

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 201/09

בג"ץ 248/09

בפני: כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופט א' רובינשטיין

העותרים בבג"ץ 201/09: רופאים לזכויות אדם ואח'
העותרים בבג"ץ 248/09: גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע ואח'

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 201/09: ראש הממשלה ואח'
המשיב בבג"ץ 248/09: שר הביטחון

עתירות למתן צו על תנאי

תאריכי הישיבות: י"ג בטבת התשס"ט (09. 01. 2009)
י"ט בטבת, התשס"ט (15. 01. 2009)

בשם העותרים: עו"ד תמר פלדמן; עו"ד ידין עילם
עו"ד פאטמה אלעג'ו; עו"ד חסן ג'בארין

בשם המשיבים: עו"ד ענר הלמן; עו"ד אבינועם סגל-אלעד
עו"ד הילה גורני

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

1. לפנינו שתי עתירות אשר הוגשו על-ידי ארגוני זכויות אדם, ואשר עניינן המצב ההומניטרי ברצועת עזה עקב מצב הלחימה השורר שם במסגרת המבצע הצבאי המתקרא "עופרת יצוקה". העתירה בבג"ץ 201/09 מתייחסת לעיכובים הנגרמים בפניוים של פצועים ברצועת עזה אל בתי החולים, ולטענות לפיהן מותקפים בידי

צה"ל אמבולנסים וצוותים רפואיים. העתירה בכג"ץ 248/09 מופנית נגד המצב בו נגרם מחסור בחשמל ברצועת עזה, אשר מונע את תפקודם התקין של בתי חולים, מרפאות, מערכת המים ומערכת הביוב, ולטענת העותרת כך בשל מניעה שיוצר צה"ל.

רקע

2. כשמונה שנים נתונים יישובי "עוטף עזה" תחת איום של ירי טילים ופצצות מרגמה הנורים בידי אנשי ארגוני הטרור הפועלים מרצועת עזה, ומכוונים לעבר אוכלוסייה אזרחית בערים וביישובים בדרום הארץ. לאחר עליית ארגון החמאס לשלטון בעזה התעצמו ורבו פעולות הטרור. היקף הירי התרחב והתפרש על פני שטח נרחב בישראל; טווח הירי של הטילים גדל, גרם להרג אזרחים ושיבש את אורחות חייהם של כל תושבי דרום-מערב ישראל.

משך תקופה ארוכה בה נהגה ישראל באיפוק ובריסון פעלו ארגוני הטרור ברצועת עזה ובראשם החמאס להעצמת יכולותיהם, הבריחו כמות עצומה של נשק וטילים דרך מאות מנהרות תת-קרקעיות שנחפרו על-ידם, שיכללו את הנשק שנעשה בו שימוש והגבירו את האיום על התושבים שבטווח האש.

3. ביום 27.12.08 פתח צה"ל במבצע צבאי רחב היקף שיזמה ישראל באזור רצועת עזה, במטרה להפסיק את ירי פצצות המרגמה וטילי הקסאם והגרדאד לעבר יישובים ישראליים בדרום המדינה, ולשנות את המציאות הביטחונית בדרום הארץ שנגרמה מידי החמאס, ארגון הטרור השולט ברצועת עזה. במסגרת פעילות זו תקף חיל האוויר הישראלי יעדים המשמשים את שלטון החמאס ברצועת עזה, וביום 3.1.09 הצטרפו כוחות שריון, רגלים והנדסה של צה"ל ללחימה בתוך רצועת עזה. באזור מתנהלת לחימה כבדה בתנאים קשים. המתחמים והיעדים הצבאיים נמצאים בתוך אזורים המיושבים על-ידי אוכלוסייה אזרחית, ולעיתים אף בתוך הבתים עצמם. למרבה הצער, נפגעת האוכלוסייה המקומית עקב כך פגיעה קשה ומכאיבה.

4. שתי העתירות הוגשו ביום 7.1.09, וכבר ביום 9.1.09 קיימנו בהן דיון דחוף במאוחד. במהלך הדיון הוברר מתגובת המדינה, כי צה"ל הקים חמ"ל הומניטרי אשר נועד לפתור את קשיי התיאום בפינוי פצועים וכי נעשות פעולות לשיקום תשתית החשמל ברצועת עזה. עם זאת, לא הגיע לדיון ביום 9.1.09 איש מבין האמונים על המצב ההומניטרי ברצועת עזה מטעם הצבא על-מנת להבהיר את תמונת המצב, את אופן פעילות המנגנונים ההומניטריים שהוקמו על-ידי המדינה, ולהשיב על שאלותינו

הפרטניות. בנסיבות אלה, קבענו בתום הדיון כי נדרשת תגובה פרטנית מטעם המדינה באשר למנגנונים שנקבעו והצעדים שננקטו לשם מתן אפשרות לפינוי פצועים בדרך אפקטיבית יותר. כן מצאנו כי נדרש עדכון ביחס לפעילות המבוצעת לשם תיקון קווי החשמל ואספקת החשמל לרצועת עזה. על כן, הורינו לבאי-כוח המדינה להגיש תגובה מעודכנת ומפורטת, מלווה בתצהיר של דרג בכיר האחראי להסדרים ההומניטריים ברצועת עזה. ביום 13.1.09 הוגשה תגובתה המפורטת של המדינה בליווי תצהירו של ראש מנהלת התיאום והקישור בעזה, אל"מ משה לוי, וביום 15.1.09 קיימנו דיון נוסף בעתירה, אליו זומן המצהיר מטעם המדינה. לקראת הדיון שנקבע הוגשו לנו גם הודעות מעדכנות מטעם העותרים.

טיעוני העותרת בבג"ץ 201/09

5. העותרת טוענת כי מאז החל המבצע הצבאי ברצועת עזה, ביום 27.12.08, אירעו מקרים רבים בהם ירו כוחות צה"ל על צוותי רפואה בעת מילוי תפקידם, וזאת למרות העובדה שעל הרכבים והמדים של צוותי הרפואה מופיע סמל ההבחנה המוכר והמוסכם באמנות ג'נבה. לפי הנטען, ביום 4.1.09 בלבד נהרגו ארבעה אנשי צוות רפואי כתוצאה מתקיפת צה"ל בעת מילוי תפקידם, וכן פורטו מקרים נוספים בהם נפגעו אנשי צוות רפואי כתוצאה מתקיפות צה"ל. טענה נוספת בפי העותרת הינה כי הסהר האדום הפלסטיני וכן הצלב האדום הבינלאומי נתקלים בקשיים חמורים בתיאום להעברת פצועים לטיפול רפואי. זאת, הן בשל הקרבות המתמשכים, הן בשל סירוב הצבא לאפשר תנועה בין צפון הרצועה לדרומה והן בשל הסרבול באופן התיאום. לטענת העותרת, חולפות שעות רבות מזמן הפנייה בבקשה לתיאום ועד לביצוע התיאום בפועל. במקרים מסוימים, כך נטען, חיכו הצוותים הרפואיים יממה שלמה לתיאום. לטענת העותרת, פגיעה זו בצוותים הרפואיים ובמאמצי הפינוי והחילוץ מנוגדת להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי המנהגי ואף אסורה לפי חוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי; וכן מנוגדת להוראות המשפט המנהלי הישראלי, בהיותה בלתי מידתית. לבסוף, ביקשה העותרת מבית המשפט להוציא צו ביניים אשר יורה למשיבים לאפשר ולתאם את פינויים של פצועים מבני משפחת אלעאדי, אשר נפגעו מפגזים שנורו על-ידי צה"ל לעבר ביתם בליל ה-3.1.09, ואשר לכודים בביתם מאז ליל האירוע נוכח כישלון כל מאמצי התיאום לפינויים. בהודעתה המעדכנת של העותרת, שהוגשה רק בעת הדיון האחרון, פורטו מקרים נוספים בהם בוצע, לטענתה, ירי לעבר צוותים רפואיים, וכן נמנעה הושטת סיוע מהיר למשפחות שנפגעו.

