

אסירים פוליטיים פלסטינים: משחק לא הוגן ורדיפה ישראלית גרטייה בארס¹

מבוא

ב-9 בדצמבר 2009 דחה בג"ץ עתירות שהגישו אסירים מעזה ובני משפחותיהם, עם ארגוני זכויות אדם פלסטיניים וישראליים, נגד המדיניות שמיישמת ישראל מאז יוני 2007, המונעת מתושבי עזה לבקר את קרוביהם הכלואים במתקני כליאה בתוך ישראל². המשיבים לעתירות היו ממשלת ישראל, שר הפנים, שר הביטחון ואלוף פיקוד הדרום, שרצועת עזה נתונה תחת שליטתו. בג"ץ טען, כי לישראל אין כל מחויבות לאפשר ל"זרים" כניסה לשטחה (ובעיקר לא לתושבי אזורים הנחשבים "ישות עוינת"). בית המשפט העלה את הסברה, שמדיניות זו תפגע רק באופן עקיף בזכויותיהם של האסירים העזתיים, על פי משפט זכויות האדם הבינלאומי, מכיוון שהמדינה אינה טוענת שאסירים אלה מנועים לחלוטין מלקבל מבקרים.

בפסיקה זו העמיד בית המשפט, במפורש ובכנות, את "זכויותיה של ישראל כמדינה ריבונית" מעל לזכויותיהם של בני האדם הנתונים לשליטתה. בעשותו כן, בג"ץ לא רק יישם באופן שגוי את המשפט הבינלאומי, אלא גם התיימר שוב להעניק לגיטימציה לגילוי נוסף של הרדיפה המתמדת והשיטתית של הפלסטינים בידי ישראל. פרקטיקה זו, לצד גילויים אחרים של שלילה מכוונת של זכויות בסיסיות מהפלסטינים, הודגשו בדו"ח של ועדת האו"ם לברור העובדות בסכסוך בעזה (דו"ח גולדסטון)³. במצטבר, מעשים כאלה עשויים להיחשב רדיפה, המוגדרת "שלילה מכוונת וחמורה של זכויות בסיסיות בניגוד לדין הבינלאומי, מסיבה של זהות הקבוצה או קולקטיביות"⁴. רדיפה עלולה להיחשב פשע נגד האנושות, שחברי ההנהגה הצבאית והאזרחית של ישראל עלולים להיתבע לשאת באחריות אישית ביגו על פי המשפט הפלילי הבינלאומי⁵.

עובדות המקרה

בדצמבר 2009 היו בבתי כלא ובמתקני מעצר בשטח ישראל 738 מתושבי עזה⁶. מאז 6 ביוני 2007, לא הותר לקרוביהם להיכנס לישראל לצורך ביקורי משפחות. באותו תאריך הודיעה ישראל כי היא מתלה את תוכנית הביקורים שהיתה קיימת עד אז, שנוהלה על ידי הוועד הבינלאומי של הצלב האדום (ICRC). הוועד הבינלאומי של הצלב האדום מחה בפומבי נגד צעד זה במאי 2008 ושב

¹ הכותבת היא עורכת דין בבריטניה. היתה יועצת משפטית לדיאקוניה (ירושלים) ומייסדת-שותפה של הקליניקה לזכויות אדם באוניברסיטת אל-קודס. כיום היא משלימה כתיבת עבודת דוקטורט בפקולטה למשפטים ביוניברסיטי קולג' בלונדון.

² בג"ץ 5268/08, ענבר ואח' נגד אלוף פיקוד הדרום ואח' ובג"ץ 5399/08, עדאלה ואח' נגד שר הביטחון ואח' (פסק דין ניתן ב-9 בדצמבר 2009). ראו: <http://www.hamoked.org.il/items/110492.pdf>

³ ראו הפרק על רדיפה, פסקאות 1332-1335 ו-1502, בדו"ח גולדסטון, ספטמבר 2009, UN Doc A/HRC/12/48. הדו"ח זמין לעיון בכתובת:

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/specialsession/9/FactFindingMission.htm>

