

# פרשת לך לך: בין אדם למקום

מאת: ארנה בן-נפתלי\* וקרן מיכאלי\*\*

## בעקבות בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית<sup>1</sup>

### 1. פתח דבר: אדם, מקום, משפט

*"אנטיגונה: אין צער, אין מכאוב  
שלא נפל בגורלנו. ועכשיו –  
האם שמעת את הגזירה החדשה  
אשר יצאה מפי המלך...?"<sup>2</sup>*

עניינו של פסק דין עג'ורי ב"תיחום מקום מגוריהם" של שלושה תושבי אזור יהודה ושומרון (להלן: "העותרים") לחבל עזה על ידי המפקד הצבאי של כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון. צווי תיחום המגורים הוצאו על ידי המפקד הצבאי מכוח סעיף 86 לצו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 84) (יהודה ושומרון) (מס' 510), תשס"ב-2002, אשר הסמיך את המפקד הצבאי להורות בצו כי אדם הנתון לפיקוח מיוחד יהא נדרש לגור בתחומי של מקום מסוים באזור יהודה ושומרון או באזור חבל עזה (להלן: "הצו המתקן")<sup>3</sup>. נגד צווי תיחום המגורים הוגשו העתירות נשוא פסק הדין.

סקירת פסק הדין וניתוחו הם עניינה של רשימה זו. בפרק 2, "פרשת הדברים", נשרטט בקצרה את המסגרת הנרטיבית, נציג את השאלה המשפטית העולה ממנה, ונעקוב אחר התשובה הנורמטיבית הניתנת לה – והכול כעולה מפסק הדין. בפרק 3, "פרשנות הדברים", נציע ניתוח משפטי של פסק הדין, המתייחס לשלוש נקודות עיקריות: ראשית, מסגרת הדיון המשפטי, תוך הדגשת מרכזיותו של הדין הבינלאומי בהכרעה; שנית, גישת הפרשנות הראויה של אמנת ג'נבה אליבא דבית המשפט; ולבסוף, בחינת יישומה של פרשנות זו במקרה שבפנינו, הן מבחינת הגדרת הפעולה – האם אכן עסקינן ב"תיחום מקום מגורים" מותר או שמא מדובר בגירוש אסור – והן מבחינת מידת הסיכון הנשקפת מן העותרים אשר את מקום מגוריהם מבקשים לתחם. בפרק 4, "פרשת הדרכים", נבחן בעין ביקורתית את המסגרת הנרטיבית התוחמת את הדיון, נישיר מבט על האור שהיא זורה על פרשנות הנורמות ויישומן, ותוך הצגה תמציתית של מסקנותינו, נתהא אם פסק הדין בעניין עג'ורי פרץ דרך נורמטיבית חדשה אם לאו, ונוסיף ונהרהר בתפקידו של המשפט, בין אדם למקום.

### 2. פרשת הדברים: עובדות ותיאור פסק הדין

*"איסמנה: מר ונמהר יהא סופנו, מר ממוות  
אם נמרה את פיו, אם נחלל  
מצוות מלכות...  
יד חזקה לחק ואנו אנוסות  
לכף ראשנו, גם אם תכבד ידו עלינו שבעתיים. לו ימחלו לי  
המתים, אבל ידי קצרות"<sup>4</sup>*

#### 2.1. המסגרת הנרטיבית

פסק הדין, שנכתב על ידי הנשיא ברק<sup>5</sup>, משרטט ומגדיר כאחד את המסגרת הפוליטית-מדינית המהווה את הבמה להתרחשויות אשר הובילו להוצאת צווי תיחום המגורים. הלחימה המשתוללת באזורי יהודה ושומרון ורצועת עזה אינה פעילות משטרתית, כי אם סכסוך מזוין שבמסגרתו נפצעו ונהרגו ישראלים ופלשתינים רבים<sup>6</sup>. הכוחות שנגדם נלחמת מדינת ישראל הם טרוריסטים אשר אינם נמנים עם צבא סדיר, אינם לובשים מדים ומתמזגים בקרב האוכלוסייה הפלשתינית האזרחית, המגישה להם תמיכה וסיוע. הטקטיקה הנבחרת על ידי כוחות אלה מתבטאת בעיקר בשליחת מחבלים מתאבדים הזורעים הרג ודם ביישובים ישראליים אזרחיים<sup>7</sup>. ישראל, הפועלת מכוח זכותה להגנה עצמית, נוקטת מבצעי לחימה מיוחדים, שבמסגרתם נכנסו כוחות צה"ל לשטחים אשר היו בעבר תחת שליטתם מכוח תפיסה לוחמתית ואשר הועברו בהסכמים בין ישראל לרשות הפלשתינית לשליטתה המלאה או החלקית של הרשות הפלשתינית. לשם מבצעים אלו גויסו כוחות מילואים רבים, הופעלו כלי נשק כבדים: טנקים, נגמ"שים, מסוקי קרב ומטוסים<sup>8</sup>.

#### 2.2. השאלה המשפטית

במרכז העתירות, ופסק הדין, עמדה הטענה כי הצו המתקן בטל מכיוון שעומד הוא בסתירה לדין הבינלאומי<sup>9</sup>. בפרט טענו העותרים כי הצו מורה על העברה בכפייה, או גירוש, של אנשים מוגנים, וזאת בניגוד לאיסור הקבוע בסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית<sup>10</sup>. הנשיא ברק חילק את הדיון בסוגיה לשלושה שלבים, בבחינת מן הכלל אל הפרט.

(א) המסגרת הנורמטיבית – בחינת סמכותו של המפקד הצבאי על פי המשפט הבינלאומי לקבוע הסדרים בדבר תיחום מקום מגורים.

\* דוקטור למשפטים. מרצה בכירה בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל.  
\*\* עורכת דין, בוגרת בית הספר למשפטים של המכללה למנהל ותלמידת תואר שני בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. המחברות מודות לד"ר איל גרוס ולד"ר יובל שני על הערותיהם היפות לטיטות מאמר זה.

- (ב) ניתוח הדין החל – אם סמכות כאמור קיימת, בחינת התנאים והיקף שיקול הדעת המותרים על ידי המשפט הבינלאומי למפקד הצבאי בכל הקשור לצווים מסוג זה.
- (ג) החלת הדין על העובדות – בחינת התקיימות התנאים הנדרשים להפעלת סמכותו של המפקד הצבאי בעניינם של העותרים. סקירת פסק הדין תעקוב, לפיכך, אחר מהלך זה כסדרו.

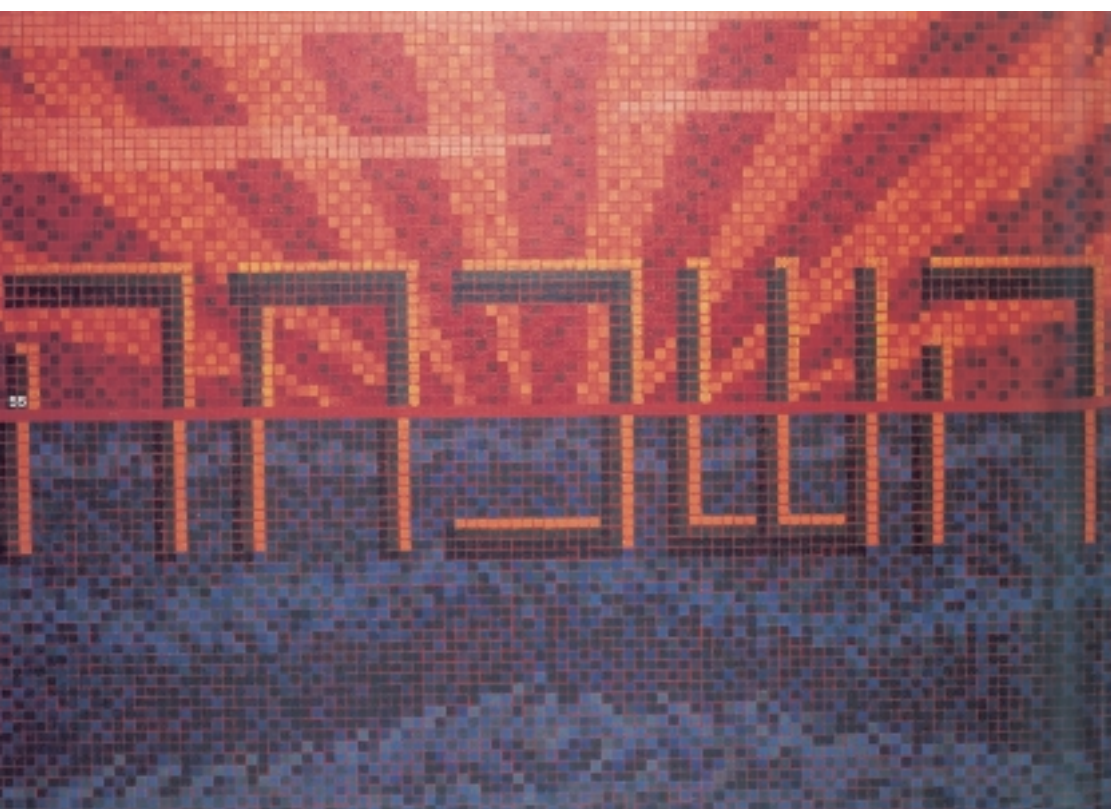
### 2.2.1. המסגרת הנורמטיבית

לעניין שאלת מקור הסמכות של המפקד הצבאי, שב וחזר בית המשפט על ההלכה שיצאה זה מכבר מלפניו כי סמכותו של המפקד הצבאי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית (Belligerent Occupation) נובעת מדיני התפיסה הלוחמתית, המהווים חלק מדיני המלחמה של המשפט הבינלאומי<sup>11</sup>. הם היוצרים את סמכותו והם התוחמים אותה. דינים אלו קבועים בהוראות התקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר חוקי המלחמה ביבשה משנת 1907<sup>12</sup> כמו גם בהוראותיה של אמנת ג'ניבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים משנת 1949<sup>13</sup>. החלתם של דינים אלה בנסיבות פסק הדין עלתה בקנה אחד עם הלכותו הקודמות של בית המשפט, שעל פיהן הוראות נספח האג משקפות דין מנהגי המחייב את ישראל ככזה, וכי הוראותיה ההומניטריות של אמנת ג'ניבה חלות על סמך ההתחייבות

שנטלה על עצמה ממשלת ישראל בכל הנוגע לכיבודן<sup>14</sup>. עם זאת, ציין הנשיא, כי לצד דיני המשפט הבינלאומי פועלים כללי המשפט המנהלי הישראלי: "כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו הן את כללי המשפט הבינלאומי והן את כללי היסוד של המשפט המנהלי הישראלי הנוגעים לעניין"<sup>15</sup>.

את מסגרת הדין, אפוא, משרטטות ההוראות הקבועות בנספח לאמנת האג ובאמנת ג'ניבה הרביעית. הוראות אלו, היוצרות את סמכות המפקד הצבאי, הן אף הקובעות את האיזון הראוי שיש לערוך בין זכויותיו של האדם שאת מגוריו מעבירים בכפייה, דהיינו, זכויותיו לכבוד, לחירות ולקניין, לבין צורכי הביטחון בשטח הנתון

- 1 בג"צ 7015/02 עניין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (טרם פורסם) (עותק שמור במערכת) (להלן: עניין עזריה).
- 2 סופוקלס "פרולוג" אוסינונה (תורגם על ידי ט' כרמי, 1987) 23.
- 3 עניין עזריה, לעיל הערה 1, פסקה 6 לפסק דינו של הנשיא ברק. צו זה הרחיב את תחולת הצו המקורי משנת 1970, אשר הוגבל לאזור יהודה ושומרון בלבד, לאזור חבל עזה.
- 4 סופוקלס, לעיל הערה 2, בע' 25.
- 5 פסק הדין התקבל פה אחד על ידי חברי ההרכב, אשר כללו את הנשיא, המשנה לנשיא השופט לוי והשופטים אור, מצא, חשין, שטרסברכה, דורנר, טירקל וביניש.
- 6 עניין עזריה, לעיל הערה 1, פסקה 1. יש לציין כי בית המשפט מכמת את מספר ההרוגים הישראליים, אך לא את זה של הפלשתינים. מספר ההרוגים הפלשתינים עובר לכתיבת פסק הדין עולה על 1500 איש. ראו ד"ר "בצלם" [URL: http://www.btselem.org].
- 7 עניין עזריה, לעיל הערה 1, פסקה 2.
- 8 שם, פסקה 3.



השכחה, אבישי אייל, 1995-1999

"המפרדה", "הרחקה", "השכחה", את שלוש המילים הללו כתב-ציר אבישי אייל... על שלושה בדים דמוי פסיפס. מושגים אלה, הטעונים באסוציאציות פוליטיות, הקשורות לסכסוך הישראלי-פלשתינאי, מובאים בחלקם בתערוכתנו בהקשר המטאפיזי. לאמור: יותר משחיקתן של מילים יותר מאירוניה של מונחי כיבוש, ההרחקה-הפרדה השכחה... מסמנות קרע בתוך המהות היא עצמה, בתוככי המקום המטאפיזי" (קטלוג התערוכה, עמ' 152).

- 9 בג"צ דחה לאלתר טיעונים נוספים מהעותרים, כי נפלו פגמים בהליכי ועדת הערעורים שבפניה ערערו העותרים כנגד הצווים, כי חסר בסיס עובדתי מספק להחלטת המשיבים וכי המשיב אינו מוסמך לצוות בעניינו של חבל עזה. שם, פסקה 12.
- 10 שם, פסקה 13.
- 11 בג"צ 393/82 גמיעת אסכאן אלמעלמן אלעאוויה אלמחודדה אלמטאוויה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד לז"א (4) 785, 793 (להלן: עניין אסכאן).
- 12 Hague Convention No. IV Respecting the Laws and Customs of War on Land and Annex Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, Oct. 18, 1907, 36 Stat. 2277, T.S. No. 539.
- 13 אמנת ג'ניבה 12 באוגוסט 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, מס' 30, ע' 559 (להלן: "אמנת ג'ניבה").
- 14 עניין עזריה, לעיל הערה 1, פסקה 13.
- 15 שם, פסקה 14. פקודת מטכ"ל 33.0133 (1982) קובעת כי על חיילי צה"ל להישמע להוראותיהם ההומניטריות של המשפט הבינלאומי. ראו לעניין זה, ה' סומר "ואף על פי כן חול תחול – לתחולתה של אמנת ג'ניבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה, 1949, בדיון הישראלי" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 263, 269-268.

לתפיסה לוחמתית<sup>16</sup>. ההוראה הרלוונטית, אליבא דבית המשפט, הנה סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית המתירה למעצמה הכובשת, מטעמים של שמירה על הביטחון, לנקוט אמצעי ביטחון כלפי אנשים מוגנים. אמצעים אלו יכולים, לכל היותר, להתבטא בתיחום מקום מגורים או מעצר וזאת בכפוף לכך שיתקבלו לפי נוהל סדיר ויהיו נתונים לערעור בפני גוף מוסמך. הוראה זו מהווה הוראת דין מיוחדת (*lex specialis*), ולכן פעולה מכוחה הנה פעולה מותרת, אף אם אסורה היא על ידי הוראה כללית יותר. משכך, אין להחיל את הוראות סעיף 49 האוסרות על העברה בכפייה או על גירוש מקום בו פעולת המפקד הצבאי מותרת על פי סעיף 78. אכן, מוסיף פסק הדין ומציין, "עיון בצו המתקן עצמו ובצווים האינדיבידואלים שהוצאו מכוחו מלמד, כי מתקין הצו ראה לנגד עיניו את הוראות סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, ועל פיהן פעל בהתקינו את הצו המתקן ואת הצווים האינדיבידואלים". לא בגירוש עסקינן, אפוא, כי אם בתיחום מקום מגורים על פי סעיף 78<sup>17</sup>, וסמכות כאמור נתונה למפקד הצבאי. כל עוד העברתו של אדם נעשית בהתאם לתנאיו הרי שאין בכך הפרה של זכויותיו המוגנות על ידי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. "אכן, סעיף 78 לאמנת ז'נבה הרביעית מהווה הן מקור להגנה על זכותו של הנעבר והן מקור לאפשרות הפגיעה בזכות<sup>18</sup>".

## 2.2.2. ניתוח הדין החל

טענתם הראשונה של העותרים התייחסה לאזור שבו ניתן לתחום מקום מגוריו של אדם על פי סעיף 78. לשיטתם, סעיף 78 מתיר תיחום מגורים רק בשטחי האזור הנתון לתפיסה לוחמתית. מכיוון שיש לראות באזור יהודה ושומרון כאזור נפרד מאזור רצועת עזה, הרי שהעברתם לאזור זה אינה עומדת בתנאי סעיף 78 ומשולה לגירוש האסור על פי סעיף 49. הבחנה זו של העותרים בין סעיף 49 לסעיף 78, המבדילה את האחרון מן הראשון על בסיס האזור שאליו מעבירים את האדם, נתקבלה על דעת בית המשפט<sup>19</sup>. משכך, נדרש הוא לדון בסוגיה אם אזור יהודה ושומרון ואזור רצועת עזה מהווים אזור אחד או שמה שני אזורים נפרדים. לעניין זה פסק בית המשפט כי אין בעובדה שמדובר באזורים שנכבשו משתי מדינות שונות ומנהלים על ידי שני מפקדים צבאיים שונים כדי להפוך אותם לשני אזורים נפרדים<sup>20</sup>. שני טעמים תומכים במסקנה כי באזור אחד עסקינן: ראשית, קריאה תכליתית של הוראות סעיף 78 לאמנת ג'נבה מובילה למסקנה כי מטרת הדרישה לייחד מגורים לאזור אזור יסודה ברצון לצמצם את הנזק שנגרם לאדם בעקבות העברתו לאזור השונה מבחינה תרבותית, חברתית, לשונית וסוציאלית מאזור מגוריו המקורי. שוני זה אינו קיים בין אזור יהודה ושומרון לבין אזור רצועת עזה. שנית, הן ישראל והן הרשות הפלשתינית מתייחסות לשני האזורים כישות אחת, כפי שניתן ללמוד, בין השאר, מהוראות סעיף 11 להסכם הביניים הישראלי-פלשתיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה. לעניין זה הוסיף בית המשפט ואמר: "באזור

זה פועלים שני מפקדים צבאיים מטעם המעצמה הכובשת האחת והיחידה"<sup>21</sup>. משכך, אין מתקיימים יסודות סעיף 49, ותיחום המגורים של תושבי אזור יהודה ושומרון לאזור רצועת עזה נופל בגדרו של סעיף 78.

