה בכל הנוגע בשמירת הסדר והביטחון – הינה כולה תוצאת הכיבוש האמריקאי.<sup>152</sup> הכיבוש האמריקאי הוא שהוביל להרס מערכות הממשל הקיימות, לפירוקן של הצבא העיראקי ולשלילת יכולתה של המדינה העיראקית לתפקד בכוחות עצמה. סילוק הריבון הקודם – רע ככל שהיה – ופירוק מוחלט של כוחות הביטחון העיראקיים, על-מנת לבנותם מחדש מן היסוד, הם שהטילו את עיראק למערבולת דמים, למצב של תוהו ובוהו, ויצרו מצב שבו החברה העיראקית אינה יכולה לעמוד על רגליה מכל בחינה שהיא גם לאחר סיום הכיבוש.<sup>153</sup>

לפי גישה זו, כובש-לשעבר חב חובה מוגברת כלפי האוכלוסייה המקומית כאשר תלותה בו הינה תוצאת הכיבוש. בעניין אלבסיוני אימץ בית-המשפט העליון גישה דומה. בית-המשפט קבע כי חובותיה של ישראל כלפי תושבי רצועת עזה נובעות, בין היתר, "מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו תלות כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל".<sup>154</sup>

כיבוש – קרי, ניתוק שטח מממשלתו הריבונית – כרוך ביצירת מגבלות אינהרנטיות ליכולתה של חברה לפתח תשתיות חיוניות לתפקודה העצמאי. הכוח המניע בפיתוח תשתיות המדינה הוא הריבון המקומי. עליו מוטל להבטיח את יכולתה של חברה לתפקד בכוחות עצמה. סילוקו של הריבון המקומי למשך תקופה ארוכה כרוך בסיכון גבוה לניוון יכולת זו. דיני הכיבוש אינם מטילים על הכובש את החובה למנוע ניוון כזה. בעניין ג'מעית

151 ש.ם.

152 בנמקו את החובה האתית המוטלת על ארצות-הברית להבטיח את הביטחון בעיראק גם לאחר סיום הכיבוש, כותב פלדמן (שם, בעמ' 129): "From an ethical standpoint, the duty to remain until an Iraqi government can actually monopolize force is equally strong. Iraqis did not seek foreign intervention that would destroy their state, eliminate their military, and place them in a position where only delicate negotiations and externally imposed security could reestablish basic order. Having thrust the Iraqis into this situation, we have an obligation to enable them to climb out of it".

פלדמן מוסיף (שם, בעמ' 122): "The United States and its Coalition partners... started the ball rolling by toppling Saddam and are therefore obligated to stick with the nation-building project to the bitter end".

153 ש.ם.

154 עניין אלבסיוני, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק-הדין.

אסכאן אלמעלמון קבע בית־המשפט העליון כי סמכותו של הכובש "משתרעת... לנקיטת כל האמצעים הנחוצים כדי להבטיח צמיחה, שינוי והתפתחות. מכאן המסקנה כי ממשל צבאי רשאי לפתח תעשייה, מסחר, חקלאות, חינוך, בריאות וסעד וכיוצא באלה עניינים, הנוגעים לממשל תקין, והדרושים להבטחת צרכיה המשתנים של אוכלוסייה בשטח נתון לתפיסה מלחמתית".<sup>155</sup> אולם אף־על־פי שהכובש רשאי לעשות כל אלה, אין הוא חייב לפעול כך. תקנה 43 לתקנות האג בדבר חובת הכובש "להבטיח את הסדר והחיים הציבוריים"<sup>156</sup> מחייבת את הכובש לדאוג לכך שהאוכלוסייה המקומית תיהנה מרמה מינימלית לפחות של רווחה. אין היא מחייבת את הכובש לדאוג ליכולתה של האוכלוסייה לקיים רמת מחיה זו בכוחות עצמה. אין מוטלת על הכובש חובה לפתח בשטח הכבוש תשתיות עצמאיות שיאפשרו לחברה בשטח הכבוש לעמוד על רגליה שלה עם תום הכיבוש. כך, השופט ברק קובע בהקשר זה:

אכן, יש שממשל צבאי הוא פאסיבי, ויש שממשל צבאי הוא אקטיבי. יש שממשל צבאי מסתפק בהבטחת מינימום הכרחי, ויש שממשל צבאי מבקש להבטיח למעלה מזה. יש שממשל צבאי מוכן להשקיע השקעות יסוד שיביאו לשינויי קבע, ויש שממשל צבאי שאינו הולך בגדולות... אכן, כל שניתן להצביע עליו, במסגרת לשונה הרחבה של תקנה 43, הוא, שקיים בוודאי סטאנדארט מינימאלי של הבטחת הסדר והחיים הציבוריים של האוכלוסייה המקומית, שמתחתיו אסור לו לממשל הצבאי, הפועל כממשל תקין, לרדת, וכי קיים בוודאי סטאנדארט מאקסימאלי של הבטחת הסדר והחיים הציבוריים של האוכלוסייה המקומית, שמעליו אסור לו לממשל הצבאי, הפועל כממשל זמני, לעלות, וכי בין שני אלה קיים מרחב של סמכות, שבו אין חובה אלא רשות לבחור בין אופציות שונות, תוך שכל ממשל צבאי בוחר לעצמו את נקודות האיזון הנראות לו, על־פי אופיו ותכונותיו מזה ועל־פי הבנתו את מפת האזור מזה.<sup>157</sup>

אין ספק אפוא כי כיבוש ממושך כרוך בסיכון גבוה ליצירת תלות של האוכלוסייה המקומית בכובש. תלות כזו היא נזק הנגרם כתוצאה מעצם קיומו של הכיבוש, גם אם יקיים הכובש את כל החובות המוטלות עליו במסגרת דיני הכיבוש. הכובש גורם לנזק זה בכך שהוא מקיים מצב כיבוש לאורך זמן. מפסיקת בית־המשפט בעניין אלבסיוני עולה כי נזקי הכיבוש מקימים חובה של הכובש־לשעבר כלפי האוכלוסייה המקומית. הכובש־לשעבר מחויב

155 עניין ג'מעית אסכאן אלמעלמון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 804.

156 Hague Regulations, לעיל ה"ש 10, תק' 43.

157 עניין ג'מעית אסכאן אלמעלמון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 807–808.

לספק את צרכיה הבסיסיים של האוכלוסייה, אשר איבדה, כתוצאה מהכיבוש, את יכולתה לספק צרכים אלה בכוחות עצמה.

אולם מהו הבסיס המשפטי להטלת חובות על הכובש-לשעבר בגין נזקי הכיבוש? בהקשר זה ראוי להזכיר את ההבחנה הקיימת במשפט הבינלאומי בין "כללים ראשוניים" (primary rules) לבין "כללים משניים" (secondary rules) הקובעים את תוצאת הפרתם של הכללים הראשוניים.<sup>158</sup> עם הכללים הראשוניים נמנים, בין היתר, דיני השימוש בכוח ודיני המשפט ההומניטרי. הכללים המשניים הועלו על הכתב על-ידי הוועדה למשפט בינלאומי של האו"ם, במסמך שכותרתו "טיוטת סעיפים בדבר אחריותן של מדינות בגין מעשים אסורים במשפט הבינלאומי" (להלן: הכללים בדבר אחריותה של מדינה).<sup>159</sup> כללים אלה נחשבים כמשקפים את המשפט הבינלאומי המנהגי.<sup>160</sup>

עצם קיומו של מצב כיבוש מקים שורת חובות של הכובש מכוח כללים ראשוניים – כללי המשפט ההומניטרי.<sup>161</sup> חובות אלה הינן תלויות-סטטוס, ולא תלויות-התנהגות: הן נגזרות מעצם היותה של מדינה מעצמה כובשת, ולא מפסול שהיה בהתנהגותה של מדינה זו בעבר.<sup>162</sup> לעומת זאת, לא ניתן להצביע על כלל ראשוני של המשפט הבינלאומי שלפיו נגזרות חובות כלשהן מסטטוס של "מעצמה כובשת-לשעבר". נזקי הכיבוש עשויים להקים חובות של הכובש-לשעבר רק מכוח כללים משניים.