⁴ להגדרה של "רדיפה" ראו אמנת רומא, סעיף 7 (הנחשב סעיף המעגן בחוק את המשפט הבינלאומי המנהגי ולפיכך הוא חל על ישראל). אמנת רומא רואה ברדיפה פשע נגד האנושות, רק אם הוא מבוצע במסגרת התקפה נרחבת ושיטתית המכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית, עם ידיעה על ההתקפה ואם היא מבוצעת "בקשר עם" כל מעשה המפורט בסעיף 7 (1) או עם כל פשע במסגרת סמכות השיפוט של בית המשפט. במשפט הבינלאומי המנהגי, עם זאת, רדיפה היא פשע בינלאומי בפני עצמו. ראו: Werle, G.: Principles of International Criminal Law, TMC Asser, 2009 at 332, and *Prosecutor v Kupreskic et al.*, ICTY Trial Chamber Judgment, of 14 January 2000, paras 580ff. ראו גם: *Prosecutor v Tadic*, Trial Chamber Judgment, 7 May 1997, paras. 697, 710.

⁵ לניתוח מפורט של המושג המשפטי "רדיפה", ראו: *Prosecutor v Kupreskic et al.*, ICTY Trial Chamber Judgment of 14 January 2000, paras 580ff.

⁶ ראו אתר האינטרנט של ארגון אדאמיר: <http://addameer.info/?cat=18>. מבין 738 האסירים, תשעה מתושבי עזה כלואים בהתאם לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002. לפי מידע שנמסר על ידי Defense of Children International – Palestine ומרכז אל-מיזאן, בדצמבר 2009 היו שני קטינים (נערים מתחת לגיל 18) מעזה בכלא ישראלי. אחד מהם נדון לעשר שנים בכלא. כ-21 קטינים מעזה נעצרו ונכלאו ב-2009, אבל הם שוחררו לבסוף.

ומחה עליו ביוני 2009.⁷ העצירים והאסירים מעזה, שרבים מהם כלואים לזמן לא מוגדר ללא משפט⁸, נמצאים מאז בבידוד וירטואלי, מכיוון שהם אינם מורשים להשתמש בטלפון או באינטרנט ורק מדי פעם, באופן לא סדיר, ניתן להם להעביר מסרים בכתב לבני משפחתם בבית באמצעות הצלב האדום.

ישראל החליטה להפסיק את ביקורי המשפחות אצל אסירים ועצירים מעזה ביוני 2007 ימים מעטים לפני השתלטות החמאס על רצועת עזה. יש לבחון את ההחלטה בתוך ההקשר של הידוק האמצעים שנוקטת ישראל נגד האוכלוסייה בעזה, בתוספת התרת הרסן בכל הנוגע לשימוש בכוח נגדם⁹. באופן רחב יותר, יש להעריך אותה כחלק מהמדיניות הישראלית כלפי העם הפלסטינים כולו.

טענות המדינה

לפי פסיקת בג"ץ, המדיניות שעליה הוחלט ביוני 2007 יושמה בהתאם להחלטתה של "ועדת השרים לביטחון לאומי" מ-19 ספטמבר 2007, שלפיה "יוטלו מגבלות נוספות על משטר החמאס, באופן שיגביל את העברת הסחורות לרצועת עזה, יצמצם את אספקת הדלק והחשמל ויטיל מגבלה על תנועת אנשים אל הרצועה וממנה"¹⁰.

באופן מוזר, בג"ץ נתן הצדקה למדיניות שננקטה ביוני בהתבסס על החלטה שקיבלה הממשלה מאוחר יותר, בספטמבר. לפי פסק הדין, בעל הסמכות ליישם את החלטתה של ועדת השרים הוא המפקד הצבאי באזור. בדמוקרטיה חוקתיות, ככלל, סמכותו של מפקד צבאי מוגבלת במפורש להחלטות הנוגעות לצרכים צבאיים-ביטחוניים. באופן ראוי לציון, בדיון בעתירה הנוכחית טענה המדינה שהמרכיב העיקרי של ההחלטה מספטמבר 2007 היה "פעולה בסיסית של אומנות המלחמה" ובה בעת, ש"המרכיב העיקרי של המדיניות שבמרכז העתירה הוא פוליטי"¹¹.

