

ישראל רשאית לנתק את רצועת עזה ממים וחשמל

חוות דעת משפטית

פרופסור אבי בל, עמית בכיר
בפורום קהלת (ע"ר)

עודכנה והורחבה ב-24 ביולי 2014



ישראל רשאית להפסיק לספק חשמל ומים לרצועת עזה

חוות דעת משפטית¹

בחודש מרץ השנה, ניתקה אוקראינה את החשמל לחצי האי קרים, שטח אוקראיני שנכבש על ידי רוסיה ומוחזק כעת בתפיסה לוחמתית על ידה. הניו-יורק טימס דיווח ש"בתים ועסקים הוחשבו... דבר המדגיש את הפגיעות והבידוד הגיאוגרפי של חצי האי, אשר תלוי באוקראינה היבשתית לרבים מהשירותים הבסיסיים, כולל חשמל ורוב אספקת המים שלו"². באמצעות פעולת ניתוק החשמל, גמלה אוקראינה לרוסיה על תפיסת חצי האי. פעולותיה פגעו בעיקר באזרחים תושבי קרים. לא היה מי שטען שאוקראינה הפרה חוק בלשהוא.

אוקראינה אמנם חיברה מחדש את החשמל, אבל מיד לאחר מכן ניתקה את אספקת המים. ב-26 למאי, דיווח העיתון "קייב פוסט" שראש ממשלת רוסיה דימטרי מדבדב התקומם בעקבות החלטת הממשלה האוקראינית לבנות סכר שינתק את התעלה בצפון קרים ויפחית את זרימת המים לקרים בכ-90%. 85% מאספקת המים של קרים תלויה באוקראינה. מדבדב הגדיר את הצעד כ"פוליטי ועוין".

מה שמדבדב לא עשה הוא לקרוא לפעולה "פשע מלחמה" או "פשע נגד האנושות". הארגונים הבולטים בשיח הבינלאומי על זכויות האדם החרישו אף הם. עד כמה שידוע לי, Human Rights Watch, אמנסטי-אינטרנשיונל ואפילו נציב האו"ם לזכות האדם למי שתייה וסניטציה (אכן, יש משרה כזאת) לא אמרו דבר בנושא זה. כמו כן, ככל שידעתי מגעת, אין שום חוקר מתחום המשפט הבינלאומי שהביע דעה לפיה אוקראינה הפרה את הדין הבינלאומי בכך שקטעה את אספקת המים.

בניגוד לכך, נטען שתשע שנים לאחר שישראל ויתרה על השליטה ברצועת עזה היא עודנה מחויבת חוקית להבטיח שחברות ישראליות (חברת החשמל ומקורות) ימשיכו לספק חשמל ומים לרצועת עזה. ישראל מספקת 120 מגה-ואט בקירוב של חשמל לרצועה, שמוערכים בכ-50-25% מצרכי האוכלוסייה שם. ישראל מספקת לרצועה גם 5 מיליון מ"ק מים, מתוך צריכה כוללת משוערת של 185 מיליון מ"ק מים. תלותה של עזה באספקה ישראלית, אם כן, נמוכה בהרבה מתלותה של קרים באספקה אוקראינית.

ישראל ויתרה על השליטה ברצועת עזה לפני תשע שנים; אוקראינה איבדה את שליטתה בקרים לפני כארבעה חודשים. רשות קרים עמדה תקופה קצרה מאוד למצוא פתרונות לתלותה באוקראינה, לעומת התקופה הארוכה שעמדה לרשות עזה. ברור שאחריותה של ישראל לתלותה של עזה קטנה מאחריותה של אוקראינה לתלותה של קרים בה.

ישראל כבר הפחיתה בעבר את זרם החשמל והעברת סחורות אחרות לרצועת עזה. בית המשפט אף אישר את חוקיותם של צעדים אלו, בבג"צ 9132/07 בסיוני נגד ראש הממשלה (2008).

אין שום תיעוד של נוהל בינלאומי לפיו מדינות מחויבות לספק חשמל או סחורות לשטחים שהן אינן שולטות עליהם בהיעדר הסכמים המחייבים אספקה כזו. כמו כן, אין שום אמנה בינלאומית הדורשת ממדינות לספק סחורות בהיעדר הסכמים כאלו.

פרופ' יורם דינשטיין קבע ש"הטענה שצד לוחם בשעת מלחמה מחויב לספק חשמל ודלק לאויב היא מגוחכת בעליל"⁴ דינשטיין אף הוסיף ש"לא ניתן להסיק שקיימת זכות כללית לסיוע הומניטרי... בעת שלום ואפילו לא כאשר מתרחש אסון טבע"⁵.

אף על פי כן, יש הטוענים שישראל מחויבת לספק לעזה חשמל ומים גם בעת הזאת. חוות דעת משפטית זו מראה שהטענות נגד ישראל הם חסרי בסיס משפטי בדין הבינלאומי.

1 חוות דעת זו מרחיבה ומעדכנת גרסה קצרה יותר שהוצאה לאור על ידי קהלת ביולי 2014. גרסה זו גם מתקנת שגיאות כתיב, תרגום ודפוס וגם מתייחסת למספר הערות שקיבלתי לאחר פרסום הגרסה הקודמת. אני מודה לכל אלה שתרמו את הערותיהם.

1. ואקום משפטי

יש הטוענים שישראל מחויבת לספק חשמל לרצועת עזה משום שאחרת תושבי עזה יישארו ב"חור שחור" או "ואקום משפטי" שבו הם יהיו בלתי מוגנים. הטעון הזה סותר את העקרונות הבסיסיים של הדין הבינלאומי.