טענתם השנייה של העותרים התמקדה בהפעלת שיקול הדעת של המפקד הצבאי. על פי העותרים, השיקולים שעמדו לנגד עיניו של המפקד הצבאי בהוציאו את צווי תיחום מקום המגורים היו שיקולי הרתעה בלבד ולא שיקולים של מניעת סכנה הנשקפת מן העותרים עצמם. בכך, לשיטת העותרים, חרג המפקד הצבאי מהסמכות המוקנית לו על ידי סעיף 78 המתיר תיחום מגורים כאמצעי ביטחון בלבד שנועד למנוע סכנה מהמועברים עצמם. לעניין זה הדגיש בית המשפט, ואף שב והדגיש, כי אכן תנאי הכרחי לתיחום מקום מגוריו של אדם הוא כי מאותו אדם עצמו נשקפת סכנה "וכי תיחום מקום המגורים יסייע בהסרתו של סיכון זה". לא ניתן לייחד מקום מגוריו של אדם תמים או אדם שפעל פעולות הפוגעות בביטחון בעבר אולם כעת אינו מהווה עוד סיכון כאמור, אף אם יש בכך אפקט הרתעתי יעיל<sup>22</sup>. תוצאה זו, כך בית המשפט, נסמכת על פרשנות תכליתית של מטרת האמנה בכלל, ושל סעיף 78 בפרט, פרשנות המדגישה את האופי החריג ויוצא הדופן של אמצעי זה. היא אף מתבקשת מפירושו של הצו המתקן עצמו ו"מערכינו היהודים והדמוקרטיים"<sup>23</sup>.

מאופיו החריג של אמצעי תיחום מקום המגורים נגזר אף היקף ההיזקקות לו. תיחום מגורים יכול להתבצע נגד אדם מוגן "רק אם קיימות ראיות מנהליות – שגם אם אינן קבילות בבית משפט – הרי הן ברורות ומשכנעות, שאם לא יינקט האמצעי של תיחום מקום מגורים, קיימת אפשרות סבירה כי תהא נשקפת ממנו סכנה ממשית לפגיעה בביטחון האזור"<sup>24</sup>. על אמצעי זה לעמוד במבחני המידתיות המקובלים בדין המנהלי; נדרש כי יתקיים יחס ענייני בין המעשה האסור לבין האמצעי של תיחום מקום מגורים; כי יתקיים קשר של התאמה בין המטרה של מניעת סיכון מהאדם לבין הסיכון האמור; כי אמצעי זה יהווה את האמצעי שפגיעתו תהא הפחותה וכי האמצעי יעמוד ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממנו<sup>25</sup>. בהקשר זה ציין בית המשפט כי יש שהגשת כתב אישום תהווה אמצעי הולם ומידתי יותר מתיחום מגורים וכי יש לשקול התאמתו של כל אחד מהם בכל מקרה לגופו<sup>26</sup>.

עם זאת, המפקד הצבאי מוסמך להביא בחשבון שיקולי הרתעה. ודוק, לשיקולים אלה יש מקום בהליך קבלת החלטה כאשר האמצעי של תיחום מגורים עונה על התנאים המצוינים לעיל. אין הם מהווים בסיס עצמאי שעליו ניתן להשתית החלטה הנוגעת לתיחום מקום מגוריו של אדם מוגן. משמע, כאשר מסוכנותו של אדם מוגן מצדיקה את תיחום מקום מגוריו והמפקד הצבאי שוקל אם להוציא אמצעי זה לפועל, הוא מוסמך להביא בחשבון שיקולי הרתעה על מנת להגיע להחלטה בדבר האמצעי הראוי שיש לנקוט. מסקנה זו מתיישבת, על פי בית המשפט, עם ההכרה של אמנת ג'נבה בתיחום

למספר פיגועים. ממצאי ועדת הערעורים עולה כי הלה ידע על מעורבותו של אחיו בפעילות חבלנית ואף הסיע את אחיו ואדם אחר לבית החולים לאחר שאלו נפצעו במהלך טיפול במטען חבלה. העותר סיפק לאחיו ולגיסו מזון ובגדים נקיים ואף השאיל להם את רכבו לא פעם, אם כי חדל מכך מחשש שיתנקשו באחיו במהלך נהיגה בו. העותר טען, וטענתו לא נסתרה, כי לא ידע לאיזו מטרה עושה אחיו שימוש ברכב וכי לא ידע לאיזו מטרה נוסע אחיו לשכם, שעה שהסיע אותו. לדעת בית המשפט לא היה בפעילות זו כדי לבסס מסוכנות אישית המצדיקה את תיחום מגורי העותר: "הפעולות האקטיביות שבהן נקט, בסיוע לאחיו, נופלות מרמת הסיכון הנדרשת על פי הוראותיה של סעיף 78 לאמנת ז'נבה הרביעית ולהוראות הצו המתקן. אין בהתנהגותו שלו אותה מעורבות היוצרת סיכון ממשי לביטחון האזור"<sup>31</sup>.

### 2.3. חתימת הדברים

את פסק הדין חתם הנשיא ברק במספר הערות. ראשית, הוא הטעים את הצורך בנקיטת גישת פרשנות דינמית לסעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית. גישה זו, אליבא דהנשיא, לוקחת בחשבון את שיתוף הפעולה מצד אנשים מוגנים ואת מדיניות הטרור של מחבלים מתאבדים, תופעה שלא צפו מנסחיה של האמנה. גישה זו מחויבת המציאות באשר היא מאפשרת הסתמכות על הוראות האמנה למול המציאות הביטחונית שבה מצויה מדינת ישראל<sup>32</sup>. שנית, התקפות

מגורים כאמצעי לגיטימי בשמירה על ביטחון האזור ומחויבת מן המציאות הקשה שבה נתונים מדינת ישראל והאזור בעקבות פעילותם של מחבלים מתאבדים<sup>27</sup>.

תיחום שיקול הדעת הנתון למפקד הצבאי להוציא צווי תיחום מקום מגורים הנו רחב. אין בית המשפט ממיר את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בשלו. היקף הביקורת שמפעיל בית המשפט על החלטות אלו מוגבל, לפיכך, לבחינת התקימותם של הפרמטרים המצוינים לעיל והיוצרים "מתחם של סבירות". כך, לדוגמה, לא נדרש בית המשפט לטענה כי האמצעי של תיחום מקום מגורים אינו יעיל כאשר הוצגו בפניו דוגמאות למקרים שבהם נמנעה פעילות חבלנית בעקבות נקיטת אמצעים מסוג זה<sup>28</sup>.

### 2.2.3. החלת הדין על העובדות - בחינת התקימות התנאים הנדרשים להפעלת סמכותו של המפקד הצבאי בעניינם של העותרים

צו תיחום מגוריהם של שלושת העותרים הוצא בגין הסיוע שהגישו לאחמד עלי עג'ורי, שלו יוחסו פעולות של שילוח מחבלים מתאבדים נושאי חגורות נפץ. חלק זה של פסק הדין עוסק בזהותם של העותרים ובאופי הפעולות שיוחסו להם על מנת לבחון אם התקיימו תנאי הוראת סעיף 78 בעניינם.

**אמתצאר מוחמד אחמד עג'ורי**, רווקה בת 34, הנה אחותו של אחמד עלי עג'ורי. ועדת הערעורים קבעה כי העותרת ידעה על פעילותו של אחיה על היותו חמוש ועל רובה סער שהסתיר בדירת המשפחה. כמו כן, קבעה הוועדה כי העותרת סייעה לאחיה בכך שתפרה עבורו מספר חגורות נפץ. מעורבותה זו היותה תשתית מספקת למסקנת בית המשפט כי העותרת "יוצרת סיכון ניכר לביטחון האזור" מעל הסף המינימלי הנדרש על פי סעיף 78. סיכום הנשיא ברק באומר: "אכן, תיחום מקום מגוריה של העותרת הוא אמצעי רציונלי – במסגרת המידתיות הנדרשת – להפחתת הסיכון הנובע ממנה בעתיד"<sup>29</sup>.

**כיפאח מוחמד אחמד עג'ורי**, בן 38, נשוי ואב לשלושה, הנו אחיו של אחמד עלי עג'ורי. ועדת הערעורים קבעה כי לא זו בלבד שהעותר ידע על פעילותו של אחיו, אלא אף סייע בידו. על פי ממצאיה, סיפק העותר מזון לחולייתו של אחיו, העביר מזרן מדירת המסתור של החוליה, ושימש כתצפיתן שעה שאחיו וחברי החוליה העבירו מטעני חבלה מן הדירה אל רכבם. על פעילות זו ביסס בית המשפט את מסקנתו כי העותר "מעורב עמוקות בפעילותו החבלנית הקשה של אותו אח" וכי "הריהו מקים אפשרות סבירה כי תהא נשקפת ממנו סכנה ממשית לביטחון האזור... האמצעי של תיחום מגוריו של העותר מס' 1 הוא אכן אמצעי מידתי למניעת הסיכון ממנו, שכן מעשיו של עותר זה עוברים בהרבה את הסף הנדרש על פי הוראותיו של סעיף 78 לאמנת ז'נבה הרביעית"<sup>30</sup>.

**עבד אלנאצר מוצטפא אחמד עצידה**, בן 35, נשוי ואב לחמישה, הנו אחיו של נאצר א-עצידה, המבוקש על ידי ישראל בחשד לאחריות

16	עניין <b>עג'ורי</b> , לעיל הערה 1, פסקה 16.
17	<b>שם</b> , פסקה 17.
18	<b>שם</b> , פסקה 18.
19	<b>שם</b> , פסקה 20.
20	<b>שם</b> , פסקה 21.
21	<b>שם</b> , פסקה 22.
22	<b>שם</b> , פסקה 24, 27, 29.
23	<b>שם</b> , פסקה 24. פסיקה זו עולה אף בקנה אחד עם פסיקת בית המשפט בד"פ 7048/97 <b>פלונים נ' שר הביטחון</b> , פ"ד נד(1) 721 (להלן: עניין <b>פלונים</b> ). בעניין <b>פלונים</b> נקבע כי ניתן לבצע מעצר מנהלי רק נגד אדם שממנו נשקפת סכנה לביטחון המדינה ולא לאף למטרה אחרת, כגון שימוש באותו אדם למטרות משא ומתן לשחרור שבויי צה"ל ונעדריו. <b>שם</b> , בע' 741.
24	עניין <b>עג'ורי</b> , לעיל הערה 1, פסקה 25.
25	<b>שם</b> , שם.
26	<b>שם</b> , פסקה 26.
27	<b>שם</b> , פסקה 27.
28	<b>שם</b> , פסקאות 29-30.
29	<b>שם</b> , פסקאות 31-32.
30	<b>שם</b> , פסקאות 33-36.
31	<b>שם</b> , פסקאות 37-39.
32	<b>שם</b> , פסקה 40.



### 3.1 מסגרת הדין – הדין הבינלאומי כדין הרלוונטי

כמצוין לעיל, פסק הדין נפתח בתיאור המאבק הישראלי-פלשתיני: הצגתו כסכסוך מזוין, הגדרתם של הכוחות הפלשתינים לא כלוחמים אלא כטרוריסטים אשר אינם שייכים לצבא סדיר, הגדרת תגובתה של ישראל כפעולת הגנה עצמית המותרת על פי מגילת האומות המאוחדות ותיאור הפלישה הצבאית של צה"ל לשטחי אזור יהודה ושומרון. בית המשפט בחר לתאר את המאבק האמור באמצעות הגדרות מתחום דיני המלחמה הבינלאומיים, ולא בכדי. בעשותו כן הגדיר הנשיא, בפתחם של דברים, את המסגרת הנורמטיבית של פסק הדין: דיני המלחמה ודיני הכיבוש הבינלאומיים. כפי שיתואר להלן, ההחלטה בעניין **עג'ורי** הנה השלב האחרון בהתפתחות האבולוציונית של השימוש בכללי המשפט הבינלאומי בכלל, ובכללי אמנת ג'נבה הרביעית בפרט, כבסיס להכרעה שיפוטית על ידי בג"צ. מעמדם של דיני המשפט הבינלאומי בדין הישראלי מעוגן היטב בפסיקה הישראלית. ככלל, לאמנות הבינלאומיות שישאל חברה בהן אין מעמד עצמאי בדין הישראלי ללא חוק הקולט אותן.<sup>40</sup> החריג לכך הן אמנות דקלרטיביות, דהיינו, אמנות המשקפות כללי משפט מנהגי<sup>41</sup>. כללים אלה מהווים חלק מן הדין החל בישראל והנם מחייבים כל עוד אינם עומדים בסתירה לחוק ישראלי<sup>42</sup>. אמנות בינלאומיות, עם זאת, אינן נעדרות כל מעמד בדין הישראלי. כחלק מדיני המשפט הבינלאומי הן מהוות מצפן המדריך את בית המשפט בהכרעותיו, שכן חזקה היא כי התכלית העומדת ביסוד כל חוק הנה להגשים את הוראות המשפט הבינלאומי<sup>43</sup>. בבואו לפרש את הדין הישראלי, על בית המשפט, אפוא, לעשות כן ככל הניתן באופן שיעלה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי<sup>44</sup>, שכן "מדינת ישראל היא חברה במשפחת העמים. מן הראוי לה שלא תפר את התחייבויותיה הבינלאומיות"<sup>45</sup>.

אמנם הכללים לקליטת דיני המשפט הבינלאומי לדין הישראלי ברורים, אך יישומם על ידי בית המשפט מאופיין בהיעדר עקביות מובהקת. הדוגמה הבולטת ביותר לעניין זה מצויה בדין הנוסף שקיים בג"צ על החלטתו בשאלת חוקיות המשך מעצרו הממושך של שבויים לבנונים כקלפי מיקוח על ידי ישראל. בהחלטתו המקורית<sup>46</sup> קבע בג"צ כי הפגיעה בזכויותיהם של העותרים, אשר מהם אישית לא נשקפה סכנה ביטחונית, שיקפה את נקודת האיזון הראויה בין חירויות הפרט לביטחון המדינה<sup>47</sup>. הנשיא ברק קבע כי אין לשעות לכללי המשפט הבינלאומי בדבר איסור לקיחת בני ערובה, בין הסכמיים ובין מנהגיים, שכן חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979 חולש על הסוגיה נשוא הדין וככזה גובר על כל הוראה של המשפט הבינלאומי<sup>48</sup>. בדין הנוסף הפך הנשיא ברק את החלטתו הקודמת בקובעו כי מעצר אדם בלא שנשקפת ממנו סכנה אישית, אינו יכול להוות איזון נאות בין זכויות האדם לביטחון המדינה<sup>49</sup>. את מסקנתו זו ביסס הנשיא, בין השאר, על האיסור הקבוע במשפט הבינלאומי ההסכמי על לקיחת בני ערובה המשליך על פרשנותו הראויה של חוק המעצרים<sup>50</sup>.

הטרור, הפוגעות בתושבי מדינת ישראל והשטחים כאחת, מקשות על מדינת ישראל להגן על אזרחיה ולהבטיח את ביטחון האזור. ההגבלות על יכולתה להילחם נגד התקפות אלו הן לא רק צבאיות אופרטיביות אלא אף נורמטיביות. מחד גיסא, מדינת ישראל פועלת מתוך זכותה להגנה עצמית המותרת על פי מגילת האומות המאוחדות. מאידך גיסא, דמוקרטיה שוחרת חירות מטילה מגבלות על אופי האמצעים שניתן לנקוט באמצעות הדין הבינלאומי והדין הפנימי. "כתוצאה מכך, לא כל אמצעי אפקטיבי הוא גם אמצעי חוקי"<sup>33</sup>.

### 3. פרשנות הדברים: ניתוח פסק הדין

"קריאון: העוף הקשה – מהיר להשבר ...

הנערה הזאת – חטאה כפול:

הפרה חק וגם חרצה לשון.

