



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2280/24

לפני:

כבוד הנשיא יצחק עמית
כבוד השופט נעם סולברג
כבוד השופט דוד מינץ

העותרים:

1. גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
3. רופאים לזכויות אדם – ישראל
4. האגודה לזכויות האזרח בישראל
5. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

נגד

המשיבים:

1. ממשלת ישראל
2. ראש הממשלה
3. שר הביטחון
4. מתאם פעולות הממשלה בשטחים

המבקשים להצטרף:

1. עו"ד יצחק בונצל ו-18 אח'

התנגדות לעשיית הצו על תנאי לצו מוחלט

תאריכי הישיבות:

- כ"ד באדר ב' התשפ"ד (4.4.2024)
כ"ז בניסן התשפ"ד (5.5.2024)
ד' בסיון התשפ"ד (10.6.2024)
ט"ו בתמוז התשפ"ד (21.7.2024)
כ"ג בחשוון התשפ"ה (24.11.2024)

בשם העותרים:

עו"ד אסנת ליפשיץ; עו"ד סיגי בן ארי

בשם המשיבים:

עו"ד יונתן ברמן; עו"ד יונתן סיטון

בשם המבקשים להצטרף:

עו"ד יהודה אליהו פואה; עו"ד מיכאל ליטווק

הנשיא יצחק עמית:

1. העתירה שלפנינו עניינה בסיוע ההומניטרי שמיועד לאוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה במהלך מלחמת "חרבות ברזל" – אשר החלה בעקבות מתקפת הטרור האכזרית שספגה מדינת ישראל ביום 7.10.2023. באותה מתקפה חדרו אלפי פעילי טרור לשטח המדינה בחסות ירי רקטי נרחב מהרצועה, פלשו לריכוזי אוכלוסייה ובהם יישובי מגורים ובסיסי צה"ל, וביצעו מעשי זוועה קשים מנשוא במי שנקרו בדרכם. בתוך כך נרצחו כ-1,200 בני אדם; אלפים נוספים נפצעו; ו-251 גברים, נשים, ילדים וקשישים נחטפו באלימות לרצועת עזה. באותו יום פרצה מלחמה קשה ועקובה מדם בין מדינת ישראל לארגוני הטרור ברצועה, אשר התפשטה לזירות נוספות ונתנה את אותותיה בכל היבטי החיים במדינה. משפחות רבות איבדו את היקר להן מכל, עשרות אלפי ישראלים נאלצו להתפנות מבתיהם עקב אילוצים ביטחוניים, וגם כיום, עשרות חטופים וחטופות עודם מצויים בשבי ארגוני הטרור.

2. לאורך חודשי המלחמה חלו תמורות רבות במצב העובדתי. הדיון בעתירות נגד התנהלות המדינה במהלך מצב לחימה – כאשר התמונה העובדתית משתנה כל העת – מעורר מורכבויות שונות, אך הצורך לקיים ביקורת שיפוטית בעת לחימה "אינו זר לנו, נוכח מציאות חיינו הרצופה התמודדות עם טרור המופנה כנגד האוכלוסייה האזרחית של ישראל, והצורך להגיב עליו תוך קיום החובות שמטיל הדין גם בתקופת לחימה" (בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, פסקה 12 (19.1.2009) (להלן: בג"ץ 201/09)); ובמקום אחר הודגש כי "דווקא כאשר התותחים יורים, אנו זקוקים לחוקים" (בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 587 (2006) (להלן: עניין הוועד הציבורי)). זאת, אף שנסיבות המלחמה משפיעות מטבע הדברים על האפשרות המעשית להידרש לטענות מסוימות של הצדדים, בפרט באשר לתקריות קונקרטיות כאלה ואחרות (שם, בפסקה 13; ראו גם עמדת כב' השופטת ד' ביניש בבג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 411-410 (2004) (להלן: בג"ץ 4764/04)).

כפי שיפורט להלן, מדינת ישראל ככלל אינה מספקת בעצמה את הסיוע ההומניטרי, אך לאורך תקופת הדיון בעתירה איפשרה מדינת ישראל הכנסה והעברה של סיוע כאמור. זאת, כפי שהוסבר לנו על ידי נציגי המשיבים, בהתאם להוראות הדרג המדיני ול"הנחיות ברורות של ראש הממשלה, של שר הביטחון, הרמטכ"ל, אשר

"עוסקים בסוגיה הזאת מתוך הבנה שהמלחמה שלנו היא בארגוני הטרור ולא באוכלוסייה האזרחית, וסיוע והמזון והמצב ההומניטרי של האוכלוסייה האזרחית הוא גם אינטרס ישראלי [...]" (דברי בא כוח המשיבים בדיון מיום 21.7.2024, בעמ' 8 ש' 35-33 לפרוטוקול; ראו גם פסקה 31 להודעת המשיבים מיום 23.5.2024; פסקאות 8, 36 ו-285 לתצהיר התשובה; פסקה 9 להודעתם מיום 20.8.2024; פסקה 8 להודעתם מיום 14.11.2024).

יצוין כבר עתה כי לאחר כתיבת פסק דין זה ובסמוך לפני חתימתו, עדכנו הצדדים על החלטת הדרג המדיני מראשית חודש מרץ 2025 להורות על עצירת ההכנסה של סחורות ואספקה לשטח הרצועה דרך שטח ישראל, וכן על החלטת שר האנרגיה והתשתיות להורות על הפסקת מכירת החשמל לרצועת עזה. בנסיבות העניין סבורני כי ההליך הנוכחי אינו האכסניה המתאימה להידרשות להחלטות אלו, אשר מגלמות שינוי נסיבות משמעותי במצב העובדתי והמשפטי הרלוונטי. הוא הדין ביחס להתפתחויות עדכניות ביחס לחידוש הלחימה לאחר תום הפסקת האש. פסק הדין שלהלן יתייחס, על כן, למצב העובדתי והנורמטיבי ששרר עובר להתפתחויות אלה.

רקע עובדתי

3. כאמור, התמונה העובדתית שהייתה רלוונטית בעת הגשת העתירה, ביום 18.3.2024, עברה שינויים רבים בחודשים שבהם התבררה העתירה. ברמת הפשטה גבוהה, ניתן לומר כי בחודשים הראשונים לתמרון הקרקעי ברצועת עזה – שהחל בסוף אוקטובר 2023 – התמקדה הלחימה בצפון הרצועה, ובחודשים העוקבים הורחבה הפעילות הקרקעית לכיוון מרכז הרצועה ודרומה. בהמשך צומצם היקף כוחות צה"ל ברצועה, ומתכונת הלחימה השתנתה במובן זה שהושם דגש על פשיטות ומבצעים ממוקדים באזורים שונים. בתוך כך שימרו כוחות צה"ל נוכחות בצירים מוגדרים בשטח הרצועה, ובמקביל קיימו פעילויות ממוקדות באזורים שנים – לא פעם תוך חזרה לאזורים שבהם עברו כוחות צה"ל בעבר, לאחר שארגוני הטרור חזרו לאזורים אלה והתבססו בהם מחדש. בתוך כך הסב צה"ל פגיעה משמעותית לארגוני הטרור ברצועה, ובראשם ארגון חמאס – ואולם היקף העימותים מול ארגוני הטרור, והאבידות הקשות שספגו כוחות צה"ל בתוך כך, מלמדים כי ארגונים אלו שימרו נוכחות משמעותית בשטח.

