

תקציר מחקר ממוקד לישיבת הממשלה:
ועדת חקירה למחדלי טבח שמיני עצרת - התשפ"ד

מעורבות בג"ץ במדיניות הביטחון הלאומי של ישראל



התנועה למשילות
ודמוקרטיה

meshilut.org

שבט התשפ"ה | פברואר 2025

"עֲשֵׂה הַרְתּוֹק: כִּי הָאָרֶץ מְלֵאָה מִשְׁפָּט דָּמִים וְהָעִיר מְלֵאָה חֲמָס"

יחזקאל ז' כ"ג

"עשה הרתוק" - רש"י: שלשלת. אות הוא שילכו בגולה אסורים בזיקים



התנועה למשילות
ו ד מ ו ק ר ט י ה

כתיבה ועריכה | עו"ד יסכה בינה וצוות התנועה למשילות ודמוקרטיה

עיצוב ועימוד | סטודיו אמונה

תמונת הכריכה | Shaked Carmel Photography

תוכן עניינים

פרק א רקע וחשיבות הנושא	5
פרק ב שיטת בג"ץ - מודל ההשפעה השיפוטי	7
פרק ג מעורבות בניהול הלחימה בדרג השקטי	9
הוראות פתיחה באש בגבול רצועת עזה (2018)	9
סיכולים ממוקדים (2002, 2006)	9
הגבלת השימוש בפגזים יעודיים (2003)	11
שימוש ב"בומים על קוליים" כאמצעי הרתעה (2005)	11
ירי ארטילרי כנגד משגרי רקטות (2006)	11
שימוש באמל"ח ייעודי לצרכי מיסוך וסינוור (2011)	11
נוהל שכן (2002, 2005)	12
מתן אספקה לרצועת עזה לאחר ההתנתקות (2008)	12
סיוע הומניטרי לאויב בזמן לחימה	12
סיוע הומניטרי במהלך הלחימה במבצע עופרת יצוקה (2009)	12
פתיחת מעבר כרם שלום להכנסת סחורות (2018)	13
הכנסת חומרי בניין, בטון ודלקים לרצועת עזה (2020)	13
פרק ד עצורים, אסירים ביטחוניים וגופות	15
החזקת גופות מחבלים לצורכי מיקוח	15
תנאי מעצר ומאסר	15
כניסת פעילי טרור לקבלת טיפולים רפואיים בישראל	15
מתן טיפול רפואי לקרובי משפחה של מחבלי חמאס (2018)	16
כניסת חולים עזתיים למדינת ישראל במהלך מבצע שומר חומות (2021)	16
איחוד משפחות וסוגיית המסתננים (2006, 2012)	16
תביעות נזיקיות של אזרחי אויב כנגד מדינת ישראל	17
סיכום ומסקנות	18
המלצות	20

פרק א | רקע וחשיבות הנושא

בשבעה באוקטובר חוותה מדינת ישראל את שיאו חסר התקדים בממדיו של מאבק הדמים האכזרי על עצם קיומה. שורשיה של מלחמה ברברית - רצחנית זו נגד העם היהודי בארצו ואלו שקשרו את גורלם בגורלו בברית יצוקה - נטועים עוד טרם הקמת מדינת ישראל. לטבח ומחדליו השלכות קשות על כלל הציבור - חייהם של רבים נגדעו, משפחות נמחקו, נשים זקנים וטף נחטפו לשאול האויב, עשרות אלפי עקורים מביתם, לוחמים וחיילים אשר עזבו את ביתם לחודשים ארוכים, הסתערו אלי קרב גם בידיים חשופות ומסרו את נפשם להגנת המולדת והשמדת אויב. לנוכח מימדי האסון והכשל הרב-מערכתי והיסודי הגלום בו, נוכח הצורך האקוטי לחשוף את האמת ולמנוע הישנות אסון עתידי - חיוני לחקור לעומק את כלל הגורמים המעורבים במחדל ולבחון את השפעת התנהלותם של כלל הגופים השלטוניים וכלל המערכות הרלוונטיות - הדרג המדיני, הצבאי, והמשפטי.

לרוב, ברירת המחדל לחקירתם של "עניינים בעלי חשיבות ציבורית חיונית הטעונים בירור", כלשון סעיף 1 לחוק ועדת חקירה, תשכ"ט-1969, הייתה ועדת חקירה המוקמת מכוח אותו חוק, המעניקה משקל עודף לחלקה של הרשות השופטת בהליך החקירה.

ברבות השנים זכו ועדות חקירה אלו לכינוי "ועדת חקירה ממלכתית", על אף שהמילה "ממלכתית" אינה מופיעה בחוק.

מבחינה תאורטית, יש היגיון רב בהפקדת סמכויות החקירה בידי הרשות השופטת: ככלות הכל, הפרדת הרשויות מצווה שהרשות השופטת לא תהיה מעורבת בקביעת וביצוע מדיניות, ולכן יש מקום להניח ששופטים בכירים יוכלו לחקור כל אירוע "בעל חשיבות ציבורית חיונית", ללא משוא פנים וללא עניין אישי.

אלא שהאקטיביזם השיפוטי הפושה במשפט הישראלי בעשורים האחרונים, הפך קביעה זו לבלתי נכונה: שופטים מעורבים מאוד בקביעת המדיניות הביטחונית של ישראל, ולכן יש לחקור את התנהלותם והחלטותיהם, הן כפרטים, הן כמערכת שמקומה בשלטון הישראלי טעון בירור.

אסון שמיני עצרת תשפ"ד פקד את ישראל באיבה של מחלוקת ציבורית שותתת בדבר מקומה של מערכת המשפט בשלטון הישראלי. מערכת זו אינה עוטה עוד את עטרת הממלכתיות כבעבר, ורוב חברי הכנסת המכהנים מחזיקים בהשקפה הקוראת לרסן ולהגביל את הכוח השיפוטי יציר פסיקתו הוא.

בנסיבות אלה, הפקדת סמכות החקירה בידי שופטים תחטא למטרה שלשמה מוקמת ועדת חקירה ותשמש כר לטיוח, זיהום ושיבוש חקר הירידה לשורש המחדלים כולם שהובילו לאסון.

בהקשר זה, תפקיד המסמך שלפניכם הוא לשפוך אור, בתמצית רבה, נוכח הדחיפות, על עומק והיקף מעורבות השופטים בקביעת מדיניות הביטחון של ישראל - בין השאר במגמה לסתור את הקריאה לחקור את האסון ונסיבותיו באמצעות ועדה במיניו ובראשות שופט עליון.

המסמך שלפניכם מהווה תמצית מקוצרת בלבד, אשר נערך בזמן שיא¹, מתוך מחקר מעמיק, מקיף ויסודי שנערך זה למעלה משנה על ידי **התנועה למשילות ודמוקרטיה** הסוקר את המעורבות המשפטית בהחלטות ביטחוניות קריטיות במלחמתה של מדינת ישראל בטרור הרצחני בעשורים האחרונים.

המחקר המלא מבוסס על סקירת אלפי הליכים משפטיים וניתוח פסקי דין מייצגים של בג"ץ וערכאות שונות נוספות, ראיונות ועדויות, מחקרים וספרות אקדמית (ועוד) מעלה ממצאים משמעותיים לפיהם בג"ץ, בשיתוף פעולה של מערכת המשפט במדינת ישראל, פיתח מנגנון השפעה רב מימדי המתבטא לא רק בהליך הקונקרטי ובפסיקה הסופית, אלא, בין היתר, בעצם קיום ההליך השיפוטי, המסרים המשפטיים בתוך ומחוץ לכתלי בית המשפט, הנחיות הביניים, טיפוח מוסד ה'קדם בג"ץ', כתיבה משפטית תוך יצירת 'אפקט מצנן' למקבלי ההחלטות ועוד. מנגנון השפעה זה, אותו נגדיר **כמתחם ההתערבות הרחב** של בג"ץ, מעצב באופן ישיר ועקיף, פורמלי ובלתי פורמלי, את המדיניות הביטחונית והצבאית - מבצעת של המדינה.