ההכרעה בשאלה אם נזקי הכיבוש מקימים חובות של הכובש-לשעבר, ובאיזו מידה, מוכתבת אפוא על-ידי הכללים בדבר אחריותה של מדינה. סעיף 2 לכללים אלה מורה כי אחריות בינלאומית של מדינה, המקימה חובות של אותה מדינה,<sup>163</sup> נוצרת כאשר התנהגות

158 משה הירש "אחריות בינלאומית" משפט בינלאומי 221 (רובי סיבל עורך, 2003). עוד ראו: JAMES CRAWFORD, THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION'S ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY: INTRODUCTION, TEXT AND COMMENTARIES 14–15 (2002).

159 U.N. International Law Commission, *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 53rd Sess. Supp. No. 10 U.N. Doc. A/56/10 (Nov. 2001), *Draft Articles on the Responsibility* : (להלן: *available at untreaty.un.org/ilc/texts/9\_6.htm (of States)*.

160 הירש, לעיל ה"ש 158, בעמ' 223.

161 לעיל ה"ש 10.

162 כך, דיני הכיבוש מטילים חובות זהות על מעצמה שכבשה שטח תוך הפעלת כוח חוקית ועל מעצמה שכבשה שטח במלחמת תוקפנות. ראו BENVENISTI, לעיל ה"ש 17, בעמ' 69: "...the law of occupation, like the law of war, applies equally to lawful and unlawful armies. Indeed, there are cogent reasons to disregard the prior aggression of the occupant that led to the occupation".

163 הכללים בדבר אחריותה של מדינה מטילים על מדינה חובות רק כאשר מוטלת על המדינה אחריות במשפט הבינלאומי למעשה מסוים. *Draft Articles on the Responsibility of States*, לעיל ה"ש 159, ס' 28, CRAWFORD; לעיל ה"ש 158, בעמ' 191–193.

המיוחסת למדינה מהווה הפרה של חובה בינלאומית המוטלת על המדינה.<sup>164</sup> בהתאם לכללים בדבר אחריותה של מדינה, ניתן אפוא להטיל על מעצמה כובשת-לשעבר חובות בגין נזקי הכיבוש רק אם נזקים אלה נגרמו כתוצאה מהפרת כלל ראשוני של המשפט הבינלאומי על-ידי אותה מדינה.

במילים אחרות, המשפט הבינלאומי מייחס למדינה אחריות בגין נזק שגרמה רק כאשר נזק זה נגרם באשמת אותה מדינה. במובן זה, אין כללי המשפט הבינלאומי שונים מכללי המשפט הפנימי בדבר ייחוס אחריות לפרטים בגין נזק שגרמו. "נזקי הכיבוש" – תלותה של האוכלוסייה המקומית בכובש – יוצרים חובה של הכובש כלפי האוכלוסייה גם לאחר תום הכיבוש רק כאשר נזקים אלה נגרמו באשמת הכובש. במובן זה, כיבוש ממושך אנלוגי למלחמה: גם מלחמה עלולה להמיט חורבן על תשתיותיה של מדינה, ובכך לשלול את יכולתה של המדינה להבטיח את צרכיה הבסיסיים של אוכלוסייתה, אך הדבר גורר אחריות של המדינה שגרמה לחורבן רק אם זו הפרה במעשיה את כללי המשפט הבינלאומי.<sup>165</sup> למדינה שפעלה כדין הן במישור של דיני היציאה למלחמה (jus ad bellum) והן במישור של דיני הלוחמה (jus in bello) אין אחריות לחורבן שהמיטה על החברה האחרת. אין היא נדרשת "ללוות" את המדינה החרבה בתהליך השיקום עד אשר זו תוכל לדאוג לצורכי אזרחיה בכוחות עצמה.

אכן, פלדמן מבסס את טיעונו המוסרי בדבר חובתה של ארצות-הברית לתמוך בעיראק גם לאחר סיום הכיבוש על ההנחה כי הכיבוש האמריקאי בעיראק לא בא לעולם כתוצאה ממלחמת הגנה עצמית שנכפתה על ארצות-הברית, אלא כתוצאה מבחירה אמריקאית לשנות את המשטר בעיראק על-ידי שימוש בכוח.<sup>166</sup>

164 "There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) Is attributable to the State under international law; and (b) Constitutes a breach of an international obligation of the State"

ראו גם CRAWFORD, לעיל ה"ש 158, בעמ' 81.

165 כך, בעקבות מלחמת התוקפנות של עיראק נגד כוויט, הטילה מועצת הביטחון על עיראק חובה לפצות את כוויט. חובה זו אף עוגנה בהסכם הפסקת-האש בין עיראק לבין כוחות הקואליציה. ראו: "Iraq, without prejudice to the debts and obligations of Iraq arising prior to 2 August 1990, which will be addressed through the normal mechanisms, is liable under international law for any direct loss, damage, including environmental damage and the depletion of natural resources, or injury to foreign Governments, nationals and corporations, as a result of Iraq's unlawful invasion and occupation of Kuwait"

166 FELDMAN, לעיל ה"ש 150, בעמ' 2: "We were occupying Iraq for reasons very different from those underlying our occupations of Germany and Japan. The most obvious difference was that the Axis powers had attacked us, and that we had then, with no other

יש לבחון אפוא אם התלות שפיתחה אוכלוסיית עזה בישראל במרוצת שנות הכיבוש נגרמה כתוצאה מהפרת כלל של המשפט הבינלאומי על-ידי ישראל. ראינו כי כיבוש ממושך יוצר, מטבעו, סיכון גבוה לפיתוח תלות ארוכת-טווח של האוכלוסייה המקומית במעצמה הכובשת, אף אם התנהלות הכובש במהלך הכיבוש אינה מפרה את החובות המוטלות עליו במסגרת דיני הכיבוש. על-כן יש לבחון, ראשית כל, אם ניתן לתלות את עצם קיומו של הכיבוש הממושך שהתקיים בעזה בהפרת כלל של המשפט הבינלאומי על-ידי ישראל. האם הכיבוש נוצר מלכתחילה כתוצאה מהפרת כללי המשפט הבינלאומי בדבר איסור השימוש בכוח (jus ad bellum) על-ידי ישראל?<sup>167</sup> האם השימוש בכוח מצד ישראל, אשר הוביל לכיבוש, ניתן להצדקה במסגרת זכותה של מדינה להגנה עצמית?

גם אם הכיבוש לא נוצר מלכתחילה כתוצאה מהפרה של המשפט הבינלאומי, יש לבחון עדיין אם התמשכות הכיבוש הייתה כרוכה בהפרת נורמה של המשפט הבינלאומי שחייבה את המעצמה הכובשת-לשעבר, ישראל, לסיים את הכיבוש במועד מוקדם יותר. סוגיות אלה נידונו בהרחבה בספרות המשפטית. הדעה הרווחת היא כי הפעלת הכוח מצד ישראל במהלך מלחמת ששת-הימים, אשר הובילה לכיבושם של שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה, הייתה מוצדקת במסגרת זכותה של ישראל להגנה עצמית.<sup>168</sup> השאלה אם ישראל הפרה כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי שחייב אותה לסיים את הכיבוש במועד מוקדם יותר נתונה במחלוקת בין מלומדים. נשיא בית-המשפט העליון בדימוס, השופט מאיר שמגר, הביע את העמדה כי המשפט הבינלאומי אינו מטיל כל הגבלת זמן על משכו של כיבוש.<sup>169</sup> תימוכין לגישה זו ניתן למצוא בכך שאמנות המשפט