6. עתירה זו מתמקדת במחסור בחשמל הקיים ברצועת עזה, ובה פירוטו העותרים את כמויות החשמל והסולר התעשייתי הדרושות ברצועת עזה, לעומת הכמויות אשר ישראל איפשרה את הכנסתן לרצועה בחודשים האחרונים. נטען, כי מאז יום 27.12.08 מנעה מדינת ישראל כל אספקה של סולר תעשייתי לרצועה, וכתוצאה מכך החל מיום 30.12.08 נסגרה לחלוטין תחנת הכוח ברצועת עזה (המספקת כשליש מכמות החשמל הדרושה לתושבי הרצועה). עוד נטען בעתירה, כי ביום 3.1.09 גרמה תקיפת צה"ל ברצועת עזה נזק לשבעה מבין 12 קווי החשמל המובילים חשמל מישראל ומצרים אל רצועת עזה. כתוצאה מכך, נטען כי לתושבים נותקה הגישה לחשמל, לרבות בבתי חולים, במתקן טיהור מי השפכים המרכזי ברצועת עזה ובמתקנים חיוניים נוספים. עוד נטען, כי תיקון קווי החשמל הפגועים אינו אפשרי היות שישראל מונעת את העברתם של חלקי החילוץ הדרושים וכן נוכח מצב הלחימה המתמשך, שאינו נותן שהות מספקת לתיקונים המבוצעים בידי עובדים פלסטיניים. העותרים פירטו בעתירתם את הפגיעות ההומניטריות באוכלוסייה האזרחית כתוצאה מהמחסור בחשמל: ניתוקם של אלפי בני-אדם מגישה למים זורמים; הביוב זורם ברחובות עקב מחסור בחשמל למשאבות הביוב ולמתקני הטיהור, ובמתקן הטיהור בעיר עזה הגיעה ההצפה עד כה למרחק של כקילומטר מהמתקן; כרבע מיליון בני אדם נמצאים ללא חשמל כבר למעלה משבועיים; בתי החולים ברצועת עזה תלויים לחלוטין בגנראטורים, אשר עומדים על סף קריסה היות והם עובדים באופן רציף ומעבר לקיבולתם; פעילותן של מרבית המאפיות ברצועת עזה הושבתה עקב המחסור בגז בישול ובחשמל, והדבר הוביל למחסור חמור בלחם ברצועת עזה. בהיבט זה נטען בעתירה כי השליטה של מדינת ישראל באספקת החשמל לרצועת עזה, בייחוד כיום, עת חיילי צה"ל משתלטים על חלקים נרחבים מהרצועה, מטילה על מדינת ישראל חובות מוגברות ביחס לאספקת צורכי האוכלוסייה האזרחית ברצועה, בייחוד בכל האמור ביחס לתפקודם התקין של מוסדות רפואה, מתקני אספקת מים ומתקנים להזרמת ביוב.

טיעוני המשיבים

7. תגובתם המקדמית של המשיבים לשתי העתירות, מיום 8.1.09, כללה עמדה משפטית ופירוט עובדתי ראשוני לגוף הטענות. בתגובותיהם המעדכנות שהוגשו לנו וכן בדיונים שקיימנו בעתירות, השלימו המשיבים ככל שניתן בנסיבות, את תמונת המצב העובדתית ברצועת עזה. מלכתחילה ביקשו לדחות את העתירות על הסף בהיותן כוללניות ונוכח היות הנושאים המועלים בהן בלתי שפיטים. על-פי הנטען על-ידם,

בעת שמתנהלות פעולות לחימה אין בית המשפט יכול להידרש לסוגיות מעין אלו, ולו מן הטעם שאין אפשרות להציג בפני בית המשפט בזמן אמת את התמונה הדינאמית של שדה הקרב. עם זאת, ציינו המשיבים כי צה"ל פועל בהתאם לדיני המשפט הבינלאומי ההומניטרי, וכי מקובל עליהם שעל הצבא מוטלות חובות לקיים את הצרכים ההומניטריים של האוכלוסייה האזרחית גם בזמן פעילות לחימה וכי יש להיערך לכך מראש, כפי שנקבע על-ידי בית משפט זה בבג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (להלן: עניין רפיח), בכפוף לשינויים המתחייבים מהנסיבות. בהקשר זה נטען כי מאז יישום תכנית ההתנתקות, בחודש ספטמבר 2005, אין עוד מצב כיבוש ברצועת עזה ואין למדינת ישראל שליטה על הנעשה בתחומיה. לפיכך, אין כיום "מפקד צבאי", כמשמעותו על-פי דיני הכיבוש, היכול לפעול בכל תחומי רצועת עזה. כן נטען, כי היות ואין כל קשר בין ישראל לבין שלטון הטרור של ארגון החמאס ברצועת עזה, הדבר מחייב לבצע את התיאומים ההומניטריים השונים מול ארגונים בינלאומיים ומול הועדה האזרחית הפלסטינית אשר משרדיה מצויים ברמאללה.

8. באשר למנגנונים השונים אשר הוקמו על-ידי מדינת ישראל לשם מתן סיוע הומניטרי לאוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה, פורט בתגובת המדינה כי לקראת המבצע הצבאי, המתקרא "עופרת יצוקה" תוגברה מנהלת התיאום והקישור בעזה ב-66 קציני מילואים וב-20 קצינים סדירים; מינהלת התיאום והקישור כולה תוגברה ל-300 איש; והוקם מערך של חדרי מלחמה הומניטריים (חמ"לים) בחלוקה לפי נושאים: בריאות, ארגונים בינלאומיים ותשתיות, אשר תפקידם לתת מענה בזמן אמת לבעיות ההומניטריות המתעוררות במהלך הלחימה והידוק הקשר בין הגורמים המבצעיים לבין גורמי התיאום והקישור. כל אחד מחדרי המלחמה הללו פועל במשך כל שעות היממה, תוך ליווי מקצועי ומשפטי צמוד. כמו כן, בכל חטיבה מבצעת הוקם תא הומניטרי שבו 5 קצינים, כדי לתאם את הפעולות אל מול השטח ואל מול הארגונים הבינלאומיים. הקשרים והתיאום, כך נטען, מתקיימים גם אל מול ארגונים פרטיים המוכרים למנהלת התיאום והקישור ולאנשיה מן העבר, וכן עם הרופא האחראי בבית חולים שיפא; עם משרד הבריאות ברמאללה; ולעיתים אף עם הרופאים ועם נהגי האמבולנס עצמם.

