

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4764/04

בפני: כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופטת ד' ביניש

העותרים: 1. רופאים לזכויות אדם
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
4. בצלם-מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים

נגד

המשיב: מפקד כוחות צה"ל בעזה

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: א' בסיון התשס"ד (21.05.2004)

בשם העותרים: עו"ד פאטמה אלעג'ו

בשם המשיב: עו"ד ענר הלמן; עו"ד יובל רויטמן

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

המקיימת ישראל חובות הומניטריות שונות המוטלות עליה על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, בעת פעולות הלחימה המבוצעות ברפיח – זו השאלה הניצבת לפנינו.

1. מאז 18.5.2004 מתנהלת לחימה פעילה באזור רפיח שברצועת עזה (ראו בג"ץ 4573/04 אלבסיוני נ' מפקד כוחות צה"ל (טרם פורסם); בג"ץ 4585/04 עבד אלכרים ע' רחמאן שקפהת נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (טרם פורסם); בג"ץ 4694/04 אסמאיל עבד אלעזיזי אבו עמרה ועוד 45 אח' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (טרם פורסם)). על פי הודעת המשיב, פעולות הלחימה הן בהיקף נרחב. הן נועדו לפגוע בתשתית הטרור באזור זה. עיקר המטרה הינה לאתר מנהרות המשמשות להברחת אמצעי לחימה מהחלק המצרי של רפיח לחלק הפלסטיני. כן נועדה הלחימה לעצור אנשים המבוקשים בגין פעולות טרור ולאחר אמצעי לחימה הנמצאים באזור רפיח. הלחימה המתבצעת במקום כוללת קרבות עם גורמים חמושים. כנגד כוחות צה"ל מופעלים מטענים רבים; נורית לעברם אש מכלי נשק שונים.

2. העיר רפיח מחולקת לשכונות מספר. עיקר פעילות הלחימה היתה בשכונת תל א-סולטן. כן נכנס צה"ל לשכונת ברזיל. בלילה שבין הגשת העתירה (ביום 20.5.2004) לבין שמיעתה למחרת בבוקר (ה-21.5.2004) יצאו כוחות צה"ל משתי השכונות הללו. עם זאת, השכונות מכותרות ונשלטות על ידי הצבא.

3. לקראת הלחימה – וכלקח ממבצעים דומים שבוצעו בעבר – נקט הצבא בשלושה אמצעים שנועדו להקל על פתרון של בעיות הומניטריות: ראשית, הוקם "מוקד הומניטרי". מוקד זה מקיים קשר עם גורמים שמחוץ לאזור הלחימה. כך, למשל, פונים אליו ארגוני זכויות אדם שונים. נעשה נסיון לפתור, בו במקום, מצוקות קונקרטיות המתעוררות אגב הלחימה. שנית, הוקמה מינהלת התיאום והקישור. מינהלת זו עומדת בקשר שוטף בעניינים הומניטריים המתעוררים אגב הלחימה עם אנשי משרד הבריאות הפלסטיני, וכן עם אנשי הסהר האדום הפלסטיני והצלב האדום הבינלאומי. ראש המת"ק בדרום רצועת עזה עומד בקשר ישיר עם אנשי משרד הבריאות הפלסטיני ועם בתי החולים באזור. תפקידו הוא למצוא פתרון למצוקות המתעוררות עקב פעולות הלחימה. בראש מינהלת התיאום והקישור באזור חבל עזה עומד אל"מ י' מרדכי; שלישית, בכל גודל המצוי בלחימה הוצב קצין של מינהלת התיאום והקישור. תפקידו לעסוק בהיבטים ההומניטריים המתעוררים אגב הלחימה, כגון פינוי הרוגים ופצועים פלסטיניים.

4. העותרים הם ארבעה ארגוני זכויות אדם. הם מצביעים על שורה של פגיעות באוכלוסיה המקומית ברפיח – עליהן נעמוד בהמשך – בעקבות פעילות הלחימה של הצבא. הם עותרים כי הצבא ייאפשר לצוותים רפואיים ולאמבולנסים להגיע לפצועים ברפיח לצרכי פינוי; כי הפינוי ייעשה ללא צורך בתיאום מראש עם המוקד ההומניטרי; כי יתאפשר מעבר ציוד רפואי בין רפיח לבתי החולים מחוצה לה; כי לא יפגעו או יאוימו צוותים רפואיים או אזרחים העוסקים בפינוי פצועים או גופות; כי תחודש הספקת החשמל והמים לשכונת תל א-סולטן ותתאפשר הספקת מזון ותרופות לתושבי השכונה; כי תתאפשר כניסת משלחת של רופאים מטעם ארגון רופאים לזכויות האדם (העותרת מס' 1) לבתי החולים ברצועת עזה כדי לעמוד על הצרכים הרפואיים במקום. לבסוף, העותרים מבקשים כי ייחקר אירוע שבו הופגזה (ביום 19.5.2004) התקהלות אזרחים ונהרגו מספר תושבים. כן מבקשים הם כי תוצא הוראה האוסרת על ירי או הפגזה על התקהלות של אזרחים אף אם מצויים ביניהם חמושים שאינם מסכנים חיים באופן מיידי.

תגובת המשיב

5. המשיב מבקש כי נדחה את העתירה. הוא מדגיש כי במקום עדיין מתנהלות פעולות לחימה נרחבות. נערכים קרבות עם גורמים חמושים. במצב דברים זה נדרשת זהירות רבה בהפעלת ביקורתו השיפוטית של בית המשפט על התנהלות כוחות הביטחון. מדובר בפעילות המצויה על גבול תחום השפיטות המוסדית. לגופם של דברים טוען המשיב כי רפיח היוותה צינור עיקרי להכנסת נשק לכל רצועת עזה, וזאת בעיקר באמצעות מנהרות הנחפרות בין החלק המצרי של רפיח לבין החלק הפלסטיני. נשק מוברח זה משמש לפגיעה בצבא וביושבים הישראלים בתוך הרצועה ומחוצה לה. מטרת הלחימה היא לפגוע בתשתית הטרור הפלסטינית באזור זה, ובכלל זה, לאתר מנהרות המשמשות להברחת אמצעי לחימה; לעצור פלסטינים המבוקשים בגין פעולות טרור, ולאתר אמצעי לחימה הנמצאים באזור רפיח. במסגרת פעולות צה"ל באזור רפיח התנהלו קרבות עם גורמים חמושים. כנגד כוחות צה"ל הופעלו מטענים רבים. נורתה עליהם אש מכלי נשק שונים, וכן התקיימה פעילות לחימה אינטנסיבית בין צה"ל לבין הגורמים החמושים. בטיעוניהם בכתב ובעל-פה ציינו באי כוח המשיב כי במסגרת הלחימה נעשה מאמץ רב על ידי כוחות צה"ל להתחשב בצרכי האוכלוסיה המקומית, ולמזער ככל האפשר את הפגיעה באוכלוסיה האזרחית, וכי נקבעו מראש גורמי קישור ותיאום לעניין זה. עם זאת, המצב במקום הוא סבוך, שכן המחבלים עושים שימוש

בבתים הפלסטיניים כמקורות לירי. הם פועלים מתוך האוכלוסיה הפלסטינית, וכתוצאה מכך מקשים על הצבא להתמודד עם קשיים אלה. על אף זאת, הצבא ממלא את תפקידו כלפי האוכלוסיה האזרחית, ועושה הכל כדי להקטין את נזקיה. לעניין זה הגיב המשיב – כפי שנראה בהמשך – לכל אחת מטענות העותרים. המשיב מדגיש כי קשיים נגרמים בשל כך שהמחבלים פועלים מתוך האוכלוסיה הפלסטינית, ומשתמשים בה לעתים כמגן אנושי. חרף זאת, עושה הצבא ככל יכולתו להקטין את נזקיה של האוכלוסיה המקומית. כן ציין המשיב, כי תיאור המצב בעתירה מבוסס על מקורות פלסטיניים והוא כולל הגזמות פרועות, אשר כל מטרתן היא לצייר את המצב ההומניטרי בצבעים קודרים בהרבה מכפי שהוא למעשה.

ההליך לפנינו

6. העתירה הוגשה לבית המשפט העליון ביום חמישי (ה-20.5.2004). היא נקבעה לשמיעה בפנינו למחרת בבוקר (ה-21.5.2004). לקראת דיון זה ביקשנו וקיבלנו תגובה בכתב מטעם המשיב. בדיון בעל-פה נכחו, בנוסף לנציגי הצדדים, גם ראש מינהלת התיאום והקישור באזור חבל עזה, אל"מ י' מרדכי, והפרקליט הצבאי הראשי. אל"מ מרדכי מסר לנו בעל-פה מידע על הסוגיות השונות שהועלו בפנינו. לעתים הוא ביקש שהות-מה כדי לעמוד על המתרחש בגזרת רפיח, תוך שהוא מתקשר לאנשיו באזור רפיח אשר מסרו לו פרטים, אותם מסר לנו. עם סיום הטיעונים הצענו בחינתו של הסדר מסויים – עליו נעמוד בהמשך – בעניין קבורת המתים (ראו פסקה 25 להלן). בעניין זה, קיבלנו הודעה מעדכנת מטעם פרקליטות המדינה ביום ראשון (ה-23.5.2004). ביקשנו (ביום 24.5.2004) את תגובת העותרים. בטרם התקבלה זו, קיבלנו בו ביום (ה-24.5.2004) תגובה נוספת מטעם המשיב. תגובת העותרים נתקבלה אף היא בו ביום, והיא התייחסה הן לבעיה של קבורת המתים והן לעניין החזרת החשמל לרפיח. תגובת המשיב להודעת העותרים התקבלה ביום 27.5.2004, וזאת לאחר שהצבא עזב (ביום 24.5.2004) את מרחב העיר רפיח, ולאחר שהאזור חזר לשליטה אזרחית וביטחונית של הרשות הפלסטינית.

