הגלימה והחרב: השפעת בג״ץ על שדה הקרב במלחמות ישראל

דוד ברלינר*

תקציר ♦ הקדמה ♦ א. מעבר מפסיקה ישירה להשגת התוצאה הרצויה 1. פרשת נוהל שכן 2. שינוי גישת בית המשפט ♦ **ב. השפעת בג״ץ דרך שינוי עמדת המדינה והטלת הגבלות על צה״ל** 1. שינוי מדיניות הלחימה 2. התרת המדיניות וביטול הפרקטיקה 3. סיכום ביניים, ומודעות בית המשפט להתערבותו העקיפה ♦ **ג. ״רק מיישמים את הדין״ - האומנם?** ♦ **ד. דוקטרינת השפיטות והפגיעה בביטחון המדינה** 1. המטרה: עצם הדיון בעתירה 2. חשיבות השפיטות: עצם הדיון קובע את התוצאה ♦ **ה. שכפ״ץ משפטי – האומנם?** 1. בין המשפטי לפוליטי 2. ״אין הצר שווה בנזק המלך״ ♦ **ו. סיכום ומסקנות.**

עד תחילת שנות האלפיים נהגה בישראל הדוקטרינה המקובלת בעולם לפיה בתי משפט מדינתיים אינם דנים בסוגיות מלחמתיות. שינוי בעניין התרחש במהלך מבצע חומת-מגן, אז הוגשו לבג״ץ לא פחות מ-29 עתירות בנוגע ללחימה של צה״ל במהלך המבצע. מתוכן רק אחת נדחתה על-הסף בשל העדר שפיטות.

המאמר דן בהצדקות ובטעמים שניתנו לשינוי הגישה ומראה כי הם אינם משקפים בצורה מלאה את המציאות הנוגעת להתערבות בית המשפט בסוגיות מלחמתיות. בין היתר מראה המאמר כי בית המשפט לא רק דורש שהצבא יישם את הדין, אלא גם יקבל על עצמו פרשנות מחמירה של הדין הבינלאומי, ובמקרים שונים אף יחיל על עצמו נורמות שאינן קבועות בשום דין; שההשפעה שיש לפסיקות בג״ץ על ההחלטה האם להעמיד לדין חיילים בבית הדין הפלילי הבינלאומי היא מינורית; ושאמנם בית המשפט פוסק ברוב גדול של המקרים לטובת המדינה, אך הדבר נעשה ברמה הפורמלית בלבד. מבחינה מהותית – במבחן התוצאה – הפסיקה היא לטובת העותרים.

הפרק הראשון מציג שתי דרכים מרכזיות בהם נוקט בית המשפט על מנת שלא לפסוק נגד המדינה, מחד, ולהגיע לתוצאה הרצויה מבחינתו, מאידך. הפרק השני סוקר את התיקים בהם עסק בית המשפט ב׳ליבת׳ פעילות הלחימה של צה״ל, ומראה כיצד בית המשפט הביא בהם לשינוי המדיניות הצבאית והתערב בדרכי הלחימה של צה״ל. הפרק השלישי דן בטענה כי בית המשפט רק בודק ומוודא שהצבא פועל לפי הדין, ומראה כי בג״ץ עצמו ׳מודה׳ כי לא פעם מוּחלים על צה״ל סטנדרטים מחמירים, לעיתים ללא כל מקור בדין. הפרק הרביעי מתמקד בהשפעה שהייתה להורדת מחסום השפיטות על זירת הלחימה של צה״ל, וכיצד לא-פעם מטרת

* **עו״ד דוד ברלינר** הוא מרצה (מן החוץ) בקריה האקדמית אונו ובאוניברסיטת בר־אילן, ודוקטורנט בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר־אילן. תודתי נתונה לאל״מ (במיל׳) עו״ד רועי זכרוני על תובנותיו, לעו״ד משה יפה ולעו״ד יסכה בינה על הערותיהם, ולעו״ד דוד פדוה, מל גולצמן, אורי רפאל מדהלה ורות קילשטוק על העזרה המחקרית בגיבוש החומרים למאמר.

העותרים איננה 'ניצחון בעתירה' אלא השפעה על שדה הקרב באמצעות ניהול ההליכים בבית המשפט. בפרק החמישי מתמודד המאמר עם הטענה לפיה בג"ץ מגן על חיילי צה"ל מפני העמדה לדין פלילי בבית הדין הפלילי הבינלאומי. בעניין זה טוען המאמר כי המרכיב המרכזי בהליכים המתנהלים בבית הדין בנוגע לישראל הוא פוליטי, ולא משפטי, ולכן לבג"ץ אין יכולת ממשית להגן על חיילי צה"ל ובכירי מערכת הביטחון מפני הליכים ב-ICC.

הקדמה

עם פרוץ מלחמת חרבות־ברזל "הואשם" בית המשפט בכך שפסיקתו בפרשת הפרימטר[1] הביאה לביטול "אזור החיץ" בין מדינת ישראל לרצועת עזה, ולכך שמחבלי חמאס יכלו לחצות את גדר המערכת לביצוע הטבח ב־7 באוקטובר 2023.[2] הביקורת הייתה כה נרחבת עד שהנהלת בתי המשפט נקטה צעד חריג ביותר והוציאה הודעה מטעמה שבה נכתב כי: "[...] אין שום יסוד לטענה כי הוראות הפתיחה באש שונו עקב פסיקת בג"ץ".[3] בכך, המלחמה שפרצה בשיאו של דיון ציבורי נוקב ביחס לרפורמה במערכת המשפט, הביאה לקדמת הדיון הציבורי את סוגיית התערבות בג"ץ בשאלות מלחמתיות, אשר החלה להתברר לפני כשני עשורים.[4] עד אותו זמן נהגה בישראל הדוקטרינה המקובלת

1 בג"ץ 3003/18 **יש דין מתנדבים לזכויות האדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל** (נבו 24.5.2018). בפרשה זו נדונו ושונו נוהלי הפתיחה באש של צה"ל בגבול בין ישראל לרצועת עזה. ראו בהרחבה לעניין זה להלן בפרק ב.1.ג.

2 ראו לדוגמה עקיבא ביגמן "הדרך אל המחדל: כך נשחק הקו האדום בגבול עזה" **מידה** (24.10.2024) https://did.li/J415q. וכן ראו דבריו של שר המשפטים יריב לוין ש"הקונספציה של מערכת המשפט (הביאה) למצב של קשירת הידיים שלנו [...] העובדה שאי־אפשר היה לירות במי שמתקרב לגדר, (זה) דבר בלתי נתפס בכלל" (המשרוקית של גלובס "האם בגלל מערכת המשפט אי־אפשר היה לירות במי שהתקרב לגדר בעזה" **גלובס** (15.11.2023), https://did.li/fZpZH. לטענה הכללית שלפיה בג"ץ מרבה להתערב בניהול הלחימה של צה"ל עד כדי פגיעה במאמץ המלחמתי ראו לדוגמה עמיר קורץ "המדינה לבג"ץ: קיום ביקורת על המלחמה בעת הזו יפגע בתפקוד גופי הביטחון" **כלכליסט** (9.5.2024) https://did.li/WsYlC; שר המשפטים יריב לוין בריאיון לערוץ 14, עכשיו 14 "השר יריב לוין בפטריוטים: חייבים להשיג את המטרות – מיגור החמאס ושחרור החטופים" **יוטיוב** 7:10 (9.11.2023), https://did.li/zC0Nf.

3 **הרשות השופטת** "הודעה לעיתונות בעניין טענות בדבר שינוי הסדרי הביטחון והוראות הפתיחה באש בגבול רצועת עזה על ידי בג"ץ" (הודעת דוברות 19.11.2023) https://did.li/RJ0Nf (להלן: הודעת הנהלת בתי המשפט מיום 19.11.2023).

4 מאמר זה עוסק בהתערבות בית המשפט ב"סוגיות ביטחוניות בעת לחימה" (להלן: סוגיות מלחמתיות), אגב התמקדות בעתירות המתעוררות במסגרת דיני העימות המזוין שבמשפט הבין־לאומי (ולא בעתירות אחרות שעוסקות במלחמה בטרור, כדוגמת סוגיות ביטחוניות שנדונות במסגרת דיני התפיסה הלוחמתית [דיני הכיבוש]). לדיון בהמשגת המונח "בעת לחימה" ראו עמיחי כהן "ביקורת שיפוטית בעת לחימה (למה צריך את בג"ץ כשהתותחים יורים?)" (טרם פורסם). בנוגע להתערבות בענייני צבא וביטחון במובנם הרחב אפשר להצביע על התערבות של בג"ץ כבר בסוף שנות השבעים של המאה העשרים, אך התערבות זו נגעה בעיקר לסוגיות הנוגעות לשלטון הצבאי ביו"ש ומפעל ההתנחלויות (ראו לדוגמה בג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1) 1

בעולם, שלפיה סוגיות בעלות אופי צבאי מובהק, ובפרט פעולות צבאיות קונקרטיות או שיטות מבצעיות בזמן מלחמה, אינן שפיטות,[5] כלומר הן מצויות בסמכות ואחריות בלעדית של הממשלה, ובית המשפט אינו מתערב בהן. בהתאם לכך, כאשר הגיש ח״כ מוחמד ברכה בשנת 2001 עתירה נגד מדיניות ה״סיכולים הממוקדים״,[6] נדרשה לבית המשפט העליון פסקה אחת בלבד כדי לדחות את העתירה:

> [...] ברירת אמצעי הלחימה שבהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים אינה מן הנושאים שבית־משפט זה יראה מקום להתערב בהם [...] העתירה נדחית.

אלא שחודשים ספורים לאחר מכן, במהלך מבצע חומת מגן (שנערך באיו״ש בין ה־29 במרץ ל־10 במאי 2002) הוגשה עתירה נוספת באותו עניין, והפעם החליט בג״ץ לדון בנושא.[7] שינוי הגישה של בית המשפט הורגש היטב בצבא, כאשר במהלך המבצע הוגשו

(22.10.1979) שקבע שאי־אפשר להפקיע קרקע פרטית לשם הקמת התנחלות), ובעניינים הנוגעים במישרין לאוכלוסייה האזרחית ביו״ש (כדוגמת הקביעה בבג״ץ 168/91 **מורכוס נ׳ שר הביטחון**, פ״ד מה(1) 467 (1991) שלפיה צה״ל חייב לספק מסכות גז לתושבי יו״ש). כאמור, אני שם דגש במאמר זה בגרעין הפנימי, הליבה, של הביטחון הלאומי – סוגיות ביטחוניות בעת מלחמה – ב״דיני המלחמה״, ושם החלה ההתערבות בשלב מאוחר הרבה יותר. לסקירה נרחבת של פסקי הדין ואפיון של התקופות השונות הנוגעות להתערבות בית המשפט בסוגיות ביטחוניות באופן כללי ראו עמיחי כהן וסטיוארט כהן **יורים ושופטים: בטחון ומשפט בישראל** (2014); כהן ״ביקורת שיפוטית בעת לחימה״, שם. ראו עוד לעניין זה להלן בה״ש 17.

5 בג״ץ 561/75 **אשכנזי נ׳ שר הביטחון**, פ״ד ל(3) 309, 319 (1976): ״נושאים הקשורים לארגונו של הצבא, מבנהו והיערכותו, הצטיידותו ומבצעיו – אינם שפיטים, באשר אינן הולמים כלל דיון והכרעה של ערכאות השיפוט״; דפנה ברק־ארז ״מהפכת השפיטות הערכת מצב״ **הפרקליט** נ 3 (2008); אהרן גרבר ושירה סולו ״שפטת מרובה, לא שפטת: דוקטרינת השפיטות בבית המשפט העליון בישראל״ **פורום קהלת למדיניות** 40 (2022). בנוגע למקובל במדינות אחרות, יש לציין שיש מדינות שבהן חלה שחיקה בדוקטרינת השפיטות ובתי המשפט שלהן מתערבים כיום בסוגיות שבעבר נחשבו ״לא שפיטות״. לצד האמור, עדיין מקובל באותן מדינות כי סוגיות רבות, ובפרט בסוגיות ביטחוניות, אינן שפיטות. ראו לעניין זה כהן וכהן **יורים ושופטים**, שם; יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** ג 130 (2014); ראו עוד גרבר וסולו, שם, בעמ׳ 69–90, בנוגע להיקף דוקטרינת השפיטות בארצות הברית, אנגליה וקנדה. ראו עוד לעניין השפיטות להלן בפרק ד.

6 בג״ץ 5872/01 **ברכה נ׳ ראש־הממשלה שרון**, פ״ד נו(3) 1 (2002) (להלן: פרשת הסיכולים הממוקדים הראשונה). להגדרת הסיכולים הממוקדים ראו להלן בפרק ב.2.ב.

7 בג״ץ 769/02 **הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ׳ ממשלת ישראל**, פ״ד סב(1) 507 (2006) (להלן: פרשת **הסיכולים הממוקדים השנייה**). גם במקרה זה טענה המדינה שמדובר ב״עניינים בעלי אופי מבצעי מובהק, אשר אינם שפיטים. מטעמים אלה, דין העתירה להידחות על הסף״ (שם, בפס׳ 9), אלא שהפעם לא התקבלה עמדת המדינה, ובית המשפט דן בעתירה לגופה.

לא פחות מ־29 עתירות לבג״ץ בנוגע ללחימה של צה״ל במהלך המבצע.[8] מתוכן רק אחת נדחתה על הסף בשל היעדר שפיטות.[9]

לשינוי הגישה, שבמסגרתו החל בג״ץ לדון ולהתערב בפעולות מלחמתיות של צה״ל, ניתנו כמה הצדקות וטעמים. ראשית, מדינת ישראל היא מדינת חוק, ועל הצבא לפעול בהתאם לפקודות ולדין החלים עליו. הגורם בעל יכולות הפיקוח הטובות ביותר על המדינה (והצבא) הוא בית המשפט, ולכן כדאי שהוא יהיה הגורם שיוודא שהצבא אכן פועל לפי הדין.[10] שנית, בית המשפט אומנם ביטל את אי־השפיטות של סוגיות מלחמתיות, אך לצד זאת הוא נוקט איפוק וריסון וכמעט תמיד פוסק לטובת המדינה.[11] אדרבה, פסיקותיו מעניקות ״הכשר משפטי״ לפעולות צה״ל ונותנות למדינה לגיטימציה בין־לאומית לפעולותיה.[12] שלישית, הפיקוח על פעולות הצבא שומר על חיילי צה״ל ובכירים ישראלים מפני העמדה לדין בבית הדין הפלילי הבין־לאומי בהאג (ה־ICC).[13]

8 דוד זכריה **קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור** 163 (2012).

9 שם, בעמ׳ 164. העתירה שנדחתה הייתה בג״ץ 3022/02 **קאנון (LAW) – הארגון הפלסטיני להגנה על זכויות נ׳ מפקד כוחות צה״ל בגדה המערבית**, פ״ד נו(3) 9 (2002), שבה התבקש בג״ץ לקבוע כי לצבא אסור להשתמש במטוסים ובטנקים במבצע בג׳נין. ראו עוד לעניין זה זכריה, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 68, כי ״במרבית המקרים כאשר הוא (בית המשפט. ד״ב) מקבל טענת סף של המדינה, הוא עושה זאת כאשר נחה דעתו כי גם מן הבחינה המהותית העתירה ראויה להידחות״.

10 בנוגע לתפקיד בית המשפט לוודא שהמדינה פועלת לפי הדין בזמן מלחמה ראו בין היתר אהרן ברק ״זכויות אדם וביטחון לאומי״ **משפטים** לח 29, 31–33 (התשס״ח).

11 ראו לדוגמה לירון א׳ ליבמן ״אין עשן בלי אש: חוקיות השימוש בתחמושת המכילה זרחן והגבולות הראויים לביקורת שיפוטית על אופן ניהול לחימה״ **משפטים על אתר** יא 57, 59–60 (התשע״ח) (ראו עוד שם בעמ׳ 60–61 שמבחין בין עתירות נגד שיטות לחימה או אמצעי לחימה שבהם בית המשפט נוטה שלא להתערב, לבין עתירות הנוגעות לסוגיות הומניטריות של האוכלוסייה הפלסטינית, שבהן בית המשפט נוטה להתערב); כהן ״ביקורת שיפוטית בעת לחימה״, לעיל ה״ש 4, שטוען כי החל ממבצע עופרת יצוקה בשנת 2009 יש ״נסיגה במידת ההתערבות״; **פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה** ״נייר עמדה מס׳ 20: פסיקת בג״ץ בסוגיות ביטחון ושטחים״ (27.2.2023) https://did.li/nSEZH; דברי הנשיאה (כתוארה אז) אסתר חיות בכנס הבין־לאומי השנתי ה־12 של המכון למחקרי ביטחון לאומי, **יוטיוב** 13:57–13:00, 14:55–17:00 (29.1.2019) https://did.li/qeHaa (להלן: הנשיאה חיות בכנס ה־INSS). עמדה זו גם רווחת בתקשורת. ראו לדוגמה דברי אל״מ במיל׳ ד״ר לירון ליבמן שהובאו אצל המשרוקית של גלובס ״האם בגלל מערכת המשפט אי־אפשר היה לירות במי שהתקרב לגדר בעזה״ **גלובס** (15.11.2023), https://did.li/fZpZH. ראו עוד לעניין זה להלן בה״ש 146.

12 ראו לדוגמה דברי הנשיאה חיות בכנס ה־INSS, לעיל ה״ש 11: ״[...] הגם שאין זו תכליתה של הביקורת השיפוטית, אחד מתוצרי הלוואי החשובים שלה הוא תרומתה ללגיטימציה הבינלאומית של ישראל״. ראו עוד אצל עלי זלצברגר ״מינויים בפועל בבית־המשפט העליון ועצמאות שיפוטית: ניתוח תיאורטי וממצאים אמפיריים״ **מחקרי משפט** יט 541, 546 (2013), שטען בהקשר של התערבות בית המשפט בסוגיות מאיו״ש כי היא מעניקה לגיטימציה לממשלה וכן מאפשרת לממשלה ״להאשים״ את בית המשפט בהחלטות לא פופולריות. יש שאף שטענו כי ההתערבות של בית המשפט יוצרת לגיטימציה לשימוש יתר בכוח על ידי צה״ל (ראו לדוגמה יגיל לוי **יורים ולא בוכים: המיליטריזציה החדשה של ישראל בשנות האלפיים** 290 (2023)).

13 ראו להלן בה״ש 255–256.

מאמר זה ידון בטיעונים האמורים ויראה כי הם אינם משקפים בצורה מלאה את המציאות הנוגעת להתערבות בית המשפט בסוגיות מלחמתיות.[14] בין היתר יראה המאמר כי בית המשפט לא רק דורש שהצבא יישם את הדין, אלא הוא גם ״מחייב״ אותו לאמץ פרשנות מחמירה של הדין הבין־לאומי, ובמקרים שונים אף להחיל על עצמו נורמות שאינן קבועות בכל דין שהוא; עוד יראה המאמר שההשפעה שיש לפסיקות בג״ץ על ההחלטה אם להעמיד לדין חיילים ב־ICC היא מינורית, וכן שאומנם בית המשפט פוסק ברוב גדול של המקרים לטובת המדינה, אך הדבר נעשה ברמה הפורמלית בלבד. מבחינה מהותית, במבחן התוצאה, הפסיקה היא לטובת העותרים. כפי שכתבה בגילוי לב כב׳ השופטת דורנר, יש מקרים שבהם העתירה נדחית, אך בית המשפט מכליל בהחלטתו הוראות פרקטיות המאפשרות לקבל, באופן מלא או חלקי, את דרישות העותרים.[15]

הפרק הראשון יציג שתי דרכים מרכזיות שבית המשפט נוקט כדי שלא לפסוק נגד המדינה, מחד גיסא, ולהגיע לתוצאה הרצויה מבחינתו, מאידך גיסא.[16] **הפרק השני** יסקור את התיקים המרכזיים שבהם עסק בית המשפט בלחימה של צה״ל, ואשר מובאים בספרות ובדברי השופטים כדוגמאות למקרים שבהם נהג בית המשפט בריסון ופסק לטובת המדינה. הפרק יראה כיצד גם בפסקי דין אלו הביא בית המשפט לשינוי המדיניות הצבאית והתערב בדרכי הלחימה של צה״ל.[17] **הפרק השלישי** ידון בטענה שלפיה בית

14 ראו לעיל בה״ש 4 בנוגע להמשגת המושג ״סוגיות בטחוניות בעת מלחמה/לחימה״, ומיקוד המקרים שבהם עוסק המאמר.

15 Dalia Dorner, *The Protection of Human Rights in the New Age of Terror*, 11 HUMAN RIGHTS BRIEF 20 (2003).

16 יש דרכים נוספות, וחלקן אף משפיעות יותר מהדרכים שיוצגו במאמר, אך הן רלוונטיות פחות בכל הנוגע לעתירות העוסקות בדיני מלחמה. בין אסטרטגיות אלה אפשר למצוא, לדוגמה, חיזוק גורמים משפטיים הנמצאים מחוץ למערך בתי המשפט, כדוגמת הייעוץ המשפטי לממשלה, מחלקת הדין הבין־לאומי בצה״ל וכיוצא בזה, אשר משמשים פעמים רבות כמעין סוכנים של בית המשפט ומביאים לשינוי המדיניות הצה״לית מחוץ לאולמות השיפוט. ראו לעניין זה יואב דותן ״׳קדם בג״ץ׳ ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג״ץ״ **משפט וממשל** ז 159 (התשס״ד); DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES 191 (2002); זכריה, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 173–184; כהן ״ביקורת שיפוטית בעת לחימה״, לעיל ה״ש 4. כמו כן, בית המשפט משתמש בצווי ביניים, דן בתיקים כאילו ניתן צו על תנאי ועוד. לאסטרטגיות נוספות שבית המשפט משתמש בהן ראו דוד ברלינר ״המשפט הנעלם: עיצוב מדיניות על ידי בית המשפט העליון״ (טרם פורסם); זכריה, לעיל ה״ש 8; מנחם מאוטנר **משפט ותרבות** פרק שישי: המשפט הסמוי מן העין (התשס״ח); יסכה בינה ״התערבות בג״ץ במדיניות הביטחון של ישראל – הגלוי והסמוי בדרכי התערבותו של בית המשפט העליון במאבק בטרור״ **התנועה למשילות ודמוקרטיה** (טרם פורסם); יעקב יקיר ויאיר קרטמן ״החרב המתנופפת של בג״ץ – על הפיקוח המשפטי הסמוי, והשפעתו על המדיניות הביטחונית של צה״ל **יכין – המרכז למחקרים אסטרטגיים לאומיים** (2025).

17 התערבות בג״ץ בנושאי ביטחון רחבה מאוד ומתפרסת גם על סוגיות המצויות במעגל השני והשלישי של הביטחון הלאומי בישראל, כדוגמת פסיקה המחייבת את המדינה להעניק טיפול רפואי לנשות אנשי חמאס מעזה בבתי החולים בישראל (בג״ץ 5693/18 **ציאם נ׳ ראש הממשלה** (נבו 26.8.2018)),

המשפט רק בודק ומוודא שהצבא פועל לפי הדין, ויראה כי בג"ץ עצמו "מודה" כי לא פעם מוחלים על צה"ל סטנדרטים מחמירים, לעיתים ללא כל מקור בדין. **הפרק הרביעי** יתמקד בהשפעה שהייתה להורדתו של מחסום השפיטות על זירת הלחימה של צה"ל, ויראה שלא פעם מטרת העותרים איננה "ניצחון בעתירה" אלא עצם קיום הדיון בפני בית המשפט. **בפרק החמישי** יתמודד המאמר עם הטענה שלפיה בג"ץ מגן על חיילי צה"ל מפני העמדה לדין פלילי בבית הדין הפלילי הבין־לאומי (ה־ICC). בעניין זה יטען המאמר כי הרכיב המרכזי בהליכים המתנהלים ב־ICC בנוגע לישראל הוא פוליטי, ולא משפטי, ולכן לבג"ץ אין יכולת ממשית להגן על חיילי צה"ל ובכירי מערכת הביטחון מפני הליכים בבית הדין.

א. מעבר מפסיקה ישירה להשגת התוצאה הרצויה

1. פרשת נוהל שכן

המקרה הראשון שבו התערב בית המשפט העליון באופן ישיר בפרקטיקה צבאית קונקרטית היה בפרשת "נוהל שכן".[18] לפי הנוהל, לפני שצה"ל נכנס ל"סריקה" בבית של מבוקש, שולחים שכן או קרוב משפחה של המבוקש לבית כדי להמליץ למבוקש להסגיר את עצמו. מטרת הנוהל הייתה להפחית את הסיכון לאוכלוסייה הפלסטינית, לחיילים

לאפשר לאיש חמאס (שנפצע בזמן שעסק בפעילות עוינת נגד ישראל) לעבור מעזה לרמאללה לצורך קבלת טיפול רפואי (בג"ץ 2777/18 **כרנז נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה** (נבו 16.4.2018)), החלטות רבות לקיצור עונשים שגזר בית המשפט המחוזי על מחבלים ועוזריהם (ראו לדוגמה ע"פ 6306/12 **מהרה נ' מדינת ישראל** (נבו 23.2.2014)), התערבות בסוגיות הנוגעות לייצוא הביטחוני של מדינת ישראל וקשריה הביטחוניים עם מדינות אחרות, גיוס חרדים ושילוב נשים בתפקידי לחימה שונים (ראו לדוגמה בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94 (1995)). ראו עוד בעניין זה כהן וכהן **יורים ושופטים**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 186, כי: "[...] ישראל היתה המדינה היחידה שבה בית משפט לאומי החליט על שילוב נשים בצבא, ומעבר לכך כפה על זרוע צבאית ספציפית למנות אדם מסוים לתפקיד מסוים". התערבות בקידומם בתפקיד של קצינים בכירים בצבא (ראו לדוגמה בג"ץ 1284/99 **פלונית נ' ראש המטה הכללי**, פ"ד נג(2) 62 (1999)), שם קיבל בג"ץ עתירה נגד קידומו של תת־אלוף ניר גלילי לדרגת אלוף, בשל כך שהורשע בשנת 1996 בדין משמעתי על קיום יחסי מין עם כפופה שלו) ועוד. כאמור, נושאים אלה מצויים במעגלים השני והשלישי של נושאי הביטחון, ומפאת קוצר היריעה לא אדון בהם במסגרת מאמר זה. כאמור לעיל בה"ש 4, במאמר זה אתמקד בסוגיות ביטחוניות המצויות במעגל הראשון של הביטחון הלאומי, תוך התמקדות בסוגיות הנדונות במסגרת דיני העימות המזוין. לדוגמאות המצויות בתפר שבין המעגל הראשון לשני, ואשר עוסקות בלחימה בטרור באופן רחב יותר, ראו בינה, לעיל ה"ש 16.

18 בג"ץ 3799/02 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל**, פ"ד ס(3) 67 (2005) (להלן: פרשת **נוהל שכן**). העתירה הוגשה במאי 2002, במהלך מבצע חומת מגן, ופסק הדין ניתן באוקטובר 2005. כאמור לעיל בה"ש 4 ו־17, היו מקרים קודמים שבהם התערב בג"ץ בסוגיות ביטחוניות, אבל זוהי הפעם הראשונה שבה בית המשפט מתערב באופן ישיר בפעולה צבאית קונקרטית (כהן וכהן **יורים ושופטים**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 178).

ולרכוש, וזאת על סמך הניסיון (וההיגיון הפשוט) שלפיו מחבלים נמנעים מירי והפעלת מטענים כנגד בני משפחתם ושכניהם, דבר שגם מונע את הצורך בשימוש בכוח מצד הצבא.

בעקבות הגשת העתירה הודיעה המדינה עוד באותו חודש (מאי 2002) כי הוצאו הנחיות חדשות, שלפיהן ״חל איסור מוחלט להפעיל אוכלוסייה אזרחית במקום שבו עשויה להישקף לה סכנה לחיים או לגוף״.[19] לצד זאת הודיעה המדינה כי תמשיך להסתייע בפלסטינים כאשר הדבר יאפשר ״להימנע מפעולה צבאית העלולה לפגוע יותר בתושבים המקומיים, בחיילים וברכוש״. באוגוסט 2002 הוציא בג״ץ צו ביניים ארעי המורה למדינה ״להימנע מלעשות שימוש באוכלוסייה האזרחית הפלסטינית [...] לרבות השימוש בהם לצורך כל פעילות צבאית כגון ׳נוהל שכן׳, באופן מוחלט ובלתי תלוי בשיקול דעתו של גורם צבאי כלשהו״.[20] בעקבות כך הוציא הצבא פקודה שהסדירה נוהל חדש, ״נוהל אזהרה מוקדמת״, שקבע כי מותר להסתייע בפלסטיני במהלך פעילות מבצעית רק אם הדבר נעשה בהתאם לרצונו החופשי ורק לצורך ״מזעור הסכנה לפגיעה באזרחים תמימים ובמבוקשים עצמם״ (ולא כדי להקטין את הסכנה לחיילי צה״ל).

הדרג הפוליטי, הייעוץ המשפטי לממשלה והיועצים המשפטיים של הצבא היו בטוחים שבג״ץ יאשר את הנוהל החדש, אך נכונה להם אכזבה.[21] באוקטובר 2005, בפסק דין דרמטי וחסר תקדים, פסל בג״ץ לא רק את נוהל שכן, אלא גם את נוהל אזהרה מוקדמת.[22] מדובר היה במקרה ראשון (וכנראה יחיד) בעולם שבו פסל בית משפט במדינה דמוקרטית שיטת פעולה ספציפית של הצבא.[23]

פסק הדין הביא לביקורת ציבורית רחבה ונוקבת על בג״ץ, גדולה מזו שהייתה במקרים אחרים שבהם התערב בית המשפט בסוגיות ציבוריות וערכיות. סוגיות דוגמת גיוס חרדים, שילוב נשים ביחידות קרביות, פינוי התנחלויות וכיוצא בזה נמצאות במחלוקת ציבורית ופוליטית. בשל כך, כאשר בג״ץ מתערב בהן הוא אומנם זוכה לביקורת מחלקים מסוימים בציבור, אך גם לתמיכה מחלקים אחרים. לעומת זאת, סוגיות

19 פרשת **נוהל שכן**, שם.