כעולה מהחומרים שהוגשו, לאורך המלחמה פעלו ארגוני הטרור להיטמע בקרב האוכלוסייה האזרחית ברצועה – קרי, בקרב אותם תושבים שאינם משתייכים לארגוני

הטרור ושאינם לוקחים חלק בלחימה. בתוך כך חתרו ארגוני הטרור להסתתר בקרב ריכוזי אוכלוסייה אזרחית, וקיימו פעולות טרור (לרבות ירי רקטי) מלב האוכלוסייה האזרחית, ולא אחת אף מתוך המרחבים ההומניטריים שהוגדרו מבעוד מועד. ארגוני הטרור לא בחלו בשימוש במבנים אזרחיים – כגון בתי חולים ובתי ספר – כבסיסי פעילות וכמקומות מסתור, וכפי שיפורט בהמשך, הם אף חתרו להשתלט על משלוחי סיוע הומניטרי לשם התעצמות צבאית וכלכלית, תוך הפקרת האוכלוסייה האזרחית לה נועד הסיוע.

4. כוחות צה"ל, מצדם, נקטו צעדים שונים למניעת ולצמצום הפגיעה באוכלוסייה הבלתי-מעורבת ברצועה. עם זאת, ובשים לב להתנהלותם של ארגוני הטרור, אין חולק שהלחימה הקשה והממושכת גבתה מחיר כבד גם מהאוכלוסייה האזרחית ברצועה. אכן, "בעת לחימה, כמו בענייננו אנו, האוכלוסייה האזרחית נקלעת שלא בטובה לשטח בו מתנהלת הלחימה, והיא הקורבן הראשון והעיקרי של מצב לחימה, גם כאשר נעשים מאמצים לצמצום הפגיעה בה" (בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, פסקה 21 (30.1.2008) (להלן: עניין אלבסיוני)).

5. במקביל לכך פעלו גופים בינלאומיים שונים ברצועת עזה במטרה לסייע לאוכלוסייה האזרחית, לרבות באמצעות אספקת סיוע הומניטרי ללא עלות. עם גופים אלו נמנו האו"ם וארגונים שונים מטעמו, מדינות שונות שהפעילו יוזמות סיוע, וכן ארגוני סיוע לא-ממשלתיים (NGOs) (למען הנוחות, להלן ייקראו כלל הגופים הללו יחדיו: ארגוני הסיוע או הארגונים). עוד פעלו ברצועה גורמים שונים הנמנים עם הסקטור הפרטי, אשר מכרו ציוד הומניטרי למטרות רווח. מדינת ישראל ככלל אינה מספקת אפוא בעצמה טובין הומניטריים (להלן גם: סיוע או ציוד) לרצועת עזה, אלא מאפשרת הכנסתם לרצועה כמפורט להלן.

6. הציוד מטעם ארגוני הסיוע הועבר באמצעות מספר נתיבים – ביבשה, בים ובאוויר – שעליהם יפורט בהמשך. תהליך אספקת הסיוע בנתיב היבשתי כלל ארבעה שלבים עיקריים. בשלב הראשון, שלב ההכנסה, העבירו הארגונים בקשות המפרטות את הציוד שברצונם להכניס לרצועה, והבקשות נבחנו על ידי צה"ל וכן על ידי גורמי ביטחון נוספים במידת הצורך. ככל שהבקשות אושרו, ארגוני הסיוע שינעו את הציוד אל המעבר הרלוונטי, שם הוא עבר בידוק על מנת לוודא שהמשלוח תואם את האמור בבקשה וכי לא נכנס לרצועה ציוד שישמש לצרכי טרור. בשלב האיסוף, הציוד המתין בצדו העזתי של המעבר עד להגעת נציגי הארגונים, אשר העמיסו את הציוד על משאיות מטעם;

ובשלב השינוע העבירו הארגונים את המשלוחים לנקודות אחסון או הישר ליעד החלוקה. שלב האיסוף ושלב הסיוע בוצעו, במקרים רבים, תוך תיאום בין צה"ל ובין ארגוני הסיוע בכל הנוגע לתנועתם של האחרונים בשטח הרצועה, וזאת במטרה לשמור ככל הניתן על ביטחונם של אנשי הצוות מטעם ארגוני הסיוע (עם זאת, כפי שיפורט בהמשך, לא כל תנועותיהם של ארגוני הסיוע ברצועה היו טעונות תיאום כאמור, ולא כל התנועות תואמו בפועל). בשלב האחרון, שלב החלוקה, סיפקו הארגונים את הסיוע לאוכלוסייה האזרחית בהתאם לשיקוליהם ולסדרי העדיפויות שמנחים אותם בעשייתם.

7. אם כן, כוחות צה"ל עמדו בקשר שוטף עם ארגוני הסיוע, ופעלו לאפשר ולהקל על הכנסת סיוע הומניטרי לרצועה ועל מאמצי הארגונים להעבירו לאזרחים הבלתי-מעורבים. בעשותם כן פעלו כוחות צה"ל בהנחיית הדרג המדיני הבכיר, אשר הדגיש בהזדמנויות רבות את מחויבותה של ישראל לאפשר הכנסת סיוע לאוכלוסייה האזרחית ברצועה ללא הגבלות כמותיות. ובמילותיו של מתאם פעולות הממשלה בשטחים, אלוף רסאן עליאן (להלן: אלוף עליאן), באחד הדיונים שהתקיימו בפנינו:

"מתחילת המלחמה אמונה יחידת המתפ"ש תחת פיקודי, על יישום מדיניות והנחיות הדרג המדיני בנוגע למאמץ ההומניטרי ברצועת עזה. [...] כפי שראש הממשלה [...] שר הביטחון והרמטכ"ל שבים ומדגישים, המלחמה שלנו היא נגד ארגון הטרור ובראשם ארגון הטרור חמאס ולא נגד תושבי רצועת עזה. [...] המאמץ ההומניטרי של מדינת ישראל, הוא חלק בלתי נפרד ותנאי הכרחי ללחימה. זו החובה המוסרית שלנו, זו החובה המשפטית וזה מה שמאפשר לנו לממש את מטרות המלחמה" (פרוטוקול הדיון מיום 10.6.2024, בעמ' 24 ש' 35-41; וראו גם פרוטוקול הדיון מיום 21.7.2024, בעמ' 8 ש' 36-33; פרוטוקול הדיון מיום 24.11.2024, בעמ' 2 ש' 39-32 ובעמ' 3 ש' 1-6).

