

היעדר) התחולה של דיני התפיסה הלוחמתית באשר לרצועת עזה

רועי שיינדורף וערן שמיר-בורר*

מאמר זה מבקש לבסס את העמדה שלפיה מדינת ישראל אינה "כוח כובש" כלפי רצועת עזה, ומשום כך אי-אפשר לייחס לה חובות משפטיות מכוח דיני התפיסה הלוחמתית. עמדה זו מבוססת על הפרשנות הרווחת של דיני התפיסה הלוחמתית כפי שהיא עולה מסקירה נרחבת של הפסיקה הבינ-לאומית הרלוונטית, כמו גם של מדריכים צבאיים ושל עמדות מלומדים. המאמר מפרט על אודות המסגרת הנורמטיבית הקיימת לבחינת קיומו של כיבוש, ובמרכזו מבחן השליטה האפקטיבית. המאמר מראה, כי מקובל לחלק את מבחן השליטה האפקטיבית לשלושה מבחני משנה מצטברים: נוכחות צבאית פיזית של המדינה הכובשת בשטח, תנאי אשר כפי שמוכיח המאמר הוא "תנאי מהותי שבלעדיו אין" לביסוס קיומו של כיבוש; הפעלת סמכויות שלטוניות בשטח בידי כוחות המדינה הכובשת; ואובדן היכולת של הריבון הקודם להפעיל סמכויות שלטוניות בשטח.

בנוגע לכל אחד מהתנאים הללו מוצגת המציאות העובדתית השוררת ברצועת עזה. המסקנה המתבקשת היא, כי אף לא אחד משלושת התנאים לקיומה של שליטה אפקטיבית מתקיים בנוגע לרצועת עזה. לישראל אין נוכחות צבאית פיזית קבועה ברצועת עזה משנת 2005, והיא אינה מפעילה סמכויות כשלטון בשטחי הרצועה. רצועת עזה נשלטת בפועל בידי ארגון הטרור חמאס, המפעיל סמכויות שלטוניות, ביטחוניות ואזרחיות בנוגע לאוכלוסייה האזרחית.

המאמר גם נותן מענה על טענותיהם של מי שתומכים בהחלת דיני התפיסה הלוחמתית על המצב העובדתי ברצועת עזה, בין אם מתוך יישום שגוי של הפרשנות המקובלת של הדין ובין אם מתוך ניסיון תקדימי לפרוץ את גבולותיו. בתוך כך המאמר מבקר את עמדת משרד התובעת של בית הדין הפלילי הבינ-לאומי, הנשענת על פרשנות שגויה של הדין ושל הפסיקה הבינ-לאומית והלוקה בקשיים מתודולוגיים רבים, כגון התעלמות מהיבטים מסוימים של מבחן השליטה האפקטיבית או הסתמכות על החלטות של גופים פוליטיים לצורך הערכת המצב המשפטי באשר לרצועת עזה.

כן נסקרות שתי דוקטרינות משפטיות חדשות, שנתפרו במיוחד למידותיו של המקרה הפרטני של רצועת עזה – הגישה ה"פונקציונלית" לכיבוש וגישת

* ד"ר רועי שיינדורף הוא המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי); אל"ם ד"ר ערן שמיר-בורר הוא ראש המחלקה לדין בין-לאומי (דבל"א) בפרקליטות הצבאית. העמדות המובעות במאמר זה אינן מייצגות בהכרח את עמדות ממשלת ישראל.

"חובות בתר-כיבוש". המאמר מבקש להראות כי הדוקטרינות הללו אינן מעוגנות בדין המצוי, אלא לכל היותר מבטאות את השאיפות של הוגייהן באשר להתפתחות הדין הרצוי. כמו כן, דוקטרינות אלו רוויות בקשיים משפטיים, ובראשם ניסיון לשינוי יסודי בדיני התפיסה הלוחמתית (כגון זניחת מבחן השליטה האפקטיבית) ובתכליות העומדות בבסיסם של דינים אלה. חלקו האחרון של המאמר מראה, כי ישנן מסגרות דינים אחרות – שמקורן במשפט הבין-לאומי על ענפיו השונים – המסדירות את הקשר המשפטי שבין מדינת ישראל לרצועת עזה. מסגרות אלו מייתרות את הצורך בפיתוח דוקטרינות חדשניות הסוטות באופן מובהק מהפרשנות הרווחת והמקובלת של דיני התפיסה הלוחמתית.

הקדמה

א. רקע היסטורי

ב. המסגרת הנורמטיבית ויישומה על המצב העובדתי ברצועת עזה.

1. תקנה 42 לתקנות האג – המבחן המשפטי לקיומו של כיבוש

2. מבחן השליטה האפקטיבית (*effective control test*) על שלושת תנאיו

(א) נוכחות צבאית פיזית קרקעית בשטח (*boots on the ground*)

(ב) הפעלת סמכויות שלטוניות בשטח בידי הכוח הכובש

(ג) חוסר יכולת של השלטון הקודם להפעיל סמכויות שלטוניות

3. סיכום ביניים

ג. ביקורות על עמדתה של מדינת ישראל ומענה להן

1. עמדת משרד התובעת של בית הדין הפלילי הבין-לאומי בנוגע למעמדה של רצועת עזה

2. הגישה "הפונקציונלית" לכיבוש וגישת "חובות בתר-כיבוש"

(א) הגישה "הפונקציונלית" לכיבוש (*functional approach*)

(ב) גישת "חובות בתר-כיבוש"

3. המסגרות הנורמטיביות המסדירות את הקשר המשפטי של מדינת ישראל לרצועת עזה

סיכום

הקדמה

במאמר זה נבקש לבסס את העמדה, שלפיה אי-אפשר לייחס למדינת ישראל חובות משפטיות כלפי רצועת עזה ותושביה מכוח דיני התפיסה הלוחמתית.¹ נבקש להראות כי

1 התרגום העברי למונח Law of Belligerent Occupation הוא "דיני תפיסה לוחמתית". מונח זה נקט גם בית המשפט העליון בפסיקתו לאורך השנים; בכתיבה האקדמית בישראל נקטו מלומדים רבים גם את המונח "דיני כיבוש".

עמדה זו, אשר ננקטה בצורה עקבית בידי מדינת ישראל מאז מימוש "תוכנית ההתנתקות" בשנת 2005, עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינ-לאומי ובפרט עם המבחן המשפטי לקיומו של כיבוש.

אומנם, בעשור האחרון ניסו גורמים שונים לקדם תזות משפטיות אשר ביקשו להתייחס לרצועת עזה כאל מקרה ייחודי, המצדיק שינויים והתאמות של דיני התפיסה הלוחמתית, במטרה להטיל חובות מכוח דינים אלו על מדינת ישראל. אך כפי שיוסבר להלן, תזות אלו אינן עולות בקנה אחד עם הדין הקיים, הן פורמות את האיוון העדין שקובעים דיני התפיסה הלוחמתית במערכת היחסים שבין הכוח הכובש והאוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש, והחלתן על המציאות העובדתית השוררת ברצועת עזה היא שגויה.

נאמר כבר עתה, כי אף שמאמר זה ידון בקצרה בכמה מסגרות נורמטיביות המסדירות את הקשר המשפטי בין מדינת ישראל לרצועת עזה, הוא אינו מתיימר לערוך דיון מעמיק בפרשנות הראויה לענפי משפט אחרים אשר עשויים להיות רלוונטיים למציאות העובדתית השוררת ברצועת עזה. חלק מענפי המשפט הללו הוזכרו בידי כותבים אחרים בכרך זה, כגון דיני הסגר הימי,² או המשמעויות המשפטיות של המדיניות הישראלית באשר למעברים שבין רצועת עזה ובין ישראל.³

א. רקע היסטורי

ההיסטוריה של השליטה על רצועת עזה במאה השנים האחרונות שזורה ברצף של שינויים ושל טלטלות. עובר מלחמת העולם הראשונה הייתה רצועת עזה חלק מן האימפריה העותמאנית. במהלך מלחמת העולם נתפסה הרצועה בידי כוחות הצבא הבריטיים. בשנת 1923, במסגרת הסכם לוזאן, ויתרה תורכיה על ריבונותה ועל זכויותיה בשטחים רבים ובהם שטח רצועת עזה.⁴ למשך שלושת העשורים הבאים נשלטה הרצועה ונוהלה בידי האימפריה הבריטית, תחילה באמצעות ממשל צבאי ובהמשך בהתאם להוראות המנדט שהעניק לה חבר הלאומים.⁵

2 ראו את מאמרה של האלה ח'ורי-בשאר את בגיליון זה (האלה ח'ורי-בשאר את "הסגר הימי המתמשך על עזה ככלי לשליטה אפקטיבית" עיוני משפט מג 435 (2020)).

3 ראו מאמרו של איל כנבנישתי בגיליון זה (איל כנבנישתי "כי תצור אל עיר... לא תשחית את עצה" – על מידתיות במצור ארוך טווח" עיוני משפט מג 461 (2020)).

4 Treaty of Peace with Turkey Signed at Lausanne (July 24, 1923) § 16, 28 L.N.T.S. 11

5 Mandate for Palestine, 3 LEAGUE OF NATIONS OFFICIAL JOURNAL 1007 (1922); להרחבה

על אודות הרקע ההיסטורי-המשפטי של השטח, ראו: Office of the Attorney General of the State of Israel, *The International Criminal Court's Lack of Jurisdiction over the So-Called "Situation in Palestine"*, para. 27-32 (2019) <https://www.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/InternationalLaw/News/Documents/The%20InternationalCriminalCourt%E2%80%99slackoffjurisdictionoverthe%20so-called%E2%80%9CsituationinPalestine%E2%80%9D-Memorandum%20oftheAttorney%20General.pdf> (להלן: מזכר היועץ המשפטי לממשלה).

למעשה, מאז אותו ויתור היסטורי של תורכיה ועד היום נותרה שאלת הריבונות ברצועת עזה פתוחה, והעמדה המקובלת היא כי הריבונות בה נותרה מושעית (in abeyance).⁶ ביום ה'29 בנובמבר 1947 קיבלה העצרת הכללית של האומות המאוחדות את החלטה 181, אשר קראה להקים בשטח המנדט הבריטי שתי מדינות – האחת יהודית והאחרת ערבית.⁷ החלטת העצרת נדחתה בידי מדינות ערב, וביום ה'15 במאי 1948 – מיד לאחר ההכרזה על הקמת מדינת ישראל – פתחו צבאותיהן של כמה מדינות ערביות במלחמה נגד מדינת ישראל. עם שוך הקרבות של מלחמת העצמאות הוחזק שטח רצועת עזה בידי מצרים, והוא נוהל על ידה באמצעות ממשל צבאי עד חודש יוני 1967.⁸ ביוני 1967, במהלך מלחמת ששת הימים, תפסה ישראל שטחים נכרים ובהם אזור יהודה ושומרון ורצועת עזה. ישראל הקימה ממשל צבאי באזורים אלה,⁹ וניהלה אותם בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית.¹⁰ במהלך השנים עלו יוזמות שונות להסדרת מעמדה של רצועת עזה. בחודש ספטמבר 1978, לקראת חתימה על הסכם השלום בין ישראל לבין מצרים וכחלק מ"הסכמי קמפ דייוויד", נחתם הסכם המסגרת לשלום במזרח התיכון.¹¹ הסכם זה התייחס לשטחים שישראל תפסה בשנת 1967, וביקש ליצור מסגרת למשא ומתן, אשר תביא בשלב הראשון לשלטון אוטונומי של האוכלוסייה הפלסטינית ובהמשך להסכם קבע שיקבע את המעמד הסופי של השטח.

- 6 לקביעה כי "[s]overeignty over a Mandated Territory is in abeyance", ראו: International Status of South-West Africa, Advisory Opinion, 1950 I.C.J. Rep. 128, at 150 (July 11) (Separate Opinion of Judge McNair); JAMES CRAWFORD, BROWNIE'S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 235 (9th ed. 2019); כן ראו: מזכר היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 5, בפס' 27-32.
- 7 ראו: U.N. G.A. Res. 181 (II), *Future Government of Palestine* (Nov. 29, 1947).
- 8 להוציא תקופה קצרה בשנת 1956 בעת "מבצע קדש", אז שלטה ישראל בשטח הרצועה.
- 9 מנשר בדבר נטילת השלטון על-ידי צה"ל (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 1), התשכ"ז-1967 קמ"מ (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 1).
- 10 בתחילת שנות השבעים הביע היועץ המשפטי לממשלה דאג, מאיר שמגר, את עמדתה של מדינת ישראל שלפיה התקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, הנספחות לאמנת האג הרביעית (Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, Annexed to the Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, 187 CTS 227 (1907) (להלן: תקנות האג)) ואמנת ז'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, 559 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ז'נבה הרביעית) אינן חלות דה יורה כעניין של משפט הסכמי, אולם ישראל מחילה את הוראותיהן ההומניטריות דה פקטו. ראו: Meir Shamgar, *The Observance of International Law in the Administered Territories*, 1 Isr. Y.B. HUM. RTS. 262 (1971). לאחר מכן קבע בית המשפט העליון בפרשת איוב, כי תקנות האג הן מנהגיות ומסיבה זו – מבלי לדון בתחולתן דה יורה – ניתן לבסס עליהן תביעה בפני בתי המשפט הישראליים. ראו: בג"צ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979); מדינת ישראל פועלת לפי ההלכה שנקבעה בבית המשפט העליון.
- 11 מסגרת לשלום במזרח התיכון שהוסכם עליה בקמפ דייוויד – ראו מסגרת לחווה שלום בין מצרים ובין ישראל, כ"א 857, 509 (נחתמה ב-1978).

בראשית שנות התשעים של המאה הקודמת הביא המשא ומתן המדיני בין ישראל לבין אש"ף לחתימה על סדרה של הסכמי ביניים הידועים כ"הסכמי אוסלו"¹². בחודש מאי 1994 נחתם ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו, ובהתאם להוראותיו ערכה ישראל מחדש את כוחותיה והעבירה חלק מהסמכויות השלטוניות לידי הרשות הפלסטינית שהוקמה מכוחו.¹³ בה בעת נותרו בידה סמכויות מסוימות, שנועדו להגן על אינטרסים חיוניים של מדינת ישראל. ישראל שמרה על סמכויותיה בתחום הביטחון, הן בנוגע לאיומים מן החוץ והן בנוגע להגנה על אזרחיה. כמו כן שמרה ישראל על סמכותה באשר למרחב האווירי ולביצוע פעולות צבאיות באוויר ובים מול חופי עזה, כמו גם את כלל הסמכויות הנוגעות להתיישבות הישראלית ולמרחבים מוגדרים.

בחודש יוני 2004 החליטה ישראל להוציא את כל אזרחיה ואת כוחותיה הצבאיים מרצועת עזה במסגרת "תוכנית ההתנתקות"¹⁴. בהתאם לתוכנית זו פונו כל היישובים הישראליים שברצועת עזה, וכל כוחות צה"ל עזבו את הרצועה. ביום ה-12 בספטמבר 2005 עזב החייל הישראלי האחרון את רצועת עזה. באותו היום חתם מפקד כוחות צה"ל באזור על מנשר המודיע על סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה ועל העברת "השליטה (בשטח זה) לידי המועצה הפלסטינית"¹⁵. מאז יישום תוכנית ההתנתקות אין עוד נוכחות ישראלית קבועה בשטח רצועת עזה,¹⁶ וישראל אינה מפעילה בה סמכויות מכוח דיני התפיסה הלוחמתית.