בכתיבת המחקר המלא, גיבושו ועריכת ביקורת העמיתים היו שותפים רבים וטובים אשר לבקשתם (הברורה לדאבוננו) לא יצוין שמם. ביניהם ניתן למנות שופטי מחוזי ושלוש, חלקם בדימוס, שופט צבאי בדימוס, אנשי הפרקליטות הצבאית לשעבר ובהווה, אנשי אקדמיה, מחקר ופרופסורים, פרקליטים בכלל ובמחלקת הבג"צים בעבר ובהווה בפרט. וכמובן צוותה המסור של התנועה למשילות ודמוקרטיה ועוד. המחקר המלא עתיד לראות אור בשבועות הקרובים.

1 יודגש כי כלל הניסוחים כפופים לנוסח הסופי שיופיע במחקר המלא

פרק ב | שיטת בג"ץ - מודל ההשפעה השיפוטי

השפעתו ומעורבותו של בג"ץ בסוגיות מדיניות ביטחוניות ומבצעיות בוצעה כאמור במגוון אסטרטגיות ישירות ועקיפות, פורמליות ובלתי פורמליות, לעיתים אף טרם הוגשה העתירה, תוך שימוש במגוון כלים, דרכים ושלבים.

המבחן ל"התערבות" בג"ץ בענייני בטחון אינו, ולא יכול להיות תלוי בשאלה האם בג"ץ "דחה" את העתירה או "קיבל" את העתירה. השתררות **מתחם ההתערבות הרחב** של בג"ץ מתקיים מערכתית לאורכה ולרוחבה של מדיניות הביטחון של ישראל. זאת כשלעניינינו השאלה הרלוונטית לבחינת **מתחם ההתערבות הישיר**² בסוגיה ו/או הליך קונקרטי הינה: האם בג"ץ **דחה** את העתירה על הסף או **לא דחה** על הסף.

שעה שבג"ץ לא דחה את העתירה על הסף והורה להעבירה לתגובת המדינה, המשמעות הינה כי בג"ץ הכניס עצמו בידועין לטרקלין מתחם ההתערבות, כלומר:

בג"ץ לא דחה על הסף = בג"ץ התערב

בתוך **מתחם ההתערבות** של בג"ץ קיימים שלל דרכים, היבטים, שלבים ודרגות את חלקן נפרט להלן. בטרם נפרט את דרכי ושלבי ההתערבות, חשוב לציין כי העיקרון המנחה המכונן בהתערבות הבטחונית של מערכת המשפט בכלל ובג"ץ בפרט הינו ההתעלמות מהיותם של העותרים מייצגים, ברובם, אינטרסים של נתיני אויב, ומההשלכות המשפטיות והנורמטיביות של מצב המלחמה בין ישראל לאויביה. מאז מלחמת יום הכיפורים, האויב מנהל את מלחמתו במדינת ישראל שלא באמצעות צבאות סדירים הנתונים למרותה של מדינה ריבונית; אלא באמצעות ארגוני טרור ובמסגרות "תת ריבוניות", דוגמת הרשות המכונה "פלסטינית", חמאס וחיזבאללה, לצד טרור לא מאורגן המתבצע שלא במסגרת כלשהי. התנהלות זו נועדה במוצהר להפוך את המגבלות שנוטלות על עצמן מדינות נאורות, במסגרת הדין הבינלאומי, לנשק במלחמה נגד ישראל. מעבר לפסיקות הפרטניות, מדיניות משפטית זו פגעה בביטחון ישראל, ריפתה את ידיהם של גופי הביטחון בישראל, וחימשה את אויבי המדינה בנשק משפטי רב עוצמה.

מתחם ההתערבות של בג"ץ בביטחון ישראל - דרכים ונדבכים:

- 1. אי דחיית עתירה על הסף** - העברת העתירה לתגובת המדינה, צה"ל וכוחות הביטחון בראש ובראשונה מהווה הכרה בזכות העותר להשמיע טענות ופתיחת פתח לביקורת שיפוטית. כמו כן, אי דחיית העתירה על הסף ודרישת תגובת המדינה מאותתת לממשלה, צה"ל וכוחות הביטחון כי יש בסיס משפטי בטענות העותר ולהביא לתמריץ המעודד הגשת עתירות בטחוניות בהיקף הולך וגדל.
- 2. קביעת מסגרת הזמן לתגובת המדינה** - קביעת פרקי זמן קצרים של ימים ואף שעות בודדות לתגובת המדינה לעתירה, מעידה על דחיפות ועדיפות גבוהה בסוגיה בעיני שופטי בג"ץ. זאת בעוד שלוחות זמנים גמישים יותר מצביעים על דחיפות פחותה מחד או עיכוב, עד כדי סיכול הוצאתה לפועל של החלטה / פעולה מבצעית לדוגמא, מאידך.

2 (בדיונינו זה, להלן מעתה ואילך: "מתחם ההתערבות", י.1)

3. **הוצאת צווים** - צו על תנאי / ארעי / ביניים, לרבות עיתוי הוצאת הצו, מהווה נדבך נוסף בלחץ משפטי על מקבלי ההחלטות לביצוע שינוי במדיניות הביטחונית ו/או בדרך הביצוע הטקטי - מבצעי של כוחות הביטחון בפעולות לוחמה בטרור. זאת לצד העובדה כי הוצאת צווים כשלעצמם (ומבלי להיכנס למאפייניהם השונים) מגבילים את פעולות המדינה, מעבירים את נטל ההוכחה על כתפיה כי הינה פועלת בסבירות וכחוק ומשמשים קטליזטור ממשי ל"פשרה" בין כוחות הביטחון לעותרים.

4. **קביעת דיון לאחר תגובת המדינה** - בקובעו דיון בעתירה חרף תגובת המדינה שנשלחה לעיונו ולעיון העותרים, מעביר בג"ץ מסר לדרג המדיני, צה"ל וכוחות הביטחון כי תגובתם לא הניחה את דעתו, תוך כפייה עקיפה לבחינה מחדש של המדיניות הביטחונית, וכי נדרש דיון בפניו בנוכחות הצדדים. עם קביעת הדיון, יכול ובג"ץ יורה על חובת התייצבות פיזית ו/או דרישה לזמינות קונקרטית של הדרג הפיקודי הלוחם בשטח. לא למותר לציין, כי כל זאת מתבצע תוך חשיפת נימוקי השיקולים וההליכים המדיניים - הביטחוניים - מבצעיים של ישראל בפני העותרים.

5. **מסרים מנחים במהלך הדיון** - במהלך הדיון מעבירים השופטים מסרים שונים למדינה, בין בדרך של אמירות מפורשות לנציגי הממשלה וצה"ל לשנות את מדיניותה כדי להימנע ממתן פסק דין אשר יקבל את העתירה, ובין אם בדרך של הערות, "המלצות" ו"רמזים" כי ככל והמדיניות לא תשתנה בג"ץ יכפה פורמלית את עמדת העותרים בסוגייה הביטחונית. ברוב המוחלט של ההליכים, המדינה תעדיף להתפשר ולכופף את מדיניותה מאשר לקבל פסק דין, שאין לדעת מה ייפסק בו, נגדה.

שיטה זו, שנסקרה בקליפת אגוז בלבד **וללא התייחסות, בבחירה מודעת, לשאלת קבלת העתירה או דחייתה** - משמשת את בג"ץ עד היום להפוך מגורם שיפוטי לגורם מקבל החלטות, למנוע ולצמצם את טווח הפעולה של הכוחות הלוחמים, לכוון את מדיניות הביטחונית של מדינת ישראל, ליצור "תרבות משפטית" ואפקט מצנן על מקבלי ההחלטות, צה"ל וכוחות הביטחון. כל זאת ללא צורך ב"קבלת" העתירה.