9. באשר לפינוי הפצועים ותיאום תנועתם של צוותים רפואיים בשטח רצועת עזה, נטען בתגובת המשיבים כי ההנחיה שניתנה לכוחות הפועלים בשטח הינה להימנע מלתקוף צוותים רפואיים ואמבולנסים בעת מילוי תפקידם, למעט במקרים בהם ברור וידוע כי נעשה שימוש לרעה באמבולנסים לצורכי הלחימה בצה"ל. לטענת המשיבים, ממידע מודיעיני הקיים בידיהם עולה כי פעילי הטרור עושים שימוש באמבולנסים

לביצוע פעילות טרור ולהעברת רקטות ותחמושת ממקום למקום, וכי בנסיבות אלה אף המשפט הבינלאומי ההומניטרי קובע כי נפסקת ההגנה המוקנית ככלל למוסדות מוגנים אלה. הקמתו של מנגנון התיאום והקישור נועדה להבטיח כי פעולות הצלה הומניטריות יקוימו. עוד טענו המשיבים, כי אין בידיהם מידע מלא ומעודכן, אך ככל שאכן נפגעו ונפגעים צוותים רפואיים במהלך הלחימה, הדבר לא נעשה במכוון, אלא כתוצאה של פעולות לחימה שהתרחשו בקרבת מקום. המשיבים אף ציינו בהקשר זה כי כידוע, נפגעו אף כוחות צה"ל בשוגג כתוצאה מירי של כוח אחר של הצבא. המשיבים מסרו פרטים על ההיערכות שנעשתה עוד לפני תחילת הפעולה הצבאית ובמהלכה כדי לקיים את התיאום בפניו פצועים ברחבי רצועת עזה ולשפרו. באשר לבקשה למתן צו ביניים שיורה על פינויים המידי של בני משפחת אלעאידי, הודיעו המשיבים בדיון שהתקיים ביום 9.1.09, כי לאחר תיאום עם הכוחות בשטח ועם הפלסטינים, הסתיים חילוצם של בני המשפחה, למעט שתי נשים מבוגרות אשר העדיפו שלא להתפנות.

10. באשר לטענות בעניין אספקת החשמל לרצועת עזה במהלך המבצע, ציינו המשיבים כי נוכח אירועי הלחימה המתמשכים בשטח רצועת עזה, אין ניתן למנוע לחלוטין פגיעות ברשת החשמל המקומית. צוין, כי במהלך פעולות הלחימה של צה"ל נפגעה, אמנם, רשת החשמל ברצועת עזה, ואולם נטען כי נעשות כל העת פעולות לתיקון קווי החשמל שנפגעו במהלך פעולות הלחימה. בדיון האחרון שקיימנו נמסר לנו שתוקנו תשעה מבין עשרת קווי החשמל המספקים חשמל מישראל לרצועת עזה, כי בקו הנוסף יש תקלה שתתוקן, וכי המדינה פועלת על-מנת לאפשר אספקת חשמל מירבית לרצועת עזה, בכפוף למגבלות ולאילווצים הביטחוניים, כפי שיפורט בהמשך.

הביקורת השיפוטית

11. ייאמר תחילה, כי איננו מקבלים את טענותיה המקדמיות של המדינה לפיהן התבקשו לדחות את העתירות על הסף בשל העדר שפיטות. כבר קבענו בשורה של פסקי-דין כי פעולות הלחימה של צה"ל אינן נעשות בחלל נורמטיבי. קיימות נורמות משפטיות הן במשפט הבינלאומי המנהגי, הן באמנות ישראל צד להן והן במשפט הישראלי, הקובעות כללים ועקרונות החלים בעת לחימה ומחייבים פעולות למתן סיוע הומניטרי לאוכלוסייה אזרחית ולהגנה על אותה אוכלוסייה (וראו לדוגמא: בג"ץ 3452/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11, בעמ' 16; עניין רפוח, בעמ' 35-391-393). בעניין הסיכול הממוקד התייחסנו בהרחבה לשאלה זו וכך קבענו, מפי הנשיא א' ברק:

"ברשימה ארוכה של פסקי דין בחן בית המשפט העליון את זכויותיהם של התושבים באיזור. אלפי פסקי דין ניתנו על ידי בית המשפט העליון אשר בהיעדר ערכאה שיפוטית אחרת, עסק בנושאים אלה. בחינה זו עסקה בסמכויות של הצבא בעת לחימה, ובמגבלות המוטלות עליו על ידי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. כך, למשל, נבחנה זכויותיה של האוכלוסייה המקומית למזון, לתרופות וכיוצא בהם צרכים שיש לאוכלוסייה זו בעת פעולות לחימה (ראו פרשת רופאים לזכויות אדם); נבדקו זכויותיה של האוכלוסייה המקומית בעת מעצר מחבלים (ראו פרשת נוהל "אזהרה מוקדמת"); בעת הובלת פצועים (ראו בג"ץ 2117/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 26); בעת מצור על כנסייה (פרשת אלמדני) ובעת מעצר וחקירה (פרשת המוקד להגנת הפרט; בג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נו(1) 403; פרשת מרעב). למעלה ממאה עתירות בחנו את זכויותיהם של התושבים המקומיים על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי בעקבות הקמתה של גדר ההפרדה (ראו פרשת בית סוריק; פרשת מראעבה; בג"ץ 5488/04 מועצה מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם)). בכל אלה האופי הדומיננטי של השאלה השנויה במחלוקת היה משפטי. אמת, לתשובה המשפטית עשויות היו להיות השלכות מדיניות או צבאיות. אך לא הן שקבעו את אופייה של השאלה. לא התוצאות הנגזרות מפסק הדין קובעות את אופיו, אלא השאלות הנדונות על ידו ודרך פתרונו. שאלות אלה היו בעבר, והן גם לפנינו היום, בעלות אופי דומיננטי משפטי." (בפסקה 52 לפסק-הדין)

12. כעולה מפסק-הדין בעניין רפיח ומפסקי-דין נוספים, מצב זה, בו בית המשפט בוחן את חוקיותן של פעולות צבאיות בעת התרחשותן, אינו זר לנו, נוכח מציאות חיינו הרצופה התמודדות עם טרור המופנה כנגד האוכלוסייה האזרחית של ישראל, והצורך להגיב עליו תוך קיום החובות שמטיל הדין גם בתקופת לחימה. בית המשפט לא ינקוט, כמובן, כל עמדה באשר לאופן ניהול הלחימה או באשר לתכונתן של ההחלטות לקיים פעילות צבאית. עם זאת, תפקידו של בית המשפט, גם בעת לחימה, לקבוע האם במסגרת פעולות הלחימה מקיימת החובה לפעול על-פי אמות-המידה המשפטיות – הן במישור הדין הישראלי והן במישור הדין הבינלאומי ההומניטרי.

13. בענייננו, הוגשו העתירות שעה שפעולות הלחימה עודן מתנהלות בשטח, ומתוך מטרה לכוון את ההתנהגות המיידית של הצבא בעניינים הומניטריים כדי להיטיב עם האוכלוסייה האזרחית שנקלעה לליבה של הלוחמה המתנהלת סביבה. הביקורת השיפוטית שלנו נעשית במקרה זה בעוד פעילות הלחימה נמשכת. כמובן,

שהדבר מטיל מגבלות על יכולות הביקורת של בית המשפט ועל קבלת כל הנתונים הרלוונטיים בשלב זה של הלחימה. על הקושי בקבלת נתונים בזמן אמת עמדנו בפסק-דיננו בעניין רפיח (בפסקה 8 לפסק-הדין). ואמנם, בשלב ניהול הלחימה לא תמיד ניתן לאסוף את מלוא המידע הדרוש להפעלת הביקורת השיפוטית, נוכח השינויים המתרחשים באופן דינאמי ורציף. אולם בית המשפט עושה מאמץ לבחון את הטענות בזמן אמת, באופן המאפשר ליתן סעד אפקטיבי או לקבוע הסדר. כך, למשל, ציינתי בהקשר זה בעניין רפיח, כי:

”הביקורת השיפוטית על קיום החובות ההומניטריות בעת לחימה, מוגבלת היא מטעמים רבים. ראשית, מבחינה מעשית, הדחיפות שבה נדרש בית המשפט לקיים את הליך הביקורת השיפוטית, בעוד מתקיימות התפתחויות דינמיות בשטח, מקשה על קיום ההליך ועל עריכת הבירור העובדתי הנדרש לאימות טענות הצדדים. בשונה מהליך הביקורת השיפוטית בעתירות רגילות, בהן מנגנון בירור העובדות מתקיים לאחר שהתגבשו והתלבנו הנתונים והתמונה העובדתית פרושה בפני בית המשפט, הביקורת השיפוטית המבקשת לבחון את הצורך במתן סעדים בעת שארועי הלחימה בעיצומם, מחייבת קיום הליך שיפוטי מסוג מיוחד, והעתירה שלפנינו היא דוגמא מובהקת לכך. העתירה התבררה בעוד השינויים וההתפתחויות בזירה התרחשו במהלך הדיון עצמו. הצדדים שטענו לפנינו תלו את טיעוניהם בדיווחים שוטפים מהשטח, דיווחים ששינו את מערך הנסיבות והעובדות במהלך שמיעת העתירה. התיאור העובדתי של בירור הנתונים כאמור, מצא את ביטויו בפסק דינו של הנשיא. בנסיבות כאלה, הליך הביקורת מוגבל ולוקה בהעדר כלים מספיקים לבירור הנתונים הרלוונטיים, כדי לבחון אותם בזמן אמת וליתן סעדים יעילים בגינם.”

כמובן, כי ככל שאין ניתן לאסוף את מלוא המידע הדרוש בזמן אמת, לא פעם נבחנת חוקיותם של מקרים פרטניים בדיעבד, לאחר היאסף כל המידע הנדרש, ואילו בשלב של ניהול הלחימה, מתמקד תפקידו של בית המשפט בביקורת השיפוטית על קיום הכללים על-פי המשפט הבינלאומי המנהגי ועל-פי האמנות הבינלאומיות והדין המנהלי הישראלי החלים על הצבא בשעת לחימה.

התשתית הנורמטיבית

14. המערכת הנורמטיבית החלה על העימות המזוין שבין מדינת ישראל לבין ארגון החמאס היא מורכבת. במרכזה עומדים דיני המשפט הבינלאומי העוסקים בעימות מזוין

בעל אופי בינלאומי (International Armed Conflict). אמנם, סיווגו של העימות המזוין שבין מדינת ישראל לארגון החמאס כעימות בינלאומי מעוררת מספר קשיים. עם זאת, בשורת פסקי-דין התייחסנו לעימות זה כאל עימות בינלאומי, וכך, למשל, קבענו בפסק-הדין בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 14.12.2006, להלן: עניין הסיכול הממוקד), מפי הנשיא א' ברק:

"ההתמודדות עם הסיכון של הטרור מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי הדין בסכסוך מזוין בעל אופי בינלאומי... נקודת המוצא על פיה נהג בית המשפט העליון מזה שנים - והיתה זו תמיד גם נקודת המוצא של באי כוח המדינה בפני בית המשפט העליון - הינה כי הסכסוך המזוין הוא בעל אופי בינלאומי. בפסק דיננו זה אנו ממשיכים בתפיסה זו. יצויין כי גם אלה הסבורים כי הסכסוך המזוין בין ישראל לארגוני המחבלים אינו בעל אופי בינלאומי גורסים כי חל בו המשפט הבינלאומי ההומניטרי או המשפט הבינלאומי של זכויות האדם." (בפסקה 21 לפסק הדין).

לצד הדינים העוסקים בעימות מזוין בינלאומי, עשויים לחול גם דיני התפיסה הלוחמתית. בבג"ץ 102/82 צמל נ' שר הביטחון, פ"ד לז(3), 365, קבע בית משפט זה כי תחולת דיני הכיבוש של המשפט ההומניטרי הבינלאומי מותנית בהיווצרותו של פוטנציאל להפעלת סמכויות שלטוניות בשטח עקב כניסת הכוחות הצבאיים, ולא דווקא בהפעלת הסמכות על-ידיהם, הלכה למעשה. כן נקבע כי:

"אם הצבא השתלט על שטח פלוני באופן מעשי ויעיל, אין בזמניותה של השהייה בשטח או בכוונה לקיים אך שליטה צבאית ארעית כדי לגרוע מכך, שנוצרו התנאים העובדתיים, מהם נגזרת תחולתן של אותן הוראות מדיניות המלחמה, הדנות בתוצאות המתלוות אף מן התפיסה הלוחמתית. זאת ועוד, תחולתו של הפרק השלישי לתקנות האג ותחולתן של ההוראות המקבילות באמנה הרביעית אינן מותנות בכך שהוקמה מערכת ארגונית מיוחדת, הלוכשת צורת ממשל צבאי. החובות והסמכויות של הכוח הצבאי, הנובעות מתפיסתו היעילה של שטח פלוני, קמות ונוצרות בשל עצם השליטה הצבאית בשטח, היינו, גם אם הכוח הצבאי מבצע שליטתו אך ורק באמצעות היחידות הלוחמות הרגילות שלו, בלי להקים ולייחד מסגרת צבאית מיוחדת לצורכי הממשל (ראה בג"צ 493, 69/81, הנ"ל).". (בעמ' 373 לפסק הדין).

לאחרונה, בבג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 30.1.08, להלן: עניין אלבסיוני) עמדנו על השינויים במצב העובדתי והנורמטיבי ברצועת עזה לאחר יישומה של תכנית ההתנתקות וביטול הממשל הצבאי הישראלי ברצועת עזה, וכך קבענו:

"מאז חודש ספטמבר 2005, אין עוד לישראל שליטה אפקטיבית בנעשה בשטח רצועת עזה. הממשל הצבאי שהוחל בשטח זה בעבר בוטל בהחלטת הממשלה, וחיילים ישראלים אינם שוהים באזור זה באופן קבוע ואף אינם מנהלים את המתרחש בו. בנסיבות אלה, אין מוטלת על מדינת ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת תושבי הרצועה ולשמור על הסדר הציבורי בתחומי רצועת עזה, לפי מכלול דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי. לישראל אין גם יכולת אפקטיבית במעמדה הנוכחי להשליט סדר ולנהל את החיים האזרחיים ברצועת עזה. בנסיבות שנוצרו, החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה; חובות אלה נובעות גם ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו תלות כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל." (בפסקה 12 לפסק הדין).

המצב המתואר בעניין אלבסיוני שלעיל אף הוא דינאמי ומשתנה, וכיום טרם ניתן להסיק מסקנות לגבי המצב העובדתי בשטח רצועת עזה והיקף השליטה של צה"ל בשטח במצב החדש שנוצר. עם זאת, אין צורך להכריע בשאלה זו כעת היות וממילא מסכימה המדינה כי חלים הדינים ההומניטריים הרלוונטיים לעתירות.