הדיון בעתירה ותמצית טענות הצדדים

8. העתירה שלפנינו הוגשה על ידי מספר ארגוני זכויות אדם הטוענים, בעיקרם של דברים, כי הוראות הדין הבינלאומי והישראלי מחייבות את מדינת ישראל להבטיח אספקה של סיוע הומניטרי לאוכלוסייה האזרחית ברצועה. וזו לשון הסעדים שהתבקשו כלפי המשיבים:

"א. מדוע לא יאפשרו מעבר חופשי, מהיר וללא עיכוב של כל משלוחי הסיוע, הציווד והסגל ההומניטריים,

במיוחד לצפון רצועת עזה והגדלתו המשמעותית של סיוע זה;
 ב. מדוע לא יפעלו בהתאם לחובותיהם ככוח כובש ויספקו לאלתר סיוע הומניטרי חיוני לאוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה, ובעיקר לצפון הרצועה, דרך המעברים בין ישראל לבין רצועת עזה."

9. בימים 4.4.2024, 5.5.2024 ו-10.6.2024 התקיימו דיונים בעתירה בפני מותב תלתא (ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן והשופטים י' עמית ונ' סולברג). לאחר הדיון השלישי ניתן צו על תנאי כמבוקש בעתירה, אך זאת "מבלי לנקוט עמדה, ועל מנת לאפשר לבית המשפט לקבל תשתית עובדתית מלאה ומקיפה" (החלטה מיום 10.6.2024). לאחר הגשת תצהיר התשובה ביום 28.6.2024 התקיימו שני דיונים בהתנגדות לעשיית הצו על תנאי לצו מוחלט: דיון ביום 21.7.2024 בפני ההרכב המקורי, ודיון ביום 24.11.2024 (בהרכב ממלא מקום הנשיא י' עמית והשופטים נ' סולברג וד' מין). במהלך הדיונים נשמעו – בהסכמת העותרים – טיעונים מטעם המשיבים במעמד צד אחד, שבמסגרתם הוצג לבית המשפט מידע חסוי בזיקה לסוגיות העובדתיות והמשפטיות שמעוררת העתירה. ביני לביני, ביום 15.10.2024 – בעקבות התפתחויות עובדתיות שעליהן יובא פירוט בהמשך – הגישו העותרים בקשה למתן צו ביניים שיורה למשיבים שלא למנוע מעבר סיוע הומניטארי לצפון הרצועה. לאחר קבלת תגובת המשיבים והבהרותיהם, בהחלטה מיום 30.10.2024 נקבע כי אין מקום בשלב זה למתן צו הביניים שהתבקש. בקשה נוספת מטעם העותרים למתן צו ביניים הוגשה ביום 2.3.2025, בעקבות ההחלטה החדשה בדבר עצירת הכנסת האספקה לרצועה דרך ישראל, ואולם משמצאתי כי העתירה דנן אינה האכסניה המתאימה לדיון בשינוי הנסיבות האמור (כפי שצינתי בפסקה 2 לעיל) – לא מצאתי להידרש לבקשת העותרים לגופה.

עוד יצוין כי ביום 5.9.2024 הוגשה בקשת הצטרפות לעתירה מטעם גורמים שונים, ובהם מפונים וקרוביהם של נפגעים ונרצחים ממתקפת ה-7 באוקטובר. בהחלטה מיום 8.9.2024 צוין כי לאחר עיון בטענות המבקשים, מצא בית המשפט להסתפק בכתובים, אך במהלך הדיון מיום 24.11.2024 ניתנה לבא-כוח המבקשים האפשרות לשאת דברים בעל פה. בחלק מהדיונים אף נישאו דברים מטעם אזרחים שקרוביהם איבדו את חייהם במתקפת ה-7 באוקטובר ובמלחמת "חרבות ברזל".

10. העותרים פירטו בכתבי הטענות מטעמם ובהודעות שהגישו לאורך הדיון בעתירה, על אודות המצב ההומניטרי הקשה ברצועת עזה ועל קשייה של האוכלוסייה הבלתי-מעורבת, שרבים מקרבה נאלצו להתפנות ממקומות מגוריהם ולהסתמך על

אספקת הסיוע ההומניטרי. עוד נטען כי לאורך חודשי המלחמה הערימו המשיבים קשיים על אספקת הסיוע, בין היתר, בכך שדחו בקשות רבות להכנסת סיוע ללא הצדקה עניינית; עיכבו משלחות למשך שעות ארוכות בעת כניסתן לרצועה ובמהלך תנועתן בה; ונמנעו מלהגן על המשלחות מאירועי ביזה שהתרחשו בתוך הרצועה. כתימוכין לכך הפנו העותרים להתבטאויות פומביות ולדו"חות מטעם ארגוני סיוע שונים, לדיווחים עיתונאיים מרחבי העולם, וכן לניתוחים ולניירות עמדה מטעם גורמים באקדמיה. עוד טענו העותרים כי הם עומדים בקשר בלתי-אמצעי עם גורמים דיפלומטיים שונים וכן עם אזרחים ברצועה החוששים להזדהות.

11. במישור המשפטי טענו העותרים כי מוטלים על המשיבים שני סוגים עיקריים של חובות. הסוג הראשון עניינו בחובות שליליות באופיין, קרי החובה להימנע מפגיעה באוכלוסייה האזרחית ברצועה, ולהימנע מלסכל או מלעכב את עשייתם של ארגוני הסיוע בכל הנוגע לאספקת הסיוע ההומניטרי (פסקאות 89-91 ו-95 לעתירה). בהקשר זה הפנו העותרים, בעיקרם של דברים, להוראות שונות בדיני הלחימה הבינלאומיים (המוכרים גם בשם "דיני הסכסוך המזוין" או "משפט בינלאומי הומניטרי"). בנוסף נטען כי המשיבים נושאים ב"חובה פוזיטיבית לדאוג לצרכים ההומניטאריים של התושבים הנמצאים תחת שליטתה" של ישראל, ובחובה לדאוג לסדר הציבורי ולחיים התקינים של האזרחים (ראו בהתאמה: פסקאות 98 ו-87 לעתירה; ההדגשה הוספה – י"ע). חובות פוזיטיביות אלו נובעות, לטענת העותרים, מתחולתם של דיני התפיסה הלוחמתית הבינלאומיים (הידועים גם כ"דיני הכיבוש") – כאשר בעת הגשת העתירה נטען לתחולתם של דינים אלו בצפון רצועת עזה, ובהמשך הרחיבו העותרים את היקף טענתם וטענו כי דיני התפיסה הלוחמתית חלים במלוא שטח הרצועה. מקורות נוספים לחובותיה של מדינת ישראל מצאו העותרים בדיני זכויות האדם הבינלאומיים, שלשיטתם חלים במקביל לדיני הלחימה; וכן בדין המנהלי והחוקתי הישראלי. לצד זאת טענו העותרים כי המשיבים אינם עומדים במספר חובות נוספות מכוח המשפט הבינלאומי, ובהן החובה לנהוג בצורה אנושית כלפי אוכלוסיות מוגנות, האיסור על ענישה קולקטיבית, והאיסור על הרעבת אוכלוסייה אזרחית כשיטת לחימה.