עם זאת, המדינה טענה גם שההחלטה כללה מרכיב ביטחוני, הלוא הוא "נפח התנועה הצפויה במעבר הגבול אם יחודשו הביקורים" והוסיפה ש"מכיוון שתושבי הרצועה מהווים 'סיכון גבוה' בנסיבות הקיימות... אי אפשר לבטל את מגוון הסיכונים הביטחוניים אפילו אם הביקורים יחודשו בסיוע של הצלב האדום"¹². הטענה הביטחונית של המדינה חלש במיוחד, מכיוון שהמערכת הביטחונית המתוחכמת במעבר ארז, המצוידת בגלאי-גוף ובשערים סגורים הרמטית, הנפתחים ונסגרים בשליטה מרחוק, מסוגלת, לפי החברה ההולנדית שתיכננה ובנתה אותה, לאפשר מעבר של 4,000 איש בשעה¹³. כפי שטענו העותרים, כל חשש ביטחוני שעשוי לעלות חייב, ואף יכול, להישקל לגופו של אדם או לגופו של מקרה. מתן אפשרות למפקד בצבא לעצב מדיניות גורפת כמו ביטול מוחלט של תוכנית הביקורים בכלא של הצלב האדום נראה, לפיכך, כמתן אפשרות לצבא לעצב מדיניות פוליטית. העובדה שהחלטת ועדת השרים, הכוללת הנחיה פוליטית, אומצה שלושה חודשים וחצי לאחר השהיית תוכנית הביקורים של הצלב האדום, עשויה להצביע על כך שההחלטה הפוליטית התקבלה, לפחות חלקית, כדי להעניק אישור בדיעבד למדיניות הצבאית. בית המשפט העדיף להתעלם מהאי התאמה הבולטת הזאת בהחלטתו, באופן שתואם האשמות שגרתיות שמוטחות בבג"ץ. בג"ץ מואשם

⁷ הודעה לעיתונות של הצלב האדום, "Gaza: ICRC Calls for Immediate Resumption of Family Visits to Detainees in Israel", 26 במאי 2008, ראו:

<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/gaza-news-100609!OpenDocument>
<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/israel-news-260508?opendocument>

⁸ מאות אסירים פלסטינים נכלאים או כ"עצירים מינהליים" או בהתאם לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002. במקרים רבים, אסירים אלה עומדים לדין בלי התייחסות מספקת לערבויות יסוד למשפט הוגן. לעתים קרובות הם מורשעים על סמך ראיות חסויות וחשאיות. ראו, לדוגמה, יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם: "משפטים בחצר האחורית: מימוש זכויות ההליך ההוגן בבתי המשפט הצבאיים בשטחים",
<http://www.yeshdin.org/site/images/BackyardProceedingsHeb.pdf>

⁹ ראו, למשל, אימו של סגן שר הביטחון, מתן וילנאי ב"שוואה", "הארץ" (באנגלית), "ברק: חמאס ישלם על ההסלמה בדרום", 29 בינואר 2009. <http://www.haaretz.com/hasen/spages/959532.html>

¹⁰ ראו משרד החוץ הישראלי, "הקבינט הביטחוני מכריז על עזה שטח עויין", 19 בספטמבר 2007, ו"מאחורי הכתרות: ישראל מכריזה על עזה 'שטח עויין'", 24 בספטמבר 2007. ראו: www.mfa.gov.il

¹¹ מתוך פסק הדין.

¹² מתוך פסק הדין.

¹³ ראו: "Dutch Innovation in Gaza", Interwand, <http://www.interwand.nl/lang/EN/news/news1.htm>

לעתים קרובות במתן מרחב פעולה רב מאוד לרשות המבצעת ולצבא, עד כדי כרסום באיזונים ובבלמים שהם אבן הפינה של מדינה דמוקרטית המחויבת לשלטון החוק.¹⁴