20 בג״ץ 3799/02-ו׳ **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ׳ אלוף פיקוד מרכז בצה״ל** (נבו 18.8.2002). לאחר שהמדינה גיבשה נהלים (כמובא בהמשך הפסקה לעיל), שינה בית המשפט, ב־21 במרץ 2003, את נוסח צו הביניים וקבע כי ״הצו הארעי ימשיך לעמוד בעינו עד למתן פסק־דין בעתירה, בשינוי נוסח, באופן שבמקום הנוסח בו הוצא הצו המקורי יבוא הנוסח שבעתירה לצו על תנאי לפיו ׳המשיבים ימנעו מלהשתמש בבני אדם כמגן אנושי ו/או כבני ערובה במהלך פעילותם הצבאית בגדה המערבית׳״. צו־ביניים זה הפך לקבוע.

21 ראו עוד דניאל פרידמן **הארנק והחרב – המהפכה המשפטית ושברה** 242 (2013) כי הנוהל אף אושר על ידי היועץ המשפט לממשלה, שסבר שהנוהל אינו סותר את המשפט הבין־לאומי, ושבמשך שנה וחצי מאז הופעל הנוהל לא נפגע אף פלסטיני.

22 פרשת **נוהל שכן**, לעיל ה״ש 18.

23 כהן וכהן **יורים ושופטים**, לעיל ה״ש 4, בעמ׳ 178: ״למעשה, לא ידוע על שום מקרה אחר של בית משפט במדינה דמוקרטית הפוסל שיטת פעולה צבאית ספציפית״.

הנוגעות לדיני הלחימה נמצאות בקונצנזוס ציבורי רחב, ופסיקות אשר מגבילות את צה״ל ומסכנות את חיי החיילים זוכות לביקורת חוצת־מפלגות כלפי בית המשפט.[24]

2. שינוי גישת בית המשפט

בית המשפט לא צפה את עוצמת הביקורת שייצור פסק הדין, שכן השינוי המרכזי בפקודות הצבא התרחש במהלך הדיונים, כאשר בג״ץ הוציא צו ביניים שאוסר את השימוש בנוהל שכן (בעקבותיו הופעל נוהל אזהרה מוקדמת המצומצם). השופטים ראו כי הוצאת צו הביניים עברה בשקט יחסי, ולכן סברו שגם פסק הדין יתקבל בציבור ללא ביקורת רבה. ואולם, הנחתם התבררה כשגויה.

הביקורת הציבורית בעקבות פסק הדין הייתה נרחבת, וחשפה את העובדה שהציבור רגיש הרבה יותר לפסקי דין מאשר לצווי ביניים ושינויים שמתרחשים במהלך הדיונים בתיק. הבנה זו גרמה לבית המשפט לשנות גישה: לא עוד פסילת מדיניות או פרקטיקה צבאית באמצעות פסק דין נגד המדינה. מעתה השגת התוצאה הרצויה (לדעת בית המשפט) תיעשה באמצעים ״עקיפים״. לשם כך השתמש בית המשפט בשתי אסטרטגיות מרכזיות, אשר יכונו במאמר זה, ביחד ולחוד: שיטת ה״**התערבות העקיפה**״.

האסטרטגיה הראשונה היא שינוי המדיניות הממשלתית תוך כדי ההליכים המשפטיים בתיק, ולאחר שינוי המדיניות – פסיקה לטובת המדינה. השיטה עובדת באופן הבא: העותרים מגישים עתירה, ובית המשפט מורה למדינה להגיש תגובה וקובע מועד לדיון בעתירה. במסגרת גיבוש התגובה נציגי היועמ״ש ״לוחצים״ על הצבא לשנות או לעדכן את המדיניות הצבאית, בטענה שיהיה ״קשה להגן״ עליה בבית המשפט.[25] לאחר הגשת תגובתה של המדינה לעתירה מתקיים דיון בבית המשפט, ובמסגרתו השופטים מביעים את דעתם בעל פה ודורשים מהמדינה (ולמצער ״ממליצים״ לה) לשנות (עוד) את מדיניותה ודרכי פעולתה, ולחלופין להגיע לפשרה עם העותרים. בשל הכבוד הרב שנציגי המדינה רוחשים לבית המשפט, ובשל הרצון להימנע מקבלת פסק דין נגד המדינה, הצבא מסכים לשנות את הפקודות וההנחיות בהתאם ל״המלצת״ בית המשפט.[26] רק אז, לאחר

24 הביקורת הייתה כה גדולה עד שאפילו יאיר גולן – לימים ח״כ מטעם מרצ ולאחר מכן יו״ר מפלגת העבודה ומפלגת הדמוקרטים – הפר, בהיותו מפקד בצבא, את פסיקת בג״ץ בעניין השימוש בנוהל שכן. אף על פי שהדבר הביא לנזיפה מצד הרמטכ״ל ולעיכוב בקידום שלו, גולן עמד מאחורי החלטתו להפר את פסיקת בג״ץ (ראו לעניין זה את דבריו בתוכנית ״קלמן ליברמן״ **כאן – תאגיד השידור הישראלי** (31.7.2022) https://short-link.me/19yxU).

25 לא פעם לחץ זה מופעל במסגרת הליך שזכה לכינוי ״קדם בג״ץ״. להליך זה ראו דותן, לעיל ה״ש 16.

26 ראו Kretzmer, לעיל ה״ש 16, בעמ׳ 190–191, שמביא שלושה הסברים לכך שאף על פי שברוב גדול של העתירות הביטחוניות המדינה מנצחת, היא מסכימה להתפשר עם העותרים. לדעתו, הסיבה המרכזית היא היוקרה שפוליטיקאים וה״אליטה המשפטית״ רוחשים לבית המשפט. הסיבה השנייה היא הרצון להימנע מפסק דין עקרוני נגד המדינה. הסיבה השלישית היא שהפרקליטים שמייצגים את המדינה ״משכנעים״ את הרשויות לשנות את עמדתן עוד לפני שהסוגיה נדונה בפני בית המשפט. לעיון נוסף בסיבה השלישית ראו המקורות לעיל בה״ש 16. בנוגע לרצון להימנע מפסק דין עקרוני

שינוי המדיניות והשגת התוצאה הרצויה מבחינת בית המשפט (והעותרים), בית המשפט פוסק (כביכול) לטובת המדינה ודוחה את העתירה. כפי שעולה מהדוגמאות שיפורטו בפרק הבא, זוהי האסטרטגיה המרכזית בה נוקט בית המשפט בעתירות שעניינן דיני מלחמה.

לעיתים השימוש באסטרטגיה הראשונה אינו מספיק כדי להביא לתוצאה הרצויה לדעת בית המשפט, ואז נוקט בית המשפט אסטרטגיה משלימה: אישור עקרוני של הפרקטיקה הצבאית, אגב הטלת מגבלות על הפעלתה. לדוגמה, בית המשפט התיר למדינה לבצע ״סיכולים ממוקדים״, אך הציב תנאים לביצועם שהביאו לכך שצה״ל לא ביצע סיכולים ממוקדים מהאוויר באיו״ש למעלה מ־15 שנים.[27] באמצעות שימוש באסטרטגיה זו בית המשפט יכול לטעון כי אינו חוסם את הצבא בפעולותיו (אדרבה, הוא נותן להן ״הכשר משפטי״), תוך שבפועל הוא מגביל את צה״ל משימוש באותה פרקטיקה צבאית, עד שבמקרים רבים כלל אי־אפשר להשתמש בה. גם במקרה זה המיקוד של בית המשפט הוא במבחן התוצאה: הגבלת פעולות הצבא והמדינה בשדה הקרב, ללא פסק דין מפורש שאוסר את הפרקטיקה.[28]

השימוש באסטרטגיית ההתערבות העקיפה איננו מיוחד לתיקים הנוגעים לפעולות צבאיות. מחקרים קודמים עמדו על ה״משפט הסמוי מן העין״ והשימוש שבית המשפט עושה ב״כלים רכים״ וב״דיאלוג מנחה״ כדי להביא לשינוי עמדת המדינה ללא צורך בכתיבת פסק דין נגדה.[29] מחקרים לא מעטים מהם התמקדו בתיקים ביטחוניים העוסקים במלחמה בטרור.[30] הם הראו, בין היתר, כי בתיקים אלה בית המשפט אומנם ממעט לפסוק במישרין לטובת העותרים (בהשוואה לתיקים שאינם עוסקים בסוגיות ביטחוניות), אך לצד זאת מרבה להשתמש באסטרטגיית ההתערבות העקיפה לצורך שינוי עמדת המדינה בתיק.[31]

נגד המדינה, הרי שבכך המדינה יכולה לאפשר לעצמה בעתיד, עם שינויי נסיבות במצב הביטחוני, לשוב אל המדיניות הקודמת. כך למשל שונתה מדיניות הריסת הבתים במהלך מלחמת חרבות ברזל, וכן שונתה המדיניות של הכנסת הסיוע ההומניטרי לעזה במהלך המלחמה (על מקרים אלו ראו להלן בפרקים ב.1.ד ו- ב.2.א.0).

27 פרשת **הסיכולים הממוקדים השנייה**, לעיל ה״ש 7. פסק הדין ניתן בדצמבר 2006, ומאז לא נעשה שימוש בסיכולים ממוקדים מהאוויר באיו״ש עד שנת 2023. ראו עוד לפרשה זו להלן בפרק ב.2.ב.

28 במאמר זה נתמקד בעיקר באסטרטגיה הראשונה, ומעט בשנייה. יש כמובן אסטרטגיות נוספות, כאמור לעיל בה״ש 16.

29 עד כדי כך שלא פעם שינוי עמדת המדינה מתרחש עוד בטרם הגשת העתירה לבית המשפט. ראו לעניין זה דותן, לעיל ה״ש 16; להלן בה״ש 224.

30 ראו לדוגמה מחקרו המונומנטלי של זכריה, לעיל ה״ש 8.

31 ראו לדוגמה Yoav Dotan, *Judicial Rhetoric, Government Lawyers, and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice During the Intifada*, 33 LAW & SOCIETY REV. 319 (1999); Menachem Hofnung & Keren Weinshall Margel, *Judicial Setbacks, Material Gains: Terror Litigation at the Israeli High Court of Justice*, 7 J. OF EMPIRICAL LEGAL

מאמר זה מעמיד קומה נוספת על אותם מחקרים ומתמקד בעתירות ביטחוניות הנדונות במסגרת דיני המלחמה (בשונה מדיני כיבוש, דיני זכויות אדם וכיוצא בזה).[32] בתיקים אלו זנח בית המשפט כמעט לחלוטין את הכלי המרכזי שלו: פסיקה בסוגיה המשפטית שהובאה לפניו, ופרט לפרשת "נוהל שכן" הוא לא פסק נגד המדינה בסוגיות מלחמתיות. לצד זאת, בית המשפט הביא לשינוי עמדתה של המדינה בכל התיקים שהובאו לפניו, וזאת באמצעות אסטרטגיית ההתערבות העקיפה. הסבר לשימוש הנרחב שבית המשפט עושה באסטרטגיית ההתערבות העקיפה בתיקים אלה מצוי ברגישות הציבורית שמלווה אותם. התמיכה הציבורית בצה"ל גבוהה ביותר וחוצת־מפלגות, בעיקר בזמן מלחמה. פסיקה נגד הצבא בעיצומה של מלחמה חושפת את בית המשפט לביקורת ציבורית נרחבת, מימין ומשמאל, ופוגעת באמון הציבור במערכת המשפט.[33] באמצעות השימוש באסטרטגיית ההתערבות העקיפה בית המשפט מצליח לקבל את חלק הארי מהתוצאה שאליה רצה להגיע, מבלי לשלם את המחיר הציבורי שהיה נלווה להתערבות ישירה באמצעות פסק דין.[34] יתרה מכך, לעיתים התוצאה שבית המשפט מגיע אליה בדרך

(2010) STUD. 664, 678–679; לי ורשבסקי "פרקטיקות מוסדיות וזכויות אדם: הסמוי והגלוי בפסיקות בג"ץ" **הפוליטיקה** 43 (2003); קרן וינשל־מרגל **אידיאולוגיה וחוק בפסיקת בית המשפט העליון: ניתוח כמותי והשוואתי** 122–125 (2016) שמשווה בין התערבות סמויה של בית המשפט בסוגיות אחרות, ומסיקה כי "[...] התערבות סמויה של בית המשפט, הבאה לידי ביטוי בעת הדיונים – אינה נוכחת כשבית המשפט דן בנושאים אחרים". וכן ראו שם, בעמ' 137, כי במצב ביטחוני קשה, ההחלטות התומכות בסמוי בעמדת העותרים גבוהות כמעט פי 14 בהשוואה להחלטות התומכות בגלוי בעמדת העותרים. ראו עוד ראו KRETZMER, לעיל ה"ש 16, בעמ' 189–191, שהגיע למסקנה דומה בנוגע לעתירות של פלסטינים מיו"ש (בהשוואה לעתירות מישראל).

32 ראו לעיל בה"ש 4.

33 ראו ורשבסקי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 59–51. להסבר נוסף ראו KRETZMER, לעיל ה"ש 16, בעמ' 191–194, שטוען כי בית המשפט הוא חלק ממנגנון המדינה, ולכן ב"עימות חיצוני" (למשל בין המדינה לפלסטינים) הסבירות שבית המשפט יפסוק נגד המדינה נמוכה מאוד. כמו כן, ראו וינשל־מרגל, לעיל ה"ש 31, בעמ' 137, שבזמן מתיחות ביטחונית השימוש באסטרטגיית ההתערבות העקיפה גובר. נוסף על כך, נראה כי הפגיעה באמון הציבור מועצמת שעה שעצם השפיטות של סוגיות נתונה במחלוקת. במילים אחרות, בתיקים העוסקים בטרור, דיני כיבוש וזכויות הפלסטינים ביו"ש (שבהם התמקדו המחקרים המפורטים לעיל בהערות 30–31) עיקר הביקורת הציבורית כלפי בית המשפט היא ביחס לעצם ההתערבות של בית המשפט. בסוגיות העוסקות בלחימה, אשר עד לפני כשני עשורים היו לא־שפיטות אפילו בבג"ץ (ראו לעיל ליד הערות 4–5), ביקורת זו מועצמת כיוון שיש טוענים שבג"ץ כלל לא אמור לעסוק בהן.

34 בספרות המחקרית קיימות שתי גישות קוטביות ביחס לשאלה מה מניע ומדריך את השופטים בפסיקותיהם. הגישה המשפטית (legalistic approach) גורסת כי שופטים אך ורק מיישמים את החוק, בלי לקדם מדיניות כלשהי. מנגד, יש הטוענים כי לצד מחויבות השופטים לנורמות משפטיות, במקרים רבים הכרעתם נועדה גם להשפיע על הכרעות חברתיות ולקדם מדיניות (להרחבה על שתי גישות אלה ראו שי דותן "מוניטין ואסטרטגיה בבית המשפט העליון על סף המאה ה־21" **משפט ועסקים** כג 827 (2020); ברק מדינה "משפט ציבורי" **הגישה הכלכלית למשפט** 565 (2012)). מחקרים שבחנו את הגורמים המשפיעים על החלטות השופטים מצאו כי ה"חוק היבש" משפיע על

זו טובה יותר מבחינתו (ומבחינת העותרים) בהשוואה לתוצאה שאליה היה אפשר להגיע באמצעות פסק דין ישיר.[35]

ב. השפעת בג״ץ דרך שינוי עמדת המדינה והטלת הגבלות על צה״ל

בדיון סביב התערבות בית המשפט בלחימה של צה״ל מדגישים שופטים ומלומדים שונים את העובדה שבית המשפט פוסק כמעט תמיד לטובת המדינה.[36] לטענתם, בג״ץ נוקט גישה פסיבית ומאופקת, ולא זו בלבד שאינו מתערב בפעולות מלחמתיות, הוא אף מעניק למדינה לגיטימציה בין־לאומית במלחמותיה.[37] בפרק זה אראה כי אומנם עתירות רבות נדחות פורמלית על ידי בית המשפט, אבל בפועל מטרת העותרים מושגת. לשם כך אציג את פסקי הדין שבהם עסק בית המשפט בסוגיות מלחמתיות ואשר מובאים תדיר כדוגמאות לריסון כביכול שבית המשפט נוקט, ואראה כי ״מבחן התוצאה״ מלמד שבית המשפט התערב דווקא לטובת העותרים.

התוצאה המשפטית פחות ממה שנוטים לחשוב (Daniel M. Klerman & Holger Spamann, *Law Matters - Less Than We Thought*, USC GOULD (2019) https://ssrn.com/abstract=3439526), ושיש מגוון גורמים המשפיעים על ההחלטות של שופטים, ובהם: תפיסה ערכית (שלמה מזרחי ואסף מידני **מדיניות ציבורית בין חברה למשפט: בית המשפט העליון, השתתפות פוליטית ועיצוב מדיניות** 83–84 (2006)), תחושת צדק (לגישות מרכזיות שונות בנוגע לתפיסות הצדק שמנחות את השופטים ראו מדינה, שם, בעמ׳ 629–628), אידאולוגיה (Jeffrey A. Segal & Albert D. Cover, *Ideological Values and the Votes of Us Supreme Court Justices*, AM. POL. S. R. 557 (1989)), העדפה פוליטית (HAROLD J. SPAETH & JEFFREY A. SEGAL, THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL REVISITED 2 (2002)), אמון הפרופסיה (מזרחי ומידני, לעיל ה״ש 34, בעמ׳ 83–84), ועוד (ראו עוד אצל משה בר ניב ״בתי משפט״ **הגישה הכלכלית למשפט** 1133, 1173 (2012) שסיכם בקצרה רבים מהמניעים שהוזכרו בספרות). מרבית המחקרים שדנים בקידום מדיניות על ידי בית המשפט עושים זאת אגב התמקדות בפסיקות השופטים. מאמר זה מתמקד בתופעת קידום המדיניות על ידי בית המשפט שלא באמצעות פסקי דין, אלא באמצעות שינוי של עמדת המדינה והתנהגותה. בכך, כאמור לעיל, בית המשפט יכול לקדם את מדיניותו אגב הפחתה ניכרת של הביקורת הציבורית נגדו. ראו עוד לעניין זה אצל Dotan, לעיל ה״ש 31; ורשבסקי, לעיל ה״ש 31, בעמ׳ 51, כי באמצעות הסכמים ״[...] בג״ץ מצליח להעניק סעד משפטי לפלסטינים רבים העותרים לו מבלי לעמוד לביקורת הציבור ורשויות השלטון [...]״; שם, בעמ׳ 56 ו־59; וינשל־מרגל, לעיל ה״ש 31, בעמ׳ 89: ״מבחינת מוסדית, החלטת ׳אמצע׳ מעין זו היא אופציה מיטבית להתערבות משום שהיא אינה מעוררת תשומת לב ציבורית וביקורת נגד השופטים והמתערבים בנושא רגיש ומרכזי כמו המלחמה בטרור״. ראו עוד להלן בפרק ב.3. כי בית המשפט מודע להשפעה המשמעותית שיש לו על שינוי עמדת המדינה במהלך הדיונים בתיק.

35 ראו לעניין זה להלן בפרק ב.3.

36 ראו לעיל ה״ש 11.

37 ראו לעיל ה״ש 13.

1. שינוי מדיניות הלחימה

(א) פגזי פלאשט וירי ארטילרי

אחד המקרים המרכזיים המובאים כדוגמה לריסון העצמי שבית המשפט נוקט הוא פרשת "פגזי הפלאשט".[38] בפרשה זו נדונה חוקיות השימוש שעושה צה"ל בפגזי טנק המכילים חיצי מתכת, שכאשר הם מתפוצצים, החיצים המצויים בהם מתפזרים על פני שטח רחב של עשרות ומאות מטרים. פגזי הפלאשט מאפשרים לפגוע באויב שפרוס על פני השטח או באויב שקשה לפגוע בו פגיעה מדויקת, ומכאן חשיבותם לתמרון הצבאי. לצד היתרון הצבאי שהם מקנים, שימוש בפגזי פלאשט בסביבה ששוהים בה לוחמים ואזרחים זה לצד זה מעלה את הסיכון לפגיעה ב"בלתי מעורבים". בשל כך פנתה בשנת 2002 עמותת רופאים לזכויות האדם לבג"ץ בדרישה לאסור על צה"ל לעשות שימוש בפגזי הפלאשט במסגרת פעילותו ברצועת עזה.

בית המשפט דחה את העתירה וקבע כי "השימוש בתחמושת זו איננו אסור על־פי דיני המלחמה" ומשכך "אין בקשת העותרים יכולה להתקבל".[39] נוכח קביעות אלה והיעדר בסיס משפטי לדרישת העותרים דחה בית המשפט את העתירה. אלא שלצד הדחייה הוסיף בית המשפט משפט חשוב נוסף: "מעבר לצורך נציין כי המשיבים הניחו את דעתנו כי היקף השימוש בתחמושת זו הוסדר על־ידי צה"ל בכללים המחייבים את מפקדי הכוחות הפועלים בשטח".[40] ומהי אותה הסדרה? מדובר בקביעה שלפיה יש לקחת "טווח ביטחון" של לפחות 300 מטרים מאזרחים, בתי אזרחים ואובייקטים אזרחיים אחרים.[41] במילים אחרות, אם האויב או המטרה הצבאית (כדוגמת משגרים מהם נורות רקטות לישראל) נמצאים בסמיכות של 300 מטרים מאובייקטים אזרחיים, הרי שצה"ל לא יירה פגזי פלאשט למטרה הצבאית. טווח ביטחון זה במקום צפוף כמו רצועת עזה מאיין כמעט לחלוטין את האפשרות להשתמש בפגזי פלאשט במלחמה נגד חמאס ברצועה (להוציא

38 בג"ץ 8990/02 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' אלוף פיקוד דרום**, פ"ד נז(4) 193 (2003) (להלן: פרשת **פגזי הפלאשט**); בג"ץ 3261/06 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון** (נבו 31.1.2011) (להלן: פרשת **הירי הארטילרי**). למקרים שבהם הובא פסק דין זה כדוגמה לריסון שבית המשפט נוקט ראו למשל דברי הנשיאה חיות בכנס ה־INSS, לעיל ה"ש 11, בדקה 13:40; כהן "ביקורת שיפוטית בעת לחימה", לעיל ה"ש 4, בפרק ה3.

39 פרשת **פגזי הפלאשט**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 196.

40 שם, שם.

41 פרשת **פגזי הפלאשט**, שם. בפסק הדין לא כתוב מהו טווח הביטחון, והוא מפורט בקווים כלליים בלבד: "הכללים שגובשו בצה"ל מבטיחים כי לא ייעשה שימוש בפלאשט כדבר שבשיגרה [...] ככלל [...] השימוש בפלאשט הוגבל לגזרות שבהן הסיכוי לפגיעה באזרחים חפים מפשע אינו ממשי [...]". עם זאת הטווחים המפורטים עולים מהאמור בפרשת **הירי הארטילרי**, לעיל ה"ש 38, בין היתר בפס' 2 ובפס' 10. טענה זו הועלתה על ידי העותרים ולא נסתרה על ידי המשיבים, ובית המשפט מתייחס אליה כאל עובדה, לכאורה.

מקרים שבהם היה פינוי של האוכלוסייה מתא שטח מסוים ברצועה, ואשר הוכרז "אזור לחימה").

הרטוריקה שנקט בית המשפט הצהירה על ריסון ואי־התערבות: "הלכה היא מלפנינו כי 'ברירת אמצעי הלחימה שבהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים אינה מן הנושאים שבית־משפט זה יראה מקום להתערב בהם' [...]",[42] אך בפועל הוביל בית המשפט לתוצאה שאותה ביקשו התובעים להשיג – הפסקת השימוש בפגזי פלאשט בעזה.

כשנתיים לאחר מתן פסק הדין, בשנת 2005, יצאו כוחות צה"ל מרצועת עזה במסגרת "תוכנית ההתנתקות". "חרף זאת, המשיכו – וממשיכים – ארגוני הטרור ברצועת עזה לבצע פעולות טרור נגד ישראל, אזרחיה ותושביה מתוך שטח הרצועה. בכלל זה, המשיכו ארגוני הטרור בירי של רקטות קסאם ופצצות מרגמה מאזור הרצועה לעבר ישובי דרום הארץ ועוטף רצועת עזה".[43] אחת הדרכים של צה"ל להתמודד עם ירי הרקטות הייתה באמצעות ירי ארטילרי לאזורים שמהם שוגרו הרקטות, וזאת במטרה לפגוע במשגרים ולשבש את המשך השיגורים מאותם מקומות.[44]

כיוון שארגוני הטרור ירו מתוך שטחים אזרחיים, הוחלט בצה"ל לערוך "איזון מחדש" בין הצורך להגן על אזרחי ישראל (ולו רק באופן חלקי) לבין הרצון להימנע מפגיעה ב"בלתי מעורבים" בעזה. הוחלט אפוא לצמצם את "טווח הביטחון" מ־300 ל־100 מטרים,[45] כלומר הותר לצה"ל להגיב בירי ארטילרי למקורות מהם מבוצעים שיגורים לעבר ישראל, אם המרחק בין מקור השיגור לאובייקטים אזרחיים הוא לפחות 100 מטרים (ולא 300 מטרים, כפי שהיה קודם לכן). החלטה זו הביאה לעתירה נוספת לבג"ץ בדרישה שצה"ל יבטל את ההחלטה על צמצום "טווח הביטחון".[46]

גם הפעם לא היה לעותרים עוגן משפטי יציב לבסס עליו את עתירתם, כפי שקבע בית המשפט: "[...] לא עלה בידי העותרים להצביע על מקור משפטי מחייב הקובע כי טווח של 100 מטרים הוא פסול בעוד שטווח של 300 מטרים מותר הוא [...]".[47] למרות זאת, בהודעה שהגישה המדינה לבית המשפט היא הודיעה שהחל מנובמבר 2006 הפסיק צה"ל

42 פרשת **פגזי הפלאשט**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 196.
43 פרשת **הירי הארטילרי**, לעיל ה"ש 38, בפס' 1.
44 שם, בפס' 1 ו־10.
45 שם, שם.
46 ירי ארטילרי נחשב "נשק סטטיסטי", קרי לא מדויק, ולכן, בדומה לפגזי פלאשט, שימוש בירי ארטילרי לאזור שבו יש לוחמים ואזרחים מעלה את החשש לפגיעה באזרחים. העותרים בעתירתם התייחסו הן לירי ארטילרי והן לפגזי פלאשט.
47 פרשת **הירי הארטילרי**, לעיל ה"ש 38, בפס' 10.

לבצע ירי ארטילרי בגזרת עזה.[48] עמדה מחודשת זו של המדינה הפכה את העתירה לתאורטית והובילה לדחייתה.[49]

עמדת בית המשפט בסוגיית הירי הארטילרי אינה נאמרת במפורש בפסק הדין, אך קריאה "בין השורות" מאפשרת להבין את הלך הרוח והלחץ שהופעל על המדינה לשנות את עמדתה. בית המשפט נתן למדינה, באופן חריג, שבוע בלבד להגיש תגובה לעתירה וקבע דיון דחוף בעתירה כשלושה שבועות בלבד לאחר הגשתה.[50] כמו כן, אף על פי שהמדינה הודיעה על שינוי עמדתה עוד ביולי 2007, השאיר בית המשפט את התיק פתוח עד שנת 2011, כדי לוודא שהמדינה אכן אינה מבצעת ירי ארטילרי כאמור.[51]

אם כן, גם במקרה זה העתירה נדחתה בפן הפורמלי, אך בפועל השיגה את מטרתה במלואה. המדינה העדיפה להפסיק את השימוש בירי ארטילרי ופגזי פלאשט ברצועת עזה, ובלבד שלא להסתכן בפסק דין מפורש נגדה, וזאת כדי להשאיר לעצמה אפשרות לשנות את מדיניותה בעתיד.[52] שינוי כאמור לא ייעשה בנקל. הוא אפילו לא נעשה במהלך מבצע עופרת יצוקה בשנת 2008.[53] לצד האמור יש לציין כי במלחמת חרבות ברזל נעשה שימוש בירי ארטילרי ברצועה, אך הדבר נעשה רק לשטחים שמהם פונתה האוכלוסייה האזרחית או במקרים של "אש לחילוץ".

48 שם, לעיל ה"ש 38, בפס' 6.

49 שם, בפס' 10.

50 בפועל הוגשה התגובה המקדמית 11 ימים לאחר הגשת התביעה, לאחר שהמדינה קיבלה ארבעה ימי אורכה (פרשת **הירי הארטילרי**, לעיל ה"ש 38, בפס' 3). דיון דחוף בעתירה נקבע ל־4 במאי 2006, כשלושה שבועות לאחר הגשת העתירה.

51 ראו פרשת **הירי הארטילרי**, לעיל ה"ש 38, בפס' 10: "בחודש יולי 2007 הודיעתנו המדינה כי החל מחודש נובמבר 2006 אין מופעל עוד האמצעי של ירי ארטילרי לרצועת עזה, וכי ככל שיוחלט על שימוש בו בעתיד, יבחנו המגבלות והנהלים לאורם יחודשו. מאז חלפו למעלה משלוש שנים במהלכן לא הונחו בפנינו נתונים הסותרים הודעה זאת, ולכאורה יכול ומאז נמסרה לא שב צה"ל להפעיל את המדיניות שנתקפה בעתירה". על אף האמור, שופטים מציגים פרשה זו כדוגמה לריסון השיפוטי שבית המשפט נוקט. לעניין זה ראו לדוגמה את דברי הנשיאה חיות בכנס ה־INSS, לעיל ה"ש 11, מדקה 14:55.

52 פרשת **הירי הארטילרי**, לעיל ה"ש 38, בפס' 7: "המדינה חזרה על עמדתה כי אין מקום להמשיך ולבחון מדיניות שלא נוהגים בה עוד, דין העתירה להימחק, וככל שיוחלט על חידוש הפעילות הארטילרית יוכלו העותרים לחדש עתירתם". ראו עוד שם, בפס' 6, כי המדינה ציינה שאם בעתיד יחודש הירי הארטילרי, הרי שהדבר יבוצע תחת הגבלות ונהלים שייקבעו על ידי הדרגים הצבאיים והמדיניים הבכירים.

53 שם, בפס' 10: "אמנם, לא למותר להזכיר בהקשר זה כי בסוף שנת 2008, וטרם הוכרעה עתירה זו, פרצו אירועי 'עופרת יצוקה', ובמהלכם הוגשו עתירות שעסקו בהיבטים שונים הנוגעים לפעילות צה"ל ברצועת עזה. היבטים אלה אף עמדו לביקורת שיפוטית במגבלות שנבעו מאופיים של ההליכים בפני בית משפט זה. יחד עם זאת, בעקבות אירועים אלה לא שבו הצדדים ופנו אלינו בעניינה הפרטני של העתירה, ומכאן אין לנו אלא להניח, בשים לב לעמדת המדינה, כי הפכה היא תיאורטית".

