

20 ביולי 2014

לכבוד  
**חברי ועדת החוץ והביטחון,**  
 כנסת ישראל  
 בפקס מס' 02-6753100

חברי ועדה נכבדים,

**הנדון: חוות דעת בעניין החובה לספק חשמל ומים לרצועת עזה**

לאחרונה, הגיעה לידינו חוות דעתו של עמיתנו פרופסור אבי בל, לפיה רשאית מדינת ישראל להפסיק אספקה של חשמל ומים לרצועת עזה (להלן – חוות הדעת). להבנתנו, חוות הדעת נידונה לאחרונה בפני הוועדה, ועל כן מצאנו להביא לידיעת הוועדה את דעתנו בעניין.

בטוחנו כי חוות הדעת של פרופ' בל משקפת את דעתו המקצועית והכנה לפיה המשפט הבינלאומי תומך במסקנות המובאות בה. ואולם, עם כל הכבוד, לטעמנו חוות הדעת מוטעית מן היסוד. היא אינה משקפת את מחויבותיה של ישראל כלפי רצועת עזה כפי שאלו נקבעו אף על ידי בית המשפט העליון, והיא אינה מתיישבת עם המשפט הבינלאומי הנוהג כיום, אשר במסגרתו מושם דגש מיוחד על התכליות ההומניטריות של דיני הלחימה ועל ההגנה על זכויות אדם, בין אם בזמן שלום ובין אם בזמן לחימה.

טרם נפרט את הדברים, נביא בקצרה את עיקר מסקנותינו: ראשית, דעתנו היא כי חוות הדעת שוגה בתפיסתה את יחסי ישראל-עזה במישור המשפטי, ועל כן נשמטת הקרקע תחת הטענה המובאת בה כאילו הפסקת חשמל ומים עשויה להיות סנקציה כלכלית חוקית. ממילא, לטעמנו אין יסוד לטענה לפיה אספקת חשמל אינה צורך הומניטרי בסיסי. לדידנו, ישראל עודנה שולטת במספר היבטים בחייהם של תושבי עזה, ואת סמכויותיה אלה עליה להפעיל תוך התחשבות בטובתה של האוכלוסייה האזרחית ברצועה. גישה זו אף עולה מפסיקת בג"ץ שאליה נתייחס להלן. שנית, חוות הדעת מוטעית בקביעתה כי הוראות שונות של הדין ההומניטרי אינן חלות ביחסי ישראל-עזה. בהיבט זה, חוות הדעת לוקה בסתירה פנימית, נוכח העובדה שמצד אחד, היא מתייחסת לרצועת עזה כישות עצמאית בכל הקשור לזכויותיה של ישראל להטיל עליה סנקציות, ומצד שני, לצורך תחולת הדין ההומניטרי, מודגשת בחוות הדעת העובדה כי עזה אינה, למעשה, מדינה ריבונית ועצמאית. צירוף זה יוצר ואקום משפטי בעניין זכויותיהם של האזרחים המוגנים ברצועת עזה. שלישית, אנו סבורים כי הפסקת אספקת חשמל או מים עשויה לעלות כדי "ענישה קולקטיבית" אסורה, אף אם נגדיר מושג זה באופן צר.

יודגש, כי למיטב ידיעתנו הדברים האמורים בחוות הדעת אף מנוגדים לעמדתה הרשמית של ממשלת ישראל.

להלן התייחסותנו המפורטת לטענות העולות מחוות הדעת:

**מניעת חשמל ומים כ"סנקציה כלכלית", מעשה ענישה (retorsion) או צעד-תגמול (countermeasure)**

**1. יחסי ישראל/עזה אינם יחסים בין שתי מדינות ריבוניות ועצמאיות**

נראה כי נקודת המוצא בחוות הדעת היא כי ישראל ועזה הן שתי ישויות מדינתיות עצמאיות, אשר רשאיות להטיל האחת על השנייה "סנקציות", פעולות ענישה ומעשי גמול. ואולם, לאמיתו של דבר, אף לאחר ההתנתקות מעזה, אין מחלוקת שישראל השאירה בידיה סמכויות שלטוניות רבות כלפי תושבי עזה – שליטה על אספקת חשמל ומים היא רק אחת מהן. בהקשר זה, בפרשת **בסיוני**, קבע בג"ץ **במפורש** כי למרות שלא מוטלת על ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת תושבי עזה, הרי שכלפי תחומי החיים עליהם היא עודנה שולטת, מוטלות על ישראל חובות מסויימות ביחס אליהם. חובות אלה נגזרות בין היתר "ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו תלות כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל."<sup>1</sup> בית המשפט העליון הוא הפרשן המוסמך של הדין בישראל וקביעתו זו מחייבת את הרשות המבצעת על כל זרועותיה. יש לציין כי גישתו זו של בג"ץ אף עולה בקנה אחד עם התפיסה המתגבשת במשפט הבינלאומי לגבי חובותיהן של מדינות לאחר סיום שליטתן המלאה בשטח מסוים.<sup>2</sup>

אכן, קיימת מחלוקת לגבי מעמדה המשפטי של רצועת עזה לאחר ההתנתקות – ובפרט לגבי השאלה האם דיני הכיבוש חלים ביחס אליה במלואם. לא נכריע כאן בסוגיה זו על כל מורכבותה. מכל מקום, **ברי כי את אותן הסמכויות השלטוניות שהותירה בידיה, מחויבת ישראל להפעיל לטובת תושבי עזה, בכפוף לשיקולי הביטחון**. במקרים בהם מפעילה המדינה סמכות, על פי פסיקת בג"ץ לאורך השנים, האיזון שבין צרכי הביטחון לבין טובת האוכלוסייה הכפופה לסמכויות מתבטא, בין היתר, באמצעות מבחני מידתיות.<sup>3</sup> משכך, טועה פרופ' בל בקביעתו לפיה ישראל רשאית לעצור באופן-בלתי מוגבל כל אספקה לרצועת עזה, כאילו עניינו בשתי מדינות ריבוניות. אכן, על ישראל מוטלות מגבלות משפטיות בהתנהלותה מול תושבי עזה, שייתכן שאינן קיימות ביחסים רגילים ותקינים בין ישויות ריבוניות ועצמאיות.

זאת ועוד, ברצוננו להצביע על סתירה מובנית בחוות הדעת. מחד גיסא, בכל הקשור לזכויותיה של ישראל ביחסיה עם עזה, הרי שחוות הדעת מציעה להתייחס לרצועת עזה כישות ריבונית לכל דבר, אשר כלפיה אין לישראל כל חובות מיוחדות. מאידך גיסא, בכל הקשור לתחולת הוראות דיני הלחימה שתכליתן הגנה על זכויות תושבי עזה – ובפרט אמנת ג'נבה הרביעית – הרי שבחוות הדעת נטען כי אלו אינן חלות משום שעזה איננה מדינה. ברי כי עמדות אלה אינן מתיישבות זו עם זו.

לאור סתירה פנימית זו, ממילא נשמטת הקרקע תחת הגישה המתבטאת בחוות הדעת, לפיה ניתן להבחין בין חובותיה של המדינה **לספק** חשמל, מים או כל מוצר חיוני אחר לרצועת עזה (שלא קיימת על פניה, לפי חוות הדעת), לבין חובותיה **לאפשר** לצדדים ניטרליים שלישיים לעשות כן. **הגיון זה, אם בכלל, רלוונטי ליחסים בין מדינות ריבוניות, ולא למצב בו מדינה אחת מחזיקה בסמכויות שלטוניות**

<sup>1</sup> בג"ץ 9132/07 **בסיוני נ' ראש הממשלה** (ניתן ביום 30.1.2008), פסקה 12.

<sup>2</sup> (2012) 11 Eyal Benvenisti, The International Law of Occupation, Ch. 11.

<sup>3</sup> בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל** (ניתן ביום 30.6.04) פסקה 36–39 (קובע כי המידתיות היא עיקרון כללי של המשפט הבינלאומי).