12. המשיבים, מצדם, לא חלקו על הסבל והמחיר הקשה שגבתה הלחימה המתמשכת מן האוכלוסייה הבלתי-מעורבת ברצועת עזה. המשיבים הכירו בתחולתן של חובות מסוימות מצד מדינת ישראל בזיקה לסיוע ההומניטרי לאוכלוסייה האזרחית ברצועה – ובפרט בחובות מכוח דיני הלחימה והמשפט המנהלי הישראלי – אך לטענתם ישראל אינה נושאת בחובות מכוח דיני התפיסה הלוחמתית. מכאן, כך נטען, שחובותיהם של

המשיבים מתמקדות בצורך לאפשר ולהקל על הכנסת סיוע הומניטרי, בשים לב לכך שדיני הלחימה "אינם מקימים חובה אקטיבית לאספקת מזון או מוצרים אחרים, שכן החובה המתוארת בסעיפים הרלוונטיים היא פאסיבית בעיקרה – לאפשר ולהקל מעבר חופשי של סיוע הומניטארי לאוכלוסייה האזרחית (בכפוף לתנאים מסויימים והסדרים טכניים)" (פסקה 277 לתצהיר התשובה; ההדגשות הוספו – י"ע). עוד צוין כי הדינים הרלוונטיים מתירים למשיבים להביא בחשבון שיקולים צבאיים ומבצעיים בעת מילוי חובותיהם, ובכלל זה את הצורך למנוע מהסיוע ההומניטרי מלהגיע לידי ארגוני הטרור.

לטענת המשיבים, מדינת ישראל פעלה לאורך כל הדרך במטרה לאפשר ולהקל על העברת סיוע הומניטרי לאוכלוסייה האזרחית ברצועה, והיא עמדה בהקשר זה בחובותיה ואף פעלה מעבר למתחייב על פי הדינים הרלוונטיים. בהקשר זה הודגש כי לצד הצורך הביטחוני-מבצעי לפקח על הכנסת הסיוע לרצועה, לא קיימות הגבלות על כמות הסיוע ההומניטרי שניתן להכניס לרצועה, וכי מדיניות המשיבים "אינה נגזרת מנתון זה או אחר בדבר היקף הסיוע המינימלי הדרוש [...] אלא יוצאת מנקודת הנחה שיש לאפשר כניסה של סיוע הומניטארי, ומזון בפרט, ללא הגבלה כמותית" (פסקה 31 להודעת המשיבים מיום 23.5.2024).

13. אף שהצדדים לא חלקו על קיומם של אתגרים באספקת הסיוע ההומניטרי, לאורך הדיון בעתירה התגלעו מחלוקות בנוגע להיקף המחסור בסוגי ציוד שונים; למידת היעילות של הדיאלוג והתיאום בין מדינת ישראל לארגונים; וכן בנוגע למידת המהימנות של המסד העובדתי שהציג כל אחד מהצדדים. כך, העותרים הדגישו כי הם מתבססים על דיווחיהם של גורמים אובייקטיביים שאינם צד למלחמה, ואשר פועלים במטרה לסייע לאוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה ולהקל על מצוקתה; ומנגד, כך לטענת העותרים, הנתונים מטעם המשיבים מבטאים את עמדתה של ישראל בהיותה צד למלחמה, ולשיטתם נתונים אלו הוצגו לא פעם באופן חסר או שהוצא מהקשרו.

המשיבים, מצדם, הסבירו כי בעת גיבוש התשתית העובדתית הם הסתמכו על מקורות מידע מרובים: דיווחים מכוחות צה"ל, ובהם גורמי המודיעין, מפקדת תיאום פעולות הממשלה בשטחים (להלן: מת"פ"ש), וכן קציני אוכלוסייה (קא"לים) שעל תפקידם יובא פירוט בהמשך; מקורות גלויים מסוגים שונים, כגון רשתות חברתיות ופרסומים עיתונאיים; וכן דיאלוג מתמשך עם ארגוני הסיוע ועם גורמים מקומיים ברצועה. לשיטת המשיבים אין מקום להסתמך באופן בלעדי על דיווחי הארגונים, בין היתר, מכיוון שלעתים מתברר כי המידע שפורסם על ידם הוא חלקי, מה גם שלעתים

קיימים הבדלים בין מתודולוגיית הבחינה של הארגונים לזו של המשיבים עצמם. כך למשל, נטען כי חלק מהבקשות לתיאום תנועות בתוך הרצועה אשר סווגו על ידי הארגונים כבקשות שסורבו, הן למעשה בקשות שביצוען בוטל על ידי הארגונים מסיבותיהם; וכי חלק מהבקשות שסורבו בתחילה, אושרו בשלב מאוחר יותר (פסקה 46 להודעת המשיבים מיום 20.8.2024; כן ראו פרוטוקול הדיון מיום 5.5.2024, בעמ' 26 ש' 26-30). לצד זאת טענו המשיבים כי חלק מהנתונים שהציגו העותרים מקורם במוסדות של ארגון חמאס, שלו "היסטוריה ידועה של סילוף עובדות ונתונים, לשם יצירת הד ציבורי ותקשורתי שקרי והשחרה של מדינת ישראל" (פסקה 54 לתגובה המקדמית; כן ראו פסקה 211 לתצהיר התשובה).

דיון והכרעה

14. אקדים אחרית לראשית ואומר כי לאחר בחינת טענות הצדדים ומתן המשקל הראוי לכל המקורות שהוצגו על ידם, מצאתי כי אין מקום למתן צו מוחלט בנוגע לנושאים שבמוקד העתירה.

דרך הילוכנו תהיה כלהלן: נפתח בסקירת התשתית הנורמטיבית הרלוונטית, ובתוך כך נבחן אם מדינת ישראל נושאת בחובות מכוח דיני התפיסה הלוחמתית. בהמשך נידרש למחלוקות בעניין התשתית העובדתית, ונפרט על אודות הפעולות שנקטה מדינת ישראל בכל הנוגע להעברת הסיוע ההומניטרי שמיועד לאוכלוסייה הבלתי-מעורבת ברצועה. לבסוף, ועל סמך המסקנות שיפורטו, יודגשו מספר נושאים במבט צופה פני עתיד.

