



פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 51: חובתו המשפטית של צה"ל להגן על הפלסטינים

בשטחים

הופץ ביום 4.7.2023*

תקציר

בנייר עמדה זה אנו עומדים על חובתו המשפטית של צה"ל להגן על הפלסטינים בשטחים. אנו מראים כי:

- התופעות של התקפות אלימות בידי מתנחלים כלפי גופם ורכושם של פלסטינים המתגוררים בשטחים, והימנעותם של כוחות הביטחון מאכיפה נאותה של החוק עליהם, אינה חדשה והיא מוכרת לרשויות ומתועדת לפחות מאז שנות השמונים של המאה הקודמת. ואולם, מה שאנו עדים לו בעת האחרונה – אירועים כדוגמת הפוגרומים בחווארה, תורמוס עיא ואום ספא – מתגבש לכדי איום חדש לשלטון החוק, ולשמירת הסדר והביטחון בשטחים.
- איום זה נובע משילוב מסוכן בין מסרים הנשמעים מצד גורמים בכירים ביותר בממשלה, התכחשות לחובותיה המשפטיות של המדינה בשטחים, והמהלכים להחלשת המערכות

* פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה הוא קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי, של מומחים ומומחיות למשפט, הפועלת בהתנדבות למען ההגנה על הדמוקרטיה הליברלית בישראל ולקידומה. הפורום פועל באמצעות מחקר, ניתוח הצעות חוק, כתיבת ניירות עמדה ופעילות הסברה לקהל הרחב ולקהלים מקצועיים. במסגרת זו, הפורום פועל נגד יוזמות ופעולות לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הקואליציה, ונגד יוזמות לפגיעה במוסדות דמוקרטיים, בבחירות חופשיות ושוות, בזכות לשוויון, בחופש הביטוי, בחופש הדת, ובזכויות אדם נוספות.

חברות וחברי הפורום בעלי עמדות אקדמיות שונות לגבי פרטי הרפורמות השונות שהציעה הממשלה ה-37 לשינוי שיטת המשטר בישראל. לפיכך, ניירות העמדה או חומרים מקצועיים אחרים המופקים על ידנו משקפים את העמדה הרווחת בקרב החברים, גם אם אינם על דעת כולם. עם זאת, אנו מאוחדים בדעה כי יש במכלול ההצעות של הממשלה – שעניינן מתקפה חסרת תקדים בחומרתה על עצמאות השפיטה, היעוץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופייה הדמוקרטי של ישראל. לפיכך, חברנו לפורום זה כדי להעמיד לרשות הציבור את חוות דעתנו המקצועית בשעה הרת גורל זו. רשימת חברות וחברי הפורום מתפרסמת באתר הפורום, שם גם מופיעים כל ניירות העמדה שלנו: <https://lawprofsforum.org>. עקבו אחרינו בטוויטר [@lawprofsforum](https://twitter.com/lawprofsforum). ליצירת קשר lawprofessorsforum@gmail.com.

השלטוניות האמונות על שלטון החוק ואכיפת החוק, ובראשן מערכות הייעוץ המשפטי ובית המשפט העליון.

- על כוחות הביטחון מוטלת חובה משפטית לשמור על החוק, הסדר והביטחון בשטחים, ובכלל זאת, החובה להגן על תושביהם של שטחים אלה מפני פגיעה בגופם וברכושם. משמעותה של חובה זו היא, כי על הצבא להיערך כדי למנוע פגיעות גם בתושבים הפלסטינים; לפעול בזמן אמת להפסיק התקפות עליהם ועל רכושם, ובמקרה שאלה התרחשו, לערוך חקירה במטרה לאתר את האחראים לפגיעה ולהעמיד אותם לדין.
- בהתקפות האלימות מבוצעות עבירות פליליות חמורות לפי הדין בישראל ובשטחים, ועלולות לעלות כדי פשעי מלחמה לפי המשפט הבין לאומי. כפי שקבעו ראשי כוחות הביטחון מדובר במעשי טרור, לפי הגדרת מושג זה בחוק המאבק בטרור, תשע"ו-2016.
- בהיעדר הליכי חקירה והעמדה לדין נאותים במדינה, המעורבים באירועים אלה — אזרחים ומפקדי צבא כאחד — עלולים להיחשף להעמדה לדין בפני בית הדין הפלילי הבין לאומי, ובפני בתי משפט במדינות אחרות.
- בהיעדר פעולה נחושה להגנה על ביטחונם של פלסטינים, ולאכיפת החוק על הפורעים בהם, צפוי בית המשפט הבין לאומי לצדק, בפניו תלויה ועומדת בקשת העצרת הכללית של האו"ם לחוות דעת על התנהגותה של ישראל בקיום כיבוש ארוך טווח בשטחים, לדון בהשלכותיה המשפטיות של הימנעות נמשכת זו. השלכות משפטיות אלה עלולות לכלול לא רק קביעות באשר להפרות להן ישראל אחראית אלא אף קביעות באשר לחובות החלות על האו"ם ועל מדינות אחרות כדי להבטיח את מילוי חובותיה הבין לאומיות של ישראל.

א. מבוא

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה היו קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט הפועלת בהתנדבות כדי להתריע על הסכנות הגלומות בתוכניות ההפיכה המשטרית שמקדמת ממשלת ישראל ה-37. ניירות העמדה שהפורום פרסם עד כה עסקו בנייתו משפטי של הצעות חוק ויוזמות ממשלתיות אחרות שכוונו לפגיעה בעצמאותה של הרשות השופטת וביכולותיה לאזן ולרסן את הרשות המבצעת. בנייר העמדה הנוכחי אנחנו עוסקים במשמעות המשפטית של הימנעות רשויות הצבא מאכיפת החוק נגד מתנחלים המתפרעים בעיירות ובכפרים פלסטינים. בהתפרעויות אלה מבוצעים מעשים שהינם עבירות חמורות הן עפ"י החוק הישראלי והן עפ"י החוק הפלילי החל בשטחים, ואף עלולים להיות פשעי מלחמה לפי המשפט הבין לאומי. על רשויות הצבא מוטלת החובה המשפטית לפעול למניעת מעשים אלו, וככל שבוצעו, לחקור ולהעמיד לדין את המבצעים.

כגוף המחויב לשלטון החוק¹ הפורום רואה לנכון להתייחס לסוגיה בוערת זו. לדעת חברי הפורום, קיים קשר הדוק בין ההצעות הכלולות ב"הפיכה המשטרית" לבין צעדי הממשלה בשטחים. עבור גורמים מרכזיים בממשלה מטרתה העיקרית של הקואליציה הנוכחית היא לקדם בשטחים מדיניות הכוללת הרחבה מסיבית

¹ ראו "הפורום מסביר – מושגי יסוד והמהפכה המשטרית: שלטון החוק וזכויות יסוד", נייר עמדה מס' 15, פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה, בו הבהרנו את משמעות המושג "שלטון החוק" בהקשר של מדינה דמוקרטית. כפי שאנו מבהירים, בנייר זה המשמעות המיוחסת לשלטון החוק היא מינימלית יותר כנגזר מאופייה של השליטה הישראלית על שטח זה המבוססת על שלטון צבאי שאינו דמוקרטי.

של ההתיישבות הישראלית בהם, ובכלל זאת, הכשרת המאחזים שהוקמו בניגוד לדון הישראלי והבינלאומי תוך פגיעה בזכויות קנייניות ואחרות של פלסטינים תושבי השטחים.² עם זאת, חלק מצעדים אלה אינם מתיישבים עם החובות המשפטיות החלות על מדינת ישראל, כפי שאלה הוגדרו במדיניותן העקבית של ממשלות ישראל ופסיקת בית המשפט העליון לדורותיו.³ בשל כך, צפויים צעדים אלה להיתקל בהתנגדות משפטנים בפרקליטות הצבאית ובפרקליטות המדינה, ובכל מקרה יש יסוד סביר להנחה שלא יעמדו בביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון.

נוכח ההימנעות הנמשכת של כוחות הביטחון לאכוף את החוק נגד יהודים הפורעים בפלסטינים בשטחים, וזאת למרות ההסלמה וההתרחבות של התקיפות המתרחשת באחרונה, נדרש פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה להבהיר את חובות רשויות השלטון למנוע פשעים חמורים אלה ולהעמיד את האחראים להם לדון. כפי שנראה בהמשך, התקפות של מתנחלים כלפי גופם ורכושם של תושבים פלסטינים, ואי אכיפת החוק נגדם, אינן תופעה חדשה. ואולם נראה כי לאחרונה חלה עליה משמעותית במספר התקפות אלימות אלה ובחומרתן.⁴ בשונה מבעבר, לא רק שהמערכת הפוליטית איננה מדרבנת את הצבא למנוע התקפות אלימות אלה, אלא שדמויות מרכזיות בקואליציה נותנות גיבוי לפורעים ואפילו בלמו התארגנות צבאית למנוע התנכלויות נוספות.⁵ השר לביטחון לאומי סיכל הצעת שר הביטחון להחלטת גינוי מטעם הממשלה, ובו בזמן עודד מתנחלים לתפוס קרקעות ולהקים עליהן מאחזים.⁶ תמיכה מפורשת או מרומזת בפעולות המתנחלים משתלבת היטב במדיניות להרחבת ההתנחלויות בשטחים, להכשרת המאחזים הלא

² ביטוי לכך נמצא בהסכם הקואליציוני בין הליכוד לבין "הציונות הדתית" אשר מימושו כבר החל עם העברת חלק מסמכויותיו של שר הביטחון, לרבות האחריות על המנהל האזרחי לידי השר בצלאל סמוטריץ'. לפי ההסכם הקואליציוני ראש המפלגה התמנה לשר במשרד הביטחון האחראי הן על המינהל האזרחי בשטחים הן על מתאם פעולות הממשלה בשטחים. בהסכם נקבע כי השר לא יקבל את הייעוץ המשפטי הנוגע לעניינים בסמכותו מן היועץ המשפטי לממשלה או מן הפרקליטות הצבאית שהיתה אחראית עד כה למתן ייעוץ משפטי לרשויות בשטחים, אלא מיועצים משפטיים שימונו במיוחד לשם כך ויישבו במשרדו של השר במשרד הביטחון. כן נקבע כי לא תוגש תשובה של המדינה לבג"צ בעניינים הנמצאים בסמכותו של השר בלי אישורו. כמו כן נקבע כי הממשלה תסדיר את מה שמכנים "התיישבות צעירה", שם מכובס למאחזים שהוקמו בשטחים בלי האישורים הדרושים מטעם הרשויות, בניגוד לדיני תכנון ובניה בשטחים, ולפעמים גם על קרקע פרטית של פלסטינים.

