



פורום המרצות והמרצים למשפטים
منتدى محاضرات ومحاضري القانون
لمعן הדמוקרטיה من أجل الديمقراطية
The Israeli Law Professors' Forum
for Democracy

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 20: פסיקת בג"ץ בסוגיות ביטחון ושטחים

הופץ ביום 27.2.2023*

תקציר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה - קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט הפועלת בהתנדבות - רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הרשות המבצעת, לפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה ובזכויות אדם. בנייר עמדה זה אנו בוחנים את פסיקת בית המשפט העליון בנושא ביטחון ושטחים.

אנו מוצאים כי:

- בית המשפט העליון ממעט להתערב ונוקט בזהירות מופלגת לנוכח צעדי הממשלה בנושאי ביטחון או בעניינים הקשורים למדיניות ישראל בשטחים.
- הצגת מעורבותו של בית המשפט העליון כ"מגבילה", באופן הפוגע ביכולתה של הממשלה לפעול היא שגויה ומטעה את הציבור.

* אנחנו, חברות וחברים בפורום מרצות ומרצים למען הדמוקרטיה, 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 ידינו 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 מטעמנו: <https://lawprofssforum.org>. עקבו אחרינו בטוויטר <https://twitter.com/lawprofssforum>. ליצירת קשר lawprofssforum@gmail.com

- שורה של מחקרים אמפיריים מהעשורים האחרונים מצביעה על כך שלמרות השימוש ברטוריקה של זכויות אדם, בית המשפט ממעט מאוד לפסוק נגד מדיניות הלחימה ופעולות הלחימה בטרור.
- בכל הקשור ללחימה אקטיבית ושימוש בכח קטלני, בג"ץ לא הגביל את המדינה באופן משמעותי.
- מראשית הדרך בית המשפט העליון סירב לתת את דעתו לחוקיות ההתנחלויות, ולמעשה סלל את הדרך להרחבתו של מפעל ההתנחלויות על ידי ממשלות ישראל.
- לאורך עשרות שנים, בג"ץ פרש את הנורמות הבינלאומיות הרלוונטיות באופן אשר מקנה למדינה סמכויות נרחבות, לא פעם בניגוד לתפיסות המקובלות של דינים אלה בקהילה הבינלאומית.

נימוקי נייר העמדה:

מבוא

במסגרת הדיון הציבורי לגבי מהלכי הממשלה לשינוי המשטר בישראל, נאמר לא פעם כי בג"ץ מגביל את מדיניותה של ישראל בכל הקשור לסוגיות ביטחוניות. כן נטען כי בדיונו בעתירות מתושבי השטחים הפלסטינים בג"צ מגלה עמדה פרו-פלסטינית, ועל כן, כך נטען, נחוצה התערבות בהיקף פעולתו. בנייר עמדה קצר זה נדגים כי בניגוד לאמור, **בית המשפט העליון ממעט להתערב ונוקט בזהירות מופלגת לנוכח צעדי הממשלה בנושאי ביטחון או בעניינים הקשורים למדיניות ישראל בשטחים**. בה בשעה שבג"ץ מהווה מנגנון פיקוח על מעשי רשויות הביטחון, ובכך מושיט סיוע (מוגבל עד מאוד) לתושבי השטח הפלסטינים הנעדרים כל ערוץ השפעה אחר, הרי שבנושאים הנוגעים לקידום מדיניות ממשלתית, ניתן לראות שלא פעם בג"ץ אף יצא מגדרו ופירש את הדינים הרלוונטיים באופן המרחיב את סמכויות המדינה, ולעתים באופן המנוגד לחלוטין לתפיסות המקובלות בקהילה הבינלאומית, ובכך סיפק להן חותמת של חוקיות. אנו סבורים לפיכך כי הצגת התנהלותו של בג"ץ כמי שמגביל יתר על המידה את הממשלה בסוגיות ביטחוניות או במדיניותה בשטחים איננה נשענת על הפסיקה עצמה. ניתן לשער כי מטרתם של חלק מהטוענים טענות שגויות אלה הנה לפגוע במעמדו של בית המשפט העליון בעיני חלק מהציבור, ולהכשיר דרך כך את דעת הקהל למתן כוח בלתי מוגבל לרשות המבצעת.

יצוין, כי אין באמור בנייר זה כדי לתמוך בפסיקתו של בית המשפט העליון בנושאים אלה, או לבקר היבטים ספציפיים בה. מטרתו היא אך לחשוף את אי-הדיוקים שביסוד טענותיהם של תומכי "הרפורמה", וזאת כדי לבסס את השיח הציבורי על מסד עובדתי ראוי. בפרט, נדון בנייר זה בפסקי דין של בג"ץ אשר הרחיבו באופן מובהק את סמכויות המדינה בסוגיות ביטחוניות או סוגיות אחרות הנוגעות לצעדי ישראל בשטחים, או אישרו פרשנות מרחיבה כזו, וזאת באופן שנמצא במתח משמעותי עם הדין הבינלאומי, או לכל הפחות עם פרשנותו המקובלת. טענתנו בהקשר זה אינה כי בג"ץ כלל לא השפיע על התנהלותה של ישראל בהקשרים ביטחוניים או בשטחים. כוונתנו היא אך ורק להראות כי הצגת מעורבותו כ"מגבילה" באופן הפוגע ביכולתה של הממשלה לפעול היא שגויה ומטעה את הציבור.