פרק ג | מעורבות בניהול הלחימה בדרג הטקטי

לאחר שסקרנו את הכלים והדרכים השונות שיצר בית המשפט לצורך התערבות בנושאי ביטחון, **בפרק זה נסקור בצורה פרטנית בקצרה את האופן בו עשה בג"ץ שימוש בכלים הללו על מנת להתערב באופן ביצוע הלחימה בדרג הטקטי.** כפי שנראה להלן, בית המשפט עשה שימוש בכלים השונים שיצר לעצמו לצורך התערבות מיקרו-טקטית בנהלי הפעלת האש עד לרמת סוג התחמושת בו יבצע החייל שימוש, תוך שהוא רואה עצמו מומחה צבאי הרשאי להתערב בהחלטות הטקטיות של גורמי הביטחון במוקדי הלחימה עצמם. בעתירות שונות שיוצגו להלן - המפורסמת שבהן היא העתירה שבעקבותיה נשחק למעשה ה"פרימטר" (אזור החיץ) בגדר המקיפה את רצועת עזה - בחר בג"ץ להתערב בהחלטות טקטיות-מבצעיות ולשחוק עד דק את סמכותם של גורמי הביטחון תוך סיכון של חיילי צה"ל ואזרחי ישראל, סיכון שלמרבית הצער, אף התממש לא אחת:

הוראות פתיחה באש בגבול רצועת עזה (2018)

(בג"ץ 81/3003) ארגון "יש דין" וארגונים אחרים עתרו נגד הוראות הפתיחה באש בגדר התוחמת את רצועת עזה. העתירה נסובה על דרך התמודדות כוחות הביטחון עם "הפגנות" אלימות של ערביי עזה ("הפגנות השיבה"), שבמסגרתן נעשה שימוש בנשק, מטענים ועפיפוני תבערה. על מנת להגן על חיילי צה"ל ותושבי הנגב המערבי, צה"ל פעל להרחיק את המתפרעים מהגדר, וכתוצאה בוצע הרג של המתקרבים לגדר, בעיקר מירי צלפים. ארגון "יש דין" ואחרים עתרו לבג"ץ, בטענה כי מדיניות הפתיחה באש אינה חוקית ויש להתייחס להפרות הסדר כפעולה אזרחית ולא צבאית, תוך הגבלת השימוש בכוח קטלני.

המדינה טענה כי המציאות בגבול קשה ומורכבת, והכוחות נדרשו לפעול תחת שתי פרדיגמות - אזרחית וצבאית - צבאית כלפי החמושים ואזרחית כלפי "הבלתי מעורבים". בית המשפט דחה את העתירה לאחר דיון בבית המשפט והסברים מצד המדינה, תוך שהוא מציין אמות מידה לשימוש בהפעלת אש ורק כמוצא אחרון:

"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 והמיידידת 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

נוכח חשיבות הדברים, אדגיש שוב כי בהתאם למידע שנמסר לנו באשר להוראות הפתיחה באש הרלבנטיות - ירי לעבר רגליו של מפר סדר מרכזי, או מסית מרכזי אמור להתבצע כמוצא אחרון בלבד, ובכפוף לדרישות מחמירות הנגזרות מן העקרונות של צורך הכרחי ומידתיות (כפי שהוכרו בעניין אלמסרי)". (השופט חנן מלצר)

בית המשפט דחה את העתירה, אך חזר וקבע כי שימוש בכוח קטלני מותר רק כאשר קיימת סכנה מיידידת וממשית. עם זאת, בעקבות השיח בבג"ץ, המדינה שינתה את מדיניותה, והגיבה באיפוק יתר כלפי המפגינים, תוך שהסכנה לחיילים גברה.

למעשה בעקבות ההתערבות העקיפה של בג"ץ הוראות הפתיחה באש השתנו, ותומכי חמאס שהתקרבו לגדר, פעמים רבות כלל לא נפגעו. הדבר איפשר לחמאס לבחון דרכים לפריצת הגדר ולחקור את נקודות התורפה שלה. תוצאות המדיניות הזו ניכרו היטב במאורעות טבח ה-7 באוקטובר.

"אין פעולות (מעשים או מחדלים) שהמשפט אינו חל עליהם. כל פעולה נתפסת בעולם המשפט. כל פעולה ניתנת "להיכלא" במסגרת המשפט. אפילו הפעילות בעלת הגוון הפוליטי ביותר - כגון עשיית שלום או מלחמה - נבחנת באמות מידה משפטיות."

(אהרן ברק "על השקפת עולם כדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" מבחר כתבים א 695, 709 (תש"ס), וראה פס"ד רסלר (בג"ץ 910/86))

סיכולים ממוקדים (2002, 2006)

ב-2002 ארגון "הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל" עתר נגד מדיניות הסיכולים הממוקדים של מדינת ישראל (בג"ץ 769/02). בג"ץ דן בסוגיית הסיכולים הממוקדים - תקיפות ממוקדות של מחבלים במטרה לנטרל אותם לפני ביצוע פיגועים, כשלעיתים התקיפות הביאו לפגיעה היקפית באחרים. בג"ץ קבע שהסיכולים הממוקדים חוקיים באופן עקרוני, אך הטיל מגבלות, כולל אמות מידה ברורות לקביעת היעדים, פרקי הזמן והצורך לבדוק האם קיים אמצעי חלופי לנטרול המחבל.

בית המשפט קיים "דיאלוג מנחה" עם המדינה, שהסכימה להתאים את מדיניותה להנחיות בג"ץ. בפועל, פסק הדין הוביל להפסקה מוחלטת של הסיכולים הממוקדים ביהודה ושומרון עד לאחרונה והגבלות משמעותיות ברצועת עזה. הדבר סיכן את חיי חיילי צה"ל ואזרחי ישראל, שכן דרש פעולות קרקעיות במקום התקפות מהאוויר, או ויתור על הפעולה הצבאית.

המדיניות שכפה בג"ץ פגעה במדיניות הבטחון של ישראל, ויצרה שכבת הגנה על הנהגת ארגוני הטרור ופעילי הטרור ובכך סייעה להתבססותם. היא שללה מישראל יתרון מבצעי מהותי, ופגעה בהרתעתם של מחבלים בכוח, ובהעדר ברירות - סיכנה באופן מיותר את חיילי צה"ל בפעולות קרקעיות - שאת יעדיהן ניתן היה להשיג באמצעות סיכולים ממוקדים.

"ברשימה ארוכה של פסקי דין בחן בית המשפט העליון את זכויותיהם של התושבים באיזור. אלפי פסקי דין ניתנו על ידי בית המשפט העליון אשר בהיעדר ערכאה שיפוטית אחרת, עסק בנושאים אלה. בחינה זו עסקה בסמכויות של הצבא בעת לחימה, ובמגבלות המוטלות עליו על ידי המשפט הבינלאומי ההומניטרי."

כך, למשל, נבחנה זכויותיה של האוכלוסייה המקומית למזון, לתרופות ... בעת פעולות לחימה...; זכויות[יה] ... בעת מעצר מחבלים; בעת הובלת פצועים (...); בעת מצור על כנסייה (... ובעת מעצר וחקירה (...). למעלה ממאה עתירות בחנו את זכויותיהם של התושבים המקומיים על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי בעקבות הקמתה של גדר ההפרדה (...).

בכל אלה האופי הדומיננטי של השאלה השנויה במחלוקת היה משפטי. אמת, לתשובה המשפטית עשויות היו להיות השלכות מדיניות או צבאיות. אך לא הן שקבעו את אופייה של השאלה."

(בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל
נ' ממשלת ישראל, פס' 52 לפסק הדין
של הנשיא ברק (14.12.06).)