**כלפי ישות אחרת שעניינן אספקת מוצר חיוני (ואינה מאפשרת לה לפתח את אותן יכולות בעצמה), ומחליטה באופן חד-צדדי להפסיק העברה של מוצר חיוני זה.**

מאותן סיבות המוזכרות לעיל, שליטתה של ישראל על תשתיות אלה אף טומנת בחובה חובות פוזיטיביות. כך, אם נפגעות, כתוצאה מהלחימה, תשתיות המספקות חשמל ומים לעזה והמצויות תחת שליטתה האפקטיבית של ישראל – חלה עליה החובה לנסות ולתקן ככל האפשר, על מנת לחדש את אספקת צרכים בסיסיים אלה.

2. **אי-אספקת חשמל ומים אינה אמצעי ענישה (retorsion) או צעד-תגמול (countermeasure) חוקי** על פי חוות הדעת, הימנעות מאספקת מים וחשמל לרצועת הזה היא מעשה "ענישה" או צעד-תגמול (countermeasure) המותר על ידי הדין הבינלאומי המינהגי. על פי גישה זו, המגבלה היחידה על צעדים כאלו היא שאסור להפריע לאספקה של צרכים הומניטריים בסיסיים על ידי אחרים. בעיני פרופ' בל, חשמל אינו צורך הומניטרי בסיסי, ואף ניתן למנוע אותו כליל מעזה. מים הם צורך הומניטרי בסיסי, ולכן ישראל מחוייבת רק לאפשר אספקת מים על ידי צד שלישי. מעבר להבחנה הבעייתית, עליה עמדנו לעיל, בין החובה לספק לבין החובה לאפשר אספקה מצד צדדים שלישיים (בהקשר הספציפי של עזה), הרי שאיננו מסכימים עם הקביעה כי חשמל אינו צורך הומניטרי בסיסי (ברי כי חשמל הוא תנאי מקדים לקיום צרכים בסיסיים אחרים כגון מזון, טיפול רפואי, חינוך ועוד).<sup>4</sup> עם זאת, גם אם חשמל לא היה צורך כזה, הרי שהדין המינהגי בעניין צעדי תגמול אוסר על צעדים כאלה המשפיעים, במבחן התוצאה, על ההגנה על זכויות אדם בסיסיות.<sup>5</sup> אין ספק שהפסקת זרם החשמל לרצועת עזה באופן מיידי תוביל לפגיעה כזו באזרחים, כאשר החמאס ידאג להבטיח לעצמו וללוחמיו את כל צרכיהם. בנוסף, הדין בעניין צעדי גמול קובע במפורש כי על הצעדים להיות מידתיים ביחס לנזק שנגרם למדינה הנפגעת.<sup>6</sup> אנו סבורים כי ניתוקם של קרוב לשני מיליון אנשים מחשמל (וקל וחומר - מים) אינו עומד בקריטריון זה.

פעולות מסוג retorsion (שעניינן אמצעי ענישה כנגד מדינות שאינם כרוכים בהפרת מחויבויות בינלאומית כלפיהן), אינן רלוונטיות לענייננו משום שאלו מניחות כי אמצעי הנגד אינו מפר כל כלל בינלאומי אל מול המדינה הנענשת. משום שכאמור, לישראל מחויבויות בינלאומיות כלפי עזה לכל הפחות כלפי הסמכויות שהיא עדיין מחזיקה בהן אל מול תושבי הרצועה, הרי שאין עסקינן ב-retorsion במובן הקלאסי.

### 3. הפסקת אספקת חשמל ומים כסנקציה כלכלית

מניעת חשמל (או מים) אינה אך סנקציה "כלכלית" אלא סנקציה שפוגעת במישרין ובעקיפין בזכות לחיים שכן החיים בכלל והחיים בעזה בפרט, במיוחד כעת, תלויים בזרם החשמל, אשר הינו תנאי מקדים לנגישות למזון, לטיפול רפואי ולמים ראויים לשתיה.

<sup>4</sup> ראו גישה, מרכז לשמירה על הזכות לנוע (ע"ר), מחסור בחשמל בעזה: מי כיבה את האורות (2010) 5-6.

<sup>5</sup> Draft Articles on State Responsibility for International Wrongful Acts (2001), Art. 50(1)(b).

<sup>6</sup> *Id.* Art. 51.

