

**העותרים:**

1. מר אחמד אחמד גבר אלבסיוני, ת.ז. 931485346
2. מר מאהר נאג'ר, ת.ז. 964322655
3. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל (ע"ר)
4. גישה - מרכז לשמירה על הזכות לנוע (ע"ר)
5. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר)
6. אלחק
7. מרכז אלמיזאן לזכויות האדם
8. רופאים לזכויות אדם (ע"ר)
9. המרכז הפלסטיני לזכויות אדם
10. הועד הציבורי נגד עינויים בישראל (ע"ר)
11. מרכז עזה לבריאות הנפש
12. בצלם – המרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים

כולם ע"י עוה"ד שרי בשי ו/או נעם פלג ו/או פרופ' קנת מן  
מ"גישה-מרכז לשמירה על הזכות לנוע" (ע"ר)  
רחוב החשמונאים 91, ת.ד. 20111, תל אביב-יפו 61200  
טלפון: 03-6244120; פקס: 03-6244130; נייד: 054-8172103 או 054-8172102

וכן על ידי

ב"כ עוה"ד פאטמה אלעג'ו ו/או חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה ו/או עאדל  
בדיר ו/או סאסון זהר ו/או נביל דכאור ו/או נור אלעטאונה  
מעדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל  
רח' יפת 1, תל אביב – יפו, מיקוד 68028  
טל: 03-6822935; פקס: 03-6822937; נייד: 050-9072729

**- נ ג ד -**

**המשיבים:**

1. ראש הממשלה
  2. שר הבטחון
- ע"י פרקליטות המדינה  
רחוב צלאח אלדין 29, ירושלים  
טל: 02-6466590, פקס: 02-6466655

## תגובה מטעם העותרים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 7.11.2007, מתכבדים העותרים להגיש את תגובתם לתצהיר התשובה המשלים של המשיבים, שהומצאה ביום 20.11.2007 (להלן: התצהיר המשלים).

### תוכן עניינים

- פרק 1: אין דין שיצדיק פגיעה מכוונת באזרחים ..... 5
- א. פעולותיהם של המשיבים מהוות סטייה מתקדים מחייב של בית המשפט הנכבד, האוסר על הפגיעה באוכלוסייה האזרחית ..... 5
- ב. הדין הבינלאומי אינו מכיר בסטנדרט "מינימאלי" של חובות הומניטאריות, אלא בקיום תנאי בסיס הומניטאריים שאין לפגוע בהם באופן מכוון ..... 12
- ג. המשיבים אינם עומדים בנטל ההוכחה המוטל עליהם ..... 17
- פרק 2: הקיצוצים באספקה פוגעים במערכות הומניטריות חיוניות ..... 18
- א. הפגיעה כתוצאה מהקיצוץ באספקת דלק ..... 18
- ב. האיום בקיצוץ באספקת חשמל ..... 23
- ג. פגיעות המערכות בעזה - חוסר האפשרות לקבל ציוד וחלקי חילוף ..... 25
- פרק 3: משמעות שליטה בחיי היום יום של תושבי עזה - אחריות ..... 27
- א. על פעולותיהם של המשיבים חלים דיני הכיבוש במשפט הבינלאומי ..... 27
1. שליטתם של המשיבים על רצועת עזה עולה לכדי "שליטה אפקטיבית" ..... 27
2. דיני התפיסה הלוחמתית הם הדין החל על פעולותיהם של המשיבים כלפי תושבי עזה ... 33
- ב. ישראל תחוב חובות שלאחר כיבוש (post occupation) כלפי תושבי עזה ..... 34
- ג. חובות מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי ..... 36
- ד. המשפט החוקתי הישראלי חל על פעולותיהם של המשיבים ..... 41
- פרק 4. יישום הדינים – איסור על פגיעה באספקה ..... 43
- א. דיני הכיבוש מחייבים פעולה אקטיבית אוסרים על פגיעה באספקת מוצרים חיוניים ..... 43
1. איסור על פגיעה באספקת מוצרים חיוניים לשטח כבוש ..... 43
2. האיסור על ענישה קולקטיבית מכוח דיני כיבוש ..... 46
- ב. חובות מכוח דיני זכויות האדם ..... 46
- ג. שליטתם של המשיבים ברצועת עזה מולידה אחריות ..... 47
- ד. מניעת אספקת חשמל ודלק אינה "סנקציה כלכלית" ..... 48
- פרק 5: גם דיני הלחימה אוסרים על פגיעה באספקת מוצרים חיוניים ..... 52
- א. החובה לאפשר מעבר חופשי של אספקה חיונית ..... 52
- ב. האיסור על ענישה קולקטיבית קיים גם בדיני לחימה ..... 56
- סיכום ..... 56

## מבוא

1. התצהיר המשלים מטעם המשיבים מיום 20.11.2007 מתבסס על נתונים הנכונים לחודש ספטמבר 2005. משכך הרי שהתצהיר בנוי כולו על הערכות ספקולטיביות באשר להשלכות האפשריות של הקיצוץ בדלק ובחשמל, תוך התעקשות על הטענה לפיה אין בו או בהעמקתו כדי לגרום למשבר הומניטרי בעזה.
2. עמדה זו מופרכת משני נימוקים:
3. הראשון נעוץ בשאלה העובדתית. התשתית העובדתית עליה מנסים המשיבים לבסס את עמדתם ולהצדיק את המשך הצמצום באספקת הדלק ותחילת צמצום אספקת החשמל, רעועה בלשון המעטה. הנתונים שמציגים המשיבים אינם תומכים בטענתם הם. להפך: **מאז שהחלו המשיבים לקצץ באספקת הדלק לעזה, חלה הידרדרות באפשרות של מערכת המים ומערכת בתי החולים ברצועה לספק שירותים חיוניים לתושבים שם**. עשרות אלפי תושבי עזה נוספים מוצאים את עצמם ללא גישה למים נקיים למספר שעות כל יום, בשל המחסור בדלק שמזין את הגנראטורים שמפעילים את בארות המים. יתר על כן, העותרים יטענו כי קיצוץ באספקת החשמל יחמיר את ההידרדרות במצב ההומניטרי בעזה ויגרום, באופן וודאי ובלתי נמנע, להפסקות חשמל לבתי חולים, משאבות מים וביוב ומערכות חיוניות אחרות.
4. השני, והוא העיקר, נעוץ בשאלה המשפטית. הסטנדרט אותו אימצו המשיבים כמערכת בלמים ואיזונים - "אי גרימת משבר הומניטארי", אינו סטנדרט מוכר במשפט הבינלאומי או הישראלי, ואינו משקף נכונה את חובותיהם של המשיבים כלפי תושבי עזה. ההפך הוא הנכון: הדין הבינלאומי והדין הישראלי אוסרים באופן מוחלט על פעולות כדוגמת פעולותיהם של המשיבים, בהיותן פעולות שפוגעות באופן מכוון באוכלוסייה האזרחית. בית משפט נכבד זה, כמו גם עמיתיו בערכאות הבינלאומיות, לעולם לא אישר פגיעה שכזו או דומה לה כחוקית.
5. המשיבים לא הצליחו להצביע על תימוכין משפטיים לחוקיות צעדים אלה, ובשפה רפה מנסים לטעון בדבר השאלה העובדתית על אודות אי קיומו של משבר הומניטרי ברצועת עזה. העותרים יבקשו לפרוס בפני בית המשפט הנכבד את המסגרת המשפטית, אשר חלה על פעולותיהם של המשיבים, על מנת להראות מדוע **כל פגיעה מכוונת באספקת דלק, חשמל ומוצרים אחרים לרצועת עזה הינה בלתי חוקית בהגדרה, ללא כל קשר לחומרת הפגיעה הנגרמת**.
6. בפרק הראשון יטענו העותרים, כי הגושפנקה המשפטית אותה מבקשים המשיבים לאמץ עומדת בסתירה מוחלטת להלכה המושרשת של בית משפט נכבד זה, והיא **האיסור על פגיעה מכוונת באזרחים**. עוד יטענו העותרים, שהסטנדרט שהמשיבים יצרו – "מינימום הומניטרי" או "אי גרימת משבר הומניטרי" – הינו חסר בסיס במשפט הבינלאומי או הישראלי. המשפט

- הבינלאומי אינו מכיר סטנדרט שאליו מותר לדרדר באופן מכוון את האוכלוסייה האזרחית, אלא רק בסטנדרטים שאליהם יש לשאוף ולהשגתם יש לפעול.
7. בפרק השני יטענו העותרים, כי הקיצוץ באספקת דלק כבר פוגע במערכות החיוניות בעזה, וכי הקיצוץ בחשמל יגרום באופן וודאי ושלא ניתן למניעה להפסקות חשמל בבתי חולים, במשאבות ביוב ובבארות מים ובכך ייפגעו תושבי עזה.
8. כיון שהמסגרת המשפטית החלה על פעולותיהם של המשיבים הינה תלויה נסיבות עובדתיות, העותרים יבקשו בפרק השלישי לפרוס בפני בית המשפט הנכבד את התשתית העובדתית המצביעה על שליטתם של המשיבים באפשרותם של תושבי עזה לקבל דלק, סחורות וחשמל וכן לנהל את מערכות החיים האזרחיות. העותרים יוסיפו ויטענו, כי הדין החל על פעולותיהם של המשיבים הינו דיני הכיבוש במשפט הבינלאומי, ובאופן ספציפי **האיסור על ענישה קולקטיבית, החובה לאפשר מעבר סחורות חיוניות ולהקל על תפקודם של מערכות הומניטאריות וכן החובה להקל על קיום חיים תקינים בעזה.**
9. העותרים יטענו, כי לצורך ההכרעה בעתירה דן אין צורך לקבוע מסמרות בשאלה, האם דיני הכיבוש חלים במלואם ברצועת עזה ובאיזה היקף. תחת זאת יטענו העותרים, שלצורך הכרעה בעתירה דן על בית המשפט הנכבד להחליט, האם ההגנות שמקנים דיני כיבוש על אזרחים חלות בענינו, בשל שליטתם של המשיבים בגבולות עזה.
10. העותרים עוד יטענו, כי שליטתם של המשיבים בתושבי עזה מקימה עליהם חובות גם מכוח דיני זכויות האדם, הדין הישראלי ומכוח עקרון היסוד במשפט הבינלאומי, לפיו מקום בו מופעלת שליטה, מוטלת אחריות על בעל השליטה. שליטה זו היא הסיבה שלא ניתן לאפיין את פעולותיהם של המשיבים כ"סנקציה כלכלית", אלא **כמניעה פיזית מתושבי עזה מלייבא מוצרים מכל מקום בעולם שהוא לא ישראל – ואז לקצץ באספקה שמועברת דרך ישראל.**
11. בפרק החמישי, יפרטו העותרים מדוע הצמצום באספקת חשמל ודלק ומניעת אפשרות מעבר למוצרים אחרים הינו מנוגד לדינים אלה.
12. בפרק החמישי העותרים יוסיפו ויטענו, **שגם מכוח דיני לחימה חל איסור מוחלט על הפגיעה המכוונת באספקת מוצרים חיוניים כגון דלק, חשמל וסחורות נוספות, וזאת ללא קשר לשאלת דיני הכיבוש.**

## פרק 1: אין דין שיצדיק פגיעה מכוונת באזרחים

### א. פעולותיהם של המשיבים מהוות סטייה מתקדים מחייב של בית המשפט הנכבד, האוסר על הפגיעה באוכלוסייה האזרחית

13. פעולותיהם של המשיבים מעלות את השאלה האם מותר, לפי פסיקתו של בית המשפט הנכבד, לפגוע באופן מכוון באוכלוסייה אזרחית בשטחים הכבושים?

14. זהו המקרה הראשון בהיסטוריה המשפטית, שהמדינה מבקשת מבית משפט נכבד זה לאשר פגיעה באוכלוסייה אזרחית, שלא במסגרת פעילות מבצעית של הכוח הכובש ושאינה נגרמת בשל צורך צבאי מיידי.

15. מעולם לא קבע או אישר בית המשפט הנכבד, כי מותר לכוח הכובש לפגוע באוכלוסייה האזרחית כפי שהמשיבים מבקשים. למעשה, המשיבים מבקשים מבית המשפט הנכבד לסטות באופן יסודי מנורמות יסודיות ומההלכה הפסוקה המושרשת בעניין. לא במקרה כי, אין בידי המשיבים פסק דין התומך בנורמה החדשה שהם מבקשים להנחיל.

16. בית משפט נכבד זה דאג תמיד לאורך השנים בפסקי דינו, להבחין באופן ברור בין לוחמים ובין אזרחים. על פי עקרון ההבחנה מתחייבת בכל עת האבחנה בין לוחמים ואזרחים. עקרון זה אוסר על פגיעה מכוונת ובלתי מובחנת באזרחים.

17. בג"צ 8276/05 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הביטחון ואח' (טרם פורסם) (להלן: "פסק דין עדאלה"), שעסק בחוקתיות חוק, שביקש לשלול את זכויותיהם של פלסטינים תושבי השטחים הכבושים להגיש תביעות נזיקין נגד כוחות הביטחון, ושניתן על ידי תשעה שופטים, הינו רלבנטי ביותר לסוגייה דנן. בפרשה זו המשיב טען, כי תושבי הרשות הפלסטינית הינם בבחינת תושבי "ישות עוינת" ועל כן יש להתייחס אליהם בתור מעמד של מדינת אויב, דבר שלא מחייב את ישראל לפצות אותם בגין נזקיהם. בית משפט נכבד זה דחה טיעון זה, ובהסכמת המותב כולו הורה על בטלות החוק. פסק דין זה, הינו חשוב לענייננו ובהקשר זה משלושה טעמים.

א. ראשית, בית המשפט הנכבד לא קיבל בפסק הדין את טענת המדינה, בעניין הגדרת התושבים הפלסטינים כתושבי ישות עוינת.

ב. שנית, בית המשפט הנכבד לא רק שהורה על שמירה על זכויות האוכלוסייה האזרחית, אלא הורה על זכאותם לתשלומי פיצויים בכל אימת שזכויות אלה ייפגעו.

ג. שלישית, בית המשפט הנכבד חידד שוב את האבחנה בין כוח לוחם ולבין האוכלוסייה האזרחית.

המשיבים בעתירה זו מרחיקת לכת. לטענתם, לא רק שתושבים פלסטינים לא יהיו זכאים לפיצויים בגין נזקים ייגרמו להם בעקבות החלטת הממשלה הנדונה כאן, אלא טוענים כי

הממשלה רשאית לגרום נזק לאוכלוסייה האזרחית, שאינו במסגרת פעולה מלחמתית ולא מטעמים ביטחוניים. במילים אחרות, פעולותיהם של המשיבים סותרת ועומדות בניגוד גמור לפסק דין הנ"ל.

ג. רביעית, הסנקציות העונשיות הגורפות עליהן הוחלט עומדות בניגוד לנימוק העיקרי של פסק דין עדאלה. זאת כיון שפסק דין זה קבע, כי החקיקה בדבר שלילת זכויות הפיצויים הינה גורפת שעה שלא הבחינה בין סוגי הנזק שיתרחשו ובין נסיבותיהם. כך היא החלטת הממשלה הנדונה. הנשיא (בדימוס) ברק בפרשת עדאלה :

"... בנסיבות אלה, חסינות גורפת מעין זו הניתנת למדינה מכוח סעיף 5 לתיקון מס' 7 משמעה מתן פטור למדינה מאחריות בנזיקין ביחס לתחומים נרחבים של פעולות שאינן פעולות מלחמתיות גם על-פי הגדרתו הרחבה של ביטוי זה. משמעה הותרת נפגעים רבים, שלא היו מעורבים בכל פעילות עוינת שהיא, ושלא נפגעו אגב פעולות של כוחות הביטחון שנועדו להתמודד עם פעילות עוינת כלשהי, ללא סעד על הפגיעה בחייהם, בגופם וברכושם. פגיעה גורפת זו בזכויות אינה נדרשת על מנת להגשים את התכליות שבבסיס סעיף 5 לתיקון מס' 7. שלילת האחריות של המדינה בסעיף 5 אינה "מתאימה את דיני הנזיקין למצב המלחמה. היא מוציאה אל מחוץ להיקף תחולתם של דיני הנזיקין פעולות רבות שאינן מלחמתיות. היא אינה עולה בקנה אחד עם חובתה של ישראל, כמי שמחזיקה ביהודה, שומרון וחבל עזה בתפיסה לוחמתית. תפיסה זו מטילה על המדינה חובות מיוחדות על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, שאינן עולות בקנה אחד עם שחרור גורף מכל אחריות בנזיקין". (פרשת עדאלה, פסקה 36 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק)

18. לעניינה של עזה מוסיף הנשיא (בדימוס) ברק כי :

"כמובן איננו קובעים דבר באשר למעמד המשפטי של חבל עזה לאחר ההתנתקות. גם אם התפיסה הלוחמתית של ישראל בו נסתיימה כטענת המדינה, אין צידוק לשחרור גורף מאחריותה בנזיקין". (שם, שם)

**לא רק שבית משפט נכבד זה אסר את הפגיעה באוכלוסייה האזרחית, אלא הטיל חובות פוזיטיביות על הכוח הכובש להגן ולכבד את הזכויות הללו. בית המשפט הנכבד קבע, כי פגיעה בזכות לכבוד, הזכות לחיים או זכות הקניין של האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית הינה אסורה וחובה מוגברת היא להגן עליהם.**

19. כך קבעה, למשל, השופטת ביניש (כתוארה אז) :

"מן הצד האחד עומד הערך של הביטחון ושל השמירה על חייהם של תושבי האזור – הישראלים והפלסטינים גם יחד. כידוע, הזכות לחיים ולשלמות הגוף היא הזכות הבסיסית העומדת במרכז הדינים ההומניטאריים שנועדו להגן על האוכלוסייה המקומית באזור המוחזק על פי דיני התפיסה הלוחמתית (ראו: בג"צ 3799/02 עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז (טרם פורסם), פסקה 23 לפסק דינו של הנשיא ברק). זכות זו מעוגנת גם במשפט החוקתי הישראלי בסעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואין כלל ספק כי מדובר בזכות הנמצאת

ברמה הנורמטיבית הגבוהה ביותר (ראו: בג"צ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353, 368; בג"צ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד נ(6) 359, 377-378). כל התושבים באזור – הפלסטינים והישראלים – זכאים, אפוא, ליהנות מהזכות לחיים ולשלמות הגוף ושיקול מרכזי ועיקרי שעל המפקד הצבאי לשקול בבואו להחליט על סגירת שטחים הוא השיקול של ההגנה על החיים ועל שלמות הגוף של כל התושבים באזור...

כאמור, זכות בסיסית נוספת אשר יש להתחשב בה בענייננו היא, כמובן, זכות הקנין של החקלאים הפלסטינים באדמותיהם. בשיטתנו המשפטית מוגנת זכות הקנין כזכות יסוד חוקתית (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). זכות זו הינה זכות מוכרת, כמובן, גם במשפט הבינלאומי הפומבי (ראו: בג"צ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (טרם פורסם), פסקה 8 והאסמכתאות הנזכרות שם (להלן: פסק דין אבו דאהר)). לפיכך, לתושבים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית זכות מוגנת לקניינם. בענייננו, אין מחלוקת כי מדובר באדמות חקלאיות ובגידולים חקלאיים שלעותרים יש זיקה קניינית אליהם. משנמנעת, אפוא, מן העותרים הגישה לאדמות המהוות את קניינם, וכן נמנעת מהם האפשרות לטפל בגידולים החקלאיים השייכים להם, הרי שבכך מתבצעת פגיעה חמורה בזכותם לקניינם וביכולתם ליהנות ממנו. (בג"צ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, (פס"ד מיום 26.6.06) פסקה 14).

ובמקום אחר קבעה השופטת פרוקצ'יה:

"במסגרת אחריותו לרווחת תושבי האזור על המפקד לשקוד גם על מתן הגנה ראויה לזכויות אדם חוקתיות של תושבי המקום במגבלות שהתנאים והנסיבות העובדתיות בשטח מקימים. הגנה כזו חלה על כל סוגי האוכלוסיה המתגוררת במקום – יהודים וערבים כאחד. בכלל הזכויות החוקתיות המוגנות מצויות הזכויות לחופש תנועה, חופש דת ופולחן וזכות הקניין. על מפקד האזור לעשות שימוש בסמכויותיו לשמירת הביטחון והסדר הציבורי באזור תוך הגנה על זכויות אדם...

חופש הדת והפולחן נתון כזכות חוקתית לאוכלוסיה המתגוררת באזור – יהודים וערבים כאחד. הוא מוחזק כזכות חוקתית בעלת מעמד על אשר יש להגשימה ככל הניתן בתנאים שהמציאות בשטח מאפשרת תוך הגנה על שלום המתפללים ועל ביטחון חייהם...

זכות הקניין הפרטי בקרקעות ובמבנים נושא צו התפיסה הינה זכות חוקתית מוגנת. היא מוכרת במשפט הבינלאומי, ובכלל זה באמנת האג [40] ובאמנת ג'נבה. היא זכתה למעמד חוקתי בישראל בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בג"צ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל [30], בעמ' 712, 716; ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ' הולצמן [31], בעמ' 641). זכות הקניין של הפרט אינה פוקעת גם בעת מלחמה (פרשת גוסין [1], בעמ' 610). לזכות הקניין מתלווה משקל-יתר מקום שמדובר בבית מגורים של אדם (רע"א 214/88 טוויל נ' דויטש [32], בעמ' 754) (בג"צ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח (3) 443, 461, 462, 464).