חובותיה של מדינת ישראל מכוח המשפט הבינלאומי

15. בדין הבינלאומי מקובל להבחין בין נורמות הסכמיות, שאותן מסכימות מדינות לקבל על עצמן, ובין נורמות מנהגיות – אשר מחייבות, ככלל, את כל המדינות ללא צורך בנקיטת צעדים לאימוצן (רובי סיבל "מקורות המשפט הבינלאומי" רובי סיבל ויעל רונן משפט בינלאומי 45, 48 (מהדורה רביעית, יעל רונן עורכת, 2023) (הספר להלן: משפט בינלאומי)). בפסיקה הישראלית הובהר כי דין בינלאומי מנהגי ייחשב כחלק מהמשפט הישראלי, למעט בהתקיים חקיקה פנימית שסותרת אותו במישרין; ולהבדיל, דין בינלאומי הסכמי אינו הופך אוטומטית לחלק ממשפט הפנימי של מדינת ישראל (עניין הוועד הציבורי, בעמ' 547; בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2) 197, 234 (1983) (להלן: עניין אבו עיטה)). עוד הובהר בפסיקה כי המסגרת

הנורמטיבית הרלוונטית לסכסוך המתמשך שבין מדינת ישראל ובין ארגוני הטרור ברצועת עזה, היא דיני הלחימה הבינלאומיים – ובפרט ענף הדין שמוכר כדיני הסכסוך המזוין הבינלאומי (international armed conflict) (בג"ץ 3003/18 יש דין מתנדבים לזכויות האדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פסקה 38 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה ח' מלצר ופסקה 2 לחוות דעתה של כב' הנשיאה א' חיות (24.5.2018) (להלן: עניין יש דין); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, 352 (2008) (להלן: עניין פלוני); עניין הוועד הציבורי, בעמ' 544-549).

16. דיני הלחימה כוללים הוראות שונות – הן הסכמיות, הן מנהגיות – אשר מפרטות את חובותיהם של צדדים לסכסוך כלפי אזרחים שאינם משתתפים בלחימה. בתמצית, ניתן לומר כי דיני הלחימה מחייבים צדדים לאפשר ולהקל על מעבר של סיוע הומניטרי לאזרחים שמצויים בשטח הסכסוך, גם אם מדובר באזרחי הצד היריב, אך כי בעת יישום חובה זו ניתן לקחת בחשבון שיקולים ביטחוניים וצבאיים. כך למשל, בהתאם לסעיף 23 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית), כל צד לאמנה מחויב לאפשר מעבר חופשי של טובין הומניטריים שונים עבור אזרחים, בכפוף לתנאים מסוימים – ובהם זכותה של המדינה המאפשרת את מעבר הסיוע לקבוע את ההסדרים הטכניים הנדרשים; וכן בכפוף לכך שאותה מדינה שוכנעה שאין סיבה ממשית לחשוש שהסיוע יוסט מיעדו ("that this Party is satisfied that there are no serious reasons for fearing [...] that the consignments may be diverted from their destination"; "their destination" – שהפיקוח עלול שלא להיות אפקטיבי; או שהדבר עלול להניב יתרון מובהק ("definite advantage") למאמץ הצבאי או לכלכלה של האויב, עקב יכולתו להשתמש בסיוע במקום לייצר ולספק בעצמו טובין שונים).

בנוסף, סעיף 70 לפרוטוקול הראשון המשותף לאמנות ג'נבה משנת 1977 (להלן: הפרוטוקול הראשון) קובע, בין היתר, שכל צד לסכסוך מחויב לאפשר ולהקל על מעבר מהיר וללא עיכוב ("allow and facilitate rapid and unimpeded passage") של משלחות סיוע, ציוד וסגל שנועדו עבור אוכלוסייה אזרחית, לרבות זו של הצד היריב (סעיף 70(2)) – אך זאת בכפוף לזכותו של הצד שמאפשר את ההעברה לקבוע הסדרים טכניים לצורך כך, לרבות ביצוע חיפושים ("technical arrangements, including search"; סעיף 70(3)(a)) (ראו גם סעיפים 27 ו-30 לאמנת ג'נבה הרביעית, ובהקשר זה: בג"ץ 201/09, בפסקאות 16 ו-21; עניין פלוני, בפסקה 17; ופסקה 80 לתגובתם המקדמית של המשיבים).

17. המשיבים ציינו כי מקובל עליהם שהתנהלותם תיבחן בראי שני הכללים הללו – סעיף 23 לאמנת ג'נבה הרביעית וסעיף 70 לפרוטוקול הראשון – אף מבלי להידרש לתחולתה של האמנה ברצועת עזה. זאת, כדבריהם, מכיוון שלפי הגישה המקובלת, סעיף 23 ו"ליבתו של סעיף 70" משקפים שניהם דין בינלאומי מנהגי (פסקה 263 לתצהיר התשובה; וראו גם עניין אלבסיוני, בפסקאות 13-14; בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעאווניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 793 (1983) (להלן: עניין ג'מעית אסכאן); בג"ץ 201/09, בפסקה 15). הנה כי כן, הצדדים לעתירה אינם חולקים על כך שלפי דיני הלחימה, מדינת ישראל מחויבת לאפשר ולהקל על העברת סיוע הומניטרי לאוכלוסייה האזרחית ברצועה, בכפוף לזכותה של ישראל לקבוע את ההסדרים הטכניים הנחוצים ולפקח על הכנסת הסחורה, ובכפוף לצורך למנוע את הסטת משלוחי הסיוע ואת הגעתם לידי ארגוני הטרור.

18. עתה נידרש לחובות אחרות מכוח המשפט הבינלאומי שהעותרים טענו לתחולתן בענייננו. כך, העותרים הציגו טיעון תמציתי שלפיו דיני זכויות האדם הבינלאומיים – ובכלל זה הוראות האמנות משנת 1966 בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ובדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, שישראל צד להן – חלות במקביל לדיני הסכסוך המזוין, וכי היחס בין שני תחומי הדינים הוא יחס משלים (פסקאות 88 ו-141-145 לעתירה). אולם, בפסיקה הישראלית נקבע זה מכבר שהמשפט הבינלאומי ההומניטרי (קרי, דיני הלחימה) "הוא 'הדין המיוחד' (ה-*lex specialis*) החל בעימות מזוין", כאשר "במקום שדין זה חסר ניתן להשלימו על ידי 'משפט זכויות האדם הבינלאומי'" (עניין הוועד הציבורי, בעמ' 546; ראו גם: עניין פלוני, בעמ' 353). על רקע זה ציינו המשיבים בענייננו כי ניתן אמנם להיעזר בדיני זכויות האדם הבינלאומיים על מנת להשלים חסרים בדיני הלחימה, "אך זאת, כאמור, רק כאשר הדין החל הוא חסר – וזה אינו המצב בענייננו" (פסקה 291 לתצהיר התשובה). ואכן, כאשר נדרשה הפסיקה לניתוח חובותיה של מדינת ישראל בכל הנוגע לאוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה – גם בתקופות של לחימה מול ארגוני הטרור – נעשה הדבר מן האספקלריה של דיני הלחימה (ראו למשל: עניין יש דין, בפסקאות 39-38 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר; בג"ץ 201/09, בפסקאות 14-16; עניין אלבסיוני, בפסקאות 12-14). בנסיבות העניין, איני סבור כי יש הצדקה לסטות ממגמה פסיקתית עקבית זו.