בראשית הדברים נציין את המובן מאליו: גם בנושאים של לחימה וביטחון ופעילותה בשטחים, הממשלה אינה פועלת בוואקום משפטי. ישראל היא צד לאמנות בינלאומיות שונות המסדירות את דיני הלחימה, וכן לאמנות

בדבר דיני זכויות האדם הבינלאומיים. ממשלת ישראל היא שהחליטה להצטרף לאמנות אלה. יתרה מכך: הממשלה שהחליטה על הצטרפות ישראל לאמנות זכויות האדם העיקריות בשנת 1991 לא היתה ממשלת "שמאל" אלא ממשלתו של יצחק שמיר שהורכבה ממפלגות ימין בלבד. יש להוסיף כי ככל מדינה ריבונית, גם ישראל כפופה לדין הבינלאומי המנהגי, אשר בשיטת המשפט שלנו (בדומה לשיטת האנגלו-אמריקאית) מהווה חלק מהדין המדינתי. הסדר זה נקלט לדין הישראלי דרך המנדט הבריטי, בית המשפט העליון אישר את דבר קיומו כבר בשנות החמישים המוקדמות, והדבר אינו שנוי במחלוקת. לפיכך, כאשר בג"ץ פוסק בסוגיות ביטחוניות, הוא אינו פועל בחלל ריק. הוא נדרש לפרשנותם ויישומם של דינים בינלאומיים קיימים המחייבים את ישראל גם במישור הבינלאומי וגם במישור הפנים-מדינתי. בכך הוא ממלא את תפקידו על פי חוק.

כמובן, שעמידה על כלל פסקי הדין והסוגיות בנושאי ביטחון ושטחים אליהן נדרש בג"ץ במרוצת השנים היא משימה החורגת מהגבולות של נייר זה. כוונתנו כאן היא אך לציין אבני דרך מרכזיות. אכן, יש אינספור פרשות אחרות אשר מדגימות אף הן את עיקר טענותינו בנייר עמדה זה.

יצויין, כי מעבר לסוגיות הכלליות בהן ניגע כאן, מערכת המשפט ובג"ץ דוחים באופן כמעט יומיומי עתירות רבות בנושאים כגון מעצרים מינהליים, הריסת בתים עונשית, חופש תנועה (למשל, שלילת מעבר מעזה לגדה המערבית) ועוד. למעשה, רובם המוחלט של פסקי הדין בנושאים הביטחוניים עניינם דחיית עתירות פרטניות של פלסטינים בנוגע להחלטות של ישראל בנוגע לענייניהם האישיים כגון איחוד משפחות, מעצרים, מעברים והיתרים.

שורה של מחקרים אמפיריים מהעשורים האחרונים מצביעה על כך שלמרות השימוש ברטוריקה של זכויות אדם, בית המשפט ממעט מאוד לפסוק נגד מדיניות הלחימה ופעולות הלחימה בטרור. כך למשל, שמיר מצא כי בג"ץ קיבל פחות מאחוז אחד מ-492 עתירות שהגישו פלסטינים לבית המשפט העליון בין 1967 ל-1986;¹ קרצמר מצא שבג"ץ התערב בשלוש מבין 150 צווי הריסת בתים עד שנות ה-ה-1990;² דותן מצא ששיעור קבלת עתירות פלסטינאים בבג"ץ בין 1990 ל-1994 עמד על 4.3% (מקרב 3,392 עתירות),³ נתון ששוחרז במחקרם של דוידוב ורייכמן על בסיס מדגם של 439 עתירות נגד החלטות המפקד הצבאי בין 1990 ל-2005,⁴ וכן במחקרם של הופנונג ווינשל, על בסיס מדגם הכולל שליש מפסקי הדין הסופיים שניתנו בין 1985 ל-2008 בנושא מעצרים מנהליים, הריסת בתים, הפקעת קרקעות בשטחים שהוצדקה בעילה בטחונית (למשל לצורך בנייה של גדר הפרדה), זכויות במשפט פלילי (למשל מניעת מפגש עם עורך-דין), עוצרים וסגרים והחלטות מבצעיות הנוגעות לאמצעי הלחימה בטרור.⁵ נציין כי דותן, הופנונג ווינשל מביאים נתונים המורים על כך שלמרות שיעור

Ronen Shamir, 'Landmark Cases' and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court ¹ of Justice, LAW AND SOCIETY REVIEW (1990): 781-805

David Kretzmer, *Judicial Review over Demolition and Sealing of Houses in the Occupied Territories*,² KLINGHOVER BOOK ON PUBLIC LAW (Jerusalem, 1993): 305-57