בית המשפט לא כלל בשיקוליו את המשפט הבינלאומי ההומניטרי

מכיוון שישראל – ובית המשפט העליון בכלל זה¹⁵ – רואה ברצועת עזה שטח שכבר אינו נתון תחת כיבוש, בית המשפט כשל בכך שלא הביא בחשבון עקרונות ישימים של המשפט ההומניטרי הבינלאומי. הטיעון שעזה, למעשה, היא עדיין שטח כבוש, הועלה באופן משכנע במקום אחר¹⁶. לפיכך העזתים, שהם גם יוזמי העתירה וגם מושאה (האסירים וקרוביהם), אינם "זרים" ואינם "חברים בישות עוינת", אלא "בני אדם מוגנים", שהכוח הכובש חייב להעניק להם הגנה מיוחדת. סעיף 27 לאמנת ז'נבה הרביעית משנת 1949 הוא הסעיף הכללי המניח את היסודות להגנה על אוכלוסייה כבושה ובכלל זה, בין השאר, ההגנה על הזכות למשפחה. בעוד שכוח כובש יכול, לפי סעיף 76 לאמנת ז'נבה הרביעית, לעצור אנשים המשתייכים לאוכלוסייה הכבושה, הוא רשאי לעשות זאת רק בתוך השטח הכבוש – אלא אם כן קיים צורך ביטחוני דוחק להעביר את העצורים אל מחוץ לו¹⁷. תנאי זה מאפשר לשמור ככל האפשר על זכויותיהם של בני אדם מוגנים, גם אם הם או קרוביהם מוחזקים במעצר. סעיף 76 לאמנת ז'נבה הרביעית דורש גם להעניק יחס מיוחד לקטינים שמוחזקים במעצר. שילית ביקורים של הורים מילדים עצורים או למעשה מכל קרוב אחר שלהם נראית כפגיעה חמורה בהגנה המיוחדת שילדים זכאים לקבל.

מס שפתיים ל"שיקולים הומניטריים"

פרט למחויבותה למשפט ההומניטרי הבינלאומי, לפי משפט זכויות האדם הבינלאומי יש לישראל מחויבות לעצורים המוחזקים בשטחה ולמשפחותיהם בעזה¹⁸. בפסק הדין שלו, בג"ץ שילם מס שפתיים זעום ל"שיקולים הומניטריים", באופן המותיר את הרושם שבית המשפט רואה בזכויות האדם מעין הטבות קלות ערך ולא זכויות יסוד בסיסיות. ברשימת הנושאים שתעלה לדין במושב ה-99 שלה ביולי 2010, ועדת זכויות האדם כללה את השאלה המתייחסת לסעיף 23 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR). השאלה שנשאלה היא "אילו אמצעים ננקטים על ידי המדינה כדי לחדש את האפשרות של ביקורי משפחות אצל אסירים מעזה?"¹⁹ לפי סעיף 37 לאמנה לזכויות הילד (CRC), על ישראל מוטלת חובה חוקית להבטיח את זכויות היסוד של ילדים אסירים, גם מעזה, ולהגן עליהן. סעיף 37(ג) לאמנה, במיוחד, מדבר על "זכות/ה [של הילד/ה]

¹⁴ Kretzmer, D.: The Occupation of Justice, The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories (SUNY Series in Israeli Studies), 2002. ראו

¹⁵ בג"ץ 9132/07, אלבסיני ואח' נגד ראש הממשלה (פסק דין ניתן ב-30 בינואר 2008). ראו <http://elyon1.court.gov.il/Files/07/320/091/n25/07091320.n25.pdf>

¹⁶ ראו, למשל, Scobbie, I (2007) 'An Intimate Disengagement: Israel's Withdrawal from Gaza, Occupation and of Self-Determination.' In: Cotran, E. and Lau, M., (eds.), *the Law of Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law, Volume 11 (2004-2005)*, Brill, pp. 3-31; Gisha Legal Center for Freedom of Movement: *Disengaged Occupiers: The Legal Status of Gaza*, 2007,

<http://www.gisha.org/UserFiles/File/Report%20for%20the%20website.pdf> Goldstone Report, Chapter IV, especially para. 276.

¹⁷ ב-25 במרס 2009 הגיש יו"ר דין, האגודה לזכויות האזרח בישראל והמוקד להגנת הפרט עתירה לבג"ץ (בג"ץ 2690/09, יש דין ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית), בדרישה שאסירים ועצירים הגרים בגדה המערבית לא יכלאו במתקני כליאה בתוך ישראל ושהדינים המשפטיים בנוגע לאותם עצירים לא יתקיימו בבתי משפט מחוץ לגדה. ראו הודעה לעיתונות של יש דין (באנגלית): "Yesh Din Petitions HCJ: Stop holding Palestinian detainees inside Israel", 25 March 2009.

<http://www.yesh-din.org/site/index.php?page=pastupdates&lang=en> למשל, סעיפים 2, 10, 17, 23 ל-ICCPR.