(ב) זרחן לבן ו"בומים על-קוליים"

בשנה שבה ניתן פסק הדין בפרשת הירי הארטילרי (2011) פנתה קבוצת עותרים לבג"ץ בדרישה לאסור על צה"ל את השימוש בפצצות המכילות זרחן לבן, שבהן השתמש צה"ל כדי ליצור מסך עשן להגנה על החיילים ולצורך תאורה בלילה. מדובר בחומר שעלול לגרום לשרֵפות וכן לכוויות במקרה של מגע בגוף. לטענת העותרים, השימוש בפגזים המכילים זרחן לבן הוא בלתי מוסרי ועלול לפגוע גם באזרחים, ולכן נוגד, לדעתם, את המשפט הבין־לאומי.[54] המדינה מצידה טענה שהנושא אינו שפיט, וכי גם אם היה שפיט, הרי שאין במשפט הבין־לאומי איסור על שימוש בפגזים המכילים זרחן לבן.[55] ואכן מדינות המערב עושות בו שימוש במלחמותיהן.[56]

למרות זאת, במהלך הדיונים המדינה הודיעה לבית המשפט שהיא תימנע משימוש בפגזים אלו.[57] גם במקרה זה פסק בית המשפט פורמלית לטובת המדינה ודחה את העתירה, אך גם הפעם הוא עשה כן רק לאחר שהתוצאה אשר לה קיוו העותרים התקבלה.[58]

מהלך דומה התרחש בפרשת היעפים, שבה דרשו העותרים שצה"ל יחדל מלעשות שימוש ביעפים ("בומים") על־קוליים.[59] בתגובה טענה המדינה כי השימוש ביעפים על־קוליים חוקי וביקשה כי העתירה תידחה בשל היעדר שפיטות. בסופו של דבר, לאחר כשלוש שנים, נמחקה העתירה, אלא שגם הפעם נעשה הדבר רק לאחר שהעותרים קיבלו את מבוקשם וצה"ל הפסיק את השימוש באמצעי זה.[60]

54 בג"ץ 4146/11 **הס נ' ראש המטה הכללי**, פס' 2 (נבו 9.7.2013).

55 שם, בפס' 3 ו־5. לכך שהשימוש בזרחן לבן ע"י צה"ל חוקי לפי המשפט הבין־לאומי ראו ליבמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 75—79.

56 לדוגמה, ארצות הברית השתמשה בזרחן לבן בקרב על פלוג'ה בשנת 2004, וכן בקרבות רבים נוספים נגד דאע"ש בשנים לאחר מכן. כמו כן, הכוח הבין־לאומי ISAF באפגניסטן השתמש בתחמושת המכילה זרחן במקומות מיושבים (שם, שם, בעמ' 78). נוסף על כך, המדריכים הצבאיים של מדינות מערביות שנלחמות, כדוגמת ארצות הברית, קנדה, צרפת, גרמניה ואוסטרליה, מתירות ומסדירות את השימוש בו (דוד פטר ואברהם של"ו "מלחמת 'חרבות ברזל' ומשפט בינלאומי – שאלות ותשובות" 17 **קהלת** (14.11.2023)).

57 וזאת בכפוף לשני חריגים מצומצמים ונדירים ביותר, אשר בית המשפט סבור שלא ייעשה בהם שימוש בפועל (בג"ץ עניין **הס**, לעיל ה"ש 54, בפס' 3 ו־7). ראו עוד שם, בפס' 7, בנוגע לחריגים כי הם "הופכים את השימוש בזרחן לבן לחריג קיצוני ונסיבות מיוחדות ביותר", המקרה חריג כל כך עד "שספק אם הסוגיה תתעורר עוד באופן מעשי" בעתיד.

58 ו"לאור הצהרותיה של המדינה באשר להוראות המחייבות המוטלות על הצבא בנוגע לשימוש בזרחן לבן בשטח בנוי לעת הזאת" (שם, בפס' 7).

59 בג"ץ 10265/05 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הבטחון** (נבו 7.10.2008) (להלן: פרשת **היעפים**).

60 שם. המדינה הפסיקה את השימוש ב"בומים" העל־קוליים כבר ב־5 ביולי 2006. למרות זאת נותרה העתירה פתוחה במשך למעלה משנתיים נוספת, ונמחקה רק ב־7 באוקטובר 2008.

(ג) הפרימטר ברצועת עזה

פסיקה נוספת ששמה את בג"ץ באור הזרקורים הייתה פרשת הפרימטר.[61]

כדי לשמור על גבולות המדינות מקובל בעולם (בפרט במקומות שבהם מתקיימת מתיחות בין מדינות שכנות) ליצור סמוך לגבול "אזור חיץ", שהכניסה אליו אסורה. אזור החיץ מאפשר למנוע חדירה עוינת לשטח המדינה וכן למנוע מהאויב להגיע לקו הגבול ולסכן בכך את החיילים המוצבים בו. גם ברצועת עזה נקבע אזור חיץ, כאשר מהגדר המקיפה את הרצועה הוגדר אזור של כ־300 מטר שאליו אסור להיכנס. שטח זה "נוקה" על ידי צה"ל מצמחייה ומבנים, ותושבי הרצועה ידעו כי כל הנכנס לאזור החיץ נחשב אויב ומסתכן בירי חי לעברו.[62]

במרץ 2018 החלו "צעדות השיבה" שארגן חמאס לצורך חדירה לשטח ישראל וביצוע פעולות טרור נגד כוחות הביטחון ותושבי ישראל.[63] "צעדות השיבה" לא היו הפגנות תמימות, משל היו הפגנות פנים־מדינתיות של אזרחים החפצים להשמיע את קולם בפני נבחרי הציבור שלהם במסגרת דמוקרטית, אלא רכיב טקטי חשוב במלחמה של חמאס בישראל. יחיא סינוואר, שנבחר שנה קודם לכן למנהיג חמאס ברצועת עזה, הבין שכדי להילחם בישראל אפשר להשתמש בכלים נוספים מעבר להוצאת פיגועים. ה"הפגנות" אורגנו ונשלטו על ידי ארגון הטרור, והמשתתפים כללו מחבלים, פעילים בארגון הטרור ונתיני אויב שאומנם אינם משויכים באופן מלא לחמאס, אך הגיעו לגדר בהכוונתו, במטרה להתעמת עם חיילי צה"ל.[64]

ה"הפגנה" הראשונה נערכה ב־30 במרץ 2018, ובמסגרתה הגיעו עשרות אלפי פלסטינים לגדר, יידו אבנים ובקבוקי תבערה, וכמה מהם אף ירו בנשק חם לעבר חיילי צה"ל. הצבא הגיב באמצעים לפיזור הפגנות כלפי ההמון ובירי כלפי "מסיתים מרכזיים". בסופו של יום המהומות דיווחו הפלסטינים על 16 הרוגים ומאות פצועים. בעקבות כך הוגשו לבג"ץ שתי עתירות, שדרשו לאסור על צה"ל להשתמש בירי חי כלפי המפגינים בעזה.[65]

61 עניין **יש דין**, לעיל ה"ש 1.

62 ראו ביגמן, לעיל ה"ש 2.

63 הנשיאה חיות בכנס ה־INSS, לעיל ה"ש 11, דקה 16:00.

64 למרכזיות של חמאס בצעדות השיבה ראו גם "הטרור הפלסטיני נגד ישראל בשנת 2018: נתונים מאפיינים ומגמות" **מרכז המידע למודיעין ולטרור על שם אלוף מאיר עמית** 4 (2019) https://did.li/X2c6q.

65 ב־31 במרץ 2018 פנתה האגודה לזכויות האזרח לפרקליט הצבאי הראשי בדרישה לשנות את הוראות הפתיחה באש, וכשבועיים לאחר מכן הוגשו שתי העתירות. בעתירה אחת הייתה הדרישה לאסור על צה"ל להשתמש בירי חי כלפי המפגינים גורפת. בעתירה האחרת הייתה הדרישה שיותר ירי חי רק אם יש סכנה ממשית לחיי אדם.

ראש הממשלה, שר הביטחון וראש האופוזיציה גיבו את פעולות הצבא ואמרו שהחיילים פעלו כראוי.[66] למרות זאת, עמדת המדינה שהוצגה לבג"ץ הייתה שונה. טרם העתירה, הַגישה הכללית ביחס לאירועים בפרימטר הייתה "פרדיגמת פעולות האיבה", המתייחסת למצב שבו הצדדים נמצאים בלחימה. הוראות הפתיחה באש באותו זמן קבעו שאם מישהו נכנס לאזור החיץ, יש לקרוא לעברו, ואם אינו נענה לקריאות אפשר לבצע ירי לאוויר. אם גם הירי באוויר אינו עוזר, אפשר לבצע ירי לכיוון הרגליים (יש לציין שגם הוראות אלה נחשבו "מחמירות" וגורמים שונים סברו שיש להתיר גם ירי כדי להרוג).[67] בעקבות העתירה שונו ההנחיות ונקבע כי ברירת המחדל ביחס לאירועי "צעדות השיבה" תהיה "פרדיגמת אכיפת החוק", שנועדה למצבים "בהם נדרשות פעולות לשמירת הסדר הציבורי והביטחון".[68] הוראות הפתיחה באש החדשות קבעו כי ההתמודדות עם המתפרעים תיעשה באמצעים לפיזור הפגנות[69] וכי ירי חי יבוצע רק במקרים שבהם יש "סכנה ממשית וקרובה" לחיילים או אזרחים ישראלים.[70] במילים אחרות, בכל הנוגע להתמודדות עם חמאס בעזה עברה המדינה מתפיסה "צבאית" של לחימה בטרור לתפיסה "משטרתית" של אכיפת סדר אזרחית.

בית המשפט קיים דיון דחוף בעתירות, ובחודש מאי כבר פרסם את פסק הדין ובו דחה "פה אחד" את העתירות. הדחייה מסתירה במידה רבה את שינוי המדיניות החד שהתרחש בעקבות העתירות. בית המשפט אומנם פסק לטובת המדינה, אך עשה כן רק לאחר ש"המשיבים הבהירו כי ההוראות [החדשות. ד"ב] אושרו על ידי הפרקליט הצבאי הראשי והיועץ המשפט לממשלה".[71]

התוצאות של שינוי המדיניות לא איחרו לבוא. ההפגנות על הגדר נמשכו ביתר שאת, וחיילים בשטח דיווחו כי הנחת מטענים על הגדר נעשתה לדבר שבשגרה, שאסור להם

66 ראש הממשלה היה בנימין נתניהו, שר הביטחון היה אביגדור ליברמן וראש האופוזיציה היה יצחק הרצוג.

67 הוראות הפתיחה באש הצה"ליות אומנם חסויות, אך הן תוארו, בקווים כללים, במקומות שונים, כדוגמת עניין **יש דין**, לעיל ה"ש 1, בפס' 9 לפסק הדין של הנשיאה חיות, ובפס' 17, 26 ו־50 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר.

68 עניין **יש דין**, שם, בפס' 39 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר.

69 שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט הנדל, שציטט מתוך תגובת המדינה: "ההתמודדות עם הסכנה תיעשה בראש ובראשונה באמצעות אזהרות מילוליות ובאמצעים בלתי־קטלניים לפיזור הפגנות. אם השימוש באמצעים אלו לא הביא להסרת הסכנה הנשקפת מהפרת הסדר האלימה, הכללים מתירים ירי מדויק לעבר רגליו של מפר סדר מרכזי או מסית מרכזי במטרה להסיר את הסכנה מהפרת הסדר האלימה".

70 שם, שם: ירי חי יבוצע רק במקרים שבהם "נשקפת סכנה ממשית וקרובה לכוחות צה"ל או לאזרחים ישראלים". לפירוט נוסף של הוראות הפתיחה באש החדשות ראו עקיבא ביגמן "מסמך הוראות הפתיחה באש בגבול עזה נחשף" **ערוץ 14** (13.9.2021) https://did.li/18qZH.

71 עניין **יש דין**, לעיל ה"ש 1, בפס' 10 לפסק דינה של הנשיאה חיות, ופס' 48 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

לירות אפילו אם מישהו חוצה את הגדר, וכי גם כאשר מגיעים לגדר מחבלים חמושים, החיילים, פעמים רבות, אינם מקבלים אישור לירי.[72] לאחר שב־31 באוגוסט 2021 נהרג סמ״ר בראל חדריה שמואלי מירי שבוצע מטווח קרוב במהלך ההתפרעויות על הגדר, נמתחה ביקורת על בית המשפט על כך שהוביל להוראות הפתיחה באש הנוקשות שנקט צה״ל בגבול עזה.[73] ביקורת זו התעצמה לאחר שהתברר כי ההפגנות על הגדר היו רכיב באסטרטגיה של חמאס לחציית הגדר וביצוע הטבח ביישובי עוטף עזה ב־7 באוקטובר 2023.[74] נוכח עוצמת הביקורת ביצעה הנהלת בתי המשפט מעשה חריג וענתה לטענות בהודעה רשמית מטעמה: ״העתירה נדחתה פה אחד על ידי בית המשפט העליון. בית המשפט ציין בפסק הדין כי מתחם התערבותו בנושאים מעין אלה הוא מצומצם וצר ביותר וממילא אין שום יסוד לטענה כי הוראות הפתיחה באש שונו עקב פסיקת בג״ץ״.[75]

העמדות הקוטביות סביב פסק הדין משקפות נקודות מבט שונות (וחלקיות) על הפרשה. הודעת הנהלת בתי המשפט מדגישה את ההיבט הטכני-פורמלי של פסק הדין ומתעלמת מההשפעה הגדולה שהייתה לבית המשפט על שינוי הוראות הפתיחה באש של צה״ל.[76] מנגד, עמדת המבקרים מדגישה את חלקו ואחריותו של בית המשפט לביטול הפרימטר ומתעלמת מהאחריות של הצבא והממשלה ומכך שרבות מההחמרות בהוראות הפתיחה באש לא היו תוצאה ישירה של דרישת בית המשפט, אלא ״יוזמה אישית״ של מערכת הביטחון.[77]

72 אריאל זיגלר ״הנהלים אוסרים על ירי – והעזתים חודרים לישראל״ **מקור ראשון** (7.10.2018) https://did.li/WhKaa; ביגמן, לעיל ה״ש 2.

73 ביגמן, לעיל ה״ש 70.

74 אבישי גרינצייג ״האינדיקציה שהייתה בידי צה״ל לפני השבת השחורה״ **כאן ארכיון** (23.11.2023) https://did.li/OCNTY. לביקורת שנמתחה בהקשר זה על בית המשפט העליון ראו לעיל ה״ש 2.

75 הודעת הנהלת בתי המשפט מ־19 בנובמבר 2023, לעיל ה״ש 3. ראו עוד שם שנכתב כי ״מתחם התערבותו בנושאים מעין אלה הוא מצומצם וצר ביותר וממילא אין שום יסוד לטענה כי הוראות הפתיחה באש שונו עקב פסיקת בג״ץ״.

76 ראו עוד לעניין זה דברי הנשיאה חיות בכנס ה־INSS, לעיל ה״ש 11, מדקה 14:55 ועד דקה 16:40, שמביאה מקרה זה כדוגמה לריסון כביכול שבית המשפט נוקט בעתירות ביטחוניות.

77 כך לדוגמה, הנחיות שקיבלו חיילים בשטח שלא לירות גם כאשר מגיעים מחבלים חמושים לגדר, כאמור ליד ה״ש 72 לעיל, אינן תוצאה של שינוי הוראות הפתיחה באש ה״משפטיות״, אלא החלטה של המפקדים האחראים.

(ד) פרשת הסיוע ההומניטרי[78]

במרץ 2024, בעיצומה של מלחמת חרבות ברזל, עתרו כמה ארגונים לבג״ץ בדרישה שמדינת ישראל תדאג למעבר מהיר של סיוע הומניטרי לרצועה ותאפשר להגדיל את היקף הסיוע הנכנס.[79] בתגובה טענה המדינה כי אומנם המשפט הבין־לאומי מחייב לאפשר הכנסת סיוע לאוכלוסייה האזרחית בזמן לחימה, אך חובה זו לא חלה כאשר יש חשש כי הסיוע לא יגיע ליעדו, כאשר קיים קושי בהצבת פיקוח על חלוקתו או כאשר יש חשש שהסיוע יתרום למאמץ המלחמתי של האויב.[80]

במקרה של עזה הוכח פעם אחר פעם שחמאס משתלט על הסיוע ההומניטרי שנכנס לרצועה.[81] יתרה מכך, חמאס מכר את הסיוע שנכנס לאוכלוסייה האזרחית ובכך מימן את המשך הלחימה בישראל, ואף גייס באמצעות הסיוע לוחמים חדשים לשורותיו. נוסף על כך, הדלקים והחשמל שישראל מספקת לרצועה משמשים את חמאס בלחימה מול ישראל ומאפשרים, בין היתר, את שהיית המחבלים במנהרות העמוקות.[82] למרות זאת הדגישה

78 בג״ץ עסק פעמים מספר במחויבויות ההומניטריות של מדינת ישראל כלפי עזה. חלק מאותם מקרים (כדוגמת בג״ץ 9132-07 **אלבסיוני נ׳ ראש הממשלה** (נבו 30.1.2008); בג״ץ 5841/06 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ׳ שר הבטחון** (נבו 13.3.2007); בג״ץ 4258/08 **גישה – המרכז לשמירה על הזכות לנוע נ׳ שר הביטחון** (נבו 5.6.2008)) נדונו במסגרת של דיני התפיסה הלוחמתית ולא במצב של עימות מזוין. מקרים כאלה, כאמור לעיל בה״ש 4 ובה״ש 17, חורגים מהמקרים שמאמר זה עוסק בהם. לצידם יש תיקים שעסקו בהיבטים הומניטריים בעזה במסגרת של עימות מזוין (כדוגמת בג״ץ 201/09 **רופאים לזכויות אדם נ׳ ראש הממשלה**, פ״ד סג(1) 521 (2009)), שנדון במהלך מבצע עופרת יצוקה, וכדוגמת בג״ץ 65686-11-24 **עמותת חיל החלוץ הפלסטינית נ׳ מדינת ישראל** (נבו 6.3.2025) שנדון במהלך מלחמת חרבות ברזל), וממילא רלוונטיים למסגרת הדיונית של מאמר זה. עם זאת, מפאת קוצר היריעה, נתמקד בפרק זה בבג״ץ 2280/24 **גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע נ׳ ממשלת ישראל** (נבו 27.3.2025) (להלן: פרשת **הסיוע ההומניטרי**), שהינו המקיף ביותר מבחינת הדיונים והעיסוק של בית המשפט בתיק ומבחינת הסוגיות ההומניטריות שעלו בו, אשר כללו לא רק הכנסת מזון אלא גם דאגה לאספקת מים, חשמל, תרופות וציוד רפואי.

79 פרשת הסיוע ההומניטרי, שם. נוסף על כך ביקשו העותרים שייקבע שמדינת ישראל הינה ״כוח כובש״ ברצועה, ובהתאם לכך לחייב את ישראל לא רק לאפשר לארגונים בין־לאומיים להכניס סיוע לרצועה (בהתאם לדיני המלחמה), אלא אף לספק אותו בעצמה (בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית). טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט, שקבע כי המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית איננה דיני התפיסה הלוחמתית (דיני הכיבוש) אלא דיני המלחמה.

80 ס׳ 78 ל״תגובה המקדמית מטעם המשיבים״ (2.4.2024) בפרשת הסיוע ההומניטרי, לעיל ה״ש 78 (להלן: התגובה המקדמית מיום 2.4.2024); ס׳ 266 ל״כתב תשובה מטעם המשיבים״ (28.6.2024) בפרשת הסיוע ההומניטרי, שם.

81 ראו ס׳ 78–79 לתגובה המקדמית מיום 2.4.2024, לעיל ה״ש 80; מערכת את״צ ״זאת השיטה שבה ניצל חמאס את הסיוע ההומניטרי למימון טרור״ **אתר דובר צה״ל** (12.6.2025) https://short-link.me/12EfN.

82 נוכח זאת יש הטוענים – טענה שלא נטענה על ידי המדינה בהליכים בפרשת הסיוע ההומניטרי – שלא זו בלבד שלא חלה על ישראל חובה לאפשר הכנסת סיוע לעזה, אלא שהדין הבין־לאומי אף אוסר זאת, שכן יש איסור לסייע לארגון טרור, גם כשהדבר נעשה בעקיפין (ראו לדוגמה פרופ׳ אבי

המדינה בתגובתה כי היא אינה מטילה מגבלות על היקף הסיוע ההומניטרי שנכנס לרצועת עזה[83] ואף משקיעה מאמצים רבים כדי לאפשר את הכנסת הסיוע ואת חלוקתו לאוכלוסייה האזרחית.[84] לא זו אף זו, לאחר כמעט 20 חודשי לחימה התברר כי "בממוצע, ברוב אזורי הרצועה ולאורך רוב המלחמה, הכניסה ישראל לרצועה יותר סיוע הומניטרי מכפי שנכנס בשנים שלפני 7 באוקטובר" וזאת "גם אם נתחשב באובדן מקורות הייצור המקומי".[85]

השאלה המשפטית שעמדה בבסיס העתירה הייתה: האם ישראל מחויבת לאפשר הכנסת סיוע לרצועת עזה במהלך המלחמה? אם לא קיימת חובה כזו, אזי על בית המשפט לדחות את העתירה. אם קיימת חובה כזו, הרי שיש לעבור לשאלות הבאות: מהו היקף הסיוע שצריך להיכנס לרצועה, והאם פרט לעצם פתיחתם של השערים להכנסת סיוע ישראל מחויבת לעשות פעולות נוספות (כדוגמת פתיחת מעברים, תיקון כבישים, הפסקת הלחימה לצורך מעבר בטוח של המשאיות וכיוצא בזה)?

בית המשפט ידע שדיון והכרעה בשאלה אם בנסיבות הקיימות ישראל מחויבת לאפשר הכנסת סיוע לרצועה יביא לדחייה מהירה של העתירה (כפי שעולה מפסק הדין שניתן לאחר כשנה).[86] לכן הוא "דילג" על שאלה זו, הניח שחובה כזו אכן קיימת ופתח את הדיון הראשון בתיק בשאלה אחרת: "האם היקף הסיוע ההומניטרי מקיים אחר חובות המוטלות על המשיבים, מכח המשפט הבינלאומי?".[87] מכל מקום, לאחר שזו הייתה השאלה שהוצבה על ידי בית המשפט כבסיס המחלוקת בין הצדדים, מצופה היה שהדיון יתמקד **בכמות** הסיוע שישראל **מחויבת** לאפשר להכניס לרצועה. אלא שגם שאלה זאת לא עמדה במוקד הדיון. בפועל הדיונים עסקו בעיקר בניסיון של בית המשפט לגשר בין

בל ב"שיח משפטנים – "תכנית ההגירה מעזה של הנשיא טראמפ" **יוטיוב** 7:40 (25.5.2025) (https://did.li/pA6TY).

83 פרשת **הסיוע ההומניטרי**, לעיל ה"ש 78, ס' 12 לפסק הדין של הנשיא עמית; ס' 15 לתגובה המקדמית מיום 2.4.2024, לעיל ה"ש 80.

84 שם. ראו עוד ס' 3, 25, 27 ו־36, שם, כי ישראל מקיימת קשר יומיומי עם ארגוני הסיוע הבין־לאומיים כדי להבין את צורכי האוכלוסייה ולתאם את אספקת הסיוע הנדרש. במסגרת זו פעלה המדינה להרחבתן של שעות פעילותם של המעברים היבשתיים, השמישה מעברים שנהרסו על ידי חמאס, הקימה מעברים נוספים, קיצרה את זמני הבידוק הביטחוני של משאיות הסיוע, אפשרה את הקמתם של שבעה בתי חולים שדה, הקימה מוקד ייעודי לטיפול בפניות של ארגוני סיוע בין־לאומיים ועוד. יתרה מכך, ישראל אפשרה גם הכנסת סיוע דו־שימושי, כלומר כזה שיכול לשמש גם את חמאס בפעולות טרור מלחמתיות נגד ישראל (פרשת **הסיוע ההומניטרי**, לעיל ה"ש 78, בפס' 71; דברי מתאם פעולות הממשלה בשטחים בדיון ביום 10.6.2024, זמין **ביוטיוב** (10.6.2024) (https://did.li/q3gmC).

85 דני אורבך, יונתן בוקסמן, יגיל הנקין ויונתן ברוורמן "בחינה ביקורתית של האשמות 'רצח העם' במלחמת חרבות ברזל" **BESA – מרכז בגין-סאדאת למחקרים אסטרטגיים, אוניברסיטת בר-אילן**, 28 (2025).

86 ראו להלן ליד ה"ש 88–93.

87 ש' 8, עמ' 2, לפרוטוקול הדיון מיום 4.4.2024.

הצדדים, אגב בחינה מתמדת של האופן שבו המדינה יכולה לפעול לשיפור המצב ההומניטרי בעזה.

קריאת פסק הדין מלמדת שלא לחינם לא התמקד בית המשפט בדיונים בשאלות העקרוניות של חובות המדינה בנוגע לעצם הכנסת הסיוע. בית המשפט לא זו בלבד שדחה את העתירה,[88] אלא קבע ש״הסיוע ההומניטרי שהוכנס עד כה לרצועה היה [...] הרבה מעבר לנדרש על־פי הדין הבין־לאומי״[89] והדגיש כי מאמצי הצבא בהקשר זה הינם חסרי תקדים בהשוואה לצבאות אחרים בעולם.[90] יתרה מכך, בית המשפט קבע כי העיסוק הנרחב של הצבא בהכנסת הסיוע ההומניטרי לעזה נעשתה ״לפנַי ולפנים משורת הדין״, על חשבון הפעילות המבצעית, ושהדבר אף הביא לנפגעים בקרב כוחותינו.[91] נוסף על כך, השופטים הרהרו אם הסוגיה הנדונה בכלל שפיטה (ואם לא היה נכון לדחות בשל כך את העתירה על הסף).[92] לא זו אף זו, בפסק הדין הועברה ביקורת חסרת תקדים על הסיוע הרב שהוכנס לרצועה:

> [...] ראוי לזכור ולהזכיר: ידו הרצחנית של חמאס גם היתה במעל, בהשתלטות עויינת על משלוחים מן הסיוע ההומניטרי [...] אֱנוֹשָׁנוּת (=הומניזם) יתרה, שאינה ממוקדת ביעדהּ, מחטיאה את מטרתה. סיוע ״הומניטרי״ שמגיע כפרי בשל לידי החמאס, הריהו אוקסימורון; האנושי הופך לחייתי. הלחימה לא יכולה כך להגיע לקיצה. ״הומניזם״ שכזה, אינו מביא בכנפיו בשׂורת שלום, אלא מנציח כאב וסבל.[93]

לכאורה, בית המשפט יכול היה להגיע למסקנות העקרוניות שאליהן הגיע על בסיס כתבי הטענות של הצדדים. למרות זאת, בית המשפט ״ניהל״ את התיק במשך שנה שלמה,[94]

88 שלושת השופטים שחתמו על פסק הדין (עמית, סולברג ומינץ) החליטו לדחות את העתירה (פרשת **הסיוע ההומניטרי**, לעיל ה״ש 78: ״הוחלט פה אחד לדחות את העתירה״). עם זאת, עמדותיהם ביחס לסוגיה שונות. השופט עמית הדגיש את חשיבות הסיוע ההומניטרי ואת מחויבותה של ישראל לאפשר את העברתו (שם, ס׳ 56 לפסק הדין), השופט סולברג תהה אם הסוגיה בכלל שפיטה והביע את דעתו שאולי הסיוע שהוכנס היה רחב מדי (ראו להלן ליד ה״ש 93). לשם נוחות הקריאה, כיוון שהשופט מינץ הסכים להערותיו של השופט סולברג, התייחסתי בטקסט לעיל לדעתם כדעת ״בית המשפט״, אף על פי שנראה כי השופט עמית אינו שותף לדעתם.

89 שם, בפס׳ 4 לפסק הדין של השופט סולברג.

90 שם, בפס׳ 8 לפסק דינו של השופט סולברג

91 שם, בפס׳ 5 לפסק הדין של השופט סולברג.

92 שם, בפס׳ 1 לפסק הדין של השופט סולברג. נראה שזו היא גם דעתו של השופט מינץ, שכתב: ״סומך אני את שתי ידיי בעניין זה [של דחיית העתירה, ד״ב] על הערותיו של חברי השופט נ׳ סולברג״. נוסף על כך, לאחר שהעתירה לא נדחתה על הסף, לעמדת השופט סולברג היה מקום למחוק את העתירה וזאת נוכח השינוי התדיר במצב העובדתי בשטח, שמשנה גם את התשתית העובדתית העומדת בבסיס העתירה (שם, בפס׳ 2–4 לפסק הדין של השופט סולגברג).

93 שם, בפס׳ 7 לפסק הדין של השופט סולברג.

94 העתירה הוגשה ביום 2.3.2024, ופסק הדין ניתן ביום 27.3.2025.

ובמהלכה נתן 64 החלטות, קיבל את בקשת העותרים למתן צו על תנאי[95] וקיים חמישה דיונים במעמד הצדדים (וכן דיונים חסויים).

נראה שסיבה מרכזית לניהול הממושך של התיק הייתה שהדבר אִפשר לשופטים "ללחוץ" על המדינה לשנות את מדיניותה, לשפר את המצב ההומניטרי בעזה מעבר למה שהדין מחייב ולמעשה להיות שותפים בקביעת המדיניות הצה"לית בנושא.[96]

מוטיב חוזר בדיונים היה הניסיון של בית המשפט להבין מה, לדעת העותרים, יכול להועיל לשיפור מצבם של תושבי הרצועה, כדי שבית המשפט יוכל לסייע לעניין. כך למשל ביקש בית המשפט לברר עם העותרים היכן לדעתם נמצא ה"פקק" בהגעת הסיוע ההומניטרי לאוכלוסייה[97] ומה לדעתם צריך לעשות כדי "לפתור את הפקק",[98] וזאת כדי שבית המשפט יוכל לסייע "לחלץ אותו".[99] בהמשך הדיון שאל בית המשפט את העותרים: "איפה הבעיות העיקריות בעיניכם בעניין ה־DECONFLICTION והאם יש לכם הצעות לשיפור?".[100] דפוס זה חזר גם בדיונים הבאים. כך לדוגמה, בדיון השלישי פנה בית המשפט לעותרים בדברים הבאים: "[...] גם אם השווקים מלאים בסחורה, לשיטתכם זה לא פותר את הבעיה כי אין להם כסף. אז השאלה היא [...] יש לכם רעיון? [...] בית המשפט הזה עומד לרשותכם. מעמיד את עצמו לרשותכם. באמת. לאתר צווארי בקבוק ולפתור".[101]

כפי שהובהר עוד במהלך הדיונים,[102] מאמצי בית המשפט נשאו פרי, ובכמה עניינים שינתה המדינה את מדיניותה בהתאם לדרישות העותרים. חלק מהשינויים אף הוזכרו במפורש בפסק הדין:

95 בג"ץ 2280/24 **גישה – מרכז לשמירה על הזוכת לנוע נ' ממשלת ישראל** (10.6.2024). בכך בית המשפט העביר את נטל ההוכחה לכתפי המדינה. אם עד עכשיו הנטל היה על העותרים להראות שישראל לא עומדת בחובותיה, כעת המדינה צריכה לפרוס בפני בית המשפט את פעולותיה בנושא, ולנסות לשכנע כי היא אכן עומדת בדרישות הדין. בכך בית המשפט פטר את העותרים מהצורך לבסס את טענותיהם על עובדות מהימנות, והכריח את המדינה לספק ראיות שיראו שהיא לא מפירה את הדין. וכפי שאמר בית המשפט בהחלטתו, שמתן הצו על תנאי בתיק ניתן "על מנת לאפשר לבית המשפט לקבל תשתית עובדתית מלאה ומקיפה" (שם).

96 בהקשר זה יש לשים לב גם לשינוי בין זהות השופטים שישבו בדיונים לזהות השופטים שנתנו את פסק הדין. בתחילת התיק (והדיונים) השופטים שישבו בדין היו: פוגלמן, עמית וסולברג. בהמשך התיק השופט מינץ החליף את השופט פוגלמן, ולכן השופטים שנתנו את פסק הדין היו: עמית, סולברג ומינץ.

97 עמ' 9–10 לפרוטוקול הדיון מיום 4.4.2024.

98 השופט עמית: "ולכן אני באמת חושב שהשאלה גם אמר את זה השופט פוגלמן, איך? מה צריך לעשות לשיטתכם כדי לפתור את הפקק?" (עמ' 12 לפרוטוקול הדיון מיום 4.4.2024)

99 השופט עמית: "ואולי אנחנו ננסה להבין איפה הפקק? כדי לחלץ אותו" (עמ' 10 לפרוטוקול הדיון מיום 4.4.2024).

100 השופט פוגלמן, בעמ' 10 לפרוטוקול הדיון מיום 5.5.2024.

101 הדיון מיום 10.06.24, ששודר בשידור חי וזמין ביוטיוב, **יוטיוב** (10.6.2024) https://did.li/q3gmC.

102 ראו להלן ליד הערות 151–153.

> [...] במהלך הדיונים שהתקיימו לפנינו ביקשנו מהעותרים לפרט היכן לשיטתם "צווארי הבקבוק" בהכנסת הסיוע ההומניטרי ועל צעדים שלשיטתם היה מקום לבצע. רבות מהסוגיות שהעלו העותרים, טופלו בהמשך: כך היה, למשל, לגבי הבקשה לפתיחת מעברים נוספים, בפרט בצפון הרצועה, ולהרחבת שעות הפעילות בהם [...]; לפתיחת נמל אשדוד להעברת סוגי סחורות נוספים [...]; ולהבהרה כי ביכולתם של הארגונים לרכוש טובין גם בישראל ובאיו"ש [...].[103]

לסיכום, גם במקרה זה, ההתמקדות בהחלטת בית המשפט לדחות את העתירה מתארת תמונה חלקית בלבד של הסיפור ומתעלמת מהשינוי שחל בהתנהלות הצבא בעקבות העתירה ומהשותפות של בית המשפט בעיצוב הפרקטיקה והמדיניות המבצעית. אפשר וצריך לנהל דיון ציבורי בנוגע ליתרונות ולחסרונות המלווים את התערבות בית המשפט, אך לא נכון להתעלם מעצם קיומה.

2. התרת המדיניות וביטול הפרקטיקה

ברוב המקרים, כדי שבית המשפט יגיע לתוצאה הרצויה מבחינתו, די לו בהפעלת לחץ על המדינה לשנות את עמדתה. לצד זאת, יש תיקים שבהם אין די בשימוש באסטרטגיה זו כדי להגיע ל"תוצאה הרצויה", למשל כאשר המדינה אינה מוכנה לשנות את המדיניות באופן מספק לדעת בית המשפט, או כאשר הוא מעוניין להגביל את אפשרויות המדינה לשנות את מדיניותה בעתיד, או כשבית המשפט מעוניין בפיקוח הדוק יותר על הצבא ורוצה לקבע מדיניות זו בפסק דין. במקרים אלו נוקטים השופטים אסטרטגיה משלימה: מתן פסק דין שבמסגרתו בית המשפט מתיר עקרונית את הפרקטיקה הצבאית, אך מטיל תנאים והגבלות על יישומה והפעלתה.[104] ההגבלות מביאות לצמצום ניכר, כמעט עד כדי ביטול, של השימוש בפרקטיקה הצבאית, והתנאים מאפשרים לבית המשפט לעצב את המידה והאופן של הפעלת הפרקטיקה הצבאית (במקרים המעטים שבהם היא מופעלת).

שימוש בפרקטיקה זו נעשה, לדוגמה, בסוגיות **גירוש מחבלים** ו**הריסת בתים לצרכים צבאיים**. בית המשפט אומנם קבע שלמדינה מותר לגרש מחבלים משטחי יו"ש, אך לצד זאת קבע תנאים מחמירים שצריכים להתקיים כדי שהמדינה תוכל להשתמש בכלי זה.[105] בפועל התנאים שנקבעו גרמו לכך שכמעט ולא נעשה שימוש בכלי זה.[106] בדומה, בית

103 בפרשת **הסיוע ההומניטרי**, לעיל ה"ש 78, בפס' 91 לפסק הדין של הנשיא עמית.

104 במסגרת אסטרטגיה זו, בית המשפט מטיל בין היתר "מגבלות פרוצדורליות" על השלטון. לשימוש בהגבלות פרוצדוראליות, חלף הכרעה מהותית בסוגיה, בסוגיות ביטחוניות, ראו עוד אצל KRETZMER, לעיל ה"ש 16, בעמ' 189.

105 בג"ץ 7015/02 **עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(6) 352 (2002).

106 ראו עוד לעניין גירוש מחבלים (בדגש על גירושים לחו"ל) להלן בפרק ד.2.ב.

המשפט קבע שמותר למדינה להרוס בתים של פלסטינים לצרכים צבאיים, אך בפועל הוא "מערים קשיים" רבים על יישום ההיתר, כך שהשימוש שנעשה בכלי זה הפך למצומצם ביותר[107] – כפי שהודגם במקרה של משפחת חטואל.

(א) הריסת בתים לצרכים צבאיים[108]

סמוך לציר כיסופים[109] עמדו מספר מבנים שאפשרו מחסה למחבלים לצורך פיגועי ירי כלפי משתמשי הדרך, כפי שהומחש ביום 18.2.2002 כאשר מחבל רצח את אהובה אמרגי והרג שני חיילים, תוך הסתייעות במבנים. בעקבות הרצח צה"ל הרס שני מבנים לאורך הציר (שלא שימשו למגורים), והודיע לתושבים של כ־20 בתים נוספים כי בתיהם מהווים סכנה ביטחונית ולכן עליהם לפנותם עד השעה 14:00 ביום 19.2.2002, לצורך הריסתם.[110] תושבי הבתים מיהרו לפנות לבג"ץ, וזה הוציא צו־ביניים שמורה למדינה שלא להרוס את הבתים עד לדיון בעתירה.[111] יומיים לאחר מכן, המדינה כבר חזרה בה מכוונתה להרוס את הבתים, והודיעה לבית המשפט שאם תתכנן הריסה בעתיד, היא תיתן על כך הודעה מראש. עוד באותו יום (שלושה ימים בלבד לאחר הפיגוע, ולאחר שהעותרים חזרו בהם) בית המשפט דחה את העתירות.[112]

בסופו של דבר נדרשו עוד שני פיגועים כדי להרוס את המבנים המְסַכְּנִים. ביום 2.5.2004 רצחו מחבלים את טלי חטואל (שהייתה בהריון מתקדם) וארבע בנותיה שנסעו על הכביש. באותו ערב הרס צה"ל 7 מבנים ומחסן שהיו סמוכים לציר (מהם יצאו המחבלים שרצחו את משפחת חטואל ושמהם בוצע ירי לעמדת צה"ל). בסמוך לכך הוגשה עתירה על ידי פלסטינים נגד הריסת הבתים, והדיון בתיק התקיים למוחרת, ב־3 במאי 3.5.2004. בדיון הצהיר בא כוח המדינה כי היה הכרח להרוס את אותם מבנים בשל מידע על כוונה לבצע פיגוע נוסף במקום בטווח הזמן המיידי, אך לצד זאת הוסיף כי

107 אם עד שנת 2004 היה הרס של מאות בתים בשנה, הרי שבשנת 2005 השימוש בכלי זה הופסק כליל (כמפורט להלן בפרק ב.2.א.), וכשחזרו להפעילו בשנת 2009 הותר להרוס בתים בודדים עד עשרות בתים בודדים בשנה. לסטטיסטיקות בנוגע הריסות בתים לאורך השנים ראו בין היתר "הריסת בתים: הריסה כענישה" **בצלם** https://did.li/GulgT.

108 את העתירות העוסקות בהריסות בתים על ידי הצבא ניתן לחלק לשניים: הריסות המתבצעות במסגרת של הרתעה מפעילות טרור (כדוגמת הריסת בתי מחבלים), והריסות בתים לצורכי לחימה של הצבא (להלן: הריסות בתים לצרכים צבאיים). כיוון שמאמר זה מתמקד בעתירות ביטחוניות במהלך מלחמה, ולא מתפרס אל עבר עתירות העוסקות בטרור (ראו לעיל בה"ש 4), הרי שהדיון במאמר זה יתמקד בהריסות בתים לצורכי לחימה, ולא בהריסת בתים לצורכי הרתעה.

109 ציר כיסופים היה הדרך הראשית בין מדינת ישראל ליישובי גוש קטיף ברצועה עזה.

110 כתבי ynet "בג"ץ הורה לצה"ל להקפיא את הרס הבתים ברצועה" **ynet** (19.2.2002) https://did.li/zntZH; "בג"ץ עיכב הריסת בתים בכביש כיסופים" **הארץ** (19.2.2002) https://did.li/FrlgT.

111 בג"ץ 1556/02-א' **רבו הדאף נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה** (נבו 19.2.2002).

112 בג"ץ 1556/02 **רבו הדאף נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה** (נבו 21.2.2002).

"לעת הזו אין כוונה להרוס מבנים נוספים... אם יוחלט בעתיד... על הריסת מבנים נוספים, הרי שהמשיב יפעל בהתאם להלכה הפסוקה.. בנוגע לזכות הטיעון...".[113] נוכח הצהרת המדינה, העותרים חזרו בהם מהעתירות, ובית המשפט מחק אותן.[114]

כרוניקה דומה התרחשה שבוע לאחר מכן. בסיום השבעה על משפחת חטואל, ביום 9.5.2004, נערכה אזכרה לזכרם סמוך למקום הרצח, בהשתתפות מאות נשים, גברים וילדים. במהלך האזכרה נפתחה לעברם אש מקבוצת בתים סמוכה. במהלך פעולת החילוץ של משתתפי האזכרה, הרס צה"ל שבעה מבנים. ההריסה בוצעה בשל צורך מבצעי-מיידי והסתיימה בשעה 22:30.[115] במהלך הלילה הגישו מספר פלסטינים עתירה לבג"ץ נגד הריסת הבתים,[116] ובג"ץ קבע דיון עוד לאותו יום (10.5.2004). גם הפעם, המדינה הודיעה כי "בנסיבות שנוצרו... אין כוונה להרוס בתים נוספים באזור זה",[117] ומשכך העתירה נדחתה.[118]

גם במקרה זה נמתחה ביקורת על בית המשפט שפסיקותיו הובילו כביכול לרצח, וגם במקרה זה נטען להגנת בית המשפט כי הוא כלל לא אסר את הריסת הבתים.[119] לדעתי, הגם שרוב האחריות רובצת לפתחה של המדינה,[120] קשה לטעון שלבית המשפט לא הייתה השפעה מכרעת על כך שהעותרים קיבלו את מבוקשם ושצה"ל נמנע מלהרוס את המבנים.

שינוי משמעותי נוסף בעמדת בית המשפט התרחש בסוף אותה שנה. ביום ה־13.12.2004 התקיים דיון בנוגע להריסת בית, במהלכו שאל הנשיא ברק את הפרקליט שייצג את המדינה האם הוא מודע להלכי הרוח של בית המשפט בנושא, וביקש ממנו "להיכנס לאווירה של בית המשפט".[121] הפרקליט העביר את המסר למחלקת הדין הבין־

113 בג"ץ 4103/04 **אלזר נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה**, פס' 1 (נבו 3.5.2004).

114 שם, בפס' 2.

115 בג"ץ 4372/04 **אבו דאייר נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה** (נבו 10.5.2004).

116 העתירה הוגשה בגין שבעת הבתים שנהרסו, בטענה כי הריסתם הייתה בלתי חוקית, וכן בגין בית נוסף שטרם נהרס.

117 שם.

118 שם: "בנסיבות אלה... כיוון ש... הוצהר בפנינו כי אם לא יתעורר צורך מבצעי מיידי, לא תבוצע כל הריסה יזומה של בתים באזור ציר כיסופים. אשר על כן, העתירה נדחית". כרוניקה דומה התרחשה בעתירות נוספות. ראו לדוגמה ההחלטה לצו־ביניים ופסק הדין בבג"ץ 4573/04 **אלבסיוני נ' מפקד כוחות צה"ל** (נבו 14.5.2004).

119 ראו לדוגמה יותם ברגר "פסיקת בג"ץ שהשר אוחנה רמז שהובילה לרצח משפחת חטואל מעולם לא ניתנה" **הארץ** (13.6.2019) https://did.li/tHkgT, ראו שם כותרת המשנה: "שר המשפטים אמר שחטואל ובנותיה נרצחו לאחר שבג"ץ מנע הריסת מבנים ליד ציר כיסופים... בדיקת "הארץ" מראה כי ההחלטה בנושא לא אסרה להרוס את הבתים – וכי המדינה עצמה הסתייגה מכך".

120 ראו להלן בפרק ו.

121 זכריה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 62. הדיון אומנם עסק בהריסת בית בהקשר של הרתעה מפעילות טרור, ולא תוך כדי לחימה, אך דינמיקה דומה התרחשה גם בדיון בבג"ץ 4969/04 **עדאלה – המרכז**

לאומי בפרקליטות הצבאית, וחודשיים לאחר מכן המדינה הודיעה לבית המשפט כי היא מפסיקה להרוס בתים של פלסטינים, גם כאשר הדבר נעשה לצורך צבאי או ביטחוני.[122] למותר לציין כי נוכח הודעה זו, העתירות נדחו.

מדיניות זו נמשכה עד שנת 2009, אז הוחלט לחזור למדיניות הריסת הבתים.[123] אלא שהשינוי לא היה משמעותי. המדיניות השיפוטית ביחס לסוגיה הביאה לכך בפועל האישור להרוס בתים ניתן רק במקרים חריגים ובהיקפים מצומצמים ביותר.[124] למעשה נראה שיותר משינוי המדיניות הביא להריסת בתים, הוא הביא לצמצום הביקורת כלפי בית המשפט. שכן הוא איפשר לבית המשפט לטעון שהוא מתיר הריסות בתים לצורכי ביטחון, תוך שהוא מגביל מאוד את ההריסות בפועל.[125]

(ב) פרשת הסיכולים הממוקדים

דוגמה נוספת בה בית המשפט עשה שימוש באסטרטגיה זו היא פרשת הסיכולים הממוקדים.[126] בספטמבר 2000 החלה האינתיפאדה השנייה שגבתה את חייהם של למעלה מ־1000 אזרחים ישראלים, והביאה לפציעתם של אלפים. בניסיון להתמודד עם הטרור שיצא מיו״ש החלה מדינת ישראל לבצע ״סיכולים ממוקדים״ של פעילי טרור. כלומר, סיכול של פעילי טרור לא רק בזמן שהם עוסקים בפעילות חבלנית (כדוגמת ירי

המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ׳ אלוף פיקוד הדרום בצה״ל (נבו 7.7.2005) שעסק בסמכות הצבא להרוס בתים לצורכי לחימה (זכריה, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 62–63).

122 ראו זכריה, שם, בעמ׳ 63–64, כי הודעה מעין זו נמסרה לבית המשפט הן בתיק הנוגע להריסת בתים לצורכי הרתעה עקב פעילות טרוריסטית, וכן בתיק הנוגע להריסת בתים לצרכים צבאיים.

123 בג״ץ 9353/08 **אבו דהים נ׳ אלוף פיקוד מרכז** (נבו 5.1.2009). התיק אומנם עסק בהריסת בית מחבל לצורכי הרתעה, ולא בהריסת בית לצורכי לחימה, אך תיק זה סימן את שינוי הגישה של המדינה ביחס להריסות בתים, עם השלכות גם על הריסות לצרכים מבצעיים.

124 ראו לעיל ה״ש 107 שעד שנת 2004 היה הרס של מאות בתים בשנה, ושהשימוש בכלי זה הופסק כליל בשנת 2005. כשחזרו להרוס בתים לצורכי לחימה בשנת 2009 הותר להרוס בתים בודדים עד עשרות בתים בודדים בשנה. לדוגמה, בשנת 2019 נקבע בבג״ץ 3246/17 **אבו טיר נ׳ מפקד כוחות צה״ל** (נבו 11.6.2019) כי המדינה רשאית להרוס שישה מבנים בלתי חוקיים שנבנו ליד גדר ההפרדה בירושלים, אך הוא עשה כן רק לאחר שהמדינה הסכימה לוותר על דרישתה להריסה של 24 בתים נוספים. ראו עוד לעניין זה זאב לב ״בג״ץ מכשיר בפועל בנייה בלתי־חוקית סמוך לגדר ההפרדה״, **מידה** (16.6.2019) https://did.li/XmSCN, שגם עשרות הבתים הבודדים שהמדינה רצתה להרוס היו לאחר סינון קפדני מתוך מאות בתים הפוגעים באופן ברור בביטחון. ראו עוד לעניין זה לעיל בה״ש 107. לסטטיסטיקות בנוגע להריסות בתים לאורך השנים ראו בין היתר ״הריסת בתים: הריסה כענישה״ **בצלם** https://did.li/GulgT.

125 על אף האמור, יש לציין כי במהלך מלחמת חרבות ברזל חל שינוי בגישת בית המשפט, והוא התיר הריסת מאות מבנים לצורכי ביטחון באיו״ש, כפי שיפורט להלן בפרק ב.3.

126 פרשת **הסיכולים הממוקדים השנייה**, לעיל ה״ש 7.

על מחבל בזמן שהוא מבצע פיגוע), אלא גם בזמנים בהם הם עוסקים בפעילויות "אזרחיות" כדוגמת שהייה בבית.[127]

לאחר שני דיונים בתיק, ביקשו העותרים לקיים דיון נוסף. הדיון נקבע לפברואר 2005 ובמהלכו הודיעה המדינה על השהיית השימוש במדיניות הסיכולים.[128] בעקבות כך נדחה הדיון "למועד אחר, ככל שיידרש".[129] ביולי 2005 חזרה המדינה למדיניות הסיכולים הממוקדים, דבר שהביא לעריכת דיון נוסף בעתירה.[130] שנה לאחר מכן ניתן פסק הדין שקבע כי מותר לצה"ל לבצע סיכולים ממוקדים, אך זאת בכפוף לכמה תנאים.

בין היתר, נקבע שאפשר לבצע סיכול ממוקד רק נגד מחבל שנוקט פעילות חבלנית לאורך זמן,[131] רק כאשר הוא נוטל "חלק ישיר במעשי האיבה"[132] (כלומר בפעילות הנמצאת "בגרעין של מעשי האיבה עצמם"),[133] רק במקרה שאי־אפשר לעצור את המחבל[134] ורק כפעולת מניעה (ולא, למשל, לצורך "ענישה").[135] נוסף על כך נקבע שהמדינה צריכה להקים ועדת בדיקה אשר תקיים, לאחר כל חיסול, בדיקה עצמאית, יסודית ואובייקטיבית בנוגע לנסיבות הפגיעה במחבל.[136] במילים אחרות, ביחס לכל חיסול מחבל צריכות להתבצע הן בדיקות מקדימות על ידי הצבא[137] והן בחינה בדיעבד

127 להגדרה מפורטת ומדויקת ראו עדו רוזנצוייג "סיכולים ממוקדים בלחימה בעצימות גבוהה ונמוכה" **משפט וביטחון לאומי סוגיות נבחרות** 36 (2014).

128 פרשת **הסיכולים הממוקדים השנייה**, לעיל ה"ש 7, בפס' 14.

129 שם, שם.

130 שם, שם.

131 בניגוד לעמדת המדינה פסק בית המשפט כי המחבלים אינם עונים להגדרה של "לוחמים" או "לוחמים בלתי חוקיים" אלא להגדרה של "אזרחים". כמו כן נקבע כי הוראות ס' 51(3) לפרוטוקול הראשון משנת 1977 (Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1977 חלות על מקרה זה מכוח המשפט המנהגי. בהתאם לכך נקבע כי המחבלים זכאים להגנה מפני חיסולים למעט "למשך אותו הזמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה" (שם). נוכח התנאי של "משך אותו הזמן" נקבע, למשל, שמחבל שהשתתף בפעילות טרור באופן חד־פעמי או ספורדי זכאי להגנה ואי־אפשר לחסלו (פרשת **הסיכולים הממוקדים השנייה**, לעיל ה"ש 7, בפס' 39–40, 60 לפסק הדין של הנשיא ברק; פסק הדין של הנשיאה בייניש).

132 פרשת **הסיכולים הממוקדים השנייה**, שם, פס' 30–35 לפסק הדין של הנשיא ברק, וזאת בהתאם לקבוע בס' 51(3) לפרוטוקול הראשון משנת 1977 שאת הוראותיו בית המשפט החיל על המקרה, כאמור לעיל בה"ש 131.

133 פרשת **הסיכולים הממוקדים השנייה**, שם, בפסק הדין של הנשיאה בייניש.

134 שם, בפס' 40 לפסק הדין של הנשיא ברק.

135 ראו עוד שם, בפסק הדין של הנשיאה בייניש שכתבה כי "בעניין זה, אין די בחשש רחוק ויש צורך ברמת הסתברות משמעותית לקיומו של סיכון כזה".

136 בדיקה צריכה להיעשות "באשר לדיוק הזהות של הנפגע ונסיבות הפגיעה בו" (פרשת **הסיכולים הממוקדים השנייה**, לעיל ה"ש 7, בפס' 40). ראו עוד שם, בפס' 54 ו־59 לפסק הדין של הנשיא ברק; פסק הדין של הנשיאה בייניש.

137 שם, בפס' 54.

על ידי "ועדת בדיקה אובייקטיבית",[138] שמסקנותיה יוכלו לעבור ביקורת שיפוטית על ידי בית המשפט.[139] כמו כן, נקבע שאם בתקיפה נפגע "אזרח תמים", הרי ש"במקרים מתאימים יהא מקום לשקול תשלום פיצויים".[140]

לאחר מתן פסק הדין נמנע צה"ל במשך יותר מעשור וחצי מביצוע סיכולים ממוקדים באיו"ש.[141] נראה שגם לגורמים נוספים, דוגמת שיפור במצב הביטחוני ושיקולים מדיניים,[142] הייתה השפעה על ההחלטה לצמצם את השימוש בסיכולים ממוקדים. לצד זאת, קשה להתעלם מההשפעה שהייתה לעמדת בית המשפט על שינוי המדיניות הצבאית.[143] פרט לצמצום הניכר בסיכולים הממוקדים, ההגבלות הובילו לכך שהפרקליטות הצבאית קבעה שאסור לחסל מחבלים שהשתתפו בטבח ובחטיפות ב־7 באוקטובר 2023 אם אינם משתייכים לחמאס או לג'יהאד האסלאמי.[144] כמו כן, ההגבלות הביאו לכך שגם במקרים שבהם חוסלו מחבלים שלא באמצעות סיכול ממוקד (אלא תוך כדי חילופי אש, לאחר שהמחבלים החלו לירות על החיילים), עלו דרישות לפתוח

138 שם, שם.

139 שם, שם.

140 שם, בפס' 40. בפסק הדין מפורטים תנאים נוספים, כדוגמת עמידה בעקרון המידתיות, עשיית הדבר במסגרת של "עימות מזוין" ועוד. מפאת קוצר היריעה לא הבאתי תנאים אלו לעיל.

141 פסק הדין בפרשת **הסיכולים הממוקדים השנייה**, לעיל ה"ש 7, ניתן בדצמבר 2006. ככל הידוע לי, שימוש בסיכולים ממוקדים באיו"ש נעשה שוב רק בשנת 2023, במהלך מלחמת חרבות ברזל. ב"תקופת הביניים" בוצעו סיכולים ממוקדים רק בעזה. (בנוגע לחיסול שני המחבלים ביוני 2007 במסגרת מבצע "שני מגדלים" בג'נין, הרי שהוא בוצע במהלך חילופי אש בין המחבלים לכוחות צה"ל, לאחר שהמחבלים ירו על החיילים, ולכן, אף על פי שככל הנראה ניתן אישור מוקדם לסיכול ממוקד, בפועל לא היה מדובר בסיכול ממוקד).

142 בשנים 2004–2005 חלה ירידה במספרם של פיגועי ההתאבדות, בין היתר בזכות פעילות ביטחונית, הקמת גדר המערכת ושינויים פנימיים בחברה הפלסטינית, ובהם מותו של יאסר ערפאת בנובמבר 2004. נוסף על כך הייתה ביקורת בין־לאומית על השימוש שישראל עושה בסיכולים ממוקדים.

143 ירידה ניכרת קודמת בשימוש בסיכולים הממוקדים הייתה עוד במהלך הדיונים בפסק הדין, אך, כפי שעולה מהטקסט ליד ה"ש 128–130 לעיל, גם במקרה זה הייתה לבית המשפט השפעה רבה.

144 עמית סגל "פרסם ראשון: ההנחיה המשפטית שמקשה על חיסול משתתפים בטבח 7 באוקטובר" **N12** (25.6.2024) https://did.li/jy55q: "הפרקליטות הצבאית הורתה שלא לחסל אזרחים עזתים שהשתתפו בטבח שבעה באוקטובר. הסיבה לכך: הם לא מוגדרים כמחבלי חמאס". לכן, למשל, לא יהיה אפשר לחסל את חוטפי משפחת ביבס, גם אם ייוודע מקום הימצאם בעזה. המקור לכך הוא לכאורה פרשת הסיכולים הממוקדים, שם נקבע שאפשר לבצע סיכול ממוקד רק כצעד מניעתי. בשל כך, אם מחבל אינו חבר בארגון טרור שנמצא בסכסוך עם מדינת ישראל, ואין מידע מודיעיני על כוונה לבצע פיגועים נוספים, אי־אפשר לחסל אותו. ממידע שהוצג לקבינט, רק חמאס והג'יהאד האסלאמי "הופללו" ואפשר לחסל את פעיליהם בעזה, אלא שלצידם פועלים ברצועה 17 ארגוני טרור נוספים שלא הופללו ואי־אפשר לסכל את פעיליהם (כל עוד אין ידיעה על כוונה עתידית לבצע פח"ע, וזאת גם אם הם חמושים).

בחקירה על עצם האישור העקרוני שניתן לסיכול, בטענה שהייתה חריגה לכאורה מדרישות פסק הדין.[145]

לסיכום, מעת מתן פסק הדין משפטנים בכירים מביאים אותו כדוגמה לריסון העצמי שבית המשפט נוקט ומדגישים את העובדה שבית המשפט פסק כביכול לטובת המדינה והתיר למעשה את הסיכולים הממוקדים.[146] להשקפתי, הצגה זו של הדברים אינה נותנת תמונה מלאה להשלכות של פסק הדין ואינה מעניקה את המשקל הראוי להגבלות המהותיות שהטיל בית המשפט על השימוש בסיכולים הממוקדים. יתרה מכך, נראה שגם בית המשפט היה מודע בזמן אמת למשמעויות הדרמטיות שיהיו לפסק הדין, הן בנוגע ליחסי בית המשפט והצבא והן (ובעיקר) בנוגע לביטחון. דבר זה משתקף, בין היתר, בכך שאף על פי שהעתירה הוגשה בשנת 2002, בעיצומה של האינתיפאדה השנייה, המתין בית המשפט עם פרסום פסק הדין עד לדצמבר 2006, לאחר סיום האינתיפאדה, פינוי גוש קטיף והיציאה מרצועת עזה. יתרה מכך, פסק הדין היה כה משמעותי עד שנבחר על ידי הנשיא אהרון ברק להיות פסק הדין האחרון שיפורסם על ידיו, ובכך יסמל במידה רבה את מורשתו ומורשת בית המשפט שבראשו עמד: בית משפט אקטיביסטי, שהוביל את ה״מהפכה החוקתית״ ואשר היה מוכן להתערב גם בסוגיות ביטחוניות-מובהקות, שבכל מדינה אחרת נחשבות ״לא שפיטות״.[147]

145 כך למשל היה במבצע ״שני מגדלים״, שבו חוסלו שני פעילי גיהאד אסלאמי בג׳נין ביוני 2007, לאחר שפתחו באש לעבר כוחות צה״ל, ואשר פרטיו והשתלשלות האירועים בעקבותיו מפורטים ב״מבצע שני מגדלים״ **ויקיפדיה** https://did.li/th1aa. כיוון שהמחבלים נהרגו לאחר שהם עצמם פתחו באש, הרי שאין מדובר בסיכול ממוקד. עם זאת, שנה וחצי לאחר המבצע פורסם תחקיר ב**הארץ** שבו נטען ש**בתכנון** המבצע היה אישור עקרוני לביצוע סיכול ממוקד, באופן שאינו עומד בתנאים שקבע בג״ץ (כאשר בדיונים על המבצע השתתפו, בין היתר, הרמטכ״ל, סגן הרמטכ״ל, הפרקליט הצבאי הראשי ועוד). בעקבות הטענות נדרשו גורמים בכירים בצבא ובמערכת אכיפת החוק, ובהם אלוף פיקוד מרכז, היועץ המשפטי לממשלה, ודובר צה״ל, לספק הבהרות ודחיות לטענות. הן דובר צה״ל והן היועץ המשפטי לממשלה הצהירו שלא זו בלבד שהתכנון והביצוע של המבצע בוצעו בהתאם למגבלות שנקבעו על ידי בית המשפט, אלא שהליך התכנון לווה בייעוץ משפטי צמוד בכל שלביו וכך גם אישור הפעולה. התחקיר והתגובות לו מלמדים לא רק על הגורמים שהיו מעורבים באישור המבצע, אלא גם על ההטמעה של דרישות בג״ץ בתוך הליכי התכנון של המבצעים.

146 ראו לדוגמה דברי אל״מ עו״ד פנינה שרביט, ראש מחלקת דין בין־לאומי בפרקליטות הצבאית, שאמרה לאחר מתן פסק הדין כי ״[...] בית המשפט העליון קיבל למעשה את העמדה שלנו, וניתח ניתוח משפטי שתואם את עמדתנו״ (חנן גרינברג ״בג״ץ החיסולים: ׳תחושת הקלה׳ בפרקליטות הצבאית״ **ynet ידיעות אחרונות** (14.12.2006) https://did.li/5rlgT; אהרן ברק **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק** כרך ד – הביקורת השיפוטית 1858 (2023); ורשבסקי, לעיל ה״ש 31, בעמ׳ 49.

147 הנשיא ברק פרש מבית המשפט העליון ב־16 בספטמבר 2006. פסק הדין בעניין הסיכולים הממוקדים פורסם כשלושה חודשים לאחר מכן, ב־14 בדצמבר 2006.

3. סיכום ביניים, ומודעות בית המשפט להתערבותו העקיפה

לפסיקה המגבילה את צה״ל במלחמה יש השפעה שלילית מבחינת בית המשפט, שכן היא חושפת אותו לביקורת ציבורית ופוליטית ניכרת. חלקים נרחבים בציבור סבורים כי ההגבלות על צה״ל קשות מדי, וכל הגבלה נוספת נתפסת כ״קשירת ידי צה״ל במלחמה בטרור״ ומתורגמת לנפגעים ישראלים. נוסף על כך, בית המשפט חשוף לסיכון שהמדינה לא תמלא באופן מלא אחר פסיקתו (=אי-ציות חלקי).[148]

בית המשפט שֶכלל אפוא את השימוש באסטרטגיית ההתערבות העקיפה, שבמסגרתה הוא מביא את המדינה להסכים לשינוי המדיניות הצבאית ובכך לייתר את הצורך להכריע בעתירה. כך בית המשפט יכול, מחד גיסא, לקבל את התוצאה הרצויה לדעתו (גם אם לא תמיד באופן מלא), ומאידך גיסא, לעשות זאת ללא הביקורת הציבורית הנלווית לפסקי דין המתערבים באופן ישיר בפעולות צבאיות (אדרבה, בית המשפט אף יכול להתהדר בכך שהוא פוסק כביכול לטובת המדינה).

השימוש באסטרטגיית ההתערבות העקיפה נעשית מתוך מודעות של בית המשפט להשפעה שיש לו על שינוי עמדתה של המדינה במהלך הדיונים. לשם הוכחת טיעון זה אחזור לפרשת **הסיוע ההומניטרי** שנדונה לעיל.[149] בניגוד למקובל, חלק מהדיונים בפרשת זו שודרו בשידור חי ביוטיוב וחלק מהפרוטוקולים בפרשה פורסמו לציבור.[150] בכך התאפשר לציבור לראות את הדינמיקה המתרחשת באולם בית המשפט ואת האופן שבו השופטים מנווטים את הדיון בדרך לשינוי המדיניות הצבאית ללא הכרעה שיפוטית תומכת. ראו לדוגמה את השיח הבא, שהתקיים בדיון הראשון בפרשת הסיוע ההומניטרי:

> השופט עמית: מה המדינה לשיטתך יכולה לעשות? כי זו עתירה חשובה.
>
> ב״כ העותרים: כן אני אשיב.
>
> השופט עמית: [...] זאת עתירה חשובה, חשובה למדינה העתירה הזאת. ואולי אנחנו ננסה להבין איפה הפקק? כדי לחלץ אותו.
>
> ב״כ העותרים: כן, אני רק אומר שאצבע אחת לא תספיק, אני צריכה לפחות 10 אצבעות.

148 לדוגמה, שהמדינה תשתמש בסגנונות שונים ומרוככים של ״נוהל שכן״. חשש זה קיים בסוגיות מלחמתיות יותר מאשר בתחומים אחרים, שכן הצבא מטבעו פועל בדיסקרטיות בהשוואה לגופים מדינתיים אחרים. נוסף על כך, יכולת הפיקוח על הנעשה במלחמה קשה יותר מאשר על פעולות אזרחיות.

149 לעיל בפרק ב.1.ד.

150 לדוגמה, הדיון מיום 4.4.2024 לצפייה ביוטיוב בכתובת https://did.li/tN6TY; הדיון מיום 10.6.2024 זמין בכתובת https://did.li/20Zaa; והדיון מיום 21.7.2024 זמין בכתובת https://did.li/zwUrl. כמו כן הפרוטוקולים של שני הדיונים הראשונים (מיום 4.4.2024 ומיום 5.5.2024), זמינים להורדה מאתר של עמותת גישה בכתובת https://did.li/8SOIw.

השופט עמית: אז קדימה.[151]

בהמשך הדיון בית המשפט שב ומדגיש את עמדתו בעניין שינוי המדיניות הצבאית, ואת החשיבות שהייתה להגשת העתירה ככזו שאפשרה את שינוי המדיניות:

> השופט פוגלמן: טוב, אנחנו שמחים א׳ שיש התפתחויות [...].
>
> ב״כ המדינה: [...] אז כן יש החלטה להפעיל את קו המים נחל עוז אשר עובר מישראל לצפון רצועת עזה [...] (וכן) התקבלה החלטה להרחבת שעות הפעילות במעבר כרם שלום, במטרה להגביר את היקף הסיוע ההומניטרי שנכנס לרצועת עזה דרך מעבר זה [...].
>
> [...]
>
> השופט פוגלמן: אנחנו רואים את זה בחיוב.
>
> השופט עמית: כן כן.
>
> ב״כ העותרים: אנחנו כאן בשביל זה, אנחנו כאן בדיוק בשביל זה.
>
> השופט עמית: בסדר גמור.
>
> [...]
>
> השופט פוגלמן: גם לעתירות יש תרומה במקרים רבים, לאינטרס הציבור. אין שאלה.
>
> ב״כ העותרים: בהחלט בהחלט.[152]

״מטרת״ בית המשפט בשינוי התנהלותו של הצבא בהתאם לרצון העותרים הייתה נוכחת מאוד בדיונים. לאמיתו של דבר, היא אף צוינה במפורש על ידי השופט עמית, שפנה לעותרים ואמר:

> בית המשפט הזה עומד לרשותכם. מעמיד את עצמו לרשותכם. באמת. לאתר צווארי בקבוק ולפתור.[153]

כאמור לעיל, בפסק הדין הייתה הסכמה של כלל השופטים לדחות את העתירה, וחלקם אף העבירו ביקורת על הסיוע הרב שנכנס ותהו אם הסוגיה בכלל שפיטה.[154] הדיונים בתיק אפשרו לשופטים שרצו בכך להוביל לשינוי עמדתה של המדינה קודם הדחייה.[155]

151 עמ׳ 9–10 לפרוטוקול הדיון מיום 4.4.2024.
152 עמ׳ 4–13 לפרוטוקול הדיון מיום 4.4.2024.
153 דיון מיום 10.6.24, זמין ב**יוטיוב** https://did.li/q3gmC.

במבט ראשון נראה כי שימוש באסטרטגיית ההתערבות העקיפה מעיד על חולשתו של בית המשפט, שבמקום לכפות מדיניות מסוימת באמצעות פסק דין ישיר הוא מוכן כביכול לנהל משא ומתן עם המדינה ולהגיע ל"עמק השווה". נקודת מבט זו אכן משקפת נאמנה חלק מהמקרים.[156] עם זאת, במקרים רבים אסטרטגיית ההתערבות העקיפה דווקא מחזקת את בית המשפט, שכן היא מאפשרת לו להימנע מדיון והכרעה בסוגיות המשפטיות הניצבות בפניו בעתירה, להימנע מהכרעה בטענות המקדמיות של המדינה (כדוגמת זכות העמידה של העותרים),[157] ליצור דין חדש, ולחייב את המדינה לקבל על עצמה נורמות שאין להן מקור מחייב בחוק הישראלי או בדין הבין־לאומי. במילים אחרות, שימוש באסטרטגיה זו מאפשר לבית המשפט להשיג, בתיקים שונים, תוצאה טובה יותר מזו שהייתה מושגת באמצעות פסק דין ישיר. בהכרעה ישירה על בית המשפט לנמק את פסיקתו ולהצביע על מקור נורמטיבי מחייב להכפפת המדינה להתנהגות הרצויה לדידו. אם אין מקור נורמטיבי מחייב, בית המשפט "נאלץ" לקבוע כי פעולת המדינה חוקית גם כאשר דעתו אינה נוחה מהתוצאה. לעומת זאת, באמצעות אסטרטגיית ההתערבות העקיפה בית המשפט יכול לשנות את מדיניות הצבא גם ללא הצבעה על מקור חוקי המחייב את צה"ל לשנות את דרכי פעולתו.[158]

במקרים שונים אין די בלחץ המופעל על המדינה לשנות את עמדתה כדי להגיע לתוצאה הרצויה לדעת בית המשפט. במקרים אלה בית המשפט נוקט אסטרטגיה משלימה: התרה עקרונית של הפרקטיקה הצבאית, אגב הצבת תנאים שיקשו את הפעלתה, או כפי שכתבה כב' השופטת דורנר, יש מקרים שבהם העתירה נדחית, אך בית המשפט מכליל בהחלטתו הוראות שממשות את שאיפות העותרים:

> There are also cases where the petition is formally rejected, but the Court includes in its decision instructions that practically allow for the

154 ראו לעיל ליד ה"ש 88–93.

155 ראו לעיל ליד ה"ש 103 כי בית המשפט מפרט בפסק הדין חלק מהשינויים שבוצעו במהלך הדיונים. כמו כן ראו לעיל בה"ש 96 שחלק מהפער בין אמירות השופטים במהלך הדיונים לבין פסק הדין יכול להיות מוסבר בכך שאחד השופטים התחלף במהלך התיק.

156 ראו בעניין זה מסקנתו של זכריה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 172: "בית המשפט אמנם מניח כי יכולתו להשפיע על אופן ניהול הלחימה היא מוגבלת, אך מבקש בכל זאת להשפיע במשהו באמצעות העברת מסרים מנחים".

157 ראו לדוגמה בעניין **יש דין**, לעיל ה"ש 1, בפס' 64 לפסק הדין של כב' השופט מלצר, שבג"ץ נמנע מלהכריע בשאלת זכות העמידה של העותרים ובשאלה אם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חל מחוץ לשטחי מדינת ישראל, ואם כן, באיזה היקף.

158 ראו להלן בפרק ג, כי ברבות מהדוגמאות שהובאו לעיל, בית המשפט "מודה" שהדין היבש הוא כעמדת המדינה.

> complete or at least partial realization of the aspirations of the petitioners.[159]

באופן זה בית המשפט יכול לטעון בזירה המקומית שהוא אישר את המדיניות הצבאית ואף נתן לישראל לגיטימציה בין־לאומית לפעולתה, בעוד למעשה הוא הגביל מאוד את דרך הפעולה הצבאית, עד שבמקרים רבים אי־אפשר להשתמש בה כלל.

בעניין זה יש לומר את המובן מאליו: אין בכוונתי לטעון כי בכל מקרה שבו בית המשפט מתיר פרקטיקה צבאית בכפוף למגבלות כדי ללמד שמדובר ב״התערבות עקיפה״. כאשר המגבלות נובעות מהבנתו של בית המשפט את הדין, הרי שמדובר לא רק בפסיקה לגיטימית, אלא אף מתבקשת (בהנחה שמדובר בסוגיה שפיטה).

לצד האמור, במקרים שהובאו לעיל נראה כי חלק מההגבלות והתנאים שהציב בית המשפט לא נבעו מהחלה של הדין הבין־לאומי, אלא מתפיסה ערכית ומוסדית שבאה להגביל ולרסן את פעולות הצבא.[160] דבר זה נלמד, בין היתר, מהפער בין הדרישות בפסקי הדין לבין היישום שלהן בשטח, וכן מהיחס המשתנה שהסוגיות מקבלות ממערכת המשפט לאורך השנים.

לדוגמה, בפרשת **הסיכולים הממוקדים** נקבע, בין היתר, כי מותר לחסל מחבל רק אם אי־אפשר לנקוט כלפיו ״אמצעי שפגיעתו פחותה״, כדוגמת מעצר והעמדה לדין.[161] כן נקבע שיש להקים ועדת בדיקה עצמאית שתבחן, לאחר החיסול, את נסיבות הפגיעה במחבל.[162] לאחר מתן פסק הדין הטמיע הצבא את הוראות בית המשפט בפרקטיקה המבצעית.[163] עם זאת, בתקופות שונות ננקטה מדיניות מקילה יותר. כך למשל, במהלך מלחמת חרבות ברזל נהרגו מחבלים רבים מאש צה״ל ללא שנעשה ניסיון מוקדם לעוצרם או לנקוט ביחס אליהם ״אמצעי שפגיעתו פחותה״,[164] ולאחר חיסולם לא ישבה ועדת

159 Dorner, לעיל ה״ש 15.

160 לביקורת מכיוון אחר על השימוש שעושה בית המשפט ב״הגבלות פרוצדורליות״ בתיקים ביטחוניים ראו Kretzmer, לעיל ה״ש 16, בעמ׳ 189, שטוען כי בית המשפט משתמש ב״הגבלות פרוצדורליות״ כתחליף להכרעה מהותית בתיק, ובפועל אינו אוכף את ההגבלות שנקבעו. בנוגע לתפיסתו הערכית והמוסדית של בית המשפט, אשר הובילה אותו לנקוט גישה זו, ראו להלן בפרק ו.

161 פרשת **הסיכולים הממוקדים השנייה**, לעיל ה״ש 7, בפס׳ 40: ״אין לתקוף אזרח הנוטל חלק ישיר, אותה עת, במעשי האיבה, אם ניתן לנקוט כלפיו אמצעי שפגיעתו פחותה [...] על כן, אם ניתן לעצור טרוריסט הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה, לחקור אותו ולהעמידו לדין, יש לנקוט בצעדים אלה״.

162 שם. ראו עוד לעיל ליד ה״ש 131–140. תנאים נוספים שנקבעו על ידי בית המשפט בעניין הסיכולים הממוקדים.

163 ראו לעניין זה תגובת היועמ״ש ודובר צה״ל לטענות על החיסול במבצע שני המגדלים, לעיל בה״ש 145.

164 פרשת **הסיכולים הממוקדים השנייה**, לעיל ה״ש 7, בפס׳ 40. בהקשר זה יש לציין שעצם העובדה שמדובר במלחמה (עימות מזוין) אינה משנה, שכן אחד התנאים המקדמיים של בג״ץ לביצוע סיכולים ממוקדים הוא שהחיסול מבוצע במסגרת של ״עימות מזוין״ מול אותם ארגונים.

בדיקה עצמאית ואובייקטיבית שבחנה את "הזהות של הנפגע ונסיבות הפגיעה בו".[165] נראה כי הדבר נובע מהבנה לפיה התנאים שנקבעו בפסק הדין אינם נובעים מפרשנות הכרחית של הדין הבין־לאומי, ולכן ניתן לנהוג בגמישות מסוימת בהפעלתן.

בדומה, גם סוגיית "הריסת בתים לצרכים צבאיים" זכתה ליחס לא עקיב מטעם בית המשפט. באוגוסט 2002, בעיצומה של האינתיפאדה השנייה, חזר בית המשפט על עמדתו שלפיה בטרם הריסת מבנה כחלק מפעילות צבאית-מבצעית יש לתת לנפגע "זכות טיעון" (אלא אם כן מדובר ב"נסיבות חריגות ויוצאות-דופן").[166] נוסף על כך, גישתו של בית המשפט להריסות בתים הייתה מסויגת, והוא ביקש לרסנה ולצמצמה גם כאשר נשקפה מהבתים סכנה ביטחונית ממשית, כפי שבא הדבר לידי ביטוי במקרה של משפחת חטואל שנזכר לעיל.[167]

לאחרונה, במהלך מלחמת חרבות ברזל, חל שינוי של ממש ביחס של בית המשפט לסוגיה זו. השינוי מתבטא לא רק בהתרה נרחבת הרבה יותר של הריסת בתים, אלא גם בעמעום התנאים שנקבעו על ידיו לצורך ההריסה ובראשם זכות הטיעון. במהלך המלחמה הרס צה"ל עשרות אלפי בתים ברצועת עזה, חלקם הגדול בשטחים שהיו בשליטה מלאה של צה"ל ובהתאם לתוכנית מסודרת וקבועה מראש של הרחבת מרחב החיץ ומרחבים לרוחב הרצועה.[168] באזורים נרחבים הייתה ההריסה מתוכננת, שיטתית וארכה שבועות ארוכים, מבלי להעניק לבעלי הבתים "זכות טיעון".[169]

גם ביו"ש השינוי היה גדול. ב־19 במרץ 2025 הודיע הצבא על כוונתו להרוס עשרות מבנים במחנה הפליטים בג'נין (להלן: פרשת **ג'נין**).[170] למוחרת הוגשו השגות מטעם תושבי הבתים, ואלה נדחו עוד באותו יום(!) במרוכז, ולא באופן פרטני.[171] יומיים לאחר מכן הוגשה עתירה נגד ההריסות הצפויות, ובצידה בקשה למתן צו ארעי לעיכוב ההריסות עד להכרעה בעתירה. שבועות ספורים לאחר מכן, ב־1 במאי 2025, הודיע הצבא על כוונתו להרוס למעלה ממאה מבנים במחנות הפליטים בטול כרם ונור א־שמס (להלן:

165 שם, שם.

166 בג"ץ 6696/02 **עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(6) 110, 114–115 (2002). המקרים שבהם אין צורך להעניק זכות טיעון הם אלה שבהם "קיים חשש רציני כי הענקת זכות טיעון יש בה כדי לסכן את חיי החיילים ולסכל את הפעולה עצמה" (שם, בעמ' 115). לצד זאת נקבע כי "גם במקום שבו אין לקיים את זכות השמיעה במלואה יש לעשות הכול כדי לקיימה בחלקה" (שם, שם).

167 לעיל בפרק ב.2.א.

168 כדוגמת ציר נצרים, ציר פילדלפי ומרחב רפיח וציר מורג.

169 אפשר היה לטעון שדין רצועת עזה "קל" מדין איו"ש, ולכן אולי לא צריך להעניק בעזה זכות טיעון. הקושי שבטיעון זה הוא שההריסות ברצועת עזה בוצעו גם (ובעיקר) בשטחים שבהם השליטה של צה"ל גבוהה מזו שיש לו באזורים ביו"ש שבהם ניתנה במהלך המלחמה זכות טיעון לבעלי הבתים, כדוגמת מחנות הפליטים בג'נין וטול כרם, כמפורט להלן.

170 בג"ץ 54641-03-25 **עיריית ג'נין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון** (נבו 23.3.2025).

171 שם.

פרשת **נור א־שמס**) ונתן לתושבים 24 שעות כדי לפנות את הבתים ולהגיש השגות.[172] גם במקרה זה נדחו כלל ההשגות תוך זמן קצר, ובעקבות כך הוגשה עתירה לביטול ההריסות ובקשה למתן צו ביניים לעיכוב ההריסות עד להכרעה בעתירה.[173]

בעתירות נגד הריסות בתים יש היגיון בהענקת צו ארעי וצו ביניים, שכן פעולת הריסת בתים היא בלתי הפיכה, ואם ייהרסו הבתים לפני הדיון בעתירה הרי שהעתירה תתייתר. למרות זאת, גם בפרשת **ג׳נין** וגם בפרשת **נור א־שמס** סירב בית המשפט להוציא את הצווים המבוקשים ולמעשה אִפשר למדינה להרוס את הבתים למרות הגשת העתירות ואף על פי שהמדינה טרם מסרה את עמדתה.[174] לא זו אף זו, בפסק הדין בפרשת ג׳נין אף העיר השופט סולברג למדינה (שלא לומר ״נזף״ בה) על כך שעיכבה את הריסת המבנים עד להכרעת בית המשפט ולא הרסה אותם טרם ההחלטה.[175]

רוח השינוי שהחלה מנשבת באולם בית המשפט נקלטה, והערת השופט סולברג יושמה בפרשת **טול כרם**.[176] בשלהי יוני 2025 הודיע צה״ל על כוונתו להרוס 104 בתים נוספים בטול כרם ונתן לתושבים 72 שעות להגשת הסתייגויות. ההסתייגויות הוגשו ונדחו, ולתושבים נמסר שההריסה תחל יומיים לאחר מכן, ב־2 ביולי 2025. ביום שבו היו אמורות להתחיל ההריסות הוגשה עתירה לבג״ץ נגד ההריסה וכן בקשה לצו ביניים וצו ארעי לעצירת ההריסות עד להכרעה בתיק. השופט שטיין סירב להוציא את הצווים

172 בג״ץ 12276-05-25 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ׳ שר הבטחון**, פס׳ 2 (נבו 9.5.2025) (להלן: פרשת **נור א־שמס**).

173 ראו שם, בפס׳ 3, כי כלל ההשגות נדחו יום לאחר שהוגשו. העתירה הוגשה ב־6 במאי 2025, יומיים לאחר דחיית ההשגות.

174 בג״ץ 12276-05-25 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ׳ שר הבטחון** (נבו 6.5.2025); פרשת **ג׳נין**, לעיל ה״ש 170. יתרה מכך, בפרשת ג׳נין, השופטת כנפי־שטייניץ אף מדגישה בהחלטתה שלא לתת צו ארעי כי ״למען הסר ספק יודגש, כי אין בהחלטה זו כדי לעכב פעולה הנדרשת עקב צרכים צבאיים דחופים״ (שם). הסירוב להוצאת צווי הביניים מקבל משמעות נוספת נוכח הזמן הקצר שבין הגשת העתירה וההחלטה על דחיית הבקשה לצו ביניים לבין פסק הדין הסופי בתיק. בפרשת ג׳נין ההחלטה שלא לתת צו ביניים התקבלה ב־22 במרץ 2025 בשעה 18:00, ודחיית העתירה התרחשה כבר למוחרת, ב־23 במרץ 2025 (לאחר שהמדינה הגישה את תגובתה ב־10:00). בפרשת **נור א־שמס**, לעיל ה״ש 172, היה הזמן בין הגשת העתירה למתן פסק הדין מעט ארוך יותר ועמד על שלושה ימים, כלומר, אף על פי שמדובר בעיכוב קצר מאוד, הוחלט שלא להוציא צווי ביניים ולא לעכב את הריסת המבנים.

175 פרשת **ג׳נין**, לעיל ה״ש 170: ״משלא ניתן צו ארעי בהחלטת חברתי, השופטת ג׳ כנפי־שטייניץ [...] לא היה צריך צה״ל להמתין עד למתן החלטה בבקשות למתן צו ביניים. בתגובת צה״ל לבקשות הללו צוין כי מדובר ב׳צורך צבאי מובהק ומיידי בהריסת הבתים שבנדון׳ [...] לפיכך, ובהינתן אותו ׳צורך צבאי ממשי ומיידי׳ [...], לא היתה מניעה משפטית מלפעול לאלתר״; ״זאת ועוד, ביקורת שיפוטית ׳בזמן אמת׳, שעה שעסקינן בפעילות מבצעית דחופה ו׳התותחים רועמים׳ – עלולה, חס וחלילה, לסכן את כוחות הצבא, ואף לעלות בחיי אדם״.

176 בג״ץ 6221-07-25 **גביהי נ׳ שר הבטחון** (נבו 29.7.2025).

המבוקשים ונתן למדינה חודשיים כדי להגיב לעתירה.[177] בעקבות כך הודיעה המדינה לבג"ץ שאם לא תהיה החלטה אחרת עד אז, הרי שצה"ל יחל להרוס את המבנים ביום שני, 7 ביולי 2025. נוכח הודעת המדינה הוציא השופט שטיין החלטה קצרה: "בית המשפט רשם לפניו את הודעת המשיבים",[178] ובכך סלל את הדרך להריסת המבנים עוד לפני שהתקבלה תגובה מטעם המדינה לעתירה או לצו הביניים.

הפער בין היחס של מערכת המשפט להריסות בתים במקרה של משפחת חטואל[179] לבין היחס להריסות במהלך מלחמת חרבות ברזל הוא פער תהומי. חלק מהשוני ביחס יכול להישען על נימוקים משפטיים. כאשר בית המשפט דן בסוגיה, הוא נדרש לאזן בין הצורך הצבאי לבין הפגיעה ברכוש של בעלי הבתים ("מבחן המידתיות"). ככל שהצורך הביטחוני גבוה יותר, כך ייטה בית המשפט להתערב פחות בהחלטות הצבא להרוס בתים. עם זאת, נראה כי היחס השונה אינו נובע רק מ"איזונים משפטיים" שבית המשפט עורך בכל תיק בהתאם למאפייניו היחודיים. מתן פרק זמן של 24 שעות בלבד להגשת השגות, דיון והכרעה בעשרות השגות ביום שבו הוגשו, מתן תשובה כוללנית שדוחה את כלל ההשגות במכתב אחד ומתן פסק דין תוך יום מעת הגשת העתירה,[180] ללא שהתקיים דיון במעמד הצדדים, מלמדים כי "זכות הטיעון" שנקבעה בפסיקה אינה חדה כפי שהיה נדמה בעבר, וספק אם בכלל קיימת מבחינת מהותית.[181] גם הסירוב של בית המשפט להוציא צווים ארעיים וצווי ביניים, אגב הדגשה שהצבא יכול להרוס את הבתים עוד בטרם הגיב לעתירה, מלמדים על השינוי מהותי שחל בעמדת בית המשפט בסוגיית הריסת הבתים.

לסיכום, הפער בין הנורמות שנקבעו בנוגע לסיכולים הממוקדים והריסות הבתים לבין יישומן בשטח, והפער בין יישום הנורמות בתקופות שונות, מעוררים תהייה אם כל המגבלות שנקבעו על ידי השופטים שיקפו בהכרח חובה משפטית, או שמא חלקן נבעו משיקולים מוסדיים וערכיים של בית המשפט ושיקפו מדיניות שיפוטית המבקשת לגדר את כוחו של הצבא. תהייה זו מתחזקת שעה שרואים כי בפסקי דין רבים העוסקים בדיני

177 ב־2 ביולי 2025 הוציא השופט שטיין החלטה לפיה: "1. חזקה על המשיבים כי יימנעו מביצועו של צו ההריסה מושא העתירה עד למתן החלטה אחרת. 2. המשיבים יגישו תגובה מקדמית לעתירה ולבשקה למתן צו ביניים – זאת, עד ליום 2.9.2025" בג"ץ 6221-07-25 **גביהי נ' שר הבטחון** (נבו 2.7.2025). למוחרת, ב־3 ביולי 2025, הוציא השופט שטיין החלטה מתקנת: "החלטה זו מתקנת את החלטתי מיום 2.7.2025 בשל השמטה שנפלה. להלן החלטה עדכנית: חזקה על המשיבים כי יימנעו מביצועו של צו ההריסה מושא העתירה עד למתן החלטה אחרת, **בכפוף לצרכי לחימה דחופים וצרכי ביטחון מובהקים (כמקובל)**" (ההדגשה הוספה. ד"ב) (בג"ץ 6221-07-25 **גביהי נ' שר הבטחון** (נבו 3.7.2025)).

178 בג"ץ 6221-07-25 **גביהי נ' שר הבטחון** (נבו 6.7.2025).

179 ראו לעיל בפרק ב.2.א.

180 בפרשת **ג'נין**, לעיל ה"ש 170, העתירה נדחתה תוך יום, ובפרשת **טול כרם**, לעיל ה"ש 172, תוך שלושה ימים.

181 לביקורת דומה, אך מכיוון שונה, ראו לעיל בה"ש 160.

המלחמה בית המשפט "מודה" כי דיון משפטי "טהור" היה מביא למסקנה שמבחינה משפטית המדינה צודקת. אדון בכך בפרק הבא ובפרק המסקנות.

ג. "רק מיישמים את הדין" - האומנם?

פסקי הדין שהבאתי בפרק ב מקבלים מקום בולט בספרות ובדברי השופטים כדוגמאות לכך שבית המשפט נוהג בריסון ואינו מתערב במדיניות הצבא. נוכח הַעֲמָדָה זו הראיתי כי אומנם בית המשפט פוסק לטובת המדינה, אך פסיקה זו היא "פורמלית" בלבד. מבחינה מהותית, במבחן התוצאה, העותרים הם שמקבלים את מבוקשם. ההשפעה של בית המשפט במקרים אלה דרמטית ונעשית בעיקר באמצעות אסטרטגיית ההתערבות העקיפה.

במענה לביקורת על כך שבית המשפט מתערב בסוגיות ביטחוניות, יש הטוענים שבית המשפט אינו כופה על המדינה נורמות שהיא אינה מעוניינת בהן, אלא רק ממלא את חובתו ומוודא שהצבא אכן פועל לפי הדין.[182] יתרה מכך, יש שמדגישים כי מדובר באינטרס של המדינה, שכן היא מעוניינת שהצבא יפעל לפי הדין, והדרך שלה לוודא שכך אכן נעשה היא באמצעות בית המשפט.[183]

נקודת המוצא בפרק זה היא שאין מחלוקת על כך שצה"ל חייב לפעול לפי הדין, ושבית המשפט הוא הגורם בעל יכולת הפיקוח הטובה והיעילה ביותר לוודא שכך ייעשה. לצד זאת אטען כי בית המשפט לא רק מפקח על כך שהצבא פועל לפי הדין, אלא נוקט פרשנות מחמירה, שאינה מתיישבת עם הפרשנות המקובלת של המשפט הבין־לאומי, ולא פעם אף יוצר דין חדש יש מאין. כדי לבסס טיעון זה אחזור לחֶלֶק מפסקי הדין שהוצגו לעיל ואראה כי השופטים עצמם "מודים" שהתוצאה אליה הגיעו בפסקי הדין אינה משקפת את הדין הבין־לאומי או הישראלי.

כזכור, בפרשת **פגזי הפלאשט** קבע בית המשפט כי השימוש בפגזים מותר לפי דיני המלחמה,[184] ובפרשת **הירי הארטילרי** נקבע כי העותרים לא הצליחו להצביע על מקור

182 ראו לדוגמה עניין **אלבסיוני**, לעיל ה"ש 78: "תפקידנו מתמצה בקיום ביקורת שיפוטית על קיום כללי המשפט הישראלי והבינלאומי המחייבים את מדינת ישראל"; הנשיאה חיות בכנס ה־INSS, לעיל ה"ש 11, בדקה 13:10: "תפקידו של בית המשפט בהקשר זה מתמקד בשאלה האם פעילות ביטחונית מסוימת מקיימת את אמות המידה הלאומיות והבין־לאומיות הקובעות את חוקיותה"; טל מימרן "'יש שופטים בישראל' – תפקיד בית המשפט בהוכחת ההומניטריות של ישראל בעת מלחמה" **רשות הרבים** א 177, 184–185 (2025) https://did.li/PQxZH.

183 Amichai Cohen, *Guardians and Guards: The Israeli Supreme Court's Role in Matters of National Security*, *in* CIVIL MILITARY RELATIONS IN ISRAEL 171 (2014).

184 פרשת **פגזי הפלאשט**, לעיל ה"ש 38: "השימוש בתחמושת זו איננו אסור על־פי דיני המלחמה".

משפטי שמבסס את שביקשו בעתירה.[185] בהתאם לכך, אילו נדרש בית המשפט להכריע על סמך השאלות המשפטיות שעומדות בבסיס העתירות, היה עליו לקבוע שמותר למדינה לעשות שימוש בפגזי פלאשט וירי ארטילרי לרצועה.[186] למרות זאת קיבלו העותרים, בחסות בית המשפט, את התוצאה שלה קיוו – הפסקת השימוש בפגזי פלאשט וירי ארטילרי ברצועת עזה.[187]

כך היה גם בפרשת **הפרימטר**.[188] בית המשפט "מודה" בפסק הדין כי "פרדיגמת אכיפת החוק בדיני הלחימה איננה מוסדרת בהרחבה במקורות הכתובים",[189] וכי, לשם ההשוואה, הוראות הפתיחה באש בארצות הברית מאפשרות ירי גם במצב שבו האזרחים המשתתפים במהומות אינם חמושים.[190] למרות זאת, דחיית העתירה נעשית רק לאחר שצה"ל הצהיר כי ככלל הוא נוקט פרדיגמה של אכיפת חוק, תוך שבית המשפט מאשר כי "[...] צבא ההגנה לישראל קיבל על עצמו, בנסיבות המקרה הנדון, פרשנות קפדנית של הדין הבינלאומי",[191] כאשר אפילו העותרים הודו כי "ההוראות הכתובות על הנייר הן הכי קפדניות".[192] אגב, דחיית העתירה נעשתה לא לפני שבית המשפט הוסיף נטל נכבד על כתפי המדינה "[...] לבחון, להרבות ולשפר ככל האפשר את השימוש באמצעים חלופיים לא קטלניים, כל זאת לצד קיום תהליך סדור לתחקור ולהפקת לקחים מבצעיים

185 פרשת **הירי הארטילרי**, לעיל ה"ש 38, בפס' 10: "[...] לא עלה בידי העותרים להצביע על מקור משפטי מחייב הקובע כי טווח של 100 מטרים הוא פסול בעוד שטווח של 300 מטרים מותר הוא".

186 בהקשר זה ראוי להזכיר כי אחד מיסודות המשפט הבין־לאומי הוא עקרון ריבונות המדינה, שלפיו למדינה מותר לעשות כל פעולה, אלא אם כן יש איסור על כך במשפט הבין־לאומי. במילים אחרות, נקודת המוצא היא שלמדינה מותר לעשות שימוש בפגזי פלאשט, ואם העותרים מעוניינים שלא ייעשה בהם שימוש, עליהם להצביע על מקור נורמטיבי מפורש שאוסר זאת.

187 ראו לעיל בפרק ב.1.א.

188 עניין **יש דין**, לעיל ה"ש 1; לעיל בפרק ב.1.ג.

189 שם, בפס' 40 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר. נוסף על כך, בג"ץ מודע לכך ש"חלוקת הפרדיגמות לשניים עלולה להטעות" וכי "החמאס וארגוני הטרור מנסים במכוון לטשטש את הגבולות בין פעילות מחאה אזרחית ופעילות לחימה, ולנצל את דיני הלחימה, תוך יצירת ערבוביה במציאות בעלת שני כובעים" (שם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל). בג"ץ אף קובע כי "ניתן לומר כי 'הקול קול מחאה והידיים ידי טרור'" (שם, שם).

190 עניין **יש דין**, לעיל ה"ש 1, בפס' 44 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר.

191 שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט ניל הנדל.

192 שם, בפס' 13 לפסק הדין של הנשיאה חיות: "העותרים בבג"ץ 3250/18 אף טענו כי הם מוכנים להניח שהוראות הפתיחה באש חוקיות או כדברי באת כוחם, עו"ד בשארה 'אניח לצורך הדיון, בלי להסכים לסיווגו של המידע, כי **ההוראות הכתובות על הנייר הן הכי קפדניות**' (פרוטוקול הדיון מיום 30.4.2018, בעמ' 8, שורות 16–17)" (ההדגשה הוספה. ד"ב). וכן ראו פס' 2 לפסק דינו של השופט ניל הנדל. הטענה שנותרה לעותרים הייתה רק בנוגע ליישום ההוראות בשטח. במישור הזה קבע בית המשפט כי "אין בידינו לקבוע כי יישום הוראות הפתיחה באש בוצע שלא כדין" (עניין **יש דין**, לעיל ה"ש 1, בפס' 13 לפסק הדין של הנשיאה חיות).

ואחרים ולהטמעתם".[193] למותר לציין כי חיוב זה של המדינה נעשה ללא הפניה למקור נורמטיבי מחייב.

דוגמה נוספת היא פרשת **כנסיית המולד**, שעסקה בהתבצרותם של כ־50 אנשי פת"ח עם למעלה מ־200 בני ערובה בכנסיית המולד בבית לחם. עמותת הכנסייה ומושל בית לחם עתרו לבג"ץ בדרישה כי יותר לצוותים רפואיים ולנציגי הצלב האדום להיכנס למתחם הכנסייה ולהעביר לשם מזון ותרופות.[194] אל"מ רייזנר, שהיה ראש ענף הדין הבין־לאומי בפרקליטות הצבאית, העיד כי נשיא בית המשפט העליון, אהרון ברק, אמר שהוא יודע כי אין דין רלוונטי הנוגע לסוגיית המצור של צה"ל על הכנסייה, אלא שהוא מעוניין לפתח אותו "בזמן אמת".[195] עקב כך, אף על פי שלכאורה לא היה בסיס משפטי לעתירה,[196] החליט בג"ץ לקיים בה דיונים דחופים, תוך כדי הפעילות הצבאית במקום. כך צה"ל נאלץ להתמודד בזירה הצבאית והמשפטית בו־זמנית, והמדינה נאלצה להסכים למתווה שהציע בית המשפט ולהכניס אוכל לשוהים במתחם.[197]

יתרה מכך, **גם במקרים שבהם בית המשפט פוסק מפורשות נגד המדינה, הדבר לא נעשה על סמך דין מפורש וברור**. לדוגמה, כאשר בית המשפט פסל את "**נוהל שכן**" ו"נוהל אזהרה מוקדמת", הוא עשה כן אף על פי שהוא עצמו קבע בפסק הדין שאין במשפט הבין־לאומי הוראה שאוסרת את שיטת הלחימה המדוברת.[198]

כך היה גם בפרשת "**קלפי המיקוח**", שתחילתה בשנת 1986, עת נפל בשבי הנווט הישראלי רון ארד. במסגרת המאמצים להביא לשחרורו החלה ישראל לתפוס אנשי חיזבאללה ולהחזיקם במעצר מנהלי בישראל לצורך ביצוע עסקת "חילופי שבויים". העצורים פנו פעם אחר פעם לבית המשפט בטענה שהמעצר שלהם אינו חוקי, ופעם אחר פעם דחה בית המשפט את העתירות.[199] אלא שבתחילת שנות האלפיים החליט בית

193 עניין **יש דין**, שם, בפס' 65 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר. וכן ראו דברי הנשיאה חיות שם, בפס' 14, כי "למען הסר ספק יודגש, אפוא, כי פסק דיננו זה אינו בא חלף הליכים של בירור וחקירות בדיעבד כאמור זאת לאחר היאסף כל המידע הנדרש וקבלת תמונה עובדתית מלאה וממצה". ראו עוד לעניין זה הנשיאה חיות בכנס ה־INSS, לעיל ה"ש 11, בדקות 20:22–30:23.

194 בג"ץ 3451-02 **אלמדני נ' שר הביטחון**, פ"ד נו(3) 30 (2002) (להלן: פרשת **כנסיית המולד**).

195 חיים רמון **נגד הרוח** 44 (2020).

196 שם, שם.

197 לפי המתווה התאפשר לאזרחים לצאת מהמתחם לשם קבלת אוכל ומזון ואז לשוב אליו. בפועל, "כשסיפקנו אוכל, אז החמאס לקח את האוכל לעצמו ולא נתן את האוכל לחטופים" (השופט (בדימוס) חנן מלצר בכנס לשכת עורכי הדין התשפ"ד 2024 **יוטיוב** (26.5.2024) (https://did.li/QHkgT).

198 פרשת **נוהל שכן**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 80: "ייאמר מיד: הוראה מפורשת החלה בעניין, ואשר בה יימצא לשאלתנו פתרון, אינה מצויה".

199 עמ"מ 10/94 **פלונים נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(1) 97 (1997).

המשפט לשנות את עמדתו והורה על שחרורם של אנשי חיזבאללה ללא תנאי.[200] בעקבות פסק הדין שוחררו רוב העצורים באופן מיידי.[201]

השינוי בעמדת בית המשפט לא נבע משינוי שחל בחוק הישראלי או בדין הבין־לאומי. דעתם האישית של השופטים ביחס לסוגיה היא שהשתנתה, וכפי שאמר בתמציתיות הנשיא השופט ברק: "מסקנתי [...] נוגדת את המסקנה שאליה הגעתי בפסק־הדין נושא עתירה זו. משמע – שיניתי את דעתי".[202]

אמירות כאמור של שופטים מלמדות על האקטיביזם של בית המשפט ורצונו להיות שותף בעיצוב המדיניות הלחימתית של הצבא. בית המשפט נוקט פרשנות מחמירה ולא מקובלת של הדין הבין־לאומי, ולחלופין, מפעיל לחץ על המדינה להסכים להסדרים הרצויים מבחינתו – ובכך מעצב את מדיניות הפעלת הכוח של צה"ל.

כדי לראות את עומק עמדת המדיניות של בית המשפט במקרים אלה אחזור לפרשת **נוהל־שכן**,[203] שהיא אחד המקרים הבודדים שבהם לא הסכימה המדינה לשנות עד הסוף את עמדתה. כזכור, המדינה הסכימה להפסיק את השימוש בנוהל שכן והפעילה במקומו את "נוהל אזהרה מוקדמת", אך בסופו של דבר החליט בית המשפט לפסול את שני הנהלים.[204] בנימוקי בית המשפט לפסילה אפשר למצוא לא רק דעות משפטיות מחמירות, אלא גם עמדה שלפיה המדינה צריכה להימנע גם מדברים שהדין מתיר. בהקשר הזה מעניינת במיוחד עמדתה של מי שהפכה פחות משנה לאחר מכן נשיאת בית המשפט העליון, כב' השופטת דורית בייניש, אשר חתמה את פסק דינה במילים הבאות:

> התנאים שנקבעו בנוהל, מלבד היותם פגומים כשלעצמם, מאפשרים גלישה במדרון החלקלק הגורמת להפרה בוטה של כללי המשפט הבין־לאומי ושל העקרונות החוקתיים של שיטתנו. על הצבא לעשות הכול כדי למנוע אפשרות שבאמצעות נוהל מוסדר ייווצרו פרצות שידרדרו את

200 דנ"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721 (2000).

201 פרט לשני עצורים, עבד אל־כרים עובייד ומוסטפא דיראני, שבהם המשיכה מדינת ישראל להחזיק עקב מסוכנותם האישית. בעקבות פסק הדין חוקקה הכנסת את חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב–2002 ע"מ שיאפשר לה להחזיק לוחמים בלתי חוקיים במעצר בארץ. בפועל הביע בית המשפט את עמדתו נגד חלקים מהותיים בחוק, והמדינה נמנעת מלהשתמש בכל הכלים העומדים לרשותה על פי החוק. ראו עוד לעניין זה אברהם של"ו "כליאה קבוצתית של טרוריסטים" **רשות הרבים** (21.11.2023) https://did.li/o6Haa.

202 דנ"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הביטחון**, לעיל ה"ש 200, בעמ' 743. ראו נעמי לויצקי **העליונים: בתוככי בית־המשפט העליון** 242 (2006) כי הסיבה לשינוי הייתה הביקורת שנמתחה בקרב משפטנים בעולם על עמדת השופט ברק בפסק דינו הראשון בפרשה (אשר התיר את אחזקת העצורים): "כאשר פורסם פסק־הדין של ברק מול זה של דורנר הוכתה הקהילה המשפטית הבינלאומית בתדהמה [...] ברק נלחץ מעוצמת הביקורת" והסכים לקיים דיון נוסף בפרשה ולשנות את עמדתו.

203 פרשת **נוהל שכן**, לעיל ה"ש 18.

204 ראו לעיל בפרק א.1.

> הפעילות בשטח למצבים חד-משמעיים של אי-חוקיות. הנוהל הוא בגדר פרצה כזו, וגם משום כך יש לבטלו.[205]

במילים אחרות, לדעת השופטת ביניש הנוהל איננו מוסרי ויש חשש שהתרתו תוביל בעתיד לביצוע מעשים אסורים לפי המשפט הבין-לאומי. להשקפתה, גם אם הנוהל היה חוקי, יש לעשות "סייג לדין" ולאסור על צה"ל להשתמש בו.

ד. דוקטרינת השפיטות והפגיעה בביטחון המדינה

1. המטרה: עצם הדיון בעתירה

ההחלטה של בג"ץ לדון בסוגיות מלחמתיות משפיעה רבות על ניהול הלחימה של צה"ל. במהלך מבצע "חומת מגן" הוגשו לבג"ץ לא פחות מ־29 עתירות באשר לאופן ניהולה של הלחימה והשלכותיה על האוכלוסייה.[206] בכל העתירות, למעט שתיים, התקיים דיון בתיק בתוך ימים בודדים, לרוב בתוך יום או יומיים.[207] הדיונים בבית המשפט התנהלו תוך כדי לחימה, והתקיים קשר בלתי פוסק בין כוחות צה"ל הפועלים בשטח לבין הפרקליטים בבית המשפט (שכונה בהקשר זה "חמ"ל הומניטרי" ו"חמ"ל בג"ץ").[208]

כמעט כל העתירות נדחו תוך זמן קצר,[209] אך זה לא הפריע לעותרים.[210] יתרה מכך, עתירות ביטחוניות רבות כלל אינן מתמקדות בבקשת סעד אופרטיבי-קונקרטי (דבר שכשלעצמו היה מספיק כדי לדחות את העתירות על הסף).[211] עובדות אלה מלמדות כי לא פעם מטרת העתירה איננה קבלת סעד אופרטיבי מבית המשפט, אלא עצם הדיון בעתירה, כך שהמדינה תידרש להגיב לעתירה, ובית המשפט יביע את דעתו בפני הצדדים.[212]

205 פרשת **נוהל שכן**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 87.

206 זכריה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 163.

207 שם, שם.

208 שם, שם.

209 ראו שם, בעמ' 164, כי רק שתיים מתוך 29 העתירות התקבלו, וכי כמעט כל העתירות נדחו תוך כדי המבצע, או ימים ספורים לאחר סיומו. ראו עוד שם, כי בעתירה אחת מתוך 29 העתירות נקבע שהיא אינה שפיטה.

210 ראו שם, בעמ' 166, כי "[...] מאפיין בולט של עתירות מסוג זה הוא שברור הן לעותרים, הן למדינה והן לבית המשפט כי אין סיכוי מעשי שבית המשפט יוכל – או יסכים – להשפיע על הנעשה בשדה הקרב בעוד הלחימה מתנהלת. למרות זאת בוחרים ארגוני זכויות האדם בישראל להגיש עתירות אלה".

211 שם, בעמ' 167: "העותרים אינם ממקדים עתירתם במתן סעד מעשי, ובית המשפט איננו רואה כל קושי בכך...".

212 בג"ץ, בגילוי לב, אף אמר זאת בקולו: "הסעד שהתבקש בעתירות היה חיוב המדינה במתן הסבר. משניתן ההסבר [...] הרי שיש לדחות את העתירות" (בג"ץ 2936/02 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ'**

תפקידו של בית המשפט הוא לדון ולפסוק במקרים קונקרטיים הבאים לפניו, ולכן נקבע בשורה ארוכה של פסקי דין שבית המשפט אינו דן בעתירות תאורטיות.[213] אלא שבכל הנוגע לעתירות הנוגעות לסוגיות מלחמתיות וזכויות אדם, בית המשפט רואה את תפקידו כרחב יותר:[214]

> לא אחת תפקידו של בית המשפט בכגון דא הוא דרבון לקיום הוראות המשפט הישראלי והבינלאומי ומעקב [...] על כן יש טעם מתמיד בביקורת שיפוטית.[215]

> [...] זה אתגר מיוחד לביקורת שיפוטית [...] ואנחנו באמת נותנים לזה תעדוף ניכר במשימות, כי אנחנו חושבים שזה עניין חשוב – גם לתושבים הלא מעורבים, גם למדינת ישראל [...] וזה באמת דיון רביעי שאנחנו מקיימים. אין הרבה תיקים כאלה [...].[216]

אם כן, אף על פי שרבות מהעתירות העוסקות בלחימת צה״ל הן תאורטיות וכמעט חסרות סיכוי, העותרים אינם נמנעים מלהגישן ובית המשפט אינו נמנע מלדון בהן. הסיבה לכך היא שלא פעם מטרת העותרים אינה קבלת סעד קונקרטי וישיר מבית המשפט, אלא שימוש בהליך המשפטי כדי להשפיע על שדה הקרב.[217] זו אחת הסיבות לכך שמקובל בעולם שסוגיות מלחמתיות אינן שפיטות.[218]

מפקד כוחות צה״ל בגדה המערבית, פ״ד נו(3) 3, 5 (2002)). כמו כן ראו בג״ץ 2117/02 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ׳ מפקד כוחות צה״ל בגדה המערבית**, פ״ד נו(3) 26, 28 (2002): ״העתירה שבפנינו צופה פני עתיד. כיוון שכך, לא נדרשנו לתת סעד הנוגע לאירועים הספציפיים [...] כאמור, המדינה קיבלה על עצמה להשלים את הבירורים בכל הנוגע לאירועים אלה, ולעותרת נתונה הזכות לחזור ולפנות לבית־משפט זה אם הבירורים או תוצאותיהם לא יניחו את דעתה״.

213 ראו לדוגמה ע״א 6426/13 **קבוצת עזריאלי בע״מ נ׳ הממונה על הגבלים עסקיים** (נבו 25.8.2014); בג״ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ׳ שר הפנים**, פ״ד סא(2) 202 (2006); ע״א 7175/98 **המוסד לביטוח לאומי נ׳ בר מימון בע״מ (בפירוק)** (נבו 17.12.2001); בג״ץ 1853/02 **דוד נ׳ שר האנרגיה והתשתיות הלאומיות** (נבו 8.10.2003).

214 ראו עוד לעניין האופן שבו בית המשפט תופס את תפקידו בסוגיות מלחמתיות להלן בפרק ו.

215 בג״ץ 201/09 **רופאים לזכויות אדם**, לעיל ה״ש 78, בעמ׳ 546 שעסק בטענה שלפיה צה״ל אינו מאפשר לאוכלוסייה בעזה לקבל טיפול רפואי.

216 דיון מ־21 ביולי 2024 בפרשת **הסיוע ההומניטרי**, לעיל ה״ש 78, **יוטיוב** 14:20 (21.7.2024) https://did.li/XOwIw.

217 ראו בעניין זה זכריה, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 172, שסיכם כך את הדברים: ״פסק הדין בעניין **חלוץ** כמו פסקי הדין העוסקים באופן ניהול הלחימה על ידי הצבא במבצע ׳חומת מגן׳ או ׳עופרת יצוקה׳ ממחישים כיצד בית המשפט מוכן לקבל עליו את תפקיד המחנך ולדון בעתירות אף שתוצאת הדיון בהן הייתה צפויה. העובדה שהעתירה מלכתחילה לא הייתה בעלת סיכוי רב לא נסתרה מעיני איש. בית המשפט ציין זאת בפסק דינו בעניין חלוץ [...] הוא גם ציין [...] בכמה פסקי דין העוסקים באופן ניהול הלחימה כי אין הם מבקשים סעד משפטי [...] למרות זאת וכדי להעביר את המסר המחנך בית המשפט אינו דוחה את העתירות על הסף ומשתמש בהגשתה כמנוף וכאמצעי להעברת מסרים מחנכים לצה״ל ומפקדיו. בית המשפט משוחח עם חיילי הצבא ומפקדיו כל העת – כולל בזמן

2. חשיבות השפיטות: עצם הדיון קובע את התוצאה

דוקטרינת השפיטות היא מחסום דיוני שנועד להגביל את המקרים שיידונו על ידי בית המשפט.[219] הדוקטרינה מכירה בכך שיש סוגיות אשר מוטב שיישארו מחוץ לכותלי בית המשפט ושההכרעה בהן תתבצע על ידי גורמים אחרים, זאת כדי לשמור על עקרון הפרדת הרשויות, לייעל את המערכות השלטונית והשיפוטית וכן לצורך הגנה על בית המשפט מפני פוליטיזציה ופגיעה באמון הציבור במוסד החשוב.[220]

בעולם מקובל כי סוגיות מלחמתיות נשארות מחוץ לכותלי בתי משפט מדינתיים,[221] זאת הן בשל הממד הפוליטי והערכי הכרוך בהן (שכן הלגיטימציה הדמוקרטית לקבל הכרעות הנוגעות לשדה הקרב נתונה לרשות המבצעת) והן בשל העובדה שמדובר בסוגיות שדורשות מומחיות מיוחדת, שאינה מצויה בידי השופטים.[222] שאלות כגון אם להתקיף מבנה פלוני או אלמוני אינן סוגיות שיש סולם משפטי לבחון אותן לפיו, וממילא ההכרעה בהן אינה צריכה להיות מסורה לרשות השופטת. גם בית המשפט העליון מודע לייחודיות של סוגיות אלה ולא אחת חזר על ההלכה שלפיה ״ברירת אמצעי הלחימה שבהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים אינה מן הנושאים שבית־משפט זה יראה מקום להתערב בהם״.[223]

נוסף על כך, ביטול השפיטות והידיעה שבית המשפט עשוי להתערב בסוגיות מלחמתיות משפיעים על הממשלה והצבא עוד בשלב של קבלת ההחלטות וקביעת המדיניות.[224] זאת ועוד, התערבות בית המשפט בסוגיות מלחמתיות, בהתאם לנורמות מהמשפט הבין־לאומי, עלולה להגביל את מרחב הפעולה של המדינה בזירה הבין־לאומית.[225]

לחימה. באמצעות שיחה מחנכת זו הוא מבקש להנחיל נורמות התנהגות ראויות בנוגע ללחימתה של המדינה בטרור ולהטמיע אותן״.

218 ראו לעיל ה״ש 5–4, 17–16.

219 מדובר במחסום דיוני, בעל השלכות מהותיות, כאשר בית המשפט כלל אינו שומע את הטענות המהותיות של הצדדים ואינו דן בהן.

220 גרבר וסולו, לעיל ה״ש 5, בעמ׳ 4.

221 ראו לעיל בה״ש 5.

222 ראו דברי הנשיאה חיות בכנס ה־INSS, לעיל ה״ש 11, בדקה 13:00, כי ״אין זה מתפקידו של בית המשפט להכריע בין חלופות מבצעיות או להרהר אחר שיקולים המצריכים מומחיות מקצועית מובהקת״. שיקול נוסף הוא שלרוב פעולות מלחמתיות מבוצעות מחוץ לגבולות המדינה. לעניין זה ראו פרשת **היעפים**, לעיל ה״ש 59, כי נקודה זו הייתה נימוק משמעותי לטענת המדינה שלפיה העתירה אינה שפיטה.

223 פרשת הסיכולים הממוקדים הראשונה, לעיל ה״ש 6; פרשת **פגזי הפלאשט**, לעיל ה״ש 38, בעמ׳ 196.

224 ברק־ארז, לעיל ה״ש 5, בעמ׳ 20–21.

225 ראו לעניין זה ליבמן, לעיל ה״ש 11, בעמ׳ 64, 67–68; עמדת הנשיא לנדוי בבג״ץ 606/78 **אויב נ׳ שר הביטחון**, פ״ד לג(2) 113, 128–129 (1979).

נימוק נוסף להגבלת השפיטות של סוגיות מלחמתיות עולה מהצורך, שעליו הצביעה ועדת וינוגרד, לפעול במקרים נדירים של "צורך ברור וחיוני" בניגוד לדין הבין־לאומי.[226] אם בית המשפט ידון יפסוק בסוגיות מלחמתיות, הדבר עלול לצמצם, ואף לסגור, את מרחב הפעולה של הממשלה במקרים חיוניים אלה.[227] (כך לדוגמה, אילו דן בית המשפט בחוקיות "מבצע אנטבה", לא מן הנמנע שהיה קובע כי המבצע אסור לפי המשפט הבין־לאומי).[228]

(א) בית החולים אל-קודס, פרשת גישה והפגיעה בביטחון

סיבה נוספת להצדקת העמדה שסוגיות מלחמתיות לא צריכות להיות נידונות על ידי בית המשפט היא שלא פעם מטרת העותרים מושגת מעצם הדיון בעתירה, עד כדי פגיעה בביטחון המדינה. כאשר עתירה מוגשת בזמן מלחמה ואינה נדחית על הסף, המדינה נדרשת להגיב לה ולעיתים לחשוף במסגרת תגובה זו מדיניות ושיקולים צבאיים, הנחיות, נהלים ופעולות מבצעיות, וזאת לא רק בפני בית המשפט, אלא גם בפני האויב.[229]

כך למשל, ב־21 באוקטובר 2023 הוגשה לבג"ץ עתירה בדרישה לאסור על צה"ל לתקוף את בית החולים **אל־קודס** שבעזה.[230] בית המשפט לא רק דחה את העתירה עוד באותו יום, אלא אף קבע שהיא לא כללה אפילו "תשתית עובדתית מינימלית" ושלא הייתה כלל הצדקה להגשתה.[231] אף על פי שזו הייתה המסקנה הסופית, גם הפעם קיבלו העותרים את מבוקשם.

226 הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 **דו"ח הוועדה** א 489–490 (2008) https://did.li/LulgT. ראו עוד אצל ליבמן, לעיל ה"ש 11, בה"ש 39, כי גם בארצות הברית מקובלת הגישה שלפיה הנשיא והקונגרס רשאים להפר את המשפט הבין־לאומי (בתנאי שהם פועלים במסגרת סמכותם לפי הדין המקומי).

227 ראו עוד לעניין זה שם, בעמ' 64–65. לדיון נוסף, עם שיקולים אחרים, בנוגע לשאלה אם ומתי נכון להגביל ביקורת שיפוטית בסוגיות מלחמתיות ראו שם, בעמ' 62–65.

228 הטיעון המרכזי של ישראל היה שמדובר בפעולה של הגנה עצמית לשם הצלת אזרחיה, אולם טיעון זה שנוי במחלוקת בקרב משפטנים, מאחר שס' 51 למגילת האו"ם מתייחס להגנה עצמית מפני התקפה מזוינת של מדינה ולא מפני פעולות של ארגון טרור הפועל משטחה של מדינה אחרת. טיעון נוסף של ישראל היה שהפעולה לא הייתה "כנגד השלמות הטריטוריאלית והעצמאות הפוליטית" של אוגנדה, ולכן לא כלולה באיסור השימוש בכוח הקבוע בס' 2(4) למגילת האו"ם. גם טיעון זה שנוי במחלוקת בקרב המשפטנים, ונדחה על ידי רובם.

229 שיקול נוסף הוא שחלק מהעתירות מוגשות במסגרת ה"לוחמה המשפטית" נגד מדינת ישראל. ראו לעניין זה להלן בה"ש 292.

230 בג"ץ 7624/23 **רופאים לזכויות אדם – ישראל נ' צבא הגנה לישראל** (בנבו 21.10.2023). וביתר פירוט, העתירה דרשה לאסור על צה"ל לאלץ את בית החולים להתפנות, לאסור על צה"ל לתקוף, ולמצער, לאסור עליו לתקוף כל עוד לא התפנו החולים למקום בטוח (שם, בפס' 1).

231 שם, בפס' 6: "[...] דומה שלא היה מקום להגשת העתירה, למצער במתכונת שבה הוגשה. העתירה נעדרה מתחילתה תשתית עובדתית מינימלית [...]", "[...] אין כל הצדקה להגשת עתירה מבלי שתקדם לה פנייה מוקדמת [...] עתירה לבית המשפט אינה יכולה להוות תחליף להתנהלות על־פי כללי הדיון הבסיסיים".

העתירה הוגשה לאחר חצות הלילה. מייד עם הגשתה התקבלה החלטה ראשונה של בית המשפט,[232] וכעבור כמה שעות כבר הונח בפני בית המשפט מכתב רשמי ובו פירט ראש מחלקת הדין הבין־לאומי בצבא, בין היתר, דברים אודות מנגנון מסירת "הודעות מקדימות" למוסדות בעזה, וכן כי "[...] בדיקה דחופה שנערכה העלתה כי 'נכון לעת הזו אין כוונה לתקוף את בית החולים אל־קודס בעיר עזה'".[233] במילים אחרות, העתירה אומנם נדחתה, אך לא לפני שצה"ל חשף את (היעדר) תוכניותיו למבצע מסוים, ולמעשה הודיע לאויב שהוא מעניק חסינות כביכול, "לעת הזו", לבית החולים ולכל המחבלים שרוצים להסתתר בו.[234]

דוגמה נוספת לפגיעה שעלולה להיגרם מדיונים והכרעות בעתירות ביטחוניות היא פרשת **גישה**,[235] שבה דרשה העותרת לחשוף מסמכים הנוגעים למדיניות הכנסתם של מוצרי מזון לרצועת עזה. בית המשפט המחוזי קבע כי לא זו בלבד שהמדינה צריכה למסור לעותרים מסמכים הנוגעים למדיניות זו, אלא עליה גם לחשוף את שמותיהם של בעלי התפקידים שהשתתפו בדיונים ובקבלת ההחלטות.[236] למותר לציין כי חשיפת שמות של קצינים שמקבלים החלטות בנוגע לאספקת המזון לרצועת עזה עלולה לחשוף אותם להליכים בערכאות מעבר לים ולכך שקצינים יחששו להתבטא בדיונים פנימיים ולקבל החלטות, מחשש לביטחונם.

עיון נוסף בפסקי הדין שהוצגו לעיל מלמד שגם בתיקים אלה הדיונים אפשרו לא רק ללחוץ על המדינה לשנות את מדיניותה, אלא גם לחשוף בפני האויב את המדיניות הצבאית של צה"ל. בפרשת **נוהל שכן**, לאחר הוצאת צו הביניים שהורה על הפסקת השימוש בנוהל שכן, הנהיג הצבא את נוהל אזהרה מוקדמת ונאלץ לחשוף את התנאים שבהם ייעשה שימוש בנוהל.[237] בפרשת **הפרימטר** נאלצה המדינה לחשוף במהלך הדיונים, גם אם בקווים כללים בלבד, את הוראות הפתיחה באש של הצבא בכל הנוגע להתמודדות עם צעדות השיבה והכניסה ל"אזור החיץ" בגבול עם רצועת עזה.[238] במהלך הדיונים בפרשות **פגזי הפלאשט** ו**הירי הארטילרי** נחשפו לכאורה טווחי הביטחון שהצבא לוקח כאשר הוא משתמש בפגזי פלאשט וירי ארטילרי, והמדינה הודיעה על הפסקת

232 העותרים לא פנו לצה"ל לפני הגשת העתירה (בניגוד לכלל של מיצוי הליכים). כב' השופטת דפנה ברק־ארז "שלחה" את העותרים לפנות לצה"ל ולחזור עם תשובת הצבא לעתירה (שם, בפס' 4).

233 שם, בפס' 5.

234 כמעט למותר לציין שגם עתירה זו נדחתה ללא צו להוצאות (שם, בפס' 7). אי־פסיקת הוצאות על ידי בית המשפט, במקום שבו העתירה הוגשה ללא עמידה בכללי הדיון הבסיסיים (שם, בפס' 6), מעידה על יחסו של בית המשפט לעצם העתירה ומעודדת הגשת עתירות נוספות.

235 עת"מ (מנהליים ת"א) 2744/09 **גישה מרכז לשמיר נ' משרד הביטחון** (נבו 22.3.2011).

236 שם.

237 פרשת **נוהל שכן**, לעיל ה"ש 18; לעיל בפרק א.1.

238 עניין **יש דין**, לעיל ה"ש 1, בפס' 9 לפסק הדין של הנשיאה חיות ופס' 17, 26 ו־50 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר; לעיל בפרק ב.1.ג.

השימוש באמצעים אלה בכל הנוגע לרצועת עזה.[239] במילים אחרות, הדיונים בעתירה לא רק הביאו להפסקת השימוש בפגזי פלאשט וירי ארטילרי, אלא גם חשפו עובדה זו בפני האויב, החמאס.[240]

(ב) פרשת גירוש המחבלים ללבנון[241]

נוסף על האמור, עצם הדיון בבית המשפט בסוגיות ביטחוניות יכול להוביל לכך שגם כאשר המדינה אינה משנה את מדיניותה הרשמית ובית המשפט פוסק כביכול לטובתה, התוצאה היא הפסקת המדיניות – כפי שקרה בפרשת גירוש המחבלים ללבנון.[242]

בדצמבר 1992 החליטה ממשלת רבין, בתמיכת היועץ המשפטי לממשלה, לגרש 415 פעילי חמאס וג׳יהאד אסלאמי ללבנון. ״חשאיות היתה עכשיו שם המשחק, כדי למנוע אפשרות של הגשת עתירות לבג״ץ״.[243] ואולם, החשאיות נפרצה והגירוש התגלה, ובמהלך הלילה נפתחה פעם אחר פעם דלת ביתו של השופט ברק (שהיה אז שופט תורן) כדי לקבל את העתירות נגד הגירוש.[244] עם קבלתן הוציא השופט ברק צו ביניים נגד הגירוש, והאוטובוסים ובהם המחבלים נעצרו במטולה על גבול לבנון.[245]

שבעה שופטים ישבו לדין. ארבעה סברו שיש לאפשר לממשלה להשלים את הגירוש, ושלושה סברו שיש לפוסלו.[246] כדי למנוע קרע בבית המשפט העליון הגיעו השופטים לפשרה שלפיה בית המשפט יאשר את הגירוש, אך לא יצוין בפסק הדין שהגירוש חוקי ולמגורשים תינתן ״זכות טיעון״ בדיעבד.[247]

239 פרשת **הירי הארטילרי**, לעיל ה״ש 38, בפס׳ 10 ; לעיל בפרק ב.1.א.

240 בדומה, מעבר להשלכות המבצעיות של הפסקת השימוש בפצצות זרחן לבן, העובדה שהאויב מודע לכך מחמירה את הסיטואציה הביטחונית עוד יותר. לעניין פרשה זו ראו לעיל בפרק ב.1.ב.

241 בניגוד לפרשות האחרות שהובאו במאמר, פרשת גירוש המחבלים ללבנון לא נדונה במסגרת של דיני הלחימה אלא במסגרת דיני התפיסה הלוחמתית (ראו לעיל בה״ש 4), והיא מובאת כאן רק כדוגמה להשפעה הביטחונית שיש לעצם הדיון בבג״ץ בסוגיה מסוימת, ולא כחלק מהוכחת הטיעון שלפיו בית המשפט מתערב בעתירות ביטחוניות בעת לחימה.

242 בג״ץ 5973/92 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ׳ שר הביטחון**, פ״ד מז(1) 267 (1993).

243 נעמי לויצקי **כבודו: אהרן ברק – ביוגרפיה** 172 (מהדורה שנייה 2001). ראו עוד שם בעמ׳ 174 ; מאיר שמגר **תם ולא נשלם: פרקי חיים** 166 (2015): ״הצלחת המבצע היתה תלויה במהירות ובחשאיות, ורבין קיווה שהאוטובוסים יספיקו לחצות את הגבול לפני שיוגש הבג״ץ״.

244 לויצקי, שם, בעמ׳ 174–175.

245 שם, בעמ׳ 174–176.

246 שם, בעמ׳ 185–186. ראו עוד שם, שם, וכן אצל שמגר, לעיל ה״ש 243, בעמ׳ 168, כי בהתחלה היו חמישה שופטים שהסכימו לגירוש ושניים שהתנגדו. ואולם, לאחר זמן שינה השופט מצא את עמדתו, ואז היו ארבעה מול שלושה.

247 עניין **האגודה לזכויות האזרח בישראל**, לעיל ה״ש 242 ; לויצקי, לעיל ה״ש 243, בעמ׳ 185–188. ראו עוד שם, בעמ׳ 188, שלימים התחרט השופט ברק על שוויתר על דעת המיעוט שביקשה לאסור את הגירוש.

פסק הדין עורר דיון סוער בשאלות אם הגירוש היה חוקי מבחינת המשפט הבין־לאומי והמשפט הישראלי, ואם המעשה היה חכם מבחינה מבצעית ומדינית. סוגיות אלו היו ונותרו במחלוקת, ואינני מביע בהם עמדה במסגרת מאמר זה.[248] גם לא באתי להכריע בשאלה אם נכון שבית המשפט יתערב במקרים כגון דא. ברצוני להצביע על השפעתו של בית המשפט על עיצוב המדיניות – אם לטוב ואם למוטב.

״הצלחת המבצע היתה תלויה במהירות ובחשאיות״,[249] וצו הביניים שהוציא השופט ברק נגד הגירוש טרף את הקלפים בעניין זה. השופט שמגר סבר שכל התסבוכת המדינית והמשפטית שנוצרה הייתה תוצאה של צו הביניים שהוצא.[250] ההמתנה בתנאים קשים באוטובוסים על הגבול, עם תצלומים של תקשורת זרה שהופצו בעולם, הגבירו מאוד את תשומת הלב הבין־לאומית לאירוע ואפשרו ללבנון להיערך לגירוש הצפוי. לאחר שהוסר צו הביניים של בג״ץ והאוטובוסים חצו ללבנון, סירבה האחרונה לקלוט את המגורשים, והם התיישבו במחנה המאולתר מארג׳ א־זהאר, סמוך לגבול עם ישראל, תוך שישראל סופגת גינויים על הגירוש מארצות הברית ומועצת הביטחון של האו״ם. הסיטואציה שנוצרה הביאה לחיזוק מעמדם הפוליטי הפנים-פלסטיני של המגורשים,[251] וכעבור כשנתיים הותר למגורשים לחזור לשטחי איו״ש. רוב המגורשים חזרו לאיו״ש, ובהם מחבלים שלאחר חזרתם הביאו לרציחתם של עשרות ישראלים בפיגועי טרור.[252]

העמדות בנוגע לפסק הדין מסמלות במידה רבה את נקודות המבט השונות בנוגע לשאלת התערבותו של בית המשפט העליון בסוגיות ביטחוניות. בדומה לעמדה המדגישה את ה״הכשר המשפטי״ שבג״ץ מעניק למדינה, יש שמדגישים את העובדה שבית המשפט התיר, פה אחד וללא מתנגדים, את הגירוש, ורואים את פסק הדין כ״אחד מפסקי הדין הקשים ביותר של בית המשפט [...] שהכשיר הלכה למעשה לראשונה בתולדות מדינת ישראל גירוש המוני [...]״.[253] מנגד, יש שמדגישים את העובדה שהייתה זו הפעם האחרונה שבה גורשו מחבלים (שלא בהסכמה) אל מחוץ לגבולות איו״ש ועזה.[254]

248 ראו, בין היתר, דברים שכתב בעניין שמגר, לעיל ה״ש 243, בעמ׳ 169: ״החלטתי לאשר את הגירוש עוררה ביקורת קשה מצד גורמים פוליטיים ומשפטיים כאחד [...] אני מקבל את הביקורת באהבה, אך גם במבט לאחור אין לי ספקות באשר להחלטתי״.

249 שם, בעמ׳ 166. ראו עוד שם, שם, שתקוותו של ראש הממשלה רבין ״שהאוטובוסים יספיקו לחצות את הגבול לפני שיוגש הבג״ץ״.

250 לויצקי, לעיל ה״ש 243, בעמ׳ 188.

251 שמגר, לעיל ה״ש 243, בעמ׳ 169.

252 שם, שם.

253 לויצקי, לעיל ה״ש 243, בעמ׳ 187.

254 ראו לעניין זה שם, בעמ׳ 188, כי כב׳ השופט אור, שהיה בעמדה שהגירוש אסור, התנחם ״בכך שלדעתו, למרות פסק הדין הזה, גירוש החמאס היה הגירוש האחרון במדינת ישראל. יותר לעולם לא יהיה גירוש [...]״. בעניין זה יש לציין כי היו גירושים נוספים לחו״ל, אך הם בוצעו בהסכמת המגורשים. כך לדוגמה, 40 מחבלים ששוחררו במסגרת ״עסקת שליט״ גורשו לחו״ל (כאשר חלקם

יש שמדגישים את העובדה שהניתוח הצליח, ויש שמצביעים על העובדה שהחולה מת.

ה. שכפ״ץ משפטי – האומנם?

טענה מרכזית לתמיכה בהתערבות בג״ץ בפעולות צבאיות בזמן מלחמה היא שבית המשפט מעניק ״שכפ״ץ משפטי״ או ״כיפת ברזל משפטית״ לחיילי צה״ל מפני העמדה לדין בבית הדין הפלילי הבין־לאומי בהאג (ה־ICC).[255] יש אף שקישרו בין החלטת בית המשפט להתערב בסוגיות מלחמתיות לבין תחילתה של פעולת ה־ICC בשנת 2002.[256]

טענה זו נשענת על ״עקרון המשלימות״ (Complementarity) הקבוע בחוקת רומא (האמנה שמכוחה פועל ה־ICC),[257] אשר לפיו סמכות ה־ICC היא משנית ומשלימה לסמכות של מערכת המשפט המדינתית.[258] כלומר, ל־ICC יש סמכות לגבי אירוע מסוים רק אם המדינה הרלוונטית אינה ״מטפלת״ בו. לפיכך, אם מדינת ישראל ממצה את הדין עם חיילים החשודים בביצוע פשעים, אזי נשללת מה־ICC הסמכות להעמידם לדין.[259]

הורשו לחזור לאיו״ש לאחר זמן לא רב). על אלה נוספו 163 מחבלים ששוחררו במסגרת העסקה וגורשו לעזה, ולא חזרו לביתם באיו״ש. גירושים אלו נעשו בהסכמה.

255 ראו לדוגמה דברי המשנה לנשיאת בית המשפט העליון בדימוס, אליקים רובינשטיין, בכנס המשפטנים של התנועה לאיכות השלטון בינואר 2023 כי ״בית המשפט הוא שכפ״ץ מול האג. הוא נכס אסטרטגי של המדינה״ (הובא בכתבה של ניצן שפיר ״המשנה לנשיאת ביהמ״ש העליון בדימוס: ׳אני לא ישן בלילה׳. החלשת מערכת המשפט היא החלשת מדינת ישראל״ **גלובס** (6.1.2023) https://did.li/LOwIw); הנשיאה חיות בכנס ה־INSS, לעיל ה״ש 11: ״[...] תוצר לוואי חשוב נוסף של הביקורת השיפוטית שמחיל בית המשפט בסוגיות הקשורות לביטחון לאומי [...] הוא בביצור טענת המשלימות של מדינת ישראל בבואה להתמודד עם הליכים פליליים בפני ערכאות זרות [...]״; כהן ״ביקורת שיפוטית בעת לחימה״, לעיל ה״ש 4. עם זאת ראו שם שמדגיש כי לדעתו ״ההגנה [...] מפני העמדה לדין [...] היא תוצאה נילווית מבורכת של מעורבות שיפוטית זו, אך איננה הנימוק המרכזי לה. אנו מדגישים נקודה זו היות ובשיח הפוליטי והתקשורתי נדמה לעיתים שהיוצרות התהפכו: מניעת המעורבות הבינלאומית הפכה לעיקר, ואילו שלטון החוק הוא שיקול משני״. טיעון ההגנה המשפטית אף מועלה על ידי עותרים שונים כשהם פונים לבית המשפט בדרישה לאסור על צה״ל לבצע פעולות שונות. ראו לדוגמה בפרשת **הירי הארטילרי**, לעיל ה״ש 38, בפס׳ 2.

256 לויצקי, לעיל ה״ש 202, בעמ׳ 176: ״המאורע הזה השפיע באופן מהותי ביותר על הפסיקה הביטחונית של ברק [...] מרגע זה ואילך ראה את עצמו ברק כמגינם של נושאי התפקידים במערכת הביטחון שמא יועמדו לדין פלילי בהאג״.

257 Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, 2187 U.N.T.S. 90 (להלן: חוקת רומא).

258 חוקת רומא, שם, ס׳ 17–18. עקרון זה גם נקרא עקרון השיוריות (The principle of subsidiarity).

259 בשביל ״מיצוי הדין״ אין צורך בהרשעת החייל ואף לא בהעמדתו לדין. מספיק שהמקרה נחקר על ידי המדינה כדי של־ICC לא תהיה סמכות לדון בו. עם זאת על החקירה להיערך בצורה ראויה, בכנות (genuine) ובתום לב, כך שאם יש מקום להעמיד את החייל לדין הרי שהדבר ייעשה. כך לדוגמה הוחלט שלא לפתוח בחקירה נגד אנשי צבא בריטים על פשעי מלחמה לכאורה שביצעו בעצורים עיראקים במהלך מלחמת המפרץ השנייה, כיוון שהתקיימו הליכים בעניינם בבריטניה, וזאת אף על

בג"ץ איננו ערכאה פלילית ואינו שופט חיילים. הטיפול בהפרות הדין הנעשות על ידי חיילים הוא בסמכות רשויות האכיפה והערכאות הפליליות-צבאיות. אם כן, לכאורה, כדי לזכות להגנה של עקרון המשלימות אין צורך בהתערבות של בג"ץ בפעולות צה"ל, אלא בכך שמערכות החקירה, האכיפה והשפיטה הפליליות יהיו עצמאיות וחזקות ויבצעו את תפקידן במקרה של הפרת הדין.[260]

לצד האמור, המצדדים בהתערבות בג"ץ בסוגיות ביטחון טוענים שכדי להבטיח שחיילי צה"ל יזכו להגנה שמספק עקרון המשלימות, יש צורך שבג"ץ יבדוק החלטות מבצעיות, יפקח עליהן ואף יתערב בהן. להשקפתם, התערבות בג"ץ, בשילוב היוקרה שבית המשפט העליון זוכה לה בקרב משפטנים בעולם, תביא לאי־נקיטת צעדים מצד ה־ICC נגד ישראלים. למרות הבסיס התאורטי שיש לטענה, התברר לאורך השנים כי השפעתו של בג"ץ על ההליכים ב־ICC שולית ביותר.

כמעט בכל צומת שבו התקבלה החלטה על ידי מוסדות של ה־ICC, היא הייתה לרעת מדינת ישראל. כך היה בשנת 2015, כאשר התובעת החליטה לערוך "בדיקה מקדמית" בעניינה של ישראל,[261] כך היה בשנת 2019, כשהחליטה שיש מקום לפתוח בחקירה,[262] כך היה בשנת 2021, כאשר ערכאת קדם המשפט החליטה לאפשר פתיחה בחקירה בנוגע למקרה הישראלי,[263] כך היה בהחלטת התובע בשנת 2024 בבקשה להוצאת צווי מעצר נגד ראש הממשלה נתניהו ושר הביטחון גלנט,[264] וכך היה בהחלטת בית הדין בנובמבר 2024, שאישרה את הוצאת צווי המעצר. בכל אחד מהשלבים היה מצופה שה"שכפ"ץ

פי שאותם הליכים לא הובילו להרשעה של החיילים. ההחלטה אם החקירה בוצעה בצורה מספקת נתונה ל־ICC.

260 נוסף על כך, על מדינת ישראל לשכנע את בית הדין שהיא בודקת וחוקרת את כל המקרים שבהם יש חשש להפרה של הדין הבין־לאומי ומעמידה לדין את אלה שאכן הפרו את הכללים.

261 International Criminal Court, The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, Opens a Preliminary Examination of the Situation in Palestine (Jan. 16, 2015) https://did.li/VxlgT.

262 Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the Conclusion of the Preliminary Examination of the Situation in Palestine, and Seeking a Ruling on the Scope of the Court's Territorial Jurisdiction (Dec. 20, 2019) https://did.li/f0MTY.

263 Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, Respecting an Investigation of the Situation in Palestine (Mar. 3, 2021) https://did.li/TewIw. ההחלטה מתייחסת לפעולות שבוצעו ביו"ש, עזה ומזרח ירושלים החל מיוני 2014. לפירוט נוסף בנוגע להליכים המפורטים בפסקה לעיל ראו פנינה שרביט־ברוך ואורי בארי "בית הדין הפלילי הבינלאומי: מדריך כללי והזווית הישראלית" **INSS** 96 (2022).

264 Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for Arrest Warrants in the Situation in the State of Palestine (May 20, 2024) https://did.li/aqYlC.

המשפטי" של בג"ץ יפעל את פעולתו, אך פעם אחר פעם התגלה שהפלטות הקרמיות בשכפ"ץ חסרות והכדורים מצליחים לחדור ולפגוע במדינה היהודית.[265]

1. בין המשפטי לפוליטי

לאמיתו של דבר נראה שאין חשיבות למידת הנוקשות של המערכות הפליליות ולמידת ההגבלות שיטיל בג"ץ על צה"ל, הדבר לא יעניק חסינות לישראלים מפני צווי מעצר. הסיבה לכך היא שרכיב מרכזי בשיקולי ההליכים נגד ישראלים איננו מקצועי אלא פוליטי, ובמישור הזה ההשפעה של מערכת המשפט הישראלית כמעט חסרת משמעות. אבאר:

ארבע הגנות מרכזיות עומדות לישראל, שדי היה באחת מהן כדי שבית הדין יימנע מלעסוק במקרה הישראלי. ראשית, בפרקליטות הצבאית פועלת חטיבת הדין הבין־לאומי, אשר מעניקה ייעוץ משפטי ומלווה את כוחות צה"ל במהלך מבצעים־צבאיים ומלחמות;[266] במקרים של פגיעה בבלתי מעורבים מתבצעות בדיקות בלתי תלויות מצד הצבא, ואם מתגלות הפרות של הדין, המפרים מועמדים לדין. בהתאם לכך, לפי עקרון המשלימות, אין ל־ICC סמכות בנוגע לאותם מקרים.

שנית, ה־ICC, כערכאה בין־לאומית פלילית יחידה מסוגה, אינו אמור לעסוק בכל פשע מלחמה שמבוצע בעולם, אלא רק במקרים החמורים ביותר שהם מעניינה של

265 במאמר מוסגר יצוין כי הטיעון שבג"ץ מונע הליכים נגד ישראל בפני מוסדות שיפוטיים בין־לאומיים מושמע גם בנוגע לבית הדין הבין־לאומי לצדק, וגם במקרה הזה המציאות מוכיחה אחרת. בשנת 2002 החלה מדינת ישראל בבניית "גדר ההפרדה" במטרה למנוע חדירת מחבלים משטחי יו"ש למרכזי אוכלוסייה בישראל. מהלך זה גרר ביקורת בין־לאומית שהובילה לכך שבדצמבר 2003 פנתה העצרת הכללית של האו"ם לבית הדין הבין־לאומי לצדק (ה־ICJ) בבקשה לקבלת חוות דעת משפטית בנוגע לחוקיות של בניית הגדר. בד בבד עם הדיונים ב־ICJ דן גם בית המשפט העליון הישראלי בסוגיה (בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5) 807 (2004). בג"ץ קיווה שהמוניטין הרב שיש בעולם לשופטי בית המשפט העליון יעצור את ה־ICJ מלכתוב נגד ישראל. התקווה הייתה שה־ICJ יראה שבית המשפט העליון הישראלי "מטפל" בסוגיה ויסמוך את ידיו על פסיקת בג"ץ (ששופטיו זוכים להערכה מצד משפטנים רבים בעולם). עקב כך דאג בג"ץ לפרסם את פסק דינו ב־30 ביוני 2004, תשעה ימים לפני שה־ICJ פרסם את חוות דעתו. בפועל תקוותו נכזבה. ב־9 ביולי 2004 נתן בית הדין חוות דעת שלילית וקשה ביותר נגד ישראל, שדחתה בחריפות את הטיעונים שעמדו לטובת ישראל, וקבע שהגדר מנוגדת לדין הבין־לאומי. אגב, אף על פי שהתקווה נכזבה, בג"ץ המשיך לדון בעתירות נגד הגדר, כאשר בפועל לא היה כמעט קילומטר בגדר ההפרדה (שאורכה כ־720 ק"מ) שלא עבר תחת ביקורתו השיפוטית של בג"ץ. מקרה נוסף שבו לא מנעה היוקרה של בית המשפט הישראלי קיום הליכים, ואף הוצאת צווים, נגד מדינת ישראל הוא התביעה של דרום אפריקה נגד מדינת ישראל מ־29 בדצמבר 2023, במהלך מלחמת חרבות־ברזל, שבה טענה דרום אפריקה שישראל מבצעת רצח עם בעזה. בניגוד לעמדתה של מדינת ישראל, בית הדין קבע שיש לו סמכות לדון בתביעה ואף הוציא צווי ביניים נגד מדינת ישראל. ראו עוד לעניין זה Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), https://did.li/rBqZH.

266 ראו עוד לעניין זה להלן בה"ש 271.

הקהילה הבין־לאומית ("The most serious crimes of international concern").[267] עקב כך, לצד עקרון המשלימות נקבע בחוקת רומא עיקרון נוסף, עקרון החומרה (gravity), שלפיו כדי שה־ICC ידון בעניין מסוים לא מספיק שחייל יעבור עבירה שנמצאת בסמכות בית הדין, אלא צריך שיהיה מדובר באירוע חמור דיו (sufficient gravity) שמצדיק התערבות של ערכאה בין־לאומית.[268] (זו אחת הסיבות לכך שהסיכון בהעמדה לדין בפני ה־ICC אינו שווה אצל כל החיילים. בית הדין אינו מעוניין בהעמדה לדין של כל חייל שהפר את הדין הבין־לאומי, אלא רק בהעמדה לדין של ״בעלי האחריות הגבוהה״).

בפועל, במשך 20 שנות פעילותו של בית הדין (עד יולי 2022), נפתחו תיקים נגד 51 חשודים בלבד (מתוכם רק חמישה הורשעו בפשעים מהותיים).[269] החשודים שנגדם נפתחו הליכים היו כאלה שנחשדו בפשעים חמורים כדוגמת רצח, אונס, עבדות מינית וגיוס ילדים ללחימה. המכנה המשותף של כולם הוא שמדובר במקרים שבהם הייתה תקיפה מכוונת ונרחבת של אזרחים (״בלתי מעורבים״). נגד חיילי צה״ל אין טענות רציניות לביצוע פשעים דומים.[270] כיוון שכך, ומאחר שבאופן עקרוני חיילי צה״ל פועלים לפי הדין הבין־לאומי, שהוראותיו גם נכללו בפקודות הצבא,[271] לא הייתה אמורה להיות לחיילי צה״ל (ובפרט הזוטרים) סכנה מפני העמדה לדין ב־ICC.[272]

267 חוקת רומא, לעיל ה״ש 257, ס׳ 1.

268 שם, ס׳ 17(1)(d). וכן ראו ס׳ 1 לחוקת רומא שקובע כי על בית הדין לטפל במקרים שהם "The most serious crimes of international concern".

269 ראו שרביט־ברוך ובארי, לעיל ה״ש 263, בעמ׳ 42–43 ובתקציר מנהלים, כי מבין 51 החשודים שנגדם נפתחו תיקים ב־ICC, המשפט הסתיים בעניינם של 14 נאשמים בלבד, מתוכם ארבעה זוכו, חמישה הורשעו בעבירות של שיבוש הליכי משפט, וחמישה בלבד הורשעו בסעיפים מהותיים (פשעים נגד האנושות או פשעי מלחמה). האישומים נגד עשרה חשודים נוספים בוטלו, וחמישה חשודים נפטרו תוך כדי ההליכים. 15 חשודים טרם נעצרו, ולכן ההליכים בעניינם אינם מתקדמים.

270 אם היו טענות כאלה, אזי הסכנה בהעמדה לדין ב־ICC הייתה רלוונטית בעיקר לקצינים הבכירים ולראשי המערכת המדינית-צבאית, ולא לחיילים הזוטרים.

271 ראו עוד בהקשר זה דברי התובע של בית הדין הפלילי הבין־לאומי, בנאום מ־29 באוקטובר 2023: "Israel has a professional and well-trained military. They have, I know, military advocate generals and a system that is intended to ensure their compliance with international humanitarian law", https://did.li/IMSCN.

272 עד מלחמת חרבות ברזל נגע החשש מפני העמדה לדין בעיקר לבניית ההתנחלויות, שמהווה פשע מלחמה לפי חוקת רומא (ואולי גם להריסת בתים), אלא שגם שם בית המשפט לא יעזור. ישראל סבורה שהקמה ופיתוח של התנחלויות ישראליות ביו״ש אינן מהוות הפרה של המשפט הבין־לאומי, וממילא היא אינה חוקרת ואינה מעמידה לדין אנשים בגין פעילות זו. ממילא עקרון המשלימות לא יעזור לישראל ביחס לסוגיה זו. ראו עוד לעיל בה״ש 269 כי במשך 20 שנות הפעילות הראשונות של בית הדין הורשעו עשרה נאשמים בלבד. נוסף על כך, נטל ההוכחה על התביעה ב־ICC גבוה מאוד, והיא תתקשה לעמוד בנטל בכל הנוגע להפרות שנטען שחיילי צה״ל ביצעו כביכול, ובפרט אם מדינת ישראל לא תשתף פעולה עם החקירה. ראו עוד לעניין זה אצל רון סופר ״מעמדו האמיתי של בית הדין הפלילי בהאג״ **רשות הרבים** (2023) https://did.li/FmogT.

סיבה שלישית לכך שחרב התביעה לא הייתה אמורה לרחף מעל ראשיהם של ישראלים הוא של־ICC כלל אין סמכות שיפוט בכל הנוגע לישראל, יו״ש ועזה. לבית הדין יש סמכות לדון אך ורק במקרים של מדינות שהצטרפו לחוקת רומא,[273] או שהסכימו לסמכות בית הדין,[274] או במקרים שהועברו לבית הדין על ידי מועצת הביטחון של האו״ם.[275] כיוון שישראל לא הצטרפה לחוקת רומא, והמקרה שלה לא הועבר לבית הדין על ידי מועצת הביטחון, הרי של־ICC אין סמכות לדון במתרחש בשטחי מדינת ישראל או על ידי אזרחיה. הפלסטינים רצו שבית הדין יבדוק פשעים שבוצעו לכאורה ב״פלסטין״, ולכן בינואר 2009 ניסו הפלסטינים להעניק לבית הדין סמכות שיפוט.[276] ניסיון זה נכשל לאחר שהתובע של בית הדין, אוקמפו, ציין את העובדה הפשוטה ש״פלסטין״ איננה מדינה, וממילא אינה יכולה להעניק לבית הדין סמכות שיפוט.

