

אחמד ואח'

על-ידי ב"כ שרי בשי ופאטמה אלעג'ו ואח'
טל: 03-6822935 פקס: 03-6822937

העותרים

נ ג ד

1. ראש הממשלה

2. שר הביטחון

על-ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 02-6466671, פקס: 02-6467011

המשיבים

תגובה מקדמית מטעם המשיבים לעתירה ולבקשה למתן צו-ביניים

1. בהתאם להחלטתו של כב' המשנה לנשיא ריבלין מיום 28.10.07, מתכבדים המשיבים להגיש תגובתם המקדמית לעתירה ולבקשה למתן צו-ביניים.
2. עניינה של העתירה בבקשת העותרים מבית המשפט הנכבד כי יורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יימנעו מלנתק או מלהגביל את אספקת החשמל לרצועת עזה; מדוע לא יימנעו מלנתק, מלצמצם או מלהגביל את אספקת הדלקים והסולר לרצועת עזה; מדוע לא יבטלו את החלטת הקבינט הביטחוני מיום 19.9.07, ככל שהיא מתייחסת להטלת סנקציות על האוכלוסייה האזרחית ברצועה.
3. כסעד ביניים מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד, כי יורה למשיבים בצו להימנע מלצמצם את אספקת החשמל והדלק לרצועת עזה.

ראשית, באשר לראשה הראשון של העתירה הנוגע לאספקת החשמל, **העתירה איננה אקטואלית בשלב זה**. כפי שנכתב בהחלטת הקבינט מיום 19.9.07, ההגבלות ייושמו לאחר בחינה משפטית תוך התחשבות בהיבטים ההומניטאריים השוררים ברצועת עזה. הבחינה המשפטית אכן נעשתה, כפי שנקבע בהחלטת הקבינט, ללא כל קשר להגשת העתירה, ובשלב זה החליט היועץ המשפטי לממשלה כי עד להשלמת עבודת מטה נוספת

ובכפוף לתוצאותיה, אין מקום לצמצם את אספקת החשמל לעזה. לפיכך, אספקת החשמל לעזה לא תצומצם בשלב זה והעתירה בעניין זה איננה אקטואלית בשלב זה.

שנית, באשר לצמצום אספקת הדלק והסולר לרצועת עזה, המשיבים יטענו כי אין כל מניעה משפטית או אחרת לנקיטה בפעולה זו מצד ישראל. מדינת ישראל מצויה בעימות מזוין מול יישות הטרור השולטת ברצועת עזה, הממשיכה מזה חודשים במתקפה נפשית וחסרת אבחנה כנגד האוכלוסייה האזרחית בישראל. בנסיבות אלה, וכל עוד מקפידה ישראל על מחויבותה שלא לגרום למשבר הומניטארי ברצועת עזה, אין כל פגם בפעולותיה של המדינה – לא מבחינת המשפט הבינלאומי ולא מבחינת הדין הישראלי. למדינת ישראל הזכות להחליט עם מי היא קושרת או משמרת קשרים כלכליים. משהחליטה יישות הטרור השולטת ברצועה לתקוף את מדינת ישראל, אזרחיה, ילדיה וקשישיה, לקרוא להשמדתה ולעשות כל שביכולתה כדי לפגוע בה, ישראל איננה מנועה משום בחינה לצמצם עד למינימום ההומניטארי ההכרחי את קשריה המסחריים עמה.

עמדת המשיבים תפורט להלן.

א. להלו עיקרי העובדות הצריכות לעניין

א. (1) רקע עובדתי כללי

4. מאז מלחמת ששת הימים ועד ליום 12.9.05 הוחזקה רצועת עזה ב"תפיסה לוחמתית" על-ידי כוחות צה"ל.

לעניין השתלשלות העניינים מבחינה משפטית בנוגע לדין שחל ברצועת עזה בתקופה שמלחמת ששת הימים ועד ליום 12.9.05 נבקש להפנות לפסק דינם של עשרת שופטי הרוב בבג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' הכנסת**, פ"ד נט(2) 481.

5. במהלך החודשים אוגוסט-ספטמבר 2005 יישמה מדינת ישראל את התוכנית להתנתקות מאזור חבל עזה ומאזור בצפון השומרון. במסגרת תוכנית ההתנתקות פינתה מדינת ישראל את כל יישוביה, אזרחיה וכוחותיה הצבאיים מאזור חבל עזה.

6. ביום 6.6.04 קיבלה ממשלת ישראל את החלטה מס' 1996, הקובעת, בין היתר, כי: "השלמת תוכנית ההתנתקות תשולל את תוקפן של הטענות כנגד ישראל בדבר אחריותה לפלסטינים ברצועת עזה".

7. ביום 11.9.05 קיבלה ממשלת ישראל את החלטה מס' 4235 הקובעת, כדלקמן:

"מחליטים, (פה אחד), לסיים את הנוכחות הישראלית ברצועת עזה וב"ציר פילדלפי" כדלקמן:

בהתאם להחלטת הממשלה מס' 1996 מיום 6.6.2004, בדבר תכנית ההתנתקות, יוציא צה"ל את כוחותיו משטחי רצועת עזה, לרבות מאזור קו הגבול שבין רצועת עזה למצרים ("ציר פילדלפי").

הוצאת כוחות תבוצע בלוח זמנים שייקבע על-ידי מערכת הביטחון, ובהתחשב בצרכים המבצעיים בשטח.

עם יציאת כוחות צה"ל משטחים אלה, תועבר האחריות עליהם לידי הרשויות הפלסטיניות ויסתיים הממשל הצבאי באזור חבל עזה. מערכת הביטחון, בתיאום עם משרד המשפטים, תנקוט בצעדים הדרושים לביטולו הפורמלי של הממשל הצבאי."

8. ואכן, ביום 12.9.05 הסתיים יישומה של תכנית ההתנתקות, ואחרון חיילי צה"ל ואזרחי מדינת ישראל עזב את שטח רצועת עזה. עוד באותו היום, 12.9.05, הוציא מפקד פיקוד הדרום באותה עת, האלוף דן הראל, ששימש כמפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, מנשר המודיע על דבר סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה.

9. לפיכך, החל מיום 12.9.05, בשעה 24:00, הסתיים הממשל הצבאי של צה"ל בשטח רצועת עזה, ואיתו הסתיימה גם התפיסה הלוחמתית של צה"ל את רצועת עזה, על כל המשתמע מכך מבחינה מדינית, ביטחונית ומשפטית.

החל ממועד תום הממשל הצבאי בחבל עזה, צה"ל אינו מפעיל עוד סמכויות ממשל צבאי ברצועת עזה, ובכלל זה סמכויות מכוח תחיקת הביטחון. ממועד זה, מלוא הסמכויות השלטוניות בכל שטחי הרצועה מסורות לרשות הפלסטינית.

10. ביום 25.3.06 הושבעה ממשלת החמאס (בהמשך לבחירות שנערכו ברשות הפלסטינית ביום 25.1.06), ולפיכך, החל מאותו היום, עברה השליטה ברצועת עזה לידי ארגון טרור, אשר חרת על דגלו את השמדתה של מדינת ישראל.

לא למותר גם יהיה להוסיף, שהחמאס במהלך מערכת הבחירות שלו, התנגד לקשרים עם ישראל ולכלל יחסים נורמליים איתה. חרף זאת, זכה החמאס לניצחון סוחף ברצועת עזה. ממשלת החמאס אינה מכירה במדינת ישראל ובהסכמים שנחתמו עימה על-ידי הצד הפלסטיני. ממשלה זו, כמובן, גם אינה פועלת נגד הטרור אלא מעודדת אותו במישרין ובעקיפין.

11. ביום 11.4.06, בעקבות השבעת ממשלת החמאס, קיבלה הממשלה החלטה נוספת, מס' 4780, שעניינה "מדיניות ישראל כלפי הרשות הפלסטינית עם הקמת ממשלת החמאס".

"4780.

מדיניות ישראל כלפי הרשות הפלסטינית עם הקמת ממשלת
החמאס

מ ח ל י ט י ם (פה אחד):

בעקבות הבחירות ברשות הפלסטינית, שלאחריהן הושבעה ממשלת החמאס ב-25 במארס 2006, ממשלה שאינה מכירה בקיומה של מדינת ישראל ובהסכמים שנחתמו עימה ושלא מתנערת מדרך הטרור:

1. הרשות הפלסטינית הינה רשות טרור העוינת את ישראל.
2. מדינת ישראל, על כל גורמי הממשל שלה, לא תקיים קשרים עם הרשות הפלסטינית וגורמי השלטון שלה.
3. הרשות הפלסטינית היא רשות אחת ולפיכך לא תהיה התייחסות אחרת ליו"ר הרשות הפלסטינית או למשרד הנשיאות. עם זאת, לא תהיה פסילה אישית של יו"ר הרשות הפלסטינית.
4. גורמים זרים שיבקרו באזור ויפגשו עם גורמי החמאס לא יתקבלו, באותו ביקור, לפגישות עם גורמים ישראלים.
5. ישראל, יחד עם הקהילה הבינלאומית, תתאם את דרכי הסיוע ההומניטרי הניתן לאוכלוסיה הפלסטינית, שלא דרך מנגנוני השלטון.
6. בכפוף לשיקולי הביטחון, המעברים מישראל לרצועת עזה יישארו פתוחים כדי לאפשר כניסת הסיוע ההומניטרי לרצועת עזה.

12. על אף יציאת כוחות צה"ל מאזור חבל עזה, וסיום הממשל הצבאי באזור, ממשיכים ארגוני הטרור כל העת לבצע פעולות טרור נגד מדינת ישראל, ונגד אזרחיה ותושביה, מתוך שטח רצועת עזה, ובכלל זה ירי רציף ומתמשך של טילים ופצצות מרגמה לעבר מדינת ישראל ופיגועים וניסיונות פיגוע המכוונים כנגד אזרחים וחיילי צה"ל במעברים שבין רצועת עזה לישראל, לאורך גדר המערכת ובשטח מדינת ישראל. מעשי טרור אלה מהווים המשך ישיר לפעילות ארגוני הטרור נגד מדינת ישראל ותושביה, אשר למולה מנהלת ישראל לחימה מזוינת מכוח זכותה להגנה עצמית מזה למעלה משבע שנים.

13. כידוע, לפני מספר חודשים השתלט ארגון החמאס באופן אלים על רצועת עזה כולה, וכיום הוא שולט באופן אפקטיבי הן בשטח רצועת עזה והן במעברים שבין ישראל לרצועת עזה, בצידם הפלסטיני.

14. מדינת ישראל, מתוקף זכותה המלאה להגנה עצמית, פעלה בעבר ופועלת גם כיום על מנת להגן על יישוביה, אזרחיה ותושביה מפני פעולותיהם הנפשעות של ארגוני הטרור. בכלל זאת, פועלת מדינת ישראל על-מנת לסכל את כוונות ארגוני הטרור לביצוע פיגועי ירי ופיגועים במעברים שבין רצועת עזה לבין שטח הריבוני של מדינת ישראל.