Yoav Dotan, *Judicial Rhetoric, Government Lawyers, and Human Rights: the Case of the Israeli High Court of Justice During the Intifada*, LAW AND SOCIETY REVIEW (1999): 319-363

Guy Davidov, and Amnon Reichman, *Prolonged Armed Conflict and Diminished Deference to the Military: Lessons from Israel*, LAW & SOCIAL INQUIRY 35.4 (2010): 919-956

Menachem Hofnung, and Keren Weinsahl Margel, *Judicial Setbacks, Material Gains: Terror Litigation at the Israeli High Court of Justice*, JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES 7.4 (2010): 664-692; Menachem

ההתערבות הנמוך בפסקי דין, בכרבע מהתיקים בית המשפט מקדם פשרה מוסכמת בין עותרים פלסטינאים לבין המדינה.

המגמה עליה אנו מצביעים כאן עניינה פעילות ישראל בשטחים, אך נטייתו של בג"ץ שלא להתערב בעניינים הנתפסים כבטחוניים נכונה גם ביחס לפעילות רשויות הביטחון בתחום המדינה.

א. התנחלויות

כידוע, הגישה העקבית של המוסדות הבינלאומיים, כגון מועצת הביטחון של האו"ם, בית המשפט הבינלאומי בהאג, מדינות ידידותיות לישראל, ורוב רובם של המומחים בעולם למשפט בינלאומי, הינה כי אסור למדינה כובשת להקים יישובים לאזרחיה בתוך השטח הכבוש, וכי כלל זה חל לגבי השטחים שאותם ישראל תפסה בשנת 1967.⁶ למרות גישה זו, **מראשית הדרך בית המשפט העליון סירב לתת את דעתו לחוקיות ההתנחלויות, ולמעשה סלל את הדרך להרחבתו של מפעל ההתנחלויות על ידי ממשלות ישראל.**

הדבר נעשה בכמה אופנים:

ראשית, הטענה העיקרית נגד הקמת התנחלויות בשטחים נשענת על סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית,⁷ האוסר על המדינה הכובשת להעביר חלק מן האוכלוסייה האזרחית שלה לשטח הכבוש. בג"ץ קיבל את עמדת המדינה כי הוראה זו באמנת ג'נבה הרביעית איננה מהווה דין בינלאומי מנהגי ולכן אינה חלק מהדין הישראלי, ולכן בג"ץ אינו מחויב לפסוק לפיה.⁸ **מסקנה זו מנוגדת לעמדת הקונצנזוס בקהילה הבינלאומית אשר רואה את האמנה כולה כמשקפת דין בינלאומי מנהגי.**⁹ עד כה בג"ץ מעולם לא נכון היה לדון בטענה כי הקמת התנחלויות בשטחים סותרת את סעיף 49(6) הנ"ל. יש לציין, כי הגם שבג"ץ נמנע במקרים רבים מלהחיל על המדינה חובות הנובעות מאמנת ג'נבה הרביעית, הוא לא מנע מהמדינה להסתמך על הוראות אמנת ג'נבה הרביעית כדי להצדיק את נקיטה באמצעי ביטחון בשטחים, בין היתר בהקשר של מעצרים מינהליים ותיחום מגורים.¹⁰

שנית, בג"ץ פסק כי ניתן להקים התנחלות על קרקע שנתפסה לצרכי צבא, אם הוכח כי ההתנחלות הספציפית תמלא תפקיד ביטחוני.¹¹ פסיקה זו עומדת בניגוד ללשונה של תקנה 52 לתקנות האג 1907, אותן ישראל מחילה בשטחים, אשר מגבילה תפיסת רכוש פרטי לצרכי הצבא בלבד.¹² בג"ץ אף דחה את העתירות נגד הקמת התנחלויות על "אדמות מדינה", וזאת למרות שהדין הבינלאומי מחייב שנכסי ציבור בשטחים כבושים יוחזקו

Hofnung, et al., *Judicial Rejection as Substantial Relief: The Israeli Supreme Court and the 'War on Terror'*, COURTS AND TERRORISM: NINE NATIONS BALANCE RIGHTS AND SECURITY (2011): 150-168.

⁶ ראו למשל החלטת מועצת הביטחון 2334 (2016).

⁷ Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949 [Fourth Geneva Convention].

⁸ בג"ץ 785/87 עפו נ' **מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד מב(2) 4.

⁹ Theodor Meron, *The Geneva Conventions as Customary Law*, 81 AJIL 348 (1987); Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, ICRC, *Customary International Humanitarian Law*, Rule 130 (2005).

¹⁰ בג"ץ 7015/02 עגורני נ' **מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (2002).

¹¹ בג"ץ 606/78 איוב נ' **שר הביטחון**, פ"ד לג(2) 11; בג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1) 1.

¹² Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, art. 43, Oct. 18, 1907, 187 C.T.S. 227.