¹⁹ רשימת השאלות שהגישה ועדת המעקב ל-CCPR/ISR/Q/3 זמינה לעיון בכתובת <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/hrcs99.htm>. בדו"ח שהגישו לוועדה עדאלה, אל-מיזאן ורופאים לזכויות אדם – ישראל, התייחסו גם הם לסוגיית ביקורי האסירים לפי סעיף 7 (הזכות לא להיות מעונה), סעיף 10 (זכויות עצירים), סעיף 12 (חופש התנועה), סעיף 17 (הזכות לפרטיות) וכו'. ראו: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/AdalahAlMezanPHR_Israel97.doc

לשמור על קשר עם משפחתו/ה באמצעות מכתבים וביקורים, אלא אם כן קיימות נסיבות חריגות²⁰.
איסור גורף על ביקורים אינו תואם א-פריורי לדרישת היסוד הזאת²¹.

דה-הומניזציה

בפסק דין קודם שהוציא בג"ץ נאמר: "כלל גדול בדינו, כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי"²². האפשרות לשלול לחלוטין את הזכות לביקורים מאסירים מעזה, לפי בג"ץ, מצביעה על הדה-הומניזציה שהם עוברים על ידי בית המשפט ואולי על ידי מדינת ישראל כולה. תושבי עזה אינם נראים עוד כפרטים בעלי זכויות, שהמדינה מחויבת להגן עליהם. בקנה מידה רחב ומידי יותר, גישה זו ניכרת כמובן בקלות היחסית שבה אימץ הצבא הישראלי מדיניות של "ללא היסוסים" במתקפה הגדולה האחרונה על עזה (מבצע "עופרת יצוקה")²³.

אפשר להבחין בדה-הומניזציה המאפיינת את גישתם של מוסדות המדינה ובהם שירות בתי הסוהר (שב"ס), הרשות הממונה על הקבוצה הנפגעת (האסירים מעזה), בדוגמה המתוארת בדו"ח גולדסטון. במבצע "עופרת יצוקה" עדאלה הגיש קדם-בג"ץ בדרישה לאפשר לאסירים פלסטינים מעזה להשתמש בטלפון כדי ליצור קשר עם משפחותיהם ולשאלו לשלומם²⁴. לדברי עדאלה, בתגובת שב"ס לפנייה נאמר שלכל אסיר ניתנה אפשרות להשתמש בטלפון פעם אחת. בעוד חלק מהאסירים מסרו לעדאלה כי אכן ניתנה להם אפשרות להשתמש בטלפון, אחרים אמרו כי הדבר נמנע מהם, בנימוק שלא היצו אישור לכך שבן משפחה קרוב נהרג בהתקפה²⁵.

רגלים במשחק פוליטי: ענישה קולקטיבית וקלפי מיקוח

לאחר שבני אדם עברו דה-הומניזציה והמדינה שתחת שליטתה הם חיים הפכה אותם לחסרי ערך, אפשר להעלות בדמיון את ניצולם למימוש תכליות פוליטיות.

האמצעים שננקטו ביוני ובספטמבר 2007 מצטרפים לאלה שמומשו לאחר ניצחון החמאס בבחירות בעזה ב-2006, שכללו הטלת הגבלות על הכנסת מוצרים חיוניים. דב וייסגלס, שהיה יועצו של ראש

²⁰ יש לציין, שהאמנה לזכויות הילד וכלים אחרים בתחום זכויות האדם חלים על תושבי עזה הכלואים בבתי כלא בישראל. נקודה זו אושרה על ידי ועדת האו"ם נגד עינויים (CAT) בסקירה שפירסמה על פעולות ישראל במאי 2009 (פסקה 11), ראו:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/431/65/PDF/G0943165.pdf?OpenElement>

²¹ לביקורת נוספת על השליה השיטתית של זכויות יסוד מהפלסטינים בידי ישראל (כולל זכויות עצירים), ראו:

UN CAT, Concluding Observations of the Committee against Torture: Israel, 23 June 2009,

DCI Palestine's Alternative Report for Consideration, CAT/C/ISR/CO/4, ראו גם, לדוגמה,

Regarding Israel's Third Periodic Report to the UN Human Rights Committee, זמין לעיון ב-

<http://www.dci-pal.org/english/doc/reports/AlternativeReport.pdf>. הוועדה לזכויות הילד ביקשה

מישראל מידע נוסף בסוגיה, ב"רשימת הסוגיות שיש להתייחס אליהן בדו"ח הראשוני על ישראל

(CRC/C/OPAC/ISR/1) (נדון בינואר 2010), זמין ב-

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-OPAC-ISR-Q-1.pdf>. יש לציין

כי בתגובתה לוועדה, ישראל נמנעת מלהתייחס לנקודה זו ורואה בעצמה מדינה שאינה מחויבת לאמנה לזכויות

הילד "מחוץ לשטחה". תשובות בכתב של ממשלת ישראל, CRC/C/OPAC/ISR/Q/1/Add.1, זמניות בכתובת

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-OPAC-ISR-Q-1-Add1.doc>

²² בג"ץ 337/84, הוקמה נגד שר הפנים, פד 50(4) 136.