15. בהתאם לאמור לעיל, התשתית הנורמטיבית המחייבת את מדינת ישראל בעת קיומן של פעולות לחימה ברצועת עזה, כוללת מספר מקורות משפטיים. בין מקורות משפטיים אלה ניתן למנות את דיני המשפט הבינלאומי ההומניטרי, המעוגנים בעיקרם, באמנת האג הרביעית (ה-Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land (1907); להלן: אמנת האג) ובתקנות הנספחות לה, אשר להוראותיהן מעמד של משפט בינלאומי מנהגי; באמנת ג'נבה הרביעית (Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1949, להלן: אמנת ג'נבה הרביעית), אשר הוראותיה המינהגיות מהוות חלק ממשפט של מדינת ישראל, ובית משפט זה כבר נזקק בעבר לפרשנותן של הוראותיה השונות בפסקי-דינו (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352

(2002, להלן: פרשת עג'ורי), בעמ' 364; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349 (2003, להלן: פרשת מרעב); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 15.9.2005, להלן: פרשת מראעבה), בפסקה 14 לפסק הדין); ובפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה (ה- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1977 להלן: הפרוטוקול הראשון), אשר ישראל אינה צד לו, אולם הוראותיו המנהגיות מהוות אף הן חלק ממשפטה של ישראל (ראו פרשת הסיכול הממוקד, בפסקה 20; ע"פ 6659/06 עיאד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.6.2008, בפסקה 9 לפסק הדין). בצד המשפט הבינלאומי חלים גם כללי היסוד של המשפט הציבורי הישראלי (ראו בג"ץ 393/82 אטכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785, 810; פרשת עג'ורי, עמ' 365; פרשת מראעבה (פסקה 14 לפסק הדין); פרשת הסיכול הממוקד, בפסקה 18). על-פי כללי המשפט הציבורי הישראלי, על הצבא לנהוג, בין היתר, בהגינות, בסבירות ובמידתיות, תוך איזון ראוי בין חירות הפרט לצורכי הכלל ותוך התחשבות בשיקולי ביטחון ובתנאי הלחימה בשטח (ראו: עניין רפיח, בפסקה 10).

16. ההוראה הבסיסית של המשפט הבינלאומי ההומניטרי החלה בעת קיומן של פעולות לחימה (הן בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית והן בשטחם של הצדדים ללחימה) מעוגנת בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובע כי אזרחים מוגנים – בין אם הם מצויים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית או בשטח המצוי בריבונותם של הצדדים ללחימה – זכאים בכל הנסיבות, בין היתר, ליחס של דרך ארץ לגופם ולכבודם, ולהגנה מפני כל מעשי אלימות או איום במעשי אלימות (ראו גם סעיף 46 לתקנות האג). עם זאת, חובות בסיסיות אלה כלפי האוכלוסייה האזרחית אינן מוחלטות, אלא יש לאזן אל מול שיקולי הביטחון והאמצעים הדרושים עקב הלחימה. בצד הוראה כללית ובסיסית זו, קיימות במשפט הבינלאומי ההומניטרי חובות ממוקדות נוספות הנוגעות ישירות לעניינים המועלים בעתירות.

17. בטרם נפנה לדינים הקונקרטיים החלים על העניינים המועלים בעתירות, נציין כי למעשה אין מחלוקת בין הצדדים בדבר התשתית המשפטית המחייבת. מוסכם על הכל, כי כללי המשפט הבינלאומי המנהגי – המקנים הגנה לצוותים ומוסדות רפואיים; המחייבים לאפשר את פינויים של נפגעים מאזור הלחימה; והמחייבים להגן על האוכלוסייה האזרחית ולקיים את זכויותיה הבסיסיות – חלים על פעולות הלחימה המבוצעות במסגרת מבצע "עופרת יצוקה" ומחייבים את צה"ל.

האיסור על פגיעה מכוונת בצוותים רפואיים:

18. הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי מקנות הגנה למיתקנים ולצוותים רפואיים מפני תקיפה. כך, סעיף 18 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע הגנה על בתי חולים; סעיפים 24-25 לאמנת ג'נבה הראשונה להטבת מצבם של פצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בשדה הקרב, 1949 - Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 1949 (להלן: אמנת ג'נבה הראשונה), אוסרים על פגיעה באנשי צוות רפואי, ככל שזה עיסוקם היחידי או בעת שהם עוסקים במשימות רפואיות; סעיף 26 לאמנת ג'נבה הרביעית מרחיב הגנה זו גם לאנשי הצלב האדום או ארגונים בינלאומיים אחרים הממלאים תפקידים דומים (וראו גם סעיף 20 לאמנת ג'נבה הרביעית). הגדרה מפורטת הקובעת מהם צוותים רפואיים מוגנים קבועה בסעיף 8(c) לפרוטוקול הראשון, והוראות מפורטות ביחס להגנות הנתונות לצוותים רפואיים קבועות בסעיפים 12-16 לפרוטוקול הראשון.

19. ניכר מהוראות אלה, כי המשפט הבינלאומי ההומניטרי רואה חשיבות רבה בהגנה על צוותים ומיתקנים רפואיים. עם זאת, הגנה זו אינה מוחלטת, והיא תיפסק אם נעשה בהם שימוש מחוץ לתפקידיהם ההומניטריים, או ניצול לרעה למטרות הלחימה. בהתאם לעיקרון זה, הצוות הרפואי זכאי להגנה מלאה רק כאשר הוא מועסק באופן בלעדי במשימות של חיפוש, איסוף, תובלה, טיפול בפצועים ובחולים וכיוצא באלה (סעיפים 24-26 לאמנת ג'נבה הרביעית), ואילו ההגנה על מיתקנים רפואיים תיפסק אם נעשה בהם שימוש החורג מתפקידיהם ההומניטריים, לביצוע מעשים המזיקים לאויב (סעיף 21 לאמנת ג'נבה הראשונה; סעיף 19 לאמנת ג'נבה הרביעית). בהיבט זה הדגיש בית המשפט העליון בבג"ץ 2117/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 26, בעמ' 29 (2002) (להלן: עניין רופאים לזכויות אדם) כי השימוש לרעה שנעשה לעיתים בצוותים רפואיים, בבתי-חולים ובאמבולנסים, מחייב את צה"ל לפעול למניעת פעילות כזאת, אך כשלעצמו אינו מתיר הפרה גורפת של הכללים ההומניטריים, וכי "עמדה זו מתבקשת לא רק מן המשפט הבינלאומי, שעליו מסתמכים העותרים, אלא גם מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

החובה לאפשר פינוי וטיפול רפואי בנפגעים:

20. נוסף על ההגנות שמקנה המשפט הבינלאומי ההומניטרי לצוותים ולמיתקנים רפואיים, קיימות הוראות המחייבות לאפשר את קיומן של פעולות פינוי פצועים

וטיפול רפואי בנפגעים. סעיף 16 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע בהקשר זה הגנה מיוחדת לחולים ופצועים, ומחייב את הצדדים לעימות לאפשר ולהקל על איתורם המהיר, לסייע להם, ולהגן עליהם מפני יחס בלתי נאות, ככל ששיקולי הביטחון מאפשרים זאת:

"The wounded and sick, as well as the infirm, and expectant mothers, shall be the object of particular protection and respect.

As far as military considerations allow, each Party to the conflict shall facilitate the steps taken to search for the killed and wounded..."

[ההדגשה הוספה – ד. ב.]

בנוסף, קובע סעיף 15 לפרוטוקול הראשון כי יש לאפשר לאנשי צוות רפואי גישה לכל מקום שבו זקוקים להם, בכפוף לאמצעי פיקוח וביטחון הדרושים באופן חיוני לצד הרלוונטי. בעניין רפיח קבע בית המשפט בהקשר זה כי:

"על הצבא לעשות ככל שניתן לעשות בנתוני הלחימה כדי לאפשר פינויים של תושבים מקומיים שנפגעו בפעולות הלחימה" (בפסקה 23 לפסק-הדין).

(וראו גם: בג"ץ 2936/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 3, בעמ' 4-5; עניין רופאים לזכויות אדם, בעמ' 29).