הגבלת השימוש בפגזים יעודיים (2003)

פגז טנק מסוג 'פלאשט' מיועד לשימוש נגד אויב רגלי שמפוזר בשטחים פתוחים. הפגז מתפוצץ לפני המטרה ומשחרר חיצים שפוגעים באויב. עמותת "רופאים לזכויות אדם" וארגון נוסף עתרו לבג"ץ בטענה כי השימוש בפלאשט עלול לפגוע בחפים מפשע. חרף קביעת בית המשפט כי השימוש בפלאשט מותר על פי הדין הבין לאומי, ובעקבות העתירה, הצבא שינה את מדיניות השימוש בפגז, והגביל את השימוש בו רק למצבים מסוימים. למעשה בקשת העותרים להגביל את השימוש בפגז התממשה (בג"ץ 20/0998).

שימוש ב"בומים על קוליים" כאמצעי הרתעה (2005)

חרף גירוש יהודי גוש קטיף ונסיגת הצבא ממנה, המשיכו ארגוני הטרור לבצע ירי תלול מסלול לעבר ישובים ישראליים מעבר לגדר. כדי למנוע את הירי פעל צה"ל במגוון כלים, בכללם יצירת בומים על קוליים מעל רצועת עזה, על ידי חיל האוויר. עמותת "רופאים לזכויות אדם" עתרה נגד כלי זה, בטענה שהיעפים העל-קוליים יוצרים התקפי חרדה והפרעות שינה בקרב תושבי רצועת עזה, בייחוד אצל ילדים. בא כוח שר הביטחון טען כי הנושא איננו שפיט, היות שמדובר בעניין צבאי. הנימוק בפסק הדין לדחיית העתירה: "אלא שבינתיים נפל דבר, וכוונתנו לכך שהחל מיום 60.7.5 שוב לא נעשה

שימוש בבומים על-קוליים." אולם בפסק הדין נשמרה הזכות של העותרים לעתור שוב במקרה שהצבא יחזור לעשות שימוש בכלי: "מטבע הדברים, וככל שיעשה שימוש ביעפים על-קוליים בעתיד, שמורה לעותרים הזכות לפנות לבית המשפט" (בג"ץ 50/56201 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון, פס' 5-4 לפסק הדין של השופט לוי (נבו 8002.01.7)).

ירי ארטילרי כנגד משגרי רקטות (2006)

אחר תוכנית ההתנתקות, גבר הירי לעבר דרום הארץ, וצה"ל הגיב בירי ארטילרי לעבר מקורות הירי בעזה. בשנת 6002 הוגשה עתירה ע"י עמותת "רופאים לזכויות אדם" נגד ירי התגובה, בטענה לפגיעה באזרחים ובתשתיות אזרחיות. בג"ץ קידם את הטיפול בעתירה בדחיפות ודרש תגובה מקדמית מהמדינה תוך ימים. למרות טענות הסף שהוצגו בתגובה המקדמית שהגישה המדינה לעתירה, הן בהיבט השפיטות ומיצוי ההליכים והן בהיבטים הנוגעים לגוף הדברים ולעמידת התנהלות גורמי הצבא בכללי הדין הבינלאומי והמקומי - קבע בג"ץ את הדיון לשמיעה בפני הרכב בחלוף כשבוע בלבד. בסופו של דבר, המדינה הודיעה על הפסקת השימוש בכלי המיועד לתגובה. העתירה נדחתה תוך שבג"ץ הותיר פתח לעותרים להגיש עתירה חוזרת אם תשתנה המדיניות, וסלל את הדרך להגיש עתירות נוספות: "בעניין שלפנינו נתווסף רכיב מרכזי נוסף שהיטה את הכף לטובת דחיית העתירה בעת הזאת - הלא הוא שינוי הנסיבות המהותי שחל מאז הוגשה העתירה. כאמור לעיל, בחודש יולי 7002 הודיעתנו המדינה כי החל מחודש נובמבר 6002 אין מופעל עוד האמצעי של ירי ארטילרי לרצועת עזה, וכי ככל שיוחלט על שימוש בו בעתיד, יבחנו המגבלות והנהלים לאורם יחודש" (בג"ץ 60/1623).

"נמסר לנו כי בירור עם ראש עיריית רפיח העלה כי תשתיות המים ברפיח טרם תוקנו. לטענתו, טנקים ודחפורים של צה"ל גרמו לנזקים רבים בתשתיות המים. צינורות מים נסדקו, ומי שופכין הציפו את הרחובות והתערבבו במי השתייה. בבתים רבים עדיין אין מים.

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. יש לעשות כל הניתן, כדי לשמור על מקורות המים ולתקנם במהירות הראויה. יש לדאוג למיכליות מים אם זרם המים הרגיל אינו פועל כראוי. הלקחים בוודאי יילמדו לעניין זה לעתיד."

(בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פס' 15-14 לפסק הדין של הנשיא ברק (30.5.2004)).

שימוש באמל"ח ייעודי לצרכי מיסוך וסינוור (2011)

במהלך הלחימה, צה"ל עושה שימוש בפגזי ארטילריה המכילים זרחן לבן לצרכי מיסוך וסינוור האויב וכך להקשות עליו לפגוע בחיילינו. עתירה הוגשה לבג"ץ בדרישה לאסור שימוש בזרחן לבן באזורים מיושבים, בשל הסיכון לאזרחים ולקבוצות הומניטריות. למרות התנגדות המדינה לכך שביט המשפט יתערב באמצעי לחימה צבאיים ולמרות שמדינות המערב משתמשות בזרחן לבן, הוביל הדיון להתחייבות המדינה להימנע משימוש בזרחן לבן בשטחים בנויים, פרט לשני חריגים מצומצמים. כך לאחר שהמדינה למעשה אימצה את דרישות העותרים כמעט במלואם, בית המשפט דחה את העתירה (בג"ץ 11/6414).

נוהל שכן (2002, 2005)

ב-2002 הוגשה עתירה לבג"ץ נגד השימוש ב"אזרחים כמגנים אנושיים" במבצע "חומת מגן", בטענה שהנוהל מסכן את חיי האוכלוסייה האזרחית הבלתי מעורבת בטרור. מיד המדינה הגבילה את הנוהל רק למקרים בהם לא נשקפת סכנה לאוכלוסייה, למרות זאת בג"ץ הוציא צו ביניים-ארעי ואסר שימוש בנוהל. הצבא יצר נוהל חדש - "אזהרה מוקדמת" שאיפשר לחיילים להיעזר באוכלוסייה אזרחית אם היא מסכימה לכך. אולם הדבר לא סיפק את בג"ץ והוא אסר כל שימוש בפרקטיקות אלה (בג"ץ 20/9973). ההחלטה אילצה את חיילי צה"ל לסכן את חייהם במידה העולה מבצעית על הנדרש בשטח.

מתן אספקה לרצועת עזה לאחר ההתנתקות (2008)

לאחר יישום תוכנית ההתנתקות, וזכיית חמאס בבחירות ברצועת עזה, ועם התגברות הטרור בקצב מואץ, צמצמה ישראל את אספקת הדלק והחשמל לרצועה, מתוך מטרה להפסיק לספק אותם לשימושו של ארגון הטרור חמאס. ארגונים ועמותות רשומות בישראל עתרו נגד ההחלטה, וטענו שישראל נחשבת "כוח כובש" ברצועה, ולכן עליה לעמוד בהתחייבויות הומניטריות לפי המשפט הבינלאומי. בג"ץ קבע שישראל אינה כוח כובש, אך יש לה חובות הומניטריות לאוכלוסייה העזתית, לרבות אספקת סיוע חיוני. בכך, קבע בג"ץ כי על המדינה לספק דלק וחשמל לרצועה, בניגוד לכוונת הממשלה לנתק את הקשר עם רצועת עזה הנשלטת על ידי ארגון טרור (בג"ץ 9132/07).