15. בד בבד, מדינת ישראל עוקבת אחר המצב ההומניטארי ברצועה, ככל שהיא יכולה בנסיבות הקיימות, ומקפידה על פרקטיקה של הכנסת מצרכי יסוד לרצועה באמצעות מעברי הגבול בין מדינת ישראל לרצועה. ישראל אף מאפשרת הכנסתן של סחורות מעבר למוצרי יסוד, לרבות תרומות וסיוע הומניטארי.

א. (2) החלטת הקבינט העומדת במרכז של העתירה

16. ביום 5.9.07 ושוב ביום 19.9.07, התכנס הקבינט המדיני-ביטחוני והחליט, בין השאר, כי נוכח השתלטותו של ארגון החמאס על רצועת עזה הפכה הרצועה ל"שטח עויין", **הזהה כמעט מכל בחינה רלוונטית למדינת אויב עמה מתקיים מצב מלחמה**. בעקבות זאת, החליט הקבינט להטיל הגבלות על העברת טובין לעזה, לצמצם את אספקת הדלק והשירותים לרצועה ולהגביל את התנועה לרצועה וממנה.

יחד עם זאת, נקבע כי ההגבלות דלעיל תוטלנה "לאחר בחינה משפטית ותוך התחשבות בהיבטים ההומניטאריים השוררים ברצועת עזה, מתוך כוונה להימנע ממשבר הומניטארי".

צילום הפרסום בדבר החלטת הקבינט מצורף ומסומן מ/ש 1.

17. כאמור לעיל, בהמשך להחלטת הקבינט נערכה בחינה משפטית של ההגבלות דלעיל. היועץ המשפטי לממשלה החליט שלא לאשר, בשלב זה, את צמצום אספקת החשמל לרצועה. באשר לצמצום באספקת הדלקים, נמצא כי אין מניעה חוקית להוציאן לפועל, וזאת לאור הערכת מערכת הביטחון כי הצמצום שנקבע אין בו כדי לפגוע בצרכים ההומניטאריים, ובתנאי של קיום מעקב שוטף באשר להשפעות צמצום אספקת מוצרי הדלק על השירותים החיוניים, כדי להבטיח מניעת פגיעה בצרכים ההומניטאריים בסיסיים.

18. מכיוון שבלב העתירה נמצאות ההגבלות על אספקת חשמל ודלק, ומכיוון שסוגיית אספקת החשמל איננה אקטואלית עוד, בשלב זה, נבקש להציג כעת את מהות הצמצום באספקת הדלק לרצועה.

19. העקרונות המתווים את ההחלטה על צמצום אספקת הדלק לרצועה הם אלה :

- א. הצמצום יבוצע באופן הדרגתי.
- ב. הצמצום לא יכלול, בשלב זה, צמצום באספקת הגז לבישול.
- ג. הצמצום באספקת הסולר, המשמש בין השאר לתחבורת אמבולנסים, תחבורה ציבורית ותחנות כוח, יבוצע כך שתצומצם הפגיעה ההומניטארית ככל הניתן.
- ד. הצמצום ייעשה תוך מעקב מתמיד על-ידי המשיבים, על-מנת שלא ייווצר משבר הומניטארי. למותר לציין, כי הצמצום באספקה הוא הפיך וניתן בכל עת לשנותו.

20. על-פי התוכנית, צמצום אספקת הדלק לרצועה יבוצע בשני שלבים. המעבר משלב לשלב מותנה באישור הדרג המדיני, כך שכרגע מאושר רק השלב הראשון של צמצום האספקה. בשלב זה, כמות הבנזין השבועית שתוכנס לרצועה תפחת מכ- 350,000-400,000 ליטר בחודש האחרון לכ-300,000 ליטר, כשלאחר מכן תיבחן האפשרות "לעבור" לשלב הבא, קרי, ליישם את הפחתת הכמויות המדורגת.

21. צמצום אספקת הסולר לתחבורה לרצועה יבוצע אף הוא בשני שלבים, כשרק השלב הראשון אושר לעת עתה. משכך, כמות הסולר השבועית שתוכנס לרצועה תפחת מכ-1,500,000 ליטר בשבוע בחודש האחרון לכ-1,200,000 ליטר בשבוע.

נציין, כי להערכת המשיבים כמות הדלקים הנדרשת לשם מילוי הצרכים ההומניטאריים ברצועה איננה עולה על 50% מהכמות המסופקת כיום. הערכה זו היא הערכה שמרנית, הלוקחת בחשבון "טווחי זהירות" משמעותיים.

22. אספקת הסולר לתחנת הכוח תפחת מכ-2,200,000 ליטר סולר בשבוע בממוצע מתחילת השנה לכ-1,750,000 ליטר בשבוע. נציין לעניין זה, כי החל מספטמבר האחרון החלו הפלסטינים להפעיל טורבינה נוספת (שלישית) בתחנת הכוח ברצועה, במשך 3-4 ימים בשבוע. בשל כך בחודש האחרון חלה עליה באספקת הסולר לתחנות הכוח לשם הגברת הייצור - כאשר שתי טורבינות פועלות, הן מייצרות כ-55 מגה וואט. כאשר שלוש הטורבינות פועלות, הן מייצרות כ-63 מגה וואט. לכן, המשמעות המעשית של צמצום אספקת הסולר לתחנת הכוח היא לכל היותר השבת המצב לקדמותו – יצור חשמל ברמה ששררה ברצועה לפני כחודש-חודשיים ולא מעבר לכך.

ב. עמדת המשיבים

23. המשיבים יטענו, כי דין העתירה להידחות.

המשיבים יטענו, כי הצעדים אשר פורטו לעיל בהם נוקטת ישראל מותרים על פי המשפט הבינלאומי ועל-פי הדין הישראלי. זכותה של מדינה להחליט עם מי היא מקיימת קשרים כלכליים ואחרים גם בימי שלום. קל וחומר, כאשר הדבר נעשה על רקע של עימות מזוין. זכותה של המדינה להחליט שאין בכוונתה להתקשר כלכלית או לסייע כלכלית לצד האחר לעימות, או לפעול בדרך של "לוחמה כלכלית". בהקשר זה יודגש כי אספקת הדלק לרצועה תעמוד, גם לאחר צמצומה, במינימום ההומניטארי הנדרש בהתאם לדין הבינלאומי.

המשיבים אף יבקשו לדחות את טענת העותרים לפיה מדובר ב"ענישה קולקטיבית" כביכול. טענה זו של העותרים היא מוטעית לחלוטין מבחינה עובדתית ומשפטית-אנליטית. על-פי ההיגיון העומד בבסיסה של גישה שגויה זו, כל סנקציה כלכלית המוטלת על מדינה כלשהיא, ובכלל זה, למשל, גם החרם הכלכלי שהוטל על משטר האפרטהייד או החרם הכלכלי המוטל על איראן הם בבחינת "ענישה קולקטיבית" אסורה של אזרחי אותן מדינות. דא עקא, שהפרקטיקה הנרחבת של שימוש בכלי זה במישור הבינלאומי, כמו גם הגיונם של דברים, סותרים טענה זו מכל וכל.

עוד יטענו המשיבים, כי הסוגיה שבפנינו אינה יכולה להיבחן במנותק מהשאלה "מה האלטרנטיבה". מכיוון שהאלטרנטיבה המובהקת הנראית לעין, במצב של המשך הפגיעה הקטלנית באוכלוסייה אזרחית ישראלית ללא כל הבחנה ובאמצעות רקטות, טילים, פגזים, נשק קל ומחבלים מתאבדים, היא פעולה צבאית נרחבת ברצועת עזה, שתוביל בהכרח לפצועים או הרוגים משני הצדדים, ברור כי לעת הזו, פעולות הלחימה הכלכלית הן חלופה ראויה ומידתית יותר מבחינת הפגיעה באוכלוסייה ברצועת עזה.

ב. (1) התשתית המשפטית החלה על פעילות צה"ל ברצועת עזה לאחר סיום הממשל הצבאי

24. בין המשיבים לבין העותרים קיימת מחלוקת באשר לתשתית המשפטית החלה על ענייננו: טיעונם של המשיבים בנושא זה הוא פשוט בתכלית – החל מיום 12.9.05 עם סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה וסיום הנוכחות הצבאית והאזרחית ברצועה, כתוצאה מהשלמת תכנית ההתנתקות, חדלו לחול שם דיני התפיסה הלוחמתית. עם זאת, ממשיכה להתחולל ברצועת עזה פעילות לחימה נגד הטרור הפלסטיני, עליה חלים דיני הלחימה.

העותרים אינם מקבלים גישה זו, וסבורים כי יש להחיל על ענייננו עקרונות מתחום התפיסה הלוחמתית.

לדעת המשיבים אין צורך לשם הכרעה בעתירה זו להכריע בין שתי התפיסות דלעיל (תפיסת המדינה הוצגה בהרחבה במסגרת הודעותיה בבג"ץ 10265/05 בעניין היעפים העל-קוליים של חיל האוויר בשמי רצועת עזה – נבקש להפנות לכל האמור שם). זאת, מכיוון שבין כך ובין כך צמצום אספקת המוצרים והדלק לרצועת עזה הוא מותר, לגיטימי וחוקי על-פי המשפט הבינלאומי.

ודוק: המשיבים יטענו, כי צמצום אספקת הדלק והסחורות מישראל לרצועת עזה, במתכונת עליה הוחלט, היה חוקי וסביר אף אילו היו חלים על העניין דיני השלום; צמצום אספקת הדלק והסחורות מישראל לרצועת עזה, במתכונת עליה הוחלט, היה חוקי אילו היו חלים על העניין דיני התפיסה הלוחמתית; צמצום אספקת הדלק והסחורות מישראל לרצועת עזה, במתכונת עליה הוחלט, הוא חוקי וסביר מקל וחומר, כאשר חלים על העניין דיני הלחימה, כבענייננו.

25. המשיבים יטענו, אפוא, כי בהתאם לכל מערכת דינים שתחול על פעולות ישראל ברצועה, פעולותיה של ישראל הנתקפות בעתירה הן חוקיות וסבירות.

תחילה, ננתח את ההגבלות אותן מטילה ישראל על הרצועה מנקודת המבט של דיני הלחימה, ונטען כי מדובר בצעדים שהם בבחינת "לוחמה כלכלית" לגיטימית. בהמשך, ננתח את ההגבלות מנקודת המבט של דיני התפיסה הלוחמתית (שאינם חלים לדעת המדינה על פעולותיה של ישראל ברצועת עזה), ונראה כי גם אילו היינו הולכים לשיטתם של העותרים ומחילים על השטח את דיני התפיסה הלוחמתית היו ההגבלות חוקיות וסבירות.

ב. ניתוח ההגבלות על-פי הדינים החלים (דיני הלחימה) - "לוחמה כלכלית"

26. אמצעי כפייה כלכליים אשר מדינה מסוימת מבקשת לנקוט ביחסיה עם מדינה אחרת (או, כבענייננו, עם יישות אחרת השולטת בפועל בשטח בו מתקיימת לחימה) הינם בראש ובראשונה, חלק ממדיניותה הכלכלית של אותה מדינה.

(Omer Yousif Elagab, The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law (1988) 197).

