



המרכז למחקרים אסטרטגיים לאומיים

החרב המתנופפת של בג"ץ על הפיקוח המשפטי הסמוי, והשפעתו על המדיניות הביטחונית של צה"ל

יעקב יקיר ויאיר קרטמן

יוני 2025 | סיון תשפ"ה

המסמך משקף את עמדת המחבר
ואינו מייצג בהכרח את עמדת כל חברי המרכז.

הקדמת סגן ראש הממשלה ושר המשפטים יריב לוין

שאלת גבולות ההתערבות השיפוטית בענייני ביטחון איננה שאלה תיאורטית או אקדמית בלבד. היא נוגעת בליבת ריבונותה של מדינת ישראל, באחריות הדרג המדיני, וביכולתו של צה"ל למלא את ייעודו המרכזי - הגנה על חיי אזרחי ישראל וחייליה. בעשורים האחרונים, וביתר שאת בתקופות חירום ולחימה, הולכת ומתרחבת המעורבות של בית המשפט העליון בסוגיות הנמצאות בלב העשייה הביטחונית ומבצעית.



המחקר החשוב שלפנינו מציג את ההתרחבות של התערבות בג"ץ בהחלטות ביטחוניות ומדיניות צה"ל. במחקר מוצג כיצד בית המשפט העליון, בצורה סמויה לכאורה, משתמש לרעה בתפקידו ופוגע בביטחון אזרחי ישראל. זאת, על ידי פגיעה בשיקול הדעת של מפקדי צה"ל וחייב המערכת לקבל את שיקול דעתה של מערכת המשפט.

התופעה המטרידה לא נגמרת רק בהתערבות שיפוטית גלויה. היא מתקיימת לכל אורך ורוחב הגזרה. בית המשפט מפעיל פיקוח משפטי סמוי, המופעל באמצעות ניהול עתירות לאורך זמן, צווי ביניים והכוונת רשויות המדינה להסכמות ולשינויים במדיניות. תהליכים אלו, כמתואר במחקר, יוצרים בפועל שינוי עמוק בדפוסי הפעולה של צה"ל ושל הדרג המבצעי, תוך טשטוש גבולות הסמכות בין הרשויות וללא דיון ציבורי או פרלמנטרי מספק.

ביקורת שיפוטית היא חשובה לדמוקרטיה. אולם כאשר ביקורת זו חורגת מתפקידה המסורתי של הרשות השופטת, ונכנסת אל תחום קביעת המדיניות הביטחונית והפעלת הכוח הצבאי, מדובר בחריגה מאחריות ומסמכות מערכת המשפט. שאלות אלו אינן יכולות להישאר בשולי השיח הציבורי.

המחקר מציע בחינה מבוססת ומעמיקה של התהליכים הללו, ומזמין דיון כן ואחראי בשאלת מקומו של בג"ץ בסוגיות ביטחון. זהו דיון חיוני, הנדרש בעת הזו יותר מאי פעם, מתוך מחויבות לחיזוק הדמוקרטיה הישראלית, לשמירה על חיי אדם, ולהשבת האיזון הראוי בין רשויות השלטון במדינת ישראל.

אני מברך את חוקרי המכון על המחקר החשוב, ומקווה שחשיפת הפרטים המטרידים תחלחל לשיח ותביא לשינוי.

בברכה,

ח"כ יריב לוין

סגן ראש הממשלה
ושר המשפטים

תקציר מנהלים

מבוא

מחקר זה יבחן את השפעתו של ביהמ"ש העליון, על המדיניות הביטחונית של צה"ל בלחימה בטרור בכלל ובאזור רצועת עזה בפרט. המחקר סוקר מגוון סוגיות ביטחוניות בהן התערב בג"ץ בפעילות צה"ל, ומנתח את הפרקטיקות המשפטיות אותן הוא מפעיל על מנת להשפיע על דרכי הפעולה של צה"ל מבלי לפגוע בתדמית בית המשפט.

סוגיות ביטחוניות בהן התערב בג"ץ בפעילות צה"ל

1. מחיקת הפרימטר

בעזה הוגדר פרימטר, אזור חיץ, סמוך לגדר, שאליו אסור לאויב להיכנס. המטרה הייתה מניעת התקרבות אל הגדר, מניעת חבלה במכשול הביטחוני ומניעת חדירה לישראל. כל מי שנכנס הוגדר כאויב והורחק בירי.

ארגון חמאס הוביל "צעדות" התפרעות אל גדר רצועת עזה, במסגרת "צעדות" אלו ניסו המחבלים להסתער על הגדר ולפגוע בחיילי צה"ל. הצבא הגדיר את האירועים, בצדק, כפעילות מלחמתית, וטיפל בה ע"פ דיני המלחמה.

ארגוני שמאל הגישו לבג"ץ עתירה העוסקת בהוראות הפתיחה באש בגבול הרצועה. טענתם המרכזית הייתה כי מדובר במפגינים אזרחיים, אפילו חציית הגדר היא אירוע פלילי, ועל כן יש לטפל בהם בדיני שמירת החוק ואכיפת הסדר. צה"ל השיב כי דין העתירה להידחות על הסף, בהיעדר עילה להתערבות בסוגיות כגון אלו, שהן בעלות זיקה ישירה להיבטים צבאיים מבצעיים-מקצועיים מובהקים בתכנון פעילות ההגנה והלחימה של צה"ל.

בג"ץ דן בעתירה, תוך שהוא מפרט את הוראות הפתיחה באש ומחייב את צה"ל שלא לסטות מהן. הוא חייב את צה"ל להשתמש באמצעים חליפיים לא קטלניים ולתחקר את הפגיעה בעזתים. במהלך הדיון, אימץ צה"ל את עמדת בג"ץ והגדיר בעצמו את האירועים כהפרת סדר.

התוצאות הקשות לא איחרו לבוא: מפגועים כתוצאה מחציית הגדר, דרך מותו של בראל חדריה שמואלי הי"ד, ועד השופל העזתי שפרץ את גדר הרצועה בתחילת מתקפת החמאס בשמחת תורה תשפ"ד. הפרימטר נמחק.

2. דאגה הומניטרית לאזרחי האויב תוך כדי לחימה

במהלך מבצע 'קשת בענן' כנגד תשתית הטרור באזור רפיח וציר פילדלפי, ארגוני שמאל עתרו לבג"ץ בטענה כי הפעילות פוגעת בזכויות אדם. צה"ל ביקש לדחות את העתירה בטענה כי במקום עדיין מתנהלות פעולות לחימה נרחבות.

בג"ץ לא דחה את העתירה, ומיוזמתו נתן לצה"ל הנחיות המחייבות אותו לדאוג למים, רפואה וקבורה לאוכלוסיית האויב תוך כדי הלחימה. הוא דן בעתירה עד שאילץ את צה"ל לאמץ את עמדותיו ואז דחה את העתירה. בכך משיג בג"ץ את מבוקשו בשקט יחסי וללא פגיעה במעמדו.

3. הגבלת הרס בתים תוך כדי לחימה בטרור

במהלך שנת 2004, ביצע צה"ל הרס בתים בגזרת רפיח לשם חשיפת תשתיות ומנהרות טרור. כנגד פעולות אלו, הוגשה עתירה הדורשת מצה"ל לחדול את הרס הבתים לאלתר. צה"ל טען, שאין זה מתפקידו של בית המשפט לקבוע מהם אמצעי הלחימה בהם ייעשה שימוש בזירת הלחימה. בג"ץ לא דחה את העתירה על הסף, אלא קבע דיון בעתירה. הוא הוציא צו ביניים האוסר על צה"ל להרוס בתים ברפיח תוך כדי לחימה.

בבקשה לביטול הצו, התחייב צה"ל "כי לא ייהרסו בתים באזור ציר פילדלפי בלא להעניק לבעלי הזכויות זכות טיעון מוקדמת". בהמשך, הודיע צה"ל כי החליט להימנע מהרס בתים ככלל. באמצעות כמה החלטות ביניים, העביר בג"ץ מסר כי הוא אינו מקבל את האופן שבו מנוהלת לחימת הצבא ברפיח ואת היקף הריסת הבתים במהלכה. בכך שינה את המדיניות הצה"לית אף שבפועל לא התערב בה.

שוב אנו חוזים באותה פרקטיקה: בעיצומה של לחימה מוגשת עתירה, בג"ץ דן בעתירה, צה"ל 'מתקפל' כדי לא לספוג פסק דין שיכבול את ידיו לצמיתות, ובג"ץ משיג את מבוקשו וסוגר את הפרשה בשקט.

על הפן הסמוי בהתערבות בג"ץ במדיניות צה"ל

תוך כדי העיון בסוגיית התערבות בג"ץ במדיניות צה"ל, עולה כי מעבר להתערבות הגלויה של בג"ץ בפסיקותיו במדיניות של צה"ל, משתמש בג"ץ בפרקטיקות סמויות על מנת לקבוע מדיניות צבאית הנראית בעיניו והמתאימה לתפיסת עולמו. בדרך זו, מנסה בג"ץ "לאכול את העוגה ולהשאיר אותה שלמה": גם להתערב ברגל גסה בענייני מדיניות וביטחון שאינם תחת רשותו וגם להימנע מביקורת ציבורית ופרלמנטרית.

על פי לי ורשבסקי, במאמרה 'פרקטיקות מוסדיות וזכויות אדם: הסמוי והגלוי בפסיקות בג"ץ': "בשביל לאזן בין שתי המטרות - שמירה על זכויות אדם ורכישת אמונו של הציבור - שמנוגדות זו לזו לעתים, פיתח בג"ץ כלים שונים. הכלי החשוב ביותר לצורך זה הוא כלי ההסכמים. בג"ץ מעודד את הרשות השלטונית, בין במודע ובין בצורה עקיפה, להגיע להסכמים עם העותרים הפלסטינים. בדרך זו, בג"ץ מצליח להעניק סעד משפטי לפלסטינים רבים העותרים לו מבלי לעמוד לביקורת הציבור ורשויות השלטון, כיוון שההסכמים אינם מתפרסמים ברבים, כפי שהיו מתפרסמות עתירות שהעותר זוכה בהן".

דהיינו, בג"ץ פיתח דרך סמויה, שאינה עומדת לביקורת הציבור, כדי לשמור על זכויות אוכלוסיית האויב. הוא מביא את רשויות המדינה להסכים לעמדתו גם ללא פסיקה מפורשת שלו.

בשעת סכנה ביטחונית ומתקפות טרור, בג"ץ אמנם נמנע לקבל עתירות כדי לשוות לעצמו עמדה של תמיכה במערכת הביטחון, אך אינו משנה את התנהלותו במסלול הסמוי, וממשיך לתת דרכו סעד לאוכלוסיית האויב.

בדברי פרופ' יואב דותן, במאמרו 'קדם בג"ץ ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ', קיבלנו מבט כמותני לתופעה: רק כשלוש עתירות מתוך 100 התקבלו ונקבעו בפס"ד של בג"ץ, ולעומת זאת כ-24 עתירות מתוך 100 התקבלו באמצעות פשרה. לדבריו: "לכאורה, סיכויי העותר להשיג את מבוקשו בבג"ץ באמצעות פשרה בינו ובין רשויות המדינה עולים בהרבה על סיכוייו להשיג כלשהו אם העתירה תסתיים בלא פשרה בפסקדין סופי של בג"ץ".

אם אנחנו מצרפים את הנתונים של דותן למשמעות שנתנה להם ורשבסקי, אנו מקבלים תמונה ברורה: בית המשפט מקדם את מדיניותו לשמירת זכויות האדם של האויב ולקידום ערכיו אל מול רשויות המדינה, בעיקר באפיק הסמוי מן העין. הישגי העותרים גבוהים פי שמונה באפיק זה לעומת הישגיהם בפס"ד של בג"ץ. התמונה הנגלית היא של חדירת בג"ץ לתחומים הנמצאים בסמכות רשויות מדינה אחרות, וקידום המדיניות שלו ללא ידיעת הציבור וללא ביקורת פרלמנטרית.

פרופ' דוד זכריה, בספרו 'קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור', הראה כי לפעמים בג"ץ לוחץ על הצדדים במשך שנים כדי להוביל אותם אל התוצאה אליה הוא מכוון. באמצעות 'עתירה מתגלגלת' שפירושה מעורבות אינטנסיבית באופיו של ההסכם, ומעקב אחר יישומו, מוליך בג"ץ את מוסדות המדינה, ובמקרה דנן את צה"ל, צעד אחר צעד אל המדיניות "הנכונה".

1. כניסת המשפטניזציה לצה"ל היא דוגמה לפרקטיקת 'העתירה המתגלגלת'. בשנת 2000 נקבע כי כל אירוע בו נפצע קשה או נהרג אדם - אזרח אויב, יצדיק תחקור מבצעי שממצאיו יעברו לפצ"ר. אולם חקירה פלילית תיפתח רק במקרה של מחשבה פלילית (מודעות), דהיינו, אם החייל התכוון להרוג אזרח. כנגד נוהל זה הוגשה עתירה, בה דרשו ארגוני השמאל כי בג"ץ יורה לצה"ל לפתוח בחקירה פלילית בכל מקרה ומקרה בו נהרג אזרח אויב. על אף שהעתירה הוגשה בשנת 2003, והדיון בה התקיים באותה שנה, הכריע בה בג"ץ רק בשנת 2011, עת שינה צה"ל בעצמו את הוראות התחקור. בעתירה זו נקט בג"ץ בפרקטיקה אותה הראינו. בג"ץ לא רצה להכריע נגד עמדת צה"ל באופן ישיר, אלא העדיף להשאיר את העתירה תלויה ועומדת כחרב המתנופפת מעל ראש הפצ"ר, לפיה אם יראה שהפצ"ר לא פותח בעצמו חקירה במרבית האירועים, ירד למגרש ויפסוק כי הוא חייב לעשות זאת בכל מקרה ומקרה.

2. ירי ארטילרי לרצועה הוא דוגמה נוספת לפרקטיקה זו. בשנת 2006 הוגשה עתירה כנגד צה"ל, בטענה כי שינה את הוראות הפתיחה באש ארטילרית מטווח ביטחון של 300 מטרים ממוקד אזרחי למאה מטרים בלבד. בפסק הדין אשר פורסם בשנת 2011 (!) התקשו השופטים לנמק מדוע היה מקום לדון בכלל בעתירה לגופה, שהרי היא כנגד השיקול הצבאי הטהור. מכל מקום, במהלך הדיונים הפסיק צה"ל את הירי הארטילרי אל הרצועה ואף עדכן את בג"ץ כי יבחן בעתיד את המגבלות ואת הנהלים לירי שכזה. בג"ץ השיג את מבוקשו: צה"ל התחייב להתנהל ע"פ נהלי בג"ץ, ומעתה העתירה יכולה להידחות. הציבור כלל לא ידע שבית המשפט קשר את ידיו של צה"ל בהתנהלות בירי ארטילרי.

ממצאים עיקריים

1. בג"ץ דן בעתירות כנגד צה"ל, ומשאיר אותן נידונות במשך שנים, כ'חרב מתנופפת'. הוא לוחץ על הצדדים להתפשר, הוא מעורב באופן אינטנסיבי בפרטי ההסכם, ועוקב אחר יישומו עד הגעה לתוצאה אליה הוא מכון. כך הוא מוביל את צה"ל להסכים לעמדת בית המשפט.
2. באמצעות העתירות, בג"ץ נוקט בפרקטיקות סמויות על מנת לקבוע מדיניות צבאית הנראית בעיניו והמתאימה לתפיסת עולמו. הוא מביא את רשויות המדינה להסכים לעמדתו, ולשמור על זכויות אוכלוסיית האויב, גם ללא פסיקה מפורשת שלו. בדרך זו מנסה בג"ץ "לאכול את העוגה ולהשאיר אותה שלמה": גם להתערב ברגל גסה בענייני מדיניות וביטחון, שאינם תחת רשותו, וגם להימנע מביקורת ציבורית ופרלמנטרית.
3. בג"ץ מותיר על כן עתירות, למרות שהטיפול בהיבט המשפטי שלהן הסתיים, על מנת לעקוב אחר יישום בפועל של המדיניות הרצויה בעיניו. דהיינו, בג"ץ משתמש בהליך המשפטי להרחבת גבולות השפעתו אל מעבר לתחום הרשות השופטת, האמונה על הכרעה בסכסוכים משפטיים. התמונה הנגלית היא של חדירת בג"ץ לתחומים הנמצאים בסמכות רשויות מדינה אחרות, וקידום המדיניות שלו ללא ידיעת הציבור וללא ביקורת פרלמנטרית.
4. בדרך זו הוביל בג"ץ, בין היתר, לתחקור פלילי של כל אירוע בו נהרג אזרח אויב, לדאגה הומניטרית לאזרחי האויב תוך כדי לחימה, למניעת ירי ארטילרי לרצועת עזה, למחיקת הפרימטר ברצועה, ולהגבלת הרס בתים תוך כדי הלחימה בטרור, כל זאת תוך העדפת זכויות אזרחי האויב אל מול השמירה על חיי חיילי צה"ל.

המלצות

1. קידום תחקירים במערכות המדינה השונות על מחדלי שמחת תורה תשפ"ד, בדגש על השפעת התנהלות בג"ץ על ליבת העשייה הצבאית, תוך בחינת הפעלת הכוח, תורת הלחימה והוראות הפתיחה באש.
2. דיון בוועדת חוץ וביטחון על כניסת המשפטיזציה לצה"ל, לקראת חשיבה על תיקון המצב.
3. קידום מתווה תחקירים צה"ליים, לבחינת השינויים בעשייה הצבאית כתוצאה מהתנהלות בג"ץ, ולהשבת יישום עקרונות הלחימה של צה"ל.

החרב המתנוכפת של בג"ץ

על הפיקוח המשפטי הסמוי, והשפעתו על המדיניות הביטחונית של צה"ל

מבוא

בתאריך 06.04.2018, נשא יחיא סינוואר מנהיג החמאס ברצועה, נאום בפני קהל מפגינים בהפגנות על גדר הגבול עם ישראל. הוא פרס את חזונו ביחס להפגנות על הגדר: "שיחכו [ישראל] לדחיפה הגדולה, נוריד את הגדר ונקרע את ליבם מגופותיהם".

ההפגנות על הגדר המשיכו, ולבסוף הורידו את הגדר.

מה גרם להפגנות להימשך? חוסר אמצעים צבאיים? הגבלות מדיניות? הגבלות משפטיות?

מחקר זה יתמקד בהיבט המשפטי ויבחן את השפעתו של ביהמ"ש העליון על המדיניות הביטחונית של צה"ל בלחימה בטרור בכלל, ובאזור רצועת עזה בפרט. המחקר סוקר מגוון סוגיות ביטחוניות בהן התערב בג"ץ בפעילות צה"ל, ומנתח את הפרקטיקות המשפטיות אותן הוא מפעיל על מנת להשפיע על דרכי הפעולה של צה"ל, מבלי לפגוע בתדמית בית המשפט. לצורך העבודה נסקרו עשרות דיונים ופסיקות של בית המשפט העליון, בהם נדרשו גורמי הביטחון הישראלי - שר הביטחון, הרמטכ"ל, אלופי הפיקוד, צה"ל, השב"כ וכו', להשיב על עתירות של ארגוני זכויות אדם ואזרחים פלסטינים.

סוגיות ביטחוניות בהן התערב בג"ץ בפעילות צה"ל

1. הוראות פתיחה באש - מחיקת הפרימטר

תמונת השופל העזתי הפורץ את גדר הרצועה בתחילת מתקפת החמאס בשמחת תורה תשפ"ד, נחרתה בזיכרון הציבורי. איך הגענו למצב בו האויב מגיע לגדר בחופשיות ופורץ אותה? מדוע אין פרימטר, שטח סטרילי בסמוך לגדר, אליו אסור להיכנס? ומדוע צה"ל לא יורה במי שמתקרב לגדר?

בעזה הוגדר פרימטר, אזור חיץ, סמוך לגדר, שאליו אסור לאויב להיכנס. על פי פרסומים שונים, רוחב שטח זה היה כ-300 מטרים מקו הגדר המקיפה את הרצועה. צה"ל חישף את השטח המדובר, הסיר ממנו צמחייה ומבנים ויצר שטח נשלט בתצפית ובאש. המטרות היו: מניעת התקרבות אל הגדר, מניעת חבלה במכשול הביטחוני ומניעת חדירה לישראל. כל מי שעבר את "הקו האדום", ונכנס לפרימטר שהיה מוכר היטב לעזתים, הוגדר כאויב והורחק בירי.

בפסח תשע"ח, מרץ 2018, הוביל ארגון חמאס "צעדות" התפרעות אל גדר רצועת עזה, במסגרת "צעדות" אלו ניסו המחבלים להסתער על הגדר ולפגוע בחיילי צה"ל. היו אלו פעולות סדורות במסגרת תוכניתו של חמאס לתקוף את ישראל. מטרתן הייתה לאפשר את ההגעה העתידית של כוחות הנוחבה אל הגדר מבלי שיתקפו ע"י צה"ל. צה"ל הבין את חומרת האירוע, הרג עשרות מחבלים ופצע מאות

במסגרת אותן "צעדות". הצבא הגדיר, בצדק, את האירועים כפעילות מלחמתית, וטיפול בה ע"פ דיני המלחמה.

בשל כך, הגישו ארגוני שמאל עתירה¹ העוסקת בהוראות הפתיחה באש בגבול הרצועה. טענתם המרכזית הייתה כי מדובר במפגינים אזרחיים, אפילו חציית הגדר היא אירוע פלילי, ועל כן יש לטפל בהם בדיני שמירת החוק ואכיפת הסדר.

"זוהי עתירה למתן צו על תנאי לפיו מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם: א. מדוע לא תבטל כל הוראה המתירה לחיילים לירות ירי חי על מפגינים תושבי רצועת עזה בגבול ישראל עם רצועת עזה אם אינם מסכנים באופן ממשי ומיידי חיי אדם; ב. מדוע לא ידאגו המשיבים לאלתר למנגנון אפקטיבי להטמעת האיסור על הפעלת כוח קטלני כלפי אזרחים לא חמושים תושבי רצועת עזה בגבול ישראל עם רצועת עזה שאינם מסכנים באופן ממשי ומיידי חיי אדם, לדרגי השטח".

לטענת העותרים: "הוראות הפתיחה באש כוללות גם הוראה המתירה לחיילים לירות על מפגינים תושבי רצועת עזה בגבול ישראל עם רצועת עזה בשל קירבתם לגדר הגבול (מהצד העזתי)".

הטיעון המרכזי של העותרים היה כי מדובר במפגינים שאינם מסכנים חיי אדם, ועל כן אסור לירות עליהם: "ההפגנות בגבול עזה ישראל הינן אירועים אזרחיים מובהקים ולפיכך על הפרות סדר המתרחשות במסגרתן, גם אלימות, חלים דיני אכיפת החוק והסדר". "עוד יטען שלצה"ל אין שום סמכות חוקית להכריז על שטח בקירבת גדר הגבול עם עזה בצידה העזתי כשטח סגור, ובוודאי שאין לצבא סמכות לירות על הנכנסים לשטח זה".

העותרים עצמם ציטטו את גורמי הצבא מהשטח, שטענו כי אין מדובר בהפגנות אזרחיות אלא בניסיון לשרוף את הגדר. לדברי אותם גורמים, תיאור המשימה היה: "למנוע חדירה של פורעים או מסתננים לעבר שטחנו, למנוע פגיעה וחבלה במכשול הביטחוני עם כלל האמצעים שיש בו". אולם, לטענת העותרים, אין לפעולות אלו קשר ישיר למאמץ הצבאי של חמאס.

כ'תנא דמסייע' הם הביאו את דברי "מומחי המכון הישראלי לדמוקרטיה", שפרסמו גילוי דעת בעניין: "חצייתת של גדר המערכת עשויה להיות מעשה פלילי ולישראל הזכות לנקוט באמצעים מתאימים למנוע אותה, אך היא אינה מהווה בפני עצמה השתתפות במעשה איבה, אם היא מתבצעת על ידי אזרחים לא חמושים ואינה קשורה באופן ישיר לחימה פעילה".²

לשם הבנת עמדת המומחים, נביא מדבריהם ציטוט נוסף: "לכן, קוראים שני, קרמניצר, כהן וליבלך לממשלת ישראל להתייחס לאירועים מסוג זה כאירועים שדורשים טיפול משטרי ולא לוחמתי". דהיינו, לשיטת אותם מומחים, המשטרה היא זו שצריכה לטפל בניסיון החמאס לפרוץ את גדר הרצועה.

בסוף דבריהם, טענו העותרים כי כיוון שמדינת ישראל יצאה מרצועת עזה, אין לצה"ל סמכות משפטית לנהל את השטח הסמוך לגדר מהצד העזתי, וממילא אין הוא יכול להכריז עליו כשטח האסור בכניסת אזרחים.

1. בג"ץ 3003/18, עתירת יש דין, האגודה לזכויות האזרח, גישה, המוקד להגנת הפרט, מיום 15.04.18.
2. <https://www.idi.org.il/articles/22156>

השופט פוגלמן קיבל את העתירה לדיון וקבע כי צה"ל ישיב תגובה מקדמית בתוך עשרה ימים. בתגובתו המקדמית טען צה"ל כי "דין העתירות להידחות על הסף מטעמים של היעדר מיצוי הליכים, הצגת תשתית עובדתית חסרה, וסוגיות סף של חוסר זכות עמידה והיעדר שפיטות. המשיבים טוענים בנוסף כי דין העתירות להידחות גם לגופן, וזאת בהיעדר עילה להתערבות בסוגיות כגון אלו, שהן בעלות זיקה ישירה להיבטים צבאיים מבצעיים-מקצועיים מובהקים בתכנון פעילות ההגנה והלחימה של צה"ל".

עוד נטען על-ידי המשיבים, כי "הוראות הפתיחה באש של כוחות הביטחון במרחב המכשול הביטחוני עולות בקנה אחד עם הדין הישראלי, הדין הבינלאומי, ובתוך כך אף עם פסיקתו של בית משפט זה, בדגש על נסיבות שבהן כוחות הביטחון נדרשים להתמודד עם הפרות סדר המוניות מסכנות חיים".³

נקודת המוצא של עמדת צה"ל היא, כי אירועי ה"צעדות" הנ"ל מתרחשים כחלק מהעימות המזוין המתקיים בין ארגון הטרור חמאס לבין ישראל – ועל כן המסגרת המשפטית המסדירה פתיחה באש, נעוצה בדיני הלחימה.

בתאריך 30.04.18 התקיים דיון בעתירה, במהלכו, כפי שכתב השופט מלצר בפסה"ד, נציגי צה"ל ביקשו להציג בפני השופטים במעמד צד אחד את הוראות הפתיחה באש ולהסביר, אך העותרים התנגדו לכך: "הוראות הפתיחה של כוחות הביטחון במרחב המכשול הביטחוני של רצועת עזה, הן מסווגות, ולא הוצגו לנו, כאמור, בשל התנגדות העותרים כי נעין בהן, לצד קבלת הסברים רלבנטיים לגביהן במעמד צד אחד".⁴

מלצר מוסיף ומגלה כי "בהתאם... למידע שנמסר לנו מטעם המשיבים - הוראות הפתיחה באש הנדונות בעתירות שלפנינו מאפשרות שימוש ב"אש חיה" רק לשם התמודדות עם הפרות סדר אלימות, אשר מהן ובמסגרתן נשקפת סכנה ממשית מיידית וקרובה לכוחות צה"ל, או לאזרחים ישראלים".⁵

בהתאם להוראות הנ"ל, ההתמודדות עם הסכנה תעשה בראש ובראשונה באמצעות אזהרות מילוליות ובאמצעים בלתי קטלניים. מקום בו השימוש באמצעים אלו איננו מביא להסרת הסכנה הממשית והמיידית הנשקפת מהפרת הסדר האלימה - ורק אז - ההוראות מתירות, על-פי מה שנמסר לנו, ירי מדויק לעבר רגליו של מפר סדר מרכזי, או מסית מרכזי, זאת במטרה לאיין את הסכנה הקרובה והצפויה".⁶

כלומר, בג"ץ מפרט את הוראות הפתיחה באש ומחייב את צה"ל שלא לסטות מהן.

אם לא די בכך, מדבריו של מלצר עולה כי צה"ל מתחייב לתחקר את האירועים ולהפיק לקחים באופן מתמיד: "רשמנו לפנינו את הודעת המשיבים כי מיד לאחר האירועים האלימים שהתרחשו ב-30 במרץ 2018, ובאופן מתמיד מאז, מתקיים תהליך סדור לתחקור ולהפקת לקחים מבצעיים ולהטמעתם. במסגרת זאת, נמסרו לכוחות הביטחון גם הדגשים שונים, אשר נועדו לצמצם עוד יותר, את היקף הנפגעים".

3. בג"ץ 3003/18, פסה"ד של השופט מלצר, פסקה 19-20.

4. שם, פסקה 48.

5. ההדגשה שלי. קובי יקיר.

6. בג"ץ 3003/18, פסקה 50.

לבסוף ממליץ מלצר המלצה מחייבת לשימוש באמצעים חליפיים, ולתחקור אירועים בהם נטען כי מותו של אדם נגרם כתוצאה מירי של כוחות צה"ל שלא בהתאם לפקודות ולהוראות הפתיחה באש, ע"י מנגנון מטכ"ל עצמאי: "הננו מניחים עם זאת כי ריבוי ההרוגים והפצועים עד הנה, והעובדה שעל פי הנטען על-ידי העותרים, רבים נפגעו בחלקי גוף עליונים, ואחדים גם בגב - יביא מחד גיסא להפקת לקחים לגבי האפשרויות לשימוש באמצעים חליפיים לא קטלניים ככל האפשר, ומאידך גיסא לבדיקה מעמיקה, באמצעות המנגנונים שנזכרו כאן, לגבי מה שקרה בעבר".

בג"ץ אמנם דחה את העתירה, אך נראה כי העותרים קיבלו את מבוקשם. ביחס לשאלה העקרונית האם ינהגו באירועים ע"פ דיני המלחמה או ע"פ דיני הטיפול בהפרות סדר, נקט צה"ל עצמו במהלך הדיון עמדה הנוטה לצד העותרים: "הפעלת הכוח של צה"ל כלפי המשתתפים באירועים האלימים שבפנינו חוסה, כברירת מחדל, תחת פרדיגמת אכיפת החוק... לצד זאת, בנסיבות מסוימות, בהן קיים מידע המצביע על השתתפותו הממשית של אדם מסוים בפעולות האיבה בגדר (למשל, כאשר מזוהה אדם המחזיק במטען חבלה בידיו) - הפעלת הכוח נגדו חוסה תחת פרדיגמת פעולות האיבה".⁷ דהיינו, צה"ל הפך את עצמו לכוח שיטור ביחס לרוב משתתפי ה"צעדות", וככל את עצמו בדיני אכיפת החוק.

הגדירה את הדברים השופטת חיות: "תיאור זה של הוראות הפתיחה באש מעלה כי לעניין שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני ההוראות מבחינות, בעיקרו של דבר, בין שלוש קבוצות הנוטלות חלק באירועים האלימים. האחת, עמה נמנים מי שבמהלך האירועים נוטלים חלק ישיר ופעיל בביצוע פעילות טרור ולגביה אין חולק כי ניתן לעשות שימוש בכוח בעל פוטנציאל קטלני בהתאם לכללים הקבועים בפרדיגמת פעולות האיבה. השנייה, עמה נמנים סדר מרכזיים ומסיתים מרכזיים. והשלישית, עמה נמנים משתתפים אחרים ובכלל זה מפרי סדר שאינם מבצעים איזו מן הפעילויות המיוחסות לשתי הקבוצות האחרות. לגבי שתי הקבוצות האחרונות חלים לגישת העותרים והמשיבים כאחד הכללים הקבועים בפרדיגמת אכיפת החוק".⁸

למרות שמדובר בפעילות אותה מארגן ומממן החמאס, שמטרתה לשמש כיסוי לניסיונות לפגוע ולפרוץ את מכשול הביטחון המפריד בין ישראל לבין רצועת עזה ולאפשר כניסה של מחבלים לשם ביצוע פיגועים, בג"ץ לא מגדיר את רוב המשתתפים בה כשותפים בפעילות איבה.

למרות שארגון אלמגור הפנה לדברים שנשא בתאריך 06.04.2018 יחיא סינוואר, מנהיג חמאס ברצועה, בפני קהל המפגינים ברצועה, וציין במסגרתם "שייחוכו [ישראל] לדחיפה הגדולה, נוריד את הגדר ונקרע את ליבם מגופותיהם", ולמרות שהשופטת חיות ציינה כי "איום נוסף פרט לפעולות הטרור המבוצעות בחסות האירועים ההמוניים המערבים אוכלוסייה אזרחית, הוא האיום שאותו תיארו המשיבים כ"פריצה המונית של המכשול הביטחוני מצד אלפי פלסטינים, ששווהו לחדור לשטח הארץ, להגיע ליישובים ישראלים המצויים מאות מטרים בלבד מהמכשול ולפגוע בחיילים המוצבים במכשול עצמו ואולי אף באזרחים המתגוררים בקרבתו",⁹ בג"ץ רואה במרבית המשתתפים מפגינים אזרחיים ומפרי סדר ותו לא.