סיוע הומניטרי לאויב בזמן לחימה

היבט נוסף של ניהול הלחימה בו החל בג"ץ להתערב לאורך השנים הוא ניהול הסיוע ההומניטרי הניתן לאוכלוסיית אויב בעת לחימה ומעורבות בניהול המצור הצה"לי. בתהליך מזדחל, שראשיתו בשנות האלפיים, נכנס בג"ץ בנעלי הדרגים המדיני והצבאי, תוך שהוא מתערב הן בשאלות מדיניות של עצם הכנסת הסיוע, הן בסוגיות צבאיות של אופן, היקף ומועד הסיוע בשטח. כך סורסה היכולת של ממשלות ישראל להפעיל לחץ על אוכלוסיית האויב לשחרור שבויים, חטופים

"דעתי היתה ונותרה כי 'ככלל, הריסת בית אך ורק על יסוד חומרת המעשים המיוחסים למפגע, ללא מתן משקל למידת ידיעתם או מעורבותם של בני משפחתו במעשיו, אינה עומדת במבחן המידתיות' ... ויובהר: גישתי בנדון נעוצה בספקות הכבדים המרחפים לטעמי מעל הכוח ההרתעתי הגלום בכלי של הריסת בתים.. לא רק שיש קושי לכמת במספרים את האופן שבו הריסת בתים מונעת פעולות טרור, אלא שיש קושי אף לכמת את האופן שבו כלי זה פועל בכיוון ההפוך: מלבה מעשי אלימות ושנאה נגד יהודים."

(השופט ברוך, דיון בהריסת בית מחבל, בג"ץ 1374/23)

"בית המשפט הזה עומד לרשותכם, מעמיד את עצמו לרשותכם."

(השופט יצחק עמית בדיון בעתירת ארגוני שמאל לבג"ץ בנושא אספקת מזון לתושבי עזה בזמן לחימה, יוני 2024)

ונעדרים למשל, תוך סיכון של חיילי צה"ל שנאלצו לסכן את חייהם תחת אש לצורך הבטחת אספקה לאויב. בחלק מהמקרים התערב בג"ץ בסוגיות מיקרו-טקטיות, תוך שהוא מורה למפקדי צה"ל בשטח כיצד לנהל את הלחימה ו/או המצור. להלן פסקי דין מרכזיים בסוגיה זו.

סיוע הומניטרי במהלך הלחימה במבצע עופרת יצוקה (2009)

אהרן ברק: "היו פסקי דין שבהם נתתי לצה"ל לנצח יותר מדי"

(ראיון לתוכנית "המקור", 30/05/19)

במהלך מבצע "עופרת יצוקה" הוגשו עתירות נגד התנהלות כוחות צה"ל, הנוגעות לפינוי פצועים, תקיפת צוותים רפואיים ומחסור בחשמל ברצועה. המדינה טענה כי נעשו מאמצים למענה הומניטרי וכן טענה שלא הותקפו צוותים רפואיים, אלא אם היו מעורבים בטרור. למרות זאת, בג"ץ דרש תשובות מפורטות ותגובות לשאלות ספציפיות, כולל פרטי ביצוע פינוי פצועים ואספקת החשמל.

גם במקרה זה דחה בית המשפט את העתירות, אולם רק לאחר שאילץ את נציגי המדינה להציג בפניו את פרטי פרטיות של פעולות הצבא, ותוך ניהול שיח עם קצין בכיר במהלך הלחימה. בית המשפט הבהיר למדינה את ציפיותיו מהתנהלותה בלחימה, תוך שהדגיש, כי הוא מצפה שבשוק הקרבות "תפעל המדינה ככל הניתן על מנת להקל על סבלה של האוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה".

השופט רובינשטיין אף ראה לנכון להוסיף התייחסות בנוגע לתפיסת עולמו הרואה בבית המשפט גורם "מחנך" כלפי מדינת ישראל:

"...לא אחת תפקידו של בית המשפט בכגון דא הוא דרבון לקיום הוראות המשפט הישראלי והבינלאומי ומעקב, גם מתוך ידיעה ושכנוע שהרשויות מחויבות ללא מחלוקת למתווה המשפט, אך מתוך המבט השיפוטי האמון על תמונה כוללת."

מהדברים עולה, כי בית המשפט מודע לכך שעצם קיום הדיון, הזמנת קציני צה"ל לבית המשפט והערות בית המשפט בדיון, מובילים לשינוי אופן הפעולה של הכוחות בשטח, ומגבילות בפועל את חיילי צה"ל בביצוע תפקידם.

פתיחת מעבר כרם שלום להכנסת סחורות (2018)

"בג"ץ מצא לנכון תוך כדי לחימה לנהל את האירוע... והסדיר... לפעול על פי דיני המלחמה, לספק את האוכל ולתת לאנשים לא מעורבים לצאת. כל האירוע הזה בזמן מלחמה... הגיע לפתרון... שלא היו רעשים במישור הבינלאומי וכל העולם שיבח את בית המשפט שלנו שאין שהוא ניהל את העניין".

(השופט חנן מלצר ביחס לניהול לחימה ע"י ביהמ"ש בפרשת כנסיית המולד, כנס לשכת עורכי הדין ב-06/05/24)

בשנת 2018, בעקבות פעילות טרור שכללה הפרחת עפיפוני תבערה ובלוני נפץ, ירי תמ"ס לשטח ישראל והפגנות אלימות על גדר המערכת, החליטה מדינת ישראל על סגירת מעבר כרם שלום להכנסת סחורות לרצועת עזה. עד מהרה עתרו ארגונים שונים לביהמ"ש כנגד החלטה זו בדרישה לפתוח את המעבר להכנסת סחורות.

גם במקרה זה דרש בג"ץ את תשובת המדינה, ורק לאחר שוודא שהתחייבויות המדינה מניחות את דעת העותרים מחק את העתירה, ללא צו להוצאות. מקרה זה מדגים את הרוח הגבית שמעניק בג"ץ לארגונים השונים, בכך שהוא מאפשר להם לעתור כנגד כל פעולה, החלטה או תוכנית של רשויות הביטחון בידיעה כי לא ישלמו כל מחיר בגין עתירתם

הכנסת חומרי בניין, בטון ודלקים לרצועת עזה (2020)

**"למעשה, בהרבה מובנים הפך בית
המשפט העליון בהנהגת ברק לממשלה
אלטרנטיבית."**

(פרופ' אמנון רובינשטיין, "מהפכן, נעים לשון
אבל מהפכן", בגיליון המיוחד של ביטאון לשכת
עורכי-הדין לכבוד פרישת ברק, 2006)

לאחר תקיפות טרור ברצועת עזה, ישראל הטילה מגבלות על הכנסת סחורות דרך מעבר כרם שלום ומרחב הדיג הימי. ארגונים ישראליים עתרו לבג"ץ בטענה שהמגבלות פוגעות בצרכים החיוניים של האוכלוסייה העזתית. לאחר שדרשו תשובות, נסוגה המדינה מהמגבלות, והעתירה נמחקה ללא חיוב בהוצאות. בכך, השפיע בג"ץ על מדיניות צה"ל, והחמאס קיבל סחורות רציפות ששימש לחיזוק מעמדו ברצועה.

פרק ד | עצורים, אסירים ביטחוניים וגופות

החזקת גופות מחבלים לצורכי מיקוח

בשנת 2016, לאחר שהוחלט על ידי גורמי הביטחון להחזיק גופות מחבלי "חמאס", הוגשה עתירה לבג"ץ על ידי משפחות המחבלים, בדרישה לשחרר את הגופות. המדינה ביקשה להחזיק בגופות המחבלים כקלפי מיקוח במשא ומתן לשחרור חיילי צה"ל שנפלו בקרב ברצועת עזה.

בג"ץ פסק כי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 לא נועדה לאפשר שימוש בגופות כקלפי מיקוח, והורה לשחרר את הגופות. על אף לשונה הברורה של התקנה, בית המשפט פרש את החוק באופן שונה והגיע למסקנה כי לא ניתן להחזיק את הגופות לשם מו"מ. השופט הנדל סבר אחרת והדגיש כי קיימת סמכות להחזיק את הגופות.