הביקורת השיפוטית

7. "ישראל אינה אי בודד. היא חלק ממערך בינלאומי" (בג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה קציעות, פ"ד נז(1) 403, 412). פעולות הלחימה של הצבא אינן נעשות בחלל משפטי. קיימות נורמות משפטיות – חלקן של המשפט הבינלאומי המינהגי, חלקן של המשפט הבינלאומי המעוגן באמנות שישראל צד להן, וחלקן בכללי היסוד

של המשפט הישראלי – הקובעות כללים באשר לניהול של לחימה. עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

“ישראל מצויה בלחימה קשה כנגד טרור משתולל. היא פועלת על-פי זכותה להגנה עצמית (ראו סעיף 51 למגילת האומות המאוחדות). לחימה זו אינה נעשית בחלל נורמטיבי. היא נעשית על-פי כללים של משפט בינלאומי, הקובעים עקרונות וכללים לניהול הלחימה. האמירה כי ‘כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות’ אינה נכונה. אימרתו של קיקרו כי בעת מלחמה מחרישים החוקים אינה משקפת את המציאות המודרנית...”

הטעם המונח ביסוד גישה זו אינו רק פרגמטי, פרי המציאות הפוליטית והנורמטיבית. הטעם המונח ביסוד גישה זו הוא עמוק הרבה יותר. הוא ביטוי לשוני שבין מדינה דמוקרטית הנלחמת על נפשה לבין לחימתם של טרוריסטים הקמים עליה. המדינה נלחמת בשם החוק ולשם שמירתו. הטרוריסטים נלחמים כנגד החוק ותוך הפרתו. המלחמה נגד הטרור היא גם מלחמתו של המשפט כנגד הקמים עליו (ראו בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, בעמ' 132). אך מעבר לכך, מדינת ישראל היא מדינה שערכיה יהודיים ודמוקרטיים. הקמנו כאן מדינה שומרת חוק, המגשימה את יעדיה הלאומיים ואת חזון הדורות, והעושה כך תוך הכרה בזכויות האדם, בכלל, וכבוד האדם, בפרט והגשמתם. בין שני אלה יש הרמוניה והתאמה, ולא ניגוד וניכור” (בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, 35 – להלן – פרשת אלמדני).

אכן, כל פעולות הלחימה של כל צבא כפופות לכללי המשפט הבינלאומי העוסקים בפעילות זו. עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני כי “גם בתקופת לחימה יש לקיים את הדינים החלים על לחימה. גם בתקופת לחימה יש לעשות הכל כדי להגן על האוכלוסיה האזרחית” (בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11, 16; להלן – פרשת ברכה).

8. הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון הינה במצב הדברים הרגיל ביקורת בדיעבד (ex post facto). המעשה עליו מלינים כבר נעשה. לעתים חולף זמן ניכר בין האירוע לבין בחינתו בבית המשפט העליון, אשר בודק בדיעבד את תוצאותיו במשפט. לא כן המקרה שלפנינו. לא נתבקשנו על ידי העותרים לבחון את משמעותן המשפטית של פעולות הלחימה שכבר בוצעו ונסתיימו. מטרתה של העתירה לכוון את

ההתנהגות המיידית של הצבא. הביקורת השיפוטית שלנו היא מראש (ex ante). היא נעשית בעוד פעילות הלחימה עצמה נמשכת. דבר זה מטיל מגבלות מובנות על בית המשפט. אמת, עצם העובדה שהדיון צופה פני העתיד אינה זרה לבית המשפט העליון. כך, למשל, בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817) נבחנה חוקיותה של הנחיה אשר איפשרה הפעלת לחץ פיזי על נחקרים. מטרת הבחינה לא היתה לבחון מקרים שהתרחשו בעבר. מטרתה היתה לבחון חקירות שהתנהלו אותה עת. עם זאת, המקרה שלפנינו הוא מיוחד בכך, שהבחינה השיפוטית מתקיימת בטרם הסתיימה הפעילות הצבאית, ובעוד חיילי צה"ל נתונים לסיכונים הכרוכים מעצם ניהולה של הלחימה. בעניין זה יש לחזור ולהדגיש כי:

"ודאי שבית-משפט זה לא ינקוט כל עמדה באשר לאופן ניהול הלחימה. כל עוד חיי החיילים בסכנה, ההכרעות תיעשינה על-ידי המפקדים. בפרשה שלפנינו לא נטען בפנינו כי ההסדר שהגענו אליו מסכן את חיילינו" (פרשת ברכה, עמ' 16).

הוא הדין בענייננו: הסוגיות ההומניטריות הוסדרו, בלא לסכן את חיי החיילים או את פעילות הלחימה. כפוף למגבלה זו, אין המקרה שלנו שונה ממקרים אחרים, בהם בודק בית משפט זה את חוקיות פעולות הצבא.

9. הביקורת השיפוטית אינה בוחנת את תבונתה של ההחלטה לקיים פעילות צבאית. בחינתה של הביקורת השיפוטית הינה חוקיותה של הפעילות הצבאית. על כן, מניחים אנו כי הפעולה הצבאית שבוצעה ברפיח דרושה היא מהבחינה הצבאית. השאלה הניצבת בפנינו הינה, אם מקיימת פעילות צבאית זו את אמות המידה הלאומיות והבינלאומיות הקובעות את חוקיותה של אותה פעולה. עצם העובדה שפעילות מתבקשת במישור הצבאי, אין פירושה שהיא חוקית במישור המשפטי. אכן, איננו מחליפים את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בכל הנוגע לשיקולים הצבאיים. זו מומחיותו. אנו בודקים את תוצאותיהם במישור הדין ההומניטרי. זו מומחיותנו.

המסגרת הנורמטיבית

10. הפעילות הלחימתית של הצבא ברפיח נשלטת, בכל הנוגע לתושבים המקומיים, על ידי אמנת האג (הרביעית) בדבר הדינים והמינהגים של מלחמה ביבשה, 1907 (ה-), 1907, Hague Convention IV Respecting the Laws and Customs of War on

Land; להלן – אמנת האג) ואמנת ג'נבה (הרביעית) בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה 1949 (ה-Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1949; להלן – אמנת ג'נבה הרביעית). על כך מתווספים העקרונות הכלליים של המשפט המינהלי, המלווים כל חייל ישראלי (ראו בג"ץ 393/82 גמעית אסכאן אלמעלמון אלתעאוניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785; בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, 536). על פי עקרונות כלליים אלה של המשפט המינהלי הישראלי, על הצבא לנהוג באזור, בין השאר, בהגינות (מהותית ודיונית), בסבירות ובמידתיות, תוך איזון ראוי בין חירות הפרט לצורכי הכלל (ראו בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385, 396).

11. ההוראה הבסיסית של המשפט הבינלאומי ההומניטרי החלה בעת פעולות הלחימה הינה כי התושבים המקומיים "זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמינהגיהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשי אלימות או איומי אלימות" (... respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall at all times be humanely treated and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof" (סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית בתרגומו לעברית כפי שמופיע בכ"א, כרך ו', עמ' 571-572. ראו גם סעיף 46 לאמנת האג). מסגרת נורמטיבית-הומניטרית כללית זו נוסחה על ידי גאסר (Gasser), בזו הלשון:

"Civilians who do not take part in hostilities shall be respected and protected. They are entitled to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions, and their manners and customs. Their property is also protected" (Gasser, "Protection of the Civilian Population", in D. Fleck, The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts 211 (1995)).

ביסוד ההוראה בסיסית זו עומדת ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין (השווה סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ראו גם J.S. Pictet, Commentary: (1958) 199 (IV Geneva Convention)). אין לפגוע בחייו או בכבודו כאדם, ועל כבודו כאדם יש להגן. חובה בסיסית זו אינה מוחלטת. היא כפופה ל"אותם אמצעי פיקוח וביטחון שיהיו דרושים כתוצאה מהמלחמה" (סעיף 27 סיפא). אמצעים אלה אסור להם

לפגוע בליבת הזכויות (ראו, פיקטה, שס, 207). עליהם להיות מידתיים (פלק, שס, עמ' 220). אכן, הלחימה היא בטרוריסטים, ובמי שמבצעים פעולות חבלניות עוינות. הלחימה אינה עם התושבים המקומיים (ראו פלק, שס, עמ' 212). כאשר אלה נקלעים, לא פעם, לתוך אזור הלחימה – ובמיוחד כך מקום שהטרוריסטים הופכים את התושבים המקומיים ל"מגן אנושי" – יש לעשות הכל כדי לשמור על חייהם וכבודם של התושבים המקומיים. חובתו של המפקד הצבאי על פי הכלל הבסיסי היא כפולה. ראשית, עליו להימנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה"שלילית"; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא יפגעו. זו חובתו ה"חיובית" (פלק, שס, עמ' 212). שתי החובות הללו – אשר הגבול ביניהן הוא דק – צריכות להיות מופעלות בסבירות ובמידתיות על פי צרכי הזמן והמקום.