המחשבה ש"ואקום משפטי" הוא בלתי אפשרי ועל כן קיימת חובה חוקית למלא את ה"ואקום" הזה זרה לעקרון הבסיסי של הדין הבינלאומי, האומר שמדינות הן חופשיות לפעול כרצונן עד אשר ורק אם קיים דין ספציפי האוסר עליהן לעשות כן. כלל זה התקבע בעקבות "פרשת הלוטוס"⁶ הידועה. פרשה זו החלה כאשר בלי שיט צרפתי התנגש בכלי שיט טורקי וגרם למותם של שמונה טורקים. טורקיה ביקשה לתבוע בדין פלילי את הקצין הצרפתי האחראי לספינה הצרפתית. בית הדין הקבוע הבינלאומי פסק שאין שום חוק המעניק לטורקיה סמכות שיפוט או מונע ממנה סמכות זו. בהתחשב ב"ואקום המשפטי" הקיים, אין מניעה שטורקיה תעשה כרצונה ותשפוט את הקצין הצרפתי למרות ההתנגדות הצרפתית. בשרה התחונה נקבע כי על פי העיקרון הבסיסי הנוהג במשפט הבינלאומי, טורקיה כמדינה ריבונית חופשית לעשות ככל שתחפץ כל עוד אין סעיף ספציפי של החוק הבינלאומי שמנחה אותה לנהוג אחרת.

במלים אחרות, במידה ואכן קיים "חור שחור" או "ואקום משפטי" ישראל, כמו כל מדינה אחרת, רשאית להפעיל את סמכותה הריבונית וליישם כל מדיניות שברצונה ליישם.

אין ספק שעקרון הלוטוס – המרשה למדינות לעשות כל דבר שאינו נאסר במפורש על ידי החוק הבינלאומי – עדיין בתוקף מבחינה משפטית. לדוגמה, בית הדין הבינלאומי לצדק השתמש בעקרון הלוטוס בשנת 2008 כשפסק שקוסובו רשאית להכריז על עצמאות באופן חד צדדי משום שאין שום סעיף בחוק המרשה או אוסר זאת.⁷

לא בהחלט הלוטוס ולא בשום פסיקה מאוחרת יותר נקבע שישנו כלל אחר מחמיר יותר, התקף לגבי ישראל.

2. עונש קולקטיבי ותגמול (retorsion)

יש הטוענים שהפסקת אספקת חשמל, מים וסחורות לרצועת עזה היא עונש קולקטיבי ועל כן הינה בלתי חוקית. ענישה קולקטיבית אסורה על פי חוקי המלחמה⁸. יחד עם זאת, למרות שהדין הבינלאומי בהחלט אוסר "ענישה קולקטיבית", מניעת אספקת מים או חשמל אינה נחשבת ככזו.

הדין על ענישה קולקטיבית אוסר אכיפת עונשים פליליים ומעין-פליליים על יחידים וקבוצות בשל אשמתו של אחר, עונשים שהם בעצמם מהווים הפרה של דיני המלחמה. מניעת אספקת חשמל ומים ישראליים אינה מהווה הטלת עונש פלילי או הפרה של דיני המלחמה. כפי שכתב פרופ' עמיחי כהן: "אין תימוכין להשערה לפיה איסור ענישה קולקטיבית מוסיף מחויבויות אחרות מעבר לאלו שפורטו באמנה (אמנת ג'נבה)"⁹ מאחר ואין חובה כללית לספק חשמל ומים ואין כאן הטלת עונש מעין פלילי, בוודאי שאין כאן עונש קולקטיבי.

מעולם לא הוגשה תביעה בגין פשעי מלחמה על בסיס אשמה בענישה קולקטיבית בעקבות הפעלת סנקציה כלכלית. אכן, רבים ממבקריה של ישראל המכנים את פעולותיה הקודמות של מניעת סיוע כלכלי בשם "עונש קולקטיבי", קראו בעצמם לאכיפה של סנקציות כלכליות על ישראל או מניעת סיוע כלכלי ממנה, וכן לגבי מדינות אחרות¹⁰, או לפחות טענו ש"אין להם שום עמדה לגבי החוקיות של צעדי ענישה וחרמות"¹¹. גם אלו הטוענים שהדין הבינלאומי צריך להגביל את אכיפתן של סנקציות כלכליות, מודים שמגבלות כאלו אינן קיימות לפי שעה בדין הבינלאומי.¹²

בשנת 2008, בפס"ד בג"צ 9132/07 בסיוני נגד ראש הממשלה, פסק בית המשפט העליון של מדינת ישראל שהפחתת אספקת החשמל וסחורות אחרות לרצועת עזה אינה מהווה עונש קולקטיבי.

אפילו אם ישראל התכוונה להפסיק את אספקת החשמל והסחורות האחרות לרצועת עזה כ"עונש" לישות הפוליטית שעליה הסנקציות האלו מוטלות, הרי שאכיפת סנקציות כלכליות על טריטוריה זרה לא נחשבת עונש קולקטיבי ולכן היא צעד חוקי ומותר, למרות ההשפעות הנלוות על האזרחים, כל עוד אין סעיף ספציפי באמנה האוסר על סנקציות כלכליות כאלו.

השימוש בסנקציות כלכליות ואמצעים לא צבאיים אחרים הוא פרקטיקה הידועה בשם Retorsion – (פעולת תגובה)¹³. זוהי פרקטיקה מוכרת ומקובלת שלכל מדינה שמורה הזכות לבצע פעולה זו¹⁴. מדינות יכולות אף להרחיק לכת ולבצע פעולות-תגובה לא מלחמתיות אחרות שבמקרים אחרים תיחשבנה לא חוקיות (כמו, למשל, השעית הסכמי תעופה) כצעדי נגד.¹⁵ כיון שישראל אינה נתונה לשום מחויבות חוקית לבצע סחר בדלק, חשמל או כל דבר אחר עם רצועת עזה או לשמור על גבולות פתוחים עימה, הרי שהיא רשאית למנוע מעבר סחורות ללסגור את גבולותיה אם תבחר לעשות כן, אפילו אם מטרת הצעד היא ענישה בעקבות פעילות טרור פלסטי-נאית.

הנוהג הבינלאומי מראה בבירור שסירוב לספק סחורות – החל מהחרם הערבי כלפי ישראל או אמברגו הנשק של אופ"ק, קרטל יצרניות הנפט, וכלה בסנקציות האמריקאיות על קובה או הסנקציות הבינלאומיות על איראן או על דרום אפריקה של ימי האפרטהייד – הוא תופעה נפוצה שאינה נחשבת לעונש קולקטיבי על פי הדין הבינלאומי. אין אמנה או מנהג בינלאומיים אשר מגבילים את הזכות להטיל סנקציות אך ורק למקרים בהם הסנקציות "חכמות" או "ממוקדות".