בינואר 2015 עשו הפלסטינים ניסיון נוסף והודיעו על הצטרפות לחוקת רומא. הפעם הניסיון הצליח, והתובעת בנסודה הודיעה על פתיחה ב״בדיקה מקדמית״ בעניין פשעים שייתכן שבוצעו ב״פלסטין״ (קרי ביו״ש, רצועת עזה ומזרח ירושלים).[277] בדצמבר 2019 הודיעה התובעת כי הבדיקה שקיימה העלתה שיש מקום לפתוח ב״חקירה״ בגין המעשים שבוצעו ב״פלסטין״.[278]

התובעת הייתה מודעת לבעייתיות המשפטית בהגדרת ״פלסטין״ כמדינה.[279] היא פנתה אפוא, בטרם הפתיחה בחקירה, אל ״ערכאת קדם המשפט״ של ה־ICC בבקשה לקבל את עמדת בית הדין בשאלה אם ״פלסטין״ היא מדינה, ואם כן – מה שטחה.[280] ערכאת קדם המשפט לא הכריעה בשאלה העקרונית אם פלסטין היא מדינה, אך לצד זאת

273 חוקת רומא, לעיל ה״ש 257, ס׳ 12(1). במקרה זה יש לבית הדין סמכות בנוגע למעשים שנעשו בשטח המדינה או על ידי אזרחי המדינה. כיום חברות בבית הדין 124 מדינות.

274 חוקת רומא, שם, ס׳ 12(2). גם במקרה זה הסמכות של בית הדין תהיה בנוגע למעשים שנעשו בשטח המדינה או על ידי אזרחיה. לדוגמה, לאחר הפלישה של רוסיה לחצי האי קרים בשנת 2014, נתנה אוקראינה סמכות כאמור ל־ICC.

275 חוקת רומא, שם, ס׳ 13(ב). החלטה כזו ניתנה רק פעם אחת, במקרה של סודאן, בהחלטה מחייבת לפי פרק 7 למגילת האו״ם.

276 ניסו להקנות סמכות לבית הדין (to accept/recognize ICC jurisdiction). ראו לעניין זה הצהרת הרשות הפלסטינית ל־ICC בדבר הפעלת סמכות שיפוט של בית הדין לפי ס׳ 12(3) לחוקת רומא https://did.li/sxHaa.

277 ראו לעיל בה״ש 261.

278 ראו לעיל בה״ש 262.

279 היסוד לדילמה הוא בכך שב־4 בדצמבר 2012 התקבלה בעצרת הכללית של האו״ם החלטה 67/19 להעניק ל־״Palestine״ מעמד של ״non-member observer State status in the United Nations״ (״מדינה משקיפה שאינה חברה באו״ם״). דא עקא, שגם לאחר ההחלטה ״פלסטין״ אינה עונה להגדרות של מדינה כפי שבמנהג הבין־לאומי וב־Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, Dec. 26, 1933, 165 L.N.T.S. 19 (להלן: אמנת מונטווידאו).

280 שאלת שטח המדינה היא שאלה קריטית, שכן גם אם תוכר פלסטין כמדינה, סמכות בית הדין תהיה רק בנוגע לשטחים של אותה מדינה.

קבעה כי לצורך פתיחה בחקירה אפשר לראות ב״פלסטין״ מדינה שגבולותיה הם כלל ה״שטחים הכבושים״.[281] מדובר בהחלטה תקדימית, אקטיביסטית ובעייתית ביותר מבחינה משפטית, שבה בית הדין רוכש סמכות מבלי שזו הוענקה לו על ידי מדינה.[282]

סיבה רביעית לשלילת סמכות ה־ICC ביחס לישראל הועלתה על ידי עמיחי כהן ויובל שני בחוות דעת שהוגשה לבית הדין.[283] לדבריהם, סמכות ה־ICC להעמיד לדין נשענת על סמכות המדינות לבצע את אותה פעולה, ואם למדינה אין סמכות להעמיד אדם מסוים לדין, היא גם אינה יכולה להקנות סמכות ל־ICC בנוגע לאותו אדם.[284] בנידון דידן, לפי הסכמי אוסלו (שהם הבסיס המשפטי להקמת הרשות הפלסטינית), הרשות אינה מוסמכת להפעיל סמכות שיפוט על ישראלים. אם כן, גם אם נקבל את הטענה שפלסטין היא מדינה (לפחות לצורך הצטרפות לחוקת רומא), עדיין אין היא יכולה להעביר לבית הדין סמכות שיפוט על ישראלים, וממילא אין לבית הדין סמכות בנוגע אליהם.[285]

לכאורה די היה באחד הגורמים שפורטו (עקרון המשלימות, עקרון החומרה והיעדר הסמכות) כדי להוריד מהשולחן את עצם המחשבה לפתוח בהליכים ב־ICC נגד ישראלים. התקווה הייתה שעמידה בהגבלות מחמירות מצד צה״ל, בצירוף פיקוח הדוק של בג״ץ, יעניקו לחיילים ולבכירים הישראלים שכפ״ץ משפטי מפני הליכים ב־ICC. לצערנו התקווה נכזבה, והאיום המרחף מעל ראשיהם נעשה ממשי משנה לשנה.

2. ״אין הצר שווה בנזק המלך״

לסיכום, לא פעם צה״ל מקבל על עצמו הגבלות מעבר לנדרש על פי הדין הבין־לאומי. כאשר הדבר נעשה בהחלטה של הממשלה ומערכת הביטחון, משיקולים מדיניים או מוסריים, הדבר מובן. ואולם, כאשר ההגבלות נעשות בלחץ בית המשפט, ללא עיגון בדין הבין־לאומי, יש לתהות אם יש הצדקה לאותן הגבלות.

281 Situation in the State of Palestine, ICC-01/18, Decision on the 'Prosecution Request Pursuant to Article 19(3) for a Ruling on the Court's Territorial Jurisdiction in Palestine' (Feb. 5, 2021) https://did.li/CD55q). ההחלטה התקבלה ברוב של שניים נגד אחד.

282 ראו עוד אצל שרביט־ברוך ובארי, לעיל ה״ש 263, בעמ׳ 101, כי גרמניה, אוסטרליה, ברזיל, הונגריה, אוגנדה, צ׳כיה ואוסטריה, וכן מומחי משפט בין־לאומי מובילים הגישו לבית הדין את עמדתם שלפיה אין לבית הדין סמכות שיפוט בנוגע למצב ב״פלסטין״.

283 Yuval Shany & Amichai Cohen, Written observations on the question of jurisdiction pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, ICC-01/18-265 (Aug. 5, 2024) https://did.li/wn3CN.

284 זאת בהתאם לעיקרון המשפטי שלפיו גוף אינו יכול להעביר סמכויות שאין לו (nemo dat quod non habet).

285 מסקנה זו מתחזקת כאשר מדובר בהשפעה על זכויותיה של מדינת ישראל, שאיננה מכירה במדינתיות הפלסטינית ואינה חברה בבית הדין.

טיעון מרכזי להצדקת ההתערבות של בג״ץ בסוגיות ביטחוניות, וההגבלות המוטלות על ידיו, הוא שבית המשפט מעניק כביכול הגנה משפטית לחיילי צה״ל מפני העמדה לדין ב־ICC. טענה זו נשענת על סנטימנט ציבורי חזק, שדורש ״לעשות הכול״ כדי להגן על חיילי צה״ל, גם במחיר פגיעה באפשרות של צה״ל להילחם באופן מיטבי. דא עקא, שביחס לחלק מהמקרים הטענה מוגזמת, וביחס למקרים אחרים היא איננה נכונה.

ההשפעה של מערכת המשפט בישראל על ההליכים היא במישור המשפטי ומתבססת על ״עקרון המשלימות״, וגם במישור זה השפעתה מוגבלת. ההשפעה של מערכת המשפט הישראלית על הרכיב הפוליטי קטנה ביותר, אם בכלל קיימת, וזהו הרכיב המרכזי שמשפיע על ההחלטות בכל הנוגע למקרה הישראלי.

גם לו הייתה לבית המשפט העליון יכולת להשפיע על החלטות ה־ICC, היה מקום לערוך איזון בין הצורך בהגנה משפטית לבכירים ישראלים לבין דמם של החיילים והאזרחים שנהרגו בשל אותן הגבלות. מכל מקום, לאחר שהתברר שהתקוות לשכפ״ץ המשפטי נכזבו, ושבפועל פעולות בג״ץ אינן בולמות את הרוחות הנושבות מהאג, יש לבחון מחדש את ההצדקה להתערבות העמוקה של בג״ץ במלחמות ישראל, ובפרט ביחס למקרים שבהם אין דין בין־לאומי מפורש האוסר פעולה או מדיניות מסוימות וההגבלות המוטלות על צה״ל אינן מחויבות על פי הדין.

ו. סיכום ומסקנות

נקודת המוצא למאמר נשענת על שלוש הנחות יסוד: הראשונה, על מדינת ישראל וצה״ל לפעול לפי הדין הבין־לאומי; ההנחה השנייה, הן הממשלה והן בית המשפט מעוניינים בטובתה ובהצלחתה של מדינת ישראל; ההנחה השלישית, ביקורת שיפוטית על פעולות הרשות המבצעת הכרחית לצורך שמירה על שלטון החוק, אך לצד זאת, כפי שקבע בית המשפט העליון, לא הכול שפיט, ובפרט בסוגיות מלחמתיות.[286] יש סוגיות – כדוגמת השאלה אם ומתי לצאת למלחמה – שהדיון וההכרעה בהן צריכים להיעשות מחוץ לכותלי בית המשפט.[287]

מתוך הנחות יסוד אלה אפשר לגשת לשאלה העומדת ביסוד המאמר: באילו מקרים ובאיזו מידה על בית המשפט להתערב בסוגיות מלחמתיות?[288] הדיון הציבורי והאקדמי בנושא מתבסס על שלוש קונספציות: ראשית, בית המשפט אומנם דן בסוגיות

286 ראו לעיל ה״ש 222–223. לחשיבות השפיטות בסוגיות מלחמתיות ראו לעיל ליד ה״ש 219–228.

287 לדיון בשאלת השפיטות והפיקוח של בית המשפט בנוגע לשאלת היציאה למלחמה ראו ליבמן, לעיל ה״ש 11, בעמ׳ 66–68.

288 ראו שם, שם, בעמ׳ 62, שמחלק את העמדות בעניין לשלוש קבוצות: הסוברים שלא צריך להיות הבדל בין התערבות בית המשפט בסוגיות צבאיות-מבצעיות לבין התערבותו בסוגיות אחרות; מנגד, הסוברים שעל בית המשפט להימנע כליל מעיסוק בעניינים צבאיים-מבצעיים; גישת ביניים שתומכת בהתערבות מוגבלת של בית המשפט.

מלחמתיות, אך הוא מפעיל ״ריסון שיפוטי״ ומתערב לעיתים נדירות בלבד בהחלטות צבאיות. יתרה מכך, עצם הדיון והפסיקה לטובת המדינה מעניקים לצה״ל ״הכשר משפטי״ לפעולותיו ומעניקים למדינת ישראל לגיטימציה במלחמותיה;[289] שנית, התערבות בית המשפט בהחלטות הנוגעות לשדה הקרב נעשית רק במקרים שבהם יש הפרה של הדין הישראלי או הבין־לאומי. שתי הקונספציות האמורות נובעות, בין היתר, מכך שהרטוריקה של בית המשפט בעתירות ביטחוניות משקפת ענווה והבנה למציאות הביטחונית הקשה שבמסגרתה מתבצעת הלחימה, עד כדי הצהרות ל״אי־שפיטות״.[290] אמירות אלה, לצד דחיית רובן הגדול של העתירות, יוצרות תחושה שבית המשפט אכן משאיר את העיסוק בשדה הקרב לזרועות הביטחון ולממשלה. קונספציה שלישית שמנחה את הדיון הציבורי בסוגיה גורסת שהביקורת השיפוטית על פעולות צה״ל מעניקה לחיילי צה״ל ״שכפ״ץ משפטי״ מפני תביעות בבית הדין הפלילי הבין־לאומי בהאג.

במהלך המאמר הראיתי כי קונספציות אלו נכונות במידה חלקית בלבד ואינן משקפות נכוחה את המציאות באשר להתערבות בית המשפט בסוגיות ביטחוניות. תחילה הראיתי כי ההשפעה של בית המשפט על שדה הקרב משמעותית ביותר. אומנם מבחינה פורמלית בית המשפט פוסק כמעט תמיד לטובת המדינה, אך בפועל, במבחן התוצאה, העותרים הם שמקבלים לרוב את מבוקשם. במסגרת הוכחת טיעון זה הצגתי בפרקים א ו־ב שתי דרכים מרכזיות שבית המשפט נוקט כדי להגיע לתוצאה הרצויה מבחינתו מבלי לפסוק נגד המדינה.[291] הראשונה היא ״שכנוע״ המדינה לשנות את מדיניותה הצבאית, ומתן פסק דין לטובת המדינה רק לאחר שינוי המדיניות. הדרך השנייה היא פסיקה שמאשררת עקרונית את הפרקטיקה הצבאית, אך בפועל מטילה עליה מגבלות שהופכות את הפעלתה ללא רלוונטית במקרים רבים. בכך בית המשפט מצליח להגיע לתוצאה הרצויה מבחינתו, מבלי לשלם את המחיר הציבורי הנלווה לפסיקות נגד הצבא.

בפרק ג טענתי כי בית המשפט לא רק מיישם את הדין, אלא גם יוצר דין ואף מטיל חיובים על הצבא ללא מקור בדין הבין־לאומי או הישראלי. בפרק ד הראיתי כי לא פעם עצם הדיון בתיק (ולא רק ההכרעה בו) יכול להביא לפגיעה בביטחון ולעלות בחיי אדם. לבסוף טענתי כי אומנם הייתה ציפייה שבג״ץ יגן על הקצינים והבכירים הישראלים מפני

289 ראו לעיל בה״ש 12.

290 לדוגמה: ״בפתח תשובתה לעתירה טענה המדינה כי בעת הלחימה לא ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית ולתת סעדים אפקטיביים הנוגעים לדרכי פעילות מבצעית [...] טענת הסף שטענה המדינה מקובלת עלינו״ (פרשת **קאנון**, לעיל ה״ש 9, בעמ׳ 10); ״ברירת אמצעי הלחימה שבהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים אינה מן הנושאים שבית־משפט זה יראה מקום להתערב בהם״ (ראו פרשת **הסיכולים הממוקדים הראשונה**, לעיל ה״ש 6; פרשת **פגזי הפלאשט**, לעיל ה״ש 38, בעמ׳ 196).

291 ראו לעיל ה״ש 16 כי יש דרכים נוספות, שלא נדונו במאמר זה.

הליכים מעבר לים, אך בפועל תקווה זו נכזבה. מתוך דברים אלו יש, לדעתי, מקום לבחון מחדש את מידת התערבות הראויה של בית המשפט בסוגיות ביטחוניות.[292]

תפקידו המסורתי של בית המשפט כאשר דן בסוגיות הנוגעות לביטחון (אם בכלל היה מסכים לדון בהן) היה בחינת החוקיות של הפעולה הנדונה. כיום בית המשפט רואה את תפקידו בצורה שונה, כפי שעולה מדברי כב׳ השופט (בדימוס) חנן מלצר בנוגע לפרשת **כנסיית המולד**:[293]

> **בג״ץ מצא לנכון, תוך כדי הלחימה, לנהל את האירוע, ובעילה של סבירות הוא ניהל את האירוע** [...] כל האירוע הזה בזמן מלחמה, ובעילת הסבירות, הגיע לפתרון כזה [...] שלא היו רעשים במישור הבינלאומי וכל העולם שיבח את בית המשפט שלנו [על] איך שהוא ניהל את העניין (ההדגשה אינה במקור. ד״ב).[294]

בדומה, במהלך הדיונים בפרשת הסיוע ההומניטרי פנה כב׳ השופט יצחק עמית לעותרים והצהיר:

> **בית המשפט הזה עומד לרשותכם. מעמיד את עצמו לרשותכם. באמת.** לאתר צווארי בקבוק ולפתור (ההדגשה אינה במקור. ד״ב).[295]

בית המשפט תופס כיום את תפקידו בתיקים ביטחוניים כזה שאמור לפשר ולגשר בין הצדדים ואף לעזור לעותרים מול המדינה, ובתוך כך לשקול שיקוליים של מוסר, יחסי

292 שיקול נוסף שיש להביא בחשבון כאשר דנים בסוגיית התערבותו של בית המשפט בסוגיות ביטחוניות הוא שחלק מהעתירות המוגשות אינן מוגשות באופן כן אלא משמשות ״כלי לניגוח מדיני״ של ישראל כחלק מה״לוחמה המשפטית״ (Lawfare) נגד המדינה היהודית. (לוחמה משפטית היא שימוש בכלים משפטיים לצרכים פוליטיים, והינה אמצעי מרכזי למלחמה נגד ישראל, מתוך מטרה להגביל את היכולת של ישראל להילחם בטרור. לרוב מדובר בשימוש בפורומים בין־לאומיים או תביעות לבתי משפט מדינתיים במדינות אחרות. עם זאת, נעשה שימוש בטקטיקה זו גם בבתי המשפט של מדינת ישראל). להרחבה על ה״לוחמה המשפטית״ נגד מדינת ישראל ראו אביחי מנדלבליט **לוחמת משפט ומדינת ישראל: ניסיון העבר ומבט לעתיד** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת בר־אילן 2015). שיקול זה מקבל משקל נכבד נוכח הפגיעה הביטחונית שכבר הוכחה כתוצאה של דיון בעתירות מסוימות. לעניין זה ראו לעיל בפרק ד.

293 פרשת **כנסיית המולד**, לעיל ה״ש 194.

294 כנס לשכת עורכי הדין תשפ״ד 2024, **יוטיוב** 1:01:28 (26.5.2024) https://did.li/QHkgT. השופט מלצר סבור שתפקידו של בית המשפט אינו רק לפסוק, אלא אף ״לנהל״ אירוע לחימתי תוך כדי התרחשותו. אגב, אחת הסוגיות המרכזיות שאליהן התייחס השופט מלצר הייתה זו של אספקת המזון לכנסייה, כאשר בעניין זה ״מודה״ השופט מלצר כי: ״כשסיפקנו אוכל, אז החמאס לקח את האוכל לעצמו ולא נתן את האוכל לחטופים״ (שם).

295 פרשת **הסיוע ההומניטרי**, לעיל ה״ש 78, בדיון מיום 10.06.24, ששודר בשידור חי וזמין **ביוטיוב** https://did.li/q3gmC. ראו אמירות נוספות ודומות של בית המשפט בפרשה זו, לעיל בפרק ב.1.ד ובפרק ב.3.

חוץ, אסטרטגיה ומדיניות צבאית, לגיטימציה בין־לאומית ונושאים נוספים שבאופן מסורתי היו בתחום סמכותו ואחריותו של הדרג המדיני.[296] הרכיב הדומיננטי במרבית הדיונים בתיקים אלה איננו משפטי אלא ערכי, פוליטי, מדיני וצבאי – תחומים שבהם אין למערכת המשפט יתרון על גורמי הצבא והממשלה, אלא להפך.[297] דבר זה בא לידי ביטוי גם באופי הדיונים בבית המשפט, אשר מדמים יותר זירה ג'נטלמנית למשא ומתן פוליטי-ערכי על המדיניות הרצויה, ופחות מקום שבו אמורים להתקיים דיונים בעלי אופי משפטי.[298]

הדיון בתיקים אלה על ידי בית המשפט לא רק פוגע באמון הציבור במערכת המשפט ומצדיק את הביקורת על כך שבית המשפט הפך לשחקן פוליטי בזירה הציבורית, אלא גם מביא לכך שאין גורם שלטוני שמקבל אחריות על הביטחון הישראלי.

כששאלו את ראש הממשלה המנוח יצחק רבין למי מגיע הקרדיט על מבצע אנטבה, השיב רבין שאינו יודע למי מגיע הקרדיט על ההצלחה, אך הוא יודע מי היה מתפטר אם המבצע היה נכשל.[299] קבלת אחריות מעין זו כבר אינה חלק מהתרבות הפוליטית בישראל, וזאת, בין היתר, בשל יציאת בית המשפט מגבולות עולם המשפט המסורתי וכניסתו לשדה המדיני והביטחוני.

כניסת בית המשפט למרחב זה אפשרה לדרג הפוליטי והצבאי להסיר מעצמם אחריות לביטחון ישראל ולטעון שבית המשפט קושר את ידיהם ואינו מאפשר להם להילחם בטרור,[300] וזאת גם במקרים שבהם לא נבע הכשל הביטחוני מהתערבות בית המשפט.[301]

296 ראו עוד אצל ורשבסקי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 44–46, שסיכמה שלוש גישות המסבירות את המעורבות הגוברת של בג"ץ בסוגיות ביטחוניות, ומגיעה למסקנה כי בנוגע לעתירות ביטחוניות מיו"ש בג"ץ נוהג בהתאם לגישה הדמוקרטית-ליברלית, הרואה אותו כמוסד שתפקידו וחובתו להגן על הפלסטינים (שם, בעמ' 58).

297 ראו עוד בעניין זה את עמדת אהרן ברק "על השקפת-עולם כדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" **עיוני משפט** יז(3) 475, 485 (1993): "אין פעולות (מעשים או מחדלים) שהמשפט אינו חל עליהם [...] אפילו הפעילות בעלת הגוון הפוליטי ביותר – כגון עשיית שלום או מלחמה – נבחנת באמות-מידה משפטיות"; "היותו של עניין 'פוליטי' [...] אינו שולל את היותו נתון לשליטת המשפט".

298 ראו עוד לעניין זה לעיל בפרקים ב.3. ו־ד.1.

299 חגי הוברמן "אלופי העולם בטקטיקה – כישלונרים באסטרטגיה" **מצב הרוח** 788, 4 (2024). ראו עוד שם, וכן אצל מוריה קור "אפשר גם אחרת: רבין העז לעשות מה שצריך במבצע אנטבה" **ישראל היום** (18.4.2024) https://did.li/GZYlC, כי לרבין כבר היה מכתב התפטרות מוכן בלשכתו למקרה שהמבצע היה נכשל.

300 ראו משה כהן־אליה "על מידתיות צנועה בדיני מלחמה" **רשות הרבים** פרק 4 (15.10.2023). ראו עוד בהקשר זה לויצקי, לעיל ה"ש 243, בעמ' 175, שם הובאה עמדת ראש הממשלה המנוח יצחק רבין סביב פרשת גירוש 415 המחבלים ללבנון: "רבין: אם בג"ץ לא יאשר את הגירוש, שילכו הם ויסבירו לעם למה אין גירוש, שכל יפי הנפש האלה, שלא מוכנים להתייצב לפני הציבור, שהם יסבירו עכשיו למה לא מגרשים"; "איך אני יכול להבטיח ביטחון למדינה הזאת, כשיש לי על הראש בית משפט כזה".

עם זאת, בית המשפט סירב לקבל את האחריות הנלווית לקבלת החלטות בתחום הביטחוני, ופעם אחר פעם עטה על פניו ארשת תמימות וטען שהוא בכלל פוסק לטובת המדינה.[302] בכך נוצר ואקום שבמסגרתו אין רשות שלטונית שמוכנה לקבל על עצמה את האחריות על כשלים מבצעיים.[303]

לדעתי יש לקבוע כי האחריות בנוגע למציאות ביטחונית מסוימת צריכה להתחלק בין הגורמים השלטוניים שעיצבו אותה. ככל שגוף שלטוני מעורב ומשפיע יותר על המציאות הביטחונית, כך אחריותו גדולה יותר. בפועל, התערבות בית המשפט בסוגיות מלחמתיות אינה גבוהה, ורוב ההגבלות שמוטלות על הצבא בתחום הלחימה נעשות "מבפנים", על ידי ראשי מערכת הביטחון. עם זאת, משהחל בית המשפט להתערב דה־פקטו בסוגיות ביטחוניות ולהשפיע על עיצובם של כללי הלחימה של צה"ל (מעבר לדרישות הדין), הרי שהוא נושא – לצד הממשלה והצבא – באחריות לדינים שאותם יצר ולתוצאות שהם הובילו אליהן.[304] עם הכוח באה אחריות, וכגודל ההתערבות כך עומק האחריות.

מסקנת המחקר היא שהתערבותו של בית המשפט בסוגיות מלחמתיות צריכה להצטמצם למקרים שבהם יש דין מפורש, מפורט וברור העוסק בסוגיה הנדונה.[305] במקרים שבהם אין דין בין־לאומי או ישראלי מחייב, ברור ומפורש בסוגיה – כמו ברוב

301 ראו לדוגמה, לעיל בה"ש 77, כי כך היה בפרשת הפרימטר (עניין **יש דין**, לעיל ה"ש 1); וכך היה לדוגמה כאשר ראש הממשלה נתניהו רמז (שלא בצדק) שהשחרור של מנהל בית החולים שיפא, מוחמד אבו סלמיה, היה כביכול באשמת בית המשפט (ראו אבישי גרינצייג "יומן הסתרים" **בשבע** (10.7.2024) https://did.li/ubrZH.

302 ראו לעיל ה"ש 11. דוגמה לביטוי חריף לעמדה זו, ראו הודעת הנהלת בתי המשפט מיום 19.11.2023, לעיל ה"ש 3.

303 דוגמה למקרה שבו אף גורם לא הסכים לקבל אחריות ראו לעיל ליד ה"ש 73–77 שכאשר נהרג סמ"ר שמואלי, נבחרי ציבור האשימו את בית המשפט בכך שהוראות הפתיחה באש שהוביל אליהם גרמו לכך שהחיילים בגבול לא יכלו להגן על עצמם ממחבלים שהגיעו לגדר, ומנגד בית המשפט הסיר מעצמו כל אחריות לשינוי הוראות הפתיחה באש. לאמיתו של דבר, לשני הצדדים יש אחריות למציאות שנוצרה – לבית המשפט על שהוביל לשינוי תפיסת הביטחון ושינוי הוראות הפתיחה באש, ולצה"ל והמדינה על שהוסיפו מעצמם החמרות רבות נוספות.

304 בית המשפט היה מודע להשפעתו על זירת הקרב, דבר שמשתקף, בין היתר, בדבריו של הנשיא (בדימוס) אהרן ברק כי "היו פסקי דין שבהם נתתי לצה"ל לנצח יותר מדי" (אהרן ברק בריאיון לתוכנית **המקור** (30.5.2019)).

305 ראו עוד אצל Amichai Cohen, *Rules and standards in the application of International Humanitarian Law*, 41 ISR. L. REV. 41 (2008). שמבחין בין עקרונות כלליים (Standards) לכללים (Rules) במשפט הבין־לאומי. בהשלכה (לא מלאה) לעמדתי שהוצגה במסקנות המאמר, אפשר לומר כי אם בית המשפט דן בתיק ביטחוני מסוים, עליו לעשות כן רק אם יש כללים (Rules) ברורים. ואולם, אם מדובר בעקרונות כלליים (Standards), עליו להימנע כליל מהדיון בעתירה. ראו עוד אצל פרידמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 240–241, שהדיון של בית המשפט לפי כללים לא מגובשים של המשפט הבין־לאומי עלול לייצר חששות מיותרים ולהביא ל"שוליים של ביטחון" "מופרזים ומכבידים". לעמדה נוספת שמיישמת את החלוקה כאמור בהקשר של התערבות בית המשפט בסוגיות מלחמתיות ראו לדוגמה ליבמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 69–73, 80–81.

ככל המקרים שהובאו כדוגמאות במאמר זה – בית המשפט צריך למשוך ידיו מעיסוק בתיק ולהכריז כי הנושא אינו שפיט.[306] בתיקים הביטחוניים המעטים בהם בית המשפט כן ידון, הוא צריך להימנע מהניסיון לגשר ולתווך בין הצדדים, להתמקד בסוגיה המשפטית שעומדת על הפרק, ולהכריע בה על סמך הדין בלבד. נוסף על כך, כאשר בית המשפט דן בתיקים ביטחוניים, ראוי שיימנע מהוצאת צווי ביניים.[307] כמו כן, ראוי לשקול להימנע מדיונים בתיקים ביטחוניים במהלך המלחמה, ולדון בהם רק לאחר שוך הקרבות.[308]

אימוץ גישה זו יאפשר, מחד גיסא, לוודא שהצבא מקיים את הוראות הדין שהמדינה מעוניינת בשמירתם, ומאידך גיסא יחזיר את האחריות לסוגיות הביטחוניות לכתפיהם של ראשי מערכת הביטחון והצמרת הפוליטית (ולא יאפשר להם להתחמק מאחריות על החלטותיהם אגב הפניית אצבע מאשימה לעבר בית המשפט), ישיב את אמון הציבור במערכת המשפט ויקטין את הפגיעה בביטחון המדינה המתלווה לעיסוקו של בית המשפט בסוגיות ביטחוניות.[309] עד שתאומץ גישה זו, וכל עוד בית המשפט נוטל חלק בעיצוב הנורמות הביטחוניות, עליו לשאת באחריות – יחד עם הממשלה והצבא – לתוצאות המדיניות הביטחונית שהונהגה בעזרתו.

306 בהקשר זה יש לציין כי במשפט הבין־לאומי, בניגוד למשפט המדינתי, מותר למדינה לנקוט כל פעולה שהיא, על פי רצונה, אלא אם כן יש דין בין־לאומי מפורש שאוסר זאת עליה, בהתאם ל״עקרון ריבונות המדינה״. בהתאם לכך, נקודת המוצא היא שמותר לצה״ל לנקוט כל פעולה מלחמתית שהוא מעוניין בה, אלא אם כן יש דין בין־לאומי שאוסר זאת עליו.

307 הוצאת צו ביניים יכולה להביא לשינוי או ביטול של הפרקטיקה הצבאית, בהכרעה שיפוטית, מבלי שניתן פסק דין – כפי שהיה למשל היה בפרשת **נוהל שכן**, לעיל ה״ש 18 – ומכאן הבעייתיות הגלומה בהוצאת צווי ביניים בתיקים ביטחוניים. המלצה נוספת היא שכאשר בג״ץ מכריע בתיקים אלה, הוא יעשה כן אגב החלת סטנדרט משפטי זהיר ו״מֻקל״, בפרט בסוגיות הנוגעות למידתיות. בהקשר זה ראו מסקנתו של כהן־אליה, לעיל ה״ש 300, שסובר שראוי להחיל את הסטנדרט שהוחל בהקשר של הפצצות נאט״ו ביוגוסלביה: clearly disproportionate.

308 ראו לעיל בפרק ד.1 כי לא פעם מטרת העותרים אינה התוצאה של פסק הדין אלא עצם הדיון בעתירה, שכן עצם הדיון מביא לתוצאה שלה קיוו העותרים. ראו עוד בעניין זה מסקנתו והמלצתו של ליבמן, לעיל ה״ש 11, בעמ׳ 80.

309 לפגיעה הביטחונית הנגרמת כתוצאה של התערבות בית המשפט בסוגיות ביטחוניות ראו לעיל בפרק ד.