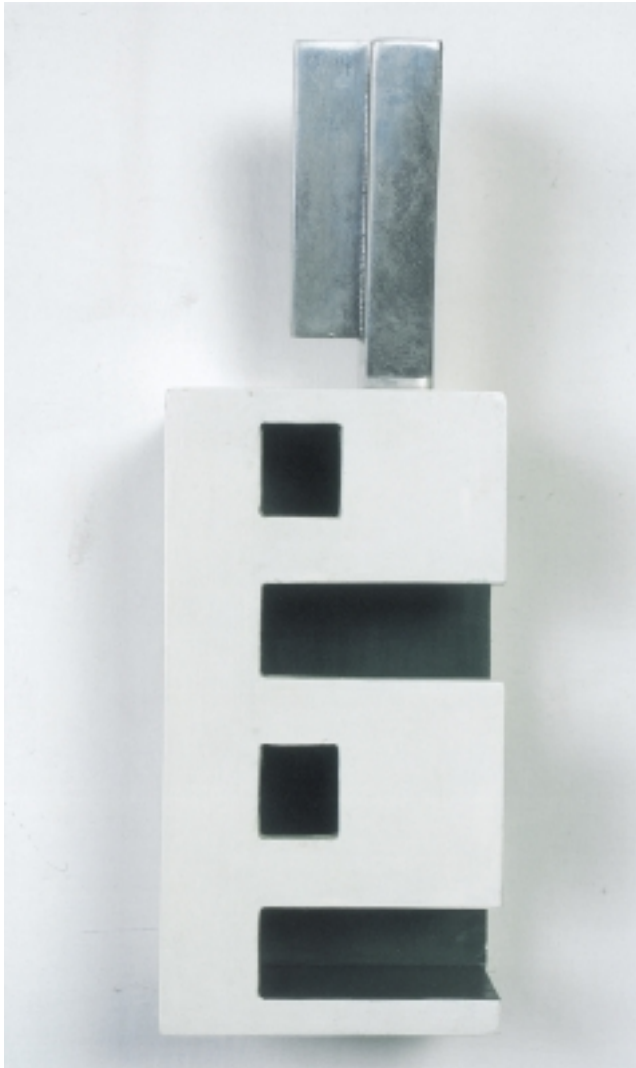
ומי כאן האדון

היא או אני –

אם לא איש לה כגמולה?"<sup>34</sup>.

פסק הדין בעניין **עג'ורי** הנו האחרון, נכון לכתיבת רשימה זו, בשורה של פסקי דין שבהם העביר בג"צ תחת שבט ביקורתו אמצעים שנקטו על ידי זרועות הביטחון השונות במסגרת הסכסוך הישראלי-ערבי. בין הבולטים שבפסקי דין אלו בשנים האחרונות, ניתן לציון מיוחד דנ"פ 7048/97 **פלוניס נ' שר הביטחון**<sup>35</sup>, שבו בחן בג"צ את חוקיות המשך מעצרו המנהלי של שבויים לבנונים אשר שימשו כקלפי מיקוח במשא ומתן שניהלה מדינת ישראל להחזרת שבויים ונעדרים. כן ראוי לציין את בג"צ 5100/97 **הוועד הציבורי כנגד עינויים נ' מ"מ**<sup>36</sup>, שבו נדונו שיטות החקירה של אנשי השב"כ נגד עצורים שנחשדו בפעילות חבלנית או בהסתרת מידע על פעילות כאמור. יתרה מכך, במהלך מבצע "חומת מגן" הוגשו לבג"צ למעלה מעשרים עתירות על ידי ארגוני זכויות אדם נגד פעולות לחימה שונות שערך צה"ל באזור ג'נין<sup>37</sup>. אף שבמרבית פסקי הדין קבע בג"צ, ללא דיון נורמטיבי מפורט, כי כוחות הצבא פעלו כדין וכי לא הוגשה בפניו תשתית עובדתית סותרת, הוא הביע נכונות להכפיף פעולות לחימה שהתבצעו "בזמן אמת" לביקורת שיפוטית<sup>38</sup>. מבחינה זו אין לראות בעניין **עג'ורי** כפורץ דרך, אלא כמי שעולה בקנה אחד עם דוקטרינת השפיטות, ובכללה שפיטותן של החלטות ביטחוניות, כפי שזו פותחה על ידי בית המשפט העליון בישראל<sup>39</sup>. עם זאת, פסק הדין בעניין **עג'ורי** הנו פסק דין חדשני במובן זה שעל פניו דומה כי הוא מדבר בשפה נורמטיבית שונה מזו שלה הורגלו בפסקי הדין שקדמו לו ועסקו בסוגיות דומות. שפה זו, בתורה, היא המנכיחה את מסגרת הדיון שנבחרה על ידי בית המשפט לבחינת חוקיות האמצעי של תיחום מגורים, ומובילה בהכרח לדיון בסוגיות שלא נדונו עד כה. לדיון במסגרת זו ובסוגיות אלו מתייחס פרק זה.

באש הנה שפיטה; בבג"צ 5688/92  
**וכסלכאום נ' שר הביטחון**, פ"ד מז(2)  
 812 הורה בג"צ להתיר למשפחתו של  
 חלל צה"ל לסטות מהנוסח המקובל  
 בצה"ל לכיתוב על מצבות; בבג"צ 88/  
 680 **שניצר נ' הצנזור הצבאי**, פ"ד  
 מב(4) 617 התיר בג"צ פרסום כתבה  
 המותחת ביקורת על תפקודו של ראש  
 המוסד; בבג"צ 4541/94 **מילר נ' שר  
 הביטחון**, פ"ד מט(4) 94 הורה בג"צ  
 להתיר לנשים להתקבל לקורס טיס של  
 חיל האוויר. רלוונטיים במיוחד לעניינינו  
 פסקי הדין הדנים בסוגיות כגון גירוש  
 תושבים פלשתינים ונושא ההתנחלויות.  
 ראו הדין לו נלוות הערות 58-76.  
 40 ע"א 25/55 **האפרטורפוס לנכסי נפקדים  
 נ' סמרה**, פ"ד י 1825, 1829; ע"א 67/  
 439 **מכבי נ' מ"י**, פ"ד לא(1) 770; בג"צ  
 69/81 **אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה  
 ושומרון**, פ"ד לט(2) 197; בג"צ 785/87  
**עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**,  
 פ"ד מב(2) 4, 36 (להלן: עניין עפו).  
 41 בג"צ 610/78 **אויב נ' שר הביטחון**, פ"ד  
 לג(2) 113, 120, 129; עניין **אסכאן, לעיל**  
 הערה 11, בע' 793-794; עניין **עפו, לעיל**  
 הערה 40, בע' 35, 76; לניתוח מקיף על  
 דרכי קליטת אמנות בינלאומיות למשפט  
 הישראלי ראו ר' לפידות "מקומו של  
 המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט  
 הישראלי" **משפטים** יט (תש"ן) 807; ב'  
 רובין "אימוץ אמנות בינלאומיות למשפט  
 הארץ בידי בתי המשפט" **משפטים** יג  
 (תשמ"ד) 210.  
 42 ע"פ 5/51 **שטיינברג נ' ה"מ**, פ"ד ה 1061;  
 ע"פ 174/54 **שטמפפר נ' ה"מ**, פ"ד י 5;  
 ע"פ 336/61 **אייכמן נ' ה"מ**, פ"ד טז 2033,  
 2040 (להלן: עניין **אייכמן**); ע"פ 131/67  
**קמיאר נ' מ"י**, פ"ד כב(2) 85, 97; עניין  
**עפו, לעיל** הערה 40, בע' 35; בג"צ 88/  
 253 **טגדיה נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(3)  
 801, 815.  
 43 בג"צ 302/72 **חילו נ' ממשלת ישראל**, פ"ד כז(2) 169, 177; בג"צ 279/51 **אמסטרדם  
 נ' שר האוצר**, פ"ד ו 945, 966; עניין **אייכמן, לעיל** הערה 42, בע' 2040; עניין **פלונים,  
 לעיל** הערה 23, בע' 742-743; בג"צ 256/01 **רבאח נ' בית המשפט לעניינים מקומיים  
 בירושלים**, פ"ד נו(2) 930, 935; בג"צ 2599/00 **ית"ד נ' משרד החינוך**, פ"ד נו(5) 834,  
 846 (להלן עניין **ית"ד**).  
 44 לדיון מקיף בסוגיית קליטת המשפט הבינלאומי לדין הישראלי ראו י' זילברשץ "קליטת  
 המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי-הדין המצוי, רצוי" **משפטים** כד (תשנ"ד) 317.  
 45 א' ברק **פרשנות במשפט** (תשנ"ג), כרך ב: פרשנות החקיקה) 577.  
 46 עמ"מ 10/94 **פלונים נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(1) 97.  
 47 **שם**, בע' 107.  
 48 **שם**, בע' 109.  
 49 עניין **פלונים, לעיל** הערה 23, בע' 743.  
 50 **שם**, בע' 742-743.  
 51 ע"פ 6182/98 **שיינביץ נ' ה"מ**, פ"ד נג(1) 625.  
 52 עניין **רבאח, לעיל** הערה 43.



**בית עם אנדרטה, דורה דומיני, 1993**  
 "בית חי"ב שתהיה אנדרטה בראשו. כמו ממש הבית את שאו, את "תכרחתו", במונומנט  
 למתים" (וקטלוג התערוכה, עמ' 54).

לעומת עניין **פלונים** שבו  
 הוחלה, כאמור, חזקת ההתאמה  
 הפרשנית, נמנע בית המשפט  
 מלהחילה בפועל, בשני מקרים  
 שונים. בע"פ 6182/98 **שיינביץ  
 נ' ה"מ**<sup>51</sup> נדונה שאלת היקף  
 חובת ההסגרה המוטלת על  
 ישראל על פי אמנת ההסגרה  
 שנחתמה בינה לבין ארצות-  
 הברית לאור האיסור הקבוע  
 בחוק ההסגרה, תשי"ד-1954,  
 על הסגרת אזרח ישראלי למדינה  
 זרה. בית המשפט בחר שלא  
 לפרש את החוק בצמצום לאור  
 התחייבותה הבינלאומית של  
 מדינת ישראל, ופסק כי האיסור  
 חל אף בנוגע לאזרח ישראלי  
 החסר כל זיקה למדינה והנמצא  
 בשטחה למטרה היחידה של  
 הימלטות מהעמדה לדין בארץ  
 מוצאו. בבג"צ 256/01 **רבאח נ'  
 בית המשפט לעניינים מקומיים  
 בירושלים**<sup>52</sup> נדונה השאלה של  
 חוקיות החלת החוק הישראלי  
 על ירושלים המזרחית לאור  
 האיסור הקבוע במשפט  
 הבינלאומי המנהגי על סיפוח  
 שטחים כבושים. בית המשפט  
 סירב לדון בתוקפם של חוקי  
 הבנייה או לקיים דיון לגופו של

33 **שם**, פסקה 41.  
 34 סופוקלס, **לעיל** הערה 2, בע' 44.  
 35 עניין **פלונים, לעיל** הערה 23.  
 36 בג"צ 5100/97 **הועד הציבורי כנגד עינויים נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817 (להלן:  
 עניין **הועד הציבורי כנגד העינויים**).  
 37 לדוגמה: בג"צ 2936/02 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה  
 המערבית**, פ"ד נו(3) 3; בג"צ 3114/02 **ברכה נ' שר הביטחון**, פ"ד נו(3) 11; בג"צ 02/  
 3451 **אלמדני נ' שר הביטחון**, פ"ד נו(3) 30; בג"צ 2117/02 **עמותת רופאים לזכויות  
 אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(3) 26; בג"צ 5872/02 **ברכה נ' שר  
 הביטחון**, פ"ד נו(3) 1; בג"צ 2901/02 **המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה  
 המערבית**, פ"ד נו(3) 19; בג"צ 2977/02 **עדאלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהוד  
 ושומרון**, פ"ד נו(3) 6.  
 38 בג"צ 2936/02 **לעיל** הערה 37; בג"צ 3114/02 **לעיל** הערה 37; בג"צ 3451/02 **לעיל**  
 הערה 37; בג"צ 2117/02 **לעיל** הערה 37.  
 39 בבג"צ 168/91 **מורכוס נ' שר הביטחון**, פ"ד מד(1) 467, שבו הורה בג"צ על חלוקת  
 ערכות מגן לתושבים הערביים באזור יהודה ושומרון; בדנ"פ 4110/92 **הס נ' שר הביטחון**,  
 פ"ד מח(2) 811 קבע בג"צ כי עתירה עקרונית נגד הוראות צה"ל בדבר פתיחה

מעניינת העובדה כי במסגרת ההליכים בפני בג"צ לא סירבה המדינה, ככלל, לדון בהוראות הדין הבינלאומי. בעודה עומדת על טענתה כי אמנת ג'נבה אינה מחייבת אותה במישור הפנימי, היא הדגישה את מחויבותה לנהוג בהתאם להוראותיה ההומניטריות של האמנה.<sup>65</sup> עמדה זו הובילה את השופט בך בעניין **עפר**<sup>66</sup> ואת השופט ברק בעניין **אסכאן**<sup>67</sup> להעלות את האפשרות לראות בהוראות אמנת ג'נבה כמחייבות את המדינה לאור היותן הנחיה פנימית שנטלה על עצמה. גישה זו עמדה בניגוד מוחלט לדעות שהובעו על ידי השופט ויתקון בעניין **חילו**<sup>68</sup> והנשיא לנדוי בעניין **קוואסמה** השני.<sup>69</sup> ואכן, בעניין **סג'דיה** קבע השופט בך, בדעת מיעוט, כי יש לחייב את הממשלה לנהוג בהתאם לסעיף 85 לאמנת ג'נבה הרביעית על סמך הצהרתה בדבר כיבוד הוראותיה ההומניטריות ולספק לעצירים ביטחוניים שטחי מחיה ותנועה מינימליים במחנות המעצר.<sup>70</sup>

עמדתו של בית המשפט כי אמנת ג'נבה הרביעית מחייבת את זרועותיה השונות של הרשות המבצעת במישור הבינלאומי בלבד זכתה לביקורת רבה, שטעמיה מגוונים ושלא זה המקום להרחיב עליה.<sup>71</sup> למרות ביקורות אלו, נותרה ההלכה האמורה לגבי תחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית בעינה במשך שנים רבות, ורק לאחרונה ניכרת מגמת שינוי ביישומה, ההופכת למובהקת בעניין **עג'ורי**. הטעמים, הן להלכה המקורית והן לשינוי הנוכחי, הנם חוץ משפטיים: ההלכה המקורית הייתה, ככל הנראה, הדרך היחידה שבה יכול היה בית המשפט להלך על מנת להימנע מלהיכנס לתוך המחלוקות הפוליטיות בדבר הכיבוש הישראלי של הגדה המערבית ורצועת עזה, תוך שהוא שומר על עקרון כוליותה של השפיטות. באופן זה נמנע בית המשפט מלהכריע בדבר תחולת האמנה על השטחים הכבושים בידי ישראל ובדבר הפרתם של כללי יסוד במשפט הבינלאומי, הפרה הגוררת עמה משמעויות פוליטיות כבדות משקל בפורום הבינלאומי. דע עקא, שהתפתחויות פוליטיות ומשפטיות של השנים האחרונות הובילו למצב שבו דווקא הימנעות זו נתפסת, ובצדק, על ידי בית המשפט כמזיקה יותר למדינת ישראל מאשר מועילה לה.<sup>72</sup> שנות התשעים של המאה העשרים ראו התפתחות אדירה במודעות הבינלאומית להפרות זכויות אדם במהלך סכסוכים בינלאומיים ופנימיים כאחד כמו גם ברצון של מדינות לפעול ביתר שאת על מנת למנוע, או למצער, למזער אותן. דרך מרכזית בה מוצא רצון זה ביטוי נורמטיבי היא על ידי הקמתו והפעלתו של מערך שיפוט בינלאומי<sup>73</sup> כמו גם על ידי הפעלת סמכות שיפוט אוניברסלית<sup>74</sup>. הטריבונלים הבינלאומיים לפשעי מלחמה שהוקמו בעקבות המלחמות ברואנדה וביוגוסלביה היוו את אות הפתיחה לפיתוח המשפט הפלילי הבינלאומי, הן במישור הבינלאומי והן במישור הפנימי. פעולתם של טריבונלים אלו, כמו גם מספר החלטות מפתח שניתנו על ידי בתי משפט מדינתיים שהפעילו סמכות שיפוט אוניברסלית<sup>75</sup>, סללו את הדרך להקמתו של בית דין פלילי בינלאומי בעל חוקה קבועה וסמכויות שיפוט נרחבות<sup>76</sup>.

ברי כי בית המשפט ער להתפתחויות אלה. באופן זה יש, לדעתנו,

עניין, בקובעו כי המשפט הישראלי, אשר החיל חוקים אלה על ירושלים המזרחית, גובר על כל נורמה בינלאומית ולכן אין בחזקת ההתאמה להועיל לעותרים<sup>53</sup>. בשני פסקי דין נוספים דווקא מצא בית המשפט לנכון להתחשב בכללי המשפט הבינלאומי בבואו לפרש דבר חוק ישראלי: בעניין **הוועד הציבורי כנגד עינויים** פסל בג"צ את חוקיות שיטות החקירה שנקטו על ידי חוקרי השב"כ נגד עצירים בטחוניים, בהתבססו, בין השאר, על האיסור הקבוע באמנות בהן חברה ישראל בדבר עינויים ועונש אכזרי ובלתי אנושי<sup>54</sup>. אמנות זכויות אדם נוספות שימשו בידי בית המשפט בבג"צ 2599/00 **ית"ד נ' משרד החינוך** כאמצעי שממנו נגזרה חובה על משרד החינוך להקצות משאבים שווים לסקטורים שונים בתחום החינוך המיוחד<sup>55</sup>. עם זאת, יש לציין כי במקרים שבהם שימשו כללי המשפט הבינלאומי בידי בית המשפט כבסיס לקבלת עתירה, הם לא היו את הבסיס **היחיד** להחלטה. כללים אלו גויסו על ידו כ"חיזוק" לפרשנות שאליה הגיע בית המשפט בהתבססו על המשפט הישראלי<sup>56</sup>. סטייה ממגמה זו, כך נראה להלן, ניכרת בהחלטות בג"צ בעניין מבצע "חומת מגן"<sup>57</sup>, ושינוי כיוון שאין להתעלם ממנו מייחד את עניין **עג'ורי**. כפי שיתואר להלן, הכרעותיו של בג"צ בשאלות שהועלו בפניו נשענו כמעט כליל על הדין הבינלאומי: דיני המלחמה והכיבוש בכלל ואמנות ג'נבה בפרט.