המדינה פנתה בבקשה לדיון נוסף, ובית המשפט בהרכב של שבעה שופטים קיבל את עמדת המדינה, וקבע כי התקנה אכן מאפשרת החזקה זמנית של גופות לצורכי ביטחון ומשא ומתן. יחד עם זאת, נקבעו מגבלות על השימוש בסמכות זו, תוך שמירה על כבוד המת (המחבל) וזכויות משפחתו.

תנאי מעצר ומאסר

בית המשפט העליון התערב בתנאי כליאתם של מחבלים ובמתן גישה לצלב האדום לבקרים. קבע בג"ץ כי יש לכבד את הזכויות החוקתיות של מחבלים, גם אם מדובר בלוחמי טרור שאינם אזרחי ישראל. בשנת 2002, עתירה של ארגונים ישראלים הובילה לשיפור את תנאי הכליאה, כולל הזכות לשולחנות אוכל, ספרים, עיתונים ומשחקים.

ב-2007, בג"ץ קבע כי על המדינה להבטיח לכל אסיר מיטה פרטית, וב-2017 הורה על קביעת שטח מינימלי של 4 מ"ר לכל אסיר. כתוצאה מפסקי-דין אלו, שיחררה המדינה אלפי אסירים, בהם גם אסירים ביטחוניים.

כניסת פעילי טרור לקבלת טיפולים רפואיים בישראל

במסגרת תוכנית ההתנתקות מרצועת עזה, יצאה ישראל מכלל שטח הרצועה והותירה אותו תחת שלטון עצמאי מקומי. למרות זאת, בשנת 2007 עתרו ארגונים ישראליים לבג"ץ, בדרישה לאפשר למטופלים עזתיים, לדעת כוחות הביטחון סכנה לביטחון ישראל, לעבור דרך ישראל לקבלת טיפול רפואי. המדינה טענה שאין חובה לאפשר מעבר כזה, במיוחד לאור הסיכון הביטחוני הגלום בכך.

בג"ץ, לאחר דיונים ומו"מ עם הצבא, קבע שיש לאזן בין מצבם הרפואי הקשה של העזתיים לבין הסיכון הביטחוני. בסופו של דבר, פסק בג"ץ להכניס חלק מהם לשטח ישראל. בנוסף, לאחר שהתברר כי כניסת העזתיים שימשה את גורמי הביטחון לתחקור מודיעיני, דרש בג"ץ להפסיק את השימוש הזה. כך, שלל בג"ץ ממדינת ישראל את היכולת להגן הן על אזרחיה באמצעות מניעת כניסת גורמי טרור ונתיני אויב לשטחה ואיסוף מודיעין, והן את היכולת להרתיע את העוסקים בטרור, בידיעה כי ימנע מהם טיפול רפואי בעתיד.

מתן טיפול רפואי לקרובי משפחה של מחבלי חמאס (2018)

במהלך 2018, בתגובה למתקפות טרור מעזה, החליט הקבינט המדיני בטחוני להגביל את מעבר האזרחים העזתיים, כולל בני משפחה מדרגה ראשונה של בכירי חמאס, ולמנוע מהם לקבל טיפול רפואי בבתי חולים ישראליים. ההחלטה נועדה להפעיל לחצים על חמאס לשוב ולהשיב את השבויים והנעדרים הישראליים החטופים בעזה.

במהלך הקיץ של אותה שנה, עתרו חמש נשים עזתיות, קרובות משפחה מדרגה ראשונה של מחבלי חמאס, לבג"ץ בדרישה לאפשר להן לקבל טיפול רפואי בישראל. העותרות טענו כי ההגבלה מהווה ענישה קולקטיבית ופוגעת בזכויותיהן ומנוגדת לדין הבינלאומי. בג"ץ, שדן בעתירה, ניהל משא ומתן בין המדינה לבין העותרות, וביקש הבהרות והסברים מהמדינה בנוגע לשיקולים הביטחוניים מאחורי ההחלטה.

בפסק דין שניתן, קבע בג"ץ כי האיזון שהשיגה המדינה בין הצורך להפעיל לחץ על חמאס לבין זכויות העותרות היה פגום. השופט פוגלמן ציין כי מטרת השבת השבויים והנעדרים אינה יכולה להצדיק כל אמצעי, וכי יש לתת משקל גבוה יותר לחיי האדם ולזכויותיו. השופט גרוסקופף הוסיף כי אף שהתכלית לשחרור השבויים והנעדרים היא חיונית, לא כל אמצעי כשר כדי להשיגה.

לאור זאת, בג"ץ הורה למדינה לאפשר את כניסת הנשים לישראל לקבלת טיפול רפואי, וביטל את ההגבלה שהטיל הקבינט המדיני בטחוני לכניסתן. פסק הדין של בג"ץ לא רק שעסק במקרה הספציפי, אלא גם העביר מסר רחב בנוגע להתנהלות העתידית שצפויה מהממשלה וההנהגה במסגרת שיקולי ביטחון.

כניסת חולים עזתיים למדינת ישראל במהלך מבצע שומר חומות (2021)

ערב תחילת מבצע "שומר חומות", באביב 2021, בעקבות ירי רקטי לעבר מדינת ישראל ולעבר המעברים שבין רצועת עזה לישראל, הוחלט על סגירה מוחלטת של מעברי ארז וכרם שלום ועל הפסקת כניסתם של חולים מרצועת עזה לישראל. כנגד החלטה זו הוגשו מספר עתירות ע"י ארגונים שונים בדרישה לאפשר מעבר של חולים עזתיים לתחומי מדינת ישראל.

בתגובת המדינה, שהוגשה לאחר סיום הלחימה, הובהר כי בשוך הקרבות נפתחו באופן הדרגתי המעברים ומדיניות מעבר החולים שבה לקדמותה, וכי הדברים התפרסמו באתר מתאם פעולות הממשלה בשטחים ובמקומות נוספים.

בהתאם, דחה בג"ץ את העתירה, אולם שוב ללא צו להוצאות, ולאחר שעשה שימוש בהליך המשפטי שנותר פתוח לאורך כל תקופת הלחימה לצורך החזקת "חרב" מעל צוואר מערכת הביטחון, ותוך הבהרה כי ביכולתו להתערב בכל רגע בשיקולי הביטחון.

איחוד משפחות וסוגיית המסתננים (2006, 2012, היום)

חוק הכניסה לישראל מאפשר שיקול דעת נרחב לשר הפנים בנוגע למניעת מתן אזרחות לזרים. למרות זאת, לאור התערבות בג"ץ בהפעלת שיקול הדעת על ידי שרי הפנים לאורך השנים, ובעקבות פיגועי טרור קשים שאירעו באינתיפאדה השנייה, שערבבי יו"ש ועזה שהתיישבו בישראל מכוח מנגנון "איחוד משפחות" היו מעורבים בביצועם, נחקקה הוראת שעה לפיה:³

"תקופת תוקפו של חוק זה, על אף האמור בכל דין, לרבות סעיף 7 לחוק האזרחות, שר הפנים לא יעניק לתושב האזור או לאזרח או לתושב של מדינה המנויה בתוספת, אזרחות לפי חוק האזרחות ולא ייתן לו רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, ומפקד האזור לא ייתן לתושב האזור היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון באזור."

3 ס' 3 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשפ"ב-2022.

החוק נחקק כהוראת שעה כדי לצמצם את הסיכון שייפסל בג"ץ, אך למרות זאת עד מהרה הוגשה עתירה נגד החוק בטענה שהוא פוגע בזכויות חוקתיות שונות, ובראש ובראשונה בגין שלילת "הזכות למשפחה"

העובדה שהזכות למשפחה לא הוכרה בחוקי היסוד, ואילו סמכות השר הוקנתה בחקיקה מפורשת של הכנסת, לא מנעה משופטי בג"ץ שישבו בהרכב להכיר בה כ"זכות נגזרת" מהזכות לכבוד האדם שעוגנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. העתירה נדחתה לבסוף, אולם רק לאחר שבג"ץ התריע שיש לתקן את החוק במהירות ולקבוע תנאים מקילים יותר.