החובה לדאוג לצורכי האוכלוסייה האזרחית:

21. אחד מעקרונות היסוד של המשפט הבינלאומי ההומניטרי הינו עיקרון ההבחנה בין לוחמים ומטרות צבאיות לאזרחים ומטרות אזרחיות, תוך הקניית הגנה לאלה האחרונים (ראו עניין הסיכול הממוקד). בין היתר, נכללות בגדר ההגנות המוקנות לאוכלוסייה האזרחית של כל הצדדים לעימות, גם החובה לאפשר מעבר חופשי של אספקה הומניטרית רפואית, וכן מזון חיוני ולבוש לילדים, נשים הרות ואמהות, במהירות האפשרית, בכפוף למספר מגבלות (סעיף 23 לאמנת ג'נבה הרביעית). סעיף 70 לפרוטוקול הראשון קובע חובה כללית ורחבה יותר, לפיה חייבים צדדים לסכסוך לאפשר העברת מצרכים החיוניים לאוכלוסייה האזרחית במהירות וללא הפרעה. סעיף 30 לאמנת ג'נבה הרביעית מחייב צדדים לעימות לאפשר לאזרחים לפנות לצלב האדום או לארגונים הומניטריים דומים, לשם קבלת סיוע. בעניין אלבטיוני התייחסנו במפורש להוראות אלה, וכך קבענו:

”טיעוני המדינה בעניין זה מבוססים על נורמות שהן חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי, המפרטות חובות בסיסיות החלות על צדדים לוחמים בעת עימות מזוין, ומחייבות להבטיח את שלומה של האוכלוסייה האזרחית ואת השמירה על כבודה ועל זכויותיה הבסיסיות. לא למותר להוסיף כי על-פי כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי המנהגיים מחויב כל צד לסכסוך להימנע מפגיעה בהעברת מצרכי סיוע הומניטריים בסיסיים לאוכלוסייה הזקוקה להם באזורים המצויים תחת שליטתו של אותו צד לסכסוך.”

מן הכלל אל הפרט

22. עמדת המשיבים, כפי שהוצגה לנו בהודעותיהם הכתובות וכן מפי אל"מ לוי בעת הדיון, אינה מתכחשת לחובות שנקבעו במשפט הבינלאומי ואשר פורטו לעיל, ולאופן שבו התפרשו על-ידי בית המשפט בעניין רפיח. בהתאם לכך, הסביר אל"מ לוי בעת הדיון בעתירות את אופן פעולתם של המנגנונים השונים שהוקמו על-ידי המדינה לשם קיומן של החובות ההומניטריות המוטלות עליה, ועמד על הקשיים השונים עמם נאלצים הם להתמודד עקב מורכבות העימות והעדר שיתוף פעולה עם שלטונות החמאס. בין קשיים אלה נמנו, למשל, סירובם של שלטונות החמאס לאפשר לצה"ל לפנות פצועים לקבלת טיפול בשטח מדינת ישראל; וכן ניצולן הציני של ההפוגות ההומניטריות שזים צה"ל לשם התחמשות וביצוע פעולות ירי נגדו. מהאמור עולה, כי המחלוקת בין הצדדים אינה מתייחסת לתשתית המשפטית המחייבת את ישראל, אלא נסובה על אופן מימושן של חובות אלה הלכה למעשה. להלן נפרט, אפוא, את ההתפתחויות והשינויים בהיערכות ובהתמודדות עם הבעיות ההומניטריות העומדות ביסוד העתירות.

23. במסגרת החובות שצה"ל מאשר כי הוא חייב בהן, בוצעה היערכות – חלקה מראש וחלקה תוך כדי ההתפתחויות בעת הלחימה – לשם התמודדות עם הפגיעות הנלוות באוכלוסייה האזרחית ולשם מתן מענה לצרכים ההומניטריים של התושבים המקומיים. באשר למנגנונים השונים שהוקמו ושוכללו במהלך ימי הלחימה לשם התמודדות עם קשיי התיאום וחילוץ הנפגעים, הודיעו המשיבים כי ביום 5.1.09 הוקם חמ"ל בריאותי מיוחד, בפיקודו של קצין בדרגת רב-סרן, אשר אמון על מתן מענה לאוכלוסייה אזרחית הנמצאת בסכנת חיים ועל תיאום ופינוי פצועים וגופות מן השטח הנתון ללחימה. הסמכות המקצועית בחמ"ל זה מסורה לרופא, שהינו קצין בדרגת סגן-

אלוף, והוא ערוך לקבלת פניות מתושבים פלסטיניים, מתאם הבריאות הפלסטיני, הצלב האדום וארגוני זכויות אדם, בכל עת. אל"מ לוי מסר לנו ביתר פירוט, בכתב ובעל-פה, מידע על פרישת קציניה וחייליה של מנהלת התיאום והקישור בין היחידות הלוחמות, והסביר כיצד פועל הקשר בין היחידות השונות לשם תיאום פינויים של פצועים ומתן אפשרויות מעבר על-ידי הכוחות הלוחמים. כן מסר אל"מ לוי פרטים על דרך ההתקשרות של כל גורם לחמ"לים ההומניטריים שהוקמו, וציין כי עם קבלת פנייה לתיאום פינוי של פצוע נערכת פנייה יזומה מהחמ"ל הבריאותי לארגון בינלאומי (הצלב האדום הפועל באמצעות הסהר האדום או אונר"א) לשם תיאום הפינוי וליווי הצוותים הפלסטיניים, וכי צה"ל עושה את מירב המאמצים על-מנת להתגבר על עיכובים בפינוי הפצועים, אשר נגרמים לעיתים עקב מצב הלחימה או פגיעה בתשתיות. ביחס לפגיעות הנטענות בצוותים רפואיים הודיעונו המשיבים כי ככל שאמנם נפגעו צוותים רפואיים שאכן ביקשו באופן אמיתי ליתן סיוע רפואי, לא נגרמה הפגיעה כתוצאה של פגיעה מכוונת בצוותים אלה. כן נטען כי תקלות לא מעטות נגרמו עקב התנאים בהם התחוללה הלחימה, ובאופן דומה נגרמו גם לחיילינו פגיעות קשות כתוצאה מירי של כוחותינו.

למרות נכונותו של אל"מ לוי להשיב על כל שאלותינו, ניכר היה חוסר במידע לגבי האירועים השונים שהתרחשו במהלך פינוי הפצועים, בכל הנוגע למידת הפגיעה באמבולנסים וצוותים רפואיים. עם זאת, מקרה הפינוי הפרטני שלגביו התבקש בעתירה צו למימוש הפינוי בא על פתרונו במהלך הדיון בעתירה, וביחס למקרים אחרים אין בשלב זה מידע המאפשר לבחון את הטענות, וביקשנו מאל"מ לוי להמציא לנו התייחסות פרטנית למקרים הנוספים שהובאו לפנינו על-ידי העותרים ביום הדיון. השימוש שנטען כי נעשה על-ידי ארגוני הטרור באמבולנסים ובמוסדות רפואיים לשם ביצוע וקידום פעולות לחימה בוודאי הכביד ביותר בעת תיאום פעולות הפינוי והחילוץ, ועל כך יש להצר. עם זאת, כאמור לעיל, חובתו של הצבא היא לבחון כל מקרה לגופו ולעשות ככל הניתן על-מנת לאפשר את מעברם המהיר והבטוח של אמבולנסים וצוותים רפואיים לאזורים בהם מצויים פצועים ונפגעים הזקוקים לטיפול.

נוכח הקמת ושכלול המנגנונים ההומניטריים כמתואר, אשר יש להניח כי יוכיחו את יעילותם; בהתחשב בהודעה שנמסרה לנו כי ייעשה מאמץ רציני לשיפור הפינוי של הפצועים והטיפול בהם; נוכח הקמתה של מרפאה בקרבת מעבר ארז (וככל שתינתן הסכמה מהצד הפלסטיני גם להעברת פצועים לטיפול בישראל), יש לקוות שהמערך ההומניטרי יפעל כראוי בהתאם לחובותיו. בנסיבות אלה, לא ראינו עוד מקום להיעתר למתן סעד של צו-על-תנאי לעת הזו.

