

בג"ץ 3451/02

בפני: כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופטת ר' ביניש
כבוד השופט י' אגולר

העותרים: 1. מוחמד אלמדני
2. ח"כ אחדד טיבי
3. ח"כ מוחמד ברבה

נגד

המשיבים: 1. שר הביטחון
2. ראש המטה לצ.ה.ל
3. אלוף פיקוד מרכז

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: י"ג באייר התשס"ב (25.04.2002)

בשם העותרים: עו"ד סגדי אוסאמה

בשם המשיבים: עו"ד יוכי גנסי

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

- הממשלה החליטה (ביום 29.3.2002) על פעולת לחימה ("חומת מגן") כנגד תשתית הטרור הפלסטינית ביהודה ושומרון. מטרת הפעולה הינה מניעת השונותם של פינוגי הטרור הרבים אשר פקדו את ישראל. במסגרת פעולה זו נכנסו כוחות צה"ל לבית-לחם (ביום 14.4.2002). עם כניסת הכוחות לבית-לחם, פרצו למתחם כנסיית המולד, תוך כדי ירי, כעלושים עד ארבעים מבוקשים פלסטינים בכירים. על פי הנתונים שבידי כוחות הבטחון, מבוקשים אלה אחראים לרציחתם של אזרחים ישראליים. כן פרצו למתחם כנסיית המולד עשרות אנשי כוחות הבטחון הפלסטיני, חמושים אף הם. יחד עימם נכנסו לכנסייה אזרחים (שאינם חמושים ואינם קשורים עימם). בסך הכל נכנסו למתחם כמאתיים פלסטינים. הפלסטינים החמושים התמקמו בבזיליקה שבכנסייה.
- על המתחם צרים כוחות הבטחון הישראליים. הם ביקשו מכל הפלסטינים השוהים במתחם, מספר רב של פעמים, לצאת את המתחם. כך במיוחד מחוללים הזקוקים לטיפול רפואי. נמסר לשוהים במתחם, כי מי מהם שלא היה מעורב בפעילות טרור נגד מדינת ישראל ואינו מבוקש על ידי בגין כך, יוכל לצאת מהמתחם לדרך בלא שיאונה לו כל רע. למבוקשים - והם מיעוט החמושים במקום - ניתנה האופציה להישפט בישראל או לצאת את הארץ ואת האזור שבשליטת הרשות הפלסטינית.
- מאז נחפס מתחם כנסיית המולד, עזבו אותו רבים. אלה כוללים בראש ובראשונה פצועים וחולים, שנבדקו על ידי צוות רפואי שהוקם בסמוך למתחם, ופוגו לבתי חולים ככל שנדרש. שתי גופות של חמושים שהיו במתחם הוצאו ממנו לקבורה. בנוסף מימשו מספר אזרחים (לרבות תשעה נערים) את האפשרות שניתנה להם, ועזבו את המתחם.
- עם תחילת האירועים נמצאו בכנסיית המולד כארבעים ושמונה אנשי כמורה ודת. הם כונסו מחוץ לבזיליקה, במתחמים נפרדים. לכל אנשי הכמורה והדת ניתנה, כמובן, האפשרות לצאת את המתחם. שבעה עשר מהם יצאו את הכנסייה. מים ומזון מוכנים לאנשי הכמורה, על פי צרכיהם (ראו בג"ץ 3436/02 הקסטוריה אינטרנציונל דה טרה סנטה נ' ממשלת ישראל (לא פורסם; להלן - פרשת הקסטוריה)).
- בין הפלסטינים המצויים במתחם לבין מדינת ישראל מתנהל משא ומתן לפתרון מוסכם של האירוע. המשא והמתן מתנהל באמצעות צוותים מיוחדים שהוקמו לשם כך. תוך כדי ניהול משא ומתן זה הוגשה העתירה בפרשת קסטוריה. עניינה בדרישה לספק מזון, מים, תרופות ומצרכים חיוניים אחרים לאנשי הכמורה הנמצאים בכנסייה. כן נבקש חיבור המתחם למים ולחשמל, הכנסת רופא למתחם, ומתן אפשרות להוצאת שתי גופות המצויות במתחם. העתירה הוגשה על ידי חבנלים והמחזיקה במקום. תוך כדי הדיון בעתירה נוהל משא ומתן להסדרת העניין על ידי צוות המשא והמתן. העתירה נדחתה. הטעם לכך היה שדי בכך "שכרע מצוי הנושא במגעים שתכליתם להגיע להסדר, על מנת שביט המשפט לא יתערב במהלך המתנהל בעיצומה של פעולה צבאית. מה עוד, שכפי שהובהר על ידי המשיבים עושה צה"ל ככל הדרוש לטפל באנשי הכמורה ברגישות ובצורה הומאנית" (השופט שטרסכר-כהן). עם זאת הוסיף בית המשפט וציין, לגוף העניין, כי אנשי הכמורה מקבלים כל עזרה המתבקשת על ידם. כבר ציינו, כי שבעה עשר כמרים (מתוך כארבעים ושמונה המצויים במקום) עזבו מרצונם. מים ומזון מוכנים נדרשו. תרופות הוכנסו למקום, לפי מרשמים שנמסרו לצה"ל על ידי אנשי הכמורה.
- העתירה שלפנינו הוגשה על ידי מושל בית-לחם (העותר מס' 1) המצוי במתחם, ועל ידי שני חברי כנסת ישראליים. מבקשים הם כי יותר לצוותים רפואיים וציני הצלב האדום להיכנס למתחם, על מנת להעביר מזון ותרופות. כן מבקשים הם להתיר לצוותים הרפואיים ולנציגי הצלב האדום לאסוף את גופות ההרוגים המצויות במתחם, ולטפל בחולים. לבסוף, מבקשים הם כי יותר לחולים הזקוקים לכך לצאת מהמתחם לקבלת טיפול רפואי. כפי שראינו, עניין איסוף הגופות וקבורתם בא כבד על פתרונו. כן נפתרה בעיית החולים הזקוקים לטיפול. לא נותרה אלא בעיית המזון והמים למצויים במתחם. אף בעיה זו נפתרה, ככל שהיא נוגעת לאנשי הכמורה. הבעיה מתרכזת איפוא בכל הנוגע לפלסטינים המצויים בבזיליקה.
- נמסר לנו מפי באת כוח המשיבים, כי צה"ל ניתק את זרם החשמל והמים ממרבית אזורי המתחם. עם זאת, ככל הידוע לצבא, מצויה במתחם באר, ממנה נשאבים מים. כן מצוי באזורים מסוימים במתחם חשמל המסופק על ידי גנרטור. כן מסרו פלסטינים שיצאו את המתחם, כי מצוים בו שקי אורז וקטניות. עם זאת ברור כי במקום יש מחסור במזון, וכנגד מחסור זה מכוננת עתה העתירה שלפנינו.
- העותרים טוענים (ברדיו שקיימנו ביום 25.4.2002) כי מניעת מזון מהפלסטינים במתחם מהווה הפרה בוטה של כללי המשפט הבינלאומי. לעומתם טוענים המשיבים כי העניין נשוא העתירה אינו שפוט (מוסרית). לטענתם, אין כל בסיס להתערבות שיפוטית כאשר נושא זה מצוי על סדר היום של המשא ומתן בין הצדדים. לגוף העניין טוענים המשיבים כי הם נוהגים על פי כללי המשפט הבינלאומי.

9. 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 התנאים יורשים, המוחות שותקות" אינה נכונה. אמרתו של קיקרו כי בעת מלחמה מחרישים החוקים אינה משקפת את המציאות המודרנית. עמדתו על כך באחת הפרשות בצייני:

"כאשר התנאים יורשים, המוחות שותקות. אך גם כאשר התנאים יורשים חייב המפקד הצבאי לשמור על החוק. כוחה של חברה לעמוד כנגד אויביה מבוסס על הכרתה, כי היא נלחמת עבור ערכים ראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה" (בג"ץ 168/91 מורכס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(470) 467, 1).

ובפרשה אחרת שנפטרה אך לפני מספר ימים, תוך מהלך הלחימה, ב"חומת מגן", קבעו:

"גם בתקופת לחימה יש לקיים את הריגים החלים על לחימה. גם בתקופת לחימה יש לעשות הכל כדי להגן על האוכלוסייה האזרחית" (בג"ץ 3114/02 חבר הכנסת ברכה נ' שר הביטחון (סרס פורסט)).

הטעם המונח ביסוד גישה זו אינו רק פרמטי, פרי המציאות הפוליטית והנורמטיבית. הטעם המונח ביסוד גישה זו הוא עמוק הרבה יותר. הוא ביטוי לשוני עדין מדינה דמוקרטית הנלחמת על נפשה לבין לחימתם של טרוריסטים הקמים עליה. המדינה נלחמת בשם החוק ולעם 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, פ"ד לה(132) 113, 3). 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 והגשמה של זכויות האדם בכלל וכבוד האדם בפרט. בין שני אלה יש הרמוניה והתאמה, ולא ניגוד וניכור.

10. אכן, המדינה טענה בפנינו כי היא נוהגת על פי כללי המשפט הבינלאומי. אלה הן חוראות הומנטריות, אשר ישראל מכבדת אותן. נטען בפנינו כי "האמצעים אשר נוקט כיום צה"ל כלפי הפלסטינים המתבצרים בכנסיית המולד, אינם אמצעים אשר אסורים על פי כללי המשפט הבינלאומי. האמצעים האמורים הינם אמצעים מידתיים, אשר נמנעים משימוש בכוח צבאי לפריצה למתחם, ומאפשרים לפלסטינים החמושים לצאת מן המתחם בכל עת שייחפצו, ואם יעשו כן ללא נשקם - לא ייפגעו, אלא ייעצרו" (סעיף 32 להודעת המדינה). בהקשר זה הופנינו לסעיפים 17 ו-23 לאמנת ג'נבה הרביעית (מ-1949).

11. בחנו את טענות הצדדים באשר למשפט הבינלאומי. שובענו כי בכל הנוגע לפלסטינים החמושים, אין כל הפרה של כללים אלה. עיקר תשומת ליבנו הופנתה לאזרחים הפלסטינים המצויים במתחם. אלה אינם חמושים, אינם אנשי שלטון, ואין כלפיהם כל טענה של קשר עם הטרור. כיצד ניתן להבטיח את זכותם של אלה? תשובתם של המשיבים הינה, כי אין הם מונעים מהאזרחים הפלסטינים לצאת את המתחם, ומעודדים אותם לצאת, תוך שמובטח להם כי לא יאונה להם כל דבר. כנגד זאת טענו בפנינו העותרים, כי על פי המידע שבידם - מידע שמקורו, לטענתם, ממקורות ישראלים - הפלסטינים החמושים מונעים מאזרחים אלה מלצאת את המתחם, והדרך היחידה להבטיח מזון לאזרחים אלה הוא בהכנסת מזון בכמות מספקת למתחם הכנסייה. על כך משיבה המדינה, כי במתחם מצוי מזון בסיסי ועל כל פנים אין כל אפשרות להבטיח שהמזון הנוסף שיוכנס למתחם ישמש את האזרחים בלבד, וכי ברור הוא כי מזון נוסף זה ישמש גם את החמושים. מצב דברים זה הטריר אותנו. קיימנו (ביום 30.4.2002) תזכורת מיוחדת בעניין זה. שאלנו, כיצד ניתן להבטיח מזון נוסף לאזרחים עונתו במתחם. שאלנו, אם המשיבים יהיו מוכנים לאפשר לאזרחים לצאת מהמתחם, לקבל אוכל ומזון, ולשוב למתחם. קיבלנו תשובה חיובית. בדומה לאנשי הכמורה, המוצאים מהכנסייה בענייני דת, והחותרים לאחר מכן לכנסייה, כך יתאפשר לאזרחים הלא חמושים לצאת מהמתחם, לקבל מזון על פי צרכיהם מחוץ למתחם, ולאחר מכן לשוב לכנסייה. נראה לנו כי על רקע המציאות במתחם, בו מצויה באר המספקת כמות מסוימת של מים, ומצוי מזון, ולו מינימלי, ועל רקע נכונותם של המשיבים לספק מזון לאזרחים גם אם לא יעזבו את המתחם, מילאו המשיבים את חובתם על פי כללי המשפט הבינלאומי (ראו סעיף 23א) לאמנת ג'נבה הרביעית, Geneva Convention - 1949 Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1949) (ראו גם 62 A. Rogers, Law on the Battlefield); וכן "דינשטיין, דיני מלחמה (1983) 140).

12. כמו רבים אחרים, גם אנו מקוים כי האירועים במתחם בכנסיית המולד יבואו לסיום מהיר. קשה לתאר את חומרת המעשה שכתפיסתו של מקום קדוש על ידי חמושים פלסטינים, תוך חילול קדושתו ותוך החזקתם של אזרחים כבני ערובה. לפתרון המצב הקשה שנוצר מתנהל משא ומתן בין הצדדים. בנדריו של משא ומתן זה יש למצוא פתרון לבעיה. פשיטא הוא שכשם "שבית משפט זה לא ינקוט כל עמדה באשר לאופן ניהול הלחימה" (בג"ץ 3114/02 הנ"ל), כך גם בית משפט זה אינו מוהל את המשא ומתן, ואינו מלווה אותו. האחריות הממלכתית בעניין זה מוטלת על הרשות המבצעת והפועלים מטעמה.

העתיירה נדחת.

ה נ ו י א

השופט ד' כיניש:
אני מסכימה.

ש ו פ ט

השופט י' אונלר:

אני מסכים עם חוות דעו של חברי הנשיא א' ברק על כל הנמקותיה. ברצוני אך להוסיף הערות אחרות על הגורמים שהביאו לידי המצב הבלתי נסבל של חילול מקום קדוש לצורות; ולא סתם מקום קדוש, אלא אחד המקומות העתיקים והמרכזיים ביותר לעדות הנוצריות העולמיות. מי אחראי לכך שאנשים בני בליעל מווייטים פלשו בכוח לתוך הבזיליקה העתיקה ועשו בה מעשים שלא ייעשו על מי הייתה החובה להגן על מקום קדוש זה ולמנוע את פלישתם של אנשים חמושים? מי אחראי לכך כי הופרו כללים של המשפט הבינלאומי המחייבים הגנה על נכסי דת ותרבות מפני פעולות לחימה ואוסרים על השימוש בהם לצורכי לחימה? ראה את ההוראות הנוגעות למקומות קדושים ולנכסי תרבות בפרוטוקולים I וה-II של אמנות ז'נבה. האם אחריות זו, אינה מוטלת על הרשות הפלסטינית שהתחייבה לשמור על המקומות המצויים בעליטתה? האם נקטה הרשות בפעולות ממשיות למניעת החילול, והאם השתרלה להביא לסילוקו המיידלי על השאלות האלה כולנו זכאים לקבל תשובה?

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא ברק.

ניתן היום, כ' באייר התשס"ב (2.5.2002).

ה נ ו י א ש ו פ ט ש ו פ ט

העתק מתאים למקד 02034510.A06 /ד/;
טסח זה כפוף לשינוי עריכה וויסוח.
רשם