בעתירה נוספת שהוגשה בניהול, לאחר שינויים שהוכנסו בחוק, הודה בג"ץ כי מדובר בסיכון ביטחוני אך לדידו, כלשונה של הנשיאה ד' ביניש (שנותרה בדעת מיעוט):⁴

"מציאות של ביטחון אבסולוטי אינה קיימת בישראל ואף לא בשום מדינה אחרת. נטילת סיכון היא אלמנט מתחייב מן החיים בחברה ובמדינה, והשאלה, בסופו של יום, היא מהי מידת הסיכון המחושב שהחברה בישראל יכולה ליטול על עצמה."

בג"ץ נמנע מלפסול את החוק בגרסתו המתוקנת והעתירה נדחתה על חודו של קול, אך מאימת בג"ץ נותר החוק בגדר הוראת שעה שיש לחדש מדי שנה. ראויה לציון גם קביעתו של השופט גרוניס בפסק הדין שציטט את רוברט ג'קסון, שופט בבית המשפט העליון של ארצות הברית, שאמר ב-1949 "זכויות אדם אינן מרשם להתאבדות לאומית".

בהקשר זה שוב מתברר כי השפעתו של בג"ץ על ענייני ביטחון אינה נעשית רק בדרך של פסיקה מפורשת. בג"ץ לא פסל את החוק, אך עצם הביקורת, וההערות שנשמעו בדיון, גרמו למחוקק להימנע מלעגן את ההוראות הקבועות בו בחקיקה קבועה. לא למותר לציין כי צאצאי איחוד משפחות אכן מעורבים גם כיום באחוזים גבוהים בפעילות טרור, כפי שהתברר למשל במאורעות "שומר החומות".⁵

כאן המקום לציין, כי עתירות דומות תלויות ועומדות בשעה זו בבג"ץ אשר הוצא לאחרונה צו לדינה בנושא.

תביעות נזיקיות של אזרחי אויב כנגד מדינת ישראל

תיקון מספר 7 לחוק הנזיקין האזרחיים - תביעת אזרחי הרשות המכונה "פלסטינית"

ב-2005 תוקן חוק הנזיקין האזרחיים כדי להקשות על תביעות נגד מדינת ישראל בגין נזקים במהלך לחימה, במיוחד במהלך "חומת מגן". התיקון כלל פטור מאחריות בנזיקין לאירועים באזורי עימות, ובייחוד נזקים שנגרמו על ידי כוחות הביטחון, כולל באופן רטרואקטיבי מאז 2000.

הוגשה עתירה לבג"ץ בטענה שהתיקון פוגע בזכויות אדם, במיוחד בזכויות הקניין, החיים, הכבוד והחירות. בג"ץ פסל את החוק, וקבע כי ההרחבה של הפטור פוגעת בצורה מופרזת בזכויות המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

במקביל, בג"ץ דן גם בשאלת תביעות נזיקיות של ערביי יו"ש ועזה. המדינה התחייבה להכין הנחיות שצמצמו את הפגיעה בערביי יו"ש ועזה בנוגע להליכים נזיקיים.

4 בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (נבו 14.5.2006).

5 בג"ץ 466/07 גלאון מר"צ יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסי' 10 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (נבו 11.1.2012).

6 ראו קלמן ליבסקינד "חשיפה: שני שלישי מהמעורבים בטרור בלוד ורמלה ב'שומר החומות' הם צאצאי 'איחוד משפחות' מעריב (19.2.2022).

סיכום ומסקנות

מהמחקר עולה כי שופטי בג"ץ נכנסו בעיניים פקוחות שוב ושוב באלפי הליכים למתחם ההתערבות בו לקחו חלק בקבלת ההחלטות ובעיצוב המדיניות הביטחונית של מדינת ישראל ופעולות מבצעיות של צה"ל וכוחות הביטחון במלחמה בטרור הרצחני.

התערבות השופטים בביטחון ישראל משתרעת על פני הרבדים המדיניים, האסטרטגיים והטקטיים. והסבה נזקים ממשים ואסטרטגיים בשלילת זכויות העומדות למדינת ישראל לפי דיני המלחמה - כגון פטור מאחריות נזיקית כלפי נתיני אויב; ובה בעת הטילה עליה, כלפי נתיני אויב, חובות המוטלות על מדינה כלפי אזרחיה. התערבות זו בוצעה בשלל דרכים ישירות ועקיפות, פורמליות ובלתי פורמליות ומתבצעת לא רק באמצעות הכרעות שיפוטיות, ואי דחייה על הסף של עתירות ביטחוניות, אף בעיצומה של לחימה, ודרישת תגובת המדינה, אלא במנגנונים הכוללים טיפוח ועידוד הגשת עתירות ביטחוניות, החלטות ביניים, מתן צווים, תזמון דיונים, קביעת הרכבים, הערות במהלך דיונים ובגוף פסקי הדין. במקרים רבים, בית המשפט מפעיל לחץ על צה"ל ורשויות המדינה לנקוט מדיניות מסוימת, ובכך מיתר את העתירה ומנע מפסיקה מפורשת - וזאת מבלי שהדבר יותיר חותם בהחלטות השיפוטיות הפומביות. במקרים רבים העתירה נדחת מבחינה פורמלית, אך העותרים מקבלים את מבוקשם -

שופטי בג"ץ חייבו את מדינת ישראל לתספק את אויביה ועיקרו אסטרטגיות מצור. התערבו בנהלי פתיחה באש, סיכולים ומעצרים. בג"ץ התערב בקביעת יעדי התקפות צה"ל ומיקום כוחותיו. בג"ץ התערב בעוצמת ויעילות החימוש שביקש צה"ל להטיל על מחבלים בכירים, ובכך סיכל מבצעים חיוניים. שופטי בג"ץ אימצו עקרונות המוכרים בעולם כעמדות שמאל רדיקלי - כגון ההתייחסות ללוחמת מצור כאל פשע הרעבה - והתייחסו לעקרונות אלה כאילו היו יסוד מוכר ומוסכם בדין הבינלאומי.

לגבי חלק מהחלטות השופטים - בדגש על נטרול אזור החיץ בגדר המערכת - ניתן לזהות קשר סיבתי ישיר בינן לבין כשלונן של רשויות הביטחון בהגנה על אזרחי ישראל בטבח. החלטות רבות, כגון התערבות בהריסת בתי מחבלים, או שימוש בגופות כקלפי מיקוח, כרסמו את כושר ההרתעה של ישראל.

מדיניות בג"ץ פתחה את הדלת לעותרים סדרתיים. חלקם אף נקשרו עם גורמי טרור ו-BDS, קשרים אשר לא מנעו מהם להתערב במדיניות הביטחון של ישראל באמצעות שופטי בג"ץ.

התנהלות בג"ץ בסוגיות ביטחון אינה נמצאת בהלימה עם המדיניות של ערכאות מקבילות במדינות אחרות. בתי משפט מנהליים בדמוקרטיות אחרות מפגינים ריסון בענייני ביטחון, ומכבדים את סמכות המדינה לקבוע ולבצע את מדיניותה. בישראל, שופטי בג"ץ משלמים מס שפתיים, בהכירם בסמכות הממשלה לקבוע את מדיניות הביטחון; אך אופי והיקף התערבותם בפועל - כאמור, הן בהחלטות ישירות; הן באמצעים עקיפים - מלמד ששופטי בג"ץ אינם מכירים בסמכות הממשלה לקבוע את מדיניות הביטחון, וחורגים בכך הרבה מעבר למקובל בעולם.

אל מול פעלתנות יתר זו של השופטים, ניצבת ממשלת ישראל חסרת מגן משפטי אפקטיבי, משום שפעמים רבות הייעוץ המשפטי לממשלה מתיישר עם העותרים והשופטים, מטעמים קולגיאליים-סוציולוגיים ואידאולוגיים טהורים.