24. באשר להתמודדות עם בעיות אספקת החשמל לרצועת עזה, נמסר לנו כי הוקם חמ"ל תשתיות, המאויש 24 שעות ביממה ואשר מצוי תחת פיקודו של קצין בדרגת סגן-אלוף, אשר אמון על מתן מענה לטיפול בתקלות התשתית באזורי הלחימה, ועל יצירת תמונת מצב כלכלית עדכנית ותיאום מעברם של משלוחי סיוע הומניטריים לרצועת עזה. בהקשר זה פרטו המשיבים, כי לאחר קבלת פנייה לתיאום טיפול בבעיות תשתית נבחנות מהות התקלה והשפעתה על האוכלוסייה האזרחית, ולאחר מכן מתואמת, לפי הצורך, הגעתם של צוותים טכניים פלסטיניים לאזור התקלה, בליווי ארגון בינלאומי. באשר למצב העדכני של אספקת החשמל לרצועת עזה נמסר לנו בעת הדיון האחרון בעתירות, כי נכון ליום הדיון - 15.1.09 - תוקנו תשעה מתוך עשרת קווי החשמל המעבירים חשמל ממדינת ישראל לרצועת עזה והם פועלים, וכי קו נוסף יתוקן. כמו כן, נמסר לנו כי קיים קשר ישיר בין רשות האנרגיה הפלסטינית לבין חברת החשמל הישראלית על-מנת לזהות בעיות ולתקנן בהקדם. באשר לשני קווי החשמל המעבירים חשמל ממצרים לרצועת עזה, עידכנו המשיבים כי נכון לבוקר יום 13.1.09 שני הקווים תקינים ופעילים. כן נמסר לנו כי נכון ליום 11.1.09 תוקן הקו המעביר חשמל מתחנת הכוח הפלסטינית לרחבי רצועת עזה, וכי תחנת הכוח חזרה לפעילות חלקית, בהספק של 50% מיכולת הייצור של התחנה. בהקשר זה מסר לנו אל"מ לוי כי במהלך ימי הלחימה הוכנסו לרצועת עזה כמויות משמעותיות של סולר תעשייתי לשימושה של תחנת הכוח הפלסטינית. לדבריו, הזרמת כמויות הסולר התעשייתי הואטה לאחר שהתגלתה בסמוך למעבר נחל עוז מנהרה ובה הכנה לפיגוע קשה. עם זאת, ולמרות הסיכון, חודשה אספקת הסולר התעשייתי לרצועת עזה באמצעות מעבר כרם שלום. כן הודיע אל"מ לוי כי חלק מהדלק הממתין בצד הפלסטיני של מעבר נחל עוז אינו נמשך משם על-ידי הפלסטינים היות ולארגונים הבינלאומיים יש תיעדוף אחר. הובהר עוד, כי יש כוונה להמשיך ולהכניס לרצועת עזה סולר תעשייתי לצורך הפעלת תחנת הכוח, בכפוף לאילוצים הביטחוניים. כן צוין כי 4 משאיות ובהן ציוד לאחזקת רשת החשמל ברצועת עזה נכנסו לשטח הרצועה בימים 9.1.09 ו-12.1.09 (בהקשר זה טוענים העותרים בהודעתם המעדכנת כי חלפים אלה הושמדו עקב הפצצת צה"ל את המחסן שאליו שונעו ממסוף קרני, ובעניין זה לא ידע אל"מ לוי למסור לנו פרטים).

25. בנוסף לסולר התעשייתי שנועד להפעלת תחנת הכוח הפלסטיני, נמסר לנו על-ידי המשיבים כי במהלך ימי הלחימה הוכנסו לרצועת עזה גם 200,000 ליטרים של סולר לתחבורה, 234 טונות של גז בישול, ערכות הגיינה וטיהור מים, וכן בקבוקי מים. כן צוין כי על-מנת לאפשר את חלוקת האספקה ההומניטרית לתושבי הרצועה החליטו המשיבים על הנהגת הפוגות בנות מספר שעות בלחימה בשטח רצועת עזה, אשר

במהלכן לא ייזמו פעולות לחימה מצדם. עם זאת, שימוש לרעה בהפוגות אלה על-ידי ארגון החמאס לשם התחמשות וביצוע פעולות ירי משבש לעיתים את ההעברה של הסיוע ההומניטרי. בנוסף, נמסר לנו על הקמתו של חמ"ל ארגונים בינלאומיים, אשר בראשו עומד קצין בדרגת רב-סרן, האמון על תיאום תנועתם של עובדי הארגונים הבינלאומיים ורכביהם במסגרת פעילותם ההומניטרית (שאינה רפואית) בשטח רצועת עזה, ועל תיאום העברת תרומות הומניטריות מטעם ארגונים בינלאומיים או מדינות זרות. חמ"ל זה אחראי גם על יצירת תמונת מצב הומניטרית עדכנית, בהתאם לדיווחים המועברים מן הגורמים הבינלאומיים השונים. לבסוף, נמסר לנו על הקמתו של חמ"ל הומניטרי נוסף בתל אביב, בפיקודו של קצין מילואים בדרגת תת-אלוף, אשר תפקידו לתגבר את עבודת התיאום בתחום הסיוע ההומניטרי בין מערכת הביטחון לבין נציגי הארגונים הבינלאומיים.

26. מהאמור עולה, כי נעשות פעולות לשם תיקון התקלות ברשת החשמל ברצועת עזה, וכי למרות מצב הלחימה והסיכונים הביטחוניים נעשים מאמצים לאפשר את הכנסתם של סולר תעשייתי להפעלת תחנת הכוח המקומית בעזה, וכן מוצרים הומניטריים נוספים, כגון גז בישול, סולר, מים, מזון ותרופות, לרצועת עזה. בנסיבות אלה, גם דינה של עתירה זו להידחות.

סוף דבר

27. בפעולות הלחימה של צה"ל סובלת האוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה סבל קשה. הלחימה נערכת בשטח בנוי וצפוף. כתוצאה מהתנאים, רבים מהקורבנות – מאות הרוגים ואלפי פצועים – הם מבין האזרחים שלא היו מעורבים בסכסוך והם משלמים מחיר כבד. למרבה הכאב, קורבנות תמימים הם הילדים משני צדי המתרס המשלמים את תוצאות אימי הלחימה הקשה. עקב התנאים בהם התקיים הדיון לא קיבלנו את מלוא הפרטים הדרושים לבירור המצב, אולם אין ניתן לחלוק על כך שיש לקיים מאמץ מוגבר לקיום החובות ההומניטריות המוטלות על מדינת ישראל. אכן, אל מול כוחות צה"ל נלחם ארגון טרור. ארגון זה אינו מקיים את המשפט הבינלאומי; החובות ההומניטריות אינן מכובדות על-ידו; ואף אין כל הידברות עמו לקידום יישומם של העקרונות והדינים החלים על הצדדים המעורבים בעימות המזוין מן הסוג המתחולל כאן. אנו עומדים, ככל הנראה, לפני שוך הקרבות. עם זאת, מצב העימות המזוין עודנו נמשך, ובגדרו כל עוד יש לישראל שליטה על העברת המצרכים ואספקת הצרכים ההומניטריים לרצועת עזה, חלות עליה החובות המעוגנות בדין ההומניטרי הבינלאומי, המחייבות

אותה לאפשר לאוכלוסייה האזרחית, בין היתר, גישה למתקנים רפואיים, למזון ולמים, וכן למוצרים הומניטריים נוספים הדרושים לקיומם של חיים אזרחיים.