ושוב השופטת ביניש (כתוארה אז):

זכות הקניין נמנית אף היא עם זכויות היסוד של האדם. זכות זו הוכרה כזכות יסוד הראויה להגנה בפסיקתו של בית-משפט זה (ראו למשל: בג"צ 390/79

דו"קאת נ' ממשלת ישראל [30], בעמ' 14-15; דנג"ץ 4466/94 נוסיבה נ' שר האוצר [31], בעמ' 83-85) ואף זכתה לעיגון חוקתי מפורש בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות זו מוכרת גם במשפט הבינלאומי, ובכל הנוגע לשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית מעוגנת היא, בין היתר, באמנת האג [35] ובאמנת ג'ניבה הרביעית. עם זאת זכות הקניין אינה זכות מוחלטת, ועשויה היא לסגת מפני אינטרסים ציבוריים וזכויות יסוד אחרות (ראו למשל פרשת הס [3], בעמ' 464; פרשת עגירי [7], בעמ' 365) (בג"צ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מ"י, פ"ד נט (4) 736, 766-765).

20. בבג"צ 4764/04 רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה ואח', עמדו לדיון חובות המפקד הצבאי כלפי האוכלוסיה האזרחית בעת פעילות לחימה הננקטת במסגרת העימות המזויין ברפיח. שם נקבע כי:

"חובתו של המפקד הצבאי על פי הכלל הבסיסי היא כפולה: ראשית, עליו להמנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה'שלישית'; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. זו חובתו ה'חיובית'... שתי החובות הללו – אשר הגבול ביניהן הוא דק – צריכות להיות מופעלות בסבירות ובמידתיות על פי צרכי הזמן והמקום" (פ"ד נח(5) 385, עמ' 394).

כן ראו עוד סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית.

21. חובה זו נובעת מההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין. הכרה זו עומדת ביסוד הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי:

"ההוראה הבסיסית של המשפט הבינלאומי ההומניטרי החלה בעת הלחימה הינה כי התושבים המקומיים '... זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי, והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשה אלימות או איומי אלימות' (סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית. ראו גם תקנה 46 לתוספת לאמנת האג). ביסוד הוראה זו עומדת ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין... אין לפגוע בחייו או בכבודו כאדם, ועל כבודו כאדם יש להגן. חובה בסיסית זו אינה מוחלטת. היא כפופה ל'... אותם אמצעי פיקוח ובטחון שיהיו דרושים כתוצאה מהמלחמה' (סעיף 27 סיפא). אמצעים אלה אסור להם לפגוע בליבת הזכויות... עליהם להיות מידתיים" (בג"צ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח (5) 385, 393).

22. זאת ועוד, על אף דחיית העתירה בבג"צ 5841/06 האגודה לזכויות האזרח ואח' נ' שר הביטחון ואח' (פסק דין מיום 13.3.07) היה בית משפט נכבד זה עקבי עם ההלכה עליה עמדו לעיל.



23. עמדת המשיבים בעתירה, כפי שניתן ללמוד מפסק הדין, היתה כי הם פועלים בצורה מירבית לפתוח את המעברים המסחריים לעזה, וכי כל סגירה נובעת מאילוץ בטחוני כבד משקל. בית המשפט השתכנע אז כי "המשיבים עושים את מירב המאמצים על מנת לפתוח את מעברי הגבול באופן סדיר ככל הניתן, וכי הם רואים חובה לעצמם לספק את הצרכים ההומניטריים של תושבי הרצועה".
24. בענייננו, המשיבים עושים את מירב המאמצים להתחמק מאחריותם ולפגוע בצרכים ההומניטריים של תושבי הרצועה, עד למינימום אותו הם מתחייבים לשמר.
25. זאת ועוד, במסגרת בג"צ 5841/06 הנזכר לעיל, בית המשפט אז השתכנע, בניגוד לעמדת העותרים שם, כי המשיבים מאזנים כראוי בין הצרכים ההומניטריים לבין הצרכים הביטחוניים וההתמודדות עם האיומים ה"מחייבת, לעיתים, אף היא את סגירתם של מעברי הגבול לפרקי זמן קצובים". בית המשפט סייג את קביעתו אז לנסיבות הקונקרטיות בקבעו כי "בנסיבות אלו, ניכר כי אכן קיימת הצדקה צבאית-ביטחונית להטלת הגבלות מסוימות על תנועתם של אנשים, כלי רכב וסחורות במעברי הגבול, בהתאם לסכנות ולאיומים הקונקרטיים הקיימים, ונוכח המידע המודיעיני הרלוונטי והעדכני המצוי בידי גורמי הביטחון". בענייננו, המשיבים הפכו את החרוג לכלל.
26. הנה כי כן, פסיקתו של בית המשפט הנכבד לא הסתפקה בקביעה המבחינה בין לוחמים ולבין אוכלוסייה אזרחית, אלא היא הטילה חובות פוזיטיביות על המפקד הצבאי לכבד ולהגן על זכויות יסוד של האוכלוסייה הפלסטינית. לכל הדעות, הסנקציות העונשיות נשואות עתירה זו עומדות בניגוד גמור לפסיקה זו, ובניגוד גמור לחובות המשבים כלפי האוכלוסייה האזרחית.
27. חשוב מכל, פסיקתו של בית המשפט הנכבד אף הורתה להימנע מפגיעה באוכלוסייה אזרחית אף במסגרת פעילותו המבצעית של הצבא, מקל וחומר כשמדובר בפגיעה כזו שאינה הכרחית במישור הצבאי.
28. הסנקציות הנכללות בהחלטת הממשלה מיום 19.9.2007 מבקשות לגרום נזק לאוכלוסייה האזרחית, מטעמים שאינם נוגעים לפעילותו המבצעית הצבאית של הצבא, ובוודאי לא מטעמים של "צורך צבאי מידי". הפסיקה העליונה של בית משפט נכבד זה לא רק אסרה על פגיעה באוכלוסייה האזרחית במישור הגנתי, אלא היא קבעה כי גם כאשר יש טעמים ביטחוניים לכך, הפגיעה הינה אסורה. בהקשר זה נציין שלושה פסקי דין: פסק הדין בבג"צ 3799/02 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, (להלן: "בג"צ נוהל שכן"), פסה"ד בבג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נג (4) 817 (להלן: "בג"צ העינויים") ופסק הדין בבג"צ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואחרים (טרם פורסם, ניתן ביום 14.12.2006) (להלן: "בג"צ החיסולים").

29. בבג"צ נוהל שכך המשיבים ביקשו להשתמש באוכלוסייה האזרחית במסגרת פעילות מבצעית וזאת, לטענתם, על מנת להגן על חיי החיילים וחיי הפלסטינים הנמצאים בבית. בית משפט נכבד זה אסר פעילות זאת, והורה על ביטולה. הרציונל של פסק הדין הוא, כי גם בפעילות מבצעית ולצרכים ביטחוניים, מוטלת על הכוח הכובש החובה להימנע מהשימוש באוכלוסייה האזרחית. מקל וחומר כשהשימוש נעשה, כמטרתה של החלטת הממשלה הנדונה, מטעמים של ענישה ולא מטעמים ביטחוניים.

30. בבג"צ נוהל שכך נקבע כי :

"... לדעתי, ידם של השיקולים האוסרים על הצבא לעשות שימוש בתושב מקומי על העליונה. ביסוד השקפתי זו מונחים מספר טעמים עקרוניים. ראשית, עקרון בסיסי העובר כחוט השני בדיני התפיסה הלוחמתית הוא האיסור על שימוש בתושבים מוגנים כחלק מהמאמץ המלחמתי של הצבא התופס. אין לנצל את האוכלוסייה האזרחית לצרכיו הצבאיים של הצבא התופס (ראו פלק, עמ' 218)... שנית, עקרון אחר של המשפט ההומניטרי הוא שיש לעשות הכל להפרדה בין האוכלוסייה האזרחית לבין הפעילות הצבאית (ראו פלק, עמ' 169). התחולה המרכזית של כלל זה היא בחובה להרחיק תושבים מקומיים תמימים מתחום פעולות האיבה (ראו כלל 24 למשפט הבינלאומי ההומניטרי) " (פסקה 24 לפסק דינו של הנשיא (דאז) ברק).

ראו גם דברים של השופטת דאז ביניש :

"4. ... הפער בין האיסור שהמשיבים מכירים בו לבין ההיתר שניתן להפעלה על-פי שיקול דעת המפקד הצבאי, הוא מצומצם וצר, ובמהותו אין הוא שונה מהאיסור הגורף שנקבע בנורמות המשפט הבינלאומי. זאת ועוד, אפילו היה הנוהל כדין הרי סכנת הגלישה אל הפרקטיקה האסורה באיסור מוחלט טבועה באמצעים שהנוהל מתיר".

...

6. ... התנאים שנקבעו בנוהל, מלבד היותם פגומים כשלעצמם. מאפשרים גלישה במדרון החלקלק הגורמת להפרה בוטה של כללי המשפט הבינלאומי והעקרונות החוקתיים של שיטתנו. על הצבא לעשות הכל כדי למנוע אפשרות שבאמצעות נוהל מוסדר יוצרו פרצות שידרדרו את הפעילות בשטח למצבים חד-משמעיים של אי-חוקיות. הנוהל הוא בגדר פירצה כזו וגם משום כך יש לבטלו". (שם, פסקאות 4 ו-6 לפסק דינה)

31. אם כך לעניין השימוש באוכלוסייה האזרחית לטובת המאמץ המלחמתי במובנו הצר, על אחת כמה וכמה כאשר מדובר ב"שימוש" שוטף, לאורך זמן וללא קשר לכל פעילות ספציפית. האיסור על שימוש באזרחים כחלק מ"המאמץ המלחמתי" נכון לא רק בעת הלחימה אלא לגבי כל העתים. הוא בודאי חל בענייננו שעה שמדובר בהחלטה מודעת, מתוכננת ומחושבת לפגוע בצרכיהם ההומניטריים של מיליון וחצי איש ביניהם; נשים, ילדים, זקנים, חולים ועניים.

32. בפסק הדין בעניין איסור העינויים, טענו המשיבים כי העינויים נעשים על מנת לשרת אינטרס ביטחוני נעלה, והוא מניעת פגיעה בחייהם של אזרחים ישראלים. בית משפט נכבד זה הורה על ביטול העינויים, גם כשהם מתבצעים לצורך ביטחוני. הזכות לחיים הינה זכות חוקתית שמחייבת את הצבא והשב"כ לשמור ולהגן עליה, גם כשמדובר בחקירת חשודים מסוכנים.

33. הנשיא ברק (כתוארו אז) לא קיבל את עמדת המדינה, על אף שהאחרונה ניסתה להישען על טענת "הצורך המידי" על מנת לשמור, לטענתה, על זכות החיים של אזרחי ישראל:

"33... עמדת המדינה הינה, כי מכוחו של "סייג" זה לאחריות פלילית, רשאים חוקרי השב"כ, כדי למנוע פגיעה חמורה בחיי אדם או בגופו, להפעיל במקרה המתאים, בהיעדר ברירה אחרת, גם אמצעים פיזיים, כגון טלטול. מעשה הנעשה בתנאים של "צורך" אינו עבירה פלילית, כי אם מעשה שראוי לעשותו על-מנת למנוע פגיעה חמורה בחיי אדם או בגופו...

36. לדעתנו, אין להסיק מהסייג של "צורך" סמכות כללית לקביעת הנחיות באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך החקירה על-ידי חוקרי השב"כ. הסייג של "צורך" אינו מקור של סמכות לחוקרי השב"כ לנקוט אמצעים פיזיים במהלך חקירה. הטעם לגישתנו זו נעוץ באופיו של הסייג בעניין "צורך". סייג זה עוסק בהכרעה אינדיווידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון... עצם העובדה שפעולה מסוימת אינה מהווה עבירה פלילית (בשל הסייג של "צורך"), אין בה, כשלעצמה, כדי להסמיך את המינהל לבצע אותה פעולה ובכך לפגוע בזכויות האדם...

38. מסקנתנו הינה אפוא זו: על-פי המצב המשפטי הקיים, אין סמכות לממשלה או לראשי שירות הביטחון הכללי לקבוע הנחיות, כללים והיתרים באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך חקירה של חשודים בפעילות חבלנית עוינת, הפוגעים בחירותם של אלה, מעבר להנחיות ולכללים המתבקשים מעצם מושג החקירה. בדומה, לחוקר שב"כ אינדיווידואלי - כמו לכל שוטר - אין סמכות לנקוט אמצעים פיזיים אלה הפוגעים בחירותו של הנחקר במהלך החקירה, אלא רק אמצעים המתבקשים בדרך-כלל ובאופן אינהרנטי ממהות החקירה, הנדרשת להיות חקירה הוגנת וסבירה" (בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נג 817 (4), 840, 842, 844-845).

פסק הדין השלישי הוא בעניין ה"חיסולים" שעל אף הביקורת שיש לעותרים על פסק דין זה, עם זאת, בית המשפט הנכבד קבע כי אף אם החיסולים מתבצעים לצורך ביטחוני מיידי, חובה על הכוח הכובש להימנע ככל שניתן מפגיעה באוכלוסייה האזרחית.

34. בבג"צ בעניין "החיסולים" ובפסקה 23 קבע הנשיא דאז כי:

"שיקול מרכזי המשפיע על נקודת האיזון הינו זהותו של אדם הנפגע או המטרה הנפגעת בעימות המזוין. זהו העקרון הבסיסי של ההבחנה (distinction) (ראו דינשטיין, עמ' 82; בן-נפתלי ושני, עמ' 151). המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לסכסוך המזוין עומד על הבחנה יסודית בין לוחמים (combatants) ומטרות צבאיות (military objectives) לבין שאינם

לוחמים (non-combatants), כלומר אזרחים (civilians) ומטרות אזרחיות (civilian objectives) (ראו פרשת חוקיות הנשק הגרעיני, עמ' 257; סעיף 48 לפרוטוקול הראשון) ... לעומת הלוחמים ומטרות צבאיות עומדים אזרחים ומטרות אזרחיות. אסור להם להיות נתונים להתקפה צבאית המכוונת כלפיהם. חייהם וגופם מוגנים מפני סיכוני הלחימה ובלבד שהם עצמם אינם נוטלים חלק ישיר בלחימה".

בית המשפט הנכבד ציטט שם בהסכמה את הכללים המנהגיים הרלבנטיים, כלל 1, 6 ו- 7

והוסיף:

"ראינו כי העקרון הבסיסי הינו שהאוכלוסיה האזרחית ואזרחים יחידים מוגנים מפני סכנות הפעילות הצבאית ואינם מטרה להתקפה" (פסקה 32).

לאור כל אלה אין פלא, שהמשיבים לא השכילו להצביע על תקדים כלשהו שיצדיק פעולה מכוונת באזרחים. תקדים שכזה אינו קיים, ומן הראוי שהוא לא ייווצר.

### **ב. הדין הבינלאומי אינו מכיר בסטנדרט "מינימאלי" של חובות הומניטאריות, אלא**

#### **בקיום תנאי בסיס הומניטאריים שאין לפגוע בהם באופן מכוון**

35. המשיבים לקחו על עצמם, לכאורה מרצון, התחייבות שלא לפגוע, "במינימום ההומניטרי" ברצועת עזה, תוך קביעת תוכנית לשאוף לפגיעה מכוונת באותם מצרכים ומשאבים (חשמל, דלק וכתוצאה מכך גם מים והתנאים סניטאריים) המהווים את בסיס לחיי האדם במובן התקני של המושג חיי אדם.

36. העותרים יטענו כי הרעיון של המשיבים, כי ניתן לפעול באופן מכוון לצמצם את האספקה של משאבי יסוד ומצרכי יסוד, הוא רעיון זר לחלוטין לכל מערכת משפט בכלל ולמשפט הבינלאומי בפרט.

37. המושג "תנאי מינימום" הנו מושג ארטיליארי מופשט אשר על-פי מהותו מבטא את רצונה של הקהילה הבינלאומית ושל ארגונים בינלאומיים אשר פועלים לסייע לנזקקים לשאוף להרים אוכלוסיית תנאי חיים טובים יותר. לא מוכר ולא יכול להיות מוכר כל שימוש במושג זה על מנת להתיר פעולות המכוונות להוריד את תנאי חיים על-מנת ללחוץ על אוכלוסייה לנקוט בפעולה אלימה נגד אחרים (כאילו תושבי עזה יימרדו נגד תנועת החמאס אם אספקת החמשל תצומצם) או כדי "לגייס" גברים, נשים וילדים למנוע מחמושים מלירות טילי קסאם.

38. מדובר במצב אבסורדי, בו במקום לקיים תנאי יסוד הומניטאריים, המשיבים מבקשים מבית המשפט הנכבד לקבוע, עד כמה "מותר" להם לדרדר את תנאי החיים הבסיסיים של האוכלוסייה האזרחית בעזה.

39. במקרים של אסונות המוניים כגון רעידות אדמה, התפרצות הר געש, סופות הוריקן, בצורת או מלחמות, נפגעים תנאי חיים בסיסיים של אזרחים. איתני הטבע לא תמיד מאפשרים לספק לכל אדם מי שתייה נקיים או גישה לשירותי בריאות, וההרס שגורמות מלחמות לתשתיות ולכלכלה מונעת לעיתים את האפשרות לספק חשמל באופן סדיר לכל בית, בית ספר או בית חולים.

40. כל אלה הם תוצאה של אילוצים ומצב אובייקטיבי. הפגיעה בתנאי החיים הבסיסיים היא הכרח, שממשלות וארגונים בינלאומיים (ממשלתיים ולא ממשלתיים) פועלים כדי למגר. **אין כל תקדים לכך, שמדינה ריבונית תפעל באופן ישיר ומכוון על מנת לפגוע בתנאי החיים הבסיסיים של בני אדם הנתונים לשליטתה. אין כל תקדים לכך, שמדינה תמנע באופן מודע מבני אדם אחרים גישה למי שתייה או לשירותי בריאות, ללא כל אילוץ כבד משקל.**

41. "תנאי חיים בסיסיים" אינו סטנדרט המאפשר לפגוע בתנאי המחיה של בני אדם, אלא סטנדרט המבקש לשפר ולהטיב עם בני אדם, שהמציאות כפתה עליהם תנאי משבר. הסטנדרט אליו שואפים ארגונים הומניטאריים הפועלים באזורים נזקקים הינו סטנדרט, שנותן ביטוי לכבוד האדם ולהגנות הדין על בריאותו ורווחתו.

42. מר איסידרו נבארו, המנהל בפועל של תוכנית הפעולה המקומית של ארגון OXFAM, העוסק בפעילות הומניטרית ברחבי העולם, מבהיר בתצהירו המצ"ב על אודות פעולת הארגון והמאמצים והתוכניות לשמור על תנאי החיים הבסיסיים של בני אדם גם בתנאי אסון ומחסור (ראו סעיפים 1-7 לתצהיר).

#### *תצהירו של מר נבארו ותרומו לעברית מצורף ומסומן מש/1*

43. מהתצהיר של מר נבארו עולה, כי ארגוני סיוע בינלאומיים הפועלים באזורי אסון (ושפועלים ברצועת עזה) אינם מבקשים לקיים תנאים "מינימאליים", אלא לקיים תנאי בסיס הומניטאריים, אשר ישמרו על שלומה ורווחתה של האוכלוסייה האזרחית. כשאר ארגונים אלה פועלים, הרי הדבר נעשה בגלל המצב ההומניטרי הקשה השורר באותו מקום.

44. זהו המצב ברצועת עזה. בשל המצב ההומניטרי הקשה גם כך, ארגוני סיוע רבים פועלים בה מתוך אמונה ומחויבות לכבוד האדם ומתוך רצון להבטיח לתושבים שם תנאי מחייה בסיסיים. המשיבים, לעומת זאת, מבקשים לדרדר את המצב ההומניטרי באופן מכוון.

45. רשימת המרכיבים החומריים היוצרים את הסטנדרט ההומניטרי הדרוש לקיומם בכבוד של בני אדם, היא רשימה רחבה ובסיסית. קביעה זו לכאורה לוקה בסתירה פנימית, אך אין זה כך. ברבות השנים, ולאחר מלחמת העולם השנייה ובמיוחד מאז שנות התשעים של המאה העשרים, הכיר גם המשפט הבינלאומי בערך כבוד האדם כערך מרכזי. לאור חשיבותו של ערך

זה ומרכזיותה של זכות זו (גם במשפט הפנימי של מדינת ישראל) התגבשה ההכרה, לפיה **כל אדם** זכאי להכרה בזכותו לכבוד כלפי כולי עלמא. קיומה של זכות זו היא הבסיס להכרה באנושיות של אותו אדם ודורש קיומם של תנאים חומריים רבים, המהווים בסיס למימוש זכות זו.

46. בשנת 1997, חברו יחד עשרות ארגונים לא ממשלתיים, העוסקים בעבודה הומניטרית ברחבי העולם, יחד עם הצלב האדום, לפרוייקט "Sphere". מטרת הפרוייקט היא ליצור צ'רטור, המבוסס על המשפט ההומניטרי הבינלאומי, משפט זכויות האדם הבינלאומי, דיני הפליטים וקוד ההתנהגות של הצלב האדום באזורי אסון. הצ'רטור מבוסס על עקרונות הליבה של הפעילות ההומניטרית ועל זכויות של אוכלוסיה אזרחית, שנפגעת מאסונות טבע או מאסונות מעשי ידי אדם. 400 ארגונים מ-80 ארצות שונות לוקחים חלק בפרוייקט (לפרטים נוספים ראו: <http://www.sphereproject.org>)

47. המרכיבים המרכזיים בעבודה הומניטרית של חברי פרוייקט זה, נקבעו ב "Humanitarian Charter and Minimum Standard in Disaster Response" שעודכן בשנת 2004. הצ'רטור מגדיר מהם הסטנדרטים ההומניטרים והאופן בו יש לשמור ולהבטיח אותם ומדגיש את הצורך בניטור מתמיד ומהימן.

