

תאריך: 23.10.2006

בתשובה נא לציין: 31706

לכבוד  
תת אלוף אביחי מנדלבליט  
הפרקליט הצבאי הראשי

### בפקס

שלום רב,

### הנדון: סגירת משרד הייעוץ המשפטי במת"ק ארז

1. ביום 19.9.06 קיבלנו הודעה מסא"ל דויד בנימין, רע"ן אזרחי ובינלאומי, לשעבר יועמ"ש עזה, לפיה הוחלט לסגור את משרד הייעוץ המשפטי במת"ק ארז, כחלק מיישום "תוכנית ההתנתקות" וסיום הכיבוש הישראלי ברצועת עזה. להלן עמדת המוקד להגנת הפרט לדברים אלו.
2. ביטול משרד הייעוץ המשפטי הינו בבחינת ניסיון נוסף של מדינת ישראל, להסיח את הדעת מהפרות זכויות האדם שמבוצעות ברצועת עזה, ולהתנער מאחריותה וחובותיה לפי החוק ההומאניטארי והדין הבינלאומי כלפי התושבים המוגנים ברצועת עזה.
3. סגירת משרד הייעוץ המשפטי אינה אלא פעולה "קוסמטית", לחיזוק הטענה של מדינת ישראל כי אכן, רצועת עזה אינה מצויה יותר תחת שלטון צבאי. מבחינה פראקטית, תפקידו של משרד הייעוץ המשפטי לא בוטל, והצורך בקיום גוף מייעץ לא חדל, זאת לאור המשך השליטה הישראלית ברצועת עזה. סמכויותיו של המשרד המייעץ חולקו בין כמה משרדים צבאיים לפי נושאים, דבר שיש בו כדי להעיד על האופי הפורמאלי של הפעולה, הנטול כל משמעות או שינוי מהותי.
4. נהוג הוא הדבר שמדינת כיבוש מכריזה במנשר על היות השטח כבוש, אך ייתכן גם כיבוש ללא הכרזה כזו, כאשר למדינה הכובשת יש שליטה ממשית על אותו שטח.
5. לפני יותר משנה פינתה ישראל את כל ההתנחלויות והמתקנים הצבאיים שלה ברצועת עזה. נשאלת השאלה האם פינוי ההתנחלויות והיעדר נוכחות פיזית ישראלית באופן מתמיד ברצועת עזה משמעו סיום הכיבוש הישראלי ברצועה או נסיגה ופריסת כוחות מחודשת?

### מתי נחשב שטח לכבוש לפי האמנות הבינלאומיות

6. המבחן לקיומו של כיבוש מעוגן בסעיף 42 לאמנת האג<sup>1</sup>, לפיו "שטח נחשב לכבוש כשהוא נמצא למעשה תחת שלטון צבא האויב. הכיבוש משתרע רק על שטח שבו הוקם שלטון כזה

<sup>1</sup> אמנה בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה לרבות תקנות בקשר לדיני ומנהגי המלחמה ביבשה (האג) 1907 סעיף 42.

ושבו ניתן להפעלה". אמנה זו הפכה להיות חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי וחלק מנוהל בית המשפט הבינלאומי.<sup>2</sup>

7. לאור זאת, האמנה הוחלה על כל המדינות בעולם, כולל מדינות אשר לא היו קיימות בזמן שנחתמה, והיא חלה גם על מדינת ישראל. בית המשפט העליון בישראל אף הכיר בתחולת אמנה זו על ישראל בשורת פסקי דין.

8. לאחר מלחמת העולם השנייה, ולאור הצורך והחשיבות בדיוק בהגדרה של כיבוש, נוסח סעיף 2 לאמנת ג'נבה הרביעית, בצורה רחבה יותר, ולפיו "נוסף על ההוראות שיבוצעו בימי שלום, תחול האמנה הזאת על כל מקרים של מלחמה מוכרזת או של סכסוך מזוין אחר העלול להתגלע בין שניים מבעלי האמנה או בין יותר משניים, ואפילו לא הכיר אחד מהם במצב המלחמה. כן תחול האמנה על כל מקרה של כיבוש חלקי או שלם של ארצו של אחד מבעלי האמנה, ואפילו לא נתקל הכיבוש האמור בשום התנגדות מזוינת. גם אם אחת המעצמות המסוכסכות אינה צד לאמנה הזאת, יישארו המעצמות שהן צדדים לה כפותות לה ביחסייהן ההדדיים. יתר על כן, הן יהיו כפותות לאמנה ביחס למעצמה האמורה, אם קיבלה זו על עצמה את הוראותיה ונוהגת לפיהן."

9. בפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנת ג'נבה מיום 12.8.1949, משנת 1977, נקבע בסעיף 1(4) כי "המצבים אליהם מתייחסת הפיסקה הקודמת [שעניינה סעיף 2 לאמנה] כוללים סכסוכים מזוינים בהם לוחמים עמים נגד שליטה קולוניאלית וכיבוש זר ונגד משטרים גזעניים, תוך מימוש זכותם להגדרה עצמית כפי שעוגנה במגילת האומות המאוחדות ובהכרזה על עקרונות המשפט הבינלאומי בדבר יחסים ידידותיים ושיתוף פעולה בין מדינות בהתאם למגילת האומות המאוחדות."

10. בחוות הדעת של בית המשפט הבינלאומי בעניין חומת הפרדה, נפסק באופן חד משמעי כי עזה והגדה המערבית הן שטחים כבושים, וכי חלים עליהן דיני הכיבוש.

11. מההגדרות לעיל עולה, כי תנאי לקיום כיבוש אינו נוכחות פיזית של הכוח הכובש בכל חלקה וחלקה של השטח הכבוש, ואין זה תנאי מתלה להפעלת דיני הכיבוש באותו שטח. מספיק שלכוח תהיה השפעה ושליטה באותו שטח בצורה משמעותית ובולטת, על מנת שהשטח יהיה כבוש. גם שאלת גודלו של הכוח הכובש אינה רלוונטית, כי הרי המבחן הוא מבחן שליטה והשפעה אפקטיבית באותו שטח.

### **האם תוכנית ההתנתקות אכן ניתקה את שליטת ישראל מרצועת עזה?**

12. לאחר אוגוסט 2005, הכריזה מדינת ישראל באופן חד צדדי על סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה, שכן אין היא שולטת עוד ברצועת עזה, היות שאין לה נוכחות פיזית שם.

13. בד בבד המשיכה ישראל לשלוט במרשם האוכלוסין הפלסטיני, במעברים, בחופש התנועה של האזרחים מן ואל הרצועה, בכלכלה הפלסטינית ומערכת המסים, במרחב האווירי, הימי והיבשתי של רצועת עזה, בנוסף לפעילות צבאית נרחבת ברצועה.

<sup>2</sup> סעיף 39 לנוהל בית המשפט הבינלאומי.

## המעברים לרצועת עזה לאחר יישום תוכנית ההתנתקות

14. מאז ומתמיד מהווים מעברי המדינה או כל גוף פוליטי סממנים ליציבות ושגשוג, התפתחות ובטיחות כלכלית. קיים קשר חיובי בין יציבות המעברים ואי התלות שלהם במצב השורר במדינה או בגוף הפוליטי לבין המצב הכלכלי של אותו גוף. המעברים נחשבים לאחד המימדים העיקריים לעצמאות כל מדינה או כל גוף פוליטי אחר.
15. ביום 8.9.05 הכריזה ישראל על סגירת מעבר רפיח עד להודעה חדשה. מאוחר יותר, ביום 14.11.05, לאחר התערבות שרת החוץ האמריקנית, הגיעו הצדדים הישראלי והפלסטיני להסכם המעברים אשר היה אמור להסדיר את אופן הפעלת המעברים ברצועת עזה - מעבר בית חנון-ארז, המעבר הבטוח בין הגדה המערבית לרצועת עזה, והמעברים לצורכי ייבוא וייצוא סחורות – מעבר קרני ומעבר כרם שלום.
16. ישראל לא הפסיקה לשלוט במעברי רצועת עזה. היא הקובעת בפועל מתי ייפתח ומתי ייסגר כל מעבר, ואת זהות המשתמשים במעבר. סגירת המעברים הינה בהתאם למצב הביטחוני הכללי של מדינת ישראל, ואינו מתחשבת בצרכי העם הפלסטיני ובכלל זה בתושבי רצועת עזה.
17. מדי פעם הכריזה ישראל על סגירת מעבר חיוני לרצועת עזה באופן גורף "עד להודעה חדשה", דבר המהווה עונש קולקטיבי על העם הפלסטיני. העיתונות מרבה להודיע על פטירת תושבים פלסטינים לאחר שחיכו ימים ושבעות שישראל תפתח את מעבר רפיח.
18. להלן כמה נתונים מטעם נציבות האו"ם לעניינים הומניטאריים בשטחים הכבושים UNOCHA<sup>3</sup>, לשבוע שבין התאריכים 13-19.9.06:

המעבר	13.9	14.9	15.9	16.9	17.9	18.9	19.9
ארז <sup>4</sup>			סגור		סגור	סגור למעט מקרים רפואיים	
רפיח <sup>5</sup>	סגור	סגור	סגור	סגור	סגור	סגור	סגור

<sup>3</sup> <http://www.humanitarianinfo.org/opt/docs/UN/OCHA/WBN173.pdf>

<sup>4</sup> לפי הדו"ח היה מעבר ארז סגור בפני העובדים הפלסטינים החל מ-12 במרץ, והוא פתוח רק למקרים הומניטאריים ולאנשי הקהילה הבינלאומית.

מניסיון המוקד להגנת הפרט, בפעילות הצבאית שכונתה בשם "גשמי קיץ" לא אופשרה כניסה או יציאה של אנשים דרך מעבר ארז אלא במקרים הומניטאריים חריגים, בדגש על מקרים רפואיים.

<sup>5</sup> ביום 24.9.06 פורסמה כתבה בעיתון אלקודס, לפיה המעבר חזר לפעול אך אחוז הנוסעים למצריים הנו נמוך בהרבה מאחוז החוזרים ממצרים לרצועת עזה, "וזאת בשל הפחד של האזרחים לצאת מרצועת עזה שמא לא יהיה באפשרותם לחזור לרצועת עזה בגלל סגירת המעבר לתקופות ארוכות וממושכות." ואכן, ביום 26.9.06 פורסמה כתבה נוספת בעיתון אלקודס, לפיה שוב נסגר המעבר.

פתוח	פתוח	סגור (שבת)	פתוח	פתוח	פתוח	פתוח	סופה
פתוח	פתוח	סגור (שבת)	פתוח	פתוח	פתוח	פתוח	קרני
פתוח	פתוח	סגור	סגור	סגור	פתוח	פתוח	כרם שלום
פתוח	פתוח	סגור (שבת)	פתוח	פתוח	פתוח	פתוח	נחל עוז

19. סגירת המעברים מהווה פונקציה של המצב הפוליטי במדינת ישראל בכלל, ומשמשת כענישה קולקטיבית על העם הפלסטיני ברצועת עזה. ישראל ממשיכה לשלוט במעברים כאמצעי לחץ על התושבים הפלסטינים וכאמצעי לשליטה על חייהם.

#### **שליטת ישראל במרחב הימי של רצועת עזה ובמרחב האווירי**

20. עשרות ספינות דייג נמצאות כיום על חופי עזה אולם איש אינו יכול להשתמש בהן, זאת בעקבות שליטת ישראל על המרחב הימי ברצועה. בדו"ח של UNOCHA נכתב:

Palestinians also continued to be prevented from fishing off the Gaza Strip. The fishing industry is estimated to support 35,000 Palestinians.<sup>6</sup>

הניהול הישראלי של מימי החופים של הרצועה הוא מתמיד, והשליטה הישראלית היא מוחלטת וללא מתחרים.

21. ישראל גם שולטת במרחב האווירי של הרצועה באופן בלעדי, וממשיכה להשתמש בבומים על קוליים. לא מדובר בחדירות בודדות למרחב האווירי של הרצועה: מטוסיה של ישראל שולטים במרחב האווירי של הרצועה באופן מלא, קבוע, בלעדי ואינטנסיבי.

#### **שליטת ישראל במרשם האוכלוסין הפלסטיני**

22. בהסכם הביניים משנת 1995, סוכם כי ישראל תחזיק רק בהעתק מהמרשם ותעדכן אותו בהתאם להודעות הצד הפלסטיני. למרות זאת, ישראל המשיכה לשלוט במרשם האוכלוסין הפלסטיני. הצד הפלסטיני נרתע מלעשות כל פעולה במרשם ללא אישור הצד הישראלי. לא זו אף זו, כל עדכון אשר מבצע הצד הפלסטיני במרשם ללא אישור הצד הישראלי אינו מכובד על ידי ישראל. בשורה של תחומים נוספים (רישיונות ביקור והענקת תושבות), הסמכות נשמרת בידי ישראל לא רק בפועל אלא גם בהתאם להסכמים.

<sup>6</sup> <http://www.humanitarianinfo.org/opt/docs/UN/OCHA/WBN173.pdf>

## האסירים

23. לפי סעיף 77 לאמנת ג'נבה, "מוגנים, שנאשמו בעבירות או נתחייבו בדין על ידי בית המשפט בשטח הנכבש, יוסגרו, כתום הכיבוש, עם הרשומות הנוגעות להם, לרשויות השטח המשוחרר". אם נסתיים הכיבוש, על ישראל החובה לפי הדין הבינלאומי לשחרר את האסירים הפלסטינים שמרצועת עזה. במקום זאת, ישראל ממשיכה להחזיק את האסירים בתחומיה, ובכך תומכת בעצמה במסקנה המשפטית לפיה הכיבוש לא הסתיים. קיימת אמנם בעניין זה הצעת חוק "עוקפת אמנת ג'נבה", אולם בינתיים העילה היחידה להמשך החזקת האסירים היא המשך הכיבוש.

## ביקורת על פעילות ישראל ברצועת עזה

24. ישראל עדיין משפיעה על חיי העם הפלסטיני ברצועת עזה, על איכות חייהם וטיבם של התושבים, על כלכלתם וחופש התנועה שלהם. מר ג'ון דוגארד, הנציג המיוחד לעניין זכויות האדם בשטחים הכבושים על ידי ישראל מאז 1967, ציין לאחרונה כי רצועת עזה הינה כלא גדול שישראל השליכה את המפתח שלו, ולאחר יישום "תוכנית ההתנתקות" קבע כי:

Gaza may no longer be colonized, but it is still controlled by Israel. Israel controls the borders of Gaza, its territorial sea and its airspace. Its residents are denied free access to the West Bank and neighbouring countries. Israel strictly controls the traffic of goods into and out of the territory. In the weeks following the withdrawal Israel subjected Gaza to intensive bombardment and sonic booms and it has revived its practice of targeted killings of militants. Over 650 Palestinian prisoners from Gaza are still detained in Israeli jails. In these circumstances, and in the light of the fact that Gaza is a component of the Palestinian territory that remains largely physically occupied by Israel, it is impossible to seriously suggest that Israel has ceased to be an occupying power. Israel therefore remains subject to the obligations of international humanitarian law, including the obligation to promote the welfare of the people of Gaza.<sup>7</sup>

25. לאחר חטיפת החייל שליט הלך והחמיר המצב ברצועת עזה. ב-26.6.06 התחילה פעילות צבאית נרחבת של הצבא הישראלי ברצועה, במהלכה פגעה ישראל בחיי התושבים הפלסטינים ברצועה, ברכושם ובתשתיות האזרחיות.<sup>8</sup>

26. מדינת ישראל ממשיכה לטעון כי פעילותה ברצועת עזה מעוגנת בזכות להגנה, ומהווה תגובה לשיגור רקטות קסאם על ידי קבוצות פלסטיניות ו/או על לכידתו של החייל שליט,

<sup>7</sup> Dugard, Statement By Mr. John Dugard, Special Rapporteur on the Situation of Human Rights In the Palestinian Territories Occupied By Israel Since 1967. item 71(c), 28 Oct 2005.

<sup>8</sup> רק לאחרונה פורסם הדו"ח של ה-UNDP, הסוקר את הנזקים שגרמה ישראל ברצועת עזה מ-26.6.06 ועד ליום 28.8.06 כתוצאה מהפעילות הצבאית המכונה "גשמי קיץ", במהלכה נרצחו 200 פלסטינים, מתוכם 44 ילדים (22% מסך ההרוגים), הנזק שנגרם לבתים ולתשתיות, לחקלאות אנרגיה ותעשייה, תוך חודשיים בלבד, הגיע ל-46 מיליון דולר.

אך מתעלמת מהכללים הבינלאומיים ומקביעת בית הדין הבינלאומי בהאג<sup>9</sup> לעניין הדרכים בהן מופעלת הזכות להגנה עצמית, זכות הכפופה לכללים של צורך ומידתיות. קשה לראות בפעילות הצבא הישראלי ברצועת עזה כיום משום פעילות מידתית או צורך להגנה עצמית, אלא ענישה קולקטיבית גורפת על העם הפלסטיני.

## סיכום

27. אמנם לישראל אין נוכחות פיזית קבועה ברצועת עזה, אך יש לה שליטה אפקטיבית מתמדת בה, ונוכחות פיזית ברצועה לעיתים קרובות.

28. ישראל שולטת היום בכל המשאבים ברצועת עזה, במעברים, בכמות התרופות והמוצרים החיוניים הנכנסים לרצועה, בכמות הסולר שמשמש כיום לתפעול הגנראטורים המספקים חשמל לרצועה, במרשם האוכלוסין הפלסטיני, במערכת המסים ובסדר, ומשפיעה באופן מכריע על סדר היום של התושב הפלסטיני.

29. הפעילות הצבאית האחרונה ברצועה, שכונתה "גשמי קיץ", הוכיחה באופן חד משמעי כי ישראל יכולה להיכנס בכל רגע נתון לרצועה ויכולה לבצע פעילות צבאית נרחבת שם. לפי דו"ח האו"ם ממאי 2006, מספר ההרוגים הפלסטינים והפצועים ברצועת עזה כתוצאה מהפעילות הצבאית המתבצעת לעיתים קרובות בה, הלך ועלה לאחר יישום תוכנית ההתנתקות, והגיע לשיאים חדשים וגבוהים יחסית למספרים שהיו לפני יישום "תוכנית ההתנתקות"<sup>10</sup>.

30. לאור האמור לעיל, ישראל עדיין שולטת ופועלת ברצועת עזה, ונחשבת עדיין לכוח כובש. העובדה של ישראל נוח יותר לשלוט בעזה דרך סגרים חיצוניים ונוכחות פיזית משתנה<sup>11</sup>, אין בה כדי לפטור אותה מאחריותה ומחובותיה כלפי האוכלוסייה המוגנת שם. כיום מוטלת על מדינת ישראל החובה לשמור על חייהם של התושבים הפלסטינים ברצועת עזה, לדאוג לצרכיהם ולשמור על החיים הציבוריים התקינים.

בכבוד רב,

עביר ג'ובראן, עורכת דין

העתקים:

עו"ד מני מזוז, היועץ המשפטי לממשלה

עו"ד אסנת מנדל, ראש מחלקת בג"צים, פרקליטות המדינה

אל"מ פנינה שרביט ברוך, ראש מחלקת דין בינלאומי

סא"ל דויד בנימין, רע"ן אזרחי ובינלאומי, מחלקת דין בינלאומי

<sup>9</sup> ICJ, Advisory Opinion on the Legality of the Threat of Nuclear Weapons, 18 July 1996

<sup>10</sup> UN, The Humanitarian Monitor – occupied Palestinian territory, May 2006