27. חופש הפעולה העומד לרשות מדינה בקביעת מדיניותה הכלכלית אינו נובע ממקור סמכות מפורש באמנה כלשהי, אלא מעקרון הריבונות ועצמאות המדינות – עקרון יסוד במשפט הבין-לאומי, לפיו למדינה מותר לעשות כל מה שלא נאסר עליה במפורש – דהיינו, לפעול בכל דרך שתמצא לנכון, אלא אם פעולה זו אסורה על פי כלל של המשפט הבין לאומי:

"The basic proposition is still operative in the sense that **the starting point for the consideration of the rights and obligations of states within the international legal system is that international law permits freedom of action for states unless there is a rule constraining this**. However, it must be emphasized that such freedom exists within and not outside the international legal system."

Malcolm N. Shaw, International Law 150 (4th ed., 1997).

באופן דומה התבטא גם בית הדין הבין-לאומי הקבוע לצדק (אשר פעל לצד חבר הלאומים), בהחלטתו בעניין Lotus, המהווה אבן פינה של המשפט הבין-לאומי המודרני:

"... [r]estrictions upon the independence of states cannot therefore be presumed."

Lotus Case, The PCIJ, Series A, No. 10 (1927), p. 18

בהקשר זה, ראוי לציין גם את פסיקת בית המשפט הנכבד בבג"ץ 69/81 **באסיל אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון**, פ"ד לו (2) 197, לפיה:

"בהעדרו של הסדר הסכמי או מנהגי, חופשית המדינה לנהוג לפי מיטב הבנתה ועקרונותיה, ובעשותה כן היא מיישמת את המשפט הבין-לאומי הקיים, כי גם המסקנה בדבר העדרו של מנהג מחייב. כאמור. היא חלק מן המשפט הבין-לאומי."

28. עמדתה של המדינה, כאמור, היא כי על פעולותיה של ישראל ברצועת עזה חלים **דיני הלחימה**.

29. בספרות העוסקת בדיני הלחימה מכונה נקיטת צעדים כלכליים במסגרת של עימות מזוין בין המדינה "השולחת" (במקרה שבפנינו – ישראל) לבין מדינת "היעד" (במקרה שבפנינו – רצועת עזה) בשם "**לוחמה כלכלית**" וכפי שנראה להלן היא מהווה חלק בלתי-נפרד מעימותים מזוינים בעידן המודרני, לאור חלקה המרכזי של כלכלת המדינה בהמשך המאמץ המלחמתי. לעניין זה השוו: Martin Domke, Trading with the Enemy in World War II 4 (1943).

דומה כי הרציונאל העומד בבסיס השימוש באמצעים כלכליים במסגרת דיני הלחימה נלמד מעצמו. הלוחמה הכלכלית מהווה חלק בלתי נפרד מהלחימה. עמדה על כך באחת הפרשות כב' השופטת פרוקצ'יה, אשר דחתה כ"מלאכותית" את ההבחנה שניסו לערוך אנשי ארגון "החזית העממית" בין פעילותו הצבאית של הארגון לבין פעילותו "האזרחית" (בש"פ 6552/05 עבידאת נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(3), 2120 (2005)), כדלקמן:

"על פני הדברים, פעילותו האזרחית של הארגון נועדה לסייע לפעילות הצבאית ולשמש בסיס ותשתית לה. לא הוכח בפנינו אחרת. משכך, לא ניתן לבודד בין הפונקציה האזרחית לפונקציה הצבאית בפעילותו של הארגון, וכל אבחנה והפרדה ביניהם היא מלאכותית ושגויה. הפונקציה האזרחית מזינה את התכלית הצבאית. והתכלית הצבאית מספקת את העילה והתכלית לפעילות הכספית האזרחית ולהזרמת המימון הנדרש לפעילות הארגון. ובכלל זה גם למעשי עזרה לנזקקים. ולקיום פעילויות חברתיות בין צעירי הארגון כדי לעודד את מעורבותם והשתייכותם לארגון (בש"פ 7385/03 אגבריה נ' מדינת ישראל; בש"פ 7223/03 שיח' ראיד (בן סאלח) מחאג'נה נגד מדינת ישראל).

פעילותה של החזית העממית מסכנת את שלום אזרחי המדינה. פעילות זו סמוכה כמטחוווי קשת לבתייהם של אזרחי ישראל והיא מאיימת איום ישיר וקשה על חייהם ועל שלומם. על המדינה ומערכת המשפט להגן על שלום הציבור מפני הסיכור הנשקף מארגון הטרור. ואחת הדרכים לעשות זאת היא באמצעות ניטרולם של מנהיגי הארגון מכוחם וממעמדם. והחלשת יכולתם לקדם את פעילות הארגון - בין במישרין. במישור הצבאי ובין בעקיפין. בדרך פיתוח הזרוע האזרחית של פעילות הארגון".

30. הכלי הבסיסי המופעל במסגרת לוחמה כלכלית הינו האיסור על מסחר עם האויב: מכיוון שמדינה איננה מחויבת מראש לקיים יחסים כלכליים עם אף מדינה אחרת, ודאי שאינה חייבת לקיים יחסים כלכליים, בין אם על דרך של יחסי מסחר ובין אם על דרך של מתן שירותים, עם מדינה שהיא בבחינת מדינת אויב (גם אם באותה שעה לא מתנהל עימות מזוין בין המדינות, ועל אחת כמה וכמה כאשר מתנהל עימות מזוין).

העיקרון לפיו מדינה חופשית לבחור את הישויות עמן תנהל יחסים כלכליים תקף במידה שווה גם ביחס לשאלת הפסקת יחסים כלכליים עם מדינות אחרות בכלל, ומדינות שהפכו לאויב, בפרט.

31. כך, ברור העיקרון לפיו בעת לחימה, אין חובה לתת לאויב סיוע כלכלי במלחמתו, בין אם ישירות, ובין אם בעקיפין, והדבר נכון, גם אם פירוש הדבר הינו הפסקת יחסים כלכליים

עם מדינה או ישות אחרת שבעבר היו עמה יחסים כאמור, בשל תחילתו של עימות מזוין בין השתיים.

32. תפיסה זו בדבר השעיית היחסים הכלכליים עם מי שהינו אויב, הינה תפיסה רחבת היקף שאינה מתייחסת אך ליחסי המסחר של המדינה עצמה עם מדינת האויב, אלא גם ליחסי המסחר של **אזרחי המדינה** עם מדינת האויב ו**תושביה**, כאשר ההנחה היא שבקיומם של יחסי מסחר כלשהם, יש משום סיוע **למדינת האויב**, וכי גם רווחים של פרטים שהינם נתיני ותושבי מדינת אויב מהווים סיוע (ולו עקיף) לכלכלת המדינה.

33. על אמצעי כפייה כלכליים הננקטים במהלך עימות מזוין חלים דיני הלחימה והם כפופים למגבלות הקבועות בדינים אלה. נעבור כעת לבחינת מגבלות אלו.

ב. (2)(1) המגבלות החלות על פעולות במסגרת דיני הלחימה – כללי

34. כידוע, בבסיס דיני הלחימה עומדים ארבעה עקרונות יסוד – הצורך הצבאי, האבחנה, המידתיות והאנושיות – אשר התפתחו במשך השנים והפכו מקובלים בעולם כולו (ובכלל זה, מחייבים גם את מדינת ישראל). יצוין, כי מתוך עקרונות אלו נגזרים איסורים ומגבלות ספציפיים המעוגנים באמנות השונות, חלקם בעלי מעמד מנהגי כשלעצמם.

35. מבלי להידרש לשאלת התחולה העקרונית של ארבעת עקרונות היסוד על מכלול הפעולות הנעשות אגב עימות מזוין, יצוין כי ככלל נהוג במסגרת זו להבחין בין צעדים בעלי אופי צבאי ומבצעי מובהק, לבין צעדים אחרים, ובכלל זה צעדים כלכליים.

36. ככלל, צעדים כלכליים אינם נכנסים למסגרת של צעדים כוחניים או צבאיים באופיים ולכן אותן הוראות המסדירות את נקיטתם של צעדים צבאיים וכוחניים אלה אינן רלוונטיות באותה מידה ביחס אליהם.

בהתאם, עקרון האבחנה ועקרון הצורך הצבאי, המתייחסים לפעולות צבאיות המבוצעות אגב עימות מזוין, אינם חלים, ככלל, על צעדים כלכליים (על-כן יש לדחות את טענותיהם של העותרים המתבססים על ניתוח של עקרון האבחנה). על כך אף מעידה העובדה כי הספרות, שניתחה אמצעים כלכליים המופעלים בעת עימות מזוין, לא נדרשה לניתוחם על בסיס העקרונות הנוגעים לצעדים צבאיים בעת לחימה.

Boris Kondoch, *Limits of Economic Sanctions under International Law: The Case of Iraq 284* (<http://www.casi.org.uk/info/kondoch01.pdf>)

37. נדגיש כי אין להסיק מן האמור כי ניהולה של לוחמה כלכלית במסגרת עימות מזוין משוחרר מכל מגבלה: בעת עימות מזוין חלות על כל צד לעימות חובות בסיסיות, שנועדו

להבטיח את שלומה של האוכלוסייה האזרחית ואת השמירה על כבודה ועל זכויותיה הבסיסיות.

חובות אלה חלות באופן כללי ביחס לאוכלוסייה האזרחית למשך העימות, ללא תלות בהתקיימות מצב של שליטה אפקטיבית של צד אחד לעימות בשטחו של צד אחר לעימות. יחד עם זאת, חובות אלו הינן מצומצמות באופן יחסי בהתאם לדין הבינלאומי.

38. בדיני המלחמה, המכירים בכך **שלוחמה כלכלית** היא חלק מהמאמץ הלחימתי הכולל, קיימות הוראות ספציפיות המסדירות את השימוש באמצעים דרכם מנוהלת הלוחמה הכלכלית. ראוי לציין כי, במשתמע מעצם הסדרת הנושא בכללים ספציפיים הקובעים את גדר המותר והאסור, עולה כי אין איסור על עצם השימוש באמצעי כפייה כלכליים במסגרת עימות מזוין. נתייחס להוראות אלו להלן.

ב. (2)(2) החובה לאפשר מעבר חופשי של סחורות – חובה מצומצמת

39. סעיף 23 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע:

"Each High Contracting Party shall **allow the free passage of all consignments of medical and hospital stores and objects necessary for religious worship intended only for civilians of another High Contracting Party, even if the latter is its adversary. It shall likewise permit the free passage of all consignments of essential foodstuffs, clothing and tonics intended for children under fifteen, expectant mothers and maternity cases.**

The obligation of a High Contracting Party to allow the free passage of the consignments indicated in the preceding paragraph is subject to the condition that this Party is satisfied that there are no serious reasons for fearing:

- (i) that the consignments may be diverted from their destination,
- (ii) that the control may not be effective, or
- (iii) that a definite advantage may accrue to the military efforts or economy of the enemy through the substitution of the abovementioned consignments for goods which would otherwise be provided or produced by the enemy or through the release of such material, services or facilities as would otherwise be required for the production of such goods.

The Power which allows the passage of the consignments indicated in the first paragraph of this Article may make such permission conditional on the distribution to the persons benefited thereby being made under the local supervision of the Protecting Powers.

Such consignments shall be forwarded as rapidly as possible, and the power which permits their free passage shall have the right to prescribe the technical arrangements under which such passage is allowed."