²³ דו"ח מיוחד של הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, נובמבר 2009: "ללא היסוס: שינויים בתורת הלחימה של צה"ל לנוכח מבצע 'עופרת יצוקה'".

ראו http://www.stoptorture.org.il/files/lelo_Hisoos_HEB_WEB.pdf.

ראו גם: דריל ל', "מבית כלא לגן חיות", גיליון מס' 44 של הירחון האלקטרוני של עדאלה,

<http://www.adalah.org/newsletter/heb/jan08/Hebrew.doc>

²⁴ ראו הודעה לעיתונות של עדאלה (באנגלית): "Adalah to Attorney General and Prison Service: Prisoners from Gaza incarcerated in Israel must be allowed to use telephones to check on their family members", 31 בדצמבר 2008,

http://www.adalah.org/eng/pressreleases/pr.php?file=08_12_31

²⁵ דו"ח גולדסטון, פסקה 1458.

הממשלה אז, אהוד אולמרט, אמר "לא ניתן להם למות ברעב, אבל נעשה להם דיאטה"²⁶. גישה, עדאלה וכמה ארגונים אחרים עתרו לבית המשפט נגד מדיניות הקיצוצים באספקת הדלק והחשמל ב-2007, שאותה כינו "ענישה קולקטיבית", ללא הצלחה²⁷.

העותרים בתיק הנידון במאמר זה קבעו כי גם האיסור על ביקורי משפחות הוא "ענישה קולקטיבית". ענישה קולקטיבית היא הפרה של סעיף 33 לאמנת ז'נבה הרביעית, שלפיו "אין להעניש אדם מוגן על עבירה שהוא או היא לא ביצע/ה בעצמו/ה. עונשים קולקטיביים... אסורים". מניעת ביקורי משפחות נועדה, כך נראה, להחליש את נחישותם של האסירים ולגרום להם לשתף פעולה עם ישראל. ישראל גם עשויה להתנות את חידוש הביקורים בויתור נוסף של הצד הפלסטיני.

ארגון אדאמיר מעריך, שהמדיניות של 2007 נועדה לאלץ את הפלסטינים להגיב באמצעות שינוי של ההנהגה הפלסטינית²⁸. אדאמיר גם הראה, שישראל ביצעה מבצעי מעצר גדולים בסמוך לאירועים פוליטיים כמו התמוטטות המשא ומתן לשחרור החייל הישראלי גלעד שליט. פעולות כאלה עשויות ללמד, שהמניע למעצרים היה פוליטי²⁹. למרות פסיקה של בית המשפט, שקבעה כי פרקטיקה זו אינה חוקית³⁰, ישראל השתמשה באסירים פלסטינים כקלפי מיקוח ובכמה הזדמנויות אף אילצה אותם להשתתף במשא ומתן על השחרור שלהם-עצמם. כך סיפר אחד המרואיינים שצוטטו בדו"ח גולדסטון:

"במרס, שני חברי המועצה [המחוקקת הפלסטינית] ואסירים לשעבר, שרואיינו על ידי הוועדה, דיווחו שקבוצה של אסירים הקשורים לחמאס קיבלו טלפונים ניידים והתבקשו להיפגש כקבוצה ולהתערב בשיחות בעניין שחרורו של גלעד שליט. לדברי המרואיינים, לפגישה, שהתקיימה בכלא קציעות בנגב, נאספו אסירים מבתי כלא שונים. כמה אסירים הוצאו מכליאה בבידוד כדי להשתתף בפגישה, בעוד שבדרך שגרה כליאה בבידוד ננקטת מכיוון שמתן אפשרות לאסירים מסוימים אלה לפגוש אחרים ולשוחח אתם נחשב סיכון³¹. באירוע זה, קבוצת אסירי החמאס הבכירים (חברי המועצה ומנהיגים אחרים) התבקשה להתקשר למנהיגים אחרים בחמאס – בעזה ובדמשק – כדי להשפיע על השיחות בעניין גלעד שליט וחילופי אסירים. למרות זאת, הם החליטו לא לשתף פעולה ואמרו כי לא היו חופשיים לשאת ולתת מתוך בית הכלא"³².