ביחס לכך מצהיר מה נבארו:

"אוקספם ממלא בעקביות אחרי אמנת SPHERE, המשלב בתוכו את ניסיונם של 400 ארגונים העובדים ב-80 ארצות שונות. תקני העבודה הנגזרים מן הניסיון הזה מובאים להלן בסעיפים 15 עד 24(כולל)

גמישות בפרנסתם של בני אדם (יכולתיהם, נכסיהם ופעולות נדרשות לאבטחת אמצעי מחייה הקשורים להישרדות ולרווחתם העתידית), וכמו כן ביטחון תזונתי (גישה פיזית וכלכלית אל מזון בטוח ומזין בכמויות המספיקות לאורח חיים פעיל ובריא), מגדירים את בריאותם ותזונתם, השרדותם ורווחתם העתידית.

לכל אדם יש זכות למזון הולם בכמויות ובאיכות המספקים מענה לצרכיו התזונתיים. לכל אדם צריכה להיות הגישה למזון הולם ומתאים, ולפריטים שאינם מזון במידה שמבטיחה את השרדותו, מונעת את דלדול נכסיו ואמצעיו ואינה פוגעת בכבודו.

קיימת חובה לספק הגנה ותמיכה למגוננים ראשוניים של ייצור מזון (דיג וחקלאות). זכות זו כוללת הבטחתה של גישה מספקת אל המשאבים הטבעיים (אדמה חקלאית, אדמת מרעה, מים, נהרות, אגמים, חופים), רמות מתאימות של כישורים ויכולות, זמינות של כוח עבודה והשקעות ובטחון. יש להגן ולקדם את גישתם של בני אדם אל פעילויות המייצרות הכנסה, על מנת שיוכלו לייצר תפוקה מספקת ולתרום לביטחון התזונתי מבלי לסכן את המשאבים עליהם מתבססת פרנסתם.

יש לקדם ולהגן גם על גישתם הבטוחה של בני אדם אל סחורות שוק ושירותים כייצרנים, צרכנים וסוחרים. לפיכך, צריכה להיות גם אספקה סדירה של פריטים בסיסיים, ובכללם מזון, במחירים שווי נפש.

במקומות בהם גישתה הרגילה של קהילה מסוימת למזון נפגעת בעקבות אסון כלשהו (למשל, עקירה בכפיה או שלא בכפיה או אובדן יבולים בעקבות מעורבות

בסכסוך חמוש), ייתכן צורך בסיוע מזון בכדי להבטיח את קיומם של בני אדם, להגן או לשקם את עצמאותם הכלכלית, ולהפחית את הצורך שלהם באימוץ טקטיקות התמודדות העולות להזיק. סיוע מזון צריך לתת מענה לצרכים מידיים בטווח הקצר, וגם לתרום לשיקומו של ביטחון תזונתי לטווח ארוך. סיוע מזון לפליטים ולעקורים פנימיים (IDP) מתבסס על הערכת מצבם וצרכיהם, ולא על עצם מעמדם כפליטים או עקורים. מינון חלוקת המזון הכללית נועד להשלים את הפער בין צרכיהם והמשאבים העומדים לרשותם.

הדרישות הבסיסיות ביותר לקיום חייהם וכבודם של נפגעי אסון או סכסוך כוללות את הזכות לחיים בבטחון, שלווה וכבוד עם בטחון קביעות. היבטים מרכזיים של הזכות לדיור כוללים נגישותם של שרותים, מתקנים, חומרים ותשתיות. הזכות לדיור כוללת גם גישה לטובין ושרותים, כמו גישה ברת-קיימא למשאבים טבעיים ומשותפים; מים בטוחים לשתיה, אנרגיה לבישול, חימום ותאורה; תברואה ומתקני רחצה; אמצעים לאחסון מזון; הפטרות מפסולת; ניקוז ושרותי חירום. לבני אדם צריכה להיות גם הגנה הולמת בפני קור, לחות, חום, גשם, רוח וסכנות בריאותיות אחרות, מפגעי בניין ומפיצי מחלות.

על כולם חלה הזכות לבריאות, הכוללת בתוכה את הזכות לגישה שיוויונית לשרותי בריאות, ואת תנאי התברואה הבסיסיים, כגון מים בטוחים ותברואה; אספקה הולמת של מזון בטוח, תזונה ודיור; תנאים סביבתיים בריאים; גישה לחינוך ומידע בריאותיים; העדר אפליה, וקידום של כבוד אנושי והכרה בחשיבות הפרט.

שרותי הבריאות באזורים מוכי אסון חייבים להיות מעוצבים כך שיוכלו לתמוך במערכות, תשתיות וספקים קיימים. חייבים להיות שרותים הולמים למניעה, גילוי וטיפול של מחלות מדבקות, כולל הבטחת גישתם של בני אדם לאבחנה וטיפול יעילים באותן מחלות מדבקות אשר תורמות באופן ניכר לעליה במדדיה של תמותה ברת-מניעה ודכאון. בני אדם זכאים גם לגישה לשרותים מתאימים לטיפול בפציעות שונות.

אימה, אובדן, חוסר בטחון וגורמי לחץ אחרים הנוכחים בסכסוכים מציבים בני אדם בסכנה של מגוון בעיות פסיכיאטריות, פסיכולוגיות וחברתיות. לבני אדם צריכה להיות גישה לשרותים פסיכולוגיים וחברתיים, שנועדו להפחית דכאון נפשי, נכות נפשית ותחלואות חברתיות.

קיימת עליה בהשנות של סיבוכים קיצוניים של מחלות כרוניות, המיוחסת לאסונות. הסיבוכים הללו הם לרוב תוצאות של הפרעה בטיפול מתמשך, אולם מגוון של גורמי לחץ אחרים גם יכולים להביא להתדרדרות קיצונית של מצב רפואי כרוני. לבני אדם צריכה להיות גישה לטיפולים חיוניים במחלות כרוניות, בכדי למנוע את מותם." (פסקאות 14-24 לתצהיר מש/1)

#### 48. ההכרה בצורך להבטיח את תנאי הבסיס ההומניטריים תחת ה"מינימום" ההומניטרי

קיבלה חיזוק משמעותי נוסף בשנת 1999. דו"ח נציבות זכויות האדם של האו"ם קבע, כי יש להתחיל להשתמש בטרמינולוגיה חדשה ולדבר ולעסוק ב "Fundamental standards of humanity" תחת "minimum humanitarian standards" (ראו David Petrasek, "Moving Forward on the Development of Minimum Humanitarian Standards" 92 A.J.I.L 557-559 (1998).

49. בתשובתם המקדמית לעתירה ובתצהיר המשלים, לא יצקו המשיבים תוכן למונח "מינימום הומניטרי" אותו הגו. בתשובתם המקדמית טענו המשיבים, כי את המונח יש לפרש במינימום

שבמינימום, והגדירו את מחוייבותם לשמירה עליו ברף התחתון והנמוך ביותר, שרק פסע בינו ובין משבר הומניטרי כדוגמת התפרצות מחלות, רעב ואסונות המוניים אחרים.

50. בתצהיר המשלים התייחסו המשיבים לאופן הצריכה של דלק וסולר ברצועה. לדידם, גם השימושים החיוניים שהם עצמם הגדירו הם בבחינת "מותרות", ותפקודם השוטף והשגרתו של בתי חולים ומערכות מים וביוב אינו עולה כדי "שימוש הומניטרי". לא ניתן להסביר באופן אחר את טענתם, לפיה יש להסתפק בשאיבת מי שתיה מבארות במשך 10 שעות ביום (פיסקה 8'ד' לתצהיר המשלים), או כי "אספקת חשמל סבירה" לבתי חולים היא אספקה שפחותה מ-24 שעות ביום, 7 ימים בשבוע (פיסקה 8'ו' לתצהיר המשלים).

51. במאה ה-21, ברצועת עזה, צרכים הומניטאריים הם אספקה סדירה ומספקת של חשמל ודלק. בלי חשמל ודלק, לא ניתן לדאוג לאספקה סדירה ומספקת של מי שתייה נקיים, לא ניתן לעסוק בחקלאות (השקיית שטחי הגידול נעשית גם היא באמצעות שאיבת מים ומחשבי השקייה), לא ניתן לאפות לחם בפסי ייצור המוניים או באופן ביתי, לא ניתן להפעיל מרפאות או בתי חולים באופן סדיר, לא ניתן להפעיל בתי ספר בלי שאפשר לחמם אותם, לא ניתן לשמור תרופות בקירור בבתי מרקחת או בבתי פרטיים בלי מקררים שפועלים שעה-שעה, לא ניתן לפנות אשפה כסדרה וכך לשמור על בריאות הציבור, לא ניתן לטפל בשפכים וכך לשמור על בריאות הציבור, לא ניתן למנוע הידרדרות כלכלית עד כדי מחסור קיומי של האוכלוסיה שאינה יכולה לכלכל את עצמה.

52. פעולתם של בתי חולים או משאבות מים באופן סדיר אינם מותרות, או אף חריגה מליבת הזכות לכבוד האדם. אין אנו נמצאים במצב, שבו נדרשים המשיבים לספק משאבות מים לאוכלוסיה האזרחית ברצועת עזה, כדי שאלה ייהנו מאספקת מי שתייה. כמו כן אין אנו במצב בו נטען, שאילוצים בטחוניים קונקרטיים משבשים את האספקה.

53. אנו במצב שבו קיימים משאבות מים ומתקנים רפואיים, ישנם צוותי רפואה ואזרחים הזקוקים לטיפול, אך זה נמנע מהם בשל המגבלה שהטילו המשיבים על אספקת דלק, חשמל ומוצרים חיוניים נוספים.

54. **העותרים מבקשים, שבית המשפט הנכבד יורה למשיבים שלא לפגוע באופן מכוון** בשגרת חייהם, הקשה גם כן, של נשים, ילדים וגברים חפים מפשע ברצועת עזה. העותרים 1-2 מבקשים, כי יותר להם וליתר תושבי רצועת עזה להיות בעלי היכולת לחמם את בתיהם בחורף, לשתות, לצאת לרחובות ולא לטבוע בביוב, או להיות מסוגלים לשכב תחת שולחן הניתוחים מבלי שחלילה המכשור הרפואי יפסיק לעבוד בשל הפסקת חשמל, שהמשיבים גרמו לה במכוון.



55. המשיבים לא הציגו תוכן קונקרטי להתחייבותם האמורפית שלא לפגוע ב"מינימום ההומניטרי". המשיבים מסרבים להודות בפגיעה הקשה במצב ההומניטרי ברצועה, שהם הביאו לה על ידי צמצום מעבר הדלק לרצועה, ושתוחרף חלילה אם תצומצם גם אספקת החשמל.

56. בניגוד להחלטת בית המשפט הנכבד, בתצהיר המשלים המשיבים גם אינם מפרטים כיצד בדעתם לעקוב ולנטר את ההשלכות של פעולותיהם על תושבי רצועת עזה. נתוני המשיבים אינם מעודכנים למעלה שנתיים ימים, והם חסרי ידע או יכולת לעמוד על ההשלכות הקשות של פעולותיהם. די בזה כדי לקבוע, כי המשיבים אף אינם יכולים לעמוד בהתחייבות שלקחו על עצמם.

### סיכום חלק זה

57. המשיבים מנסים למצוא תימוכין לפעולותיהם על ידי הפיכת רעיון זכויות האדם על ראשו – במקום מחויבות להגנה ושמירה על זכויות אדם ותנאי מחייה בסיסיים, או לכל הפחות להימנע מפגיעה בהם, המשיבים פועלים בכוונה לפגוע בזכויות אדם ולדרדר את תנאי החיים הבסיסיים ברצועה.

58. המשיבים לא השכילו להצביע על תוכן המונח "מינימום הומניטרי" אותו הם הגן ועליו הם לכאורה התחייבו לשמור; המשיבים כשלו מלהצביע על המנגנונים שיבטיחו את קיומו וכשלו מלהצביע על המנגנונים שיעקבו באופן יומי אחר המצב ההומניטרי ברצועה; המשיבים לא הצביעו על מקור חוקי כלשהו שיצדיק את אמת המידה שקבעו לעצמם, והיא למנוע "משבר הומניטרי". אמת מידה זו אינה קיימת במשפט הבינלאומי, אשר מחייב הגנה על מלוא הסטנדרטים ההומניטריים, כאשר הפגיעה המכוונת בהם לעולם אינה מוצדקת.

### ג. המשיבים אינם עומדים בנטל ההוכחה המוטל עליהם

59. אין מחלוקת אמיתית ומשמעותית באשר לטענה כי צמצום החשמל והדלק פוגעת בזכויות תושבי הרצועה. פגיעות אלו מוכחות מהתצהירים שהגישו העותרים לבית המשפט הנכבד ומהדוחות השונים של ארגוני הסיוע הבינלאומיים.

60. ככל שקיימת מחלוקת, היא נוגעת בעיקר להיקף ולעוצמת הפגיעה בזכויות התושבים ברצועה.

61. בנסיבות אלה, משהוכחה פגיעה בזכויות תושבי הרצועה מוטל על המשיבים הנטל להוכיח כי למרות הפגיעה שגורם צמצום החשמל והדלק לתושבים וכי למרות שעל ידי צמצום זה מפריס המשיבים שורה של הוראות במשפט הבינלאומי, כפי שפורט לעיל, נקיטת צעדים אלו עדיין חוקית.

62. ענייננו במצב, שבו פעולותיהם של המשיבים מביאות לפגיעה בזכויות יסוד מוגנות. גם מטעם זה עובר הנטל לשכמי המשיבים ועליהם להביא את כל הראיות והתימוכין, על מנת לבסס את טענתם בדבר התקיימותה של הצדקה, שיש בה כדי להכשיר את הפגיעות הנגרמות לתושבים.

”משהוכיח הטוען – והנטל, כאמור, עליו – כי דבר החקיקה פוגע בזכות אדם המוגנת בחוק היסוד, עובר הנטל אל הטוען לחוקתיות הפגיעה. ההנחה הינה כי פגיעה בזכות אדם אינה חוקתית אלא אם כן הטוען אחרת מצליח להראות כי מתקיימים תנאיה של פסקת ההגבלה. מן הדין הוא כי הנטל להוכיח טיעון זה יוטל עליו.”

(אהרון ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (תשמ"ד) 478).

63. על המשיבים מוטל להוכיח, כי הפגיעה שנגרמה ותיגרם לתושבי רצועת עזה הינה פגיעה חוקית (לפי הוראות המשפט הבינלאומי והישראלי), שנעשית לתכלית ראויה ובאופן מידתי. לשם כך על המשיבים לשכנע כי תנאי "פיסקת ההגבלה" מתקיימים לגבי כל אחת ואחת מן ההפרות השונות להן גורם צמצום הדלק והחשמל.

64. הלכה היא כי "נטל השכנוע בדבר קיום הסתברות לסיכון בטחוני במידה המצדיקה גריעה מזכות אדם מוטל על שכם המדינה" (בג"צ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים ואח', פסקה 9 לפסק דינה של כבוד השופטת פרוקצ'יה והאסמכתאות שם). עוד נקבע, כי "טענת 'צורך בטחוני' הנשמעת מפי המדינה אינה בבחינת נוסחת קסם, אשר העלאתה מצדיקה את קבלתה ללא חקירה ודרישה" (פסקה 10, שם). יישומה של הלכה זו בענייננו מעביר אל שכמם של המשיבים נטל כבד עד מאוד להוכחת חוקיות מעשיהם וחוקיות ההחלטה נשוא העתירה וזאת לאור הצהרותיהם של שרי הממשלה אשר התייחסו להחלטה ולמטרותיה, ואמרו מפורשות כי הכוונה הינה להעניש את תושבי עזה על המשך ירי הקסאם. ניסיונם של המשיבים לשוות ארשת חוקית להחלטה, כפי שנעשה בתגובה המקדמית, אין בה כדי להשכיח ולהעלים את הכוונה האמיתית העומדת מאחורי ההחלטה.

## **פרק 2: הקיצוצים באספקה פוגעים במערכות הומניטריות חיוניות**

### **א. הפגיעה כתוצאה מהקיצוץ באספקת דלק**

65. מאז שהמשיבים הורו לחברת דור-אלון שלא לספק את מלוא הדלק שהוזמנו עבור תושבי רצועת עזה, נרשמה הידרדרות בתפקודם של מוסדות חיוניים שם. בתי חולים מתקשים לרכוש מספיק דלק והעותר 2, סגן מנהל חברת המים של עיריית החוף, נאלץ לנתק את אספקת המים לעשרות אלפי אנשים ברוטציה, בשל המחסור בסולר המזין את הגנראטורים שמפעילים את משאבות המים.

66. בתצהירם המשלים, ערכו המשיבים חישוב אריתמטי של צריכת הדלק השבועית של בארות מים, גנרטורים בבתי חולים ובמרפאות, אמבולנסים ותחבורה ציבורית ברצועת עזה. חישובי המשיבים, הנשענים על תשתית עובדתית שעל פי הצהרתם עודכנה בפעם האחרונה לפני למעלה משנתיים ימים, הינם תיאורטיים, חסרים, חלקיים, לא מדויקים ובכל הכבוד ספקולטיביים. לפי תצהיר זה, הרי שכמות הדלק אותה מתירים המשיבים כיום להכניס לרצועה, הינה מספקת לצורך השימושים "ההומניטריים".

67. לשם הטיעון בחלק זה בלבד, נאותים העותרים להניח כי בחישובים אלה יש ממש. קרי – שגם לאחר הקיצוץ שהשיתו המשיבים על תושבי רצועת עזה, כמות הדלק שנכנס לרצועה מספיקה לכשעצמה לכל השימושים ההומניטריים.

68. ברי, כי טענה זו מניחה קיומה של יד מכוונת בעלת כוח אבסולוטי, שיכולה להניח כל חבית דלק על יד גנראטור כזה או אחר. הנחה זו, שמקורה ככל הנראה בדימוי של השלטון הנוכחי ברצועת עזה, אינה מתיישבת עם המציאות ומתעלמת ממנה.

69. משק חלוקת הדלק ברצועת עזה הינו משק פרטי, והדלק המיובא לתוך הרצועה מגיע לידיהם של ספקי דלק פרטיים הפועלים בה. ספקים אלה מוכרים את הדלק לקהל לקוחותיהם, לרבות לחברת המים של עיריית החוף או לבתי החולים השונים.

70. חברת המים של עיריית החוף, למשל, מזמינה את כמות הדלק לו היא זקוקה על מנת להפעיל את מערכות המים והביוב באופן מיטבי, אולם בשל המחסור הכללי בדלק ברצועה, הזמנתה לא נענית במלואה.

"אנו עדיין חווים קשיים בקבלת כמות הסולר הנחוצה לאפשר המשך פעילות תקינה של מערכות המים והביוב. ספק הדלק הפרטי ממנו אנו קונים דלק אינו יכול לקנות מספיק סולר, כך שאנו מקבלים כמות הקטנה מהכמות לה אנו זקוקים וגם זאת באיחור" (סעיף 13 למש/2).

71. ארגון הסיוע הבינלאומי אוקספאם מזהיר, כי המחסור בדלק מונע מכ-225,000 אנשים גישה מספקת למי שתייה. כך עולה מדו"ח שהוציא הארגון ביום 20.11.2007.

72. בהודעה, מזהיר ארגון אוקספאם שהשיבושים באספקת המים גורמים למצב, בו תושבי עזה רוכשים מים ממקורות בלתי רשמיים, אשר אינם מקפידים על איכות המים בצורה מספקת ובכך, נשקפת סכנה לבריאותם של התושבים. כן מזהיר הארגון, כי מערכת המים הינה פגיעה מאוד, בין היתר בשל הקושי בהכנסת חלקי חילוף:

"The water and sewage system is already very vulnerable because of severe restrictions on the entry of goods into the Gaza Strip. CMWU is experiencing severe shortages of spare parts, and other materials necessary for repairs and preventive maintenance, which have been repeatedly denied access by the Israel Defense Forces since June 2007"

73. הארגון הבינלאומי מוסיף ומזהיר, כי בחורף יגדל הצורך בדלק כללי, וככל שתקוצץ אספקת החשמל, כך תוגבר התלות בדלק (מש/3).

74. מאז הקיצוץ באספקת הדלק לעזה, נאלץ העותר 2 לנתק מים לעשרות אלפי תושבים לסירוגין, כאשר כמעט כל יום, אזור נוסף נפגע. לדברי העותר 2:

"אזור רפיח סובל מהפסקות חשמל של כשעתיים מדי יום, ושעתיים נוספים של תת-מתח, בין השעות 9:00-7:00. כך שבארות המים ותחנות הביוב באזור רפיח תלויים בגנראטורים הפועלים על סולר למשך ארבע שעות ביום.

ב-22 לנובמבר, ב-6 בארות מים באזור רפיח, המשמשות 100,000 איש, אזל הסולר, כך שמאותו יום (ובימים שבאו אחריו) האנשים באזור זה לא קיבלו מים במשך 4 שעות ביום. רק ב-25 לנובמבר הצלחתי להשיג כמות קטנה של סולר עבור 6 בארות אלה, דרך המועצה המקומית. הסולר שקיבלנו מספיק להפעלת הבארות למשך יומיים. משמע כי ב-27 לנובמבר הן שוב יחדלו מלפעול (למשך 4 שעות מדי יום) במידה ולא אצליח להשיג כמות מספקת של סולר מהספק שלי" (סעיפים 16-17 למש/2).

75. למשך שלושה ימים, 100,000 תושבי רפיח אינם מקבלים מים נקיים במשך ארבע שעות ביום ובייחוד בשעות הבוקר בהם מבקשים להתרחץ, לצחצח שיניים ולעשות פעולות בסיסיות יומיומיות אחרות בדרכם לבתי ספר ולמקומות עבודה.