19. ענף דין נוסף של המשפט הבינלאומי שלגביו טענו הצדדים בהרחבה, הוא דיני התפיסה הלוחמתית – אשר מקימים למדינה הכובשת חובות "ייחודיות" כלפי האוכלוסייה האזרחית בשטח כבוש (ראו למשל: בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות

צה"ל בגדה המערבית, פסקה 26 (31.10.2017)). כאמור, העותרים ביקשו לראות בדיני התפיסה הלוחמתית כעוגן נורמטיבי להחלת חובות פוזיטיביות על מדינת ישראל, ובפרט את החובה לספק בעצמה טובין הומניטריים לאוכלוסייה הבלתי-מעורבת ברצועת עזה. מכאן החשיבות שטמונה בשאלת תחולתם של דיני התפיסה הלוחמתית בענייננו – סוגיה שאליה אידרש כעת.

האם דיני התפיסה הלוחמתית חלים על ישראל באשר לרצועת עזה?

20. ההגדרה הנוהגת במשפט הבינלאומי להתקיימותה של תפיסה לוחמתית, מעוגנת בתקנה 42 לתקנות האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, אשר נהנות ממעמד מנהגי (להלן: תקנות האג; וראו עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 793; בג"ץ 3103/06 ולירו נ' מדינת ישראל, פסקה 33 (6.2.2011); בג"ץ 201/09, בפסקה 15). וזו לשון תקנה 42 באנגלית (ראו בהקשר זה בג"ץ 102/82 צמל נ' שר הביטחון, פ"ד לז(3) 365, 372 (1983) (להלן: עניין צמל)):

"Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army. The occupation applies only to the territory where such authority is established, and in a position to assert itself."

21. הגדרה כללית זו זכתה לאורך השנים לפרשנות מטעם טריבונלים בינלאומיים ומדינתיים שונים, וכן מטעם מלומדים בספרות המשפטית. בהתאם לגישה המקובלת, המבחן לתפיסה לוחמתית הוא מבחן עובדתי שמתמקד במצב בשטח כהווייתו, להבדיל מספקולציות, מחזקות או מהצהרות של מי מהצדדים ללחימה (עניין צמל, בעמ' 372; רועי שיינדורף וערן שמיר-בורר "היעדר התחולה של דיני התפיסה הלוחמתית באשר לרצועת עזה" עיוני משפט מג 403, 409 (התשפ"א) (להלן: שיינדורף ושמיר-בורר)). הצדדים לעתירה התמקדו בטענותיהם בשלושה קריטריונים עובדתיים, המשמשים כמבחני-עזר מצטברים לבחינת התקיימותה של תפיסה לוחמתית: (א) נוכחות פיזית של הכוח הזר בשטח המדובר; (ב) יכולתו של הכוח הזר להפעיל סמכויות שלטוניות בשטח; ו-(ג) אובדן יכולתו של הריבון הקודם להפעיל סמכויות שלטוניות בשטח (ראו פסקה 96 להודעת העותרים מיום 30.9.2024; פסקה 240 לתצהיר התשובה; וכן ראו הילה אדלר "דיני כיבוש" משפט בינלאומי 403, 409-408 (להלן: אדלר); Yuval Shany, "Faraway, so Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement", HEB. UNI. INT'L L. RESEARCH PAPER NO. 12-06, 11 (2006) (להלן: Shany)).

22. שאלת קיומה של תפיסה לוחמתית ברצועת עזה אינה נבחנת בחלל ריק. זאת, שכן בפסיקה נקבע זה מכבר שבעקבות ההתנתקות הישראלית מרצועת עזה בשנת 2005 – שלאחריה השתלט חמאס על הרצועה בשנת 2007 – ישראל אינה משמשת עוד ככוח כובש ברצועה, על כל המשתמע מכך מבחינת הדין הבינלאומי. בפסק הדין בעניין אלבסיוני, שניתן בינואר 2008, ציינה הנשיאה ד' ביניש:

”מאז חודש ספטמבר 2005, אין עוד לישראל שליטה אפקטיבית בנעשה בשטח רצועת עזה. הממשל הצבאי שהוחל בשטח זה בעבר בוטל בהחלטת הממשלה, וחיילים ישראלים אינם שוהים באזור זה באופן קבוע ואף אינם מנהלים את המתרחש בו. בנסיבות אלה, אין מוטלת על מדינת ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת תושבי הרצועה ולשמור על הסדר הציבורי בתחומי רצועת עזה, לפי מכלול דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי. לישראל אין גם יכולת אפקטיבית במעמדה הנוכחי להשליט סדר ולנהל את החיים האזרחיים ברצועת עזה” (שם, בפסקה 12).

קביעה זו אושרה כמה וכמה פעמים בפסיקה (עניין פלוני, בפסקה 11; בג”ץ 9594/03 בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים נ’ הפרקליט הצבאי הראשי, פסקה 13 לפסק דינה של הנשיאה ד’ ביניש ופסקה 2 לחוות דעתה של השופטת א’ חיות (21.8.2011); עניין יש דין, בפסקה 51 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח’ מלצר ובפסקה 8 לחוות דעתה של הנשיאה חיות; ע”א 993/19 פלוני נ’ משרד הביטחון, פסקאות 29 ו-114-112 (5.7.2022) (עתירה לקיום דיון נוסף נדחתה: דנ”א 5653/22 פלוני נ’ משרד הביטחון (15.2.2023)); בג”ץ 7439/23 אלואחד נ’ צבא הגנה לישראל, פסקה 12 (31.10.2023)).

[במאמר מוסגר: העותרים הדגישו כי לעמדתם הכיבוש הישראלי לא הסתיים עם ההתנתקות מרצועת עזה, אלא ”שינה את אופיו בלבד” (ראו למשל פסקה 57 להודעתם מיום 30.9.2024) – אם כי באותה נשימה ציינו שהם ”לא מתעקשים” כי בית משפט זה יכריע ”באם הכיבוש נמשך מאז שנת 1967 או הסתיים עם נסיגת כוחות הצבא בשנת 2005” (שם, בפסקה 79). אכן, דומה כי סוגיה זו אינה הכרחית להכרעה בעתירה, ואולם ראיתי להדגיש כי עמדתם של העותרים מנוגדת לפסיקתו העקבית של בית משפט זה, שאין מקום לסטות ממנה.]