בנאמנות עבור האוכלוסייה המקומית, ונועד למנוע יצירת עובדות של קבע שאינן דרושות לטובת האוכלוסייה המקומית. עמדה זו התקבלה, בין היתר, באמצעות הקביעה כי אין לתושבים הפלסטינים מעמד לעתור נגד השימוש שנעשה באדמה ציבורית.¹³

שלישית, בג"ץ קבע כי גם לא ידון בטענות משפטיות אחרות נגד חוקיות הקמת התנחלויות בשטחים, וזאת כיוון שלאור האופי הפוליטי הדומיננטי של הנושא, חוקיות ההתנחלויות אינה שפיטה.¹⁴ והרי האירוניה: אחת מהביקורות החריפות של תומכי "הרפורמה" קשורה להרחבתם של הנושאים השפטיים ושל זכות העמידה. והנה, דווקא בנושא הקריטי ביותר לפרוייקט הפוליטי של יוזמי "הרפורמה", בג"ץ קבע אי-שפיטות והיעדר זכות עמידה.

רביעית, למרות העיקרון היסודי בדיני התפיסה הלוחמתית לפיו על המפקד הצבאי לשמר ככל האפשר את המצב בשטח, בג"ץ קבע כי המדינה מוסמכת לבצע שינויי תשתית נרחבים בשטחים, כגון סלילת כבישים ושימוש במחצבות, באופן אשר בסופו של דבר, בפועל מקדם בעיקר את האינטרסים של הישראלים ולא של תושבי השטח הפלסטינים.¹⁵ דבר זה נעשה, בין היתר, תוך קביעה כי המתנחלים הם חלק מתושבי האזור אשר המפקד הצבאי מוסמך ומחויב לפעול לטובתם, למרות האמור בסעיף 49(6) לאמנת ג'ינבה המוזכר לעיל.¹⁶ למרות שהדין הבינלאומי אוסר על המדינה הכובשת לשנות את החוק בשטח הכבוש אלא אם יש מניעה מוחלטת לכך, בית המשפט אישר למפקד הצבאי לשנות את החוק המקומי כדי להבטיח את האינטרסים של מדיניות ההתנחלות. דוגמה אחת מני רבות לכך היא שינוי הרכבן של ועדות התכנון בשטחים כך שלא יכללו נציגים פלסטינים.¹⁷

חמישית, ככלל, בג"ץ אכף את האיסור לפגוע בזכות הקניין של תושבים בשטח כבוש ובהתאם מנע, בדרך כלל, הקמת התנחלויות ומאחזים על קרקעות פרטיות של תושבים פלסטינים אם לא עמדה מאחוריהם הצדקה בטחונית ובכלל זה צרכים ביטחוניים הקשורים באבטחת היישובים הישראלים בשטחים.¹⁸ כך, למשל, בג"ץ פסל את חוק ההסדרה, שביקש לפגוע באופן נרחב בזכויות קניין של פלסטינים לטובת הכשרת מאחזים,¹⁹ חוק אשר הממשלה הנוכחית מבקשת לכווננו מחדש. ואולם, ההגנה שניתנה על ידי בג"ץ לזכות הקניין היתה רחוקה מאוד מלהיות מלאה. בג"ץ הכשיר שינוי מהותי בדיני האזור על דרך הפרשנות שניתנה לכללי היסוד של דרכי רכישת זכות פרטית,²⁰ ואף אימץ מנגנונים פוגעניים כגון "מעין תקנת השוק" בעסקאות של הממונה על הרכוש

¹³ בג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון (1982).

¹⁴ בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז 210 (1993).

¹⁵ בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוח צה"ל (1983).

¹⁶ ראו, לדוגמה, בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל (2017), וראו דנג"ץ 9367/17 זיאדה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (2018).

¹⁷ בג"ץ 5667/11 מועצת הכפר דיראת נ' שר הביטחון (2015).

¹⁸ בג"ץ 2618/19 אבו סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (2019).

¹⁹ ראו בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (2020).

²⁰ ראו רונית לוי-שנור "זכויות במקרקעין באזור יהודה ושומרון: הליכי הכרה, כללי הכרה וכללי הגנה" משפטים נב תשפ"ב.

הממשלת, ²¹ באופן המייצר פגיעה חד-כיוונית בקניינם של הפלסטינים. יצוין, כי תוצאת ואף מטרת הצעדים לשינוי המשטר הינה, בין היתר, שלילת ההגנות הבסיסיות שנותרו על הקניין של התושבים הפלסטינים.