במהלך השנים מאז כיבוש הגדה המערבית ורצועת עזה בשנת 1967 מצא עצמו בית המשפט פעמים רבות פנים אל פנים מול טענות בדבר הפרת הוראותיה של אמנת ג'נבה הרביעית. נקודת המוצא של בג"צ הייתה ונשארה כי בית המשפט לא ישעה לטענות המסתמכות על האמנה, שכן הוראותיה הן בגדר משפט הסכמי ולא מנהגי: כיוון שמדינת ישראל נמנעה מלקלטה בחוק פנימי, היא נותרה מחויבת תחת האמנה במישור הבינלאומי בלבד. כך, במרבית המקרים, בחר בג"צ להימנע מלדון בהוראות אמנת ג'נבה הרביעית וסירב להחיל בדונו בעתירות שעסקו בגירוש תושבי השטחים לירדן או ללבנון<sup>58</sup>, במדיניות ההתנחלויות<sup>59</sup> ועוד<sup>60</sup>. לעתים בחר בג"צ לדון בפרשנות סעיפיה השונים של האמנה בהערת אגב, בהצהירו חד-משמעית כי אין בכך לסייע לעותרים, שכן אין הוראות אלו מחייבות. דוגמה בולטת מצויה בעניין **עפר** שבו דן בית המשפט ארוכות בשאלה אם גירוש העותרים הנו גירוש אסור על פי סעיף 49 לאמנה. לדעת הנשיא שמגר גירוש אינדיבידואלי של תושבים המהווים סיכון ביטחוני למדינת ישראל אינו נופל בגדר סעיף 49 שמנסחיו ראו לנגד עיניהם את גירושי הענק שביצעו הנאצים בתקופת מלחמת העולם השנייה<sup>61</sup>. השופט בך חלק על מסקנה זו, אולם תמך בקביעת הנשיא כי בכל מקרה האיסור על גירוש אנשים מוגנים אל מחוץ לאזור אינו מחייב בהיותו הוראה הסכמית<sup>62</sup>. גישתו של הנשיא דאז לא הייתה בגדר חידוש, שכן למסקנה זהה הגיע בית המשפט כעשור קודם לכן בבג"צ 97/79 **אבו עוואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון**<sup>63</sup> ובפסק הדין השני בג"צ 698/80 **קוואסמה נ' שר הביטחון**<sup>64</sup>.

כלאיים משפטי" **עיוני משפט** יא (תשמ"ו) 439. גישה שונה מציינת כי המצב המשפטי במשפט המקובל האנגלי, שממנו נשאבה ההבחנה בין קליטת אמנה לדין הפנימי ובין קליטת מנהג, שונה מזה הישראלי ולכן יוצאת כנגד הרלוונטיות של ההבחנה בדין הישראלי: רובין, **לעיל** הערה 41. גישתו של סומר קובעת כי הממשל הישראלי מחויב בכיבוד הראות אמנות ג'נבה לאור היותו חלק מפקודות הצבא: סומר, **לעיל** הערה 15; גישה אחרונה טוענת כי הראותיהן של אמנות ג'נבה הפכו מנהגיות עם השנים לאור קבלתן על ידי הרב המכריע של מדינות העולם: א' בבנישתי "השלכות ישיקולי בטחון וקשרי חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ" **משפטים** כא (תשנ"ב) 221; ל' שלף "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ושבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים **עיוני משפט** יז (תשנ"ג) 757. לדיון מקיף בהחלטות בג"צ הנוגעות לפעולות רשויות הצבא בשטחים הכבושים בין 1967 ועד לפרוץ אינתיפדת אל-אקצה בכלל, ולשאלת החלטה, אכיפתה ופרשנותה של אמנת ג'נבה הרביעית בישראל בפרט ראו: D. Kretzmer *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories* (Albany, 2002) (especially 19-56).

72 התפתחויות השישיות בברק ער להן כעולה מדבריו בכנס השנתי של לשכת עו"ד – 2002: א' ברק "איך נלחמים בטרור ושומרים על זכויות האדם" **עורך הדין** 30 (2002) 11. כמו כן ראו מ' גורלי "כבוד השופט ברק מבקש להזהיר" **הארץ** 7.5.2002.

73 Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of the International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, SC Res. 827, 25 May 1993, U.N. Doc. S/RES/827 (1993), 32 I.L.M. (1993) 1203; Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of the International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighboring States, between 1 Jan. 1994 and 31 Dec. 1994, S.C. Res. 955, 8 Nov. 1994, U.N. Doc. S/RES/955 (1994), 33 I.L.M. (1994) 1598.

74 נורת האוהרה הראשונה באה דמות תביעות פליליות רבות אשר הוגשו בבלגיה נגד מנהיגים רבים, ביניהם ראש ממשלת ישראל, אריק שרון, בהתבסס על תיקון לחוק הבלגי בדבר הענשת הפרות חמורות של המשפט ההומניטרי מ-1993, שהרחיב את סמכויות בתי המשפט הבלגים. ראו: Act Concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law, 1993 (as amended in 1999) (Belgium), 38 I.L.M. (1999) 918.

75 לעניין זה ראו ההליכים אשר התקיימו בבלגיה על סמך החוק המסמין את בתי המשפט לדון בתביעות פליליות שסקורן במלחמת האזרחים ברואנדה: *Amnesty International, Universal Jurisdiction: The Duty of States to Enact and Enforce Legislation*, Chapter 4A (1.9.2001) [URL: <http://web.amnesty.org/802568F7005C4453/0/D6F700D99340954580256AF400500AF?Open>] (last visited 3.2.2003).

76 Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, art. 12-13, U.N. Doc. A/CONF. 183/9, 37 I.L.M. 999 (1998); ראו בנוסף את פסק דינו של בית הורדים בעניין פינשוה, אשר אף כי לא נדרש לסוגיית הסמכות האוניברסלית בנסיבות המקרה, בחר לצייין כי סמכות כאמור קיימת בנוגע לעברת העיניים. *Regina. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), [1999] 2 All E.R. 97, 109, 188 (H.L.).

77 בהנחה כי העברת העותרים לרצועת אבן מהווה גירוש אסור על פי סעיף 49, הרי שלאור סעיף 147 לאותה אמנה קמה אחריות פלילית בגין פעולה זו, כמו גם על פי סעיף 8(2)(a)(vii) לאמנת רומא העוסק בפשעי מלחמה ואולי אף סעיף 7(1)(d) העוסק בפשעים כנגד האנושות. הימנעותו של טריבונל ישראלי לדון בסוגיה מריץ את בתי המשפט של מדינות אחרות לעשות זאת במקומו מכוח סמכות אוניברסלית. ראו: A. Reichman "When We Sit To Judge We Are Being Judged; The Israeli GSS Case, Ex Parte Pinochet and Domestic/Global Deliberation" 41 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* (2001) 9. ברומה לסמכות האוניברסלית, אף היוקת לסמכותו של בית הדין הפלילי הבינלאומי תלויה בכך כי המדינה הרלוונטית אינה יכולה או אינה מתכוונת לחקור בעניין העברה או להעמיד לדין ביניה. ראו M.A. Newton "Comparative Complementarity: Domestic Jurisdiction Consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court" 167 *Mil. L. Rev.* (2001) 20, 27. לדינא לה מרב היוקת ניתנת, ככלל, וכת ראשונים למצות את הדין עם החשודים בעברות בינלאומיות והרציונל להתערבותם של פורומים מדיניים או בינלאומיים מושתת ומוצדק על סמך מחדלה של המדינה הרלוונטית לפעול נדרש ממנה.

78 בג"צ 2936/02, **לעיל** הערה 37, בע' 4-5.

להבין את הכרעותיו בעתירות שהוגשו נגד צה"ל וממשלת ישראל בזמן מבצע "חומת מגן"<sup>77</sup>. בעתירה שהוגשה על ידי עמותת רופאים לזכויות אדם נגד ירי של כוחות צה"ל על צוותים רפואיים של ארגוני "הצלב האדום" ו"הסהר האדום" ציינה השופטת דורנר כי: "רואים אנו להדגיש כי כוחותינו הלוחמים מחויבים לקיים את הכללים ההומניטריים הנוגעים לטיפול בפצועים, בחולים ובגופות הרוגים" וכי השימוש לרעה שנעשה בהם "אינו מתיר הפרה גורפת של הכללים ההומניטריים"<sup>78</sup>. בעתירה נוספת בדבר פינוי גופות

53 שם, בע' 934-935.

54 עניין **הועד הציבורי כנגד עינויים**, **לעיל** הערה 36, בע' 836.

55 עניין **יח"ד**, **לעיל** הערה 43, בע' 846. יש לציין כי בפסק דין מוקדם לעניין **יח"ד** ואשר עסק במטריה דומה נדחתה טענה אשר הסתמכה על אמנות אלו. בג"צ 1554/95 **עמותת שוחרי גיל"ת נ' שר החינוך**, פ"ד נ(3) 2, 27-28.

56 בעניין **פלונים**, **לעיל** הערה 23, ביסס הנשיא ברק את עיקר החלטתו לפסול את חוקיות מעצרים של העותרים על הזכות לכבוד וחירות כזכויות יסוד לאורן על ההליך הפרשני להתנהל. שם, בע' 739-740. כך אף נעשה בעניין **הועד הציבורי כנגד עינויים**, **לעיל** הערה 36, בע' 834-836. בעניין **יח"ד**, **לעיל** הערה 43, בע' 846 ביססה השופטת דורנר את החלטתה על הזכות לשוויון ולחניון, שהנם ערכי היסוד של השיטה.

57 ראו **להלן**, טקסט המלווה הערות 78-82.

58 בג"צ 320/80 **קואסמה נ' שר הביטחון**, פ"ד לה(3) 113; בג"צ 814/88 **נטראללה נ' מפקד כוחות צה"ל בדה המערבית**, פ"ד מג(2) 265, 268-269; בג"צ 5973/92 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון**, פ"ד מז(1) 267.

59 עניין **אויב**, **לעיל** הערה 41, בע' 119-122, 127-129; בג"צ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1) 1.

60 ראו למשל בג"צ 591/88 **סאחה נ' שר הביטחון**, פ"ד מה(2) 45 אשר דן בצו השגחה על התנהגות קטינים שהוצא על ידי מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון.

61 עניין **עפר**, **לעיל** הערה 40, בע' 24-28.

62 שם, בע' 76-77.

63 בג"צ 97/79 **אבו עואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון**, פ"ד לג(3) 309, 316.

64 בג"צ 698/80 **קואסמה נ' שר הביטחון**, פ"ד לה(1) 617, 626-629. השופט ח' כהן חלק על דעת הנשיא לנדוי וקבע כי גירוש תושבי אזור, לעומת גירוש זרים, הנו בבחינת כלל מנהגי. שם, בע' 637-647.

65 M. Shamgar "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government – The Initial Stage" 1 *Military Government in the Territories Administered By Israel 1967-1980* (Jerusalem, M. Shamgar ed., 1982) 13, 33-34.

66 עניין **עפר**, **לעיל** הערה 40, בע' 77-78.

67 עניין **אסכאן**, **לעיל** הערה 11, בע' 793-794.

68 "אין אני יכול אלא להתייחס בספקנות לנוהג שהשתרש, כנראה, אצל נציגי המדינה להסכים לבירור מעשי השלטון הצבאי אף מבחינת המשפט הבינלאומי ההסכמי. אף הסכמה זו הניתנת מפעם לפעם לגבי נושאים מוגדרים ובלי התחייבות שתיתן בכל העתירות, הופכת את דיונו למעין בורות התלויה בהסכמת הנתבע. לעניות דעתי, לא לשם כך נוצר בית המשפט הזה". עניין **חילו**, **לעיל** הערה 43, בע' 181.

69 "החלטתה של ממשלת ישראל לקיים למעשה את הראותיה ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית... היא החלטה מדינית, שאינה נוגעת למישור המשפטי, שבו על בית משפט זה לעסוק". עניין **קואסמה**, **לעיל** הערה 58, בע' 627-628.

70 עניין **טז'ניה**, **לעיל** הערה 42, בע' 832.

71 גישה אחת מדיגשה כי סמכות המפקד הצבאי בשטחים מקורה במשפט הבינלאומי, מן המשפט המקומי של האזור או מתחיקת הביטחון שלו עצמו ולא מן הנכנסת. משכך, הרציונל המרכזי העומד בבסיס אימתן מעמד עצמאי לאמנה בדין הישראלי, והוא הפרדת הרשויות, אינו חל בנסיבות: ד' קרצמר "אכיפתה ופירושה של אמנת ג'נבה IV דרכו של בית המשפט העליון" **משפטים** כו (תשנ"ה) 49-62. 63. טיעון דומה מעלה רובינשטיין הטוען כי אמנת ג'נבה הרביעית אינה טעונה קליטה כיוון שטבעה היא חלה על שטח שהנו מחוץ לתחום הריבוני של הנכנסת, ואין בידי האחרונה לחוקק חוקים בנוגע אליו. א' רובינשטיין "מעמדם המשטנה של השטחים": מפקדון מוחזק ליצור



טיבה של התפתחות זו. לבחינת נושא זה, כפי שהוא בא לידי ביטוי בעניין **עגורי**, נפנה כעת.

### **3.2 גישת הפרשנות הראויה של אמנת ג'נבה - פרשנות דינמית ופרשנות תכליתית**

לקראת סיום דבריו בעניין **עגורי** ציין הנשיא ברק כי "ספק אם מנסחיה של הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית ראו נגד עיניהם אנשים מוגנים אשר שיתפו עצמם לטרור ול"פצצות חיות". מציאות חדשה זו מחייבת גישה פרשנית דינמית להוראותיה של סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, באופן שהיא תוכל להתמודד עם המציאות החדשה"<sup>85</sup>.

בעיה ראשונה העולה מהערה זו מתייחסת לטענה כי מנסחי האמנה לא צפו שיתוף אנשים מוגנים בפעולות איבה נגד הכובש. בעייתיותה של הערה זו נובעת מקיומן המפורש של הוראות באמנה המתירות אמצעים שהכובש יכול לנקוט נגד כל אדם מוגן, המשתתף בפעולות איבה, בין כמבצע ובין כמסייע, כל עוד הלה מהווה סיכון לביטחון הכובש"<sup>86</sup>. ראשית, סעיף 5 לאמנה מתיר פגיעה בזכותם של אנשים מוגנים, המעורבים בפעילות איבה והשוהים במעצר, לקיים קשר עם העולם החיצוני אם ביטחון הכובש דורש זאת"<sup>87</sup>. זאת ועוד, סעיף 78 עצמו, המאפשר תיחום מקום מגוריו של אדם מוגן או מעצרו, מהווה ראיה לצפי של התנהגות עוינת ומסוכנת מצד אנשים מוגנים. בהקשר זה אף ניתן לציין את סעיף 68 המסדיר את העונשים שניתן להטיל בגין פעולות איבה כאמור, לאחר שהאדם המוגן נשפט ונמצא אשם בפעילות חבלנית עוינת"<sup>88</sup>. נקודת מוצא בעייתית זו זורה אור על הגישה הפרשנית שנקט הנשיא לאורך פסק הדין.

גישתו של בית המשפט כי יש לפרש את אמנת ג'נבה באופן דינמי, הפועל להתאים את הוראותיה לאופייה של הלוחמה בעידן הנוכחי, רצויה ביותר. אכן, זו הייתה גם עמדתו של הטריבונל הבינלאומי לפשעי מלחמה ביוגוסלביה. עם זאת, נקודת המוצא של בית המשפט שונה מזו של הטריבונל הבינלאומי. בעוד האחרון נדרש לפרשנות דינמית על מנת להרחיב את ההגנה הניתנת לאוכלוסייה אזרחית, שהיא התכלית שביסוד האמנה ולאורה יש לפרשה"<sup>89</sup>, נדרש בית המשפט לפרשנות זו על מנת לצמצם את ההגנה שמבטיחה האמנה לאזרחים: בית המשפט, ביחסו את הצורך בנקיטת גישת פרשנות זו לשיטות הלחימה שנוקט הצד הפלשתיני, מגביל את החלתה והצדקתה של האמנה באופן חד-צדדי, המעניק יתרון לכוחות הביטחון ולא לאוכלוסייה הפלשתינית. הווה אומר, גישה פרשנית זו באה להרחיב את יכולת התמרון של זרועות הביטחון בהתמודדותם עם פעולות האיבה מצד הפלשתינים. בה בעת היא נעדרת התייחסות לצדו השני של המטבע: מנסחי האמנה אף לא צפו סיטואציה של כיבוש כה ממושך"<sup>90</sup>. אחת ממטרותיה המוצהרות של אמנת ג'נבה הייתה להותיר את המצב שהיה נהוג בשטח הכבוש לתקופת לוחמה, וההסדרים והזכויות הקבועים בה באים לשקף

ההרוגים הפלשתינים ציין הנשיא ברק כי "גם בתקופת לחימה יש לקיים את הדינים החלים על לחימה. גם בתקופת לחימה יש לעשות הכול כדי להגן על האוכלוסייה האזרחית"<sup>79</sup>. בעתירה שהוגשה נגד ירי צה"ל על צוותים רפואיים<sup>80</sup> בחנה השופטת דורנר את חוקיות פעולות צה"ל לאור סעיפים 19 ו-21 לאמנת ג'נבה הראשונה<sup>81</sup>. בעתירה שהוגשה נגד סירוב כוחות צה"ל לספק מים ושתייה לשהים בכנסיית חג המולד שבה התבצרו פלשתינים חמושים, נבחנה חוקיות סירוב זה לאור סעיפים 17 ו-23 לאמנת ג'נבה הרביעית<sup>82</sup>. בכל פסקי הדין הנ"ל נדחו העתירות אם בהסכמה, אם בקביעה כי צה"ל פועל בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי ואם בהצהרה כי על צה"ל מוטלת חובה לנהוג על פי כלליו. תוצאתן של עתירות אלו היא מעניינת: במישור הנרטיבי, יש הפניה לכללי המשפט הבינלאומי הרלוונטיים והכרה בתחולתם, אם כי לאו דווקא בציון אסמכתא מבוססת, ובה בעת יש בהן הכשר לפעולות הצבא הישראלי. לא מן הנמנע כי זו אף כנראה הייתה הסיבה שבגינה לא העלו באי כוחה של המדינה טענות בדבר החלת דיני המשפט ההומניטרי, אלא שבו וחזרו על התחייבותה של מדינת ישראל לפעול על פיהם.