7. שם, פסקה 39.

8. שם, פסקה 10 לדברי השופטת חיות.

9. ההדגשה שלי. קובי יקיר.

לאחר הטבח בשמחת תורה 07.10.2023 בהשתתפות מחבלי הנוחבה ו"המפגינים האזרחיים", אין צורך לומר שהכתובת הייתה על הקיר.

בנוסף, בג"ץ הגדיר גבולות גזרה מצומצמים ביותר לשימוש בירי: "מחובתם של כוחות הביטחון לפעול לפי הכללים החלים עליהם הן מתוקף המשפט הישראלי והן מתוקף המשפט הבינלאומי ההומניטארי, גם אגב פעולות לחימה, בהקשר הנידון בענייננו, וכן לבחון, להרבות ולשפר ככל האפשר את השימוש באמצעים חלופיים לא קטלניים, כל זאת לצד קיום תהליך סדור לתחקור ולהפקת לקחים מבצעיים ואחרים ולהטמעתם".¹⁰

התוצאות בשטח לא איחרו לבוא. כתבה במקור ראשון¹¹ אותה פרסם הכתב אריאל זיגלר ב-כ"ח תשרי תשע"ט, 07/10/2018, שכותרתה: "הנהלים אוסרים על ירי - והעזתים חוזרים לישראל", אפשרה הצצה למצב בשטח. זיגלר כתב כך: "למרות שהמהומות ברצועה הולכות ומחריפות, בצה"ל מקפידים על נהלי פתיחה באש מחמירים ביותר, והחיילים נותרים ללא מענה מול המתפרעים שחוצים את הגבול... כל ירי שלא מהווה סכנה מיידית לכוח, מחייב אישור מגבוה, ואישורים כאלו מגיעים במכסות מצומצמות. כמו כן, חל איסור מוחלט על ירי בעזתים שחוצים את הגדר ולא זוהו כחמושים - וכך חוצים בשבועות האחרונים עשרות עזתים את הגדר וחוזרים לשטח הרצועה באין מפריע".

עדויות של חיילים המובאות בכתבה מציירות תמונה אבסורדית: "אסור לירות במי שחוצה את הגדר. העזתים כבר מכירים את זה ופשוט חוצים. באים לטרקטור, שוברים אותו, שמים איזה מטען ובורחים. הם יודעים שלא יעשו להם כלום... החוצפה של המפגינים גוברת, והמוכנות שלהם לחדור גוברת, כי הם רואים שהחברים שלהם עושים את זה וחוזרים".

ב-01.08.2019 אירע פיגוע חמור. מחבל חמאס חצה את הגדר בדרום הרצועה, ירה לעבר כוח צה"ל והשליך רימון. קצין גולני נפצע בינוני ושני לוחמים נפצעו קל.

הכתב יואב זיתון דיווח על תחקור הפיגוע, הוא תיאר את השינויים שהוכנסו בפקודות הפתיחה באש ואת "תרומתם" לאירוע:

"ההנחיה החדשה: אסור לירות מיד לעבר חמוש שמתקרב לגדר."

ברקע, כך מסתבר, הוגדרו לאחרונה מחדש ההנחיות לכוחות הביטחון השוטף באוגדת עזה, באופן שמערפל עוד יותר את הוראות הפתיחה באש. כך למשל, רצועת הפרימטר, השטח שאסור לשהיית פלסטינים במערב הגדר, צומצמה בשנה האחרונה מ-300 מטרים ל-100 מטרים. גם לאלה נוצרו יוצאים מהכלל, באופן שלמעשה ביטל את הרעיון המבצעי שמטרתו הגדלת זמן התגובה של הכוחות ונטרול החדירות...

"במקרה של הלילה לא ברור מדוע שעת הלילה החריגה לא החשידה מיד את כל הכוחות בגזרה וחידדה אותם לירות לעבר המחבל ללא היסוס או לגשת לזירה כאל הליכה למלכודת. בעבר הלא רחוק, עד לפני שנתיים, פלסטינים חשודים שהתקרבו לגדר באמצע הלילה, בטח אם חצו אותה, היו זוכים לירי מדויק ומידי לעברם.

¹⁰. שם, פסקה 65.

¹¹. <https://www.makorishon.co.il/news/82085>

"התשובה לכך עשויה להימצא בהגדרות החדשות של אוגדת עזה, שיורדות עד לאחרון הלוחמים. כך למשל, פעיל ריסון של חמאס הפך בשבועות האחרונים באוגדה מ"אויב מיד" ל"אויב אפשרי". אירועים כמו הפרות סדר אלימות על הגדר, הפרחות בלוני נפץ ותבערה, חדירות פרובוקציה לשטח הישראלי וחזרה מהירה לרצועה - קוטלגו באוגדה תחת המושג החדש "טרור אפור". המשמעות היא שאין להתייחס למקרים אלה כפעילות חבלנית עוינת מובהקת שדורשת נטרול מיד, אלא הלוחמים ומפקדיהם בשטח נדרשים להפעיל שיקול דעת, לעתים גם להקפיא מצב עד להגעת קצין בכיר למקום, ולפעול בהתאם להוראות פתיחה באש מחמירות"¹².

בשבת י"ג אלול תשפ"א 21.08.2021, השתתף בראל חדריה-שמואלי הי"ד באבטחת המרחב הסמוך לחומת עוז שבצפון הרצועה ובמניעת חדירת מחבלים. במהלך ההתפרעויות, הצליח פעיל חמאס להחדיר אקדח דרך חרך בחומת ההפרדה ולירות בבראל מטווח אפס. הוא הובהל למרכז הרפואי "סורוקה" שבבאר שבע במצב אנוש, ולאחר מספר ימים נקבע מותו בקרב.

בעקבות מותו של בראל חדריה-שמואלי, חשף עקיבא ביגמן את הוראות הפתיחה באש בגבול עזה: 'מסמך כללי הפתיחה באש לאורך הגבול עם רצועת עזה (הופ"א 12)'. מסמך המכיל 14 עמ', הכולל עשרות סעיפים ופרטים¹³:

"קחו למשל את ההנחיות הנוגעות להפגנות אלימות על הגדר, הסיטואציה בה נהרג בראל חדריה שמואלי ז"ל. ההוראות הנוגעות למצב הזה מקיפות שניים וחצי עמודים והן בנויות על לא כחות משישה שלבים שונים שיש לבצע על פי הסדר, ורק בסיומן ניתן להשתמש באש חיה, וגם זה באישור מפקד החטיבה.

כך נכתב בסעיף העוסק ב'הפרת סדר אלימה בשטח עזה או הפרת סדר המאיימת לחצות את המכשול הבטחוני':

'במקרה של הפרת סדר אלימה בשטח רצועת עזה המכוונת לעבר כוחותינו רשאי מפקד לנקוט פעולות לפיזור הפרת הסדר תוך הפעלת הכוח המינימלי הנדרש.

הפעולות ינקטו לפי הדירוג הבא. המעבר משלב לשלב יבוצע בהתאם להוראות המפקד, וגם למפקד אין הרבה שיקול דעת ומותר לו להתקדם בשלבים: 'רק אם השלב הקודם לא הביא להסרת האיום'.

אז מהם השלבים אותם צריך לעבור לפני שאפשר לשיקול ירי אל עבר מתפרעים?

'**שלב א':** קריאה למפרי הסדר להתפזר... תוך שימוש באמצעי כריזה. בשעות החשיכה - תוך שימוש באמצעי תאורה'.

אם משום מה זה לא עובד, ובהוראת המפקד כמובן, ניתן לעבור לשלב הבא:

'**שלב ב':** הפעלת אחד מן האמצעים הבאים לפחות - גז מדמיע, רימוני הלם, סילוני מים, אמצעי אקוסטי שאושר לשימוש, בכפוף לכללי הבטיחות ולהוראות המקצועיות שנקבעו לאמצעים על ידי מפקדת חי"ר צנחנים ראשית'.

¹² <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5561811,00.htm>

¹³ <https://www.now14.co.il/%D7%9E%D7%A1%D7%9E%D7%9A-%D7%94%D7%95%D7%A8%D7%90%D7%95%D7%AA-%D7%94%D7%A4%D7%AA%D7%99%D7%97%D7%94-%D7%91%D7%90%D7%A9-%D7%91%D7%92%D7%91%D7%95%D7%9C-%D7%A2%D7%96%D7%94-%D7%A0%D7%97%D7%A9%D7%A3>

אם גם זה לא עובד, אפשר להסלים עוד קצת:

'שלב ג': ירי תחמושת גומי - הירי יבוצע בהוראת מפקד ובפיקוחו על ידי מי שעבר הכשרה מתאימה והוסמך לכך' וכמובן - 'בכפוף לכללי הבטיחות ולהוראות המקצועיות שנקבעו לאמצעים על ידי מפקדת חי"ר צנחנים ראשית'.

אם כל הנשק האלטרנטיבי לפיזור הפגנות לא מספיק להעביר את המסר, ניתן להתחיל להתקדם לירי חי:

'שלב ד': קריאה למפרי הסדר תוך מתן אזהרה כי עומד להתבצע ירי חי - האזהרה תועבר ככל הניתן תוך שימוש באמצעי כריזה, בשעות החשיכה - תוך שימוש באמצעי תאורה'.

אחרי שצועקים, כורזים, מאותתים ומאירים, מגיע השלב הבא.

'שלב ה': ירי אזהרה לאוויר'.

אם גם זה לא עוזר, והמפגינים לא השתכנעו, אין ברירה. חייבים לירות. אבל רגע, לא כל כך מהר:

'שלב ו': אם כל האמצעים שהובאו לעיל לא הביאו להסרת האיום הנשקף מהפרת הסדר, ואין דרך פחות פוגענית להסירו, ניתן באישור מח"ט וכמוצא אחרון לבצע ירי מדויק במצב בודד לעבר רגליו (מתחת לברך) של מסית או מפר סדר מרכזי, אם הירי נדרש באופן מידי להסרת הסכנה'.

אישור ממפקד החטיבה לבצע ירי לעבר הברך? לפחות זה משהו. אבל זה לא הכל. גם כשמותר לירות, יש לפעול בכפוף ללא פחות מ-7 סייגים שונים. ביניהם למשל זה: 'אין לפתוח באש לעבר רגליו של מסית או מפר סדר מרכזי כאשר קיימת סכנה של ממש שייפגעו אחרים או אם לא ניתן לזהות את רגליו (מתחת לברך) של המסית'.

כלומר, רק כאשר המסית עומד לבדו ורגליו חשופות לעיני החיילים ניתן בכלל להפעיל את הכוח, ולא רק זה.

אך יש סייג נוסף חשוב: 'הירי יבוצע במצב סטאטי בלבד, ולעבר מטרה סטאטית. אין לבצע ירי לעבר מטרה בתנועה'. כלומר, אם המסית המרכזי - זה שמנהיג את ההפגנה ומהווה המנוע המרכזי שלה - לא עומד במקום, אסור לירות כלפיו, גם לא מתחת לברך.

ובכל מקרה - אסור לירות שוב בלי אישור נוסף של המפקד: 'לאחר ביצוע ירי לעבר רגליו של מסית או מפר סדר מרכזי יבחן המפקד בשטח את נחיצותו של ירי נוסף'.

והסייג החשוב מכל - כל הקונצרט הזה מתחיל בכלל 'רק לאחר שהפרת הסדר הגיעה למכשול הביטחוני והמפגינים מתחילים בפעולות לפגיעה בו או בניסיונות לחצות את הגבול'.

כלומר, בכל מקרה לא ניתן להשתמש בירי חי על מנת לעכב או להרחיק פורעים שמנסים להתקרב לגבול".

ההוראות שנחשפו מהוות הטמעה מלאה של המדיניות שהתווה בג"ץ בדיון בעתירה הנ"ל. בניגוד לתפיסה הצה"לית המקורית שראתה ב"צעדות" הגדר פעולות מלחמתיות המטופלות בדיני המלחמה, בעקבות התערבות בג"ץ אימץ צה"ל מדיניות הוראה ב"צעדות" הגדר הפרות סדר המטופלות בפרדיגמת אכיפת החוק.

לסיכום:

תמונת מצב: צה"ל הגדיר אזור חיץ בגבול הרצועה וטיפול בחדירה אליו ע"פ דיני המלחמה. עתירה: יש לשנות את הוראות הפתיחה באש. מדובר באזרחים ובאירוע פלילי ויש לטפל בהם בדיני שמירת החוק ואכיפת הצדק. צה"ל: אין עילה להתערב, מדובר בסוגיה צבאית מבצעית-מקצועית במסגרת ההגנה והלחימה של צה"ל. בג"ץ: דן בעתירה, מחייב את צה"ל להשתמש באמצעים חליפיים לא קטלניים ולתחקר את הפגיעה בעזתים, ומוביל את צה"ל להגדיר את האירועים כהפרות סדר. תוצאה: הפרימטר נמחק, פיגועים, נפילת בראל חדריה-שמואלי הי"ד, פריצת הגדר בשמחת תורה תשפ"ד.

2. דאגה הומניטרית לאזרחי האויב

מבצע קשת בענן היה מבצע צבאי שערך צה"ל באזור רפיח וציר פילדלפי בין 18 במאי ל-25 במאי 2004. המבצע נערך מספר ימים לאחר שנגמ"ש הנדסה מדגם M-113 פוצץ בידי ירי נ"ט פלסטיני וחמישה אנשי צוותו נהרגו. מטרת המבצע הייתה לפעול כנגד תשתית הטרור של רפיח, לנטרל כמה שיותר מחבלים וליצור סביבת פעולה בטוחה יותר לחיילים בציר פילדלפי.

במסגרת המבצע ניהל צה"ל קרבות עם מחבלים ועצר והרג מחבלים רבים. כלקח מאירועי עבר, הקים צה"ל מוקד הומניטרי שמטרתו הייתה לסייע לתושבי רפיח. למרות זאת, ארגוני שמאל עתרו לבג"ץ בטענה כי הפעילות פוגעת בזכויות אדם.¹⁴ העותרים תבעו כי הצבא יאפשר לצוותים רפואיים ולאמבולנסים להגיע לפצועים ברפיח לצורכי פינוי; כי הפינוי ייעשה ללא צורך בתיאום מראש עם המוקד ההומניטרי; כי יתאפשר מעבר ציוד רפואי בין רפיח לבתי החולים מחוצה לה; כי לא ייפגעו או יאוימו צוותים רפואיים או אזרחים העוסקים בפינוי פצועים או גופות; כי תחודש אספקת החשמל והמים לשכונת תל א-סולטן ותתאפשר אספקת מזון ותרופות לתושבי השכונה; כי תתאפשר כניסת משלחת של רופאים מטעם ארגון רופאים לזכויות אדם (העותרת 1) לבתי החולים ברצועת עזה כדי לעמוד על הצרכים הרפואיים במקום. לבסוף, העותרים מבקשים כי ייחקר אירוע (ביום 19.05.2004) שבו הופגזה התקהלות אזרחים ונהרגו כמה תושבים. כן מבקשים הם כי תוצא הוראה האוסרת ביצוע ירי או הפגזה על התקהלות של אזרחים אף אם מצויים בהם חמושים שאינם מסכנים חיים באופן מיד.

העתירה נקבעה לשמיעה מיד למחרת הגשתה, ובדיון נכח ראש מנהלת התיאום והקישור באזור חבל עזה. תוך כדי הדיון יצר ראש המנהלת קשר עם גורמי צבא בשטח כדי לעמוד על המתרחש בלחימה.

14. בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, 20/5/04.

צה"ל הגיב לעתירה וטען כי יש לדחותה: "המשיב מבקש כי נדחה את העתירה. הוא מדגיש כי במקום עדיין מתנהלות פעולות לחימה נרחבות. נערכים קרבות עם גורמים חמושים. במצב דברים זה נדרשת זהירות רבה בהפעלת ביקורתו השיפוטית של בית-המשפט על התנהלות כוחות הביטחון, וכי מדובר בפעילות המצויה על גבול תחום השיפוט המוסדי.

לגופם של דברים טוען המשיב, כי רפיח הייתה צינור עיקרי להכנסת נשק לכל רצועת עזה, בעיקר באמצעות מנהרות הנחפרות בין החלק המצרי של רפיח לבין החלק הפלסטיני. נשק מוברח זה משמש לפגיעה בצבא וביישובים הישראליים בתוך הרצועה ומחוצה לה.

"מטרת הלחימה היא לפגוע בתשתית הטרור הפלסטינית באזור זה, ובכלל זה לאתר מנהרות המשמשות להברחת אמצעי לחימה; לעצור פלסטינים המבוקשים בגין פעולות טרור; לאתר אמצעי לחימה הנמצאים באזור רפיח. במסגרת פעולות צה"ל באזור רפיח התנהלו קרבות עם גורמים חמושים. כנגד כוחות צה"ל הופעלו מטענים רבים. נורתה עליהם אש מכלי נשק שונים, וכן התקיימה פעילות לחימה אינטנסיבית בין צה"ל לבין הגורמים החמושים...

"נעשה מאמץ רב על-ידי כוחות צה"ל להתחשב בצורכי האוכלוסיה המקומית ולמזער ככל האפשר את הפגיעה באוכלוסיה האזרחית, וכי נקבעו מראש גורמי קישור ותיאום לעניין זה. עם זאת המצב במקום הוא סבוך, שכן המחבלים עושים שימוש בבתיים הפלסטיניים כמקורות לירי. הם פועלים מתוך האוכלוסיה הפלסטינית, וכתוצאה מכך מקשים על הצבא להתמודד עם קשיים אלה. על-אף זאת הצבא ממלא את תפקידו כלפי האוכלוסיה האזרחית ועושה הכול כדי להקטין את נזקיה..."¹⁵

צה"ל הדגיש כי קשיים נגרמים בשל כך שהמחבלים פועלים מתוך האוכלוסייה הפלסטינית ומשתמשים בה לעתים כמגן אנושי. חרף זאת עושה הצבא ככל יכולתו להקטין את נזקה של האוכלוסייה המקומית. כן ציין צה"ל כי תיאור המצב בעתירה מבוסס על מקורות פלסטיניים, והוא כולל הגזמות פרועות, אשר כל מטרתן היא לצייר את המצב ההומניטרי בצבעים קודרים בהרבה מכפי שהוא למעשה.

בפסה"ד שניתן ב-30.05.04, מעבר להצהרות כי ישראל מחויבת למשפט הבינלאומי ההומניטרי, קבעו השופטים ברק וביניש כי "כל פעולה צבאית מחייבת היערכות מראש לקראת טיפול בענייניהם הבסיסיים של התושבים המצויים בקו האש בעת הלחימה, או הצפויים להיפגע מתוצאותיה ומהשלכותיה. היערכות זו מראש ובעוד מועד תביא בחשבון את החובות ההומניטריות כלפי האוכלוסיה האזרחית, את אפשרויות הפגיעה ואת התוצאות הקשות שיש לפעול למניעתן או לפחות לצמצומן".

ובהקשר הפרטני, נראה כי יש לציין מס' סוגיות חשובות לענייננו: א. פינוי פצועים, צה"ל דרש כי פינוי כל פצוע מביה"ח ברפיח לבתי חולים אחרים בתוך רצועת עזה, יותנה במסירת פרטיו האישיים של הפצוע. בג"ץ קבע כי "דרישה שמעלה הצבא בעניין מספר הרישוי של האמבולנס היא סבירה. **ראוי הוא שלא להתנות את העברת הפצועים במסירת שמם ומספר הזהות שלהם,** עם זאת איננו רואים כל פגם בניסיון לקבל פרטים אלה במקום שניתן לקבלם, ובלבד שקבלת פרטים אלה לא תהווה תנאי להעברתם מחוץ לאזור הלחימה ולא תעכב את המעבר מעבר לסביר".¹⁶

15. השופט ברק, פסקה 5, שם.

16. בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה נח(5) 385 (2004), שם פס' 23.

ובעניין תרופות ומזון, "חובתו של המפקד הצבאי הינה לדאוג לאספקת מים באזור הנתון לפעילות לחימתית. חובה זו אינה רק החובה (השלילית) של מניעת פגיעה במקורות המים ומניעת הפרעה באספקת המים. חובה זו הינה גם החובה (החיובית) לספק מים אם אלה מצויים במחסור".¹⁷ וכן, "חובתו של המפקד הצבאי להבטיח כי באזור קרבות יימצא ציוד רפואי מספיק. זאת בוודאי חובתו כלפי חייליו שלו. אך חובתו היא גם כלפי האוכלוסיה האזרחית המצויה בשליטתו. במסגרת ההתארגנות לקראת מבצע צבאי יש להביא עניין זה - שהוא תמיד צפוי - בחשבון.

"בהקשר זה יש לבחון מראש את המערך הרפואי במקום ואת יכולתם של בתי החולים המקומיים לתת שירות רפואי סביר בעת הקרבות. יש להכין מראש ציוד רפואי למקרה של מחסור; יש לאפשר הכנסת ציוד רפואי ממקורות שונים כדי להקל את המצוקה; יש לקיים, ככל האפשר, קשר עם שירותי הרפואה המקומיים. החובה היא של המפקד הצבאי, ואין בקבלת סיוע מגורמים חיצוניים כדי לשחרר אותו מחובתו זו".¹⁸

באופן כללי קבע בג"ץ, כי "חובה לשנן כללי התנהגות בקרב הכוחות הלוחמים וליצור כלים מוסדיים למימוש החובות ההומניטריות".

פרופ' דוד זכריה מציין נקודה מהותית בהתנהלות בג"ץ בפסה"ד: "האמירות הנחרצות של בית המשפט בפסק הדין בעניין רפיח בנוגע לחובת הצבא להיערך - טרם היציאה למבצע - למצב ההומניטרי הקשה שאליו הוא צפוי להכניס את האוכלוסייה ברפיח, ניתנו בלי שהתקיים דיון כלשהו בשאלה זו בעתירה ובלי שהמדינה התבקשה להתייחס בתשובתה לשאלות שניהול הלחימה מעורר. תגובת המדינה כללה התייחסות במישור העובדתי בלבד ולא כללה כל התייחסות לשאלות המשפטיות הקשורות בסוגיה זו.

"כניסת בית המשפט לסוגיות אלה הייתה מהלך יזום של בית המשפט שנעשה תוך סטייה ברורה מהפרקטיקה המקובלת שלפיה מתקיים דיון בעל פה בטרם מכריע בית המשפט בסוגיה כלשהי. המסר שנקלט בפרקליטות בעקבות החלטה זו היה שהעניין "בער" לבית המשפט והוא היה חייב להעביר את המסר... פסקי הדין והחלטות הביניים שניתנו בעניין הלחימה ברפיח העבירו מסרים מנחים, בלתי מחייבים, לצבא ובהם קריאה לשינוי ביחסו להיבטים ההומניטריים של הלחימה והעמדתו על חובתו לקיים את המשפט ההומניטרי, וזאת אף על פי שבית המשפט לא קיבל אף אחת מן העתירות שנגעו ללחימה".¹⁹

חשוב לציין כי בג"ץ הגדיל לעשות ודרש מצה"ל להיות גם ה'חברה קדישא' של רפיח. למרות שצה"ל אפשר לקבור את מתי האויב, בג"ץ דרש ממנו לאפשר את השתתפות בני המשפחה שלהם בהלוויות:

"בדברי תשובתה ציינה באת-כוחם של העותרים, כי הקבורה אינה מתבצעת שכן הצבא מכתר את שכונת תל א-סולטן, ולא ניתן לקרובי הנפטרים להשתתף בהלוויה. בכך הודה אל"מ מרדכי. תשובה זו לא הניחה את דעתנו. ציינו כי יש למצוא בעניין זה פתרון מהיר. כך למשל שאלנו מדוע אין מאפשרים לקרובים, כולם או מקצתם, להשתתף בהלוויות. אל"מ י' מרדכי הבטיח לנו תשובה בעניין זה. בהודעה

17. שם, פסקה 15.

18. שם, פסקה 18.

19. קולו של הפיקולו עמ' 39-40. ההדגשות של קובי יקיר.

מעדכנת אשר קיבלנו (ביום 23.05.2004) לאחר סיום הטיעונים, נמסר לנו על-ידי באי-כוחו של המשיב, מפי אל"מ י' מרדכי, כי המשיב החליט (כבר ביום 21.05.2004) לאפשר את יציאתם של כמה בני משפחה של כל אחד מההרוגים משכונת תל א-סולטן לצורך קיום ההלוויות. ההצעה נדחתה על-ידי הגורמים הפלסטיניים...".

תוך כדי לחימה בג"ץ מתערב בסדרי ההלוויות של האויב, מייצר שיח בנושא עם נציגי צה"ל ומחייב אותם לסדרי הלוויות ע"פ דרישת בית המשפט.

עתירה נוספת ומאוחרת יותר בעניין דומה, עסקה בהעברת "אספקה סדירה ומספקת של דלק, מזון, תרופות, חלקי חילוף וציוד הומיטרי אחר לרצועת עזה". זאת לאחר שצה"ל פתח במבצע צבאי כנגד חמאס לאחר הפיגוע במעבר כרם שלום בו נהרגו חיילים ונחטף גלעד שליט.

בג"ץ דחה את העתירה, אך זאת לאחר הדגשתו את תשובת המדינה לפיה "מדיניות הממשלה היא להותיר את מעברי הגבול פתוחים ולאפשר העברת טובין דרך מעברי הגבול בין ישראל לבין רצועת עזה ככל שניתן בנסיבות, בכפוף לסגירת המעברים כאשר קיים חשש ממשי ומיידי לביצוע פיגוע, ותוך מתן עדיפות, בנסיבות אלה, להכנסת טובין לרצועה, בדגש על מוצרי יסוד, על-פני יצוא ממנה. מדיניות זו הינה מאוזנת וסבירה, ועולה בקנה אחד עם הדין הישראלי והבינלאומי גם יחד. לפיכך לא נמצא פגם בהחלטת המשיבים לסגור את המעברים מעת לעת, בכפוף להערכות מצב ביטחונית ותוך שקילת חלופות שונות לאספקת מוצרים חיוניים".²⁰

ניתן להניח כי בג"ץ בחר לקבל את העתירה ולא לדחות אותה על הסף בכדי לאלץ את המדינה לנהוג בשטח באופן שונה מהאופן בו נהגה בזמן אמת. כפי שנראה בהמשך המחקר, הפרקטיקה הזו חוזרת על עצמה במס' רב של הליכים. בג"ץ מקבל עתירה דחוקה ולא דוחה אותה על הסף, המדינה/צה"ל נדרשים להכריע בזמן אמת כיצד לנהוג תוך ידיעה כי חרב הבג"ץ מתנופפת מעל ראשם (בנוסף ייתכן כי מתנהל דו שיח מאחורי הקלעים), המדינה מציגה לבג"ץ עמדה 'מרוככת', בג"ץ מקבל את עמדת המדינה ודוחה את העתירה, ובכך משיג את מבוקשו בשקט יחסי וללא פגיעה במעמד בג"ץ.

לסיכום:

תמונת מצב: במהלך מבצע קשת בענן, צה"ל פועל כנגד תשתית הטרור באזור רפיח וציר פילדלפי.

עתירה: הפעילות פוגעת בזכויות אדם.

צה"ל: לדחות את העתירה, מדובר בפעילות לחימה נרחבת ולא שפיטה.

בג"ץ: דן בעתירה ומיזמנתו נותן לצה"ל הנחיות המחייבות אותו לדאוג למים, רפואה, וקבורה לאוכלוסיית האויב תוך כדי לחימה.

דוגמה נוספת ניתן לתת ממלחמת חרבות ברזל: יום השבת, ט' בסיוון תשפ"ד (15.06.24) היה יום לחימה קשה וכואב. בהתפוצצות נמר"ה ברפיח נהרגו שמונה לוחמים, בצפון הרצועה נהרגו שני

20. בג"ץ 5841/06 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון (נבו) (13.03.2007).

טנקיסטים במילואים. באופן מוזר ומפתיע, כותרות החדשות ביום ראשון בבוקר דיווחו על 'הפוגה בלחימה' לצרכים הומניטריים. בתגובה הודיע הדרג המדיני כי הדבר לא הובא לאישורו, וכי כלל לא בטוח שהוא יאושר.

בדיווח ב'כאן חדשות' נכתב:²¹

"צה"ל הודיע על 'הפוגה בלחימה', ואז הבהיר: 'אין שינוי במדיניות'."

מתאם פעולות הממשלה בשטחים עדכן על עצירת הלחימה באזור הציר ההומניטרי למשך 11 שעות בכל יום ועד להודעה חדשה. בדרג המדיני זעמו: "לא הובא לאישורנו". רה"מ פנה למזכירו הצבאי, ולאחר בירור דווח כי "הלחימה ברפיח נמשכת כמתוכנן"...

בהודעת הבהרה שיצאה מטעם צה"ל נאמר, כי מדובר בהפסקת הלחימה באזור הציר ההומניטרי בדרום הרצועה ולא בהפוגה כוללת בלחימה באזור. בדרג המדיני ביקרו את המהלך שיצא אל הפועל ללא אישורו. מקורות המעורים בנושא: "המהלך יובא שוב לאישור הדרג המדיני, וכלל לא בטוח שיאושר".

מה פשר עקיפת הסמכות הזו? כיצד יתכן שמתאם פעילות הממשלה בשטחים מעצב מדיניות בצורה עצמאית?

מדוע, למרות שהוועדה המרכזית לחקר רעב וביטחון תזונתי של האו"ם (CRF), חקרה את הטענות למצב של רעב ברצועת עזה, והגיעה למסקנה כי **"הראיות שנמסרו מארגונים בין לאומיים וגופים מקומיים בדבר מצב של רעב והרעבה ברצועה נמצאו כלא אמינים וחסרי גיבוי"**, עדיין עיקר תשומת הלב של המתאם נתונה לסיוע ההומניטרי בזמן שאנו משלמים על כך בחיי חיילנו? עיון בתהליך המשפטי שקדם להחלטה, מלמד כי התשובה לשאלה נמצאת בבג"ץ.

במקרה דנן, מדובר בהליך עתירה של מס' ארגונים לבג"ץ בעניין הסיוע ההומניטרי לרצועת עזה.²² בג"ץ לא דחה את העתירה על הסף והחל בה דיון. המדינה השיבה שהיא נותנת לאספקה לעבור לרצועת עזה, והדגישה כי היא פועלת לוודא שסיוע ייכנס לתוך רצועת עזה. העותרים הגיבו לתשובת המדינה וטענו שהמצב קטסטרופאלי וכי על המדינה לפרט במדויק את צעדיה. בדיון נוסף, דרש בית המשפט מהמדינה הסברים נוספים על עבודת המטה בנושא.

לאחר כניסת צה"ל לאזור רפיח, פנו שוב העותרים לבית המשפט וטענו כי הדבר מחמיר את המצב וממעיט את כניסת הסיוע. בית המשפט קבע דיון בבקשת העותרים. ב-02.06 קבע בג"ץ כי מתאם פעולות הממשלה בשטחים יתייצב לפניו לדיון בעתירות בעניין הסיוע ההומניטרי ב-10.06. בדיון זה מוציא בג"ץ צו על תנאי למדינה "על מנת לאפשר לבית המשפט לקבל תשתית עובדתית מלאה ומקיפה", ודורש את תשובתה בתוך עשרה ימים.

ששה ימים לאחר מכן מודיע מתאם הפעולות בשטחים על הפסקת אש קבועה בציר ממעבר כרם שלום לבית החולים האירופאי.

²¹ <https://www.kan.org.il/content/kan-news/defense/761514>

²² בג"ץ 2280/24 גישה מרכז לשמירה על הזכות לנוע ואח' נ' ממשלת ישראל ואחרים.

זוהי דוגמה מצוינת לדרך בה מפעיל בג"ץ פרקטיקה סמויה על מנת לקבוע מדיניות צבאית הנראית בעיניו ומתאימה לתפיסת עולמו, או במילים אחרות: בג"ץ הופך את עצמו לרשות אחת השולטת על שאר כל הרשויות.

3. הגבלת הרס בתים תוך כדי לחימה בטור

במהלך שנת 2004, עת ניהל צה"ל מלחמה בארגוני הטרור בגזרת רפית, ביצע צה"ל הרס בתים לשם חשיפת תשתיות ומנהרות טרור. כנגד פעולות אלו הוגשה עתירה הדורשת מצה"ל לחדול את הרס הבתים לאלתר.²³

תשובת הצבא לעתירה הייתה בקשה לדחותה על הסף ולגופה. לטענתו, מדובר בעתירה כוללת המתעלמת מהנסיבות הביטחוניות השוררות באזור, אשר שקולות למצב לחימה של ממש. הסעד אותו מבקשים העותרים, הפסקת כל פעולות ההריסה, שעה שבאזור מתנהלות פעולות צבאיות באופן תדיר, הנו סעד כוללני שבית משפט זה אינו נוהג לתת. **עוד טען צה"ל, כי אין זה מתפקידו של בית משפט זה לקבוע מהם אמצעי הלחימה אשר בהם ייעשה שימוש בזירת הלחימה.**

לגוף העתירה, צה"ל הצהיר כי כוחותיו פועלים באזור מתוך כוונה למזער את הנזקים הנגרמים למבנים אזרחיים. יתר על כן, הוראות צה"ל אוסרות פגיעה מכוונת בבתים אזרחיים, אלא אם קיים צורך צבאי החלטי לעשות כן, ובכפוף לעקרון המידתיות.

צה"ל דחה את טענות העותרים בדבר הרס בתים ללא הבחנה ובאופן בלתי מידתי. הוא הצביע על מצב הלחימה הקשה השורר באזור, אשר מחייב לנקוט אמצעים שונים כדי להתמודד איתו, ובכלל זאת הריסת בתים במקום שהדבר דרוש לצרכי לחימה. צה"ל אף מסר כי הריסות הבתים מתבצעות על-ידי כוחות קרקעיים, כאשר לשוהים בתוכם ניתנת הזדמנות לצאת מהבית.

על אף האמור, בג"ץ לא דחה את העתירה על הסף אלא קבע דיון בעתירה.

בהמשך, בהחלטתו מיום ד' באב תשס"ד (22.07.04) כתב השופט חשין כך: "אתמול, יום 21.07.04, הובאה לפניי בקשת העותרים להוצאתו של צו ביניים. קראתי את הבקשה, ומשנראה לי לכאורה כי יש בה בבקשה כדי לקיים את דרישתה של השופטת ביניש להיותה של הבקשה ספציפית בתחומיה, נעתרתי לה והוצאתי צו ביניים-דביניים האוסר על המשיב להרוס את הבתים הנקובים בראש הבקשה עד להחלטה אחרת". כלומר בג"ץ הוציא צו ביניים האוסר על צה"ל להרוס בתים בריפיח תוך כדי לחימה.

צה"ל הגיש בקשה דחופה לביטול הצו וזו הועברה אל השופט חשין: "אתמול, לקראת השעה 22:00, העבירה אליי המזכירה הראשית של בית-המשפט, לביתי, 'בקשה דחופה מטעם המשיב לביטול צו ביניים-דביניים'. הבקשה מתארת את פעולות הלחימה המתרחשות בימים אלה באזור ציר פילדלפי - בין השאר לאיתור מנהרות שנחפרו להברחת אמל"ח - וממשיכה היא וקובעת כי 'אפשר שבמהלך הפעילות המבצעית ייפגעו מבנים בסביבה'. עוד טוען המשיב כי שלא כנטען בבקשת העותרים, אין

23. בג"ץ 4969/04, עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' אלוף פיקוד הדרום בצה"ל (נבו 07.07.2005).

כוחות צה"ל יכולים לאתר את בתיהם של העותרים 'מקרב אלפי הבתים באזור רפיח ומחנה הפליטים שלה'. בבקשה זו התחייב צה"ל "כי לא ייהרסו בתים באזור ציר פילדלפי בלא להעניק לבעלי הזכויות זכות טיעון מוקדמת".

לאחר הדיון בו הסכימו הצדדים, על-פי "המלצת" בית המשפט, כי העותרים יצמצמו עתירתם למספר טיפוסים מצבים ספציפיים של הריסת בתים בהם יבקשו להתמקד, שלח צה"ל אל בית המשפט הודעה, לפיה, בהתאם להודעת ראש הממשלה שנמסרה בוועידת שארם אל-שיח "ישראל תפסיק את הפעילות הצבאית שלה נגד הפלסטינים בכל מקום, ונוכח תקופת הרגיעה הנוכחית, המשיבים נמנעים ככלל מפעולות הריסת בתים".

בדיון המשך שהתקיים ביום 14.06.05, חזר צה"ל על הצהרה זו. צה"ל הוסיף כי עיקר העתירה מתמקדת בבתים המצויים בחבל עזה, וממילא לא תתבצענה הריסות נוספות באותו אזור בשל מימושה הקרוב של 'תכנית ההתנתקות'. אשר לבתים שנהרסו באזור יהודה ושומרון, הרי שלטענת המשיבים מדובר בבתים שנהרסו בנסיבותיו המיוחדות של מבצע 'חומת מגן' לפני למעלה משלוש שנים.

לדברי צה"ל, לאור הצהרתו בדבר הפסקת ההריסות, ולאור 'תכנית ההתנתקות' אשר תהפוך את כל נושא הריסת הבתים בחבל עזה לתיאורטית, אין מקום לדון בעתירה.

העותרים לעומת זאת, שהבינו כי צה"ל מעדיף שלא יינתן פסק דין לפיו הריסות בתים אסורות באשר הן, קיבלו תיאבון וביקשו הכרעה לגוף העניין. אך בג"ץ דחה את בקשתם זו. בפסה"ד של השופט ברק, מיום ו' בתמוז התשס"ה (13.07.2005), הודגש כי "אך מובן הוא, שאין בדחיית העתירה כאן משום דחיית טענה מטענות העותרים, וכל טענותיהם נשמרות להם היה ויחליטו להגיש עתירה נוספת, אם תשתנה מדיניותם של המשיבים שהוצהרה לפנינו במסגרת עתירה זו".

שוב אנו חוזים באותה פרקטיקה: בעיצומה של לחימה מוגשת עתירה, בג"ץ דן בעתירה, צה"ל 'מתקפל' בכדי לא לספוג פסק דין שיכבול את ידיו לצמיתות, בג"ץ משיג את מבוקשו וסוגר את הפרשה בשקט.

מקרה נוסף של התערבות בג"ץ בהריסת בתים תוך כדי לחימה, אירע במהלך מבצע 'קשת בענן'. בכ"א אייר תשס"ד 12.05.04, התפוצץ נגמ"ש צהלי בציר פילדלפי כתוצאה מירי GPR של האויב. התוצאה הייתה קשה מאוד, חמישה לוחמים נהרגו. דחפורי D9 משוריינים של צה"ל הקימו סוללות עפר סביב האזור שבו אירעה התקרית כדי להגן על הסורקים והרסו בתים שמהם נורתה אש אל עבר כוחות החילוץ. לאחר מספר ימים, החל באזור ציר פילדלפי מבצע 'קשת בענן'.

מיד עם תחילת המבצע, הוגשה עתירה לבג"ץ נגד פעילות צה"ל.²⁴ הטענה המרכזית בעתירה הייתה כי צה"ל מבצע הרס בתים כאמצעי ענישה. העתירה לא נדחתה על הסף, והשופט מצא הוציא צו ארעי שאסר על צה"ל הריסת בתים שלא לצורך לחימה.

כך כתב השופט מצא בהחלטתו: "עתירה זו הועברה לביתי, בפקס, קרוב לשעה 21:40. לאחר בקשת וקבלת פרטים נוספים מבעל-כוח העותרים, נמסר לי כי בא-כוח המשיב מבקש שהות קצרה להגשת תגובה לבקשת העותרים למתן צו-ביניים. תגובת המשיב הועברה לביתי סמוך לשעה 23:00. לאחר עיון בעתירה ובתגובה הנני מורה לקבוע את העתירה לדיון לפני הרכב ביום 16.05.04 שעה 13:00,

24. בג"ץ 4573/04 מוחמד אלבסיוני נ' מפקד כוחות צה"ל.

ועד למועד הדיון רשאים באי-כוח הצדדים להגיש לבית-המשפט הודעות משלימות... לאחר עיון בבקשה ובתגובה הנני מחליט ליתן צו-ארעי מסויג, שיעמוד בתוקפו עד למתן החלטה אחרת. הצו אוסר על המשיב לבצע הריסה מתוכננת מראש של איזה מבתי העותרים... ההחלטה ניתנה בבית, בליל שבת 14/5/04, בשעה 23:30."

בהמשך, כפי שעולה מפסה"ד של השופט מצא מיום כ"ה באייר תשס"ד (16.5.04), חזר הצבא על הצהרתו בעתירות אחרות: "אם יוחלט בעתיד ע"י המשיב על הריסת מבנים נוספים, הרי שהמשיב יפעל בהתאם להלכה הפסוקה שיצאה מלפני בית המשפט הנכבד בבג"ץ 6696/02 בנוגע לזכות הטיעון, קרי, בכפוף לכך שלא יתקיים אחד משלושת החריגים - צורך מבצעי-מידי, סיכון חיי החיילים או סיכול הפעולה - תינתן לבעלי אותם מבנים זכות טיעון".²⁵

בנוסף הצהיר הצבא כי הריסת הבתים שבוצעה על-ידי צה"ל במהלך הלחימה שהתקיימה בציר פילדלפי שלשום, לא היוותה אמצעי הרתעה אלא אמצעי שננקט לצורך צבאי מידי והחלטי שנדרש להגנת חייהם של החיילים שפעלו בשטח. לאור הצהרות אלה ולאור הפסקת הפעילות הצבאית בשטח, דחה השופט מצא את העתירה.

לדעת פרופ' זכריה זוהי דוגמה מובהקת לדרך בה בית המשפט מנהל את הדברים על מנת להגיע לתוצאה הנכונה בעיניו ללא צורך בקבלת העתירה: "מקרה זה ממחיש כיצד תוכנו השלם של המסר המנחה הכלול בהחלטה ניתן ללמידה לא רק מהשאלה אם ניתן צו ביניים או לא אלא משילוב של כמה אלמנטים. ראשית, בית המשפט קבע את העתירה לדיון מידי. שנית, תזמונו של צו הביניים - שעת לילה מאוחרת בבית השופט. שלישית,

המסר כלל מתן צו ארעי שהגביל את פעולות הצבא בעוד הלחימה בחזית מתנהלת ותוך סטייה מעמדתו המוצהרת של בית המשפט כי לא יתערב במהלכי לחימה בעת התרחשותם ובעוד הלוחמים מצויים בשטח".²⁶ לדברי זכריה, בכך אותה בית המשפט לצה"ל כי הוא אינו שבע רצון מהריסת הבתים.

בהתייחסו לפסה"ד בעניין רפיח, בג"ץ 4764/04, שעסק גם הוא בניהול הלחימה ברפיח באותם ימים, כתב פרופ' דוד זכריה: "כך, באמצעות כמה החלטות ביניים שנוסחו בקפידה ואמרות אגב אחדות בפסק הדין בעניין רפיח העביר בית המשפט מסר כי הוא איננו שבע רצון מן האופן שבו מנוהלת לחימת הצבא ברפיח ומהיקף הריסות הבתים במהלכה, אף שבפועל לא התערב בית המשפט במדיניות הריסת הבתים".²⁷

לסיכום:

תמונת מצב: במהלך שנת 2004, ביצע צה"ל הרס בתים בגזרת רפיח לשם חשיפת תשתיות ומנהרות טרור.

עתירה: יש לחדול את הרס הבתים לאלתר.

25. ההצהרה שנמסרה על-ידיו ביום 03.05.04 בבג"ץ 4103/04 ובבג"ץ 4126/04.

26. קולו של הפיקולו, עמ' 37-38. ההגדשה שלי. קובי יקיר.

27. קולו של הפיקולו, עמ' 39.

צה"ל: אין זה מתפקידו של בית משפט זה לקבוע מהם אמצעי הלחימה אשר בהם ייעשה שימוש בזירת הלחימה.

בג"ץ: הוציא צו ביניים האוסר על צה"ל להרוס בתים ברפיח תוך כדי הלחימה. הוביל את צה"ל להתחייב כי לא ייהרסו בתים בלא להעניק לבעלי הזכויות זכות טיעון מוקדמת, ובהמשך להודיע כי הוחלט להימנע מהרס בתים ככלל.

על הפן הסמוי בהתערבות בג"ץ במדיניות צה"ל

לאחר שסקרנו מספר דוגמאות להתערבות בג"ץ במדיניות הצה"לית, ננסה להתבונן בתופעה זו בצורה מעמיקה ושיטתית.

בבואנו לחקור את ההתערבות, המחשבה הראשונה מתמקדת בפסיקות בהן קיבל בג"ץ את עמדת העותרים כנגד צה"ל ושינה באופן גלוי ומוצהר את דרך פעולתו של הצבא. אכן קיימות פסיקות כאלה כדוגמת הפסיקה בעניין נוהל שכן.²⁸ מאז מבצע חומת מגן, מדי לילה, עוצר צה"ל מבוקשים ביהודה ושומרון. לעיתים קרובות קיים חשש כי המבוקש לא ייעתר לבקשת הכוחות להילוות לחקירה ברצון, אלא יסרב ואף ינהל קרב כנגד חיילי צה"ל.

כדי להפחית את הסיכון לחייהם של חיילי צה"ל, השתמשו החיילים בנוהל "אזהרה מוקדמת", לפיו כאשר הם מבקשים לעצור פלסטיני החשוד בפעילות חבלנית עוינת, הם רשאים להסתייע בתושב פלסטיני מקומי כדי לתת באמצעותו לאותו חשוד אזהרה מוקדמת מפני פגיעה אפשרית בו ובמי שמצוי עמו תוך ביצוע המעצר.

על פי הנוהל, ניתן להיעזר בתושב המקומי לשם העברת האזהרה המוקדמת רק אם התושב מסכים לכך, ורק אם הדבר אינו מעמיד אותו בסיכון. גם כנגד נוהל זה עתרו ארגוני השמאל, אך הפעם ביהמ"ש קיבל את העתירה, ופסק כי "באיזון בין השיקולים הנוגדים - השמירה על חייהם של האוכלוסייה האזרחית לעומת חובתו של הצבא התופס להגן על חייו ועל כבודו של התושב המקומי אשר נשלח למסור את האזהרה - ידם של השיקולים האוסרים על הצבא לעשות שימוש בתושב מקומי על העליונה". בהרכב ביהמ"ש ישבו השופטים הנשיא דאז אהרן ברק, שגם כתב את פסק הדין, מישאל חשין ודורית ביניש.

אולם, תוך כדי עיון בסוגיה, עולה כי מעבר להתערבות הגלויה של בג"ץ בפסיקותיו במדיניות של צה"ל, משתמש בג"ץ בפרקטיקות סמויות על מנת לקבוע מדיניות צבאית הנראית בעיניו והמתאימה לתפיסת עולמו. בדרך זו מנסה בג"ץ "לאכול את העוגה ולהשאיר אותה שלמה" - גם להתערב ברגל גסה בענייני מדיניות וביטחון שאינם תחת רשותו וגם להימנע מביקורת ציבורית ופרלמנטרית.

במאמרה 'פרקטיקות מוסדיות וזכויות אדם: הסמוי והגלוי בפסיקות בג"ץ'²⁹ כתבת לי ורשבסקי: "ייחודו של מאמר זה הוא בניסיונו לבחון את הפן הסמוי ביחסו של בג"ץ לפלסטינים תושבי השטחים. הרחק מעינו הבוחנת של הציבור, בג"ץ מעודד את העותרים ואת המשיבים להגיע להסכם ביניהם. הסכמים אלה שופכים אור על תרומתו של בג"ץ לשיח הליברלי בישראל ולהגנה על זכויות אדם, מעבר למה שעולה מניתוח הגישה הגלויה של בג"ץ, המתבטאת בפסקי הדין של שופטיו...".

לדבריה, "גישת 'האקטיביזם השיפוטי' ו'עיקרון הסבירות', שבהם נוקט בג"ץ, מאפשרים לו לעסוק גם בנושאים, שנתפסו בעבר ככאלה שאינם 'ראויים' לדיון בערכאה זו, וכשייכים לשיח הפוליטי או הביטחוני בישראל".

28. בג"ץ 3799/02 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי ואחרים נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל ואחרים.
29. לי ורשבסקי, פרקטיקות מוסדיות וזכויות אדם: הסמוי והגלוי בפסיקות בג"ץ, פוליטיקה 43 (2003).

הגברת העיסוק בנושאים אלו נובעת מכך שבית המשפט רואה עצמו כמגן על זכויות האזרח. לשיטתו, הוא השומר על זכויות האדם בדגש על זכויות המיעוטים. בבסיס גישה זו עומדת התפיסה, שתפקידם של בתי המשפט הוא להגן על זכויות המיעוטים בחברה. לאור זאת, תפקידו של בג"ץ בישראל הוא להגן על זכויות המיעוטים, ובמיוחד המיעוט הפלסטיני.

לדבריה, "הפלסטינים תושבי השטחים אינם אזרחי ישראל, אך למרות זאת, יש להם מגע אינטנסיבי עם הרשות המבצעת בישראל. מסיבה זו, המיעוט הפלסטיני הוא הנזקק ביותר לסיועו של בג"ץ בהגנה על זכויותיו...". כלומר, בג"ץ של מדינת ישראל רואה עצמו כמגן של אוכלוסיית האויב וכשומר על זכויותיה.

כידוע, מדינת ישראל נמצאת במאבק עם האויב הערבי, והאינטרס הביטחוני הלאומי נתפס כגובר על עניינים אחרים. הציבור הישראלי מתנגד לפסיקות משפטיות המצרות את צעדיו של צה"ל, וסובר שאסור לקשור את ידיו ואת ידי מערכת הביטחון. מצב זה מקשה על בג"ץ לפעול על פי גישתו האקטיביסטית בגלוי, מחשש שמא יאבד את אמון הציבור. הוא אינו יכול לקבל עתירות של אוכלוסיית האויב ולפסוק כנגד צה"ל מבלי שמעמדו ייפגע.

על פי ורשבסקי: "בשביל לאזן בין שתי המטרות - שמירה על זכויות אדם ורכישת אמון של הציבור - שמנוגדות זו לזו לעתים, פיתח בג"ץ כלים שונים. הכלי החשוב ביותר לצורך זה הוא כלי ההסכמים. בג"ץ מעודד את הרשות השלטונית, בין במודע ובין בצורה עקיפה, להגיע להסכמים עם העותרים הפלסטינים... בדרך זו בג"ץ מצליח להעניק סעד משפטי לפלסטינים רבים העותרים לו מבלי לעמוד לביקורת הציבור ורשויות השלטון, כיוון שההסכמים אינם מתפרסמים ברבים, כפי שהיו מתפרסמות עתירות שהעותר זוכה בהן.

עותרים רבים באים אפוא על סיפוקם מעצם פנייתם לבג"ץ, גם מבלי שהעניין זוכה לפרסום, וכך האמון בבג"ץ לא ניזוק, ובוד בבד הוא מצליח לשמור על עקרונות הדמוקרטיה במדינה ובשטחים המוחזקים."

דהיינו, בג"ץ פיתח דרך סמויה, שאינה עומדת לביקורת הציבור, כדי לשמור על זכויות אוכלוסיית האויב. הוא מביא את רשויות המדינה להסכים לעמדתו גם ללא פסיקה מפורשת שלו.

כפי שנאמר, יש עתירות לבג"ץ שמוכרעות (מתקבלות או נדחות) ע"י בית המשפט, ויש עתירות שאינן מגיעות להכרעה אלא להסכמה בין הצדדים בהובלת בית המשפט. ברישומי בית המשפט, העתירות שהגיעו להסכמה מופיעות כעתירות שנמחקו, מבלי לחשוף את ההסכם אליו הגיעו הצדדים. מחקרה של ורשבסקי הראה, כי בשעת סכנה ביטחונית ומתקפות טרור, בג"ץ אמנם נמנע מלקבל עתירות כדי לשוות לעצמו עמדה של תמיכה במערכת הביטחון, אך אינו משנה את התנהלותו במסלול הסמוי וממשיך לתת דרכו סעד לאוכלוסיית האויב:

"בכך שבג"ץ לא קיבל אף לא אחת מהעתירות שהגישו פלסטינים תושבי השטחים מאז תחילתה של אנתפאדת אלאקצא, הוא יצר מראית עין, שהוא תומך, לכאורה, ללא סייג בעמדה של מערכת הביטחון ורשויות השלטון. כך שמר על אמון הציבור התומך בתקופה זו בכל ההחלטות הביטחוניות, גם באלו הפוגעות בזכויות אדם, כפתרון למשבר הביטחוני. אבל, גם בתקופת האנתפאדה המשיך בג"ץ להעניק סעד משפטי לעותרים הפלסטינים בדרך ההסדרים, ברמה דומה לזו שנהג בה בתקופה של הסכמי השלום. כך הצליח בג"ץ לשמור הן על אמון הציבור בו והן על זכויות האדם של תושבי השטחים המוחזקים, אף שבתקופה זו הניסיון לאזן בין שני הגורמים הללו סותר אחד את השני."

מבט כמותני על התופעה ניתן לקבל ממחקרו של פרופ' יואב דותן³⁰ שעסק בתפקוד הפרקליטות במסגרת ההתדיינות בבג"ץ. על פי הנתונים שדוּתן הציג: רק 42% בקירוב מהעתירות המוגשות לבג"ץ מגיעות בסופו של דבר לפסק־דין סופי של בית־המשפט. מתוכן פחות מעשירית (קרי: כ־3.3% מהמספר הכולל של העתירות) הסתיימו באופן שבו העותר השיג חלקי או מלא. רובן המכריע של העתירות שנידונו ונסתיימו בפסק־דין של בג"ץ נדחו על־ידי בית־המשפט, וברוב המקרים נעשה הדבר לאחר דיון ראשוני קצר.

"הנתון השני, והחשוב... הוא, כי לעומת האחוז הזעום של העתירות שבהן העותר לבג"ץ זוכה להישג כלשהו באמצעות פסק־דין, הרי שיעור ההצלחה של עותרים לבג"ץ באמצעות פשרות (שבהן משיג העותר את כל מה שביקש או חלק ממה שביקש בעתירה המקורית) גבוה הרבה יותר ועומד על כרבע ממספרן הכולל של העתירות (24.4%). במלים אחרות: לכאורה, סיכויי העותר להשיג את מבוקשו בבג"ץ באמצעות פשרה בינו ובין רשויות המדינה עולים בהרבה על סיכויי להשיג הישג כלשהו אם העתירה תסתיים בלא פשרה בפסק־דין סופי של בג"ץ".³¹

דהיינו, לדבריו, רק כ־3 עתירות מתוך 100 התקבלו ונקבעו בפס"ד, ולעומת זאת כ־24 עתירות מתוך 100 התקבלו באמצעות פשרה. הדרך המרכזית בה משיגים העותרים את מבוקשם בבג"ץ היא דרך הפשרה. בג"ץ מוביל את רשויות המדינה לפשרה עם העותרים ולא־ימנעו המדיניות הראויה בעיניו, מבלי שהוא נזקק לפס"ד. בדרך זו, העתירות מופיעות ברישומים כעתירות שנמחקו, והשפעתו של בג"ץ אינה נחשפת.

אם אנחנו מצריכים את הנתונים של דותן למשמעות שנתנה להם ורשבסקי, אנו מקבלים תמונה ברורה: בית המשפט מקדם את מדיניותו לשמירת זכויות האדם של האויב ולקידום ערכיו אל מול רשויות המדינה בעיקר באפיק הסמוי מן העין. הישגי העותרים גבוהים פי שמונה באפיק זה לעומת הישגיהם בפס"ד של בג"ץ. התמונה הנגלית היא של חדירת בג"ץ לתחומים הנמצאים בסמכות רשויות מדינה אחרות, וקידום המדיניות שלו ללא ידיעת הציבור וללא ביקורת פרלמנטרית.

30. יואב דותן, "קדם בג"ץ ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" משפט וממשל ז' 159 (2004).
31. ראוי לציין כי דותן במחקרו מנתח את חלקה של הפרקליטות במצב זה. לדבריו: "מבנה היחסים האמור בין מחלקת הבג"צים ובין שופטי בג"ץ, לרבות רמת האמון הגבוהה שהפרקליטות נהנית ממנה אצל שופטי בג"ץ ונכונותם של אנשי המחלקה להפוך למעין זרוע מסייעת לבית־המשפט בהפעלת הביקורת השיפוטית על רשויות המינהל (כלומר: על הלקוחות של המחלקה בבית־המשפט), יכול לספק גם הסבר לנתונים לגבי תוצאות ההתדיינות בבג"ץ שהוצגו לעיל. רמת האמון הגבוהה של בית־המשפט בעמדה המוצגת על־ידי הפרקליטות באה לידי ביטוי בשיעור המקרים הנמוך ביותר, שבהם בית־המשפט ניאות להוציא צו מוחלט כנגד המשיבים בבית־המשפט. מנגד, רמת המחויבות המוסדית הגבוהה של מחלקת הבג"צים לבית־המשפט כמוסד מפקח, ולעיקרון הכללי של שלטון החוק יכולה להסביר מדוע, למרות שיעור ההפסדים הנמוך בפסקי־דין, שיעור הפשרות לטובת העותר בבג"ץ גבוה הרבה יותר" (עמ' 172).

חרב מתנוכפת ושמה עתירה מתגלגלת

בפתח דבר לספרו 'קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור', כותב ד"ר דוד זכריה כך: "מדינת ישראל נאבקת בטרור מאז הקמתה, ובית המשפט העליון פיקח על מאבק זה מאז היווסדו. בעשורים האחרונים פיקוח זה הוא חלק מרכזי ביותר של העשייה השיפוטית של בית המשפט העליון ושל הדין הציבורי סביב פועלו..."

"בית המשפט העליון נמצא בתחום זה בעין הסערה. הוא תופס את הפיקוח המשפטי על עבודתם של הפרקליטות, מנגנוני המודיעין והצבא כחובה ראשונה במעלה. שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי ואופן איסופו את חומר החקירה נבחנו באופן יסודי על ידי בית המשפט העליון. שיטות פעולה של הצבא - מגירושים, הריסות בתים ועד סיכולים ממוקדים - נבחנו אף הם. מבצעים צבאיים כמו 'חומת מגן' או 'עופרת יצוקה' בוצעו מתוך הנחה שהמהלכים שיינקטו בהם והשפעתם על אוכלוסייה אזרחית ייבחנו, בזמן אמת, על ידי בית המשפט העליון..."

זכריה מבהיר, כי אינו בא לנתח או לבקר את הנורמות המשפטיות או המוסריות שבית המשפט הגדיר בתחום המאבק בטרור. עניינו של הספר הוא הדיאלוג שבית המשפט קיים עם הרשויות השונות כדי לפתח נורמות אלה. לדבריו: "בית המשפט העליון יתגלה בספר כרב-אמן של דיאלוג. הוא גם יתגלה כמי שדיאלוג משמש אותו כדי להתגבר על כמה ממגבלותיו בהפעלת פיקוח שיפוטי על מאבקה של ישראל בטרור".³²

בהמשך, במבוא לספר, מדגיש זכריה כי "הטענה המרכזית היא כי אחד הכלים המרכזיים שבאמצעותם בית המשפט העליון מבקר את האופן שבו מנהלת המדינה את מאבקה בטרור ומפקח עליו הוא דיאלוג".³³

על פי זכריה: "לעתים בית המשפט ממשיך ללחוץ על הצדדים במשך שנים. כך היה למשל בבג"ץ 1745/02 "מינהל קהילתי לפיתוח בית חנינא", שעסק בהשפעתה של גדר ההפרדה באזור ירושלים על מרקם החיים של תושבי כפר עקב. בעתירה זו, שהדיונים בה נפרסו על פני יותר משלוש שנים, הפעיל בית המשפט לחץ מתמיד על הצדדים להגיע לפשרה, לחץ שאף הביא בסופו של דבר לידי מתן הקלות לאוכלוסייה הגרה באזור".³⁴

כך מתאר זכריה את ההתנהלות בבית המשפט: "העתירה הוגשה ב-25 לפברואר 2002, וכבר באותו יום הורתה השופטת דורנר כי במקרה זה 'המדינה תגיב עוד היום לבקשה למתן צו ביניים'. במקרה זה תזמונה של ההחלטה היה עיקר המסר מאחר שהעניין עצמו לא הצדיק בהילות מעין זו השמורה למקרים הכרוכים בדרך כלל בסיכון חיי אדם או בבקשות בהולות למתן צו הביאס קורפוס (צו הבאה. ק.י.).

"במהלך הדיונים בעתירה ניסה בית המשפט לקדם פשרה בכמה אופנים ואף הורה לצדדים לנסות להגיע לפשרה. בעקבות ההחלטה קוימו מגעים שונים בין המדינה לבין העותרים שלא הניבו הסדר. משקיבל בית המשפט דיווח על המגעים ותוצאתם, קבע הוא מועד נוסף לדיון ובמהלכו עשה מאמץ נוסף לקדם פשרה. לאחר שהעיר כמה הערות בעל פה בעניין אופי הפשרה שאליה ראוי להגיע, הורה בית המשפט בשלישית לצדדים לנסות להגיע לפשרה.

32. שם, עמודים 13-14.

33. שם, עמ' 18.

34. שם, עמ' 53.

"וכך במשך שנתיים נוספות המשיך בית המשפט באמצעות החלטות מעין אלה ללחוץ על הצדדים להגיע לפשרה. גם בישיבה שהתקיימה ב־14 באפריל 2005, למעלה משלש שנים לאחר הגשת העתירה הורה בית המשפט למדינה להתפשר. בהחלטתו הגדיר בית המשפט את העתירה "עתירה מתגלגלת".

"המונח 'עתירה מתגלגלת', שהשתמש בו השופט חשין בהחלטתו זו, מתאר היטב את דפוס הפעולה של בית המשפט בעת שהוא משתמש במסרים מנחים שתכליתם להוביל להסדר: לחץ על הצדדים להתפשר; מעורבות אינטנסיבית באופיו של ההסכם; מעקב אחר יישומו עד הגעה (בלא צורך בפסק דין) לתוצאה שאליה מכוון בית המשפט. בית המשפט איננו רואה קושי במעורבות זו המוליכה את המדינה, עקב בצד אגודל, אל התוצאה שבה הוא מעוניין".

זכריה מוסיף וקובע כי הדיון בעתירה משמש גם למטרה נוספת - פיקוח על יישום הפיתרון אליו הוא הגיע. לא רק שבג"ץ קובע את המדיניות של שאר הרשויות, אלא גם מפקח על יישומה עד תום:

"התנהלות בית המשפט ממחישה כי הדיאלוג משמש את בית המשפט למטרה נוספת מלבד עצם ההגעה לפשרה. אמנם מטרה זו, כפי שמצביעים מחקריהם של דותן וורשבסקי, היא המטרה המרכזית של הדיאלוג המתקיים במהלך הדיון בעתירה, **אולם לעתים משמש הדיאלוג בדיון בעתירה למטרה נוספת - פיקוח על יישום ההחלטה. לעתים בית המשפט מותיר עתירה מסוימת תלויה ועומדת אף שהפתרון המשפטי כבר ידוע לצדדים, וזאת כדי לפקח על יישום הפתרון, ורק לכשיושלם יישומו תידחה העתירה**".³⁵

זכריה הוכיח את דבריו מדרך ההתנהלות בעתירות נוספות. בבג"ץ 3985/03 בדאוי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, נהג בית המשפט בדרך דומה בקשר לתלונות על היחס לעצירים ביטחוניים במתקני הכליאה שהוקמו בחטיבות הצבא לאחר מבצעי מעצרים גדולים ביהודה ושומרון: "התגובה שהוגשה מטעם המדינה תגובה ארוכה ומפורטת היא... בנסיבות אלו, דומה עלינו כי לא יהיה זה ראוי כי נידרש לעתירה לגופה. משהוקמו ועדות הבדיקה ראוי כי נמתין להמלצותיהן ונבחן את דרכי יישומן של אותן המלצות הלכה למעשה".³⁶

מנקודת מבטו של זכריה: "המילים הראויות להדגשה בהחלטה זו הן

'דרכי יישומן' ו'הלכה למעשה', המבטאות את נכונותו של בית המשפט להותיר על כנן עתירות אף שמן ההיבט המשפטי הטיפול בהן הסתיים, וזאת כדי לעקוב, באמצעות דיאלוג עם רשויות המדינה, אחר יישומן בפועל. למעשה, בית המשפט משתמש בהליך המשפטי כדי להרחיב את גבולות השפעתו מעבר להכרעה בסכסוך המשפטי עצמו וכדי לעקוב אחר יישומה של החלטתו. הדיאלוג המתקיים בעתירה משמש אמצעי פיקוח על יישומה של החלטת בית המשפט".³⁷

35. שם, עמ' 54.

36. בג"ץ 3985/03 בדאוי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (פורסם בנבו, החלטה מיום 14.7.2003).

37. קולו של הפיקוח עמ' 55.

הראינו אפוא כי בג"ץ מקדם את מדיניותו לשמירת זכויות האדם של האויב, ולקידום ערכיו אל מול רשויות המדינה בעיקר באפיק הסמוי מן העין. הראינו גם כי אחד הכלים המרכזיים שבאמצעותם בג"ץ מבקר את האופן שבו מנהלת המדינה את מאבקה בטרור ומפקח עליו, הוא הדיאלוג והנפת חרב 'העתירה המתגלגלת'. התמונה הנגלית היא של חדירת בג"ץ לתחומים הנמצאים בסמכות רשויות מדינה אחרות, וקידום המדיניות שלו, ללא ידיעת הציבור וללא ביקורת פרלמנטרית. מכאן נעבור למספר דוגמאות בהן יושמה השיטה, ונתוודע להשלכותיה על המדיניות הביטחונית:

הפרקטיקה אותה הראינו, נותנת את המשמעות המלאה לאמרתו המפורסמת של ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל: "המשטרה הפלסטינית תילחם בחמאס... בלי בצלם, בלי בג"ץ ובלי אימהות נגד שתיהן". דבריו נאמרו כנימוק להצדקת הסכם אוסלו. רבין בעצם אמר שהארגונים העותרים לבג"ץ ובית המשפט עצמו אינם מאפשרים לצה"ל לנצח את הטרור. המצב האבסורדי בו ידיה של מדינת ישראל קשורות במלחמתה בטרור, היה אחת הסיבות לכך שהוא תלה תקווה בארגון מחבלים אחד שיילחם בארגון מחבלים אחר וישמור על ישראל, תקוות שווא שעלתה לנו בדמים רבים.

רבין כנראה הכיר היטב את התהליך אותו תיארו, את העתירות שאינן נידחות על הסף, את החרב המתנופפת של בג"ץ, את החדירה שלו לתחום רשויות אחרות במדינה ואת הפיקוח שלו על יישום המלצותיו. הוא הצהיר בפה מלא קבל עם ועולם שכך אי אפשר להילחם.

1. כניסת המשפטיזציה לצה"ל

מתי יש לתחקר פלילית אירוע מבצעי?

בשנת 2000, לאחר תחילת האינתיפאדה השנייה, נקבע כי כל אירוע בו נפצע קשה או נהרג אדם - אזרח אויב, יצדיק תחקור מבצעי וממצאיו יעברו לפצ"ר. במסגרת זו, הפצ"ר יורה על פתיחת חקירה פלילית רק לאחר שנועץ עם קצין בדרגת אלוף לפחות. זאת בכדי לעמוד ברף הפתיחה לחקירה - מחשבה פלילית (מודעות), דהיינו, החייל התכוון להרוג אזרח, כמו כן נדרש לקחת בחשבון את תוצאות האירוע, נסיבותיו ומקדם המבצעים. נוהל זה נתן לצה"ל וללוחמיו מרווח נשימה גבוה יחסית. כנגד נוהל זה הוגשה עתירה,³⁸ בה דרשו ארגוני השמאל כי בג"ץ יורה לצה"ל לפתוח בחקירה פלילית בכל מקרה ומקרה בו נהרג אזרח אויב.

אף שהעתירה הוגשה בשנת 2003, והדין בה התקיים באותה שנה, הכריע בה בג"ץ רק בשנת 2011. בזמן זה שינה צה"ל בעצמו את הוראות התחקור וקבע שכעת יש ביו"ש 'שלום יחסי' ולכן יש לתחקר כל אירוע ואירוע. רק אז קבע בג"ץ שדין העתירה להידחות.

בעתירה זו נקט בג"ץ בפרקטיקה אותה הראינו: בג"ץ לא רצה להכריע נגד עמדת צה"ל באופן ישיר, אלא העדיף להשאיר את העתירה תלויה ועומדת כחרב המתנופפת מעל ראש הפצ"ר, לזכור אם יראה שהפצ"ר לא פותח בעצמו חקירה במרבית האירועים, ירד למגרש ויפסוק כי הוא חייב לעשות זאת

38. בג"ץ 9594/03 בצלם-מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים נ' הפרקליט הצבאי הראשי (נבו) 21.08.2011.

בכל מקרה ומקרה. בכך, למעשה, הצליח בג"ץ 'לאכול את העוגה ולהשאיר אותה שלמה', הוא אילץ את הפצ"ר להתנהל באופן מסוים, אך יוקרתו שלו לא נפגעה. ולאחר שההוראות שונו בפועל, כבר לא חשש בג"ץ לומר את דעתו בנושא.

בפסה"ד הרחיבה הנשיאה דאז ביניש על זכויות האדם של אזרחי האויב: "אכן, משימה קשה היא ההגנה על אזרחי האויב, כאשר האויב עצמו מסתתר בקרבם, מעמיד אותם בקו האש ומסכן את שלומם. ארגוני הטרור אינם מצייתים לדין הבינלאומי ואינם עומדים בדרישותיו הבסיסיות ביותר, ובין היתר הם מטשטשים בכוונת מכון את ההבחנה בין לוחמים לאזרחים. עם זאת, הקושי שיוצרות הנסיבות ושיוצרים גורמי הטרור אינו מפחית מחובתו של צה"ל להבחין ביניהם לבין אזרחים פלסטינים שאינם מעורבים בלחימה, ולפעול כך שכלל הנדרש והאפשרי יפגע רק בראשונים, ויגן על האחרונים מפגיעה שאינה הכרחית".

אל מול התפיסה הרואה בלחימה קונפליקט של קולקטיב נגד קולקטיב, העמיד בג"ץ תפיסה הרואה בלחימה עימות בין פרטים. כתוצאה מכך כפה על צה"ל התנהלות בלתי אפשרית בלחימה, והגן על אזרחי האויב במקום להגן על חיילי צה"ל.

לסיכום:

תמונת מצב: בשנת 2000 נקבע כי כל אירוע בו נפצע קשה או נהרג אדם - אזרח אויב, יצדיק תחקור מבצעי וממצאיו יעברו לפצ"ר. אולם חקירה פלילית תיפתח רק במקרה שהחייל התכוון להרוג אזרח. עתירה: דרישה שבג"ץ יורה לצה"ל לפתוח בחקירה פלילית בכל מקרה ומקרה בו נהרג אזרח אויב. בג"ץ: משאיר את העתירה תלויה ועומדת כחרב מתנופפת במשך שמונה שנים, כדי להביא את הפצ"ר לפתוח בחקירה במרבית האירועים. תוצאה: צה"ל שינה בעצמו את הוראות התחקור. הציבור כלל לא ידע על התערבות בג"ץ.

2. ירי ארטילרי לרצועה

בשנת 2006 הוגשה עתירה כנגד צה"ל,³⁹ בטענה כי צה"ל שינה את הוראות הפתיחה באש לפיהן מותר לעשות שימוש בירי ארטילרי רק כנגד מטרות הרחוקות כ-300 מטרים ממוקד אזרחי, לכך שמותר יהיה לעשות שימוש גם כנגד מטרות אשר המרחק בין למוקד אזרחי הינו 100 מטרים בלבד. העתירה הוגשה והתקבלה לדיון עת ניהל צה"ל לחימה בעזה ובלבנון במקביל, זאת לאחר הפיגוע במעבר כרם שלום, חטיפתו של החייל גלעד שליט, וחטיפתם של חיילי המילואים גולדווסר ורגב ליד זרעית.

היו אלה גם השבועות האחרונים לכהונתו של הנשיא דאז אהרן ברק, אך כיוון שהלה פרש, הוחלף הרכב השופטים. בפסק הדין אשר פורסם בשנת 2011 (!), התקשו השופטים לנמק מדוע היה מקום לדון בכלל בעתירה לגופה, שהרי היא כנגד שיקול צבאי טהור (העותרים לא הצליחו לנמק מהיכן המידע לפיו ההוראות שונות, או בכלל מניין המידע לפיו 300 מטר הוא מרחק 'תקין' ו-100 מטר הוא מרחק 'פסול'). משכך ו"נוכח כל האמור לעיל, ועל בסיס הנחתנו - שלא נבחנה לגופה בנסיבות העניין הנדון - כי המדינה עומדת בהצהרתה כפי שנמסרה בכתובים ובמהלך הדיונים בפנינו, ולפיה נהגת המדינה בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי המחייבים ומכבדת את החובות ההומניטאריות המוטלות עליה מכוח דיני הלחימה בפעולות הננקטות על ידה במסגרת הלחימה בטרור מרצועת עזה, באנו לכלל מסקנה כי דין העתירה במתכונתה הנוכחית להידחות, בלא צו להוצאות".⁴⁰

מדוע בג"ץ לא דחה את העתירה על הסף? מדוע בסופו של יום, לאחר יותר מארבע שנים וחצי, כשהעתירה נדחתה, בג"ץ לא חייב את העותרים בהוצאות?

נראה כי התשובה לשאלות אלו מובילה לפרקטיקה הנסתרת אותה הראינו. תוך כדי שנות הדיון, השלימה המדינה את תשובתה ואמרה: "לא מתבצע עוד ירי ארטילרי בגזרת רצועת עזה, בהתאם להחלטת מדיניות שהתקבלה על-ידי הדרגים הצבאיים והמדיניים הבכירים ביותר". לצד זאת ציינה המדינה, כי "יתכן ובעתיד יוחלט על חידוש הירי הארטילרי, וככל שתתקבל החלטה כאמור יבחנו הדרגים הצבאיים והמדיניים הבכירים תחת אילו מגבלות ובהתאם לאילו נהלים יחידש הירי הארטילרי בגזרת רצועת עזה".⁴¹ דהיינו, צה"ל הפסיק את הירי הארטילרי אל הרצועה ואף עדכן את בג"ץ כי יבחן בעתיד את המגבלות ואת הנהלים לירי שכזה.

בפסה"ד של השופטת ביניש, שקבע שהעתירה נדחית, נכתב כי מדובר בנושא מבצעי; "נראה כי אכן הסוגיה הממוקדת בה התבקשה התערבותנו הינה בעלת היבטים מבצעיים דומיננטיים אשר ספק אם יש בידינו כלים להכריע בה".⁴² אולם, לדבריה, זה כשלעצמו לא היה מונע את הדיון, כיוון שבית המשפט מייחס חשיבות לפגיעה בזכויות אזרחי האויב גם בשעת לחימה.

העתירה נדחתה כיוון שהצטרף רכיב מרכזי להחלטה: "בחודש יולי 2007 הודיעתנו המדינה כי החל מחודש נובמבר 2006 אין מופעל עוד האמצעי של ירי ארטילרי לרצועת עזה, וכי ככל שיוחלט על

39. בג"ץ 3261/06 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (נבו) (31.01.2011), פסק הדין ניתן בידי השופטת ביניש (הנשיאה דאז) ובהסכמת השופטים נאור ורובינשטיין.

40. שם, פסקה 11.

41. שם, פסקה 6.

42. שם, פסקה 10.

שימוש בו בעתיד, יבחנו המגבלות והנהלים לאורם יחודש".⁴³

כלומר, השופטת ביניש מסבירה כי בג"ץ כבר השיג את מבוקשו: צה"ל כבר התחייב להתנהל ע"פ נהלי בג"ץ, ומעתה העתירה יכולה להידחות. הציבור כלל לא ידע שבית המשפט קשר את ידיו של צה"ל בהתנהלות בירי ארטילרי.

לסיכום:

תמונת מצב: צה"ל מבצע ירי ארטילרי בגזרת רצועת עזה.

עתירה: צה"ל שינה את טווח הביטחון ממוקד אזורי ולכן יש לעצור את הירי.

בג"ץ: משאיר את העתירה תלויה מעל ראשו של צה"ל במשך חמש שנים ומוביל את צה"ל להפסקת הירי.

תוצאה: צה"ל מתחייב להתנהל ע"פ נהלי בג"ץ, ומעתה העתירה יכולה להידחות. הציבור כלל לא יודע כי בית המשפט קשר את ידיו של צה"ל בהתנהלות בירי ארטילרי.

43. שם.

איך הכל התחיל?

בעשורים הראשונים של המדינה, נמנע בג"ץ מלהתערב בשיקולי ביטחון, כפי שניתן לראות בשורה של פסקי דין בהם בג"ץ קובע כי ענייני ביטחון המדינה קודמים לעניינים אחרים:

בבג"ץ 111/53 חיה קאופמן נ' שר-הפנים ו-3 אח' ז' 435 (3591), כתב השופט זילברג כך: "לפנינו שאלה רבת חשיבות, האוצלת, או עלולה לאצול, על ענייני בטחון המדינה מזה וחופש התנועה של האזרח מזה. אין השאלה כאן, הי מיניהו עדיף. ברור ונעלה מספק, ואין צורך להרבות מלים על כך, כי ענייני בטחון המדינה קודמים לכל דבר, וכי אף החשש - החשש הכן והרציני - לפגיעה בעניינים אלה, עשוי לדחוק לקרן זוית כל שיקול אחר, ויהא משקלו אשר יהא."

בבג"ץ 302/72 שיח' סולימאן חסיין עודה אבו חילו, ו-3 אח' נ' ממשלת ישראל, כז(2) 961 (3791), התייחסו השופטים לכך שסוגיה צבאית-ביטחונית אינה שפיטה. כתב השופט ויתקון: "יתר השאלות, שעוררו לפנינו העותרים, והתשובות, שהשיבו עליהן המשיבים - לדעת, אין זה מתפקידנו לעסוק בהן אפילו היינו "מוסמכים" לכך לפי סעיף 7 לחוק בתי-המשפט. הטעם הוא שהדבר אינו "שפיט"; ואף כאן צריך לומר, דבר שאינו שפיט, גם הסכמת הצדדים אין בכוחה לעשותו שפיט. **פעולה צבאית-ביטחונית** (להבדיל מפעולה מינהלית בתוך מסגרת הצבא) - אם מעגנת היא בדיון ואם נחה דעתנו שמגיעה היו בטחוניים - **אין בית-המשפט המקום המתאים להרהר עליה ולשאול, אם אמנם היתה מחוייבת לפי המצב הביטחוני או שמא ניתן היה לפתור בעיה ביטחונית גם בדרכים אחרות.** אפילו לדעתם של אלה (ואני ביניהם), שאינם ממהרים לגרש עניינים "מדיניים" וכיוצא באלה מטרקלין בית-המשפט, הרי **ענייני צבא וביטחון, כמוהם כענייני מדיניות חוץ, אינם מן הדברים הראויים להכרעת הרשות השופטת.**"

הוסיף וכתב השופט קיסטר: "מטבע הדברים, ישנם עניינים שמידת התערבותו של בית-משפט בהם, היא מצומצמת ביותר או אף בלתי-אפשרית; כך, לדוגמה, לא יתערב בית-המשפט במדיניות חוץ של המדינה ולא יתן הוראות בדבר דרכי ניהול מלחמה... מפאת שיקולים דומים, לא ימהר בית- המשפט להתערב בפעולות של מפקד צבאי או עושי דברו. כאשר בא הוא להגן על בטחון השטחים שבשליטתו."

השינוי בגישתו של בג"ץ, החל באחד הדיונים המרכזיים והעקרוניים בנושא השפיטות או אי השפיטות של עניינים מצויים בסמכות הרשות המבצעת והרשות המחוקקת וכן רשויות הצבא, שנערך במסגרת בבג"ץ 910/86 רס"ן (מיל.) יהודה רסלר נ' שר הביטחון, מב(2) 441 (1988). תוך כדי דיון בעתירה בעניין פטור בני הישיבות מגיוס, נכנסו השופט אהרן ברק ונשיא ביהמ"ש דאז השופט מאיר שמגר בעובי הקורה בסוגיה זו.

בתחילת דבריו, חילק ברק בין שפיטות נורמטיבית לבין שפיטות מוסדית וביאר את המושגים הללו: "השפיטות הנורמטיבית באה להשיב על השאלה, אם קיימות אמות מידה משפטיות להכרעה בסכסוך העומד לפני בית המשפט. השפיטות המוסדית באה להשיב על השאלה, אם בית המשפט הוא המוסד הראוי להכרעה בסכסוך, או שמא ראוי לו לסכסוך שיוכרע בידי מוסד אחר, כגון הרשות המחוקקת או

הרשות המבצעת. שני מובנים אלה של השפיטות שונים הם, ומן הראוי שלא לערב ביניהם.⁴⁴

בהמשך דבריו, נוקט ברק כי מן הבחינה הנורמאטיבית הכל שפיט, וכי גם כאשר אין אמות מידה משפטיות וקני מידה משפטיים לבחינת הנושא העומד לפני ביהמ"ש, ניתן לבחון אותו על פי מבחן הסבירות: "המסגרת המשפטית הנכונה, שבה יש "לכלוא" את טיעונו של העותר, הינה, כי הצבא פועל שלא בסבירות. טענתו המשפטית הינה איפוא, כי צבא שאינו מבצע תחקירים ואינו מפיק לקחים כנטען על-ידי, הוא צבא הפועל שלא בסבירות, מבחן הסבירות הוא מבחן ידוע ומוכר. על-פיו אין בית המשפט ממיר את שיקול-דעתן של רשויות הצבא בשיקול-דעתו שלו. על-פיו שואל בית המשפט, אם צבא סביר היה נוקט פעולות שהצבא נקט או פעולות שהעותר מבקש מהצבא לנקוט".⁴⁵

ביחס לשאלה כיצד יקבע ביהמ"ש מה סביר במקרה בו אין הכוונה תחקיטית, משיב ברק: "על בית המשפט לפנות לערכי היסוד של האומה, ל"אני מאמין" שלה (כפי שכונתה הכרזת העצמאות בבג"צ 10/48 [39], בעמ' 89, על-ידי הנשיא זמורה) או אל "מערכת החיים הלאומיים שלו (של העם)" (השופט אגרנט בבג"צ 87/73/53 [40], בעמ' 884), ואל "מקורות התודעה החברתית של העם שבתוכו יושבים השופטים" (מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א' (תשכ"ט) 306, 292). בעשותו כן, יתחשב בית המשפט בהשקפות 'המקובלות על הציבור הנאור' (השופט לנדוי בע"מ 461/62 [41], בעמ' 1335; בג"צ 112/77 [42]). לעתים ימצא השופט, כי מטעם זה או אחר, אין במקורות אלה הכוונה מספקת. במצב דברים זה יהא על השופט להפעיל את שיקול-דעתו".⁴⁶

ביחס לשפיטות/אי-שפיטות מוסדית, הביא ברק את הטענות הללו: "הכרעה בסכסוכים בעלי אופי פוליטי צריכה להיעשות על-ידי הארגונים הפוליטיים, ולא על-ידי הרשות השופטת. ערובתה של הרשות השופטת בסכסוכים אלה פוגע בעקרון הפרדת הרשויות, פוגע במשטר הדמוקרטי - שבו הכרעות פוליטיות מתקבלות על-ידי רשויות פוליטיות - ופוגע בבית המשפט עצמו".⁴⁷ הוא קבע כי הן טענות כבדות משקל. מ"מ מסקנתו היא כי באופן כללי קיימת שפיטות מוסדית. לדעתו יש לקבוע כי "דוקטרינה זו (אי השפיטות המוסדית. ק"י). פרובלמאטית היא ביותר; כי יסודותיה המשפטיים רעועים, וכי מבוססת היא במידה רבה על 'טעמים אירציונליים'; כי יש לגשת אליה גישה זהירה; כי רק במקרים מיוחדים, שבהם החשש מפני פגיעה באמון הציבור בשופטים יעלה על החשש מפני פגיעה באמון הציבור במשפט, יהא מקום לשקול את השימוש בה".⁴⁸

נשיא ביהמ"ש דאז השופט מאיר שמגר, הסתייג מדבריו של ברק. לדעתו, הקביעה כי הכל שפיט, הן נורמאטיבית והן מוסדית, תפגע באיזון שבין הרשויות, תבטל למעשה את יכולת התפקוד של הממשלה ושל הכנסת, וממילא גם בית המשפט לא יוכל לפעול כנדרש: "הפרדת הרשויות נוצרה כדי ליצור איזון בין הרשויות, שכן רק בדרך זו, היינו על-ידי מניעת ריכוז היתר של הכוח באופן בלעדי בידי רשות אחת, מובטחת הדמוקרטיה ונשמרת חירותם של הפרט ושל הכלל.