76. באזור העיר עזה, שתי בארות מים הפסיקו לפעול בשל המחסור בדלק, כך שבעת כתיבת שורות אלה, לתושבים מנותקת אספקת המים למשך 10 שעות ביממה:

"ב-22 לנובמבר אזל הסולר ל-2 בארות מים באזור העיר עזה ועד היום לא הצלחתי לרכוש את הדלק הדרוש להפעלת אתן בארות. אזור העיר עזה סובל מ-4 שעות בקירוב של הפסקות חשמל ביום בנוסף ל-6 שעות של תת-מתח מדי יום. סך הכל 10 שעות במהלכן יש להפעיל בבארות את הגנרטורים הפועלים על סולר. עד היום, טרם הצלחתי לספק סולר לאותן בארות, המשרתים 20,000 איש, משמע שאותם אנשים לא יקבלו מים במשך 10 שעות ביום" (סעיף 21 למש/2).

וכך המצב במקומות נוספים בעזה, כאשר בכל יום נסגרות בארות נוספות, הנפתחות רק לאחר שמושגת כמות נוספת של דלק (סעיפים 16-24 למש/2).

77. גם מערכת הבריאות זקוקה לדלק ונפגעת מהשיבוש באספקתם. בית החולים "שיפא" נזקק בתחילת החודש באופן דחוף ל-10,000 ליטר סולר נוספים, על מנת להפעיל את מערכת הניקוי והחיתוי. ברם, בשל המחסור הכללי בדלק ברצועה לו גרמו המשיבים, לא קיבל בית החולים את כל הזמנתו (ראו סעיפים 6-12 לע/\*), גם כאשר ביקש ארגון הסיוע UNRWA לתרום כמות זו. UNRWA נהג לייבא מפעם לפעם מיכל דלק לעזה באמצעות מיכליות דרך מעבר קרני, אולם מאז סגירת מעבר קרני ביום 12.6.2007 נאלץ הארגון לרכוש דלק דרך ספקים פרטיים.

78. מנהל בית החולים שיפא, ד"ר כלאף, מסביר בתצהירו את השלכות הקיצוץ בדלק. המחסור בדלק גרם **לשיתוק מכונות הכביסה והסטריליזציה למשך יום וחצי** ומחסור בסדינים נקיים עבור החולים בבית החולים, שהוא הגדול ביותר ברצועה:

"משרד הבריאות ברמאללה רוכש את הדלק עבור בית החולים דרך ספק פרטי בעזה, עמו יש להם חוזה. עם זאת, כאשר איננו מקבלים מספיק דלק בדרך זו, אנו מנסים להשיג אספקה נוספת על-ידי שימוש בתרומות ורכישה באמצעות קבלנים פרטיים בעזה.

מאז אמצע נובמבר אנו חווים עלייה בתכיפות הפסקות החשמל באזור, עד ל-3 שעות בממוצע מדי יום. העלייה בתכיפות הינה הדרגתית ונעוצה בעובדה שהחורף החל. במהלך החורף, כאשר הביקוש לחשמל עולה תדירות הפסקות החשמל עולה גם היא. מכאן שהתלות שלנו בסולר גוברת.

ככלל, עתודות הדלק עבור הגנרטורים של בית החולים צריכה לעמוד על כמות של 56,000 ליטר, המתחלקים בין המערכות השונות. אך רק לעיתים נדירות יש ברשותנו כמות זו.

ב-8 לנובמבר אזל מלאי הסולר עבור מכונות הכביסה וכתוצאה מכך לא יכולנו להפעילן למשך יום וחצי. לא היה באפשרותנו להעביר סולר ממקומות אחסון אחרים בבית החולים, מאחר והמערכת בנויה באופן שאינו מאפשר להעביר סולר ממערכת אחת לאחרת. לא יכולנו לכבס את הכביסה היומית והתקשינו לספק סדינים נקיים לחולים. בית החולים שיפא הינו בית חולים, ושיתוק מכונות הכביסה למשך יום וחצי משליך באופן משמעותי על איכות הטיפול שאנו מעניקים לחולים, במיוחד בהקשר להיגיינה וסניטציה.

מערכת מכונות הכביסה של בית החולים שיפא גם משמשת בתי חולים נוספים, קטנים יותר, וקליניקות באזור.

תפעול מערכת הסטריליזציה בבית החולים תלויה בפעולת מכונות הכביסה, מאחר והיא פועלת על הקיטור היוצא מחדר הכביסה.

כאשר אזל לנו הסולר ב-8 לנובמבר, אונר"א הודיעה לנו כי ירכשו עבורנו 10,000 ליטר סולר מהספק הפרטי איתנו הם עובדים. אך כיון שלספק הפרטי איתנו אונר"א עובדים לא היה מספיק סולר כדי לספק את ההזמנה במלואה, קיבלנו רק 3,000 ליטרים של סולר" (סעיפים 6-12 למש/4).

79. מדברים אלה עולה, כי גם פעילותו של ארגון UNRWA, ארגון הסיוע המרכזי של האו"ם ברצועת עזה, מושפעת לרעה ממדיניות המשיבים וגם ארגון זה לא יכול להשיג את כל כמות הדלק לו הוא זקוק, לצורך קיום תוכניותיו ההומניטריות.

80. הסיבה לכך ברורה, ונעוצה בכללי השוק החופשי – במקום שבו יש מחסור, לא ניתן לשלוח באופן מלא בתפוצת מוצרים, גם לא במוצרים הומניטריים. במצב לכאורה אידיאלי, הרי שניתן היה להניח שכל המצרכים ההומניטריים יגיעו בראש ובראשונה לאלו הזקוקים לכך ביותר. ברם, אין זה כך ומשק הדלק ברצועת עזה אינו עובד לפי כללים רולסיאניים של צדק חלוקתי.

81. מצב דומה שרר, עם השינויים וההבדלים המתבקשים, במדינת ישראל בתקופת הצנע. גם אז היה מחסור במצרכים חיוניים, אך למרות קיומו של שלטון ריבוני מרכזי ולמרות ההכרה בצורך לעזור בראש ובראשונה לאלו הזקוקים לכך, כללי השוק הכתיבו התנהלות מסוימת ליצרנים ולספקים – ולמרות שיטת הקיצוב שהונהגה, עדיין היו כאלה שסבלו פחות.

82. כך גם ברצועת עזה – לא ניתן לשלוח בתוצאות הקיצוץ בייבוא דלק או אספקת החשמל. גם אם אריתמטית נראה כי "המצב ההומניטרי" לא יפגע, הרי שלא ניתן לחזות זאת. יתר על כן, העותרים טוענים כי השירותיים החיוניים נפגעו וימשיכו להיפגע. **זו התוצאה הבלתי נמנעת של מחסור במוצר חיוני.** קל לקצץ, אך קשה לצפות את ההשלכות.

83. למשיבים אין דרך לנטר את הפגיעה שהם גורמים באופן מכוון, וכל שעלה בידם עד כה הוא להראות לבית המשפט הנכבד, שאם הייתה קיימת בעזה מערכת חלוקה מושלמת, "רק" אזרחים מן השורה היו נפגעים (שלדידי העותרים גם פגיעה זו מנוגדת לדין). גם בישראל, כמו גם בכל מקום בו קיים פער בין הביקוש לבין היצע השיבוש שאמור "רק" לפגוע באזרחים מן השורה – פוגע במערכות ההומניטאריות הבסיסיות ביותר.

84. המשיבים טענו, שהקיצוץ בדלק הינו הפיך. עד כה, למרות הפגיעה במערכות חיוניות בעזה, ההיפוך לא התרחש, והמשיבים מוסיפים לאיים להחריפו על ידי מימוש ה"שלב שני" בהחלטתם.

85. עד מתי יתעלמו המשיבים מהקריאות של תושבי עזה, של המוסדות החינוכיים בעזה ושל הארגונים הבינלאומיים, שנלחמים על האפשרות לקיים חיים תקינים ולשמור על הבריאות, הרווחה והסדר הציבורי? כמה זמן יעסקו המשיבים באריתמטיקה תיאורטית של ענישה, בעוד שבשטח אנשים נענשים ונפגעים?

## **ב. האיום בקיצוץ באספקת חשמל**

86. לא רק שהמשיבים אינם מקיימים את התחייבותם להימנע מלפגוע במערכות החינוכיות בעזה, אלא הם מחריפים את הפגיעה ומודיעים כי יקצצו גם בחשמל, החל מיום 2.12.2007.

87. ככל שצמצום אספקת הדלק הינו צעד פוגעני – צמצום אספקת החשמל חמור עוד יותר.

88. כבר היום, ומאז הפצצת תחנת הכוח המקומית על ידי חיל האוויר בשנת 2006, רצועת עזה נמצאת במצב של מחסור בחשמל, אשר מחייב את חברת חלוקת החשמל בעזה (להלן: "GEDCO") ליזום בלית ברירה הפסקות חשמל של מספר שעות ביום.

*תצהירו של מר נדל טומאן, מהנדס ומנהל פרויקט ב- GEDCO מצ"ב ומסומן מש/5.*

89. לדברי מר טומאן:

"מאז יוני 2006, בעקבות הפצצת תחנת הכוח של עזה אשר גרמה להרס כל ששת השנאים בתחנת הכוח, אנו מצויים במצב תמידי של מחסור. בתוך מספר דקות, ההפצה השמידה 43% מסך כל יכולת ייצור החשמל של עזה. נכון להיום, לאחר תהליך ממושך של שיקום תחנת הכוח, התחנה מסוגלת לייצר עד ל-60 מגה-וואט לעומת יכולת ייצור החשמל של 90 מגה-וואט, עובר ליוני 2006.

כיום, סך אספקת החשמל לעזה מכל מקורות האספקה יחד הוא 190-193 מגה-וואט, אך בפועל עזה זקוקה ל-237 מגה-וואט. אנו כבר סובלים ממחסור חמור בחשמל ומאז שישראל הרסה את תחנת השנאים המקומית מתמודדים עם מצב מתמיד של מחסור" (סעיפים 6-7 למש/5).

90. עצם הצורך ליזום את הפסקות החשמל מסכן חיי אדם, זאת כיון שניתוק החשמל מחייב הפעלת שנאי ניתוק, שאינם מיועדים לשימוש יומיומי. במצב תקין, שנאי ניתוק אמורים להיות מופעלים פעם בשנה, אולם המחסור בחשמל מחייב את GEDCO להחליף אותם עד ארבע פעמים ביום, חרף הסכנה הכרוכה בפעולה זו. בארבע שנים האחרונות, נהרגו חמישה טכנאים ונפצעו 45, עת שפעלו בהחלפת שנאי הניתוק. ככל ש- GEDCO ייאלץ ליזום יותר הפסקות חשמל, כך תגבר הסכנה לטכנאים (סעיף 10 למש/5).

91. הפסקות החשמל התכופות פוגעות בתפקודם של מערכות חינוכיות בעזה, וזאת משום שהתשתית בעזה אינה מאפשרת הבחנה בין ניתוק מערכות חינוכיות לבין ניתוק חשמל

לאזרחים מן השורה. מר טומאן מסביר מדוע לא ניתן ליזום הפסקות חשמל, מבלי לפגוע בבתי חולים ובמערכות אחרות:

"על מנת להתמודד עם המחסור בחשמל ברצועה, אנו נאלצים לבצע הפסקות חשמל יזומות. מדי יום אנו מפסיקים את זרימת החשמל למשך מספר שעות לאזורים שונים ברצועת עזה.

אנו מפסיקים את החשמל על ידי ניתוק קווים ראשיים באזורים מסוימים, על מנת שיהיה באפשרותנו לספק חשמל באופן תקין ליתר האזורים. קווי חשמל ראשיים משמשים בתי חולים, בארות מים, תחנות שאיבה, מפעלי טיהור שפכים, בתי-ספר, בתי מרקחת ומרפאות מקומיות, כמו גם בתי מגורים ובניינים רגילים. מאחר וקווי החשמל הראשיים משרתים הן תשתיות חיוניות והן בניינים רגילים ללא אבחנה, כאשר אנו מנתקים את החשמל בקווים הראשיים, בלית ברירה אנו מנתקים את זרימת החשמל גם לתשתיות ציבוריות חיוניות" (סעיפים 8-9 למש/5).

92. חברת החשמל בעזה נאלצה להתמודד עם המחסור שנגרם כתוצאה מהריסת תחנת השנאים ביוני 2006, וכך היא תיאלץ להתמודד עם מחסור חריף יותר, באם המשיבים יממשו את איומם לצמצם את האספקה. תוצאה זו, הינה וודאית ובלתי נמנעת. לדברי מר טומאן:

"האופן בו מערכת החשמל בעזה בנויה, אינו מאפשר טכנית להבחין בין מערכות הומניטריות חיוניות לבין צרכני חשמל אחרים. לא קיימת רשת קווי חשמל משולבת בעזה, מערכת קווי החשמל בעזה היא מערכת רדיאלית ולא מערכת מעגלית. משמעות הדבר היא, שלא ניתן להפסיק את אספקת החשמל לקו משני הניזון מהקו הראשי – ניתן רק לנתק את החשמל לקו הראשי. כך שטכנית לא ניתן להפחית את אספקת החשמל לעזה מבלי לכפות הפסקות חשמל לשירותים חיוניים, מאחר והקיצוץ יגרום בהכרח להפסקות חשמל לקווים ראשיים המשרתים, בין היתר, בתי חולים, בארות מים, בתי ספר, כמו גם בניינים רגילים ללא הבחנה" (סעיף 13 למש/5).

93. מר טומאן מפרט את המערכות שייפגעו כתוצאה מצמצום אספקת החשמל על ידי המשיבים:

"המערכת משתמשת ב-730 שנאים של מתח נמוך, אשר כל אחד מהם שולט באספקת חשמל לכ-2000 אנשים בקירוב. כל אחד משנאים אלה עשוי לשלוט גם בזרימת החשמל לבתי חולים, משאבות של מי שתיה, מתקני טיהור למי שתיה, משאבות ביוב, מתקני טיהור למי שופכין, מרפאות, בתי-ספר ותשתיות או שירותים חיוניים נוספים. כל משתמשי החשמל מקבלים חשמל דרך מערכות אספקת החשמל הציבוריות; לא קיימות מערכות נפרדות או מוגנות המספקות חשמל לתשתיות ושירותים חיוניים".

...

"במידה ותופחת אספקת החשמל מישראל, נאלץ להגביר את תדירות הפסקות החשמל היזומות ואת אורכן, כך שמשך הזמן בו תשתיות חיוניות ותושבים יוותרו ללא חשמל יתארך. מבחינה טכנית, לא קיימת אפשרות לספק חשמל במתח נמוך בקווים הראשיים: אפשר או לספק חשמל או שלא. התוצאה של הפחתת אספקת החשמל תהיה שעות רבות יותר, בהן מערכות חיוניות והאוכלוסייה בעזה יוותרו ללא חשמל" (סעיפים 12 ו-14 למש/5).



94. במיוחד, מדגיש מר טומאן את תלות מערכת המים באספקה סדירה של חשמל:

"בעזה, מחסור בחשמל משמעו מחסור במים. ללא אספקת חשמל לבתים, תושבי עזה אינם יכולים לקבל מים זורמים בביתם. אספקת חשמל אל אזורים מאוכלסים הינה הכרחית, על מנת שהתושבים יוכלו לקבל מים נקיים וכדי לאפשר שאיבת הביוב" (סעיף 16 למש/5).

95. **צמצום אספקת החשמל יביא, באופן וודאי ובלתי נמנע, לצמצום אספקת מים נקיים לתושבי**

**עזה, אשר אינם יכולים לשאוב את המים לבתיהם ללא חשמל.** מר טומאן מצרף תרשים המראה את הצורך בזרימת חשמל בכל שלב של שאיבת המים וטיהורם. בלי חשמל לבתיהם של תושבי עזה, אין הם יכולים לקבל מים נקיים.

96. כמו כן, ככל שיקוצץ החשמל כך תגביר תלותם של תושבי הרצועה בדלק לצורך הפעלת גנרטורים. דה עקא, שהמשיבים קיצצו גם את כמות הדלק שנכנסת לרצועה, קיצוץ שגרם למחסור ולעליית מחירים.

97. מנהל בית החולים שיפא מסביר כיצד הפסקות החשמל משבשות את האפשרות להעניק טיפול רפואי ואף מסכנות את החולים:

"אנו תלויים באספקת חשמל לצורך תפעול בית החולים. במקרים של הפסקות חשמל, בית החולים משתמש בגנרטורים לשעת חירום, שפועלים על סולר. הגנרטורים זקוקים לפרק זמן של עד 1.5 דקות כדי להתחיל לפעול, פרק זמן שבמהלכו למרבית המערכות אין חשמל. ברשותנו מכשירי אל פסק (UPS) המאפשרים מידה מוגבלת של גיבוי למערכות קריטיות.

במהלך הפסקות חשמל, בית החולים פועל באופן משובש. העיכובים בטיפול יוצרים מצבור מטופלים ומפריע לטיפול בהם. כאשר ישנו עיכוב או בעיות בתפקוד הגנרטורים, חייהם של חולים נמצאים בסכנה גדולה" (סעיפים 3-4 למש/4).

ככל שיגדל מספר השעות בהן יתרחשו הפסקות חשמל, כך תיפגע עוד יותר פעילותו של בית החולים.

העותרים מבקשים להפנות גם לתצהירו של העותר 1, שצורף לעתירה וסומן "ע/2", בו הוא מסביר כיצד הפסקות החשמל פוגעות באפשרותם של תושבים מהשורה להשתמש במכשירים רפואיים ביתיים, לקרר מזון ותרופות ולהשתתף בלימודים ובעבודה.

### **ג. פגיעות המערכות בעזה - חוסר האפשרות לקבל ציוד וחלקי חילוף**

98. את הפגיעה במערכות החיוניות בעזה, יש להבין על רקע מדיניותם של המשיבים, הכוללת סגירה מוחלטת של מעבר קרני ומניעת כניסתם של ציוד, בטון וחלקי חילוף וכן המחסור הקיים בחשמל בעזה, הנובעת בעיקר מהפצצת תחנת הכוח המקומית ביוני 2006.

99. מאז יוני 2007, פועלות המערכות על מתכונת חירום. ללא ביטון, חלקי חילוף וציוד אחר, לא ניתן לבצע תיקונים, להרחיב מערכות, לתחזק ולשקם. לדברי העותר 2:

"מערכות המים והביוב בעזה הפכו פגיעות יותר ויותר מאז שישראל הרסה את ששת השנאים של תחנת הכוח בעזה ביוני 2006. במהלך 16 החודשים האחרונים, הסתמכנו במידה רבה על גנראטורים לגיבוי. הסתמכות זאת האיצה את שחיקת המערכת והגבירה את הצורך והשימוש בחלקי חילוף. בשל הסגר איננו יכולים להכניס את חלקי חילוף אל תוך רצועת עזה. בשל כך חלקי חילוף רבים הנחוצים למערכת אזלו מהמלאי.

...

בנוסף למחסור החמור בחלקי חילוף, מלט כלל לא נכנס אל תוך רצועת עזה. לאור זאת נאלצנו לעצור את כל הפרויקטים לפיתוח שלנו, פרויקטים החיוניים כדי למנוע אסונות העלולים לסכן חיי אדם, כפי שקרה במרץ 2007, כאשר חמישה אנשים מתו כשמתקן אגירת ביוב הציף את הכפר הבדואי אום נסאר. יש צורך במלט, על מנת לתמוך במאגרי הביוב, במאגרי המים, בפירים, בבארות מים חדשים וכדומה". (סעיפים 5 ו-8 למש/2).

100. החשש מפני קריסה עומד לנגד עיניו של העותר 2, שיודע כי המערכת עליה הוא אחראי אינה מתוחזקת בצורה תקינה לאור חוסר האפשרות לייבא חלקי חילוף, מלט וחומרים נוספים:

"שמירה על מערכות מים וביוב במצב תקין תלויה בנגישות לחומרים כגון מלט ודלק ולחלקי חילוף. אנו נאבקים על מנת להמציא פתרונות יצירתיים אד-הוק כדי להתמודד עם המשבר, במקום לפתור את הבעיות באופן קבוע ובאמצעים יעילים וזולים יותר. זאת מאחר ופתרון שכזה דורש חומרים הממתינים בצד הישראלי של הגבול" (סעיף 11 למש/2).

העותר 2 מביע את דאגתו, כי ללא שיפור במצב מערכת המים והביוב, החורף עשוי להביא סיכונים נוספים וקשים:

"עם הגיע החורף, אנו חוששים כי המערכת במצבה הנוכחי לא תוכל לתפקד באופן תקין ולהתמודד עם הצרכים, כמו גם עם המשברים הצפויים להתרחש במהלך החורף. לדוגמא, כבר כעת אנו מתמודדים עם בעיות הקשורות למפלט הגבוה של מי הביוב במתקני אגירת הביוב. עם הגיע החורף נצטרך להתמודד עם השפעות הגשם על גדות החול של הבריכות. כן קיים סיכון, כי מי הביוב יעלו על גדותיהם והביוב יציף את הבתים ויזהם את האקוויפר ואת בארות המים המספקות את רוב מי השתייה.

...

לא ניתן להפריז בסיכון למצב הסניטארי ולבריאות התושבים הנגרם בשל המחסור בדלק ובחלקי החילוף (סעיפים 12 ו-25 למש/2).

101. מנהל בית החולים שיפא נותן ביטוי לחשש דומה:

"המחסור שכבר קיים בחשמל, דלק, תרופות, וציוד פוגע ביכולתנו להעניק טיפול נאות לפציינטים שלנו. בית החולים שלנו נמצא במצב פגיע ואינו ערוך כלל להתמודדות עם קיצוצים נוספים" (סעיף 15 למש/4).