ישנה טענה, שמכיון שרצועת עזה אינה מדינה אסור לישראל לאכוף עליה סנקציות כלכליות או פעולות-תגובה אחרות. אולם אין בדין הבינלאומי איסור על אכיפת סנקציות כלכליות על ישויות שאינן מדינות. אין אמנה הקובעת שמדינות חייבות לספק סחורות לטריטוריות שהן אינן שולטות עליהן רק משום שאינן מדינות. אין נוהג בינלאומי מקובל לפיו אסור למדינות ליישם פעולות-תגובה בכדי להעניש שחקנים בינלאומיים המפרים את החוק הבינלאומי (כמו, לדוגמה, ארגוני טרור) רק משום שהשחקנים הבינלאומיים עליהם מדובר אינם מדינות. הטענה לפיה רצועת עזה רשאית למנוע את פעולות-התגובה של ישראל או לדרוש אספקה של סחורות פשוט משום שהיא אינה מדינה אינה נתמכת על ידי הדין הבינלאומי.

אין ספק כי מותר להטיל סנקציות כלכליות על שחקנים-לא-מדינתיים ושהדבר אף נעשה בפועל. שחקנים אלו נושאים באחריות בינלאומית ונענשים בכלים משפטיים על הפרות שהם אחראים להן. לדוגמה, קבוצות חמושות (כגון החמאס) כפופות לדיני המלחמה וכאשר הן מפרות אותם, פושעי המלחמה שביניהם חשופים לתביעות משפטיות. כמו כן, ניתן לאכוף סנקציות כלכליות על ארגוני טרור. אכן, החוק הבינלאומי דורש להטיל כמה סוגים של סנקציות על ארגוני טרור. הממשל ברצועת עזה, למרות שאינו ממשל של מדינה, הוא ארגון טרור. ארגון זה מפר את חובות הדין הבינלאומי באופן מתמשך, ולכן מובן שמדינות יכולות לבצע כנגדו פעולות תגובה חוקיות.

העובדה שעזה איננה מדינה אינה מספקת לה הגנה משפטית חזקה יותר כנגד "פעולת-תגובה" (retorsion) מצידה של ישראל אלא להפך. למדינות שמורה הזכות לריבונות וכן הזכות לחסום התערבויות מסוימות בריבונותן. מכיון שרצועת עזה אינה מדינה ריבונית היא אינה יכולה לטעון כנגד הפרה של ריבונותה בדרכים אלה. אפילו אם סנקציות כלכליות כנגד רצועת עזה היו מהסוג שמפר את ריבונותה של מדינה, מכיון שעזה אינה מדינה, אין לה בסיס חוקי להתלונן.

3. אספקה הומניטרית

לעיתים עולה הטענה שישראל מחויבת לספק חשמל ומים לרצועת עזה משום שישראל מעורבת כרגע בסכסוך מזוין עם החמאס, ארגון הטרור המתפקד כרגע כממשלה דה-פקטו של עזה. יורם דינשטיין כותב, "לא ניתן להסיק... שקיימת זכות כללית לסיוע הומניטרי בעת שלום"¹⁶ אלא שיש חובה לאפשר העברת סיוע הומניטרי בעת מלחמה. חובה זו היא מוגבלת. אין שום אינדיקציה בנוהג או אמנה בינלאומיים לגבי קיום חובה לספק סיוע הומניטרי לאוכלוסיה האזרחית של האויב.

מספר מאמרים נכתבו לגבי האבחנה בין אי-הפרעה (המחויבת על פי המשפט הבינלאומי) לבין אספקה (שאינה מחויבת על פי המשפט הבינלאומי).¹⁷ בתארו את החובות הקשורות לאספקה הומניטרית, דינשטיין קובע שיתכן שיש חובה על מדינה לספק סיוע הומניטרי לאוכלוסיה אזרחית בשטח עליו היא שולטת וכן לא להפריע לשימוש במה שכבר זמין לאזרחים. אבל, הוא מוסיף: "הזכות לסיוע הומניטרי – עד כמה שזו קיימת בחוק הבינלאומי – היא מוגבלת למדי בהיקפה".¹⁸ דינשטיין לא מצא חובת הספקה לאוכלוסיה שנמצאת באיזור מחוץ לשליטת המדינה. יובל שני כותב שבזמן שיש "חובה לאפשר העברת אספקה לצרכים הומניטריים... הצדדים הלוחמים יינם מחויבים על ידי החוק ההומניטרי הבינלאומי לספק אחד לשני מוצרים בסיסיים"¹⁹. אין שום נוהג בינ-לאומי מקובל לפיו קיימת חובה להעביר אספקה לטריטוריות שהן מחוץ לשליטתה של המדינה.

כמה וכמה אמנות מתארות את החובה שלא להפריע להעברת אספקה לצרכים הומניטריים:

סעיף 23 של אמנת ג'נבה הרביעית דורש מהצדדים בסכסוכים מסוימים להתיר העברה של פריטים מסוימים לאוכלוסיה האזרחית של האויב על פי מספר תנאים²⁰. למרות זאת, הלחימה ברצועת עזה ובסביבותיה אינה מסוג הסכסוכים שאמנת ג'נבה הרביעית תקפה לגביהם: הסכסוך אינו בין שתי מדינות אשר חברות באמנה ורצועת עזה אינה שטח כבוש²¹. לפיכך, ישראל חופשית להתעלם מהאמור בסעיף 23, למעט במידה וסעיף זה מתאר משפט בינ"ל מנהגי.

סעיף 70 בפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנת ג'נבה משנת 1977 מחיל חובה מעט רחבה יותר לגבי מזון, אספקה רפואית, ביגוד, ציוד לינה, מחסה ו"אספקות אחרות הנחוצות לשרידותה של אוכלוסיה אזרחית"²². ישראל אינה צד לפרוטוקול זה ועל כן אינה כפופה להוראות סעיף 70, כאן גם למעט במידה וסעיף זה מתאר משפט בינ"ל מנהגי.