התנהלות זו של שופטי בג"ץ מקבלת תוקף לא רק בעניינים שהונחו לפניהם בפועל באמצעות עתירות: אלא מקבלי ההחלטות בדרגים השונים נוהגים להביא מראש בחשבון את תגובתו הצפויה של בג"ץ לחלופות המבצעיות שעל הפרק. במציאות מתוקנת, שבה השופטים מקפידים לקיים את החוק ולא להתערב בפעולות שנעשות בסמכות, אין בכך פגם. במציאות הישראלית - שבה השופטים הרחיבו את התערבותם מעבר לגבולות החוק, חשש ואפקט מצנן זה של גורמי הביצוע מפני הערכות בדבר ההחלטה השיפוטית, מהווה פגיעה קשה בביטחון ישראל.

ההצדקות של שופטי בג"ץ וסביבתם בפני הציבור הישראלי את התנהלותם בכך שהתערבות שיפוטית במדיניות הביטחון מונעת התערבות של ערכאות בינלאומיות, תחת "עקרון המשלימות" התנפצה לרסיסים על קרקע המציאות. לצד העובדה כי טענה זו שגויה מיסודה משום שעקרון המשלימות נכנס לתוקף כאשר מתקיימת ערכאה שיפוטית פנימית ועצמאית במדינה, אלא מהווה אצטלת כזב. במבחן התוצאה, הוכח כי הפגיעה שגרמו השופטים לבטחון ישראל לא תורגמה לחיזוק עמידתה המשפטית: בתי הדין הבינלאומיים בהאג מקיימים הליכים נגד מדינת ישראל, ובכירים בה, תוך התעלמות מוחלטת מעקרון המשלימות ומהכרסום המעמיק שגרמו השופטים לבטחון ישראל.

יודגש, ברחל בתך הקטנה, כי הרשימה לעיל איננה ממצה כלל ועיקר. הליכים רבים נוספים שנוהלו בבג"ץ לרבות הקשורים ישירות ללוחמה בטרור העזתי יחשפו במסגרת פרסום המחקר המלא. רשימה קצרה זו מבקשת ליתן מדגם צר, אך מגוון, להמחשת ההתערבות של בג"ץ בענייני בטחון.

המלצות

ועדת חקירה לא שיפוטית

לאור היקף ועומק מעורבות בג"ץ כפי שפורט בתמצית לא ממצה זו, לא ניתן לתת לשופטי בית המשפט העליון (בג"ץ) - כיום ובעבר - למנות או לכהן בוועדה שתחקור את האסון. הכשל הינו מהותי ואינו ניתן לריפוי.

הקביעה ששופטי בג"ץ אינם כשירים להשתתף בחקירה אינה מתבססת על טיב הפסיקות, מידת התאמתן לחוקי ישראל, לדין הבינלאומי, או לנומרות המקובלות בחברה הישראלית. עצם העובדה ששופטי בג"ץ התערבו במדיניות הביטחונית הסובבת את הטבח, בהיקף העצום שבו נעשתה התערבות זו, שוללת מהם את היכולת להתערב בחקירה ללא משוא פנים. מעמדם הראוי של שופטי בג"ץ הוא של נחקרים, ולא של חוקרים.

מנגנון ברירת המחדל לחקירת אירועים הטעונים בירור - ועדת חקירה במינוי ובראשות שופט - אינו מתאים לחקירה זו. ועדת החקירה בעניין אסון מירון הוכיחה את משוא הפנים של הממסד השיפוטי, בכך שהתעלמה לחלוטין מהשפעות ההליכים בבג"ץ על הנסיבות שהובילו לאותו אסון. ככל וימונו חברי ועדת החקירה לחקר מחדלי ה-7.10 על ידי שופט עליון (יחיד) ויכהנו בה שופטי עליון בהווה או בדימוס - אין לצפות שינהגו בצורה מהוגנת יותר מוועדת מירון, ומשכך אין להניח שהציבור יסמוך ידיו על החקירה וממצאיה.

הפיתרון המוצע הוא ועדת חקירה שתמונה על ידי הכנסת, בחלקה על ידי הקואליציה ובחלקה על ידי האופוזיציה, ובכך תבטיח ייצוג לכל חלקי החברה; תפעל באופן שקוף, תהייה בעלת סמכויות נרחבות, ותחקור את כולם: הדרג המדיני, הצבאי, המשפטי וככל שתמצא לנכון. כך יובטח אמון בעבודתה ללא טיח, זיהום ושיבוש החקירה היורדת לשורש המחדלים.

שינוי מן היסוד של תפיסת ההפעלה המשפטית במדינת ישראל שיעשה על ידי שינויים מבניים ומהותיים במערכת המשפט בכלל ובית המשפט העליון בפרט

הטבח גדע באיבו תהליך בירור שעברה החברה הישראלית בנוגע למקומה של הרשות השופטת בממשל בישראל. הממצאים שבמחקר זה מלמדים כי חריגת השופטים מסמכותם פגעה פגיעה קשה בבטחון ישראל ועלתה בחיי אדם. ממצאים אלה מחזקים את תוקף דרישת רוב הציבור בישראל לשינויים דמוקרטיים יסודיים בבית המשפט העליון ובמערכת המשפט כולה. להלן מקצתם בהקשרי הביטחון הלאומי של ישראל:

- 1. מינוי שופטים מגוונים** שישקפו את ערכי הציבור הישראלי, בעלי צניעות אפיסטמית הפועלים אך ורק בהתאם לסמכויות שהוענקו להם בחוקי הכנסת ועילות הסף (כגון זכות עמידה ושפיטות) במשפט המקובל. בג"ץ במתכונתו הנוכחית אינו יכול להיות על כנו.
- 2. הגברת הפיקוח הפרלמנטרי על מערכת המשפט**, לרבות מנגנוני בקרה על האופן שבו נידונות עתירות בעלות אופי ביטחוני ועל השימוש באסטרטגיות עקיפות ולא פורמליות.
- 3. בחינת חלופות למנגנוני ייצוג משפטי של המדינה**, כך שיובטח שעמדת הדרג המדיני מיוצגת נאמנה בבית המשפט, ללא השפעות המערערות את מדיניות הביטחון של ממשלות ישראל.

מקס ובר קבע כי לוז השלטון הוא המונופול על האלימות הלגיטימית. במדינה דמוקרטית, אופן הפעלת הכוחות המזוינים נקבע על ידי נבחרי ציבור, האחראים כלפי הציבור על השלכות מעשיהם. שופטי ישראל נהנים מעצמאות. הם אינם נושאים בכל אחריות על השלכות החלטותיהם. ואולם העצמאות השיפוטית ראויה רק כאשר סמכות בית המשפט מוגבלת להכרעה בסכסוכים. קביעת מדיניות צריכה להיות נחלתם הבלעדית של מי שנושא באחריות ציבורית.

מדינת ישראל חוותה אסון בטחוני בקנה מידה היסטורי. התערבות השופטים במדיניות הביטחון של ישראל, מחייבת להטיל על הרשות השופטת לפחות מקצת האחריות לאסון. ברירת המחדל, לפיה חקירתם של אסונות מוטלת על הרשות השופטת, אינה תקפה במקרה זה.

טבח שמיני עצרת תשפ"ד מחייב חשבון נפש באינספור רבדים והיבטים בחברה הישראלית, וברשויות הממשל בישראל, הוא מדגיש ומחדד את הצורך ברפורמה יסודית במבנה הרשות השופטת ובערכים המנחים אותה.

רק הכרה באחריות מערכת המשפט לחלקה באסון, ובצורך לתקן בה תיקונים יסודיים, תשקם את אמונם של אזרחי ישראל הן במערכת המשפט, הן ביכולתה של המדינה לקיים את חובתה ולהגן על בטחונם.



עם ועולמו 3 ירושלים
02-5714118
office@meshilut.org
meshilut.org



פייסבוק



טוויטר



ערוץ יוטיוב



וואטסאפ



אינסטגרם