(ההדגשה הוספה)

40. מן הסעיף עולה כי צד לעימות מחויב לאפשר את מעברן של סחורות המיועדות לאזרחי הצד שכנגד, בהתאם לחלוקה הבאה: ציוד רפואי ותשמישי תפילה, אשר את מעברם יש לאפשר באופן כללי; ומצרכי מזון, בגדים ותרופות הכרחיים, אשר את העברתם יש לאפשר ככל שהם מיועדים לנשים הרות ולילדים מתחת לגיל 15. סעיף זה מטיל חובות כלפי אוכלוסיית האויב ללא תלות בקיומה של שליטה אפקטיבית בשטח בו נמצאת אוכלוסייה זו, קרי גם כאשר האוכלוסייה מצויה בשטח הנמצא בשליטת האויב.

41. ברי, כי נקודת המוצא של הוראה זו היא ניהולה של "לוחמה כלכלית" כחלק מן העימות המזוין בין הצדדים. במשתמע, הוראה זו מכירה באופן חד-משמעי בחוקיותה של תופעה זו, וחותרת אך לקבוע לה רף מינימאלי. כך כותב גם פרשנה הרשמי של האמנה, המלומד פיקטה, בדברי פרשנותו על הסעיף:

"In consequence of the growing economic interdependence of States the blockade has become a most effective weapon. **A ban on all trade with the enemy** or with any country occupied by the enemy, strict regulations governing trade with neutral countries, and an extension of the idea of "war contraband" **are measures whose object is to place the adverse party in a state of complete economic and financial isolation; such measures cause suffering to the population as a whole, as they affect combatants and non-combatants indiscriminately.**"

Jean S. Pictet, Commentary to the IV Geneva Convention 178 (1958).

(ההדגשה הוספה)

42. לאור האמור לעיל, ממשיך המלומד פיקטה ומנתח את מהות החובה לאפשר את מעבר הסחורות המוגדרות בסעיף. על-פי פיקטה, החובה הינה כללית באופייה, וחלה ללא קשר לזהות השולח – מדינה שלישית, ארגון בין-לאומי או גוף פרטי – או לאופן הגעתו של המשלוח (בים או ביבשה) (פיקטה בספרו, שם, בעמ' 181).

43. עם זאת, סעיף 23 קובע שלושה תנאים מצטברים אשר התקיימותם דרושה לצורך התגבשות החובה:

א. **העדר חשש לשימוש חורג**, כזה המבוסס על ידע עובדתי (של הצד לעימות המאפשר את מעברה של הסחורה) לפיו היא לא תגיע לאוכלוסיה לה היא מיועדת;

ב. **קיומו של פיקוח הדוק** על הסחורה, מרגע העברתה עד לרגע חלוקתה, אשר הצד המאפשר את ההעברה רשאי לדרוש כי ייעשה על-ידי צד שלישי בלתי-תלוי (כגון ארגון בין-לאומי);

ג. **אי-יצירת יתרון מוגדר לצד שכנגד**, במובן זה שהצד המאפשר את ההעברה רשאי להפסיקה ככל שיש לו סיבה מהותית להאמין כי היקפם ותדירותם של המשלוחים עשויים לסייע למאמצים הצבאיים או הכלכליים של האויב. זאת למרות העובדה אותה מציין פיקטה, שסוגי הסחורות אשר הסעיף מחייב לאפשר מעברן הם כה מצומצמים עד שקשה להאמין כי עשויה להיות להם השפעה ממשית על כלכלת האויב (שם, בעמ' 182-183).

44. לא למותר לציין, כי עצם הכללתו של סייג אחרון זה בסעיף, מלמד על כך **שפגיעה בכלכלה לכשעצמה היא אמצעי לגיטימי בלחימה ושיקול רלבנטי אפילו בעת החלטה על הכנסת משלוחי סיוע**.

בהמשך לכך, סעיף 70 לפרוטוקול הנוסף, אשר ניתן ככל הנראה לסווגו כבעל מעמד מנהגי, יוצר חובה כללית לאפשר העברת "מצרכים חיוניים להשרדות האוכלוסייה האזרחית" במסגרת עימות מזוין, במידה שבנסיבות הקיימות אותה אוכלוסייה אינה מצוידת במצרכים אלו באופן מספק.

45. בהקשר זה נעיר, כי בנסיבות העניין שבפנינו אספקת הסחורות לרצועה אף מושפעת מקיומן של התקפות חוזרות ונשנות על המעברים. לעניין זה נבקש להפנות את בית המשפט הנכבד לדברים שנאמרו לאחרונה בבג"ץ 5429/07 **רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון**, תק-על 2007(2) 5055 (2007), כדלקמן:

"... לטענת המשיבים יש לזכור כי – כאמור מעלה – כל פתיחה של מעבר ארז כרוכה בסכנה לחיי החיילים והאזרחים הישראליים, ואירע לאחרונה מקרה – למשל – שבו נשים פלסטינאיות בהריון שאמורות היו לעבור על יסוד הומניטארי, היו בעצם מחבלות מתאבדות. על כן יש לצמצם את פתיחת השער רק להכרחי, כדי שלא ייווצר מצב שאדם חולה פלוני יפעל בצורת "תמות נפשי עם..."

...
אולם, מנגד, לא אנו - וגם לא העותרים - עומדים במעבר ארז וחשופים לסכנות הטרור בכל פתיחה שלו, ועל כן לא יהא זה הוגן ומן המידה כי נחשוף במחי עט את חיילי צה"ל והאזרחים במעבר לפתיחתו מעל להכרחי, וזו הטענה בהקשר זה..."

ב. (2)(3) הגנה על מתקנים חיוניים להישרדות אוכלוסייה אזרחית

46. סעיף 54 לפרוטוקול הנוסף מעגן מספר הוראות בהקשר זה, לרבות האיסור המפורש על השימוש בהרעבת האוכלוסייה האזרחית כשיטת לוחמה; האיסור על תקיפתם, הריסתם, סילוקם או הוצאתם מכלל שימוש של מתקנים חיוניים להישרדות האוכלוסייה האזרחית, לרבות מחסני מזון, שדות חקלאיים ומתקני אספקת מי שתייה, למטרה המפורשת של שלילת ערכם לקיומה של האוכלוסייה האזרחית; וכן איסור על ביצוע פעולות תגמול (belligerent reprisals) כנגד מתקנים אלו.

47. הוראת הסעיף הינה רחבה. מטרתה היא לכסות את כל האפשרויות הקיימות לפגיעה באובייקטים אלו, ולהבהיר כי יש להגן עליהם על מנת להבטיח את הישרדות האוכלוסייה, אלא אם יש צורך צבאי קונקרטי לפגוע בהם.

Yves Sandoz et al. (eds.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 655-656 (1987)

פרשנות דווקנית של האיסור יכולה ללמד, כי הוא מכוון רק לפגיעה בעלת **אופי פיסי**, כגון הפגזת מחסני מזון, הרעלת מאגרי מים וכו', אלא שניתן לחשוב גם על מקרים בהם שימוש באמצעי כפייה כלכליים במסגרת עימות מזוין עלול להביא להוצאת מתקנים מכלל שימוש.

בנסיבות אלה, יכולה להישמע הטענה לפיה גם במעשים אלה, אף אם נסווגם כאמצעי כפייה כלכליים, יש משום הוצאה מכלל שימוש של אותם מתקנים, שכן הם מסכלים את פעילותם ובהתאם עלולים לפגוע ביכולת ההישרדות של האוכלוסייה. **עם זאת, האיסור מנוסח באופן המצמצם את תחולתו למקרים קיצוניים בלבד, וחל רק על אותם מעשים בעלי שלושת המאפיינים הבאים: תוצאתם הינה פגיעה ביכולת ההישרדות של האוכלוסייה האזרחית; מהותם הינה הוצאה מכלל שימוש של מתקנים; והם נעשים במכוון.**

48. נראה אפוא, כי גם לאור הוראות סעיף 54, לא קיימת מניעה לנקוט באמצעי כפייה כלכליים, אשר גם אם יפגעו ביכולת לעשות שימוש במתקנים מעין אלו, עדיין יאפשרו את המשך פעולתם ברמה הנדרשת להישרדות האוכלוסייה. כך למשל, צמצום באספקת דלק המשמש להפעלת תחנת כוח יהא מותר, כל עוד לא תימנע העברת כמות הדלק הנדרשת לתפעול מינימאלי של הצרכים ההומניטאריים (בתי חולים, אמבולנסים וכיו"ב).

49. **מו האמור עולה, כי יכולתה של מדינה לעשות שימוש באמצעי כפייה כלכליים בעת עימות מזוין מותרת ברמה העקרונית ורק מוגבלת במשפט הבינלאומי מכוח החובה**

לאפשר מעבר של סחורות חיוניות והאיסור לפגוע ביכולת ההישרדות של האוכלוסייה.
הא ותו לא.

ב. (4) ניתוח חלופי של ההגבלות על-פי דיני התפיסה הלוחמתית

50. כאמור לעיל, המשיבים יטענו כי הדינים החלים על פעולותיה של ישראל ברצועת עזה הם **דיני הלחימה**. יחד עם זאת, המשיבים יטענו כי אין צורך להידרש בענייננו לסוגיית הדינים החלים – דיני הלחימה כטענת המשיבים או דיני התפיסה הלוחמתית כטענת המוטעית של העותרים; זאת בדומה לקביעתו של בית המשפט הנכבד במסגרת בג"ץ 5841/06 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון**, תק-על 2007(1) 3077. הטעם לכך נעוץ בעובדה שגם אם היינו הולכים לשיטתם של העותרים, ובוחנים את ההגבלות דרך משקפי דיני התפיסה הלוחמתית (שככלל מטילים על המשיבים חובות רבות יותר) – גם אז יעלה הניתוח המשפטי כי פעולותיה של ישראל הנתקפות בעתירה הן חוקיות וסבירות.

51. במסגרת הניתוח דלעיל ניתן היה לראות כי ככלל, קיימות חובות מצומצמות ומוגבלות המוטלות מכוח דיני העימות המזוין על צד לעימות כלפי אוכלוסיית הצד השני. תמציתן היא כי לצדדים **אסור למנוע** מעבר סחורות ומתן שירותים אשר הינם חיוניים להישרדותה של האוכלוסייה האזרחית וכן כי **אסור לפגוע** פגיעה קריטית במתקנים החיוניים להישרדות האוכלוסייה האזרחית (הכל בכפוף לתנאים ולחריגים שהוצגו לעיל).

52. עם זאת, ישנם מקרים בהם קיימות חובות נוספות. הדוגמא המובהקת למקרה כזה, הינה כאשר מדובר באוכלוסייה אזרחית המצויה בשטח המצוי בשליטתו האפקטיבית של הצד האחר לעימות. במקרה זה, **מתרחבות, ככלל, המגבלות על היכולת לנקוט באמצעי כפייה כלכליים**. ככל שהם מתייחסים ומשפיעים על אוכלוסיית השטח הכבוש, כמפורט להלן.

53. החובות המיוחדות של כובש כלפי האוכלוסייה בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית נובעת מן העובדה שהשליטה האפקטיבית בשטח עברה מן השלטון הקודם לידי של הכובש, אשר מחזיק ביכולת להפעיל את הסמכויות השלטוניות.

ובלשונו של סעיף 43 לתקנות האג:

"The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country."