אם בני אדם מוחזקים בכלא כדי שישמשו קלפי מיקוח, או כדי שיעילו לחץ פוליטי על קולקטיב מסוים, מעשים אלה הופכים את כליאתם לשרירותית, בניגוד לסעיף 9 ל-ICCPR. דו"ח גולדסטון כלל המלצה לשחרר את כל האסירים הפוליטיים הפלסטינים:

"(ה) הוועדה ממליצה שישראל תשחרר פלסטינים הכלואים בבתי כלא ישראליים בקשר לכיבוש. שחרור ילדים צריך לקבל את העדיפות הגבוהה ביותר"³³.

רדיפה ואחריות אישית של ההנהגה הישראלית

הפרקטיקה המתמשכת של השלכת מתנגדיה של ישראל לכלא ללא משפט מעצבת את ההקשר שבו התקבלה פסיקת בג"ץ הנבחנת כאן, שאותה יש להעריך באופן רחב יותר, כמשקפת את הגישה התוקפנית והמדכאת של ישראל כלפי עזה. בהקשר זה יש לראות בה גם חלק בלתי נפרד ממדיניותה

²⁶ The Observer (UK), "Gaza on brink of implosion as aid cut-off starts to bite", 16 April 2006,

<http://www.guardian.co.uk/world/2006/apr/16/israel>

²⁷ בג"ץ 9132/07, אלבסיוני ואח' נגד ראש הממשלה, פסקה 12.

²⁸ אתר האינטרנט של ארגון אדאמיר: <http://addameer.info/?p=728>

²⁹ סוגיה זו, שנדונה על ידי אדאמיר, נולדה בדו"ח גולדסטון, פסקאות 1481-1487.

³⁰ דיון נוסף, 7048/97, אלמוני נ' שר הביטחון, פד 54(1) 721.

³¹ אחד האסירים (מוחמד ג'מאל, חבר המועצה המחוקקת הפלסטינית), שיצא מכליאה בבידוד, עתר נגד החזרתו לבידוד, אבל הפסיד. ראו עתירת אסיר 443/09, ג'מאל נגד שירות בתי הסוהר (בית המשפט המחוזי בנצרת. פסק הדין ניתן ב-24 ביוני 2009).

³² דו"ח גולדסטון, פסקה 1483.

³³ דו"ח גולדסטון, פרק XXXI, המלצות לישראל (e).

של ישראל, המתמקדת בהפרדה פיזית ופוליטית בין הגדה המערבית לעזה³⁴. ייצוג גיאוגרפי למצב זה ניתן לאחרונה עם מעצרה של הסטודנטית ברלנטי עזאם, הלומדת באוניברסיטת בית לחם, במחסום בגדה המערבית. הסטודנטית גורשה בחזרה לעזה, שם נולדה³⁵.

מבין מגוון צורות האחריות האישית והשלטונית שעשויות להצטייר מהעובדות שתוארו לעיל³⁶, עבירת הרדיפה מחייבת התייחסות מיוחדת. בית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר (ICTY) קבע: "בהחלטה אם מעשים מסוימים מהווים רדיפה, בית המשפט מבקש לשוב ולשקן, שאין לבחון מעשי רדיפה באופן פרטני אלא מתוך הקשר, באמצעות התבוננות בהשפעה המצטברת שלהם. אף על פי שיתכן כי מעשים פרטניים לא ייחשבו לא אנושיים, התוצאות הכוללות שלהם צריכות לפגוע באנושות באופן כזה, שאפשר יהיה להגדיר אותם 'לא אנושיים'³⁷. בפסק הדין בעניין טדיץ' קבע בית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר, ש"העבירה של רדיפה מקיפה מגוון רחב של פעולות ובהן, בין השאר, פעולות בעלות אופי פיסי, כלכלי או משפטי, שפוגעות בזכויות יסוד או בזכויות בסיסיות של הפרט". במצטבר, המדיניות שנבחנה במאמר זה עשויה לעלות כדי רדיפה של תושבי עזה³⁸. אם היא חלק מהתקפה מכוונת, נרחבת או שיטתית על אוכלוסייה אזרחית, רדיפה היא פשע נגד האנושות. לפי "מרכיבי העבירות" של בית הדין הפלילי הבינלאומי, "התקפה" אינה כרוכה בהכרח בשימוש בכוח³⁹; המונח יכול להתייחס לכל התעללות באוכלוסייה אזרחית⁴⁰. על המרכיבים "הנרחבים או השיטתיים" אפשר להסיק באופן דומה, באמצעות הצטברות של פעולות נפרדות שהן בגדר רדיפה. בית משפט ראוי עשוי למצוא מרכיב מנטלי בשלל צורות הביטוי של מנהיגים ומקבלי החלטות, או להסיק עליו מתוך בחינה של עובדות ונסיבות רלוונטיות⁴¹. לסיכום, מעבר לאחריותה למעשים המתועבים שנעשו במבצע "עופרת יצוקה", ומעבר ליחס הרחב יותר לעם הפלסטיני, המנהיגות הישראלית (בעבר ובהווה) נותרת פתוחה לתביעה לאחריות אישית לביצוע הרדיפה הזאת או להשתתפות בה.