### **פרק 3: משמעות שליטה בחיי היום יום של תושבי עזה - אחריות**

102. עד כה, השיבו העותרים לטענתם של המשיבים, לפיה הם אינם פוגעים בתושבי רצועת עזה "יתרה על הנדרש". כאן, יטענו העותרים כי במצב בו המשיבים שולטים בגבולותיה של עזה ובמרכיבים עיקריים מהחיים שם, כל הגבלה מכוונת באספקה, שאינה נובעת מאילוץ בטחוני קונקרטי, הינה פסולה, וזאת ללא קשר לרמת הפגיעה הנגרמת לאוכלוסייה האזרחית. גם אם פעולותיהם של המשיבים לא היו פוגעים במערכות חיוניות בעזה, הן אסורות בצורה מוחלטת, משום שהם מועלים בחובותיהם של המשיבים כלפי תושבי עזה ובאיסור החל על הענשתם.

103. העותרים יטענו, כי השליטה שמפעילים המשיבים על תושבי עזה מטילה עליהם חובות, מכוח דיני כיבוש, האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות אדם וכן מכוח הדין הישראלי, ובייחוד בנושא העברת מוצרים ואספקת דלק וחשמל. כן, מערכות דינים אלה אסורות על הפגיעה המכוונת באזרחים.

### **א. על פעולותיהם של המשיבים חלים דיני הכיבוש במשפט הבינלאומי**

#### **1. שליטתם של המשיבים על רצועת עזה עולה לכדי "שליטה אפקטיבית"**

104. מטיעוניהם של המשיבים, ניתן היה להבין שרצועת עזה היא מדינה זרה, שלמשיבים אין כל קשר אליה ואין כל התערבות בענייניה. המצב אינו כך.

105. רצועת עזה איננה מדינה זרה. רצועת עזה איננה מדינה. לא בידי המשיבים להכריז על רצועת עזה ככזו, והעותרים מתקשים להאמין שהמשיבים מבקשים לעשות כן, על כל המשתמע מכך, הגם שכך נכתב בתגובתם לא פעם.

106. רצועת עזה הינה שטח כבוש עליה מפעילים המשיבים שליטה ובמיוחד – שליטה על גבולות ועל אפשרותם של תושבי עזה לייבא מוצרי דלק, חשמל וסחורות מכל מקור שהוא, ואין נפקא מינה אם תושבי עזה מבקשים לייבא דרך הים, דרך המרחב האווירי, דרך הגבול עם מצרים או דרך הגבול עם ישראל. הכל כפי שיתואר להלן.

#### **השלכת ביצוע "תוכנית ההתנתקות" על שליטתם האפקטיבית של המשיבים ברצועת עזה**

107. בניגוד לטענת המשיבים, תוכנית "ההתנתקות" לא סיימה את משטר הכיבוש של ישראל ברצועת עזה, אלא הסירה מרכיבים מסוימים של שליטה, כאשר מדינת ישראל מוסיפה להטיל שליטה אפקטיבית על רצועת עזה באמצעות רכיבים אחרים.

108. שליטתה של ישראל ברצועת עזה, בתקופה שלאחר ה-12.9.2005 מתבטאת במספר מישורים, והם בעיקר: שליטה במעבר סחורות, שליטה במעברי היבשה, שליטה במרחב האווירי ובמים הטריטוריאליים, שליטה במערכת המיסוי ברצועת עזה, שליטה במימון שירותים ציבוריים, ושליטה במרשם האוכלוסין הפלסטיני, המשותף לעזה ולגדה המערבית.

### שליטה במעבר סחורות

109. כניסת סחורות לתוך רצועת עזה הייתה ונותרה בשליטה ישראלית מלאה, גם לאחר ביצוע תכנית ההתנתקות וגם לאחר השתלטות תנועת החמאס על השלטון הפנימי ברצועת עזה. ייצוא הסחורות מרצועת עזה נשלט במידה ניכרת על ידי ישראל.

110. הכנסת סחורות לעזה מתבצעת דרך המעברים עם ישראל, כאשר המעבר המסחרי העיקרי, מעבר קרני, שהוא עורק החיים של רצועת עזה, סגור מאז יום 12.6.2007. על פי ההסכם בדבר תנועה וגישה (נובמבר 2005), דרך מעבר רפיח לא ניתן לייבא סחורות, אך קיימת אפשרות לייצא דרכו. ברם, אפשרות זו טרם מומשה ובנסיבות הנוכחיות בהן המשיבים אינם מאפשרים את פתיחת המעבר, ייצוא סחורות דרכו אינו בר ביצוע.

111. מעבר סחורות מרצועת עזה ואליה מתבצע אך ורק דרך המעברים שבין ישראל לבין רצועת עזה, המצויים בשליטה מלאה של ישראל. בידי המשיבים הסמכות להורות על פתיחתם וסגירתם של מעברים אלה וכן לקבוע, מה יעבור בהם לכשייפתחו.

112. ישראל גם אינה מאפשרת הוצאת סחורות והכנסתן לרצועת עזה דרך הים או באמצעות כלי טייס, והיא אוסרת על כל תנועה אזורית בשמי עזה ובמים הטריטוריאליים שלה.

113. ישראל שלטה וממשיכה לשלוט במעטפת של רצועת עזה, ושליטתה זו מורגשת על ידי תושבי הרצועה יום-יום ושעה שעה. כך לאחר ספטמבר 2005, כך גם לאחר יוני 2007. תושבי רצועת עזה שייכים לאותה "מעטפת המכס" יחד עם ישראל והגדה המערבית, בהתאם להסכמים הכלכליים שנחתמו במסגרת הסכם הביניים הישראלי-פלסטיני.

114. אולם, בחודש יוני 2007 מחקה מדינת ישראל את קוד המכס של רצועת עזה ממחשביה. מר ראובן מלצר, סגן ראש מינהל המכס, כתב בתאריך 17.6.2007 כי "אין לשחרר מטענים המיועדים לרצועה עד להודעה חדשה. הגשת רשמוני שחרור לעזה תחסום מיחשובית".

*מכתבו של מר ראובן מלצר למר ברי פינטור, מנכ"ל ארגון הגג של סוכני המכס והמשנעים הבינלאומיים מיום 17.6.2007 מצ"ב ומסומן מש/6.*

115. המשיבים אינם מתירים ואינם מאפשרים לתושבי רצועת עזה לייבא סחורה בכל דרך שהיא ומאפשרים להם לקבל משלוחי סחורות הומניטריות – רק דרך ישראל ורק מוצרים שכבר יובאו לישראל ולחילופין – מוצרי תרומות שאינם מחויבים במכס ובמע"מ. לתושבי עזה אין דרך לקנות מוצרים מהעולם החיצון אלא רק מישראל או הגדה המערבית (בשל מחיקת קוד המכס) ואין להם דרך להכניסם פיזית לתוך רצועת עזה – אלא דרך המעברים הנשלטים ישירות על ידי המשיבים.

116. מאז יוני 2007 עושים המשיבים שימוש בשליטה זו להגביל, באופן קיצוני, את הכנסת החומרים לרצועת עזה ובחודש אוקטובר 2007 בממוצע, נכנסו לעזה כ-74 משאיות ליום, לעומת 253 משאיות ליום בממוצע, שנשרמו בחודש אפריל 2007, לפני הטלת ההגבלות. בשל כך, הכלכלה בעזה קורסת, 85% מהמפעלים נסגרו, 95% מפרויקטים של בניה הוקפאו (בשל חוסר האפשרות לייבא חומרי גלם ובמיוחד בטון) ונרשמה עלייה תלולה במחירים.

לפרטים ראו את הדו"חות של משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטאריים ובייחוד "דו"ח מצב הומניטרי, רצועת עזה", מיום 6.11.2007. הדו"ח זמין באתר האינטרנט, [www.ochaopt.org](http://www.ochaopt.org) :

[http://www.ochaopt.org/documents/Gaza\\_Situation\\_Report\\_October\\_2007\\_Hebrew.pdf](http://www.ochaopt.org/documents/Gaza_Situation_Report_October_2007_Hebrew.pdf)

117. ההגבלות על כניסת חומרי גלם פוגעות גם באפשרותן של המערכות החיוניות לתפקד באופן נאות. העותר 2, סגן מנהל חברת המים של עיריית החוף, תלוי בהסמכת המשיבים על מנת לקבל חלקי חילוף לתפקוד מערכת המים והביוב, וההגבלות שמוטלות על כך מקשות עליו מאוד.

118. לדברי העותר 2 :

"...חלק מאותם חלקי חילוף הוזמנו מישראל וחלק ממדינות אחרות והחלקים ממתניים במחסנים לאישור הצבא. שותפינו הבינלאומיים ניסו בששת החודשים האחרונים להכניס חומרים אלה לתוך רצועת עזה אך בשל סגירת מעבר קרני, הדבר לא צלח" (סעיף 6 למש/2).

119. האפשרות של חברת חלוקת החשמל ברצועת עזה לתפקד, לבצע תיקונים, להרחיב את רשת האספקה ולתחזק את הקווים מוגבלת מאוד, בשל חוסר האפשרות לקבל חלקי חילוף וחומרי בנייה.

לדברי מר טומאן :

"בשל הסגר על גבולותיה של עזה וההגבלות על כניסת טובין, אנו חווים מחסור חמור של חלקי חילוף. מאז חודש יוני קיבלנו רק 12 שנאי מתח נמוך תרומה ממשלות נורבגיה ושוודיה, שיובאו מטורקיה, שמהווים רק חלק קטן מהכמות לה אנו זקוקים. על פי רוב אנו עובדים עם ספקים מקומיים ומספר ספקים זרים, אך מאז שמעבר קרני נסגר איננו יכולים לרכוש חלקי חילוף.

...

המחסור בחלקי חילוף וחוסר הוודאות בנוגע לעתיד אילצו אותנו להפסיק את כל הפרויקטים לפיתוח, שיפור ושיקום המערכת, לנסות ולהשתמש במעט חלקי חילוף ככל הניתן, והיכן שאפשר להשתמש בחלקים משומשים ומשופצים. אנו מבצעים רק תיקוני חירום ולא יותר; לא ניתן עוד לבצע תחזוקה יעילה של המערכות.

בשל המחסור בחלקי חילוף והמחסור המוחלט של מלט בעזה, שהכנסתה לעזה נאסרה על ידי הצבא הישראלי, איננו יכולים להרחיב רשתות קווי חשמל קיימות, לחבר צרכנים חדשים, ולבצע טיפולי תחזוקה הולמים של מערכת החשמל בעזה, בכלל זה התקנת עמודי חשמל ושנאים" (סעיפים 22, 24 ו-25 למש/5).

120. לא ניתן להכניס לעזה דלק, אלא דרך החברה הפרטית "דור אלון", שהמשיבים מאפשרים לה להעביר דלק, בכמות מוגבלות, דרך נחל עוז. לדברי העותר 2:

"אני יכול להשיג דלק רק מספקים הרוכשים את הדלק מהחברה הישראלית, דור אלון. אינני יכול לרכוש דלק (מחברה אחרת ולהביא את הדלק) דרך האוויר, הים או הגבול עם מצרים בשל האיסור על כניסת טובין אל רצועת עזה בדרכים אלה. כמו כן, מאז יוני 2007 ישראל אינה מתירה להכניס דלק אל תוך רצועת עזה על משאיות דרך מעבר קרני" (סעיף 15 למש/2).

### שליטה במעברי היבשה-נוסעים

121. בין רצועת עזה לבין ישראל קיים מעבר נוסעים עיקרי אחד והוא מעבר "ארז". מעבר זה נשלט באופן בלעדי על ידי המשיבים, והם המחליטים למי יותר להיכנס ולמי יותר לצאת מרצועת עזה.

122. בין רצועת עזה לבין מצרים קיים מעבר נוסעים עיקרי אחד והוא מעבר "רפיח". בין מעבר רפיח לבין מדינת ישראל אין קשר גיאוגרפי, אולם למשיב 2 "סמכות ווטו" על פתיחת המעבר. סמכות שהמשיב 2 הפעיל עובר ליוני 2007 חדשות לבקרים (ובתקופה שבין יוני 2006 ליוני 2007 מעבר רפיח היה סגור לתנועה במשך 80% מהזמן). מאז 9.6.2007 מתנגד המשיב 2 להפעלתו של מעבר רפיח לתנועה, וכך נחסמה דרכם של תושבי רצועת עזה ובני אדם אחרים להיכנס ולצאת מהרצועה בלי לעבור דרך שטח ישראל.

123. סגירת גבולותיה של עזה על ידי המשיבים הינה בעלת משמעות אדירה עבור תושבי עזה, אשר כלואים בתוך עזה ללא אפשרות לצאת ללימודים, לחזור למקומות עבודה בחו"ל, לקבל טיפול רפואי במצרים ובמדינות אחרות, להתאחד עם בני משפחותיהם ולאלה שנמצאים מחוץ לעזה – לחזור הביתה.

124. השליטה במעבר אנשים ובייחוד השליטה המוחלטת בכניסתו של כל מי שאינו בעל תעודת זהות פלסטינית שמאושרת על ידי המשיבים, משליכה גם על פיתוח המערכות האזרחיות

בעזה. למשל, אנשי מקצוע זרים ובייחוד ממדינות ערב, ככלל, אינם מורשים להיכנס לעזה ובכך לפתח את מערכת בתי החולים או החשמל. מדגים זאת מנהל בית החולים שיפא:

"ניסינו להזמין טכנאים מומחים כדי לבדוק את הציוד ולתקן את התקלות, אך אנו זקוקים לאישור ישראל כדי שהם יוכלו להיכנס לתוך עזה" (סעיף 14 למש/4).

125. לצורך הדיון בעתירה זו אין ענייננו בסיבות שמצדיקות או אינן מצדיקות את סגירת מעבר רפיח. ענייננו הוא בעצם הטלת הוטו של ישראל על פתיחת המעבר והנפקות המשפטית של הפעלת כוח זו, ביחס לתושבי רצועת עזה.

### **שליטה קרקעית ונוכחות יבשתית, שליטה במרחב האווירי ובמים הטריטוריאליים**

126. מאז יישום תוכנית ההתנתקות, חיילי צה"ל אינם יושבים עוד על אדמת רצועת עזה באופן קבוע, אך ישראל ממשיכה לשלוט במרחב האווירי של עזה באופן מלא (סעיפים 13 ו-13(4) להסכם הביניים) ובמים הטריטוריאליים של הרצועה (סעיף 14 להסכם הביניים). ישראל אינה מאפשרת הקמת נמל ים, דרכו ניתן היה לייבא סחורות ולקבל נוסעים.

127. המשיבים גם אוסרים על הטסת כלי טייס מעל שמי עזה, פרט לכלי טייס של חיל האוויר הישראלי, וכן אוסרת כניסה ו/או יציאה מרצועת עזה דרך הים, פרט לרצועה צרה לאורך חופי עזה - בה מותר לדייגים פלסטינים לדוג (סעיף 14 להסכם הביניים).

128. כמו כן, כוחות רבים של צה"ל פועלים בתוך רצועת עזה, לרבות באזור בית חאנון בצפון ולאורך ציר פילדלפי בדרום, המפריד בין רצועת עזה למצרים ואינו מהווה גבול בין רצועת עזה לישראל. ראו, למשל, הודעת דובר צה"ל מיום 1.11.2007 על הפעילות לאורך הגבול בין עזה למצרים, לרבות הפצצת מנהרות ומעצר אנשים (אתר דובר צה"ל: <http://dover.idf.il/IDF/announcements/2007/11/0102.htm>)

129. שליטה זו מהווה מימוש מודרני למבחן העובדתי בדבר "שליטה אפקטיבית".

130. בניגוד לטענת המשיב, גם לאחר סיום תוכנית ההתנתקות, מוסיפים כוחות קרקעיים של ישראל מוסיפים לפעול בעזה באופן סדיר וכרצונם וכן הם שומרים לעצמם את "הזכות" לעשות זאת כעניין שבשגרה.

### **שליטה במערכת המיסוי ברצועת עזה**

131. ישראל שולטת ב"מעטפת המכס" של הרשות הפלסטינית ובכלל זה של רצועת עזה, להוציא מיסים שמוטלים על האוכלוסייה באופן ישיר (כגון מס הכנסה), ולהוציא מכס ומע"מ

הקשורים לסוגים מסוימים של טובין (סעיפים 3, 5 ו-6 לפרוטוקול פריז בדבר יחסים כלכליים בין ממשלת ישראל לבין אש"ף, 29.4.1994 אשר נכלל בנספח ה' להסכם הביניים (להלן: "הסכם פריז").

132. לפי הסדרים אלה, על ישראל לגבות מיסי מכס ומע"מ עבור הרשות הפלסטינית ולהעביר לידי הרשות את הכספים שנגבו עבורה, אחת לחודש. בכך שולטת ישראל במדיניות הייבוא והייצוא של רצועת עזה, וכן גובה את המכס והמע"מ המוטלים על תושבי עזה.

133. השליטה במימון שירותים ציבוריים בעזה היא שליטה ברשות הפלסטינית, בשל יכולתה של ישראל להעביר, או שלא להעביר, את הכספים לידי הרשות הפלסטינית. יצוין, כי גם כיום הרשות הפלסטינית ברשותו של הנשיא מחמוד עבאס משלמת עבור הדלק והסולר שנרכשים מחברת "דור אלון" לצרכיהם של תושבי עזה, פרט לסולר התעשייתי אשר ממומן ישירות על ידי האיחוד האירופי. כך גם לעניין החשמל, שהתשלום עבורו מנוכה ישירות מכספי המיסים שגובים המשיבים עבור תושבי עזה והגדה המערבית. הסדר זה לא השתנה עם עליית החמאס לשלטון הפנימי בתוך עזה.

134. שליטה כספית זו אינה רק שליטה ברשות עצמה, שאינה יכולה בפועל לממש את סמכותה השלטונית ללא אישור ישראלי והעברת המימון בפועל, אלא גם שליטה על מתן שירותים ציבוריים כגון פינוי זבל והפעלת בתי ספר ובתי חולים, על עובדי הרשות ועל הנסמכים על שולחנם.

### **שליטה במרשם האוכלוסין הפלסטיני, המשותף לעזה ולגדה המערבית**

135. ישראל שולטת במרשם האוכלוסין הפלסטיני, בו נרשמים תושבים פלסטיניים המתגוררים בגדה המערבית וברצועת עזה, כך שפלסטיני אשר אינו נכלל במרשם אינו רשאי להיכנס לרצועת עזה, אלא באישור המשיבים. ישראל גם ממשיכה לשלוט בהגדרה של מיהו "זר" ומיהו "תושב פלסטיני", והאם פלוני יירשם כתושב רצועת עזה או כתושב הגדה המערבית.

136. השליטה בפרטים ממרשם האוכלוסין מהווה שליטה בחייהם של תושבים פלסטיניים, אשר זקוקים להכרה ישראלית על מנת ליהנות מזכויות תושבות. כמו כן, שינויים בפרטים המופיעים במרשם האוכלוסין כגון לידות, נישואין ושינוי מען כפופים גם הם לרישום ישראלי. לעשרות אלפי תושבים בעזה אשר אינם בעלי תעודות זהות שאושרו על ידי המשיבים, אין יכולת להיכנס אל עזה או לצאת ממנה גם כשהמעברים פתוחים, וזאת בשל קביעתם של המשיבים, שרק בעלי תעודות זהות שאושרו על ידיהם ייחשבו כ"תושבי עזה" שלהם הזכות לחצות את המעברים הנשלטים על ידי המשיבים.

### **סיכום – שליטתה של ישראל ברצועת עזה**



137. מאמצעי השליטה שתוארו לעיל עולה, כי ישראל לא ויתרה על השליטה ברצועת עזה לאחר תוכנית ההתנתקות, אלא רק צמצמה את אופי השליטה בשטח על ידי הוצאת אזרחי ישראל ממנה וביטול נוכחות צבאית קבועה על הקרקע. בפועל, לישראל ישנה שליטה אפקטיבית על היבטים רבים ומשמעותיים בחיי תושבי עזה ובשל כך – היא תבה חובות כלפי אותם תושבים שנתונים לסמכותה.

## **2. דיני התפיסה הלוחמתית הם הדין החל על פעולותיהם של המשיבים כלפי תושבי עזה**

138. טענתם של העותרים הינה, כי אמצעי השליטה שתוארו לעיל עולים לכדי שליטה אפקטיבית כמשמעה בתקנת האג 42 ובשל כך, חלים על פעולותיהם של המשיבים הדין ההומניטרי בדבר שטח כבוש. כך טענו העותרות 4 ו-8 במסגרת בג"צ 11120/05, וזאת לאחר שכבי הנשיא דאז, השופט אהרן ברק, ביקש טיעונים מפורטים על כך, וכך טוענים העותרים בעתירה דנן. החלת דיני כיבוש על פעולותיהם של תושבי עזה מתבקשת מעצם שליטתם האפקטיבית במרכיבים עיקריים מהחיים בעזה והפעולות שנוקטים המשיבים אשר מונעות מכל גורם אחר להפעיל סמכויות אלה. הטלת חובות מוגברות על המשיבים, מכוח דיני כיבוש, מחויבת גם מתכליתו של המשפט ההומניטרי, קרי הגנה על אזרחים, והחזקה הפרשנית, שמגולמת בין היתר ב- "Martens Clause" ושעוברת כחוט שני במשפט ההומניטרי, לפיה במקרה של ספק – יש להחיל הגנות על אזרחים שנתונים להחלטותיו של כוח זר.

139. לנוחיותו של בית המשפט הנכבד, העותרים מצרפים כנספח את טיעוניהם המשפטיים, לפיהם יש להחיל את דיני הכיבוש על פעולותיהם של המשיבים כלפי תושבי עזה, ובייחוד באותם תחומים בהם שליטתם של המשיבים הינה מכרעת.

*הטיעון באשר להחלתם של דיני כיבוש על פעולותיהם של המשיבים מצורפים בזאת ומסומנים מש/7.*

140. ככל שהמשיבים יוסיפו ויטענו שדיני כיבוש אינם חלים על פעולותיהם במסגרת העתירה דנן, יבקשו העותרים להפנות לטיעונים המפורטים במש/\*.

141. כפי שנטען לעיל, ישראל ממשיכה לשלוט באופן אפקטיבי במרכיבים מרכזיים של חיי היום יום ברצועת עזה.