---

choice, fought and defeated them... By contrast, our war in Iraq, framed though it might have been in terms of preemptive self-protection, had been essentially voluntary”  
 167 להשקפה שלפיה כיבוש שנוצר כתוצאה מהפרת איסור השימוש בכוח על-ידי הכובש הינו כיבוש בלתי-חוקי, ראו BENVENISTI, לעיל ה"ש 17, בעמ' 68.  
 168 YORAM DINSTEIN, WAR AGGRESSION AND SELF-DEFENCE 192 (2004); THOMAS M. FRANCK, RECOURSE TO FORCE 105 (2002); GEOFFREY R. WATSON, THE OSLO ACCORDS 30 (2000); GEORGE P. FLETCHER, A CRIME OF SELF-DEFENSE: BERNHARD GOETZ AND John Quigley, *The Law on Trial* 20–21 (1988). עם זאת, יש הטוענים אחרת. ראו: Oslo Accords: *International Law and the Israeli-Palestinian Peace Agreement*, 25 SUFFOLK TRANSNAT'L L. REV. 73, 81 (2001) (“Israel’s claim of self-defense in the 1967 war is factually implausible”).  
 169 Meir Shamgar, *Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government – The Initial Stage*, in MILITARY GOVERNMENT IN THE TERRITORIES ADMINISTERED BY ISRAEL “According to International Law the :1967–1980, 13, 43 (Meir Shamgar ed., 1982) exercise of the right of military administration over the territory and its inhabitants had no time-limit, because it reflected a factual situation and pending an alternative political



ההומניטרי אינן כוללות הוראה בדבר חובתו של כובש לסיים את מצב הכיבוש.<sup>170</sup> חובה כזו אינה נזכרת אף לא באחד מהמדריכים הצבאיים של מדינות המערב או בסקירתו של הצלב האדום בדבר כללי המשפט ההומניטרי המנהגי.<sup>171</sup> באופן דומה, בפרשת החומה בשטחים נמנע בית-הדין הבינלאומי לצדק מלהזכיר, ולו ברמז, את דבר קיומה של חובה לסיים את מצב הכיבוש בשטחים, אף שנקרתה לפניו הזדמנות-פז לעשות כן.<sup>172</sup> פרופ' איל בנבנישתי ופרופ' אנטוניו קסזה טוענים כי מקום שהכובש אינו חותר בתום-לב לסיום הכיבוש במסגרת הסדר שלום שיבטיח את בטחונו, התמשכות הכיבוש מהווה הפרה של כללי המשפט הבינלאומי בדבר איסור השימוש בכוח ובדבר זכותם של עמים להגדרה עצמית.<sup>173</sup> ארנה בן-נפתלי, איל גרוס וקרן מיכאלי מצביעים על כך שאחד העקרונות בבסיסם של דיני הכיבוש הוא זמניותו של הכיבוש.<sup>174</sup> מעיקרון זה עולה, לטענתם, כי המשפט הבינלאומי אוסר את התמשכותו של מצב כיבוש מעבר ל"פרק-זמן סביר".<sup>175</sup> התשובה לשאלה מהו "פרק-זמן סביר" נגזרת ממטרותיו, מאופיו ומנסיבותיו של הכיבוש.<sup>176</sup> מטרתו הלגיטימית של משטר כיבוש היא הגשמת זכותו של העם הכבוש להגדרה עצמית, וזאת בדרכי שלום.<sup>177</sup> בסיטואציה שבה הכובש פועל לאורך זמן ניכר בניגוד למטרה זו – ובן-נפתלי, גרוס ומיכאלי טוענים כי כך הדבר באשר לכיבוש הישראלי בשטחים – התמשכותו של הכיבוש מהווה הפרה של מגבלת "הזמן הסביר" שהמשפט הבינלאומי מטיל על משכו של הכיבוש. משחלף "פרק-הזמן הסביר" שהמשפט הבינלאומי מקציב להתמשכותו של הכיבוש, עצם קיומו של הכיבוש נגוע באי-חוקיות, ועל-כן על

or military solution this system of government could, from the legal point of view, continue indefinitely"

170 BENVENISTI, לעיל ה"ש 17, בעמ' 145. "Neither the Hague Regulations nor the Fourth Geneva Convention limits the duration of the occupation or requires the occupant to restore the territories to the sovereign before a peace treaty is signed"

171 ראו, באופן כללי, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, לעיל ה"ש 29.

172 Ben-Naftali, Gross & Michaeli, לעיל ה"ש 23, בעמ' 552.

173 BENVENISTI, לעיל ה"ש 17, בעמ' 146, 216–215; ANTONIO CASSESE, SELF-DETERMINATION OF PEOPLES: A LEGAL REAPPRAISAL 55, 99 (1995); Eyal Benvenisti, *The Security Council and the Law on Occupation: Resolution 1483 on Iraq in Historical Perspective*, 1 IDFL REV. 19, 32–34 (2003); Yael Ronen, *Illegal Occupation and Its Consequences*, 41 ISR. L. REV. 201, 208 (2008).

174 Ben-Naftali, Gross & Michaeli, לעיל ה"ש 23, בעמ' 597–592.

175 שם, בעמ' 599–597.

176 שם, בעמ' 599.

177 שם, בעמ' 600: "...it is clear that the purpose of the regime of occupation is to manage the situation in a manner designed to bring about political change and to generate a resumption of the normal order of international society. Relevant international norms further decree that this change should come about by peaceful means and realize the principle of self-determination"

הכובש לסיימו מייד. דומה כי גם ביסוד גישתם של בן-נפתלי, גרוס ומיכאלי עומדת הזכות להגדרה עצמית.<sup>178</sup>

המחבר שותף לדעה שלפיה כיבוש שנוצר מלכתחילה כתוצאה ממלחמת הגנה עצמית של הכובש (להלן: כיבוש חוקי-מלכתחילה) עשוי להיצבע באי-חוקיות מקום שהכובש נמנע מלחתור בתום-לב לסיום הכיבוש בהסדר שלום. אולם לדעת המחבר, גישה הבוחנת את חוקיות התמשכותו של כיבוש חוקי-מלכתחילה לאור התנהלותו של הכובש בלבד – במנותק מהתנהלותו של הנכבש במהלך תקופת הכיבוש – אינה מבטאת כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי.

רוזלין היגנס, שופטת בית-הדין הבינלאומי לצדק, נתנה ביטוי להשקפה שלפיה הכובש זכאי להחזיק בשטח הכובש עד להגעה להסדר שלום.<sup>179</sup> מלומדים בולטים אחרים שותפים לגישה זו.<sup>180</sup> החלטה 242 של מועצת הביטחון של האו"ם (1967), שהתקבלה בעקבות מלחמת ששת-הימים, קשרה בין נסיגת ישראל משטחים כבושים לבין כינון שלום צודק ובר-קיימא.<sup>181</sup> רובי סיבל מציין כי "מאחר וכל האלמנטים של החלטה 242 הם מקשה אחת,

178 שם, בעמ' 575–578. ראו גם Ronen, לעיל ה"ש 173, בעמ' 208.

179 Rosalyn Higgins, *The Place of International Law in the Settlement of Disputes by the Security Council*, 64 AM. J. INT'L L. 1, 8 (1970): "...there is nothing in either the Charter or general international law which leads one to suppose that military occupation, pending a peace treaty, is illegal"

180 Yoram Dinstein, *The International Legal Dimensions of the Arab-Israeli Conflict*, in ISRAEL AMONG THE NATIONS 137, 150 (Alfred E. Kellermann, Kurt Siehr & Talia Einhorn eds., 1998) ("While belligerent occupation does not transfer title (sovereignty), it does mean that the occupying Power has a temporary right of possession (which can continue as long as peace is not concluded)"); Michael Curtis, *International Law and the Territories*, 32 HARV. INT'L L.J. 457, 464–465 (1991) ("Israel is legally entitled to remain in the territory it now holds and to protect its security interests therein until new boundaries are drawn in a peace settlement")

181 "The Security Council... 1. :S.C. Res. 242, U.N. Doc. S/RES/242 (22 Nov. 1967) Affirms that the fulfillment of Charter principles requires the establishment of a just and lasting peace in the Middle East which should include the application of both the following principles: (i) Withdrawal of Israel armed forces from territories occupied in the recent conflict; (ii) Termination of all claims or states of belligerency and respect for and acknowledgment of the sovereignty, territorial integrity and political independence of every State in the area and their right to live in peace within secure and recognized boundaries free from threats or acts of force..."