פסקי הדין בעתירות הנ"ל התייחסו לפעולות כוחות צה"ל בזמן לחימה ונדרשו להכרעה מידית – וכך, כנראה, ניתן להבין את היעדרו של הניתוח המשפטי מהן – ואילו העתירה בעניין **עגורי** התייחסה לשאלה של מדיניות ביטחונית, מהסוג שנדון בעניין **פלונים** ובעניין **הוועד הציבורי כנגד עינויים** ודרשה בשל כך ניתוח מקיף יותר. כמתואר לעיל<sup>83</sup>, את החלטתו ביסס בית המשפט על סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית. עניין **עגורי**, אם כן, ראוי לציון על כך שהנו פסק הדין הראשון בתולדות בית המשפט המבסס הכרעה שיפוטית על ניתוח **מעמיק** של כללי המשפט הבינלאומי, ללא התייחסות לאופיים ההסכמי ותוך סטייה מדרך הפרשנות שנקטה על ידיו בעניין **פלונים** ובעניין **הוועד הציבורי כנגד עינויים**. נקודה חשובה נוספת היא שבכך שתחם בית המשפט את גבולותיה המותרים של המדיניות נשוא הדין, בניגוד לפסקי הדין שיצאו תחת ידיו בתקופת מבצע "חומת מגן" ושהתבססו אף הם, בעיקרם, על המשפט ההומניטרי, נסללה הדרך לפסילת אמצעים נוספים, או אופן יישומם, על ידי זרועות הביטחון על בסיס אי-התאמתם לכללים ההומניטריים.

הכללתו של המשפט הבינלאומי בשיח המשפטי בישראל היא, על פניה, התפתחות מבורכת וחיונית. עם זאת, ראוי לעמוד על כך שהמשפט הבינלאומי, כמוהו כמשפט בכלל, הנו אמצעי להשגת מטרות. אלה, בתורן, עשויות להיות ראויות או ראויות פחות. מטרה ראויה היא זו הרואה במשפט אמצעי לקיומו ולחיותו של משטר נורמטיבי המתווה את קווי הגבול של פעולות נושאי, ובכללן רשויות המדינה, ומכפיף אותן להוראותיו. מטרה ראויה פחות היא זו התופסת את המשפט כארגז כלים העומדים לרשות המשפטן המיומן והמשמשים אמצעי להצדקת מבני הכוח הקיימים<sup>84</sup>. לפיכך, לא עצם הכללתו של המשפט הבינלאומי בשיח המשפטי בישראל, אלא מטרותה של הכללה זו ואופן השימוש בהוראותיו, הם הקובעים את



מפת ארץ ישראל עם גבול מעויין, דגנית ברסט, 1976

"... כאילו ביקשה ללכוד מהותו של מקום, אך זו המהות נותרת בסרבנותה... צורת מעויין שכפתה ברסט על מפת בית-ספר, המייצגת את ארץ ישראל, כמו מבקשת לייצב צורה תמציתית "פשוטה" של משהו נטול צורה, אמורפי" (קטלוג התערוכה, עמ' 16).

No. IT-94-1-A, ICTY, App. Ch. (15 July 1999) para. 168; *Prosecutor v. Aleksovski*, Case No. IT-95-14/1-T, ICTY App. Ch. (24 Mar. 2000) para. 151-152; Delalic, Case No. IT-96-21-T, ICTY App. Ch., (20 Feb. 2001) para. 82-84. המסתמכת על מטרת האמנה מקובלת במשפט הבינלאומי אולם היא כפופה לפרשנות הסקסטואלית מקום בו לשון הסעיף ברורה על פניה. ראו: Vienna Convention on the Law of Treaties, opened for signature 23 May 1969, art. 31, 1155 U.N.T.S 331 A. Roberts "Prolonged Military Occupation: The Israeli Occupied Territories Since 1967" 84 *A.J.I.L.* (1990) 44, 71

90 הביטוי היחיד באמנת ג'נבה לדאגת המנסחים מכיבוש ממושך מצוי בסעיף 6 לאמנה הקובע כי רוב חלקיה של האמנה לא יחולו לאחר שנה מתום פעולות הלחימה. בעניין זה מציין Pictet כי מנסחי האמנה היו סבורים כי בזמן זה יועברו רב הסמכויות בשטח הכבוש לידי השלטונות של שטח זה. Pictet, *supra* note 86, at pp. 35-36

מערכת יחסים בין כובש לנכבש לזמן מוגבל<sup>91</sup>. אילו צפו מנסחי האמנה כיבוש כה ממושך, יכול שהיו משנים את מאזני הכוחות, ועמם את החובות והזכויות של הצדדים. בעוד שזמן כיבוש מוגבל מצדיק הגבלת יכולת תושבי שטח כבוש להתקומם ומתן הכרה לאמצעי הביטחון שהמדינה הכובשת יכולה לנקוט, הרי שכיבוש ממושך משנה מאזן זה לטובת האוכלוסייה

79 בג"צ 3114/02, לעיל הערה 37, בע' 16.

80 בג"צ 2117/02, לעיל הערה 37, בע' 27-28.

81 אמנת ג'נבה להטבת מצבם של פצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בשדה הקרב, 1949, כ"א 1, מס' 30, ע' 387.

82 עניין אלמדני, לעיל הערה 37, בע' 35-36.

83 ראו לעיל תדפיק 2.2.2.

84 לניתוח ביקורתי של מבנה הטיעון המשפטי במשפט הבינלאומי ראו: M. Koskeniemi *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Helsinki, 1989)

לניתוח ביקורתי של החלטות בג"צ הנוגעות לפעולות רשויות המדינה בשטחים הכבושים ראו:

R. Shamir "Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice" 24 *L. and Society Rev.* (1990) 781

מאמרו של שמיר, המבוסס על בחינת החלטות שבהן נותר בג"צ לעותרים בין השנים 1967-1986, החלטות המהוות 0.89% מהחלטותיו בנושא, והנתפסות לפיכך כנקודות ציון חשובות, כפורצות דרך, טוען כי משמעותן היא בעיקרה סימבולית: החלטות אלה מסמלות את עצמאותה של הרשות השופטת, מעמד המעניק לה לגיטימציה, ובה בעת מאפשרות לה להכשיר את מרבית פעולות המדינה, וממילא להעניק לאלה האחרונות יתר לגיטימציה.

85 עניין עגורי, לעיל הערה 1, פסקה 40.

86 ורק בנסיבות בהן צורך צבאי כה דורש. ראו: J.S. Pictet *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (Geneva, 1958) 57

87 ס' 5 לאמנת ג'נבה, לעיל הערה 13, קובע בזאת הלשון כי: "נעצר אדם בשטח כבוש, כמרגל או כמחבל או כחשוד של ממש במעולה לזרע המעצמה הכובשת, היו רואים אותו אדם, מקום שהביטחון המוחלט מחייב את הדבר, כאילו הפסיד את זכויות-הקשר שלו לפי האמנה הזאת" (ההדגשה שלנו – א.ב. וק.מ.).

88 לשון סעיף 68 מובאת להלן: "מוגנים העוברים עבירה שמטרתה האחת והיחידה היא להזיק למעצמה הכובשת, אלא שאין בה משום התקשות בחייהם או פגיעה בגופם של אנשי כוחות הכיבוש, ואינה גורמת נזק רציני לרכושם של כוחות הכיבוש או מנהל הכיבוש או למתקנים שהם משתמשים בהם, יהיו צפויים למעצר או למאסר רגיל, בתנאי שתקופת המעצר או המאסר תהא שקולה כנגד העבירה שבוצעה... הרואות העונשין שפרסמה המעצמה הכובשת בהתאם לסעיפים 64 ו-65, יכולות להטיל עונש מיתה על מוגן רק כשהוא אשם בריגול, במעשי חבלה חמורים במתקניה הצבאיים של המעצמה הכובשת או בעבירות שבוצעו בכוונה ונרמו למות אדם או בני אדם, בתנאי שעבירות כאלה דינן מיתה לפי החוק שהיה בתוקפו בשטח הנכבש לפני הכיבוש" (ההדגשות שלנו – א.ב. וק.מ.).

89 הטריבוטל ביטל למעשה את התנאי החלל האמנה הקבוע בסעיף 4, על פיו על הלאום של האדם המוגן להיות שונה מהלאום אליו משתייך הכוח הכובש. הטריבוטל קבע כי המנסחים לא צפו מצב דומה למצב אליו נקלעה יוגוסלביה לשעבר ולכן יש להתאימה לסכסוכים מסוג זה, שבו המוצא האתני, ולא הלאום הוא שהיווה את מקור הסכסוך והשוני בין הצדדים. *Prosecutor v. Tadic Case*

הכבושה<sup>92</sup>. מנקודה זו מתעלם בית המשפט ולכן מחיל פרשנות זו בהתייחס לנושא הלגיטימיות של שיקולי הרתעה בהחלטה להוציא לפועל אמצעי של תיחום מקום מגורים<sup>93</sup>. מסקנתו כי שיקולים אלו לגיטימיים עומדת, לדעתנו, בניגוד גמור לפרשנות התכליתית של האמנה אשר שמה דגש על זכויות האוכלוסייה המוגנת. נקודה בעייתית נוספת בהערה זו היא כי אין בה ביטוי מלא לגישה הפרשנית שנקט בית המשפט לאורך פסק הדין. בדונו בשאלה אם העברת מגורי העותרים מהגדה המערבית לרצועת עזה הנה העברה מחוץ לאזור, פנה הנשיא לפרשנות התכליתית של אמנת ג'נבה בקובעו כי "אכן, התכלית המונחתת ביסוד הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, והמצמצמת את תוקפו של תיחום מקום המגורים לאזור אחד, יסודה באחדות חברתית, הלשונית, התרבותית, הסוציאלית והמדינית של האזור, מתוך רצון לצמצם את הנזק שבהעברת המגורים למקום זר"<sup>94</sup>. במקרה זה משרתת פרשנות זו את טענת המשיבים ולא את טענת העותרים, אך הדגש על צרכיו של האדם המוגן העומדת בבסיס קביעתו של הנשיא ראוי הוא ועולה בקנה אחד עם הגישה כי התכלית המונחתת ביסוד אמנת ג'נבה היא מתן הגנה רחבה ככל הניתן לאנשים מוגנים, ולכן על פרשנות הוראותיה של האמנה להתבצע לאור תכלית זו<sup>95</sup>. גישה זו היא שהוליקה את הנשיא למסקנה כי שימוש באמצעי של תיחום מקום מגורים מותנה בכך כי מאותו אדם עצמו נשקפת סכנה, משמע, מדובר באמצעי מניעתי בלבד ולא אמצעי עונשי<sup>96</sup>. "מסקנה זו מתחייבת מתפיסתה של אמנת ג'נבה הרביעית, הרואה באמצעים של מעצר ותיחום מקום מגורים כאמצעים החמורים והחריפים ביותר שהמעצמה הכובשת יכולה לנקוט כלפי תושבים מוגנים. על כן יש לנקוט בהם רק במצבים חריגים ויוצאי דופן בלבד"<sup>97</sup>. למותר לציין כי גישה פרשנות זו הנה סטייה מהגישה שנקט הנשיא שמגר בעניין עפו אשר שמה דגש על כוונתם של מנסחי האמנה וההיסטוריה החקיקתית שלה על חשבון פרשנות המיטיבה עם האוכלוסייה המוגנת<sup>98</sup>. הלכך, במישור ההלכה הנורמטיבית, הפרשנות התכליתית, בהבדל מן הפרשנות הדינמית, שהעניק בית המשפט להוראות סעיף 78, היא, לדעתנו, הפרשנות הראויה. אך בכך לא סגי: יישומה של הלכה זו בנסיבות המקרה, כפי שנראה להלן, זורה על ההלכה אור מעומעם למצער. יישום זה, שתי פנים לו: פן המתייחס למקום, להגדרת האזור הכבוש, ופן המתייחס לאדם, לעותרים אשר את מקום מגוריהם מבקשים לתחום בשל הסכנה הנשקפת מהם.

### 3.3. המקום: תיחום מגורים מותר לעומת גירוש אסור – חוקיות הצווים

סמכותו של המפקד הצבאי ביהודה ושומרון להוציא צווים התוחמים את מקום מגורי העותרים לאזור רצועת עזה נסמכה על הגדרתם על ידי בית המשפט כצווי תיחום מגורים בתוך אזור כבוש, המהווים אמצעי ביטחון חוקיים על פי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית ולא כצווי גירוש האסורים על פי סעיף 49 לאמנה. כיוון שגירוש מוגדר

בסעיף 49 כהעברת אנשים מוגנים אל מחוץ לאזור הכבוש, נדרש בית המשפט לשאלה אם העברת תושב אזור יהודה ושומרון לאזור רצועת עזה הנה העברה אל מחוץ לאזור הכבוש או שמה באזור כבוש אחד עסקינן<sup>99</sup>.

נקודה משמעותית ביותר לעניין הכרעה זו היא העובדה כי במצב דברים זה לא יכול היה בית המשפט להימנע מדיון לגופו של עניין בשאלה אם רצועת עזה ואזור יהודה ושומרון הנם **אכן שטחים כבושים**. יש לזכור כי את סמכותו לדון בהוראותיה ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית הוא ביסס עד כה, כולל בעתירה דנן, על הצהרת המדינה כי היא מחויבת להוראות אלו ונמנע מדיון בתנאים המקדימים להחלתן, דהיינו, האם הוראות אלה מחייבות את ישראל והאם האזורים תחת דיון הנם שטחים כבושים. נקודה זו משמעותית, כיוון שלפחות בנוגע לאזורים שהוגדרו בהסכמי אוסלו כשטחי A (שכללו את מרבית רצועת עזה וחלקים שונים בגדה המערבית), דחתה עמדתה של מדינת ישראל קטגורית טענה זו על בסיס האוטונומיה שניתנה בה לרשות הפלשתינית<sup>100</sup>. על פי טענה זו, אין לישראל כעת שליטה אפקטיבית בשטחים אלה, ולכן על פי המשפט הבינלאומי היא אינה יכולה להיחשב כמעצמה הכובשת בהם<sup>101</sup>. המשיבים ציינו בתשובתם לעתירה כי: "יתירה מזו, כפי שהוסבר, שני האזורים נתפסים – כפי שנקבע בהסכם הביניים שצוטט לעיל – הן על ידי הצד הפלסטיני והן על ידי הצד הישראלי – **כיחידה טריטוריאלית אחת**. כך נתפסים שני האזורים גם על ידי אומות העולם"<sup>102</sup>. המשיבים אף הדגישו כי "החקיקה היוצאת בשני האזורים הנה בדרך כלל זהה, השיפוט בשני האזורים חוסה תחת קורת גג אחת, והמנהל, אף אם נפרד הוא, הרי שהפעילות בשני האזורים מתואמת – הן בתחום האזרחי והן בתחום הביטחוני"<sup>103</sup>. כפי שיוסבר להלן, עמדתה זו של המדינה סותרת במידה רבה את טענתה שלה כי היא אינה יכולה להיחשב ככוח כובש וכי לעניין זה יש להבדיל בין האזורים השונים על סמך הסמכויות שהותירה בידה בכל אחד מהם.