ב. מאחזים לא מורשים

בנושא מאחזים לא מורשים - קרי מאחזים שאינם חוקיים אף על פי תפיסתה של ישראל - בין כי נבנו על קרקע פרטית, ובין כי נבנו ללא אישור על "אדמות מדינה" - גישתו של בג"ץ תרמה לסחבת בפינויים. כל פסקי הדין של בג"ץ שבהם ציווה לפנות מאחזים שנבנו על קרקע פלסטינית פרטית, ניתנו רק לאחר שהמדינה עצמה הודתה כי המאחו נבנה על קרקע פרטית ושיש חובה משפטית לפנותם. במקרים אלה בג"ץ נתן למדינה אורכות רבות להגיע להסדר מוסכם עם תושבי המאחו, לרבות בניית התנחלות חדשה למאחו המפונה (למשל הקמת ההתנחלות עמיחי למפוני עמונה), ונתן צווי פינוי רק אחרי שהרשויות לא עמדו פעם אחרי פעם בהבטחותיהן לבית המשפט לפנות את המאחו עד למועד מסוים. יצוין, כי כאשר מאחו נבנה על קרקע ציבורית, על אף החלטת הממשלה שאין להקים יישוב בשטחים ללא אישורה ושלא בהתאם לתכנית מתאר וללא היתר בניה, **בית המשפט סירב להתערב במדיניות האכיפה של המינהל האזרחי לפיה בסדר העדיפויות שלו בביצוע צווי הריסה לצווי הריסה נגד בנייה ישראלית שלא כדין בקרקע ציבורית עדיפות נמוכה.** ²²

דוגמה לגישה כללית זו ניתן למצוא בפרשת **עמונה**, שם חלק משופטי בג"ץ אף היו נכונים להכיר עקרונית בחוקיותו של מתווה "מוסכם" לפיו תילקח קרקע פרטית של פלסטיני כשטח חלופי למאחו שהוקם על קרקע פרטית אחרת, ובלבד שהפגיעה בקניין תהיה מיידית. לשם כך, פרש בג"ץ את התכלית הבטחונית הנדרשת על פי הדין הבינלאומי לשם תפיסת קרקע פרטית, ככוללת את הרצון להגיע להסכמה עם המתישבים הישראליים בשטח (למרות היותם במעמד של פולשים לפי דיני הקניין בשטח). ²³

ג. אמצעי ביטחון ולחימה

עוד בשנות ה-1980, בג"ץ אישר למדינה לגרש ללבנון פלסטינים תושבים השטחים, וזאת באמצעות הקביעה כי אמנת ג'נבה הרביעית איננה מנהגית, וכן כי תכליתו של סעיף 49(1) - שעל פי לשונו אוסר גירוש באופן מוחלט - היא לאסור גירושים מאסיביים בלבד ולא גירושים של יחידים מטעמי ביטחון. ²⁴ זאת ועוד: גם כאשר היה מדובר בגירוש המוני של 415 פלסטינים ללבנון, בית המשפט סירב להתערב בהחלטה. ²⁵

²¹ דני"א 6364/20 שר הביטחון נ' סאלחה (2022); עמיחי כהן ויובל שני "כיבוש, סיפוח וחוק ההסדרה" פורום עיוני משפט מה (תשפ"ב), 1.

²² לסקירה כללית ראו DAVID KRETZMER AND YAEL RONEN, THE OCCUPATION OF JUSTICE: SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES, Chapter 10 (2nd ed., 2021).

²³ בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (2017). ראו רונית לוי-שנור "עמונה, ממונה ואיסורא: בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" המשפט ברשת: זכויות אדם – כתב עת מקוון 30, 73 (2018).

²⁴ בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4.

²⁵ בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הביטחון (1993).

בניגוד לקביעותיו של בית המשפט הבינלאומי בהאג, שקבע כי בניית הגדר בתוואי שנקבע על ידי ישראל, הפולש לעומק השטח לצורך חיבור מרבית ההתנחלויות לישראל, מנוגד למשפט הבינלאומי,²⁶ אישר בג"ץ את חוקיות בניית גדר ההפרדה בשטחים, אף כשזו חורגת מ"הקו הירוק" לצורך הכללת התנחלויות.²⁷ אמנם בג"ץ בחן חלקים ספציפיים של הגדר על פי מבחני המידתיות ולעתים דרש מהמדינה לקבוע במקומות מסוימים מתווה אחר, אך ההתפתחות הקריטית בנושא זה הייתה הקביעה כי קיימת סמכות לבנות מכשול מסוג זה בשטח כבוש. יצויין, כי בפרשת **מראעבה**, קבע הנשיא ברק כי מותר לבנות את הגדר על מנת להגן על התנחלויות, וזאת תוך סירוב לעסוק בשאלת חוקיותן.²⁸ זאת ועוד: בית המשפט קבע כי קביעת הגבלות חמורות ביותר על חייהם וחירותם של הפלסטינים הגרים במרחב התפר (השטח שבין הגדר לקו הירוק) עומדת במבחן המידתיות.²⁹

לאורך עשרות שנים, בג"ץ קבע כי המפקד הצבאי מוסמך להרוס בתים של משפחות מפגעים גם כאשר לא היתה כל מעורבות של המשפחה במעשה המפגע. פסיקה זו של בית המשפט עומדת בניגוד לעמדה המקובלת בעולם הרואה בהריסת בית בנסיבות אלה ענישה קולקטיבית האסורה במשפט הבינלאומי. בג"ץ קבע בהקשר זה, כי אין מדובר בענישה קולקטיבית משום שמדובר בפעולת "הרתעה". כן קבע כי הריסות אלה אינן הריסות אסורות של רכוש פרטי, וזאת באופן מנוגד ללשון סעיף 53 לאמנת ג'נבה האוסר הריסת רכוש אלא אם הדבר דרוש לחלוטין בשל פעולות צבאיות. בקשות חוזרות ונשנות לבג"ץ לדון מחדש בחוקיות הריסת בתים עונשית נדחו.³⁰