יתר על כן, הקביעה כאילו הפסקת חשמל היא אך "סנקציה כלכלית" שאינה כפופה למגבלות משמעותיות מתעלמת מהמודעות הגוברת, בעשורים האחרונים, להשפעה ההרסנית של סנקציות בלתי מבוקרות על זכויות אדם, ובפרט על הקבוצות החלשות ביותר בחברה כגון קשישים וילדים. אכן, הוועדה לזכויות חברתיות (CESCR), המפקחת על יישום האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (שישראל היא צד לה), קבעה בהערתה הכללית בנוגע ליחס בין סנקציות כלכליות לכיבוד זכויות האדם, את הדברים הבאים:

[t] is essential to distinguish between the basic objective of applying political and economic pressure upon the governing elite of a country to persuade them to conform to international law, and the collateral infliction of suffering upon the most vulnerable groups within the targeted country.<sup>7</sup>

נוכח דברים אלה, ונוכח הפרקטיקה הגוברת מצד מדינות וארגונים בינלאומיים להעדיף סנקציות "חכמות" או "ממוקדות" על פני סנקציות כלליות או בלתי-מבחינות, קבעה כך הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (ועדת טירקל):

"נראה כי ראוי לשקול את ההתקדמות שנעשתה בעולם בהקשר של "סנקציות חכמות", ולהמשיך לעשות, כפי שנראה שממשלת ישראל אכן עושה בימים אלה, מאמצים ישירים במטרה למקד את הסנקציות בחמאס עצמו."<sup>8</sup>

סיכומו של דבר, חלפו הימים בהם סנקציות כלכליות כלליות ובלתי מבחינות היו דבר מקובל, ללא סיג, במערכת הבינלאומית.

נציין כי הדוגמה המובאת בחוות הדעת לגבי יחסי אוקראינה וחצי-האי קרים אינה רלוונטית. ראשית, כלל לא בטוח כי פעולתה של אוקראינה עולה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי – יש לבדוק זאת לאור העובדות (ואנו לא מביעים כל עמדה בנושא). שנית, חצי-האי קרים סופח בפועל למדינה עצמאית וריבונית אחרת – רוסיה, שמסוגלת בהחלט לדאוג לאוכלוסייה בקרים, ובזאת העיקר. מצב זה שונה בתכלית מהמצב ברצועת עזה.

#### 4. "צרכים הומניטריים"

בחלק זה של חוות דעתנו נתייחס למספר טענות שהעלה פרופ' בל ביחס לחובות ההומניטריות של צדדים בעת לחימה:

(א) **תקיפת תחנות חשמל בעזה:** בחוות הדעת נטען כי ישראל רשאית לתקוף תחנות חשמל בעזה. יש להדגיש כי מטרה צבאית לגיטימית היא אך כזו התורמת תרומה אפקטיבית לפעילות הצבאית של

<sup>7</sup> CESCR, General Comment 8, The Relationship Between Economic Sanctions and Respect for Economic, Social and Cultural Rights (1998).

<sup>8</sup> דו"ח טירקל, חלק א', פסקה 94.

האויב ואשר פגיעה בה, בנסיבות העניין, תביא ליתרון צבאי מובהק.<sup>9</sup> יצוין, כי על פי עמדת הצלב האדום, תחנות כוח הן מטרה צבאית אך ורק אם הן משמשות "בעיקר לצריכה צבאית."<sup>10</sup> אף אם לא נקבל פרשנות מצמצמת זו, אין מחלוקת כי תקיפת תחנות כוח צריכה להיות כפופה לעקרון המידתיות: קרי, הנזק שייגרם לאזרחים כתוצאה מתקיפתן חייב להיות מידתי אל מול היתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי מהתקיפה.<sup>11</sup> לאור הנסיבות ברצועת עזה, ספק אם תקיפה כזו תהיה מידתית בנסיבות הנוכחיות, בפרט אם תבוא ביחד עם ניתוק הספקת החשמל מישראל. נציין, בהקשר זה, כי הדין ההומניטרי אוסר תקיפתם של אובייקטים חיוניים לשרידותה של האוכלוסייה המקומית מכל סיבה שהיא, כאשר הרשימה של אובייקטים כאלה הינה למעשה "רשימה פתוחה". בנוסף, הדין אוסר גם על "הסרתם" של אובייקטים כאלה.<sup>12</sup>