54. על המעצמה הכובשת מוטלת אפוא החובה להשיב את החיים בשטח הכבוש על תקנם, ולדאוג לסדר הציבורי ולחיים התקינים באותו שטח.

55. עם זאת, גם כאשר עסקינן בשטח כבוש, סעיף 43 קובע כי החובה המוטלת על הכובש הינה להחזיר את החיים לתקנם, ואין פירוש הדבר שמוטלת עליו החובה להקצות לשטח האמור את המשאבים המקסימאליים המצויים ברשותו. וכפי שקבע בית המשפט הנכבד בבג"ץ 393/82 אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל פ"ד לו(4), 785 :

"אכן כל שניתן להצביע עליו, במסגרת לשונה הרחבה של תקנה 43, הוא, שקיים בוודאי סטאנדארט מינימאלי של הבטחת הסדר והחיים הציבוריים של האוכלוסיה המקומית, שמתחתיו אסור לו לממשל הצבאי, הפועל כממשל תקין, לרדת, וכי קיים בוודאי סטאנדארט מאקסימאלי של הבטחת הסדר והחיים הציבוריים של האוכלוסיה המקומית, שמעליו אסור לו לממשל הצבאי, הפועל כממשל זמני, לעלות, וכי בין שני אלה קיים מרחב של סמכות. שבו אין חובה אלא רשות לבחור בין אופציות שונות. תוך שכל ממשל צבאי בוחר לעצמו את נקודות האיזון הנראות לו. על-פי אופיו ותכונותיו מזה ועל-פי הבנתו את מפת האזור מזה."

(ההדגשה הוספה)

56. את הרף המינימאלי ליישום החובה הקיימת בכל הנוגע לאספקת מוצרים ושירותים לאוכלוסיה אזרחית בשטח כבוש ניתן למצוא בסעיף 55 לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובע כי על המעצמה הכובשת להבטיח את אספקת המזון והתרופות לאוכלוסיה, וזאת בייחוד אם מקורותיו של השטח אינם מספיקים, וכן בסעיף 69 לפרוטוקול הנוסף, אשר מרחיב חובה זו ביחס לשטח כבוש גם לאספקת ביגוד, ציוד שינה, אמצעי מחסה ואספקה אחרת החיונית להישרדות האוכלוסייה האזרחית של השטח הכבוש, וכן לאספקת חפצים הדרושים לפולחן דתי (סעיף 70 לפרוטוקול הראשון, שעוסק בשטח שאינו כבוש, מפנה, כאמור לעיל, לרשימת הסחורות שיש לספק, הקבועה בסעיף 69; האבחנה בין הסעיפים נוגעת להיקף החובה – בשטח כבוש (סעיף 69) מדובר בחובה אקטיבית – לספק את הסחורות. ביחס לשטח שאינו כבוש (סעיף 70) – מדובר בחובה פסיבית לאפשר תכניות סיוע ומעבר של משלוחי סיוע).

57. באשר לחובות הפאסיביות ביחס לאוכלוסיית שטח כבוש, קובעת אמנת ג'נבה חובה לאפשר ביצוע תכניות סיוע לשם העברת אספקה לאוכלוסיה בתחום המזון, התרופות והלבוש (סעיף 59), וכן קובעת איסורים על הסטת משלוחי סיוע מיעדם, אלא בהתקיים חריגים צרים (סעיף 60), ועל הטלת מיסוי על המשלוחים, אלא אם הדבר נדרש לטובת האוכלוסיה (סעיף 61).

ניתן לראות, כי גם כאשר עסקינן בשטח כבוש, וגם כאשר עסקינן בחובות אקטיביות כלפי אוכלוסיית אותו שטח, הרי שהחובה על פי הדין הבין-לאומי אינה מחייבת אספקה בלתי

מוגבלת של מצרכים ושירותים לשטח הכבוש. לפיכך, גם במקרים מעין אלה, רשאית מדינה לנקוט באמצעי כפייה כלכליים כלפי מדינה אחרת (וצמצום הקשרים הכלכליים עמה), אך במסגרת זו לא תוכל לנקוט בצעדים המנוגדים לחובותיה בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית.

החובות המוטלות על המחזיק בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית מכוח הדין הבינלאומי (ובעיקר, מכוח תקנה 43 לתקנות האג) עשויות להתפרש באופן רחב יותר, ככלל, בייחוד במצבים של תפיסה לוחמתית שאיננה משולבת בלחימה, מהחובות המצומצמות ביותר שהוזכרו לעיל. עם זאת, ברור שגם על-פי דיני התפיסה הלוחמתית המשיבים רשאים לבחור את נקודת האיזון הראויה בעיניהם כל עוד הם מקפידים, כבענייננו, על המינימום ההומניטארי הנדרש, כפי שאף קבע בית המשפט הנכבד **בפרשת אלמעלמון** דלעיל. מכל מקום, כאמור, לדעת המשיבים אין מדובר בענייננו בסיטואציה של תפיסה לוחמתית.

ב. (5) פרקטיקה של נקיטת צעדים כלכליים

58. הניתוח המשפטי שהוצג לעיל אינו תיאורטי גרידא. בעידן המודרני, שבו קיומה של כלכלה תקינה מהווה תנאי לקיומה של כל מדינה, השימוש באמצעי כפייה כלכליים, או ניתוק כלכלי בין מדינות – הן בעיתות שלום והן בעיתות מלחמה – הפך לחזון נפרץ ביחסים הבין-לאומיים. כפי שצינו לעיל, עובדה זו כשלעצמה מעידה על חוקיותו של שימוש כאמור, ועל הפיכתו לחלק בלתי נפרד מהדין הבינלאומי.

59. אשר על כן, להשלמת התמונה, נבקש לסקור להלן בקצרה מספר דוגמאות בולטות לשימוש שנעשה בעולם באמצעי כפייה כלכליים.

60. ראשית, קיימות מספר דוגמאות היסטוריות בולטות לשימוש בצעדים כאמור לצורך קידום אג'נדה פוליטית. מביניהן, ניתן לציין את החרם שהטילו מדינות המערב על הסחר עם מדינות הגוש הקומוניסטי משך מרבית שנות המלחמה הקרה.

61. בנוסף, ניתן למצוא מספר דוגמאות למקרים בהם מדינות שונות הטילו מגבלות על יחסי המסחר שלהן עם מדינות אחרות, בשל העובדה שמצאו את המדיניות בה נקטו מדינות אלו כפסולה, מטעמים שונים.

62. כך, בשנת 1985 הוטלו על-ידי ארצות חבר העמים הבריטי כנגד **דרום אפריקה** סנקציות בתחום הכלכלה והמסחר, בשל מדיניות האפרטהייד. בשנת 1986 הקהילה האירופאית אסרה על ייבוא מוצרים מסוימים מדרום אפריקה ואסרה על השקעות בה. ארה"ב קבעה איסורים דומים ואף קבעה איסור על קיום תחבורה אווירית עם דרום אפריקה.

63. עוד נזכיר, את הסנקציות שהוטלו בשנת 1986, על לוב ועל סוריה ואת הסנקציות שהוטלו בשנת 1990 על עיראק. ראו לעניין זה:

C. Twilight, R.Higgs, "Economic Warfare and Private Property Rights, Recent Episodes and their Constitutionality", Journal of Private Enterprise, 1987
<http://www.independent.org/publications/article.asp?id=107>.

G.V.Glahn, Law Among Nations: An Introduction to Public International Law, 7th ed, 1996 p. 543.

64. הנה כי כן, על-פי הפרקטיקה הנוהגת של המדינות אין ביטוי למניעה כלשהיא משימוש באמצעי כפייה כלכליים בעיתות שאינן עיתות עימות מזוין, ואף מעבר לכך - במרבית הדוגמאות שהוצגו לעיל השימוש באותם אמצעי כפייה כוון כלפי מדינות על מנת להשפיע על מדיניותן, ובלא שהיו יחסי איבה ביניהן.

65. גם באמצעים כלכליים בעת לחימה נעשה שימוש נפוץ ברחבי העולם. השימוש הבולט האחרון באמצעים כלכליים במסגרת עימות מזוין נעשה במהלך המלחמה **ביוגוסלביה** לשעבר.

66. החל משנת 1998, מדינות כגון ארה"ב, בריטניה, צרפת, גרמניה ואיטליה הטילו מגבלות כלכליות שונות על הרפובליקה הפדראלית של יוגוסלביה, לרבות הקפאת כל הרכוש והזכויות של ממשלת הרפובליקה וכן איסור על השקעות פרטיות במדינה (למעט סיוע הומניטארי, תוצרת חקלאית וציוד רפואי).

67. בנוסף, החל משנת 1999 הצטרף למאמץ גם האיחוד האירופי, אשר הטיל שורה של סנקציות כלכליות כחלק מהמאמץ הצבאי בהובלת נאט"ו: איסור על ייצוא טובין, טכנולוגיה או שירותים העשויים לסייע בתיקון נזקים שנגרמו לנכסים, תשתיות או ציוד עקב התקיפות האווירות של מטוסי נאט"ו; ובהמשך, הטלת מגבלות מחמירות על פעילותן באיחוד של חברות סרביות ויוגוסלביות (הן מבחינת מיקום והן מבחינת בעלות). ארבע עשרה מדינות שאינן משתייכות לאיחוד האירופי הצטרפו לתוכנית הסנקציות.

68. חיזוק נוסף לטענת המשיבים ניתן לראות בחוקיהן של מספר מדינות, בהם נקבעו איסורים שונים על מגע מסחרי עם האויב בשעת לחימה.

כך למשל, נחקק בבריטניה בשנת 1939 ה- Trading With the Enemy Act, 1939, אשר קובע איסורים פליליים על קיום יחסי מסחר מסוג כלשהו עם מדינות אויב ותושביהן. הגדרת המסחר האסור על פי החוק הינה רחבה, והיא כוללת כל אספקת סחורה או רכישתה, העברת כל סכום כסף ומילוי כל התחייבות כלפי האויב, גם אם ההתחייבות התגבשה טרם חקיקת החוק.

בדומה, בשנת 1917 נחקק בארצות הברית ה- Trading With the Enemy Act, 1917, הקובע איסור פלילי על מסחר עם כל מדינה הנמצאת במצב מלחמה עם ארצות הברית או תושב שלה.

בניו-זילנד עוגנו הוראות דומות ב- The Enemy Trading Emergency Regulations, 1939, ובאוסטרליה נחקק במהלך מלחמת העולם השנייה ה- Trading With the Enemy Act, 1939, אשר לא רק שאסר על המסחר עם האויב מיום חקיקתו, אלא הוסיף וקבע שכל פעולת מסחר כאמור שבוצעה במהלך המלחמה, גם אם נעשתה לפני חקיקת החוק, מהווה אף היא עבירה.

ניתן לראות אם כן, כי במדינות רבות מעולם מקובל כי בעת לחימה, מצומצמים עד מאד היחסים הכלכליים עם מדינת האויב.

ב.6) מו הכלל אל הפרט – חוקיותו של ההגבלות הכלכליות על רצועת עזה

69. על פי העקרונות שהוצגו לעיל, בצעדים אשר מבקשת ממשלת ישראל להטיל ביחס לרצועת עזה לא דבק כל פגם חוקי.

70. כאמור לעיל, החלטת הקבינט מיום 19.9.07, מתייחסת להטלת מגבלות מחמירות בכל הנוגע להעברת טובין, דלקים, שירותים וכן תחומים אזרחיים אחרים.

71. הטלת המגבלות נועדה לשרת שתי מטרות עיקריות:

ראשית, פגיעה במאמץ המלחמתי של כלל ארגוני הטרור ברצועה על-ידי צמצום סך המשאבים העומדים לרשותם לצורך כך, בדגש על דלק. ארגוני הטרור, בראשות ארגון החמאס השולט ברצועה מתקיפים מדי יום מטרות ישראליות, בדרך כלל מטרות אזרחיות, ללא כל הבחנה, ומפרים בכך את החוק הבינלאומי בצורה בוטה. לשם כך משתמשים ארגוני הטרור, בין השאר, בדלק, בסולר, במתכות וכיו"ב. גורמי הביטחון סבורים, כי קיימת אפשרות שצמצום בכמות הדלק ברצועה תפחית, אף כי ברור שלא תנטרל לחלוטין, את המשאבים העומדים לרשות ארגוני הטרור.

מטרה שנייה אותה נועדו לשרת ההגבלות דלעיל היא הפעלת לחץ על שלטון החמאס על-מנת להשפיע עליו להביא לצמצום היקף הפעילות העוינת המבוצעת כנגד ישראל מתוך הרצועה.

מדובר ביעד המרכזי אותו מנסה הממשלה להשיג. בהתאם לניתוח התיאורטי דלעיל, זהו היעד "הקלאסי" של שימוש באמצעי כפייה כלכליים – הפסקת התנהגות בלתי-ידידותית או בלתי-חוקית מצד שלטון מסוים על דרך של הפעלת לחץ על הכלכלה (כמובן, תוך הבטחת תנאי קיום מינימאליים לתושבי הרצועה).

היישות הטורויסטית בעזה מפרה כמעט כל חוק בינלאומי אפשרי, הן כלפי אזרחי מדינת ישראל והן כלפי "נתיניה" שלה עצמה.

בנסיבות אלה, בשים לב לכך שמדינת ישראל ותושביה מצויים תחת מתקפה יומיומית מצד היישות הטורויסטית בעזה, המסכנת חיים, גוף, נפש ורכוש, אין כל מניעה מלנקוט בצעדים של "לוחמה כלכלית", המוכרים בדיו הבינלאומי כלגיטימיים. מדינת ישראל החליטה, כי לא ניתן לקבל מצב בו שלטון הטרור ברצועה אוזר במקל משני קצותיו: מצד אחד, משגר לעבר ישראל קסאמים, הורג ופוצע אזרחים, ילדים, נשים וחילים, ומצהיר שמטרתו השמדת ישראל, ומהצד השני מצפה שישראל תמשיך כרגיל ביחסי מסחר, אספקת טובין ושירותים, היכולים לסייע גם למאמץ המלחמתי של אותו שלטון טרור.

נבקש כעת לבחון את התחומים הקונקרטיים לגביהם הוחלט לנקוט בהגבלות, ולבחנם לאור העקרונות אותם ניתחנו לעיל.

ב.6(1) העברת טובין - כללי

72. אספקת הטובין העיקרית לרצועה נעשית כיום דרך ישראל. עיקר הטובין המועברים לרצועה כיום הינם בעלי אופי הומניטארי (מצרכי מזון בסיסיים, תרופות וציוד רפואי, וכיו"ב), המסופקים על ידי ארגונים בין-לאומיים וכן על ידי סוחרים ישראלים.

73. המשיבים מאפשרים העברתם לרצועה של טובין החיוניים להשרדותה של האוכלוסייה ואף מעבר לכך, ורואים בכך חובה הומניטארית הן על-פי הדין הבינלאומי והן על-פי החלטת הקבינט. עם זאת, העברת טובין נוספים מעבר לטובין אלה הינה, למעשה, לפנים משורת הדין.

אשר על כן, הגבלת ההעברה של טובין שאינם נחשבים כנחוצים לקיום הבסיסי של האוכלוסייה, עולה בקנה אחד עם העקרונות שפורטו לעיל, המאפשרים הטלת הגבלות על סחר עם צד לעימות מזוין.

בהתאם, מדינת ישראל רשאית, בוודאי בסיטואציה שבה היא מותקפת על בסיס יומיומי על-ידי ארגוני הטרור השולטים ברצועה, להגביל את העברת הטובין ממנה לרצועה, ועל אחת כמה וכמה יכולה היא להגביל או למנוע את הכנסת טובין מן הרצועה לשטחה שלה. אין מקום כי המדינה תידרש לסייע ליישות הנלחמת בה תוך הפרה של כל כללי המשפט הבינלאומי הבסיסיים ביותר, כאשר אותה יישות טרור משתמשת באספקה ובטובין המועברים אליה לשם תגבור יכולת הלחימה שלה.

74. אשר על כן, במישור המשפט הבין-לאומי, מדינת ישראל אינה מנועה מלהחליט על צמצום הסחר עם רצועת עזה עד למינימום ההומניטארי הנדרש. המשיבים סבורים כי יתאפשר מעבר טובין מעבר למינימום ההומניטארי הנדרש (אם כי לא הרבה מעבר למינימום), ועל-כן אין כל עילה להתערב בהחלטת המשיבים בעניין זה.

ב. (6) (2) צמצום אספקת דלק וסולר

75. כיום מסופקים דלק, סולר וגז ממדינת ישראל לרצועת עזה דרך מסוף הדלקים בנחל עוז. הדלקים המסופקים משמשים, בין השאר, הן לתדלוק רכבים והן להפעלת תחנת הכוח הפלסטינית, המספקת חלק מן החשמל ברצועה.

76. בדומה לטובין, גם אספקת הדלקים לרצועה תלויה כיום באופן ניכר בישראל. בהתאם, גם לעניין צמצום אספקת הדלקים לרצועה יפים ככלל הדברים אשר אמרנו ביחס לטובין באופן כללי.

77. כפי שפורט בפרק העובדתי לעיל, ישנם שלושה סוגי דלקים המסופקים לרצועה – בנזין, סולר "רגיל" וסולר לתחנת הכוח. סוגי הדלקים השונים משמשים לצרכים שונים, דבר המשפיע על השאלה עד כמה ניתן לצמצם את אספקת כל אחד מהם לרצועה. כמו כן, מסופק לרצועה גז פחממני מעובה (גז לבישול ולחימום). אספקתו של גז זה לא צומצמה.

78. בכל הנוגע לבנזין, המשמש לתדלוק כלי רכב רגילים בתוך הרצועה, הצורך ההומניטארי עליו ניתן להצביע הינו מצומצם באופן יחסי, ועל כן אין לדעת המשיבים מניעה להורות על צמצום אספקתו מישראל לרצועה, כצעד של לוחמה כלכלית המופנה כנגד שלטון החמאס. יחד עם זאת, הוחלט, כאמור, על ביצוע מדורג של צמצום האספקה, כך שהמשיבים יוכלו לעקוב אחר ההשפעות של צמצום אספקת הבנזין, ובמקרה שיתברר כי האספקה תתקרב למינימום ההומניטארי הנדרש ניתן יהיה לפעול בהתאם.

79. לעומת זאת, הסולר משמש, בין השאר, לתדלוק אמבולנסים, לתדלוק משאיות לשם אספקת מוצרי יסוד, לתחבורה ציבורית ולהפעלת גנראטורים לייצור חשמל.

המשיבים יוצאים מנקודת הנחה כי שימור יכולת תנועה ראויה של אמבולנסים הינה צורך הומניטארי בסיסי, ואף ניתן לראותו כצורך אשר הינו חיוני להשרדותה של האוכלוסייה. הוא הדין באשר לאספקה סדירה של מוצרי יסוד ולהפעלת תחבורה ציבורית מינימאלית.

אשר על כן, לאור העקרונות עליהם עמדנו לעיל, האפשרות להגביל את אספקת הסולר לרצועה הינה מצומצמת יותר מאשר ביחס לבנזין. לפיכך, המשיבים יקפידו על כך

שצמצום הסולר יהיה במידה כזו שלא יביא לפגיעה בתנועת האמבולנסים ואספקת הסולר לגנראטורים של בתי החולים, ככל שהדברים תלויים בישראל.

נבהיר, כי המשיבים יוצאים בחישוביהם מנקודת הנחה שהסולר והבנוזין יסופקו ברצועה בהתאם לצרכים ההומניטאריים, קרי: תינתן עדיפות לבתי חולים, אמבולנסים וכיו"ב.

עם זאת, ברור כי למשיבים אין שליטה על אופן חלוקת הסולר והבנוזין בתוך הרצועה: כלומר, למשיבים אין שליטה על האפשרות ששלטון החמאס ברצועה יחליט להקנות עדיפות ראשונה בחלוקת הסולר והדלק למשגרי קסאם ולמכוניות המסיעות את המשגרים ממקום למקום, בעוד שחלוקת הדלקים לבתי החולים תהיה בעדיפות נמוכה בעיני שלטון החמאס. במקרה שכך יקרה, האחריות על המצב תוטל על שלטון החמאס בלבד: לא ניתן יהיה להטיל על ישראל אחריות בסיטואציה שבה אפשרה העברת דלק וסולר בכמות הנותנת מענה לצורך ההומניטארי, אך שלטון החמאס בחר לחלק את הדלק והסולר באופן "בלתי הומניטארי".

80. הסולר מהסוג המסופק לתחנת הכוח המספקת חלק מצריכת החשמל ברצועה אף הוא נחשב בעיני המשיבים לאספקה מהסוג שיש לוודא כי צמצומה לא יגרור משבר הומניטארי. לפיכך, אף בכל הנוגע אליו וידאו המשיבים כי בשלב זה אין בצמצום אספקתו כדי לרדת אל מתחת למינימום ההומניטארי הנדרש. המשיבים יוסיפו לעקוב באופן קבוע אחר תוצאות צמצום האספקה ויפעלו על מנת למנוע פגיעה הומניטארית.

ב.7) דחיית הטענה בדבר "ענישה קולקטיבית"

81. נבקש להתייחס עתה לטענת העותרים העיקרית, כאילו ההגבלות הכלכליות שמטילה ישראל על הרצועה הן בגדר "ענישה קולקטיבית". מדובר, לדעת המשיבים בטענה מוטעית, הן מהבחינה העובדתית והן מהבחינה המשפטית-אנליטית. נבהיר עמדתו כעת.

82. מטבע הדברים, כל מהלך של מדינה אחת, המשליד לרעה על כלכלתה של מדינה אחרת, בין אם הדבר נעשה מתוך כוונה מסוימת ובין אם לאו, פוגע גם באזרחיה של אותה מדינה. במצב דברים זה ניתן לכאורה לטעון, כי כאשר מהלך כאמור נעשה כחלק מעימות מזוין, הוא מהווה למעשה "ענישה קולקטיבית" של אזרחיה של אותה מדינה. טיעון זה, בו אוזנים, למעשה, העותרים, הוא טיעון שגוי, אבסורדי, מנוגד לדיו הבינלאומי ולפרקטיקה הנוהגת על-ידי רבות ממדינות העולם.

יתרה מכך, בהתאם לטיעון שגוי זה לא ניתן היה, למשל, להפעיל אמברגו כלכלי ולחץ כלכלי אחר על מדינות כמו דרום אפריקה בתקופת האפרטהייד, איראן בתקופתנו אנו וכיו"ב – שהלא כל לוחמה כלכלית (ולמעשה, כל לוחמה שהיא המופנית כלפי מדינה כלשהיא) משמעותה המעשית היא גם פגיעה באוכלוסייתה של "מדינת היעד".

מדינת ישראל איננה מכוונת את מדיניותה כלפי אזרחי עזה. היא מכוונת את פעילותה, באופן לגיטימי וחוקי, כלפי ישות הטרור השולטת ברצועה. אזרחי עזה נפגעים ממדיניותה של ישראל כמו בכל מקרה בו קיימת לחימה בכלל ולחימה כלכלית בפרט.

83. הטענה לפיה "לוחמה כלכלית" מהווה **כבזו** ענישה קולקטיבית אסורה, נסתרת על-ידי עצם הכתיבה ביחס לתופעה זו בספרות ובפסיקה במשפט הבין-לאומי. כפי שצינו לעיל, אמצעי כפייה כלכליים נועדו מעצם טבעם להשיג יעדים פוליטיים ומדיניים באמצעות הפעלת לחץ על השלטון בפרט וכלכלת המדינה בכלל, כאשר ברור שתהיה להם השפעה גם על האוכלוסייה:

"For the most part, however, sanctions are designed to exert general pressures on the economy of the target country in the hope that rational considerations will cause the government or the ruling elite to yield on the issues... so as to relieve the pressures on the economy".

Paul Szasz, The Law of Economic Sanctions, 71 Int'l L. Stud. Ser. US Naval War Col. 455, 470 (1998);
 Christopher C. Joyner, Collective Sanctions as Peaceful Coercion: Lessons from the United States, 16 Aust. YJIL 241, 242 (1995);
 Andrew L. Strauss, SYMPOSIUM: Re-framing National Experience, 16 Aust. YJIL 241, 242 (1995);
 International Law for the 21st Century: Overcoming the Dysfunction of the Bifurcated Global System: The Promise of a People Assembly, 9 Transnat'l L. & Contemp. Probs. 489, 502 (1999)

84. האיסור בדבר ענישה קולקטיבית מופיע במספר מקומות במסגרת המשפט הבינלאומי ההומניטארי -

תקנה 50 לתקנות האג, המתייחס לדין החל על ההתנהלות **בשטח כבוש** (ואין זה המקרה שלפנינו), קובע כי:

"No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they cannot be regarded as jointly and severally responsible."

סעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית משלים ומרחיב הוראה זו, בקובעו איסור על ענישה קולקטיבית של **"מוגנים"** ועל פעולות תגמול נגד **"מוגנים"** ורכושם:

"No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise or measures of intimidation or of terrorism are prohibited....

Reprisals against protected persons and their property are prohibited."

לבסוף, איסור על ענישה קולקטיבית קבוע גם בסעיף 75(2)(d) לפרוטוקול הנוסף, המופיע בפרק העוסק באנשים המצויים בידי צד לעימות.

85. אלא שגם מנסחיה של אמנת ג'נבה הרביעית הכירו, כאמור, באפשרות החוקית לנהל לוחמה כלכלית במסגרת עימות מזוין, ואף טרחו להציב לאפשרות זו מגבלה (הגם שהיא מצומצמת) בדמות סעיף 23. הטענה לפיה האמנה הרביעית אוסרת בסעיף 33 את מה שהתירה במשתמע סעיפים ספורים קודם לכן, מחטיאה למהותו של האיסור בדבר ענישה קולקטיבית.

86. זאת ועוד, כל ההוראות המעגנות את האיסור בדבר ענישה קולקטיבית מתייחסות למי שהם "מוגנים", קרי למי שמצוי בשטח כבוש או למי שמצוי בשטחו או החזקתו של הצד האחר לעימות.

כך, סעיף 50 לתקנות האג ממוקם בחלק המסדיר את ניהול השטח הכבוש; סעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית, מחיל את האיסור ביחס ל"מוגנים" (protected persons); וסעיף 75(2)(d) לפרוטוקול הנוסף מוחל במפורש רק על מי שמצוי בידי צד לעימות. כמו כן, אמנת ג'נבה השלישית – המסדירה את מעמדם של שבויי מלחמה – מכילה גם היא איסורים פרטניים בדבר ענישה קולקטיבית של האנשים עליהם היא חלה.

סייג זה נגזר ישירות מעצם מושג הענישה, שהוא האמצעי המופעל על ידי מדינה כלפי נתיניה, הנתונים למרותה – בין שמדובר באזרחי ותושבי המדינה, ובין שמדובר במי שנתונים למרות ושליטת המדינה בשטח כבוש. הפעלת סנקציות כלכליות כנגד מדינה אחרת אינם בגדר "ענישה קולקטיבית" אף שיש בהם משום פגיעה באזרחי אותה מדינה.

לפיכך תחולתם של הסעיפים האמורים לעיל על הפעלת אמצעי כפייה כלכליים תהיה רק ביחס לתושבי שטח כבוש או לנתיני צד לעימות הנמצאים בשטחו או בהחזקתו של הצד שכנגד. לדעת המשיבים אין זה המקרה שבפנינו.

87. גם אם נניח שהפרשנות הראויה לסעיפים האמורים הינה מרחיבה, במובן זה שהאיסור אינו חל רק על סנקציות פליליות – אלא גם על סנקציות מינהליות מכל הסוגים – פרשנות זו אינה מבטלת את העובדה שבלב האיסור נמצא רכיב "העונש", דהיינו מעשה המבוצע בתגובה למעשה אחר ומתוך כוונה "לגבות מחיר" בגינו.

88. כאמור לעיל, תחולתו של האיסור בדבר ענישה קולקטיבית מוגבלת לאותם מצבים בהם ישנה מערכת יחסים ישירה ובלתי-אמצעית בין המדינה הנוקטת בצעד לבין האוכלוסייה האזרחית של הצד שכנגד. מצבים אלה – תפיסה לוחמתית או הימצאות בידי של צד לעימות – מהווים חריג לעקרון של המשפט הבין-לאומי, לפיו על פעולה שנוקטת המדינה במישור הבין-לאומי היא נושאת באחריות רק כלפי מדינות אחרות (זאת בהמשך לתפיסה לפיה המדינה היא ה"אישיות המשפטית" העיקרית בספירה הבין-לאומית).

רק באותם מצבים חריגים, בהם מדינה א' מצויה במעמד של "מעין ריבון" ביחס לאזרחי מדינה ב', יש הצדקה לעשות שימוש במושגים שמקורם במשפט הפנימי, כפי שאף מציין המלומד פיקטה ביחס לסעיף 33 הנ"ל:

"The first paragraph embodies in international law one of the **general principle of domestic law**. i.e. that penal liability is personal in character."

89. מכאן, שהסימן המזהה של מעשה הנופל בגדר האיסור, הינו היותו פעולת ענישה ישירה של האוכלוסייה – בניגוד לפעולה אל מול השלטון, המשליכה על האוכלוסייה. לשם המחשה נציין, כי הטענה לפיה "לוחמה כלכלית" מהווה ענישה קולקטיבית בשל השלכותיה על האוכלוסייה האזרחית, שקולה, הלכה למעשה, לטענה לפיה כל תקיפה צבאית – הגם שהיא לגיטימית כשלעצמה – מענישה את אזרחי הצד המותקף בגין מעשים שהם אינם אחראים להם ישירות. יוצא מכך, כאילו האיסור על ענישה קולקטיבית חותר תחת עצם קיומה של הלחימה. למותר לציין, כי לא זו הייתה כוונת המנסחים.

90. על כוונה זו ניתן ללמוד גם מדבריו של פיקטה המבחין בין פעולות תגמול (אשר כרוכות בהפרה של המשפט הבין-לאומי) לבין "צעדי תגובה" (retorsions), תוך שהוא קובע כי את האחרונים ניתן להוציא לפועל גם כאשר הם משפיעים על אזרחים מוגנים, מבלי שהדבר ייחשב כענישה קולקטיבית:

"A distinction is generally drawn between reprisals and retortion which, while it constitutes a severe countermeasure to the acts which it is wished to end, nevertheless remains in accordance with ordinary law. [...]"

Should the rule laid down in Article 33 be interpreted as applicable to measures of retortion, i.e. measures which are lawful yet cause serious damage? ... It would obviously be desirable for no retortion to take place. What is most important to remember, however, is respect to the rules of the Convention which

embody the rights of protected persons, and it must be admitted that a belligerent never agrees to accord privileges over and above the rights laid down in the Convention, except on condition of reciprocity.... **It would appear wiser to conclude that the rule embodied in this Article only concerns reprisals.**" (ההדגשה הוספה)

91. מכאן, שאליבא דפיקטה, אמצעי כפייה כלכליים, שאינם פוגעים בזכויות המוקנות מכוח דיני הלחימה, לא ייחשבו כענישה קולקטיבית. לכן, ככל שלא נפגעת הזכות למינימום ההומניטארי המחויב, כמפורט לעיל, אין פגיעה כלכלית הנגרמת ל-"מוגנים" כתוצאה מצמצום באספקת סחורות ושירותים, עולה כדי פעולת תגמול אסורה או ענישה קולקטיבית אסורה.

מכאן, שגם אילו היינו רואים את תושבי עזה כ"תושבים מוגנים" מכוח דיני התפיסה הלוחמתית – וכאמור לעיל, לדעת המדינה הם אינם כאלה מאז התנתקה ישראל מהרצועה – הרי שאין לראות בלוחמה הכלכלית המופעלת כלפי הישות הטרוריסטית ברצועת עזה משום "ענישה קולקטיבית".

ב. (8) סבירות ומידתיות בפועלם של המשיבים

92. המשיבים יבקשו להוסיף ולטעון, כי ההגבלות על אספקת הדלק והטובין לרצועת עזה הן הגבלות סבירות ומידתיות.

93. באשר לסבירותו ולמידתיותו של האקט: צמצום אספקת הדלק והאספקה לרצועת עזה נועד לצמצם את יכולתם של ארגוני הטרור להשתמש בהם לשם פגיעה במדינת ישראל, נועד לפגוע בכלכלה העזתית וכיו"ב; מדובר באקט של **לחימה כלכלית**, וברור למשיבים כי האקט ישפיע במישרין על הכלכלה העזתית ועל חיי היומיום של התושבים ברצועה. מצד שני יש לזכור, כי מדובר באקט הבא בתגובה להתקפות חוזרות ונשנות מצד הישות הטרוריסטית השולטת ברצועת עזה על אזרחים ישראלים, ביחוד ביישובי "עוטף עזה" – התקפות שנעשות ללא כל אבחנה ומהוות הפרה בוטה של המשפט הבינלאומי.

האיזון בין הפגיעה בתושבי הרצועה, כתוצאה מהלוחמה הכלכלית המופעלת נגדם, לבין מטרת הלוחמה הכלכלית – שעיקרה בהפעלת לחץ על שלטון החמאס להפסיק את ההתקפות היומיומיות על חייהם של תושבי ישראל – הוא איזון ראוי.

אכן, המשיבים מצמצמים את אספקת הטובין והדלק לרצועה, אך עושים זאת בהדרגה ומתוך מטרה מוצהרת – עליה הודיע הקבינט הביטחוני – לפיה **אין כוונה לצמצם את האספקה אל מתחת לרף ההומניטארי המינימאלי**. ניתוח הדין הבינלאומי שנעשה לעיל מעלה, שישראל, גם אחרי צמצום האספקה, שיעשה כאמור בהדרגה ותוך בחינה מתמדת

של ההשלכות ההומניטאריות של הצעדים, לא יגרום לפגיעה בלתי סבירה או בלתי מידתית בתושבי הרצועה.

94. באשר למידתיותו ולסבירותו של האקט בו נוקטים המשיבים, יש לזכור כי הבחינה המשפטית כוללת רובד נוסף, "חיצוני", הבוחן את פעולת הרשויות על רקע האלטרנטיבות. גם בעניין זה יש להדגיש: האלטרנטיבה ללוחמה הכלכלית עלולה להיות צעד שפגיעתו תהיה קשה יותר. לדוגמא, כניסת כוחות גדולים של צה"ל לרצועת עזה עלולה להביא לנפגעים רבים יותר, משני הצדדים, לאבידות בנפש, לפגיעה קשה ברכוש. אם קיימת אפשרות, גם אם לא ודאית, לכך שהלוחמה הכלכלית תביא לצמצום הפגיעה באוכלוסיה האזרחית בישראל, דומה כי אין לקבל את הטענה בנוגע לכך שמדינת ישראל בחרה למצות אפשרות פעולה זו טרם תבחר בחלופה של לחימה חזיתית קשה ורבת נפגעים משני הצדדים (על-אף שלא מוטלת עליה, כמובן, החובה לעשות זאת).

ב(9) אי התערבות – שיקולים מדיניים ובטחוניים

95. בהמשך לכל האמור לעיל, המשיבים יטענו שאין מקום שבית המשפט הנכבד, במסגרת שיקול הדעת המוקנה לו, יידרש לפרטי-פרטיה של העתירה, המבקשת למנוע מהמשיבים לבצע פעילות לחימתית (מהסוג של **לוחמה כלכלית**) ברצועת עזה. נדגיש שוב: אין בדברים אלה כדי לקבוע שמדינת ישראל מתנערת מאחריותה לשמר רמה של אספקת טובין ודלק שיאפשרו את המינימום ההומניטארי הנדרש. כל שהמשיבים טוענים, הוא ששאלות הנוגעות לכמויות הטובין והדלק המוכנסים לרצועה, מועדי ההפחתה בכמויות בהתאם לתוכנית להפחתה מדורגת וכיו"ב הן שאלות מדיניות-ביטחוניות מובהקות, שאין זה ראוי שבית המשפט הנכבד, במסגרת שיקול הדעת הנתון לו, יידרש להן לגופן.

96. מכוח היותה של הממשלה "הרשות המבצעת" של המדינה, היא זו שמוסמכת לנהל את ענייני החוץ והביטחון של המדינה. לעניין זה ראו: בג"ץ 5167/00 **וייס נ' ראש הממשלה**, פ"ד נה(2), 455, בעמ' 471; בג"ץ 5128/94 **פדרמן נ' שר המשטרה**, פ"ד מח(5), 647, בעמ' 651. וכן ראו בג"ץ 550/06 ובג"ץ 596/06 **זאבי נ' ממשלת ישראל**, תקדן 2006(1) 1893, שעניינו היה בבקשת העותרים להורות לממשלת ישראל למנוע קיומן של הבחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית במזרח ירושלים.

97. בית המשפט הנכבד חזר – פעם אחר פעם – על הקביעה כי ישנם נושאים, שראוי להם, מבחינה מוסדית, שלא להיות מוכרעים על-פי אמות מידה משפטיות גרידא. יפים לעניין זה דברי כב' השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 910/86 **רסלו נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2), 441, בעמ' 488, כדלקמן:

"סכסוך הוא שפיט מוסדית, אם ראוי לו לסכסוך שיוכרע על פי המשפט בבית המשפט. סכסוך אינו שפיט מוסדית, אם ראוי לו לסכסוך שלא יוכרע על פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט.

השפיטות המוסדית עוסקת, איפוא, בשאלה אם המשפט ובית המשפט הם המסגרות הראויות להכרעה בסכסוך. השאלה אינה אם ניתן להכריע בסכסוך על פי המשפט ובבית המשפט, התשובה על שאלה זו היא בחיוב. השאלה הינה אם רצוי להכריע בסכסוך - שהוא שפיט נורמטיבית - על פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט".

98. נבקש להפנות לכך, שבעניין שאף לו השפעה על רמת החיים ברצועת עזה – שאלת העברת כספי המסים שגובה ישראל עבור הרשות הפלסטינית, קבע בית המשפט הנכבד, בפסק דינו בבג"ץ 1177/06 באואר נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם) כדלקמן:

"...גם העתירה הכללית אינה מגלה עילה להתערבותנו. העברת כספי המיסים לידי הרשות הפלסטינית נופלת בגדר סמכותו של שר האוצר מכוח סעיף 17 לחוק היישום. בנסיבות העניין, אין יסוד להתערבותנו, כשם שלא היה יסוד להתערבותנו אילו החליט שר האוצר שלא להעביר הכספים. לשר האוצר סמכות רחבה בעניין זה. כל ממשלה והשקפתה שלה..."

(ההדגשה הוספה)

וראו גם:

- בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4), 210, בעמ' 215.
 בג"ץ 2644/94 פרצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(4), 341.
 בג"ץ 3784/95 "בצדק" נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט(5), 362.
 בג"ץ 3125/98 עיאד נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נה(1), 913.
 בג"ץ 3507/02 אגודת צדק תרדוף נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(3), 37.
 בג"ץ 550/06 זאבי נ' ממשלת ישראל, תקדין (1)2006 1893.
99. אף במקרה שלפנינו, עומדים על הפרק שיקולים לבר-משפטיים – שיקולים מדיניים וביטחוניים – אשר רשאית הייתה ממשלת ישראל – ואף מחובתה, לשקול – בכל הנוגע לאופן ניהול ענייני החוץ והביטחון של המדינה.

הסוגיה שבפנינו היא סוגיה שאיננה הומניטארית בלבד. ההיבט ההומניטארי הוא נדבך מרכזי בה, אך בנסיבות הזמן והמקום הוא איננו ההיבט היחיד. מדובר בסוגיה מדינית-ביטחונית אשר טומנת בחובה, בין היתר, שאלות הנוגעות ליצירת איזונים בין שיקולים מדיניים-ביטחוניים שונים, שיקולים צבאיים, שיקולים שעניינם יחסי החוץ של מדינת ישראל ועמידה במגעים מדיניים שוטפים עם הקהילה הבינלאומית בעניין הנדון.

המקום לדון ולהכריע בעניין זה, על כל מורכבותו העובדתית והשינויים התכופים החלים בו, אינו, בכל הכבוד הראוי, אולמו של בית המשפט הנכבד, במסגרת עתירה המוגשת

אליו, וזאת בכפוף להודעת המדינה כי תעשה כל שביכולתה כדי למנוע משבר הומניטארי ברצועת עזה.

לעניין זה יפים הם דבריו של כב' השופט ריבלין בבג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה**, פ"ד נו(6), 817, בעמ' 842, כדלקמן:

"ביקורת שיפוטית זהירה מופעלת גם כאשר מדובר בשאלות עקרוניות של מדיניות. בית המשפט אינו נוהג להתערב ב"עניינים מדיניים מובהקים" (בג"צ 3687/00 אשכנזי נ' ראש הממשלה - מר אהוד ברק, תק-על 2000(2) 1040). בית המשפט אינו חלק מן המינהל הציבורי ואין הוא נוהג לנהל את ענייני הממשלה (בג"ץ 6029/99 יונתן פולארד נ' ראש הממשלה ושר הבטחון - אהוד ברק, פ"ד נד(1) 241). במיוחד כד הוא הדבר. כאשר מדובר בסמכות הממשלה לנהל את מדיניות החוץ והביטחון של המדינה. "כוחו של בעל הסמכות (הממשלה) ומהותה של הסוגיה (יחסי חוץ ובטחון: שלום או מלחמה) גורמים לכך שלממשלה מתחם סבירות רחב בסוג עניינים זה. בגדרי אותו מתחם לא יחליף בית המשפט את שיקול דעתה של הממשלה בשיקול דעתו הוא" (פרשת וייס הנ"ל, בעמ' 472-471). בהחלטות בעלות היבטים פוליטיים ממשיים, או כאלה הכרוכות בעיצוב המדיניות הכלכלית-משקית, יתערב בית המשפט במקרים חריגים בלבד. ועל-פי-רוב יותיר את העניין לשיח הפוליטי ולפיקוח על-ידי האורגנים של הכנסת. "הבחירה בין דרכי המדיניות היא עניין לממשלה והפיקוח על המדיניות הוא עניין מובהק לכנסת. הבחירה בגדרי מתחם הסבירות. אינה צריכה להיעשות על ידי בית המשפט" (שם, שם).
(ההדגשות הוספו)

100. דברים אלה יפים שבעתיים בענייננו, עת תוקפת העתירה פעולות (או מחדלים) של המשיבים, שהינן הלכה למעשה, פעולות מבצעיות-לחמיתיות בעלות הקשרים מדיניים-ביטחוניים. מדובר בסוגיה הקשורה לעובדה שמתנהלת לחימה ערה בשטח. היא קשורה ללחימה קשר הדוק "עד-לבלי-הפרד", שכן כל שינוי באופי הלחימה, מיקומה והיבטים אחרים שלה עשוי להשפיע ישירות על הסוגיה שבפנינו, ולהיפך.

101. **לסיכום:** המשיבים יטענו כי דין העתירה והבקשה למתן צו-ביניים להידחות.

ההחלטה על צמצום אספקת הדלק לרצועת עזה התקבלה בשים לב למתקפה חסרת האבחנה על תושבי ישראל מצד היישות הטרוריסטית ברצועת עזה. צמצום האספקה הוא אקט של לחימה כלכלית המותרת על-פי המשפט הבינלאומי ואין היא מהווה בשום אופן ענישה קולקטיבית.

צמצום האספקה ייעשה בהדרגה, תוך שהמשיבים יוסיפו ויבחנו כל העת את השפעתו על תושבי הרצועה, בשים לב להתחייבות המשיבים שלא לגרום למשבר הומניטארי ברצועה, ומתוך ההערכה שאין בצמצום כדי לגרום למשבר שכזה וכי הצמצום הוא הפיך.

מדובר בסוגיה המערבת שיקולים ביטחוניים, מדיניים וכיו"ב – ולפיכך אין מקום לדעת המשיבים, להתערבות שיפוטית, בכפוף להתחייבות המשיבים דלעיל.

102. הודעה זו נתמכת בתצהירו של אל"מ שלומי מוכתר רמ"ח אג"ם במתפ"ש.

היום, כ' חשון תשס"ח

01 נובמבר 2007

גלעד שירמן
עוזר ראשי לפרקליט המדינה

דנה בריסקמן
ממונה על ענייני הבג"צים
בפרקליטות המדינה