³ כך למשל, לפי פסיקתו העקבית של בית המשפט אין סמכות להפקיע קרקע פרטית כדי להקים עליה התנחלות. לאור פסיקתו של בג"צ בעניין חוק ההסדרה (בג"צ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (9/6/2009)) ניתן להניח שבלי השינויים המוצעים בהפיכה המשטרית הניסיון להכשיר את כל "ההתיישבות הצעירה" ייכשל.

⁴ ראו נתונים על פגיעות בפלסטינים מצד מתנחלים בחודשים האחרונים באתר של משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטריים: <https://www.ochaopt.org/poc/30-may-12-june-2023>; עמירה הס, "אלימות המתנחלים בגדה אינה מחדל, היא מדיניות ארוכת שנים", הארץ, 30/6/2023.

⁵ יניב קובוביץ והגר שיזף, "בכירים במערכת הביטחון: הממשלה מחבלת במאמצים להתמודד עם אלימות המתנחלים", הארץ, 27/6/2023. אחרי ביטול חוק ההתנתקות ביחס לצפון הגדה המערבית הוציא אלוף הפיקוד צו שאסר את העלייה לאתר של חומש, התנחלות שפונתה במסגרת ההתנתקות. כאשר הצבא ביקש לפעול נגד הפעולה הבלתי חוקית של המתנחלים להתיישב במקום הוא קיבל הוראה מן הדרג המדיני לא לפעול בעניין: עמוס הראל, "מול הממשלה שלא עוצרת באדום בוחק, בחומש צה"ל היה צריך למר: עד כאן" הארץ 30/5/2023.

⁶ אלישע בן קימון, "בן גביר קורא להקמת עוד מאחזים בלתי-חוקיים? "רוצו אל הגבעות" ", Ynet, 23/6/2023.

מורשים ולהקמת מאחזים נוספים, שמוביל השר בצלאל סמוטריץ'.⁷ יש המצביעים על קשר ישיר בין ההתנכלויות לבין המטרה להשתלט על קרקעות נוספות של פלסטינים בגדה המערבית.⁸

בפתח הדיון ראוי להדגיש כי המשטר הישראלי בשטחים איננו משטר דמוקרטי, אלא משטר של "כיבוש" או "תפיסה לוחמתית" (belligerent occupation). במשטר זה כל סמכויות השלטון מרוכזות בידי המפקד הצבאי האמור לפעול עפ"י הכללים הנוגעים בדבר של המשפט הבין לאומי. הגם שמשטר זה איננו נשען על ערכים דמוקרטיים, הוא חייב לעמוד בדרישות שלטון החוק, במובנו המינימליסטי – דהיינו כפיפות השלטון למשטר המשפטי המחייב אותו, ובמילוי חובותיו עפ"י משטר זה. כן ראוי להדגיש שהפלסטינים תושבי השטחים אינם מיוצגים במערכת השלטונית הישראלית להם כפופים,⁹ וההגנה היחידה העומדת להם כיום היא הגנה משפטית דרך ביקורת שיפוטית על רשויות המנהל והממשל. הגבלה נוספת של הביקורת השיפוטית על פעולות של הרשויות בשטחים הפוגעות בזכויותיהם, שגם כיום מצומצמת למדי, תשאיר אותם נעדרי הגנה על חייהם ורכושם מפני שרירות שלטונית.

ב. הפוגרומים בחווארה, תורמוס עיא ואום ספא

הפוגרום בחווארה זעזע את הציבור בישראל בשל חומרתו והתמיכה בו מצד מנהיגי ציבור, ובראשם שר האוצר בצלאל סמוטריץ' שהינו גם שר במשרד הביטחון האחראי למנהל האזרחי בשטחים.¹⁰ אולם, הפוגרום שבוצע בחווארה ביום 26.2.2023 בעקבות הרצח של שני האחים הלל ויגל יניב בפיגוע בצומת חווארה באותו היום, איננו המקרה הראשון שבו הצבא איננו מתערב כדי למנוע פגיעה בפלסטינים וברכושם. ההיפך הוא נכון: מקרה זה מתיישב עם דפוס פעולה של הרשויות בגדה המערבית לפחות מאז תחילת שנות השמונים.

אחרי הפוגרום בחווארה עשרים ושניים מרצים למשפט בין לאומי כתבו מכתב ליועצת המשפטית לממשלה ולפרקליטה הצבאית הראשית שבו עמדו על חובותיו של המפקד הצבאי בשטחים להגן על התושבים הפלסטינים ולחקור ולהעמיד לדין את כל אלה שהיו אחראים לפוגרום. בתשובה למכתב זה הכירה הפרקליטה הצבאית הראשית בכשל המערכתי שהוביל לאי-מניעת הפוגרום בחווארה. היא טענה כי לצבא "לא היה מידע מקדים על כוונה או היערכות לבצע אירועים בהיקף ובעצימות החמורים שהתרחשו". הפצ"רית הוסיפה כי בעקבות תחקיר על האירוע הופקו לקחים. היא ציינה כי "בפרט הורה הרמטכ"ל על הפקת לקחים לטובת היערכות מיידיית מבחינת כוחות ומודיעין במרחבים מועדים לפשיעה לאומנית, לאחר פיגועים בגזרה" (ההדגשה במקור).¹¹

⁷ עמוס הראל, לעיל ה"ש 5.

⁸ עמירה הס, לעיל ה"ש 4.

⁹ להבדיל מהמתנחלים המתגוררים גם הם בשטחים אלה, שהינם אזרחי ישראל בעלי זכות בחירה ולהם נציגים בכנסת, בממשלה, בבתי המשפט וברשויות השלטון השונות הפועלות בשטחים, לפלסטינים תושבי השטחים אין זכות בחירה ואין ייצוג באף אחת מרשויות השלטון הישראלי לו הם כפופים.

¹⁰ סיווג ההתפרעות בחווארה כ"פוגרום" משקף את העמדה שהביע [אלוף פיקוד המרכז, יהודה פוקס, בראיון טלוויזיה מיום 28/3/2023](https://twitter.com/Eliaav/status/1671531195908145158?s=20). <https://twitter.com/Eliaav/status/1671531195908145158?s=20>

¹¹ למכתב הפצ"רית ראו <https://twitter.com/Eliaav/status/1671531195908145158?s=20>

ביום רביעי 21/6/23 שוב ביצעו מתנחלים פשעים חמורים בעירות פלסטיניות בגדה. בעקבות הרצח של ארבעה ישראלים בהתנחלות עלי, כ-200 מתנחלים פשטו על העיירה תורמוס עיא ושרפו בתים ומכוניות.¹² בתגובת דובר צה"ל שוב נאמר כי לא היה מידע מקדים על ההתפרעות, ובכל מקרה אין לצה"ל הכוחות גם להילחם בטרור וגם להגן על הפלסטינים כנגד פגיעות מצד מתנחלים.¹³ בלילה של 21/6/23 כ-100 מתנחלים השחיתו חנויות והציתו בתי עסק, כלי רכב, תחנת דלק, שדה חיטה, עצי זית ומגרש גרוטאות במרחב הכפר לובן א-שרקיה,¹⁴ ביום חמישי 22/6/23 מתנחלים ניתקו את החשמל, הציתו בית ספר וניסו להצית בתים בכפר עוריף,¹⁵ וביום שבת 24/6/23 עשרות מתנחלים הציתו מכוניות ובתים בכפר אום ספא.¹⁶

בכל המקרים הללו הצבא לא היה ערוך למנוע את ההתפרעויות ואת הפגיעה בפלסטינים וברכושם. בעוד שמאות אנשים השתתפו בפרעות דווח על מעצרים של חשודים בודדים בלבד.¹⁷ זאת ועוד: כאשר חיילים הגיעו למקום הסתפקו במקרה הטוב בהשלכת רימון עשן, במקום לעצור את המתפרעים כדי למנוע את המשך ביצוע מעשי האלימות לאלתר.¹⁸ יש לשאול, אפוא, איזה לקחים הופקו "לטובת היערכות מיידיית מבחינת כוחות ומודיעין במרחבים מועדים לפשיעה לאומנית, לאחר פיגועים בגזרה"? אף לא אחת מהאפשרויות להצדיק את פעולת הצבא לנוכח הפרעות האלימות כשרה: האפשרות האחת היא שבפועל לא הופקו לקחים כלל; האפשרות השניה היא שהצבא איננו מסוגל לבצע את הוראות הרמטכ"ל ולמנוע התקפות אלימות של אזרחים; האפשרות השלישית היא, שהצבא מבין כי המתנחלים המתפרעים זוכים לגיבוי מן המערכת הפוליטית ולכן אל לו לפעול לבלום אותם.¹⁹ אישוש מסוים לאפשרות השלישית ניתן בדיווח שפורסם בעיתון הארץ מיום 27/6/2023 בו נכתב כי קציני צבא בכירים מתלוננים כי המערכת הפוליטית בולמת פעולה שלהם נגד המתנחלים הפורעים ומונעת מהם להזרים כוחות נוספים לשטח.²⁰

ג. אפיון ההתקפות וחומרת האיום בעת הנוכחית

¹² לתיאור הפוגרום בתורמוס עיא ראו הגר שיזף, ג'קי חורי ויניב קובוביץ, "[כ-200 מתנחלים הציתו בתים ומכוניות בתורמוס עיא; פלסטיני נהרג מאש שוטרים](#)", הארץ, 21/6/2023; אורן זיו, "[מתנחלים הציתו את הבית. התבאנו בשירותים](#)", [עדייות מתורמוס עיא](#)", שיחה מקומית, 2/7/2023.