**(ב) אמנת ג'נבה הרביעית והסכסוך המתנהל בעזה, הוראות סעיף 70 לפרוטוקול הראשון וחובות מכוח דיני זכויות האדם:** בחוות הדעת נכתב כי אמנת ג'נבה הרביעית אינה חלה משום שהסכסוך אינו מתנהל בין מדינות חברות וכי רצועת עזה אינה שטח כבוש, ועל כן לא חלות הוראות סעיף 23 לאמנת ג'נבה המחייבות התרת מעבר של אספקה מסויימת לאוכלוסיית האויב. ראשית, הקהילה הבינלאומית – כולל בית המשפט הבינלאומי לצדק ומועצת הביטחון של האו"ם – דחתה באופן חד-משמעי את הטענה כאילו אמנת ג'נבה הרביעית אינה חלה ביחסי ישראל והפלסטינים בשטחים.<sup>13</sup> אף בית המשפט העליון מעולם לא קיבל טענה זו באופן מפורש, ואף קבע כך, לגבי הדין החל בשטחים שנתפסו על ידי ישראל בשנת 1967:

סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי החלים על תפיסה לוחמתית. כללים אלה מעוגנים, בעיקרם, באמנת האג הרביעית ... ובתקנות הנספחות לה, אשר להוראותיהן מעמד של משפט בינלאומי מנהגי; באמנת ג'נבה הרביעית... אשר הוראותיה המנהגיות מהוות חלק ממשפטה של מדינת ישראל ... ובפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה ... אשר ישראל אינה צד לו, אולם הוראותיה המנהגיות מהוות אף הן חלק ממשפטה של ישראל<sup>14</sup> [הדגשה שלנו]

<sup>9</sup> Additional Protocol I (1977), Art. 52.

<sup>10</sup> Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia (2000), ¶39.

<sup>11</sup> Additional Protocol I, Art. 51(5)(b)

<sup>12</sup> *Id.* Art. 54(2) (it is prohibited to attack, destroy, remove or render useless objects indispensable to the survival of the civilian population, **such as** food-stuffs, agricultural areas ... ) (emphasis ours).

<sup>13</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion), ICJ (2004), ¶¶78, ¶¶90-101; S.C. Res. 446 (March 22, 1979). נציין, בהקשר זה, כי לאחרונה הצטרפה פלסטין כחברה באמנות ג'נבה. אמנם ישראל אינה מכירה בהצטרפות זו, אך היא לבטח תחזק את העמדה המקובלת לפיה האמנה הרביעית חלה ביחסי ישראל והפלסטינים.

<sup>14</sup> בג"ץ 3969/06 אלחרוב נ' מפקד כוחות צה"ל (ניתן ביום 22.10.09), פסקה 10.

יצוין אף כי בית המשפט העליון קבע כי הסכסוך הישראלי פלסטיני הינו סכסוך בינלאומי (למשל – בכל הקשור לדינים החלים על פגיעה במי שנוטל חלק ישיר במשי איבה, ולבי גרימת נזק אגבי לאזרחים)<sup>15</sup> ועל כן ייקשה אף יותר לטעון כי אמנת ג'נבה הרביעית אינה חלה בסכסוך בין ישראל ועזה. ברצוננו להדגיש שוב את הסתירה, בהקשר זה, בין טענתו של פרופ' בל לעניין יחסי ישראל-עזה במישור צעדי התגמול והסנקציות (כאילו מדובר ביחסים בין מדינות), וגישתו בעניין תחולת דיני הלחימה (כאילו אין מדובר ביחסים בין מדינות). לטעמנו, סתירה זו יוצרת מצב של חור-שחור משפטי, בו, למעשה, תושבי עזה נעדרים הגנה אפקטיבית מצד הדין הבינלאומי.