23. ניגש, אם כן, לניתוח שלושת הקריטריונים העובדתיים שאליהם התייחסו הצדדים כאמות מידה לשאלת קיומה של תפיסה לוחמתית – ובהקשר זה אציין כבר עתה כי חלק משמעותי מהתשתית העובדתית ששימשה בסיס להכרעה בנושא, מקורו במידע חסוי שהוצג על ידי המשיבים במעמד צד אחד. מטבע הדברים לא ניתן להביא פירוט על אודות החומר החסוי שהוצג לעיוננו, או על המקורות שהובילו לגיבושו, ועל כן לא ניתן לשטוח בפסק דין זה את מלוא השיקולים והנימוקים אשר הובילו למסקנתי. אולם, המצב שבו חלקים מתהליך הליבון והביקורת השיפוטית אינם גלויים לציבור ולעותרים, הוא הכרח בל יגונה בהקשר הביטחוני שבו עסקינן (ראו והשוו, בשינויים המחויבים: בג"ץ 3128/12 מסלמאני נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, פסקה 8 (7.5.2012); בג"ץ 5555/05 פדרמן נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נט(2) 865, 869 (2005); דפנה ברק-ארז "ראיות מינהליות" ספר מרים נאור 85, 118-121 (אהרן ברק, דפנה ברק-ארז, מיכל גל, רונן פוליאק, אבישלוס וסטרייך וסתיו כהן עורכים, 2023); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כך ד – סדרי הביקורת המשפטית 2854 (2017)).

24. אומר כבר עתה כי על סמך בחינת הנתונים שהובאו לפנינו, מסקנתי היא כי ישראל אינה משמשת ככוח כובש ברצועת עזה.

הקריטריון הראשון – נוכחות פיזית: מטענות הצדדים עולות מחלוקות מסוימות באשר לדרישות לתחולתו של קריטריון זה, למשל באשר לטיב הנוכחות הנדרשת ולהיקפה, ובשאלה אם נדרשת נוכחות בפועל ("boots on the ground") או שמא די ביכולת לשלוח כוחות לשטח בזמן סביר. אולם, הגם שלאורך הלחימה חלו שינויים מסוימים בהיקף ובמתכונת של הנוכחות הישראלית בשטח רצועת עזה, אין חולק על עצם קיומה. בנסיבות אלו, ובשים לב למסקנות שיפורטו להלן באשר לשני הקריטריונים הנוותרים, לא ראיתי הכרח להידרש למחלוקות שהתגלעו בנוגע לקריטריון הראשון. עם זאת, למעלה מן הצורך אציין כי טענת העותרים שישראל מסוגלת לשלוח חיילים בזמן סביר לכל שטח הרצועה – היא בעיניי טענה מוקשית ביותר, בשים לב לקרבות העזים שהתנהלו בשטח הרצועה ולאבידות שספג צה"ל בזמן הפשיטות באזורים שונים (ראו בהקשר זה: עניין פלוני, בפסקה 11; אריאל צמח "מה חובותיה המשפטיות של ישראל כלפי אוכלוסיית עזה?" משפט וממשל יב 83, 107 (התש"ע) (להלן: צמח); Shany, בעמ' 18).

25. הקריטריון השני – יכולתה של ישראל להפעיל סמכויות שלטוניות ברצועת עזה: בפסיקה הובהר כי קריטריון זה ממוקד "בשאלה אם הכוח הצבאי הוא בעל היכולת

להיכנס בנעליהן של הרשויות של השלטון הקודם, ולא דווקא אם עשה כך למעשה" (עניין צמל, בעמ' 373 (ההדגשה במקור – י"ע); ראו גם בג"ץ 574/82 אל נאוואר נ' שר הביטחון, פ"ד לט(3) 458, 449 (1985) (להלן: עניין אל נאוואר)). הוזה אומר, השאלה אינה אם ישראל מיישמת בפועל סמכויות שלטוניות ברצועת עזה, ואף לא אם הכריזה על כוונתה לעשות כן או ייחדה מסגרת ממשל ייחודית לשם כך (ראו גם עניין אבו עיטה, בעמ' 309). השאלה שאותה יש לבחון היא אם ישראל ביססה שליטה אפקטיבית בשטח הרצועה במידה כזו שמאפשרת לה להיכנס בנעלי השלטון הקודם, כאשר בענייננו הסכימו הצדדים בטענותיהם כי אותו "שלטון" שלגביו תיבחן התקיימות הקריטריונים העובדתיים, הוא ארגון הטרור חמאס.

בהקשר זה צוין בספרות כי "פלישה צבאית גרידא לא תביא לתחולתם האוטומטית של דיני הכיבוש", וכי "הדבר נכון אף לסוגים אחרים של שדות קרב, כשטחי נסיגה, ולכל עת אחרת שבה הכובש אינו שולט אפקטיבית וברצף זמנים סביר ויציב" (אדלר, בעמ' 409 וה"ש 28). על כן, כך צוין, "נדרש להראות כי הכובש קנה שליטה אפקטיבית ויציבה יחסית מבחינה גאוגרפית ומבחינת משך הזמן, שמאפשרת כינונה של סמכות בת-הפעלה, במאמץ צבאי סביר" (שם; כן ראו צמח, בעמ' 88). עוד הובעה העמדה כי "דיני התפיסה הלוחמתית אינם חלים באשר לתא שטח שבו הכוחות הצבאיים מנהלים פעולות לחימה מעבר לרף עצימות מסוים, ועל השטח יחולו רק דיני העימות המזוין" (שיינדורף ושמיר-בורד, בעמ' 417; כן ראו צמח, בעמ' 102).

26. שאלת יכולתה של ישראל להפעיל סמכויות שלטוניות בשטח הרצועה, היא שאלה עובדתית שאותה ראוי לבחון בראי החובות שמוטלות על כוח כובש – קרי, בראי אותן החובות שמדינת ישראל הייתה נדרשת לקיים, אילו היה נקבע שדיני התפיסה הלוחמתית חלים בענייננו. זאת, על רקע ההבנה שכללל אין מקום להטיל על מדינות חובות שמלכתחילה אין ביכולתן לקיים (שיינדורף ושמיר-בורד, בעמ' 412, 421 ו-427; צמח, בעמ' 94; Shany, בעמ' 19). על מנת לסבר את האוזן, נציין שעל פי תקנה 43 לתקנות האג, כוח שקנה שליטה אפקטיבית בשטח זר נדרש לנקוט בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים ("to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety"; וראו בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 622, 629 (1982) (להלן: עניין טביב); עניין ג'מעית אטכאן, בעמ' 797).

