

בבית המשפט העליון  
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בניין 9132/07  
קבוע: 7.11.07

גמר אלבסטיני אחמד ואח'  
על-ידי בייץ שרי בשי ופאטמה אלעג' ואח'  
טל: 03-6822935 פקס: 03-6822937

העותרים

7 2 3

1. ראש הממשלה

2. שר הביטחון

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

המשיבים

**תגובה מקדמית מטעם המשיבים לעתירה ולבקשה למתן צו-ביניים**

1. בהתאם להחלטתו של כ"י המשנה לנשיא ריבלין מיום 28.10.07, מתכבדים המשיבים לחגוש תגובתם המקדמית לעתירה ולבקשה למתן צו-ביניים.
  2. עניינה של העתירה בבקשות העותרים מבית המשפט הנכבד כי יורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יימנעו מלנתק או מלהגביל את אספקת החשמל לרצועת עזה; מדוע לא יימנעו מלצמצם או מלהגביל את אספקת החלקים והסולר לרצועת עזה; מדוע לא יבטלו את החלטת הקבינט הביטחוני מיום 19.9.07, ככל שהיא מתייחסת להטלת סנקציות על האוכלוסייה האזרחית ברצועה.
  3. כסעד ביניים מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד, כי יורה למשיבים בצו לחייבם מלצמצם את אספקת החשמל וחלק לרצועת עזה.  
המשיבים יטענו, כי דין העתירה נהקשה לצו ביניים להידחות.
- ראשית**, באשר לראשה הראשון של העתירה הנוגע לאספקת החשמל, העתירה איננה אקטואלית בשלב זה. כפי שכתב בתחילת הקבינט מיום 19.9.07, החגבלות יישמו לאחר בחינה משפטית תוך התחשבות בהיבטים ההומניטאריים השוררים ברצועת עזה. הבחינה המשפטית אכן נעשתה; כפי שנקבע בהחלטת הקבינט, ללא כל קשר לתגשת העתירה, ובשלב זה החליט היועץ המשפטי לממשלה כי עד להשלמת עבודת מטה נוספת ובכפוף לתוצאותיה, אין מקום לצמצם את אספקת החשמל לעזה. לפיכך, אספקת החשמל לעזה לא תצומצם בשלב זה והעתירה בעניין זה איננה אקטואלית בשלב זה.

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

עמדת המשיכים תפורט להלן.

א. לחלו עיקרי העובדות הצריכות לעניין

א. (1) רקע עובדתי כללי

- 4. מאז מלחמת ששת הימים ועד ליום 12.9.05 הוחזקה רצועת עזה ב"תפיסה לוחמתית" על-ידי כוחות צה"ל.
- 5. לעניין השתלשלות העניינים מבחינה משפטית בנוגע לדין שחל ברצועת עזה בתקופה שמלחמת ששת הימים ועד ליום 12.9.05 נבקש להפנות לפסק דינם של עשרת שופטי הרוב בבג"ץ 1661/05 המנועה האזורית חוף עזה נ' הכנסת, פ"ד כט(2) 481.
- 6. במהלך החודשים אוגוסט-ספטמבר 2005 יישמה מדינת ישראל את התוכנית להתנתקות מאזור חבל עזה ומאזור בצפון השומרון. במסגרת תוכנית ההתנתקות פינתה מדינת ישראל את כל יישוביה, אזרחיה וכוחותיה הצבאיים מאזור חבל עזה.
- 7. ביום 6.6.04 קיבלה ממשלת ישראל את החלטה מס' 1996, הקובעת, בין היתר, כי "השלמת תוכנית ההתנתקות תשלוך את תוקפן של הטענות כנגד ישראל בדבר אחריותה לפלסטינים ברצועת עזה".
- 7. ביום 11.9.05 קיבלה ממשלת ישראל את החלטה מס' 4235 הקובעת, כדלקמן:  
"מהליטים, (פה אחר), לסיים את הנכחות הישראלית ברצועת עזה וב"ציר פילדלפי" כדלקמן:

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

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

עם יציאת כוחות צה"ל משטחים אלה, תועבר האחריות עליהם לידי הרשות הפלסטינית ויחטיים הממשל הצבאי באזור תבל עזה. מערכת הביטחון, במאום עם משרד המשפטים, תנקוט בצעדים הדרושים לביטולו הפורמלי של הממשל הצבאי."

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

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

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

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

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

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

החלטת ממשלה מסי' 4780 קובעת כדלקמן:

מדיניות ישראל כלפי הרשות הפלסטינית עם הקמת ממשלת התמאס

**מ ח ל י ט י ם (פה אחד):**

בעקבות הבחירות ברשות הפלסטינית, שלאצרייהן הושבעה ממשלת התמאס ב-25 במרץ 2006, ממסלה שאינה מכירה בקיומה של מדינת ישראל ובהסכמים שנחתמו עימה ושלא מתגשרת מדרך הטרור;

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

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

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

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

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

**א. (2) החלטת הקבינט העומדת במרכז של העתירה**

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

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

צילום הפרסום בדבר החלטת הקבינט צורף לעתירה מסמך 8/ע.

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

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

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

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

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

21. צמצום אספקת הסולר לתחבורה לרצועה יבוצע אף הוא בשני שלבים, כשרק השלב הראשון אושר לעת עתה. משכך, כמות הסולר השבועית שתוכנס לרצועה תפחת מכ- 1,400,000 ליטר בשבוע בחודש האחרון לכ- 1,200,000 ליטר בשבוע.

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

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

ב. עמדת המשיבים

23. המשיבים יטענו, כי דין העתירה להידחות.

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

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

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

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

24. בין המשיבים לבין העותרים קיימת מחלוקת באשר לתשתית המשפטית החלה על ענינו: טיעונם של המשיבים בנושא זה הוא פשוט בתכלית - החל מיום 12.9.05 עם סיום פומשל הצבאי ברצועת עזה וסיום הנוכחות הצבאית והאזרחית ברצועה, כתוצאה מחלטמת תכנית ההתנתקות, חדלו לחול שם דיני התפיסה הלוחמתית. עם זאת, ממשיכת להתחולל ברצועת עזה פעולות לחימה נגד הטרור המלכטיני, עליו חלים דיני הלחימה. העותרים אינם מקבלים גישה זו, וסבורים כי יש לחיל על ענינו עקרונות מתחום התפיסה הלוחמתית.