142. לרצועת עזה אין את היכולת לקיים קשרי מסחר עצמאים במנותק מהחלטות וממעשים של ממשלת ישראל. יבוא ויצוא תלויים לחלוטין ברצונה של ישראל לפתוח את המעברים בין רצועת עזה לעולם: קרני, ארז, כרם שלום ומעבר רפיח, כאשר המעבר דרך הים והאוויר אסור מזה 40 שנה. ישראל שולטת דה פקטו בכל אחד מאותם מעברים ועל ידי שליטתה זו, שולטת בצורה אפקטיבית בנתח מרכזי ומהותי מחיי היום יום של תושבי רצועת עזה.

143. שליטה זו מקימה חובות מכוח דיני כיבוש, לדאוג לצרכיה של האוכלוסייה האזרחית בעזה ועל אחת כמה וכמה להימנע מלפגוע בה באופן מכוון.

144. המשיבים בחרו לקיים יחסים "ישירים" עם תושבי רצועת עזה, כשהחליטו להמשיך להפעיל שליטה עליהם ועל חייהם, ובייחוד על גבולות עזה. שליטה זו היא שמקימה אחריות כלפי אותם תושבים, **כיחידים**, שמרכיבים עיקריים מחייהם נשלטים על ידי המשיבים. העותר 2 תלוי, באופן ישיר, בהחלטותיהם של המשיבים להגדיר סחורה כפטורה ממיסים ולאפשר את כניסתה לעזה. הוא אינו יכול להחליט לרכוש דלק מגורם אחר, חוץ מאותו גורם שאושר על ידי המשיב 2, משום שהאפשרות להכניס לעזה דלק, תלויה באופן מוחלט בשליטתם של המשיבים.

145. החלתם של דיני הכיבוש אינה בינארית, אלא היא תלויה הקשר. ברצועת עזה, כמו גם בגדה המערבית, בתחומים בהם סמכויות הועברו לגורמים אחרים, וגרומים אלה באמת מפעילים סמכויות אלה ללא הפרעה מטעם המשיבים, אחריותם של המשיבים תופחת. למשל, המשיבים כבר אינם אחראים על קביעת תכניות לימודים לבתי ספר בעזה או בהפעלה ישירה של בתי המשפט שם, וזאת משום שהם אינם שולטים בעניינים פנימיים אלה. אולם, בתחומים בהם המשיבים מוסיפים לשלוט, הם מוסיפים לחוב חובות ומוסיפים לצאת באחריות כוללת.

146. לצורך ההכרעה בעתירה דנן, בית המשפט הנכבד אינו מתבקש להחליט, שכל דיני הכיבוש חלים באופן מלא על עזה, וזאת משום ששאלה זו אינה מתעוררת כאן. לצורך ההכרעה בעתירה דנן, בית המשפט מתבקש לקבוע, כי **בתחומים בהם שליטתם של המשיבים היא מנרעת**, שם חובותיהם בכוח דיני כיבוש חלות באופן מלא. ליתר הדיוק, בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע, כי האיסור על ענישה קולקטיבית, החובה לאפשר אספקה של מוצרים חיוניים לרבות חשמל, דלק וחלקי חילוף והחובה לדאוג לאפשרות לקיים חיים תקינים בעזה, ככל שקיומם תלוי באספקת דלק, חשמל ומוצרים אחרים.

### **ב. ישראל תחוב חובות שלאחר כיבוש (post occupation) כלפי תושבי עזה**

147. טענת העותרים היא שדיני כיבוש מוסיפים לחול על פעולותיהם של המשיבים, וכך יהיה כל עוד יתקיימו התנאים לפיהם המשיבים יוותרו על השליטה בעזה וזו תימסר לגורם אחר שיפעיל שם סמכויות ריבוניות.

148. יתר על כן יטענו העותרים, שגם אם המשיבים יסירו את שליטתם ברצועת עזה, הרי שהדבר לא יסיים באופן מיידי את כל תחומי האחריות כלפי האוכלוסייה האזרחית בשטח כבוש לשעבר.

149. בעוד שבאופן כללי, החובות המוטלות על כוח כובש מסתיימות עם הפסקת הכיבוש, הרי שהאחריות לאנשים מוגנים שחיו תחת כיבוש עשויה להסתיים בהדרגה, כך שסיום הכיבוש לא ישחרר את הכובש לשעבר באופן מיידי מכל אחריות כלפי השטחים הכבושים. זאת בשל התלות שהאוכלוסיה פיתחה בכוח זה במשך שנים.

150. בהסתמך על עיקרון אחריות המדינה, כובש שנכשל במילוי חובותיו ככוח כובש על פי המשפט הבינלאומי, עשוי להמשיך ולשאת בחובות גם אחרי סיום הכיבוש. כך כותב Brown, בהקשר של הכיבוש האמריקני בעיראק:

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

B. S. Brown, *Intervention, Self-Determination, Democracy and the Residual Responsibilities of the Occupying Power in Iraq*, 11 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y 23, 45 (2004).

151. העיקרון של המשפט הבינלאומי בעניין אחריות מדינה עשוי לדרוש גם הטלת אחריות שיורית על כוח כובש לשעבר במקרים מסוימים (M. Sassoli, *State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law*, 846 Int'l Rev. of the Red Cross 401, 404 (June 2002)).

חובות בינלאומיות כוללות חובות מכוח אמנה וחובות שלא מכוח אמנה. ראו:

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, International Law Commission 71

152. הפרה חובה בינלאומית גם "השוותה לעיתים קרובות להתנהגות המנוגדת לזכותם של אחרים" (ראו ה-Draft Articles נזכרים לעיל, בעמוד 72). חובות משפטיות של כוח כובש נולדות במהלך הכיבוש וחלקן מולידות חובות עשה גם לאחר סיומו. הטעם המשפטי לכך פשוט ומבוסס – כוח כובש שלא ממלא אחר חובותיו ההומניטריות כלפי האוכלוסיה עליה כפה את נוכחותו, ובעיקר את חובותיו לאפשר קיומם של חיים תקינים, אינו יכול להסתלק מהשטח ולהותיר אחריו "אדמה חרוכה". זכותם של בני האדם באותו שטח שרירות וקיימות, וזכותם לחיות חיים תקינים תלויה גם ביכולת הפיזית לעשות כן – בקיומם של מתקני תשתית חברתיים. מתקנים, שהדין מטיל על הכוח הכובש לפתח.

153. לדוגמה, אם המשיבים הפרו את חובותיהם על פי תקנה 43 לתקנות האג להשיב על כנס ולהבטיח "את החיים הציבוריים" ואת הסדר הציבורי בעזה בכך שאסרו ואוסרים על בניית נמל תעופה, נמל ימי ונתיבי מסחר יבשתיים דרך מצרים, הרי שאפילו אם יוותרו על שליטה במרחב האווירי ובמים הטריטוריאליים, יתכן שהמשפט הבינלאומי יחייב אותם להקל על תנועת אנשים וטובין אל עזה וממנה דרך נמלים ישראלים, עד שניתן יהיה לבנות נמל ימי ונמל תעופה. כיוון שהמשיבים לא פיתחו מערכת חשמל עצמאית מספקת בעזה ופגעו בתפקוד מערכת זאת בצורה מכוונת (בין היתר על ידי הפצצת תחנת הכוח בחודש יוני 2006), הם ימשיכו לחוב אחריות לאפשר אספקת חשמל, לכל הפחות עד שעזה תוכל לפתח מערכת עצמאית. חובה זו נוצרת, בין היתר, לאור העובדה שדרוש זמן רב להקים ולבנות תשתיות.
154. לאורך שנות הכיבוש מתפתחת תלותם של התושבים המוגנים, כך שגם בעתיד, אם וכאשר המשיבים יוותרו על שליטתם בתושבי עזה – גם אז, יידרש פרד זמן והסתגלות, עד שיסתיימו חובותיהם.

### ג. חובות מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי

155. בנוסף לחובות הספציפיות מכוח המשפט ההומניטארי הבינלאומי, פעולות המשיבים אל מול תושבי רצועת עזה כרוכות בחובות בינלאומיות לכבד את זכויות האדם מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי.
156. הרעיון שעומד ביסוד דינים אלה הוא הגבלת כוחה של מדינה בהפעלת כוח, לשם שמירה והגנה על זכויותיהם של בני אדם. דיני זכויות האדם רואים לנגד עיניהם את הפרט והוא שעומד במרכזו, ומכוח הזכויות המוקנות לו כאדם, מגביל המשפט הבינלאומי את כוחה של המדינה.
157. בשעה שהמשיבים מפעילים את שליטתם, עליהם להביא בחשבון את זכויות האדם של התושבים המקומיים ולתת להן משקל מרכזי בבוא להחליט על דרכי פעולתו:

"במסגרת חובתו של המפקד הצבאי להפעיל את שיקול דעתו בסבירות, עליו להביא בגדר שיקוליו גם את האינטרסים והזכויות של האוכלוסייה המקומית" (בג"צ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מ"י, פ"ד נט(4) 736, 755-756 (להלן: פרשת בית לחם)).

158. לא פעם התבסס בית המשפט הנכבד על דיני זכויות האדם בבואו להכריע בעתירות שדנות בזכויותיהם של תושבי השטחים הפלסטיניים. וכך, בשורה של פסקי דין הביע בית המשפט הנכבד את נכונותו להניח, כי דיני זכויות האדם חלים על פעולותיו של צה"ל בגדה המערבית וברצועת עזה. ראו, למשל, פרשת בית לחם; בג"צ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם), בפסקה 27 (להלן: "פרשת מראעבה"); בג"צ 13/86 שאהין נ' מפקד כוחות

צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מא(1) 197, 210 (להלן: פרשת שאהין). וכך נקבע אד לאחרונה:

"המערכת הנורמטיבית החלה על העימות המזוין שבין ישראל לבין ארגוני הטרור שבאזור היא מורכבת. במרכזה עומדים דיני המשפט הבינלאומי העוסקים בעימות (או סכסוך) מזוין בעל אופי בינלאומי (International Armed Conflict)..."

משפט הומניטארי זה הוא "הדין המיוחד" (ה-lex specialis) החל בעימות מזוין. במקום שדין זה חסר ניתן להשלימו על ידי "משפט זכויות האדם הבינלאומי" (ה-Human Rights Law) (בג"צ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם), פסקה 18 לדברי הנשיא (בדימוס) ברק). ההדגשה הוספה. ש.ב.

159. תחולה זו של דיני זכויות האדם יפה במיוחד, במקום בו המדינה טוענת כי אין תחולה של דיני כיבוש ברצועת עזה. העותרים חולקים על קביעה זו, אבל מבקשים להדגיש, כי דיני זכויות אדם חלים ללא קשר לתחולתם של דיני כיבוש. תפקידם של דיני זכויות האדם הינו למלא כל חסר בחוק (lacuna) ולמנוע מצב של חלל נורמטיבי. וכך, בהקשר הקונקרטי של רצועת עזה, פסק לאחרונה בית המשפט הנכבד, כי ללא קשר לשאלת תחולתם של דיני כיבוש, מוטלות על מדינת ישראל חובות מיוחדות הנובעות מהקשר בינה לבין תושבי עזה:

"... שלילת האחריות של המדינה בסעיף 5g אינה "מתאימה את דיני הנוזיקין למצב המלחמה". היא מוציאה אל מחוץ להיקף תחולתם של דיני הנוזיקין פעולות רבות שאינן מלחמתיות. היא אינה עולה בקנה אחד עם חובתה של ישראל, כמי שמחזיקה ביהודה, שומרון וחבל עזה בתפיסה לוחמתית. תפיסה זו מטילה על המדינה חובות מיוחדות על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, שאינן עולות בקנה אחד עם שחרור גורף מכל אחריות בנוזיקין. איננו נוקטים כל עמדה – מפני שהדבר לא התעורר בפנינו – באשר לשינויים שיתכן ונובעים מהסכמי אוסלו (ראו פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 4-523; בג"צ 7015/02 עגירי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 364). כמובן איננו קובעים דבר באשר למעמד המשפטי של חבל עזה לאחר ההתנתקות. גם אם התפיסה הלוחמתית של ישראל בו נסתיימה כטענת המדינה, אין צידוק לשחרור גורף מאחריותה בנוזיקין". (בג"צ 8276/05 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון (טרם פורסם), פסקה 36 לדברי הנשיא (בדימוס) ברק. ההדגשה הוספה. ש.ב.)

160. חובתה של מדינה לנהוג על פי דיני זכויות האדם אינה מסתיימת בגבולותיה, אלא חלה גם באופן אקסטרא טריטוריאלי - קרי, שעה שהמדינה פועלת מחוץ לשטחה הריבוני. שהרי ממה נפשכם, אם דיני זכויות האדם יוגבלו על ידי גבולות מדינתיים, בעוד שמעבר לגבולותיהן, תהיינה מדינות חופשיות לפעול כאוות נפשותיהן?

161. חובתה של מדינה לנהוג על פי דיני זכויות האדם כמה שעה שאותה מדינה מפעילה כוח וסמכות על בני אדם (ראו, למשל, סעיף 2 ל-ICCPR; סעיף 1 ל-ECHR; סעיף 1 ל-ACHR). גם טריבונלים בינלאומיים שונים חזרו לא פעם על הקביעה, לפיה על מדינות לכבד את דיני זכויות האדם הבינלאומיים כלפי בני אדם המושפעים ממעשיהן. (The War on Terror and the Framework of International Law, עמ' 283-284 וההפניות שם).

162. כאשר מדובר במעשים מחוץ לגבולות המדינה, התחולה האקסטרא טריטוריאלית של דיני זכויות האדם תלויה בהתקיימותו של אחד משני תנאים:

א. המדינה מפעילה אמצעי שליטה על שטח המצוי מעבר לגבולותיה.

ב. המדינה, או גורמים מטעמה, מפעילים אמצעי שליטה על בני אדם מחוץ לטריטוריה של המדינה; ולחילופין פעולותיהם של המדינה או גורמים מטעמה משפיעות באופן ישיר על בני אדם מעבר לגבולות המדינה.

163. המבחן הראשון יושם בשטחים הפלסטיניים לא פעם, ולאחרונה בחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי לצדק בנוגע להשלכות המשפטיות של בניית חומת ההפרדה בשטחים, בו ניתח בית הדין את חוקיות בניית החומה, בין היתר, בהתאם לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, אותה ישראל אשררה (ראו ICJ, Advisory Opinion, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, פסקה 111). מבלי להכריע בעניין, בית משפט נכבד זה הניח כי אמנה זו חלה בשטחים הפלסטיניים (פרשת מראעבה, בפסקה 27).

164. אולם, גם ללא קשר לשאלת השליטה בשטח, אחריות מכוח דיני זכויות האדם הבינלאומיים נבחנת גם ובעיקר לפי המבחן השני - המבחן הפרסונאלי.

165. בפסק דין קונגו נ' אוגנדה נדונה דוגמה לתחולה פרסונאלית של דיני זכויות האדם, בשטח אשר לא היה תחת שליטה אפקטיבית של הכוח הזר. שם קבע בית הדין, כי הגם שאוגנדה לא אחזה בשטחה של קונגו ב"תפיסה לוחמתית", הרי שהפעולות של סוכניה בקונגו עדיין מוגבלות מכוח דיני זכויות האדם, ושלאותם סוכנים יש מחויבות מכוח דינים אלו כלפי התושבים אשר היו תחת שליטתם החלקית או המלאה:

“Uganda at all times has responsibility for all actions and omissions of its own military forces in the territory of the DRC in breach of its obligations under the rules of international human rights law and international humanitarian law which are relevant and applicable in the specific situation”.

פרשת קונגו נ' אוגנדה, פסקה 180.

166. בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע בפס"ד Drozd and Janousek v. France and Spain, כי בשעה שסוכני מדינה מפעילים סמכות מנהלתית על אדם מחוץ לטריטוריה הריבונית שלהם, הרי שמעשיהם חוסים ומוגבלים תחת הוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי וזאת, ללא קשר לשאלת קיומה של תפיסה לוחמתית. Drozd and Janousek v. France and Spain, [1992] Eur. Ct. H.R. 52, 91.

167. בפסק דין זה, בית הדין האירופי בחן האם צרפת וספרד היו כפופות להוראותיה של האמנה האירופאית לזכויות אדם כלפי שני העותרים, שעה שאלו נשפטו בבית המשפט באנדורה על ידי שופטים צרפתים. זאת לאור מערכת היחסים שבין שתי מדינות אלה לאנדורה והשליטה שכל אחת ממדינות אלו מפעילה באנדורה בכלל ועל מערכת בתי המשפט שלה בפרט.

בלשונו של בית המשפט:

**"The term "jurisdiction" is not limited to the national territory of the High Contracting Parties; their responsibility can be involved because of acts of their authorities producing effects outside their own territory ...complained of by Mr Drozd and Mr Janousek can be attributed to France or Spain or both, even though they were not performed on the territory of those States"**

שם, פיסקה 91 לפסק הדין (הדגשה הוספה ש.ב).

הלכה זו מאששת את הקביעה הראויה, לפיה מקום בו מופעלת שליטה מנהלית על בני אדם (במקרה של אנדורה באמצעות שופטים), מפעיל השליטה כפוף לחובות מכוח דיני זכויות האדם – ובמקרה זה מכוח האמנה האירופאית לזכויות אדם.

ראו גם 20 EHRR 99 (1995) *Loizidou v Turkey (Preliminary Objections)*, שם נקבע כי האמנה האירופית בדבר זכויות האדם חלה על פעולותיהן של רשויות המדינה, מקום בו הפעולה גורמת לתוצאה מחוץ לטריטוריה של המדינה:

"The responsibility of Contracting Parties can be involved because of acts of their authorities, whether performed within or outside national bodies, which produce effects outside their own territory"

(פיסקה 62 לפסק הדין).

168. מבחן השליטה הפרסונאלי, הוא מבחן השליטה בגורלם של אנשים, משמש להקמת חובות מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי. בשעה שמדינה משתמשת בכוחה באמצעות צבאה או באמצעי מנהלי אחר שעומד לרשותה, הרי שחוקיות פעולה זו מותווית על ידי דיני זכויות האדם. לדברי בן נפתלי ושני:

"In our view, a sensible interpretation of the term jurisdiction would equate it with the actual or potential exercise of governmental power vis-a-vis all affected individuals. This approach is conduct-oriented. It emphasizes the duty of States to conduct their operations, wherever 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.** These interactions comprise the relationship

between States and individuals situated within their sovereign territories as well as other territories governed by their laws; the relationship between an occupying power and the occupied people in occupied territories; and in the relationship established by extra-territorial acts of government undertaken by one State in the territory of another state”.

Orna Ben-Naftali and Yuval Shany, *Living in Denial: The Application of Human Rights In the Occupied Territories*, 37 Israel Law Review 17, 62-63. (ההדגשה הוספה. ש.ב.).

169. וכן, ועדת האו"ם לזכויות האדם יישמה את המבחן הפרסונאלי לצורך החלת האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות:

"State parties are required by article 2, paragraph 1, to respect and ensure the Covenants rights to all persons who may be within their territory and to all persons subject to their jurisdiction. This means that a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the *power or effective control* of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party ... This principle also applies to those within the power or effective control of the forces of a State Party acting outside its territory, regardless of the circumstances in which such power or effective control was obtained"

Human Rights Committee, General Comment No. 31

170. למסקנה דומה הגיע בית הדין האירופי לזכויות אדם בפרשת (*Bankovic v. Belgium*) 11BHRC 435 (2001) בקובעו כי מדינות החברות באמנה האירופאית לזכויות אדם מחויבות להוראותיה ב"מקרים מיוחדים" גם מעבר לגבולותיהן (פיסקה 71 לפסק הדין).

171. בפסק דין זה עסק בית הדין בשאלת חובותיהן של מדינות נאט"ו, שמטוסייהן השתתפו בהפצצות בשטחה של יוגוסלביה. בית הדין קבע, כי גם אם שטח אינו נתון לתפיסה לוחמתית כמשמעותה בדיני הכיבוש, הרי שמחויבות לשמירה והגנה על זכויות אדם הינה חלק מצופן הפעולה של מדינות והסוכנים הפועלים בשמן, גם שפעולות אלו מתבצעות מחוץ לטריטוריה של מדינת הלאום. יש לציין, כי השאלה שהונחה בפתחו של בית הדין הייתה תחולתה של האמנה האירופאית לזכויות אדם ובית הדין קבע, כי אמנה זו – בניגוד לאמנות זכויות האדם הבינלאומיות – לא אמורה להיות בעלת תחולה אוניברסאלית וחלה רק על המדינות המתקשרות, שיוגוסלביה לא הייתה אחת מהן. זאת בניגוד לאמנות זכויות האדם של האו"ם, שהן בעלות התחולה האוניברסאלית, ושניתן ושיש להחילן מעבר לגבולותיה של המדינה מפעילת הכוח וגם מעבר לגבולות תחולתה של אמנה אזרחית.

172. פרשנות זו אוששה על ידי בית המשפט האנגלי לערעורים בפרשה מאוחרת לפרשת *Bankovic*. בפרשת *Al-Skeini* קבע בית המשפט, כי אנגליה אחראית לפעילות חייליה בעיר



בצרה, שבעיראק, אפילו שאותה עיר איננה כבושה על ידה. נקבע כי בשעה שחיילים בריטיים כלאו ועינו את העותרים, אזרחים עיראקים, הם הפרו את החובות המוטלות עליהם מכוח האמנה האירופאית לזכויות אדם – אמנה שאותו אזרח נהנה מהגנתה, שעה שהיה נתון ל"שליטה ואחריות" של הכוחות הבריטיים ( Al-Skeini v Secretary of State for Defence )  
[2005] 2 WLR 1401, פסקה 108 להלן: פרשת "Al-Skeini".