12. בצד ההוראה הבסיסית בדבר כבוד האדם של התושבים המקומיים בעת פעולות לחימה, מעמיד המשפט הבינלאומי ההומניטרי מספר חובות משנה. אין בהן כדי למצות את העקרון הכללי. אין הן אלא ביטוי ספציפי לו. מבין חובות משנה אלה נציין שתיים הרלבנטיות לעתירה שלפנינו:

1. אספקה של מזון ותרופות: "על המדינה הכובשת... להבטיח במלוא מידת האמצעים שברשותה את אספקת המזון והתרופות לאוכלוסיה; במיוחד שומה עליה למלא את מחסורו של השטח הנכבש במזון, ברפואות ובשאר דברים, אם אין מקורותיו של השטח הנכבש מספיקים" (סעיף 55 לאמנת ג'נבה הרביעית; ראו פיקטה, שס, עמ' 300). בהקשר זה יש לאפשר אספקה של מזון ותרופות מגופים הומניטריים ומהצלב האדום (סעיף 59 לאמנת ג'נבה הרביעית). יש לאפשר מעבר חופשי למשלוחים אלה (שס וראו גם סעיף 23 לאמנת ג'נבה הרביעית). ניתן, כמובן, לבדוק את המשלוחים ולהיווכח שהם מיועדים למטרתם ההומניטרית (סעיף 59 לאמנת ג'נבה הרביעית).

2. שירותי רפואה: יש להבטיח את תפעולם הראוי של מוסדות הרפואה בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (סעיף 56 לאמנת ג'נבה הרביעית). יש לכבד ולהגן על אנשים העוסקים בחיפוש אחר פצועים. עליהם לשאת תעודות זהות שיאפשרו את זיהויים (סעיף 20 לאמנת ג'נבה הרביעית). הצלב האדום והסהר האדום ימשיכו בפעולותיהם על פי עקרונות הצלב האדום (סעיף 63 לאמנת ג'נבה הרביעית).

13. בעתירתם שבכתב ובטיעוניהם שבעל-פה, העלו באי כוח העותרים רשימה של עניינים ספציפיים בהם מפר המשיב את המשפט הבינלאומי ההומניטרי. ביקשנו וקיבלנו על כל אחד מעניינים אלה תשובה, בכתב ובעל-פה, מאת באי כוחו של המשיב. כן קיבלנו הסברים מעודכנים בעל-פה מפי אל"מ י' מרדכי. נעמוד עתה על כל אחד מעניינים אלה.

מים

14. באת כוח העותרים טענה בפנינו, כי כניסתם של הטנקים לשכונת תל א-סולטן הרסה את תשתית המים וכתוצאה מכך נמנעה אספקת מים לרפיח כולה. עד למועד הטיעון בפנינו תוקנה אחת מבארות המים, וקיים על כן מחסור חמור של מים במקום. מיכליות המים לא מגיעות לבתים, ויש על כן קושי באספקת המים. העותרים מבקשים כי נורה למשיב לחדש את אספקת המים לשכונת תל א-סולטן. בדברי תשובתו בעל-פה ציין אל"מ י' מרדכי, כי אכן נפגעו בארות המים המצויות בשכונת תל א-סולטן. כתוצאה מכך קיים מחסור במים בדרום רצועת עזה. על פי דיווחו, נכון למועד הצגת דבריו בפנינו, ארבע מתוך חמש בארות המים תוקנו. האיחור בתיקון נגרם משום שצוות התיקון הפלסטיני לא רצה להיכנס לשכונת תל א-סולטן מחשש שייפגע. לאחר זמן הגיע ביוזמתו של אל"מ מרדכי הצלב האדום עם רכב בינלאומי, ומרבית הבארות תוקנו. במקום שאין בו עדיין מים זורמים (כגון בשכונת תל א-סולטן) מאפשר הצבא הבאת מים במיכליות. נכון לעתה, מצויות בשכונה חמש מיכליות מים, אשר התושבים יכולים להגיע אליהן ללא קושי. בעודו מסביר לנו, נמסר לאל"מ מרדכי – והוא מסר לנו – כי שש מיכליות מים נוספות נכנסו לשכונה. כמו כן נמסר לנו כי עתה כל בארות המים תקינות. למקום הוכנס סולר, המאפשר את פעולת הגנרטורים, המאפשרים את שאיבת המים מהבארות. כתוצאה מכך עתה יש כבר מים זורמים בכל השכונות של רפיח. בהודעה שקיבלנו מבאת כוח העותרים (ביום 24.5.2004) נמסר לנו כי בירור עם ראש עיריית רפיח העלה כי תשתיות המים ברפיח טרם תוקנו. לטענתו, טנקים ודחפורים של צה"ל גרמו לנזקים רבים בתשתיות המים. צינורות מים נסדקו, ומי שופכין הציפו את הרחובות והתערבבו במי השתייה. בבתים רבים עדיין אין מים.

15. חובתו של המפקד הצבאי הינה לדאוג לאספקת מים באזור הנתון לפעילות לחימתית. חובה זו אינה רק החובה (השלילית) של מניעת פגיעה במקורות המים ומניעת הפרעה באספקת המים. חובה זו הינה גם החובה (החיובית) לספק מים אם אלה מצויים במחסור. יש לעשות כל הניתן, כדי לשמור על מקורות המים ולתקנם במהירות הראויה. יש לדאוג למיכליות מים אם זרם המים הרגיל אינו פועל כראוי. הלקחים בוודאי יילמדו לעניין זה לעתיד.

חשמל

16. העותרים טוענים כי שכוונתיה של רפיח מנותקות מזרם החשמל. נסיון לחבר את שכונת תל א-סולטן לחשמל נכשל, והעיר כולה מנותקת מחשמל. הם מבקשים כי נורה למשיב לחדש את אספקת החשמל. בדברי תשובתו בעל-פה ציין אל"מ מרדכי כי החשמל לדרום רצועת עזה מגיע מישראל. במהלך המבצע הצבאי נפגעה תשתית החשמל. הצבא – בשיתוף פעולה עם עיריית רפיח – עוסקים בתיקון הפגיעה. הדבר לוקח זמן, שכן לא פעם מתקשים העובדים במציאת מקור התקלה. גם הקרבות המתנהלים במקום מקשים על החזרה תקינה של רשת החשמל. נכון לעתה, ברוב רובה של רפיח יש חשמל, וייעשה הכל להשלים התיקונים באופן שהחשמל יחזור לכל האזור. על רקע זה, נראה לנו כי אין מקום לפעולה נוספת מצידנו. בהודעה מעדכנת (מיום 24.5.2004) מטעם העותרים נמסר לנו כי בבתים רבים ברפיח עדיין אין חשמל. לשם תיקון הרשת נדרש ציוד שאינו מצוי בעזה ושיש לייבאו מישראל. סגירתו של מחסום קרני מונעת הכנסת הציוד והחומרים הדרושים לתיקון תשתית החשמל. אחר צאת כוחות הצבא ממרחב העיר רפיח ולאחר סיום המבצע הצבאי קיבלנו הודעה מטעם המשיב (מיום 27.5.2004). נמסר לנו כי אזור רפיח נתון עתה לשליטה אזרחית וביטחונית של הרשות הפלסטינית, ולא של כוחות הצבא. לגוף העניין הודע לנו, כי אין מניעה להעברת ציוד הדרוש לתיקון תשתית החשמל דרך מעבר קרני, ובלבד שהדבר יתואם עם הגורמים הרלוונטיים בצה"ל.

ציוד רפואי ותרופות

17. באת כוח העותרים ציינה כי, בבית החולים א-נג'אר, המשרת את האזור שבשליטת הצבא – אם כי הוא מצוי מחוץ לאזור הקרבות – קיים מחסור חמור בתרופות, ציוד רפואי ומנות דם. הודעה על כך נמסרה מבית החולים לפרופ' דונחין, החבר בעותרת מס' 1. העותרת מס' 1 (רופאים לזכויות אדם) הכינה מכונית ובה תרופות, תחבושות ומנות דם. המכונית עומדת ליד שער ארז, ואין מאפשרים את

כניסתה. העותרים מבקשים, כי נורה למשיב לאפשר אספקת תרופות לתושבים בשכונת תל א-סולטן. כן מבקשים הם, כי נורה למשיב לאפשר מעבר כלי רכב המובילים ציוד רפואי בין רפיח לבתי חולים שמחוצה לה, בחאן-יונס ובעזה. כתשובתו בכתב ציין אל"מ י' מרדכי כי מתאפשרת באופן שוטף הכנסת ציוד רפואי ותרופות לאזור רפיח. אין כל מניעה מהעברת הציוד הרפואי מאזור לאזור. לשם כך אף נפתח מעבר הגבול הבינלאומי ברפיח שהיה סגור בשל הלחימה, על מנת לאפשר כניסתן של משאיות הנושאות ציוד רפואי ממצרים לאזור רצועת עזה. בדברי תשובתו בעל-פה הוסיף אל"מ י' מרדכי, כי הכניסה לאזור הקרבות היא באמצעות שער קרני. כל ציוד רפואי שיושב לשער זה, יועבר מיד ליעדו, ובלבד שלא ילווה באזרחים ישראלים, בשל החשש לחטיפתם. באשר למצב התרופות בבית החולים ציין אל"מ מרדכי, כי הוא שוחח ביוזמתו עם מנהל בית החולים. נמסר לו תחילה על מצוקה במנות דם ובציוד רפואי בסיסי. לאחר זמן קצר נמסר לו כי נתקבלו מנות דם ושוב אין בהן מחסור. המחסור בציוד לעזרה ראשונה נמשך. עוד באותו ערב נכנסה משאית ממצרים עם ציוד רפואי מתוניסיה. כן נכנסו דרך שער קרני ארבע משאיות של הצלב האדום עם תרופות. אל"מ מרדכי עומד בעניין זה בקשר ישיר עם הצלב האדום. כל בקשה לאספקת תרופות מתקבלת ומתבצעת. במהלך הקרבות התאפשרה הוצאתם של בלוני חמצן. אלה מולאו בישראל והוחזרו לבית החולים. בתגובתה ציינה באת כוח העותרים, כי זה עתה נוצר קשר בין העותרים מס' 1 לבין הצלב האדום, והרכב שהוכן על ידם והציוד שבו יועברו לייעודם. כן מסר לנו בא כוח המשיבים, כי זה עתה נמסר לו כי ארבע משאיות עם ציוד רפואי עברו דרך מעבר קרני.