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

דוק: המשיבים יטענו, כי צמצום אספקת הדלק והסחורה מישראל לרצועת עזה, במתכונת עליה הוחלט, היה חוקי וסביר אם אילו היו חלים על העניין דיני השלום; צמצום אספקת הדלק והסחורה מישראל לרצועת עזה, במתכונת עליה הוחלט, היה חוקי אילו היו חלים על העניין דיני התמיסה הלוחמתית; צמצום אספקת הדלק והסחורה מישראל לרצועת עזה, במתכונת עליה הוחלט, הוא חוקי וסביר משל וחומר, כאשר חלים על העניין דיני הלחימה, כבעניינו.

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

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

2.1) ניתוח ההגבלות על-פי חוקי הלחימה (דיני הלחימה) - "לוחמה כלכלית"

26. אמצעי כבייה כלכליים אשר מדינה מטקימת מבקשת לנקוט ביחסיה עם מדינה אחרת נאו, כבעניינו, עם ישות אחרת השולטת בפועל בשטח בו מתקיימת לחימה) חיים בראש ובראשונה, חלק ממדיניותה הכלכלית של אותה מדינה.

(Omer Yonaid Elagab, The Legality of Non-Forceible Counter-Measures in International Law (1988) (197)

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



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

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

באופן דומה התבטא גם בית הדין הבינ-לאומי הקבוע לצדק (אשר פעל לצד חברי-הלאומים), בהחלטתו בעניין Lotus, המחווה אכן פיעה של המשפט הבינ-לאומי המודרני:

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

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

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

"בהעדרו של הסדר הסכמי או מבטי, חופשית המדינה לנהוג לפי מיטת הבטחה ועקרונותיה, ובצורתה כן היא מיישמת את המשפט הבינ-לאומי הקיים, כי גם המסגרת הדבר העדרו של סדר מחייב כאמור, היא חלק מן המשפט הבינ-לאומי."

28. עמדתה של המדינה, כאמור, היא כי על מעולותיה של ישראל ברצועת עזה הולם דיני החלימה.

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

דומה כי הרצונאל העומד בבסיס השימוש באמצעים כלכליים במסגרת דיני הלחיצה נלמד מעצמו תלותם הכלכלית מחוזה חלק בלתי נפרד מתלחומה. עמדה על כך באותן הפרשות כבי השופטת פרקציה, אשר דחתה כ"מלאכותית" את התבחנה שניסו לערוך אנשי ארגון "התזות העממית" בין פעילותו הצבאית של הארגון לבין פעילותו "האזרחית" (בש"פ 6552/05 עבדאלה נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(3), 2120 (2005)), בדלקמן:

"על פני הדברים, פעילותו האזרחית של הארגון נעדה לסייע לפעילות הצבאית ולשמש בסיס ותשתית לה. לא הוכח בפנינו אחרת. משכן, לא ניתן לפרוץ בין הפונקציה האזרחית לפונקציה הצבאית בפעילותו של הארגון. וכל אבחנה המפרדה ביניהם היא מלאכותית ושגויה. הפונקציה האזרחית מזינה את התכלית הצבאית והתכלית הצבאית מספקת את האנרגיה התכליתית לפעילות הפסיבית האזרחית ולחורמה המימון הנדרש לפעילות הארגון. ובכלל זה גם למעשי עזרה למקסימי. ולקיום פעילותו הפרטית בין בעירי הארגון כדי לשרוד את מעורבותם והשתרשותם לארגון (בש"פ 7385/03 אנבריה נ' מדינת ישראל; בש"פ 7223/03 שיח' ראיד בן סאלח) מחאג'נה נגד מדינת ישראל).

פעילותה של התזת העממית מסכנת את שלום אזרחי המדינה. פעילות זו סמוכה כמסתורי קשת לבניהם של אזרחי ישראל והיא מאיימת איום ישיר וקשה על חייהם ועל שלומם. על המדינה ומשרת המשפט לתנו על שלום הציבור מפני הסיכון הנשקף מארגון הפרוץ. האמת הדברים לעשות זאת היא באמצעות ביטולם של מעורבי הארגון מכוחם וממערבם. והחלטה יסורים לקדם את פעילות הארגון - בין במישרית, במישרית הצבאי ובין בעקיפין, בדרך פיתוח הדרג האזרחית של פעילות הארגון".

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

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

31. כך, ברור העיקרון לפיו בעת לחימה, אין חובה לתת לאויב שיתו כלכלי במלחמתו, בין אם ישירות, ובין אם בעקיפין, והדבר נכון, גם אם פירוש הדבר הינו הפסקת יחסים כלכליים עם מדינה או ישות אחרת שבעבר היו עמה יחסים כאמור, בשל תחילתו של עימות מזוין בין חשתיים.

32. תפיסה זו בדבר השעיות היחסים הכלכליים עם מי שחינו אויב, הינה תפיסת רחבת היקף שאינה מתייחסת אך ליחסי המסחר של המדינה עצמה עם מדינת האויב, אלא גם ליחסי המסחר של אזרחי המדינה עם מדינת האויב ותושביה, כאשר החנקה היא שבקיומם של יחסי מסחר כלשהם, יש משום סיוע למדינת האויב, וכי גם רווחים של פרטים שהינם נתיני ותושבי מדינת אויב מחוים סיוע (ולו עקיף) לכלכלת המדינה.

33. על אמצעי כפייה כלכליים ותנקטים במהלך עימות מזוין חלים דיני החלימה והם כפופים למגבלות הקבועות בדינים אלה. מעבר כעת לבחינת מגבלות אלו.

ג. (1)(2) המגבלות החלות על פעולות במסגרת דיני החלימה - כללי

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

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

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

בהתאם, עקרון האבחנה ועקרון הצורך הצבאי, המתייחסים לפעולות צבאיות הסבוצות אגב עימות מזוין, אינם חלים, ככלל, על צעדים כלכליים (על-כן יש לדחות את טענותיהם של תועתרים המתבססים על ניתוח של עקרון האבחנה). על כן אף מעידה העובדה כי הספרות, שנחתה אמצעים כלכליים המופעלים בעת עימות מזוין, לא נדרשה לניתוחם על בסיס העקרונות הנ"ל. צעדים צבאיים בעת לחימה.

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

37. נדגיש כי אין להסיק מן האמור כי ניתוחה של לוחמה כלכלית במסגרת עימות מזוין משותרר מכל מגבלה: בעת עימות מזוין חלות על כל צד לעימות חובות בסיסיות, שניתן לתבטח את שלומה של האוכלוסייה האזרחית ואת השמירה על כבודו ועל זכויותיה הבסיסיות.

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

38. בדיני המלחמה, המכירים בכך שלוחמה כלכלית היא חלק מהמאמץ הלחימתי הכולל, קיימות חוראות ספציפיות המסדירות את השימוש באמצעים דרכם מנוהלת הלחמה הכלכלית. ראוי לציין כי, במשתמע מעצם הסדרת תנועה בכללים ספציפיים הקובעים את גדר המותר והאסור, עולה כי אין איסור על עצם השימוש באמצעי ככללים במסגרת עימות מזוין. נתייחס לחוראות אלו להלן.