מלבד הזכות ליהנות מכיבוד זכויותיהם ומהגנה עליהן ומהזכות לחיות חיים של כבוד וחירות, לתושבי עזה ולפלסטינים כולם יש זכות לקבל סעד משפטי יעיל. בהעדר אכיפה מבית של המשפט הבינלאומי, הקהילה הבינלאומית צריכה לשאת בנטל של מימוש זכויות אלה ותמיכה בשלטון החוק, לטובת הכל.

³⁴ לתיאור של המדיניות החדשה, המטילה מגבלות קיצונית על חופש התנועה, ראו דו"ח גולדסטון, פסקאות 1524-1527, וכן גישה, Restrictions and Removal: Israel's double bind policy for Palestinians, holders of Gaza IDs in the West Bank ראו:

<http://www.gisha.org/index.php?intLanguage=2&intSiteSN=119&intItemId=1635&OldMenu=15>

³⁵ ראו עדכונים באתר האינטרנט של אוניברסיטת בית לחם: מדיניות ההפרדה של ישראל מפירה את זכותו של העם הפלסטיני להגדרה עצמית, דו"ח גולדסטון, פסקה 1549.

³⁶ כולל אחריות אישית ואחריות מדינה להפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי ואחריות של המדינה לפגיעה בזכויות האדם.

³⁷ להגדרה של "רדיפה", ראו אמנת רומא, סעיף 7 (שנחשב עיגון בחוק של משפט בינלאומי מנהגי, ולכן חל על ישראל). אמנת רומא עוסקת ברדיפה רק אם זו מבוצעת "בקשר עם" כל מעשה שאליו מתייחס סעיף 7 (1), או עם עבירה באזור שבסמכות השיפוט של בית המשפט. במשפט הבינלאומי המנהגי, עם זאת, "רדיפה" היא פשע בינלאומי בפני עצמו. ראו Werle, G.: Principles of International Criminal Law, TMC Asser, 2009 at 332, and *Prosecutor v Kupreskic et al.*, ICTY Trial Chamber Judgment of 14 January 2000, paras 580ff.

³⁸ לפירוש מעט צר יותר של המושג, ראו דו"ח גולדסטון, פסקאות 1332-1335. יחד עם המדיניות של ישראל בגדה המערבית ועם פעולותיה שם, הרדיפה הזאת עלולה להיות מרכיב בעבירה של אפרטהייד, ראו עמ' 27 ב- Occupation, Colonialism, Apartheid? A re-assessment of Israel's practices in the occupied Palestinian territories under international law, מחקר שנערך על ידי פרויקט המזרח התיכון של תוכנית הדמוקרטיה והממשל במועצה למחקר מדעי האדם, פורסם במאי 2009. ראו:

http://www.hsrb.ac.za/Research_Publication-21366.phtml

³⁹ סעיף 7 (3) Elements of Crime 2002, ראו:

http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9CAEE830-38CF-41D6-AB0B-68E5F9082543/0/Element_of_Crimes_English.pdf

⁴⁰ ראו: Prosecutor v Kunerac et al. ICTY (Appeals Chamber) Judgment of 12 June 2002, para 86.

⁴¹ מבוא, פסקה 3, Elements of Crime 2002.