בהתייחסו לגישה שלפיה הכובש רשאי להחזיק בשטח הכובש עד אשר יסכים הנכבש להסדר שלום על-פי תנאיו של הכובש, מציין איל בנבנישתי (BENVENISTI, לעיל ה"ש 17, בעמ' 145): "At first, Security Council Resolution 242 (1967) was widely accepted as being in line with the abovementioned proposition, as it linked the withdrawal from the occupied territories with the establishment of a just and lasting peace"

אין חובה על ישראל לבצע נסיגה כלשהי אלא במסגרת הסדר שלום.<sup>182</sup> פרופ' קסזה מציין – בהתבססו, בין היתר, על החלטה 242 – כי אין להפריד בין מימוש זכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית לבין זכותה של ישראל להתקיים בביטחון כמדינה ריבונית, וכי על זכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית להתממש במסגרת הסדר שלום צודק ובר-קיימא.<sup>183</sup> כריכת סיומו של הכיבוש בהגעה להסדר שלום בר-קיימא מלמדת, למצער, כי במקרה של כיבוש חוקי-מלכתחילה המשפט הבינלאומי מטיל על הנכבש נטלים שלא היו מנת-חלקו עובר לכיבוש, הן בכל האמור בהסדרי ביטחון והן בכל הנוגע במישור המדיני (הכרה במדינה הכובשת, כינון יחסים עימה וכדומה). עמדה זו משקפת חשדנות בסיסית כלפי הנכבש במקרים שבהם הכיבוש נולד במלחמת הגנה עצמית של הכובש, ואינה עולה בקנה אחד עם בחינת חוקיות התמשכותו של הכיבוש במנותק מהתנהלותו של הנכבש. על הנכבש – כמו על הכובש – מוטל הנטל לחתור בתום-לב לסיום הכיבוש בהסדר שלום.<sup>184</sup> במקרים רבים האשם באי-הגעה להסדר שלום שיוביל לסיום הכיבוש מתחלק בין הכובש לנכבש. המחבר חולק על הטענה כי בכל מקרה כזה התמשכות הכיבוש נגועה באי-חוקיות, בלא קשר לשאלת האשם היחסי של כל אחד מהצדדים. לא ניתן להצביע על פרקטיקה של מדינות שיש בה כדי ליצור כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי התומך בטענה כזו.<sup>185</sup>

יתר על כן, בין התנהלות של הכובש אשר אינה עולה בקנה אחד עם זכות ההגדרה העצמית של הנכבש לבין התנהלות של הנכבש אשר אינה עולה בקנה אחד עם הנטלים המוטלים עליו בסיטואציה של כיבוש חוקי-מלכתחילה עשויה להתקיים זיקת-גומלין הדוקה. כך, למשל, ניתן לטעון כי מדיניות ההתנחלות של ישראל נולדה במציאות מדינית שבה מדינות ערב וארגון אש"פ – נציג העם הפלסטיני – סירבו לנהל עם ישראל משא-ומתן לקראת הסדר שלום, סירבו להכיר בקיומה של ישראל, הוסיפו להצהיר על כוונתם להביא לידי השמדת ישראל וראו במאבק המזוין את דרך הפעולה היחידה.<sup>186</sup>

182 רובי סיבל "סוגיות משפטיות הכרוכות בגבולות מדינת ישראל, מעמד השטחים, בעיית הפליטים" משפט בינלאומי 68 (רובי סיבל עורך, 2003).

183 Cassese, לעיל ה"ש 173, בעמ' 240, 244.

184 Higgins, לעיל ה"ש 179, בעמ' 8: "...until such time as the Arab nations agree to negotiate a peace treaty, Israel is in legal terms entitled to remain in the territories she now holds".

185 העצרת הכללית של האו"ם קיבלה שורה של החלטות שלפיהן הכיבוש הישראלי בגדה המערבית וברצועת עזה אינו חוקי. ראו, למשל, Ronen, לעיל ה"ש 173, בעמ' 216–228. אולם רבים בספרות עמדו על כך שהחלטותיו של פורום זה בכל היבט של הסכסוך הישראלי – ערבי ידועות מראש, ועל-כן אין לייחס להן משקל רב. ראו שם, בעמ' 218 (Since at issue is the work of a political body, too much legal significance should not be attached to the resolutions); וכך Curtis, לעיל ה"ש 180, בעמ' 461–462.

186 באשר להתנהלותו של אש"פ בשנים שלאחר תחילת הכיבוש הישראלי ראו, למשל: Harris O., *Limits of Self-Determination*, 6 ISR. Y.B. HUM. RTS. 91, 103 (1976).

להשקפת המחבר, במקרים של כיבוש חוקי-מלכתחילה ראוי כי מימוש זכות ההגדרה העצמית של הנכבש יותנה, למצער, בכך ש"מאזן האשמה" בכל הנוגע בהכשלת ההגעה להסדר שלום (בתקופה שלאחר תחילת הכיבוש) לא ייטה בכיוונו של הנכבש. בהקשר זה ראוי לציין כי אף שמדיניותן של ממשלות ישראל ביחס לשטחים הכבושים, ובעיקר מדיניות ההתנחלויות, אינה עולה בקנה אחד עם המטרות הלגיטימיות של משטר כיבוש,<sup>187</sup> ואף שבמשך תקופות מסוימות הביעו ממשלות ישראל סירוב לסיים את הכיבוש בהסדר שלום, ניתן להצביע על צמתים אחדים בתהליך המדיני שבהם הסדר שלום, שהיה מוביל לסיום הכיבוש, היה בהישג-יד.<sup>188</sup> בחינת חוקיותו של הכיבוש לאור חלוקת האחריות בין הצדדים בכל הנוגע בהתמשכותו מחייבת, בין היתר, בחינה של הגרסות השונות באשר לנסיבות שבהן הוחמצה ההזדמנות לשלום בצמתים אלה, והכרעה ביניהן. זאת ועוד, גם כאשר הצדדים לסכסוך חותרים בתום-לב לסיום הכיבוש בהסדר שלום, ייתכן שבמהלך המשא-ומתן ייתקלו הצדדים בסלעי-מחלוקת הנוגעים בסוגיות סבוכות אשר המצב המשפטי בעניינן אינו ברור על פניו. כזו היא, למשל, סוגיית הפליטים.<sup>189</sup> אין לומר שקיימת נורמה של המשפט הבינלאומי המנהגי המטילה את נטל הויתור על הכובש בנסיבות כאלה.

יוטעם כי פעולות של הכובש שאינן עולות בקנה אחד עם מטרותיו הלגיטימיות של משטר הכיבוש (למשל, פעילות ההתנחלויות) מהוות, בדרך-כלל, הפרה של כללי המשפט ההומניטרי.<sup>190</sup> אולם במקרים של כיבוש חוקי-מלכתחילה, ה"דילוג" ממשור המשפט ההומניטרי לסוגיית עצם חוקיותו של הכיבוש אינו יכול להיעשות במנותק משאלת "מאזן האשמה" בין הכובש לנכבש בכל הנוגע בהתמשכות הכיבוש.

נוסף על שאלת חוקיותו של הכיבוש יש לבחון אם, ובאיזו מידה, תרמו הפרות של דיני הכיבוש מצד ישראל לאובדן יכולתה של האוכלוסייה המקומית להתקיים בכוחות עצמה. בהקשר זה ראוי כי החובות הפוזיטיביות שדיני הכיבוש מטילים על הכובש נוגעות בהבטחת צרכיה הבסיסיים של האוכלוסייה המקומית, אך לא בפיתוח תשתיות שיבטיחו את איתנותה של האוכלוסייה המקומית בכובש.<sup>191</sup>

השאלה אם ישראל הפרה חובה לסיים את מצב הכיבוש בעזה עוד קודם לשנת 2005 מחייבת דיון עובדתי החורג מגדרי מאמר זה. כך גם השאלה באיזו מידה תרמו הפרות של דיני הכיבוש מצד ישראל לתלותה של אוכלוסיית עזה בה. המחבר אך טוען כי בלא הכרעה

187 Ben-Naftali, Gross & Michaeli, לעיל ה"ש 23, בעמ' 581–582.

188 לסקירת שיחות השלום בין ישראל לפלסטינים בשלהי שנת 2000 ראו, למשל, גלעד שר במרחק נגיעה: המשא ומתן לשלום 1999–2001 (2001).