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

39. סעיף 23 לאמנת גנבה הרביעית קובע:

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

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

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

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

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

(והדגשה חוספה)

40 מן הסעיף עלה כי צד לעימות מחויב לאפשר את מעברן של סחורות המיועדות לאזורי הצד שבנגד, בהתאם לחלוקה הבאה: ציוד רפואי ותשמישי תפילה, אשר את מעברם יש לאפשר באופן כללי, ומצרכי מזון, בגדים ותרופות הכרויים, אשר את העברתם יש לאפשר ככל שהם מיועדים לשימוש הרווחני ולילדים מתחת לגיל 15. סעיף זה מטיל תובת כלפי אוכלוסיית האויב ללא תלות בקיומה של שליטה אמקטיבית בשטח בו נמצאת אוכלוסייה זו, קרי גם כאשר האוכלוסייה מצויה בשטח הנמצא בשליטת האויב.

41 ברי, כי נקודת המוצא של הוראה זו היא ניהולה של "לוחמה כלכלית" כחלק מן האיומות המזוין בין הצדדים. במשמע, הוראה זו מכירה באופן חד-משמעי בחופשיותה של תופעה זו, וחותמת את קצותיה לה כמנומלל. כך מתב גם פרטנר חרשמי של האמנה, המלומד פיקטה, בדברי פרשנותו על הסעיף:

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

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

(תהדגשה חוטפת)

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

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

א. העדר חשש לשימוש חוזר, כוח המבוסס על ידע עובדתי (של הצד לעימות הנסוג) את מעבריה של הסחורה) לפיו היא לא תגיע לאוכלוסייה לח היא מיועדת;

ב. קיומה של פיסת הדף על הסחורה, מרגע העברתה עד לרגע תלוקתה, אשר הוצד המאפשר את העברה ראוי לדרוש כי יעשה על-ידי צד שלישי בלתי-תלוי (כגון ארגון בן-לאומי).

ג. אני-יצירת זרזו פוגזר לצד שפגזר, במובן זה שהצד המאפשר את העברה ראוי להפסיקה ככל שיש לו סיבה מחותמת להאמין כי היקפם ותדירותם של המשלוחים עשויים לסייע למאמצים הצבאיים או הכלכליים של האויב. זאת למרות העובדה אותה מציין פקטור, שסוגי הסחורות אשר הסעיף מחייב לאפשר מעברן הם כה מצומצמים עד שקשה להאמין כי עשויה להיות להם השפעה ממשית על כלכלת האויב (שם, בעמ' 182-183).

44. לא למותר לציין, כי עצם הכללתו של סעיף אחרון זה בסעיף, מלמד על כך ש**פגיעה במכללה לכשעצמה היא אמצעי לניסיון בלתי-יחיד ושיקול דלונטי אמילו בעת החלטה על הכנסת משלוחי סיוע**.

בהמשך לכך, סעיף 70 לפרוטוקול הנוסף, אשר ניתן ככל הנראה לסווגו כבעל מעמד מנהיגי, הוצד תובה כללית לאפשר העברת "מצרכים חיוניים להישדדות האוכלוסייה האזרחית" במסגרת עימות מזוין, במידת שבטיבות הקיימות אותה אוכלוסייה אינה מצוידת במצרכים אלו באופן מספק.

45. בחקשר זה נגזר, כי בבטיבות העיין שבפינס אספקת הסחורות לרצועת אף מושפעת מקיומן של התקפות חוזרות ונשנות על המעברים. לעיין זה נבקש להפנות את בית המשפט הנכבד לדברים שנאמרו לאחורנו בבמ"ץ 5429/07 רומאים לזכות אדם ב' שר הביטחון, תק-על 2007(2) 5055, כדלקמן:

"... לטענת המשיבים יש לחזר כי - כאמור מעלה - כל פתיחה של מעבר ארץ כרוכה בסכנה לחיי החיילים והאזרחים הישראליים, ואירע לאחזרה מקרה - למשל - שבו נשים פלסטיניות בהריון שאמורות היו לעבור על יסוד הומניטארי, היו בעצם מתבלות מתאבדות. על כן יש לצמצם את פתיחת השער רק להכרח, כדי שלא ייווצר מצב שאדם חולה פלוגי יפעל בצורת "תמות נפשי עם..."

...  
אלה, מנגד, לא אנו - וגם לא העותרים - צומדים במעבר ארץ החסופים לסכנות הסדר בכל פתיחה שלו, ועל כן לא יתא זה והגן ומן המידה כי נחשוף בפני עט את חיילי צה"ל והאזרחים במעבר לפתיחתו מעל להכרח, וזו הטענה בהקשר זה..."

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

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

47. הוראת הסעיף הינה רחבה. מטרתה היא לכסות את כל האפשרויות הקיימות לפגיעה באובייקטים אלו, ולהבהיר כי יש להגן עליהם על מנת להבטיח את השרדות האוכלוסייה, אלא אם יש צורך צבאי קונקרטי לפגוע בהם.  
Yves Sandoz et al. (eds.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 655-656 (1987)

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

בנסיבות אלה, יכולה להישמע הטענה לפיה גם במעשים אלה, אף אם נסווגם כאמצעי כפייה כלכליים, יש משום הוצאת מכלל שימוש של אותם מתקנים, שכן הם מסכלים את פעילותם ובהתאם עלולים לפגוע ביכולת השרדות של האוכלוסייה. עם זאת, האיסור מטוס באופן המאמץ את תחולתו למקרים קיצוניים בלבד, והל רק על אותם מעשים בעלי שלושת התאמות הבאים: וטאתם הינה פגיעה ביכולת השרדות של האוכלוסייה האזרחית; קטנתם הינה התקנת מכלל שימוש של מתקנים; והם נעשים במכוון.

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

49. מן האמור עלה, כי יכולתה של מדינה לעשות שימוש באמצעי כפייה כלכליים בעת עימות מזוין מהווה ברמה העסקית ומוגבלת במשפט הבינלאומי רק מכוח החובה לאפשר מעבר של סחורות חיוניות ואיסור לפגוע ביכולת השרדות של האוכלוסייה.  
הא דתי לא.

ג. ניתוח חלומי של ההגבלות על דיני התפיסה הלוחמתית

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

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

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

53. החובות המיוחדות של כובש כלפי האוכלוסייה בשטח המנון בתפיסה לחמתית טבעת מן העובדה שהשליטה האפקטיבית בשטח עברה מן השלטון הקודם לידיו של הכובש, אשר מחויב ביכולת להפעיל את הסמכויות השלטוניות.