"לשון אחר, הביזור השיטתי והקונספטואלי של הסמכויות בין הרשויות, תוך השלטת עקרונות חוקתיים בדבר פיקוח ובקרה הדדיים, וקביעתם למטרה זו של קשרים וגשרים בין הרשויות השונות, הם שיצרו את הבסיס בעל המרכיבים המשולבים החובקים את כל זרועות השלטון. כך נוצרת מקבילית הכוחות,

44. שם, פסקה 34.

45. שם, פסקה 39.

46. שם, פסקה 40.

47. שם, פסקה 50.

48. שם, פסקה 56.

המקימה ומייצבת את האיזון, שהוא תנאי לקיום החירות ולקיום תקינות הממשל על כל זרועותיו.

"אם התיאוריה, המאפשרת דיון בערכאות השיפוט בכל עניין, תתממש באופן תדיר, היינו: אם כל נושא - החל מן התקציב לפריטיו וכלה בבניית שיכונים, מטוסים וטנקים - יוכרע בפורום השיפוט לפי מבחני החוקיות הפורמאלית או לפי מבחני סבירות שבית המשפט חורץ את הדין לגביהם, יהיה בכך כדי ליצור ריכוז סמכויות, שיבטל, הלכה למעשה, את יכולת התפקוד של הרשויות האחרות".⁴⁹

בהמשך דבריו, התייחס שמגר לשיפוטיות ביחס לצבא, וקבע כי אין רלבנטיות לקיום שפיטות ביחס לסוגיה צבאית מובהקת: "המבחן הציבורי - 'אם צבא סביר היה נוקט פעולות שהצבא נקט או פעולות שהעותר מבקש מהצבא לנקוט' - הוא, עם כל הכבוד, להלכה ולמעשה, מחוץ לתחומן של בית המשפט... חוששני, שלא ניתן יהיה לקיים מערכות שלטון תקינות - ובתוך זה בית-משפט הפועל כנדרש - אם כל הבעיות הפוליטיות יחלו לעשות דרכן לבית המשפט כדי להיבחן שם לפי אמות מידה משפטיות.

"אכן מקובל עלי, כי מקום שבו יש נורמה משפטית ישנן גם אמות מידה משפטיות, המפעילות אותה נורמה; אך השאלה, שאותה יש להציג על הסף, היא, אם הנורמה המשפטית היא הרלוואנטית והישימה לגבי בעיה פלונית, ואם אין ללמוד מן ההקשר, מאופי העניין, ממהות הנושא וממכלול הכללים, שלפיהם מותוות מערכת היחסים הנכונה בין רשויות השלטון השונות, כי נושא פלוני מן הראוי שבית המשפט ימשוך ידו מן הטיפול בו, כולו או מקצתו (היינו למעט אותם חלקים מן הנושא שניתן להכריע בהם לפי מבחנים משפטיים), כדי שיימסר לטיפולו ולהכרעתו של מוסד שלטוני אחר. מכאן, כפי שהוזכר כבר, חשיבותו של מבחן השפיטות המוסדית".⁵⁰

כ-35 שנים לאחר פסה"ד המדובר, אנו יודעים כי שיטתו של ברק יושמה בבית המשפט בצורה מלאה, וכתוצאה מכך חששותיו של שמגר התגלו כנכונים ואמיתיים. הגישה הסוברת כי הכל שפיט אומצה ע"י בית המשפט וכתוצאה מכך 'ידו בכל'. ההשלכות של התנהלות זו הובילו לקרע עמוק בעם היושב בציון. חלקו סובר כי בג"ץ הוא ה'סביר' והשומר על הדמוקרטיה, וחלקו סובר כי בג"ץ מבטל את הדמוקרטיה ואינו מכבד את חקיקת הכנסת והחלטות הממשלה.

מבחן הסבירות שהציע ברק, נתפס ע"י חלק מהציבור כמבחן שיפוטי מקצועי וע"י חלקו האחר כקביעה לא מקצועית המבוססת על תפיסת עולמם של שופטים, תפיסה הנתונה במחלוקת ציבורית. המרחק התפיסתי בין הציבור החפץ במדינת לאום יהודית לבין מי שרוצים במדינת כל אזרחיה, אינו מאפשר לקבוע מה סביר בצורה מקצועית. הוויכוח הוא על מה סביר! כפי שכתב אהוד בנאי: "את מה שאני רואה לבן אתה רואה שחור, כשיורדת עלי החשיכה עליך זורח אור, מה שבשבילך חלום לי זו האימה, מה שבשבילי שלום לך זו מלחמה".⁵¹ על שאלות הזהות האלה הולכים לקלפי ומצביעים, ועליהן מתנהל הוויכוח.

49. שם, פסקה 9.

50. שם, פסקה 11. וראה עוד בעניין אי שפיטות מוסדית, בג"ץ ההתנתקות בדבריו של ברק בפסקה 74, ובדברי השופט אדמונד לוי בפסקה 6. בג"ץ 4877/93, בג"ץ 4933/93 ארגון נפגעי הטרור הערבי הבינלאומי (נטע) נגד מדינת ישראל. בג"ץ 5167/00 פרופ' הלל וייס ע"ד נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, נה" (2) 455 (2001). בג"ץ 6029/99 יונתן פולארד נגד שר הביטחון, בדברי השופט זמיר בפסקה 11.

51. בשירו "ניצוץ האהבה".

ההצעה של ברק לקבוע מה סביר ע"פ ערכי היסוד של האומה, ע"פ מגילת העצמאות, אינה פותרת את הבעיה. במגילת העצמאות מוגדרת ישראל כמדינה יהודית ואינה מוגדרת כדמוקרטיה. החתומים על המגילה הם רק בני העם היהודי, ונראה ברור מתוכנה כי המדינה היא פרויקט לאומי של העם היהודי, המכבד את הזכויות הפרטיות של המיעוטים. למרות זאת, חלק מהציבור רואה בה יסוד למדינת כל אזרחיה. דהיינו, שוב חזרנו לאותו ויכוח על הזהות הציבורית שלנו. נראה כי אין מנוס, ויש לחזור לאיזון מחדש בין רשויות השלטון, ולאפשר לצבא לפעול ללא בחינה של סבירות החלטותיו ע"י בית המשפט.

מילה אחת, לועזית דווקא, היא זו שנאמרת בימים אלה יותר מכולן - 'הקונספציה'. מהי הקונספציה? איש אינו יודע להגדיר בצורה מדויקת. בעוד שבמלחמת יום הכיפורים הייתה הקונספציה רעיון ספציפי טכני ומנת חלקם של אנשים ספורים, הרי שהקונספציה בת ימינו מורכבת משכבות על גבי שכבות של תפיסות עולם, אשר היו נחלתם של כלל מערכות השלטון ושל חלק ניכר מהציבור הישראלי. תפיסות אשר התנפצו כלא היו ברגע אחד באותו חג שמחת תורה 7 באוקטובר.

בציבור הישראלי, רווחת התפיסה לפיה מיד לאחר המלחמה יש להקים ועדת חקירה אשר תחקור את הכשל המודיעיני, כמו גם את ההיערכות הלקויה של כוחות צה"ל בשטח. ניתן אף להעריך כי הוועדה תבחן את המדיניות אותה הנהיגו ממשלות ישראל לאורך השנים האחרונות: ניהול סבבי הלחימה המוגבלים, העברת הכספים לשלטון חמאס ואולי אף עסקת שליט.

אך, כאמור לעיל, הקונספציה שקרסה רחבה מאלה וקשה לתחום את גבולותיה במדויק. ואף על פי כן, נראה כי נקודת השבר המשמעותית ביותר בציבור הישראלי הרחב היא שינוי היחס כלפי האויב כקולקטיב. אם עד 7 באוקטובר הסתכל הציבור על האויב הערבי באופן אחד, הרי שהחל מ-7 באוקטובר השתנה יחס זה באופן מהותי.

וביתר פירוט, הגישה אשר רווחה בציבוריות הישראלית עד פרוץ המלחמה, גרסה כדלהלן: יש להפריד בין לוחמי האויב לבין אזרחי האויב החפים מפשע. אמנם, יש לרדוף אחר המחבלים, ברם שאר אוכלוסיית האויב אשר אינה נמנית רשמית על מחבלי חמאס הינה חפה מפשע וככלל אין לפגוע בה. היו אף אשר האמינו כי אזרחי עזה הם אוכלוסייה תמימה ושוחרת שלום אשר אך נסיבות חסרות מזל הובילו להיותה 'שבויה' בידיו של חמאס האכזר. דומה, כי תפיסה זו מסוכמת היטב במילותיו של עברי לידר, "אולי האויב הוא בעצם חבר ש'נתקע' לו אגרוף, מבקש נשיקה". כפועל יוצא, השתדל צה"ל בפעולותיו הלוחמניות למעט ככל האפשר בפגיעה באוכלוסייה אזרחית, לעיתים תוך סיכון גדול לכוחות הלוחמים.

על פי תפיסה זו, לא רק שניתן להבין את צורת פעילות צה"ל אד הוק במבצעים כצוק איתן, אלא שניתן בעיקר להבין ולנתח את המדיניות הישראלית ב'ניהול הסכסוך' בימים כתיקונם. תפיסה זו איננה רק יוצרת כללי לחימה בשטח בנוי, אלא מנביעה מסקנות רחבות משמעותית. אם האויב, כקבוצה, הוא אנושי ורציונלי, יש לצפות ממנו להתנהגויות אנושיות ורציונליות, וממילא, אם ניתן לאויב לשגשג כלכלית סביר להניח שהמוטיבציה שלו לפגוע תרד וכן להיפך. כמו כן, גם כאשר האויב נוקט בפעולות התקפיות, יש להניח כי גם תגובה מידתית ומוגבלת תספיק כדי להרתיעו כיוון שהוא חפץ בחיים וברווחה בדיוק כמונו.

ביהמ"ש העליון עמל על הטמעת תפיסה זו בצה"ל ובחברה הישראלית במהלך 30 השנים האחרונות. ביהמ"ש כנראה אינו האחראי היחיד בהטמעת הקונספציה, אך בהחלט ניתן לומר כי פסיקותיו והתנהלות שופטיו היו חלק בלתי מבוטל בהחדרת ובהעמקת תפיסה זו ותוצאותיה.

ב-06.04.2018 נשא יחיא סינוואר, מנהיג החמאס ברצועה, נאום בפני קהל מפגינים בהפגנות על גדר הגבול עם ישראל. הוא פרס את חזונו ביחס להפגנות על הגדר: "שיחכו [ישראל] לדחיפה הגדולה, נוריד את הגדר ונקרע את ליבם מגופותיהם".

ההפגנות על הגדר המשיכו. ידי צה"ל היו כבולות בכבלים משפטיים שייחסו לאירועי הגדר משמעות אזרחית ולא ביטחונית תוך התעלמות מהיסוד הקולקטיבי הלאומי העומד בבסיסם. הכבלים הללו נכרכו בגלוי ובסתר בפסקי דין והסכמות משפטיות, מאחורי הקלעים, הרחק מעיני הציבור.

המסמך שלפנינו חשף את השיטה ואת התחנות המרכזיות דרכן עיצב בית המשפט העליון את המציאות הביטחונית בגבול רצועת עזה ובשאר הזירות, מציאות שהובילה בין היתר לתוצאות של אירועי שמחת תורה תשפ"ד.

במהלך העבודה, סקרנו מגוון סוגיות ביטחוניות בהן בג"ץ התערב בפעילות צה"ל, והראינו את הפרקטיקות המשפטיות אותן הוא מפעיל על מנת להשפיע על דרכי הפעולה של צה"ל, מבלי לפגוע בתדמית בית המשפט.

הדרכים בהן פועל בג"ץ הן:

1. בג"ץ דן בעתירות כנגד צה"ל, ומשאיר אותן נידונות במשך שנים כ'חרב מתנופפת'. הוא לוחץ על הצדדים להתפשר, מעורב באופן אינטנסיבי בפרטי ההסכם, ועוקב אחר יישומו עד הגעה לתוצאה אליה הוא מכוון. כך הוא מוביל את צה"ל להסכים לעמדת בית המשפט.
2. באמצעות העתירות, נוקט בג"ץ בפרקטיקות סמויות על מנת לקבוע מדיניות צבאית הנראית בעיניו והמתאימה לתפיסת עולמו. הוא מביא את רשויות המדינה להסכים לעמדתו, ולשמור על זכויות אוכלוסיית האויב, גם ללא פסיקה מפורשת שלו. בדרך זו, מנסה בג"ץ 'לאכול את העוגה ולהשאיר אותה שלמה', גם להתערב ברגל גסה בענייני מדיניות וביטחון, שאינם תחת רשותו, וגם להימנע מביקורת ציבורית ופרלמנטרית.
3. בג"ץ מותיר על כן עתירות, אף שהטיפול בהיבט המשפטי שלהן הסתיים, על מנת לעקוב אחר יישום בפועל של המדיניות הרצויה בעיניו. דהיינו, הוא משתמש בהליך המשפטי להרחבת גבולות השפעתו מעבר לתחום הרשות השופטת האמונה על הכרעה בסכסוכים משפטיים. התמונה הנגלית היא של חדירת בג"ץ לתחומים הנמצאים בסמכות רשויות מדינה אחרות, וקידום המדיניות שלו, ללא ידיעת הציבור וללא ביקורת פרלמנטרית.
4. בדרך זו הוביל בג"ץ, בין היתר, לתחקור פלילי של כל אירוע בו נהרג אזרח אויב, לדאגה הומניטרית לאזרחי האויב תוך כדי לחימה, למניעת ירי ארטילרי לרצועת עזה, למחיקת הפרימטר ברצועה ולהגבלת הרס בתים תוך כדי לחימה בטרור. כל זאת תוך העדפת זכויות אזרחי האויב על פני השמירה על חיי חיילי צה"ל.

המלצות

קידום תחקירים במערכות המדינה השונות על מחדלי שמחת תורה תשפ"ד, בדגש על השפעת התנהלות בג"ץ על ליבת העשייה הצבאית, תוך בחינת הפעלת הכוח, תורת הלחימה והוראות הפתיחה באש.

דיון בוועדת חוץ וביטחון על כניסת המשפטיזציה לצה"ל, לקראת חשיבה על תיקון המצב. קידום מתווה תחקירים צה"ליים לבחינת השינויים בעשייה הצבאית כתוצאה מהתנהלות בג"ץ, ולהשבת יישום עקרונות הלחימה של צה"ל.



02-6509111 | yachin.org.il
merkazyachin@gmail.com