18. חובתו של המפקד הצבאי להבטיח, כי באזור קרבות, ימצא מספיק ציוד רפואי. זאת בוודאי חובתו כלפי חייליו שלו. אך חובתו היא גם כלפי האוכלוסיה האזרחית המצויה בשליטתו. במסגרת ההתארגנות לקראת מבצע צבאי, יש לקחת עניין זה – שהוא תמיד צפוי – בחשבון. בהקשר זה יש לבחון מראש את המערך הרפואי במקום, ואת יכולתם של בתי החולים המקומיים לתת שירות רפואי סביר בעת הקרבות. יש להכין מראש ציוד רפואי למקרה של מחסור; יש לאפשר הכנסת ציוד רפואי ממקורות שונים, כדי להקל על המצוקה; יש לקיים, ככל האפשר, קשר עם שירותי הרפואה המקומיים. החובה היא של המפקד הצבאי, ואין בקבלת סיוע מגורמים חיצוניים כדי לשחרר אותו מחובתו זו (השווה סעיף 60 לאמנת ג'נבה הרביעית). עם זאת, סיוע חיצוני זה עשוי להביא להגשמתה של החובה, הלכה למעשה. נראה לנו כי עתה בא עניין זה על פתרונו ואיננו סבורים שיש מקום לסעד נוסף מבית המשפט.

19. לטענת באת כוח העותרים, עם תחילת הפעילות הצבאית הוטל עוצר מלא וסגר על חלק משכונות רפיח. הוא מוסר ומוטל חליפות, בהתאם לאזור בו מתקיימת לחימה בשעה נתונה. בשכונת תל א-סולטן מתנהלת לחימה רצופה מהבוקר של ה-18.5.2004. בשל העוצר מנותקים תושבי השכונה מהעולם החיצון זה שלושה ימים. הם סובלים ממחסור במים (ראו פסקה 14 לעיל), בתרופות (ראו פסקה 17 לעיל) ובמזון. בארבע משכונותיה של רפיח אין חלב ואין מוצרי מזון בסיסיים. הקשר עם שכונות אחרות – שהיה פותר את הבעיה – נמנע על ידי הצבא. כן לא מוכנס מזון מחוץ לאזור. העותרים מבקשים כי נורה למשיב כי יאפשר אספקת מזון לתושבי שכונת תל א-סולטן. בדברי תשובתו ציין אל"מ מרדכי, כי הנוהל הרגיל הינו, כי משמוטל עוצר יש לאפשר הצטיידות במזון בתוך 72 שעות מתחילת העוצר. במקרה שלפנינו איפשר הצבא לאחר 48 שעות הכנסתן לאזור של משאיות מזון שהכין הצלב האדום. נקבעו מצבורי מזון בחלקים שונים של השכונות, והם חולקו בין התושבים. לעניין זה מצוי הצבא בקשר עם ראש עיריית רפיח ועם משרדי הרשות הפלסטינית. במשך היום יכנסו משאיות מזון נוספות. כל בקשה של גורם חיצוני לאספקת מזון תאושר ותתבצע. הוא הדין בחלב. לדעת אל"מ מרדכי אין עתה מחסור במזון. הוא הדגיש, בהקשר זה, כי עוד לפני המבצע התאפשר לאונר"א למלא את מחסניו במזון.

20. במישור הנורמטיבי, הכלל הינו כי המפקד הצבאי התופס אזור תפיסה לוחמתית, חייב לספק את צרכי המזון של התושבים המקומיים הנתונים לשליטתו. הוצאתה של חובה זו מהכוח אל הפועל מותנית כמובן, בפרטיה, בנתוני הלחימה. עם זאת, אסור לה ללחימה שתביא להרעבתם של תושבים מקומיים הנתונים לשליטת הצבא (ראו פרשת אלמנדי, עמ' 36). במישור המעשי, נראה לנו כי בעיית המזון באה על פתרונה. עם זאת, עלינו לחזור ולציין, כי בדומה לבעיית התרופות גם שאלת המזון לאוכלוסיה האזרחית צריכה להיות חלק מהתכנון מראש לקראת מבצע צבאי. האחריות הכוללת בעניין זה היא של הצבא. הוא עשוי כמובן להיעזר בגורמים בינלאומיים, כגון הצלב האדום ואונר"א. עם זאת, אין בפעולתם של אלה כדי לשחרר אותו, כמי שהשליטה האפקטיבית היא בידיו, מחובתו הבסיסית לאוכלוסיה האזרחית אשר תחת שליטתו (השווה כלל 60 לאמנת ג'נבה הרביעית).

21. לטענת העותרים, עם תחילת המבצע נחסמה הדרך המובילה מרפיח לחאן-יונס בשני הכיוונים. אמבולנסים שפינו פצועים מרפיח לחאן-יונס אותו בוקר, לא הצליחו לחזור לרפיח. הפצועים נשארו, על כן, בבית החולים א'-נג'אר. בית חולים זה אינו מצוייד ואינו מתקדם דיו על מנת לטפל בעשרות הפצועים המגיעים אליו. בשל חסימת הדרך, חייהם של פצועים רבים נתונים בסכנה. זאת ועוד: כאשר מאפשרים פינוי פצועים מבית החולים א'-נג'אר שברפיח לבתי חולים שמחוץ לרפיח, מתנה הצבא את הפינוי בכך שיימסר שמו של הפצוע המפונה, מספר זהותו ומספר הזיהוי של האמבולנס, האמור לפנותו. בעוד שדרישת מסירת מספר הרישוי של הרכב המפנה היא דרישה שניתן לעמוד בה, אף אם בדוחק, הדרישה כי יימסר שמו של הפצוע ומספר זיהוי היא דרישה בלתי אפשרית. הטעם לכך הוא, שרבים מן הפצועים אינם בהכרה וזהותם אינה ידועה. בשל דרישה זו, אין האמבולנסים יכולים להגיע לשם פינוי הפצועים שלא ניתן לזהותם. זאת ועוד: כניסתם של אמבולנסים נוספים לשכונת תל א-סולטן נמנעה בשל חפירות שביצע הצבא במקום. במקרה אחד אף נורתה אש על אמבולנס של "הסהר האדום". העותרים מבקשים כי נורה לצבא להימנע מפגיעה או איומים על הצוותים הרפואיים או על אזרחים העוסקים בפינוי פצועים או גופות. כן מבקשים הם כי יאפשרו לצוותים רפואיים ולאמבולנסים פלסטיניים להגיע לפצועים ברפיח לצורך פינויים לבתי חולים. לבסוף, מבקשים הם כי נורה למשיב לאפשר העברת פצועים באמבולנסים מבית החולים ברפיח לבתי חולים אחרים ברצועת עזה ללא צורך בתיאום מראש, הכולל מסירת פרטים מזהים של הפצועים.

22. בתגובתו בכתב ציין אל"מ י' מרדכי כי הצבא מאפשר את כניסתם של אמבולנסים וצוותים רפואיים לרפיח לצורך פינויים של פצועים והרוגים. הדבר מתואם עם גורמי הצלב האדום; גורמי הסהר האדום; משרד הקישור האזרחי הפלסטיני; גורמי אונר"א לסוגיהם; גורמים פלסטיניים שונים וארגוני זכויות האדם הישראליים, אשר פנו למוקד ההומניטרי. ככלל, כוחות צה"ל אינם מונעים כניסתם של אמבולנסים לאזור רפיח וכמו גם מעבר של אמבולנסים מאזור רפיח לאזור חאן-יונס. אשר לדרישה בעניין זיהוי האמבולנס וזיהוי המועברים ציין אל"מ י' מרדכי בתשובה בכתב כי ביסוד פעולות אלה עומד הרצון להבטיח כי אכן מדובר בהעברת פצועים על ידי גורמי הרפואה הפלסטיניים, וכי אכן מדובר באמבולנס ולא בכלי רכב המשמש למטרה אחרת. על פי נסיון העבר, נעשה שימוש על ידי מחבלים פלסטיניים אף באמבולנסים, לצורכי פעילותם החבלנית, ובכלל זה, לצורך הובלת חמושים פלסטיניים והברחת אמצעי

לחימה מאזור אחד למשנהו. בדברי תשובתו בעל-פה הוסיף אל"מ י' מרדכי כי לכל גדוד מצורף קצין של מינהלת התיאום והקישור. אחד מתפקידיו העיקריים הוא לדאוג לפינויים של פצועים, תוך תיאום עם צוות האמבולנס. למעלה מ-80 אמבולנסים עברו במהלך המבצע מצפון רצועת עזה לרפיח. הצבא מאפשר מעבר כל אמבולנס, ובלבד שהדבר יתואם עימו. הבדיקה של האמבולנס – שמא יש בו ציוד לחימה אסור המועבר ממקום למקום – נעשית תוך דקות. אשר לפינוי הפצועים, אין מתנים את פינויים במסירת שמותיהם ומספרי הזהות שלהם. גם מי ששמו או זהותו אינם ידועים מתפנה. עם זאת, אם ניתן לקבל מידע על השם ומספר הזהות, המידע מתבקש ומתקבל. אשר לפינוי הפצועים אל מחוץ לרפיח, מציין אל"מ מרדכי, כי למעלה מ-40 אמבולנסים יצאו מרפיח צפונה. כל אמבולנס המבקש לצאת, הדבר מתאפשר לו. כל שנדרש הוא תיאום התנועה. לעניין הירי על אמבולנס, הדוגש בפנינו כי הירי אינו מכוון. יש הנחיה ברורה, לפיה אסור לירות על אמבולנסים. "האמבולנסים הם מחוץ לתחום" – כך ציין בפנינו אל"מ מרדכי. אל"מ י' מרדכי ציין כי עשרות אמבולנסים עברו בלא שנפגעו. יש להצטער אם נמצא חריג בודד. קיים קשר אלקטרוני בין נהגי האמבולנסים לקצינים של מינהלת התיאום והקישור, באמצעותם נעשה תיאום ראוי בין הכוחות הנעים בשטח לבין האמבולנסים. כאשר מעבר של אמבולנס נמנע בשל עפר ברחוב, נעשה הכל – לאחר תיאום – כדי שטרקטור יובא למקום ויסיר את העפר.