מכל מקום, לטעמנו העיסוק בסעיף 23 לאמנת ג'נבה הרביעית וסעיף 70 לפרוטוקול הראשון המשלים אותו (המשקף בעיקר דין מינהגי ועל כן מחייב את ישראל)<sup>16</sup> הינו כפירה בעיקר. בעוד שניתן לפרש סעיפים אלה לכאן או לכאן (ויש שיטענו שפרשנותו של פרופ' בל הינה צרה מדי), הרי שמרחב הפעולה של ישראל כלפי רצועת עזה אינו מוגבל אך לאור הצורך לאפשר גישה לאספקה הומניטרית בסיסית על פי דיני הלחימה במובנם הצר (conduct of hostilities), אלא שהוא מוגבל אף לאור המצב המיוחד שבין ישראל ועזה, כפי שהוסבר לעיל וכפי שנפסק על ידי בית המשפט העליון בפרשת **בסיוני**.

ראוי לציין אף כי חוות הדעת כלל לא מתייחסת לחובות שייכתן שישראל נושאת בהן כלפי תושבי עזה – בעניין הסמכויות בהן היא אוחזת – על פי דיני זכויות האדם הבינלאומיים, וזאת לצד חובותיה על פי המשפט ההומניטרי.<sup>17</sup> אין בכוונתנו לפרט עניין זה כאן, אך יהיה זה בלתי סביר לטעון כי דינים אלה אינם משפיעים במידה כזו או אחרת על יכולתה של ישראל לקטוע אספקה של מוצרים חיוניים לתושבי עזה – אף אם ישראל אינה שולטת באופן מלא בשטח הרצועה.<sup>18</sup>

## 5. ענישה קולקטיבית

בחוות הדעת נכתב כי מניעת אספקת חשמל ומים אינה נחשבת ענישה קולקטיבית שהינה אסורה על פי הדין הבינלאומי, משום שאינה מהווה ענישה מן התחום הפלילי על בסיס אשמתו של אדם אחר, וכן אינה מהווה הפרה "של כללי המלחמה לגבי **הבחנה או מידתיות**" [הדגשה שלנו]. עם זאת, הגדרה זו הינה מוגבלת יתר על המידה. ככלל, בכל הקשור להגדרתה של "ענישה קולקטיבית" אסורה, הרי שקיימת בספרות ובפרקטיקה הגדרה מרחיבה, ולצדה הגדרה צרה. על פי ההגדרה המרחיבה, ענישה קולקטיבית אסורה כוללת למעשה כל פעולה שנועדה לגבות מחיר משמעותי מאוכלוסייה אזרחית בשל פעולות של יחידים. כך, בדברי ההסבר של הפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה, נאמר כי –

<sup>15</sup> בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נ' עינויים נ' ממשלת ישראל (ניתן ביום 14.12.06), פסקה 16–18. מכל מקום, אף אם אין מדובר בסכסוך בינלאומי, ניכרת התקרבות בין הדינים המינהכיים החלים בכל סוגי הסכסוכים, כך שנפקותה המשפטית של הבחנה זו מוגבלת. Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, ICTY (Oct. 2, 1995), ¶¶127–196.

<sup>16</sup> ICRC Study on Customary IHL, Rule 55. נציין אף כי התייחסותו הנוקשה של פרופ' בל לאופי התפתחות הדין המינהגי אינה משקפת היטב את הפרקטיקה הנוהגת, ובה דינים מינהגיים מתפתחים באופן גמיש יותר. דבר זה נכון ביתר שאת בכל הקשור לדיני הלחימה. דוגמה לכך היא פרויקט הדין המינהגי ההומניטרי של הצלב האדום, שם.

<sup>17</sup> Wall Opinion, ¶¶105–106, 109–112.

<sup>18</sup> Yuval Shany, *Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law*, 7 Law & Ethics of Human Rights 47 (2013).

The concept of collective punishment must be understood in the broadest sense: it covers not only legal sentences but sanctions and harassment of any sort, administrative, by police action or otherwise.<sup>19</sup>

העמדה הצרה, מנגד, גורסת כי ענישה קולקטיבית היא אך פעולה המנוגדת לזכות המוקנית לאוכלוסייה המוגנת באמנות המסדירות את דיני הלחימה (ובגדר זכויות אלה, אין הכוונה רק לזכויות שעניין עקרון ההבחנה והמידתיות, בניגוד לאמור בחוות הדעת).<sup>20</sup> לא מצאנו צורך להכריע בין גישות אלה. זאת משום שאף לפי העמדה הצרה, הפסקת אספקת חשמל ומים עשויה לעלות כדי ענישה קולקטיבית, משום שלדידנו, ישראל מחוייבת, בעניין הסמכויות שהיא מחזיקה כלפי תושבי עזה, בהוראות ספציפיות הקבועות בדיני הלחימה. למען הסר ספק, נציין כי אף אם ייאמר כי ניתוק הרצועה מחשמל ומים אינו מהווה ענישה קולקטיבית, הרי שאין בכך כדי לשנות את מסקנותנו כי הניתוק מנוגד לדין הבינלאומי, בהתאם לנימוקים האחרים המובאים לעיל.<sup>21</sup>

לבסוף, יצויין, בהקשר זה, כי מהעובדה כי טרם הוגשו תביעות פליליות בינלאומיות בגין "סנקציות" כענישה קולקטיבית, לא ניתן להסיק דבר: כידוע, מערכת השיפוט הפלילי הבינלאומי מצויה בחיתוליה. בנוסף, אף אם מעשים מסוג זה אינם מהווים עבירה פלילית בינלאומית (ובכך לא נכריע), הרי שהדבר עדיין יכול להיות אסור במישור אחריות המדינה.

6. **סיכומו של דבר**, חוות הדעת מרוחקת מרחק רב מהשיח המקובל כיום בדין הבינלאומי, הן ככלל והן כלפי מערכת היחסים המיוחדת בין ישראל ועזה – ועל כן אין סיכוי שתתקבל על ידי גורם משמעותי כלשהו. ישראל ועזה אינן ישויות ריבוניות שוות, משום שישראל שלטה בעזה במשך עשורים באופן שהוביל לתלות כמעט מוחלטת, ואף לאחר ההתנתקות, היא עדיין אוחזת בסמכויות שונות כלפי האוכלוסייה – כולל באמצעות שליטה על תשתיות חיוניות. מכיון שבפועל, ישראל לא מאפשרת לעזה לפתח תשתיות אלה בעצמה, היא אינה יכולה להתנער כליל מאחריותה לספק אותן. משכך, הפרשנות המוצעת בחוות הדעת חורגת מהאיזון הראוי בין תכליותיו השונות של המשפט ההומניטרי – אף בהתחשב באתגרים המיוחדים העולים בלחימה אסימטרית – משום שהיא יוצרת, בפועל, "חור-שחור" משפטי בו לא עומדת לאזרחים הגנה אפקטיבית מצד הדין הבינלאומי.

בכבוד רב,

פרופ' ארנה בן-נפתלי, המכללה למנהל

פרופ' איל בנבנישתי, אוניברסיטת תל אביב

<sup>19</sup> Commentary on Additional Protocol I ¶3055. See also ICRC Study on Customary IHL, Rule 103.

<sup>20</sup> Amichai Cohen, *Economic Sanctions in IHL: Suggested Principles* 42 Isr. L. Rev. 117, 131–132 (2009)

<sup>21</sup> דו"ח טירקל אף הוא תומך בטענה זו, בקבעו כי אף פעולות שאינן עולות כדי ענישה קולקטיבית במובנה הצר עשויות להיות אסורות, אם הן גורמות נזק בלתי מידתי לצדדים שלישיים חפים מפשע. דו"ח טירקל, פסקה 105.

פרופ' תומר ברודי, האוניברסיטה העברית

פרופ' אייל גרוס, אוניברסיטת תל אביב

פרופ' משה הירש, האוניברסיטה העברית

פרופ' גיא הרפז, האוניברסיטה העברית

ד"ר אליאב ליבליך, המרכז הבינתחומי הרצליה

ד"ר הילי מודריק אבן-חן, המרכז האקדמי שערי משפט

פרופ' דוד קרצמר, האוניברסיטה העברית והמכללה האקדמית ספיר

פרופ' פרנסס רדאי, מכון קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל, המכללה למנהל

ד"ר יעל רוני, המרכז האקדמי שערי משפט

פרופ' יובל שני, האוניברסיטה העברית

#### **העתק:**

היועץ המשפטי לממשלה, עו"ד יהודה וינשטיין

בפקס מס' 02-6467001