173. בית המשפט בחן את תחולתה של האמנה האירופאית על החיילים ולא על הטריטוריה וקבע, כי העובדה שעיראק איננה "מדינה מתקשרת" לא מורידה מחובותיהם של החיילים הבריטיים. בית המשפט עוד פירש את חוסר הנכונות של בית המשפט ב-Bankovic להחיל את האמנה האזורית על פעולות ביוגוסלביה, כגישה שקשורה לתחולה האזורית של האמנה נשואת התביעה, גישה שאינה תקפה לגבי אמנות בינלאומיות, אשר אינן מוגבלות לאזור מסוים (ראו פרשת Al-Skeini בפסקאות 79-81). בכך, אישר בית המשפט את תחולת דיני זכויות האדם הבינלאומיים, כאשר התחולה נובעת משליטה פרסונאלית ולא טריטוריאלית.

174. חובות אלו מוטלות גם על מדינת ישראל בהפעלה את כוחה, בין אם הדבר נעשה בתוך שטחה הריבוני ובין אם נעשה בשטחים הכבושים או הנשלטים על ידה. גם אם הייתה מתקבלת טענת המשיבים, לפיה רצועת עזה אינה נתונה לתפיסה לוחמתית על ידי ישראל, קביעה שכזו לא הייתה משחררת את מדינת ישראל מן האחריות על מעשיה כלפי תושבי עזה.

175. לא ניתן להתעלם מהכוח שמופעל על ידי המשיב כלפי תושבי עזה – ותכלית הדין הבינלאומי בכלל ומשפט זכויות האדם בפרט הינה להגביל כוח זה, ולהגן על הילדים, ההורים, הצעירים והקשישים תושבי עזה, שחייהם וזכויותיהם מושפעים מפעולותיה של מדינת ישראל.

176. מכוח דיני זכויות האדם, לא ניתן לפגוע בצורה בלתי מובחנת, בלתי מוגבלת בזמן ובלתי מידתית בזכויותיהם של תושבי רצועת עזה לחיים, לכבוד, לקיום בכובד לבריאות, לחינוך ועוד. זכויות אלו מובטחות לכל בני האדם החיים ברצועת עזה. מובן, כי זכויות אדם אינן מוחלטות ולעולם יש לאזנם למול שיקולים אחרים. ברם, בעניינו אין שיקולים עניינים אחרים אלה שיקולים זרים – הרצון לפגוע באופן מכוון באזרחים, על מנת להפעיל לחץ על חמושים או גורמים פוליטיים.

#### **ד. המשפט החוקתי הישראלי חל על פעולותיהם של המשיבים**

177. בצד כל אלה יש לזכור תמיד, כי בשעה שהמשיב 2 מורה לחברת דור-אלון שלא להעביר לידי תושבי רצועת עזה את מלוא הזמנת הדלק שלהם, ובשעה שהמשיבים מורים לחברת החשמל לצמצם את זרימת החשמל לרצועה, הרי שהם מחויבים לפעול על פי כללי המשפט החוקתי והמנהלי הישראלי. קרי, לפעול ולקבל החלטות שעולות בקנה אחד עם הגנה על

זכויות אדם, ושהפרתן מותרת רק במידה שאינה עולה על הנדרש. כללי משפט אלו, כידוע, נושא עימו כל חייל בתרמילו, גם כשהוא מונח בתוך תא הטייס (ראו פרשת אסכאן; פרשת עגורי בעמ' 365 ופרשת מראעבה בפסקה 14 לפסק הדין).

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

"כללי המשפט המינהלי מחייבים את רשויות המדינה בכל פעולותיהן השלטוניות הן כלפי ישראלים הן כלפי זרים. זהו הדין כאשר הרשות – לרבות מפקד צבאי של שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית – פועלת מחוץ לתחומי ישראל" (בג"צ 5627/02 סיף נ' לשכת העיתונות הממשלתית פ"ד נח(5), 70, 75).

אין חורים שחורים משפטיים ואין ריק נורמטיבי. על שלטון החוק בשיטה דמוקרטית לרסן ולהגביל את השימוש בכוח.

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

"נושא תפקיד ישראלי בשטח נושא עמו אל תפקידו את החובה לנהוג לפי אמות המידה הנוספות, המתחייבות מעובדת היותו רשות ישראלית, יהיה מקום פעולתו אשר יהיה". ראו בג"צ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון פ"ד לז(2), 197, 228

האלטרנטיבה, לפיה כוחות הביטחון של ישראל יכולים לפעול בלי הגבלה ומבלי שהדין ישית ליבו לאנשים המושפעים מהפעלת הכוח שלהם - היא אפשרות שהחוק הישראלי והדמוקרטיה הישראלית אינם יכולים לסבול.

## פרק 4. יישום הדינים – איסור על פגיעה באספקה

### א. דיני הכיבוש מחייבים פעולה אקטיבית אוסרים על פגיעה באספקת מוצרים

#### חיוניים

#### 1. איסור על פגיעה באספקת מוצרים חיוניים לשטח כבוש

179. טענת המשיבים לפיה דיני כיבוש מחייבים אותם בחובות מינימאליות בלבד כלפי האוכלוסייה האזרחית (סעיפים 55-57 לתגובת המדינה מיום 2.11.2007), מנוגדת להוראותיו הברורות של המשפט הבינלאומי ולהלכה המושרשת של בית המשפט הנכבד.

180. לשונה של תקנה 43 לתקנות האג ברורה:

“בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והבטחון הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין” (ההדגשה הוספה. ש.ב.)

התקנה מטילה על המשיבים חובה מוגברת לדאוג לתפקודם התקין של המוסדות האזרחיים ברצועת עזה, לרבות הכלכלה, המסחר ומערכות החינוך והבריאות. כך עולה באופן ברור מהפסיקה, שהמשיבים עצמם מנסים לתמוך את יתדם בה - פסק הדין בבג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלתענעוניה אלמחדודה אלמאוסליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785 (להלן: "פרשת ג'מעית אסכאן").

181. בפרשת ג'מעית אסכאן, כמו גם בסדרה ארוכה של פסקי דין לאורך השנים, קבע בית המשפט הנכבד כי תקנה 43 לתקנות האג מטילה על המפקד הצבאי חובה לדאוג לתפקודם ולהתפתחותם של החיים התקינים, במובן הרחב של "la vie publique" או החיים הציבוריים. לדברי בית המשפט הנכבד:

“חיים של אוכלוסיה, כחיו של יחיד, אינם שוקטים על המרים אלא מצויים בתנועה מתמדת, שיש בה התפתחות, צמיחה ושינוי ... על כן משתרעת סמכותו של ממשל צבאי לנקיטת כל האמצעים הנחוצים כדי להבטיח צמיחה, שינוי והתפתחות. מאכן המסקנה, כי ממשל צבאי רשאי לפתח תעשייה, מסחר, חקלאות, חינוך, בריאות וסעד וכיוצא באלה עניינים, הנוגעים לממשל תקין, והדרושים להבטחת צרכיה המשתנים של אוכלוסיה בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית”. (פרשת ג'מעית אסכאן, בעמ' 804).

אחריות זו משתרעת על מגוון צרכיה של האוכלוסייה המתגוררת באזור. ראו בג"צ 10356/02

הס נ' כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443:

“חובת המפקד לדאוג לתקינות סדרי החיים באזור מתפרשת על כל מישורי החיים וחורגת מעבר לענייני בטחון וצרכים קיומיים מיידיים. היא חלה על

צרכי החיים המגוונים של התושבים, ובהם צרכי סעד, תברואה, כלכלה, חינוך, חברה וכיוצא באלה צרכים שאדם בחברה מודרנית נזקק להם" (עמ' 461).

וכן ראו בג"צ 202/81 טביב נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 622 :

"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" (עמ' 629).

חובה זו באה להבטיח "צמיחה, שינוי והתפתחות" (פרשת ג'מעית אסכאן, בעמ' 804). ראו גם בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, (להלן: "פרשת חוף עזה"), בפסקה 9 לדעת הרוב.

182. חובה זו הינה חובה של אמצעים ויכולת ("עד כמה שהדבר אפשרי", בלשונה של תקנה 43) כך שבתחומים בהם הסמכויות באמת הועברו מהמשיבים לגורם אחר, והמשיבים באמת אינם מפעילים סמכויות אלו, הרי שאחריותם בתחומים אלה תופחת (למשל, באשר לתכניות לימודים בבתי ספר בעזה שלגביה המשיבים אינם מפעילים סמכות ושליטה). אולם, שליטתם המוחלטת והבלעדית של המשיבים באפשרות להכניס מוצרים לרצועת עזה לא השתנתה מאז שנת 1967, לא מאז ספטמבר 2005 ולא לאחר יוני 2007 וגם כיום, המשיבים מוסיפים לשלוט בכך באופן מוחלט. בשל כך, חובת המשיבים לאפשר הכנסת כל הסחורות הדרושות לקיום חיים תקינים נותרת בעינה. חובה זו אף מתחזקת לאור השנים הרבות בהם נמשך הכיבוש - שהרי ככל שהשנים חולפות, כך גוברות חובתו של המפקד הצבאי לנקוט אמצעים שיבטיחו קיום חיים תקינים (בג"צ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד לו(2) 197, 267).

183. לאורך השנים נימקו המשיבים את ההגבלות שהוטלו על ידם בקשר לכניסת סחורות לרצועת עזה, בטענה שהדבר נעשה בשל סיכונים בטחוניים, ובעיקר איום על המעברים (ראו בג"צ 5841/06 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הביטחון (טרם פורסם) וכן בג"צ 5523/07 עדאלה נ' ראש הממשלה (טרם פורסם)). בכל אחד מפסקי הדין האלה, בית המשפט הנכבד קיבל את טענת המשיבים ואישר את ההגבלות החמורות שהוטלו על מעבר סחורות, בהסתמכו על טענת המשיבים ביחס לסיכון בטחוני ממשי וקונקרטי.

184. לא כך המצב כיום. המשיבים אינם טוענים לסיכון בטחוני על המעברים, אלא באופן קר החליטו לעשות שימוש בשליטתם בגבולות הרצועה כדי לפגוע באופן מכוון בחייהם של התושבים המוגנים.

185. המשיבים חסרים את הסמכות לשבש הכנסת מוצרים או לשבש את אספקת החשמל והדלק – פרט להגבלות שנובעות מצורך בטחוני קונקרטי. גם עת קיומו של צורך בטחוני, מוטלת עליהם החובה לאזן בינו לבין זכויותיהם של תושבי עזה. ברי, כי בשעה שצורך זה

אינו הנימוק לפעולתם, ובשעה שהם נעדרי סמכות לפעול באופן מכוון נגד אזרחים חפים מפשע, הרי שזכויותיהם של תושבי רצועת עזה הם שצריכות לגבור במלאכת האיזון.

**186. המשיבים חסרים את הסמכות לקצץ באספקת החשמל והדלק לרצועת עזה ומוטלת עליהם החובה לפעול באופן פוזיטיבי כדי לעודד קיומם של חיים תקינים ברצועה.**

187. סעיפים 18, 21, 56 ו-57 לאמנת ג'נבה הרביעית מטילים על המשיבים חובה מיוחדת להקל על תפקודם של **מוסדות בריאות**. סעיף 55 מחייב את המשיבים להקל על אספקת מוצרים חיוניים. סעיף 59 קובע, שאם קיים מחסור באספקה לאוכלוסייה האזרחית, על מדינת ישראל מוטלת חובה לנקוט בכל האמצעים העומדים לרשותה כדי להקל על האספקה. סעיף 63 לאמנת ג'נבה קובע שעל המשיבים מוטלת חובה להקל על פעולותיהם של ארגוני סעד ושירותים ציבוריים כגון חברת המים והביוב.

188. סעיף 69 לפרוטוקול הראשון, הנמנה על המשפט הבינלאומי המנהגי, מבהיר שרשימת המוצרים המנויים באמנת ג'נבה אינה רשימה ממצה, וכי החובה היא לדאוג לאספקת כל המוצרים החיוניים, כאשר השאלה מהו מוצר חיוני, נקבעה לפי התנאים המקומיים. ראו סעיף 69 לפרוטוקול הראשון, החל על שטח כבוש:

"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, הספקה של ביגוד, ציוד שינה, אמצעי מחסה, והספקה אחרת החיונית להישרדות האוכלוסייה האזרחית של השטח הכבוש, ושל אובייקטים הנחוצים לפולחן דתי"

ראו גם עמ' 812 (סעיף 2780) ל-8 Commentary on the Additional Protocols of International , June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Committee of the Red Cross, (להלן: "ה-Commentary"):

"The word 'other' clearly shows that this list was not intended to be exhaustive. This is not more than common sense. In fact, it depends on the local conditions whether certain supplies are essential or not. Thus fuel might be essential in a cold region, and some form of craft for an isolated island. The duty of the Occupying Power therefore depends on the local conditions".

189. ברצועת עזה, בשנת 2007, חשמל ודלק מהווים מוצרים חיוניים לאוכלוסייה האזרחית, משום שרק באמצעותם ניתן להפעיל את מערכות הבריאות, הביוב, המים ומערכות אחרות. ההגבלה היחידה על אספקת מוצרים חיוניים היא הגבלה של אמצעים, של אילוצי התנאים בשטח ("to the fullest extent of the means available to it"). כאן, לא קיימים אילוצים. אין מניעה פיזית. נהפוך הוא: המנגנונים לאספקת דלק וחשמל קיימים, אולם המשיבים

משבשים אותם באופן מכוון. למשיבים אין סמכות לקצץ באספקה זו, קל וחומר כאשר מדובר באספקה שמסופקת על ידי אחרים (תושבי עזה עצמם וכן ארגוני סיוע בינלאומיים) ולא על ידם.

## 2. האיסור על ענישה קולקטיבית מכוח דיני כיבוש

190. דיני הכיבוש אוסרים על הענשת תושבים מוגנים בגין פעולות שלא הם ביצעו (סעיף 33 לאמנת גינבה וכן (d)(2)75 לפרוטוקול הראשון). מדובר באיסור מוחלט, בעל מעמד מנהגי, כאשר ההגדרה מהי ענישה, היא הגדרה רחבה. לדברי ה-Commentary המפרש את סעיף (2)75 לפרוטוקול:

"The concept of collective punishment must be understood in the broadest sense: it covers not only legal sentences but sanctions and harassment of any sort, administrative, by police action or otherwise".

ראו עמ' 874 (סעיף 3058) ל-Commentary.

191. ניסיונם של המשיבים לאפיין את צמצום אספקת הדלק, החשמל ומוצרים חיוניים נוספים לעזה כ"ניתוק כלכלי" אינו יכול לבוא תחת המניע המוצהר של פעולות אלו, מניע ששרי ממשלת ישראל לא טרחו להסתיר - הענשת תושבי רצועת עזה בגין ירי טילי הקסאם הנעשה על ידי חמושים (ראו סעיף 80 לעתירה, שם מצויה רשימה חלקית בלבד של הצהרות שרי הממשלה בעניין). המשיבים עצמם גם מצהירים על כך בחלקה אחרון לתגובתם מיום 2.11.2007 (סעיף 87).

192. אין נפקא מינא אם המשיבים החליטו לצמצם את אספקת החשמל או הדלק למשך תקופות ממושכות, או רק בסמוך למועדי ירי טילי הקסאם - הכוונה ברורה לכל בר דעת במדינת ישראל, והיא להעניש את כלל התושבים האזרחיים בעזה.

## ב. חובות מכוח דיני זכויות האדם

193. דיני זכויות האדם הבינלאומיים, המעוגנים באמנות זכויות האדם של האו"ם, מבטיחים לתושבי רצועת עזה זכויות כמו לכל אדם אחר על כדור הארץ. זכויות אלה מובטחות לתושבי רצועת עזה בהיותם בני אדם, ובלי קשר למי שמחזיק ברסן השלטון.

194. לתושבי עזה מובטחת הזכות לחיים (סעיף 6 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות); הזכות לגישה למים נקיים (סעיף 25 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם); הזכות לבריאות (סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות); הזכות לתנאי חיים

נאותים (סעיף 11 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות); הזכות להיות מוגנים בפני רעב (סעיף 11(ב) לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות); לילדים ברצועת עזה מובטחות זכויות אלה מכוח האמנה בדבר זכויות הילד.

195. קיצוץ באפשרות לייבא דלק וקיצוץ אספקת החשמל פוגע ויפגע בכל זכויות האדם האלה. פגיעה זו איננה תוצאה של כורח או הכרח, אלא של החלטה מודעת לפגוע באופן ישיר באזרחים. פגיעה, שאסורה על פי משפט זכויות האדם הבינלאומי.

### **ג. שליטתם של המשיבים ברצועת עזה מולידה אחריות**

196. עובדות השליטה בעזה, כפי שפורטו לעיל, משליכות באופן ישיר על פעולותיהם של המשיבים. בדברי המשיבים שזור כחוט השני הנסיון להתחמק מאחריות כלפי תושבי עזה, על ידי התכחשות לשליטת המשיבים בהם.

197. שאלת חובותיהם של המשיבים לעניין אספקת חשמל ודלק ומתן אפשרות להכנסת סחורות אחרות, היא שאלה שאינה יכולה להיות נדונה במנותק מהשליטה.

198. קיצוץ באספקת חשמל ודלק אינו שווה להימנעות מלספק אותם מלכתחילה.

199. ראשית, המערכות האזרחיות בעזה מבוססות על רמה מסוימת של אספקת דלק וחשמל ותלויה בה. לא מדובר באזור נידח, בו משאבות המים מופעלות באופן ידני או חדרי הניתוח מוארים באמצעות נרות. רצועת עזה היא שטח פיזי נתון, שלשם פעולת המערכות ההומניטאריות דרושים חשמל ודלק.

200. שנית, לאורך 40 שנות כיבוש ועד היום, מנעו המשיבים מתושבי רצועת עזה לייבא דלק וסחורות מכל מקור אחר בעולם, פרט לישראל. שליטתם של המשיבים בגבולות מונעת מתושבי רצועת עזה לפתח ולשקם את מערכת החשמל המקומית בתוך עזה (ראו, למשל, סעיפים 22-26 לתצהיר חברת חלוקת החשמל בעזה (ע/22)). המשיבים יצרו תלות בקרב תושבי רצועת עזה במערכת החשמל הישראלית.

201. גם אם היינו מניחים, שעל המשיבים מעולם לא חלה חובה לספק חשמל לעזה, הנחה שאינה נכונה, גם אז עצם האספקה לאורך 40 שנה, וכן התלות שהמשיבים יצרו אצל תושבי הרצועה, מקימה על המשיבים חובה להמשיך לספק חשמל, וזאת לכל הפחות עד שתושבי עזה ישלימו בניית מערכת עצמאית (ובכפוף לכך שהמשיבים יאפשרו את בנייתה ויימנעו מלפגוע בה).

202. כפי שפרטו העותרים, לתושבי רצועת עזה אין דרך להתגונן בפני הפגיעה במערכות החיוניות שלהם ואין להם יכולת להיערך לכך – בוודאי לא בפרק זמן של שבוע ימים. תושבי

הרצועה לא יכולים לייבא דלק אלא דרך ישראל, בשל החלטתו של המשיב 2. תושבי הרצועה לא יכולים להביא חשמל ממקור אחר, בשל שליטת המשיבים בגבולות הרצועה. תושבי הרצועה לא יכולים לייבא בטון, חלקי חילוף וציוד מהגדה המערבית, מאירופה או מכל מקום אחר ואם היו מנסים לעשות זאת, המשיבים היו מיירטים את מטוס המטען, מטביעים את אוניית האספקה ומונעים את מעבר השיירה היבשתית.

203. המשיבים שולטים, באופן מוחלט, באפשרותם של תושבי עזה לייבא דלק, חשמל וכל סחורה אחרת. עצם השליטה הזו, מטיל על המשיבים אחריות לאנשים ולמערכות, שנתונים לשליטתם.

#### **ד. מניעת אספקת חשמל ודלק אינה "סנקציה כלכלית"**

204. שליטתם של המשיבים הינה הסיבה העיקרית לכך, שלא ניתן לאפיין את החלטתם לקצץ בחשמל או בדלק כ"סנקציה כלכלית", "ניתוק כלכלי" או "לוחמה כלכלית". אין עסקינן באקט כלכלי של הימנעות מלסחור או הטלת מגבלות על מסחר. עסקינן באקט הנובע משליטה מוחלטת ושימוש פסול בשליטה זו כדי לפגוע בתושבים חפים מפשע.

205. המשיבים מנסים למצוא תימוכין לצעדיהם בהחלטות מועצת הביטחון בדבר הטלת סנקציות על עיראק בשנות התשעים של המאה העשרים, או בחוקים שנחקקו במספר מדינות, האוסרים על מסחר עם אויב. עם כל הכבוד, מערכות דינים אלה אינן מערכת הדינים במסגרתה פועלים המשיבים בעניינים נשואי עתירה זו, וזאת ממספר טעמים:

א. החלטתם אינה כדוגמת הגבלת מסחר, "סנקציה כלכלית", אלא היא מניעת אספקה של מוצרי תשתית הומניטריים והגבלת כל אפשרות לרכוש אותם ממקום כלשהו בעולם בשל השליטה בגבולות עזה.

ב. מערכת הדינים החלה על המשיבים ביחס לרצועת עזה אינה כמערכת הדינים החלה ביחסים שבין שתי מדינות.

ג. החלטת המשיבים אינה נעשית בחלל ריק, אלא היא נעשית לאחר שהמשיבים כבר מפעילים הגבלות חמורות על אפשרותם של תושבי עזה לקיים את חייהם בצורה תקינה.

206. האמברגו הכלכלי על עיראק שמוזכר על ידי המשיבים, אותו הטילה מועצת הביטחון מכוח סמכותה לפי סעיף 7 למגילת האו"ם, אינו דומה במהות ובצורה להחלטת הקבינט הביטחוני. המשיבים, בכל הכבוד, אינם בעלי סמכות דומה לזו של מועצת הביטחון והם אינם פועלים מכוח מגילת האו"ם.



207. לא זו אף זו. מנגנון האמברגו באו"ם זכה לביקורת נוקבת בשל פגיעתו החריפה, הבלתי צפויה והבלתי מידתית בזכויות אדם, ואילו המשיבים מנסים להטיל את יהבם על מנגנון זה, בטענה כי הוא מותר, לגיטימי ואינו פוגעני.

208. אמנם, מדינה מוסמכת מכוח ריבונותה להחליט עם אילו פרטים ועם אילו מדינות יורשו אזרחיה לקיים קשרי מסחר. ברם, **לא ביחסי מסחר כלכליים עסקינים, אלא בנדבך נוסף של שליטת המשיבים בחיי היום יום של תושבי רצועת עזה.**

209. איסור מסחר עם מדינת דרום אפריקה, עם מדינות הגוש המזרחי או האמברגו על עיראק הוטל על מדינה ריבונית, החופשית לנהל את ענייניה. כאן, לא מדובר במדינה ריבונית אלא בשטח הנתון לשליטתם של המשיבים.

210. יתר על כן, עניינו כאן אינו אך בהחלטה לאסור על מסחר עם מדינה, אלא בהחלטה שלא להתיר לאזרחים לרכוש את החשמל או הדלק להם הם זקוקים ממדינת ישראל, והגבלת כל אפשרות מעשית לרכוש מוצרים חיוניים אלה מכל מקום אחר.

211. הערה כללית 8 של הוועדה המפקחת על יישום האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1997 (להלן: הערה כללית 8) עסקה בשאלת היחס בין סנקציות כלכליות לבין זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. מטרת ההערה, קובעת הוועדה, היא להדגיש שבכל מקרה שבו מטילים סנקציות יש תמיד " full account of the provision of the " International Convent of Economic, Social and Cultural Rights. הוועדה מציינת, כי ברוב המוחלט של המקרים בהם מוטלות סנקציות, תהיה להן השפעה דרמטית על מימוש הזכויות המובטחות באמנה, ובמיוחד על אספקה של מזון, תרופות וציוד סניטרי וחלוקתם, תסכן את איכות המזון והזמינות של מי שתיה נקיים ויפריעו לתפקוד של מערכות בריאות וחינוך בסיסיות (שם, פסקה 3).

*הערה כללית 8 של הוועדה המפקחת על יישום האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1997 מצ"ב ומסומנת מש/8*

212. עוד קובעת הוועדה, כי בעת ששוקלים האם להטיל סנקציות כלכליות יש **חובה** להבחין בין הפעלת לחץ על האליטה הכלכלית לבין פגיעה בקבוצות האוכלוסיה החלשות. לאור זאת, הציע מזכ"ל האו"ם כבר בשנת 1995 כי **עובר** להחלטה על הטלת סנקציות, יש להעריך את השפעתן וליצור מנגנונים על מנת לספק את הצרכים ההומניטריים לקבוצות מתנדבים (שם, סעיף 5).

213. הוועדה קבעה, כי על המטיל סנקציות כלכליות חלות שתי מגבלות. הראשונה קשורה למדינת היעד, עליה מוטלות הסנקציות, ונקבע כי:

"the committee is thus called upon to scrutinize very carefully the extent to which the state concerned has taken steps "to the **maximum** of its available sources" to provide the greatest possible protection for the economic, social and cultural rights of each individual living within its jurisdiction"

(שם, פסקה 10. ההדגשה הוספה. ש.ב.).

המגבלה השנייה המוטלת על המדינה המטילה את הסנקציות מתחלקת לשלוש מגבלות משנה: א. בעיצוב משטר הסנקציות יש לקחת בחשבון את הזכויות הנפגעות ו " Respect for human rights. The identification of a wider range of exempt goods and services..." ב. קימת חובה ליצור מנגנון של ניטור **אפקטיבי** ג. חובה לנקוט צעדים על מנת למנוע פגיעה לא פרופורציונאלית בקבוצות מתנדבים בתוך מדינת היעד (שם, פסקאות 10-14).

214. המשיבים כשלו בכל אלה: בהחלטתם אין כל שסתומים הומניטריים, הערכת הפגיעה לא נעשתה עובר להטלת הסנקציות והניטור אינו אפקטיבי ונשען על כרעי תרנגולת. המשיבים מודים בתצהיר התשובה, כי אין בידם נתונים עדכניים או עובדות ממשיות, והערכותיהם לגבי "המצב ההומניטרי" ברצועה נשענות על נתונים מלפני שנתיים ימים וספקולציות שונות. כל זאת, שעה שהעותרים הוכיחו לבית המשפט הנכבד בנתונים ובתצהירים עדכניים, מהו המצב ששורר כיום ברצועת עזה – עובר להחלטת המשיבים ולהשפעותיה על האוכלוסיה האזרחית החפה מפשע שם.

המקור אליו המשיבים עצמם מפנים בתגובתם, מאמרו של Boris Kondoch, מציין גם הוא מפורשות, כי מנגנון האמברגו של מועצת הביטחון זכה לביקורת נוקבת בתוך האו"ם עצמו ומחוצה לו, (שם, עמודים 270-274).

215. פרופסור August Reinisch קובע, כי האמברגו שהוטל על עיראק על ידי מועצת הביטחון הביא לאסון הומניטרי. קביעה זו נעשית בהמשך לקביעות של אנשי רפואה, משפטנים וגורמים באו"ם עצמו (August Reinisch – "Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions" 95 *A.J.I.L.* 851 (להלן: Reinisch), הערות שוליים 7-9). גם נציבות זכויות האדם של האו"ם הביעה דאגה מהשלכות הסנקציות על זכויות האדם של תושבי עיראק, ומזכ"ל האו"ם עצמו כינה מנגנון זה "blunt instrument" ( ) Supplement to an agenda for peace, UN Doc a/50/60-s/1995/1, para 70 (1995).

216. תת ועדה של האו"ם לקידום והגנה על זכויות אדם כינתה את מנגנון הסנקציות שהוטל על עיראק כ "Unequivocally illegal under existing international humanitarian law and human rights law" Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human

Rights, The Adverse Consequences of Economic Sanctions on the Enjoyment of  
(Human Rights, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/33, para. 18

217. הדוגמאות השונות שהביאו המשיבים, בנסיון לטעון כי החלטתם הינה חלק ממצב שכיח במשפט הבינלאומי, אינן תומכות בעמדה זו. להפך. מהדוגמאות הספורות שהמשיבים עמם הביאו עולה בבירור, כי החלטתם הינה קיצונית הרבה יותר בפגיעתה המכוונת באוכלוסיה האזרחית.

218. איש בקהילה הבינלאומית לא החליט להטיל אמברגו על רצועת עזה, מועצת הביטחון של האו"ם לא עשתה כן והדבר גם לא נעשה במסגרת חקיקה ישראלית פנימית. הדין הישראלי מאפשר קיום קשרים כלכליים עם עזה, והמשיבים מאפשרים מסחר מסוים, לרבות ייצוא ברמה מוגבלת.

219. המשיבים, כאמור, אינם פועלים מכוח מגילת האו"ם. המשיבים גם לא עיגנו את החלטתם בדבר חקיקה אלא אך בהחלטה מנהלית – זאת שעה שספר החוקים בישראל כולל אפשרות של מניעת מסחר עם מדינה כזו או אחרת (פקודת המסחר עם האויב, ע"ר 923, 5.9.1939), אך עיון בהוראות הפקודה עולה, כי גם היא אינה חלה במקרה שלפנינו.

220. יוזכר, כי החלטת הקבינט **לא הכריזה על עזה כעל "אויב"** ולא החיל את הסעיפים המגבילים קיום קשרים עם האויב בחוק העונשין התשל"ז-1977 או בפקודת המסחר עם האויב, הנזכר לעיל. נהפוך הוא: המשיבים מאפשרים קיום קשרי מסחר עם עזה ואף לאחרונה אישרו ייצוא חקלאי מרצועת עזה לישראל ולאחר מכן לאירופה, וזאת לבקשתם של חקלאים תושבי עזה ויצואנים ישראלים, אשר עמדו להפסיד כספים רבים אם הייצוא לא היה מתבצע.

221. המשיבים לא השכילו להצביע על אף מקור משווה, בו מדינה הפעילה "לוחמה כלכלית" נגד שטח, במצב עובדתי דומה לזה שבו פועלים המשיבים – חסימה פיזית של כל אפשרות לקיים קשרי מסחר וחסימת כל דרכי האספקה.

## פרק 5: גם דיני הלחימה אוסרים על פגיעה באספקת מוצרים חיוניים

### א. החובה לאפשר מעבר חופשי של אספקה חיונית

222. העותרים יבקשו להבהיר, כי פעולותיהם אסורות גם במסגרת דיני הלחימה, אשר לדידי המשיבים חלים על פעולותיהם כלפי תושבי עזה. טענת המשיבים, כי דיני הלחימה מחייבים אותם לאפשר רק את המינימום הדרוש להישרדות האוכלוסייה, מגלה טעות יסודית בהבנת החובות המוטלות על המשיבים. חובות אלו מוגדרת בסעיף 23 לאמנת גינבה ובסעיף 70 לפרוטוקול הראשון, המהווים חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי גם לדידי המשיבים (סעיף 44 לתגובת המדינה מיום 2.11.2007).

223. סעיף 70 לפרוטוקול הראשון קובע כי על המשיבים להקל על מעבר חופשי ובלתי-מעוכב של כל אספקה הומניטרית המיועדת לאוכלוסייה האזרחית. חובה זו חלה בשטח שהוא לא כבוש, ומחייבת כל צד לסכסוך לאפשר אספקה ולהקל על העברתה טיב האספקה בו עוסק הסעיף הוא relief consignments, כפי שמוגדר בסעיף 69 לפרוטוקול הראשון. החובה חלה על "any territory under the control of a Party to the conflict, other than occupied territory".

לפי סעיף 70(2) לפרוטוקול הראשון:

"הצדדים לסכסוך וכל אחד מהצדדים המתקשרים יתירו את מעבר המהיר וללא עיכוב של כל משלוחי הסיוע, הציוד והסגל שנקבעו בהתאם לסימן זה ויקלו עליו, אף אם סיוע כזה מיועד לאוכלוסייה האזרחית של הצד היריב" (ההדגשה הוספה. ש.ב.)

סעיף 70(5) מבהיר, כי על כל צד לעודד ולהקל על תיאום בינלאומי יעיל של סיוע הומניטארי:

"הצדדים לסכסוך וכל אחד מהצדדים המתקשרים הנוגעים בדבר יעודדו תיאום בינלאומי יעיל של פעולות הסיוע הנזכרות בפסקה ויקלו עליו" (ההדגשה הוספה. ש.ב.)

בניגוד לטענת המשיבים, החובה המוטלת עליהם היא להקל באופן אקטיבי על העברת כל אספקה שמיועדת לאוכלוסייה האזרחית, ללא הפרעה ("unimpeded"). מהחובה הפוזיטיבית נשמע, מכוח קל וחומר, האיסור הנגטיבי על הפרעה וקיצוץ בכמות האספקה, שמבקשים להעביר לאוכלוסייה האזרחית.

224. המשפט הבינלאומי המנהגי אוסר באופן מוחלט על כל הפרעה מכוונת באספקה שמיועדת לאוכלוסייה האזרחית, ואף מטיל על המשיבים חובה להקל על העברת כל אספקה שכזו, ללא קיצוצים. האוכלוסייה המקומית, בסיוע ארגונים בינלאומיים, היא שקובעת לעצמה את רמת

האספקה הנדרשת, וזאת בהתאם לסטנדרטים המקובלים של סיוע הומניטרי, כפי שנקבעו בהתאם לצרכיהם של התושבים המקומיים וארגוני הסיוע הבינלאומיים.

225. למשל, האיחוד האירופי קבע רמת אספקה שהיא דרושה להפעלתה הנאותה של תחנת הכוח בעזה, בהתחשב בצרכיה. **למשיבים אין סמכות להתערב בהחלטה זו ולקצץ ברמת הסיוע הניתן על ידי גורם בינלאומי.**

226. טענת המשיבים, לפיה חובתם מוגבלת למינימום הנדרש להשרדות האוכלוסייה, אינה משתלבת עם לשונם הברורה של סעיף 2)70 (וסעיף 5)70 לפרוטוקול הראשון, והיא חסרת כל בסיס בדין הבינלאומי. הדין קובע כי על המשיבים לאפשר את כניסת מלוא האספקה לרצועה, כל עוד מדובר באספקה הומניטרית. לפי הפרשנות לאמנת ג'נבה ולפרוטוקול הראשון, כל פעולה שמיועדת לספק את האוכלוסייה האזרחית במוצרים חיוניים, נהנית מההגנה של סעיף 70 לפרוטוקול:

"The humanitarian character of the action is fulfilled once it is clear that the action is aimed at bringing relief to victims, i.e., in the present case, the civilian population lacking essential supplies."

ראו עמ' 817 ל-Commentary, בסעיף 2798.

227. כל עוד מדובר במוצר שהוא חיוני לאוכלוסייה האזרחית – מדובר במוצר שחובה על כל הצדדים לאפשר את אספקתו.

228. סעיף 70 לפרוטוקול, בהיותו הוראה מאוחרת יותר הנמנית על המשפט המנהגי, מחייב פרשנות מצומצמת לסייג שנקבע בסעיף 23 לאמנת ג'נבה, המאפשר לכאורה להגביל את אפשרות מעבר סחורות חיוניים, אם קיים חשש רציני לפיו מתן המעבר יעניק יתרון צבאי מובהק לאויב. סעיף 70 מבהיר, שכל שיקול שכזה, כפוף לעקרון המידתיות, **ושככל שמדובר במוצר הומניטארי – עקרון המידתיות מחייב מתן אפשרות למעבר :**

"there is no way in which one could weigh the humanitarian considerations of an action destined to ensure the survival of a civilian population lacking essential supplies against the military advantage that such an action could have for the receiving Party, which would in any case always be minimal and indirect, even through it would be wrong to deny its existence altogether."

ראו סעיף 2850 ל-Commentary, בעמ' 827.

229. הוראה דומה מופיעה ב- San Remo Manual on International Law Applicable to

Armed Conflicts at Sea שחובר בשנת 1995, הדן בהטלת מצור ימי, דוגמת המצור שהמשיבים מטילים על רצועת עזה מאז שנת 1967. לפי החוברת:

"If the civilian population of the blockaded territory is inadequately provided with food and other objects essential for its survival, the blockading party must provide for free passage of such foodstuffs and other essential supplies, subject to:

(a) the right to prescribe the technical arrangements, including search, under which such passage is permitted;

And

(b) the condition that the distribution of such supplies shall be made under the local supervision of a Protecting Power or a humanitarian organization which offers guarantees of impartiality, such as the International Committee of the Red Cross"

ראו סעיפים 103-104 ל- San Remo Manual on International Law Applicable to  
Armed Conflicts at Sea

230. סעיף 104 ל- Manual מחייב את הכוח המטיל מצור לאפשר מעבר של ציוד רפואי. בעידן המודרני ברצועת עזה (כמו בישראל), דלק וחשמל הם מוצרים חיוניים לצורך הפעלת ציוד רפואי ומערכת הבריאות.

231. יודגש: החובה בדין היא לאפשר מעבר **חופשי** של **כל** המוצרים ההומניטריים. **למשיבים אין סמכות להגביל או להפריע למעבר זה**, פרט להגבלות הנובעות מהצורך לקבוע את תנאים טכניים הקשורים במעבר ולנקוט אמצעים, שיבטיחו כי החלוקה תיעשה בצורה שאינה מפלה.

232. לעניין זה, תמוה ניסיונם של המשיבים להיתלות בנאמר בפסק הדין בבג"צ 5429/07 רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (ראו סעיף 45 לתגובת המשיבים מיום 2.11.2007), שם התייחס בית המשפט הנכבד להגבלות על פתיחת מעבר ארז, אשר היו קיימות בנקודת הזמן שמיד לאחר האירועים האלימים של יוני 2007 ואשר כבר אינן קיימות. העתירה דן מופנית נגד **השיבוש המכוון** שבו נוקטים המשיבים באספקת מוצרים חיוניים לאוכלוסיה האזרחית בעזה. ההגבלות שהוטלו על אספקת הדלק לרצועה אינן נובעות משום סכנה שכרוכה בפתיחת המעברים או תנאי טכני באשר למעבר.

233. למען הסר ספק, החובה המעוגנת בסעיף 70 לפרוטוקול חלה על שטח שאינו כבוש. זאת דווקא כדי למנוע מצב כמו המצב הנוכחי, בו מדינה תטען שהיא אינה מחויבת לאפשר אספקה של מוצרים הומניטריים, משום שלא מדובר בשטח כבוש. לדברי ה-Commentary:

"a clear distinction was made between the scope of application of Article 69 (*Basic needs in occupied territories*) and Article 70 ... the

former applying to occupied territories, while the latter applied to territories other than occupied territories. The negative definition means that a territory under the control of a Party to the conflict is definitely covered by one or other of these provisions on relief. There might be some differences of opinion with regard to the concept of occupation, but **it would not be possible to deny at the same time both the application of Article 69 (Basic needs in occupied territories) and that of Article 70.**"

(עמודים 816-817 ל-Commentary, סעיף 2792, ההדגשה הוספה-ש.ב).

בהמשך מודגש, כי סעיף 70 בא להסיר כל ספק, כי גם אם קיים ויכוח באשר לשאלת השליטה בשטח, לעולם לא תהיה הצדיקה להפריע למעבר אספקה הומניטרית:

"As regards the *control* of the territory, this refers here to material control. This should be understood to refer in particular to the capacity of the Party concerned to ensure the execution of its decisions in the whole territory. However, **one should not exclude any territory from the scope of application of Articles 69 (Basic needs in occupied territories) or 70 on the ground that they are not in fact controlled by anyone, or that control is in dispute, even though it may happen that a relief action is in practice impossible in certain cases.**"

(עמ' 817 ל-Commentary, סעיף 2793, ההדגשה הוספה-ש.ב).

234. יתר על כן, החובה לאפשר אספקה הומניטארית חלה על כל מדינה, שמיקומה הגיאוגרפית הופכת את האספקה דרכה לאספקה יעילה:

"The 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 ..."

**"The Parties do not have the competence to refuse such passage.** Thus they are *obliged* to permit and to facilitate such passage".

(סעיפים 2824 ו-2825 ל-Commentary, בעמ' 822. ההדגשה הוספה. ש.ב.)

### לסיכום חלק זה:

235. אם מדובר בשטח כבוש, על המשיבים מוטלת חובה מוגברת לספק את המוצרים ההומניטאריים לאוכלוסייה האזרחית ולאפשר את רמת המעבר הנדרש, לצורך שמירה על

החיים התקינים בעזה (תקנה 43 לתקנות האג). אם מדובר בשטח שיאנו שטח כבוש, חובה על המשיבים לאפשר לאחרים לספק את מלוא המוצרים ההומניטריים שהם מבקשים לספק וכן ולהקל על אספקה זו. כך או כך, למשיבים **אין סמכות למנוע** אספקה של מוצרים הומניטריים, לרבות דלק, חשמל וחלקי חילוף.

## **ב. האיסור על ענישה קולקטיבית קיים גם בדיני לחימה**

236. העותרים יטענו, שגם דיני לחימה אוסרים על ענישה קולקטיבית, דוגמת זו שהטילו המשיבים על תושבי עזה.

237. סעיף 75(2)(ד) לפרוטוקול הראשון מבהיר, כי האיסור על ענישה קולקטיבית חל באופן רחב, גם בלא מצב של כיבוש. המשיבים מפעילים סמכות וכוח כלפי תושבי עזה, בין היתר באמצעות שליטתם המוחלטת בהכנסת טובין לרצועה. המשיבים הם אלה שמחליטים אילו מוצרים ייכנסו לעזה, באיזו תדירות, באילו כמויות ובאיזה שיעור מכס ומע"מ. לא מדובר ב"מדינה" אחרת, אשר מחליטה בעצמה על הכנסת טובין דרך גבולותיה והמיסוי עליו. המשיבים הם אלה שמחזיקים בסמכות להחליט מה ייכנס לעזה – ואל להם להשתמש בסמכות זאת כדי להעניש את תושבי עזה על מעשי אלימות (ובייחוד ירי טילי הקסאם) שבוצעו על ידי חמושים.

## **סיכום**

238. העותרים פרסו את טיעוניהם באשר למסגרת המשפטית שחלה על פעולותיהם של המשיבים כלפי תושבי רצועת עזה, הקובעים נחרצות כי פגיעה מכוונת באזרחים הינה פעולה אסורה.

239. גם לפי החובות המינימאליות שאליבא דמשיבים, חלים עליהם, קרי דיני לחימה ואי פגיעה בצרכים הומניטריים, פעולותיהם אסורות.

240. כבר חודש ימים סובלים תושבי רצועת עזה מהקיצוץ באספקת דלק שהמשיבים כפו עליהם. חודשים רבים סובלים התושבים מהגבלות חמורות על כניסת טובין אחרים. בית המשפט הנכבד מתבקש לשים קץ לפגיעה מכוונת זו ולמנוע מהמשיבים להחריפה.

**241. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו ביניים וצו על תנאי כנדרש בעתירה.**



242. תגובה זו נתמכת, בין היתר, בתצהירים שנחתמו בפני עורכי דין ברצועת עזה ונשלחו לח"מ באמצעות הפקס ולאחר תיאום טלפוני. לאור הקשיים בקיום מפגשים בין תושבי רצועת עזה לבין עורכי דין ישראלים, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל תצהירים אלה.

---

פאטמה אל-עג'ויה, עו"ד

---

שרי בשי, עו"ד

---

חסן ג'בארין, עו"ד

---

קנת מן, עו"ד

באי-כוח העותרים

27.11.2007