המבחן המרכזי שאותו הציב המשפט הבינלאומי להכרעת מעמדו של שטח מסוים הנו מבחן השליטה האפקטיבית של הכוח הכובש בטריטוריה<sup>104</sup>, משמע, היכולת האפקטיבית לבצע את החובות המוטלות על הכובש על ידי דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי<sup>105</sup>. ההנחה הבסיסית היא כי אין כל כוח אחר היכול להוציא סמכויות אלו לפועל<sup>106</sup>, וקיומה של סמכות כאמור בידי כוח אחר במובלעת שטח מסוים אינה רלוונטית לעניין הכרעת מעמדו של השטח אם הוא מוקף על ידי כוחות הכוח הכובש ומנותק משארית הטריטוריה<sup>107</sup>. כניסתם של כוחות צה"ל לגדה המערבית לאחר מבצעי "חומת מגן" ו"דרך נחושה" מתוארת בפתח פסק הדין על ידי בית המשפט: "במסגרת פעולות אלו נכנסו כוחות צה"ל לשטחים רבים שהיו בעבר בשליטתו מכוח תפיסה לוחמתית ואשר הועברו בהסכמים לשליטתה... של הרשות הפלשתינית. הצבא הטיל סגרים וכתרים על אזורים שונים. נאספו כלי נשק וחומרי חבלה. נעצרו



94 עניין **עלוזי, לעיל** הערה 1, פסקה 22.  
 95 ראו **לעיל** הערה 89.  
 96 עניין **עלוזי, לעיל** הערה 1, פסקה 24.  
 97 **שם**. שם. מעניין להשוות גישה זו, המתייחסת למעצר ותיחום מקום מגורים כאמצעים החריפים ביותר שהמעצמה הכובשת יכולה לנקוט כלפי תושבים מוגנים, עם גישתו המתירנית של בית המשפט לאמצעי של הריסת בתיהם של תושבים החשודים בפעילות חבלנית ובני משפחותיהם. ראו לעניין זה: בג"צ 8084/02 **עבאסי נ' אלוף פקוד העורף** (טרם פורסם); בג"צ 7473/02 **בחר נ' מפקד כוחות צה"ל במהלך המערכות** (טרם פורסם); D. Simon "The Demolition of Homes in the Israeli Territories" 19 *Yale J. Int'l L.* (1994) 1. האמצעי של הריסת בתי מגורים לא נבחן עד כדי על ידי בית המשפט במסגרת אמנת ג'נבה כי אם במסגרת תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום). בהנחה כי הריסת בית המשפחה הנה אמצעי חמור יותר מתיחום מקום מגורים או מעצר עולה השאלה כיצד ניתן ליישב בין שתי גישות נוגדות אלה.  
 98 עניין **עפו, לעיל** הערה 40, בעל 15-29. גישה זו נתמכה בהלכות קודמות, ראו **לעיל** הערה 63 ו**לעיל** הערה 64. גישה זו זכתה לביקורת מצד השופט בן, ראו **לעיל** הערה 62 ומצד הספרות, ראו: Y. Dinstein "The Israel Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation" 23 *Isr. Yb. Hum. Rts.* (1993) 1. Kretzmer, *supra* note 72, at pp. 78-86; Deportations".  
 99 עניין **עלוזי, לעיל** הערה 1, פסקאות 20-23.  
 100 הסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו בין ממשלת מדינת ישראל לבין ארגון השחרור הפלסטיני (להלן: "אשף"), הנציג של העם הפלשתיני מיום 28 בספטמבר 1995, כ"א 32, מס' 1067, ע' 1, חילק את השטחים הפלשתינאים לשלושה סוגי אזורים: באזורים המצויים בשטח A הועברו הסמכויות האדמיניסטרטיביות והביטחוניות לרשות הפלשתינית; באזורים המצויים בשטח B הועברו לרשות הפלשתינית סמכויות אדמיניסטרטיביות בלבד בעוד ישראל שמרה לעצמה את סמכויות הביטחון. שטח C נמצא תחת שליטתה המוחלטת של ישראל. מרבית רצועת עזה הוכרזה כשטח A.  
 101 G.R. Watson *The Oslo Accords* (Oxford, 2000) 176. זאת הייתה, למשל, הטענה שהשמייה ישראל בפני ועדת האו"ם לזכויות אדם כנימוק לאי החלת האמנה על ידיה לזכויות אזרחיות ופוליטיות בשטחים אלו. ראו דין וחשבון שהגישה ישראל לוועדה תחת סעיף 41 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות: Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant, Second Periodic Report, Israel, Nov. 20 2001, U.N. Doc. CCPR/C/ISR/2001/2 (Dec. 4, 2001) para. 8 [URL: http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/2cc0a33c394919e0c1256be9002e1188?Opendocument].  
 102 סעיף 120 לטענות המשיבים. ראו אף סעיף 50 לכתב הטענות (עותק שמור במערכת).  
 103 **שם**, סעיף 50.  
 104 ס' 42 לתקנות האג, **לעיל** הערה 12; 579-581, at para. 89, *supra* note 89, *Tadic case*.  
 105 הכוונה היא בעיקר ליכולת לאכוף הוראות וצווים שונים שהוציא הכוח הכובש בנוגע לתושבי השטח. ראו: D. Fleck (ed) *The Handbook on Humanitarian Law in Armed Conflicts* (Oxford, 1995) 243.  
 106 L.C. Green *The Contemporary Law of Armed Conflict* (Manchester, 1993) 247-248.  
 107 *Tadic case*, *supra* note 89, at para. 250.  
 108 עניין **עלוזי, לעיל** הערה 1, פסקה 3.  
 109 ראו **לעיל**, הערה 100.  
 110 ראו לדוגמה "י לימור" צה"ל חזר לראמלה" **מעריב** 11.6.2002; מ' רהט ואח' "שרון: עורפאת גמור" **מעריב** 22.9.2002.  
 111 אם כי לאור סעיף 6 לאמנת ג'נבה, יש לסייג את החובות החלות על ישראל בנוגע לאזור זה לסמכויות אשר דה פקטו נותרו בידה.  
 112 עניין **עלוזי, לעיל** הערה 1, פסקה 22.  
 113 **שם**, שם.  
 114 ראו **לעיל** הערה 103.

מבוקשים<sup>108</sup>. מאז מבצעים אלו לא משך צה"ל את כוחותיו מהאזור והוא מבצע בהם סגרים ומעצרים חדשות לבקרים. פעולות שונות אף נערכות באזור רצועת עזה. אף שאין נוכחות קבועה של כוחות באזורי A שברצועה, הרי שהיא מבותרת לשלושה חלקים, ביניהם שוכנות התנחלויות ישראליות ומסביבן כוחות צבא המכתרים אותן. במצב דברים זה, אין ספק כי יש לראות באזור הגדה המערבית כאזור כבוש. מעמד אזור רצועת עזה ככבוש על ידי ישראל, עם זאת, אינו ברור על פניו. לכאורה, כיוון שמרביתו מצוי תחת סמכותה של הרשות הפלשתינית, הרי שישנה סמכות רלוונטית אחרת מלבד צה"ל<sup>109</sup>. עם זאת, העובדה כי מדובר בשטח המחולק לאזורים המנותקים אחד מן השני על ידי כוחות צה"ל וכי כוחות אלה ממשיכים בפעילות צבאית באזור<sup>110</sup> מובילה למסקנה, כי על פי כללי המשפט הבינלאומי הרי שאזור רצועת עזה נחשב כשטח כבוש<sup>111</sup>.

בקבלו את טענת המדינה, על נימוקיה, כי יש לראות את שני האזורים כאזור אחד לכל דבר ועיקר, פטר הנשיא ברק את סוגיית הכיבוש במשפט אחד ויחיד: "באזור זה פועלים שני מפקדים צבאיים מטעם המעצמה הכובשת האחת והיחידה"<sup>112</sup> (ההדגשה שלנו – א.ב. וק.מ.). מסקנה זו הנה תוצאה מתבקשת מן הטיעונים אשר המשיבים עצמם העלו ואשר שמו דגש על הזהות בסמכויות החקיקתיות, הארגוניות והמנהליות הנתונות למפקדים הצבאיים בשני האזורים. ואכן, הנשיא מציין כי "המפקד הצבאי האחד מוסמך לייחד את מקום המגורים של אדם מוגן אל מחוץ לאזור האחד, והמפקד הצבאי האחר מוסמך להסכים לקבלתו של אותו אדם מוגן לתחומי האזור עליו הוא שולט"<sup>113</sup> (ההדגשה שלנו – א.ב. וק.מ.). על מנת לבסס את היות שני האזורים תחת דיון אזור אחד, הדגישו המשיבים ובית המשפט כאחד את הסמכויות הנתונות למפקדים הצבאיים בשטחי הגדה והרצועה, סמכויות המבססות את ישראל ככוח כובש ביחס לשטחים אלו<sup>114</sup>. יש לציין כי העובדה שלמפקד הצבאי של הרצועה יש סמכות לקבל את האדם לתחום האזור הנה ראייה בפני עצמה כי באפשרותו להפעיל סמכויות שלטוניות באזור, ◀

92 יש לציין כי סעיף 78 לאמנת ג'נבה אינו נכלל בין סעיפי האמנה אשר ממשיכים לחול לאחר שנה מתום פעולות המלחמה. על אף שאין משמעות הדבר, בהכרח, כי אין לעשות בו שימוש, מציין Pictet כי במצב שבו הכיבוש נמשך למעלה משנה לאחר תום הלוחמה אזי האמצעים העומדים לרשות הכובש כנגד האוכלוסייה המוגנת אינם עוד מוצדקים וכי רעיון זה הוא העומד בבסיס הסעיף. *Ibid*, *ibid*.

93 עניין **עלוזי, לעיל** הערה 1, פסקה 27. מעניין לציין שבעניין **אסאן, לעיל** הערה 11, האריך השופט ברק (כתוארו אז) בדיון הסב סביב ההשלכות שיש לכיבוש ארוך טווח על הפרשנות הראויה שיש לתת לתקנה 43 לתקנות האג, הדנה בחובות הכובש להבטיח את הסדר והחיים הציבוריים בשטח כבוש. **שם**, בעל 800-805. במסגרת דיון זה קיבל ברק את ההנחה כי כגון מצבים שבהם נוכחותם מסכנת מבצעים צבאיים או על בסיס צורכי ביטחון האוכלוסייה עצמה, כגון מצבים שבהם שהותם באזור הנתון להתקפות צבאיות מסכנת את ביטחונם ראו: Pictet, *supra* note 86, at p. 280. "אך טבעי הוא כי בתפיסה צבאית קצרת מועד, הצרכים הצבאיים ביטחוניים שולטים ברמה לעומת זאת, בתפיסה צבאית ארוכת מועד, צרכי האוכלוסייה המקומית מקבלים יתר תוקף". **שם**, פסקה 22.



מאזור יהודה ושומרון שבו יש לה שליטה נרחבת, לאזור רצועת עזה שבו השליטה האפקטיבית שלה, ועמה אפשרות הפיקוח על מעשי העותרים, פחותה בצורה משמעותית? ואולם בית המשפט לא מצא לנכון לדרוש בדבר<sup>122</sup>. ואם תמציי לומר כי כל מטרתו של המפקד הצבאי הייתה לבודד אותם מגורמים אשר ישפיעו עליהם לפעול נגד מדינת ישראל, הרי שחזיקת בכך את עמדת העותרים כי יש לראות ברצועת עזה כאזור נפרד מאזור יהודה ושומרון, ואשר על כן בגירוש אסור עסקינן.

### 3.4. האדם: בני משפחת עג'ורי כמי שנסקפת מהם סכנה לביטחון המדינה

בית המשפט, בדחותו את עתירותיהם של אמתצאר מוחמד אחמד עג'ורי ושל כיפאח מחמד אחמד עג'ורי, אחיו ואחותו של אחמד עלי עג'ורי, שלו יוחסו פעולות של שילוח מחבלים מתאבדים, ראה בהם כמי שמהווים סיכון ניכר וממשי לביטחון האזור, וזאת על שום הסיוע המודע שהגישו לאחיהם בפעילותו החבלנית<sup>123</sup>: האח, בשמשו כתצפיתן שעה שאחמד העביר מטעני חבלה, והאחות, בשירותי התפירה שהציעה לאחיה, תפירת חגורת – או חגורות – נפץ<sup>124</sup>.

ככלל, דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי מעניקים חסינות לאזרחים מפעולות ותקיפות צבאיות<sup>125</sup>, כל עוד אין הם נוטלים חלק ישיר בלוחמה<sup>126</sup>. עם זאת, יש לציין כי הלחימה של העשורים האחרונים, המתבטאת בריבוי קונפליקטים עקובי דם שאינם בעלי אופי בינלאומי<sup>127</sup> – וזה הוא אפיונו של הסכסוך הישראלי-פלסטיני<sup>128</sup> – חידדה את השאלה מהי אותה פעילות שבה מעורב אזרח, הנוטלת ממנו את ההגנה המגיעה לו כזה. הטעם לחידוד שאלה זו הוא היות קונפליקטים אלה מאופיינים במידה רבה של מעורבות מצד האוכלוסייה האזרחית ובסיוע רחב ההיקף שזו מספקת לכוחות הלוחמים<sup>129</sup>, סיוע הכולל, למצער, אספקה קבועה של מזון, מחבוא ומקלט<sup>130</sup>. הרצון למנוע שלילת כל הגנה מאוכלוסיות אזרחיות שלמות השליך על הפרשנות המצמצמת שניתנה למושג "נטילת חלק ישיר בלוחמה": כיום, יש להבחין בין נטילת חלק במאמץ המלחמתי הכללי, שאינה פוגעת בהגנה המוענקת למשתתפים בו, לבין פעילות אשר תכליתה וטבעה לגרום נזק רב לחיי אדם ולציוד של כוחות האויב<sup>131</sup>, והמהווה, לפיכך, איום ממשי<sup>132</sup>. כך, פעילות הכוללת הרג, לקיחת שבויים, הרס של ציוד האויב, איסוף מודיעין בשטח שבו מתבצעת לוחמה והפעלת מערכות נשק מהווה "נטילת חלק ישיר בלוחמה"<sup>133</sup>, ואילו אספקת מזון ללוחמים, המתבצעת על ידי מרבית האוכלוסייה באופן סדיר, אינה נחשבת ככזו. על פי אמת מידה זו, דומה כי ההבחנה שעורך בית המשפט בין הסיוע שהגיש העותר עבד אלנאצר מוצטפא אחמד עצידה, שעתירתו התקבלה, לבין הסיוע שהגישו האח והאחות עג'ורי לאחיהם, בדין יסודה<sup>134</sup>. הוראת סעיף 78 הנה ביטוי להבחנה זו בדינים ההומניטריים בכך שהיא מתירה פגיעה ב"אדם מוגן"<sup>135</sup>,

ומשכך נחשבת ישראל לכובש לכל דבר. ניתן לשער שהנחה זו עמדה בבסיס התייחסותו של בית המשפט לשאלת הכיבוש כעובדה מובנת מאליה. עניין עג'ורי, אם כך, נותן גושפנקא לטענה כי מעמדם של אזורי רצועת עזה והגדה המערבית הוא של שטחים כבושים ובכך מושך את השטיח תחת טענת מדינת ישראל כי מדובר בשטחים אוטונומיים.

אולם בית המשפט לא הסתפק בזהות מנגנוני החקיקה, השיפוט והמנהל בשני האזורים על מנת לבסס את מסקנתו כי מדובר באזור אחד. כאמור, אם היה מוצא בית המשפט כי מדובר באזורים נפרדים, הרי שהעברת העותרים מאזור יהודה ושומרון לרצועת עזה הייתה נופלת בגדר סעיף 49 אשר אוסר על כל גירוש או העברה בכפייה של אנשים מוגנים אל מחוץ לאזור<sup>115</sup>. אכן, הפרשנות לאמנת ג'נבה מציינת כי העברת מקום מגורי אדם על פי סעיף 78 כפופה לאיסור הקבוע בסעיף 49, משכך, ניתן לעצור אדם מוגן או לתחום מגוריו וכל זאת במסגרת גבולות האזור עצמו<sup>116</sup>.

בית המשפט פנה לפרשנות תכליתית של סעיף 78 לאמור: "התכלית המונחת ביסוד הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, והמצמצמת את תוקפו של תיחום מקום המגורים לאזור אחד, יסודה באחדות החברתית, הלשונית, התרבותית, הסוציאלית והמדינית של האזור, מתוך רצון לצמצם את הנזק שבהעברת מגורים למקום זר. מכוחה של תכלית זו אין לראות באזור יהודה ושומרון ובאזור חבל עזה שני אזורים הזרים זה לזה, אלא יש לראותם כאזור אחד"<sup>117</sup>. גישתו זו של בית המשפט אינה נקייה מספקות: בעוד ההפניה לפרשנות התכליתית של האמנה מתיישבת, כאמור, עם פסיקת בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה לשעבר בנוגע לאמנת ג'נבה הרביעית, הרי זה קבע כי ביסוד תכלית זו עומד הרצון להעניק הגנה נרחבת ככל הניתן לאוכלוסייה המוגנת וכי לאורה יש לפרש את סעיפי האמנה<sup>118</sup>. הלכך, דווקא תכלית זו אמורה להוביל לפרשנות מצומצמת של הגדרת אזור על פי סעיף 78, באופן המקטין ככל הניתן את הנזק שנגרם לאדם מוגן כתוצאה מהרחקתו מבתו, ממשפחתו ומאזור המחיה שלו<sup>119</sup>. בין אזור הגדה המערבית לאזור רצועת עזה אין רצף טריטוריאלי ובין השטחים יש מעברי גבול הנשלטים על ידי ישראל. למרות הקשר הלאומי והלשוני הקיים ביניהם, מובחנים אזורים אלה הן בהיסטוריה שלהם, שממילא השפיעה על התפתחות תרבותית וחברתית שונה, והן בזמן אמת: עובר להסכמי אוסלו ומאז מבצע "חומת מגן", אזורים אלה מנותקים זה מזה באופן שיוצר חשש ממשי כי הזרות שירגישו העותרים במקום מגוריהם החדש דומה לזו שהם עלולים להרגיש במדינה זרה<sup>120</sup>. נקודה זו מתחזקת לאור השאלה שלא נשאלה בפסק הדין ומקורה בתכליתו המקורית של סעיף 78. המטרה הברורה והמידית של אמצעי תיחום מגורים הנה העברתו של אדם ממקום מגוריו לאזור מבודד יותר, שבו ניתן יהא לפקח על מעשיו ביתר יעילות על ידי הכוח הכובש<sup>121</sup>, שהרי אדם זה, כאמור, מהווה סכנה ביטחונית. מדוע, אם כן, מצאה ישראל לנכון להעביר מגוריהם של העותרים

124 ועדת הערעורים קבעה בהחלטתה מיום 12.8.02 כי העותרת תפרה חגורת נפץ; המשיב בעתירה טען כי העותרת תפרה חגורות נפץ. ראו עניין **עגורי, לעיל** הערה 1, פסקה 31.