ובלשונו של סעיף 43 לתקנות האג:

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

54. על המעצמה הכובשת מוטלת אפוא החובה לחשיב את החיים בשטח הכבוש על הקנם, ולהאג לסדר האיבוי ולחיים התקנים באותו שטח.



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

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

56. את הרף המינימאלי ליישום החובה הקיימת בכל הנוגע לאספקת מוצרים ושירותים לאוכלוסיה אזרחית בשטח כבוש ניתן למצוא בסעיף 55 לאמנת גינה הרביעית, הקובע כי על המעצמה הכובשת לתבטיח את אספקת המזון והתחזוקה לאוכלוסיה, וזאת בייחוד אם מקורותיו של השטח אינם מספיקים, וכן בסעיף 69 לפרוטוקול הנוסף, אשר מרחיב חובה זו ביחס לשטח כבוש גם לאספקת ביגוד, ציוד שינה, אמצעי מחסה ואספקת אחרת החיונית להישדירות האוכלוסייה ואזרחיות של השטח הכבוש, וכן לאספקת תפנים הדרושים לפולחן דתי (סעיף 70 לפרוטוקול הראשון, שעוסק בשטח שאינו כבוש, מפתח, כאמור לעיל, לרשימת הסחורות שיש לספק, הקבועת בסעיף 69; האבחנה בין הסעיפים נוגעת לחיקף החובה - בשטח כבוש (סעיף 69) מדובר בחובה אקטיבית - לספק את הסחורות. ביחס לשטח שאינו כבוש (סעיף 70) - מדובר בחובה פסיבית לאפשר תכניות סיוע ומעבר של משלוחי סיוע.

57. כאשר לחובות הפאסיביות ביחס לאוכלוסיה שטח כבוש, קובעת אמנת גינה חובה לאפשר ביצוע תכניות סיוע לשם העברת אספקה לאוכלוסיה בתחום המזון, התחזוקה והחלבוש (סעיף 59), וכן קובעת איסורים על הסתת משלוחי סיוע מעדם, אלא בהתקיים תריגים צרים (סעיף 60), ועל הסתת מיסוי על המשלוחים, אלא אם הדבר מדרש לטובת האוכלוסיה (סעיף 61).

ניתן לראות, כי גם כאשר עסקינן בשטח כבוש, וגם כאשר עסקינן בחובות אקטיביות כלפי אוכלוסיה אזורית שטח, הרי שהחובה על פי הדין הבין-לאומי אינה מחייבת אספקת בלתי מוגבלת של מצרכים ושירותים לשטח הכבוש.

לפיכך, גם במקרים מעין אלה, רשאית מדינה לנקוט באמצעי כפייה כלכליים כלפי מדינה אחרת (נוצמזום הקשרים הכלכליים עמנו), אך במסגרת זו לא תוכל לנקוט בצעדים המנוגדים לחובותיה בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית.

החובות המוטלות על המהזים בשטח הספון בתפיסה לוחמתית מכוח הדין הבינלאומי (ובעיקר, מכוח תקנה 43 לתקנות האג) עשויות להתפרש באופן רחב יותר, ככלל (בלייחוד) במצבים של תפיסה לוחמתית שאינה משולבת בלחימה, מהחובות המצומצמות ביותר שחוזכרו לעיל. עם זאת, ברור שגם עלי-פי דיני התפיסה הלוחמתית המשיבים רשאים לבחור את נקודת האיזון הראויה בעיניהם. כל עוד הם מקפידים, כבעניינו, על המינימום החומניטארי הדרוש, כפי שאף קבע בית המשפט הנכבד בפרישת אלמנלפון דלעיל. מכל מקום, כאמור, לדעת המשיבים איך מדובר בעניינו בסיטואציה של תפיסה לוחמתית.

ב. (5) פולטיקה של נמיסת צעדים כלכליים

58. חנינתו המשפטית שהוצג לעיל אינו תסאורטי גרדא. בעיין המודרני, שבו קיומה של כלכלה תקינה מהווה תנאי לקיומה של כל מדינה, השימוש באמצעי כפייה כלכליים, או מתוך כלכלי בין מדינות - הן בעינות שלום והן בעינות מלחמה - הפך לחזון נפרץ ביחסים הבין-לאומיים. כפי ציינו לעיל, עובדה זו כשלעצמה מעידה על חוקיותו של שימוש כאמור, ועל הפיכתו לחלק בלתי נפרד מחדון הבינלאומי.

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

60. ראשית, קיימות מספר דוגמאות היסטוריות בולטות לשימוש בצעדים כאמור לרוב קדום אמנה פוליטית. מביניהן, ניתן לציין את החרם שהטילו מדינות המערב על הסחר עם מדינות הנש הקומניסטי משך מרבית שנות המלחמה הקרה.

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

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

P. Levy, "Sanctions and South Africa: What Did They Do?" Yale University Center Discussion Paper 796 [www.econ.yale.edu/cdpweb/pdf/cdp796.pdf](http://www.econ.yale.edu/cdpweb/pdf/cdp796.pdf)No.

הגדרת המסחר האסור על פי החוק הינה רחבה, והיא כוללת כל אספקת סחורה או רכישה, העברת כל סכום כסף ומילוי כל התחייבות כלפי האויב, גם אם ההתחייבות התגבשה טרם חקיקת החוק.

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

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

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

### ב.6) מן הכלל אל הפרט – חוקיותן של ההגבלות הכלכליות על רצועת עזה

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

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

71. הטלת המגבלות נועדה לשרת שתי מטרות עיקריות:

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

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

מדובר בעוד המרכזי אותו מטרה הממשלת להשיג בהתאם לניתוח התאורטי דלעיל, והו  
היצד "הקטגוריה" של שימוש באמצעי כפייה כלכליים - הפסקת התנהגות בלתי-הדדיות  
או בלתי-חוקית מצד שלטון מסוים על דרך של הפעלת לחץ על הכלכלה (כמובן, תוך  
הבטחת תנאי קיום מינימאליים לתושבי הרצועה).

הישות הטריטוריאלית בעזה מפרה כמעט כל חוק בינלאומי אפשרי, הן כלפי ארצות מדינת  
ישראל והן כלפי "סמליה" שלה עצמה.