¹³ הגר שיזף, ג'קי חורי ויניב קובוביץ, שם.

¹⁴ יואב זיתון, אלישע בן קימון, עינב חלבי, "[שמשות חנויות נופצו, שדות וכלי רכב נשרפו | תיעוד מנזקי הפרעות ביו"ש](#)", Ynet, 21/6/2023.

¹⁵ הגר שיזף, "[תושבי עוריף: מתנחלים הציתו ביי"ס וניסו להצית מסגד; מאחז הוקם ליד עלי](#)", הארץ, 22/6/2023.

¹⁶ הגר שיזף וג'קי חורי, "[עשרות מתנחלים תקפו פלסטינים והציתו רכוש באום ספא, מתפרעים ירו בנשק לעבר הכפר](#)", הארץ, 24/6/2023.

¹⁷ שם.

¹⁸ ראו סרטון בציוף של אורן זיו מיום 22/6/2023: https://twitter.com/OrenZiv_/status/1671860993880645634?s=20

¹⁹ ראו עמוס הראל, "[הפורעים בגדה הבינו: הגרעין הקשה בממשלה תומך בהם, ונתניהו מעלים עין](#)", הארץ, 26/06/2023.

²⁰ ראו את הדיווח של יניב קובוביץ והגר שיזף, הערה 5 לעיל.

התנהגות כוחות הביטחון בפוגרום בחווארה ובהתקפות האחרונות מעוררת דאגה עמוקה. התנהגות זו מחזקת את החשש שמעל התושבים הפלסטינים בגדה המערבית מרחפת סכנה ברורה ומיידית לביטחונם, לרכושם ואף לחייהם. זאת, היות וכוחות הביטחון הישראליים – הממשיכים להחזיק כיום בסמכויות הביטחון בשטחים אלה – אינם מספקים הגנה לביטחונם הפיזי של תושבי האזור הפלסטינים, בה בעת שהם שוללים מהם ו/או מהרשות הפלסטינית את האפשרות להתארגן כדי להגן על עצמם.

במוצאי שבת, 24/6/2023, פרסמו הרמטכ"ל, ראש השב"כ ומפכ"ל המשטרה הודעה משותפת בה גינו את ההתפרעויות של המתנחלים וסיווגו אותן כפעולות טרור. בהמשך ההודעה נאמר כי "כוחות הביטחון פועלים אל מול אותם פורעים, תוך סיכון חייהם של חיילי צה"ל, שוטרי משטרת ישראל ומשרתי שירות הביטחון הכללי".²¹ הודעה זו מטעם ראשי כוחות הביטחון של ישראל היא משמעותית, באשר יש בה הכרה נחוצה בכך שמדובר במעשים שהם בגדר פעולות טרור.²² בד בבד, היא מחדדת את חומרתו של המחדל עד כה לפעול למנוע התקפות אלו, ולהעמיד לדין את החשודים בהשתתפות בהן.

הגם שהמחדל באכיפת החוק על מתנחלים בשטחים אינו חדש, הרי שאנו מזהים בעת הנוכחית איום מסדר גודל חדש, ואתגר חדש לכוחות הביטחון: כיצד יבחרו מפקדי הצבא וכוחות הביטחון לפעול לנוכח גיבוי ועידוד להן זכות פריעת חוק והתקפות כלפי פלסטינים מצד גורמים בכירים בממשלה הנוכחית, וזאת במיוחד, כאשר המערכות השלטוניות האמונות על שלטון החוק – בראשן מערכת הייעוץ המשפטי ומערכת בתי המשפט – מצויות תחת התקפה חסרת תקדים מצד אותה ממשלה עצמה?

נוכח מצב דברים זה, **אנו עומדים בנייר עמדה זה על החובה המשפטית של כוחות הביטחון הישראליים, ושל מפקדי כוחות הביטחון באופן אישי, לפעול באופן מידי ונחוש לשינוי מערכתי עמוק ורחב שמטרתו היערכות אפקטיבית להגנה על התושבים הפלסטינים מפני התקפות עליהם.** בהיעדר שינוי שכזה בזמן המידי, נכון יהיה להניח שישראל איננה מסוגלת ו/או איננה מתכוונת לעמוד במחויבותה המשפטית הראשונה והבסיסית ביותר כלפי האוכלוסייה המוגנת בשטח כבוש – מתן הגנה לחיים ולשלמות הגוף.

בחלקים הבאים של נייר העמדה נעמוד על המסגרת המשפטית החלה בשטחים, על חובתו של המפקד הצבאי לפי מסגרת זו להגן על האוכלוסייה המקומית באזור, ועל הכשלים במילוי חובתו זו שנחשפו הן בדו"חות רשמיים הן בדוחות של ארגונים לזכויות אדם. נעמוד גם על ההשלכות המשפטיות – במישור הקולקטיבי והאישי – העולות להיות להמשך הכשל של הרשויות להגן על האוכלוסייה הפלסטינית בגדה המערבית.

ד. המשטר המשפטי בגדה המערבית

1. תפיסה לוחמתית (belligerent occupation)

עם כניסת צה"ל לשטחים בשנת 1967 הוציאו המפקדים הצבאיים בכל שטח ושטח שנתפס במלחמה שני מנשרים וצו בדבר הוראות ביטחון. במנשר אחד הוכרז כי צה"ל נכנס לאזור ונטל לידיה את השליטה וקיום הביטחון והסדר הציבורי באזור;²³ במנשר השני הוכרז כי כל סמכות של שלטון, חקיקה, מינוי ומנהל לגבי

²¹ יואב זיתון, אלישע בן קימון, איתמר אייכנר, "הרמטכ"ל, ראש השב"כ והמפכ"ל: המתקפות נגד פלסטינים חפים מפשע – טרור לאומני, נלחם בפושעים", 24/6/2023 Ynet.

²² "מעשה טרור" מוגדר בחוק המאבק בטרור, תשע"ו-2016 עליו אנו עומדים בהמשך.

²³ מנשר מס' 1, מנשר בדבר נטילת השלטון בידי צה"ל, 7 ביוני 1967.

האזור ותושביו תהיה מעתה נתונה בידיו של המפקד הצבאי בלבד.²⁴ בצו בדבר הוראות ביטחון, שהוכן מראש למקרה שייתפסו שטחים במלחמה, נאמר במפורש כי בתי המשפט הצבאיים שהוקמו על פיו לשפוט אנשים המואשמים בעבירות ביטחון, יפעלו עפ"י אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה, וכי במקרה של סתירה בין האמנה לבין צו צבאי הוראות האמנה גוברות.²⁵

במנשרים וצו אלה נתן צה"ל ביטוי להכרתו בכך כי שטח הגדה המערבית שנתפס במלחמה נחשב כשטח כבוש עליו חלים דיני כיבוש במשפט הבין לאומי. המנשרים הללו מעולם לא בוטלו. אמנם ההוראה בצו בדבר הוראות ביטחון בעניין היזקקות בתי המשפט הצבאיים לאמנת ג'נבה בוטלה, אבל הצו בדבר הוראות ביטחון, על שינויי הרבים, נשאר גם הוא בתוקף עד היום הזה.

המנשר שבו הכריז המפקד הצבאי כי צה"ל אחראי לקיום הביטחון והסדר הציבורי באזור שנתפס במלחמה נשען על ההוראה המרכזית בעניין חובותיה של מדינה כובשת בשטח כבוש. הוראה זו מופיעה בסעיף 43 לתקנות האג בדבר מלחמה ביבשה, 1907 הנחשבות כחלק מן המשפט הבין לאומי המנהגי המחייב את כל המדינות, וגם מהווה חלק מן הדין הפנימי של מדינת ישראל. בהתייחסו לתקנה 43 בית המשפט העליון אמר:

תקנה זו הוכרה כהוראת מסגרת מעין-חוקתית של דיני התפיסה הלוחמתית, הקובעת מסגרת כללית לאופן הפעלת חובותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי בשטח הכבוש.²⁶

תקנה 43 קובעת:

בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין.

תקנה 43 נשענת על הגדרת שטח כבוש המופיעה בתקנה 42. לפי תקנה אחרונה זו שטח נחשב כשטח כבוש "כאשר הוא נמצא תחת שלטון צבא עוין". ואכן הדעה האחידה של הקהילה הבין לאומית משנת 1967 ועד היום היא ששטח הגדה המערבית נחשב כשטח כבוש עליו חלים דיני הכיבוש הבין לאומיים. קיימות עשרות החלטות של העצרת הכללית של האו"ם ושל מועצת הביטחון שעמדו על חובותיה של ישראל כמדינה כובשת, ביניהן חובתה לכבד את הוראותיה של אמנת ג'נבה הרביעית,²⁷ עליה נעמוד בהמשך. בחוות דעתו על השלכות בניית הגדר בשטחים בית הדין הבין לאומי לצדק קבע גם הוא כי הגדה המערבית היא שטח כבוש שבו חלה

²⁴ מנשר מס' 2, מנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט, 7 ביוני 1967.

²⁵ צו בדבר הוראות ביטחון (אזור הגדה המערבית), תשכ"ז – 1967, סעיף 35.

²⁶ בג"צ 2164/09 יש דין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (26/12/2019) פסקה 8.

²⁷ ראו, למשל, החלטות מועצת הביטחון מס' 465 (1/3/1980); מס' 484 (19/12/1980); מס' 2334 (23/12/2016).