לאחרונה בג"ץ דחה עתירה שדרשה כי כוחות צה"ל יידרשו לקבל צו שיפוטי כדי להיכנס לבתים של פלסטינים, וזאת למרות טענת העותרים כי ישנה אפליה בכך שכניסה לבתים של מתנחלים אכן דורשת צו כזה. בג"ץ קבע כי דיני הלחימה ודיני זכויות האדם הבינלאומיים אינם מחייבים קבלת צו שיפוטי כזה.³¹ גם זו עמדה אשר הנה לכל הפחות שנויה במחלוקת בקרב המשפטנים העוסקים במשפט בינלאומי.

כמו כן בג"ץ אישר לאחרונה גירוש תושבים פלסטינים מאזור "מסאפר יאטא" וזאת לטובת אימונים צבאיים, מבלי לבחון את השאלות אם ניתן כלל למקם שטחי אימון צבאיים בשטחים כבושים, וכן מבלי לבחון מדוע היה צורך למקם את שטח האש דווקא במקום הזה, בו קיימים ישובים אזרחיים ובהם חיים מאות אנשים שפרנסתם על האדמות באזור. פסק הדין ניתן תוך קבלה מוחלטת של עמדה המדינה כי אין התיישבות פלסטינית "קבועה" באזור, למרות ראיות רבות כי התיישבות פלסטינית באזור קיימת מימים ימימה.³²

²⁶ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory - Advisory Opinion, 2004 I.C.J. Rep. 136 (July 9).

²⁷ בג"ץ 2056/04 בית סוריק נ' ממשלת ישראל (2004).

²⁸ בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ממשלת ישראל (2005).

²⁹ בג"ץ 9961/03, 639/04, המוקד להגנת הפרט נ' ממשלת ישראל. בהקשר לפסיקת בג"ץ בנושא הגדר ראו, למשל, Adam Shinar, *Idealism and Realism in Israeli Constitutional Law, in Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism* (Ernst Hirsch Ballin, Maurice Adams, Anne Meuwese, eds.2017); AEYAL GROSS, *THE WRITING ON THE WALL: RETHINKING THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION*, Chapter 4 (Cambridge University Press, 2017).

³⁰ ראו למשל דנג"צ 181/09 אבו זיהם נ' אלוף פיקוד העורף; דנג"צ 2916/16 דוויאת נ' מפקד פיקוד העורף.

³¹ בג"ץ 2189/20 חאמד נ' מפקד כוחות צה"ל (2021).

³² בג"ץ 413/13 אבו עראם נ' שר הביטחון (2022); להרחבה ראו [גילוי דעת של מרצים ומרצות למשפט בינלאומי](#) מיום 8.5.2022.

בכל הקשור לתיחום מגורים, בג"ץ קבע בעבר כי מותר להעביר לעזה תושבי הגדה המערבית אשר לכאורה נשקפת מהם סכנה, וזאת בהסתמך על כך שמדובר באותה יחידה טריטוריאלית על פי הסכמי אוסלו.³³ אולם, כאשר פלסטינים מבקשים לנוע מעזה לגדה, נקבע כי מדובר בישויות טריטוריאליות שונות, וזאת על אף שהסכמי אוסלו מעולם לא בוטלו והיחסים בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית נשענים עליהם.³⁴

בכל הקשור לחימה אקטיבית ושימוש בכח קטלני, בג"ץ לא הגביל את המדינה באופן משמעותי. למעשה, למעט בפרשת "נוהל שכן", שעניינה פעולה אשר מפרה את האיסור הקיים בדיני החימה על שימוש ב"מגנים אנושיים" ואשר נתקבלה, בין היתר, בשל החשש מהתערבות משפטית בינלאומי, בג"ץ מעולם לא קיבל עתירה משמעותית בנושאים אלה.³⁵ כך, בפרשת ההריגה המכוונת של פלסטינים החשודים בפעילות עויינת, קבע בג"ץ – ויצר בכך תקדים בינלאומי – כי ניתן להרוג פלסטינים החשודים בפעילות עויינת גם מחוץ להקשר של לחימה אקטיבית.³⁶ בג"ץ סרב להתערב בנוגע לירי פגזי פלאשט ברצועת עזה³⁷; דחה עתירה נגד חוק לכליאתם של "לוחמים בלתי חוקיים" אשר מעלה שאלות סבוכות בדין הבינלאומי;³⁸ ולאחרונה אישר למדינה להחזיק גופות פלסטינים לצרכי מיקוח, למרות מתח רב עם דיני החימה הבינלאומיים בהקשר זה.³⁹ זאת ועוד: בג"ץ דחה עתירה נגד הוראות הפתיחה באש באירועי "צעדות השיבה" ליד הגדר עם עזה, למרות היותן מתירניות באופן חסר תקדים בכך שהן מאפשרות ירי חי ב"מסיתים מרכזיים".⁴⁰

