

שלט רחוק, שלט קרוב: מעמדה המשפטי של עזה בגישה פונקציונלית

אייל גרוס*

המאמר בוחן את מעמדה המשפטי של עזה לאחר ה"התנתקות", אשר הביאה לסיומה של הנוכחות הצבאית הישראלית הקבועה בעזה ולפניו ההתנחלויות. בעקבות כך פסק בג"ץ, וכך גם סוברים כמה כותבים במחקר האקדמי, כי הכיבוש הישראלי של עזה הסתיים. מנגד כותבים אחרים טוענים, שהמשך השליטה הישראלית במרחבים האוויריים והימיים של עזה, ברוב מעברי הגבול ובממדים רבים נוספים של החיים בה, משמעותם שישראל ממשיכה להיות הכוח הכובש בעזה.

המאמר בוחן שתי עמדות אלו ומצביע על הקושי בעמדה שלפיה הכיבוש הישראלי של עזה הסתיים, לאור השליטה שישראל ממשיכה להפעיל ולאור העובדה שסודות רבים של הכיבוש שהחל בשנת 1967 ממשיכים להתקיים. עם זאת המאמר גם מצביע על מגבלות הגישה שטוענת שהכיבוש של עזה נמשך כפי שהיה לפני 2005. בהיעדר נוכחות צבאית קבועה בשטח, הצבא הישראלי אינו מנהל את חיי היום יום של אזרחי עזה, גם אם הוא משפיע עליהם רבות. לאור כך מוצע לנקוט גישה פונקציונלית, שלפיה יש להחיל חובות של צבא כובש בהקשרים שבהם ישראל ממשיכה להפעיל כוח ושליטה. גישה זו מבקשת – ברוח ביקורתו של פליקס כהן על קונספטואליזם – להחליף גישה בינארית-מושגנית (קונספטואליסטית) לשאלת קיומו של כיבוש בניחות פונקציונלי של שליטה.

במאמר מוצגות הדרכים שבהן ישראל ממשיכה להפעיל שליטה בעזה, ונדרונות פסיקות בג"ץ בנושא מעמדה של עזה. המאמר מראה כיצד נטישת פרדיגמת הכיבוש לטובת פרדיגמות אחרות, כמו ניתוח של מצב לחימה, של "סגר" ושל "מצור", או פנייה לחובות מכוח דיני זכויות האדם – אינן מספקות; שכן בצורות ניתוח אלו חסר המבנה הייחודי של דיני הכיבוש, המבוססים על שליטה של מדינה מחוץ לגבולותיה המוכרים, וכן ההכרה במעמד המיוחד של "מוגנים" בשטח כבוש. המאמר מראה כיצד מעבר לשליטה מרחוק מאפשר לטעון שהמסגרות המשפטיות הרלוונטיות הן מתחום דיני

* פרופסור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודה לעידן רייטר ולמתן גולדבלט על הסיוע המצוין במחקר ובעריכה, למיכל לופט ולמערכת "עיוני משפט" על הערותיהם לגרסה קודמת של המאמר ולמרכז תמי שטינמן למחקרי שלום על התמיכה במחקר זה. תודה לשרי בשי ולטניה הרי מארגון "גישה" על סיוען. הכותב הוא חבר בהנהלת ארגון "גישה", והיה מעורב בחלק מן העתירות הנדרונות במהלך המאמר. עם זאת הכתוב במאמר משקף אך ורק את דעותיו האישיות.

הלחימה ולא דיני הכיבוש, בצורה שאינה רק גורמת לאובדן הגנות שקיימות בדיני הכיבוש, אלא גם נותנת לגיטימציה להפעלת כוח קטלני כלפי תושבי עזה; שכן מבחינה משפטית עזה מושווית למדינה שנלחמים בה ולא לשטח ששולטים בו ובאוכלוסייה שגרה בו, עקב מעבר מפרדיגמה של שיטור בשטח כבוש ששולטים בו לפרדיגמה של לחימה.

המאמר מראה, כיצד המחלוקת על מעמדה המשפטי של עזה והניסיון לטעון שמעמדה הוא sui generis הוא חלק מתהליך ארוך טווח; כך, עוד לפני ההתנתקות – ולמעשה כבר לאחר הכיבוש של שנת 1967 – תיארה ישראל את מעמד השטחים שהיא כבשה כ־sui generis. נטען, כי הניסיון החוזר ונשנה לסמן את מעמדם של השטחים הכבושים כ־"ייחודי" משמש כדי לשלול את תחולת דיני הכיבוש על הסיטואציה, והעמימות שנוצרת בנוגע למעמד השטח היא מרכיב מרכזי בשליטה הישראלית.

מבוא

א. המשך השליטה לאחר ההתנתקות

ב. הדיון האקדמי והצורך בגישה נורמטיבית ופונקציונלית

ג. גישת בג"ץ

ד. חובות מדיני הכיבוש אל מול מודלים של מצור, של לחימה ושל זכויות אדם

סיכום: גישה נורמטיבית ופונקציונלית לעזה אל מול sui generis redux

"בית משפט זה לא ראה איפוא מקום לאורך השנים להתערבות שיפוטית באמצעות צוים מוחלטים במדיניות המשיבים, נוכח מורכבותו – הכמעט המיידית – של המצב ורגישותו הרבה".**

מבוא

בשנת 2004 הודיעה ישראל על כוונתה להסיג את כוחות צה"ל ואת אזרחיה מרצועת עזה, תוך קביעה שישראל הגיעה למסקנה כי אין שותף פלסטיני שניתן להתקדם עימו בתהליך שלום דו-צדדי.¹ התוכנית קבעה, שיציאה של כוחות צה"ל מעזה ומאזור בצפון השומרון "עשויה להקטין את החיכוך" עם האוכלוסייה הפלסטינית, ושהשלמת התוכנית תשלול את תוקפן של הטענות בקשר לאחריות הישראלית לפלסטינים ברצועת עזה.² התוכנית קראה

** השופט אליקים רובינשטיין בבג"ץ 495/12 עזאת נ' שר הביטחון, פס"ג (פורסם באר"ש, 24.9.2012).

1 ס' 1 לתוכנית התנתקות מתוקנת – עקרונות מרכזיים, נספח א' להחלטה 1996 של הממשלה ה־30 "תוכנית ההתנתקות המתוקנת – המשך הדיון" (6.6.2004) www.gov.il/he/departments/policies/2004_des1996 (להלן: תוכנית ההתנתקות).

2 שם, ס' 1(ה)–(ו).

לפינוי כל היישובים הישראליים בעזה, ולסיום הנוכחות הצבאית הקבועה בה; אך בה בעת צוין בה שישראל תשמור על המעטפת החיצונית ברצועה, תמשיך לקיים שליטה בלעדית במרחב האווירי של עזה ותמשיך לפעול צבאית במרחב הימי של רצועת עזה, תוך שמירה על זכותה הבסיסית להגנה עצמית – הן מניעתית והן תגובתית – ובכלל זה באמצעות שימוש בכוח נגד איומים שייוצרו מרצועת עזה.³

פינוי ההתנחלויות והסגת כוחות הצבא, תוך סיום הנוכחות הצבאית הישראלית הקבועה בעזה במסגרת תוכנית ההתנתקות שביצעה ישראל חד-צדדית בשנת 2005, פתחו דיון ענף על מעמדה המשפטי של עזה, ובפרט בשאלה אם היא עדיין שטח כבוש. ביום 12 בספטמבר 2005, היום שבו אחרון החיילים הישראליים עזב את עזה, הוציא אלוף פיקוד דרום מנשר אשר הכריז על סיום השלטון הישראלי בעזה.⁴ אף כי לא תוכנית ההתנתקות בנוסחה המתוקן⁵ ולא המנשר דיברו על סיום הכיבוש (מונח שמלכתחילה אינו שגור בפי הרשויות הישראליות), הצו פורש בפועל כמסמן את סיום הכיבוש הצבאי, או – בתרגום המקובל במערכת המשפט הישראלי ל-"belligerent occupation" – ה"תפיסה הלוחמתית" של ישראל בעזה.⁶ כפי שנראה בהמשך, ממשלת ישראל הביעה עמדה זו בכמה הליכים בפני בג"ץ, שם היא טענה שעזה אינה עוד שטח ב"תפיסה לוחמתית". עם זאת יש לתת את הדעת לכך, שתוכנית ההתנתקות עצמה דיברה על המטרה של שלילת תוקף הטענות בדבר אחריות ישראל לפלסטינים כלפי עזה (ולא על סיום השליטה כמטרה כשלעצמה); לאור זאת לא ברור אם מטרת המהלך לפי התוכנית עצמה הייתה לשלול טענות על אחריות המדינה כלפי תושבי עזה, שישראל תופסת מלכתחילה כמוטעות, או ליצור עובדות שיסימו את השליטה ואת האחריות. מכל מקום, יש לתת את הדעת לכך שהמטרה המוצהרת של ההתנתקות לא הייתה סיום השליטה הישראלית, אלא הפרכת הטענות בדבר שליטה שכזו. לצידה הייתה מטרה מוצהרת אחרת של ההתנתקות – הפחתת החיכוך בין הצבא הישראלי לאוכלוסייה הפלסטינית, ובהקשר זה המטרה המתוארת לא הייתה הפחתת השליטה או סיומה, כי אם הפחתת החיכוך. לצד מטרות אלו דיברה התוכנית באופן כללי על הרצון להביא למצב ביטחוני, פוליטי, כלכלי ודמוגרפי טוב יותר.⁷

על רקע זה המאמר יבחן את המעמד המשפטי של עזה לאחר ההתנתקות, ויצביע על הקושי שבגישה הרווחת בקרב כמה מלומדים ישראליים כאילו הכיבוש הישראלי של עזה הסתיים, אך גם על מגבלות הגישה שסוברת שהכיבוש נמשך כפי שהיה. המאמר יטען

3 שם, ס' 3(א).

4 מנשר בדבר סיום הממשל הצבאי (אזור חבל עזה), התשס"ה-2005.

5 תוכנית ההתנתקות, לעיל ה"ש 1. גרסה מוקדמת יותר של התוכנית ציינה שלא יהיה יותר יסוד לטענה שרצועת עזה היא שטח כבוש. ראו ס' 2(א)(3) לתוכנית ההתנתקות של ראש הממשלה אריאל שרון – מתוקנת (28.5.2004) www.knesset.gov.il/process/docs/DisengageSharon_revised.htm

6 "תפיסה לוחמתית" (או בתרגום אחר "כיבוש צבאי") מוגדרת בתק' 42 לתקנות האג כמצב שבו שטח נמצא למעשה תחת שלטון צבא האויב: Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, Being Annex to the Convention on Laws and Customs of War on Land (Hague, IV) § 42 (Oct. 18, 1907) 1 U.S.T. 631. (להלן: תקנות האג).

7 ס' 1(ב) לתוכנית ההתנתקות, לעיל ה"ש 1.

כי יש לנתח את סוגיית הכיבוש של עזה בגישה פונקציונלית ולא קונספטואלית. גישה פונקציונלית מסתייגת מתפיסה בינארית בנוגע לשאלת קיומו או היעדרו של כיבוש. את הגישה הפונקציונלית משלימה גישה נורמטיבית, שלפיה אין להבין את שאלת קיומו של כיבוש כשאלה עובדתית בלבד, אלא כשאלה שכדי להכריע בה יש לבחון את עקרונות היסוד של דיני הכיבוש ותכליתם.⁸

דיני הכיבוש הצבאי הבינלאומיים עוסקים במצב שבו מדינה שולטת באמצעות צבאה בשטח שתפסה ושנמצא מחוץ לגבולה הריבוני. הם כוללים מכלול של הוראות בדבר חובות הצבא הכובש כלפי האוכלוסייה האזרחית הנכבשת, המפורטות הן בתקנות האג והן באמנת ז'נבה הרביעית.⁹ ביסוד דיני הכיבוש מונחת התפיסה, כי ריבונות בשטח הכבוש אינה נתונה לכוח הכובש, אשר שולט שליטה זמנית בשטח, ואשר מופקד בנאמנות על ניהול הסדר הציבורי והחיים האזרחיים בשטח הכבוש, תוך שעליו לפעול לטובת האוכלוסייה המקומית כל עוד הוא מפעיל שליטה בשטח.¹⁰ לאור חובות אלו וייחודן, הנובעות ממעמדו של הכוח הכובש כמי ששולט באוכלוסייה אזרחית שנמצאת תחת שליטתו הצבאית, ישנה – כפי שיתברר בהמשך המאמר – משמעות ייחודית לקביעה בדבר תחולה (או היעדר תחולה) של חובות מכוח דיני הכיבוש – גם אם המאמר מציע להחיל חובות אלו החלה פונקציונלית לפי מידת השליטה.

המאמר ימשיך כדלקמן: פרק א יתאר את המאפיינים העובדתיים של המשך השליטה הישראלית בממדים רבים של החיים בעזה לאחר ההתנתקות. פרק ב יציג את הדיון האקדמי הקיים על מעמדה המשפטי של עזה לאחר ההתנתקות, ובשאלה אם היא עדיין כבושה בידי ישראל. כחלופה לגישות הבינאריות בנושא תוצג גישה פונקציונלית, שלפיה חובות מדיני הכיבוש חלים לפי מידת השליטה הנמשכת של ישראל בשטח. פרק ג ידון דיון ביקורתי בקביעות של בג"ץ בנושא מעמדה של עזה. פרק ד יבחן כיצד "מצור" ו"סגר" מהוות צורות חדשות של המשך הכיבוש בעזה, המאפשרות מודל שבו ישראל ממשיכה לשלוט בממדים

8 דנתי בהרחבה בגישה נורמטיבית לכיבוש אל מול גישה עובדתית ובגישה פונקציונלית אל מול גישה קונספטואלית בספרי, Aeyal Gross, *The Writing on the Wall: Rethinking the International Law of Occupation* (2017) (להלן: Gross, *Writing on the Wall*). לפיתוח הגישה הנורמטיבית ולדיון בעקרונות היסוד של דיני הכיבוש ובתכליתם של דינים אלו, ראו ארנה בן-נפתלי, אייל גרוס וקרן מיכאלי "כיפוח": כיבוש, סיפוח, קיפוח – על המבנה המשפטי של משטר הכיבוש" *תיאוריה וביקורת* 31, 15 (2007). מאמר זה המשיך את מאמרנו המשותף שבו הוצגה לראשונה גישה נורמטיבית, Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, 23 *Berkeley J. Int'l L.* 551 (2005).