בחודש יוני 2007 ביצע חמאס – ארגון טרור מוכרז¹⁷ הנמצא בעימות מזוין עם מדינת

12 העיקריים שבהם והרלוונטיים ביותר לנושא מאמר זה הם: הצהרת העקרונות בדבר הסדרי ביניים של ממשל עצמי עם אש"ף (נחתמה בשנת 1993); הסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (נחתם בשנת 1994) (להלן: הסכם עזה-יריחו); הסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (נחתם בשנת 1995) (להלן: הסכם הביניים).

13 בחודש מארס 1996 החליפה את הרשות הפלסטינית שקמה מכוח הסכם עזה-יריחו "מועצה פלסטינית" שקמה מכוח הסכם הביניים. להרחבה בנושא היחס שבין הסכם עזה-יריחו ובין הסכם הביניים, ראו: יואל זינגר "הסכם הביניים הישראלי-פלשתינאי בדבר הסדרי ממשל עצמי בגדה המערבית וברצועת-עזה – כמה היבטים משפטיים" משפטים כז 605 (1997).

14 החלטה 1996 של הממשלה ה-30 "תוכנית ההתנתקות המתוקנת – המשך הדין" (6.6.2004). במסגרת תוכנית זו הוחלט גם על פינוי של ארבעה יישובים ישראליים בצפון השומרון.

15 מנשר בדבר סיום הממשל הצבאי (אזור חבל עזה) (מס' 6), התשס"ה-2005; ראש הממשלה אריאל שרון "נאום ראש הממשלה בעצרת האומות המאוחדות" (נאום במסגרת עצרת האומות המאוחדות, האו"ם, 15.9.2005).

16 מאז יישום תוכנית ההתנתקות נקטה ישראל כמה פעולות צבאיות משמעותיות נגד קבוצות חמושות הפועלות משטח רצועת עזה, לרבות במסגרת מבצע "עופרת יצוקה", מבצע "עמוד ענן" ומערכת "צוק איתן". בחלק מן המבצעים הצבאיים הללו נכנסו כוחות צה"ל זמנית לשטחים מצומצמים בשולי רצועת עזה, ועם סיומם יצאו משטח הרצועה.

17 ראו למשל את הכרזות ארצות הברית: (Oct. 8, St. Dep't, Foreign Terrorist Organizations) <http://www.state.gov/j/ct/rls/other/des/123085.htm> (1997); את הכרזות אוסטרליה: Nat'l Security, Listed Terrorist Organizations (Nov. 9, 2003) <https://www.nationalsecurity.gov.au/Listedterroristorganisations/Pages/default.aspx>; את הכרזות קנדה: Pub. Safety, Currently Listed Entities (Nov, 27, 2002) <http://www.publicsafety.gc.ca/cnt/natl-scrt/cntr-trrrsm/lstd-ntts/crrnt-lstd-ntts-eng.aspx>; את הכרזות האיחוד האירופי:

ישראל¹⁸ – הפיכה אלימה ברצועת עזה ותפס את השלטון בה.¹⁹ מאז ועד היום רצועת עזה נשלטת בידי ארגון החמאס. בהצהרותיה הרשמיות הכירה הרשות הפלסטינית בפומבי בכך שהיא אינה שולטת עוד ברצועה.²⁰

ב. המסגרת הנורמטיבית ויישומה על המצב העובדתי ברצועת עזה

פרק זה יציג את כללי המשפט הבין-לאומי הנוגעים לסיווג מעמדו המשפטי של שטח כשטח כבוש. על אדניה של תשתית נורמטיבית זו ייבחן, אם לישראל יש חובות כלפי רצועת עזה מכוח דיני התפיסה הלוחמתית.

דיני התפיסה הלוחמתית הם ענף של דיני העימות המזוין (*Law of Armed Conflict*), אשר נועדו להסדיר את מערכת היחסים בין הכוח הכובש, האוכלוסייה המקומית והריבון הקודם, עד להגעה להסדר בין הצדדים לסכסוך או עד להשתנות המצב העובדתי בשטח.²¹ בדומה לענפי משפט אחרים, לרבות חלקים נרחבים בדיני העימות המזוין, דיני התפיסה הלוחמתית הם ענף משפטי בינארי.²² המשמעות הנגזרת מאופיים הבינארי של דיני התפיסה הלוחמתית היא, כי הדינים חלים בהתקיים התנאים שנקבעו בדיון לתחולתם, וכי הם אינם חלים כאשר תנאים אלה אינם מתקיימים.²³

-
- The Council of the European Union, Council Decision 2012/765/CFSP, 2012 O.J (L 337/50) <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:337:00>
- N.Z. Police, *Designated Terrorist Entities* (Oct. 50:0052:en:PDF 11, 2010) <https://www.police.govt.nz/advice/personal-community/counterterrorism/designated-entities>. יצוין, כי ההכרזות של אוסטרליה, של קנדה ושל ניו זילנד נבחנו מחדש כמה פעמים לאחר המועדים שצוינו כאן.
- St. of Isr., *The 2014 Gaza Conflict 7 July – 28 August 2014: Factual and Legal Aspects*, 18 14-19, para. 43-51 (2015) <http://mfa.gov.il/ProtectiveEdge/Documents/2014GazaConflictFullReport.pdf> (להלן: דוח צוק איתן).
- 19 שם, בעמ' 18, בפס' 48.
- 20 ראו בין היתר את טענת הרשות הפלסטינית, כי היא אינה חוקרת טענות להפרה של הדין בידי גורמים פלסטיניים בהיעדר שליטה שלה ברצועת עזה, כפי שמובאת בידי ועדת הבדיקה שהקימה מועצת זכויות האדם של האו"ם לבחינה של מערכת "צוק איתן" בשנת 2014: Human Rights Council, *Report of the Detailed Findings of the Independent Commission of Inquiry Established Pursuant to Human Rights Council Resolution S-21/I*, U.N. Doc. A/HRC/29/CRP.4, para. 666 (June 24, 2015) <https://www.undocs.org/A/HRC/29/CRP.4>. נציין, כי לאורך שנות שלטונו של ארגון חמאס ברצועה היו כמה ניסיונות להשיג פיוס בין ארגון החמאס לבין הרשות הפלסטינית, במטרה לאפשר לרשות הפלסטינית להשיג שליטה מחודשת ברצועה. נכון לעת כתיבת שורות אלו כל מאמצי הפיוס כשלו.
- 21 GERHARD VON GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation* 30 (1957)
- 22 ראו למשל: Yuval Shany, *Binary Law Meets Complex Reality: The Occupation of Gaza*, 41 *Isr. L. Rev.* 68, 74 (2008) *Debate*.
- 23 ראו למשל: Tristan Ferraro, *Determining the Beginning and End of an Occupation Under*

1. תקנה 42 לתקנות האג – המבחן המשפטי לקיומו של כיבוש

תקנה 42 לתקנות האג,²⁴ שבה מעוגן המבחן המשפטי לקיומו של כיבוש והמשקפת משפט בין-לאומי מנהגי,²⁵ קובעת כך:

“Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army. The occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised”.

מלשון תקנה 42 עולה, כי המבחן המשפטי לקיומו של כיבוש מבוסס על המצב העובדתי בשטח ולא על חזקות משפטיות.²⁶ ראיה לכך ניתן למצוא במילה *actually* ברישה של

International Humanitarian Law, 94 INT'L. REV. RED CROSS 133, 137 (2012) (“[The law of occupation’s] scope of application is predicated entirely on the fulfilment of the conditions inferred from Article 42 of the Hague Regulations”)

24 לעיל ה"ש 10.

25 לקביעות דומות בדבר מעמד המנהגי של תקנות האג, ראו למשל: U.S. DEPT' OF DEFENSE, LAW OF WAR MANUAL 11.2.2 (2015) <https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/DoD%20Law%20of%20War%20Manual%20-%20June%202015%20Updated%20GER.%20Dec%202016.pdf?ver=2016-12-13-172036-190> (להלן: המדריך הצבאי האמריקני); MINISTRY OF DEFENSE, HUMANITARIAN LAW IN ARMED CONFLICTS – MANUAL 526 (1992) <http://www.humanitaeres-voelkerrecht.de/MANUALZDV15.2.PDF> (להלן: המדריך הצבאי הגרמני); Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), 2005 I.C.J Rep. 168 § 172 (Dec. 19) (להלן: פרשת *Armed Activities*); Prosecutor v. Prlić, Case No. IT-04-75, Appeals Chamber Judgement § 317 (Dec. 19, 2017) (להלן: ערעור *Prlić*); (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia, Nov. 29, 2017) (להלן: ערעור *Eyal*); Michael BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION 44 (2nd ed. 2012) (“Effective Control”: A Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation 1 לרוח מפגש המומחים להלן, ראו: International Committee of the Red Cross, *Expert Meeting: Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory* 37-39 (2012) [HTTPS://WWW.ICRC.ORG/ENG/ASSETS/FILES/PUBLICATIONS/ICRC-002-4094.PDF](https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4094.pdf) (להלן: דוח מפגש המומחים); Ferraro, לעיל ה"ש 23, בעמ' 136-137.

26 ראו: המדריך הצבאי האמריקני, לעיל ה"ש 25, בפס' 11.2.2. ראו גם: THE COMMANDER'S HANDBOOK ON THE LAW OF LAND WARFARE § 6-11 (2019); CAN' NATIONAL DEFENSE, LAW OF ARMED CONFLICT AT THE OPERATIONAL AND TACTICAL LEVEL, 1203(1) (2001) https://www.ficnl.org/fileadmin/_migrated/content_uploads/Canadian_LOAC_Manual_2001_English.pdf (להלן: המדריך הצבאי הקנדי); ערעור *Prlić*, לעיל ה"ש 25, בפס' 319; United States v. List, Case No. 7, Decision of acquittal or conviction (article 74) (U.S. Military Trib., Feb. 19, 1948, at p. 1243) (להלן: פרשת *חטופים*); BENVENISTI, לעיל ה"ש 25, בעמ' 43; YORAM DINSTEN, THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION 42-43 (2nd ed. 2019); Marten Zwanenburg, *The Law of Occupation Revisited*; Ferraro, לעיל ה"ש 23, בעמ' 134; *The Beginning of an Occupation*, 10 Y.B. INT'L HUMANITARIAN L. 99, 121 (2007)

התקנה,²⁷ וכן בסיפה של התקנה שבה נקבע, כי שטח ייחשב ככבוש רק בנוגע לחלק מהשטח הנשלט בידי כוחות צבא זרים, בעוד שהחלק של שטח המדינה אשר אינו נמצא תחת שליטה צבאית לא ייחשב שטח כבוש.²⁸ אומנם תקנה 42 משתמשת במילה "סמכות" (*authority*), אך כפי שיפורט להלן התפיסה המקובלת היא, כי על מנת שיחול המצב המשפטי של כיבוש על פי תנאי תקנה 42 לתקנות האג נדרשת שליטה אפקטיבית באותו תא שטח.²⁹

2. מבחן השליטה האפקטיבית (effective control test) על שלושת תנאי

בחינה של מדריכים צבאיים רבים, של פסיקה בין-לאומית רלוונטית ושל כתיבה אקדמית מלמדת על הסכמה רחבה בדבר הצורך שיתמלאו שלושה תנאים מצטברים לקיומה של שליטה אפקטיבית, וכפועל יוצא מכך לקיומו של כיבוש: א. נוכחות צבאית פיזית של המדינה הכובשת בשטח; ב. הפעלת סמכויות שלטוניות בשטח בידי כוחות המדינה הכובשת; ג. אובדן יכולתו של הריבון הקודם בשטח להפעיל סמכויות שלטוניות.³⁰

27 ראה נוספת ניתן למצוא בנוסח תק' 43 לתקנות האג, לעיל ה"ש 10: "The authority of the legitimate power having *in fact* passed into the hands of the occupant". (ההרגשה הוספה).

28 נראה כי צפון קפריסין היא הרוגמה המתאימה ביותר למצב שכזה. דוגמאות אחרות כוללות את מחוז איטורי שברפובליקה העממית של קונגו, ראו: פרשת *Armed Activities*, לעיל ה"ש 25, בפס' 172, 178. בהקשר זה נציין, שיש מי שסבורים כי העובדה שהסכמי אוסלו הכירו ברצועת עזה וביהודה ושומרון כ"יחידה טריטוריאלית אחת" היא רלוונטית לבחינת מעמדה של רצועת עזה תחת דיני התפיסה הלוחמתית. עם זאת העובדה ששטח מסוים מוגדר כ"יחידה טריטוריאלית אחת" מבחינה פוליטית – כלומר שכל הסדר פוליטי הנוגע לשטח חייב להתייחס לכלל השטח ולא רק לחלקו – אינה משנה את המבחנים הקבועים בדיון הבין-לאומי לתחלת דיני התפיסה הלוחמתית.

29 דוח מפגש המומחים, לעיל ה"ש 25, בעמ' 7 ה"ש 1.

30 הן במדריכים צבאיים והן בכתיבה התיאורטית יש הסכמה נרחבת על המהות של שלושת התנאים הללו, ראו למשל: המדריך הצבאי הקנדי, לעיל ה"ש 26, בפס' 1203(5); Dinstein, Yuval Shany, *Faraway, So Close: The Legal Status of Gaza After*; 43; בעמ' 376, 369 (2005) *Israel's Disengagement*, 8 Y.B. INT'L. HUMANITARIAN L. (להלן: Shany, "IHL treaties and their *travaux*": 143-142, בעמ' 23, לעיל ה"ש 23, Ferraro; *Faraway, So Close préparatoires*, scholarly literature, military manuals, and judicial decisions all give proof of the pre-eminence accorded to three elements in the occupation equation, namely, the unconsented-to presence of foreign forces, the foreign forces' ability to exercise authority over the territory concerned in lieu of the local sovereign, and the related inability of the latter to exert its authority over the territory. All together, these elements constitute the so-called 'effective-control test' used to determine whether a situation qualifies as an occupation for the purposes of IHL... In light of their importance, these elements should be established as prerequisites for the effective-control test. As such, they form the constitutive and cumulative conditions of the notion of occupation for the purposes of IHL". ראו גם: von Glahn, לעיל ה"ש 21, בעמ' 28. יצוין, כי יש מי שמחלקים את התנאים באופן שונה, אם כי מקורות אלו אף הם מבטאים הסכמה מהותית לתנאים המצוינים לעיל. ראו למשל: U.K., THE JOINT SERVICE MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT § 11.3 (2004)

חשוב לציין כבר עתה, כי המבחן המשפטי המשמש לקביעת מועד תחילתו של כיבוש זהה בתנאיו לתנאים המשמשים לקביעת מועד סיומו.³¹ משכך, רבים מתארים את מבחן השליטה האפקטיבית כמבחן המברר את עצם קיומו של כיבוש.³² עמדה זו אף משתמעת מהצורה שמדריכים צבאיים רבים, העשויים לספק אינדיקציה לאופן שמדינות מזוהות או מפרשות את הדין, מציגים את האפשרויות העובדתיות המובילות לאובדן השליטה האפקטיבית ולסיומו של כיבוש.³³ כך למשל, כיבוש מסתיים כאשר הכוח הכובש עוזב את

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/27874/JSP3832004Edition.pdf (להלן: המדריך הצבאי הבריטי); המדריך הצבאי האמריקני, לעיל ה"ש 25, בפס' 11.2.2.2 DEN. MINISTRY OF DEF., MILITARY MANUAL ON INTERNATIONAL LAW RELEVANT TO DANISH ARMED FORCES IN INTERNATIONAL OPERATIONS, CHAPTER 11, § 3.1 (2016) <https://fmn.dk/eng/allabout/Documents/Danish-Military-Manual-MoD-N.Z.DEF.FORCE,MANUALOFARMEDDEFENCE-2016.pdf> (להלן: המדריך הצבאי הניו זילנדי); FORCES LAW – VOLUME 4: LAW OF ARMED CONFLICT § 9.2.9 (2019) http://www.nzdf.mil.nz/downloads/pdf/public-docs/dm_69_2ed_vol_4.pdf; לעיל ה"ש 25, בעמ' 28.

31 הדגמה לתפיסה זו אפשר למצוא במדריכים הצבאיים של מדינות, כך למשל במדריך הצבאי האמריקני, לעיל ה"ש 25, בפס' 11.3 "The status of belligerent occupation ends when (the conditions for its application are no longer met)" וכן בדעות של מלומדים, ראו למשל דוח מפגש המומחים, לעיל ה"ש 25, בעמ' 28 "A large majority of the experts expressed the view that the criteria for establishing the end of an occupation should mirror the ones used to determine its beginning. In other words, the criteria should be the same as those for the beginning of occupation but in the reverse order" BENVENISTI; לעיל ה"ש 25, בעמ' 56 "The conditions that define when occupation begins also identify when (it ends)" אומנם יורם דינשטיין חולק על עמדה זו וטוען, כי המבחנים לסיום כיבוש אינם זהים למבחנים לתחילת כיבוש, ראו: DINSTEIN, לעיל ה"ש 26, בעמ' 301-302. עם זאת, כפי שניתן לראות מן המקורות המצוטטים בהערת שוליים זו ובהערות הבאות אחריה, המדריכים הצבאיים והרוב המוחלט של המלומדים אינו מקבל את עמדתו זו.

32 ראו למשל: Prosecutor v. Brđanin, Case No. IT-99-36-T, Trial Chamber Judgement, § 638 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia, Sep. 1, 2004) (להלן: פרשת Brđanin); Sargsyan v. Azerbaijan, App. No. 40167/06, Eur. Ct. H.R. 94 (2015) (להלן: פרשת Sargsyan v. Armenia, App. No. 13216/05, בעניין Chiragov v. Armenia); ראו גם פסקה זהה בפסק הדין בעניין Chiragov v. Armenia, App. No. 13216/05, Eur. Ct. H.R. 96 (2015) (להלן: פרשת Chiragov). ראו גם: Ferraro, לעיל ה"ש 23, בעמ' 134; Zwanenburg, לעיל ה"ש 26, בעמ' 121; VON GLAHN, לעיל ה"ש 21, בעמ' 29 "Once belligerent occupation has been established on a *de facto* basis, it has to be maintained (in every respect in order to continue in existence)".

33 ראו למשל BENVENISTI, לעיל ה"ש 25, בעמ' 56 "Obviously, occupation can end in a number of ways: with the loss of effective control, namely when the occupant is no longer capable of exercising its authority; ... or by transferring authority to an indigenous (government)" המדריך הצבאי הבריטי, לעיל ה"ש 30, בפס' 11.7 "Occupation ceases as soon as the occupying power is driven out or evacuates the area. Occupation will also cease when effective control transfers to a different authority, such that the territory

השטח³⁴ או כאשר הכוח הכובש מאבד את השליטה האפקטיבית בשטח, אפילו אם כוחות מטעמו עדיין נוכחים במקום.³⁵ במילים אחרות, מכיוון שמדובר בתנאים מצטברים, כאשר אחד משלושת התנאים של מבחן השליטה האפקטיבית חדל מלהתקיים – השטח מאבד את מעמדו המשפטי כשטח כבוש.³⁶ ברי כי אם הכוח הכובש אינו שולט דה פקטו בשטח, אזי אין בכוחו להפעיל סמכויות שלטוניות באשר לשטח ולעמוד בחובות שקובעים דיני התפיסה הלוחמתית.

נרון כעת בשלושת התנאים המצטברים המרכיבים את מבחן השליטה האפקטיבית, ונראה שתנאים אלו אינם מתקיימים במציאות העובדתית השוררת ברצועת עזה.

“ceases to be under the authority of external military forces”
 NOR. MINISTRY OF DEF., MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT § 13.6 (2013, English translation 2018), translation to English available at https://usnwc.libguides.com/ld.php?content_id=47416967 (להלן: המדריך הצבאי הנורווגי).

34 המדריך הצבאי הרני, לעיל ה"ש 30, פרק 11, בפס' 3.2 (Occupation continues until the occupying power leaves or is driven out of the occupied territory). ראו גם: Daniel Thürer, *Current Challenges to the Law of Occupation*, 34 COLLEGIUM 9, 18 (Oct. 2006). (“Ordinarily an occupation ends with the withdrawal of the occupying power”)

35 ראו את עמדתו של Adam Roberts, *Military Occupation* שבנספח 2 לרוח מפגש המומחים, לעיל ה"ש 25, בעמ' 41: “Most legal writings indicate that a military occupation of territory ends when the foreign troops leave. As one classic work on international law put it, ‘Occupation comes to an end when an occupant withdraws from a territory, or is driven out of it’. In many cases, such a statement expresses a simple truth, and thus poses no problems of interpretation. However, the practice of States indicates that withdrawal of occupying forces from the territory is not the sole criterion for the ending of an occupation. The resumption, or emergence, of fighting within the occupied territory has sometimes been considered to lead to an end (whether temporary or permanent, general or local) of the status of occupation”

36 המדריך הצבאי האמריקני, לעיל ה"ש 25, בפס' 11.3; BENVENISTI, לעיל ה"ש 25, בעמ' 56; דוח מפגש המומחים, לעיל ה"ש 25, בעמ' 28: “A large majority of the experts expressed the view that the criteria for establishing the end of an occupation should mirror the ones used to determine its beginning... Therefore, the physical presence of foreign forces, their ability to exert their authority over the territory concerned and the continuing absence of the territorial authorities’ consent to the foreign forces’ presence would be the preconditions that would have to be cumulatively fulfilled in order to conclude that the occupation had not ended. Should one of those criteria be unmet, it would result in the termination of the state of occupation”

(א) נוכחות צבאית פיזית קרקעית בשטח (*boots on the ground*)

התנאי הראשון של מבחן השליטה האפקטיבית דורש נוכחות פיזית קרקעית של כוחות הצבא בשטח המדובר. מאז מימוש תוכנית ההתנתקות בחודש ספטמבר 2005, שבמסגרתה נסוגו כל כוחות צה"ל מרצועת עזה, אין נוכחות פיזית קרקעית קבועה של כוחות צבא ישראליים ברצועת עזה. כפי שיובהר להלן, תפיסה זו, שלפיה על כוח להיות נוכח פיזית בשטח על מנת לשכלל ולשמר את המצב העובדתי של כיבוש, מושרשת עמוק בפרקטיקה הבין-לאומית והמדינתית כאחד כמו גם בכתבי המלומדים, החל מהשלבים הראשונים של הקודיפיקציה של דיני התפיסה הלוחמתית ועד היום.³⁷

פסיקה בין-לאומית, אשר הכירה במצב של כיבוש מבלי לבסס את העובדה כי הכוח הצבאי שנטען כי הוא כובש היה נוכח פיזית בשטח, אינה מוכרת לנו.³⁸ למעשה, הנוכחות הצבאית היא המרכיב הראשון שנבחן בבתי הדין הבין-לאומיים, כתנאי מהותי שבלעדיו אין *sine qua non* לצורך ביסוס קיומו של כיבוש. כך למשל, בפרשת *Armed Activities* משנת

37 כך למשל, מדריך אוקספורד משנת 1880 מציין במפורש כי כיבוש הוא תוצאה של פלישה. ראו: INST. OF INT'L LAW, THE LAWS OF WAR ON LAND MANUAL (OXFORD MANUAL) § 41 (Sept. 9, 1880). מלומדים אף הצביעו על כך, שהנחת העבודה של מנסחי ההסכמים השונים העוסקים בכיבוש מאמצע המאה התשע עשרה ועד אמצע המאה העשרים הייתה, שהכוח הכובש נוכח פיזית בשטח הכבוש. ראו Ferraro, לעיל ה"ש 23, בעמ' 144; Zwaneburg, לעיל ה"ש 26, בעמ' 130; von Glahn, לעיל ה"ש 21, בעמ' 28. אף השופט Kooijmans בפרשת *Armed Activities*, לעיל ה"ש 25, בפס' 45, ציין כי התנאים אשר נקבעו בס' 41 למדריך אוקספורד נותרו למעשה ללא שינוי.

38 במהלך המחקר שנערך לצורך כתיבת מאמר זה נסקרו פסקי הדין הבאים: פרשת החטופים, לעיל ה"ש 26; ערעור *Prlić*, לעיל ה"ש 25; *Prosecutor v. Prlić*, Case No. IT-04-74-T, Judgment, (להלן: משפט *Prlić*); *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, Case No. IT-98-34, Trial Chamber Judgement (להלן: פרשת *Naletilić*); *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Case No. IT-95-14/2, Trial Chamber Judgement (להלן: פרשת *Brdanin*); *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1, Trial Chamber Judgement (להלן: פרשת *Tadić*); *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14, Trial Chamber Judgement (להלן: פרשת *Blaškić*); *Armed Activities Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award: Central Front – Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, & 22, Reports of International Arbitral Awards*, Vol XXVI, 115 (Apr. 28, 2004) http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVI/115-153.pdf; *Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims – Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26, Reports of International Arbitral Awards*, Vol XXVI, 291 (Dec. 19, 2005), https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVI/291-349.pdf (להלן: החלטת ועדת התביעות אריתריאה-אתיופיה בפרשת ההפצצות האוויריות); פרשת *Chiragov*, לעיל ה"ש 32; פרשת *Sargysan*, לעיל ה"ש 32.

2005 הניח בית הדין הבין-לאומי לצדק את התשתית העובדתית לנוכחות פיזית של אוגנדה בשטחה של קונגו עור לפני שבחן אם מתמלאים שני התנאים הנוספים לקיומו של כיבוש.³⁹ גם דעת המיעוט בפרשה זו, אשר אייל גרוס נשען עליה כדוגמה לפסיקה מרחיבה בהקשר של דיני התפיסה הלוחמתית, דורשת (לכל הפחות במשתמע) נוכחות פיזית כתנאי לתחולתם של הדינים.⁴⁰ באופן דומה קבע מותב המשפט של הטריבוונל לפשעי מלחמה ביוגוסלביה בפרשת Brđanin משנת 2004, כי כיבוש הוא מצב שנוצר בעקבות פלישה צבאית לשטח.⁴¹ דומה שהקביעה המפורשת והמובהקת ביותר בהקשר זה ניתנה בידי הערכאה העליונה של בית הדין האירופי לזכויות אדם בפרשת Sargsyan בשנת 2015:

“According to widespread expert opinion *physical presence of foreign troops is a sine qua non requirement of occupation, i.e. occupation is not conceivable without ‘boots on the ground’*.”⁴²

מי שטוענים כי אין צורך בנוכחות פיזית בשטח על מנת לבסס שליטה אפקטיבית נוטים להסתמך על פסק הדין של מותב המשפט של הטריבוונל לפשעי מלחמה ביוגוסלביה בפרשת Naletilić. אנו סבורים כי הבנה זו של פסק הדין היא שגויה.⁴³ ראשית, במישור העובדתי, בפרשת Naletilić לא התעורר ספק בדבר קיומה של נוכחות פיזית בשטח. לא זו אף זו, בנסיבות המקרה קבעו השופטים כי אין די בנוכחות פיזית המאפשרת להרוס רכוש אזרחי בכפרים מסוימים או לאסוף ולרכז את תושביהם של הכפרים המדוברים על מנת לבסס את קיומו של כיבוש; לעמדת השופטים, מצב הכיבוש החל רק כמה ימים לאחר תחילת הנוכחות הפיזית ורק לאחר שהסתיימו מבצעי הסריקה אחר כוחות האויב.⁴⁴ כלומר, נסיבות המקרה כלל לא עוררו את השאלה אם שטח יכול להיחשב ככבוש ללא נוכחות פיזית. שנית, מן ההיבט המשפטי, מי שסבורים כי פסק הדין מאפשר כיבוש ללא נוכחות פיזית מנסים להיבנות מניסוח עמום מעט של אחד מן ה"קווים מנחים" שהציגו השופטים לצורך דיון בשאלה אם שטח מסוים הוא שטח כבוש. לפי קו מנחה זה, לכוח הכובש צריכה

39 פרשת *Armed Activities*, לעיל ה"ש 25, בפס' 173.

40 דעת המיעוט של השופט Kooijmans בפרשת *Armed Activities*, לעיל ה"ש 25, בפס' 44-49. גם פסיקות נוספות שאייל גרוס מציג (ראו *Gross, Rejoinder*, להלן ה"ש 72), כגון החלטת ועדת התביעות איתריאה-אתיופיה בפרשת ההפצצות האוויריות (לעיל ה"ש 38), דרשו נוכחות פיזית בשטח.

41 פרשת *Brđanin*, לעיל ה"ש 32, בפס' 638.

42 פרשת *Sargsyan*, לעיל ה"ש 32, בפס' 94 (ההדגשה הוספה). ראו גם פסקה זהה בפרשת *Chiragov*, לעיל ה"ש 32, בפס' 96.

43 לעמדת התובעת של בית הדין הפלילי הבין-לאומי, אשר נשענת על הבנה שגויה זו של פסק הדין בפרשת *Naletilić*, לעיל ה"ש 38, ראו להלן פרק ג סעיף 1. להבנתנו, גם אייל גרוס שגה בפרשנות פסק הדין בפרשת *Naletilić*. ראו את מאמרו של גרוס בגיליון זה (אייל גרוס "שלט רחוק, שלט קרוב: מעמדה המשפטי של עזה בגישה פונקציונלית" עיוני משפט מג 375 (2020)).

44 פרשת *Naletilić*, לעיל ה"ש 38, בפס' 587.

להיות נוכחות פיזית מספקת או היכולת לשלוח כוחות בתוך זמן סביר על מנת להפגין את סמכותו ככוח כובש.⁴⁵

אנו סבורים שקריאה של הטקסט של פסק הדין בפרשת *Naletilić* בהקשרו מובילה למסקנה, כי פרשנות שלפיה קו מנחה זה תומך בטענה שאין צורך בנוכחות פיזית בשטח לקיומו של כיבוש היא פרשנות שגויה. ראשית, כדי לבסס קו מנחה זה הפנו השופטים למדריכים הצבאיים של ארצות הברית, של בריטניה ושל ניו זילנד (כפי תוקפם באותה עת), אשר כולם דורשים נוכחות צבאית פיזית בשטח על מנת שהמצב יעלה כדי כיבוש.⁴⁶ המדריכים הצבאיים הללו ופסק הדין בעקבותיהם מאמצים את ההלכה שנקבעה בפרשת החטופים, הקובעת כי המשפט הבין-לאומי מסתפק בנוכחות של הכוח הכובש במקומות אסטרטגיים בתוך השטח הכבוש כל עוד כוחו לשלוח כוחות מנקודה לנקודה בתוך אותו שטח תוך זמן סביר.⁴⁷ שנית, השופטים בפרשת *Naletilić* כלל לא ציינו כי הם מבקשים לסטות מן האמור במקורות הללו, להוסיף עליהם או לשנותם. לכן, ברי כי פסק הדין בפרשת

45 שם, בפס' 217: "The occupying power has a sufficient force present, or the capacity to send troops within a reasonable time to make the authority of the occupying power felt"

46 ראו: U.K., MANUAL OF MILITARY LAW OF WAR ON LAND PART III 502, 506 (1958) ("The test for the commencement of occupation is the establishment of the occupant's authority by the presence of sufficient force"); U.S. DEPT' OF THE ARMY, THE LAW OF LAND WARFARE, 356 (1956); N.Z. DEFENSE FORCE, INTERIM LAW OF ARMED CONFLICT MANUAL 1302.2, 1302.3, 1302.5 (1992). הנחה זו מתחזקת גם לאור האופן שפסק הדין הגדיר כיבוש (עוד טרם הדיון בקווים המנחים המהווים אינדיקציה לקיומו של כיבוש). פסק הדין הגדיר כיבוש כך: "A transitional period following invasion and preceding the agreement on the cessation of the hostilities" (ההדגשה הוספה). הגדרה זו מרמזת על הדרישה לנוכחות פיזית ממשית (קרי, פלישה). פרשת *Naletilić*, לעיל ה"ש 38, בפס' 214.

47 פרשת החטופים, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1243. הפרקטיקה המדינית אימצה הלכה זו: המדריך הצבאי האמריקני, לעיל ה"ש 25, בפס' 11.2.2.1: "Military occupation does not require the presence of military forces in every populated area, although the occupying force must, inter alia, control the most important places"; המדריך הצבאי הבריטי, לעיל ה"ש 30, בפס' 11.3.2; המדריך הצבאי הנורווגי, לעיל ה"ש 33, בפס' 13.4: "Military forces do not have to be stationed across all of an occupied area. It is enough that enemy forces are defeated and the civilian population is disarmed; that measures necessary to administer the area have been taken; that the area remains under effective control; and that forces are available if needed. Representatives of the occupying power must be in the area at all times, in the form of either military forces or civilian representatives"; המדריך הניו זילנדי, לעיל ה"ש 30, בפס' 9.2.10; המדריך הצבאי הקנדי, לעיל ה"ש 26, בפס' 1203(2). ראו גם את העמדות שמביעים מלומדים: דוח מפגש המומחים, לעיל ה"ש 25, בעמ' 17: "It was then specified that the prerequisite of having foreign troops on the ground did not mean that effective control required their presence on each square metre of the occupied territory... Thus, in certain circumstances, an occupying power could exercise effective control by positioning its troops in strategic places of the occupied territory, enabling

Naletilić ממשיך בקו העקבי של הפסיקה הדורשת נוכחות פיזית בשטח על מנת לבסס מצב של כיבוש.⁴⁸

המותב בפרשת Sargsyan התייחס מפורשות לקיומה של עליונות צבאית ימית או אווירית; הוא קבע כי גם אם ישנה שליטה בלעדית במרחבים הימיים והאוויריים, היא אינה עולה כדי שליטה אפקטיבית ואינה מבססת מצב של כיבוש⁴⁹ כאשר מרכיב הנוכחות הצבאית הקרקעית בשטח אינו מתקיים. לנקודה זו חשיבות רבה בעניינינו, שכן ישראל אומנם פועלת במרחב האווירי של רצועת עזה ובמרחב הימי הסמוך אליה – מכוח דיני העימות המזוין וההסדרים הקבועים בהסכם הביניים – אך כאמור פעילות זו אינה יכולה לבסס מצב של כיבוש.

ברי כי שליטה אפקטיבית מעצם טיבה אינה יכולה להתבסס אך ורק על העובדה, שמדינה מסוימת מחזיקה ביכולת התיאורטית – נוכח העליונות הצבאית של כוחותיה – לפלוש אל שטחה של מדינה אחרת, גם כזו הסמוכה אליה מבחינה גיאוגרפית.⁵⁰ לפיכך העובדה

ראו: it to dispatch them fairly quickly to make its authority felt in the area concerned”

גם: von Glahn, לעיל ה"ש 21, בעמ' 28.

48 כך הובן פסק הדין בפרשת Naletilić, לעיל ה"ש 38, בפסיקות מאוחרות של הטריונל לפשעי מלחמה ביוגוסלביה. ראו פרשת Brdanin, לעיל ה"ש 32, בפס' 638. כך גם יובל שני מבין את משמעות פסק הדין בפרשת Naletilić. ראו: Shany, *Faraway, So Close*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 375 (The view that occupation requires both actual presence, and potential powers) of government over all of the occupied territory has also been incorporated into other influential Military Manuals and treatises on IHL. It was also adopted by the ICTY in (Naletilić”

49 פרשת Sargsyan, לעיל ה"ש 32, בפס' 94. ה'וריי-בשאראת, לעיל ה"ש 2, אינה מתמודדת עם פסיקה זו של הערכאה העליונה של בית הדין האירופי לזכויות אדם או עם מקורות אחרים של המשפט הבינ-לאומי המציגים עמדה דומה (למשל von Glahn, לעיל ה"ש 21, בעמ' 28-29). עמדה זו אף מובעת במדריכים צבאיים: ראו למשל המדריך הצבאי האמריקני, לעיל ה"ש 25, בפס' 11.2.2.1.

50 פסק הדין בפרשת החטופים, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1243, מבחיר כי גם פלישה לבדה אינה עולה כדי כיבוש, לא כל שכן היכולת התיאורטית לפלוש לשטח מסוים: “Whether an invasion has developed into an occupation is a question of fact. The term invasion implies a military operation while an occupation indicates the exercise of governmental authority to the exclusion of the established government. This presupposes the destruction of organized resistance and the establishment of an administration to preserve law and order. To the extent that the occupant’s control is maintained and that of the civil government eliminated, the area will be said to be occupied”. בין-לאומיים הכירו באפשרות שמדינה תיחשב ככוח כובש אף שהיא אינה שולטת ישירות בשטח הוא המצב של “כיבוש באמצעות שליח” או “כיבוש עקיף”. מדובר במצב שבו המדינה מפעילה שליטה (כוללת או אפקטיבית, כתלות בהלכה של כל טריבוונל) על קבוצה חמושה, אשר בתורה נמצאת בשטח ושולטת בו שליטה אפקטיבית. קיומו של חריג זה אינו חף מספקות, ובכל מקרה הוא נוגע למצב שבו יש נוכחות פיזית של כוח זר בשטח הכבוש. לפירוט על העמדות השונות של מומחים בסוגיה, ראו דוח מפגש המומחים, לעיל ה"ש 25, בעמ' 23-24.

שמדינת ישראל מחזיקה בעליונות צבאית על ארגון החמאס ושיש לה את האפשרות לפלוש לרצועת עזה אין בה כדי לגבש שליטה אפקטיבית כלפי השטח.

התפיסה הדורשת נוכחות פיזית קרקעית של כוחות הצבא בשטח מצאה ביטוי ברבים מן המדריכים הצבאיים של מדינות כתנאי לכיסוסו של כיבוש, תנאי אשר נדרש שיתקיים לאורך כל תקופת הכיבוש.⁵¹ גישה זו רווחת אף בקרב מרבית המלומדים אשר עוסקים בדיני העימות המזוין ובדיני התפיסה הלוחמתית. למעשה כל המומחים – למעט מומחה אחד – שנכחו בשנת 2012 במפגש המומחים שערך הוועד הבין-לאומי של הצלב האדום (להלן: הצלב האדום) בנושא "כיבוש" סברו, כי כדי לבסס כיבוש על כוחות הצבא להיות נוכחים פיזית בשטח.⁵² בנוגע לעובדה שצה"ל נכח ברצועת עזה בצורה מצומצמת וזמנית במהלך חלק מן המבצעים הצבאיים – הרי דיני התפיסה הלוחמתית אינם חלים באשר לתא שטח שבו הכוחות הצבאיים מנהלים פעולות לחימה מעבר לרף עצימות מסוים, ועל השטח יחולו רק דיני העימות המזוין.⁵³

משמצאנו כי התנאי הראשון לקיומו של כיבוש אינו מתקיים באשר לרצועת עזה, היה אפשר לסיים את הניתוח המשפטי בשלב זה, הואיל ועסקינן בתנאים מצטברים. עם זאת בשני הסעיפים הבאים נראה, כי גם התנאי השני וגם התנאי השלישי אינם מתקיימים בנוגע לרצועת עזה.

ב) הפעלת סמכויות שלטוניות בשטח בידי הכוח הכובש

הפסיקה הבין-לאומית והכתיבה האקדמית מציגות שתי פרשנויות אפשריות לתנאי השני של מבחן השליטה האפקטיבית. לפי הפרשנות הראשונה, נדרש שהכוחות הזרים ימשלו דה פקטו בשטח באמצעות חקיקה של צווים ואכיפתם על האוכלוסייה המקומית

51 ראו למשל את המדריך הצבאי הנורווגי, לעיל ה"ש 33, בפס' 13.4 (צוטט לעיל בה"ש 47); המדריך הצבאי האמריקני, לעיל ה"ש 25, בפס' 11.1, ו-11.1.3.1; המדריך הצבאי הקנדי, לעיל ה"ש 26, בפס' 1203 (5): "The test of the commencement of occupation is the establishment of the occupant's authority by the presence of a sufficient force following on the cessation of local resistance"; המדריך הגרמני, לעיל ה"ש 25, בפס' 527; המדריך הניו זילנדי, לעיל ה"ש 30, בפס' 9.2.1; ראו גם את העמדה שהביעה ממשלת גרמניה כפרלמנט הגרמני: "Pursuant to Article 42 of the Hague Regulations on Land Warfare, occupation in terms of international law requires that the foreign armed forces are not just present in the territory, but that they have effective control over the territory and exercise jurisdiction" (תרגום לא רשמי), תשובה של הממשלה מ-28.1.2020 לשאלתה – Die Linke, Drucksache 19/*16813*1 <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/168/1916813.pdf>.

52 ראו התייחסות לגישות המלומדים כפי שהן עולות מרוח מפגש המומחים, לעיל ה"ש 25, בעמ' 17: "According to most of the experts, occupation could not be established or maintained solely through power exercised from beyond the boundaries of the occupied territory; it required a certain number of foreign boots on the ground, as it were" (ההרגשה הוספה).

53 ראו למשל, המדריך הצבאי הגרמני, לעיל ה"ש 25, בפס' 528.

המתגוררת בשטח. פרשנות זו נתמכת בידי כמה פסקי דין בין-לאומיים העוסקים בדיני התפיסה הלוחמתית.⁵⁴

לפי הפרשנות השנייה, על מנת למלא את התנאי השני למבחן השליטה האפקטיבית, הכוחות הזרים בשטח אינם נדרשים להפעיל דה פקטו את הסמכויות השלטוניות, אלא רק צריכים להיות מסוגלים לעשות כן לו יחפצו בכך.⁵⁵ תומכי גישה זו סבורים, כי יהיה זה שגוי לאפשר לכוחות הזרים לחמוק מן המחויבויות המשפטיות שלהם מכוח דיני התפיסה הלוחמתית כאשר יש להם יכולת להפעיל סמכויות שלטוניות והם בוחרים שלא להפעילן. יצוין כי גם מי שמחזיקים בגישה זו דורשים שהכוח הכובש יהיה נוכח פיזית בשטח.⁵⁶ ישראל אינה מסוגלת להפעיל סמכויות שלטוניות ברצועת עזה, וודאי שהיא אינה מפעילה אותן בפועל. משכך, התנאי השני של מבחן השליטה האפקטיבית אינו מתקיים בהקשר של ישראל ורצועת עזה, גם לא על פי הפרשנות המסתפקת בפוטנציאל של כוח כובש להפעלת סמכויות שלטוניות בשטח.

כפי שיובהר בהמשך, צעדי המדיניות שישראל נוקטת כלפי רצועת עזה אינם כוללים הפעלת סמכויות שלטוניות ברצועה. צעדים אלה, המשפיעים על הנעשה ברצועת עזה, נשענים בין היתר על היות הרצועה אזור עויין הגובל במדינת ישראל, על הסכמי הביניים ועל העימות המזוין שבין מדינת ישראל לבין ארגוני הטרור הפועלים ברצועת עזה. אומנם לישראל יש עליונות צבאית על החמאס; אולם הצורך לנהל מבצע צבאי מדי כמה שנים או לנקוט פעולות צבאיות אחרות במטרה לסכל איומים על ביטחונה של ישראל (דוגמת האיום של ירי תלול מסלול או איום מנהרות התקיפה החוצות מרצועת עזה לשטח ישראל), כמו גם האופי הזמני של המבצעים הצבאיים והמאמץ הצבאי הניכר שנדרש כדי להוציא את המבצעים הצבאיים לפועל,⁵⁷ מחזקים את המסקנה כי ישראל כלל אינה יכולה להפעיל סמכויות שלטוניות ברצועת עזה מבלי שתידרש להפעיל כוח צבאי משמעותי ולהשתלט על שטח הרצועה קודם לכן. ההתעצמות הצבאית הניכרת המתמדת של ארגוני הטרור ברצועת עזה היא עדות נוספת לכך.

54 פסק הדין המפורסם ביותר בהקשר זה הוא פסק הדין בפרשת *Armed Activities*, לעיל ה"ש 25, בפס' 173-178; עם זאת הוא בהחלט שאינו פסק הדין היחיד. ראו למשל: פרשת *Brdanin*, לעיל ה"ש 32, בפס' 638; פרשת *Naletilić*, לעיל ה"ש 38, בפס' 218.

55 תמיכה לפרשנות זו אפשר למצוא בכמה פסקי דין: בג"ץ 102/82 צמל נ' שר הביטחון, פ"ד לז(3) 365 (1983); פרשת *Armed Activities*, לעיל ה"ש 25, בפס' 44-49 (הדעה הנפרדת של השופט Kooijmans); משפט *Prlić*, לעיל ה"ש 38, כרך 3, פס' 578-580, 584-587, 588-587; ערעור *Prlić*, לעיל ה"ש 25, בפס' 322. כמו גם בעמדות של מלומדים: דוח מפגש המומחים, לעיל ה"ש 25, בעמ' 19; *BENVENISTI*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 50. איל בבכנישתי וגיא קינן ניסו ליישב בין שתי הגישות והציעו, כי מבחן השליטה האפקטיבית דורש שליטה ממשית על השטח ופוטנציאל לשליטה על האנשים המתגוררים בשטח. ראו: Eyal Benvenisti & Guy Keinan, *The Occupation of Iraq: A Reassessment*, 86 INT'L. LAW. STUD. 263, 264-265 (2010).

56 ראו למשל דעת המיעוט של השופט Kooijmans בפרשת *Armed Activities*, לעיל ה"ש 25, בפס' 44-49; דוח מפגש המומחים, לעיל ה"ש 25, בעמ' 17.

57 מובן גם שמבצעים אלו אף גבו מחיר דמים ומחיר הומניטרי כבד משני הצדדים. ראו: דוח צוק איתן, לעיל ה"ש 18.

(ג) חוסר יכולת של השלטון הקודם להפעיל סמכויות שלטוניות

התנאי השלישי של מבחן השליטה האפקטיבית מתמלא כאשר השלטון הקודם או כל גוף שלטוני אחר אינו יכול להפעיל בשטח סמכויות שלטוניות ללא הסכמתו של הכוח הכובש.⁵⁸ ככל שישנו גוף שלטוני אשר מפעיל סמכויות שלטוניות בשטח ואינו צריך לקבל לשם כך את הסכמת הכוח הכובש, הרי לעניין תחולת דיני התפיסה הלוחמתית אותו תא שטח אינו נחשב ככבוש.⁵⁹

בכל הנוגע לתנאי השלישי, הנסיבות העובדתיות ברצועת עזה מוכיחות, כי מאז השתלטות ארגון הטרור חמאס על רצועת עזה ועד היום השליטה האפקטיבית ברצועה היא בידי ארגון זה.⁶⁰ שלטון חמאס – אשר אינו מבוסס על המסגרת ההסכמית שבין מדינת ישראל לבין אש"ף ואינו נשען על הסכמתה של מדינת ישראל – חולש על ניהולם של כל תחומי החיים ברצועת עזה: החל בביטחון הפנים והסדר הציבורי, דרך הכלכלה, מערכת האכיפה והמשפט, מערכות הבריאות והחינוך וכלה בשליטה על התשתיות האזרחיות. נפרט על כך בשורות הבאות.

באשר למערכת המשפט, ברצועת עזה פועלות מערכת משפט צבאית, אזרחית ודתית. מערכות אלו פועלות באופן עצמאי ונפרד ממערכת המשפט של הרשות הפלסטינית הפועלת ביהודה ושומרון. כך למשל, המועצה המחוקקת של החמאס קידמה חקיקה פלילית חדשה, שבה שונו העונשים המוטלים על עבירות שונות ונקבעו עונשי מוות במקרים של רצח בכוונה תחילה וסחר בסמים. מהלך זה נעשה ללא תיאום מול הרשות הפלסטינית, ויש בכך כדי ללמד על העצמאות החקיקתית של מערכת המשפט הנשלטת בידי ארגון החמאס. שליטת החמאס בחיי היום יום ברצועה משתקפת גם בתחום הכלכלה. כך למשל, בשנת 2016 היו ההכנסות הפנימיות של החמאס מבוססות בעיקר על מיסוי ישיר, והכנסותיו של הארגון ממיסים עקיפים הגיעו בעיקר ממכסים המוטלים על העברת סחורות לתוך עזה דרך מעבר כרם שלום. על מנת להגדיל את הכנסותיו נקט שלטון החמאס כמה צעדים משמעותיים: ראשית, הושקעו מאמצים ניכרים להפחית את היקפן של העלמות המס ברצועה; שנית, חמאס העלה את המיסים המושתיים על דלקים שהוא מאפשר להבריא לרצועה; שלישית,

58 ראו למשל המדריך הצבאי האמריקני, לעיל ה"ש 25, בפס' 11.2.2.2; המדריך הצבאי הבריטי, לעיל ה"ש 30, בפס' 11.3; המדריך הצבאי הקנדי, לעיל ה"ש 26, בפס' 1203(4). נושא ההסכמה אינו בליבת מאמר זה, ועל כן לא יידון; להרחבה בעניין זה, ראו: BENVENISTI, לעיל ה"ש 25, בעמ' 43, 67.

59 כך למשל, בפרשת *Armed Activities*, לעיל ה"ש 25, בפס' 177-178, מצא בית הדין הבין לאומי לצדק, כי באזורים שבהם הייתה לאוגנדה נוכחות צבאית מינורית יחסית היא לא יכלה להיחשב ככוח הכובש, מכיוון שאזורים אלה היו תחת שליטה ומנהל של קבוצות מורדים מקוננו, והנוכחות הצבאית הדלה של אוגנדה לא הייתה מספקת כדי לגבור על קבוצות אלה.

60 מעניין לציין, שאפילו בכירים בחמאס התפארו בגלוי כי רצועת עזה אינה תחת כיבוש. כך למשל, ביום ה-15 בספטמבר 2012, הודיע בכיר בחמאס, מחמוד אל-זהאר, כי "Gaza is free of occupation", ראו: Zvika Krieger, *Welcome to 'Fortress Gaza', Home of the Newly Radicalized Hamas*, Atlantic (Sept. 25, 2012) <https://www.theatlantic.com/international/archive/2012/09/welcome-to-fortress-gaza-home-of-the-newly-radicalized-hamas/262811/>.

ארגון חמאס הטיל אגרות בגין הנפקה וחינוך של דרכונים, בגין רישוי עסקים ורכבים כמו גם בגין שירותים שניתנו בידי משרדי הממשלה השונים; רביעית, משרד המשפטים הנחה את השופטים בערכאות השיפוט ברצועה להטיל קנסות כספיים חלף כליאה. תחום החינוך הוא דוגמה נוספת להפעלת סמכויות שלטוניות ברצועת עזה בידי החמאס. בשנת 2013 אישרו רשויות החמאס חוק חינוך חדש בעל מאפיינים דתיים אסלאמיים, אשר הוחל על בתי ספר הפועלים ברצועה ובכללם בתי ספר של סוכנות הסעד והתעסוקה של האו"ם (אונר"א).⁶¹

זאת ועוד, אף שאין חולק כי לישראל ולמצרים נתונה השליטה בכל הנוגע לתנועת סחורות ואנשים מתוך שטחן ואל שטחן, לחמאס נתונה השליטה בפועל בכל הנוגע לכניסת סחורות ואנשים לרצועת עזה או ליציאתם ממנה. כך, אדם המעוניין להיכנס לרצועת עזה או לצאת ממנה אינו יכול בפועל לעשות זאת ללא הסכמת החמאס, אשר מפעיל שליטה לעניין תנועת האנשים באמצעות כוחותיו ופקידיו. כך גם בעניינן של סחורות המועברות לרצועה או יוצאות ממנה. בפועל אין כל אפשרות להעביר סחורות אלו ללא הסכמתו של החמאס, המפעיל את שליטתו על מעברי הסחורות אל הרצועה וממנה.

מפאת קוצר היריעה, סקירה קצרה זו של הסמכויות השלטוניות שחמאס מפעיל ברצועת עזה אינה ממצה. ועדיין, מכל האמור עולה, כי חמאס מפעיל ברצועת עזה סמכויות שלטוניות אשר משיקות לחובות ולזכויות המרכזיות שבהן נושא כוח כובש תחת דיני התפיסה הלוחמתית – לרבות הסמכות לשמור על הסדר הציבורי ולנהל את החיים הציבוריים בשטח הנתון לשליטתו – כלפי האוכלוסייה האזרחית המתגוררת בשטח.

3. סיכום ביניים

דיני התפיסה הלוחמתית עוצבו במתכונת בינארית, כך שבמקרה של שליטה אפקטיבית של הכוח הכובש על השטח – על כל תנאיה – יש להחיל את דיני התפיסה הלוחמתית על כלל הסמכויות והחובות הנגזרות מהם כלפי השטח. במקרה שמבחן השליטה האפקטיבית אינו מתקיים באשר לשטח נתון, אין כל תחולה למסגרת הנורמטיבית של דיני התפיסה הלוחמתית.

אף לא אחד מתנאי מבחן השליטה האפקטיבית מתקיים בהקשר של מדינת ישראל ורצועת עזה, ודאי שלא שלושם יחדיו. לפיכך, בהתאם להוראות המשפט הבין-לאומי לישראל אין שליטה אפקטיבית ברצועת עזה, וכפועל יוצא מכך אין לה מחויבות משפטית לרצועת עזה מכוח דיני התפיסה הלוחמתית. תחת זאת חלות על ישראל מסגרות דינים אחרות, שיכולות להיות רלוונטיות בנוגע לתושבי רצועת עזה (כפי שיוסבר להלן בפרק ג סעיף 3). המציאות שבה כל שלושת תנאי מבחן השליטה האפקטיבית אינם מתקיימים מהדהדת את בהירותה החד-משמעית של מסקנה זו.⁶²

61 ראו למשל: Fares Akram, *Hamas Adds Restrictions on Schools and Israelis*, N.Y. TIMES (Apr. 1, 2013) <https://www.nytimes.com/2013/04/02/world/middleeast/hamas-imposes-new-restrictions-on-schools-in-gaza.html>

62 כפי שיפורט להלן, המסקנה שלפיה ישראל אינה כובשת ביחס לרצועת עזה אושרה כבר בשנת 2007 בידי בית המשפט העליון, ראו בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו,

נוכח היקף הסמכויות, החובות והזכויות הנגזרות מכוח דיני התפיסה הלוחמתית, ברור כי אי-אפשר להחילם בנסיבות שבהן התנאים העובדתיים המקימים כיבוש אינם מתקיימים. החלה של דיני התפיסה הלוחמתית על שטח מבלי שמתקיימים התנאים העובדתיים יוצרת פער מניה וביה בין הסמכויות הנתונות והחובות המוטלות דה יורה על הכוח הכובש לבין היכולת להפעילן בשטח דה פקטו.⁶³ בנקודה זו חשוב להזכיר: מדינת ישראל שותפה לראגה למצב האוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה, ואף נוקטת צעדים בפועל (חלקם מתוך חובה משפטית, ורובם – כעניין שבמדיניות – מעל ומעבר לחובות המשפטיות המוטלות עליה) על מנת להקל על מצבה של אוכלוסייה זו. עוד חשוב להזכיר, כי ישנן סיבות רבות למצב הקשה ברצועה, ובראשן המאבק המזוין שמנהלים ארגון חמאס וקבוצות חמושות נוספות נגד מדינת ישראל, ובפרט התנהלותו של ארגון חמאס, אשר להבנתנו מעדיף להשקיע את משאביו ואת מרצו במאבק נגד מדינת ישראל מאשר בדאגה לאוכלוסייה הנתונה לשליטתו. כך או כך, העובדה היא שישראל אינה שולטת עוד בעזה, ומי ששולט בה הוא ארגון החמאס.

ג. ביקורות על עמדתה של מדינת ישראל ומענה להן

מאז יישום תוכנית ההתנתקות מרצועת עזה בשנת 2005 – וביתר שאת בעשור האחרון – ישנם קולות הקוראים להחיל את דיני התפיסה הלוחמתית על מערכת היחסים שבין ישראל ורצועת עזה. רובם של הקולות באים מתוך אמונה שמהלך זה יאפשר לתת מענה טוב יותר או יספק הגנה נרחבת יותר לתושבי הרצועה. חלק מהקולות הללו סבורים שזוהי התוצאה של יישום הפרשנות המקובלת של דיני התפיסה הלוחמתית, וחלקם מנסים לפרוץ את גבולותיו של ענף משפט זה ומציעים דוקטרינות משפטיות אשר נתפרו במיוחד למידותיה של רצועת עזה, ובהתאמה הן מיושמות רק באשר אליה.⁶⁴

להלן נבקש להראות, בין היתר תוך ניתוח עמדת משרד התובעת של בית הדין הפלילי הבין-לאומי, כי מי שמתמיימים להטיל על ישראל חובות מתחום דיני התפיסה הלוחמתית תוך יישום לכאורה של המבחנים המשפטיים הקיימים, שוגים באופן שבו הם מיישמים מבחנים אלו. עוד נבקש להראות, כי הניסיונות להטיל על ישראל חובות מכוח דיני התפיסה

30.1.2008). אף כמה מלומדים מובילים מחזיקים בעמדה זו, ראו למשל בנבנישתי, לעיל ה"ש Shany, *Faraway, So Close*; לעיל ה"ש 30.

63 כך למשל, בפרשת החטופים, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1244, נקבע כי הסמכויות של הכוח הכובש הן "as great as his responsibility". באופן דומה, Thüerer, לעיל ה"ש 34, בעמ' 12, פירש כמה מדריכים צבאיים של מדינות כקובעים כך: "A situation of occupation only exists once a party involved in a conflict is in a position to exercise the level of authority over enemy territory that is necessary to enable it to discharge all the obligations imposed by the law of occupation" (ההדגשה במקור).

64 דוח מפגש המומחים, לעיל ה"ש 25, בעמ' 29; Aeyal Gross, *Re-thinking Occupation: The Functional Approach*, *OPINIO JURIS* (Apr. 23, 2012) <http://opiniojuris.org/2012/04/23/rethinking-occupation-the-functional-approach/>; Gisha – Legal Center for Freedom of Movement, *Scale of Control – Israel's Continued Responsibility to the Gaza Strip* (2011), <http://gisha.org/publication/1660>.

הלוחמתית באמצעות פריצת המסגרת של דינים אלו, תוך שימוש בדוקטרינות משפטיות חדשניות, הם רוויים בקשיים משפטיים; שכן ניסיונות אלה אינם משקפים את המשפט המצוי, אלא מבטאים את השאיפות של אותם תומכים באשר להתפתחות הדין הרצוי.

1. עמדת משרד התובעת של בית הדין הפלילי הבין-לאומי בנוגע למעמדה של רצועת עזה

בחודש נובמבר 2014 הביע משרד התובעת של בית הדין הפלילי הבין-לאומי את דעתו במסגרת החלטה שלא לפתוח בחקירה של האירוע הימי מיום 31 במאי 2010, כי יש בסיס סביר להאמין שרצועת עזה כבושה בידי ישראל.⁶⁵ על מנת לבסס טיעון זה נשען משרד התובעת הן על החלטות של גופים פוליטיים והן על אדנים משפטיים. מאמר זה יתמקד בטיעונים המשפטיים שהציג משרד התובעת, ויתייחס רק בקצרה להישענות על החלטות של גופים פוליטיים.

בחינת ההנמקה המשפטית של משרד התובעת מעלה, כי אף שמשרד התובעת התיימר להישען על הפרשנות המקובלת של דיני הכיבוש, הוא לא ביצע בחינה יסודית של המצב לאור תקנה 42 לתקנות האג או לאור מבחני הכיבוש המקובלים כפי שהוצגו לעיל. אשר לחלקו הראשון של מבחן השליטה האפקטיבית, אנו סבורים שמשרד התובעת נשען על פרשנות שגויה לפסק הדין בפרשת *Naletilić*,⁶⁶ שלפיה מבחני הכיבוש אינם דורשים בהכרח נוכחות פיזית בשטח. פרשנות זו אין לה כאמור על מה להישען – לא בפסק הדין בעניין זה ולא בשאר הפסיקה הבין-לאומית אשר בחנה שאלות של כיבוש, שממנה משרד התובעת התעלם. בהמשך, במסגרת החלק השני של המבחן, ובהתבסס על ההנחה (השגויה) שמבחני הכיבוש אינם דורשים נוכחות פיזית בשטח, טען משרד התובעת שכמה צעדי מדיניות שישאל נוקטת כלפי רצועת עזה עולים כדי שליטה אפקטיבית. טענה זו מתעלמת לחלוטין מכך שישאל אינה מפעילה סמכויות שלטוניות ברצועה, כמו גם מכך שצעדי המדיניות הללו מבוססים על ענפי משפט אחרים (כפי שיובהר בהמשך); חשוב מכול, הטענה אינה עולה בקנה אחד עם הרף הגבוה הנדרש על מנת לבסס שליטה אפקטיבית, אשר עוצב בפסיקה ובפרקטיקה הבין-לאומית. לבסוף, משרד התובעת התעלם בנייתוחו מן הדרישה (המצטברת) שעניינה היעדרו של גורם אחר היכול לשלוט בשטח. הנמקות אלה של משרד התובעת⁶⁷

65 ראו: ICC, Office of the Prosecutor, *Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia – Article 53(1) Report* (2014) [https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-and-Cambodia-Article_53\(1\)-Report-06Nov2014Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-and-Cambodia-Article_53(1)-Report-06Nov2014Eng.pdf). נציין כי לאחרונה חזרה התובעת על עמדה זו, אם כי בצורה מפורטת פחות. ראו: ICC, Office of the Prosecutor, *Prosecution Request Pursuant to Article 19(3) for a Ruling on the Court's Territorial Jurisdiction in Palestine*, ICC-01/18-12, § 80 (Jan. 22, 2020), https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_00161.PDF.

66 ראו התייחסות לפרשנות שניתנה לפסק הדין בפרשת *Naletilić*, לעיל בפרק ב, סעיף 2(א).

67 הנמקות דומות מופיעות גם בדוחות מאוחרים יותר, של ועדות חקירה שהוקמו בידי מועצת זכויות האדם של האו"ם, והביקורת שמועלית באשר לעמדת משרד התובעת רלוונטית גם בעניינם. ראו: U.N Human Rights Council, *Report of the Detailed Findings of the Commission of Inquiry on the 2014 Gaza Conflict*, U.N. Doc. A/HRC/29/CRP.4, §

אינן מהוות יישום ראוי של המסגרת המשפטית המקובלת לבחינת קיומו של כיבוש, כפי שהן מתיימרות לעשות.

נבקש להעיר בקצרה גם על ההישענות של משרד התובעת על החלטות פוליטיות. משרד התובעת פתח את ניתוח מעמדה של רצועת עזה בטענה, כי העמדה שלפיה רצועת עזה היא שטח כבוש היא עמדה מקובלת בקהילה הבין-לאומית. כתימוכין לטענתו הפנה המשרד לעמדתו של ארגון הצלב האדום הבין-לאומי (שתואר להלן) ולשתי החלטות נפרדות של העצרת הכללית של האו"ם, אשר השילוב ביניהן הוא לדעת משרד התובעת אינדיקציה לכך כי העצרת סבורה שרצועת עזה כבושה בידי ישראל. מכיוון שמאמר זה מתמקד בהיבטים המשפטיים של דיני הכיבוש, הוא לא יתמודד בצורה מקיפה עם היבט זה של עמדת התובעת. נסתפק בכך שנאמר, כעניין עקרוני, כי לטעמנו הסתמכות על החלטות שהתקבלו בידי גופים פוליטיים לצורך ביסוס מסקנות שהן משפטיות-עובדתיות במהותן – בפרט כאשר מדובר בהקשר פלילי – אינה ראויה.⁶⁸ פרקטיקה דומה של משרד התובעת זכתה לגינוי בהקשר אחר.⁶⁹ כך היה בייחוד כאשר משרד התובעת בחר לפנות למקורות שתוקפם המשפטי מוטל בספק במקרה הטוב⁷⁰ ולהחלטות אשר ברור שהתקבלו בהקשר פוליטי מובהק בידי גופים פוליטיים של הקהילה הבין-לאומית, גם במקרה שהמשפט הבין-לאומי המנהגי וההסכמי מבססים בצורה ברורה מסקנה משפטית מסוימת. לגופו של עניין, באשר לעמדת משרד התובעת בנוגע למעמדה של עזה, נציין כי ההחלטות שעליהן ביקש משרד התובעת להישען לא התיימרו להציג ניתוח משפטי של הסוגיה או לקבוע קביעה משפטית.⁷¹

29 (June 23, 2015); U.N Human Rights Council, *Report of the Detailed Findings of the Independent International Commission of Inquiry on the Protests in the Occupied Palestinian Territory*, U.N. Doc. A/HRC/40/CRP.2, § 59-67 (Mar. 18, 2019)

68 להיותו של המבחן לקיומו של כיבוש מבחן עובדתי, ראו לעיל ה"ש 26.

69 ראו למשל את עמדת גרמניה, המבקרת את ההישענות של התובעת על החלטות מסוימות של העצרת הכללית של האו"ם על מנת לבסס את עמדתה ולפיה לבית הדין הפלילי הבין-לאומי יש סמכות שיפוט בנוגע ל"מצב בפלסטין": Observations by the Federal Republic of Germany, ICC-01/18-103, § 21-22 (Mar. 16, 2020) <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/18-103>

70 ראו את עמדת גרמניה, שם. ראו גם: Robert Badinter et al., *Observations on the Question of Jurisdiction Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence*, ICC-01/18-97, § 21 (Mar. 16, 2020) <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/18-97>

71 ודוק, ההחלטות שאליהן מפנה התובעת כלל לא עסקו במעמדה של רצועת עזה, ועל מנת לתמוך בעמדתו נדרש משרד התובעת לחבר בין שתי החלטות שונות. החלטה אחת חוזרת על האמירה – ללא ניתוח משפטי – כי אמנת ז'נבה הרביעית חלה ב"שטחים הפלסטיניים הכבושים" (OPT), ואילו החלטה אחרת קובעת – שוב ללא דיון או ניתוח ומבלי להתייחס למעמד הרצועה תחת המשפט הבין-לאומי – שרצועת עזה מהווה חלק מה"שטחים הפלסטיניים הכבושים".

2. הגישה "הפונקציונלית" לכיבוש וגישת "חובות בתר-כיבוש"

(א) הגישה "הפונקציונלית" לכיבוש (functional approach)

הגישה "הפונקציונלית" לכיבוש – גישה צופה פני עזה אשר נתפרה במיוחד למידות תא שטח זה⁷² – היא תזה משפטית אשר פותחה וקודמה בעיקר בידי אייל גרוס⁷³ ובידי ארגוני חברה אזרחית בישראל.⁷⁴ גישה זו אף מוצגת בצורה עדכנית ומיושמת שוב בנוגע לרצועת עזה במאמרו של גרוס בגיליון זה.⁷⁵

בתמצית, חסידי הגישה מבקשים ליצור "יש מאין" כלל חדש להחלת דיני התפיסה הלוחמתית באמצעות זניחה של שני עקרונות יסוד של מערכת דינים זו: מבחן השליטה האפקטיבית, כתנאי לקיומו של כיבוש ולתחולתם של דיני התפיסה הלוחמתית, והתחולה של דיני התפיסה הלוחמתית כמקשה אחת מרגע שמבחן זה מתמלא (התפיסה הבינארית). לשיטתם יש להחליף עקרונות יסוד אלה במבחן הקובע, כי בכל מקרה שמופעלת מידה של שליטה ושל כוח (power and control) בידי כוח זר, תוטל עליו אחריות מסוימת מכוח דיני התפיסה הלוחמתית.⁷⁶

לשיטת הגישה "הפונקציונלית", בתחומים שבהם יש לישראל השפעה על חייהם של התושבים ברצועה – כגון תנועת סחורות ואנשים במעברים – הגם ששליטה זו אינה עולה כדי שליטה אפקטיבית כמשמעות ביטוי זה תחת הפרשנות המקובלת של דיני התפיסה הלוחמתית, יחולו על התחומים הללו נורמות רלוונטיות שמקורן בדינים אלה.⁷⁷ כך למשל, גרוס קורא במאמרו להחיל על ישראל נורמות מתחום דיני התפיסה הלוחמתית הנוגעות להספקת מזון לאוכלוסייה ברצועת עזה.⁷⁸ פרסומים קודמים הנשענים על הגישה "הפונקציונלית" קראו לישראל, למשל, "לפתוח את גבולות עזה למעבר חופשי של אנשים וטובין וכן להתיר בניית נמל תעופה ונמל ימי בעזה לשם מעבר אנשים וטובין".⁷⁹

ברם, הגמשת דיני התפיסה הלוחמתית באופן זה עולה כדי כתיבתם מחדש, תוך פגיעה באיזון העדין שמערכת דינים זו יצרה בין האינטרסים השונים שעליהם היא מגינה, עד כדי

72 כפי שאייל גרוס עצמו זיהה: "The need for this approach arose after the 2005 Gaza disengagement, growing out of both my academic research and my NGO work".

ראו: Aeyal Gross, *Symposium on Occupation Law: The Writing on the Wall 2.0: A Rejoinder*, OPINIO JURIS (Aug. 31, 2017) <http://opiniojuris.org/2017/08/31/symposium-on-occupation-law/> (להלן: Gross, *Rejoinder*).

73 Aeyal Gross, *THE WRITING ON THE WALL: RETHINKING THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION* (2017) 123-135 (להלן: Gross, *WRITING ON THE WALL*).

74 הגישה "הפונקציונלית" הופיעה לראשונה ברוח של ארגון גישה, ראו: שרי בשי וקנת מן כובשים מנותקים – מעמדה המשפטי של רצועת עזה (2007), [gisha.org/UserFiles/File/](http://gisha.org/UserFiles/File/report/HebrewPositionPaperforwebsite.pdf), (להלן: דוח גישה).

75 ראו גרוס, לעיל ה"ש 43. גם ח'ורי-בשאראת, לעיל ה"ש 2, מביעה תמיכה בגישה "הפונקציונלית".

76 Gross, *WRITING ON THE WALL*, לעיל ה"ש 73, בעמ' 135.

77 שם, בעמ' 213-215.

78 גרוס, לעיל ה"ש 43, בעמ' 394-395.

79 דוח גישה, לעיל ה"ש 74, בעמ' 93-94.

מתן משקל מכריע לרציונלים מסוימים ותוך התעלמות מאחרים. בבסיסם דיני התפיסה הלוחמתית הם "עסקת חבילה", שבמסגרתה מכלול מארג הסמכויות והחובות של הכוח הכובש מופעל אוטומטית עם התקיימות התנאים העובדתיים-משפטיים של שליטה אפקטיבית וקיומו של "כיבוש". החובות של הכוח הכובש כלפי האוכלוסייה האזרחית הנתונה לשליטתו כרוכות באופן אינהרנטי בסמכויות הנתונות לו. ערעור האיזון והבחירה הסלקטיבית מתוך סט החובות, תוך התעלמות מהסמכויות, מערער גם את הזיקה האינהרנטית שבין סמכות לחובה. כך למשל, הסמכות של הכוח הכובש לגבות מיסים קשורה ישירות לחובה לספק שירותי רווחה, כגון החובה לספק מזון לאוכלוסייה המקומית המתגוררת בשטח הנתון לשליטתו, אשר הזכיר גרוס. גם הסמכות להפעיל את הסמכויות הביטחוניות המוקנות לכוח הכובש קשורה קשר ישיר לחובה לספק ביטחון וסדר ציבורי. יצירת הפרדה בין התחולה של דיני התפיסה הלוחמתית לבין הסיטואציה העובדתית של שליטה בשטח, כמו גם היכולת להפעיל סמכויות והיכולת לדאוג לאוכלוסייה המקומית, עומדת בסתירה להיגיון המסדר העומד בבסיס המסגרת המשפטית של דיני התפיסה הלוחמתית.

לבסוף, הגם שמבחינה היסטורית למלומדים תפקיד חשוב בפיתוח המשפט הבין-לאומי, המשפט הבין-לאומי אינו פרי פיתוחם הבלעדי של אלה. פרשנויות חדשות של כלל משפטי קיים שמציעים מלומדים צריכות ליהנות מתמיכה רחבה בפרקטיקה של מדינות על מנת שיוכרו כמשפט מצוי, בייחוד כאשר הן מבקשות לסטות בצורה דרמטית מן האופן שבו כלל זה הובן בקרב מדינות ובקרב טריבונלים בין-לאומיים לאורך שנים. כל זה נעדר במקרה הנדון. הגישה "הפונקציונלית" לכיבוש אינה מהווה אך פרשנות לדיני התפיסה הלוחמתית, אלא כופרת בעצם מהותם בשל קריאתה לזנוח את התפיסה הבינארית העומדת בבסיס הדין ואת הרף של "שליטה אפקטיבית" כתנאי לתחולתו של הדין; ודאי שהיא אינה משקפת פרקטיקה של מדינות או נתמכת בה, במשפט המצוי המעוגן בהסכמים בין-לאומיים או במשפט הבין-לאומי המנהגי.

(ב) גישת "חובות פתח-כיבוש"

הצלב האדום פיתח בשנים האחרונות תזה משלו בעקבות יישום תוכנית ההתנתקות. גישה זו מכונה בידי הצלב האדום "הגישה הפונקציונלית", אך מאחר שהיא אינה זהה לגישה שהובאה בסעיף הקודם,⁸⁰ היא תכונה במאמר זה לצורכי הבחנה גישת "חובות בתר-כיבוש". בתמצית גישה זו טוענת, כי במקרי קצה מסוימים מוצדק להמשיך ולהחיל חלק מן החובות הקמות מכוח דיני התפיסה הלוחמתית אף בשלב שבו הכוח הכובש נסוג מהשטח הכבוש, ולא ניתן עוד לבסס עובדתית כי ישנו כיבוש בתא שטח בהתאם למבחן השליטה אפקטיבית.⁸¹ גישה זו הופיעה לראשונה כעמדה של מומחה אחד במהלך מפגש המומחים

80 גרוס עצמו הצביע על ההבדלים שבין גישתו שלו לבין הגישה שאימץ הצלב האדום: Gross, *Rejoinder*, לעיל ה"ש 72 ("The ICRC model... is a somewhat narrower version of the") "functional approach to occupation"; ראו גם גרוס, לעיל ה"ש 43, בה"ש 37: "בשנת 2015 אימץ הוועד הבינלאומי של הצלב האדום גרסה מצומצמת של הגישה הפונקציונלית".

81 נציין כבר עתה, כי יש להבחין בין גישה זו של הצלב האדום ובין גישות אחרות, המכונות "גישות שלאחר כיבוש", המהוות חלק מניסיון לפתח ענף משפטי חדש המכונה "Jus Post

שכינס הצלב האדום בשנת 2012,⁸² ומאוחר יותר במאמר אקדמי שכתב בכיר בצלב האדום בכשירותו האישית.⁸³ לאחר מכן אומצה עמדה זו רשמית כעמדת הצלב האדום בדברי הפרשנות העדכניים לאמנת ז'נבה הראשונה לשיפור מצב הפצועים והחולים בקרב הכוחות המזוינים בשדה משנת 1949, שפרסם ארגון הצלב האדום בשנת 2016.⁸⁴

מן הבחינה המשפטית אפשר להצביע על פגמים רבים בגישת הצלב האדום. ראשית, היא נעדרת כל בסיס משפטי. ואומנם, הארגון לא העמיד ולו מקור משפטי אחד התומך בגישה שהוא מבקש לקדם, וכלל לא ברור כיצד גישה זו מתיישבת עם הפרשנות המקובלת שהוצגה לעיל. כפי שעולה מפרסומיו של הארגון עצמו, הצלב האדום מקדם את גישתו זו חרף העובדה כי הרוב המוחץ של המומחים שהשתתפו במפגש המומחים שכינס הארגון, שעסק בדיני הכיבוש, סברו שהיא שגויה.

נראה כי הצלב האדום נשען רק על הנימוק שלפיו התפתחויות טכנולוגיות מצדיקות פרשנות חדשה זו לדיני התפיסה הלוחמתית,⁸⁵ והוא אינו מציע כל מקור נורמטיבי – אמנה, פרקטיקה מדינתית, פסיקה או אפילו כתיבת מלומדים – לתמיכה בעמדתו זו. עם זאת כפי שניתן לראות מסקירת הפסיקה והמדריכים הצבאיים, גם מקורות משפטיים עדכניים, שניתנו בעת שההתרחשויות הטכנולוגיות שעליהן מדבר הצלב האדום כבר אירעו,⁸⁶ לא אימצו גישה דומה לגישת הצלב האדום.

זאת ועוד, כפי שגרוס עצמו חושף, על מנת להחיל חובות מתחום דיני התפיסה הלוחמתית על ישראל כלפי רצועת עזה נדרש שינוי מהותי וקיצוני של מערכת הדינים כולה – צעד שהצלב האדום אינו מוכן לעשותו. לשיטתנו, הצלב האדום מנסה למעשה להחזיק את המקל בשני קצותיו: לשמר את מסגרת הדינים המקובלת עבור הרוב המוחלט של המצבים, ולהחיל על ישראל פרשנות שונה של הדין אשר מכוחה ינבעו חובות מכוח דיני התפיסה הלוחמתית כלפי רצועת עזה.

"Bellum"; לפי גישות אלו, ייתכן שיש מקום להחיל חובות מסוימות על מדינה שכבשה בעבר שטח, לאחר סיומו של הכיבוש, אך לא מכוח דיני התפיסה הלוחמתית. להרחבה, ראו: Jean L. Cohen, *The Role of International Law in Post-Conflict Constitution-Making Toward a Jus Post Bellum for "Interim Occupations"*, 51 N.Y.L. Sch. L. Rev. 497 (2006/07); Yael Ronen, *Post-Occupation Law, in Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations* 428 (Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday & Jens Iverson eds., 2014)

82 דוח מפגש המומחים, לעיל ה"ש 25, בעמ' 31-33.

83 Ferraro, לעיל ה"ש 23.

84 ICRC, UPDATED COMMENTARY TO THE GENEVA CONVENTION (I) FOR THE AMELIORATION OF THE CONDITION OF THE WOUNDED AND SICK IN ARMED FORCES IN THE FIELD, 1949, para. 310, § 2 (2016) <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=BE2D518CF5DE54EAC1257F7D0036B518> (להלן: הקומנטאר המעודכן לאמנת ז'נבה הראשונה). ראו גם: Ferraro, לעיל ה"ש 23, בעמ' 157.

85 הקומנטאר המעודכן לאמנת ז'נבה הראשונה, לעיל ה"ש 84, בפס' 309.

86 גם מדריכים צבאיים שפורסמו לאחר פרסום העמדה בידי הצלב האדום בחרו שלא לאמצה. כך למשל המדריך הצבאי האמריקני, לעיל ה"ש 25; המדריך הצבאי הדני, לעיל ה"ש 30; המדריך הצבאי הניו זילנדי, לעיל ה"ש 30.

מן הבחינה המעשית ישנו קושי בהטלת חובות על גורם שאין בכוחו לממשן נוכח היעדר שליטה בשטח. רק במקרה שלכוח הצבאי יש שליטה אפקטיבית בשטח והוא מסוגל לנהל את חיי היום יום של האוכלוסייה המקומית ולשלוט עליה, יהיה נכון לראות בו אחראי מכוח דיני התפיסה הלוחמתית. אין לבלבל בין יכולת צבאית להשפיע על שטח אויב וכפועל יוצא מכך על האוכלוסייה המתגוררת בו לבין היכולת לשלוט על האוכלוסייה ולנהל את חיי היום יום שלה.

גישות אלו – הגישה "הפונקציונלית" לכיבוש וגישת "חובות בתר-כיבוש" – לא רק שאינן עולות בקנה אחד עם הדין הקיים, אלא הן אף אינן רצויות כעניין של מדיניות משפטית. נפרט מקצת מן השיקולים. ראשית, גם מי שסבורים שראוי כעניין של מדיניות משפטית לפתח את המשפט בכיוון הנתון יותר הגנה משפטית לתושבי רצועת עזה מתקשים להסביר מדוע לעשות זאת דווקא במסגרת של דיני התפיסה הלוחמתית. במקרים רבים האינטרס שעליו מנסים להגן מוגן כבר באמצעות ענפי משפט אחרים, אשר תחולתם על המצב העובדתי בשטח שנויה פחות במחלוקת או מצריכה שינוי יסודי פחות של מושכלות יסוד. לכן נראה, כי הדרך הראויה לקדם את האינטרסים המשפטיים אשר תומכי הגישות החדשות מבקשים לקדם – הדרך המתאימה יותר עם המערכת הקיימת של המשפט הבין-לאומי – היא פיתוח של ענפי משפט אלה. כך ביקשו לעשות למשל בגיליון זה איל בנבנישתי והאלה ח'ורי-בשאראת.⁸⁷

שנית, ונקודה זו קשורה קשר הדוק לנקודה הקודמת, יש להכיר בכך שהשינוי המוצע בדיני התפיסה הלוחמתית הוא שינוי יסודי ודרמטי. שינוי זה עלול לשלול מדיני התפיסה הלוחמתית את אופיים הייחודי, ולמעשה למזג אותם עם דיני זכויות האדם.⁸⁸ שינוי רדיקלי של דיני התפיסה הלוחמתית ראוי שיעשה בצורה זהירה, ולא יתבסס על מצב עובדתי בודד. זאת ועוד, שינוי מעין זה אינו יכול ואף לא ראוי שיתרחש בלי מעורבות של מדינות.

87 ראו בנבנישתי, לעיל ה"ש 3, וח'ורי-בשאראת, לעיל ה"ש 2. נציין כי מדינת ישראל אינה מקבלת את הפרשנות המשפטית המוצגת במאמרים אלו באשר לדיני הסגר הימי ובאשר למשמעויות המשפטיות שיש לתת למדיניות הישראלית כלפי המעברים בינה ובין רצועת עזה, אולם נושאים אלו חורגים ממגבלות מאמר זה. מלומדים אחרים אף הציעו, כי לישראל חובות מכוח תחולתם האקסטרטוריאלי של דיני זכויות האדם הבין-לאומיים. ראו: Yuval Shany, *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on Bassiouni v. the Prime Minister of Israel*, 42 *Isr. L. Rev.* 101 (2009) (להלן: *Shany, A Comment on Bassiouni*). יצוין כי עמדתה הרשמית של מדינת ישראל היא, כי דיני זכויות האדם אינם חלים על פעולותיה של ישראל בנוגע לרצועת עזה, הן בשל היעדר תחולה אקסטרטוריאלי והן בשל קיומו של עימות מזוין בין ישראל ובין קבוצות חמושות בשטח הרצועה, כאשר דיני העימות המזוין מהווים דין מיוחד ביחס לדיני זכויות האדם.

88 אליאב ליבליך, שאינו מתנגד לגישה "הפונקציונלית", מצביע על הבחנה דומה: Eliav Lieblich, *Symposium on Occupation Law: The Normative and Functional Approaches to Occupation: A Response to Aeyal Gross*, *OPINIO JURIS* (Aug. 29, 2017), <http://opiniojuris.org/2017/08/29/the-normative-and-functional-approaches-to-occupation-a-response-to-aeayal-gross/>.

שלישית, הגישות שנסקרו לעיל פותחו ויושמו רק באשר למצב העובדתי של רצועת עזה. נקודה זו צריכה להציב עבור מי שמפרשים ומיישמים את המשפט הבין-לאומי תמרוך אזהרה. דוקטרינה משפטית שמתאימה רק למצב עובדתי אחד עשויה להתפרש כמבוססת על שיקולים פוליטיים, ובכך להקטין את סיכויי קבלתה הן במדינה הרלוונטית והן בקהילייה הבין-לאומית. לבסוף, גישות פרשניות אלו מתעלמות מן הקשר ההדוק שקיים בדיני הכיבוש בין החובות המוטלות על הכובש ובין הסמכויות המוקנות לו בדין, כפי שהוסבר לעיל.

3. המסגרות הנורמטיביות המסדירות את הקשר המשפטי של מדינת ישראל לרצועת עזה

בסעיף זה נבקש להראות, כי ישנן מסגרות דינים אחרות החלות על מערכת היחסים שבין ישראל לרצועת עזה. עובדה זו מאיינת את הצורך בשינוי רדיקלי בדיני התפיסה הלוחמתית על מנת לקדם שיקולי מדיניות של גורם זה או אחר.

בדומה למצב בכל מדינה אחרת, ישראל שולטת בגבולותיה ומפעילה שיקול דעת בנוגע למעברים המובילים בין שטחי רצועת עזה לבין שטחה במסגרת הפְּרוֹוֶגְטִיבָה שלה כמדינה ריבונית ובהתאם להוראות החוק הישראלי.⁸⁹ בהקשר זה יצוין, כי הטענה שישאל שולטת ברצועת עזה מכוח שליטתה על המעברים היבשתיים היא שגויה לא רק במישור המשפטי, אלא גם במישור העובדתי, משום שישאל אינה מחזיקה באפשרות הגישה היבשתית היחידה לרצועת עזה. יש לזכור כי לרצועת עזה מעבר גבול (מעבר רפיח) הגובל בשטחה של מצרים, המפעילה אף היא מכוח סמכויותיה הריבוניות פיקוח על המעבר שבין שטחה לבין רצועת עזה. מדיניותה של ישראל בכל הנוגע לתנועת אנשים בינה ובין רצועת עזה מבוססת בעיקרה על שיקולים ביטחוניים כבדי משקל, ובראשם התמודדות עם מאמצייה של ארגוני הטרור ברצועה – וחמאס בראשם – להשתמש שימוש עוין בתושבי רצועת עזה אשר אושרה כניסתם לישראל.⁹⁰ בהיעדר כל זכות קנויה להיכנס אל ישראל,⁹¹ בקשות לכניסה מרצועת

89 להרחבה בדבר שיקול הדעת הרחב הנתון לממשלה באשר לשיקולים מדיניים וביטחוניים ככלל ובאשר לרצועת עזה בפרט, ראו: בג"ץ 4354/92 תנועת נאמני הר הבית וארץ ישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(1) 37, 44 (1993); פרשת אלבסינוני, לעיל ה"ש 62, בפס' 20; בג"ץ 1169/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל – ע.ר. נ' ראש הממשלה, פס' 6, 22 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 15.6.2009); בג"ץ 5268/08 ענבר נ' אלוף פיקוד הדרום (פורסם בנבו, 9.12.2009).

90 כך למשל, לא אחת ארגוני הטרור מבקשים לנצל בקשות כניסה לישראל לצרכים הומניטריים ואף לטיפולים רפואיים מצילי חיים לצורכי טרור. ראו למשל: שירות הביטחון הכללי "סיכול שירות הביטחון הכללי את ניסיונות חמאס להוצאת פיגועי תופת מאיר" ש" (22.11.2018) <https://www.shabak.gov.il/publications/Pages/חמאס-להוצאת-פיגועי-תופת-מאיר.aspx>.

91 עמדה זו בדבר היעדר זכות קנויה של תושבי רצועת עזה להיכנס לתחומי מדינת ישראל אושרה בידי בית המשפט העליון בשורה ארוכה של פסקי דין; ראו למשל: בג"ץ 9657/07 גרבוש נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (פורסם בנבו, 24.8.2008); פרשת ענבר, לעיל ה"ש 89; ע"ע"ם 4620/11 קישאוי נ' שר הפנים, פס' 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 7.8.2012).

עזה לשטח ישראל נבחנות על פי תבחינים המפורסמים לציבור והמבוססים על שיקולים ביטחוניים, על שיקולים הומניטריים ועל שיקולי מדיניות אחרים.⁹² כך, גם באשר להכנסת טובין לשטח הרצועה משטח ישראל או להוצאת טובין מרצועת עזה, ישראל שוקלת שיקולים ביטחוניים כבדי משקל, הנוגעים בין היתר לפעילות החמאס ברצועת עזה. ישראל מתירה להעביר לרצועת עזה כל טובין למעט ציוד לחימה וטובין "דו-שימושיים",⁹³ אשר העברתם לרצועת עזה אינה אסורה אך היא טעונה רישיון מידי הרשויות המוסמכות בישראל.⁹⁴ נוסף על כך מתאפשרת גם יציאת טובין מסוימים, המיועדים לשיווק באזור יהודה ושומרון ובישראל ולייצוא לחו"ל, דרך שטח ישראל.

נוסף על הפעלת סמכויות מכוח ריבונותה של מדינת ישראל על שטחה ועל גבולותיה, היבטים מסוימים של המדיניות הישראלית כלפי רצועת עזה מקורם במסגרת ההסכמת

- 92 התבחינים השונים שפירוטו את מדיניותה של ישראל בהקשר זה אומנם ידעו שינויים לאורך השנים, אך המדיניות והגינה נותרו כשהיו מאז עליית החמאס לשלטון ברצועת עזה, והיא זכתה לאישור בית המשפט העליון בשורה של פסקי דין. ראו למשל: בג"ץ 5693/18 ציאם נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 26.8.2018). הנהלים שלפיהם מדינת ישראל פועלת כלפי רצועת עזה מתפרסמים באתר מפקדת תיאום פעולות הממשלה בשטחים (מתפ"ש), האחראית למימוש המדיניות האזרחית ולתיאום הביטחוני של מדינת ישראל בשטחי יהודה ושומרון וכלפי רצועת עזה: <https://www.gov.il/he/departments/policies/permissionstatus>.
- 93 טובין שנועדו לשימוש אזרחי אך עשויים לשמש או משמשים בפועל גם לשימושים בעלי אופי צבאי או ביטחוני. הצורך לפקח על העברת טובין "דו-שימושיים" לרצועת עזה הוא צורך ביטחוני הכרחי מן המעלה הראשונה. טובין "דו-שימושיים" רבים שהעברתם לרצועת עזה מתבקשת מעלים חשש ממשי, כי הם משמשים בפועל או עלולים לשמש את גורמי הטרור להתעצמות צבאית ולבניית יכולות שנועדו לפגוע במדינת ישראל, באזרחיה ובכוחות הביטחון. בשורה של פסקי דין הכירו בתי המשפט בישראל, לרבות בית המשפט העליון, בסיכון הגדול הנובע מהעברתם של טובין "דו-שימושיים" לרצועת עזה ללא פיקוח ובצורך של מדינת ישראל לפעול לסיכול התופעה. ראו למשל: עע"ם 998/18 שר הביטחון נ' דיסקל (פורסם בנבו, 29.1.2019); עת"מ 17-05-17520 (מינהליים ת"א) סלילה נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 9.9.2017). פסקי דין אלו ניתנו בהתבסס על המסגרת הנורמטיבית הקבועה בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016. בפסקי דין קודמים, אשר הסתמכו על מסגרת נורמטיבית שונה מעט אך עסקו באותו העניין, קבע בית המשפט קביעות דומות. ראו: בג"ץ 3023/15 אקס-אוברסיו נ' מדינת ישראל ומשרד הביטחון (פורסם בנבו, 30.5.2016); בג"ץ 5252/16 אלצנאעה נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.2.2017); בג"ץ 4356/16 מצלאח נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 23.4.2017).
- 94 להרחבה בעניין זה, ראו את חוק הפיקוח על הייצוא הביטחוני, התשס"ז-2007, ואת הצווים שהוצאו מכוחו. רישיונות להעברת ציוד מפוקח כאמור ניתנים כל העת, לאחר בדיקת הבקשות השונות באופן פרטני. על מנת לסבר את האוזן, על פי הנתונים שנאספו בידי מנהלת התיאום והקישור (מת"ק) עזה בכל הנוגע להעברה של טובין מסוגים שונים לרצועת עזה עולה, כי בשנת 2019 נכנסו לרצועה דרך מעבר "כרם שלום" 94,269 משאיות (ללא דלק וגז) שנשארו 2,787,162 טון סחורות, וכן 6,221 מכליות דלק וגז. מעבר לטובין הנכנסים מישראל לרצועת עזה מועברים טובין לרצועה גם דרך מעבר רפיח (כלומר ממצרים), הגם שהדבר מהווה הפרה של הסכמים בין ישראל לאש"ף.

הרלוונטית שבין ישראל ואש"ף, ובעיקר הסכם הביניים.⁹⁵ כך למשל, באשר להכנסת טובין לשטח הרצועה מדיניותה של ישראל נשענת גם על מעטפת המכס האחידה אשר נקבעה בהסכמים.⁹⁶ עוד ניתן לציין את מכירת החשמל⁹⁷ והמים⁹⁸ לרצועת עזה ואת גביית המיסים בגין טובין שעוברים דרך נמלים ישראלים בדרכם לרצועה;⁹⁹ כל אלו מוסדרים אף הם במסגרת ההסכמית.

דיני העימות המזוין מסדירים את כל הפעולות שישראל נוקטת בהקשר של העימות המזוין המתנהל בינה לבין ארגוני הטרור ברצועת עזה, לרבות בהיבטים הנוגעים לסגר הימי שישראל מטילה על רצועת עזה בשנים האחרונות על מנת למנוע הברחת נשק דרך הים לארגוני הטרור הפועלים ברצועת עזה ותנועה של פעילי טרור אל הרצועה וממנה.¹⁰⁰

95 הסכמים אלה ממשיכים לחול על רצועת עזה, אם כי בשינויים המחויבים מכך שברצועת עזה שולט ארגון החמאס – אשר אינו רואה את עצמו מחויב להסכמים או מכיר בהם – ולא הרשות הפלסטינית, שהיא הישות המתנהלת מכוח הסכמי הביניים, כמו גם לאור יישום תוכנית ההתנתקות, שהייתה כרוכה בין היתר בויתור על הנוכחות הישראלית במעבר רפיח.

96 בנספח V להסכם הביניים, לעיל ה"ש 12, המכונה גם "הפרוטוקול בנושא יחסים כלכליים" או "פרוטוקול פריז", נקבע כי משטר מכס אחיד יחול על ישראל ועל שטחי הרשות הפלסטינית (ההסדר מוכר גם בשם "מעטפת המכס"). נקבע כי ישראל תפקח על כניסת ויציאת סחורות ותגבה מכסים ומיסים עקיפים עבור הפלסטינים; ראו ס' III ס"ק 10: "למעט לגבי טובין המנויים ברשימות 1א ו-2 והכמויות שלהם – שבהם כל הכוחות והאחיות הינן של הרשות הפלסטינית, יקיימו שני הצדדים אותה מדיניות ייבוא (למעט בעניין השיעורים של מסי ייבוא והיטלים אחרים על טובין שברשימה ב) ואתן תקנות לרבות סיווג, הערכה והליכי מכס אחרים, המבוססים על העקרונות החלים על קודים בינלאומיים, ואתה מדיניות של רישוי ייבוא ושל תקינה לטובין מיובאים, הכול כפי שמפעילה ישראל ביחס לייבוא שלה".

97 שם, בנספח III תוספת I, ס' 10, ס"ק 3.

98 שם, בנספח III תוספת I, ס' 40, ס"ק 7(א)(6).

99 שם, בנספח V ס' III ס"ק 15.

100 ראו: United Nations, *Report of the Secretary General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010*

Flotilla Incident, § 82 (2011) <https://digitallibrary.un.org/record/720841>. ראו גם

הוועדה הציבורית לברדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 *דין וחשבון – חלק ראשון* פס' 48-56 (2011) https://www.gov.il/he/departments/general/turkel_committee (ועדת טירקל).

שתי הוועדות בחנו את חוקיות הסגר הימי בראי דיני העימות המזוין, והגיעו למסקנה שהוא עומד בכללי המשפט הבינ-לאומי. הוועדות שקלו גם את המגבלות ההומניטריות הנובעות מהמצב שיותר סגר ימי תחת דיני הלחימה בים. כחלק מהמחויבויות ההומניטריות של ישראל כלפי האוכלוסייה המקומית ברצועת עזה, ישראל ביקשה שכל אדם או ארגון המעוניינים להעביר סיוע הומניטרי לרצועה ישתמשו במעברים היבשתיים של הרצועה, תוך מתן התחייבות כי יתאפשר להעביר את האספקה לתוך רצועת עזה. בנושא זה ראוי לציין שההסכם האחרון בין ישראל לטורקיה התייחס לסעיף של אספקה הומניטרית לרצועת עזה. ראו: תגובה מקדמית מטעם המשיכים בבג"ץ 5212/16 גונן נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 1.7.2016) (מש/1) הסכם פרוצדורלי בדבר פיצויים בין מדינת ישראל לבין הרפובליקה של טורקיה מיום 28.6.2016). יש לציין כי בהתאם לס' XIII(4) של הנספח הראשון להסכם הביניים, לעיל ה"ש 12, ישראל שמרה על זכויות ייחודיות באשר למרחב האווירי שמעל רצועת עזה.

ככלל, הפעולות האופרטיביות של ישראל ברצועת עזה בהקשר של לחימה בארגוני הטרור הפועלים מתוכה מוסדרות בדיני העימות המזוין; בהתאם לכך ישראל מכירה במחויבויותיה ההומניטריות כלפי תושבי רצועת עזה, ככל שהן נובעות מדיני העימות המזוין וחלות מכוח הסכסוך המתמשך בינה ובין חמאס וארגוני הטרור הפועלים ברצועת עזה.

נדבך נוסף לשאלת המסגרות הנורמטיביות שמכוחן מדינת ישראל פועלת בנוגע לרצועת עזה הוסיף בית המשפט העליון בפסיקתו בפרשת אלבסיוני בשנת 2008. העותרים בפרשה זו עתרו נגד החלטת הקבינט המדיני-ביטחוני, שהתקבלה בעקבות השתלטות האלימה של חמאס על הרצועה, לצמצם את אספקת הדלק והחשמל ממדינת ישראל לרצועה, להגביל העברת טובין לרצועה משטח ישראל ולהגביל את התנועה של אנשים בין ישראל ובין הרצועה. בניגוד למקרים קודמים שבהם נמנע בית המשפט מלהכריע בדבר מעמדה המשפטי של רצועת עזה ותחולת דיני התפיסה הלוחמתית,¹⁰¹ בפרשת אלבסיוני נדרש בית המשפט לשאלה מקדמית זו בדבר מעמדה של רצועת עזה וקבע, כי לישראל אין שליטה אפקטיבית בשטח הרצועה ובהתאם לכך אין תחולה לדיני התפיסה הלוחמתית ביחס לשטחה:¹⁰²

"מאז חודש ספטמבר 2005, אין עוד לישראל שליטה אפקטיבית בנעשה בשטח רצועת עזה. הממשל הצבאי שהוחל בשטח זה בעבר בוטל בהחלטת הממשלה, וחיללים ישראלים אינם שוהים באזור זה באופן קבוע ואף אינם מנהלים את המתרחש בו. בנסיבות אלה, אין מוטלת על מדינת ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת תושבי הרצועה ולשמור על הסדר הציבורי בתחומי רצועת עזה, לפי מכלול דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי. לישראל אין גם יכולת אפקטיבית במעמדה הנוכחי להשליט סדר ולנהל את החיים האזרחיים ברצועת עזה."¹⁰³

לאחר שהכריע בשאלה המקדמית בדבר מעמדה של רצועת עזה לאחר מימוש תוכנית ההתנתקות וקבע כי היא אינה שטח הנתון תחת כיבוש, עבר בית המשפט להציג בקצרה את המסגרות הנורמטיביות הרלוונטיות למערכת היחסים שבין מדינת ישראל לבין אוכלוסיית רצועת עזה.

בית המשפט קבע, כי על ישראל מוטלות חובות מסוימות כלפי האוכלוסייה המקומית ברצועה, וכי הן נובעות משלושה מקורות נפרדים. ראשית, עצם קיומו של העימות המזוין שבין מדינת ישראל לארגון החמאס מצמיח לישראל חובות מכוח כללי המשפט הבין-לאומי המנהגי – דיני הלחימה – החלים על צדדים לוחמים לעימות מזוין. שנית, שליטתה של ישראל במעברי הגבול היבשתיים לעזה מקימה גם היא חובה בקשר לפעולותיה אלו. שלישית, מערכת היחסים ההיסטורית שבין מדינת ישראל לבין רצועת עזה, בין היתר לאורך שנות

101 בג"ץ 5841/06 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פס' 6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 13.3.2007); בג"ץ 11120/05 חמדאן נ' אלוף פיקוד הדרום, פס' יג לפסק דינה של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 7.8.2007); ע"פ 5746/06 עבאס נ' מדינת ישראל, פס' 9-10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 31.7.2007).

102 קביעה זו של בית המשפט בפרשת אלבסיוני, לעיל ה"ש 62, אוששה במספר רב של פסקי דין. ראו למשל: ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד (סב) 4, 329, פס' 11 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 11.6.2008).

103 פרשת אלבסיוני, לעיל ה"ש 62, בפס' 12 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (ההדגשה הוספה).

השלטון הצבאי ברצועת עזה, מקימה לישראל חובות כלפי תושבי הרצועה. חובות אלה נובעות מן התלות שפיתחו תושבי הרצועה במדינת ישראל לצורך אספקת החשמל לרצועה ומחוסר האפשרות להגיע לעצמאות אנרגטית בתקופה הקצרה שעברה מאז ההתנתקות, שהתרחשה שנתיים קודם לכן.¹⁰⁴ בית המשפט לא התייחס בפסק דינו במפורש לשאלה, אם מקורן של החובות החלות לשיטתו על מדינת ישראל הוא במשפט הבינ-לאומי או במשפט הפנימי הישראלי. אין חולק שהחובות שקבע בית המשפט מכוח דיני הלחימה מקורן במשפט הבינ-לאומי. עם זאת אנו סבורים, כי אין בסיס לטעון שהמשפט הבינ-לאומי מטיל חובות על מדינה מכוח שליטתה במעברי הגבול שלה או מכוח התלות ההיסטורית שנוצרה, ולפיכך אנו מבינים כי בית המשפט קרא חובות אלה מתוך המשפט המנהלי הישראלי.¹⁰⁵

הגם שהניתוח שערך בית המשפט בפרשת אלבסיוני לא ביקש להציג תזה משפטית שלמה, נקל לראות כי בית המשפט ביקש ואף הצליח להציע פתרונות מעשיים לבעיות מורכבות, דוגמת התלות של רצועת עזה בישראל בנוגע לאספקה של חשמל וגז. בפרשת אלבסיוני הצביע בית המשפט על פתרונות אפשריים לסיטואציה ההומניטרית ברצועת עזה מבלי למתוח את דיני התפיסה הלוחמתית מעבר לגבולותיהם,¹⁰⁶ מבלי להתעלם מן המציאות

104 שם. נראה כי גם בבכנישתי, לעיל ה"ש 3, מחזיק בעמדה הדומה לעמדת בית המשפט בפרשת אלבסיוני. בחלוף 15 שנים מאז יושמה תוכנית ההתנתקות, ולמעלה מעשור מאז ניתן פסק הדין בפרשת אלבסיוני, מתעוררת השאלה עד כמה – אם בכלל – השיקולים הנוגעים לשליטתה ההיסטורית של ישראל בשטח נותרו רלוונטיים למציאות הנוכחית. ככל שחולף הזמן מאז עברה השליטה האפקטיבית ברצועת עזה לישות אחרת נראה כי המשקל של טעם זה מצטמצם והולך. ואומנם, בתחום אספקת החשמל לרצועת עזה, שנדרן בפרשת אלבסיוני, חלו שינויים בשטח בדמות קיומם של מקורות אספקה נוספים שאינם נסמכים על אספקת חשמל מישראל. בהקשר זה אנו סבורים, כי גם ראוי לשקול את ההתנהלות של הרשויות השולטות בפועל ברצועת עזה ואת האופן שבו הן פועלות – או אינן פועלות – לטובת שיפור רווחת האוכלוסייה ברצועת עזה. לא סביר בעינינו שמחדלן של הרשויות בעזה למלא את חובתן לאוכלוסייה המקומית יטיל חובות עודפות על מדינת ישראל.

105 שני אף הוא הצביע על כך, שבית המשפט לא הסביר את התיאוריה המשפטית המחברת את המצב העובדתי כפי שהיה קיים בעת מתן פסק הדין עם החובות המשפטיות שהטיל על מדינת ישראל. ראו: Shany, *A Comment on Bassiouni*, לעיל ה"ש 87, בעמ' 103.

106 לצורך השוואה, ראו את פסק דינו של בית המשפט העליון משנת 2004 – טרם בואה של תוכנית ההתנתקות לאוויר העולם – שבו כחן בית המשפט את חוקיותן של פעולות הלחימה, תוך התייחסות לחובותיו של המפקד הצבאי כלפי השטח הנתון תחת תפיסה לוחמתית: בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, פס' 10-12 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 30.5.2004). בהקשר זה נבקש להפנות את תשומת הלב גם לפסק דינה של השופטת ברק-ארז בדיון הנוסף שנערך בשנת 2019 בעניין החזקת גופות מחבלים, שם סברה השופטת ברק-ארז, כי על החזקת גופות מחבלים שהגיעו לישראל מרצועת עזה אין חל מכלול דיני התפיסה הלוחמתית, בשונה ממחבלים שהגיעו מאזור יהודה ושומרון: דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן, פס' 32-34 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 9.9.2019).

העובדתית ששררה ברצועה באותה עת¹⁰⁷ ומבלי להתעלם מן הצרכים ההומניטריים הבסיסיים של האוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה, כפי שהיו במועד מתן פסק הדין.¹⁰⁸ מאז פרשת אלבסיוני חזר בית המשפט העליון פעם אחר פעם על קביעתו, כי אין ברצועת עזה שליטה אפקטיבית ישראלית וכי דיני התפיסה הלוחמתית אינם רלוונטיים למערכת היחסים שבין ישראל ובין עזה; בתוך כך בחן בית המשפט את חובות ישראל כלפי האוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה – בנושאים כגון מזון, תרופות וטיפול בפצועים ובגופות הרוגים – בראי דיני העימות המזוין,¹⁰⁹ תוך עמידה על כך שחובותיה של מדינת ישראל כלפי רצועת עזה מוגבלות לצרכים ההומניטריים הבסיסיים כמתחייב ממסגרת דינים זו.¹¹⁰

סיכום

במאמר זה התמקדנו בטענה, שלפיה עמדתה של מדינת ישראל בדבר מעמדה המשפטי של רצועת עזה – כשטח שאינו מצוי תחת תפיסה לוחמתית – נטועה היטב במשפט הבין-לאומי, כפי שמלמדת בחינה מקיפה של המשפט הבין-לאומי המנהגי, של פסיקתם של טריבונלים בין-לאומיים ושל המדריכים הצבאיים של מדינות. לישראל אין נוכחות צבאית פיזית קבועה ברצועה, והיא אינה מפעילה שליטה אפקטיבית או סמכויות כשלטון בשטחי הרצועה. בשנת 2005 הוציאה ישראל את כוחותיה מכל שטחי רצועת עזה, אשר נשלטת בפועל בידי ארגון החמאס, המפעיל סמכויות שלטוניות, ביטחוניות ואזרחיות כלפי תושבי הרצועה והמחזק את אחיזתו ברצועה ככל שהזמן עובר. בהיעדר שליטה כאמור של ישראל, הוראות המשפט הבין-לאומי הנוגעות לתפיסה הלוחמתית אינן חלות על פעולותיה של ישראל, גם אם לפעולות שונות שלה יש השפעה על חיי האוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה. עוד הסברנו, כי הניסיונות השונים לפרש ולפתח את דיני התפיסה הלוחמתית כך שיחולו על מצבים עובדתיים כגון אלה השוררים בין מדינת ישראל ורצועת עזה אינם משקפים את המשפט המצוי, אלא לכל היותר את שאיפותיהם של מי שמקדמים ניסיונות אלו, ולטעמנו גם אינם משקפים את המשפט הרצוי. לבסוף, מאמר זה סקר בקצרה את המסגרות הנורמטיביות – שאינן מבוססות על דיני התפיסה הלוחמתית – המסדירות את הקשר המשפטי של מדינת ישראל לרצועת עזה.

107 ראייה לגמישות ולנכונות של בית המשפט להתמודד עם מציאות עובדתית משתנה ניתן לראות בפסק דין שניתן כמה חודשים לאחר פרשת אלבסיוני, ובו קבע בית המשפט כי "המצב המתואר בעניין אלבסיוני שלעיל אף הוא דינאמי ומשתנה, וכיום טרם ניתן להסיק מסקנות לגבי המצב העובדתי בשטח רצועת עזה והיקף השליטה של צה"ל בשטח במצב החדש שנוצר" (בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, פ"ד סג(1) 521, פס' 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 19.1.2009). (להלן: פרשת רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה)).

108 ראו למשל פרשת חמדאן, לעיל ה"ש 101, בפס' יב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

109 פרשת רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, לעיל ה"ש 107.

110 פרשת פורום משפטי למען ארץ ישראל – ע.ר, לעיל ה"ש 89.