ד. מעמד רצועת עזה

כידוע, בשנת 2005 ביצעה ישראל את "ההתנתקות" מרצועת עזה. ישראל (בהובלת ממשלת הימין בראשותו של אריאל שרון, ובתמיכתו, בין היתר, של ראש הממשלה הנוכחי בנימין נתניהו) החליטה על פינוי ההתנתקות מרצועת עזה, והסגת כוחות צה"ל משם. בדומה לאופן בו נהג בית המשפט במקרים הרבים שנסקרו לעיל, גם במקרה זה, כשנתבקש בית המשפט לדון בחוקתיותה של מדיניות ממשלתית הנוגעת בסוגיה פוליטית-מדינית, נמנע הוא מכך, ולא פסל אותה,⁴¹ אם כי דאג לביטול הסדרים בחוק אשר הגבילו את היקף הפיצויים למפונים.⁴² ואולם, למרות שישראל פינתה את ההתנתקות מעזה והסיגה את כוחותיה הקרקעיים ממנה, היא עודנה שולטת באלמנטים רבים של החיים בעזה, כגון, ים ואוויר, מעברים לגדה, שליטה על הכנסה והוצאה של טובין, מעטפת מס, ועוד. לפיכך, גורמים רבים בקהילה הבינלאומית סבורים כי ישראל עדיין מהווה כוח כובש בעזה, ומחויבת

³³ בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (2002).

³⁴ בג"ץ 11120/05 חמדאן נ' אלוף פיקוד דרום (2007).

³⁵ בג"ץ 3799/02 עדאללה נ' אלוף פיקוד מרכז (2005).

³⁶ בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל (2006).

³⁷ בג"ץ 8990/02 עמותת רופאים לזכויות האדם נ' אלוף פיקוד דרום (2003).

³⁸ ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (2008).

³⁹ דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל נ' עליאן (2019).

⁴⁰ בג"ץ 3003/18 יש דין נ' הרמטכ"ל (2018).

⁴¹ בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481.

⁴² Ronit Levine-Schnur, *Constitutional Property Rights in Israel and the West Bank* (July 10, 2021), in OXFORD HANDBOOK ON THE ISRAELI CONSTITUTION (Aharon Barak, Barak Medina and Yaniv Roznai, eds., Oxford University Press, Forthcoming), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3884024>.

בשל כך בחובות פוזיטיביות כלפי האוכלוסייה המקומית.⁴³ למרות שבתחילת הדרך בג"ץ קבע כי לישראל עדיין חובות (מצומצמות) מכוח שליטתה ארוכת השנים ברצועה והשפעתה הנמשכת על היבטים שונים בה,⁴⁴ נראה כי לאחרונה בג"ץ נסוג באופן משמעותי אף מקביעה זו - וזאת במסגרת פסק דין בו אושרה חוקתיותו של חוק אשר מקנה למדינה חסינות מתביעות בשל נזקים שנגרמו לתושב ב"שטח אויב", ביטוי שמתייחס לעזה.⁴⁵

ה. מעצרים מינהליים

דיני הלחימה מתירים מעצר מינהלי של תושבים בשטחים כבושים המסכנים את ביטחון האזור, אך זאת במקרים קיצוניים. בג"ץ אמנם מקיים ביקורת שיפוטית על מעצרים כאלה, אך מקבל כי ביקורת זו תיעשה, ככלל, במעמד צד אחד. בפועל, בחינה אמפירית מראה כי בג"ץ מורה למדינה לשחרר אדם ממעצר מינהלי במקרים נדירים שבנדירים, אם בכלל.⁴⁶ כפועל יוצא השימוש במעצרים מינהליים בשטחים הפך לאמצעי שגרתי שאינו נדיר כלל וכלל.

ו. עינויים

בשנת 1999 פסק בית המשפט כי על פי הדין הישראלי חוקרי השב"כ אינם מוסמכים להפעיל "אמצעים פיזיים" נגד נחקרים (בג"ץ העינויים).⁴⁷ למרות שפסק דין זה הינו ציון דרך משמעותי בהגנה על זכויות האדם בישראל והגביל את העינויים בישראל, בג"ץ קבע כי במקרים חריגים, חוקר ייהנה מפטור מאחריות פלילית בגין הפעלת אמצעים כאלה, מכוח הגנת ה"צורך". זאת ועוד, באותו פסק דין בג"ץ קבע כי היועץ המשפטי לממשלה יוכל לקבוע הנחיות למקרים בהם יינתן פטור כזה.⁴⁸ בפועל, פסיקה זו לא מנעה מהשב"כ למסד "חקירות צורך", וכך לעקוף את האיסור על הפעלת אמצעים כאלה. במספר פסקי דין, בג"ץ סירב להתערב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה לא לפתוח בחקירה נגד חוקרים שהשתמשו בכוח נגד עצירים פלסטינים.⁴⁹ בנוסף, בג"ץ סירב לבטל את הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בעניין מתן פטור מאחריות פלילית לחוקרי שב"כ. הוא עשה כן למרות שהמדינה הכירה בכך שהנחיות אלו משמשות בסיס להנחיות פנימיות בשב"כ המסדירות מראש את השימוש באמצעים פיזיים בתוך הארגון - דבר אשר נוגד לכאורה את הקביעה בבג"ץ העינויים כי הפטור בגין הגנת הצורך אינו מבסס סמכות מראש להפעיל אמצעים פיזיים נגד נחקרים.⁵⁰ בית המשפט העליון נתן הכשר נוסף לשימוש