28. שמענו את טענות העותרים, ביקשנו וקיבלנו מהמשיבים תשובות פרטניות ביחס לעניינים ההומניטריים השונים אשר הועלו בעתירות. הובהר לנו, כי צה"ל וגורמי הפיקוד הבכירים הפועלים מטעמו ערוכים למילוי חובותיהם ההומניטריות ומודעים להן. וכך אמרנו בהקשר דומה בעניין אלבסיוני:

“רצועת עזה נשלטת על-ידי ארגון טרור רצחני, הפועל ללא לאות לפגיעה במדינת ישראל ובתושביה, ומפר כל כלל אפשרי של המשפט הבינלאומי בפעולותיו האלימות, המופנות ללא אבחנה כלפי אזרחים - גברים, נשים וילדים. אף על פי כן, כאמור לעיל, מחויבת מדינת ישראל לפעול נגד ארגוני הטרור במסגרת החוק ובהתאם להוראות המשפט הבינלאומי, ולהימנע מפגיעה מכוונת באוכלוסייה האזרחית המצויה ברצועת עזה.” (בפסקה 22 לפסק-הדין)

29. כאמור, בשעת הינתן פסק-הדין ייתכן שפעולות הלחימה עומדות לפני סיום. עם זאת, אין חולק כי לא תמה מלאכת הסיוע והשיקום ההומניטרי. אנו תקווה כי אמנם תפעל המדינה ככל הניתן, בהתאם לדין הישראלי והבינלאומי, על-מנת להקל על סבלה של האוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה, אשר נפגעה פגיעה קשה במהלך פעולות הלחימה. סבל זה הינו תוצאה מדרך התנהלותו של ארגון הטרור האכזרי אשר שולט ברצועת עזה ופועל מתוך האוכלוסייה האזרחית תוך סיכונה והפקרתה. אף על פי כן, גם אל מול ארגון הטרור ששם לו למטרה לפגוע באוכלוסייה האזרחית של מדינת ישראל ללא אבחנה, אנו נקיים את חובתנו לשמור על העקרונות והערכים העומדים בבסיס הווייתנו כמדינה יהודית ודמוקרטית, אשר זכויות האדם וצלם האנוש יקרים לה.

בכפוף לכל האמור לעיל, העתירות נדחות.

ה נ ש י א ה

השופט א' רובינשטיין:

א. מצטרף אני לחוות דעתה של חברתי הנשיאה. הלחימה בה נתונה מדינת ישראל אינה “סימטרית” במובן של כיבוד החוק. כפי שציינה חברתי, ישראל נאלצה לצאת ולהילחם מתוך הגנה עצמית, כדת וכדין לפי מגילת האו”מ והמשפט הבינלאומי מימים

ימימה, מול הקם להרגנו, וזאת לאחר איפוק רב שנים. קשה לראות מדינות רבות בעולם החופשי שהיו ממתונות זמן כה רב תוך שאזרחיהן במספרים לא מבוטלים בסיכון - מתמיד ואף מתממש - של ירי טילים ופגיעות בנפש וברכוש. האויב ציני ואכזר, ומעבר להתעלמותו מכל נורמה, גם פועל בתוך אוכלוסיה אזרחית, המשלמת למרבה הצער את מחיר פעולתו. הוא מכוון את נשקו במודע ובמוצהר לאוכלוסיה אזרחית ישראלית ללא הבחנה, בעוד כוחותינו מצווים להימנע ככל הניתן מפגיעה באוכלוסיה אזרחית, על פי הנורמות המשפטיות המחייבות.

ב. בית משפט זה אמון על טיפול מידי בעתירות בנושאים הומניטריים, וכך אירע גם בעתירות אלה. לא אחת תפקידו של בית המשפט בכגון דא הוא דרבון לקיום הוראות המשפט הישראלי והבינלאומי ומעקב, גם מתוך ידיעה ושכנוע שהרשויות מחויבות ללא מחלוקת למתוה המשפטי, אך מתוך המבט השיפוטי האמון על תמונה כוללת. על כן יש טעם מתמיד בביקורת שיפוטית.

ג. חברתי ציינה את הקושי שבסיווג העימות עם הטרור במונחי המשפט הבינלאומי. המערכת המשפטית הבינלאומית נתקלת מדי פעם בחידושים עגומים בפעילותו של הטרור הבינלאומי, לרבות הנשק שבו הוא עושה שימוש (בסיוע מדינות חברות האו"מ, המחויבות כביכול למשפט הבינלאומי) ושיטות הלחימה. בכל פעילותה המתמדת בחקיקת נורמות ובאכיפה אין מערכת משפטית זו מצליחה להתמודד עם האתגרים החדשים לבקרים. אך מדינת ישראל, שבקרב מדינות העולם החופשי היא, כך דומה, נפגעת הטרור הבולטת ביותר, רואה עצמה - כפי שציין הנשיא ברק בפרשת הסיכול הממוקד וציטטה חברתי - מחויבת בגדרי הסכסוך למשפט הבינלאומי ההומניטרי, על היבטיו השונים.

ד. השתכנענו בטיפולנו בעתירות אלה במחויבות המערכת הצבאית והדרג המדיני לנורמות המשפטיות. מחויבות זו משמעה בפועל מאמץ יישומי שיטתי ובלתי פוסק, הפקת לקחים תוך תנועה מכשלים ותקלות, ופעולה מתמדת לשיפור.

ה. אכן, לא אחת במצב הנוכחי מצויה המערכת הישראלית בין פטיש לסדן, שכן - כפי שציינה הנשיאה - תקלות קורות בעתות מלחמה, לרבות היפגעות חיילינו מאש כוחותינו שלנו; ולא אחת יארעו אגב הקרב מול האויב, אף אם הכוונה והתכנון אין בהם כל דופי, פגיעות טרגיות באוכלוסיה אזרחית פלסטינאית שבה חפים מפשע, ובהן ילדים, ושלב אנוש נכמר לגביהן. ישראל חוותה זאת על בשרה שלה, לרבות בילדיה, על כן היא מצרה על אבידות בצד האחר. המאמץ המתמיד, הצריך להיות נחלת כל

הדרגים, ואין לנו סיבה לחשוב אחרת, מטרתו היא צמצומו ככל האפשר של תקלות עצובות, גם במצבים מרושעים או הזויים.

ו. ולבסוף, כמדינה יהודית ודמוקרטית אמונים אנו אף על הנורמות שקובע המשפט העברי באשר ליחס לבריות הנבראות בצלם שוכן שחקים, יהיו אשר יהיו. התלמוד הירושלמי (סנהדרין ד', כ"ב) אומר "לפיכך נברא אדם (הראשון - א"ר) יחידי בעולם, ללמד שכל המאבד נפש אחת מעלין עליו כאילו איבד עולם מלא, וכל המקיים נפש אחת כאילו קיים עולם מלא". וכשהמדובר בפיקוח נפש, "אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש, חוץ מעבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים" (ספר הלכות גדולות כ"ג, הלכות יום הכיפורים קפ"ח). אתוס זה נוסע עם מחנה ישראל מדור דור, וימשיך ויסע.

ש ו פ ט

השופט א' גרוניט:

אני מסכים לפסק דינה של חברתי, הנשיאה ד' ביניש לגופם של דברים. בנסיבות העניין איני רואה צורך להתייחס לסוגיית השפיטות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, כ"ג טבת, תשס"ט (19.01.09).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה