

**העותרים:**

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

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

וכן על ידי

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

**- נ ג ד -**

**המשיבים:**

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

## **תשובת העותרים לתגובה המקדמית מטעם המשיבים**

1. עניינה של עתירה נשואת תשובה זו הוא בבקשה להורות למשיבים להימנע מלנתק, מלצמצם, מלהגביל או מלשבש בדרך כלשהי את אספקת החשמל לרצועת עזה; בבקשה להורות למשיבים להימנע מלנתק, מלצמצם, מלהגביל או מלשבש בדרך כלשהי את אספקת הדלקים והסולר לרצועת עזה וכן להורות למשיבים לבטל את החלטת הקבינט הבטחוני מתאריך 19.9.2007, ככל שהיא מתייחסת להטלת סנקציות על האוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה.
2. בתאריך 2.11.2007 הגישו המשיבים את תגובתם המקדמית לעתירה וכן לבקשה למתן צו ביניים (להלן: תגובת המשיבים).
3. העותרים מגישים תשובתם זו בעניין הבקשה להוצאת צו ביניים, לקראת הדיון שיערך בפני בית המשפט הנכבד ביום 7.11.2007. העותרים מבקשים לשמור על זכותם להוסיף על טענות אלה, ככל שמדובר בעתירה גופא.

### **הבקשה למתן צו ביניים**

**בקשה למתן צו ביניים שימנע ניתוק, צמצום, הגבלה או שיבוש בדרך כלשהו של אספקת החשמל לרצועת עזה**

4. המשיבים הודיעו בתגובתם (סעיף 3) כי היועץ המשפטי לממשלה החליט, כי "עד להשלמת עבודת מטה נוספת ובכפוף לתוצאותיה, אין מקום לצמצם את אספקת החשמל לעזה".
5. דברים אלה מלמדים, כי המשיבים לא נסוגו מכוונתם מלהפעיל צעד זה, אלא אך על הקפאתו עד לסיום "עבודת המטה". עבודת מטה שיכולה להסתיים בכל רגע נתון ויכולה גם, חלילה, להביא את המשיבים למסקנה השגויה, כי בסמכותם להפעיל צעד בלתי חוקי זה. עצם העיכוב מרמז על כך, כי גם המשיבים יודעים כי לעמדתם אין גיבוי מספק לעמדתם המשפטית.
6. שעה שהמשיבים כבר החליטו על דרך פעולה זו, שעה שטרם הפעילו אותה ושעה שהדבר תלוי ועומד בפני בית המשפט הנכבד, שבים העותרים ומבקשים כי יוצא צו ביניים, שיאסור על המשיבים לנתק, לצמצם, להגביל או לשבש בדרך כלשהי את אספקת החשמל לרצועת עזה.
7. העותרים יטענו כי סיכויי העתירה בעניין זה טובים, וזאת ניתן ללמוד, בין היתר, מהדברים שיובאו בתשובה זו.
8. שקלול "מאזן הנוחות", שבין הפגיעה האנושה בזכויותיהם של תושבי רצועת עזה והאיום על תפקוד מערכות המים ובתי החולים שם, לבין נקיטת פעולה על ידי המשיבים, שבעצמם נמנעים מלהפעילה במשך שישה שבועות, מוכיח כי ראוי שבית המשפט הנכבד ייתן את צו הביניים. מתן הצו ישמר את המצב הקיים, וזאת עד לבירור חוקיות הפעולה המתוכננת על ידי המשיבים לגופא.

9. היה והמשיבים יסיימו את "עבודת המטה" ויבקשו להוציא לפועל החלטה זו, ובמידה והעניין עדיין יהיה תלוי ועומד בפני בית המשפט הנכבד, הרי שיהיה בידם לפנות בבקשה לבטל את הצו.
10. המשיבים לא הצביעו על כל נזק שייגרם לאינטרסים שלהם, אם בית המשפט הנכבד יתן צו ביניים כמבוקש.

**בקשה למתן צו ביניים שימנע ניתוק, צמצום, הגבלה או שיבוש בדרך כלשהו של אספקת הדלקים והסולר לרצועת עזה**

11. ביום 28.10.2007 הורו המשיבים לחברת "דור-אלון" לצמצם את אספקת מוצרי הדלק אותה היא מוכרת לרשות הפלסטינית לצורך השימוש ברצועת עזה, בכ-15%.
12. מאז חלפו עשרה ימים, והפגיעה במערכות האזרחיות ברצועת עזה כבר מורגשת.
13. צמצום אספקת דלק הביאה להקטנת המלאי ברצועה, ורכישת הדלק המיועד להפעלת מערכות המים והביוב הפכה קשה יותר ויותר.
- תצהירו של העותר 2 מיום 5.11.2007 ותרגומו לעברית מצ"ב ומסומן מש/1.*
14. מערכת המים והביוב תלויה באספקה סדירה ומספקת של סולר, באמצעותו מופעלות המשאבות המספקות לאזרחים מים נקיים ושואבות מי שופכין.
15. בעשרת הימים האחרונים התקשה העותר 2 לרכוש סולר עבור מערכות המים והביוב עליהן הוא אחראי, דבר שהביא לפגיעה באספקת המים לתושבים רבים ברצועת עזה.

"ביום שני, ה-29 לאוקטובר 2007, היינו צריכים לרכוש בדחיפות 30,500 ליטרים של דיזל עבור מערכת המים בעזה על מנת שהמערכת תמשיך לפעול וכדי להמשיך לשאוב מים נקיים לשימוש התושבים. בפרט, מספר בארות מים היו זקוקות לאספקה מיידית של דלק כדי לאפשר את המשך פעולתן.

ייצרנו קשר עם הספק שלנו, אשר יידע אותנו בדבר קיומו של מחסור חמור של דיזל בעזה, ושאין באפשרותו לספק לנו אפילו ליטר אחד של דיזל. הוא אמר לנו להמתין מספר ימים בתקווה שהמצב ישתנה. בדרך כלל הספקים מקבלים כמויות מסוימות של דלק מדי יום דרך נחל עוז, מלבד בסופי שבוע. צמצום באספקת הדלק ולו רק יום אחד, משפיע ישירות על השוק.

ביום חמישי, ה-1 לנובמבר 2007, עמדנו בפני מצב דחוף ביותר כאשר לשבע בארות מים באזורים של בית חנון, בית להייה וג'באלייה כמעט אזל לחלוטין הדלק. בארות אלה זקוקות לדלק באופן קבוע מאחר והאזור סובל מתת-מתח והפסקות חשמל שכיחות. הדלק מסייע למשאבות לפעול 24 שעות ביום, על מנת לספק מים לאזורים המאוכלסים בצפיפות למרות שאספקת החשמל אינה מספקת. ביום חמישי, ה-1 לנובמבר 2007, הצלחנו לקנות מהספק שלנו רק 2,000 ליטרים של דיזל במקום 10,500 ליטרים להם היינו זקוקים עבור אותן 7 בארות מים.

היה עלינו לחלק את אותם 2,000 ליטרים של דיזל בין שלוש בארות בלבד, כולן בבית חנון, מתוך שבע הבארות אשר היו זקוקות לדיזל. אותן שלוש בארות בבית חנון היו זקוקות ל-4,500 ליטרים, אך עמדו לרשותנו 2,000 ליטרים בלבד אותם חילקנו בין 3 הבארות.

שלוש בארות המים אשר בבית חנון אינן פועלות 24 שעות ביממה בשל המחסור בדלק (2,000 ליטרים במקום 4,500), אי לזאת, אספקת המים לאנשים החיים באזור זה מקוטעת.

ארבע בארות המים הנותרות- בבית להייה וג'בלייה – אשר לא קיבלו כל אספקה של דלק, אינן מתפקדות באופן תקין כלל. הן פועלות רק כאשר מגיע אליהן זרם חשמל במתח תקין. עד עכשיו לא הצלחנו לקבל את הדלק מהספק.