9 חלק III לתקנות האג, לעיל ה"ש 6; אמנת ז'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, 559 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ז'נבה הרביעית). ראו Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (2nd ed. 2019) (להלן: Dinstein, *Law of Belligerent Occupation*); Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation* (2nd ed. 2012).

10 על חובות הכובש, ראו תק' 43 לתקנות האג, לעיל ה"ש 6. על עקרונות היסוד של דיני הכיבוש, ראו בן-נפתלי, גרוס ומיכאלי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 17-18.

רכים של חיי התושבים שם, אך תוך יישום מודל לחימתי במקום מודל של אכיפת חוק שמיושם ברגיל בטריטוריה שבה שולטת מדינה כובשת. אגב כך יכלול פרק זה דיון ביקורתית במסקנות ועדת טירקל, שבחנה את סוגיית המצור על עזה. הפרק ידון בחשיבות של החלת חובות מתחום דיני הכיבוש, תוך השוואת חובות אלו לחובות מתחום דיני זכויות אדם ודיני הלחימה והמצור. לבסוף, הסיכום יראה כיצד עמימות ומחלוקת בנוגע למעמדה של עזה הן המשך של עמימות שכזו בנוגע למצב השטחים הכבושים בידי ישראל, עמימות שהיא מאפיין מרכזי של השליטה הישראלית בשטחים שנכבשו בשנת 1967.

א. המשך השליטה לאחר ההתנתקות

המשך השליטה הישראלית לאחר ההתנתקות נותח בעיקר בדוחות של עמותת גישה. דוחות אלו הראו כיצד ההתנתקות לא סיימה את השליטה הישראלית בעזה, אלא שינתה את אופייה.¹¹ הדוחות הצביעו על השליטה הישראלית המקיפה במעברי הגבול של עזה ועל שליטתה הנרחבת בכל הנוגע לתנועת אנשים וסחורות, על השליטה המוחלטת במרחב האווירי והימי, בתשתיות אזרחיות (חשמל, תקשורת קווית סלולרית ואינטרנטית) ובכניסה של כוחות צבאיים לתוך עזה מעת לעת לפי רצונה של ישראל, על השליטה הישראלית במרשם האוכלוסין ובמדיניות המס, על השליטה ביכולת הרשות הפלסטינית להפעיל סמכויות ממשלתיות וגם על המשך השליטה בגדה המערבית (ובכלל המעברים אליה), אשר יחד עם עזה מהווים את השטח הפלסטיני הכבוש מאז שנת 1967.¹² במילותיהם של שרי בשי וקנת מן, "תושבי עזה יודעים שיכולתם לקבל לביתם זרם חשמל, לקנות חלב או לפנות זבל מהרחובות מותנית בהחלטות שמקבלת מדינת ישראל".¹³ בשי מתארת כיצד השליטה בפרימטר החיצוני ובפרט בתנועת אנשים וסחורות משפיעה השפעה עמוקה על חייהם של תושבי עזה.¹⁴

בזמנים מסוימים שלטה ישראל בעקיפין גם במעבר רפיח, המעבר הפעיל היחיד שבין עזה למצרים, באמצעות הסכם המעברים שהושג בתיווך אמריקני לאחר ההתנתקות. לפי ההסכם היה המעבר אמור לפעול בפיקוח מפקחים מן האיחוד האירופי שיהיו נוכחים במקום,

11 גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע. ראו: שרי בשי וקנת מן כובשים מנותקים – מעמדה המשפטית של רצועת עזה (2007). [gisha.org/UserFiles/File/report/HebrewPositionPaperforwebsite.pdf](https://www.gisha.org/UserFiles/File/report/HebrewPositionPaperforwebsite.pdf) (להלן: בשי ומן כובשים מנותקים); שרי בשי ותמר פלדמן מדר השליטה – אחריותה המתמשכת של ישראל ברצועת עזה (2011). [gisha.org/UserFiles/File/scaleofcontrol/scaleofcontrol_he.pdf](https://www.gisha.org/UserFiles/File/scaleofcontrol/scaleofcontrol_he.pdf) (2017); מעיין גייזנה יד על השאלטר (2017). [gisha.org/UserFiles/File/publications/infrastructure/Hand_on_the_Switch-HE.pdf](https://www.gisha.org/UserFiles/File/publications/infrastructure/Hand_on_the_Switch-HE.pdf) (2018); גישה גן נעול (2018). [gisha.org/UserFiles/File/publications/ChildrenReport_HEB.pdf](https://www.gisha.org/UserFiles/File/publications/ChildrenReport_HEB.pdf). ראו גם שרי בשי וקנת מן "שליטה ואחריות: מעמדה המשפטית של רצועת עזה לאחר 'ההתנתקות' " המשפט יד 35 (2010) (להלן: בשי ומן "שליטה ואחריות") (המאמר מבוסס על בשי ומן כובשים מנותקים, שם).

12 בשי ומן כובשים מנותקים, לעיל ה"ש 11.

13 בשי ומן "שליטה ואחריות", לעיל ה"ש 11, בעמ' 36.

14 Sari Bashi, *Controlling Perimeters, Controlling Lives: Israel and Gaza*, 7 L. & ETHICS 143 (2013) Hum. Rts. 243 (להלן: Bashi, *Controlling Perimeters*).

וכן בפיקוח ביטחוני ישראלי באמצעות שידור וידאו ובפיקוח על רשימת העוברים במחסום. ההסכם גם אפשר שליטה ישראלית בשאלה אם בכלל המעבר יהיה פתוח, ואסר על ייבוא סחורות לעזה דרך המעבר.¹⁵ הסכם זה קרס, אך בין השנים 2006–2010 היה מעבר רפיח סגור לחלוטין כמעט, כך שכל יציאה מעזה הייתה כרוכה באישור ישראלי. אחרי שנת 2011 נפתח המעבר, אולם לאחר מכן הוא היה פתוח וסגור לסירוגין. המעבר לגדה המערבית נשאר בשליטת ישראל, והתאפשר רק על פי אישורים ממנה על פי קריטריונים משתנים.¹⁶ המצב בשטח הוא דינמי, ומאמר זה לא ינתח את כל הסיטואציות השונות; אך התפתחויות אלו ממחישות כיצד השליטה הישראלית כמכלול נמשכה בצורות שונות גם לאחר שנת 2005. בשנת 2007 הטילה ישראל מגבלות על תנועת סחורות ואנשים כחלק מאמצעי הלחץ על משטר החמאס בעזה: החלטת הקבינט מיום 29 בספטמבר 2007 הכריזה על עזה כעל שטח עוי, והטילה עליו סגר.¹⁷ החלטה זו נתנה תוקף למדיניות שנאכפה למעשה מאז השתלטות החמאס על עזה, תוך הגבלה של תנועת אנשים וסחורות אל עזה וממנה ל"מינימום ההומניטרי"; התוכנית הישראלית הייתה לחסום את תנועתן של כל הסחורות מעבר ל"נחון] להישרדותה של האוכלוסייה האזרחית",¹⁸ כך שלמעשה ייעצר הייצוא והייבוא, ויימנע מעבר של סחורות שנחשבו ל"מותרות". מדיניות זו נועדה להפעיל לחצים על החמאס בקשר לשחרורו של גלעד שליט ובשל ירי רקטות על ישראל.¹⁹ כפי שיפורט בפרק ג, גישת "המינימום" קיבלה חותמת הכשר מבג"ץ בעתירה שעסקה באספקת החשמל לעזה. בכל הנוגע למזון, ההגבלות על ייבוא של סחורות לעזה היו שרירותיות במיוחד – כך למשל הותר ייבוא זעתר לעזה, אך כוסברה נאסרה; אורז הותר, אך פסטה נאסרה – עד להתערבותו של ג'ון קרי, אז סנטור ולימים מזכיר המדינה בארצות הברית.²⁰ רק בשנת 2010, בעקבות אירועי המשט לעזה שבמהלכם הרגו כוחות צה"ל תשעה אנשים באחת הספינות שניסתה

15 לדיון ולהפניות מפורטות, ראו Gross, Writing on the Wall, לעיל ה"ש 8, בעמ' 224–226. החל משנת 2018 אפשרי מעבר סחורות דרך מעבר סלאח א־דין שבגבול מצרים עזה. ראו Gaza Access and Movement: 2018 Summary, GISHA (2019) https://www.gisha.org/UserFiles/File/publications/Gaza_Access_and_Movement_2018_Summary.pdf

16 Bashi, Controlling Perimeters, לעיל ה"ש 14, בעמ' 252–253.

17 משרד ראש הממשלה "כינוס הקבינט המדיני-ביטחוני" (הודעה לעיתונות, 19.9.2007) <https://www.gov.il/he/departments/news/spokecab190907>

18 ס' 2 (א) למכתב מרס"ן גיא ענבר, דובר תאום פעולות הממשלה בשטחים, לעו"ד תמר פלדמן, ארגון גישה (13.1.2010) <https://gisha.org/UserFiles/File/LegalDocuments/meida/> (COGATresponse.pdf)

19 Bashi, Controlling Perimeters, לעיל ה"ש 14, בעמ' 259. ראו גם נגה קרמן מעבר רפיח: מי מחזיק במפתחות? 100–99 (2009) והמקורות המאוזכרים שם.

20 ראו Aeyal Gross & Tamar Feldman, "We Didn't Want to Hear the Word 'Calories'": Rethinking Food Security, Food Power, and Food Sovereignty – Lessons from the Gaza Closure, 33 BERKELEY J. INT'L L. 379 (2015). הדיון בביטחון תזונתי בעזה מתבסס על מאמר זה.

לפרוץ את המצור על עזה,²¹ ביטלה ישראל את ההגבלות על כניסת מוצרי צריכה וחומרי גלם, אך המשיכה להגביל כניסת מוצרי בנייה ולהטיל הגבלות נרחבות על ייצוא.²² בחודש נואר 2009 הטילה ישראל גם "מצור ימי" על עזה.²³ הסגר והמצור הימי נמשכים עד הימים שבהם נכתבות שורות אלו.²⁴

ב. הדיון האקדמי והצורך בגישה נורמטיבית ופונקציונלית

על רקע זה הביאה ה"התנתקות" לדיון בשאלה אם אכן הסתיים הכיבוש הישראלי של עזה. בנושא זה הובעו בספרות כמה דעות. בחלק זה יוצגו תחילה הגישות הקוטביות בנוגע לשאלה אם עזה כבושה או לא באמצעות שני מייצגים שלהן, ולאחר מכן תוצג הגישה הפונקציונלית כחלופה לדיון הבינארי.

ביטוי לדעה שעזה אינה שטח כבוש לאחר ההתנתקות הביע יובל שני. לטענתו יש לבחון את השאלה אם שטח עורנו כבוש לפי שלושה מרכיבים: (1) האם הצבא העוין נוכח פיזית בשטח? (2) האם כוחותיו יכולים להפעיל כוח שלטוני אפקטיבי? (3) האם השלטון הלגיטימי של השטח אינו יכול להפעיל כוח שלטוני אפקטיבי?²⁵ על פי שני, המבחנים כדי לקבוע אם כיבוש הסתיים הם תמונת ראי של המבחנים באשר לשאלה אם נוצר כיבוש והם מצטברים, כך שאם אחד מהם אינו מתקיים – משמעו שהכיבוש הסתיים.²⁶ לטענתו של שני, המבחן הראשון מבין השלושה – נוכחות פיזית של הצבא העוין – אינו מתקיים עוד בעזה, ועל כן השטח חדל להיות כבוש. שני שולל את הגישה שלפיה שליטה אפקטיבית יכולה להתקיים בלי הנוכחות המתמשכת של כוחות בשטח; הוא טוען שבלי נוכחות שכזו כובש לא יוכל לקיים את חובותיו מן המשפט הבינלאומי, הכוללות את קיום החוק והסדר, הבטחת שירותים בסיסיים ועוד. על כן מסקנתו היא, כי למרות יכולתה של ישראל להשפיע על אירועים בעזה באמצעות שליטתה במרחב האווירי, במרחב הימי ובמרבית מעברי הגבול, הרי יכולתה לאכוף את החוק באופן יומיומי בעזה כמעט שאינה קיימת.²⁷ באשר למבחן השני, שני אומנם מכיר בכך שלישראל עדיין השפעה ניכרת על חי הפלסטינים בעזה, אך לדבריו לא בצורה

-
- 21 לדיון באירועי המשט ובהיבטים משפטיים שלהם, ראו George Bisharat, Carey James & Rose, *Mishaan, Freedom Thwarted: Israel's Illegal Attack on the Gaza Flotilla*, 4 BERKELEY J. MIDDLE E. & ISLAMIC L. 79 (2011); Daniel Benoliel, *Israel, Turkey, and the Gaza Blockade*, 33 U. PA. J. INT'L L. 615 (2011); Douglas Guilfoyle, *The Mavi Marmara Incident and Blockade in Armed Conflict*, 81 BRIT. Y.B. INT'L L. 171 (2011).
- 22 Gross & Feldman, לעיל ה"ש 20; Bashi, *Controlling Perimeters*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 260.
- 23 ראו את מאמרה של האלה ח'ורי-בשאראת בגיליון זה (האלה ח'ורי-בשאראת "הסגר הימי המתמשך על עזה ככלי לשליטה אפקטיבית" עיוני משפט מג 435 (2020)).
- 24 שם.
- 25 Yuval Shany, *Faraway, So Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement*, 8 Y.B. INT'L HUMANITARIAN L. 369, 376 (2005).
- 26 שם, בעמ' 378.
- 27 שם, בעמ' 380.

שמאפשרת לשלוט בעזה ובחיי היום יום שבה שליטה אפקטיבית. אשר למבחן השלישי, שני מציין שהרשות הפלסטינית מפעילה בעזה כוחות ממשלה וכוחות ביטחוניים מן הסוג שמפעילות פונקציות ממשלתיות, ושהיא בעלת יכולת הפעלת סמכות נרחבת יותר מ־ישראל.²⁸ מסקנתו של שני היא אם כן, כי לישראל עשויות עדיין להיות מחויבויות בינלאומיות כלפי עזה, הנובעות מדיני השימוש בכוח שחלים על פעולות צה"ל בעזה וסביבה, מדיני חיובים כלליים במשפט הבינלאומי ומדיני זכויות אדם, אך היא איננה יכולה למלא את החובות לקיים חוק וסדר ולספק שירותים בסיסיים שהם חלק מדיני הכיבוש.²⁹

דעה הפוכה מביע איאן סקובי. להבדיל משני, סקובי אינו מתייחס התייחסות זהה לשאלת תחילתו של כיבוש ולשאלת סיומו, שכן שאלת הסיום יכולה לעורר שיקולים שונים משאלת ההתחלה.³⁰ סקובי אף מסתייג מגישה עובדתית גרידא לשאלת קיומו של כיבוש, ולפיה כיבוש מסתיים כאשר הסמכות הועברה חזרה לידי הריבון הלגיטימי; לדבריו, כדי לטעון שתנאי זה התקיים על ההעברה להיות כנה, וכזו שתאפשר לממשל העצמי הקיים בשטח לאחר הכיבוש להפעיל סמכות ריבונית. לשם כך יש לשקול שיקולים נורמטיביים, ולא רק עובדתיים. לטענתו של סקובי, דיון בנסיגת כוחות הקרקע הישראליים מעזה, למשל, תוך התעלמות מן השליטה במרחב האווירי, הוא התעלמות מן ההקשר. כדי שסיום כיבוש ייחשב אפקטיבי, עליו לעמוד בדרישות של הגדרה עצמית, ואילו ההתנתקות הישראלית החד-צדדית מעזה אינה מכבדת את הזכות להגדרה עצמית – לא כהליך (כלומר בדרך שמכבדת הבעת רצון חופשית של הפלסטינים בנוגע לעתידם), ולא כמהות (יכולת שליטה עצמית ריבונית עצמאית).³¹ עזה, כדברי סקובי, לא זכתה בעצמאות, לא מן הבחינה הפורמלית ולא מן הבחינה המעשית, בפרט כל עוד ישראל שולטת במרחבים האוויריים והימים שאמורים להיות חלק מן הריבונות של מדינה. תוכנית ההתנתקות היא אם כן בעיניו ניסיון מצד ישראל לשמור בכוח על השטח, תוך כדי השתחררות מן האחריות לתושבי עזה. מדינה אינה יכולה, לטענת סקובי, לפטור את עצמה חד-צדדית מן החובות הבינלאומיות שלה, כפי שישראל ניסתה לעשות.³²

על אף הניתוח הנוגד שלהם, הרי גם שני וגם סקובי סוברים שיש להכריע אם עזה היא עדיין שטח כבוש לאחר ההתנתקות, ושניהם מתחשבים בחלוקת הכוחות שבין ישראל ובין הפלסטינים. שלא כמו שני, הנוקט גישה עובדתית, סקובי מציע גישה שהיא גם נורמטיבית, הבוחנת אם ההתנתקות ממלאת אחר הדרישות של עקרון ההגדרה העצמית.

28 שם, בעמ' 382–383.

29 שם, בעמ' 383.

30 Iain Scobbie, *An Intimate Disengagement: Israel's Withdrawal from Gaza, the Law of Occupation and of Self-Determination*, 11 Y.B. ISLAMIC & MIDDLE E.L. 3, 7-9 (2004)

גם דינשטיין דוחה את גישה "תמונת הראי". ראו DINSTEN, LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION, לעיל ה"ש 9, בעמ' 301.

31 לטענה, כי סיום כיבוש דורש העברה של סמכות ריבונית או לפחות הימנעות מהתערבות בסמכות שכזו בידי אחר, ראו בשי ומן כובשים מנותקים, לעיל ה"ש 11, בעמ' 23–24.

32 Scobbie, לעיל ה"ש 30, בעמ' 29–30. חוקרים רבים השמיעו דעות דומות. ראו GROSS, WRITING ON THE WALL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 208–209, ה"ש 305 ובעמ' 211, ה"ש 310, והמקורות המאזכרים שם.

אף כי לאור המשך השליטה הישראלית בעזה, ולאור העדפתי של גישה נורמטיבית לשאלת הכיבוש על גישה עובדתית גרידא, אני מוצא את עמדתו של סקובי משכנעת יותר, הרי כמו שני גם סקובי מציע גישה בינארית לשאלת קיומו או היעדרו של כיבוש, כזו המעוגנת בחלוקה בינארית בין כיבוש לריבונות.³³ גישה זו אינה יכולה לדעתי להכיל במלואם מצבים כמו עזה שלאחר ההתנתקות ולתת להם תשובות משפטיות מספקות. יתרה מזאת, גישה זו אינה שמה דגש על הדרך שבה העמימות המשפטית בנוגע למצב נמצאת בלב השליטה הישראלית.

כדי להבין נקודה אחרונה זו לעומקה, יש לתת את הרעת לכך שהגישות הנוגדות של שני ושל סקובי נראות כגלגול מחדש של דיון שהתנהל לאחר הסכמי אוסלו בשאלה אם ישראל ממשיכה לשלוט בשטחים שנמסרו לשליטת הרשות הפלסטינית.³⁴ אך למעשה מדובר גם בגלגול מחדש של דיון בשאלת עצם קיומו של כיבוש כבר מאז שנת 1967: ישראל הכירה בהיות המצב כזה של "תפיסה לוחמתית" ובתחולת תקנות האג, אך דחתה את תחולתה של אמנת ז'נבה הרביעית בשטחים בטענה שהאמנה חלה רק כאשר השטח נכבש ממדינה ריבונית אחרת; אף בטיעון זה היה ניסיון לשלוט בשטחים תוך החזקת סמכויות בידי הצבא, אך תוך התנערות מהנורמות של אמנת ז'נבה אשר ביקשו להגן על האוכלוסייה המקומית. אני סבור כי המקרה של עזה ממחיש את אי-ההתאמה של הדרישה לנוכחות פיזית קבועה בתוך השטח של הכובש כתנאי המגדיר כיבוש, כאשר שינויים פוליטיים וטכנולוגים מאפשרים שליטה מרחוק.

אך הדיון המקוטב בצורה החדשה של שליטה, שאינה מבוססת על נוכחות פיזית קבועה בקרקע, גם ממחיש את מגבלות המסגרת שבה הוא מתקיים: תפיסה בינארית של כיבוש או היעדר כיבוש רואה ב"כיבוש" מוסד משפטי שהוא אחד הקונספטים של משפט, אותם קונספטים שפליקס כהן תיאר שהם קיימים בצורה "טהורה" כביכול, מנותקים מהקשר לחייהם של בני אדם ויוצרים "שמים של קונספטים משפטיים". כהן תיאר מושגים אלו כ"שטויות טרנסצנדנטליות" – גישה למשפט שלפיה מתעלמים משאלות מעשיות ומוצאים מקלט ב"בעיות משפטיות" שנפתרות במילות "קסם" שכביכול פותרות את הבעיה.³⁵ הדיון בשאלה אם עזה כבושה, שמנסה להיתלות בהגדרות משפטיות, נשמע לעיתים כ"שטויות" כאלו.

33 במאמר אחר שני מכיר במגבלותיה של גישה בינארית לשאלה. ראו Yuval Shany, *Binary Law Meets Complex Reality: The Occupation of Gaza Debate*, 41 *ISR. L. REV.* 68 (2008). עם זאת הכרה זו לא מנעה ממנו לבחור ולנקוט עמדה שלפיה עזה אינה שטח כבוש עוד. גישה ניואנסית יותר מציע יורם דינשטיין, שדוחה את העמדה שהכיבוש הישראלי של עזה הסתיים. ראו Dinstein, *LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 297-303. לדיון בעמדתו של דינשטיין וביחס בינה ובין עמדתו, ראו Gross, *WRITING ON THE WALL*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 210-211. להתעקשות על הצורך בגישה בינארית, ראו במאמרם של רועי שיינדורף וערן שמיר-בורר בגיליון זה (רועי שיינדורף וערן שמיר-בורר "היעדר) התחולה של דיני התפיסה הלוחמתית באשר לרצועת עזה" עיוני משפט מג 403 (2020).

34 ראו אייל גרוס "פירוק הכיבוש או ביצורו?" 25 שנה לתהליך אוסלו 291 (אפרים לביא, יעל רונן והנרי פישמן עורכים, 2019).

35 Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 *COLUM. L. REV.* 809, 820-21 (1935).

כחלופה לקונספטואליזם מסוג זה הציע כהן גישה ריאליסטית, שלפיה נורמות אינן צריכות לנבוע מקונספטים אבסטרקטיים אלא להפך. אם ניישם את הצעתו להקשר של כיבוש, הרי אין לקבוע כי נורמות מסוימות חלות מאחר שהמצב הוא של כיבוש או של היעדר כיבוש, אלא להפך: יש לחשוב בצורה פונקציונלית, שלפיה המשמעות של הגדרה היא בתוצאות שלה.³⁶ לפי גישה זו יש לבחון אם מן הראוי לייחס אחריות של כובש למעשים מסוימים לאור מידת השליטה הנלווית אליהם, ולאור זאת לקבוע שחללות נורמות של דיני כיבוש, בהתאם למטרותיהם של דינים אלו, הבאים להגן על אוכלוסייה כאשר כוח זר שולט עליה. מרבית הדיון על קיומו של כיבוש מתנהל במונחים קונספטואליים, וכיבוש הופך להיות מושג של "שטויות טרנסצנדנטליות", כפי שמתבטא בדיון האינסופי שבו נאחזים מלומדים שונים בתפיסתם את כיבוש; מלומדים אלה קובעים לאורו אם עזה כבושה או לא בצורה המנותקת מהשליטה הנרחבת הנמשכת של ישראל בממדים כה רבים של חייהם של תושבי עזה, אך גם לעיתים מנותקת מניתוח הממדים שעליהם ישראל אינה מפעילה שליטה.³⁷

הדיון בשאלה אם עזה כבושה אם לאו חושף את המגבלות ואת המעגליות של גישה קונספטואלית בינארית לשאלת קיומו של כיבוש. גישה זו בוחנת את המצב כמצב של הפעלת ריבונות בלבד או של הפעלת כיבוש בלבד. הדיון גם מצביע על מאפיינים של המצב בעזה שמקורם בתוכנית ההתנתקות עצמה: (1) המשך העמימות בנוגע למצב השטחים – כבושים או לא – כאמצעי שליטה שבאמצעותו ישראל מבקשת להתנער מאחריות כלפי התושבים ומתחולת הנורמות שמטרתן להגן עליהם, תוך שמירת ממדים רבים של שליטה בשטח; (2) המשך המעבר לשליטה שבה החיכוך הישיר בין הצבא ובין האוכלוסייה הפלסטינית הוא מופחת, תהליך שמאפיינים אחרים שלו הם הסכמי אוסלו, בניית החומה ואזרוח של חלק מן

36 שם, בעמ' 838-842.

37 לראשונה הצגתי את הגישה הפונקציונלית בכנס לציון ארבעים שנים לכיבוש הישראלי שערכו האוניברסיטה העברית, אוניברסיטת תל-אביב והוועד הבינלאומי של הצלב האדום בשנת 2007. בכתב הצגתי אותה לראשונה בפוסט שפתח סימפוזיון מקוון בבלוג *Opinio Juris* בשנת 2012. Aeyal Gross, *Rethinking Occupation: The Functional Approach*, *OPINIO JURIS* (Apr. 23, 2012) <http://opiniojuris.org/2012/04/23/rethinking-occupation-the-functional-approach>. בשנת 2015 אימץ הוועד הבינלאומי של הצלב האדום גרסה מצומצמת של הגישה הפונקציונלית, הנוגעת למקרים "ספציפיים ודי יוצאי דופן.. [בהם] דיני הכיבוש עשויים להמשיך לחול בתוך המגבלות הטריטוריאליות והפונקציונליות של 'competences' ושליטה אפקטיבית עשויה להמשיך, למטרות דיני הכיבוש, למרות העדר נוכחות פיזית של כוחות זרים בשטח הרלבנטי" (התרגום שלי – א' ג'). Int'l Comm. of the Red Cross, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts* 12 (2015) <https://www.icrc.org/download/file/15061/32ic-report-on-ihl-and-challenges-of-armed-conflicts.pdf>. גישה זו אומצה בקומנטר של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום לאמנת ז'נבה הראשונה בשנת 2016. על כך, ראו גישה "נא להכיר: הגישה הפונקציונלית לכיבוש" גישה (15.12.2015) <http://www.20CVs5s.ly>.

המחסומים שבשטחים.³⁸ "הפחתת החיכוך", שצוינה כמטרה של ההתנתקות כמוזכר לעיל, צוינה גם כאחת ממטרות אזרח המחסומים.³⁹

שינויים אלו מחייבים לחשוב מחדש על דיני הכיבוש, שכן תפיסות מסורתיות של שליטה שדורשות נוכחות של כוחות צבא על הקרקע אינן יכולות להכיל אותן.⁴⁰ הרבה מהדיון בשאלה אם עזה עדיין כבושה, כמו מאמרם של רועי שיינדרוף וערן שמיר-בורר בגיליון זה,⁴¹ מחמיץ נקודה זו: לטעון שעזה אינה כבושה כאשר תושביה נשארים כפופים לשליטה ישראלית כה נרחבת בחייהם וכאשר ישראל ממשיכה לשלוט במרחב האווירי, הימי ובמרבית המעברים הקרקעיים, משמעותו לא לייחס לישראל את האחריות שאמורה לבוא יחד עם צורות השליטה שממשיכות לאחר ההתנתקות. מנגד, לומר שהכיבוש ממשיך כאילו דבר לא השתנה, גם כן מהווה החמצה של הבנה נכונה של הכוח המופעל עתה בידי ישראל ושל האחריות שנלווית אליו.

כך למשל, שני טוען כי נוכחות מתמשכת של הצבא על הקרקע נדרשת על מנת שכובש יוכל למלא את חובותיו, ושבהיעדר נוכחות שכזו יכולתה של ישראל למלא חובות של כובש בתחום אכיפת החוק והסדר כמעט שאינה קיימת; ולכן לשיטתו ישראל אינה עוד כוח כובש בעזה. מנגד, מטיעונו של סקובי על היות ישראל כוח כובש בעזה נובע שעליה למלא את החובות של כובש במלואן, שכן היא אינה יכולה לפטור את עצמה חד-צדדית מחובותיה ככובשת. קיטוב זה אינו משאיר מקום להבנת המצב שנוצר כאשר כובש מפעיל צורה של שליטה שאינה שליטה מסורתית באמצעות נוכחות כוחות על הקרקע, מצב שדורש ניתוח קונקרטי יותר של החובות שנובעות מהפעלת הכוח והבנה של שליטה שהיא בלב דיני הכיבוש.

38 לדיון מפורט, ראו Gross, Writing on the Wall, לעיל ה"ש 8, בעמ' 246-253; Eyal; Weizman, Hollow Land 10-15, 153, 217, 237-38 (2007).

39 שרה צוובנר מעברי הגבול לישראל מעזה ומהגדה המערבית 3 (הכנסת), מרכז המחקר והמידע, 2005 (www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/pnim2006-06-20.doc).

40 לדיון מפורט ולניתוח הפסיקה, ראו Gross, Writing on the Wall, לעיל ה"ש 8, בפרק 3. לטענה כי שליטה אפקטיבית אינה דורשת נוכחות קבועה של כוחות קרקעיים, ראו בשי ומן כובשים מנותקים, לעיל ה"ש 11, בעמ' 22-23.

41 שיינדרוף ושמיר-בורר, לעיל ה"ש 33. שיינדרוף ושמיר-בורר מתבססים על מבחנים דומים לאלו שעליהם נסמך שני, כדי להגיע למסקנה דומה לשל שני, שלפיה עזה אינה עוד תחת כיבוש ישראלי. ביישום המבחן השלישי טוענים שיינדרוף ושמיר-בורר כי רצועת עזה נשלטת באופן אפקטיבי בידי חמאס, אך ניתוחם אינו נותן משקל להמשך השליטה שישראל מפעילה על ממדים רבים של החיים בעזה ולתוצאת המכלול של השליטה הישראלית בממדים אלו, כמתואר בטקסט. שיינדרוף ושמיר-בורר טוענים שעזה אינה עוד תחת כיבוש ישראלי, אך אינם מציעים כל ניתוח חלופי בנוגע למעמדה המשפטי של עזה לאחר ההתנתקות. יתרה מזאת, שיינדרוף ושמיר-בורר דוחים את הגישה הפונקציונלית המתוארת במאמר זה, אך מציינים במאמרם שהעמדה הרשמית של ישראל דוחה גם את הפרשנויות שהציעו בגיליון זה בנבנישתי וח'ורי-בשאראת בנוגע לחובות של ישראל הנובעות מן הסגר הימי ומן השליטה במעברים, וגם את התזה של יובל שני שנדונה בטקסט של המאמר הנוכחי בדבר תחולת חובות מכוח זכויות האדם. ראו: ח'ורי-בשאראת, לעיל ה"ש 23; איל בנבנישתי "כי תצור אל עיר... לא תשחית את עצה" – על מידתיות במצור ארוך טווח" עיוני משפט מג 461 (2020).

אילו אימצנו גישה בינארית וקבענו שעזה נותרה כבושה כאילו דבר לא השתנה, הרי מתקנה 43 לתקנות האג, הקובעת את חובתו של כובש להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר ואת החיים הציבוריים,⁴² נובע שלישראל יש לא רק את הכוח אלא גם את החובה לפעול בעזה. לפי תקנה 43 היה על ישראל להתערב כדי להבטיח את הסדר הציבורי ואת הביטחון בעזה בנוסבות שונות, כך למשל בזמן הלחימה בין פתח לחמאס בשנת 2007.

אחד מפסקי הדין המצוטטים רבות בשאלה הנוגעת לקיומו של כיבוש, פסק הדין בעניין בני הערובה של בית הדין הבינלאומי הצבאי משנת 1945, קובע שכוחו של הכובש גדול כמידת האחריות שלו.⁴³ גישה זו, שלפיה הכיבוש נמשך עם כל החובות של כובש, הייתה מקנה לישראל את הכוח ואף את החובה לפעול בעזה למען המטרה של הבטחת החוק, הסדר והחיים הציבוריים. מנגד, גישה פונקציונלית עשויה לטעון שלישראל לא הייתה חובה שכזו, שכן לחימה זו לא נערכה תחת שליטתה או השפעתה הישירה, להבדיל מנושאים כמו תנועה של סחורות ושל אנשים שעליהם יש לישראל שליטה נרחבת. דוגמה זו ממחישה אם כן, שלצד הקושי בטענה שעזה אינה כבושה עוד, הרי הטענה שעזה כבושה ושרבר לא השתנה היא טענה שעשויה להיות לחרב פיפיות עבור מי שטוענים כך מתוך רצון להגן על תושבי עזה מפני המשך השליטה הישראלית: מי שרוצה להניח שישראל ממשיכה להיות אחראית טוען שעזה עדיין כבושה, אך טענה זו עשויה דווקא להצדיק הפעלה של שליטה מוגברת בידי ישראל בהקשרים שונים – החל מהתערבות בסכסוך שבין פתח וחמאס ועד לפעולות יום יומיות כמו פיקוח על בתי ספר ושליטה בתוכנית הלימודים.

הגישה הבינארית אם כן מעוררת קושי גם מן הזווית של מי שמעוניינים להבטיח הגנה לאוכלוסייה האזרחית, לא רק בשל השלכות הקביעה שעזה אינה כבושה עוד, לפי טיעוני שני, אלא גם בשל השלכות הקביעה שלפיה עזה עורנה כבושה לפי טיעוני סקובי. אפשר כמובן לטעון, כי בהיעדר הגדרה עצמית מהותית פלסטינית מלאה עדיף לאפיין את המצב כמצב של כיבוש, לרבות החלת מלוא החובות של כובש והטלתן על ישראל; ואומנם יש טעם בטענה זו, אך יש בה גם סכנה, שכן משמעותה היא חיזוק הזכות והחובה של הכובש לפעול בשטח הכבוש. גישה פונקציונלית עשויה לחלץ מ-"double bind" זה ללא נטישה של מסגרת הכיבוש.

חלק מהדיון בשאלה מתי קיים כיבוש ובפרשנות של תקנה 42 לתקנות האג, העוסק בקיומו של כיבוש בפסיקה הבינלאומית של השנים האחרונות, פותח פתח להכיר בגישה פונקציונלית,⁴⁴ בעוד שחלקו האחר של הדיון דומה שמקשיח את הדרישות לנוכחות צבאית לצורך קיומו של כיבוש.⁴⁵ לצורך העניין אפשר למצוא תמיכה לגישה פונקציונלית בהחלטה

42 תק' 43 לתקנות האג, לעיל ה"ש 6.

43 List (Hostages Trial), Case No. 47, Judgment, 8 Law Rep. of Trials of War Criminals 43 (U.S. Military Trib., Nuremberg Feb. 19, 1948) (להלן: עניין בני הערובה).

44 ראו למשל את החלטות בית הדין לפשעי המלחמה ביוגוסלביה בנושאי כיבוש, שנסקרו ב-GROSS, WRITING ON THE WALL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 63-67, ואת החלטות ועדת התביעות אתיופיה-אריתריאה שנסקרו שם, בעמ' 75-78.

45 ראו למשל, Armed Activities on the Territory of the Congo (Dem. Rep. Congo v. Uganda), 2005 I.C.J. Rep. 168 (Dec. 19) (להלן: עניין קונגו) (ראו דיון ב-GROSS, WRITING ON THE WALL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 69-75); Chiragov v. Armenia, 2015-III Eur. Ct. H.R. 135;

של ועדת התביעות אתיופיה-אריתריאה, בייחוד בפרשה הידועה כעניין ההפצצה האווירית. בפרשה זו נקבע שייתכן מצב שבשל שליטה קצרת טווח לא כל החובות של אמנת ז'נבה הרביעית יחולו על כובש, אך עדיין יחולו חובות הנובעות מפעולות של הכוח הכובש.⁴⁶ ניתן להנגיד עמדה זו לעמדתו של בית הדין המיוחד, שקבע בעניין בני הערובה⁴⁷ כי הכוח של כובש נובע מחובותיו, כלומר שכוחו של כובש גדול כמידת האחריות שלו וכמידת הנדרש כדי למלא את חובותיו ככובש. את ההחלטה בעניין ההפצצה האווירית אני מציע אם כן לקרוא כמצביעה על כך שהאחריות של כובש נובעת מהפעלת כוח על ידו, וכך מובילה לגישה פונקציונלית שלפיה אחריותו גדולה כמידת הכוח שהוא מפעיל.⁴⁸ בגישה פונקציונלית זו האחריות נגזרת מהכוח ולא להפך.

ג. גישת בג"ץ

בג"ץ דן בסוגיית מעמדה של עזה לאחר ההתנתקות בכמה פסקי דין. פסק הדין המשפיע ביותר עסק בהחלטת ישראל להפחית או להגביל את הספקת הדלק והחשמל לעזה כחלק מן הסנקציות שנקטה הממשלה נגד שלטון החמאס. החלטת בג"ץ בעניין אלבסיוני התמקדה בסוגיית החשמל. היה מוסכם על הצדדים שישראל מספקת שישים אחוזים מהחשמל הנחוץ לעזה, והמחלוקת הייתה בשאלה אם ניתן להגביל את אספקת החשמל לעזה בלי לפגוע בצרכים הומניטריים חיוניים. העותרים טענו, שיישום ההגבלות שישראל הטילה יגרום להפסקות חשמל בבתי חולים ויביא להפסקת השאיבה של מים נקיים לאוכלוסייה האזרחית, כך שייגרם נזק ודאי, רציני ובלתי-הפיך לצרכים ההומניטריים החיוניים של עזה. הם גם הצביעו על כך שתחנת הכוח המקומית בעזה הופצצה בידי צה"ל, ושהרשויות בעזה כבר נאלצו לקצץ בחשמל למשך כמה שעות מדי יום. הפסקות אלו פגעו באספקת שירותים חיוניים, מאחר שהתשתית המקומית לא אפשרה לספקים לנתק את האוכלוסייה המקומית מבלי לנתק את שאר הרשת. ההגבלות אף פגעו בתפקוד של משאבות מים וביוב, ותושבי עזה לא קיבלו מים נקיים בביתם.⁴⁹ המשיבים טענו מנגד, שההפחתה של אספקת החשמל לא תפגע בצרכים ההומניטריים הבסיסיים של תושבי עזה.⁵⁰

בג"ץ קבע בהחלטתו, שמאז חודש ספטמבר 2005 לישראל אין עוד שליטה אפקטיבית על המתרחש ברצועת עזה. השלטון הצבאי שיושם בעבר בטריטוריה, קבע בג"ץ, הסתיים לפי החלטת הממשלה, וחיילים ישראלים אינם מוצבים עוד בשטח באופן קבוע ואין להם

Gross, Writing on the Wall (ראו דיון ב־Sargsyan v. Azerbaijan, 2015-IV Eur. Ct. H.R. 1, שם, בעמ' 110-113).

46 Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims, 26 R.I.A.A. 291 (Eri.-Eth. Claims Comm'n 2005) (להלן: עניין ההפצצה האווירית). ההתייחסות הייתה לכך שבצבא אתיופיה שהה באזור מסוים באריתריאה רק במשך זמן מוגבל.

47 עניין בני הערובה, לעיל ה"ש 43.

48 לדיון בפסיקה זו, ראו Gross, Writing on the Wall, לעיל ה"ש 8, בעמ' 75-79.

49 בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, פס' 6-7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם באר"ש, 30.1.2008) (להלן: עניין אלבסיוני).

50 שם, בפס' 6.

שליטה על המתרחש בו. בהתחשב בנסיבות אלו קבע בג"ץ, כי אין מוטלת על ישראל החובה הכללית להבטיח את רווחת תושבי עזה או לקיים את הסדר הציבורי ברצועה לפי מכלול דיני הכיבוש במשפט הבינלאומי. יתרה מכך, בג"ץ קבע כי לישראל אין יכולת אפקטיבית – במצב הנוכחי – להבטיח את הסדר ולנהל את החיים האזרחיים ברצועה.⁵¹ עם זאת בג"ץ לא קבע שאין לישראל כל חובות כלפי עזה, וצייך כך:

"בנסיבות שנוצרו, החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה; חובות אלה נובעות גם ממירת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו תלות כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל".⁵²

בג"ץ דן בהרחבה בחובות הנובעות מהקטגוריה הראשונה שהזכיר – של מצב הלחימה בין ישראל לחמאס – בהתאם לקביעה בדבר אי-תחולת "מכלול דיני הכיבוש", והגיע למסקנה שהחובות ההומניטריות החלות הן אלו שבין צדדים לוחמים. בכך לא החיל בג"ץ על המדינה את החובות הרחבות יותר של כוח כובש לדאוג לרווחת האוכלוסייה האזרחית, מעבר לנדרש לצרכים ההומניטריים בסיסיים. בג"ץ קיבל את עמדת המדינה שלפיה כמות החשמל שסופקה לעזה עלתה על הנדרש לצרכים ההומניטריים בסיסיים.⁵³ לאור זאת קבע בג"ץ שהפחתת החשמל המתוכננת לא פגעה בחובות ההומניטריות של ישראל הנוגעות לסכסוך החמוש בינה ובין החמאס.⁵⁴ אולם בג"ץ לא פירט על אודות שני מקורות ההתחייבויות האחרים שהזכיר – ההתחייבויות הנובעות מן השליטה המתמשכת של ישראל במעברים וההתחייבויות הנובעות מן התלות שנוצרה בזמן השלטון הצבאי הישראלי המתמשך. מקורות אלו הוזכרו מבלי שמשמעותם למקרה זה נדונה כלל. נראה אם כן שפסק הדין, בקביעתו שישאל אינה שולטת עוד שלטון אפקטיבי בעזה, לא נתן את הדעת במידה מספקת לצורות חדשות של שליטה, אשר מחליפות את השליטה שהייתה באמצעות נוכחות צבאית (ואזרחית) קבועה ברצועה בשליטה שעיקרה מהפרימטר החיצוני, המתאפיינת בהפחתת החיכוך.

ואולם קריאה של פסק הדין לאור גישה פונקציונלית תעמוד על כך, שבעוד שאכן כפי שקבע בג"ץ אין לישראל יכולת לאכוף את הסדר ולנהל את החיים האזרחיים בעזה, הרי שאלות אלו אינן רלוונטיות כלל לנושא שעמד בפני בג"ץ. רק גישה קונספטואלית יכולה להסיק מכך שישאל אינה מנהלת את חיי היום יום בעזה באמצעות נוכחות צבאית קבועה בשטח את המסקנה, שלמרות שליטתה במרבית החשמל בעזה, אין לה אחריות של כובש בנושא. גישה נורמטיבית ופונקציונלית הייתה מבהירה, שלישאל חובות הנובעות משליטתה המתמשכת על היבטים רבים של החיים בעזה, לרבות החשמל; על כן גישה זו לא הייתה מגבילה בהקשר זה את אחריות ישראל לסטנדרט המינימלי הנדרש מצד לוחם, אלא מגדירה אחריות זו ברף גבוה יותר של צד כובש ששולט בשטח. למעשה הפרדוקס

51 שם, בפס' 12.

52 שם.

53 שם, בפס' 13-14, 17, 19.

54 שם, בפס' 18.

בפסק הדין הוא, שבג"ץ קבע שלישראל אין שליטה אפקטיבית בעזה, בעוד שבפועל הוא בחן פעולות ישראליות המעידות על שליטה נרחבת דווקא של ישראל בחיים האזרחיים בעזה באמצעות מתג החשמל. בקביעתו זו היה בג"ץ לחלק ממנגנון השליטה הישראלית עצמו; בקובעו שלישראל אך ורק החובות של צד לוחם, ולא האחריות של צד כובש לדאוג לרווחת האוכלוסייה האזרחית, אפשר בג"ץ לישראל להתנער מחובות של כובש כלפי פונקציה שבשליטתה.

הפרדוקס בולט לעין משום שבג"ץ דווקא פתח את הפתח לניתוח פונקציונלי, בקובעו שלצד החובות של ישראל הנובעות מדיני הלחימה, יש לה חובות הנובעות משני מקורות נוספים – השליטה הישראלית המתמשכת על המעברים ויחסי התלות של עזה בישראל בכל הנוגע לחשמל, שנוצרו במהלך שנות הכיבוש. המקור השני מבין שלושת המקורות שהזכיר בג"ץ מאפשר בחינה של המקומות שבהם ישראל ממשיכה לשלוט.⁵⁵ בחינה של חובות שנובעות משליטה מתמשכת – לא רק במעברים אלא בהיבטים נוספים כמו החשמל בעזה – הייתה יכולה להוביל לתוצאה הפוכה מזו שאליה הגיע בג"ץ, כלומר לקביעה שלישראל חובות של כובש ולא רק של צד לוחם בכל הנוגע לכל שליטה שהיא ממשיכה להפעיל – במעברים, במרחב האווירי, במרחב הימי ועוד. אך בג"ץ רק הזכיר את המשך השליטה כמקור לחובות, ולא ניתח את היקף החובות ואת משמעותם להקשר הזה. במובן זה ניתן לקרוא את הפסקה שצוטטה לעיל מעניין אלבסיוני, העוסקת במקורות השונים של החובות, כפותחת את הדלת להכרה עקרונית בגישה פונקציונלית, אך פסק הדין אינו מיישם גישה זו בפועל. הדבר נכון גם למקור השלישי לחובות שהזכיר בג"ץ, של חובות הנובעות מהתלות שנוצרה במהלך השנים הארוכות של שלטון ישראל בעזה. אף כי היה אפשר לפתח בפסק הדין דיון במה שמכונה כיום "חובות פוסט-כיבוש" גם כאשר למקור זה, בג"ץ הזכירו אך לא פירט ולא יישם.⁵⁶ כך או כך, החלטה זו ממחישה את המשך השליטה – במקרה זה בחשמל – אך ללא האחריות כלפי התושבים.

התפיסה שלפיה עזה אינה כבושה עוד באה לידי ביטוי בפסקי דין שעסקו בהגבלות על תנועה של תושבי עזה. מקרים אלו הם רבים, ודיון מפורט בהם יחרוג ממסגרת מאמר זה;⁵⁷ אך רק לצורך המחשה יצוין, כי בג"ץ דחה פעמיים את עתירתה של קבוצת סטודנטים

55 שיינדרוף ושמיר-בורר טוענים במאמרם בגיליון זה כי תומכי הגישה הפונקציונלית, ובכללם כותב שורות אלו, מבקשים ליצור יש מאין. ראו שיינדרוף ושמיר-בורר, לעיל ה"ש 33, בעמ' 424. הגישה הפונקציונלית היא אומנם הצעה לפיתוח של המשפט, אך כפי שהדיון כאן ובפרק הקודם מראה, אפשר לראות עיגונים לפיתוח זה בפסיקה, לרבות בפסיקת בג"ץ עצמו בעניין אלבסיוני, לעיל ה"ש 49, כמוסבר בטקסט. כמו כן, כמפורט בטקסט מדובר בפיתוח שמתחייב מן השינויים הפוליטיים והטכנולוגיים המאפיינים שליטה נמשכת במצבים כמו זה של עזה. שיינדרוף ושמיר-בורר פוטרם את ההתייחסות של בג"ץ המוזכרת בטקסט לחובות נמשכות מכוח המשך השליטה הישראלית במעברים ומיחסי התלות, ככאלו שניתן להניח שבג"ץ קרא מתוך המשפט המנהלי הישראלי.

56 על חובות לאחר כיבוש, ראו את המקורות אצל Gross, Writing on the Wall, לעיל ה"ש 8, בעמ' 220, ה"ש 336. ראו גם להלן בפרק ד דיון בעמדתו של בנבנישתי בנושא בגיליון זה.

57 לדיון מפורט, ראו Gross, Writing on the Wall, לעיל ה"ש 8, בעמ' 224-235; Michal Luft, *Living in a Legal Vacuum: The Case of Israel's Legal Position and Policy Towards Gaza*

שקיבלו מלגה ללמוד ריפוי בעיסוק בגדה המערבית, תוכנית לימודים שאינה קיימת בעזה. הרקע לעתירה הוא סיווגה של ישראל את כל בני ה-16-25 כקבוצת סיכון ואיסורה הגורף על כניסתם לגדה המערבית. ישראל סירבה אפילו לכניסה זמנית של התלמידים לגדה לחודשיים לצורך אימון קליני שנדרש להשלמת הלימודים שהם ביצעו מרחוק.⁵⁸ זוהי רק דוגמה אחת כיצד ישראל ממשיכה לשלוט בגורל תושבי עזה גם לאחר ההתנתקות, שכן שליטתה במרחבים ובמעברים השונים מנעה מתלמידים אלו להשלים את לימודיהם.

מקרים אחרים עסקו בהגבלות על אנשים שנזקקו לטיפול רפואי מחוץ לעזה, סוגיה קריטית שהגיעה לבית המשפט העליון כמה פעמים,⁵⁹ על ביקורי משפחות ועל מי שביקשו להשתתף בתחרויות ספורט.⁶⁰ במקרים אלו קיבל בית המשפט את התפיסה של ממשלת ישראל, שראתה בתושבי עזה "זרים" ומי שאין להם זכות מוקנית להיכנס לישראל,⁶¹ ואת המדיניות שהתפתחה בעקבות ההתנתקות ועליית שלטון החמאס, שלפיה מאפשרים כניסה לישראל של תושבי עזה רק בנסיבות הומניטריות חריגות.⁶² כך למשל אישר בג"ץ את מדיניות ישראל האוסרת כניסה של תושבי עזה לישראל על מנת לבקר בני משפחה כלואים, תוך חזרה על הקביעה שדיני הכיבוש אינם חלים עוד בעזה.⁶³ משמעות פסיקה זו היא, שעקב שליטתה ברוב המעברים הקרקעיים, במרחב האווירי ובמרחב הימי ישראל היא הקובעת העיקרית מי ייכנס לעזה ומי יצא ממנה. ודאי שיש לישראל שליטה על יציאת תושבי עזה לגדה המערבית, ושליטה נרחבת עוד יותר כאשר מעבר רפיח סגור.⁶⁴ אך למרות

www. (2018) Residents, 51 Isr. L. Rev. 193; מיכל לופט לא מצאנו עליה להתערבות (2018) gisha.org/UserFiles/File/LegalDocuments/10_Years_10_Judgments_HE_Web.pdf. ראו גם את הקביעה בבג"ץ 3003/18 יש דין – מתנדבים לזכויות האדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פס' 51 לפסק דינה של המשנה לנשיאה מלצר (פורסם באר"ש, 24.5.2018) (להלן: עניין יש דין), כי לישראל אין "שליטה אפקטיבית" בעזה.

- 58 בג"ץ 11120/05 חמדאן נ' אלוף פיקוד הדרום (פורסם באר"ש, 7.8.2007).
- 59 לדיון מפורט, ראו Aeyal Gross, *Litigating the Right to Health under Occupation: Between Bureaucracy and Humanitarianism*, 27 MINN. J. INT'L L. 421 (2018) (להלן: Gross, *Right to Health Under Occupation*). אחד המקרים הבודדים שבו התערב בג"ץ ישירות בהחלטה בנושא נגע למניעת כניסה לישראל לטיפולים מציילי חיים לחולות סרטן רק בשל היותן קרובות משפחה מדרגה ראשונה של אנשי חמאס, החלטה שבג"ץ מצאה כלא סבירה. בג"ץ 5693/18 ציאם נ' ראש הממשלה (פורסם באר"ש, 26.8.2018).
- 60 בג"ץ 2486/14 מצרי נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 7.4.2014).
- 61 ראו למשל ע"ע 4620/11 קישאוי נ' שר הפנים (פורסם באר"ש, 7.8.2012).
- 62 ראו Gross, *Writing on the Wall*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 224-235 והמקורות שם. באשר לכניסה לצרכים רפואיים, ראו Gross, *Right to Health under Occupation*, לעיל ה"ש 59.
- 63 בג"ץ 5268/08 ענבר נ' אלוף פיקוד הדרום (פורסם באר"ש, 9.12.2009). מאוחר יותר שינתה ישראל את מדיניותה, והחל משנת 2012 היא מתירה ביקורי כלואים בתנאים מגבילים. ראו לופט, לעיל ה"ש 57, בעמ' 17.
- 64 השאלות בנוגע למידת השפעתה של ישראל על פתיחת מעבר רפיח או סגירתו ועל משמעות האחריות הנובעת מכך נדונות בהרחבה אצל קדמן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 115-127. בכל מקרה, גם אם וכאשר ישראל אינה משפיעה על פתיחת המעבר או סגירתו, הרי השלכות השליטה הישראלית במעברים כמתואר במאמר נהיות עמוקות יותר כאשר מעבר רפיח סגור, ועל כן

שליטה נרחבת זו ישראל מתייחסת לכאורה לבקשות כניסה או מעבר של תושבים אלו כמו לבקשות של זרים מוחלטים. אך תושבי עזה אינם סתם "זרים"; לפי אחד מפסקי הדין, שבו אישר בג"ץ איסור שהטילה ישראל על תושב עזה לשוב לעזה בטענות ביטחוניות, הם בעלי "זרות ייחודית", וניתן להטיל עליהם הגבלות חמורות יותר משניתן להטיל על זרים כגון תיירים.⁶⁵ "זרותם" אינה כה זרה, אם כן, כאשר מדובר בצורך להגביל – ולא להרחיב – את חופש התנועה שלהם.

יש לציין כי בחלק מפסיקותיו בחר בג"ץ להשאיר את מעמדה של עזה עמום. כך, בפסק הדין בעניין הסטודנטים לריפוי בעיסוק ציין השופט רובינשטיין, כי אין צורך לעסוק בשאלות הנוקבות של משפט בינלאומי, בפרט בהתחשב בהיות הנסיבות "ייחודיות" ("sui generis") ושהכרעה משפטית "מלאה" בדבר מעמדה של עזה היא משגה, נוכח נזילותו של המצב; בלשונו, "התנתקות מזה אך פעילות צבאית בלית ברירה מזה", ולכן עדיף "המכנה המשותף המינימלי של חיפוש פתחי אפשרויות למתן יד בתחום ההומניטרי, בגישה פרגמטית ולא דוקטרינרית".⁶⁶ אלא שגישה "פרגמטית" זו לא נתנה מזווד לעותרים ולתושבי עזה שנוקקים לריפוי בעיסוק. מנגד, במקרה אחר חזר בג"ץ על הקביעות של פסק הדין בעניין אלבסיוני⁶⁷ בדבר חובות הומניטריות של ישראל כלפי תושבי עזה, והרחיב ודיבר על החובה "להושיט עזרה כדי לאפשר סיפוק צרכים הכרחיים לאוכלוסייה המקומית". אך ייתכן שאין זו יד המקרה שחובה שכזו הודגשה דווקא בפסק דין שניתן בעתירה של ה"פורום המשפטי למען ארץ ישראל" נגד החלטת ממשלה להעביר כספים לעזה, כלומר בהקשר שבו אשררו הדברים את מדיניות הממשלה ולא להפך.⁶⁸

דיון נרחב בפסיקת בג"ץ בנושא עזה יחרוג ממסגרת מאמר זה, שאינו מתיימר להציגה באופן ממצה.⁶⁹ אך כפי שטוענת מיכל לופט, מקרים אלו מצביעים על פער ועל ואקום משפטי בכל הנוגע להגנה על תושבי עזה. העמדה הישראלית הרשמית מתייחסת אליהם כאל "אזרחים זרים" שאינם זכאים לכל מעמד או זכויות מיוחדות מישראל. לפי עמדה זו חובות ישראל כלפיהם מתמצות בחובות הומניטריות עמומות, והיתרי התנועה שהיא נותנת מוגבלים לנסיבות הומניטריות יוצאות דופן ואינם נובעים מחובה משפטית, על אף השליטה הנרחבת בחייהם. עם זאת לופט מראה, שבפועל יש פער בין קביעות אלו לבין מדיניות משפטית עמומה, המופעלת באופן שרירותי בכל הנוגע ליכולת התנועה של תושבי עזה, והכוללת מתן היתרים בנסיבות מסוימות בצורה שאומנם אינה תואמת את חובות ישראל מהמשפט הבינלאומי, אך גם לא את ההתכחשות המוחלטת לחובות כלפי תושבי עזה.⁷⁰

בנסיבות אלו האחריות של ישראל, כמי ששמה את עזה תחת סגר יבשתי, אווירי וימי, גדולה עוד יותר.

65 בג"ץ 9329/10 פלוני נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 8.3.2011) (להלן: עניין פלוני נ' שר הביטחון). לדיון בפסק הדין ראו Luft, לעיל ה"ש 57.

66 עניין חמדאן, לעיל ה"ש 58, בפס' י"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

67 עניין אלבסיוני, לעיל ה"ש 49.

68 בג"ץ 1169/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל – ע.ר. נ' ראש הממשלה, פס' 21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם באר"ש, 15.6.2009).

69 להרחבה, ראו Gross, Writing on the Wall, לעיל ה"ש 8; Luft, לעיל ה"ש 57.

70 Luft, לעיל ה"ש 57.

את תוצאותיו של פסק הדין בעניין אלבסיוני⁷¹ ניתן לראות גם בפסק הדין שעסק בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, אשר ניתן בבית המשפט העליון בשנת 2008.⁷² במקרה זה דחה בית המשפט את טענתם של פלסטינים מעזה שנעצרו בידי ישראל במעצר מנהלי, כי על ישראל לשחררם עם סיום המשטר הצבאי שלה בעזה. בית המשפט קבע שאין לישראל חובה כזו, ושניתן להמשיך ולעצור אותם מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002. בית המשפט הבחין בין תושבי הגדה המערבית, הכפופים למעצר מנהלי, ובין תושבי עזה, שאינה עוד תחת "תפיסה לוחמתית", ושהם עתה בגדר "גורמי חוץ" שעליהם חל חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. פסק הדין ממחיש, שיכולתה של ישראל לעצור פלסטינים מעזה לא הסתיימה עם הסיום לכאורה של השליטה הצבאית בשטח; יתרה מזאת, יכולתה אפילו הוגדלה לטובת יכולת מעצר לפי חוק המאפשר שלילת חירות באופן פשוט יותר מבחינת הפרוצדורה יחסית למעצר מנהלי.⁷³ פסק דין זה הוא חלק מן ההתפתחויות שלאחר ההתנתקות; גם לאחר ההתנתקות ישראל ממשיכה להפעיל שליטה רבה בעזה, אך היא מבקשת להתייחס לאוכלוסייה המקומית כאל נתינים לא של שטח שהיא שולטת בו, אלא של מדינה או של גוף חיצוני שהיא נלחמת בו, בצורה שמאפשרת לה לכלוא אותם בתנאים דרקוניים אף יותר ממעצר מנהלי. כל זאת ישראל עושה לצד היכולת המוגברת לפגוע בחייהם של תושבי עזה, כפי שיפורט בפרק הבא.

ד. חובות מדיני הכיבוש אל מול מודלים של מצור, של לחימה ושל זכויות אדם

היו מי שהשוו את המצב של עזה למצור.⁷⁴ אך כפי שמצביע דוח של ארגון גישה, להבדיל ממצור, הסגר שהוטל על עזה לא נועד לכבוש שטח, להביא לכניעתו או למנוע כניסת נשק. הוא נועד להפעיל לחץ על האוכלוסייה האזרחית, ולמעשה מהווה צורה של ענישה קולקטיבית כלפי האוכלוסייה האזרחית.⁷⁵ אכן, למדיניות הישראלית כלפי עזה אפקט הרסני על האוכלוסייה האזרחית. נוסף לסגר שהוטל בשנת 2007, בשנת 2009 הטילה ישראל גם "מצור ימי" על עזה, על אף ששלטה במעברי הגבול ובמרחב האווירי והימי עוד קודם – למעשה מאז תחילת הכיבוש בשנת 1967 – ללא הפסקה. כפי שבשי מראה, ההצהרה על מצור ימי לא שינתה מהותית את שליטתה של ישראל במרחב הימי של עזה.⁷⁶

71 עניין אלבסיוני, לעיל ה"ש 49.

72 ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, 355-356 (2008) (להלן: עניין פלוני נ' מדינת ישראל).

73 Gross, Writing on the Wall, לעיל ה"ש 8, בעמ' 221-222.

74 Yuval Shany, *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on Bassiouni v. The Prime Minister of Israel*, 42 *ISR. L. REV.* 101, 106-07 (2009)

75 ראו: גישה הסגר על עזה מוגדר: ענישה קולקטיבית (2008) gisha.org/UserFiles/File/publications/GazaClosureDefinedHeb.pdf והמקורות המפורטים שם לעניין מה נחשב למצור או לסגר במשפט הבינלאומי.

76 Sari Bashi, *International Legal Implications of Israel's Attack on the Gaza Aid Flotilla*, 105 *PROC. AM. SOC'Y INT'L L.* 463, 463 (2011)

לטענת חלק מן הספרות המצור הימי על עזה אינו חוקי, משום שהוא לא שימש למטרה צבאית אלא שימש ללחץ פוליטי על החמאס, וגם אילו היה חוקי, הרי הוא הפר את עקרון המידתיות והיווה צורה אסורה של ענישה קולקטיבית.⁷⁷ גישה דומה מביעה בגיליון זה האלה ח'ורי בשאראת, הטוענת שהסגר הימי אינו חוקי משום שהוא אינו משמש למטרה צבאית, אלא משמש אמצעי להפעיל לחץ על האוכלוסייה האזרחית הכלואה בעזה כדי שתמרוד נגד חמאס, וכי הוא אינו מידתי ומהווה צורה אסורה של ענישה קולקטיבית.⁷⁸ יתרה מזאת, כפי שטוענת ח'ורי בשאראת, לא ניתן לבחון את חוקיות המצור בנפרד מהשליטה הנרחבת של ישראל בעזה, הכוללת סגר כללי שהמצור הימי הוא רק ביטוי אחד שלו; השילוב של השניים יוצר שליטה שמחליפה את הצורך בנוכחות של כוחות צבאיים בשטח.

ניתוח של הסגר על עזה כמצור או כמצור ימי שהוא חלק מלחימה הוא חלק מרכזי בניסיון להתרחק ממודל של כיבוש. לפי גישה זו תושבי עזה אינם נחשבים "מוגנים" במובן של אמנת ז'נבה הרביעית, שלפיה לישראל יש חובות כלפיהם מכוח שליטתה בהם.⁷⁹ בהתאם למודל לחימתי זה הסטטוס של הנכבש הפך להיות כשל אזרח מדינה עוינת, שכלפיו אין לישראל את החובות הייחודיות שיש למדינה כלפי תושבי שטח כבוש, גם אם במקרה זה ישראל אינה מכירה במדינה שכזו, ובפועל הכובש ממשיך להחזיק במידה נרחבת של שליטה המונעת מהשטח הכבוש מלהפעיל הגדרה עצמית וריבונות.⁸⁰

פסק הדין בעניין אלבסיוני⁸¹ ופסק הדין שעסק בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים⁸² עיגנו את כן "היגיון" זה, שלפיו החובות של ישראל צומצמו מחובות של כובש לחובות של צד הלוחם בשטח שהוא חיצוני לו. ביטוי נוסף לצמצום זה ניתן לראות במסקנות ועדת טירקל, שבחנה בין היתר את השפעת המצור על נגישות למזון. ועדת טירקל הוקמה לאחר המשט לעזה, ובחנה את סוגיות הסגר והמצור הימי. הוועדה סברה שמאחר שפעולות זה"ל אינן כפופות עוד לדיני הכיבוש, הרי חלים דיני הלחימה בהם,⁸³ אף שהשליטה הישראלית במרחב הימי המשיכה למעשה רצף של שליטה מתמשכת שהחלה עם הכיבוש בשנת 1967, כיבוש שלא פורק עד תום אלא עבר טרנספורמציה.

-
- 77 Bisharat, James & Mishaan, לעיל ה"ש 21, בעמ' 97-105.
- 78 ראו ח'ורי בשאראת, לעיל ה"ש 23, ואת המקורות המצוטטים במאמרה. במאמרו בגיליון זה דן בנבנישתי במצור ובסגר הימי על עזה, ומונה אף הוא כמה תכליות פסולות למצור, כמו התכלית המדינית והתכלית של לחץ על האוכלוסייה האזרחית, ולצידן הוא מוצא תכלית צבאית ראויה של הגנה עצמית. בנבנישתי אינו מסביר מהי מטעמו התכלית העיקרית של הסגר ואינו מנתח את השאלה, אם יכולה התכלית הראויה שקיימת לדעתו להכשיר את המצור ואת הסגר לאור קיומן של התכליות הפסולות (בנבנישתי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 472).
- 79 "מוגנים" מוגדרים בס' 4 לאמנת ז'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 9, כמי שמוצאים את עצמם בשעת סכסוך או כיבוש בידי אחד מבעלי הסכסוך או המדינות הכובשות, והם אינם אזרחיו.
- 80 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 31.
- 81 עניין אלבסיוני, לעיל ה"ש 49.
- 82 פלוני נ' מדינת ישראל, לעיל ה"ש 72; חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002.
- 83 הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010 דין וחשבון – חלק ראשון 32, 41-42 (2011) (להלן: דוח טירקל).

הוועדה קבעה שהמצור לא נועד להרעיב את האוכלוסייה האזרחית, ולכן אינו בלתי-חוקי, משום שהוא אינו מפר את כללי סן רמו הנוגעים למצור ימי והאוסרים על מצור שנועד להרעיב האוכלוסייה,⁸⁴ ואף אינו מפר את כללי הלחימה הכלליים האוסרים על הרעבה כאמצעי לחימה.⁸⁵ אך לחנה הוועדה את הסוגיה לא רק לפי דיני הלחימה אלא גם לפי דיני הכיבוש, היה מקום להתייחס לחובות המיוחדות של ישראל כלפי תושבי עזה ככוח כובש. חובות אלו מעוגנות בסעיף 59 לאמנת ז'נבה הרביעית, הקובע שעל הכובש להתיר מעבר משלוחים אם חלק מהאוכלוסייה או כולה אינם נהנים מאספקה "נאותה", ובסעיף 55 הקובע שעל הכוח הכובש להבטיח את אספקת המזון של האוכלוסייה ולהביא מזון לשטח אם מקורות השטח הכבוש אינם נאותים. כפי שיוזרם דינשטיין מציין בספרו, "למרבה הצער, אין חובה דומה מחוץ לשטחים כבושים".⁸⁶ סעיפים 55 ו-59 מטילים אם כן על כובש חובה מוגברת בתחום המזון, שהיא יותר ממניעת הרעבה ויותר ממנימום הומניטרי, סטנדרט שדומה יותר לסטנדרט בדיני זכויות אדם בדבר תנאי חיים נאותים.⁸⁷ בפועל המדיניות הישראלית של הסגר משליכה עמוקות על קיומו של אי-ביטחון תזונתי בעזה. אי-ביטחון תזונתי זה נובע בעיקר מן המצב הכלכלי, המקטין את כוח הקנייה של האוכלוסייה המקומית, ופחות מן ההגבלות על כניסת מוצרים לרצועה. במובן זה יש להגבלות הייצוא מן הרצועה השפעה גדולה מאוד.⁸⁸ אולם בחינה המתעלמת מן החובות של כובש, הבוחנת רק דרך חובות של צדדים

SAN REMO MANUAL ON INTERNATIONAL LAW APPLICABLE TO ARMED CONFLICTS AT SEA § 102(a) (June 12, 1994); SAN REMO MANUAL ON INTERNATIONAL LAW APPLICABLE TO ARMED CONFLICTS AT SEA 1 (Louise Doswald-Beck ed., 1995)

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) art. 54(1) (June 8, 1977) 1125 U.N.T.S. 3. ראו דוח טירקל, לעיל ה"ש 83, בעמ' 72.

YORAM DINSTEIN, THE CONDUCT OF HOSTILITIES UNDER THE LAW OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICT 226 (2nd ed. 2010)

ס' 55 ו-59 לאמנת ז'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 9, עוסקים אף בצורך באספקת ציוד רפואי, וצוטטו כמקרים את חובות ישראל ככוח כובש בהקשר של משבר הקורונה, חובות שקשה בהרבה לבסס אם אין מכירים באחריות של ישראל מכוח דיני הכיבוש. ראו Marco Longobardo, *The Duties of Occupying Powers in Relation to the Fight Against Covid-19*, EJIL:TALK! (Apr. 8, 2020) <https://www.ejiltalk.org/the-duties-of-occupying-powers-in-relation-to-the-fight-against-covid-19/>

Gross & Feldman, לעיל ה"ש 20. לדיון בהשלכות הסגר על המצב הכלכלי, ראו גם את שרה רוי במבוא לספרה SARA ROY, *THE GAZA STRIP* xix (3rd ed. 2016). במאמרו בגיליון זה נבכנישתי מציג את העמדה שפלרמן ואני הבענו במאמרנו Gross & Feldman, שם, כטוענת שממצאי ועדת טירקל מוטעים, שכן יש מקום להתחשב לא רק בעצם קיומו של מזון לפי בחירותיו של הסוגר, אלא יש חובה להתחשב גם בצרכים התרבותיים או הדתיים של האוכלוסייה, המציבה דרישות למזון מסוים (בנכנישתי, לעיל ה"ש 41). אך הצגה זו מחמיצה את עיקר טענתנו, ובכך את המשמעות של הכרה במצב ככזה שחלות בו על ישראל בתחום זה חובות מכוח דיני הכיבוש, ולא רק חובות של צד לוחם: כמפורט בטקסט, הקושי העיקרי בתחום זה בעמדתה של ועדת טירקל הוא הקביעה שישאל לא הפרה את חובותיה בתחום המזון, משלא הרעיבה את האוכלוסייה הפלסטינית. אך בחינה גם דרך חובותיה של ישראל מתחום דיני הכיבוש מצביעה