בסימות אלה, בשום לב לכך שמדינת ישראל ותושביה מצויים תחת מותקפה ופגיעות  
מצד הישות הטריטוריאלית בעזה, המסכנת חיים, גוף, נפש ורכוש, אין כל פגיעה מלנקוט  
מצעדים של "לוחמה כלכלית", המוכרים בדין הבינלאומי בלגיטימיות. מדינת ישראל  
תחליטה, כי לא ניתן לקבל מצב בו שלטון תחור ברצועה אחוז במקל משני קצותיו: מצד  
אחד, משגר לעבר ישראל קסאמים, חרז ופוצע אזרחים, ילדים, נשים וחיללים, ומצד  
שני, שמתרועע השמדת ישראל, ומחזר השני מצפה שישראל תמשיך כרגיל ביחס מסתור,  
אספקת טובין ושירותים, היכולים לסיע גם לנאמץ המלחמתי של אותו שלטון טרור.

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

ג. (1)(ג) הצבת טובין - כללי

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

73. המשיבים מאפשרים העברתם לרצועה של טובין החיוניים לחישרדותה של האוכלוסייה  
ואף מעבר לכך, ורואים בכך חובה הומניטארית הן על-פי הדין הבינלאומי והן על-פי  
תחליות הקבינט. עם זאת, העברת טובין נספים מעבר לטובין אלה חייבת, למעשה, לפגוע  
משורת הדין.

אשר על כן, הגבלת התעברה של טובין שאינם נחשבים כחיוניים לקיום הבסיסי של  
האוכלוסייה, עלת בקנה אחד עם העקרונות שפורטו לעיל, המאפשרים חסימת הגבלות על  
סחר עם צד לעימות מזוין.

בהתאם, מדינת ישראל רשאית, בודאי בסיוע אציה שבה היא מותקפת על בסיס יומיומי  
על-די ארגוני הטרור השולטים ברצועה, להגביל את העברת הטובין ממנה לרצועה, ועל  
אתת כמה וכמה יכולה היא להגביל או למנוע את הכנסת טובין מן הרצועה לשטחה שלת.  
אין מקום כי המדינה תידרש לסייע לישות תלחמת בה תוך הפרה של כל כללי המשפט  
הבינלאומי הבסיסיים ביותר, כאשר אותה ישות טרור משתמשת באספקה ובטובין  
חמועברים אליו לשם תעבור יכולת הלחימה שלה.

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

ג. (6) (2) צמצום אספקת דלק וסולר

75. כיום מסופקים דלק, סולר וגז ממדינת ישראל לרצועת עזה דרך מסוף הדלקים בנחל עזה. הדלקים המסופקים משמשים, בין השאר, הן לתדלוק רכבים והן להפעלת ותחנת הכוח הפלסטינית, המספקת חלק מן החשמל ברצועה.
76. בדומה לטובין, גם אספקת הדלקים לרצועת תלויה כיום באופן ניכר בישראל. בהתאם, גם לעניין צמצום אספקת הדלקים לרצועה יפים ככלל הדברים אשר אמרנו ביחס לטובין באופן כללי.
77. מפי שפורט בפרק העובדתי לעיל, ישנם שלושה סוגי דלקים המסופקים לרצועה – בנזין, סולר ו"רגילי" וסולר לתחנת הכוח. סוגי הדלקים השונים משמשים לצרכים שונים, דבר המשפיע על השאלה עד כמה ניתן לצמצם את אספקת כל אחד מהם לרצועה. כמו כן, מסופק לרצועה גז פחמני מעובה (גז לבושל ולחיסום). אספקתו של גז זה לא צומצמה.
78. בכל הנוגע לבנזין, המשמש לתדלוק כלי רכב רגילים בתוך הרצועה, הצורך ההומניטארי עליו ניתן להצביע הינו מצומצם באופן יחסי, ועל כן אין לדעת המשיבים מניעה להצרות על צמצום אספקתו מישראל לרצועה, כצעד של לחימה כלכלית המופנה כנגד שלטון החמאס. יחד עם זאת, החלטת, כאמור, על ביצוע מדורג של צמצום האספקה, כך שהמשיבים יוכלו לעקוב אחר החששות של צמצום אספקת הבנזין, ובמקרה שיתברר כי האספקה התקרבה למינימום ההומניטארי הנדרש ניתן יהיה לפעול בחומאס.
79. לעומת זאת, הסולר משמש, בין השאר, לתדלוק אמבולנסים, לתדלוק משאיות לשם אספקת מוצרי יסוד, לתחבורה ציבורית ולהפעלת גנראטורים לייצור חשמל. המשיבים יוצאים מנקודת הנחה כי שימור יכולת תנועה ראויה של אמבולנסים הינה צורך הומניטארי בסיסי, ואף ניתן לראותו כצורך אשר הינו חיוני להשרדותה של האוכלוסייה. הוא הדין כאשר לאספקת סדיקה של מוצרי יסוד ולהפעלת תחבורה ציבורית מנימוסאלית. אשר על כן, לאור העקרונות עליהם עמדנו לעיל, תאפשרות להגביל את אספקת הסולר לרצועה הינה מצומצמת יותר מאשר ביחס לבנזין. לפיכך, המשיבים יקפידו על כך שצמצום הסולר יהיה במידה כזו שלא יביא לפגיעה בתנועת האמבולנסים ואספקת הסולר לגנראטורים של בתי החולים, ככל שהדברים תלויים בישראל.

נבחר, כי המשיבים יוצאים בחישוביהם מנקודת הנחה שהסולר והבנוץ יסופקו ברצותה  
בהתאם לצרכים ההומניטאריים, קרי: תינתן עדיפות לבתי חולים, אמבולנסים וכו'.

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

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

ב.7) דחיית הטענת בדבר "ענישה קולקטיבית"

81. נבקש להתייחס עתה לטענת העותרים העיקרית, כאילו התגבלות הכלכלית שמטילה  
ישראל על הרצועה הן בגדר "ענישה קולקטיבית". מדובר, לדעת המשיבים בטענה  
מוטעית, הן מהבחנת העובדתית והן מבחינת המשפטית-אנליטית. נבחר עמדתנו כעת.

82. מטבע הדברים, כל מחלף של מדינה אחת, המשליך לרעה על כלכלתה של מדינה אחרת,  
בין אם הדבר נעשה מתוך כוונה מסיימת ובין אם לאו, מונע גם באזרחיה של אותה  
מדינה. במצב דברים זה ניתן להפנות לשעון, כי כאשר מהלך כיוונו נעשה כחלק  
משמורת מזון, הוא מהווה למעשה "ענישה קולקטיבית" של אזרחיה של אותה מדינה.  
טיעון זה, בו אוחזים, למעשה, העותרים, הוא טיעון שגוי, אבסורדי, מנוגד לדיו  
הבינלאומי ולפרקטיקה הנהוגת על-דבר רבות ממדינות העולם.

יורה מבר, בהתאם לטיעון שגוי זה לא ניתן היה, למשל, להפעיל אמברגו כלכלי ולחזק  
כלכלי אחר על מדינות כמו דרום אפריקה בתקופת האפרטהייד, איראן בתקופתה או  
וביריב - שהלא כל לחימה כלכלית (ולמעשה, כל לחימה שהיא המוגנת כלפי מדינת  
בלשתי) משמעותה המעשית היא גם מניעה באוכלוסייתה של "מדינת היעד".

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

83. הסענה לפיה "לוחמה כלכלית" מהווה מצב ענישה קולקטיבית אסורה, נסותרת על-ידי עצם הכתיבה ביחס לתופעה זו בספרות ובפסיקה במשפט הבין-לאומי. אמצעי בלידה כלכליים נועדו מעצם טבעם לחשיג יעדים פוליטיים ומדיניים באמצעות הפעלת לחץ על השלטון בפרט וכלכלת המדינה בכלל, כאשר ברור שתחיקת לחם השפעה גם על האוכלוסייה:

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

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

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

תסנה 50 לתקנות האג, המתייחס לדין החל על ההתנהלות בשטח כבוש ואין זה המקרה שלפניהם, קובע כי:

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

סעיף 33 לאמנת נכבה הרביעית משלים ומרחיב הוראה זו, בקובע איסור על ענישה קולקטיבית של "מוגנים" ועל מעילות תגמול נגד "מוגנים" ורכושם:

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

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

85. אלא שגם מנסחיה של אמנת גיבנה הרביעית הכירו, כאמור, באפשרות החוקיקת לנהל לחמה כלכלית במסגרת עימות מזוין, ואף טורחו להציב לאפשרות זו מגבלה (תגם שהיא מצומצמת בדמות סעיף 23. הטענה לפיה האמנת הרביעית אוסרת בסעיף 33 את מה שתותרה במשתמע סעיפים ספורים קודם לכן, מחסיאח למחותו של האיסור בדבר ענישה קולקטיבית.
86. זאת ועוד, כל ההוראות המעגנות את האיסור בדבר ענישה קולקטיבית מתייחסות למי שחם "מוגנים", קרי למי שמצוי בשטח כבוש או למי שמצוי בשטחו או החזקתו של הצד האחר לעימות.
- כך, סעיף 50 לתקנות האג ממוקם בחלק המסדיר את ניהול השטח הכבוש; סעיף 33 לאמנת גיבנה הרביעית, מחיל את האיסור ביחס ל"מוגנים" (protected persons); וסעיף 75(d)(2) לפרוטוקול הטסיף מוחל במפורש רק על מי שמצוי בידי צד לעימות. כמו כן, אמנת גיבנה השלישית – המסדירה את מעמדם של שבויי מלחמה – מכילה גם היא איסורים פרטיים בדבר ענישה קולקטיבית של האנשים עליהם היא חלה.
- סייג זה נגזר ישירות מעצם מושג הענישה, שהוא האמצעי המופעל על ידי מדינה כלפי נתניהו, הנענים למרותה – בין שמדובר באזרחי ותושבי המדינה, ובין שמדובר במי שנתונים למרות ושליטת המדינה בשטח כבוש. הפעלת סנקציות כלכליות כנגד מדינה אחרת אינם בגדר "ענישה קולקטיבית" אף שיש בהם משום פגיעה באזרחי אותה מדינה.
- למיכך תחולתם של הסעיפים האמורים לעיל על הפעלת אמצעי כפייה כלכליים תהיה רק ביחס לתושבי שטח כבוש או לנתוני צד לעימות הנמצאים בשטחו או בחזקתו של הצד שכנגד. לדעת המשיבים אין זה המקרה שבמנינו.
87. גם אם נניח שהפרטות הראויה לסעיפים האמורים הינה מרחיבת, במובן זה שהאיסור אינו חל רק על סנקציות כלכליות – אלא גם על סנקציות מנחלות מכל הסוגים – פרטות זו אינה מבטלת את העובדה שבלב האיסור נמצא רכיב "העונש", דהיינו מעשה הסובב בתגובה למעשה אחר ומתוך כוונה "לגבות תגור" בינו.
88. זאת ועוד: כאמור לעיל, תחולתו של האיסור בדבר ענישה קולקטיבית מוגבלת לאותם מצבים בהם ישנה מערכת יחסים ישירה ובלתי-אמצעית בין המדינה הנוקטת בצעד לבין האוכלוסייה האזרחית של הצד שכנגד.
- מצבים אלה – תפיסת לוחמתית או קיצונית בידיו של צד לעימות – מהווים חריג לעקרונ של המשפט הבין-לאומי, לפיו על פעולה שנוקטת המדינה במישור הבין-לאומי היא נושאת באחריות רק כלפי מדינות אחרות (ואת בהמשך לתפיסה לפיה המדינה היא האחראית המשפטית" העיקרית בספירה הבין-לאומית).



רק באותם מצבים חריגים, בהם מדינה אי מצויה במעמד של "מעין ריבון" ביחס לאזרחי מדינת בן, יש הצדקה לנשות שימוש במושגים שמקורם במשפט הפנימי, כפי שאף מציינ המלומד פיקטה ביחס לטעיף 33 הנ"ל:

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

89. מכאן, שחסימן המזהה של מעשה הנפול בדרך האיסור, הינו היותו פעולת ענישה שניתה של האוכלוסייה - בניגוד לפעולה אל מול השלטון, המשליכה על האוכלוסייה. לשם המתשה נצין, כי הטענה לפיה "לחמת כלכלת" מחוזה ענישה קולקטיבית בשל השלכותיה על האוכלוסייה האזרחית, שקולה, הלכה למעשה, לטענה לפיה כל תקיפה צבאית - תגם שהיא לגיטימית כשלעצמה - מענישה את אזרחי הצד המתקף בגין מעשים שהם אינם אחראים להם ישירות. יוצא מכך, כאילו האיסור על ענישה קולקטיבית חותר תחת עצם קיימת של הלחימה. למועד נצין, כי לא זו הייתה כוונת המנסחים.

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

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

Should the rule laid down in Article 33 be interpreted as applicable to measures of retortion, i.e. measures which are lawful yet cause serious damage? ... It would obviously be desirable for no retortion to take place. What is most important to remember, however, is respect to the rules of the Convention which embody the rights of protected persons, and it must be admitted that a belligerent never agrees to accord privileges over and above the rights laid down in the Convention, except on condition of reciprocity.... It would appear wiser to conclude that the rule embodied in this Article only concerns reprisals." (הודגשה חספה)

91. מכאן, שאלבא דפיקטה, אמצעי כפייה כלכליים, שאינם פוגעים בזכויות המוקנות מכוח דיני הלחמה, לא ייחשבו כעושה קולקטיבית. לכן, ככל שלא נפגעת הזכות למינימום ההומניטארי מתחוב, כאמור לעיל, ואין פגיעה כלכלית הנגרמת ל"מוגנים" כתוצאה מצמצום באספקת סחורות ושירותים, עולה כדי פעולת תגמול אסורה או ענישה קולקטיבית אסורה.

מכאן, שגם אילו היינו רואים את תושבי עזה כיתושבים מוגנים" מכוח דיני התפיסה הלוחמתית - וכאמור לעיל, לדעת המדינה הם אינם כאלה מאז התמקקה ישראל מהרצועה - חרי שאין לראות בלחמה הכלכלית המופגלת כלפי הישות הטוריסטית ברצועת עזה משום "ענישה קולקטיבית".

**ג. סבירות ומידתיות במהלם של המשיבים**

92. המשיבים נבקשו להוסיף ולטעון, כי החגבלות על אספקת חדלק וחטובין לרצועת עזה הן תגבלות סבירות ומידתיות.

93. כאשר לסבירותו ולמידתיותו של האקט: צמצום אספקת חדלק והאספקה לרצועת עזה נועד לצמצם את יכולתם של ארגוני הטרור להשתמש בהם לשם פגיעה במדינת ישראל, נועד לפגוע בכלכלה העותית וכי"ב; מדובר באקט של לחימה כלכלית, ובדרך למשיבים כי האקט ישפיע במישרין על הכלכלה העותית ועל חיי היומיום של התושבים ברצועה. מצד שני יש לזכור, כי מדובר באקט הנא בתגובה להתקפות חוזרות ומשנות מצד הישות הטוריסטית השולטת ברצועת עזה על אזרחים ישראלים, ביחוד במשוגי "עוסף עזה" - התקפות שנעשות ללא כל אבחנה ומהוות הפרה בוטה של המשפט הבינלאומי.

האיזון בין הפגיעה בתושבי הרצועה, כתוצאה מחלחמה הכלכלית המופגלת נגדם, לבין מטרת הלחמה הכלכלית - שעיקרה הפגלת לחץ על שלטון התמאס להפסיק את ההתקפות היומיומיות על הייחם של תושבי ישראל - הוא איזון ראוי.

אכן, המשיבים מצמצמים את אספקת הסובין וחדלק לרצועה, אך עושים זאת בהדרגה ומתוך מטרה מוצהרת - עליה חרע הקבינט הביטחוני - לפיה אין פוגה לצמצום האספקה אל מנתח לני ההומניטארי המינימלי. ניתוח הדין הבינלאומי שנעשה לעיל מעלה, שישראל, גם אחרי צמצום האספקה, שיתעשה כאמור בהדרגה ותוך בחינה מתמדת של החשכות ההומניטאריות של הצעים, לא יגרם לפגיעה בלתי סבירה או בלתי מידתית בתושבי הרצועה.

94. כאשר למידתיותו ולסבירותו של האקט ב נוקטים המשיבים, יש לזכור כי הבחינה המשפטית כוללת רובד נוסף, "היצוני", הבותן את פעולת הרשויות על רקע האלטרנטיבות. גם בניין זה יש להדגיש: האלטרנטיבה ללוחמה הכלכלית עולה לחות צעד שפגיעתו תהיה קשה יותר.

לדוגמא, כניסת כוחות גדולים של צה"ל לרצועת עזה עלולה להביא לפגיעים רבים יותר, משני הצדדים, לאבידות, בגנש, לפגיעה קשה ברכוש. אם קיימת אפשרות, גם אם לא רואית, לכך שהלחמה הכלכלית תביא לצמצום הפגיעה באוכלוסייה האזרחית בישראל, דומה כי אין לקבל את הטענה בנוגע לכך שמדינת ישראל בתרה למצות אפשרות מעולה זו טרם תבחר בחלופה של לחימה חזיתית קשה ורבת נפגעים משני הצדדים (על-אף שלא מוסלת עליה, כמוכן, החובה לעשות זאת).

ב) אי התערבות - טיפולים מדיניים ובטחוניים

95. בחמשך לכל האמור לעיל, המשיבים יטענו שאין מקום שביט המשפט הנכבד, במסגרת שיקול הדעת המוקנה לו, יידרש לפרסי-פרסיה של העתירה, המבקשת למנוע מהמשיבים לבצע פעילות לחימתית (מהסוג של לחמה כלכלית) ברצועת עזה. נדגיש שוב: אין בדברים אלה כדי לקבוע שמדינת ישראל מתגרת מאחריותה לשמר רמה של אספקת טובין ודלק שיאפשרו את המינימום החומניטארי הנדרש. כל שהמשיבים טוענים, הוא ששאלות הנוגעות לכמויות הטובין והדלק המוכנסים לרצועה, מענדי החפחותה בכמויות בהתאם לתוכנית להפחיתה מדורגת וכיו"ב הן שאלות מדיניות-ביטחוניות מובהקות, שאין זה ראוי שביט המשפט הנכבד, במסגרת שיקול הדעת הנצוץ לו, יידרש לחן לגופן.

96. מכוח היותה של הממשלה "הרשות המבצעת" של המדינה, היא זו שמוסמכת לנהל את ענייני החוץ והביטחון של המדינה. לענין זה ראו: בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד (2), 455, בעמ' 471; בח"ץ 5128/94 מדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד (5), 547, בעמ' 651. וכן ראו בג"ץ 550/06 ובג"ץ 596/06 זאבי נ' ממשלת ישראל, תקדון 11/2006, 1893. שעינינו חנה בבקשת העותרים לחזור לממשלת ישראל למנוע סיומן של התחנות למרעצה המחוקקת הפלסטינית במזרח ירושלים.

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

"סכסוך הוא שפיט מוסדית, אם ראוי לו לסכסוך שיזכרע על פי המשפט בבית המשפט. סכסוך אינו שפיט מוסדית, אם ראוי לו לסכסוך שלא יזכרע על פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט. השפיטות המוסדית עוסקת, איפוא, בשאלה אם המשפט והבית המשפט הם המסגרות הראויות להכרעה בסכסוך. השאלה אינה אם ניתן להכריע בסכסוך על פי המשפט ובבית המשפט, התשובה על שאלה זו היא בהיבד. השאלה הינה אם רצוי להכריע בסכסוך - שהיא שפיט נורמטיבית - על פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט."

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

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

(ההדגשה הוספה)

וראו גם:

- בג"ץ 4481/91 ברמיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4), 210, בעמ' 215.
- בג"ץ 2644/94 מרציק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(4), 341.
- בג"ץ 3784/95 "בנדק" נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט(5), 362.
- בג"ץ 3125/98 עימד נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(1), 913.
- בג"ץ 3507/02 אגודת צדק תירוף נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(3), 37.
- בג"ץ 550/06 זאבי נ' ממשלת ישראל, תקדין (1)2006 1893.

99. אף במקרה שלפנינו, עומדים על הפרק שיקולים לבר-משפטיים - שיקולים מדיניים וביטחוניים - אשר רשאית הייתה ממשלת ישראל - ואף מחובתה, לשקול - בכל הנוגע לאופן ניהול ענייני החוץ וחיטוחן של המדינה.

הסוגיה שבפנינו היא סוגיה שאינה חומנטארית בלבד. החיבט החומנטארי הוא נדבן מרכזי בה, אך בגסיבות הזמן והמקום הוא איננו החיבט היחיד. מדובר בסוגיה מדינית-ביטחונית אשר טומנת בחובה, בין היתר, שאלות הטוגנות ליצירת איזונים בין שיקולים מדיניים-ביטחוניים שונים, שיקולים צבאיים, שיקולים שעניינם יחסי החוץ של מדינת ישראל ועמידה במגמים מדיניים שוטפים עם הקהילה הבינלאומית בעניין הנדון.

המקום לזון ולהכריע בעניין זה, על כל מורכבותו ועובדותיות והשנויים התכופים החלים בו, אינו, בכל הכבוד הראוי, אולמו של בית המשפט הנכבד, במסגרת עתירה המוגשת אליו, וזאת בכפוף לחודעת המדינה כי תעשה כל שביכולתה כדי למנוע משבר חומנטארי ברצועת עזה.

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

"ביקורת שיפוטית זרה מופעלת גם כאשר מדובר בשאלות עקרוניות של מדינת בית המשפט אינו נהוג להתערב ב"עניינים מדיניים מובהקים" (בג"צ 3687/00 אשכנזי נ' ראש הממשלה - מר אחד ברק, תק-על 2000(2) 1040). בית המשפט אינו חלק מן המנג'ול האיברי ואין הוא נהוג לנהל את ענייני הממשלה (בג"צ 6029/99 יונתן פולארד נ' ראש הממשלה ושר הבטחון - אחד ברק, פ"ד נד(1) 241). במידה כזו הוא נדבר, כאשר מדובר במספר הממשלה לבחל את מדינות החוץ והביטחון של המדינה. "כיצד של בעל הסמכות (הממשלה) והחלטה של הציבה (הזכר וזר בפניה: שלום או מלחמה) נדרשים לכך שלממשלה מתחם סבירות רחב בסוג עניינים זה. במדי אחר מתחם לא יחליף בית המשפט את שיקול דעתה של הממשלה בשיקול דעתו הוא" (פרישת וייס הג"ל, בעמ' 472-471). בתגובה בעלות היבטים פוליטיים צמחים, או באלה הפרסות במידה המדינות הפוליטית-ממשלתית. הערב בית המשפט במקרים חריגים בלבד, ואל-פי-רום והוא את השפיר לשיח הפוליטי ולשיקול על ידי האזרחים של הכנסת. "המדינה פד דרכי המדיניות היא ענין לממשלה והשיקול על המדינות הוא ענין צרובת לכנסת. המדינה במדין מתחם הסבירות אינה נדרבת להחששות על ידי בית המשפט" (שם, שם).

(החדגשות נוספת)

100. דברים אלה יפים שבעניינים בעניינו, עת תוקפת העתירה פעולות נאו מחולקים) של המשיבים, שהינן הלכה למעשה, פעולות מבצעיות-לחמתיות בעלות חסורים מדיניים-ביטחוניים. מדובר בסוגיה הקשורה לעבודה שמתגלגלת לחימה ערה בשטח. היא קשורה לעומתה קשר הדוק יעד-לב-הפרדי, שכן כל שינוי באופי החלימה, מיקומה והיבטים אחרים שלה עשוי להשפיע ישירות על הסוגיה שבפנינו, ולהיפך.

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

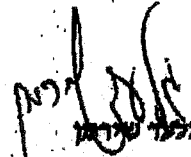
החולטה על צמצום אספקת החלב ליצועת עזה התקבלה בשים לב למתקפה חסרת האבחנה על תושבי ישראל מצד השות הסטרווריסטיות ברצועת עזה. צמצום האספקה הוא אקט של לחימה כלכלית המתרת על-פי המשפט הבינלאומי ואין היא מתווה בשום אופן ענישה קולקטיבית.

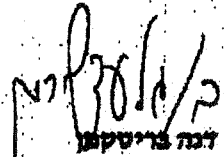
צמצום האספקה יעשה בהחלטת תוך שהמשיבים יוסיפו ויבחנו כל העת את השפעתו על תושבי הרצועה, בשים לב להתחייבות המשיבים שלא לגרום למשבר הומניטארי ברצועת ומתוך החערכה שאין בצמצום כדי לגרום למשבר שכזה וכי הצמצום הוא חפך.

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

102. הודעה זו נתמכת בתצהירי של אלימ שלומי מכתר רמ"ח אג"ם במתפיש.

חזם, כי בחשון תשס"ח  
1 במבמבר 2007

  
גלעד שירמן  
עוזר ראשי למרקלים המדינה

  
דנה בריסקין  
ממונה על ענייני המג"צים  
במקליטות המדינה

תשובה

אני החיימ אליים שלומי מכתבך, לאחר שהתחברתי שאלו לטובתך את האמת וכי אם לא אעשה כן  
אחיה צפוי לעשאים הקבועים בחוק, מצויד בזה כדלקמן:

- 1. אני מכתך כרמייה אניים במתכפיש.
- 2. אני עושה תגובתי זה בתמיכת לתגובת המקדמת מטעם המשפטים בבג"צ 9132/07.
- 3. קראתי את התגובה המקדמת מטעם המשפטים בבג"צ 9132/07. העובדות המצויות בתגובה זו ידועות לי מתוקף תפקידי והיני אמת לאטב דעתי. החלטות המצויות בתגובה בדבר השפעת הצגתם הנקודתית על המצב הוחלטו ברצונות עזה היני תעריכות מקצועיות השפעות על המידע המצוי בידי מתוקף תפקידי.

אני מצויד כי זה שמי, זו התקנתו ותוכן התגובתי אמת.

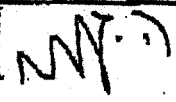


אליים שלומי מומנר

אישור

אני החיימ, עייד, מאשר בזאת כי ביום 1.8.07 חפצע בפני עייד גולאנג, אליים שלומי מכתבך, המוכר לו אישות, האתר שהתחברתי בו עליו לטובתך את האמת וכי אם לא יעשה כן קחה צפוי לעשאים הקבועים בחוק, ותום בפני על התגויד זה.

חילת בורגני, עייד  
32484 - 7.8



עייד