על מנת לשמור על אספקה קבועה של מים לאוכלוסיית רצועת עזה כולה, על חלק מבארות המים לפעול 24 שעות ביממה, במיוחד באזורים המאוכלסים בצפיפות. במידה ויש מחסור בדלק, אספקת המים תצומצם.

במהלך חודש אוקטובר 2007, קיבלנו רק 60,000 ליטרים של דיזל מתוך 150,000 הליטרים הדרושים למערכת המים. לא קיבלנו את 90,000 הליטרים הדרושים במהלך עשרת הימים האחרונים של אוקטובר. לספק שלנו לא היה מספיק דיזל להעביר לדינו.

נכון להיום, במהלך עשרת הימים האחרונים בשל המחסור בדלק לשאיבת המים מהבארות, בכל רגע נתון, 15% מהאוכלוסייה בעזה אינם מקבלים כמות מספקת של מים זורמים אל בתיהם. אפילו אם תמשך אספקה מצומצמת זו של דלק, האחוז מקרב האוכלוסייה אשר אינו מקבל מים נקיים באופן רציף ימשיך לגדול בעוד בארות מים יחדלו מלפעול". (פסקאות 13-21 למש/1).

**16.** המשיבים טוענים, כי הם אינם אחראים לפגיעה במערכות החיוניות בעזה שנגרמת כתוצאה מצמצום אספקת הדלק, ומוסיפים כי "האפשרות ששלטון החמאס ברצועה יחליט להקנות עדיפות ראשונה בחלוקת הסולר והדלק למשגרי קסאם ... בעוד שחלוקת הדלקים לבתי חולים תהיה בעדיפות נמוכה בעיני שלטון החמאס" (סעיף 79 לתגובת המשיבים). טענה זו מתעלמת מהעובדה, שחלוקת המוצרים האזרחיים ברצועת עזה, לרבות מוצרי הדלק, נעשית במסגרת השוק הפרטי, בהתאם לשיקול דעתם של האזרחים הפרטיים הפועלים בו ולא על ידי שלטון החמאס.

**17.** כאשר העותר 2 מבקש לרכוש דלק וסולר, הוא עושה זאת במסגרת הסכמים מסחריים פרטיים. לחברת המים בה עובד עותר 2 חוזים עם ספקי דלק פרטיים הפועלים ברצועה. אם לספק זה או אחר אין אפשרות לספק את הסחורה, במסגרת ההסכם, הרי שאז תתקשה חברת המים של עיריית החוף להפעיל את הגנרטורים הדרושים.

"חברת המים של עיריית החוף היא חברה ציבורית, אשר מנהלת את מערכת המים והביוב בעזה. אנו סומכים על חשמל ודלק על מנת לתפעל את המערכת. במקרים של הפסקות חשמל ומצבים של תת-מתח המערכות תלויות בגנרטורים הפועלים על דלק דיזל.

אנו רוכשים את הדלק הדרוש לתפעול מערכות המים והביוב מספק פרטי בעזה אשר יש לנו חוזה עמו. הספק הפרטי מזמין את הדלק באמצעות רשות הדלק הפלשתינית. הסניף של רשות הדלק הפלשתינית המצוי ברמאללה מתאם את רכישת הדלק מחברה ישראלית – דור אלון.

אנו מזמינים מהספק את כמות הדלק הדרושה לתפעול המערכות באמצעות פרויקט ESSP הממומן על-ידי הבנק העולמי.

אנו מחויבים על-פי חוזה לרכוש את הדלק באופן בלעדי מהספק שלנו (החברה אשר הגישה את ההצעה הנמוכה ביותר במכרז) כך שאם לספק אין מספיק דלק בגלל קיצוצים באספקה, אזי אנו נסבול ממחסור אשר ישפיע על מערכות הביוב והמים". (פסקאות 2-5 למש/1).

18. טענתם המשיבים, לפי ניתן לנטר את המלאי בעזה, להפחית את כמויות הדלק והסולר שנכנסים לרצועה ו"רק" "ללחוץ" על המערכות החיוניות אך לא לפגוע בהן, שגויה. המשיבים באופן מודע ואקטיבי גורמים למחסור בדלק וסולר, דבר המביא באופן ישיר לפגיעה במערכות החיוניות ובאספקת המים הנקיים לתושבים.

19. המשיבים מצהירים בתגובתם, כי הם כבר החלו לקצץ את אספקת הדלק והסולר לרצועת עזה, אך מנסים לאבחן בין צמצום זה לבין השהיית הצמצום באספקת החשמל. זאת, כאשר **המשיבים עצמם מודים, שצמצום אספקת הסולר התעשייתי פוגע באפשרות של תחנת הכוח ברצועת עזה לייצר חשמל בעצמה, ומביא להפחתת הייצור מ-65 מגה-וואט ל-53 מגה-וואט ליום.** לא זו אף זו – כוונתם של המשיבים, עליה הצהירו בתגובתם, להמשיך ולהפחית את כמויות הדלק והסולר, תפגע עוד יותר ביכולת תחנת הכוח ברצועה לייצר חשמל.

20. לדידי המשיבים, משמעות צמצום אספקת הסולר התעשייתי היא:

"המשמעות המעשית של צמצום אספקת הסולר לתחנת הכוח היא לכל היותר השבת המצב לקודמתו – ייצור חשמל ברמה ששררה ברצועה לפני כחודש-חודשיים ולא מעבר לכך" (סעיף 22 לתגובת המשיבים).

21. צמצום זה מהווה פגיעה חמורה בתושבי רצועת עזה.

22. עוד לפני שהמשיבים החלו לצמצם את אספקת הדלק לעזה, ובעיקר לאחר הפצצת תחנת השנאים בעזה על ידי חיל האוויר ביוני 2006, סבלה רצועת עזה מהפסקות חשמל תכופות, כתוצאה מהפער בין הכמות הדרושה לבין אספקת החשמל משלושת מקורותיו: ישראל, מצרים ותחנת הכוח המקומית.

23. הפצצת תחנת הכוח גרמה להפסקת 43% מאספקת החשמל הכללית ברצועת עזה, ותושבי הרצועה נותרו למשך חודשי אותו קיץ ללא אספקת חשמל סדירה.

ראו דו"ח של המשרד לתיאום עניינים הומניטריים מיום 14.5.2007, "סיקור מיוחד של OCHA, אספקת החשמל ברצועת עזה" המצ"ב ומסומן מש/2.

24. הרמה "ששררה ברצועה לפני כחודש-חודשיים", כפי שמתארים המשיבים בתגובתם, היא רמה שנקבעה לאחר פעולה מלחמתית קודמת של המשיבים. הצריכה "המוגברת" בחודש-חודשיים האחרונים ברצועת עזה, לה טענו המשיבים בתגובתם, הינה צעד הכרחי במסגרת המאמצים לשקם את אספקת החשמל בעזה ולמנוע את התוצאות ההרסניות של הפסקות חשמל תכופות (ראו לעניין זה, את דבריו של מנהל בית החולים בבית חאנון, ד"ר עלי, אשר צורפו לעתירה וסומנו ע/3).

25. המשיבים טוענים, כי הם עוקבים אחרי "המצב ההומניטרי" ברצועת עזה ושהם מתכוונים להגביל את הפגיעה הנגרמת מהחלטתם, כדי שרמת הפגיעה לא תגיע ל-"פגיעה בלתי סבירה או בלתי מידתית בתושבי הרצועה" (סעיף 93 לתגובת המשיבים). עמדתם של העותרים הינה,

שהמשפט הבינלאומי אוסר על פגיעה "מידתית" באזרחים, כאשר פגיעה זו נעשית באופן מכוון. יתר על כן, העותרים גם יטענו במסגרת הדיון בעתירה לגופא, כי לא ניתן לצפות מראש מה תהיה חומרת הפגיעה.