⁴³ ראו למשל Human Rights Council, Rep. of the Detailed Findings of the Independent International Commission of Inquiry on the Protests in the Occupied Palestinian Territory, U.N. Doc. A/ HRC/ 40/ CR.P.2, 22– 24 (Mar. 18, 2019).

⁴⁴ בג"ץ 9132/07 בסיוני נ' ראש הממשלה (2008).

⁴⁵ ע"א 939/19 פלוני נ' משרד הביטחון (2022).

⁴⁶ Shiri Krebs, *Lifting the Veil of Secrecy: Judicial Review of Administrative Detentions in the Israeli Supreme Court*, 45 VAND. J. INT'L L. 639 (2012).

⁴⁷ בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל (1999).

⁴⁸ שם, בפס' 38.

⁴⁹ בג"ץ 5722/12 אבו גוש נ' היועץ המשפטי לממשלה (2017); בג"ץ 9018/17 טביש נ' היועץ המשפטי לממשלה (2018).

⁵⁰ שם.

באלימות נגד נחקרים בתחום הביטחון במקרה של עמירם בן אוליאל, בו בית המשפט סירב לפסול הודאה שניתנה על ידי נחקר 36 שעות לאחר הפעלת אמצעים פיזיים נגדו בחקירה.⁵¹

לבסוף, בג"ץ אישר את החוקתיות של חקיקה שמסמיכה להזין בכפיה עצורים ואסירים ביטחוניים שובתי רעב על פי "שיקולים של חשש לחיי אדם או חשש ממשי לפגיעה חמורה בבטחון המדינה",⁵² למרות שכפי שטענה ההסתדרות הרפואית בישראל וארגונים נוספים, הפרקטיקה נוגדת את האתיקה הרפואית והאיסור על עינויים במשפט הבינלאומי.⁵³

סיכום

בסקירה זו, שכאמור אינה ממצה, הראינו כי בניגוד לטענות הנשמעות בשיח הציבורי בימים אלו לגבי מידת התערבותו של בג"ץ בעניינים "ביטחוניים" ובענייני השטחים, הרי שבפועל התמונה שונה בתכלית. **לאורך עשרות שנים, בג"ץ פרש את הנורמות הבינלאומיות הרלוונטיות באופן אשר מקנה למדינה סמכויות נרחבות, לא פעם בניגוד לתפיסות המקובלות של דינים אלה בקהילה הבינלאומית.** יתר על כן, לדעתם של מבקריו של בג"ץ מזווית של זכויות אדם ומשפט בינלאומי, פעמים רבות בג"ץ למעשה נתן לגיטימציה משפטית לפעולות שהקהילה הבינלאומית רובה ככולה מגדירה כבלתי חוקיות, ואפשר לרשויות הביטחון חופש פעולה רחב מדי.⁵⁴ ראוי כי הדיון הציבורי החשוב המתקיים בחברה הישראלית יעוגן בעובדות מדויקות, ואנו תקווה שמסמך זה יסייע בכך.

נייר עמדה זה נכתב על ידי :

פרופ' אליאב ליבליך, אוניברסיטת תל אביב
פרופ' איל בנבנישתי, האוניברסיטה העברית ואוניברסיטת קיימברידג'
פרופ' אייל גרוס, אוניברסיטת תל אביב
ד"ר נטלי דודזון, אוניברסיטת תל אביב
ד"ר לימור יהודה, האוניברסיטה העברית
ד"ר רונית לוי-שנור, אוניברסיטת רייכמן
פרופ' איריס קנאור, המיכללה למינהל
פרופ' דוד קרצמר, האוניברסיטה העברית
פרופ' יעל רוני, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט
פרופ' יובל שני, האוניברסיטה העברית
ד"ר אדם שנער, אוניברסיטת רייכמן

⁵¹ ע"פ 7388/20 בן אוליאל נ' מדינת ישראל (2022).

⁵² חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48), תשע"ה-2015, ס' 19 יד(ה).

⁵³ בג"צ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל (2016).

⁵⁴ ראו, למשל, Aeyal M. Gross, *Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?*, 18 EUR. J. INT'L L. 1 (2007); DAVID KRETZMER & YAËL RONEN, *THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES*, Ch. 8 (2d ed. 2021); Aeyal Gross, *THE WRITING ON THE WALL* (2017).