אמנת ג'נבה הרביעית.²⁸ זאת גם דעתה של הוועדה הבין לאומית של הצלב האדום,²⁹ ושל מדינות החברות באמנת ג'נבה הרביעית.³⁰

מעמדה של הגדה המערבית כשטח כבוש מהווה הנחת היסוד של נציגי הממשלה המופיעים בבית המשפט העליון כדי להגן על מעשי הרשויות בגדה המערבית. בעקבות עמדתם זו של נציגי המדינה קבע בית המשפט העליון בצורה נחרצת כי המשטר המשפטי החל בגדה המערבית הוא משטר של "תפיסה לוחמתית" (belligerent occupation). וכך הוצג העניין בפסק הדין המשותף של 10 שופטים בפרשת ההתנתקות. בהתייחסם למעמד הגדה המערבית וחבל עזה השופטים כתבו:

... על-פי תפיסתן המשפטית של ממשלות ישראל לדורותיהן כפי שהוצגה בפני בית המשפט העליון – תפיסה שנתקבלה על-ידי בית-המשפט העליון לדורותיו – מוחזקים אזורים אלה על-ידי מדינת ישראל בדרך של "תפיסה לוחמתית" (Belligerent Occupation). משמעותה של תפיסה משפטית זו היא כפולה: ראשית, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים באזורים אלה. שנית, המשטר המשפטי החל באזורים אלה נקבע על-ידי כללי המשפט הבין לאומי הפומבי, ובמרכזם הכללים העוסקים בתפיסה לוחמתית.³¹

2. הדין הבין לאומי החל בשטח כבוש

הדינים החלים בשטח הנתון למשטר של תפיסה לוחמתית או כיבוש, מאוגדים בשני מסמכים בין לאומיים: תקנות האג בדבר מלחמה ביבשה, 1907, ואמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בזמן מלחמה, 1949. זמן קצר אחרי מלחמת ששת הימים הופיע הפצ"ר דאז, מאיר שמגר, לפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת כדי להסביר לחברי הכנסת מה הדין החל בשטחים שנכבשו ע"י צה"ל באותה מלחמה. מר שמגר התייחס לשני המסמכים הללו. הוא הסביר לחברי הכנסת כי ישראל חתמה על אמנת ג'נבה ואישררה אותה. באשר לתקנות האג מר שמגר אמר כי מדינת ישראל "לא הספיקה" לאשרר אותן אך הם "מכילים כללים המחייבים כל מדינה בת תרבות."³²

עם הזמן, מסיבות עליהן לא נעמוד כאן, הממשלה הביעה ספק אם אמנת ג'נבה חלה במקרה הספציפי של הגדה המערבית, אך הכריזה כי בכל מקרה מדינת ישראל תכבד את הוראותיה ההומניטריות של האמנה. בית המשפט העליון ייחס משמעות משפטית להכרזה זו. באשר לתקנות האג לא העלתה הממשלה ספק בדבר תחולתם. בית המשפט העליון ציין כי מעולם לא הייתה מחלוקת כי תקנות האג חלות בגדה המערבית ובחבל

ICJ, Advisory Opinion, The Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory [2004] ICJ Rep 136.²⁸

Peter Maurer, "Challenges in International Humanitarian Law: Israel's Occupation Policy" (2012) 94 International Rev of the Red Cross 1503, 1506.²⁹

Matthias Lanz, Emilie Max and Oliver Hoehne, "The Conference of the High Contracting Parties to the Geneva Conventions of 17 December 2014 and the Duty to Ensure Respect for International Humanitarian Law" (2014) 96 Int Rev of the Red Cross 1115.³⁰

³¹ בג"צ 1661/05 מועצה אזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל (9/6/2005) פסקה 3.

³² פרוטוקול ישיבה 126 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-6, 2 (5/7/1967).

עזה.³³ נכון אמנם כי בית המשפט העליון מעולם לא קבע פורמלית כי אמנת ג'נבה הרביעית חלה על פעולות הרשויות בגדה המערבית,³⁴ אך הוא הסביר כי אין צורך בקביעה כזו מכיוון שלאור הצהרת הממשלה כי מדינת ישראל תכבד את הוראותיה ההומניטריות בית המשפט ממילא פוסק עפ"י האמנה.³⁵

מערכת דינים נוספת החלה בשטחים אלה הינה משפט זכויות האדם הבינלאומי.³⁶ גם מכוח מערכת דינים זו, חלה חובה על השלטון הצבאי בשטח כבוש להגן על אזרחים.³⁷

3. חובות המפקד הצבאי

משטר של כיבוש איננו משטר אידיאלי, אלא אילוץ שנוצר במלחמה. כתוצאה של פלישת צבא עוין לשטח האויב, והשתלטותו עליו, השלטון שמשל בשטח לפני הפלישה איננו יכול למלא את תפקידיו. מכיוון שאין להשאיר את השטח ללא ממשל מתפקד המשפט הבין לאומי מחייב את הצבא הכובש למלא את תפקידיה הבסיסיים ביותר של כל ממשלה – והם הבטחת הסדר הציבורי והחיים הציבוריים של האוכלוסייה השטח. כפי שראינו לעיל, חובה זו עוגנה בסעיף 43 לתקנות האג הנחשבות, כאמור לעיל, כחלק מן המשפט המינהגי המחייב את כל המדינות.

אמנת ג'נבה הרביעית 1949 לא באה לגרוע מתקנות האג אלא לפרט את חובותיה של המדינה הכובשת כלפי אזרחים החיים בשטח הכבוש. האמנה קובעת כי כל מי שמוצא את עצמו בשטח כבוש (מלבד אזרחיה של המדינה הכובשת, שהאמנה אינה מתערבת ביחסים בינם לבין מדינתם), נחשב כ"אדם מוגן". סעיף 27 לאמנה קובע:

³³ בג"ץ 1661/05 חוף עזה, ה"ש 31, פסקה 4.

³⁴ ואולם ראו את אמרתו של השופט ויתקון: "טעות היא לחשוב (כפי קראתי לא מזמן באחד העיתונים) כי אמנת ג'נבה אינה חלה על יהודה ושומרון. היא חלה, אף כי, כאמור לעיל, אין היא "שפיטה" בבית-משפט זה." בג"ץ 370/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1)1, 29 (אלון מורה).

³⁵ בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 73 לפסק הדין של הנשיא ברק (2004). וראו גם דורית בניש, "שלטון החוק בתקופת לחימה" 17 משפט וצבא (התשס"ד) 19, 30. הנשיאה בייניש הסבירה כי "בית המשפט אינו מתלבט עוד בשאלת מעמדה ותחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית."

³⁶ ראו חוות הדעת המייעצת של בית המשפט הבינלאומי לצדק בעניין החומה, ה"ש 29 לעיל, בסעיפים 102-112, 136 לחוות הדעת. עמדה זו משקפת את עמדתם של מוסדות בינלאומיים רבים, ובכלל זאת, הוועדות האמונות על יישומן של אמנות זכויות אדם אלה. הכרה בחובותיו של השלטון להגן על זכויות האדם של התושבים הפלסטינים בשטחים אלה מצויה גם בפסיקתו של בית המשפט העליון, ראו למשל פסק הדין שניתן עוד בשנת 1988 בעניין ארגיוב (בג"ץ 87/85 ארגיוב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ויהושומרון; ראו גם בג"ץ 540/84 מוסטפא נ' מנהל בית הסוהר; בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית. הגם ששאלת תחולתן הפורמלית של אמנות זכויות האדם הבינלאומיות נותרה שנויה במחלוקת בפסיקה, הרי שבכמה הזדמנויות הסתמך בית המשפט העליון ישירות על האמנות הבינלאומיות בנוגע לדינים החלים בשטחים. דוגמא מרכזית לכך היא פסק הדין בעניין מרעב (בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (2003)). לניתוח הנושא ראו אצל אליאב ליבליך, "בין הפרדיגמות: חוקיות הוראות הפתיחה באש בגבול עזה על פי הדין הבינלאומי לאור פסיקתו של בית המשפט העליון", עיוני משפט מג, 2020, 335, 350-352; עמיחי כהן, יובל שני, "כיבוש, סיפוח וחוק ההסדרה", פורום עיוני משפט מה, תשפ"ב, עמ' 1; David Kretzmer and Yaël Ronen, *The Occupation of Justice: The Supreme Court and the Occupied Territories* (2nd ed, OUP 2021) ch. 5

³⁷ החריג להגנה על אזרחים הוא כאשר הם נוטלים חלק ישיר בלחימה. לפרשנותו של סייג זה ראו: בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (14/12/2006).

אנשים מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגייהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי, **והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשה אלימות או איומי אלימות, ומפני עלבונות וסקרנות הרבים.** (ההדגשה שלנו)

חובה זו באה בנוסף להוראה הכללית בסעיף 43 לתקנות האג המחייבת את המפקד הצבאי להבטיח את הסדר הציבורי בשטח הכבוש. הזכויות המנויות באמנת ג'נבה הן זכויות שהמפקד הצבאי בשטח הכיבוש חייב לכבד בכל הנסיבות. האמנה קובעת במפורש כי חובת המפקד הצבאי לכבד זכויות אלו חלה כל עוד הכיבוש נמשך. אנשים מוגנים אינם יכולים לוותר על זכויותיהם,³⁸ וברור כי המפקד הצבאי אינו יכול להשתחרר מחובותיו ע"י אצילת סמכויותיו לגוף אחר. כך, למשל, מתן סמכויות למשטרת ישראל לטפל בעבירות של ישראלים בשטחים, מהווה חלוקת סמכויות פנימית אך איננה משחררת את המפקד הצבאי ממילוי חובותיו כלפי האוכלוסייה הפלסטינית. הצבא אינו רשאי לעמוד מנגד כאשר ישראלים פוגעים בפלסטינים, בטענה כי על משטרת ישראל לטפל בעניין.