26. בתגובתם, לא הצביעו המשיבים על סיבה טובה, לפיה ייגרם להם נזק באם בית המשפט הנכבד יוציא צו ביניים כמבוקש, המורה להם שלא לצמצם את אספקת הדלקים לעזה, וזאת עד שבית המשפט הנכבד יכריע בעתירה.

27. לאור הפגיעה החמורה באוכלוסייה האזרחית בעזה, ולאור מאזן הנוחיות שנוצר במקרה דנן, **שבים ומבקשים העותרים כי בית המשפט הנכבד יוציא צו ביניים אשר יורה למשיבים שלא לצמצם את אספקת הדלקים לרצועת עזה**, כדי למנוע הפרות נוספות של זכויותיהם של תושבי עזה, וזאת עד להכרעה בעתירה.

### **המשיבים מודים בפגיעה מודעת ומכוונת באוכלוסייה אזרחית**

28. החלטת הקבינט מתאריך 19.9.2007 (ע/8 לעתירה) עוסקת בפגיעה ביכולתם של תושבי רצועת עזה לנהל את חייהם, וקובעת שורת הגבלות על העברת טובין, צמצום אספקת החשמל והדלק וכן מגבלה על תנועת אנשים.

29. בתגובתם מודים המשיבים בפה מלא וללא בושה, כי הם מודעים לכך שבפעולותיהם – אלו שננקטו ואל שעתידות להינקט – נפגעים אזרחים חפים מפשע (סעיפים 82 ו-93 לתגובה).

30. פגיעה מכוונת באזרחים, בין תחת דיני הלחימה, בין תחת דיני התפיסה הלוחמתית ובוודאי שתחת דיני זכויות האדם – אסורה.

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

ובמקום אחר קבע בית המשפט הנכבד כי :

"העקרון הבסיסי הינו שהאוכלוסייה האזרחית ואזרחים יחידים מוגנים מפני סכנות הפעילות הצבאית ואינם מטרה להתקפה" (בג"צ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל (ניתן ביום 14.12.2006), פסקה 32 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק. להלן: פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים).

באותה פרשה הוסיפה הנשיאה ביניש :

"בית-משפט זה שב ופסק פעמים רבות בעבר כי גם פעולות לחימה מתנהלות על-פי נורמות המעוגנות במשפט הבינלאומי ובמשפט הפנימי כאחד, וכי אין הפעילות הצבאית מתקיימת בריק נורמטיבי. הקשיים המשפטיים שעלינו להתמודד עימם נובעים בראש ובראשונה מכך שהמשפט הבינלאומי טרם פיתח

את דיני הלחימה באופן שיתאימו ללחימה בארגוני טרור להבדיל מצבא סדיר. לפיכך, עלינו לעשות שימוש בכלים הפרשניים על-מנת להתאים את הדין ההומניטרי הקיים לצרכי המציאות הקשה שעימה מתמודדת מדינת ישראל. יצוין כי התפשטות נגע הטרור בשנים האחרונות מעסיקה חכמי משפט במדינות שונות ואנשי משפט בינלאומי, בניסיון להציב את נורמות המותר והאסור אל מול טרוריסטים שאינם מקיימים כל דין" (פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים, פסקה 4 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

31. פעולת המשיבים פוגעת בחפים מפשע באופן מוצהר, מודע וחסר עכבות – ועל כן דינה בטלות.

### **ניסיונם של המשיבים להכשיר פעולות בלתי חוקיות בטענה של "היעדר אלטרנטיבה"**

32. בתגובתם, מנסים המשיבים להצדיק ולהכשיר פעולות אסורות על פי דין, בטענה ש"האלטרנטיבה" (לשיטתם, פעולה צבאית רחבה) – הינה פוגענית עוד יותר (פסקה 23 לתגובה). לשיטת המשיבים, הצעדים הבלתי חוקיים שננקטים על ידם מותרים, לאור העובדה שהחלופה שעלתה בדעתם הינה פוגענית עוד יותר.

33. המשיבים שוגים בהבנתם את הדין החל עליהם. העתירה דן אינה באה להורות למשיבים לנקוט צעד כזה או אחר, אלא להבטיח כי המשיבים לא יפעלו בניגוד לדין. הדין הבינלאומי קובע כנורמה כללית, שאין לכוון פעולות נגד אוכלוסיה אזרחית, ולכלל זה אין סייג המבוסס על השוואת חלופות. בסמכותם של המשיבים לפעול רק במסגרת הדין.

34. חובתם של המשיבים היא להגן ולשמור על תושבי מדינת ישראל, אך עליהם לעשות זאת במסגרת הדין ורק ככל שהוא מתיר. לא כל אמצעי מותר, לא כל אמצעי הוא חוקי וחוקיות האמצעי לא נבחנת למול ה"אלטרנטיבות", אלא למול גבולות הדין. בית המשפט הנכבד עמד על חובה זו לא פעם, בקובעו:

"השאלה אינה אם ניתן להתגונן כנגד טרור. בוודאי שניתן לעשות כן, ולעתים אף חובה לעשות כן. השאלה הינה אופן התגובה. בעניין זה נדרש האיזון בין צרכי הביטחון לזכויות הפרט. איזון זה מטיל מעמסה כבדה על העוסקים בביטחון. לא כל אמצעי יעיל הוא גם חוקי. המטרה אינה מקדשת את האמצעים. על הצבא להדריך עצמו על פי כללי המשפט. איזון זה מטיל מעמסה כבדה על השופטים, אשר צריכים לקבוע – על בסיס המשפט הקיים – את המותר והאסור" (פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים, פסקה 49 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק. ההדגשה הוספה).

35. על בית המשפט הנכבד לבחון את החלטת המשיבים לצמצם את אספקת מוצרי הדלק, לקצץ את אספקת החשמל ואת ההגבלות הנוספות על האוכלוסיה האזרחית ברצועת עזה לכשעצמם. יש לבחון את תכליתן של פעולות אלה, למול הפגיעה בזכויות הפרט והאיסורים שבמשפט הבינלאומי.

36. מבחן ה"אלטרנטיבה" אינו קיים במשפט הבינלאומי. האיסור על ענישה קולקטיבית הינו איסור מוחלט. כאשר איסור זה עוגן בתקנות האג לפני כ-100 שנה, המנסחים ידעו היטב, שלעיתים מדינות "יעדיפו" להעניש אזרחים, במקום להילחם בלוחמים. המשפט המנהגי הכיר באפשרות של צד לוחם "להפעיל לחץ על אזרחים", במקום להתמודד עם לוחמים. בשל

כך דאגו מנסחי האמנות הרלוונטיות להבהיר בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים, שאין לפגוע באזרחים באופן מכוון. זו המהות של דיני המלחמה, המשפט ההומניטרי הבינלאומי, דיני התפיסה הלוחמתית ודיני זכויות האדם – ההגנה על חפים מפשע. כלל זה אומץ על ידי אומות העולם והיה לאיסור מוחלט במשפט המנהגי.

37. ניסיונם של המשיבים לטעון לחוקיות החלטתם לאור ה"אלטרנטיבה", מהווה חוסר הבנה של עקרון הפרדת הרשויות. הסעד המבוקש בעתירה דן אינו עוסק בשאלה באילו פעולה על המשיבים לנקוט. תפקידו של בית המשפט הנכבד הוא לקבוע, אילו צעדים **מותריים** או **אסורים** על פי החוק, ועל המשיבים מוטלת החובה לבחור באילו מהצעדים **החוקיים** ינקטו.

### **צמצום אספקת הדלק אינה "צעד כלכלי" אלא מהווה צעד עונשי כלפי תושבי**

#### **רצועת עזה**

38. המשיבים מוסרים בתגובתם (סעיף 3) כי החלטתם לפגוע באוכלוסיה האזרחית נעשית כתגובה להתקפות מצד פעילי טרור ברצועת עזה. קרי, המשיבים מותחים קשר ישיר בין פעולה אלימה בלתי חוקית לבין נקיטת צעד עונשי כלפי חפים מפשע.

39. בד בבד, טוענים המשיבים כי ההחלטה לצמצם את אספקת מוצרי הדלק לרצועת עזה, כמוה כהחלטה שלא לסחור עם מדינה מסוימת, ושהחלטה זו נעשית לאור החופש להחליט עם מי להתקשר בקשרים מסחריים. משל צמצום אספקת הדלק לרצועת עזה הוא כמו הפסקת מכירת תפוזים לצרפת או יהלומים לבלגיה.

40. הצגת הדברים כך רחוקה מרחק רב מהמציאות.

41. תגובתם של המשיבים מגלה ניתוח שגוי ומשולל יסוד של המצב ברצועת עזה, ומתעלמת ממכלול פעולותיהם של המשיבים כלפי תושבי הרצועה. הניסיון להציג את מעשי המשיבים במנותק ממכלול אמצעי השליטה המופעלים כלפי תושבי רצועת עזה, והניסיון "לגמד" את הצעדים נשואי עתירה זו, חוטא לאמת ולמצב המשפטי החל על פעולותיהם של המשיבים.

42. תגובתם של המשיבים גם לוקה בכשל לוגי. מחד החלטתם מוצגת כהחלטה עסקית, משל היה מדובר בחברה מסחרית המבקשת לנתק קשריה עם לקוח בעייתי, ומאידך מכריזים המשיבים כי החלטתם היא חלק מצעד מלחמתי המכונה "לוחמה כלכלית".

43. לא זה ולא זה מציגים את הדברים כהווייתם. ההחלטה להגביל את אספקת הדלק, החשמל והטובין היא החלטה להשתמש בשליטתה של ישראל בגבולותיה של רצועת עזה באופן **המגביל את יכולתם של תושבי רצועת עזה לקיים חיים תקינים**.

44. המשיבים נוקטים במדיניות משולבת כלפי תושבי רצועת עזה:

א. אפשרותם של תושבי רצועת עזה לייצר בעצמם את החשמל הדרוש להם מוגבלת מאוד, בין היתר בשל ההגבלות שמטילים המשיבים על כניסת מומחים זרים העוסקים בכך



לרצועת עזה, וכן ההגבלות על יבוא הטובין הדרושים לצורך הקמת ותפעול תחנות כוח – ומנגד, מאיימים המשיבים בניתוק החשמל שתושבי הרשות רוכשים בישראל.

ב. תושבי רצועת עזה אינם יכולים לייבא סולר תעשייתי להפעלת תחנת הכוח מהרצועה אלא ממדינת ישראל – זאת משום שהמשיבים אוסרים על כניסת סחורות לרצועת עזה בכל דרך אחרת.

ג. תושבי רצועת עזה אינם יכולים לייבא בנזין להפעלת גנרטורים של בתי החולים ומשאבות המים, אלא דרך ישראל – זאת משום שהמשיבים אוסרים על כניסת סחורות לרצועת עזה בכל דרך אחרת.

45. וכעת, המשיבים מסרבים לאפשר גם ייבוא זה.

46. ענייננו אינו בבחירה שלא לסחור עם עזה. עניינה בשליטה כמעט מוחלטת של הגבולות בעזה והשימוש בשליטה זו למנוע לא רק מחברה ישראלית – אלא גם מכל גורם אחר בעולם לספק לתושבי רצועת עזה את המוצרים, הדרושים לתפקוד מערכות החיים החיוניות.

47. לא מדובר בהחלטה לאסור על אזרחים ישראלים לקיים יחסי מסחר עם מדינה כלשהי, שזו המשמעות של סנקציות כלכליות שמטילה מדינה אחת על רעותה. מדובר בשליטה בגבולות, בה משתמשים המשיבים בכך שהם אינם מאפשרים לאף אחד אחר לספק דלק וחשמל לעזה (פרט ל-9% מצריכת החשמל הכוללת ברצועה, המסופקת לבתים ברפיח מרשת החשמל המצרית).

48. זו תמונה עובדתית רחבה יותר, על פני זו הצרה שמציגים המשיבים בפני בית המשפט הנכבד.

### **פעולת המשיבים אינה מאזנת כראוי בין צורך צבאי לבין צרכי האוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה ומהווה ענישה קולקטיבית**

49. המשיבים מודים בתגובתם, שלא סכנה ביטחונית הנשקפת בעת העברת הדלק או אספקת החשמל הביאה לקבלת ההחלטה נשואת עתירה זו. המשיבים מודים, שהם אינם מאזנים כיאות בין צרכי האוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה לבין צרכי הביטחוניים של מדינת ישראל.

50. המשפט ההומניטרי קובע סדרת כללים, המסדירים את האיזון בין צרכים אלה. כך, למשל, קובע סעיף 70 לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנת ז'נבה הרביעית:

"1. If the civilian population of any territory under the control of a Party to the conflict, other than occupied territory, is not adequately provided with the supplies mentioned in Article 69, relief actions which are humanitarian and impartial in character and conducted without any adverse distinction shall be undertaken, subject to the agreement of the Parties concerned in such relief actions. Offers of such relief shall not be regarded as interference in the armed conflict or as unfriendly acts. In the distribution of relief consignments, priority shall be given to those persons, such as children, expectant

mothers, maternity cases and nursing mothers, who, under the Fourth Convention or under this Protocol, are to be accorded privileged treatment or special protection.

2. The Parties to the conflict and each High Contracting Party shall allow and facilitate rapid and unimpeded passage of all relief consignments, equipment and personnel provided in accordance with this Section, even if such assistance is destined for the civilian population of the adverse Party.

3. The Parties to the conflict and each High Contracting Party which allow the passage of relief consignments, equipment and personnel in accordance with paragraph 2:

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

(b) may make such permission conditional on the distribution of this assistance being made under the local supervision of a Protecting Power;

(c) shall, in no way whatsoever, divert relief consignments from the purpose for which they are intended nor delay their forwarding, except in cases of urgent necessity in the interest of the civilian population concerned.

4. The Parties to the conflict shall protect relief consignments and facilitate their rapid distribution.

5. The Parties to the conflict and each High Contracting Party concerned shall encourage and facilitate effective international co-ordination of the relief actions referred to in paragraph 1."

51. פעולתם של המשיבים, למרות ניסיונם להציג זאת כך, אינה נעשית נגד "ישות עוינת" ערטילאית. המשיבים יודעים, ומודים בכך בתגובתם, כי מפעולותיהם נפגעים בהכרח ובאופן ישיר אזרחים תמימים וחפים מפשע. בכך, עוברים המשיבים על האיסור בדן ההומניטרי על פגיעה מכוונת ובלתי מובחנת באזרחים.

52. סעיף 4 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות קובע:

"א. בשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה ואשר על קיומה הוכרז רשמית, רשאיות המדינות שהן צד באמנה זו לנקוט אמצעים הגורעים מהתחייבויותיהן שעל-פי אמנה זו, במידה הנדרשת במדוקדק מפאת חומרת המצב, ובלבד שאותם אמצעים לא יהיו בלתי מתיישבים עם התחייבויותיהן האחרות על-פי המשפט הבינלאומי ולא יגררו הפליה שתהא מבוססת אך ורק על טעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת או מוצא חברתי."

53. המשיבים אינם נוקטים ב"מידה הנדרשת במדוקדק" כלל ובעיקר. המשיבים גם מפריס את חובותיהם האחרות מכוח המשפט הבינלאומי – ובראש ובראשונה מכוח המנהג האוסר על ענישה קולקטיבית, שהוא איסור מוחלט במשפט הבינלאומי המנהגי.

54. הסתמכותם של המשיבים בתגובתם על פסק הדין בבג"צ 5841/06 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הביטחון תק-על (1)2007 3077 ועל פסק הדין בבג"צ 5429/07 רופאים לזכויות אדם נ'

שר הביטחון תק-על 2007(2) 5055 אינה ממין העניין. באותן פרשות טענו המשיבים, כי הסיבה להגבלת מעבר הסחורות לרצועת עזה, או אי מתן אפשרות לחולים ופצועים לצאת מרצועת עזה, היא סיבה בטחונית. דהיינו, סכנה הקיימת בעצם פתיחת המעברים ב"קרני" או ב"ארז".

**55. ברם, בעניינו המשיבים קיבלו את החלטתם לא בשל סיכון בטחוני או התרעה ספציפית, אלא כעניין של מדיניות. כך עולה מהחלטת הקבינט, כך נכתב ברורות בתגובת המשיבים.**

56. העותרים יבקשו להציג את שליטת המשיבים ברצועת עזה, הן כדי להצביע על החובות הפוזיטיביות המוטלות על המשיבים בקשר לתושבי רצועת עזה, והן כדי להראות לבית המשפט הנכבד, שמניעת אספקה מספקת של מוצרים חיוניים ואזרחיים, אינה מהווה סנקציה כלכלית אלא מהווה ענישה קולקטיבית פסולה.

### **שליטתם של המשיבים על רצועת עזה**

57. עמדתם של המשיבים, לפיה צמצום אספקת הדלקים לעזה מהווה סנקציה כלכלית מותרת, הננקטת נגד "מדינה זרה", אינה משתלבת עם המציאות. רצועת עזה אינה מדינה זרה, רצועת עזה איננה מדינה. לא בידי המשיבים להכריז על רצועת עזה ככזו, והעותרים מתקשים להאמין שהמשיבים מבקשים זאת, הגם שכך נכתב בתגובתם לא פעם.

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

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

59. ביום 12.9.2005 הושלם ביצוע "תוכנית ההתנתקות", במסגרתה פונו ההתנחלויות והבסיסים הצבאיים הקבועים שהיו על אדמת רצועת עזה. המעברים הקרקעיים שבין רצועת עזה לבין מדינת ישראל הוכרזו מעברי גבול בצו הכניסה לישראל (תחנות גבול) (תיקון), התשס"ה-2005, ומעבר רפיח, שבין הרצועה לבין מצרים, נסגר.

60. בניגוד לטענת המשיבים, ביצוע "ההתנתקות" לא סיים את הכיבוש של ישראל ברצועת עזה אלא אך הסיר מרכיבים אחדים של שליטה, כאשר מדינת ישראל מוסיפה להטיל שליטה אפקטיבית על רצועת עזה באמצעות רכיבים אחרים.

61. שליטתה של ישראל ברצועת עזה, בתקופה שלאחר ה-12.9.2005 מתבטאת במספר מישורים, והם בעיקר: שליטה במעבר סחורות; שליטה במעברי היבשה-נוסעים; שליטה קרקעית ונוכחות יבשתית, שליטה במרחב האווירי ובמים הטריטוריאליים; שליטה במערכת המיסוי ברצועת עזה; שליטה במרשם האוכלוסין הפלסטיני, המשותף לעזה ולגדה המערבית

## שליטה במעבר סחורות

62. כניסת סחורות לתוך רצועת עזה הייתה ונתרה בשליטה ישראלית מלאה, גם לאחר השתלטות תנועת החמאס על רצועת עזה. ייצוא הסחורות מרצועת עזה נשלט במידה ניכרת על ידי ישראל.

63. הכנסת סחורות לעזה מתבצעת דרך מעבר קרני והמעברים האחרים עם ישראל. על פי ההסכם בדבר תנועה וגישה (נובמבר 2005), דרך מעבר רפיח לא ניתן לייבא סחורות, אך קיימת אפשרות לייצא דרכו. ברם, אפשרות זו טרם מומשה ובנסיבות הנוכחיות בהן המשיבים מאפשרים את פתיחת המעבר, ייצוא סחורות דרכו אינו בר ביצוע.

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

65. ישראל גם אינה מאפשרת הוצאת סחורות והכנסתן לרצועת עזה דרך הים או באמצעות כלי טייס.

66. ישראל שלטה וממשיכה לשלוט במעטפת של רצועת עזה, ושליטתה זו מורגשת על ידי תושבי הרצועה יום ויום ושעה ושעה. כך לאחר ספטמבר 2005, כך גם לאחר יוני 2007.

67. יתר על כן, בחודש יוני 2006 מחקה מדינת ישראל את קוד המכס של רצועת עזה ממחשביה. מר ראובן מלצר, סגן ראש מינהל המכס, כתב בתאריך 17.6.2007 "אין לשחרר מטענים המיועדים לרצועה עד להודעה חדשה. הגשת רשמוני שחרור לעזה תחסום מיחשובית".

*מכתבו של מר ראובן מלצר למר בר פינטור, מנכ"ל ארגון הגג של סוכני המכס והמשנעים הבינלאומיים מיום 17.6.2007 מצ"ב ומסומן מש/3.*

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

## שליטה במעברי היבשה-נוסעים

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

70. בין רצועת עזה לבין מצרים קיים מעבר נוסעים עיקרי אחד והוא מעבר "רפיח". בין מעבר רפיח לבין מדינת ישראל אין קשר גיאוגרפי, אולם למשיב 2 "סמכות ווטו" על פתיחת המעבר.

71. עד לביצוע תכנית "ההתנתקות", שלט המשיב 2 במעבר רפיח באופן ישיר, והוא זה שפתח וסגר את המעבר לתנועת אנשים. לאחר ביצוע "תכנית ההתנתקות" בקיץ 2005, נותר המעבר סגור למשך חודשיים וחצי. בחודש נובמבר 2005 סוכם ה"הסכם בדבר תנועה וגישה" (להלן: "ההסכם") בין ישראל והרשות הפלסטינית.

72. ההסכם מסדיר את נהלי פתיחת המעבר, וקובע כי פתיחת המעבר לתנועה דורשת השתתפות מצד הרשות הפלסטינית, ישראל וכוח משימה אירופי ("EUBAM") בצד העזתי של הגבול. על פי ההסכם, רק פעולה של כל הגורמים האלה במשותף, ובשיתוף מצרים מצידה של הגבול, תתאפשר פתיחת המעבר. ההסכם מומש כסדרו, למעט מקרים בודדים, עד לחודש יוני 2006, עת נפל בשבי רב"ט גלעד שליט. עם נפילתו בשבי של רב"ט שליט, הורה המשיב 2 על סגירת המעבר.

73. בשנה שבין חודש יוני 2006 לבין חודש יוני 2007, המשיב 2 סגר את מעבר רפיח למשך כ-75% מהזמן. את זו עשה, בין היתר, באמצעות שימוש בסמכותו לאפשר לפקחי ה-EUBAM להגיע פיזית למעבר רפיח, סמכותו להורות לגורמי הביטחון הישראליים להשתתף (או להימנע מהשתתפות) בפתיחת המעבר, על ידי איוש חדר הבקרה ב"כרם שלום". בחדר הבקרה עוקבים אחר ההתרחשות במעבר עצמו באמצעות מצלמות במעגל סגור ובדיקת רשימות הנוסעים.

74. המשיבים אינם מכחישים את סמכותם ושליטתם במעבר רפיח. בחודש אפריל 2007, בתשובה לשלחה הפרקליטות הצבאית לח"מ, נאמר כי שר הביטחון הוא המחליט על פתיחתו של מעבר רפיח:

"בעת הזו לא ידוע לנו באיזה תאריך צפוי מעבר רפיח להיפתח, משום שהחלטה על כך מסורה בידי שר הביטחון והוא טרם החליט על מועדי הפתיחה הקרובים". (ההדגשה הוספה).

מכתבו של סגן חיים שרביט לעו"ד פלג מיום 19.4.2007 מצורף ומסומן מש/4.

75. ה- 9.6.2007 הוא היום האחרון בו המשיב 2 אפשר למעבר רפיח להיפתח. ומאז, מעבר רפיח סגור לתנועה סדירה באופן מוחלט.

76. בעת כתיבת שורות אלה, ישראל, וייתכן שגם מי מהגורמים הנוספים, אינם מאפשרים את פתיחת המעבר. המדינה הודיעה לא פעם לבית המשפט הנכבד על התנגדותה לפתיחת המעבר, והיא טענה שגם מצרים מתנגדת לפתיחתו. ראוי, למשל, את תגובת המדינה מיום 29.6.2007 לעתירה בבג"צ 6475/07 אבו לבן נ' אלוף פיקוד דרום וכן תגובת המדינה בבג"צ 8533/07 שרפא נ' שר הביטחון מיום 4.11.2007.

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

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

78. מאז יישום תוכנית ההתנתקות, חיילי צה"ל אינם יושבים עוד על אדמת רצועת עזה באופן קבוע, אך ישראל ממשיכה לשלוט במרחב האווירי של עזה באופן מלא (סעיפים 13 ו-13(4) להסכם הביניים) ובמים הטריטוריאליים של הרצועה (סעיף 14 להסכם הביניים). ההסכם בדבר תנועה וגישה התייחס לאפשרות של בניית נמל ים, אולם ישראל טרם סיפקה לתורמים את ההתחייבויות הנדרשות על מנת לאפשר את התכנון והבנייה.

ראו "משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטאריים, הסכם הגישה והמעברים – שנה אחרי" (זמין ב- [www.ochaopt.org](http://www.ochaopt.org)), בעמ' 6.

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

80. כמו כן, כוחות רבים של צה"ל פועלים בתוך רצועת עזה, לרבות באזור בית חאנון בצפון ולאורך ציר פילדלפי בדרום, המפריד בין רצועת עזה למצרים ואינו מהווה גבול בין רצועת עזה לישראל. ראו, למשל, הודעת דובר צה"ל מיום 1.11.2007 על הפעילות לאורך הגבול בין עזה למצרים, לרבות הפצצת מנהרות ומעצר אנשים.

(אתר דובר צה"ל: <http://dover.idf.il/IDF/announcements/2007/11/0102.htm>)

81. שליטה זו מהווה מימוש מודרני של "שליטה אפקטיבית".

82. גם בעת שכוחות הצבא אינם נמצאים על קרקע הרצועה, הרי שאלה חונים בהיקפים גדולים על גבול הרצועה, נכונים בכל עת לשוב ולפעול ויורים על מי שנמצא בתוך רצועת עזה אך סמוך לגבול עם ישראל. בניגוד לטענת המשיב, לא ניתן לקבוע כי מאז סיום תוכנית ההתנתקות אין כל שליטה קרקעית ברצועה.

### שליטה במערכת המיסוי ברצועת עזה

83. לפי הסכם פריז משנת 1994, ישראל שולטת במערכת המיסוי בשטחי הרשות הפלסטינית, הן בגדה המערבית והן ברצועת עזה, להוציא מיסים שמוטלים על האוכלוסייה באופן ישיר

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

84. לפי הסדרים אלה, על ישראל לגבות מיסי מכס ומע"מ עבור הרשות הפלסטינית ולהעביר לידי הרשות את הכספים שנגבו עבורה, אחת לחודש. (ראו נספח 5 להסכם הביניים בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית מיום 28.9.1995. ניתן לצפייה באתר משרד החוץ: <http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace%20Process/Guide%20to%20the%20Peace%20Process/THE%20ISRAELI-PALESTINIAN%20INTERIM%20AGREEMENT>). שליטה זו, הינה גם שליטה במדיניות הפיסקאלית של רצועת עזה.

85. בכך שולטת ישראל במדיניות הייבוא והייצוא של רצועת עזה, וכן גובה את המכס והמע"מ המוטלים על תושבי עזה.

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

87. שליטה כספית זו אינה רק שליטה ברשות עצמה, שאינה יכולה בפועל לממש את סמכותה השלטונית בשל מחסור כספי, אלא גם שליטה על מתן שירותים ציבוריים, על עובדי הרשות ועל הנסמכים על שולחנם.

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

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

89. השליטה בפרטים ממרשם האוכלוסין מהווה שליטה בחייהם של תושבים פלסטיניים, אשר זקוקים להכרה ישראלית על מנת ליהנות מזכויות תושבות. זאת, בין אם התושבים הפלסטיניים מתגוררים ברצועת עזה ובין אם הם מתגוררים בגדה המערבית. מכוח הסכם הביניים, ישראל שולטת בהענקת רישיונות ביקור לגדה המערבית ולרצועת עזה, אף לאנשים אשר נולדו בעזה או בגדה המערבית. (ראו בג"ץ 7606/05 עבדאללה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם), בפסקה 7 לפסק הדין). כמו כן, שינויים בפרטים המופיעים במרשם האוכלוסין כגון לידות, נישואין ושינוי מען כפופים גם הם לרישום

ישראלי. שינויים אלו, הגם שלעיתים אינם מעידים על נכונות הרשום בהם (בדומה לכללים הנוהגים לגבי מרשם האוכלוסין בישראל), משמשים לצורך קבלת שירותים מהרשויות הישראליות והפלסטיניות ונחוצים למימוש זכויות שונות.

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

90. מאמצעי השליטה שתוארו לעיל עולה, כי ישראל לא ויתרה על השליטה ברצועת עזה לאחר תוכנית ההתנתקות, אלא רק צמצמה את אופי השליטה בשטח על ידי הוצאת אזרחי ישראל ממנה וביטול נוכחות צבאית קבועה על הקרקע. אך בפועל, לישראל ישנה שליטה אפקטיבית על היבטים רבים ומשמעותיים בחיי תושבי עזה.

91. שליטה זו היא שמטילה על המשיבים חובות מוגברות כלפי תושבי רצועת עזה, ולא רק החובה למנוע קריסה הומניטרית, כפי שהמשיבים שסוברים בטעות.

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

93. שליטה זו גם מסבירה, מדוע צעדיהם של המשיבים אינם צעדים כלכליים גרידא, אלא מהווים חלק משליטתם המוחלטת באפשרותם של תושבי עזה לקבל מוצרים מכל מקור אחר שבעולם.

94. המשיבים בחרו לקיים יחסים "ישירים" עם תושבי רצועת עזה, כשהחליטו להמשיך להפעיל שליטה עליהם ועל חייהם, ובייחוד על גבולות עזה. אין שם מדינה – יש שם שטח עליו ישראל מפעילה שליטה. ושליטה זו היא שמקימה אחריות כלפי אותם תושבים, **ניחידים**, שמרכיבים עיקריים מחייהם נשלטים על ידי המשיבים. האיסור על ענישה קולקטיבית מתייחס לחובות שחבה מדינה כלפי אזרח זר באופן ישיר – תוך רצון להגן על אותו תושב, שאינו צד ללחימה. השליטה שמפעילים המשיבים בעזה – היא זו ששוללת מכל יסוד את מסגרת ה"סנקציות הכלכליות" שמציעים המשיבים, כמסגרת לפעולותיהם.

95. בשל קוצר הזמן, יבקשו העותרים להרחיב בעניין זה בהמשך ההתדיינות ובהתאם להנחייתו של בית המשפט הנכבד, לרבות פיתוח הטיעון המשפטי באשר להחלת דיני התפיסה הלוחמתית.

### **תחולת דיני זכויות האדם על פעולותיהם של המשיבים**

96. השליטה שמפעילים המשיבים על רצועת עזה מקימה חובות לא רק מכוח דיני כיבוש, אלא גם מכוח דיני זכויות האדם הבינלאומיים. דינים, המטילים אחריות על מי שמפעיל שליטה, גם בהעדר "תפיסה לוחמתית".



97. הרעיון שעומד ביסוד דינים אלה הוא הגבלת כוחה של מדינה בהפעלת כוח, לשם שמירה והגנה על זכויותיהם של בני אדם. דיני זכויות האדם רואים לנגד עיניהם את הפרט והוא שעומד במרכז, ומכוח הזכויות המוקנות לו כאדם, מגביל המשפט הבינלאומי את כוחה של המדינה.

98. בשעה שהמשיבים מפעילים את שליטתם, עליהם להביא בחשבון את זכויות האדם של התושבים המקומיים ולתת להן משקל מרכזי בבואו להחליט על דרכי פעולתו:

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

99. לא פעם התבסס בית המשפט הנכבד על דיני זכויות האדם בבואו להכריע בעתירות שדנות בזכויותיהם של תושבי השטחים הפלסטיניים. וכך, בשורה של פסקי דין הביע בית המשפט הנכבד את נכונותו להניח, כי דיני זכויות האדם חלים על פעולותיו של צה"ל בגדה המערבית וברצועת עזה. ראו, למשל, פרשת בית לחם; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם), בפסקה 27 (להלן: "פרשת מראעבה"); בג"ץ 13/86 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מא(1) 197, 210 (להלן: פרשת שאהין). וכך נקבע אך לאחרונה:

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

משפט הומניטארי זה הוא "הדין המיוחד" (ה-lex specialis) החל בעימות מזוין. במקום שדין זה חסר ניתן להשלימו על ידי "משפט זכויות האדם הבינלאומי" (ה-Human Rights Law) (פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים, פסקה 18 לדברי הנשיא (בדימוס) ברק. ההדגשה הוספה. נ.פ.).

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

"... שלילת האחריות של המדינה בסעיף 5ג אינה "מתאימה את דיני הנזיקין למצב המלחמה". היא מוציאה אל מחוץ להיקף תחולתם של דיני הנזיקין פעולות רבות שאינן מלחמתיות. היא אינה עולה בקנה אחד עם חובתה של ישראל, כמי שמחזיקה ביהודה, שומרון וחבל עזה בתפיסה לוחמתית. תפיסה זו מטילה על המדינה חובות מיוחדות על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, שאינן עולות בקנה אחד עם שחרור גורף מכל אחריות בנזיקין. איננו נוקטים כל עמדה – מפני שהדבר לא התעורר בפנינו – באשר לשינויים שיתכן ונובעים מהסכמי אוסלו (ראו פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 523-4; בג"ץ 7015/02 עגירי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6)

352, 364). כמוכן איננו קובעים דבר באשר למעמד המשפטי של חבל עזה לאחר ההתנתקות. גם אם התפיסה הלוחמתית של ישראל בו נסתיימה כטענת המדינה, אין צידוק לשחרור גורף מאחריותה בניזקין.” (בג”ץ 8276/05 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ’ שר הביטחון (טרם פורסם), פסקה 36 לדברי הנשיא (בדימוס) ברק. ההדגשה הוספה נ.פ.).

101. העותרים יטענו כי דיני זכויות האדם של המשפט הבינלאומי חלים על פעולות המשיבים כלפי תושבי רצועת עזה ומכוחם קמות חובות למדינת ישראל, זאת בצד החובות החלות על פעולותיו של המשיבים ופעולותיהם של חיילי צה”ל מכוח המשפט הישראלי הפנימי ודיני זכויות האדם שבו (השוו בג”ץ 393/82 ג’מעית אסכאן נ’ מפקד כוחות צה”ל באזור יהודה והשומרון, פ”ד לז(4) 785, 810. להלן: פרשת אסכאן). כמו כן ראו פרשת מראעבה בפסקה 27; פרשת בית לחם, 754-756; פרשת שאהין, 197, 210 ובג”ץ 10356/02 הס נ’ מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית, פ”ד נח(3) 443, 455).

וכך כותבים המלומדים בן-נפתלי ושני:

”החלת דיני זכויות האדם במצבי מלחמה משפרת את ההגנה על קורבנות המלחמה וממלאת פערים נורמטיביים הקיימים בדין ההומניטארי (אשר חלקים מרכזיים שלו נוצרו במאה ה-19 ובראשית המאה ה-20 ונתפסים היום כאנכרוניסטיים). יתר על כן, הקביעה כי דיני זכויות האדם חלים גם בזמן מלחמה מאפשרת פיקוח מצד גופי זכויות אדם על התנהלות מדינות בעת מלחמה, באופן המשלים את מנגנוני האכיפה החלשים של המשפט הבינלאומי ההומניטארי. פיקוח כזה מקדם את רעיון שלטון החוק גם במצבים של מלחמה.” (אורנה בן נפתלי ויובל שני ”המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום” (רמות 2006), עמ’ 243).

### תחולה והיקף דיני הלחימה

102. המשיבים טוענים בתגובתם, כי עקרונות דיני הלחימה, וביניהם עקרון ההבחנה, עקרון הצורך הצבאי ועקרון המידתיות, אינם חלים על החלטתם. גם אם היתה מתקבלת טענת המשיבים ביחס לתחולת דיני הלחימה ואי תחולת דיני התפיסה הלוחמתית, הרי שכל פעולה הננקטת במסגרת לחימה צריכה לעמוד בכל עקרונות של דיני הלחימה. אין “חצי” מלחמה במסגרת דיני הלחימה, ואין פעולה כוחנית שיכולה לחרוג ממסגרת הדין.

103. העותרים יבקשו להרחיב על כך במסגרת הדיון.

### חובות המשיבים אינה מתמצית לכדי קיום מינימום של תנאי חיים של תושבי

#### רצועת עזה

104. העותרים יבקשו להשיב לטענתם המוטעית של המשיבים, לפיה חובתם כלפי תושבי רצועת עזה מתמצית אך לכדי קיום “רף מינימלי של אספקת מוצרים ושירותים לאוכלוסיה האזרחית”.

105. המשיבים מודים בתגובתם (סעיף 73) כי מוטלת עליהם החובה מכוח "הדין הבינלאומי" להתיר העברת טובין חיוניים לרצועה. המשיבים אינם מבהירים מהו אותו דין בינלאומי ומדוע חובתם "מינימלית" בלבד.

106. המשיבים מפרשים באופן מצומצם ודווקאני את ההגנות, שמקנות אמנת ז'נבה הרביעית והפרוטוקול הראשון לה לאזרחים. פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו של משפט זכויות האדם והדין ההומניטרי הבינלאומי, שהיא להקנות **הגנה רחבה עד כמה שניתן לבני אדם המצויים מחוץ למעגל הלחימה**. תכליתן של אמנות אלה הוא להגביל את הסבל הנגרם בשעת סכסוך, ולהגביל את כוחן של המדינות מלפגוע בחייהם ובגופם של חפים מפשע.

107. מכוח דיני התפיסה הלוחמתית, שהעותרים יטענו שממשיכים לחול על המשיבים בקשר לתושבי רצועת עזה, מקימים חובה מוגברת לפעול לטובת האוכלוסייה המקומית – ולא אך ורק מינימלי על דרך המחדל (ראו, למשל, בג"צ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443 460).

108. החלטת המשיבים פוגעת בזכותם של תושבי רצועת עזה לספק לעצמם אפילו מי שתייה נקיים (ראו סעיף 25 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948), סעיף 11 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות וכן הערה כללית 14 של וועדת האום לפיקוח על יישום האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות).

109. המשפט הבינלאומי אינו מאפשר "לשחק" עם שלום ובריאותם של תושבים מוגנים, על ידי קיצוץ מכוון במוצרים הומניטאריים מובהקים, גם אם קיימת כוונה "לעצור" "משחק" זה רגע לפני התרחשות אסון. זאת, בייחוד כשמדובר באספקת דלקים וחשמל, שאף אחד אינו יכול לשלוט בהשלכות הצמצום באספקתם. גם ענישה "קלה" אסורה לפי הדין – ופעולותיהם של המשיבים, רחוקות מלהיות "קלות".

### המשיבים אינם פועלים בשם מועצת הביטחון של האו"ם

110. המשיבים מנסים בתגובתם למצוא תימוכין לצעדיהם, בהחלטות מועצת הביטחון בדבר הטלת סנקציות על עיראק בשנות התשעים של המאה העשרים, ואף מפנים לספרות בעניין.

111. הישענות על מקור נורמטיבי זה אינה מסייעת בידי המשיבים.

112. מועצת הביטחון החליטה להטיל אמברגו כלכלי מלא על עיראק מכוח סמכותה לפי סעיף 7 למגילת האו"ם, ועל פי המנדט הכללי של המועצה, שהוא לשמור על השלום והביטחון העולמיים. המשיבים, בכל הכבוד, אינם בעלי סמכות דומה.

113. המשיבים אוטונומיים להחליט עם איזה מדינה תקיים ישראל קשרי מסחר ועם אילו לא, אך כפי שפורט לעיל- החלטתם לגבי צמצום אספקת הדלק והחשמל לרצועת עזה אינה כזו.

114. יתר על כן, החלטות דנן של מועצת הביטחון זכו לביקורת בינלאומית רחבה – מחוץ לאו"ם ואף של גורמים בתוכו. המקור אליו מפנים המשיבים בתגובתם, מאמרו של Boris

Kondoch מציין זאת מפורשות (שם, עמודים 270-274). כן ראו גם את מאמרו של פרופסור "Developing Human Rights and Humanitarian Law – August Reinisch Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions" 95 A.J.I.L 851 בעמודים 851-853, ובעיקר הטקסט סביב הערות שוליים 4-18.

115. פרופ' Reinisch אף מציין כי :

"Worst of all, Economic Sanctions tend to hit the wrong targets; instead of the regime, the population at large and in particular the weakest in society become the true victims" (עמוד 851).

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

### החלטת המשיבים הינה החלטה שפיטה

117. המשיבים נמנים על הרשות המבצעת של המדינה, והמשיב 1 הוא שעומד בראשה. ברם, מעמד זה אינו מעניק למשיבים ולפעולותיהם היתר לפעול ככל העולה על רצונם. **פעולותיהם לעולם יהיו מוגבלות מכוח הדין**, גם בענייני חוץ וביטחון.

118. הסוגיה העולה מעתירה זו הינה בעלת אופי משפטי, ובית המשפט הנכבד מתבקש לבחון את חוקיות החלטת המשיבים. הנשיא (בדימוס) ברק התייחס לטענת חוסר שפיטות נורמטיבית, בסוגיית חוקיות פעולות ואמצעי הלוחמה בהם עושה שימוש המשיב בפעולותיו הצבאיות בשטחים בפסק דינו על אודות השימוש באמצעי הלוחמה המכונה "סיכולים ממוקדים", וקבע כי :

"לטענת חוסר השפיטות הנורמטיבית אין בסיס משפטי, לא באופן כללי ולא בעניין שלפנינו... בסופו של יום תמצא תמיד נורמה משפטית וימצאו תמיד אמות מידה משפטיות. נורמה זו יכולה להיות כללית, כגון שלאדם מותר לעשות הכול, פרט למה שנאסר עליו ולשלטון מותר לעשות רק מה שהותר לו. לעתים הנורמה היא מצומצמת הרבה יותר. כך הוא הדבר בענייננו. קיימות נורמות משפטיות הדנות בשאלה הניצבת בפנינו, ומהן ניתן לגזור אמות מידה הקובעות את המותר והאסור. **אין אפוא יסוד לטענה בדבר חוסר שפיטות נורמטיבית.**" (פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים פסקה 48 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק. ההדגשה הוספה נ.פ.).

119. באותה פרשה קבע בית המשפט הנכבד, כי טענת אי שפיטותו של נושא לאור דוקטרינת חוסר השפיטות המוסדית לא תתקיים מקום בו הדבר עשוי למנוע בחינה של פגיעה בזכויות אדם :

"הסוג השני של חוסר שפיטות עניינו חוסר השפיטות המוסדית. חוסר שפיטות זו עוסק בשאלה, "אם המשפט ובית המשפט הם המסגרת הראויה להכרעה

בסכסוך. השאלה אינה אם ניתן להכריע בסכסוך על פי המשפט ובבית המשפט. התשובה על שאלה זו היא בחיוב...יהא עניין זה כאשר יהא, אין לה תחולה בעתירה שלפנינו, וזאת מארבעה טעמים: ראשית, בפסיקתו של בית המשפט העליון מתבלט קו ברור, לפיו אין תחולה לדוקטרינה של חוסר שפיטות מוסדית במקום שהכרה בה עשויה למנוע בחינה של פגיעה בזכויות האדם. העתירה שלפנינו נועדה לקבוע את המותר והאסור בלחימה העשויה לפגוע בזכות היסודית ביותר של האדם – הזכות לחיים. הדוקטרינה של חוסר שפיטות מוסדית אינה יכולה למנוע בחינתה של שאלה זו. שנית, שופטים הסבורים כי יש מקום לדוקטרינה של חוסר שפיטות מוסדית מציינים, כי המבחן הוא אופייה הדומיננטי של השאלה השנויה במחלוקת. כאשר אופי זה הוא מדיני או צבאי, יש מקום למניעת שיפוט. לעומת זאת, כאשר אופי זה הוא משפטי, אין תחולה לדוקטרינת חוסר השפיטות המוסדית...השאלה הינה – והניתוח של פסק דינו מצביע על כך – משפטית; השאלה הינה סיווגו המשפטי של הסכסוך הצבאי המתקיים בין ישראל למחבלים הבאים מהאזור; השאלה הינה קיומו או היעדרו של משפט בינלאומי מנהגי בעניין נשוא העתירה; השאלה הינה קביעת היקף פריסתו של מנהג זה, ככל שהוא משתקף בהוראת סעיף 51(ד) לפרוטוקול הראשון; השאלה הינה דיני המידתיות החלים בעניין. התשובה לכל השאלות הללו היא בעלת אופי דומיננטי משפטי. **אכן, ברשימה ארוכה של פסקי דין בחן בית המשפט העליון את זכויותיהם של התושבים באזור...בכל אלה האופי הדומיננטי של השאלה השנויה במחלוקת היה משפטי. אמת, לתשובה המשפטית עשויות היו להיות השלכות מדיניות או צבאיות. אך לא הן שקבעו את אופייה של השאלה. לא התוצאות הנגזרות מפסק הדין קובעות את אופיו, אלא השאלות הנדונות על ידו ודרך פתרון. שאלות אלה היו בעבר, והן גם לפנינו היום, בעלות אופי דומיננטי משפטי.** (פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים, פסקאות 49-53 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק. ההדגשה הוספה נ.פ).

120. ובמקום אחר קבע בית המשפט הנכבד :

"אכן, כל פעולות הלחימה של כל צבא כפופות לכללי המשפט הבינלאומי העוסקים בפעילות זו. עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני כי "גם בתקופת לחימה יש לקיים את הדינים החלים על לחימה. גם בתקופת לחימה יש לעשות הכול כדי להגן על האוכלוסייה האזרחית..." בג"ץ 3114/02 ח"ב ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3)11, 16 (להלן: "פרשת ברכה").

וכן :

"ישראל מצויה בלחימה קשה נגד טרור משתולל... לחימה זו אינה נעשית בחלל נורמטיבי. היא נעשית על פי כללים של משפט בינלאומי, הקובעים עקרונות וכללים לניהול הלחימה." (בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3)30, 34).

121. לאור האמור לעיל, יטענו העותרים כי אין בענייננו יסוד לטענות חוסר שפיטות נורמטיבית ומוסדית.

---

פאטמה אל-עג'ו, עו"ד

---

שרי בשי, עו"ד

באות כוח העותרים

היום, 6.11.2007