125 I. Deter *The Law of War* (Cambridge, 2<sup>nd</sup> ed., 2000) 135; H. B. Robertson Jr. "The Principle of the Military Objective in the Law of Armed Conflicts" 8 *USAFA J. Leg. Stud.* (1997) 35, 36.

126 Protocol Additional to the Geneva Conventions of August 12 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 July 1977, art. 51(3) 1125 U.N.T.S. 3, *reprinted* in 16 I.L.M. (1977) 1391; Protocol Additional to the Geneva Conventions of August 12 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 July 1977, art.13(3), 1125 U.N.T.S. 609, *reprinted* in 16 I.L.M. 1442 (1977); M. Bothe et al. *New Rules for Victims of Armed Conflicts* (The Hague, 1982) 301.

127 Deter, *supra* note 125, at p. 18.

128 קונפליקטים בינלאומיים הנם אלו המתרחשים בין שתי מדינות ריבוניות. אכן, דיני המלחמה והדינים ההומניטריים של המשפט הבינלאומי חלו במקורם בסיטואציות של קונפליקטים בינלאומיים בלבד. מכאן, כי כל קונפליקט חמוש אשר אינו נופל להגדרה זו נופל בגדר סכסוך בעל אופי שאינו בינלאומי. חלק לא מבוטל של דיני המלחמה והדינים ההומניטריים חלים אף בסכסוך מסוג זה אם מדובר בסכסוך חמוש, דהיינו, כאשר מדובר בסכסוך ממושך וקשה המתנהל בין שני צדדים בעלי רמת ארגון צבאית גבוהה. ראו: O. Ben-Naftali & K. Michaeli "We Must not Make a Scarecrow of the Law: A Legal Analysis of Israel's Policy of Targeted Killings" 36(2) *Cornell Int'l. L. J.* (Forthcoming, Spring 2003).

2.1. sec. ניסיון להשוות מעמדם של סכסוכים אלו לסכסוכים בינלאומיים הובילו לחתימתו של הפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה. ראו: Protocol I, *supra* note 125. עם זאת, ישראל אינה חברה לפרוטוקול מסיבה זו בדיק. ראו: T. Meron "The Time Has Come for the United States to Ratify Geneva Protocol I" 88 *A.J.I.L.* (1994) 678, 683.

129 L.L. Turner & L.G. Norton "Civilians at the Tip of Spear 51 *A.F. L. Rev.* (2001) 1; S.R. Sarnoski "The Status Under International Law of Civilian Persons Serving with or Accompanying Armed Forces in the Field" 29 *Army Lawyer* (1994) 29; M.N. Schmitt "The Principle of Discrimination in the 21st Century Warfar" 2 *Yale Hum. Rts. & Dev. L. J.* (1999) 143,158-159.

130 L. Moir *The Law of Internal Armed Conflict* (Cambridge, 2002) 58-59.

131 Y. Sandoz et al. (eds.) *Commentary on the Additional Protocols of 8 July, 1977 to the Geneva Conventions of 12 August, 1949* (Geneva, 1987).

132 Bothe, *supra* note 126, at p. 303.

133 Fleck, *supra* note 105, at p. 232; R.K. Goldman "America's Watch Experience in Monitoring Internal Armed Conflicts" 9 *Am. U. J. Int'l L. & Pol'y* (1993) 49, 70-72.

134 לעיל תתפרק 2.2.3.

135 "אדם מוגן" מוגדר בסעיף 4 לאמנת ג'נבה כאדם הנמצא תחת שליטתה של המעצמה הכובשת בכפוף לכך שאינו מוגן על ידי אחת משלוש אמנות ג'נבה הנוספות ואינו אורח המעצמה הכובשת או מדינה המקיימת עמה קשרים דיפלומטיים סדירים.

136 Pictet, *supra* note 86, at p. 258.

137 בהקשר זה יש אף לציין כי אמתצאר עגורי היא רווקה בת 34, וממילא סביר להניח כי קשרי המשפחה העמוקים ביותר שלה הם עם הוריה ואחיה.

138 פסקה 72 לעתירה של אמתצאר; העתירה מציינת אף, פסקה 67, כי "אף 'יורי', העד מטעם השב"כ, הודה בהגנתו שכיום, לאחר מותו של האח עלי, לא היה ממליץ לעצור את העותרת במעצר מנהלי".

139 קשר זה הוא היוצר את הקישור האסוציאטיבי לאנטיגונה, המפרה את החוק הפויוטיבי מכוח נורמה בסיסית יותר, ומצדיקה הפרה זו בפני הריבון, קריאון, בזו הלשון: "מצוותך המלך רבת עצמה אך עוצמתך כאין וכאפס אל מול חוקי אלוהה לא כותבים אשר היו, הוויים ויהיו, מוסדי עולם מנצח לנצחיים". סופוקלס, **לעיל** הערה 2, בע' 43.

שהוא נשוא אמנת ג'נבה. הוראה זו מתירה למעצמה הכובשת לתחם מקום מגורי אדם מוגן אם נשקפת ממנו סכנה לביטחונה. פרשנותו הרשמית של סעיף זה הוסיפה ופירטה כי על מנת שאדם מוגן ייחשב כמי שאכן נשקפת ממנו סכנה המצדיקה צעד כה חמור, "the State must have good reason to think that the person concerned, by his activities, knowledge .or qualifications, represents a real threat to its present or future security"<sup>136</sup>.

ברי מפסק הדין כי פעולות הסיוע עצמן – ולא ידיעה מיוחדת או כישורים מיוחדים שנדרשו על מנת לבצע את פעולות הסיוע – הן שנתפסו על ידי בית המשפט כמצדיקות חשש סביר לביטחון המדינה: אכן, פעולות הסיוע של האח והאחות לבית עגורי לא רק שאין בהן ייחוד, ואין הן תובעות מיומנות מיוחדת, אלא הן משקפות תפקידי מגדר מסורתיים בתכלית: זה תצפיתן וזו תופרת. תפקידים אלה בתורם, נגזרים מתפקידם הבסיסי ביותר של העותרים, היותם אח ואחות. תפקיד זה – במישור מוסד המשפחה – מחייב כי יסייעו לאחיהם, לעתים, גם במחיר הפרת החוק. ברי כי אין באמור כדי לשלול מהם אחריות לפעולותיהם המנוגדות לחוק, אך יש בו כדי לשים את טקסט ההפרה בקונטקסט המשפחתי שבו ובגינה הוא התבצע<sup>137</sup>. קונטקסט זה מקבל משנה תוקף לנוכח העובדה כי לא נטען על ידי איש כי יש לייחס להם מעורבות בפעילות שלא הייתה קשורה לסיוע לאח; לא נטען כי אי מי מהם הוא בעל מעמד מיוחד בחברה במקום מגוריהם; בעל כישורים מיוחדים או אף בעל עניין מיוחד בפוליטיקה<sup>138</sup>. האח והאחות לבית עגורי סייעו לאחיהם אחמד מתוקף קשר הדם; לא האדמה<sup>139</sup>.

115 הסעיף מאפשר פינוי של האוכלוסייה משטח מסוים על בסיס צורכי ביטחון יוצאי דופן של הכובש, כגון מצבים שבהם נוכחותם מסכנת מבצעים צבאיים או על בסיס צורכי ביטחון האוכלוסייה עצמה, כגון מצבים שבהם שהותם באזור הנתון להתקפות צבאיות מסכנת את ביטחונם ראו: Pictet, *supra* note 86, at p. 280.

116 *Abid*, at p. 368; ראו עניין **עגורי, לעיל** הערה 1, פסקה 20.

117 עניין **עגורי, לעיל** הערה 1, פסקה 22.

118 ראו **לעיל** הערה 89.

119 פרשנות המתבקשת אף מהחלת דיני זכויות אדם הבינלאומיים על אזור הנמצא תחת כיבוש, ראו: E. Benvenisti "The Applicability of Human Rights Conventions to Israel and the Occupied Territories" 26 *Isr. L. R.* (1992) 24, 30; Roberts, *supra* note 90, at p. 71.

120 על המצב הגאופוליטי בשטחי הרשות הפלסטינית ועל השינויים המהותיים ביחסי הגומלין שבין אדם למקום הנגזרים מן הדינמיקה של הכיבוש, ראו א' אפרת **מאונרפיה של כיבוש** (2002). על היחס בין הביתור הפיסי של השטחים עובר להסכמי אוסלו לבין הפרגמנטציה של השיח המשפטי לגביהם ראו ע' שלקאני "תחומי שיפוט אלימים: על משפט, חלל הפרגמנטציה של הדיסקורס תחת אוסלו" **מחברות עדאלה** 3 (2002) 35.

121 Pictet, *supra* note 86, at p. 256.

122 כפי שמצא לנכון, למשל, לברר מדוע לא יעמידו לדין את העותרים, ראו עניין **עגורי, לעיל** הערה 1, פסקאות 32, 36. שתיקה זו מהדהדת במיוחד נוכח טענת העותרת, אנתצאר מוחמד אחמד עגורי, כי מבחינתה עדיף המעצר המנהלי, שבו ברי כי אפשרות הפיקוח על מעשיה היא הגבוהה ביותר, על פני ההעברה לעזה. עמדה זו, העשויה להיתפס כממוהה בתרבות המערבית, אינה נתפסת ככזו בתרבות הפלסטינית, כפי שניתן ללמוד מהעדפותיהם של פלסטינים לא מעטים להישאר במעצר מנהלי ארוך טווח ולא להיות "מגורשים מרצון". ראו העתירה לצו על תנאי, פסקה 76.

123 ראו לעיל תתפרק 2.3.3.

הראויה לבחינת אמצעים שונים שמערכת הביטחון נוקטת על בסיס התאמתם לדין הבינלאומי ההומניטרי.

אכן, כפי שצינו, תהליכי ההתפתחות של המשפט הבינלאומי הפלילי מסבירים במידה רבה את הצורך שרואה בית המשפט בהתאמה בין הדין החל בישראל לבין הדין הבינלאומי בכלל והדין ההומניטרי בפרט<sup>144</sup>. עם זאת, תנאי האפשרות להפיכתה של התאמה זו לדרך המלך שממנה לא ניתן לסטות, היא הכרה בחלוקה של אמנת ג'נבה הרביעית על פעולות המעצמה הכובשת בשטחים, באופן שאינו תלוי בהסכמת המדינה להחלטה בעניין ספציפי. הכרה כזו לא ניתנה על ידי בג"צ בעניין **עג'ורי**<sup>145</sup>.

ב. קביעתו של בית המשפט כי הן רצועת עזה והן הגדה המערבית מהוות שטח כבוש שבו ישראל היא המעצמה הכובשת – קביעה הסותרת את עמדת המדינה ברגיל, אם כי לא בהקשרה של זכות המעצמה הכובשת לתחם מקום מגוריו של אדם – עולה בקנה אחד עם אמות המידה הראויות על פי המשפט הבינלאומי, והנה קביעה משמעותית. השלכתה הנורמטיבית היא כי על ישראל לשאת גם בחובות המוטלות על המעצמה הכובשת מכוח הדין הבינלאומי ההומניטרי.

השלכה נורמטיבית זו אינה מובנת מאליה כפי שאולי ניתן היה לסבור. הטעם לכך אינו נגזר רק מההחלטה בעניין **עג'ורי**, החלטה שאישרה את סמכות המפקד הצבאי לתחום את מקום מגורי העותרים, ולא החלטה שהטילה חבות על המדינה כלפי תושבי השטחים הכבושים, אלא במיוחד מן ההקשר הרחב יותר של החלטות בג"צ בעתירות שהגישו תושבי השטחים: במרבית העתירות הללו, שיח הזכויות שכה מאפיין את החלטות בג"צ בהקשרים אחרים מוחלף בשיח ביטחוני-לאומי, בפניו נסוגות זכויותיהם של תושבי השטחים<sup>146</sup>. מהלך זה מתאפשר על ידי אופני הפרשנות של אמנת ג'נבה על ידי בג"צ, ופסיקתו מלמדת כי בין שבחר בפרשנות טקסטואלית ובין שבחר בפרשנות תכליתית – לכאורה שתי גישות צהובות זו לזו – יישומה של הפרשנות לגופו של העניין שבפניו הוליכו להכשרת הטענה שביקרה חפצה המדינה<sup>147</sup>. הפרשנות שנקט בית המשפט בעניין **עג'ורי** היא, לפיכך, מרכזית לבחינת פסק הדין ולהערכתו.

ג. הגישה הפרשנית לאמנת ג'נבה הרביעית שבית המשפט מאמץ, קרי גישת פרשנות תכליתית ודינמית כאחת היא גישה ראויה העולה בקנה אחד עם מגמות עדכניות במשפט הבינלאומי. כך גם התוכן שיוצק בית המשפט לתכליתה של האמנה, היינו, מתן הגנה רחבה ככל הניתן לאנשים מוגנים.

דע עקא, שהאופן שבו בית המשפט מבין את המונח "פרשנות דינמית" אינו עולה בקנה אחד פרשנותה התכליתית. אופן זה, כפי שראינו, מצמצם את ההגנה שמבטיחה האמנה לאזרחים. הטעם שנתן בית המשפט לצמצום זה הוא הצורך בהתאמת הוראות האמנה לאופייה של הלוחמה הנוכחית, אופי שמנסחיה לא צפו. טעם זה הוא אכן טעם ראוי, אך לאו דווקא לפרשנות דינמית מצמצמת כי

על רקע זאת, יש להוסיף ולשאול אם יש בפעולות הסיוע שהושיטו לאחיהם כדי להקים אפשרות סבירה כי תהא נשקפת מהם סכנה לביטחון האזור? על פניו התשובה עשויה להיות ברורה מאליה: הדעת נותנת כי מי שסייע באופן מודע לפעולה אסורה, ימשיך ויעשה כן בעתיד, אלא אם כן תימנע ממנו אפשרות זו. דע עקא, שהמובן מאליו, תכופות, יותר משהוא משקף את המציאות נכוחה, מצביע דווקא על נקודת העיוורון של המתבונן: אכן, בפסק הדין, נוכחותה של נקודת עיוורון זו מוצאת את ביטויה במה שסמוי בו מן העין; במה שלא נאמר בו: האח המבוקש שלו הושט הסיוע, נהרג – או חוסל – בידי צה"ל, ביום 6 אוגוסט 2002<sup>140</sup>, כלומר, כחודש לפני מתן פסק הדין. הלכך, האין זו אפשרות סבירה אף יותר, כי שעה שקול הדם נדם, תם אף הטעם שבגיננו היה, אולי, יסוד סביר להניח כי פעולות הסיוע של האחים לבית עג'ורי מסכנים את ביטחונה העתידי של מדינת ישראל? וממילא לתהות אם אכן תיחום מקום מגוריהם הוא "אמצעי רציונלי – במסגרת המידתיות הנדרשת – להפחתת הסיכון הנובע ממנה בעתיד"<sup>141</sup>? ומדוע זאת לא צוינה עובדת מותו בפסק הדין? סימן השאלה באשר למידתיות צו תיחום המגורים, ולסוג הרציונליות שהוא מייצג, מתעצם שעה ששתיים לב לסיפורה של משפחת עג'ורי. סיפור המשפחה מרכזי לסיפור המשפט: בית המשפחה במחנה הפליטים עסכר אל ג'דיד הסמוך לשכם נהרס; הורים קשישים נותרו מחוסרי קורת גג; מרבית בני המשפחה נעצרו; והאח אחמד, שבגין פעולותיו נפלו עליהם הרעות הללו, אינו עוד בין החיים. האם העברתם של האחיות והאח לעזה – העברה הנתפסת על ידיהם כעונש חמור אף מאבדן חירות, ובה במידה שאדם בונה את זהותו מתוך שייכות למקום ולבית באופן שאינו משקף דווקא תפיסת מקום אובייקטיבית וחיצונית<sup>142</sup>, גם כפגיעה בזהות – היא אכן מידתית, או חורגת מאמת מידה זו, ולפיכך, אין מדובר בתיחום מקום מגורים המותר על פי דין?

#### 4. פרשת הדרכים: שופטים ובוכים

*"קריאון: ידי ריקות,*

*כל מעשי ידי עלו בתהו,*

*והגודל*

*שחק את גבהותי לאפר"*<sup>143</sup>.

פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **עג'ורי** הוא טקסט מורכב המחייב את בחינתו לא רק במישור הנורמטיבי אלא גם במישור הנרטיבי, תוך התייחסות לזיקות הגומלין בין שני המישורים. במישור הנורמטיבי, לפנינו פסק דין חדשני ביותר, לפחות במובנים מסוימים, ובעל השלכות נורמטיביות העשויות להיות מרחיקות לכת. חדשנות זו, כפי שראינו, באה לידי ביטוי בעיקר בשלושה מוקדים:

א. לראשונה ניתנת הכרעה שיפוטית על ידי בג"צ שבה נדונה סוגיה ביטחונית לאור כללי המשפט הבינלאומי ההסכמי באופן בלעדי ומעמיק כאחת. באופן זה פורץ בית המשפט את הדרך הנורמטיבית

אם לפרשנות דינמית מרחיבה העולה בקנה אחד עם תכלית האמנה, שהרי מנסחיה גם לא צפו סיטואציה של כיבוש כה ממושך, ואילו צפו אותו, יכול שהיו משנים את מאזני הכוחות, ועמם את החובות והזכויות של הצדדים, באופן הפועל לטובת האוכלוסייה הכבושה. הפרשנות הדינמית, לפיכך, אינה תוחמת את הגבול הנורמטיבי להפעלת הכוח על ידי המעצמה השולטת, אלא להפך, מתאימה את הנורמה לנרטיב. נרטיב זה הוא החולש לא רק על "הפרשנות הדינמית" אלא על עצם הדינמיקה של הסכסוך, כפי שהיא נתפסת על ידי בית המשפט. נקודה זו, מובילה אותנו, אפוא, מן המישור הנורמטיבי של פסק הדין אל המישור הנרטיבי.

ישראל, אומר בית המשפט, הן בפתח פסק הדין והן בסופו, פועלת מכוח זכותה להגנה עצמית<sup>148</sup>. שאלה נכבדה היא אם אכן ישראל פועלת מכוח זכותה זו, או שמא עצם היותה המעצמה הכובשת בשטחים מייתר את השימוש בכוח על יסוד זכותה זו<sup>149</sup>. אלא שאין לשאלה זו ולא כלום עם השאלה שהוצגה לדיון בבית המשפט: השאלה אם מדינה מפעילה כוח במסגרת זכותה להגנה עצמית, היא שאלה נפרדת לחלוטין, מהבחינה הנורמטיבית, מן השאלה אם הכוח המופעל – בין שהוא מופעל מכוח זכות זו ובין שאינו – עולה בקנה אחד עם הדין ההומניטרי<sup>150</sup>. השאלה שעמדה בפני בית המשפט היא אם אמצעי מסוים שנוקטת המדינה עולה בקנה אחד עם הוראות הדין ההומניטרי, ואכן, פסק הדין עוסק בשאלה זו. ממילא ברור כי אין לאמירה בדבר השימוש בכוח מטעמי הגנה עצמית כל השלכה נורמטיבית לצורכי פסק הדין. השלכתה היחידה היא נרטיבית; היא מסמנת את האופן שבו בית המשפט מבין את מצבו של צד אחד לסכסוך, הצד שאותו הוא מזוהה ועמו הוא מזדהה, ואת האופן שבו הוא היה חפץ שאופי הסכסוך יובן על ידי אחרים.

באופן דומה ניתן גם להבין את האמירה כי "הכוחות הנלחמים בישראל הם טרוריסטים"<sup>151</sup>. אפיון זה של הכוחות הפלסטינים הוא בעל משקל נרטיבי בזירת ההתגוששות הרטורית, המסמנת אדם מסוים כטרוריסט נתעב מזה וכלוחם נערץ מזה, אך נטול משמעות נורמטיבית במסגרת השיח המשפטי הרלוונטי: במסגרת סכסוך מזוין שאינו בעל אופי בינלאומי, וכזה הוא אפיונו הנורמטיבי של הסכסוך שבנדון<sup>152</sup>, האמצעים שנוקטים הצדדים לסכסוך, ובכללם אמצעים בלתי חוקיים על פי דיני המלחמה, אינם קובעים את מעמדם המשפטי. מעמד זה נקבע בעיקרו על פי מידת הארגון של הכוחות הלוחמים ולא בכדי: עצם קיומו של "סכסוך מזוין" בהקשר של סכסוך שאינו בינלאומי מורה על עצמת האלימות המאפיינת אותו, והמבחינה בינו לבין פעולות מרי אלים בלתי מאורגנות ופעולות טרור מלכתחילה<sup>153</sup>. הלכך, מרגע שנקבע כי עסקין בסכסוך מזוין שאינו בעל אופי בינלאומי, חלים דיני המלחמה והדינים ההומניטריים, ואלה מכירים במעמדו של אדם כלוחם או כאזרח, בלא קשר לאמצעים שהוא נוקט<sup>154</sup>. לשון אחר, הגם שהמלחמה בטרור כשלעצמה היא ראויה, אין לגזור מכך את נאותות האמצעים שבהם משתמשים, ואלה נקבעים על פי הדין ההומניטרי. בית

140 עובדה אשר הייתה ידועה לבית המשפט, הן מעתירתה של העותרת והן מכתב התשובה של המשיבים: על פי העותרת, פסקה 80 לעתירה הוא חוסל; כך אף נטען על ידי ארגון אמנסטי בהודעה המגנה את פסק הדין. ראו: Amnesty International, *Forcible transfers of Palestinians to Gaza constitutes a War Crime* (3.9.2002), [URL: <http://web.amnesty.org/ai.nsf/Index/MDE151342002?OpenDocument&of=COUNTRIES%5CISRAEL/OCCUPIED+TERRITORIES>] על פי כתב התשובה הוא נהרג. על עמדת המשפט הבינלאומי בסוגיית החיסולים, ראו: Ben-Naftali & Michaeli, *supra* note 127.

141 עניין **עלוזי, לעיל** הערה 1, פסקה 32 וראו גם פסקה 36 באשר לכיפאח מחמד אחמד ע'ורי.

142 על הפער בין מפות קרטוגרפיות לבין מפות קוגניטיביות, ראו 'פורטוגלי יחסים מוכללים: חברה ומרחב בסכסוך הישראלי-פלסטיני' (1996); ראו גם שלקאני, **לעיל** הערה 120.

143 סופוקלס, **לעיל** הערה 2, אכסודוס, בע' 80-81.

144 ראו לעיל הדין לו נלוות הערות 71-76.

145 שכן, כאמור המדינה הסכימה להחליטה: עניין **עלוזי, לעיל** הערה 1, פסקה 13. יש לציין את הבעייתיות בהכרזת המדינה כי ישראל לקחה על עצמה לכבד את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה, שכן לא ברור כלל מהו הקו המפריד בין הוראות ההומניטריות לבין אלו שאינן. לראיה, ניתן לטעון כי סעיף 78 עצמו, העוסק באמצעי ביטחון שיכולה לנקוט המעצמה הכובשת נגד אדם מוגן, אינו הוראה הומניטרית. עם זאת, בית המשפט לא ערך כל הבחנה כאמור ובכך הכפיף, בפועל, את מכלול הוראותיה של אמנת ג'נבה לביקורתו.

146 ראו מסקנתו של: Kretzmer, *supra* note 71, at p. 188.

"The rights-minded approach is generally conspicuous by its absence in decisions relating to the Occupied Territories. The jurisprudence of these decisions is blatantly government-minded".

שמיר, **לעיל** הערה 84, שמצאיו מאושרים מסקנה זו, טוען כאמור כי גם באותם מקרים נדירים בהם התקבלה עתירה, העיד היוצא מן הכלל על הכלל ואף העניק לו, וממילא למדינה, כמו גם לבית המשפט, הצדקה ומשנה תוקף. **שם**, בע' 795-799.

147 Kretzmer, *supra* note 71, at p. 55.

148 עניין **עלוזי, לעיל** הערה 1, פסקה 3, 41.

149 General Assembly Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, 24 Oct. 1979, Principle A, GAOR, 25th Sess. Supp. No. 28, at 121, U.N. Doc. A/8028 (1971).

בכוח נגד עם הנלחם להגדרה עצמית. לדיון בסוגיה, ראו: A. Cassese *Self Determination of Peoples: A Legal Reappraisal* (Cambridge, 1995) 193-200.

150 זהו ההבדל בין הזכות לשימוש בכוח, *jus ad bellum* לבין אופן השימוש המותר בכוח, *jus in bello*. ראו לעניין זה: M. Walzer *Just and Unjust Wars* (New-York, 2<sup>nd</sup> ed., 1992) chap. I, II.

151 עניין **עלוזי, לעיל** הערה 1, פסקה 2.

152 ראו **לעיל** הערה 126.

153 **שם**, שם.

154 לשיטות לחימה אלו השלכה על קביעת מעמדו של האדם כלוחם על פי הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה בלבד ראו: Protocol I, *supra* note 126, at para. 43, 44. הן אינן רלוונטיות בקביעת מעמדו של לוחם בסכסוכים בינלאומיים, שכן במסגרתם, לוחם מוגדר כאדם המהווה חלק מן הכוחות הלוחמים של המדינה. הרלוונטיות היחידה שיש לאמצעי לחימה בהקשר זה הוא כי ניתן להעמיד לדיון לוחם אשר נקט טקטיקות לחימה בלתי חוקיות, בעוד שמעמדו כשבו מלחמה מגן עליו מפני העמדה לדיון בגין פעולות לחימה מקובלות. מכיוון שדיני המלחמה החלים בסכסוכים שאינם בינלאומיים אינם מכירים כלל במעמדו של שבו מלחמה, הרי שניתן להעמידם לוחמים לדיון אף בגין פעולות לחימה מקובלות. משכך, מאבדים אמצעי לחימה השונים כל רלוונטיות משפטית במסגרת סכסוך שאינו בינלאומי. לדיון בסוגיה ראו: Ben Naftali & Michaeli, *supra* note 127, section 3.1.



המשפט, כמובן, ער לכך, ואף אומר זאת במפורש בפסק דינו<sup>155</sup>, וממילא ההפניה ל"כוחות הטרוריסטים" שנגדם נלחמת ישראל היא לפיכך מהלך רטורי, אשר בקונטקסט הנוכחי ממקם את הכוחות הללו על "ציר הרשע", ואת ישראל במקום הפוך.

הרשת הנרטיבית הנפרשת בפסק הדין ממשיכה ומאפיינת את "המציאות הקשה בה נתונים מדינת ישראל והאזור" כ"תוצאה מפעילותם של מחבלים מתאבדים"<sup>156</sup> (ההדגשה שלנו – א.ב. וק.מ.). תפיסת מציאות זו משקפת אכן את העמדה הדומיננטית הישראלית, ואת הטעם המרכזי שבגינה, לדידה, נכשל תהליך אוסלו, אך לא את זו הפלסטינית, שעל פיה המציאות הקשה היא תוצאה של הכיבוש, כאשר לדידה, הטעם המרכזי לכישלון תהליך אוסלו, הוא המשכיותו<sup>157</sup>.

אימוצו של הנרטיב של מדינת ישראל על ידי בית המשפט הוא שקבע את המהלך הפרשני שנקט בית המשפט בתורו אחר "הפרשנות הדינמית" להוראות הדין ההומניטרי ואת יישומה בהקשרו של סעיף 78, יישום שהעניק, כפי שראינו, למונח "אזור" פרשנות מרחיבה שעה שפרשנות תכליתית ראויה בנסיבות שבהן אין רצף טריטוריאלי בין אזור הגדה המערבית לאזור עזה, היא דווקא הפרשנות המצמצמת<sup>158</sup>.

תובנה זו מקבלת משנה תוקף שעה שבוחנים לא רק את שנאמר בפסק הדין אלא גם את שלא נאמר במסגרתו. כך ראינו כי בית המשפט, חרף שימושו במונח "פרשנות תכליתית" נמנע מלשאול מה היא תכליתו האמיתית של סעיף 78, שאלה שלו נשאלה הייתה מחייבת אותו להגיע למסקנה כי המטרה הברורה והמידית של תיחום המגורים הנה העברתו של אדם ממקום מגוריו לאזור שבו יוכל הכוח הכובש לפקח על מעשיו ביתר יעילות, וכי מטרה זו אינה מושגת שעה שישאל מבקשת לתחם את מקום מגורי העותרים דווקא באזור שבו השליטה האפקטיבית שלה פחותה יחסית. מסקנה זו לא הייתה מאפשרת להכשיר את צו תיחום המקום; הסבר חלופי היה מאפיין את המעשה כגירוש אסור<sup>159</sup>, המהווה הפרה חמורה של אמנת ג'נבה הרביעית, כלומר, פשע מלחמה<sup>160</sup>. באופן דומה, הצבענו על כך כי שתיתקו של פסק הדין באשר למוותו של האח המבוקש לו סייעו בני משפחת עג'ורי העותרים, יוצרת את תנאי האפשרות לטענה כי הם מהווים סכנה לביטחון המדינה, כאשר ללא סכנה כזו, היה תיחום מקום מגוריהם אסור, בהיותו אמצעי הרתעה גרידא<sup>161</sup>. תחת הכותרת "סוף דבר", מוצא בית המשפט לנכון לאפיין את מצבה של המדינה ושל מערכת המשפט שלה, בהקשר הסכסוך, כהאי לישנא:

"אכן, קשה הוא מצבה של מדינת ישראל. גם תפקידנו שלנו אינו קל. עושים אנו ככל יכולתנו לאזן כראוי בין זכויות האדם לביטחון האזור. באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה.

הוא נותן טעם למאבקה. ואשר לנו כשופטים, קשה מלאכתנו. מקושי זה לא נוכל ולא נרצה להימנע"<sup>162</sup>.

פסקה זו, המגלה אמפטיה רבה כלפי המדינה וכלפי שופטיה, באופן שיש בו לא רק הזדהות אלא אף זהות משותפת, זהותה של מדינת שלטון החוק, חותמת את פסק הדין תוך שהיא פונה לקהילה המדומינת<sup>163</sup> שבית המשפט רואה לנגד עיניו מפנים<sup>164</sup> ומחוץ<sup>165</sup>. באופן זה מביא בית המשפט את המהלך הנרטיבי המאפיין את פסק הדין כולו לשיאו הרטורי ובה בעת, חושף, לדעתנו, את הכפפתה העקבית של הנורמה הבינלאומית לנרטיב הלאומי בפסק הדין. תוצאתה של הכפפה זו עולה בקנה אחד עם הניתוח המשפטי של פסק הדין כפי שהצענו לעיל. הכפפה זו עולה בקנה אחד עם פסיקותיו הקודמות של בג"צ בהקשר פעולות המדינה בשטחים הכבושים, וממילא יותר משיש בה טפח של חידוש, יש בה טפחיים של מראית ה" *déjà vu*. הכפפה זו חושפת את הניגוד שמציעה הרטוריקה בין זכויות האדם לבין שיקולי הביטחון כניגוד מדומה, ומורה כי המשפט, יותר משהוא פועל לריסון הכוח, מכשיר אותו; הופך למכשיר שלו, ובתוך כדי כך משכפל את מערך הכוח הכולל בין מדינת ישראל לבין "הכוחות (הטרוריסטים) הנלחמים בה"<sup>166</sup>. הכפפה זו דוחה את ההצדקה שהמשפט מספק לכוח במארג היחסים המתקיים בין אדם

#### ◆ למקום

- 155 "המדינה עושה ככל יכולתה כדי להגן על אזרחיה ולהבטיח את ביטחון האזור. אמצעים אלה מוגבלים הם. ההגבלות הן, בראש ובראשונה, צבאיות-אופרטיביות... הגבלות אלה הן גם נורמטיביות... המדינה מבקשת לפעול במסגרת האפשרויות החוקיות העומדות לרשותה על פי המשפט הבינלאומי החל עליה... כתוצאה מכך, לא כל אמצעי אפקטיבי הוא גם אמצעי חוקי". ראו עניין **עג'ורי, לעיל** הערה 1, פסקה 41.
- 156 **שם**, פסקה 27.
- 157 ראו לעניין זה: The Sharem el-Shikh Fact-Finding Report (The Mitchell Report, 2001): [URL: <http://www.state.gov/p/nea/rfs/rpt/3060pf.htm>] (last visited on 3.2.2003).
- 158 לעיל תת-פרק 3.2.
- 159 לעיל תת-פרק 3.3.
- 160 ראו **לעיל** הערה 77.
- 161 לעיל תת-פרק 3.4.
- 162 עניין **עג'ורי, לעיל** הערה 1, פסקה 41. יש לציין כי זו לא הפעם הראשונה שהנשיא ברק מדיגש את אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל ואת המגבלות שאופיי זה מטיל עליה בהקשר שלטון החוק. ראו לדוגמה, עניין **הועד הציבורי כנגד עינויים, לעיל** הערה 36, בע" 845-846; בג"צ 3451/02 **לעיל** הערה 37, בע" 34-35; בג"צ 168/91 **לעיל** הערה 39, בע" 470-471.
- 163 ב' אנדרסון **קהילות מדומינות** (מהדורה שנייה, תשנ"ט) 75-79, 238-240.
- 164 "חלק מהציבור ישמח בהחלטתנו; חלקו האחר יתנגד לה. ייתכן, לא אלה ולא אלה יעיינו בהנמקותינו. אך אנו את מלאכתנו נעשה". עניין **עג'ורי, לעיל** הערה 1, פסקה 41, המצטטת את דברי הנשיא בבג"צ 2161/96 **שריף נ' אלוף פיקוד העורף**, פ"ד נ(4) 485, 491.
- 165 פסק הדין פורסם בה בעת בעברית ובאנגלית והושם על אתר בית המשפט העליון, כפי שנעשה אף בעניין **הועד הציבורי כנגד עינויים, לעיל** הערה 36.
- 166 עניין **עג'ורי, לעיל** הערה 1, פסקה 2.