189 ראו, למשל, סיבל, לעיל ה"ש 182, בעמ' 78–80.

190 *Israeli Wall Advisory Opinion*, לעיל ה"ש 16, פס' 120.

191 ראו לעיל ה"ש 156–157 והטקסט הסמוך להן.

שיפוטית שלפיה נזקי הכיבוש בעזה נגרמו כתוצאה מהפרת כללי המשפט הבינלאומי על-ידי ישראל, אי-אפשר לגזור מנזקים אלה חובות של ישראל כלפי אוכלוסיית עזה. בהנחה שתלותה של אוכלוסייה שחייתה תחת כיבוש במעצמה הכובשת-לשעבר נגרמה כתוצאה מהפרה של כללי המשפט הבינלאומי על-ידי האחרונה, נגזרות מההפרה חובות של המעצמה הכובשת-לשעבר. טיבן והיקפן של חובות אלה מוכתבים אף הם על-ידי הכללים בדבר אחריותה של מדינה.<sup>192</sup> העיקרון הבסיסי הקבוע בכללים אלה הוא שהמדינה המפרה מחויבת להושיט לגורם הנפגע מההפרה סעד שיש בו כדי לרפא לחלוטין את הפגיעה שנגרמה כתוצאה מההפרה. במילים אחרות, המדינה המפרה מחויבת למחוק לחלוטין את תוצאות ההפרה, ולהעמיד את הנפגע במצב שבו היה מצוי אילו לא בוצעה ההפרה מלכתחילה.<sup>193</sup> במסגרת זאת ישראל עשויה להיות מחויבת בהספקת חשמל ודלק לפלסטינים, ואף בתשלום פיצויים.<sup>194</sup>

192 *Draft Articles on the Responsibility of States*, לעיל ה"ש 159, ס' 28–30.  
 193 שם, ס' 31. כן ראו CRAWFORD, לעיל ה"ש 158, בעמ' 201. בית-הדין הבינלאומי הקבוע לצדק עמד על עיקרון זה בעניין Factory at Chorzow (F.R.G. v. Pol.), 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 17, at 47 (Sep. 28) "The essential principle contained in the actual notion of an illegal act – a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals – is that reparation must, so far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed".

194 הכללים בדבר אחריותה של מדינה קובעים שני סעדים אפשריים לתיקון פגיעה חומרית שספג הגורם שנפגע מההפרה: סעד ההשבה וסעד הפיצויים. *Draft Articles on the Responsibility of States*, לעיל ה"ש 159, ס' 35, 36. נראה כי אם הפרת כללי המשפט הבינלאומי על-ידי ישראל היא ששללה את יכולתם של הפלסטינים לספק את צורכי החשמל והדלק שלהם בלא תלות בישראל (באמצעות ייצור מקומי או ייבוא ממדינות שלישיות), אזי הספקת חשמל ודלק מישראל לפלסטינים עשויה להתחייב במסגרת סעד ההשבה. ראו *Draft Articles on the Responsibility of States*, לעיל ה"ש 159, ס' 35: "Restitution – A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution: (a) Is not materially impossible. (b) Does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation".

עם זאת, לסעד ההשבה יש מגבלה משמעותית: סעד זה מכוון להציב את הנפגע מהפרת כלל של המשפט הבינלאומי במצב שבו עמד עובר להפרה. אין הוא מכוון להציב את הנפגע במצב שהיה מתקיים בהווה אלמלא ההפרה. ראו שם. כן ראו CRAWFORD, לעיל ה"ש 158, בעמ' 213: "The concept of restitution is not uniformly defined. According to one definition, restitution consists in re-establishing the *status quo ante*, i.e., the situation that existed prior to the occurrence of the wrongful act. Under another definition, restitution is the establishment or re-establishment of the situation that would have existed if the wrongful act had not been committed. The former definition is the narrower one; ...Article 35 adopts the narrower definition which has the advantage of focusing on the

עם זאת, עקרון הסעד המלא כפוף לכלל האשם התורם. כלל זה, המעוגן בסעיף 39 לכללים בדבר אחריותה של מדינה, קובע כי בקביעת אופיו והיקפו של הסעד הצומח מההפרה "תובא בחשבון תרומה לפגיעה שהינה תוצאה של מעשה או מחדל, מכוונים או רשלניים, מצד מדינה, אדם או ישות אחרת שבעבורם נדרש הסעד".<sup>195</sup> עיקרון זה, שלפיו יש "לנכות" מהסעד שנפגע ההפרה זכאי לו את חלקו היחסי של הנפגע באשם, זהה למעשה לעקרון האשם התורם בדיני הנויקין במערכות המשפט הפנימי.<sup>196</sup> בהנחה שהפרת כללי המשפט הבינלאומי על-ידי ישראל – בין בכל הנוגע בעצם קיומו של כיבוש ממושך ובין בכל הנוגע במעשיה או במחדליה של ישראל במהלך הכיבוש – היא שגרמה לנזקי הכיבוש, עלינו לבחון אם יש לייחס לפלסטינים אשם תורם בכל הנוגע בנזקים אלה. אשם תורם כזה יכול שיתבטא בהתנהגות פסולה של הפלסטינים שהובילה להפרת כללי המשפט הבינלאומי על-ידי ישראל. מעשי טרור בתקופת הכיבוש, אשר הובילו את הכובש הישראלי להטלת אמצעי ביטחון – המנוגדים למשפט הבינלאומי – שמנעו מהפלסטינים את האפשרות לפתח תשתיות שיפחיתו את תלותם בישראל, הם דוגמה לאשם תורם כזה.

## ה. תלותה של אוכלוסיית עזה בישראל כתוצאה מפעולות ישראל לאחר סיום הכיבוש

בעניין אלבסיוני טענו העותרים כי אף אם הסתיים מצב הכיבוש ברצועת עזה, כל עוד ישראל מפעילה אמצעים המונעים מאוכלוסיית עזה את האפשרות לספק את צרכיה

assessment of a factual situation and of not requiring a hypothetical inquiry into what the situation would have been if the wrongful act had not been committed"

במילים אחרות, במסגרת סעד ההשבה ניתן לחייב את ישראל לספק לרצועת עזה חשמל ודלק בשיעורים שאותם יכלו הפלסטינים לייצר או לייבא, בלא תלות בישראל, עובר להפרת כללי המשפט הבינלאומי על-ידי ישראל. בהנחה שהפרת כללי המשפט הבינלאומי על-ידי ישראל נוגעת בנסיבות היווצרותו של הכיבוש, ניתן לחייב את ישראל, במסגרת סעד ההשבה, לספק לרצועת עזה חשמל ודלק בשיעור שיש בו כדי להעמיד את הפלסטינים במצב שבו היו ערב הכיבוש הישראלי. אין בסעד ההשבה כדי להעמיד את הפלסטינים, בכל הנוגע באספקת חשמל ודלק, במצב שבו היו עומדים כיום אלמלא הכיבוש. אולם במקרה כזה יהא על ישראל להשלים את סעד ההשבה בתשלום פיצויים לפלסטינים, על-מנת להעמיד את האחרונים במצב שבו היו מצויים בהווא אילולא הפרה ישראל את המשפט הבינלאומי.

"In the ) 39 'ס' 159, לעיל ה"ש 159, Draft Articles on the Responsibility of States 195 determination of reparation, account shall be taken of the contribution to the injury by wilful or negligent action or omission of the injured State or any person or entity in (relation to whom reparation is sought'). כן ראו CRAWFORD, לעיל ה"ש 158, בעמ' 240 "The relevance of the injured State's contribution to the damage in determining the ) (appropriate reparation is widely recognized in the literature and in State practice"

196 ש.ס.

הבסיסיים בכוחות עצמה, ישראל היא הנושאת באחריות לספק צרכים אלה.<sup>197</sup> בהקשר הנידון בעתירה נטען כי שורת פעולות שישראל נוקטת לאחר נסיגתה מרצועת עזה שוללת את יכולתם של הפלסטינים להקים תשתית לייצור חשמל שתאפשר להם לספק את צריכת החשמל שלהם בלא תלות בישראל. עם פעולות אלה נמנות, בין היתר, מניעת הפעלתם של נמל-תעופה ונמלי-ים ברצועה, הגבלת מעבר של אנשים וסחורות דרך מעברי הגבול היבשתיים של הרצועה, והפצצת תחנת-כוח לייצור חשמל שפעלה ברצועה. פעולות אלה של ישראל, טענו העותרים, מקימות "חובה מוגברת" של ישראל להבטיח הספקת חשמל לאוכלוסיית הרצועה.<sup>198</sup> בלשונם של העותרים, "המשיבים הם שמנעו ומונעים מהחברה האזרחית ברצועה לספק לעצמה את החשמל, ועליהם מוטלת החובה לאפשר לחברה זו להתקיים עד שתגיע ליכולת אספקה שאינה תלויה במשיבים או נשלטת על ידם".<sup>199</sup>

ניתן להציג טענה זו מזווית אחרת: קיימים מצבים שיש להם מאפיינים מסוימים של מצב כיבוש אף שאין הם מקיימים את הגדרת הכיבוש שבתקנה 42 לתקנות האג. בסיטואציות אלה מתבקשת תחולתן של נורמות מסוימות של דיני הכיבוש, כשם שהיא מתבקשת במצבי כיבוש. הטענה כי נסיבות המאפיינות מצב כיבוש עשויות להצדיק את תחולתן של נורמות מסוימות מתחום דיני הכיבוש, גם כאשר המציאות אינה תואמת באופן מלא את הגדרת הכיבוש הקבועה בתקנה 42, מצאה ביטוי בספרות בהקשר של הנוכחות הצבאית האמריקאית בעיראק. כך, פרופ' אדם רוברטס מכיר בכך שעם העברת סמכויות השלטון בעיראק מארצות-הברית לממשלה העיראקית הזמנית חדל להתקיים בעיראק מצב

197 עתירת אלבסיוני, לעיל ה"ש 112.

198 ובלשון העתירה (שם, פס' 69–73; ההדגשה הוספה): "המשיבים שולטים גם באפשרותם של תושבי עזה לספק לעצמם חשמל, בין היתר באמצעות שליטתם בגבולות של עזה. המים הטריטוריאליים של רצועת עזה נשלטים על ידי חיל הים. המשיב 2 אינו מתיר תנועת ספינות אזרחיות בתחום זה, ובכלל [זה] הכנסת סחורות או אנשים בדרך הים. המרחב האווירי של רצועת עזה סגור לטיסת כלי טיס אזרחיים, והמשיב 2 אינו מתיר הכנסת ציוד או אנשים דרך התחום האווירי של רצועת עזה. גבולה היבשתי של רצועת עזה גובל בשתי מדינות – ישראל ומצרים. המשיב 2 אוסר על כניסת סחורות או מי שאינם בעל תעודת זהות פלסטינית דרך מעבר רפיח, גם כאשר הוא פתוח, כך שהדרך היחידה להכניס ציוד או זרים לעזה – היא באמצעות המעברים שנשלטים ישירות על ידי ישראל... בניית תחנת כוח בעזה, כמו כן אחזקתה ותפעולה, תלויים בהחלטת המשיב 2 לאפשר כניסת ציוד ומומחים הנדרשים לכך. בידי המשיב 2 גם היכולת להרוס את תחנת הכוח, והוא עשה שימוש ביכולת זו בחודש יוני 2006, עת חיל האוויר הפציץ את תחנת השנאים, אשר סיפקה כ-43% מהחשמל לרצועת עזה... תחנת השנאים עדיין לא חזרה לתפקוד מלא... שנה לאחר ביצוע תכנית ההתנתקות, הרסו המשיבים את התחנה לייצור חשמל מקומי, כך שתושבי עזה עוד מנסים להחזיר את רמת האספקה המקומית שקדמה להריסה. התנהלות זו מטילה על המשיבים חובות מוגברות כלפי תושבי עזה, דווקא בתחום אספקת החשמל."

199 שם, פס' 74.

כיבוש כהגדרתו בתקנה 42. עם זאת, בהתייחסו לדינים החלים על חיילי הצבא האמריקאי בעיראק לאחר העברת סמכויות השלטון לממשלה העיראקית, מציין רוברטס:

Yet even after the resumption of Iraqi sovereignty on June 28, 2004, the situation continued to exhibit certain features comparable to those of an occupation. In general, the similarity of different situations – some viewed as occupations, some not – raises a question about the extent to which military occupation is a distinct category, and points to the conclusion that the law governing occupations may have some application to certain situations not specifically called occupations.<sup>200</sup>

האמצעים שישראל מפעילה – ובעיקר הגבלת תנועתם של אנשים וסחורות אל הרצועה וממנה – הינם אמצעים שמאפיינים כיבוש, אף שהם אינם ייחודיים למצבי כיבוש ואף שאין בהם כדי לקיים את הגדרת הכיבוש שבתקנה 42. על-כן תיתכן טענה כי נקיטת אמצעים אלה, ככל שהם פוגעים ביכולתה של אוכלוסיית עזה לספק את צרכיה הבסיסיים בכוחות עצמה, מצמיחה לישראל חובה שוות-ערך לחובתו של כובש לספק את הצרכים ההומניטריים של האוכלוסייה. חובה זו תפקע כאשר תחדל ישראל להפעיל אמצעים המאפיינים כיבוש.

ברם, בסופו של יום, הטענה המתייחסת לפעולותיה של ישראל לאחר סיום הכיבוש כבסיס לחובתה של ישראל להושיט סיוע לפלסטינים נסבה על הפגיעה שנגרמה לפלסטינים כתוצאה מפעולות אלה. טענה זו גורסת כי בפעולותיה אלה ישראל פוגעת באוכלוסייה הפלסטינית, וכי פגיעה זו מצמיחה חובות של ישראל שתכליתן לרפא את הפגיעה או למצער לצמצם את תוצאותיה. בהקשר זה ראינו כי סוגיית החובות המוטלות על מדינה בגין פגיעתה ברעותה – או בגורם אחר – נשלטת על-ידי הכללים בדבר אחריותה של מדינה.<sup>201</sup> במסגרת כללים אלה מיוחסת למדינה אחריות לנזק שגרמה רק כאשר נזק זה נגרם כתוצאה מהפרת כללי המשפט הבינלאומי על-ידי אותה מדינה.<sup>202</sup> על-כן ניתן להטיל על ישראל חובות בגין הנזקים שנגרמו לפלסטינים כתוצאה מפעולותיה של ישראל לאחר סיום הכיבוש רק אם נזקים אלה נגרמו כתוצאה מהפרת כלל ראשוני של המשפט הבינלאומי על-ידי ישראל.<sup>203</sup> עוד יש לציין כי מבחינה מושגית-רעיונית, אין דבר מן המשותף בין חובותיו של כובש לסייע לאוכלוסייה המקומית לבין חובותיה של ישראל בגין מעשיה לאחר סיום הכיבוש. החובות שדיני הכיבוש מטילים על הכובש נגזרות מעצם הסטטוס של מדינה כמעצמה

200 Roberts, לעיל ה"ש 31, בעמ' 619.

201 לעיל ה"ש 158–165 והטקסט הסמוך להן.

202 לעיל ה"ש 164 והטקסט הסמוך לה.

203 שם.



כובשת – קרי, מן העובדה שהכובש, לנוכח שליטתו בשטח, בא בנעלי הריבון – ולא מכך שהתנהגותו של הכובש גרמה לפגיעה באוכלוסייה.<sup>204</sup> למעשה, חובותיו של הכובש כלפי האוכלוסייה מנותקות מהשאלה אם הוא גרם לאוכלוסייה נזק. כך, חובתו של הכובש לספק את צורכי האוכלוסייה מתקיימת גם במקרים שבהם אסון-טבע הוא ששלל את יכולתה של האוכלוסייה לספק את צרכיה. חובתו של הכובש לספק את צרכיה הבסיסיים של האוכלוסייה מתקיימת גם כאשר הריבון המקומי, אשר הכובש בא בנעליו, לא סיפק צרכים אלה מעולם.<sup>205</sup>

הבסיס הרעיוני לחובותיו של כובש כלפי האוכלוסייה המקומית אינו רלוונטי אפוא למעשיה של ישראל לאחר סיום הכיבוש. הפגיעה בפלסטינים אינה מצדיקה אימוץ חובות מתחום דיני הכיבוש במנותק מהכללים בדבר אחריותה של מדינה.

האם ניתן לייחס את תלותה של אוכלוסיית עזה בישראל, בכל הנוגע בהספקת חשמל, להפרה של כללי המשפט הבינלאומי על-ידי ישראל לאחר סיום הכיבוש? המחבר עמד על כך שתחנות-כוח לייצור חשמל, המשרתות הן את כוחותיו החמושים של האויב והן את אוכלוסייתו האזרחית, נחשבות לפי כללי המשפט ההומניטרי כמטרה צבאית לגיטימית.<sup>206</sup> ככל שהספקת החשמל מתחנת-הכוח העזתית שהושמדה על-ידי ישראל תרמה למאמץ המלחמתי של החמאס, אין בהשמדתה משום הפרה של המשפט הבינלאומי.<sup>207</sup> כמו-כן, לנוכח העובדה שתשתיות חשמל המשרתות הן את אוכלוסיית האויב והן את כוחותיו החמושים מסווגות בדרך-כלל – בניגוד למאגרי מים ומזון, למשל – כמטרות צבאיות לגיטימיות שמותר להשמידן, ספק רב אם הייתה מוטלת על ישראל חובה לאפשר העברה לרצועת עזה של סחורות המשמשות להקמת תשתיות כאלה.<sup>208</sup>

באופן דומה, מן ההרס הנרחב שנגרם לתשתיות השירותים ברצועת עזה כתוצאה מפעולותיה של ישראל במהלך מבצע "עופרת יצוקה" ניתן לגזור חובות של ישראל כלפי אוכלוסיית עזה אך ורק אם ניתן לתלות הרס זה בהפרה של דיני היציאה למלחמה (jus ad bellum) או של דיני הלוחמה (jus in bello) על-ידי ישראל. השאלה אם אכן ניתן לתלות את הרס התשתיות ברצועת עזה, כתוצאה ממבצע "עופרת יצוקה", בהפרה של המשפט הבינלאומי על-ידי ישראל חורגת מגדרי מאמר זה. המחבר אך טוען כי בלא הכרעה שתשיב

DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE 57 (2002): "...because the occupying army has control over the occupied territory the occupying power has the duty to take over the first and most basic task of every government: maintaining law and order and facilitating everyday life"

205 ראו לעיל ה"ש 10.

206 ראו לעיל ה"ש 99 והטקסט הסמוך לה.

207 שם.

208 לעניין זה ראו לעיל ה"ש 100–105.

על שאלה זו בחיוב, אי-אפשר לגזור מפעולותיה של ישראל חובות שלה כלפי אוכלוסיית עזה.

אם הפגיעה ביכולתה של האוכלוסייה הפלסטינית לספק את צרכיה בלא תלות בישראל אכן נגרמה כתוצאה מהפרה של כללי המשפט הבינלאומי על-ידי ישראל לאחר סיום הכיבוש, אזי ישראל מחויבת להעמיד את הפלסטינים במצב שבו היו מצויים אלמלא ההפרה.<sup>209</sup> במסגרת זאת יכול שתוטל על ישראל חובה לספק לפלסטינים את צורכיהם הבסיסיים – ובכלל זה חשמל ודלק – וכן לשלם לפלסטינים פיצויים כספיים.<sup>210</sup> עם זאת, עקרון "האשם התורם" עשוי לסייג את הסעד שהפלסטינים זכאים לו.<sup>211</sup> פעולות טרור שהובילו את ישראל לפעולות צבאיות שפגעו בפלסטינים – אף אם פעולות צבאיות אלה מהוות הפרה של המשפט הבינלאומי – הינן דוגמה אפשרית לאשם תורם כזה.

## ו. חובותיה של מעצמה כובשת-לשעבר בתום כיבוש ממושך

יש הטוענים כי היחסים בין מעצמה כובשת לבין האוכלוסייה בשטח הכבוש צריכים להתבסס על מודל דומה למודל הנאמנות במשטר דמוקרטי.<sup>212</sup> לפי טענה זו, לכל עם יש הזכות שהשלטון יעשה שימוש בסמכויותיו לטובת העם. זאת, אף במקרים, דוגמת מצבי כיבוש, שבהם העם אינו מקור סמכותו של השלטון.<sup>213</sup> על-כן חובותיו של שלטון הכיבוש כלפי האוכלוסייה המקומית זהות לחובותיו של שלטון כלפי העם במשטר דמוקרטי.<sup>214</sup> ראינו כי גם בית-הדין הבינלאומי לצדק אפיין משטר כיבוש כסוג של נאמנות.<sup>215</sup> בית-הדין מציין כי במשטר כיבוש "רווחתה ופיתוחה" של האוכלוסייה מוחזקות בנאמנות בידיו

209 לעיל ה"ש 193 והטקסט הסמוך לה.

210 לעיל ה"ש 194 והטקסט הסמוך לה.

211 לעיל ה"ש 195 והטקסט הסמוך לה.

212 FELDMAN, לעיל ה"ש 150, בעמ' 62–68.

213 שם, בעמ' 64. מובן שמודל הנאמנות המאפיין את היחסים בין השלטון לבין העם במשטר דמוקרטי אינו מתקיים בצורה מושלמת בכל הנוגע ביחסים בין המעצמה הכובשת לבין האוכלוסייה בשטח הכבוש. היחסים בין השלטון לבין העם במשטר דמוקרטי מושגתים על ההנחה כי העם העניק לשלטון את כוחותיו על-מנת שיחזיק במ ויפעיל אותם בנאמנות בעבור העם. זהו הבסיס לחובת הנאמנות של השלטון כלפי העם. לעומת זאת, מקור כוחותיו של הכובש אינו העם המצוי תחת כיבוש. פלדמן מכיר בבעייתיות זו, ורואה ביחסים שבין הכובש לאוכלוסייה המקומית מודל לא-מושלם של נאמנות. ראו שם.

214 שם, בעמ' 64: "Put simply, the occupying force owes the same ethical duties to the people being governed that an ordinary, elected democratic government would owe them. It must govern in their interests; and it must not put its own narrow interests ahead of the interests of the people being governed. When we see government putting itself first, we call it unethical"

215 ראו לעיל ה"ש 24 והטקסט הסמוך לה.

של הכובש.<sup>216</sup> אולם אין כל אינדיקציה לכך שכוונת בית-הדין הייתה לזהות משטר כיבוש עם מודל הנאמנות שבין השלטון לבין העם במשטר דמוקרטי.

קשה לומר כי התפיסה המזוהה את משטר הכיבוש עם מודל הנאמנות הקיים במשטר דמוקרטי הינה התפיסה הרווחת.<sup>217</sup> אולם ניתן לטעון כי במצבים של כיבוש ממושך הכובש נדמה יותר ויותר, ככל שהזמן חולף, לריבון המקומי. כך, הכובש מאבד עם הזמן כוחות-יתר שאינם מוקנים לריבון רגיל. האיזון בין צרכיו הצבאיים של הכובש לבין חובתו לדאוג לצורכי האוכלוסייה המקומית משתנה עם הזמן, ונוטה יותר ויותר לטובת האוכלוסייה. כך, בית-המשפט העליון קבע כי "אך טבעי הוא, כי בתפיסה צבאית קצרת מועד הצרכים הצבאיים-בטחוניים שולטים ברמה. לעומת זאת, בתפיסה צבאית ארוכת מועד צורכי האוכלוסייה המקומית מקבלים יתר תוקף".<sup>218</sup>

ככל שהכיבוש מתמשך, הכובש נדמה יותר ויותר לריבון המקומי גם בכל הנוגע בסמכויות שמיתוספות לו. הסמכויות המוקנות לכובש לשם קיום החובה המוטלת עליו בתקנה 43 לתקנות האג "להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים"<sup>219</sup> מתרחבות ככל שהכיבוש מתמשך. כך, בית-המשפט העליון קבע כי "בקביעת היקף סמכויותיו של הממשל הצבאי על-פי הנוסחה בדבר 'הסדר והחיים הציבוריים' מן הראוי להתחשב בהבחנה בין ממשל צבאי קצר מועד לבין ממשל צבאי ארוך מועד. הבחנה זו עוברת כחוט השני בספרות המשפטית בדבר דיני התפיסה הלוחמתית".<sup>220</sup> סמכויות חקיקה שאינן נתונות לכובש בעת כיבוש קצר מועד יכול שיוקנו לו בעת כיבוש ממושך.<sup>221</sup> סמכותו של הכובש "להביא לשינוי של קבע, העשוי להימשך גם לאחר סיום הממשל הצבאי"<sup>222</sup> מתרחבת בכיבוש ממושך. באיזון שבין חובתו של הממשל הצבאי "לפעול

216 Ben-Naftali, Gross & Michaeli, *Israeli Wall Advisory Opinion*, לעיל ה"ש 16, פס' 70. ראו גם: 577, בעמ' 23, לעיל ה"ש 23, בעמ' 577.

217 Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights*, 1978 Isr. Y.B. Hum. Rts. 104, 116: "The government of an occupied territory by the occupant is not the same as a State's ordinary government of its own territory: a military occupation is not tantamount to a democratic regime..."

218 עניין ג'מעית אסכאן אלמעלמון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 801.

219 Hague Regulations, לעיל ה"ש 10, תק' 43. בתרגומה לעברית קובעת תק' 43 לתקנות האג: "בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך." ראו עניין ג'מעית אסכאן אלמעלמון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 797.

220 שם, בעמ' 800.

221 שם, בעמ' 801: "אמצעים חקיקתיים (כגון מיסוי חדש או שיעור מיסוי חדש למס קיים), אשר עשויים להיות בלתי ראויים בממשל צבאי קצר מועד, עשויים להפוך לראויים בממשל צבאי ארוך מועד."

222 שם, בעמ' 805.

כשלטון מתוקן, הדואג לאוכלוסיה המקומית בכל שטחי החיים... עד כדי יצירת אנאלוגיה לשלטון רגיל<sup>223</sup> לבין "מגבלותיו של הממשל הצבאי... שאינו ריבון אלא שליט מכוח דיני המלחמה"<sup>224</sup>, הכף נוטה יותר ויותר בכיוון הראשונה ככל שהכיבוש מתמשך. ניתן לטעון כי תהליך ההידמות של הכובש לריבון המקומי, אשר מעמיק ככל שהזמן חולף, מגיע לנקודה שבה נוצרת מחויבות מוסרית מיוחדת של הכובש לאוכלוסייה. מחויבות זו חורגת מגדרי דיני הכיבוש ונכנסת לתחומן של החובות הייחודיות שממשלה ריבונית חבה לעמה. ממחויבות זו נגזרת חובה אתית של המעצמה הכובשת לשעבר לדאוג, למצער, לצרכים ההומניטריים הבסיסיים של האוכלוסייה המקומית, עד אשר ייכון ריבון מקומי שיהא ביכולתו לספק צרכים אלה. מעצמה שסיימה מצב של כיבוש ממושך אינה רשאית לנטוש את האוכלוסייה המקומית לאנחות, כפי שהריבון המקומי אינו רשאי לעשות כן.<sup>225</sup>

ברם, טיעון זה נתקל בשני קשיים. ראשית, גם אם במהלך כיבוש ממושך אכן מתגבשת מחויבות מוסרית מיוחדת של הכובש כלפי האוכלוסייה המקומית, הדומה למחויבות המוסרית של מדינה כלפי אזרחיה, קשה להצביע על נורמה של המשפט הבינלאומי הנותנת תוקף למחויבות כזו. שנית, דומה כי בדמיון בין סמכויות המשפטיות של הכובש לבין אלה של הריבון המקומי אין כדי ליצור מחויבות מוסרית מיוחדת של הכובש כלפי האוכלוסייה המקומית, החורגת מגדר דיני הכיבוש. הטיעון שלפיו כיבוש ממושך יוצר מחויבות כזו מבוסס במידה רבה על ההנחה כי התמשכות הכיבוש שוללת אט-אט את זרותם של הכובש והאוכלוסייה המקומית זה לזה. הקשר המתהדק בהדרגה בין הכובש לבין האוכלוסייה המקומית הוא היוצר מחויבות מיוחדת של הראשון כלפי האחרונה. הטענה בדבר קשר הדוק המתגבש בין הכובש לבין האוכלוסייה המקומית, שבמסגרתו נוצרת מחויבות של הכובש כלפי האוכלוסייה אשר חורגת מעבר לחובות המעוגנות בדיני הכיבוש, נחלשת במצבים של עימות אלים מתמשך בין האוכלוסייה המקומית (או תנועות גרילה הנהנות מתמיכתה) לבין הכובש.<sup>226</sup> עימות כזה משמר את הזרות בין השניים, המאפיינת כיבוש קצר-מועד. לנוכח העימות האלים המתמשך בין ישראל לפלסטינים עובר לנסיגת צה"ל מעזה – אשר הגיע, לנוכח עוצמת האלימות ורמת הארגון המאפיינת אותה, לדרגה של "סכסוך

223 שם, בעמ' 799.

224 שם.

225 לעניין ההוראות של משפט זכויות האדם המחייבות מדינה לפעול להבטחת רמת מחיה נאותה לאזרחיה, ראו לעיל ה"ש 115 והטקסט הסמוך לה.

226 ראוי לציין בהקשר זה כי פרופ' אדם רוברטס מגדיר "כיבוש ממושך" – שבמהלכו חל שינוי משמעותי בסמכויותיו ובחובותיו של הכובש לעומת מצב של כיבוש "רגיל" – ככיבוש שמתמשך יותר מחמש שנים ואשר מתאפיין ברמת אלימות נמוכה, הדומה למצב שלום. ראו Roberts, לעיל ה"ש 23, בעמ' 47.

מזוין<sup>227</sup> – יקשה לטעון כי התגבשה מחויבות מוסרית מיוחדת של ישראל כלפי הפלסטינים, הדומה למחויבות של ממשלה ריבונית כלפי עמה.

## ז. מסקנות

בעניין אלבסיוני קבע בית-המשפט כי תלותה של אוכלוסיית עזה בישראל מקימה חובה של ישראל להושיט סיוע לאוכלוסיית עזה, מבלי שבחן אם ישראל אשמה בתלות זו. מאמר זה הראה כי ניתוק סוגיית החובה משאלת האשם אינו אפשרי. הטלת חובת סיוע על ישראל בלא אשם מצידה הייתה אפשרית אילו נמצא בסיס לחובה כזו בדיני הכיבוש, בכללי המשפט ההומניטרי שעניינם חובות של צדדים לסכסוך מזוין, או במשפט זכויות האדם הבינלאומי. המאמר הראה כי בסיס כזה אינו קיים. אי-אפשר לבסס חובה של ישראל לסייע לאוכלוסיית עזה על כלל ראשוני של המשפט הבינלאומי.

על-כן חובת סיוע של ישראל כלפי אוכלוסיית עזה עשויה להתקיים רק מכוח כלל משני של המשפט הבינלאומי, דהיינו, כתוצאה מהפרה של המשפט הבינלאומי על-ידי ישראל, שניתן לתלות בה את תלותה של אוכלוסיית עזה בישראל. הפרה כזו יכולה להתייחס לנסיבות היווצרותו של הכיבוש, להתמשכותו, להתנהלותה של ישראל במהלך הכיבוש ולפעולותיה של ישראל לאחר סיומו.

---

227 עניין עג'ורי, לעיל ה"ש 53; עניין הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל ה"ש 42, פס' 16 לפסק-דינו של הנשיא ברק.