23. ההיבט הנורמטיבי אינו שנוי במחלוקת. על הצבא לעשות ככל שניתן לעשות בנתוני הלחימה כדי לאפשר פינויים של תושבים מקומיים שנפגעו בפעולות הלחימה. בעניין זה נפסק על ידי בית משפט זה, מפי השופטת דורנר, לפני למעלה משנתיים:

"כוחותינו הלוחמים מחוייבים לקיים את הכללים ההומניטריים הנוגעים לטיפול בפצועים, בחולים ובגופות הרוגים. השימוש לרעה שנעשה בצוותים רפואיים בבתי חולים ובאמבולנסים מחייב את צה"ל לפעול למניעת פעילות כזאת, אך כשלעצמו אינו מתיר הפרה גורפת של הכללים ההומניטריים. אכן, זוהי גם עמדתה המוצהרת של המדינה. עמדה זו מתבקשת לא רק מן המשפט הבינלאומי, שעליו מסתמכים העותרים, אלא גם מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (בג"ץ 2936/02 עמותת רופאים לזכויות האדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 3, 4; להלן – פרשת עמותת הרופאים).

ובפרשה אחרת היא כתבה:

"הוראות המשפט הבינלאומי מקנות הגנה למתקנים ולצוותים רפואיים מפני תקיפת הכוחות הלוחמים. ... אסור לתקוף בשום נסיבות שהן מתקנים רפואיים קבועים או ניידים של השירות הרפואי, קרי בתי חולים, מחסנים רפואיים, מקומות איסוף של פצועים וחולים, אמבולנסים וכיוצא באלה... ואולם הצוות הרפואי זכאי להגנה מלאה רק כאשר הוא מועסק באופן בלעדי במשימות של חיפוש פצועים וחולים, איסופם, תובלתם, טיפול בהם וכיוצא באלה... ההגנה על מתקנים רפואיים תיפסק אם משתמשים בהם 'מחוץ לתפקידיהם ההומניטריים, לביצוע מעשים המזיקים לאוייב', בתנאי 'שניתנה בעוד מועד התראה, שתקבע בכל המקרים הנאותים מועד קצוב והוגן, ולא שעו להתראה'" (בג"ץ 2117/02 עמותת רופאים לזכויות האדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 26, 28).

נראה לנו שמעבר האמבולנסים מרפיח החוצה וחזרה פעל כראוי. הדבר התאפשר, בין השאר, בשל הקשר שבין הצבא – באמצעות הקצינים של מפקד התיאום והקישור – לנהגי האמבולנסים. קשר זה הוא ראוי והוא פעל כראוי. גם תנועת האמבולנסים אל האזור וממנו היא חופשית. הדרישות שמעלה הצבא בעניין מספר הרישוי של האמבולנס היא סבירה. כן ראוי הוא שלא להתנות את העברת הפצועים במסירת שמם ומספר הזהות שלהם. עם זאת, איננו רואים כל פגם בנסיון לקבל פרטים אלה במקום שניתן לקבלם, ובלבד שקבלת פרטים אלה לא תהווה תנאי להעברתם מחוץ לאזור הלחימה ולא תעכב מעבר לסביר את המעבר. המקרה היחיד של ירי על אמבולנס הוא חריג. שוכנענו כי בעניין זה ההוראות האוסרות את הדבר הן ברורות וחד-משמעיות. נראה לנו, איפוא, כי בעניין זה באה העתירה על סיפוקה.

קבורת מתים

24. באת כוח העותרים ציינה כי בבית החולים א'-נג'אר שברפיח מצויות 37 גופות של תושבים שנהרגו במהלך פעולת צה"ל. בשל מגבלות שמטיל הצבא, לא מתאפשרת קבורתם. בתשובתו בפנינו ציין אל"מ מרדכי כי מבחינת הצבא אין כל מניעה שהמתים יקברו בבתי קברות. אלה מצויים, למיטב ידיעתו, מחוץ לשכונת תל א-סולטן, ועל כן ניתן לבצע הקבורות עוד היום. בדברי תשובתה ציינה באת כוח העותרים, כי הקבורה

אינה מתבצעת שכן הצבא מכתר את שכונת תל א-סולטן, ולא ניתן לקרובי הנפטרים להשתתף בהלוויה. בכך הודה אל"מ מרדכי.

25. תשובה זו לא הניחה את דעתנו. ציינו, כי יש למצוא בעניין זה פתרון מהיר. כך, למשל, שאלנו, מדוע לא מאפשרים לקרובים, כולם או מקצתם, להשתתף בהלוויות. אל"מ י' מרדכי הבטיח לנו תשובה בעניין זה. בהודעה מעדכנת אשר קיבלנו (ביום 23.5.2004) לאחר סיום הטיעונים, נמסר לנו על ידי באי כוח המשיב, מפי אל"מ י' מרדכי, כי המשיב החליט (כבר ביום 21.5.2004) לאפשר את יציאתם של מספר בני משפחה של כל אחד מההרוגים משכונת תל א-סולטן לצורך קיום ההלוויות. ההצעה נדחתה על ידי הגורמים הפלסטיניים. כן צויין בהודעה המעדכנת, כי עוד באותו יום (כלומר, ה-21.5.2004) היה המשיב נכון לאפשר, כמחווה, כי שני כלי רכב של כל משפחה יוכלו לצאת מאזור שכונת תל א-סולטן על מנת להשתתף בהלוויית בן משפחתם. הצעה זו נדחתה אף היא על ידי הפלסטיניים. בשבת (ה-22.5.2004) היה המשיב נכון לאפשר, כמחווה ולבקשת ארגון הצלב האדום, כי בני משפחתו של כל אחד מההרוגים יוכלו לצאת מהשכונה על מנת להשתתף בטקסי ההלוויה, מבלי שמספרם יוגבל, בכפוף לכך שההלוויות השונות לא תיערכנה בבת אחת, אלא אחת אחרי השניה. הפלסטיניים דחו אף הצעה זו. ביום ראשון (ה-23.5.2004) הודיע המשיב כי הוא נכון לאפשר, כמחווה, ובתיאום עם הרשות הפלסטינית, יציאתם של מספר אוטובוסים מהשכונה, על מנת לאפשר לבני המשפחות ליטול חלק בהלוויות בני משפחותיהם. על פי הידוע למשיב, הפלסטיניים החלו מארגנים את האוטובוסים, לצורך יציאת בני המשפחות משוכנת תל א-סולטן, לקראת עריכת ההלוויות. בהודעה משלימה מטעם המשיב (מיום 24.5.2004) נמסר לנו כי הנסיון שנעשה (ביום 23.5.2004) להוציא את בני המשפחות מהשכונות לצורך קיום ההלוויות באמצעות אוטובוסים מאורגנים לא צלח בשל התנגדותם של הפלסטיניים. המשיב הוסיף וציין, כי באותו יום (כלומר, ה-24.5.2004), לאחר יציאת כוחות צה"ל משכונת תל א-סולטן התקיימו 22 הלוויות, כאשר לא היתה כל מניעה שבני המשפחות המתגוררים בשכונת תל א-סולטן יטלו בהן חלק, והתנועה מהשכונה לאזור בו נערכו ההלוויות לא נמנעה על ידי כוחות צה"ל.

26. בתגובתם (אשר נתקבלה ביום 24.5.2004) ציינו באי כוח העותרים כי מבירור עם ראש עיריית רפיח עולה, כי התושבים ברפיח אכן סירבו להצעות צה"ל, המגבילות באופן ניכר השתתפות המשפחות בלווי יקיריהם בדרכם האחרונה. התושבים העדיפו לקיים את ההלוויות לאחר הסרת המצור על השכונות, על מנת להבטיח קיום תפילת המת והקמת סוכת אבלים לקבלת התנחומים, כפי שמורה ההלכה האיסלמית. בהודעה

נמסר עוד כי ראש עיריית רפיח הודיע, כי לאור הסרת הסגר על שכונת תל א-סולטן, התושבים ברפיח מתארגנים לקראת הלוויה המונית לקבורת 23 הרוגים ברפיח. ההלוויה תתקיים בשעת הצהריים וצפויה להימשך עד שעות אחר הצהריים המאוחרות לאור מספר ההרוגים הרב.

