

# וַיִּקְוּ לְמִשְׁפָּט וְהָיָה מִשְׁפָּח

בבית המשפט העליון בשבתו  
כבית המשפט להכשרת הכיבוש

# וִיקוֹ לְמִשְׁפָּט וְהִנֵּה מִשְׁפָּח

ישעיהו ה', ד'

---

בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט להכשרת הכיבוש

דצמבר 2019

בכריכה: הצבא מפוצץ בית בשכונת ואדי אל-חומוס שבמזרח ירושלים, באישור בג"ץ, 22.7.19. צילום: מוסא קוואסמה/רויטרס

עיצוב: סטודיו עינהר

ISBN 978-965-7613-41-2



**פרסום זה נכתב בסיוע דיאקוניה. בצלם לבדו אחראי לתכניו, שאינם משקפים בהכרח את עמדות דיאקוניה.**

---

בהתאם לחוק שהעבירה הכנסת במטרה למסגר קבלת מענקים בינלאומיים כביטוי לחוסר נאמנות, נציין כי בשנת 2018 היו 52% ממקורות המימון של בצלם מישויות מדיניות זרות, המפורטות (בין היתר) באתר האינטרנט של רשם העמותות. בכל מקרה, בצלם נותר נאמן למאבקו למען זכויות האדם, חופש, דמוקרטיה וסוף לכיבוש.

|    |  |
|----|--|
| 6  | <b>מבוא</b>  |
| 8  | <b>הנקמה הוכשרה: בג"ץ אישר את מניעת ביקורי המשפחות של אסירי חמאס מרצועת עזה</b>                                    |
| 14 | <b>ההריסות בוואדי אל-חומוס: התירוץ – ביטחון, האסטרטגיה – עליונות דמוגרפית יהודית</b>                               |
| 18 | <b>"נחה דעתנו כי מניעת המפגש אכן חיונית לביטחון האזור": כיצד אפשרו שופטי בג"ץ לשב"כ להמשיך לענות את סאמר ערביד</b> |
| 21 | <b>ואפילו זה באישור בג"ץ: ישראל מחזיקה בגופות של פלסטינים כקלפי מיקוח</b>  |

הנשיאה מנסה לצייר תמונה אידיאלית ומאוזנת – כאילו בית המשפט שוקל ברצינות ובכנות את כל השיקולים הרלוונטיים תוך שהוא נמנע מלעסוק בעניינים לא לו, אך בה בעת גם אינו מהסס להתערב כאשר מתעורר חשד לחריגה מהחוק. ואולם למעשה היא מדגימה עד כמה ההבחנה בין מקרים המעלים "שאלות משפטיות עקרוניות" לכאלה הנוגעים ל"שיקול דעת מבצעי" רק יוצרת מראית עין של ביקורת שיפוטית. במהלך השנים העניק בית המשפט העליון – בחסות הבחנה זו – גושפנקא של חוקיות לעוד ועוד נישול, דיכוי, התעמרות והרג של פלסטינים.

פסק הדין בעניין הוראות הפתיחה באש ברצועת עזה ממחיש היטב עד כמה הבחנה זו היא חסרת משמעות. הרי הפער בין הצהרות המדינה במקרה זה למציאות בשטח לא יכול להיות בוטה יותר: הדיון בעתירה התקיים ב-30.4.18, כחודש לאחר ההפגנה הראשונה שהתקיימה ליד הגדר ברצועת עזה. עד אז, נהרגו כתוצאה מיישומן של הוראות אלה 38 פלסטינים, חמישה מהם קטינים, ולמעלה מ-1,900 נפצעו מאש חיה. פסק הדין ניתן כשלושה שבועות לאחר מכן, ב-24.5.18, ועד אז נהרגו עוד 69 פלסטינים, תשעה מהם קטינים, ולמעלה מ-3,600 נפצעו מאש חיה. ומאז ועד היום נהרגו עוד 116 פלסטינים, 31 מהם קטינים, ולמעלה מ-4,000 נפצעו מאש חיה.

בבחירתה לקבוע שההוראות הן חוקיות ובאותה נשימה להתעלם מתוצאות בלתי נתפסות אלה, קובעת בעצם הנשיאה, בריש גלי, כי המדינה רשאית לבצע מעשים בלתי חוקיים וכי בית המשפט ייתן להם חותמת של כשרות משפטית. ואולם זאת רק כל עוד המדינה תימנע מלהצהיר את האמת בפני השופטים ותמשיך להגיש לבית המשפט מסמכים בלתי רלוונטיים, המשקפים ניתוח משפטי תיאורטי במנותק מהמתרחש בשטח.

כך גם בנוגע לקביעת הנשיאה שהצבא מעביר לכוחות בשטח "דגשים והבהרות" וכי הוא מברר בעצמו "אירועים חריגים" – קביעה המבוססת אף היא על מסמכים שהגישה לה המדינה ושבהם פירטה בהרחבה את עבודת "מערכת אכיפת החוק

ב-29 בינואר 2019 נשאה נשיאת בית המשפט העליון, השופטת אסתר חיות, נאום בכנס הבינלאומי השנתי שעורך המכון למחקרי ביטחון לאומי. הנשיאה הדגישה בנאומה כי "מדינת ישראל ראתה עצמה מחויבת כבר מיום הקמתה לעקרון של שלטון החוק ולהגנה על זכויות אדם, בימי לחימה כמו בימי רגיעה". משכך, תפקידו של בית המשפט הוא רק לשמש מנגנון פיקוח על האופן שבו מממשת המדינה מחויבות זו, ובוודאי שהוא אינו נדרש "להכריע בין חלופות מבצעיות או להרהר אחר שיקולים המצריכים מומחיות מקצועית מובהקת". עם זאת, הנשיאה מבהירה כי "אין בית המשפט מהסס לערוך ביקורת שיפוטית כאשר מובאות לפתחו שאלות משפטיות עקרוניות המצדיקות התערבות".

כדי להבהיר את ההבחנה שהיא עושה בין סוגי המקרים, מביאה הנשיאה את פסק הדין שניתן בעתירה שהוגשה בעניין הוראות הפתיחה באש שהצבא מיישם במהלך ההפגנות הנערכות סמוך לגדר ברצועת עזה מאז מארס 2018.<sup>1</sup> הנשיאה מציינת שהשופטים בחנו את הוראות הפתיחה באש וקבעו "כי הן קובעות אמות מידה של שימוש הדרגתי באמצעים להתמודדות עם הסכנות הנובעות מן האירועים וכי אמות מידה אלה עומדות ביחס ישיר לחומרת הסכנה ולוודאות התממשותה". בנוסף, הם קבעו כי "על-פי ההוראות שנקבעו, הפעלת כוח בעל פוטנציאל קטלני במקרה קונקרטי כפופה לעקרונות המחמירים של 'צורך' ו'מידתיות' הקבועים בדיון הבינלאומי".

עד כאן תשובת השופטים ל"שאלה משפטית עקרונית". אופן יישומן של הוראות אלה כבר עוסק, לדעת הנשיאה, ב"שיקול דעת מבצעי" ולכן בית המשפט סירב לדון בכך: "בדיקת האופן שבו מיושמות הוראות אלה נוגעת להיבטים מקצועיים אשר ספק אם יש בידי בית המשפט – בייחוד בעת שהאירועים מושא העתירות עודם מתרחשים – הכלים לקיימה". ממילא, הצבא מקיים "תוך כדי התרחשות האירועים הליך סדור של הפקת לקחים שבעקבותיו ניתנים לכוחות בשטח דגשים והבהרות וכן ישנן תקריות מסוימות אשר מופנות לברור של מנגנון מטכ"לי עצמאי לתחקור אירועים חריגים".

1. בג"ץ 3003/18, יש דין – מתנדבים לזכויות אדם נ. ראש המטה הכללי של צה"ל.

הצבאית". ואולם עמדה זו מנותקת מהמציאות שהרי אותו "מנגנון מטכ"לי עצמאי לתחקור אירועים חריגים", ומנגנונים דומים מסוגו, כבר הוכיחו פעם אחר פעם שהם מתפקדים כמנגנוני טיוח ושהם מעניקים הגנה למנסחי ההוראות, למפקדים המוסרים אותן ולחיילים המיישמים אותן.<sup>2</sup>

פסק דין זה שהנשיאה בחרה להבליט ביוזמתה-היא אינו חריג. הוא רק דוגמה אחת מני רבות להימנעותו של בית המשפט העליון מקיום ביקורת שיפוטית אפקטיבית ומהצבת גבולות לגורמי הביטחון כאשר מדובר בפלסטינים ובפגיעה בזכויותיהם – גם כאשר מדובר בשאלות משפטיות עקרוניות. בית המשפט העליון הוכיח את נכונותו להכשיר כמעט כל עוול כאשר מדובר בפגיעה בזכויות האדם של פלסטינים. במהלך השנים הוא כבר הכשיר כמעט כל הפרה של זכויות האדם שמבצעת ישראל בשטחים. בין השאר אישר בית המשפט העליון הריסת בתים כאמצעי ענישה, מעצרים ממושכים ללא משפט, הטלת מצור ממושך על רצועת עזה וכליאתם של כשני מיליון תושבים בתוכה, גירוש של קהילות שלמות מבתיהן ואת הקמת גדר ההפרדה על אדמות פלסטיניות ותוך גזל של שטחים נרחבים.<sup>3</sup>

מעל הכול, מתעלם בית המשפט העליון מההקשר הרחב שבו הוא עוסק; מהיותם של העותרים חלק מאוכלוסייה חסרת ייצוג שחיה מנוהלים על ידי משטר צבאי נוקשה הנמשך כבר יותר מחמישים שנה, שזכויותיה הפוליטיות נשללו ושהיא אינה שותפה לקבלת ההחלטות הבסיסיות ביותר הנוגעות לחייה שלה. הן השכל הישר והן הוראות המשפט הבינלאומי מחייבים שדווקא נסיבות אלה יובילו את השופטים להעניק הגנה מוגברת לאוכלוסייה זו, הזקוקה לה כל-כך. ואולם במקום זאת, בוחרים השופטים להגן על אלו הפוגעים בה.

אם כך – מהי תועלתו האמיתית של בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, בכל הנוגע לשטחים הכבושים? את התשובה לכך מעניקה נשיאת בית המשפט העליון, השופטת אסתר חיות, בהמשך נאומה המוזכר לעיל, כאשר היא מפרטת את היתרונות הגלומים בפסיקתו של בית המשפט העליון עבור המדינה. לתפיסתה, הביקורת השיפוטית

"משקפת את מחויבותה של המדינה לשלטון החוק" ולכן, וללא קשר להחלטת השופטים בעתירות המוגשות להם, "אחד מתוצרי הלוואי החשובים שלה הוא תרומתה לגיטימציה הבין-לאומית של ישראל". בנוסף, מעורבותו של בית המשפט העליון מסייעת למדינה ל"ביצור טענת ה'משלימות' של מדינת ישראל בבואה להתמודד עם הליכים פליליים בפני ערכאות זרות במישור הבינלאומי או במדינות אחרות".

וזוהו בעצם לב העניין: בית המשפט העליון רואה כחלק מהגדרת תפקידו את ההגנה הן על תדמיתה של המדינה והן על שלוחיה המפריים את החוק. ואת התפקיד הזה ממלא בית המשפט נאמנה, תוך היצמדות לפרשנויות בלתי סבירות, לעיתים אף מופרכות, שהרוב המכריע של המשפטנים בעולם דוחים על הסף.

נכון ששופטי בית המשפט העליון אינם מחוקקים את החוקים, אינם קובעים את המדיניות ואינם מיישמים אותה. ואולם בסמכותם, ומחובתם, לקבוע האם המדיניות שאותה הם נדרשים לבחון היא חוקית ולאסור על יישומה כאשר היא פוגעת ללא הצדקה בזכויות האדם של הפלסטינים תושבי השטחים ומפרה את הוראות המשפט הבינלאומי שנועדו להגן עליהם. בשל סירובם לעשות כך, הערכאה המשפטית הישראלית הגבוהה ביותר הכשירה לא רק את ההפרות – אלא גם את הכיבוש עצמו.

\* \* \*

בהמשך פרסום זה תמצאו ארבעה ניתוחים של פסקי דין שפרסם בצלם במהלך 2019 באתר האינטרנט של הארגון, העוסקים בפסקי דין של בג"ץ בנושאים שונים – מהריסת בתים, דרך זכויות נחקרים, אסירים ובני משפחותיהם, וכלה בשימוש בגופות כקלפי מיקוח. כל אחד מהם מעיד על הקלות שבה מקבל בית המשפט את עמדת המדינה, על הלוליינות המשפטית שלה נדרשים השופטים במטרה להעניק חותמת משפטית לפגיעה קשה בזכויות האדם, ועל כך שבשורה התחתונה, כמבואר לעיל, בית המשפט העליון אינו בא לשרת את הצדק אלא דווקא את הכיבוש.

2. ר' בצלם, שנה של הפגנות בעזה: 11 חקירות מצ"ח, מראית עין אחת, מארס 2019; בצלם, נוהל טיוח: חקירתם לכאורה של אירועי "צוק איתן", ספטמבר 2016; בצלם, עלה התאנה של הכיבוש: מערכת אכיפת החוק הצבאית כמנגנון טיוח, מאי 2016.  
3. ר', לדוגמא, בצלם, צדק לכאורה: אחריותם של שופטי בג"ץ להריסת בתי פלסטינים ולנישולם, פברואר 2019.



# הנקמה הוכשרה: בג"ץ אישר את מניעת ביקורי המשפחות של אסירי חמאס מרצועת עזה

פורסם: 14.7.19



ביקור בני משפחות אצל אסירים בכלא גלבו, 5 במרס 2016. צילום: חגי אהרון, AFP/Getty Images

ישראלים - אברה מנגיסטו והישאם א-סייד, ובגופותיהם של שני החיילים - הדר גולדין ואורון שאול.

בעקבות איסור הביקורים, הגישו באוגוסט 2017 ארבעה אסירים תושבי רצועת עזה, המשתייכים לחמאס, עתירה לבג"ץ. לאחרונה, כמעט שנתיים לאחר מכן, ביוני 2019, דחה השופט ניל הנדל, בהסכמת השופטים ענת ברון ויוסף אלרון, את העתירה.

פסק דין זה עולה בקנה אחד עם פסיקתו ארוכת השנים של בית המשפט העליון בעתירות שהגישו לו פלסטינים תושבי השטחים. בית המשפט - שאמור היה לספק הגנה לאוכלוסייה חסרת ייצוג, שחייה מנוהלים על ידי משטר צבאי זר - העניק במהלך השנים שוב ושוב הכשר משפטי לפגיעה בזכויות הפלסטינים, ובכלל זה להריסת בתים, מעצרים ממושכים, ללא משפט, גירוש קהילות, עינויים בחקירה, סגירת דרכים, פגיעה בזכויות חשודים ובזכות הליך הוגן. בהתנהלות זו השופטים לא רק מועלים בתפקידם אלא גם ממלאים תפקיד מרכזי בביסוסו ובתחזוקתו של משטר הכיבוש.

נכון לסוף אפריל 2019 מחזיקה ישראל במתקני הכליאה שלה, בתוך שטחה הריבוני, 303 אסירים פלסטינים תושבי רצועת עזה, שניים מהם קטינים.

ישראל מערימה קשיים בלתי נסבלים על תושבי הרצועה המבקשים לבקר את בני משפחותיהם הכלואים בתוך ישראל, בניגוד לכללי המשפט הבינלאומי<sup>4</sup>: בין השנים 2007 ל-2012 אסרה ישראל לחלוטין על ביקורים אלה. כאשר חודשו הביקורים ביולי 2012, היה זה בכפוף לקריטריונים נוקשים שהתירו רק להורי האסיר ולבנות זוגם לבקרם, ורק בהדרגה התירה ישראל לילדיהם - עד גיל 16 בלבד - לבקר גם הם.

מאז ה-17.1.17 אוסרת המדינה על בני המשפחות של אסירי חמאס מהרצועה, המונים כ-100 בני אדם, לבקרם. איסור זה הוטל בעקבות החלטת ממשלה שאישרה הטלת הגבלות על תושבי רצועת עזה, ובכללן החמרת תנאי הכליאה של אסירים, בטענה שהדבר ישמש כלחץ על חמאס, המחזיק באופן בלתי מוסרי ובלתי חוקי, כקלפי מיקוח, בשני אזרחים

4. להרחבה ר' בצלם, קרובים רחוקים - הגבלות קיצוניות על ביקורי משפחה מדרגה ראשונה אצל אסירים מרצועת עזה, 22.1.18.

## פסק הדין בבג"ץ 6314/17, נמנם נ. ממשלת ישראל:

כבר בפתח פסק הדין חוזר השופט הנדל על עקרון העל המוסרי-חוקתי הרלבנטי לעניין: אסירים אינם מאבדים את זכויותיהם עם כניסתם לכלא ו"עונש מאסר המוטל על אדם אינו נוטל, כשלעצמו, את כבודו, ואינו שולל את זכויות היסוד שלו". ואולם, מיד לאחר מכן הוא קובע כי עיקרון זה אינו חל במקרה שלפניו, שכן ביקורים בכלא – גם של בני משפחה מדרגה ראשונה – אינם זכות אלא פריבילגיה, "טובת הנאה", שמפקד הכלא רשאי להעניק או לשלול מאסיר: ניתן לסבור כי גדיעה מוחלטת של האינטראקציה בין האסיר לעולם החיצון בכלל, ולבני משפחתו בפרט, פוגעת בזכויות החוקתיות לקשר עם העולם שמחוץ לסורגי הכלא, ולחיי משפחה... אולם, כל עוד עומדים לרשות האסיר ערוצי תקשורת אחרים, הביקורת החוקתית על מניעת הביקורים באה לקיצה כבר בשלב הראשון – שכן אקט זה אינו עולה כדי פגיעה בזכות חוקתית, ואין צורך להעמידו במבחני פסקת ההגבלה.

ברור, מדגיש השופט הנדל, שהעובדה שמדובר בטובת הנאה שניתנת לאסירים "אינה מפקירה את האחרונים לשרירות המינהל" ועל החלטה לשלול אותה להיעשות בהתאם לחוק ובכפוף לכללי המשפט המנהלי ולכן עליה "להתבסס על נימוקים ענייניים" ו"לעמוד במבחני הסבירות והמידתיות".

השופט הנדל מנתח את הוראות החוק החלות על ביקורי אסירים וקובע כי השר לביטחון הפנים רשאי להורות לשירות בתי הסוהר למנוע אותם, משיקולים ענייניים, אשר "כוללים, לצד השמירה על הניהול התקין של בתי הסוהר, גם שיקולים כלליים של שמירה על ביטחון המדינה". וכך, "ההגנה על ביטחון המדינה, במובנה הרחב, נתפסת אפוא כחלק בלתי נפרד מן הניהול התקין של בתי הכלא – ומן השיקולים שעל הגורמים המוסמכים לשקול".

אמנם, השופט הנדל ער לכך שבמקרה הנדון בפניו מניעת הביקורים נעשתה כדי להפעיל לחץ על חמאס והיא "אינה נובעת מחשש קונקרטי לניצול לרעה של הביקורים על ידי מי מהאסירים". ואולם לתפיסתו אין בכך כל בעיה, שכן

מאחר שלא מדובר בעונש אלא רק בשלילת פריבילגיה, אין צורך ב"אשמה". לדבריו, לאחר שנקבע שההגנה על ביטחון המדינה היא אחת מתכליות החוק, "השאלה המרכזית במישור הסמכות היא האם החלטת השר מקדמת תכלית זו – יהיה מקור האתגר הביטחוני שלו היא נועדה לתת מענה אשר יהיה".

השופט ממשיך וקובע כי "אין הצדקה לפרשנות המוציאה מגדרי התכלית הביטחונית הרלוונטית שיקולי ביטחון 'חיצוניים' לאסיר". לצורך כך, הוא מצטט את פסק דינו של השופט חנן מלצר בעניין האיסור הגורף שהוטל על אסירים ביטחוניים ללמוד באוניברסיטה הפתוחה,<sup>5</sup> וקובע כי פרשנות כזו תפגע "ביכולתה של מדינת ישראל 'להלחם בטרור על דרך של שלילת הטבות, ובין השאר להפעיל מנפיים הכרחיים ולגיטימיים כנגד פעולות של פיגועי-מיקוח, שניזמות על-ידי ארגוני טרור, לצורך שחרורם של אסירים בטחוניים, המשוייכים אליהם' – כלשון חברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר".

החלטת הממשלה לאסור את הביקורים אצל אנשי חמאס עומדת גם בכללי המשפט המנהלי, קובע השופט הנדל. לדבריו, בוודאי שמדובר בהחלטה סבירה, שכן "ניתן להתרשם כי לפני השר לביטחון הפנים הוצגו עמדות מקצועיות שונות, אלא שאין עילה להתערב בהחלטתו לאמץ את עמדת מתאם השבויים והנעדרים – לו מייחסים המשיבים את 'הידע, ההבנה והכלים המתאימים ביותר על מנת להעריך את השפעת הפסקת הביקורים על ארגון החמאס'. בהעדר בסיס להתערבות בקביעה מקצועית זו, לא מצאתי כי האיזון שערך השר לביטחון הפנים חורג ממתחם הסבירות".

השופט הנדל מוסיף כי ממילא הפגיעה באסירים היא "מוגבלת" ועוצמתה "מצומצמת" – הן מבחינת מספרם והן מבחינת הפגיעה בהם:

יש לזכור כי החלטת השר פוגעת בקבוצה מצומצמת מאד של אסירים – כ-100 בני אדם, מתוך למעלה מ-6,000 אסירים ביטחוניים, ויותר מ-800 אסירי חמאס. עוצמת הפגיעה מצומצמת אף היא, שכן גם האסירים המשתייכים לקבוצה זו לא איבדו לחלוטין את הקשר עם העולם החיצון; הם רשאים לעמוד בקשרי מכתבים עם משפחותיהם, ואף להיפגש עם אנשי דת, נציגי ארגון הצלב האדום הבין-לאומי, עורכי דין וכיוצא באלה.



השופט הנדל ממשיך וקובע שהחלטה היא גם מידתית: "על רקע עמדתו האמורה של מתאם שבויים ונעדרים, קל לקבוע כי החלטת השר מקיימת קשר רציונלי לתכליתה - הפעלת לחץ על החמאס, לצורך קידום השבתם של האזרחים וגופות חללי צה"ל לישראל... בהעדר זכות קנויה לקבלת ביקורים, ובהתחשב באמצעי הקשר החלופיים העומדים לרשות האסירים ומפחיתים את עוצמת הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות הכלליות לקשר עם העולם החיצון ולחיי משפחה, די בכך".

ובהמשך: "התועלת הביטחונית והאנושית אותה ניתן יהיה להפיק ממדיניות מניעת הביקורים, קרי השבתם של אזרחי ישראל (ויוזכרו בשמותיהם אברה מגניסטו והישאם אל סייד) וגופות חללי צה"ל המוחזקים בידי החמאס, עולה על הפגיעה המסוימת בעותרים".

בסוף פסק הדין כותב השופט הנדל כי "לא נותר, אפוא, אלא להביע תקווה כי החלטת השר - שבנקודת הזמן הנוכחית עומדת, כאמור, במבחני הסבירות והמידתיות - אכן תסייע להשיב בשלום את אזרחי ישראל המוחזקים בידי החמאס, ותאפשר להביא למנוחת עולמים את חללי צה"ל, סגן הדר גולדין ז"ל וסמ"ר אורון שאול ז"ל".

## שליטת הביקורים – פגיעה קשה באסירים ובמשפחותיהם

בפסק הדין קיבל השופט הנדל כמעט את כל טענות המדינה וקבע כי ההחלטה לשלול מאסירי חמאס תושבי רצועת עזה ביקורים של משפחותיהם נעשתה על פי חוק ושהיא סבירה ומידתית. ואולם קביעותיו בפסק הדין מעוררות כמה סימני שאלה כבדים:

### א. האסירים תושבי הרצועה הפכו ל"קלפי מיקוח", כלי להשגת מטרה חיצונית להם

השופט הנדל מתייחס אל האסירים כאל "קלפי מיקוח" במסגרת המשא ומתן עם חמאס, כאילו הם כלי שלגיטימי להשתמש בו להשגת מטרה חיצונית להם. הפגיעה בהם לא נעשית בשל התנהגות כזו או אחרת שלהם או של בני משפחותיהם ולכן גם אין להם כל יכולת להשפיע על ההחלטה או לשנותה.

קביעתו זו של השופט הנדל חורגת ממה שהיה נהוג עד כה בפסיקת בית המשפט. פסקי דין קודמים שעסקו בנושאים דומים התבססו - גם אם רק באופן מוצהר וגם אם ללא הצדקה - על חששות קונקרטיים שנגעו לאסירים עצמם: בעתירה של אסירים ביטחוניים בדרישה לבטל את האיסור הגורף על שיחות טלפון, טענה המדינה - ובית המשפט אימץ את הטענה - כי איסור זה נובע מהחשש שהאסירים "יקיימו קשר טלפוני עם גורמים עוינים, שיש בו כדי לפגוע בביטחון המדינה". בעתירה שהגישו אסירים בעקבות האיסור שהטיל עליהם השב"ס ללמוד באוניברסיטה הפתוחה, קבע בית המשפט כי האיסור מוצדק שכן הארגונים משלמים עבור הלימודים, "הן כתגמול על העבירות שביצעו, הן כתמריץ להמשך פעילות אידיאולוגית כנגד המדינה", מה שעלול לסכן את ביטחון המדינה. במקרה נוסף עתרו לבג"ץ כמה אסירים בדרישה שיתאפשר להם להיפגש עם קרובי משפחה שאינם מדרגה ראשונה. גם כאן, ציין בית המשפט כי ישנה אפשרות סבירה שביקורים כאלה "ישמשו להעברת מסרים" שיפגעו בביטחון המדינה.

ברור כי השימוש ב"ביטחון המדינה" במקרים אלה משמש את בית המשפט העליון כדרך נוחה להכשרת הפגיעה בזכויות האסירים - גם בהעדר ראיות לסיכון כלשהו הנשקף מהם. ואולם במקרה אחרון זה השופט הנדל מסיר אפילו את המסכה הדקה של מראית העין: המדינה, ובית המשפט בעקבותיה, מודים בפה מלא כי הם עושים שימוש באסירים ובבני משפחותיהם ככלי להפעלת לחץ על חמאס.

השופט הנדל משווה את פסק דינו לפסק דין קודם של בית המשפט העליון, שקבע כי אין זה חוקי להחזיק אזרחים לבנוניים במעצר מנהלי כ"קלפי מיקוח" במסגרת המשא ומתן להשבתו של רון ארד.<sup>6</sup> לתפיסתו, "תהום פעורה" בין שני המקרים, שכן בפסק דין זה דובר על מעצר לתקופה לא ידועה ואילו בעניין שבפניו "לא נפגעה זכות חוקתית מוגנת, שהרי לאסירים ובני משפחותיהם לא עומדת זכות קנויה לביקורים, ומכאן שאין הצדקה לפרשנות המוציאה מגדרי התכלית הביטחונית הרלוונטית שיקולי ביטחון 'חיצוניים' לאסיר".

ואולם הדמיון בין שני המקרים עולה על הבדל זה: בשני המקרים מדובר בהתייחסות לאדם כאל אמצעי להשגת מטרה. זהו, כפי שציין השופט ברק בפסק הדין שעסק באזרחים

הלבנונים, "אינו מעבר 'כמותי'. זהו מעבר 'איכותי'". ההתייחסות האינסטרומנטלית לאדם כאל קלף מיקוח במשחק שגדול ממנו - בין אם מדובר במעצמך ובין אם מדובר בניתוק ממשפחתו - שוללת ממנו את כבודו כאדם עצמאי האחראי לגורלו.

השופט הנדל מאיים שאם ייקבע ששלילת הביקורים אינה אפשרית, הרי ש"תיפגע יכולתה של המדינה להלחם בטרור על דרך של שלילת הטבות". ואולם איסור על "דרך של שלילת הטבות" הוא דווקא תוצאה רצויה: התייחסות לאדם ככלי להשגת מטרה שאין לו יכולת להשפיע עליה פסולה מיסודה וראוי מאוד שהמדינה תימנע ממנו.

## **ב. שלילת הביקורים כפגיעה בזכויות האסירים**

תנאי הכליאה של האסירים הביטחוניים מבודדים אותם מהעולם וממשפחותיהם: נאסר עליהם לקיים שיחות טלפון וחופשות או ביקורי התייחדות, שהמדינה מאפשרת לאסירים אחרים, נמנעים מהם. כל שנותר להם - לפני הטלת האיסור ביולי 2017 - היא האפשרות לפגוש חלק קטן מבני משפחתם, אחת לכמה שבועות, לפרק זמן קצר, מאחורי קיר זכוכית.

מבלי לספק כל הסבר משכנע, השופט הנדל ממעיט בערכה של הפגיעה הנגרמת לאסירים באמצעות שלילת הביקורים ומקפיד להתייחס אליה רק כאל "פגיעה מוגבלת", בהסתמך על כך שהם "לא איבדו לחלוטין את הקשר עם העולם החיצון; הם רשאים לעמוד בקשרי מכתבים עם משפחותיהם, ואף להיפגש עם אנשי דת, נציגי ארגון הצלב האדום הבין-לאומי, עורכי דין וכיוצא באלה". קשה לתפוס כיצד סבור השופט כי מכתבים למשפחה או פגישה עם בעלי תפקידים שונים יכולים בכלל להחליף פגישה עם יקיריהם פנים אל פנים.

ישראל היא שבחרה - תוך הפרה של הוראות המשפט הבינלאומי - להחזיק אסירים אלה בשטחה שלה ולכן עליה לאפשר את קיומם של הביקורים ללא הגבלות שרירותיות, מתוך הכרה ששמירה על קשר עם המשפחה היא אחת מזכויות היסוד של כל אדם, גם אם הוא אסיר. ביקורי משפחות מתקיימים הרי כעניין שבשגרה אצל כלל האסירים בישראל ואצל אסירים ביטחוניים מהגדה המערבית. אין מדובר בפרס על התנהגות טובה אלא בזכותם של אסירים לקיים קשר עם העולם החיצוני ובזכותם להמשיך ולקיים חיי משפחה מינימליים.

אפילו שופטי בית המשפט העליון עצמו, שהשופט הנדל מצטט את פסיקותיהם, הכירו בחשיבות השמירה על קשר עם המשפחה עבור האסירים - גם אם בסופו של דבר קבעו שמדובר רק ב"טובת הנאה" שניתן לשלול אותה וסירבו לקבוע שמדובר בזכות המוקנית להם. כך, בפסק דין שעסק בזכותם של אסירים ביטחוניים להיפגש עם מבקרים שאינם בני משפחה מדרגה ראשונה, קבע השופט דנציגר:

הזכות לשמר את התא המשפחתי היא זכות שעוצמתה חזקה מן הזכות לתקשר וליצור אינטראקציה עם גורמים אחרים שאינם מהווים חלק מן התא המשפחתי של האסיר, וזאת בשל עוצמתה של הזכות למשפחה והיכולת לממש במידת מה את הזכות לחופש ביטוי במסגרת השמירה על הקשר עם בני המשפחה... אין להפחית מחשיבותו של מפגש פנים מול פנים של אסיר עם מבקרים, אשר מבחינת רמת הקשר ואיכותו, אין דינו כדין מכתב או שיחת טלפון.<sup>7</sup>

באותו פסק דין קבעה השופטת פרוקצ'יה: ניתן להשקיף על חופשות וביקורים אצל אסירים גם כחלק מזכויות האדם השמורות להם, גם בהמצאם בכלא, שאינם מתאימות בהכרח מעצם שלילת החירות הנובעת מן המאסר, פרי הסנקציה העונשית. יציאה לחופשות וביקורים של בני משפחה הם חלק מנדבכי הקשר של האדם-האסיר עם העולם ועם סביבתו הקרובה. הוא זקוק להם מעצם ברייתו. הם חלק מהווייתו כאדם; הם חלק מכבודו כאדם. הם תורמים תרומה חשובה לרווחתו ולשיקומו במהלך מאסרו.

## **ג. שלילת הביקורים כפגיעה בזכויות של משפחות האסירים**

השופט הנדל אף מתעלם לחלוטין מהפגיעה הקשה בבני המשפחות, שנגזר עליהם ניתוק מוחלט מהאסירים הכלואים בשטחה הריבוני של ישראל - אליו אינם יכולים להגיע בלי הסכמה מפורשת של ישראל. אמנם, הביקורים עצמם - כל עוד התקיימו - היו קצרים וכרוכים ביום מפרך. בני המשפחה יצאו מבתיהם לפני עלות השחר, עברו בידוק משפיל לפני הביקור ושבו לביתם רק בשעות הערב. הביקור עצמו היה קצר והם אפילו לא הורשו לחבק את אהובם. ואולם עדיין, ביקורים אלה היו המגע היחיד של המשפחות עם יקיריהם.

בעדויות שגבה בצלם מבני משפחות ברצועת עזה עולה הקושי הבלתי נסבל שמסב הניתוק שנכפה עליהם. כך,

7. רע"ב 6059/09, מאהר יונס נ. שירות בתי הסוהר.

שלא הרגישו לי מספיק כדי לשבת מולו ולראות אותו. בכל זאת חזרתי הביתה מאושרת.

המשכתי לבקר את ממדוח לבד, אחת לשלושה חודשים, כי הצבא הישראלי לא התיר לאביו ולאחיו ואחיותיו לבקר. בשנת 2014 התירו סוף סוף גם לבעלי לבקר אותו. המשכנו לבקר עד שאסרו על הביקורים אצל אסירי חמאס.

בשנת 2016, בחודש ספטמבר, אני ובעלי התכוונו לבקר את בני. כשהגענו למחסום ארז, הצבא הישראלי לקח אותנו לחקירה ולא איפשר לנו לעלות על האוטובוס עם בני המשפחות האחרים. החזיקו אותנו כל היום במחסום. רק בשעות הערב חזרנו הביתה, בלי לבקר את ממדוח. כשהאוטובוס נסע ממחסום ארז לכלא בלעדינו עם שאר משפחות האסירים הרגשתי שהלב שלי נסע איתם. רציתי כל-כך להיות על האוטובוס. מאותו יום לא הצלחתי לבקר את בני.



אלה ימים קשים והם עוברים עליי בשברון לב ובבכי על ממדוח, ועל החיים שלו שהולכים לאיבוד בכלא. אני מרגישה שהלב שלי ממש בווער, ולפעמים חונקת את הדמעות כדי שהילדים ובעלי לא יראו אותי בוכה.

באחד הביקורים אצל ממדוח הנהלת הכלא הרשתה לי להצטלם איתו. צעקתי מרוב שמחה. נכנסתי אליו וחייבתי אותו והתחלתי לבכות מרוב אושר. אלה היו רגעים שלא ניתן לשכוח ואני מייחלת לכך שהם יחזרו שוב.

אסעד אבו סלאח, בן 56, הוא אב ל-12 ילדים, ששניים מהם כולאים בישראל. אבו סאלח עצמו נכלא גם הוא בישראל בעבר

למשל, תיארה אמנה א-זווארעה, בת 39, אם לחמישה, את געגועיה לבעלה איבראהים שנעצר בסוף שנת 2009, בעדות שמסרה לתחקירנית בצלם אולפנת אל-כורד:

בתחילת שנת 2013 [לאחר חידוש הביקורים] התחלתי לבקר את איבראהים בכלא נפחא. הייתי מבקרת אצלו פעם בשלושה חודשים, וכל הביקורים היו קשים מאוד בגלל החיפושים והאיסור על הכנסת בגדים, אוכל ומים. גם כשהילדים הקטנים שלי באו איתי, היה אסור לי להביא אוכל ושתייה בשבילם. משך הביקור היה רק 45 דקות, זה אף פעם לא היה מספיק. הם אפילו אסרו על הילדים שלי להיכנס אל אבא שלהם ולחבק אותו, והם דיברו איתו רק דרך מחיצת הזכוכית. לפעמים בעשר הדקות האחרונות של הביקור, הם נתנו למוחמד, הבן שלי, שהיה אז בן חמש, להיכנס ולשבת ליד אביו ולחבק אותו.

הקשר היחיד שיש לי עם בעלי זה מכתבים ותמונות שהוא שולח באמצעות הצלב האדום. הילדים מתגעגעים אליו, רוצים לשמוע את קולו, לראות אותו. הם כל הזמן שואלים מתי יוכלו לבקר אצל אבא שלהם בכלא. הבן שלי, פיראס, שהוא היום בן 16, שכח כבר איך נראים הפנים של אבא שלו. אני מרגישה שהוא לא מעוניין לשמוע עליו".

כך תיארה ליילא א-טנאני, בת 53, ואם לשבעה, אמו של ממדוח בן ה-32, העצור בישראל מאז אוגוסט 2007, את הקשיים שמסבה לה מניעת הביקורים בפני תחקירנית בצלם, אולפנת אל-כורד:

"במשך חמש שנים בערך לא יכולתי לבקר את ממדוח ורק בשנת 2012 התחלתי לבקר אותו. באותה תקופה הקשר שלי עמו היה באמצעות מכתבים שהוא שלח לי. המכתבים שלו היו ממיסים גם לב של אבן. כשקראתי אותם בכיתי מרוב געגועים, לא יכולתי לדבר איתו בטלפון והמכתבים לא הספיקו.

בשנת 2012 הותר למשפחות האסירים מרצועת עזה לבקר את הבנים שלהן בבתי כלא בישראל. לא ידעתי את נפשי מרוב שמחה. עמדתי לראות את ממדוח בפעם הראשונה אחרי חמש שנים. בביקור הראשון בכלא רימון לא האמנתי שאני מגיעה. הלכתי לכלא לבד. כשראיתי את ממדוח בכיתי מאוד. הוא ביקש ממני לא לבכות. אמרתי לו שאלה דמעות שמחה על זה שאני רואה אותו. הביקור נמשך רק 45 דקות,

ושוחרר בעסקת שליט, באוקטובר 2011. בשל היותו אסיר משוחרר ישראל אסרה עליו לבקר את בניו גם כאשר התקיימו ביקורים אצל אסירי חמאס. בעדות שמסר לתחקירנית בצלם אולפנת אל-כורד סיפר אבו סאלח: אני שומר על קשר עם הבנים באמצעות מכתבים. הם כותבים ושואלים מה שלומי, ומה שלום המשפחה. אבל המכתבים לא מספקים. אני מתגעגע לבנים שלי ורוצה לשמוע את הקולות שלהם, לראות אותם ולהבין מה עובר עליהם. אני מייחל לראות אותם. כמעט שכחתי את מראה פניהם ואת צליל קולם. אני מקווה שאראה אותם משוחררים בקרוב.



אסעד אבו סלאח ונכדיו. צילום: אולפנת אל-כורד, בצלם

## **ד. שלילת הביקורים אינה נובעת מ"שיקולי ביטחון", היא מונעת מרצון לנקמה ותו לא**

על מנת להצדיק את שלילת הביקורים מוצא השופט הנדל מפלט ב"שיקולי ביטחון כלליים", בהם "הצורך הביטחוני" בהשבת גופות החיילים והאזרחים הישראלים. ואולם שיקולים אלה לא הזכרו כלל בדיון הציבורי שהתקיים מחוץ לכותלי בית המשפט סביב תנאי הכליאה של האסירים הביטחוניים. במקום זאת, התמקד דיון זה בעיקר ברצון לנקום בחמאס המונע ביקורים אצל האזרחים הישראלים שהוא מחזיק כבני ערובה וברצון להשוות את התנאים של האסירים הכלואים בישראל לאלה שכופה חמאס על האזרחים בהם הוא מחזיק. הצעת חוק שהגיש חבר הכנסת לשעבר אורן חזן – ואשר זכתה לתמיכת הממשלה ועברה בקריאה טרומית – קבעה כי יש לאסור על ביקורי משפחות של אסירי חמאס. הצעת החוק התייחסה במפורש לצורך ביחס "מאוזן" – אם חמאס

אינו מאפשר ביקורים גם אנחנו לא נאפשרם: החזיק ארגון טרור או ארגון טרור מוכרז אזרחי ישראלי חטוף, או שבוי ברשותו, ומנע ממנו ביקור של נציג ממשלת ישראל, ארגון הומניטרי מוסכם או בן משפחה, לא יהיה זכאי אסיר ביטחוני החבר באותו ארגון טרור או מזדהה עמו לביקורים, למעט ביקור עורך דין או נציג ארגון הצלב האדום הבין-לאומי."

בדברי ההסבר להצעת החוק נקבע: "נוצר מצב בלתי נסבל שארגוני הטרור, כאסטרטגיה, חוטפים ומחזיקים אזרחים ישראלים מבלי להתחשב בתנאיהם ומבלי לאפשר לבקדם, מה שמאוד פוגע במורל ובחוסן הלאומי של מדינת ישראל. מנגד, מדינת ישראל כן מאפשרת ביקורים לאסירים ביטחוניים החברים בארגוני טרור. הצעת החוק נועדה לתת מענה לחוסר ההלימה בין התנאים בהם מדינת ישראל מחזיקה את הטרוריסטים שפוגעים בה, ובין התנאים שבהם ארגוני הטרור מחזיקים את החטופים הישראלים: אברה מנגיסטו, הדר גולדין ואורון שאול.

בדיון שנערך בכנסת בהצעת החוק באוקטובר 2018 ניסה השר לביטחון הפנים, גלעד ארדן, לטעון כי המטרה של מניעת ואולם הביקורים היא "להגביר עליהם את הלחץ", כדי "שירצו גם הם שהשבויים שלנו יחזרו לביתם". ואולם הוא מיהר להבהיר את מטרתו האמיתית של החוק, שיאפשר לשים קץ "לאבסורד שבחוסר הסימטריה בין תנאי אזרחי ישראל המצויים בשבי חמאס ללא משפט לבין תנאי המחבלים כאן, אצלנו". בתגובה לפסיקתו של השופט הנדל בבג"ץ זה מיהר השר ארדן לברך על ההחלטה וציין כי "לא הגיוני ולא מוסרי לאפשר למחבלים בזויים ביקורי משפחות כל עוד חמאס מחזיק בגופות חיילינו ובאזרחים ישראלים."

וזה בתמצית כל הסיפור: לא "שיקולי ביטחון כלליים", לא "מבחני מידתיות" ולא איזונים בין "טובות הנאה" לבין שיקולים כבדי משקל הם שעמדו בבסיס ההחלטה למנוע את ביקורי המשפחות אצל אסירי חמאס, תושבי רצועת עזה. בסופו של דבר, מה שהוביל להחלטה זו הוא "האבסורד שבחוסר הסימטריה", או בשפה מתפלפלת פחות: נקמה גרידא.

# ההריסות בוואדי אל-חומוס: התירוץ – ביטחון,

## האסטרטגיה – עליונות דמוגרפית יהודית

פורסם: 22.7.19



הריסת אחד המבנים בוואדי אל-חומוס. צילום: שרית מיכאלי, בצלם

לנתק את כל בתי שכונת ואדי אל-חומוס מצור באהר, אך בעקבות העתירה הסכימה המדינה להסיט את תוואי הגדר כמה מאות מטרים מזרחה לתוך שטחי הגדה המערבית. בשנים 2004 ו-2005 הוקמה גדר ההפרדה באזור זה, במתכונת מצומצמת יחסית. במקום חומת בטון, כמו ברוב תוואי הגדר במזרח ירושלים, הקימה ישראל כביש פטרול דו-מסלולי עם שוליים רחבים וגדר נוספת. הגדר מקיפה את שכונת ואדי אל-חומוס, שאמנם לא נותקה מצור באהר אך נותקה משאר שטח הגדה המערבית בשל הקמת הגדר, על אף שהשטח בו היא נמצאת לא סופח לשטחה המוניציפאלי של העיר.

הסטת תוואי הגדר יצרה סבך ביורוקרטי בלתי פתיר עבור תושבי ואדי אל-חומוס, שחלקם בעלי מעמד של תושבי קבע בישראל וחלקם בעלי תעודות זהות של תושבי הגדה המערבית. בעקבות עתירה לבג"ץ, כיום ישראל מכירה בכל תושבי ואדי אל-חומוס כזכאים לביטוח בריאות ולביטוח לאומי – בדומה לשאר תושבי ירושלים בעלי מעמד של תושבי קבע. ואולם בג"ץ קיבל את עמדת המדינה בעתירה אחרת, לפיה התושבים המחזיקים בתעודות זהות של הגדה המערבית אינם זכאים למעמד של תושבי קבע ולכן הם מחויבים לחדש את היתרי השהייה – היתרי השהייה בבתיהם שלהם! - מדי שישה חודשים.

הבוקר, יום שני, 22.7.19, החלו הרשויות הישראליות להרוס מבנים בשכונת ואדי אל-חומוס, השלוחה המזרחית של צור באהר במזרח ירושלים. זאת לאחר שבג"ץ דחה את עתירת התושבים וקבע כי אין כל מניעה חוקית להריסתם. בסך הכל מתכוונת ישראל להרוס 13 מבנים, בהם לפחות 44 דירות, רובן הגדול בשלבי בנייה שונים. במבנים שנהרסו הבוקר כבר גרו שתי משפחות המונות 17 בני אדם, בהם 11 קטינים – שכולם נותרו כעת ללא קורת גג. חלק מהמבנים המיועדים להריסה נבנו בשטחי A, לאחר שהרשות הפלסטינית – האחראית שם על נושאי התכנון והבנייה – ניפקה עבורם היתרים.

שכונת ואדי אל-חומוס שוכנת במובלעת שמחוץ לגבולה המוניציפאלי של ירושלים – שנקבע על ידי ישראל באופן חד צדדי ב-1967, על בסיס השאיפה לספח לישראל באופן בלתי חוקי כמה שיותר משטח הגדה המערבית, עם כמה שפחות תושבים. שכונה זו מהווה את העתודה הקרקעית העיקרית לפיתוח צור באהר. לפי הערכת ועד צור באהר גרים כיום בשכונה כ-6,000 איש – כרבע מאוכלוסיית צור באהר כולה. בשנת 2003 עתר ועד צור באהר לבג"ץ נגד תוואי גדר ההפרדה – תוואי נוסף שנקבע חד צדדי על ידי ישראל כדי לשרת את האינטרסים שלה. התוואי אמור היה לעבור בסמוך לגבול המוניציפאלי של ירושלים ובכך

כעבור ארבע שנים, בנובמבר 2015, הודיע הצבא כי בכוונתו להרוס 15 מבנים בשכונת ואדי אל-חומוס. כשנה לאחר מכן, בדצמבר 2016, הרס הצבא שלושה מבנים אחרים בשכונה. ב-2017 עתרו לבג"ץ הבעלים והדיירים של 15 המבנים להם נשקפת סכנת הריסה, באמצעות אגודת סנט איב. בעתירה נטען, בין השאר, כי רוב המבנים נבנו לאחר שקיבלו היתרי בנייה מהרשות הפלסטינית ושבעליהם ודייריהם כלל לא היו מודעים לצו ולאיסור הבנייה.



בתי השכונה משני עברי הגדר. צילום: עמאר עארורי, בצלם

במהלך הדיונים בעתירה, הסכים הצבא לבטל את צווי ההריסה של שניים מהמבנים. בנוסף הודיע הצבא כי ארבעה מ-13 המבנים הנתרים יהרסו באופן חלקי בלבד. ב-11.6.19 קיבל בג"ץ את עמדת המדינה וקבע שאין כל מניעה להרוס את המבנים.

פסק הדין של בג"ץ, שנכתב על ידי השופט מני מזוז, קיבל במלואו את מסגור הנושא על-ידי המדינה כעניין ביטחוני בלבד, תוך התעלמות מוחלטת ממדיניותה של ישראל המונעת כמעט לחלוטין בנייה פלסטינית במזרח ירושלים ומהכאוס התכנוני במובלעת ואדי אל-חומוס שאפשר את הבנייה המסיבית באזור – שרשויות המדינה היו מודעות לה היטב.

בפסק הדין נמנעו השופטים לחלוטין, כפי שעשו פעמים רבות במקרים דומים בעבר,<sup>6</sup> מדיון במדיניות הישראלית המונעת כמעט לחלוטין בנייה במזרח ירושלים, במטרה לכפות עליונות

שטחה של שכונת ואדי אל-חומוס אינו נחשב לחלק מירושלים, ולכן עיריית ירושלים אינה מספקת לשכונה שירותים, למעט פינוי אשפה. לרשות הפלסטינית אין גישה לשכונה ולכן אינה יכולה לספק בה שירותים כלשהם, למעט שירותי תכנון ורישוי בשוליה הדרום-מזרחיים של המובלעת. זאת היות ששטחים אלה הוגדרו בהסכמי אוסלו כשטחי A ו-B ובהם יש לרשות סמכויות תכנון ורישוי הבנייה. רוב שטח המובלעת מוגדר כשטח C, בו מחזיק המנהל האזרחי בסמכויות התכנון ורישוי הבנייה, אך הוא נמנע מהכנת תכנית שתאפשר בנייה במקום – ממש כפי שהוא נמנע מהכנת תכניות כאלה בכל רחבי הגדה המערבית.

המדיניות הישראלית המונעת כמעט לחלוטין בנייה פלסטינית במזרח ירושלים גורמת למצוקת דיור חמורה בקרב תושבי העיר הפלסטינים, הנאלצים בלית ברירה לבנות ללא היתרי בנייה. בשכונת ואדי אל-חומוס נבנו מאז הקמת הגדר מאות דירות (חלקן במבנים רבי קומות) וכן מרכז מסחרי, חוות סוסים ובריכות שחייה. חלק קטן מהמבנים, שהוקם בשטחי A, נבנה לאחר שבעלי הקרקע קיבלו היתרי בנייה מהרשות הפלסטינית. תושבי השכונה הניחו בעצמם את התשתיות בה – כולל דרכים וקווי מים, המסופקים מצור בארה ומבית סאחור.

בדצמבר 2011, כשש שנים לאחר הקמת גדר ההפרדה באזור, הוציא הצבא צו האוסר על בנייה ברצועה שרוחבה נע בין מאה ל-300 מטרים משני צדיה של גדר ההפרדה. לטענת הצבא, צו זה נדרש כדי ליצור "מרחב חיץ פתוח" הנוחץ לפעולתו, שכן אזור ואדי אל-חומוס מהווה "נקודת תורפה למעבר בלתי חוקי" משטחי הגדה אל ירושלים. על פי נתוני הצבא, בעת הוצאת הצו כבר ניצבו בשטח שסומן בו כאסור בבנייה 134 מבנים. מאז נבנו עשרות מבנים נוספים, ונכון למחצית 2019 היו בו כבר 231 מבנים. חלק מהמבנים הללו הם רבי קומות שהוקמו במרחק של עשרות מטרים מהגדר, והם מפוזרים בין שטחים המוגדרים כ-A, B ו-C.



בגדה המערבית (כמו א-ראם, קלקיליה וטול כרם וקלנדיה), בהם נבנו מבני מגורים רבים בסמוך לגדר ההפרדה. בנוסף, כתוצאה ממדיניות התכנון הישראלית שמונעת מפלסטינים לקבל היתרי בנייה, נבנו מבנים רבים נוספים ללא היתרים, בהעדר כל ברירה אחרת. פסק הדין האחרון נתן לישראל גושפנקה חוקית להריסתם של כל אלה, תוך שהוא מאפשר



איסמעיל עבידייה. צילום: עאמר עארורי, בצלם

לישראל להסתתר מאחורי "טיעונים ביטחוניים" כדי לממש את מדיניותה הבלתי חוקית.

#### **עדוּתו של איסמעיל עבידייה, תושב ואדי אל-חומוס, בן 42, נשוי ואב לחמישה:**

אני במקור משכונת אם ליסון שבג'בל אל-מוכבר. התחתנתי בשנת 1998 וגרתי שם עם אשתי בדירה בשטח של 50 מ"ר. נולדו לי חמישה ילדים והתחלנו לסבול מצפיפות. הרגשתי שאנחנו מוכרחים למצוא בית גדול יותר. ב-2015 קניתי חלקת אדמה בוואדי אל-חומוס והשגתי רישיון בנייה מהרשות הפלסטינית מאחר שהקרקע נמצאת בשטח A ושייכת למחוז בית לחם. בניתי בית בן שתי קומות, כל אחת בשטח של 300 מטר מרובע. הקומה הראשונה עדיין בעבודה ואנחנו גרים בקומה השנייה.

קיבלנו את צו ההריסה ב-2016 ואנחנו עדין בהלם מכך שהערעור שהגשנו לבית המשפט העליון לא התקבל. מאז ההחלטה, כולנו במצב נפשי קשה. אני לא להירדם עד לפנות בוקר. כל הזמן אני חושב לאן נלך אחרי ההריסה, מה נעשה. המחשבות הללו לא מאפשרות לי לישון. אפילו הבן

דמוגרפית יהודית בעיר – מדיניות הכופה על התושבים לבנות ללא היתרים. מצוקת הבנייה החריפה במזרח ירושלים, כולל בצור באהר, היא זו שגם עמדה בבסיסה של דרישת הכפר להסיט את תוואי גדר ההפרדה מזרחה. במקום זאת, קבעו השופטים כי הריסת הבתים אכן נדרשת משיקולי ביטחון, שכן בנייה בסמוך לגדר "עלולה להוות גם מסתור למפגעים או לשוהים בלתי חוקיים" ולאפשר "הברחות אמל"ח".

פסק הדין גם מבהיר עד כמה "העברת הסמכויות" לרשות הפלסטינית בשטחי A ו-B במסגרת הסכמי הביניים היא חסרת משמעות מעשית – מלבד לצורך קידום תעמולה ישראלית. כשנזכר, נתלית ישראל ב"העברת סמכויות" זו כדי לטפח את האשליה שרוב תושבי הגדה כלל אינם חיים תחת כיבוש ושלמעשה, הכיבוש כמעט הסתיים. ואילו כשלא נזכר – כמו במקרה הנוכחי – מניחה המדינה בצד את מראית העין של "ממשל עצמי", מעלה "נימוקים ביטחוניים" ומממשת את שליטתה המלאה בכל השטח ובכל תושביו.

השופטים דחו כמעט בזלזול את טענות העותרים כי לא ידעו על קיומו של הצו האוסר עליהם לבנות וכי הם בנו לאחר שהסתמכו על היתרים שקיבלו מהרשות הפלסטינית וקבעו כי התושבים עשו "דין לעצמם". לטענת השופטים, על התושבים היה לדעת על הצו, תוך שהם נתלים בעיקר בהוראות הצו המחייבות להביא את תוכנו "ככל הניתן", לידיעת התושבים, בין השאר באמצעות תלייתו בצירוף מפות קשות להבנה ברזולוציה נמוכה במשרדי המת"ק, ובטענות של נציגי המדינה בפניהם. זאת, תוך התעלמות מוחלטת מהעובדות הרלבנטיות: מכך שהצבא לא נקט בכל פעולה כדי להביא את הצו לידיעת התושבים לפני נובמבר 2015, מכך שהצו הוצא שנים לאחר הקמת הגדר ובניית המבנים, ואפילו אז – לא נעשה בשנים הראשונות דבר כדי לאכפו, ומכך שלא נעשה כל מאמץ אמיתי לוודא שהתושבים יודעים על קיומו של הצו – אפילו לא פעולה מתבקשת ופשוטה כמו הדבקתו על בתי התושבים.

לפסיקה זו של בית המשפט עלולות להיות השלכות מרחיקות לכת. במקומות שונים במזרח ירושלים (כמו דחיית אל-בריד, כפר עקב ומחנה הפליטים שועפאט) ובאזורים אחרים

רישיון בנייה מהרשות בבית לחם, בגלל שהקרקע מצאת בשטח A בגדה המערבית. בנינו את הקומה שתי קומות – קומת חנייה למכוניות ומעליה קומת מגורים עם שתי דירות – והתכוונו לבנות קומה שלישית שבה יהיו עוד שתי דירות בשביל האחים שלי אשרף ואחמד.

צו ההריסה שהוציא המנהל האזרחי ניפץ לנו את החלומות והתקוות להשתקע שם. הצו מורה לנו להרוס בעצמנו את הבית עד ה-19.7.18. מאז אנחנו חיים במתח ולא מצליחים לחשוב על שום דבר אחר. בכל פעם שאני מסתכל על הילדים שלי אני עצוב, לאן נלך אחרי ההריסה? אין לי מושג אולי לרחוב.

אני אדם עני. אני עובד בעבודות יומיות בבנייה ומצליח לפרנס את המשפחה בקושי. אין לי אפשרות לשכור דירה, אפילו לא ב-500 דולר. אני חושב שאחרי ההריסה לא תהיה לנו ברירה אלא להקים אוהל על חורבות הבית ולגור בו. יש לנו חמישה ילדים: אוסאמה בן 17, עבד א-רחמן בן 15, אימאן בת 13, אדם בן 8 ואדהם בן שנה ו-9 חודשים.

בכל פעם שהילדים רואים מכונת צבאית מגיעה לוואדי אל-חומס הם חושבים שהגיעה שעת ההריסה ונכנסים לחרדה. הם חיים עכשיו במתח, חרדה ובלבול.

שלי, שלומד השנה לבחינות התווג'יהי (בגרות), לא מצליח להתרכז בלימודים. רק אלוהים יודע אם הוא יצליח במבחן הכללי. לווייתי הרבה כסף בשביל לקנות אדמה ולבנות את הבית. יש לי הרבה חובות ואם הבית ייהרס זה יהפוך אותי לאיש עני. אני לא חושב שאוכל לצאת מהמצב הזה. אני פועל פשוט ויש לי הכנסה מוגבלת מאוד. נצטרך לשכור בית אחר וגם לשלם במקביל את החובות. כרגע, אני לא מסוגל אפילו לחשוב על זה בהיגיון ולא יכול לתכנן מה יקרה אחרי ההריסה.

#### **עדותו של מונזר אבו הדואן, תושב ואדי אל-חומס, בן 42, נשוי ואב לחמישה:**

התחתנתי בשנת 2001. אני במקור ממחנה הפליטים שועפאט, ונולדו לנו שם שלושה ילדים, אבל לא יכולנו להמשיך לגור שם בגלל הצפיפות, חוסר הביטחון והתדרדרות מצב התשתיות במקום. הרגשתי שהענייד של הילדים שלי בסכנה. בנוסף, היה לנו צפוף בבית. היו שם רק חדר אחד, מטבח ושירותים בשטח של 40 מטר מרובע. עברנו לגור באופן זמני בראס אל עמוד, מקום יותר טוב ממחנה הפליטים, בבית בשטח של 50 מטר מרובע.

יחד עם האחים שלי ואבא שלי חיפשנו מקום זול לבנות בו ומצאנו את וואדי אל-חומס. קניתי את האדמה והשגנו

# "נחה דעתנו כי מניעת המפגש אכן חיונית לביטחון האזור" – כיצד אפשרו שופטי בג"ץ לשב"כ להמשיך

## לענות את סאמר ערביד

פורסם: 10.10.19

ביום ראשון, 29.9.19, פורסם בכלי התקשורת כי היחידה לביור תלונות נחקרים במשרד המשפטים (המב"ת), החלה לבחון את האירוע, וכי בסיום הבדיקה היא תגיש את המלצותיה לפרקליטות וליועץ המשפטי לממשלה, שיחליטו אם לפתוח בחקירה פלילית נגד החוקרים.<sup>9</sup>

פרקליטיו של ערביד פנו לבית המשפט הצבאי בדרישה לשחררו וכן לקבל מידע על מצבו הרפואי. ביום רביעי, 2.10.19, מסר הצבא לבית המשפט ולעורכי דינו של ערביד דו"ח רפואי, ועל בסיסו קבעה השופטת רס"ן מירב הרשקוביץ יצחקי כי חל "שיפור הדרגתי" במצבו וכי "ייתכן כי בימים הקרובים ניתן יהיה לשוב ולחקור אותו". היא החליטה להותירו במעצר, לאחר שקבעה כי "מצאתי כי מסוכנותו של החשוד לביטחון האזור מובהקת ומחייבת את המשך מעצרו בשלב זה".

## פסק הדין של בג"ץ

לאחר שהוצא נגדו צו חדש המונע ממנו להיפגש עם עורכי דינו, הגישה עמותת א-דמיר עתירה לבג"ץ בדרישה לבטלו. ביום שני, 7.10.19, דחו השופטים יצחק עמית, ג'ורג' קרא ויעל וילנר את העתירה בפסק דין קצר, בן כמה פסקאות, החתום על ידי כולם.<sup>10</sup>

השופטים פותחים בקביעה כי "הסיטואציה שבפינו אינה שגרתית" בשל מצבו הרפואי של העותר. הם ממשיכים ומציינים שלפי המידע שמסרה להם המדינה, הצו למניעת מפגש של העותר עם עורכי דינו הוסר "בשל מצבו הרפואי", ואולם "בעקבות שיפור מסוים במצבו הרפואי, ומאחר שהעותר חזר לתקשר, הוחלט להשיב על כנה את מניעת המפגש". לבסוף הם מציינים כי "עיינו בחומר במעמד צד אחד" וכי ניהלו "שיג ושיח עם גורמי הבטחון". עד כאן תיאור הנסיבות והתנהלות הדין.

ביום שני, 7.10.19, קבעו שלושה שופטי בג"ץ כי יש להותיר על כנו את צו מניעת המפגש עם עורך דין שהוצא נגד סאמר ערביד, שנחקר בשב"כ ב"אמצעים מיוחדים" והועבר לבית החולים, כשהוא מחוסר הכרה. זאת, בשל "שיפור מסוים במצבו הרפואי" – שטיבו אינו ידוע למשפחתו או לעורכי דינו.

## השתלשלות העניינים

ב-25.9.19 נעצר סאמר ערביד, תושב רמאללה, בן 44, נשוי ואב לשלושה. על פי עדי ראיה, הוא הוכה קשות על ידי החיילים ואז הועבר לחקירה במגרש הרוסים, שם נחקר ב"אמצעים מיוחדים". למחרת נלקח ערביד לבית המשפט ומעצרו הוארך, ללא נוכחות עורך דינו בשל צו מניעת פגישה שהוצא נגדו.



סאמר ערביד

ביום שבת, ה-28.9.19, התקשר חוקר שב"כ לעורך דינו של ערביד מטעם ארגון א-דמיר והודיע לו שערביד הועבר לבית החולים הדסה הר הצופים וכי הוא מחוסר הכרה ומונשם. בדיעבד הסתבר כי הוא הועבר לבית החולים כבר יום קודם לכן, אך איש לא טרח להודיע על כך למשפחתו או לעורך דינו. אשתו הצליחה לבקרו בבית החולים, יחד עם עורכי דינו, אך בית החולים סירב למסור להם ולעמותת רופאים לזכויות אדם פרטים בסיסיים על מצבו הרפואי.<sup>11</sup>

9. ר' רופאים לזכויות אדם, ביה"ח הדסה הר הצופים מסרב לעדכן את משפחת העציר שנפצע בחקירת שב"כ לגבי מצבו הרפואי, 2.10.19.  
10. יניב קובוביץ וג'קי חורי, "משרד המשפטים בוחן את נסיבות פציעת המחבל החשוד ברצח רינה שנרב בחקירת שב"כ", הארץ, 29.9.19.  
11. בג"ץ 6565/19, סאמר ערביד נ. שירות הביטחון הכללי.

מכאן עוברים השופטים להכרעה בעתירה וקובעים: "נחה דעתנו כי מניעת המפגש אכן חיונית לביטחון האזור, והחומר שהוצג בפנינו מדבר בעד עצמו". תמה ההכרעה.

בסיום דבריהם מציינים השופטים כי "העתירה שלפנינו יצאת מנקודת הנחה כי העותר היה נתון לעינויים קשים שהביאו למצבו הרפואי הקשה, עד כדי סכנת חיים ממשית". ואולם הם ממהרים להתנער מדברים אלה ורק מציינים כי "בנושא זה מתנהלת חקירת מבת"ן (מחלקה לבירור תלונות נחקרי שב"כ), ואנו סבורים כי ראוי להימנע מכל מסקנה ואמירה כל עוד לא הסתיימה החקירה".

## המשמעות: השב"כ יוכל להמשיך את חקירתו בעינויים של ערביד

הזכות לפגישה עם עורך דין היא אחת מזכויות היסוד של עצירים, וניתן לשלול אותה רק בנסיבות מיוחדות וחריגות. פגישה כזו היא חיונית עבור עצורים: עורך הדין הוא הגורם המוסמך לייעץ להם מהן זכויותיהם, לבחון את מצבם ולנקוט בצעדים משפטיים מתאימים כדי להגן עליהם. עבור עצורים הנמצאים בחקירה, המנותקים מהעולם ושמצבם הפיזי והנפשי רעוע – פגישה כזו עם גורם הפועל לטובתם היא חיונית. השופטים מתעלמים מכל אלה ומנמעים מלהבהיר מדוע הגיעו למסקנה שיש להותיר את צו מניעת הפגישה בתוקף.

בתחילת החלטתם מציינים השופטים שמדובר בסיטואציה ש"אינה שגרתית", ואולם לעובדה זו אין כל השלכה על החלטתם. הם לא מטילים הגבלות כלשהן על התנהלות חוקרי השב"כ בהמשך החקירה, באשר למשל לאמצעים שבהם מותר להשתמש נגד ערביד בחקירתו; הם לא דורשים את קיומו של פיקוח חיצוני על החקירה; והם לא מחייבים פיקוח רפואי עצמאי ומתמשך על מצבו של ערביד על מנת להבטיח שלא פוגעים בו עוד. מקריאת ההחלטה בלבד, במנותק מהדיווחים בתקשורת על האירוע, נראה כי אין כל קשר בין חקירתו של ערביד בשב"כ לבין אשפוזה בבית החולים.

השופטים בוודאי מודעים לטענה שדווקא יש קשר – קשר סיבתי המבהיר את היותה של הסיטואציה לא "שגרתית" – בין

הדברים והם מציינים שהועלו בפניהם טענות בנוגע לאליומות שהופעלה נגדו בחקירה. אך הם נמנעים מדלון בכך תוך שהם מצביעים (בהקלה?) על קיומה של חקירת המבת"ן. ואולם מדובר במפלט מדומה: כפי שידוע היטב לשופטים ולכולי עלמא, העובדות מצביעות על היותה של מערכת החקירות של תלונות בנוגע לאליומות ועינויים בחקירות השב"כ לא יותר ממראית עין. החקירות שהמבת"ן מנהל לא נועדו כלל לרדת לחקר האמת ומטרתן אינה להבטיח שננקטים צעדים נגד האחראים כדי למנוע את הישנותם של אירועים אלה. בפועל, רבים מהעצירים כלל לא מגישים תלונה, ואולם גם במקרים בהם הגושו תלונות כאלה – תועלתן הייתה אפסית: מאז הוקמה "היחידה לבירור תלונות נחקרים" בשנת 1992 ועד היום בחן המבת"ן מאות תלונות, כולן – למעט מקרה בודד אחד – נסגרו בלא כלום, קרי: מבלי שנפתחה כלל חקירה ומבלי שננקטו צעדים נגד החוקרים עצמם ונגד האחראים להם. בהתחשב בדברים אלה, משמעותו של פסק הדין מחרידה: בהעדר הגבלות כלשהן על התנהלות החוקרים ועל אמצעי החקירה, בהעדר פיקוח חיצוני, ובהעדר חקירה אמיתית נגד החוקרים ונגד האחראים להם – ההחלטה למנוע מערביד פגישה עם עורכי דינו, האמורים להגן על זכויותיו, מאפשרת לשב"כ להמשיך לחקור אותו בעינויים, ללא כל הגבלה.

## ערביד אינו חריג: מדיניות החקירות של השב"כ

המקרה של ערביד הוא חריג רק בשל העובדה שהוא נחקר ב"אמצעים מיוחדים" והגיע לבית החולים, כשהוא מחוסר הכרה. ואולם מדי שנה נחקרים על-ידי השב"כ, כעניין שבשגרה, מאות פלסטינים תוך שימוש בשיטות המהוות התעלות, יחס בלתי אנושי ומשפיל ואף עינויים.

בספטמבר 1999 קבע בג"ץ כי החוק הישראלי אינו מעניק לחוקרי השב"כ כל סמכות להשתמש באמצעי חקירה פיזיים ופסל שיטות ספציפיות שבהן השתמש השב"כ בחקירותיו, כגון קשירות מכאיבות, טלטולים, וכיסוי הראש בשק לזמן ממושך. עם זאת, השופטים ציינו כי ייתכן שיהיו מקרים שבהם חוקרי שב"כ שהשתמשו באמצעי חקירה אלימים במהלך החקירה לא יישאו באחריות פלילית, בהסתמך על "הגנת הצורך".

קיומו של משטר חקירות זה ואשר נמנעת מנקיטת צעדים כלשהם נגד מי מהמעורבים, כדי לאפשר למשטר זה להתקיים ללא הפרעה.

## זכויות אדם?

המקרה של ערביד משקף היטב עד כמה פלסטינים שנעצרים לחקירה חשופים לפגיעה ונותרים משוללי כל הגנה, ועד כמה כל הגופים האמורים לשמור על שלומם וביטחונם משתפים פעולה עם הפגיעה בהם ומאפשרים את התמשכותה, גם כאשר תוצאותיה הנוראות כבר הובררו.

מקרה זה משקף עד כמה הופכת ישראל את ההגנות המוקנות לעצורים פלסטינים במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי – ההגנות שישראל מתחייבת שוב ושוב לקיימן וטוענת שהיא אכן נוהגת כך – לחסרות משמעות. המשפט הבינלאומי אינו מכיר במונחים כמו "פצצה מתקתקת" או "היתרים מיוחדים" והוא קובע חד משמעית כי האיסור על עינויים ועל התעללות בחקירה הוא איסור מוחלט ואין לו חריגים, יהיו הנסיבות אשר יהיו.

לטענת השב"כ, ערביד הוא בכיר בחזית העממית והוא עצמו פוצץ את המטען ליד ההתנחלות דולב, ממנו נהרגה רינה שנרב, בת ה-17, אחיה בן ה-19 נפצע קשה ואביה נפצע בינוני. אם ערביד אכן ביצע את הפגיעה – הרי שהוא אשם בביצועם של פשעים חמורים. ואולם ערביד עדיין לא הורשע בדבר והוא בנדר חשוך בלבד. יתרה על כך, לערביד – כמו לכל חשוד או אסיר, כמו לכל בני האדם – יש זכויות. את חלקן לא ניתן לשלול לעולם – כמו הזכות שלא להיות נתון לעינויים – את חלקן ניתן לשלול בניסיונות מוגדרות ומצומצמות.

ביסוד הדברים מונחת הבנה עמוקה של עניינים שאמורים להיות ברורים, בוודאי לרשויות אכיפת החוק: מה המשמעות של להיות אדם, מהן זכויות אדם, ומה נובע מהתחייבותה של ישראל לקיימן. במקרה של סאמר ערביד, כל הגורמים המעורבים – החל מהחייילים שעצרו אותו, דרך חוקרי השב"כ וכלה בשופטי בית המשפט העליון – שכחו את כל אלה. במקום זאת, הם בחרו, כולם, להתייחס לערביד כאילו הוא כלל אינו אדם.

התוצאה המיידית של פסק דין זה הייתה ירידה דרסטית בשימוש בשיטות שנאסרו במפורש בפסק הדין, ואולם בחסות ההכרה שנתנו השופטים לשימוש ב"הגנת הצורך" הצליח השב"כ למסד משטר חקירות חלופי המבוסס עדיין על התעללות פיזית ונפשית בנחקרים שנועדה לנתקם מהעולם החיצון: הנחקרים מוחזקים בתנאים בלתי אנושיים הכוללים תאי צינוק צרים ונטולי חלון, לעתים מעופשים ומסריחים, המוארים כל העת בתאורה מלאכותית המכאיבה לעיניים. חלקם מוחזקים בבידוד מוחלט מהסביבה. חלק מהעצורים דיווחו על חשיפה לתנאי חום וקור קיצוניים ועל מניעת שינה. רבים דיווחו על תנאי היגיינה מחפירים ועל כך שהמזון שניתן להם היה בלתי אכיל. בחדר החקירות, חוקרים מאלצים את העצורים לשבת כשהם כבולים לכיסא נוקשה ללא יכולת להזיז את גופם, למשך שעות ואף יממות. החוקרים מאיימים על העצורים, בין היתר כי יפגעו בבני משפחותיהם, צועקים עליהם ואף נוקטים כלפיהם אלימות.



חקירה ב"אמצעים מיוחדים"

משטר חקירות זה אינו יוזמה פרטית של חוקר זה או אחר. הוא עוצב ותוכנן בידי רשויות המדינה, המשתכפות איתו פעולה ומאפשרות אותו: השב"ס שעיב את תנאי הכליאה הבלתי אנושיים, הרופאים המאשרים שהנחקרים "כשירים לחקירה", החייילים והשוטרים המתעללים בנחקרים לפני העברתם לשב"כ, השופטים הצבאיים המאריכים באופן כמעט אוטומטי את המעצר שמאפשר את המשך החקירה ושופטי בג"ץ המאשרים שוב ושוב את מניעת המפגש של הנחקרים עם עורכי דינם ובכך מאפשרים את המשך התעללות בהם. ומעל הכול – מערכת אכיפת חוק המאפשרת את המשך

# ואפילו זה באישור בג"ץ: ישראל מחזיקה בגופות

## של פלסטינים כקלפי מיקוח

פורסם: 22.10.19



פלסטינים מפגינים בבית לחם בדרישה להשבת גופות. צילום: פאייז אבו רמילה, אקטיבסטילס

ב-1.11.17 קיבל הקבינט הביטחוני, לראשונה, החלטה שכותרתה "מדיניות אחידה בטיפול בגופות מחבלים". בהחלטה נקבע כי כעקרון "גופות מחבלים תוחזרנה בתנאים מגבילים הנקבעים על ידי גורמי הביטחון". ואולם, גופות של "מחבלים בשיוך חמאס" וכן "גופות מחבלים שביצעו אירוע טרור חריג במיוחד" – יוחזקו בידי ישראל ולא יוחזרו למשפחות.

שש משפחות שבניהן ביצעו פיגועים או שנחשדו בביצועם, ושישראל סירבה להשיב להן את גופותיהם, עתרו לבג"ץ נגד החלטה זו. המדינה טענה כי היא שואבת את סמכותה מתקנה 133(3) לתקנות ההגנה שעת חירום, הקובעת כך: "למרות כל הכלול בכל חוק, יהיה מותר למפקד צבאי לצוות כי גויתו של כל אדם תיקבר באותו מקום שהמפקד הצבאי יורה. המפקד הצבאי רשאי באותו צו להורות מי-ומי יקבור אותה גויה ובאיזו שעה תיקבר. הצו האמור יהיה הרשאה מלאה ומספקת לקבורתה של אותה גויה, וכל אדם העובר על אותו צו או מפריע לו יאשם בעבירה על התקנות האלה".

העתירה התקבלה ברוב דעות של השופטים יורם דנציגר וג'ורג' קרא ונגד דעתו החולקת של השופט ניל הנדל.<sup>12</sup> השופט דנציגר קבע שתקנה 133(3) לתקנות ההגנה אינה מעניקה למדינה סמכות להחזיק גופות לצרכי משא ומתן. למרות קביעה זו, השופט לא הורה למדינה להשיב את הגופות למשפחות אלא העמיד לרשותה חצי שנה כדי לחוקק

על פי נתוני בצלם, ישראל מחזיקה כיום בלפחות 52 גופות של פלסטינים שביצעו פיגועים או שלטענת הצבא ניסו לבצעם מאז ספטמבר 2015, והיא מסרבת להשיב למשפחותיהם. בכך מסבה המדינה סבל רב למשפחות שאינן יכולות לקבור את מתייהן ולקיים את מנהגי האבלות.

החזקת גופות של פלסטינים כקלפי מיקוח במשא ומתן עתידי היא חלק ממדיניות ארוכת שנים של ישראל, ואולם מדיניות זו הייתה, מאז ומתמיד, מעורפלת. בתקופות מסוימות נראה היה שההחלטה מתקבלת אד-הוק בנוגע לכל מקרה בנפרד ובהתאם ללחצים שהופעלו על המערכת ולשיקולים פוליטיים. בתקופות אחרות סירבה ישראל, ככלל, להחזיר גופות של פלסטינים והיו גם תקופות שבהן היא נהגה להשיבן. מאז החל גל הפיגועים באוקטובר 2015, שבה ישראל להחזיק בגופות של פלסטינים שביצעו פיגועים או שנחשדו בביצועם, את חלקן היא השיבה למשפחות לאחר שהחזיקה בהן כמה חודשים.

לא רק המדיניות מעורפלת, אלא גם מספרן המדויק של הגופות שבהן החזיקה ישראל – ושאת חלקן החזירה מאז 1967. לפי הערכות שונות, מדובר במאות גופות. על פי מידע שנמסר לבית המשפט במהלך הדיונים בעתירות בנוגע להחזקת הגופות על ידי המדינה, עולה כי בין השנים 1991 ל-2008 ישראל ביצעה עסקאות שבמהלכן מסרה 405 גופות בתמורה להשבתן של גופות חיילים.

12. בג"ץ 4466/16, מוחמד עליאן נ. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית.



חוק שיעניק לה הסמכות להחזקת הגופות. באם לא יחוקק חוק כזה בתום תקופה זו – יהיה על המדינה להשיב את הגופות למשפחות.

המדינה, במקום לחוקק את החוק, הגישה בקשה לדיון נוסף בפני הרכב מורחב, בטענה שהחוק הקיים כן מאפשר לה להחזיק בגופות. בקשת המדינה התקבלה ובדיון הנוסף התהפכה ההחלטה וברוב דעות קבעו השופטים כי החוק הקיים מעניק למדינה סמכות להחזיק בגופות לצרכי משא ומתן.<sup>13</sup>

את ההחלטה העיקרית בדיון הנוסף כתבה נשיאת בית המשפט העליון, השופטת אסתר חיות, שאליה הצטרפו בנימוקים דומים השופטים ניל הנדל, יצחק עמית ונועם סולברג. השופטים עוזי פוגלמן, ג'ורג' קרא ודפנה ברק-ארז כתבו את דעות המיעוט.

## החלטת נשיאת בית המשפט העליון, השופטת אסתר חיות

כבר בפתח פסק הדין מבהירה הנשיאה חיות כי מאחר שהחזקת הגופות "כרוכה בפגיעה מסוימת בכבוד המת ומשפחתו", יש צורך בהסמכה מפורשת לכך בחוק: "אין לפרש דבר חקיקה כמסמך פגיעה בזכויות יסוד, אלא אם כן ההסמכה לכך היא ברורה וחד-משמעית ומפורשת". האם תקנה 133(3) כוללת הסמכה מפורשת של המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא ומתן? זוהי השאלה שבה היא נדרשת להכריע.

הנשיאה מסכימה כי "לשון התקנה אינה מתייחסת לקבורה ארעית לצרכי משא ומתן" וכי "הלשון אינה חד משמעית" ולכן פרשנותו של השופט דנציגר בדיון הראשון היא "אפשרית מבחינת הלשון". ואולם היא מוסיפה כי "ככל שהלשון מאפשרת פירושים שונים ואינה חד-משמעית יש להוסיף ולבחון את תכליתה, קרי: את הערכים, המטרות והמדיניות שאותם היא נועדה להגשים".

הנשיאה עוברת לבחון את תכליתה הסובייקטיבית של התקנה – היינו את כוונת המנסחים. היא קובעת שתקנות

ההגנה, שנחקקו על ידי השלטון הבריטי, הן "חקיקת חירום ביטחונית-צבאית, הכוללת סמכויות אכיפה נרחבות וכלים מגוונים, מינהליים ועונשיים, למאבק בטורר על כל סוגיו". תקנה 133(3) עצמה עברה כמה שינויים במהלך השנים: בהתחלה היא עסקה רק "בקבורת אסירים שהוצאו להורג ואיש לא ביקש את גופתם" ואילו בנוסחה האחרון "הסמכות שהוקנתה למפקד הצבאי הורחבה מ'גופות אסירים' ל'גופות של כל אדם'; ההוראה לקבור את המת בבית הקברות של קהילתו הושמטה; והסמכות למנוע השבת גופה הועברה ממושלי המחוזות למפקד הצבאי". שינויים אלה מעידים, לדעתה, על "הרחבת הסמכות הנוגעת לקבורה בתוך התקנות שהן כאמור בעלות תכלית בטחונית מובהקת" ועל כך שמטרת התקנה היא "מתן כלי גמיש בידי המפקד הצבאי בכל הנוגע לטיפול בענייני קבורה של גופות על רקע בטחוני".

לאחר מכן עוברת הנשיאה לבחון את תכליתן האובייקטיבית של התקנות, הכוללת התייחסות למטרות ולעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית, בהנחה שהחוק "נועד להגשים זכויות אדם, לקיים את שלטון החוק והפרדת הרשויות, להבטיח צדק ומוסר ולהגן על קיומה של המדינה וביטחונה". לדבריה, תכליתה העיקרית של תקנה זו היא רק "שמירה על ביטחון המדינה תוך התמקדות במאבק בטורר". ואולם היא מבהירה – בהסתמך על פסק דין קודם שלה – שהטורר אינו מכבד למעשה שום כלל מכללי המשחק שקבע העולם הישן בדיני המלחמה, ומציאות זו מחייבת גם את המשפטנים ולא רק את כוחות הביטחון לחשיבה מחדש על-מנת לעצב באופן מעודכן דינים אלה ולהתאימם למציאות החדשה". לכן, "גם אם המחוקק המנדטורי לא ראה לנגד עיניו סיטואציה של חזקת גופות לצורך משא ומתן מול ארגוני טרור, יש לבחון את תכליתה האובייקטיבית של התקנה בהתאם למציאות חיינו עתה ולאתגרים שהיא מציבה".

וכך מסכמת הנשיאה את תכליתה של תקנה 133(3): התכלית האובייקטיבית של תקנות ההגנה היא ליתן בידי קברניטי המדינה כלים אפקטיביים למאבק בטורר ולשמירה על ביטחון המדינה ואזרחיה. החתירה המתמדת שאנו מחויבים בה להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל הנמצאים בידי ארגוני הטרור מצויה בליבת השמירה על בטחון המדינה ועל כן, היא בליבת התכלית האובייקטיבית של תקנה 133(3).

13. דנג"ץ 10190/17, מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ. מוחמד עליאן.

להשקפתי, כחלק מתכלית זו, מעניקה תקנה 133(3) למפקד הצבאי סמכות לעכב בידיו, גם באמצעות קבורה ארעית, גופות של מחבלים וזאת לצורך שמירה על ביטחון המדינה או שמירה על כבודם של חללי אויב אשר לא ניתן להשיבם.

כדי לחזק את מסקנתה זו, מציינת הנשיאה חיות שעד למתן פסק הדין התנהלה המדינה כאילו תקנה 133(3) מעניקה לה את הסמכות להחזיק בגופות. אמנם, בית המשפט הוא המכריע באשר לפרשנות הראייה של החוק, ואולם "לא פעם נפסק כי אחד השיקולים שעל השופטים לשקול בעת שניצבים בפניהם שני פירושים אפשריים לדבר חקיקה הוא – עמדתה של הרשות הציבורית בדבר הפירוש הראוי והפרקטיקה שעל פיה פעלה בהקשר זה". הנשיאה מסתמכת גם על העובדה שבמסגרת ניסוח החוק למאבק בטרור בוטלו חלק מתקנות ההגנה, לאחר שהסמכות שהוענקה בהן עוגנה בחוק. ואולם תקנה 133(3) לא בוטלה ובדיון שהתקיים בוועדת החוקה, חוק ומשפט ב-23.5.16 נימק זאת משרד המשפטים בטענה שתקנה זו היא "המקור לסמכויות שקשורות לשאלת הקבורה של גופות מחבלים וכל ההסדרים האלה".

הנשיאה חיות מציינת שהחזקת הגופות כרוכה אמנם בפגיעה בזכויות האדם, ואולם לטעמה מדובר בעניין כמעט שולי: החזקת גופות המחבלים בידי ישראל כרוכה בפגיעה בכבוד המת ובכבוד משפחתו. ואולם, בענייננו אני סבורה כי אין המדובר בפגיעה בליבת הזכות לכבוד המתים או בליבת הזכות לכבוד המשפחה. יש לזכור כי החזקת הגופות היא ארעית. הן נקברות באופן מכבד בארון מתכת ובבית קברות תוך נטילת אמצעי זיהוי גנטיים לשם זיהוי המתים בעתיד. נסיבות אלו מקהות מעוצמת הפגיעה והיקפה.

לבסוף בוחנת הנשיאה את הוראות המשפט הבינלאומי וקובעת שמאחר שאין בהן איסור מפורש על החזקת גופות לצרכי משא ומתן – משמע שהדבר מותר. היא בוחנת את הסעיפים העוסקים בטיפול בגופות במהלך סכסוכים מזויינים וקובעת שאף אחד מהם אינו כולל חובה להשיבן או איסור על החזקתן, באשר סעיפים אלה מתייחסים רק לחובה לטפל באופן ראוי בגופות ולחובה לוודא שניתן יהיה לזהותן לאחר המלחמה. היא מסכימה שבנוגע לאמנת ג'נבה הראשונה "אכן, על פי פרשנות הצלב האדום עדיף שהגופות תוחזרנה

לידי המשפחות, ואולם המסקנה המתקבלת מן הקומנטאר היא כי אין מוטלת חובה כזו על פי אמנת ג'נבה הראשונה". היא גם מבטלת כל השוואה בין השאלה המונחת לפניה לבין החלטות שהתקבלו בוועדת זכויות האדם של האו"ם ושל בית הדין האירופי לזכויות האדם, וקובעת שהנסיבות של מקרים אלה שונות לחלוטין מאלה שבפניה, ולכן הם אינם רלוונטיים.

הנשיאה חיות חוזרת על דבריה בנוגע לכך ש"הטרור אינו מכבד למעשה שום כלל מכללי המשחק שקבע העולם הישן בדיני המלחמה" ולכן שהדבר מחייב את המשפטנים "לחשיבה מחדש על-מנת לעצב באופן מעודכן דינים אלה ולהתאימם למציאות החדשה". ולכן, היא מסכמת, "כל עוד לא התאימו עצמם הדינים הבינלאומיים למציאות חדשה זו, אני סבורה כי מן הראוי שנכרש את ההוראות הקיימות באופן 'דינמי וקשוב לתמורות הזמן', כעצתו הטובה של חברי השופט נ' הנדל".

## כמה קשיים בהחלטת הנשיאה חיות

### 1. פרשנות בלתי סבירה לתקנה 133(3):

הנשיאה חיות צועדת בדרך פרשנית בלתי סבירה כדי להגיע למסקנה שתקנה 133(3) לתקנות ההגנה שעת חירום מתירה למדינה להחזיק בגופות כקלפי מיקוח. זאת, בניגוד לעיקרון הבסיסי שבכל מלאכת פרשנות יש לבחור בזו הפוגעת כמה שפחות בזכויות האדם ובעקרונות שלטון החוק.

כך, הנשיאה חיות סוקרת את ההיסטוריה החקיקתית של התקנה וטוענת שהיא מסתמכת עליה בחיפוש אחר התכלית הסובייקטיבית שלה, ואולם למעשה היא מתעלמת מהיסטוריה זו ונתלית רק בנוסח הסופי כדי להגיע למסקנה שהתקנה מעניקה למפקד הצבאי "כלי גמיש" בנוגע לטיפול בגופות. זאת, בעוד ההיסטוריה החקיקתית מעידה דווקא שתקנה זו התייחסה לטיפול בגופות של אסירים שהוצאו להורג, במקרים שבהם התעורר קושי טכני, אובייקטיבי, להשיב את הגופה לבני המשפחה – קושי איתו נאלצו הרשויות להתמודד ואותו באה התקנה לפתור.

את פעולתה. קבלתה של טענה זו מייצרת את פסק הדין שלה עצמה, שבמרכזו ניצבת השאלה האם תקנה 133(3) אכן מסמיכה את המדינה להחזיק בגופות כקלפי מיקוח.

בפסק הדין קובעת הנשיאה חיות כי ייתכן שמנסחי התקנות לא חשבו על האפשרות של החזקת גופות לצרכי משא ומתן, אבל "יש לבחון את תכליתה האובייקטיבית של התקנה בהתאם למציאות חיינו עתה ולא תגרים שהיא מציבה". מבחינת הנשיאה, אם כן, ניתן לבחור בפרשנות "יצירתית", כזו שתעניק למדינה את הסמכויות אותן היא מבקשת. בכך היא מתעלמת מקביעתה שלה עצמה בראשית דבריה, לפיה כל פגיעה בזכויות האדם מחייבת הסמכה מפורשת בחוק.

## 2. התעלמות מהוראות המשפט הבינלאומי

להבדיל מפרשנותה הגמישה, שלא לומר גישתה האקטיביסטית, לתקנות ההגנה, בהגיעה למשפט הבינלאומי מסתפקת הנשיאה חיות בלשונו היבשה של החוק, תוך נקיטת עמדה שמרנית מובהקת. "ההיסטוריה החקיקתית", "התכלית האובייקטיבית" ו"כוונת המחוקק" – כל אלה אינם ממלאים אצלה כל תפקיד במקרה זה. לתפיסתה, השאלה היא לא האם במשפט הבינלאומי יש למפקד הצבאי סמכות להחזיק בגופות לצרכי משא ומתן – בדומה לשאלה שהיא עצמה העלתה בעת בחינת תקנות ההגנה – אלא האם קיים בו איסור מפורש לכך. בהעדרו של איסור כזה, ועל אף שהיא קובעת שבמשפט הבינלאומי אכן ישנה העדפה ברורה להחזרת הגופות, היא לא רואה כל מניעה להחזיק בהן. הנשיאה חיות אינה טורחת כלל להסביר מדוע היא נוקטת בגישות פרשניות כמעט הפוכות בנוגע לתקנות ההגנה ובנוגע למשפט הבינלאומי.

מעבר לכך, הנשיאה מתמקדת בכמה הוראות בודדות העוסקות בטיפול בגופות עצמן, אך היא מתעלמת מהוראות ספציפיות האוסרות על החזקת גופות כקלפי מיקוח – הוראות שהעותרים התייחסו אליהן בעתירתם הראשונה ובתגובתם לבקשה לדיון הנוסף והנשיאה עצמה מפרטת בתחילת פסק הדין, בהציגה את טענות הצדדים. כך, סעיף 34 לאמנת ג'נבה הרביעית אוסר על לקיחת בני ערובה, איסור שממנו משתמע גם האיסור על שימוש בגופות לצורך מיקוח.

גם התייחסותה לתכלית האובייקטיבית היא חלקית. בתחילת דבריה מבירה הנשיאה שהתכלית האובייקטיבית כוללת בחינה של "עקרונות היסוד של השיטה", הכוללים קידום זכויות אדם וקיומו של שלטון חוק, ואולם מיד לאחר מכן היא שוכחת את אלה ומציינת רק שתכליתן של תקנות ההגנה והערכים שביסודן "נוגעים בראש ובראשונה לשיקולים של ביטחון המדינה והסדר הציבורי". את התכלית הכללית הזו של התקנות כולן היא משליכה על תקנה 133(3) הקטנה וקובעת ש"החתימה המתמדת שאנו מחויבים בה להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל הנמצאים בידי ארגוני הטרור מצויה בליבת השמירה על בטחון המדינה". מכאן קצרה הדרך לקביעה שתכליתה האובייקטיבית של תקנה 133(3) היא "מתן סמכות למפקד הצבאי לעכב בידיו, גם באמצעות קבורה ארעית, גופות של מחבלים וזאת לצורך שמירה על ביטחון המדינה או שמירה על כבודם של חללי אויב אשר לא ניתן להשיבם".

אין ספק כי על המדינה לפעול ללא לאות להשבתם של האזרחים ושל גופות החיילים וכי זו מטרה חיונית. אין גם ספק כי הסבל המתמשך הנגרם למשפחות האזרחים והחיילים קשה מנשוא וכי על המדינה מוטלת חובה לפעול לאלתר לסיימו, ברגישות ומתוך מחויבות עמוקה, הן למורכבות האנושית במצבים מייסרי לב כגון אלו והן לאחריותה של המדינה לאזרחיה ולחייליה ככלל. ואולם מכאן ועד לקביעה שמדובר דווקא בעניין ביטחוני – ועוד כזה המצוי "בליבת השמירה על בטחון המדינה" – המרחק גדול. דווקא המדינה, בבקשתה לדיון נוסף, נמנעה מלהציב את הטיעון הביטחוני במרכז ורק טענה שהחזקת הגופות עשויה לסייע "בהתוויית פרטי ההסדר שייקבע, קרי להטבת תנאיה של עסקה קונקרטיית בתום משא-ומתן ולהפחתת הסיכון הביטחוני הכרוך בה".

גם את טענת הנשיאה חיות שהעובדה שהמדינה התבססה על תקנה 133(3) עד היום לצורך החזקת הגופות והעובדה שהתקנה לא בוטלה במסגרת השינויים שהוכנסו במהלך ניסוח חוק המאבק בטרור – מעידה על קיומה של סמכות בחוק יש לדחות. טענה זו מרוקנת מתוכן את תפקידו של בית המשפט ומאפשרת למדינה לפעול בניגוד לחוק, ללא כל הפרעה, שהרי משמעותה שדי בכך שהמדינה תטען שהיא פועלת כחוק ושכך נהגה מימים ימימה כדי להכשיר

בנוסף, סעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית ותקנה 50 לתקנות האג אוסרים על ענישה קולקטיבית. איסורים אלה מבוססים על עקרונות מוסריים עמוקים וזו הסיבה שהם מהאיסורים הנדירים במשפט הבינלאומי שאין להם כל חריגים.

הנשיאה חיות מתעלמת גם מההוראות במשפט הבינלאומי התוחמות את שיקול הדעת של המפקד הצבאי בשטח הכבוש ואשר מחייבות אותו לפעול לטובת האוכלוסייה המקומית, לדאוג לאינטרסים שלה ולהגן על זכויותיה. זאת, למעט במקרים שבהם צרכים צבאיים מידיים של המדינה הכובשת, בתוך השטח הכבוש עצמו, מחייבים אחרת. בכך מתעלמת הנשיאה מהעקרונות שנקבעו בבית המשפט העליון עצמו; באחד מפסקי הדין המצוטטים ביותר, שרטט נשיא בית המשפט העליון לשעבר השופט אהרון ברק את

גבולות שיקול הדעת של המפקד הצבאי:

שיקוליו של המפקד הצבאי הם בהבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו באזור מזה והבטחת האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית באזור מזה. אלה כאלה מכוונים כלפי האזור. אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב.

את בחירתה של הנשיאה חיות ליישם גישות פרשנויות שונות ולהתעלם מחלק מההוראות הרלוונטיות ניתן להסביר אולי בגישתה הכללית למשפט הבינלאומי, לפיה הוראותיו אינן משקפות את המציאות איתה נאלצת ישראל להתמודד ולכן יש צורך ב"חשיבה מחדש" ובפרשנות "דינמית". תפיסה זו מעניקה למדינה פטור מקיום הוראותיו של המשפט הבינלאומי, פותחת פתח מסוכן לפגיעה גורפת בזכויות האדם, ובכלל זה מתירה לה להחזיק גופות כקלפי מיקוח.

### **3. החזקת הגופות גוררת פגיעה קשה בזכויות המת ובמשפחתו**

שליט זכותן של המשפחות לקבור את יקיריהן, לקיים את מנהגי המסורת והדת הקשורים במוות ולפקוד את הקברים מסבה להן כאב קשה מנשוא. בעוד הנשיאה חיות מגלה – כפי

שמתבקש ואנושי – הבנה רבה ורגישות לקשיים אלה כאשר מדובר במשפחות החיילים שחמאס מחזיק בגופותיהם, היא מתאמצת – ברירות לב – לגמדם כאשר מדובר במשפחות הפלסטינים. זאת על אף שברוב המכריע של המקרים איש אינו טוען שבני המשפחות היו מעורבים בצורה כלשהי במעשים או שהם נושאים באחריות כלשהי להם.

מעבר להתעלמות מכאבן של משפחות מסוימות, טענתה של הנשיאה שהמדינה שומרת על הגופות ועל כבוד המת, כך שבעתיד זיהויין יעשה ללא קושי, סותרת, כפי שידוע לה היטב, את התנהלות המדינה בפועל. מזה שנים מתנהלים בבית המשפט העליון דיונים בעתירות שהוגשו, בין השאר, על ידי הארגונים JIAC והמוקד להגנת הפרט בשם עשרות משפחות שישראל לא השיבה להן את גופות יקיריהן. באחד הדיונים הגדיר השופט דנציגר את אופן טיפולה של המדינה בגופות כ"בלשון המעטה לא מיטבי".

במסגרת הדיונים בעתירות אלה הודתה המדינה בפני בית המשפט כי היא אינה מצליחה לאתרן, או שהיא אינה מצליחה לזהות את אלה שכן איתרה; טענה שהדבר מחייב השקעת משאבים ניכרים והודיעה; כי התקיימה פגישה בפרקליטות המדינה כדי "לברר כיצד ראוי היה לרכז ולנהל את מלאכת איתור הגופות וזיהויין – ובידי איזה מגופי הממשלה". המדינה הבטיחה לעדכן את בית המשפט בהתפתחויות בנושא זה, אך מאז ביקשה וקיבלה דחיות חוזרות ונשנות. נכון להיום אמורה המדינה לעדכן את בית המשפט בעניין זה בדצמבר 2019.<sup>14</sup>

### **4. העיקר: לא העדר סמכות אלא חוסר סבירות קיצוני**

הנשיאה חיות מבהירה בתחילת דבריה שהשאלה העיקרית בה היא נדרשת לדון היא האם תקנה 133(3) מעניקה למדינה את הסמכות להחזקת הגופות כקלפי מיקוח. היא מגיעה למסקנה שהחוק אכן מעניק סמכות כזו, ולכן קובעת שהחלטת הקבינט חוקית. שופטי המיעוט בדיון הנוסף התמקדו אף הם בשאלת הסמכות, כמו גם השופט דנציגר בדיון הראשון, שמשלל מצא סמכות כזו בחוק הקיים – העניק למדינה חצי שנה כדי לחוקק חוק שיעניק לה את הסמכות.

14. בג"ץ 4241/15 פלוני נ. מפקד כוחות צה"ל באיו"ש.

הראשונה בבחינת השאלה האם פעולה כזו או אחרת של הרשויות היא חוקית. שאלת החוקיות מחייבת בחינה גם של עמידתה של המדיניות בכללי המשפט המנהלי, כשבכלל זה על בית המשפט לבדוק האם ההחלטה נעשית לתכלית ראויה, האם היא נמצאת במתחם הסבירות, האם היא עומדת במבחני המידתיות ועוד. אם ייקבע אחרת, הופך תפקידו של בית המשפט לתפקיד טכני בלבד, ריק מכל מהות.

עקרונות אלה מאפיינים חלק מפסקי הדין של בית המשפט העליון. בגינם, בין השאר, נשמעים בכנסת קולות המבקשים להגביל את כוחו. במקרה זה, בחרו כל השופטים להתעלם מעקרונות אלה ולהיצמד לכללים טכניים, יבשים כמעט, על מנת להצדיק מדיניות בלתי חוקית, בלתי מוסרית ובלתי ראויה.

השופט עמית, שהצטרף לעמדת הנשיאה בדיון הנוסף, הבהיר עמדה זו כשקבע ש"השאלה היא של סמכות בלבד ולא של שיקול דעת, ובמסגרת זו איננו נדרשים לבחון את סבירותה או תבונתה של המדיניות הנוגעת להחזרת גופות מחבלים". אכן, אין זה תפקידו של בית המשפט לבחון האם מדיניות מסוימת היא ראויה או רצויה, אלא רק האם היא חוקית. ואולם שאלת החוקיות אינה מתמצית בקיומה של סמכות מפורשת בחוק, שאחרת תוכל הכנסת לחוקק חוק שיקבע, למשל, שפלסטינים ג'ינג'ים אינם רשאים לקבל היתרי כניסה לישראל, או שאזרחים ישראלים שנולדו במדינות האיחוד האירופי אינם רשאים לפתוח חשבון בנק.

אכן, אפשר לחוקק בחוק כל עוול שניתן להעלות על הדעת, ואולם קיומה של סמכות פורמלית בחוק היא רק המשוכה