בפס"ד בג"צ 9132/07 בסיוני נגד ראש הממשלה (2008), התייחס בג"צ לסעיפים אלו כמתארים את המשפט הבינלאומי המנהגי, ולמרות זאת מצא שיש לישראל את הזכות להפחית את אספקת החשמל.

אין נוהג מקובל התומך בטענה לפיה מדינות מחויבות לספק חשמל ומים לשטחי אויב, וממילא לא ניתן לצטט עמדה התומכת בכך. אכן, מקרים שהתרחשו בזמן האחרון מוכיחים בדיוק את ההפך: החלטתה של אוקראינה להפסיק את אספקת המים לקרים, היא דוגמה עדכנית וחשובה לכך.

ההנחה שההוראות בסעיפים המוזכרים לעיל אכן משקפות את הדין הבינלאומי, ישראל עדין תהיה רשאית לעצור את האספקה לרצועת עזה. סעיף 23 של אמנת ג'נבה הרביעית דורש אך ורק להתיר מעבר של מזון, ביגוד ותרופות המיועדות לילדים מתחת גיל 15, נשים לפני לידה וילדות²³. גם אם סעיף 23 משקף את הדין המנהגי, הרי שאין על ישראל שום מחויבות להתיר אספקת חשמל, דלק או כל פריט אחר שאינו מזון, ביגוד או תרופות. סעיף 70 של התוספת הראשונה לאמנת ג'נבה מפרט רשימה ארוכה יותר של פריטים שלצדדים אסור להפריע את אספקתם. אף על פי כן, סעיף 70 אינו מונה דלק או חשמל כפריטים שחובה להתיר את העברתם.

כמו כן, על פי סעיף 23 ישראל אינה מחויבת לספק שום דבר בעצמה; ישראל מחויבת אך ורק שלא להתערב בהעברה של מוצרי מזון וכדומה שנשלחו על ידי אחרים. בדומה לכך, סעיף 70 אינו מטיל על הצדדים הלוחמים חמים את האחריות להעביר בעצמם את הפריטים הרשומים. הוא מטיל על כלל המדינות את החובה הכללית לארגן "פעולות סיוע" ועל הצדדים הלוחמים שלא להפריע לפעולות אלו. לכן, על פי סעיף 70, ישראל לא תהיה מחויבת לספק דלק או חשמל; ישראל אפילו לא תהיה מחויבת לספק מזון או תרופות. לכל היותר, סעיף 70 ידרוש מישראל להתיר העברה של משלוחים של מזון או תרופות ממקורות אחרים, מה שישראל כבר עושה ממילא ללא קשר לסעיף 70.

יש סיבה טובה להאמין שבניגוד למזון ותרופות, חשמל אינו נחשב צורך הומניטרי על פי דיני המלחמה ולכן ישראל אינה מחויבת אפילו לאפשר לצד שלישי לספק חשמל לרצועת עזה. כפי שהבחין בית המשפט בפס"ד בסיוני, סעיף 70 של הפרוטוקול הראשון הנוסף (שאוסר על הפרעה לאספקת צרכים הומניטריים) נקרא פעמים רבות בהקשר של סעיף 54 של אותה אמנה, האוסר לפגוע במטרות הומניטריות (מצבורי מזון, אזורי חקלאיים ומפעלי מזון, יבול, בעלי חיים, מי שתיה, תשתית מי שתיה ומערכות השקיה) אם מטרת הפגיעה היא "בכדי למנוע את אספקתם בגלל חשיבותם למחייתה של האוכלוסייה האזרחית". בפרט, בית המשפט הצביע על כך שניתן לקרוא את סעיף 70 כך שמוצרי הצריכה שהעברתם מוגנת על ידי האמנה ילמדו בהיקש מהתשתיות המוגנות על ידי האמנה. למותר לציין כי תחנות כח לא מופיעות בסעיף 54 כמטרות מוגנות ועל כן ניתן ללמוד כי חשמל אינו מוצר מוגן על פי סעיף 70. אכן ישנה פרקטיקה נרחבת של פגיעה בתחנות כח חשמליות בזמן מלחמה²⁴ ופרקטיקה זו נתמכת בהצהרות של הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום, המבהירות שתחנות כח אינן זכאיות להגנה משפטית בזמן מלחמה וחשמל אינו צורך הומניטרי מוגן. יהיה זה פרדוקסלי לטעון שמדינה ששאית להשמיד את תחנות הכח של האויב אבל באותו זמן מחויבת לספק לאויב מהחשמל שהיא מייצרת בעצמה. כפי שמעיר דינשטיין, "משלוחים של סיוע הומניטרי יכולים לכלול רק צרכים בסיסיים כגון מזון, מים, תרופות, ביגוד, ציוד לינה ואמצעי מחסה"²⁵, חשמל ודלק אינם נחשבים לצרכים בסיסיים.

במקרה של פס"ד בסיוני, העותרים טענו שחשמל צריך להיחשב צורך הומניטרי בסיסי משום שברצועת עזה זקוקים לו כדי לתפעל בתי חולים ומתקני מים. כמובן שהעותרים לא הציגו שום תקדים משפטי לפרשנות זו של הדין הבינלאומי מן הסיבה הפשוטה שתקדים כזה אינו קיים. אף על פי כן, המדינה בתשובתה הבהירה שהיא מפחיתה את אספקת החשמל במידה קטנה, שלא תפריע לתפעול בתי החולים ומתקני המים. על רקע עובדתי זה, פסק בית המשפט שהפחתת החשמל לא מפרה את מה שנראה בעיניו כנוהג מקובל שלא להפריע לאספקה הומניטרית. יש בעמדת המדינה בפסק דין זה רמיזות לכך שהמדינה הניחה בטעות שהיא חייבת לספק חשמל בעצמה.

מים, להבדיל מחשמל, הם אכן מצרך הומניטרי. אם סעיפי האמנה חלים, הרי שאסור לישראל להפריע לצד שלישי אם זה ירצה בכך לספק מים לתושבי רצועת עזה. אף על פי כן, האמנה אינה דורשת מישראל לספק את המים בעצמה. יתרה מכך, מכיון שסעיפי האמנה כנראה אינם חלים, ואין שום נוהג מקובל המראה שמדינות מחויבות לספק מים לאוכלוסיה האזרחית של האויב, הרי שאין סיבה להאמין שקיימת חובה חוקית על ישראל לספק מים.

ישראל מטילה כרגע מצור ימי ואווירי על רצועת עזה. במהלך הטלת מצור, על הצד האוכף אותו קיימת חובה להתיר מעבר של צרכים הומניטריים. יחד עם זאת, אין בכך כדי להוסיף על החובות המוטלות על ישראל על פי סעיפים 23 ו-70 שהזכרתי לעיל. אכן, דינשטיין מעיר ש"למרות שאין שום אזכור מפורש למצור בסעיף 23(1) (של אמנת ג'נבה הרביעית) אין ספק שהרקע לסעיף זה הוא מצור מסוג זה".²⁶

על פי סעיף 102 ל'אמנת סן-רמו על הדין הבינלאומי המתאים לסכסוכים מזוינים בים, סט כללים לא מחייב, חל איסור על הטלת מצור ימי רק לשם "הרעבת האוכלוסיה האזרחית או מניעה ממנה של פריטים ההכרחיים לשרידותה". בדומה, סעיף 54(1) של הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנת ג'נבה קובע ש"הרעבת אוכלוסיה אזרחית כשיטת לחימה אינה חוקית". ישראל אינה צד לפרוטוקול זה ועל כן אינה מחויבת לו על פי דיני האמנות. עם זאת, שני הסעיפים מתארים מן הסתם משפט מנהגי ועל כן מחייבים את מדינת ישראל על פי הדין הבינלאומי המנהגי. על כן, יהיה זה אסור למדינת ישראל למנוע אספקת חשמל (או לנקוט כל פעולה אחרת) במטרה להרעיב את האוכלוסיה האזרחית. אולם אותן פעולות תהיינה מותרות אם מטרתן תהיה מניעים כשרים, כמו לחסוך במשאבים ישראליים, מניעת סיוע מלוחמי החמאס או אכיפת סנקציות כלכליות על שליטי עזה.

4. שליטה וכיבוש

טענה נוספת המושמעת היא שישראל מחויבת לספק חשמל לרצועת עזה משום שהיא שולטת עליה. ישנן שתי גרסאות לטענה זו: האחת טוענת שישראל שולטת ברצועת עזה ב"תפיסה לוחמתית"; השנייה טוענת שעל אף שישראל לא כובשת את עזה ולא מחילה את ריבונותה עליה, היא נחשבת כ"שולטת" על רצועת עזה לצורכי אמנות זכויות אדם או חובות "פוסט כיבוש".

כאשר מדינה שולטת בטריטוריה בתפיסה לוחמתית, קיימת חובה על המדינה לספק לאוכלוסיה האזרחית מספר צרכים, אם אין כל דרך אחרת להבטיח את גישתם לצרכים אלו. באופן דומה, גם כשהיא מחזיקה בטריטוריה שבריבונותה המלאה, על המדינה מוטלת חובה לספק את אותם צרכים אשר האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות אדם דורשות שיגיעו לאוכלוסייה האזרחית.

על פי ההגדרות של "שליטה" בדיני תפיסה לוחמתית ודינים אחרים, ברור שישראל איננה שולטת על רצועת עזה. משכך, ישראל איננה מחויבת באספקת צרכים אלו.

ישראל לא מחזיקה בעזה ב"תפיסת לוחמתית". אחד התנאים הבסיסיים ביותר למצב זה הוא שהמדינה הכובשת תפעיל "שליטה אפקטיבית" על השטח הכבוש. ההחלטה בענין נלטיליץ' (Naletilic) של בית הדין הבינלאומי ביוגוסלביה לשעבר²⁷ מנתה מספר גורמים המצביעים על כך שלכובש יש "שליטה אפקטיבית", בכלל זה אי יכולתן של הרשויות המקומיות לפעול ביחס לציבור, נוכחות של כוחות של הכובש על הקרקע (או לפחות יכולת לשלוח אותם תוך פרק זמן סביר בכדי להמחיש את סמכותו) והכובש יכול לאכוף את רצונו והוראותיו על האוכלוסייה האזרחית. בדומה לכך, כפי שפסק בית הדין בנירנברג במקרה של וילהלם ליסט ואחרים (מקרה בני הערובה) "כיבוש משמעותו הפעלת הסמכות הממשלתית עד כדי דחיקתה של הממשלה המוכרת" כלומר סילוקו של הממשל האזרחי המקומי.²⁸

יש ברצועת עזה ממשל עצמאי מקומי שאינו נותן דין וחשבון לישראל (ולמעשה תוקף את ישראל בגלוי פעם אחר פעם באופן לוחמתי). ישראל אינה מחזיקה חיילים על הקרקע ברצועת עזה ויכולה להציב חיילים על הקרקע רק על ידי לוחמה מאומצת וקשה. האוכלוסייה האזרחית המקומית אינה תלויה בישראל. לישראל אין ממשל מקומי ברצועה. כפי שכתב יובל שני: "הטריטוריה נשלטת על ידי ממשלה פלשתינאית אפקטיבית, ולא על ידי ממשלת ישראל"²⁹. הטענה שישראל שולטת שליטה אפקטיבית על הרצועה היא בלתי סבירה.

ב-2008, בפס"ד בג"צ 9132/07 בסיוני נגד ראש הממשלה, בג"צ דחה במפורש את הטענה שישראל מחזיקה בשליטה אפקטיבית ברצועת עזה או שהיא יכולה להיחשב ככובשת.

יש הטוענים, באמצעות מהלך מעורר תמיהה של חשיבה מעגלית, שהעובדה שישראל מספקת לעזה חשמל, מים ושאר מצרכים מוביחה שישראל "שולטת" בהיבטים חיוניים של החיים ברצועת עזה. מכאן הם ממשיכים לטעון שמכיון שיש לישראל "שליטה" על רצועת עזה (בגלל האספקה שהיא מספקת), הרי שהיא מחויבת חוקית לספק את אותה אספקה שבגללה הוכיחו כביכול שישראל שולטת ברצועת עזה. ברור לכל, שאין שום אמנה או ווהג בינלאומי מקובל שהובא בכדי לתמוך בטיעון מעגלי כזה. סינגפור תלויה לחלוטין במים המיובאים משכנתה מלזיה, אך מעולם לא נטען שמוטלת על מלזיה איזו חובה חוקית כתוצאה מתלות זו. כלל הרואה ביצוא מוצרים נחוצים "שליטה" המטילה חובה על המדינה המייצאת להמשיך ולייצא מוצר זה לעולמי עד עלול ליצור תמריצים עגומים מאוד. שום מדינה לא תרצה לייצא מוצרים נחוצים כמו מים למדינה התלויה בהם אם הדבר יביא לכך שהיא תחויב להמשיך לספק לה אותם לנצח.

כמו כן, כדאי להבחין בכך שהמסקנה ההגיונית של טיעון לפיו אספקת מים וחשמל היא סוג של "שליטה" על עזה תהיה שראוי שישראל תפסיק לספק חשמל ומים לעזה כדי להשמיט את הבסיס לטענה לפיה היא "שולטת" בעזה, כביכול.

גרסה אחרת של טיעון זה לפיו ישראל "שולטת" ברצועת עזה מכיר בכך שלישראל אין שליטה אפקטיבית ברצועת עזה כמשמעה תחת דיני ה"תפיסה הלוחמתית". אף על פי כן, נטען שיש לראות את ישראל כמי שנושאת באחריות גדולה כלפי רצועת עזה בשל חוקי "פוסט כיבוש" לפיהם מדינה שהחזיקה בעבר שטח מסוים ב"תפיסה לוחמתית" ממשיכה לשאת בחובות משפטיות כלפיו.

נראה שטיעון זה הומצא כמעט אך ורק כדי לשמש נגד ישראל. אין שום אמנה היוצרת חובות כאלה. אין תקדים משפטי לחובות כאלו. אין נוהג היסטורי המעיד על נוהג מקובל של חובות "פוסט כיבוש". למרות שקיים דיון אקדמי נורמטיבי נכבד בנושא חובות "פוסט כיבוש", קל לראות שהדיון עוסק בשאלה האם צריך ליצור חוקים בנושא זה ולא בשאלה האם הוא כבר קיים.³⁰ אין שום סיבה שישראל תסכים להטיל על עצמה חובות מסוג זה בהתחשב בכך שנכון להיום לא קיימות בחוק חובות "פוסט כיבוש" כלל.

לחלופין, יש הטוענים שעל ישראל מוטלת חובה לספק צרכים הומניטריים הנובעת מהאמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. בין שאר הוראותיה, האמנה קוראת למדינות להבטיח (גם אם לא באופן מיידי) מספר צרכים חומריים ושירותים כגון ביטוח לאומי, תעסוקה, חינוך, זכות למגורים ובריאות (יצוין שאין אזכור מפורש של חשמל או דלק). מכיוון שאין באמנה התייחסות לגבי תחולה טריטוריאלית, נטען שהיא חייבת לחול גם על שטחים שמחוץ למדינה, ולכן ישראל מחויבת לספק את כל הצרכים המוזכרים באמנה.

פרשנות זו של האמנה מוטעית. ישנו כלל בסיסי ביותר לגבי אמנות המעוגן בסעיף 29 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות, לפיו אמנות חלות ב"כלל שטחי המדינה", אבל רק בשטחי המדינה. יש אכן ויכוח לגבי היקף הטריטוריה של מדינה לעניין סעיף זה, אבל אין ספק שמקום בו למדינה אין שליטה אפקטיבית או שלטון ריבוני לא נחשב טריטוריה שלה. ישראל לא מחילה סמכויות ריבוניות שלה בעזה ולא יכולה להיות אחראית ליישום הוראות האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות שם. צריך להבהיר, שאם למדינות הייתה אחריהן לשמירה על זכויות אלו מחוץ לגבולות שליטתן, אזי מדינות כמו צ'ילה ותאילנד היו יכולות לטעון שמדינות קנדה ויפן פוגעות בזכויותיהן לפי הדין הבינלאומי כשהן לא מספקות לאזרחי צ'ילה ותאילנד פתרונות דיור או ביטוח לאומי. ישראל תידרש להבטיח לתושבי עזה ביטוח לאומי, חינוך ותעסוקה. זוהי תוצאה אבסורדית לחלוטין.

5. פס"ד בסיוני

פס"ד בג"צ 9132/07 בסיוני נגד ראש הממשלה (2008), פסק בית המשפט העליון שהחלטה ישראלית להפחית את אספקת החשמל לרצועת עזה לא מפרה את המשפט המנהלי הישראלי או את הדין הבינלאומי המנהגי. אף על פי כן, ישנם כאלה הטוענים שפסק הדין בפרשת בסיוני מוכיח למעשה שיש לישראל חובה חוקית לספק חשמל ודלק בכמות מסוימת לרצועת עזה. בכדי להוכיח את טענתם הם מצטטים חלקים מהאוביטר בפסק הדין (החלקים הלא מחייבים של הפסיקה), אשר נראה שהם מרמזים על קיומה של חובה כזאת.

הפסקאות העיקריות שהם מצטטים, פסקאות 11 ו-12, אומרות כך:

11. השאלה הניצבת לפנינו עניינה, אפוא, האם ההגבלות השונות על אספקת הדלק והחשמל לרצועת עזה גורמות לפגיעה בצרכים הומניטריים חיוניים של תושבי רצועת עזה. ... לא מוטלת על מדינת ישראל חובה לאפשר העברת כמות בלתי מוגבלת של חשמל ודלק לרצועת עזה, בנסיבות בהן חלק ממוצרים אלה משמש בפועל את ארגוני הטרור למטרת פגיעה באזרחי ישראל. החובה המוטלת עליה נגזרת מהצרכים ההומניטריים החיוניים של תושבי רצועת עזה. ...

12. ... נציין, כי מאז חודש ספטמבר 2005, אין עוד לישראל שליטה אפקטיבית בנעשה בשטח רצועת עזה. ... בנסיבות אלה, אין מוטלת על מדינת ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת תושבי הרצועה ולשמור על הסדר הציבורי בתחומי רצועת עזה, לפי מכלול דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי. לישראל אין גם יכולת אפקטיבית במעמדה הנוכחי להשליט סדר ולנהל את החיים האזרחיים ברצועת עזה. בנסיבות שנוצרו, החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה; חובות אלה נובעות גם 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.

כשמוציאים אותן מהקשרן, נדמה שפסקאות אלה מכירות בחובתה של ישראל על פי הדין הבינלאומי לספק כמות מינימלית של חשמל לרצועת עזה על פי הנדרש לצרכים הומניטריים. בדיקה מדוקדקת יותר מערערת על מסקנה זו.

חשוב לציין שהמשפטים האחרונים המדברים על מקורות אפשריים למחויבות ישראלית לחלוטין אינם קובעים סוג של כלל משפטי. הם מגדירים מצבים עובדתיים שמהם יכולה לצמוח חובה משפטית על פי ניתוחו של בית המשפט. בית המשפט אינו מזהה למעשה שום כלל משפטי המטיל חובות כאלו. בנוסף, יהיה המצב החוקי אשר יהיה, בית המשפט לא מאמץ אותו כמחייב, ולכן הפירוט מופיע באוביטר ולא ברציו. הפסיקה בפרשת בסיוני ייא שישראל רשאית להפחית את אספקת החשמל והדלק על בסיס העובדות כפי שהן מתוארות במקרה הספציפי, ולא שיש חוק המחייב את ישראל לספק חשמל ודלק לרצועת עזה.

לא ברור כלל שבית המשפט התכוון להכיר בכלל משפטי חדש. החלטת הממשלה שהורתה על הפחתת החשמל (שישומה נבחן על ידי בית המשפט במקרה בסיוני) קבעה ש:

"ארגון החמאס הוא ארגון טרור שהשתלט על רצועת עזה והפך אותה לשטח עוי. ארגון זה נוקט בפעילות עוינת נגד מדינת ישראל ואזרחיה ומהווה את הכתובת האחראית לפעילות זו. לאור זאת הוחלט לאמץ את ההמלצות שהציגה מערכת הביטחון ובכלל זה המשך הפעילות הצבאית והסיכולית כנגד ארגוני הטרור. בנוסף, יוטלו הגבלות נוספות על שלטון החמאס באופן שתוגבל העברת טובין לרצועת עזה, צמצום אספקת הדלק והחשמל, ותוטל מגבלה על תנועת אנשים מהרצועה ואליה. ההגבלות יישומו לאחר בחינה משפטית תוך התחשבות בהיבטים ההומניטריים השוררים ברצועת עזה ומתוך כוונה להימנע ממשבר הומניטרי."³¹

על כן, הפסיקה במקרה בסיוני התבססה על הנחית הממשלה שאסרה על הפחתת אספקת החשמל והדלק מתחת לרמה מסוימת. הצהרתו של בית המשפט באוביטר המרמזת על חובה חוקית לספק מוצרים כאלו לא היתה בהכרח תוצאה של בחינה מעמיקה של הדין הבינלאומי אלא ניסוח מחדש של הנחות הממשלה שהיו מחייבות לגבי החלטה זו בלבד. במידה ובית המשפט אכן בחן את הדין, הוא לא זיהה שום מקור בדין הבינלאומי לחובה לספק מוצרים לטריטוריה שאינה נשלטת על ידי המדינה וגם לא הגדיר חובה כזו בעצמו.

כתוצאה מכך, אפילו פרשנים ישראלים שביקשו לטעון שהאמירה באוביטר מוכיחה שישראל חייבת לספק חשמל לרצועת עזה לא היו מסוגלים להסכים ביניהם על משמעותה הקונקרטי של חובה זו או על הרציונל העומד מאחוריה. על כן הם הציעו מספר פירושים סותרים לאמירה באוביטר של בית המשפט. משפטן אחד ייחס את הערותיו של בית המשפט לכך שבית המשפט "מקבל שוב את עמדת הממשלה שעליה לספק את צרכיה ההומניטריים הבסיסיים של האוכלוסייה המקומית"³². פרשן אחר קבע שהרציונל של בית המשפט היה שהוא הכיר ב"מחויבויות פוסט ניבוש"³³. פרשן שלישי טען שבית המשפט הכיר ב"מקור 'הילתי' למחויבויות (חובות שאינן מפורשות ולא משתמעות אלא מסתדרות עם ה'הילה' של חובות קיימות - א.ב.). או רמה מוגברת של חובה הומניטרית כלפי רצועת עזה שחורגת מעט ממסגרת של דיני המלחמה."³⁴ פרשן רביעי טען שבית המשפט קבע שהדין הבינלאומי לזכויות אדם תקף גם בטריטוריה שהיא מחוץ לשליטתה האפקטיבית של ישראל משום שהחובה לספק סחורה הומניטרית לא יכולה להיות מוצדקת על פי אמנת ג'נבה³⁵. פרשן חמישי כתב ש"הטענה לפיה צד לוחם בשעת מלחמה מחויב לספק חשמל ודלק לאויב היא מגוחכת בעליל (ו)הסיבה היחידה לקיומה של מחויבות לספק מוצרים כאלו לרווחת האוכלוסייה האזרחית, אפילו במידה מינימלית, היא העובדה שהכיבוש עדין לא הסתיים."³⁶

הדרך הנכונה לפרש את החלקים הלא מחייבים של עמדת בית המשפט נותרה אמנם בסימן שאלה, אבל כך או כך, אין לה חשיבות משפטית. החלק המחייב של עמדת בית המשפט קובע באופן ברור שיש לישראל סמכות חוקית להפחית את אספקת החשמל והדלק לרצועת עזה. אם קוראים את החלקים הלא מחייבים של הפסיקה כך שהם טוענים שהמנהג הבינלאומי המקובל יוצר חובה לספק חשמל דלק ומוצרים אחרים לטריטוריה שאינה נשלטת על ידי המדינה הרי ש"החלטת בית המשפט מזמינה ביקורת"³⁷.

2 <http://www.nytimes.com/2014/03/25/world/europe/ukraine-pulls-all-its-forces-out-of-crimea.html>.2

3 <http://www.kyivpost.com/content/ukraine/medvedev-slams-ukraine-for-cutting-off-water-supply-to-crimea-349485.html>.

4 Yoram Dinstein, *The Law of Belligerent Occupation* 279 (Cambridge University Press, 2009).

5 Yoram Dinstein, *The Right to Humanitarian Assistance*, 53 *Naval College Review* 77 (2000).

6 S.S. "Lotus", *France v Turkey*, Judgment, (1927) PCIJ Series A no 10, ICGJ 248 (PCIJ 1927), 7th September 1927, Permanent Court of International Justice

7 Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, 2010 I.C.J. 404 (July 22).

8. Article 33 of the Fourth Geneva Convention. The prohibition on collective punishment appears in several other treaties, such as Protocol I Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (to which Israel is not a party) and the Third Geneva Convention (to which Israel is a party). In any event, the prohibition on collective punishment is considered to reflect customary international law. See Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict*, 21 (2005).

9 Amichai Cohen, *Economic Sanctions in IHL: Suggested Principles*, 42 *Israel Law Review* 117 (2009).

10 See, for example, "Sudan: Joint Letter to UN Security Council", <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AFR54/025/2006/en/dom-AFR540252006en.html> (calling for "targeted" and "personal" economic sanctions against Sudan) and "Nepal: Heads of Three Human Rights Organizations Call For Targeted Sanctions", April 18, 2006, <http://www.amnesty.org/en/library/asset/ASA31/019/2006/en/dom-ASA310192006en.html> (calling for "targeted" and "personal" economic sanctions against Nepal). See also "Cuba: Questions and Answers on the Work of Amnesty International", Amnesty International, <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR25/003/2002/en/dom-AMR250032002en.html> (claiming disingenuously that "Amnesty International takes no general position on the legitimacy of economic sanctions against governments or armed groups anywhere in the world").

11 "Sierra Leone: Cutting the Link Between Diamonds and Guns", May 31, 2000, <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AFR51/027/2000/en/dom-AFR510272000en.html>.

12 Amichai Cohen, *Economic Sanctions in IHL: Suggested Principles*, 42 *Israel Law Review* 117 (2009).

13 *Encyclopedia of Public International Law*, 335 (1986); *Oppenheim's International Law*, 134 (H. Lauterpacht ed., 7th ed. 1952).

14 Elisabeth Zoller, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures* 7 (1984).

15 See generally Lori Fisher Damrosch, "Retaliation or Arbitration—or Both? The 1978 U.S.-France Aviation Dispute", 74 *Am. J. Int'l L.* 785 (1980).

16 Yoram Dinstein, *The Right to Humanitarian Assistance*, 53 *Naval College Review* 77 (2000).

17 Some have argued that the distinction between non-interference and supply only applies between states. There is no evidence in any treaty, international practice or scholarly writing for such a claim.

18 Yoram Dinstein, *The Right to Humanitarian Assistance*, 53 *Naval College Review* 77 (2000).

19 Yuval Shany, *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on Bassiouni v. the Prime Minister of Israel*, 42 *Isr. L. Rev.* 101 (2009).

- 20 Geneva Convention IV, article 23.
- 21 Geneva Convention IV, article 2.
- 22 Article 70 of Protocol I Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts.
- 23 Geneva Convention IV, article 92.
- 24 See for example, J.W. Crawford, III, The Law of Noncombatant Immunity and the Targeting of National Electrical Power Systems, 21 Fletcher Forum of World Affairs 101 (1997) ("The aerial bombardment of national electric power systems has long been considered indispensable to an effective wartime campaign.")
- 25 Yoram Dinstein, The Right to Humanitarian Assistance, 53 Naval College Review 77 (2000).
- 26 Yoram Dinstein, The Right to Humanitarian Assistance, 53 Naval College Review 77 (2000).
- 27 I CTY, TC, Prosecutor v. *Mladen Naletilić and Vinko Martinović* (Judgement), IT-98-34-T (31 March 2003)
- 28 *United States of America v. Wilhelm List et al.*, 8 Law Reports of Trials of Major War Criminals 38, 55-56 (United Nations War Crimes Mission 1949).
- 29 Yuval Shany, The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on Bassiouni v. the Prime Minister of Israel, 42 Isr. L. Rev. 101 (2009).
- 30 See, for example, Yuval Shany, The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on Bassiouni v. the Prime Minister of Israel, 42 Isr. L. Rev. 101 (2009) referring to claims of post-occupation duties as an "innovative theory."
- 31 Paragraph 2
- 32 Michael Karayanni, Conflicts in a Conflict: A Conflict of Laws Case Study on Israel and the Palestinian Territories 52 (Oxford University Press, 2014).
- 33 Eyal Benvenisti, The International Law of Occupation 89 (Oxford University Press, 2d ed., 2012).
- 34 Galit Ragan, Adjudicating Armed Conflict in Domestic Courts: The Experience of Israel's Supreme Court, in 13 Yearbook of International Humanitarian Law 61 (2010).
- 35 Yuval Shany, The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on Bassiouni v. the Prime Minister of Israel, 42 Isr. L. Rev. 101 (2009).
- 36 Yoram Dinstein, The Law of Belligerent Occupation 279 (Cambridge University Press, 2009).
- 37 Yuval Shany, The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on Bassiouni v. the Prime Minister of Israel, 42 Isr. L. Rev. 101 (2009).

פרופ' פרופ' אבי בל עמית בכיר בפורום קהלת

אבי בל מומחה למשפט בינלאומי ודיני מלחמה. הוא חבר הפקולטות למשפטים באוניברסיטאות בר אילן וסן דייגו וכן באגודה הישראלית למשפט וכלכלה ובמקבילתה האמריקאית.