חובת המפקד הצבאי להגן על האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים נדונה במספר פסקי דין של בית המשפט העליון. פסק הדין המרכזי הוא פסק הדין בעניין מוראר.³⁹ במקרה זה נדון איסור שהוטל על פלסטינים להגיע אל אדמותיהם החקלאיות. האיסור הוטל לאחר התנכלויות אלימות רבות של ישראלים באזור על פלסטינים עת האחרונים בקשו לעבד את אדמותיהם. המפקד הצבאי ביקש להצדיק את איסור הגישה לאדמותיהם ברצון להגן על הפלסטינים. בית המשפט עמד על חובתו של המפקד הצבאי להגן על חייהם וקניינם של כל מי שנמצאים בשטחים הנתונים למרותו, כאשר בית המשפט משען חובה זו בראש ובראשונה על סעיף 43 לתקנות האג שהוזכר לעיל. בית המשפט הכיר בכך שבמילוי חובתו זו עלול המפקד הצבאי לפגוע בזכויות של פלסטינים או ישראלים, כגון זכות הקניין וחופש התנועה. בית המשפט קבע כי על המפקד הצבאי לפתור התנגשות זו בין חובתו להגן על הסדר הציבורי לבין הזכויות שייפגעו בהיזקקות למבחן המידתיות. במקרה זה בית המשפט קבע כי האיסור שהוטל על הפלסטינים לגשת לאדמותיהם אינו עומד במבחני המשנה שנקבעו לבחינת מידתיות של צעד שלטוני. בראש ובראשונה האיסור אינו עומד במבחן המשנה הראשון, שלפיו יש להראות כי יש קשר רציונלי בין תכלית הצעד לבין האמצעי שנקט. כפי שהסבירה הנשיאה ביניש:

סגירתם של השטחים האמורים בפני החקלאים הפלסטינים על מנת להתמודד עם האיום האמור אינה רציונלית שכן מדובר בצעד בלתי הוגן באופן קיצוני שמשמעותו היא פגיעה חמורה בזכויות בסיסיות תוך כניעה לאלימות ולמעשי עבריינות.⁴⁰
(ההדגשה שלנו)

בית המשפט המשיך וקבע כי האמצעי שנקט המפקד הצבאי להגן על הפלסטינים גם אינו עומד בשני מבחני המשנה האחרים של המידתיות "כי בנסיבות הענין אף ברור כי האמצעי הננקט אינו האמצעי שפגיעתו היא

³⁸ סעיפים 7, 8 ו-47 לאמנת ז'נבה הרביעית.

³⁹ בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (26.6.2006).

⁴⁰ שם, פסקה 25.

הפחותה ביותר וכי נקיטתו אינה עומדת ביחס ראוי לתועלת שתצמח הימנו (שני מבחני המידתיות הנותרים).⁴¹

בחלק מן המקרים שבהם מתנחלים פגעו בפלסטינים לא רק שהצבא לא נקף אצבע בזמן אמת כדי להגן על הפלסטינים, אלא שהיו חיילים באזור שעמדו בצד, פעלו נגד הפלסטינים ולא נגד המתפרעים ואפילו נטלו חלק ישיר בפגיעות בפלסטינים.⁴² שאלת אחריותו של מפקד צבאי הנוכח בעת שחיילים פוגעים בפלסטינים נדונה בבית הדין הצבאי לערעורים במקרה של קצין המינהל האזרחי שעמד מנגד כאשר חיילים פגעו בפלסטינים. בית הדין הצבאי קבע כי גם אם הקצין לא היה המפקד הישיר של אותם חיילים, מעמדו כקצין חייב אותו להתערב כדי להפסיק את הפעילות הבלתי חוקית של החיילים.⁴³ אותו כלל יחול על מפקד שאינו מתערב כדי לחייב חיילים המצויים בסביבה למלא את חובתם המשפטית להגן על פלסטינים המותקפים ע"י מתנחלים.

לצערנו נראה כי רשויות השלטון לא הפנימו את הדברים הברורים שנקבעו בבית המשפט ובבית הדין הצבאי. לפי דיווחים שונים מחדלי כוחות הביטחון לא מתמצים באי-מתן הגנה לתושבים הפלסטינים בזמן הפרעות בחווארה, אלא ממשיכים גם לאחריהן. אחרי הפרעות בחווארה, שבוצעו ע"י ישראלים, המפקד הצבאי הטיל הגבלות על התושבים הפלסטינים של העיירה, וזאת שוב בטענה כי הגבלות אלו דרושות כדי להגן על הקורבנות.⁴⁴ לא בוצעו פעולות חקירה מיידיות כדי לאסוף ראיות על נסיבות הריגתו של פלסטיני שנורה בבטן ומת מפצעיו, וגם כאשר קרוביו של ההרוג ביקשו להגיע לתחנת המשטרה הקרובה כדי להגיש תלונה, הקשו עליהם להגישה.⁴⁵ אחרי ההתפרעויות האחרונות בתורמוס עיא, בית עוריף ואום ספא שבהן השתתפו מאות מתנחלים מיישובים סמוכים לא דווח על מעצרים של מתפרעים.

⁴¹ שם, פסקה 26.

⁴² ראו, למשל, דיווח על התפרעות של מתנחלים בדיר דבוואן ביום 23/4/2023. במקרה זה מתנחלים תקפו רועים פלסטינים וכאשר הפלסטינים ביקשו להגן על עצמם ועל רכושם חיילים פעלו נגד הפלסטינים ולא נגד המתפרעים. https://www.btselem.org/hebrew/settler_violence_updates_list#214990; אירוע בכפר כיפל חארס מיום 16/4/2023. במקרה זה מתנחלים נכנסו לכפר בליווי חיילים. לפי הדיווח כאשר פלסטינים ביקשו מן החיילים להגן עליהם כנגד מתנחלים שניפצו שמשות בבתים החיילים זרקו רימוני הלם על הפלסטינים https://www.btselem.org/hebrew/settler_violence_updates_list#215029 וראו גם את התיאורים של פרופסור דוד שולמן בספרו David Shulman, Freedom and Despair, Notes from the South Hebron Hills University (of Chicago Press, 2018), Chapter 2. שולמן מתאר מקרים שבהם חיילים נטלו חלק פעיל בפעולות של מתנחלים לנישול פלסטינים מאדמתם. דיווחים מן השטח בזמן הפוגרום בחווארה מראים כי בזמן הפרעות היו במקום חיילים. חלק מחיילים אלה עמדו בצד ולא נקטו בפעולות כדי להפסיק את ההתפרעות, ואפילו עמדו לצדם של המתנחלים כאשר אלה האחרונים ביצעו ירי לעבר הפלסטינים. ראו הגר שיזף, "תיעוד: הפלסטיני שנהרג בזמן הפרעות בחווארה נורה בנוכחות חיילים", הארץ 5/3/2023; אורן זיו ויובל אברהם, "תיעוד הירי הקטלני בפלסטיני בחווארה: חיילים עמדו עם מתנחלים", שיחה מקומית 4/3/2023.

⁴³ ע/78/88 רס"ר דנינו נ' התצ"ר, פד"ץ 1988 227.

⁴⁴ ראו הדיווח מ-2/3/2023 של יובל אברהם. https://twitter.com/yuval_abraham.

⁴⁵ שם.

ה. הימנעות כוחות הביטחון מהגנת פלסטינים ומאכיפת החוק נגד מתנחלים הפוגעים בהם

השלמת הרשויות בשטחים עם אלימות מתנחלים, ואי אכיפת החוק נגדם, איננה תופעה חדשה. תופעה זו מלווה את הכיבוש לפחות מאז תחילת שנות השמונים, כאשר ההתיישבות האידיאולוגית של יהודים בשטחים קיבלה תנופה.

ואולם, מה שאנו עדים לו בחודשים האחרונים מצביע על סכנה מסדר גודל חדש לשלטון החוק בשטחים. מעבר להקצנה והרחבה של ההתקפות האלימות הללו אנו מזהים סכנה ממשית הנובעת מהעידוד לו זכות התקפות נפשעות אלה מצד גורמים בכירים בממשלה הנוכחית. בצד הזלזול הבוטה בחובותיה המשפטיות והמוסריות של המדינה כלפי פלסטינים הנתונים לשליטתה, עומדת התכנית להחלשה של המערכות השלטוניות האמונות על שלטון החוק – בראשן מערכת הייעוץ המשפטי ומערכת בתי המשפט – כמהלך המערער מן היסוד את שלטון החוק בשטחים.

בשנת 1981 הגיעה פרשת בית הדסה לבית המשפט בפעם הראשונה. בית הדסה הוא בניין במרכז העיר חברון שהיה בבעלות יהודית לפני מלחמת תש"ח. אחרי שחברון עברה לשליטת ירדן עבר הבניין לממונה על רכוש האויב הירדני. הלה השכיר את הבניין לארגון שהשכיר חנויות בבנין לסוחרים. אחרי שהליכוד עלה לשלטון בשנת 1977 הופעל לחץ על הממשלה לאפשר ליהודים להתיישב בחברון, ובמיוחד בבית הדסה. קבוצה של נשים יהודיות נכנסו לקומה העליונה בבניין וסרבו להתפנות מן הבניין. הממשלה נכנעה ללחץ והחליטה על הקמת ישיבה בבניין. יועצים משפטיים בכירים הזהירו שיש לוודא כי יישוב יהודים בבניין לא יפגע בסוחרים בקומת הקרקע של הבניין. בשנת 1981 פנו כמה תושבי חברון, וביניהם אחד מבעלי החנויות בבית הדסה, בעתירה לבג"ץ בה ביקשו צו לסילוק המתנחלים מן הבניין. העותרים הביאו ראיות לפני בית המשפט – שקבע כי הן נראות לו כבדות משקל – על התנכלות המתיישבים לדיירי הבניין הפלסטינים. כך, למשל, הראו שהתושבים בקומה העליונה גרמו נזק לתקרה של החנות שלהם, סחורה נעלמה מן החנות ובעל החנות התלונן כי המתנחלים דחפו אותו והאיצו בו למסור להם את חנותו. בית המשפט ציין כי התלונה בעניין זה לא זכתה לטיפול מתאים. באת כוח המדינה הבטיחה כי יינקטו צעדים להגן על דיירי הבניין הפלסטינים ושהתלונות ייחקרו, ובית המשפט החליט להסתפק בהבטחה זו ולא להוציא צו על תנאי בעניין. עם זאת, בית המשפט ראה לנכון להעיר:

אין ספק, שתפקידו העיקרי של הריבון בשטח מוחזק הוא לשמור על החוק והסדר.

זאת עליו לעשות גם בהעדר כל תלונה מצד תושבי המקום. אולם, בד בבד, חשוב להבהיר לתושבים, שזכותם וחובתם להגיש תלונה כל אימת שמתנכלים להם, לעמוד על כך שזו תיבדק וכן, שיינקטו צעדים, המתבקשים מן המסקנות שיוסקו.

רק משהצהירה לפנינו פרקליטתם המלומדת של המשיבים, שתיק החקירה בעניין החנות נפתח מחדש, וכי ניתנו הוראות להתייחס במלוא כובד הראש להפרות סדר הטוב, שוב לא ראינו טעם להוציא צו-על-תנאי בנושא התלונות. רוצים אנו להאמין, שמעתה יהיה הטיפול יעיל, וכי עבריינים יועמדו לדין. רק בדרך זו יש יסוד לתקווה, שהרוחות יירגעו, והסדר ישוב על כנו.⁴⁶

⁴⁶ בג"ץ 175/81 אל נתאשה נ' שר הביטחון, פסקה 2 (19/5/1981).

בעקבות התחייבות המדינה בבג"צ הנ"ל הוקם צוות מעקב אחרי טיפול במידע על אלימות מתנחלים בשטחים. ואולם ברור כי לצוות הזה לא הגיע מידע על כל מקרי האלימות נגד פלסטינים. כך, לפי דו"ח קרפ עליו נעמוד בהמשך, שנה אחרי מתן פסק הדין הנ"ל הגישו אנשי מילואים תלונות מזעזעות לפצ"ר על אירועים שלא היו ידועים כלל לצוות המעקב.

באותו זמן שלחה קבוצה של מורים ומורות בפקולטות למשפטים באוניברסיטה העברית ובאוניברסיטת תל-אביב מכתב לראש הממשלה וליועץ המשפטי לממשלה בו התריעו כנגד תופעת האלימות של מתנחלים נגד פלסטינים, כאשר הם מתייחסים לתקריות ספציפיות שלא נחקרו כלל.⁴⁷ בעקבות מכתב זה הקים היועץ המשפטי לממשלה, פרופסור יצחק זמיר, צוות מעקב, בראשו עמדה המשנה ליועץ המשפטי, עו"ד יהודית קרפ, כדי לכתוב דו"ח בנושא אכיפת החוק בשטחים. כך נולד דוח קרפ (23.5.1982).⁴⁸

דו"ח קרפ מצייר תמונה עגומה של מעשי אלימות נגד פלסטינים שלא נחקרו. ככלל, בניגוד לדין המחייב חקירה אם נודע לרשויות שבוצע פשע, לא נערכו חקירות אם לא הוגשה תלונה; היתה התערבות של הממשל הצבאי בחקירות; מתנחלים לא שיתפו פעולה עם החוקרים, והרשויות לא נקטו צעדים לעצור ולחקור מתנחלים שלא נענו לזימון לתחנת המשטרה; החקירות עצמן נמשכו זמן רב, דבר שסיכל את האפשרות הממשית להגיע לחקר האמת; בחקירות רבות היו פגמים.

מעניין במיוחד לענייננו תיאור של מה שקרה בחברון אחרי רצח ששה בחורי ישיבה בשנת 1980. הנה הדיווח בדו"ח:

לא נצא ידי חובה אם בתיאור אופי המעשים לא נתייחס לאירועים שארעו בעת העוצר בחברון בחודש מאי 1980 לאחר רצח המתנחלים. מדובר אמנם באירועים שארעו על רקע טראומתי, ומסיבה זו, אין כוונה להציגם כשיגרתיים, ובודאי שלא בהיקפם המצתבר (כך), אך הם מובאים כאן כמיצגים אזלת יד למנוע מעשי בריונות כלפי התושבים הערביים ולחקור תלונות בתחום זה. הדברים אמורים במיוחד משום שהמעשים התרחשו בעת עוצר. לאחר העוצר, שנמשך מספר ימים, התלוננו תושבים מקומיים במשטרת חברון על גניבות, בזיזות, גרימת נזק לרכוש, תקיפות, ידוי אבנים והצתות בזדון, שאירעו בזמן העוצר. דו"ח מיום 22.8.80 של אורי שהם, פרקליט צבאי... מונה 13 תלונות מסוג האמור.⁴⁹

ניתן היה לקוות כי אחרי דו"ח חמור מסוג זה, והערות בית המשפט בפסק הדין עליו עמדנו לעיל, ייעשה מאמץ רציני של הרשויות לתקן את המצב, כדי שיוכלו למלא את חובתן להגן על האוכלוסייה המקומית. ואולם כעשר שנים אחרי הגשת דו"ח קרפ ליועץ המשפטי לממשלה, נכתב דו"ח רשמי נוסף שבו יש תיאור של מציאות שאיננה שונה מן המציאות המתוארת בדו"ח קרפ. המדובר הוא בדו"ח ועדת החקירה בעניין הטבח במערת המכפלה שביצע ברוך גולדשטיין בפורים 1994. בתארה את הרקע לטבח, עמדה ועדת החקירה, שבראשה עמד נשיא בית המשפט העליון, מאיר שמגר, על תופעת אי אכיפת החוק כלפי מתנחלים

⁴⁷ גילוי נאות: אחד מן המחברים של נייר עמדה זו נמנה עם כותבי המכתב.

⁴⁸ "חקירות חשדות נגד ישראלים ביהודה והשומרון — דו"ח צוות המעקב" (23/5/1983) (דו"ח קרפ).

⁴⁹ דו"ח קרפ, שם, עמ' 24.

שפגעו בפלסטינים או ברכושם.⁵⁰ בפסק הדין בעניין מוראר שהוזכר לעיל בית המשפט תיאר את האמור בדו"ח בדרך הבאה:

בדו"ח ועדת שמגר קיימת התייחסות נרחבת לבעיה של אכיפת החוק על המתיישבים הישראלים באזור ובפני הועדה הועלו טענות ספציפיות בדבר התנכלות של תושבים ישראלים לפלסטינים על דרך של התקפות פיזיות, השחתת רכוש ועקירת מטעים. כן מפורטות בדו"ח הועדה טענות בדבר הטיפול הלקוי בהפרות החוק ובין השאר עוסק הדו"ח בתופעות של הימנעות מביצוע חקירות משטרתיות, עיכובים בביצוע החקירות, הימנעות מהגשת כתבי אישום וכן הלאה.⁵¹

גם הפעם לביקורת הנוקבת על הימנעות הרשויות מאכיפת החוק נגד מתנחלים לא היתה השפעה של ממש על הרשויות. כפי שבית המשפט ציין:

ואולם, על אף ההתייחסות החוזרת ונשנית בדו"ח ובהזדמנויות נוספות אחרות לבעיות הקשורות באכיפת החוק באזור, ועל אף הצעדים שננקטו בתחום זה בעבר, עולה מתוך העתירה אוזלת ידם של המשיבים באכיפת החוק כנגד אלה המפרים אותו ופוגעים בגופם של החקלאים הפלסטינים וברכושם. ביטחונם הפיזי של החקלאים הפלסטינים נתון בסכנה של ממש בעת שהם יוצאים לעבוד את אדמתם וזאת בשל מעשי אלימות קשים מצד מתיישבים ישראלים. גם רכושם של החקלאים הפלסטינים הינו הפקר כאשר לאחר יום העבודה, בחסות החשיכה, חוזרים פורעי החוק לאדמות החקלאיות על מנת לכרות עצים ולחבל בכלים חקלאיים.⁵²

מאז ועד היום לא נראה כי ננקטו צעדים לשפר את המצב. בדו"ח מבקר המדינה משנת 2012 עומד המבקר על חוסר התיאום בין הגורמים השונים האחראים לאכיפת החוק בגדה המערבית: צה"ל, המנהל האזרחי ומשטרת ישראל.⁵³

ארגונים לזכויות אדם חוקרים ועוקבים אחר התופעה של התקפות אלימות של מתנחלים כלפי פלסטינים והימנעות הרשויות מאכיפת החוק נגדם. ארגון 'בצלם' פרסם במשך השנים מספר דו"חות בהם יש תיעוד של אלימות מצד מתנחלים וחוסר אכיפת החוק נגדם.⁵⁴ מלבד הדו"חות המפורטים יש באתר הארגון מידע

⁵⁰ דוח ועדת החקירה לעניין הטבח במערת המכפלה בחברון תשנ"ד (ירושלים 1994) 157-200.

⁵¹ בג"ץ מוראר, ה"ש 39, פסקה 30.

⁵² שם.

⁵³ [דוח שנתי 2012](#), מבקר המדינה, 2012, פרק שלישי, אזור יהודה והשומרון.

⁵⁴ ראו, למשל, "בשליחות המדינה: השתלטות המדינה על קרקעות בגדה המערבית באמצעות אלימות של מתנחלים", בצלם 2021; "חרב הגירוש: אלימות, התנכלויות ואי אכיפת החוק בדרום הר חברון" בצלם, 2005; "הכל צפוי והרשות נתונה: טיפולן של רשויות אכיפת החוק בהתקפות מתנחלים על מוסקי זיתים", בצלם, 2002; עומדים מנגד: אי אכיפת החוק על מתנחלים בחברון, 26.7.02 - 28.7.02, בצלם, 2002; "דין לעצמם: אי אכיפת החוק על מתנחלים שתקפו פלסטינים בתגובה לפגיעה באזרחים ישראלים", בצלם, 2001. כל הדוחות מופיעים באתר בצלם <https://www.btselem.org/hebrew/publications/103/all>

רב על עשרות מקרים ספציפיים של אלימות מתנחלים שלא זכו לטיפול מצד הרשויות.⁵⁵ גם ארגון 'יש דין' פרסם מידע מפורט ודוח על אלימות מתנחלים.⁵⁶

מקור נוסף למידע על גישת הרשויות לאלימות מתנחלים הוא תיאוריו של פרופסור דוד שולמן, חבר ארגון 'תעאיוש'. שולמן מתאר את מה שענינו ראו בביקוריו בגדה המערבית כדי לעמוד לצד פלסטינים שהיו יעד להתקפות.⁵⁷

המסקנות מכל הדו"חות ודיווחים אחרים עליהם עמדנו היא ברורה וחד-משמעית: מאז תחילת שנות השמונים (לפחות) הרשויות מאפשרות למתנחלים לפגוע בגופם של פלסטינים וברכושם מבלי שינקטו צעדים יעילים למנוע את הפעולות או לאכוף את החוק נגד אלה שביצעו עבירות חמורות כלפיהם. על אף הדו"חות הרשמיים והפסיקה שהתריעו על התופעה ודרשו תיקון המצב, הרשויות לא פעלו לשנות את התנהגותן. במצב זה אין מנוס מן המסקנה הקשה כי מדובר במדיניות, ולמצער בכשל מתמשך שכוחות הביטחון לא השכילו עד היום – מזה כארבעה עשורים מאז זוהתה הבעיה לראשונה – לתקנו. איננו באים לקבוע כאן מה עומד מאחורי מדיניות או כשל מתמשך אלה: חוסר רצון להתעמת עם המתנחלים שלהם גב פוליטי חזק; חוסר הבנה של חיילים את תפקידם כמגנים של כלל התושבים החיים בשטח ולא רק של היהודים-ישראלים שבהם; הזדהות של מקבלי ההחלטות עם המתנחלים האלימים; רצון להשתלט על קרקעות של פלסטינים או רצון להקשות על חייהם של פלסטינים מתוך תקווה שיעזבו את השטח. מבחינה משפטית, אין זה משנה. כאמור לעיל, גם בלי ההפיכה המשטרית שמתכננת הממשלה, היה מקום לביקורת קשה על אי מילוי חובתם של מפקדי הצבא לאכוף את החוק נגד מתנחלים הפוגעים בפלסטינים בשטחים. ההצעה להחליש את מנגנוני הביקורת על פעולות הממשלה, הגישה הסלחנית ולפעמים אפילו המעודדת שמגלים שרים וחברי קואליציה אחרים כלפי הפורעים, והמדיניות של הממשלה בשטחים מחריפות את הסכנה להתמוטטות טוטלית של שלטון החוק בשטחים. בחלק הבא נעמוד על ההשלכות המשפטיות של מחדלי הצבא.

1. ההשלכות המשפטיות של מחדלי הצבא בשטחים ושל הסרת מנגנוני בקרה וריסון משפטיים

1. האופי הפלילי של מעשי המתנחלים המתפרעים והגדרתם כמעשי טרור

באירועי התקיפות של מתנחלים כלפי פלסטינים בשטחים בוצעו מעשים המהווים עבירות פליליות חמורות הן לפי הדין בישראל ובשטחים, הן לפי המשפט הבין לאומי. עבירות אלו כוללות התפרעות שסופה נזק (סעיף 157 לחוק העונשין); הצתה (סעיף 448 לחוק העונשין); היזק בזדון (סעיף 453 לחוק העונשין) וחבלה ופציעה בנסיבות מחמירות (סעיף 336 לחוק עונשין). במקרים מסוימים עולה חשד שבוצעה עבירת רצח או הריגה (סעיף 300 לחוק העונשין). כל העבירות האלה הן פשעים, ומוטלת חובה על המשטרה לפתוח בחקירה כאשר נודע לה על ביצוען בין אם הוגשה תלונה בין אם לאו.⁵⁸

⁵⁵ https://www.btselem.org/hebrew/settler_violence_updates_list

⁵⁶ דוח נתונים, דצמבר 2022: אכיפת החוק על אזרחים ישראלים בגדה המערבית (אלימות מתנחלים) 2005 - 2022, יש דין, 2022; עקיפת החוק: אכיפת החוק על אזרחים ישראלים בגדה המערבית, יש דין, 2015.

⁵⁷ דוד שולמן, תקווה מרה, מיומנו של פעיל תעאיוש, 2006-2002 (עם עובד 2007); לְהִיּוֹת חַפְּשִׁי: רשימות מדרום הר חברון (הוצאת כרמל 2020); David Shulman, "Lost Illusions". *The New York Review*, February 10, 2022.

⁵⁸ חוק העונשין וחוק סדר הדין הפלילי חלים בישראל ולא בשטחים. ואולם עפ"י חוק להארכת תקפן של תקנות לשעת חירום (יהודה ושומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) תשכ"ז-1967 יש סמכות לבתי המשפט בישראל לדון מי

בהודעתם המשותפת מיום 24/6/2023 ראשי כוחות הביטחון של מדינת ישראל הבהירו כי ההתקפות האלימות כלפי פלסטינים הינם בגדר מעשי טרור. על אף ההתקפה עליהם מצד שרה בממשלה,⁵⁹ הרי שבמבחינה משפטית הגדרת ההתקפות כמעשי טרור נכונה ואף מתבקשת. חוק המאבק בטרור, תשע"ו-2016 מגדיר "מעשה טרור" בדרך הבאה:

"מעשה טרור – "מעשה המהווה עבירה או איום בעשיית מעשה כאמור, שמתקיימים לגביהם כל אלה:

(1) הם נעשו מתוך מניע מדיני, דתי, לאומני או אידאולוגי;

(2) הם נעשו במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור או במטרה לאלץ ממשלה או רשות שלטונית אחרת, לרבות ממשלה או רשות שלטונית אחרת של מדינה זרה, או ארגון ציבורי בין-לאומי, לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה;

(3) במעשה שנעשה או במעשה שאיימו בעשייתו, היה אחד מאלה, או סיכון ממשי לאחד מאלה:

(א) פגיעה חמורה בגופו של אדם או בחירותו;

(ב) פגיעה חמורה בביטחון הציבור או בבריאותו;

(ג) פגיעה חמורה ברכוש, שבנסיבות שבהן בוצעה יש אפשרות ממשית שתגרום לפגיעה חמורה כאמור בפסקאות משנה (א) או (ב) ושנעשתה במטרה לגרום לפגיעה כאמור.....

אכן, הפוגרמים בחווארה, תורמוס עיא, לובן אל שרקייה ובמקומות אחרים עולים כדי מעשים הנכנסים להגדרה זו של "מעשה טרור". להכרה זו, עליה עמדו ראשי כוחות הביטחון, השלכות משפטיות בנוגע למעגל האחראים על-פי החוק והסנקציות להן הם חשופים. בנוסף לעונשים הכבדים שהחוק קובע למי שביצע מעשה טרור (סעיף 35 לחוק), מטיל החוק אחריות בגין קריאה ישירה לביצוע מעשה טרור, ו"פרסום דברי שבת, אהדה או עידוד למעשה טרור, תמיכה בו או הזדהות עמו" (סעיף 24 לחוק); בגין מתן אמצעים לאדם לבצע מעשה טרור (סעיף 25 לחוק); ובגין אי מניעת מעשה טרור (סעיף 26 לחוק).

העובדה שבוצעו עבירות כה חמורות ושלא התנהלה חקירה מאומצת לאתר את כל החשודים בביצוען, לחקור אותם ולהעמידם לדין, אמורה להדאיג כל אדם בישראל התומך בשלטון החוק. מעבר לדאגה זו יש להבין כי לאי אכיפת החוק בשטחים עלולות להיות השלכות בינלאומיות בשלושה מישורים.

שרשום כתושב במרשם התושבים של ישראל לפי הדין הישראלי. עפ"י אותן תקנות חובה שהוטלה על שוטר בחוק הישראלי תחול לגבי כל עבירה שבית משפט בישראל מוסמך לדון בה.

⁵⁹ ראו דבריה של השרה אורית סטרוק שאמרה כי "זאת בושה וחרפה לקרוא לאירועים האלה טרור לאומני." צוטט בידיעה: "השרה סטרוק נגד הרמטכ"ל, המפכ"ל וראש השב"כ: "מי אתם, קבוצת וגנר"?, 26/6/2023 Ynet. השרה התנצלה על כך שהשוותה את ראשי כוחות הביטחון לכוח וגנר, אבל לא חזרה בה מדבריה אלה. צוטט בידיעה: "השרה סטרוק: "הביטוי 'כוח וגנר' שגוי, אני מתנצלת עליו אך לא חוזרת בי מהביקורת", 26/6/2023 Ynet.

2. שיפוט בית הדין הבין לאומי הפלילי

התובע של בית הדין הבינלאומי הפלילי בהאג מנהל חקירה על "המצב בפלסטיין".⁶⁰ במסגרת זו על התובע לבחון אם בוצעו פשעי מלחמה בשטח הגדה המערבית אחרי 13 ביוני 2014. היות שהמצב המשפטי בגדה המערבית הוא מצב של כיבוש, חלים בשטח דיני מלחמה ומעשים המתבצעים בשטח עלולים להיות פשעי מלחמה. זאת ועוד: פשעי מלחמה אינם רק פשעים שמבצעים לוחמים; גם אזרחים עלולים לשאת באחריות בגין ביצוע פשעי מלחמה.⁶¹

נראה לנו כי לפי אמנת רומא בדבר הקמת בית הדין הבין לאומי הפלילי, חלק מן המעשים שביצעו מתפרעים בגדה המערבית עלולים להוות פשעי מלחמה, וביניהם:

- הריגה בזדון (סעיף 8(2)(א)(i) לאמנת רומא);
- גרימה סבל רב במזיד או פגיעה חמורה בגוף או בבריאות (סעיף 8(2)(א)(iii) לאמנת רומא);
- הרס רחב היקף של רכוש שאינו מוצדק בצורך צבאי, ושבוצע בניגוד לחוק ובזדון (בסעיף 8(2)(א)(iv) לאמנת רומא);
- פגיעה חמורה בכבוד האישי (סעיף 8(2)(א)(xxi) לאמנת רומא).

גם מפקדי הצבא עלולים לשאת באחריות פלילית בין לאומית בשל מחדלם במניעת הפשעים של הפורעים ובהימנעותם מחקירתם והעמדתם לדין. עפ"י סעיף 28 לאמנת רומא מפקד צבאי עלול לשאת באחריות לפשעי מלחמה שביצעו כוחות הנתונים למרותו, וזאת כאשר ידע, או חייב היה לדעת, לאור נסיבות העניין, כי עומדים לבצע פשעים אלה, והוא לא נקט באמצעים הסבירים והנחוצים למניעתם. הסעיף מתייחס אמנם לכוחות (forces) הנתונים למרותו של המפקד, וברור שהכוונה העיקרית היא לכוחות צבא רגילים. ואולם בפסק הדין בפרשת בית אל⁶² בית המשפט קיבל את טענת המדינה כי היישובים שנדונו באותה פרשה נתפסו לצרכי צבא, מכיוון שהמתנחלים משתלבים בהגנה המרחבית. זאת ועוד: חלק מן המתנחלים מקבלים נשק מן הצבא ואין לשלול את האפשרות שיקבעו כי אלה המקבלים נשק מן הצבא משתייכים לכוחותיו.

יש לציין כי מפקדים צבאיים, מנהיגים אזרחיים (בכלל זאת פוליטיקאים)⁶³ ואף משפטנים,⁶⁴ עלולים לשאת באחריות פלילית בין לאומית אם יימצאו כמי שנתנו הוראות, שידלו או סייעו לביצועם של מעשים העולים כדי פשעי מלחמה.⁶⁵ עפ"י אמנת רומא (סעיף 8(2)(א)(iv) הפקעה רחבת היקף של רכוש, שנעשתה ללא צורך

⁶⁰ על מצב החקירה ראו <https://www.icc-cpi.int/palestine>

⁶¹ Alexander Schwarz, "War Crimes" in Max Planck Encyclopedia of Public International Law, paras. 31-32.

⁶² בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון (15/3/1979).

⁶³ ראו ארנה בן-נפתלי, יובל שני, **המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום** (רמות, 2006), עמ' 299-291.

⁶⁴ לעניין אחריותם של משפטנים ראו למשל Markovic, Milan. "Can Lawyers Be War Criminals." *Geo. J. Legal Ethics* 20 (2007): 347.

⁶⁵ לפי סעיף 25(3)(ב) לאמנת רומא מי שמורה, משדל או מעודד ביצוע עבירה נושא באחריות אם העבירה אמנם בוצעה או אפילו אם היה ניסיון לבצעה.

צבאי, במזיד ובניגוד לדין, היא פשע מלחמה. חיבור הדברים משמעו, שלא רק הוראה ישירה לאנשים לפגוע, להרוס רכוש או להשתלט על רכוש פרטי של פלסטינים, אלא גם עידוד, סיוע ומתן הכשר משפטי להשתלטות שכזו, עלולים להיחשב כפשעי מלחמה.

יש להבהיר כי מתן הוראות לצבא מן הדרג הפוליטי לא יוכל להוות הגנה למפקד צבאי החשוד באי קיום חובותיו החוקיות. עם כל ההבנה לרצון מפקדי הצבא להימנע מעימות עם הדרג הפוליטי באווירה הנוכחית שבה הם נתונים להתקפות מצד מתנחלים בשטחים ומצד שרים בממשלה וחברי כנסת, ברור כי בהתנגשות בין חובתו המשפטית של מפקד צבאי לבין הוראה פוליטית הסותרת אותה, יד חובתו המשפטית על העליונה.⁶⁶

בבית הדין הבין לאומי הפלילי חל העקרון של משלימות (complementarity). לפי עיקרון זה בית הדין לא יפעיל את סמכותו לשפוט אדם החשוד בביצוע פשע מלחמה אם מדינת האם של חשוד ביצעה חקירה רצינית וכנה של העבירה והחליטה שאין מקום להגשת כתב אישום נגדו, או שהעמידה את החשוד לדין לפני בתי המשפט המוסמכים שלה. המסקנה לגבי המצב בישראל היא ברורה, והיא הובהרה בהרחבה בדו"ח וועדת טירקל לבדיקת אירועי המשט לעזה:⁶⁷ במצב בו רשויות אכיפת החוק בשטחים אינן מנהלות חקירה אמיתית ואפקטיבית במטרה להעמיד לדין את אלה שהיו אחראים לפשעים שפורטו לעיל, ולא העמידו לדין את אלה שיש נגדם ראיות על ביצוע הפשעים, ניתן להעמידם לדין לפני בית הדין הבינלאומי הפלילי. יש להניח כי בחקירה המתנהלת עכשיו במשרד התובע של בית הדין יבדקו, בין השאר, את התנהלות הרשויות בביצוע חקירות ובהגשת כתבי אישום נגד אלה שהשתתפו בהתפרעויות בגדה.

3. שיפוט אוניברסלי

עפ"י אמנות ג'נבה וחוקים במדינות רבות קיימת סמכות לבתי המשפט הלאומיים של המדינה להעמיד לדין אנשים החשודים בביצוע פשעי מלחמה, גם אם אין קשר בין המדינה לבין העבירה, קורבנותיה או מבצעה. היו מקרים לא מועטים בעבר שבהם ביקשו להעמיד לדין קציני צבא ופוליטיקאים ישראלים בשל החשד שהיו שותפים לביצוע פשעי מלחמה בשטחים. במקרה אחד שנדון בבתי המשפט בספרד החליט בית המשפט לערעורים במדינה לבטל את התביעה נגד ישראלים כאשר קבע כי בתי המשפט בישראל פועלים ויכולים להעמיד את האחראים לדין. לנוכח אזלת היד של הרשויות באכיפת החוק נגד הפורעים, ספק אם הגנה זו תעמוד אם יבקשו להעמיד את הפורעים לדין בחו"ל.

4. חוות הדעת הצפויה של בית המשפט הבין לאומי לצדק (ה-ICJ)

בסוף 2022 ביקשה העצרת הכללית של האו"ם מבית המשפט הבין לאומי לצדק לתת חוות דעת בעניין ההשלכות המשפטיות הנובעות מן הכיבוש ארוך הטווח של השטחים בידי ישראל. בית המשפט נתבקש, בין השאר, לדון בהשלכות המשפטיות של מדיניות ואמצעים של ישראל הנוגעים להקמת התנחלויות, וחקיקה וצעדים מפלים. בית המשפט קבע כי לכל המדינות ולאוי"ם עשוי להיות מידע הנוגע לשאלות עליהן נתבקש לחוות את דעתו, וקבע לוח זמנים להגשת מסמכים בעניין. אחת מן השאלות שבית המשפט עלול לדון בה היא ההתנכלויות של מתנחלים לפלסטינים ולרכושם והימנעות רשויות ישראל בשטחים מהגנה על

⁶⁶ לעניין חובתו של עובד הציבור לפעול על פי החוק בהתאם לפרשנותו המשפטית המוסמכת ראו: "[הדין החל על עובדי ציבור בעת משבר חוקתי – ציות לממלכה ולא למלך](#)", נייר עמדה 35, פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה, 12/4/2023.

⁶⁷ הועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 בראש שופט בית המשפט העליון בדימוס יעקב טירקל.

האוכלוסייה הפלסטינית. חוות הדעת של בית המשפט לא תחייב את מדינת ישראל או מדינות אחרות באופן ישיר, אך אם בית המשפט יחווה את דעתו כי על האו"ם ומדינות אחרות לנקוט בפעולות מסוימות, כגון הטלת סנקציות על ישראל, חלק לפחות מן המדינות עשויות לפעול עפ"י חוות הדעת. ייתכן גם כי מועצת הביטחון תחליט לנקוט צעדים בעניין. לאור הביקורת החריפה של הממשל האמריקני כלפי אזלת היד של הרשויות באכיפת החוק בשטחים אין מקום להניח כי ארה"ב תטיל וטו על כל החלטה המועצה הנוגעת לישראל.

ז. סיכום

על כוחות הביטחון מוטלת חובה משפטית לשמור על החוק, הסדר והביטחון בשטחים, ובכלל זאת, החובה להגן על תושביהם של שטחים אלה מפני פגיעה בגופם וברכושם. משמעותה של חובה זו היא, כי על הצבא להיערך כדי למנוע פגיעות גם בתושבים הפלסטינים; לפעול בזמן אמת להפסיק התקפות עליהם ועל רכושם, ובמקרה שאלה התרחשו, לערוך חקירה במטרה לאתר את האחראים לפגיעה ולהעמיד אותם לדין.

התופעות של התקפות אלימות בידי מתנחלים כלפי גופם ורכושם של פלסטינים המתגוררים בשטחים, והימנעותם של כוחות הביטחון מאכיפה נאותה של החוק עליהם, אינה חדשה והיא מוכרת לרשויות ומתועדת לפחות מאז שנות השמונים של המאה הקודמת. ואולם, מה שאנו עדים לו בעת האחרונה – אירועים כדוגמת הפוגרומים בחווארה, תורמוס עיא ואום ספא – מתגבש לכדי איום חדש לשלטון החוק, ולשמירת הסדר והביטחון בשטחים. איום זה נובע משילוב מסוכן בין מסרים הנשמעים מצד גורמים בכירים ביותר בממשלה, התכחשות לחובותיה המשפטיות של המדינה בשטחים, והמהלכים להחלשת המערכות השלטוניות האמונות על שלטון החוק ואכיפת החוק, בראשן מערכות הייעוץ המשפטי ובית המשפט העליון.

בהתקפות האלימות מבוצעות עבירות פליליות חמורות לפי הדין בישראל ובשטחים, ועלולות לעלות כדי פשעי מלחמה לפי המשפט הבין לאומי. בהיעדר הליכי חקירה והעמדה לדין נאותים במדינה, המעורבים באירועים אלה – אזרחים ומפקדי צבא כאחד – עלולים להיחשף להעמדה לדין בפני בית הדין הפלילי הבין לאומי, ובפני בתי משפט במדינות אחרות. בהיעדר פעולה נחושה להגנה על ביטחונם של פלסטינים, ולאכיפת החוק על הפורעים בהם, צפוי בית המשפט הבין לאומי לצדק, בפניו תלויה ועומדת בקשת העצרת הכללית של האו"ם לחוות דעת על התנהגותה של ישראל בקיום כיבוש ארוך טווח בשטחים, לדון בהשלכותיה המשפטיות של הימנעות נמשכת זו. השלכות משפטיות אלה עלולות לכלול לא רק קביעות באשר להפרות להן ישראל אחראית אלא אף קביעות באשר לחובות החלות על האו"ם ועל מדינות אחרות כדי להבטיח את מילוי חובותיה הבין לאומיות של ישראל.

מסמך זה הוכן ע"י:

פרופ' דוד קרצמר

ד"ר לימור יהודה

העירו הערות:

פרופ' איל בנבנשתי

פרופ' אייל גרוס

פרופ' רות הלפרין-קדרי

פרופ' דפנה הקר

פרופ' אליאב ליבליך

ד"ר תמר מגידו

ד"ר מיכל סליטרניק

פרופ' אלכסנדר (סנדי) קדר

פרופ' אמנון רייכמן