27. בעיית הקבורה של המתים באה על פתרונה. עם זאת, את הלקחים מהאירוע יש ללמוד. נקודת המוצא הינה, כי הכלל הבסיסי הקבוע בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, לפיו יש להגן על כבודם של התושבים המקומיים, משתרע לא רק על התושבים המקומיים החיים, אלא גם על המתים (השוו סעיף 130 לאמנת ג'נבה הרביעית; ראו פיקטה, שם, עמ' 506; ראו גם בג"ץ 3436/02 הקסטודיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה נ' ממשלת ישראל, פ"ד נו(3) 22, 25). כבוד האדם הוא כבודו של החי וכבודו של המת (השוו, לעניין המשפט הפנימי שלנו, ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464; ד"נ בג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195; ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשון-לציון, פ"ד נג(3) 600). "ההגנה על המת וכבודו כמוה כהגנה על החי וכבודו" (השופט י' טירקל בבג"ץ 66/81 המפקח הכללי של משטרת ישראל נ' שופט בית-משפט השלום ברמלה מר בייזר, פ"ד לה(4) 337, 353). חובתו של המפקד הצבאי הינה לחפש ולאתר את גופות המתים (ראו בג"ץ 3117/02 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 17, 18). לאחר שגופות נמצאו, מחובתו היא לדאוג לקיומה של קבורה מכובדת. בפרשת ברכה בה נדונה חובתו של המפקד הצבאי באשר לגופות הרוגים מפעילות לחימה צבאית, כתבנו:

"נקודת המוצא העקרונית הינה כי בנסיבות המקרה האחריות לאיתור הגופות, זיהויין, פינויין וקבורתן, מוטלת על המשיבים. זו חובתם על פי הדינים של המשפט הבינלאומי. עמדה זו מקובלת על המשיבים, והיא מדריכה אותם בפעולתם... איתור הגופות, זיהויין וקבורתן הן פעולות הומניטריות חשובות ביותר. הן נגזרות מכבוד המת. כבודו של כל מת. הן מונחות בבסיס היותנו מדינה שערכיה יהודיים ודמוקרטיים. המשיבים הצהירו כי פועלים הם על פי גישה זו וגישתם נראית לנו... בתחום ההומניטרי ניתן לרוב להגיע לידי הבנה והסדר. כבוד המת חשוב לכולנו, שהרי בצלם אלוהים נברא האדם. כל הצדדים מבקשים לסיים את תהליך האיתור, הזיהוי והקבורה בהקדם האפשרי. המשיבים מוכנים לשיתוף גורמי הצלב האדום, ובשלב הזיהוי לאחר הפינוי גם גורמים מקומיים (בכפוף להחלטתו הספציפית של המפקד הצבאי) באיתור הגופות. הכל מסכימים כי רצוי הוא שהקבורה תעשה

בכבוד, על פי כללי הדת, ובמהירות המירבית" (שס, עמ' 15).

הצבא ביקש לנהוג על פי עקרונות אלה במקרה שלפנינו. המתים זוהו והועברו לבית החולים א'-נג'אר. בכל השלבים הללו שותפו הצלב האדום והסדר האדום. הבעיה שהתעוררה במקרה שלפנינו היא זו של הקבורה. המשיב מוכן היה כמובן לקבור את המתים, אך הוא סבר כי משהועברו הגופות לרשות בית החולים א'-נג'אר, הוא יצא ידי חובתו. ולא היא. חובתו של המשיב היא לדאוג לקבורה מכובדת של הגופות. לשם כך עליו לבוא בדברים עם הרשויות המקומיות, עד כמה שהן מתפקדות, ולמצוא דרכים מכובדות להגשמת חובתו זו. כפי שעולה מהמידע שנמסר לנו, עיקר הקושי התגלה בכל הנוגע להשתתפותם של קרובי המתים. עניין זה היה בשליטתו של המשיב, אשר כוחותיו שלטו על הכניסה והיציאה משכונת תל א-סולטן, והוא מותנה כמובן באפשרויות הביטחוניות. לכאורה נראה כי את ההצעות אותן הציע בסופו של יום ניתן היה להציע בשלב מוקדם יותר. ההתפתחות בעמדת המשיב, כפי שהיא עולה מתגובת הפרקליטות בפנינו, מעידה על כך, שהעניין כנראה לא נלקח בחשבון מראש, והפתרונות שהוצעו היו אימפרוביזציה של הרגע. מכך יש להימנע. יש לתכנן עניין זה מראש. יש להתקין נוהל ברור באשר לשלבים השונים שיש לנקוט בעניין זה. כמובן, אם בסופו של יום הגופות מצויות בבית חולים והקרובים מסרבים לקברן, אין לאכוף עניין זה עליהם בכוח. עם זאת, יש לעשות הכל כדי להגיע בעניין זה להסכמה.

ירי על תהלוכה

28. העותרים מציינים כי ביום רביעי (ה-19.5.2004) השתתפו אלפי פלסטינים מרפיח בתהלוכה שקטה ובלתי אלימה. הם צעדו לכיוון שכונת תל א-סולטן. במשתתפים לא היו חמושים או רעולי פנים. בין המשתתפים היו גברים, נשים, ילדים ומבוגרים. רבים ממשתתפי התהלוכה נשאו בידיהם מזון ומיכלי מים, על מנת להביאם לתושבי שכונת תל א-סולטן שהיתה אותה עת מנותקת לחלוטין מכל גורם חיצוני מזה שלושה ימים. בעודם צועדים נורו לעברם שלושה עד ארבעה פגזי טנקים ושני טילים ממסוק. על פי דיווחי המשתתפים בתהלוכה, נורתה אש אף מכיוון תצפית תל אל-זוערב, שהיא תצפית המאויישת על ידי הצבא. הירי אל עבר ההמון הביא למותם של שמונה אזרחים. כמחצית ההרוגים הם קטינים. העותרים מבקשים כי נורה על חקירה על ידי המשטרה הצבאית החוקרת (מצ"ח). כן נתבקש המשיב להוציא הוראות חד-משמעיות, האוסרות באופן מוחלט ירי או הפגזה על התקהלות אזרחים, אף אם ביניהם מצויים חמושים, שאינם מסכנים חיים באופן מיידי.

29. בא כוח המשיב מסר לנו, כי נערך מיד תחקיר ראשוני. מתוצאותיו עולה כי בשל תקלה נורה פגז של טנק לעבר מבנה נטוש, ומרסיסיו נהרגו שמונה פלסטינים. אחד מהם היה פעיל חמוש של הג'יהאד האיסלאמי. שבעת הנפגעים האחרים היו חפים מכל פשע. בהקשר זה הודגש כי ברפיח מצוי נשק רב, לרבות נשק חודר שריון. כן הודגש כי בעבר נעשו על ידי הטרוריסטים נסיונות רבים של שימוש באזרחים לפגיעה בצבא. כן היה חשש כי המפגינים יעלו על כלי הרכב המשוריינים והחיילים שבהם. התהלוכה התקיימה באמצע אזור לחימה. בין המשתתפים בתהלוכה היו גורמים חמושים. בנסיון להידברות ראשונית עם המפגינים נעשה נסיון להפסיק את התהלוכה. הנסיון נכשל. לאחר מכן נעשה שימוש באמצעים מרתיעים. אף הם נכשלו, והתהלוכה המשיכה בדרכה. במצב דברים זה הוחלט על ירי פגז חלול לעבר מבנה נטוש. כאמור, התחקיר המלא טרם הסתיים. עם סיומו יועבר החומר כולו לפרקליט הצבאי הראשי, אשר יחליט בעניין. המשיב הוסיף וציין בתשובתו בכתב, כי כללי הפתיחה באש הקיימים בצה"ל, לרבות ביחס להתמודדות עם התקהלות של אזרחים, נקבעו תוך התבססות על התפיסה הערכית והמשפטית של הימנעות מפגיעה בחפים מפשע, ככל הניתן. עם זאת, הוא חזר וציין, כי המדובר במצב של לחימה פעילה ושל סיכון לכוחותינו בסביבה רוויית אזרחים, כאשר הלוחמים מול הצבא אינם מבחינים עצמם מן האוכלוסיה האזרחית, ומוטמעים בתוכה. הם משתמשים באופן מכוון באוכלוסיה כמגן אנושי, בניגוד לכללים הבסיסיים של דיני הלחימה, דבר העולה כדי פשע מלחמה.

30. התחקיר של האירוע הקשה טרם הסתיים. החומר כולו יועבר לפרקליט הצבאי הראשי. בנסיבות אלה אין מקום, בשלב זה, לכל פעולה מצידנו. על העותרים להמתין לתוצאות התחקיר ולהחלטת הפרקליט הצבאי הראשי. יש להניח כי הלקחים יילמדו, ואם יש צורך בשינוי ההנחיות שניתנו לצבא, זה יבוצע. בשלב זה, בהיעדר תשתית עובדתית, לא נוכל אלא לחזור על המובן מאליו, כי על הצבא לנקוט בכל אמצעי הזהירות המתבקשים על מנת שלא לפגוע באוכלוסיה האזרחית, לרבות זו המפגינה נגדו. אמצעי הזהירות הנדרשים הם, כמובן, פונקציה של הנסיבות, ובהן הסיכונים הנשקפים לאזרחים מזה ולצבא מזה (השוו ע"א 5604/94 אוסמה חמד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)).

הסעדים הנדרשים

31. העותרים פרטו בעתירה רשימה של שבעה סעדים אותם ביקשו מאיתנו (ראו פסקה 4 לעיל). על ששה משבעה סעדים אלה עמדנו תוך כדי בחינת העניינים

הספציפיים עליהם עמדו העותרים (ראו פסקאות 14 (מים), 15 (חשמל), 16 (ציוד רפואי ותרופות), 18 (מזון), 20 (פינוי פצועים), 27 (חקירת הירי שפגע בתהלוכה)). נותר הסעד האחרון. עניינו של זה הוא בבקשתם של העותרים כי נורה למשיב לאפשר כניסת משלחת של שלושה רופאים מטעם העותרת מס' 1 (רופאים לזכויות האדם) לבתי החולים ברצועת עזה, על מנת לעמוד על הצרכים הרפואיים שם, לצורך הכנסת משלחות של ציוד רפואי ואנשי רפואה מתאימים.

32. בתשובתו בכתב ציין אל"מ י' מרדכי, כי כל משלחת של רופאים מטעם העותרת מס' 1 או מטעם כל גוף מוסמך אחר תוכל להיכנס לאזור ולבקר בבתי החולים. התנאי היחיד אותו מעמיד המשיב הוא כי בין הרופאים המבקרים לא יהיו ישראלים. זאת, נוכח החשש לפגיעה בהם או לחטיפתם, דבר שעשוי לסבך בצורה חמורה ביותר את המצב הביטחוני. בהקשר זה צויין כי בשטח ישנו צוות של ארגון הצלב האדום הבינלאומי, וכי ראש הצלב האדום הבינלאומי בישראל מצוי בקשר ישיר עם כוחות צה"ל. במסגרת הטיעונים בעל-פה הוסיף בא כוח המשיב, כי אין כל מניעה לביקור רופאים שאינם ישראלים העובדים בבתי חולים ישראליים. כן אין מניעה כי רופאים מבתי חולים באזור יהודה והשומרון, או מבתי חולים שברצועת עזה, יוכלו לבקר ולבחון את הנעשה. הצעות אלה לא סיפקו את באי כוח העותרים, אשר עמדו על כך כי רופאים ישראליים יורשו להיכנס לבתי החולים ברצועת עזה.

33. לא מצאנו כל פגם בעמדת המשיבים בעניין זה. משוכנעים אנו כי השיקול המונח ביסוד עמדת המשיב הוא ביטחוני בלבד, ואין לו כל מניע שאינו ביטחוני. אכן, החשש מפני שלומם של ישראלים הנכנסים לרצועת עזה בכלל ולאזור הלחימה בפרט הוא ממשי ביותר. גם בתקופות בהן לא התקיימה פעילות צבאית פעל המשיב על פי שיקול דומה, ושיקולו זה נמצא כדין על ידי בית המשפט. כך לעניין כניסתם של חברי כנסת לרצועת עזה (ראו בג"ץ 9293/01 ברקה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(2) 509). וכך אף לעניין כניסת רופאים מטעם העותרים מס' 1 לרצועת עזה (בג"ץ 3022/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(3) 39). חובתה של ישראל להגן על אזרחיה. אין היא יוצאת ידי חובתה רק משום שהאזרחים מוכנים "ליטול על עצמם את הסיכון". "נטילת סיכון" זו אינה מעלה ואינה מורידה, שכן המדינה נשארת מחוייבת לשלום אזרחיה, ועליה לעשות הכל כדי להחזירם בשלום לארץ. התרת כניסתם של רופאים ישראליים לאזור הלחימה בעזה יוצרת סכנה ממשית לשלום הרופאים ולאינטרס המדינה. אין כל סיבה להעמיד את המדינה בפני סכנה זו. מעבר לנדרש יצויין, כי לכאורה לא צריך להיות כל קושי לעותרת למצוא שלושה רופאים שאינם ישראליים – אם בעזה עצמה, אם ביהודה והשומרון, אם בישראל ואם

ברחבי העולם – שיהיו מוכנים לקיים מטעמה את הבדיקה הנדרשת. בעניין זה דין העתירה להידחות.

ומה הלאה

34. פעילות צבאית בהתאם לכללים ההומניטריים של המשפט הבינלאומי מחייבת שניים אלה: ראשית, שינון כללי ההתנהגות והפנמתם בכל הגייסות הלוחמים, מהרמטכ"ל ועד לטוראי (ראו פרשת עמותות הרופאים, עמ' 5). שנית, יצירת כלים מוסדיים שיאפשרו הגשמתם של הכללים, והוצאתם מהכוח אל הפועל בעת לחימה. בחינת התנהלותו של הצבא בלחימה ברפיח, כפי שהיא עולה מהעתירה שלפנינו – ואין לנו אלא מה שהוצג לפנינו – מצביעה על התקדמות ניכרת, לעומת המצב לפני שנתיים כפי שזה נשקף לפנינו מהעתירות השונות (ראו פרשת ברכה, פרשת עמותות רופאים ועוד). כך הדבר לעניין הפנמתה של החובה להבטיח מים, ציוד רפואי, תרופות, מזון, פינוי פצועים וקבורת מתים. כך הדבר גם לעניין התארגנות הצבא, ויצירת כלים להגשמת החובות ההומניטריות. הקמתם של המוקד ההומניטרי, מינהלת התיאום והקישור והצבת קצין של המינהלת בכל גדוד, סייעו רבות להוצאת הדינים ההומניטריים מהכוח אל הפועל.

35. במסגרת הפנמתם של הדינים ההומניטריים מן הראוי הוא כי יודגש, כי חובתו של המפקד הצבאי אינה מתמצית בהימנעות הצבא מפגיעה בחייהם ובכבודם של התושבים המקומיים (החובה ה"שלילית": פסקה 11 לעיל). חובתו היא גם "חיובית" (שם). עליו להגן על חייהם וכבודם של התושבים המקומיים, הכל במגבלות הזמן והמקום. כך, למשל, לעניין קבורתם של התושבים המקומיים הסתפק המפקד הצבאי בכך שהגוויית של התושבים המקומיים הועברו לבית החולים א'-נג'אר. אך בכך לא די. עליו לעשות ככל שביכולתו כדי לדאוג לכך כי הגוויית יובאו לקבורה מכובדת לפי מנהגי המקום. הוא הדין בהתארגנות מראש כדי להבטיח כמות מספקת של מזון ומים במקום. פגיעה בתשתית המים היא דבר שיש לצפותו מראש, ואם אין מנוס מכך, יש להתארגן לפתרון הבעיה. יש להבטיח מראש כמות מספקת של תרופות, ציוד רפואי ומזון. פגיעה בתושבים מקומיים היא צפויה, ואם כל ניסיון לצמצמה יותיר בסופו של קרב תושבים מקומיים שנפגעו, יש להתארגן לקראתה מראש. אין לסמוך בעניינים אלה אך ורק על עזרת הגופים הבינלאומיים והישראליים, אף שעזרה זו היא חשובה. יש להפנים את ההכרה כי החובה הבסיסית היא של המפקד הצבאי, וכי עליו לנקוט מראש בפעולות שונות, כדי שיוכל לצאת ידי החובה ביום קרב.

36. במסגרת ההסדרים המוסדיים יש לנקוט בפעולות נוספות, כדי שהכלים שנוצרו (ראו פסקה 3 לעיל) יהיו אפקטיביים יותר. נמסר לנו כי שעות רבות המתינו הפונים למוקד ההומניטרי. אל"מ י' מרדכי ציין מספר פעמים לפנינו, כי הפנייה הנכונה היתה אליו, ולא למוקד ההומניטרי. היעדר מידע גרם לא פעם להיעדר יעילות בסיוע שצדדים שלישיים הגישו. כך, למשל, הרכב של העותרת מס' 1, עמוס בציוד רפואי ותרופות, המתין בשער ארז, כאשר שער הכניסה היה שער קרני. זאת ועוד: גם בשער קרני לא היתה מתאפשרת כניסתו, שכן על הרכב היו רופאים ישראלים, ואילו הצבא היה מוכן לאפשר כניסתם של כל רופא שאינו ישראלי. עניינים אלה ואחרים מחייבים הסדר. יתכן שיש להגדיל את המוקד ההומניטרי, וליצור קשר אפקטיבי יותר בינו לבין מינהלת התיאום והקישור והקצינים המיוחדים של מינהלת זו שהוצבו בגדודים הלוחמים. יתכן שיש מקום – לעניין גופים בינלאומיים וישראלים שמעורבותם ההומניטרית ידועה מראש – ליצירתו של קשר ישיר בינם לבין קצינים ממינהלת התיאום והקישור, תוך דילוג על המוקד ההומניטרי. יתכן שיש מקום לנקוט בפעולות אחרות. עניין הוא למשיב לענות בו במסגרת לימוד הלקחים מאירועי היום.

37. על רקע זה, עם סיום הטיעונים בעתירה שלפנינו, ביקשנו להבטיח כי המנגנונים הצבאיים השונים הקיימים באזור יפתרו לא רק את הבעיות שהעלו העותרים, אלא גם בעיות חדשות אשר מטבע הדברים תעלינה מחר. בהקשר זה סוכם כי אל"מ מרדכי ימנה קצין בכיר מטעמו אשר יעמוד בקשר ישיר עם הגופים העותרים. זהו המעט שניתן היה לעשות בסמוך לאירועים עצמם. את העיקר יש לעשות תוך לימוד לקחים בסיומם של אירועים.

38. בטרם נסיים ברצוננו להודות לבאת כוח העותרים, עו"ד פאטמה אלעג'ו, שהציגה את עמדת העותרים בבהירות ובאחריות, ולבאי כוח המשיב, עורכי הדין הלמן ורויטמן, שבזמן קצר ביותר סיפקו לנו מידע מקיף ועדכני ככל האפשר. כן נתונה תודתנו לאל"מ י' מרדכי, אשר היטיב להסביר לנו את נתוני המקום ופעולות המשיב, ועשה ככל יכולתו לתרגם את הנורמות ההומניטריות לשפת המעשה.

התוצאה הינה כי בששה מתוך שבעת הסעדים שנתבקשו על ידי העותרים, העתירה באה על סיפוקה. לסעד השביעי – כניסתם של רופאים ישראלים מטעם העותרת מס' 1 לאזור בכלל ולבית החולים א'-נג'אר בפרט – אין העותרים זכאים, בשל הסיכון לחטיפתם של הרופאים. בעניין זה יש להסתפק בהצעת המשיב – אשר נדחתה

על ידי העותרים – כי רופאים שאינם ישראלים (בין מרצועת עזה, בין מיהודה והשומרון, בין מישראל ובין מכל מקום אחר בעולם), יורשו להיכנס למקום.

ה נ ש י א

השופט י' טירקל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ד' ביניש:

מסכימה אני לפסק דינו של הנשיא; כך מקובלות עליי מסקנותיו בהיבט העקרוני המתמקד בחובה המוטלת על צה"ל, לקיים את החובות ההומניטריות הנובעות מהמשפט הבינלאומי המנהגי, מהמשפט הבינלאומי המעוגן באמנות שישראל צד להן, ומכללי היסוד של המשפט הישראלי בכל הנוגע לחובות המוטלות על הצבא כלפי אוכלוסיה אזרחית מקומית בעת לחימה; כך גם מקובל עליי בהיבט הפרטני, כי כל העניינים המיוחדים שביחס אליהם נתבקשו סעדים אופרטיביים, באו על פתרונם כתוצאה מליבון פרטני של העובדות הקשורות במצב בשטח, ומקביעת החובות הקונקרטיות שיש לחייב בהן את הצבא כדי לקיים את שגרת החיים המינימלית הנדרשת לאוכלוסיה האזרחית, תוך מתן תשומת לב מיוחדת לתרופות, למזון, לסיוע רפואי, למים ולחשמל, לטיפול בפצועים ולקבורת החללים בכבוד.

אין לי אלא להצטרף למסקנה האופרטיבית החשובה הקבועה בפסק דינו של הנשיא, ולפיה כל פעולה צבאית מחייבת הערכות מראש לקראת טיפול בענייניהם הבסיסיים של התושבים המצויים בקו האש בעת הלחימה, או הצפויים להיפגע מתוצאותיה ומהשלכותיה. הערכות זו מראש ובעוד מועד, תביא בחשבון את החובות ההומניטריות כלפי האוכלוסיה האזרחית, את אפשרויות הפגיעה ואת התוצאות הקשות שיש לפעול למניעתן או לפחות לצמצומן.

גם אם אין ניתן לצפות מראש כל התפתחות שעשויה להתרחש במהלכה של פעולת לחימה, הרי אין ספק שצרכיה הבסיסיים של אוכלוסיה אזרחית המצויה בעת לחימה תחת סכנה ממשית של פגיעה ברכוש, בנפש ובצרכי מחייה בסיסיים, ידועים הם וניתנים לצפיה. לפיכך, יש להביא במסגרת התכנון האופרטיבי של מבצע צבאי, גם אותו חלק המבטיח את קיומן של החובות ההומניטריות כלפי האוכלוסיה האזרחית, הנתונה בצבת שבין ניצולה הציני בידי טרוריסטים חסרי עכבות, לבין חשיפתה לפעילותו של כוח צבאי הפועל כנגד תשתית הטרור. על כוחות הצבא הפועלים בקרב אוכלוסיה אזרחית מוטלת, אפוא, החובה הכפולה שחברי הנשיא עמד עליה – החובה להימנע, ככל האפשר, מפגיעה בתושבים, והחובה הפוזיטיבית לעשות לכך שתושבים אלה לא ייפגעו, ומכל מקום, החובה להקטין את סבלם ומצוקתם של אלה שנקלעו לזירת הלחימה, ונתונים תחת סיכונים ופגיעה הקשים; והכל בהתחשב בצורך הנובע מהפעולה הצבאית עצמה, כמתחייב על פי תנאי הזמן והמקום ומבלי לגרוע מחובתו של המפקד הצבאי להבטיח את חיי החיילים הסרים למרותו.

אי קיום החובות ההומניטריות פותח בפני הנפגעים, ובדרך כלל מטעמים מעשיים בפני גופים המייצגים אותם, את שעריה של בית המשפט המפעיל ביקורת שיפוטית בימי מלחמה כבימי שלום; עם זאת, הנסיבות הכרוכות בהליכי ביקורת שיפוטית בעת הלחימה עצמה, מגבילות את האפקטיביות של הביקורת השיפוטית ומקשות על יישום הפתרונות הנדרשים באמצעות בית המשפט.

בית המשפט אינו בוחן את התבונה המדינית שבקיום מהלכים צבאיים, ואינו מתערב בשיקולים הכרוכים בקביעת הצורך במהלכים הצבאיים, ועמד על כך הנשיא בפסק דינו. הביקורת השיפוטית, המתייחסת לכללי המשפט הבינלאומי והישראלי בעת לחימה, מצריכה בירור פרטני של הסוגיות הנוגעות לשמירת החוק. דא עקא שהביקורת 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 כירור הנתונים כאמור, מצא את ביטויו בפסק דינו של הנשיא. בנסיבות כאלה, הליך הביקורת מוגבל ולוקה בהעדר כלים מספיקים לכירור הנתונים הרלוונטיים, כדי לבחון אותם בזמן אמת וליתן סעדים יעילים בגינם.

שנית, הביקורת השיפוטית המתקיימת בזמן לחימה, מקרבת את בית המשפט לזירת הקרב באופן המחייב מציאת נקודת איזון חדשה בין הערכים המתנגשים, נקודת איזון הנגזרת מהצורך של בית המשפט שלא להתערב בפעולות הלחימה עצמן, ובה בעת להבטיח כי המלחמה תתנהל במסגרת הדין ותוך קיום החובות ההומניטריות. המגבלות הללו אינן מרתיעות את בית המשפט מלקיים את הביקורת השיפוטית המתחייבת בזמן אמת ולהעניק צווים אופרטיביים, ככל שאלה נדרשים לשם קיום חובות המפקד הצבאי לשמירה על כללי המשפט בעת לחימה. הביקורת מתקיימת על אף המגבלות עליהן עמדנו, ואין זו הפעם הראשונה שסוגיית השמירה על הכללים ההומניטריים בעת לחימה באה בפנינו, בעוד רעם התותחים וקולות הירי נשמעים בזירת הקרב.

המטלה המוטלת על כתפי הכוח הלוחם בנסיבות כאלה כבדה היא. אך כובד המשימה אינו יכול לפטור מהחובה לקיימה, ותנאי לקיומה כראוי הוא אותה הערכות מוקדמת הנדרשת ממפקדי הצבא. לפיכך, מצטרפת אני לקביעתו של הנשיא כי יש ליצור כלים מוסדיים שיהיו ערוכים מראש למימוש הצורך להוציא לפועל את הכללים ההומניטריים הנדרשים בעת לחימה. הדבר מחייב הקמת תשתית ראויה והערכות לוגיסטיות בטרם נקיטה באמצעים צבאיים, וזאת, בין היתר, כמתחייב מהיקף המבצע הצבאי המתוכנן. מתחייבת הבטחת אספקת אמצעים רפואיים, ציוד ותרופות ומתן אפשרות להזרמתם לשטח הלחימה, אספקת שירותים חיוניים לאוכלוסיה האזרחית – מזון ומים, הכנת אמצעים חלופיים לתשתית קיימת שעלולה להיפגע והערכות הולמת לפינוי הפצועים ולקבורת החללים. כך גם ביחס ליתר העניינים הצפויים והידועים מראש. לא פחות חשוב מכך, מתחייב קיומו של מנגנון יעיל שתפקידו לעקוב אחר צרכי האוכלוסיה מחד גיסא, ולתאם עם כוחות העזר שהצבא נשען עליהם במצב כזה – ארגונים הומניטריים, רשויות מקומיות וגופים המייצגים את האוכלוסיה כלפי הצבא מאידך גיסא. נתוני הפתיחה של הערכות כזו אינם פשוטים כלל ועיקר במציאות כשלנו כשמדובר באוכלוסיה עויינת, באוכלוסיה הנרתעת מכל צעד שעלול להתפרש כשיתוף פעולה, ואוכלוסיה שארגוני הטרור מנצלים אותה באופן ציני לתכליותיהם. אולם

המציאות, קשה ככל שתהיה, היא המציאות שבמסגרתה על המפקד הצבאי להקפיד על הכללים ההומניטריים גם בעת לחימה.

קביעת הנחיות מפורטות, הכנת מערך לוגיסטי מראש וקביעת כללי התנהגות של הכוחות הלוחמים כלפי האוכלוסיה הנפגעת, וכן יצירת מנגנון ישיר להידברות עם הגופים השונים הפועלים מטעם האוכלוסיה ולמענה – יש בכוחם להבטיח שיפור המצב גם אם אינם מבטיחים במציאות כה קשה שישראל מתמודדת עמה, פתרונות אופטימאליים. בהסדרים האמורים יש כדי להבטיח חתירה למזעור הפגיעה באוכלוסיה האזרחית, שמירה על כללי המשפט הבינלאומי והישראלי, ונקיטת אמצעים למציאת פתרונות אפקטיביים תוך הקטנת הצורך במעורבות השיפוטית לשם השגת תכליות המשפט.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, י' בסיון התשס"ד (30.5.2004).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ה נ ש י א