לוחמים (כפי שהיה בפסיקת בג"ץ שנסקרה בפרק ג ובעקבות כך בדוח טירקל) והמוגבלת לאיסור על מניעת הרעבה, אינה יכולה לתת ביטוי להפעלת הכוח הישראלית, הממשיכה לאחר ההתנתקות באמצעות שליטה על תנועה והמשפיעה על יצירת אי-ביטחון תזונתי. אף כי ההחלה של נורמות זכויות אדם שכוללות תנאי חיים נאותים בתחום המזון (נוסף לדיני הכיבוש, או במקומם לשיטת אחדים מהכותבים) עשויה להביא לתוצאה דומה מבחינת חובות ישראל, הרי ערוץ זה מעלה שאלות סבוכות על תחולה חוץ-טריטוריאלית של זכויות אדם והיקפה; השאלות עולות בפרט בהקשר של זכויות כלכליות וחברתיות, וההחלה אין משמעותה בהכרח החלה מלאה של מלוא זכויות האדם בנוגע לאוכלוסייה הנכבשת.⁸⁹ יתרה מזאת, רוב הכתיבה העוסקת בהחלת חובות מתחום זכויות האדם (ובפרט הזכויות החברתיות) בשטחים (כולל עזה) נסמכת על מעמדה של ישראל ככובשת בשטח⁹⁰ ועל פסיקות בית הדין הבינלאומי, אשר קבעו את תחולת זכויות האדם בשטח כבוש לצד חובות מדיני הכיבוש.⁹¹ אכן, כפי שטוען איל בנבנישתי,⁹² חובות מכוח זכויות אדם יכולות לחול גם מכוח פעולה של המדינה מחוץ לגבולותיה, ולא רק בשטחים שהיא שולטת בהם שליטה אפקטיבית המגיעה כדי כיבוש;⁹³ אך ככל שאנו מתרחקים מניתוח המבוסס על שליטה שמפעילה חובות מכוח דיני הכיבוש, אנו מתרחקים מניתוח המבוסס על המציאות של המשך השליטה הישראלית בפועל בממדים רבים מאוד של מה שמתרחש בעזה ובחיי תושביה. ללא ניתוח המבוסס על שליטה שכזו, קשה להצדיק ניתוח של זכויות אדם המטיל חובות שהולמות את עומק השליטה: דיני הכיבוש הם הפרדיגמה הראשונית למקרה של שליטה חיצונית שמונעת מטריטוריה להפעיל שלטון עצמי וריבונות, ותחום המזון הוא אחד התחומים שבהם השליטה הישראלית משפיעה. שליטה זו יש להבין כאחד הממדים

על כך, שגם פגיעה בביטחון התזונתי שאינה מגיעה כדי הרעבה מפרה את חובות ישראל. הסוגיה של קיום מזון לפי הצרכים התרבותיים או הדתיים של האוכלוסייה היא חשובה, אך עוד לפני שמגיעים לממד זה של פגיעה בביטחון התזונתי חשוב לדבר על הממד שבנבנישתי מתעלם ממנו ושמונתח במפורט במאמרנו – של פגיעה בתזונה הנאותה ולכן גם בכריאות של האוכלוסייה האזרחית בעזה. הטעם לכך הוא לאו דווקא בשל סוגי המזון שהותרו או שנאסרו בכניסה לעזה בתקופות מסוימות, אלא בשל השפעות הסגר והמצור על המצב הכלכלי של האוכלוסייה ועל כן על כוח הקנייה שלה.

Noam Lubell, *Human Rights Obligations in Military Occupation*, 94 INT'L REV. RED 89 (2012). CROSS 317

90 ראו למשל שם, בעמ' 333; Gross & Feldman; לעיל ה"ש 20; Gilles Giacca & Ellen Nohle, *Positive Obligations of the Occupying Power: Economic, Social and Cultural Rights in the Occupied Palestinian Territories*, 19 HUM. RTS. L. REV. 491, 492-93 (2019)

91 Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. Rep. 136, §§ 106-114 (July 9), לעיל ה"ש 45, בפס' 178.

92 בנבנישתי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 477-480.

93 ראו למשל לעניין זה את עמדת בית הדין האירופי לזכויות אדם: Al-Skeini v. United Kingdom, App. No. 55721/07, Eur. Ct. H.R. 99, 166-169 (2011).

שבהם ישראל ממשיכה להפעיל פונקציות של כובש, ועל כן עליה לשאת ברמת האחריות של כובש, שאם לא כן המשמעות היא המשך השליטה של כובש בלי החובות של כובש.⁹⁴ ניתוח זה מראה את מגבלות גישתו של שני, הטוען כי בהיעדר מצב של כיבוש החובות החלות על ישראל כלפי עזה מקורן בתחום זכויות האדם והמשפט ההומניטרי הכללי. בגיליון הנוכחי תומך בעמדה כזו בנבנישתי, המבקש להחיל חובות מתחום זכויות האדם לצד תפיסה רחבה של חובות הנובעות מדיני המצור והסגר ולצד חובות פוסט-כיבוש כפי שיתואר להלן.⁹⁵ אך כפי שהניתוח שלעיל של דוגמת הביטחון התזונתי מראה, חובות מתחום המשפט ההומניטרי הכללי הן שונות באופיין מחובות הנובעות מדיני הכיבוש, ובכל הנוגע לזכויות אדם גם עולות שאלות מורכבות על תחולתן. יתרה מכך, בניתוח זכויות אדם חסר המעמד המיוחד של "מוגנים", וההחלפה של ניתוח משפט ההומניטרי בזכויות אדם עלולה לעיתים דווקא לפגוע בהגנה ראויה על זכויות מוגנים: כפי שהראיתי בעבר, כאשר סיטואציות של כיבוש נותחו במשקפיים של זכויות אדם, פגע הדבר לעיתים קרובות דווקא בזכויות של האוכלוסייה הכבושה; שכן להבדיל ממשפט ההומניטרי – לרבות דיני כיבוש – הדורש איזון בין זכויות האוכלוסייה הנכבשת ובין צורכי הביטחון הלגיטימי של הצבא הכובש, הרי בניתוח זכויות אדם מאבדים תושבי השטח הכבוש את המעמד המיוחד כ"מוגנים", וניתן לפגוע בזכויותיהם בשם האיזון עם זכויות אזרחיה של המדינה הכובשת.⁹⁶

הניתוח, שמציע להסתמך על דיני זכויות האדם במקום דיני הכיבוש (ולא נוסף לדיני הכיבוש שהם הפרדיגמה הראשונה), מזמין אפוא ניתוח שמוציא מן המשוואה את יחסי השליטה באוכלוסייה זרה, שדיני הכיבוש בנויים עליהם, ומאפשר פגיעה בזכויות של אוכלוסייה זו בשם הגנה על זכויות של אחרים, תוך התעלמות מיחסי השליטה המובנים בקשר שבין ישראל והאוכלוסייה הפלסטינית. בהקשר זה אפשר להבחין בין מצרים, שיש לה מעבר גבול עם עזה ועשויות לחול עליה חובות כלפי עזה ותושביה מכוח המשפט הבינלאומי הכללי, ובין ישראל, שלחובותיה אופי שונה בשל מכלול השליטה שלה במרחב האווירי, במרחב הימי, במרחשם האוכלוסין ועוד, וכן בשל תפקידה ככובשת שמעולם לא סיימה לגמרי את שליטתה ושמשכיכה למנוע מהאוכלוסייה המקומית מלהפעיל ריבונות בשטח. נסיגתם של המתנחלים ושל מתקני הצבא הקבועים מעזה הייתה אם כן שינוי באופן השליטה, אך לא סיומה. מידת השליטה הישראלית בעזה פחתה בממדים רבים, אך לא במידה שמאפשרת לישראל להיות פטורה מחובותיה לפי דיני הכיבוש, שבלבם מבוססים על שליטה המונעת הפעלת שליטה בידי הריבון הלגיטימי, ושיש לפרשם לאור השינויים – הן הפוליטיים והן הטכנולוגיים – באופייה של השליטה. ייתכן שישראל אינה מחויבת בכל החובות של כובש, אך היא מחויבת בחובות של כובש כאשר פעולותיה משפיעות על חייהם של תושבי עזה. גישה שמתמקדת בחובות מתחום דיני הלחימה – לרבות דיני המצור והסגר – גם אם במשולב עם דיני זכויות האדם, אינה נותנת משקל מספיק למכלול השליטה הנמשך כפי שתואר לעיל. במאמרו בגיליון זה מונה בנבנישתי כמה מקורות לחובות הישראליות כלפי עזה. לצד חובות מדיני הלחימה ומדיני זכויות האדם, בנבנישתי סבור ש"ההתנתקות וסיום הכיבוש

94 לדיון מקיף, ראו Gross & Feldman, לעיל ה"ש 20.

95 בנבנישתי, לעיל ה"ש 41.

96 Gross, Writing on the Wall, לעיל ה"ש 8, בפרק 5.

לא שחררו את ישראל לחלוטין מהתחייבויות משפטיות כלפי עזה מכוח דיני התפיסה הלוחמתית. מדובר בהתחייבויות הנובעות משנות דור של תפיסה לוחמתית ישראלית, שיצרו תלות מבנית של תושבי הרצועה והממשל שלה בישראל.⁹⁷ לאור אופייה החד-צדדי של ההתנתקות, חובותיה של ישראל משתרעות לדבריו גם לאחר "שהמחזיק בוחר מיוזמתו לנתק באחת את התלות הזו, ובכך להותיר את האוכלוסייה הנכבשת ללא מקורות תעסוקה מספקים, מערכות בריאות וחינוך מתפקדות ומוסדות שלטון יציבים". לאור זאת יש להטיל על ישראל חובות הנובעות מדיני התפיסה הלוחמתית שמקורם בכיבוש שקדם להתנתקות.⁹⁷ אף כי אפשר כאמור למצוא עיגון לתפיסה של חובות של "פוסט-כיבוש" בפסק הדין בעניין אלבסיוני, הרי ניתוחו של בנבנישתי אינו כולל את הממדים של שליטה שנמשכים לאחר ההתנתקות; אם כטענת בנבנישתי ניתק המחזיק את התלות, כיצד אפשר לטעון לחובות מכוחה? יתרה מכך, אם ניתקה ישראל את התלות אך תוצאותיה עדיין מורגשים, לא ברור עד מתי יימשכו לפי גישה זו חובותיה, שהרי אם – כשיטתו של בנבנישתי – הסתיים מצב הכיבוש, האוכלוסייה הנכבשת לשעבר והממשלה המקומית יכולים ואמורים לפתח מקורות תעסוקה, בריאות וחינוך בעצמם. הדרכים שבהן המשך השליטה הישראלית (כמפורט בפרק ב למאמר זה) פוגעת ביכולת זו, כמו למשל ההגבלות על פיתוח תעסוקה בגלל הסגר והמצור שהטילה ישראל, שהן ביטוי להמשך השליטה שלה, אינן מובאות בחשבון בניתוח זה. השליטה של ישראל בממדים רבים של חייהם של תושבי עזה והתלות שבנבנישתי מתאר הם אם כן מצב מתמשך, המשכו של הכיבוש שהחל בשנת 1967, ולא מצב שהסתיים ושכעת אנו נמצאים ברגע ה"פוסט" שלו.

בהקשר זה חשוב לתת את הדעת לדרך שבה השתנה סוג הפעילות הצבאית הישראלית בנוגע לעזה לאור ה"התנתקות". ישראל פעלה נגד עזה – הן פוליטית והן משפטית – בייחוד בשלושת סבבי הלחימה הגדולים שבין ישראל לחמאס בשנים 2008, 2012 ו-2014, כמו גם באירועי הגדר של שנת 2018, כאילו היא נלחמת מול מדינה זרה ולא מול שטח שבשליטתה. השאלות באשר לשימוש בכוח בשטח כבוש הן סבוכות מבחינת הרלוונטיות של דיני הגנה עצמית (כחלק מ-*jus ad bellum*) ושל הדינים בדבר השימוש בכוח בתוך לחימה (*jus in bello*), וחורגות ממסגרת מאמר זה. ואולם נראה שההתנתקות נתפסה כמאפשרת לישראל חירות גדולה יותר להפעיל כוח בעזה, כפי שמופעל נגד גורם חיצוני, תוך פנייה לטענות הגנה עצמית. מבחינה זו נראה, שההתנתקות העניקה לישראל רישיון לפעול בעזה במלוא הכוח הצבאי של צבא לוחם (להבדיל מפנייה לסמכויות הביטחון של צבא כובש, שהן שיטוריות באופיין).

אף כי שאלות על שימוש בכוח בשטח כבוש אינן חדשות ועלו לפחות מאז תחילת האינתיפאדה השנייה גם בהקשר של הגדה המערבית, הרי בהקשר של עזה הן לבשו אופי נרחב יותר בשלושת סבבי הלחימה הגדולים. אפשר אם כן לומר שישראל נהנית עתה בעזה מכוח כפול: הן של שליטה מתמשכת בשטח, גם אם זוהי שליטה שמופעלת בעיקר מבחוץ, והן כצבא לוחם בשטח שכביכול אינו נתון לשליטתה. ההיגיון שלפיו עזה אינה כבושה עוד נותן רישיון להפעיל יותר כוח קטלני בשטח שבו המדינה כביכול אינה שולטת עוד: במודל אכיפת חוק של כיבוש הצבא הכובש יכול להשתמש בכוח קטלני בשטח שבו הוא שולט

97 בנבנישתי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 465.

רק בנסיבות יוצאות דופן על מנת להגן על החיים. במודל לחימה כוחות צבאיים יכולים לתקוף לוחמי אויב, כמו גם אזרחים שמשותפים בפעולות הלחימה, ותיתכן אף פגיעה אגבית באזרחים כל עוד היא אינה מפרה את עקרון המידתיות.⁹⁸ הדיווחים על מספרים נרחבים של הרוגים מקרב האוכלוסייה האזרחית בסבכי הלחימה בעזה מעידים על הסכנה שבגישה זו.⁹⁹ ויתור על שליטה באמצעות כוחות על הקרקע ומעבר לשליטה "מרחוק" מאפשר לכובש להשתמש ביותר כוח קטלני נגד האוכלוסייה המקומית דרך יישום מודל של לחימה (המכונה גם מודל מעשי איבה) ולא של אכיפת חוק, במקרה זה תוך המשך שליטה נרחבת בשטח ובאוכלוסייה המקומית. המחשה לתוצאות גישה זו כמרחיבות את האפשרות לשימוש בכוח קטלני נגד תושבי עזה אפשר למצוא בפסק הדין שבו אישר בג"ץ את מדיניות הפתיחה באש נגד מפגינים בגבול עזה בשנת 2018, אשר נדון במאמר נפרד בגיליון זה.¹⁰⁰

סיכום: גישה נורמטיבית ופונקציונלית לעזה אל מול *sui generis* redux

"רצועת עזה" אינה יחידה גיאוגרפית אלא יציר היסטורי, טריטוריה שרוב אוכלוסייתה מורכבת מפליטים, המוצאים את עצמם עתה סגורים וחסומים בה.¹⁰¹ מבחינה זו אחריותה של ישראל לגורלם של תושבי עזה מתחילה זמן רב לפני ההתנתקות ואף לפני הכיבוש של 1967, בשל מעורבותה ביצירת הפליטות ולמעשה ביצירת "הרצועה" ככזו.¹⁰² אך היבטים אלו חורגים ממסגרת מאמר זה. כיום תושבי עזה אינם אזרחים ישראלים, אך גם אינם

98 להרחבה על שני מודלים אלו, ראו Gross, Writing on the Wall, לעיל ה"ש 8, בעמ' 247-235; וכן אליאב ליבליך בגיליון זה: אליאב ליבליך "בין הפרדיגמות: חוקיות הוראות הפתיחה באש בגבול עזה על פי הדין הבינלאומי לאור פסיקתו של בית המשפט העליון" עיוני משפט מג 335 (2020).

99 במבצע עופרת יצוקה בשנת 2008-2009 נהרגו 1,391 פלסטינים, שמתוכם 759 לא היו מעורבים בלחימה. במבצע עמוד ענן בשנת 2012 נהרגו 167 פלסטינים, שמתוכם 87 לא היו מעורבים בלחימה (ראו יעל שטיין "הפרת זכויות האדם במהלך מבצע 'עמוד ענן'" 7-6 (2013) www.btselem.org/download/201305_pillar_of_defense_operation_heb.pdf). במבצע חומת מגן בשנת 2014 נהרגו 2,104 פלסטינים בעזה, שמתוכם 1,462 היו אזרחים. בשנת 2014 היה המספר הגדול ביותר של הרוגים פלסטינים מאז שנת 1967 (Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, Occupied Palestinian Territory 5 (2015) https://www.ochaopt.org/sites/default/files/Annual_Humanitarian_Overview_2014_English_final.pdf). באירועי הגדר של שנת 2018 נהרגו 214 פלסטינים, ובהם 46 ילדים, בגבול עזה. *Two Years on: People Injured and Traumatized During the "Great March of Return" Are Still Struggling*, Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, Occupied Palestinian Territory (Apr. 6, 2020) <https://www.ochaopt.org/content/two-years-people-injured-and-traumatized-during-great-march-return-are-still-struggling>

100 עניין יש דין, לעיל ה"ש 57. לדיון בפסק הדין וביישום הבעייתי שבו של מודל מעשי האיבה בהקשר לעזה, ראו ליבליך, לעיל ה"ש 98.

101 JEAN-PIERRE FILIU, GAZA: A HISTORY xi (2014)

102 להיסטוריה של עזה, ראו שם.

נחשבים בעיני המשפט הישראלי כ"מוגנים" הזכאים להגנה של תושבים בשטח כבוש על פי המשפט הבינלאומי. אך על אף התייחסות המשפט הישראלי אליהם כאל זרים, הם גם אינם אזרחים של מדינה ריבונית עצמאית; מדינה שכזו אינה יכולה להתקיים כמדינה עצמאית בהמשך השליטה הישראלית בגדה המערבית וגם בעזה עצמה. אפילו זרותם היא "זרות ייחודית".

המצור על עזה הוא השיא של מה שאיל ויצמן מתאר כמעבר מכיבוש פיזי לניהול הומניטרי של שטח,¹⁰³ שטח שלדברי הדיווח המיוחד של האו"ם על הזכות לזמון נמצא "על סף אסון הומניטרי".¹⁰⁴ אך כפי שטוען עדי אופיר, לפי הגישה הישראלית צריך להישאר על סף האסון ולא להתדרדר לאסון הומניטרי שיגרור תגובה בינלאומית נרחבת.¹⁰⁵ במילותיו של ראש הפעילות של אונר"א בעזה, "Everybody is hungry, nobody is starving",¹⁰⁶ או במילים אחרות – ישראל משפיעה מספיק על המצב באמצעות הסגר כדי לגרום לכולם להיות רעבים (hungry), אך אינה יוצרת הרעבה (starvation) שתיחשב להפרה של דיני הלחימה. אולם כפי שמאמר זה הציע, גישה פונקציונלית, המביאה בחשבון את כוח הכובש שישראל ממשיכה להפעיל בעזה ואת מידת השליטה הנמשכת, יכולה לראות בה אחראית לרעב – שאינו ברמת הרעבה – של תושבי עזה; כך יימצא לפי גישה זו שפעולותיה, הפוגעות בביטחון התזונתי של האוכלוסייה, הן חלק מהפרת חובותיה ככובש.¹⁰⁷

בדיון שעסק בחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, תיאר בג"ץ את מעמדה של עזה כייחודי.¹⁰⁸ עמדה זו ננקטה בבג"ץ גם בדיון שעסק בסטודנטים לריפוי בעיסוק, שם תואר המצב כאמור כ-sui generis ושם שימשה עמדה זו כהסבר לכך, מדוע לא כדאי להכריע הכרעה משפטית של ממש בדבר מעמד עזה ותושביה.¹⁰⁹ עמדה זו היא העמדה הרשמית של ממשלת ישראל. באתר משרד החוץ נאמר שעזה אינה מדינה, אך גם אינה שטח תחת כיבוש או תחת שליטה ישראליים, ושהנסיבות הן "sui generis".¹¹⁰ בפסק הדין שעסק בעניינו של תושב עזה שישראל ביקשה למנוע את חזרתו לעזה אף נקבע, כי הזרות של תושבי

-
- Eyal Weizman, *The Least of All Possible Evils* 81 (2012) 103
 Jean Ziegler (Special Rapporteur on the Right to Food), *Addendum: Mission to the Occupied Palestinian Territories*, U.N. Doc. E/CN.4/2004/10/Add.2, § 8 (Oct. 31, 2003) 104
 Adi Ophir, *The Politics of Catastrophization: Emergency and Exception*, in *Contemporary State of Emergency* 59, 77-82 (Didier Fassin & Mariella Pandolfi eds., 2010) 105
 Laila El-Haddad & Maggie Schmitt, *The Gaza Kitchen* 26 (2013) 106
 Donald MacIntyre, *Gaza: Preparing for Dawn* (2017) 106
 Gross & Feldman, *לעיל ה"ש 20*. 107
 עניין פלוני נ' מדינת ישראל, לעיל ה"ש 72, בעמ' 356. 108
 עניין חמדאן, לעיל ה"ש 58. 109
The Operation in Gaza: Factual and Legal Aspects § 30, Isr. Ministry of Foreign Affairs (July 29, 2009) https://www.mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/terrorism/pages/operation_gaza_factual_and_legal_aspects_applicable_legal_framework_5_aug_2009.aspx. 110

עזה בישראל, זו שמכוחה אין לישראל חובות ייחודיות כלפיהם, היא זרות sui generis – ייחודית – המאפשרת להגביל את חופש התנועה שלהם.¹¹¹ שוב שימשה מילת קסם זו כדי לשחק בחוק כב"תוכנית כבקשתך". אך הטענה על מצב ייחודי, sui generis, הושמעה על השטחים הפלסטיניים הכבושים כמכלול כבר משנת 1967. בהרצאתו הידועה של מאיר שמגר, אז היועץ המשפטי לממשלה, התייחס שמגר למעמד השטחים כאל מעמד שהוא sui generis – שונה מהמצב שבו נכבש שטח מריבון לגיטימי קודם.¹¹² קביעה זו הייתה בבסיס העמדה הישראלית שלפיה אמנת ז'נבה הרביעית אינה חלה בשטחים (גם אם ישראל ציינה שתקיים את הוראותיה ההומניטריות של האמנה דה פקטו). אפשר אם כן לראות כיצד סיווג המקרה כ"ייחודי" משמש להתייחסות לנורמות המשפטיות כאל "תוכנית כבקשתך": הוא כל כך ייחודי, שלא ברור מהן ההוראות החלות. כפי שתיארתי במהלך מאמר זה, זהו ביטוי של העמימות כמרכיב מרכזי של השליטה, המאפיינת את הכיבוש הישראלי כבר משנת 1967, ואינה ייחודית למקרה של עזה.

במאמר הצעתי, כחלופה לדיון מעגלי שעמימות זו מזמינה, גישה פונקציונלית לשאלת קיום הכיבוש. אפשר לראות את האופי האבסורדי של הדיון הנוכחי בפסק הדין בעניין אלבסיוני (שנרון בפרק ג). בג"ץ קבע בו כי ישראל אינה מחויבת בחובות של כובש בנוגע לאספקת החשמל בעזה, וכי היא יכולה להפחית את הזרם. החלטה זו נובעת מן הקונספט של "כיבוש", אשר נקבע שאינו חל כאן, אף כי למרבה הפרדוקס ההחלטה של בג"ץ עצמו מעידה על כוחה בפועל של ישראל לשלוט בממד מרכזי זה של החיים בעזה. אומנם כפי שהראיתי, בג"ץ השאיר באמירת אגב את הפתח לנוע מעבר לגישה הקונספטואלית ולבחון חובות הנובעות מהמשך השליטה על המעברים (או "חובות פוסט-כיבוש"); אך הרציו של פסק הדין נשאר במסגרת גישה קונספטואלית שחתרה תחת יצירת האחריות שאמורה לנבוע מהפעלת כוח לפי תכלית דיני הכיבוש.¹¹³

גישה חלופית ניתן למצוא לא רק באמרת האגב בעניין אלבסיוני, אלא כפי שתואר בפרק ב גם בחלק מהפסיקה הבינלאומית. כך למשל, החלטת טריבונל התביעות אתיופיה-אריתריאה בעניין ההפצצה האווירית לא קבעה באופן אבסטרקטי אם היה כיבוש ומכך גזרה חובות, אלא היא קבעה שחובות מדיני הכיבוש התקיימו כאשר אתיופיה הפעילה כוח ככובש. גישה זו מאפשרת, כמתואר במאמר, לגזור את אחריותו של כובש מכוחו (להבדיל מהגישה של פסק הדין בעניין בני הערובה, המבקשת לגזור את כוחו של כובש מאחריותו). גישה פונקציונלית נועדה ליצור אחריות ולא להיות תירוץ נוסף להימנע ממנה, וכך יש לפרשה.¹¹⁴ אין לפרשה כאמרת שלכובש אין אחריות כאשר התנהגותו מונעת מריבון

111 עניין פלוני נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 65.

112 Meir Shamgar, *The Observance of International Law in the Administered Territories*, 1 I. Isr. Y.B. Hum. Rts. 262, 266 (1971). ראו רועי אריאב־פרידא "מאמר היועץ המשפטי שמגר על הדין החל ביהודה, שומרון וחבל עזה" שורשים במשפט 247 (דינה זילבר עורכת, 2020).

113 לצורך בגישה תכליתית להחלת דיני הכיבוש, ראו בשי ומן כובשים מנותקים, לעיל ה"ש 11, בעמ' 20-22.

114 Hanne Cuyckens מבקרת את הגישה הפונקציונלית כגישה שאינה עומדת בדרישת השליטה הטריטוריאלית הנדרשת בדיני הכיבוש, אך בכך היא מחמיצה את הצורך שמייצגת הגישה

לגיטימי להפעיל כוח; גם התנהגות שכזו תיחשב כיוצרת אחריות הנובעת מכוח שמפעיל הכובש. אין לפרשה כמצדיקה גרסה חדשה של התייחסות למשפט הבינלאומי כאל "תוכנית כבקשתך", אלא ככזו הבאה להבטיח שמי שמפעיל שליטה – אפילו בתסריטים שאינם נראים כמו כיבוש "קלאסי" – לא יוכל להתחמק מאחריות באמצעות הכחשה, ויתור או שינוי בצורת השליטה. כך למשל, חלק מן הדוגמאות שנדונו במאמר ממחישות כיצד המשך השליטה הישראלית על תנועה משפיע על נגישות לחינוך; על כן לישראל תהיה אחריות בתחום ככל שהוא מושפע מהתנהגותה ומשליטתה במעבר של אנשים ושל סחורות, אך לא אחריות הכוללת חובת פיקוח על התפקוד היום יומי של בתי ספר או על תוכנית הלימודים. אף כי הגישה הפונקציונלית פותחה על רקע המקרה של עזה, הרי כפי שהראיתי בפירוט בספרי, היא רלוונטית למקרים רבים אחרים שבהם הפעילו כוחות כובשים וכוחות מקומיים שליטה במקביל, ושקשה להכניסם למסגרת ניתוח בינארי. דוגמאות לכך משמשים המקרים של עיראק לאחר שנת 2004 ושל ברלין לאחר מלחמת העולם השנייה ועד שנת 1990.¹¹⁵ אם המשפט הבינלאומי מבקש להיות רלוונטי ולא לתת כסות לשינוי של שליטה בצורה הכוללת אחריות מופחתת של הכוח הכובש אך רישיון להפעלה מוגברת של כוח קטלני, אזי הוא נדרש להכיר בצורות חדשות של שליטה, כחלק מגישה פונקציונלית, כביטוי לצורות חדשות של כיבוש כפי שתוארו במאמר זה. דרך זו היא חיונית כדי שנוכל לפנות אל המשפט ככלי להטלת אחריות, ולא לשלילתה.

לדון באפשרות של שליטה שלא במודל המסורתי של נוכחות צבאית מלאה. כמו כן היא מבקרת את הגישה כגישה היוצרת אי־ודאות משפטית והמאפשרת לכוּבש לבחור את הנורמות שיחיל מתוך דיני הכיבוש, אך טענה זו מחמיצה את עיקר טענתי, והיא שהמצב כיום הוא של אי־ודאות שבתוכה ישראל מבקשת להמשיך ולהפעיל שליטה בממדים רבים של החיים ללא החובות של כובש. נקודת המוצא של הגישה הפונקציונלית שאני מציע היא להטיל חובות כאשר מדינות מפעילות שליטה לא "מסורתית", ולא להפך. ראו Hanne Cuyckens, *Is Israel Still an Occupying Power in Gaza?*, 63 NETH. INT'L L. REV. 275, 287-90 (2016).

115 ראו Gross, *Writing on the Wall*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 123-135, בניגוד לטענתם של שיינדורף ושמיר־בורר, לעיל ה"ש 33, שעל פיה הגישה הפונקציונלית פותחה ויושמה רק בנוגע למצב העוברתי של עזה.