על רקע זה צוין בפסיקה: "מהי הבטחת סדר וחיים ציבוריים? התשובה המתבקשת היא: הפעלת ממשל תקין על כל שלוחותיו, הנהוגות בימינו בארץ מתוקנת, כולל ביטחון, בריאות, חינוך, סעד, אך בין היתר גם איכות החיים והתחבורה" (עניין טביב, בעמ' 629). כך למשל, הכוח הכובש נדרש לעשות "כל שביכולתו כדי למנוע במידת האפשר את צמצום הסחר או התפתחותו של חוסר עבודה"; לספק חשמל לאוכלוסייה המקומית; "לוודא, במידת הצורך, את הפעלתם הנאותה והאפקטיבית של דיני העונשין ולמנוע פשיעה ואנרכיה"; לנקוט אמצעים להתמודדות עם בנייה בלתי-חוקית; וכן "לדאוג לכך ששערי בתי-המשפט יהיו פתוחים בפני תושבי השטח המוחזק, ושבתי-המשפט יפעלו כראוי" (ראו, בהתאמה: עניין אבו עיטה, בעמ' 314; בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כז(1) 124, 138 (1972); בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, 539 (1989); בג"ץ 548/04 אמנה – תנועת ההתיישבות של גוש אמונים נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נח(3) 373, 379, 383 (2004); בג"ץ 337/71 אלג'מעה אלמסיחיה ללאראצ'י אלמקדסה נ' שר הבטחון, פ"ד כו(1) 574, 583 (1972); כן ראו עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 804; ועניין יש דין, שם התייחסה הנשיאה א' חיות ל"אמצעי שיטור ואכיפה" כגון מעצר וחקירה, המאפיינים התמודדות עם הפרות סדר אלימות המתרחשות בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית" (בפסקה 8 לחוות דעתה)). עוד נדרש הכוח הכובש לשמש "כמנהל וכמפק פירות של בנייני הציבור, המקרקעים, היערות והחוות החקלאיות" שהיו שייכים לשלטון הקודם (בג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פ"ד לו(1) 701, 704 (1982) (להלן: עניין אל נאזר); תקנה 55 לתקנות האג).

27. אם כן, כוח צבאי שקנה שליטה אפקטיבית בשטח זר נושא בחובות נרחבות ומשמעותיות ביחס לאותו שטח ולאוכלוסייה המקומית שמתגוררת בו. האם מדינת ישראל מחזיקה ביכולת למלא חובות אלו?

סבורני כי התשובה לכך היא בשלילה.

כעולה מהנתונים העובדתיים שהוצגו בפנינו, פעילות צה"ל ברצועה לאורך הלחימה התאפיינה ככלל באופי ארעי, כאשר כוחות צה"ל פעלו באזורים מתוחמים לשם השגת מטרה צבאית קונקרטית, ולאחר מכן נסוגו מהם – ובמידת הצורך שבו לגיחות מוגבלות באזורים אלו בהמשך (פסקאות 48-49 להודעת המשיבים מיום 12.9.2024; פסקה 14 להודעתם מיום 14.11.2024). לאורך הדרך ניהלו כוחות צה"ל לחימה עצימה נגד ארגוני הטרור, אשר שימרו נוכחות בשטחים נרחבים ברצועה וחתרו כל העת לפגוע

בכוחות צה"ל ולהסיגם מן האזורים שאליהם נכנסו. אמנם, באזורים נקודתיים בשטח הרצועה – ובפרט בפרוזדור נצרים ובציר פילדלפי – קיימו כוחות צה"ל נוכחות משמעותית יותר במישורי הזמן והיקף הכוחות (פסקה 48 להודעת המשיבים מיום 12.9.2024), אך גם בסביבת האזורים הללו התקיימה לכל אורך הדרך לחימה עצימה מול ארגוני הטרור. אף אם אניח לצורך הדיון כי כוחות צה"ל קנו שליטה אפקטיבית באיזה מאותם אזורים נקודתיים – ואיני סבור כי הוצגו בפנינו די נתונים כדי לקבוע זאת באופן פוזיטיבי – ממילא הדרך רחוקה מכאן ועד לקביעה כי הדבר מקים לצה"ל שליטה אפקטיבית בכל שטח הרצועה, ולמצער באותם אזורים שבהם שוהה אוכלוסייה אזרחית אשר הייתה זכאית לקבלת סיוע הומניטרי מידיו של כוח כובש תחת דיני התפיסה הלוחמתית (ראו והשוו בהקשר זה: צמח, בעמ' 97, 101-102).

28. העותרים סברו כי התנהלותה של מדינת ישראל בזיקה לסיוע ההומניטרי מלמדת על יכולתה להפעיל סמכויות שלטוניות ברצועה, וזאת, בין היתר, בשים לב לשליטתה של ישראל על התנועה במעברים לרצועת עזה וממנה. אין בידי לקבל טענה זו, וזאת שכן שליטה על נתיבי כניסה ויציאה מהרצועה אינה מנביעה כשלעצמה יכולת שליטה על החיים בתוככי הרצועה (ראו בהקשר זה פסקה 64 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024; איל בנבנישתי "כי תצור אל עיר... לא תשחית את עצה" – על מידתיות במצור ארוך טווח" עיוני משפט מג 461, 464 (התשפ"א)) – כשם שהטלת מצור על שטח אינה מובילה באופן אוטומטי לתחולת דיני התפיסה הלוחמתית (צמח, בעמ' 93-94).

29. עוד טענו העותרים בהקשר זה כי ישראל שולטת על התנועות בתוך שטח הרצועה, וכי האזרחים ברצועה תלויים בישראל לשם קבלת הסיוע. זאת, לטענתם, מכיוון שיש צורך בהסכמתה של ישראל להכנסת סיוע לרצועה ולתיאום שינועו על ידי הארגונים. עם זאת, דומה כי טענה זו אינה מתארת את המצב העובדתי לאשורו. המשיבים הדגישו כי השיח עם הארגונים בנוגע לתיאום תנועותיהם בתוך הרצועה הוא "מומלץ לארגונים" לשם הגברת ביטחונם – ואולם, "מרבית התנועות של ארגוני הסיוע הבין לאומיים ברצועה מאז תחילת המלחמה, מבוצעות על פי שיקול דעתם גם ללא תיאום עם הכוחות, או בניגוד להמלצה, ולפעמים אף ללא עדכון הצד הישראלי, ואין למשיבים שליטה כנטען על תנועותיהם של ארגוני הסיוע" (פסקה 150 לתצהיר התשובה; כן ראו פסקה 46 להודעת המשיבים מיום 20.8.2024; פסקאות 41 ו-64 להודעתם מיום 14.11.2024). כמו כן הבהירו המשיבים כי "האזורים 'המומלצים בתיאום' הם אזורים שמצויים במרחבים בהם מתנהלת לחימה או שהתיאום בהם מומלץ בשל שיקולים מבצעיים אחרים", וכי בקשות התיאום באזורים אלה מאושרות ברובן; ומנגד, "חלק ניכר

מהאזורים ברצועה אינם מוגדרים כ'מומלצים בתיאום', וארגוני הסיוע נעים בהם לרוב ללא כל תיאום" (פסקה 45 להודעת המשיבים מיום 20.8.2024). אם כן, אין בידי לקבל את הטענה שישראל שולטת על התנועה בתוך הרצועה באופן שמעיד על יכולת להפעיל סמכויות שלטוניות בשטח זה – ומכל מקום, קיומם של קשרים, תיאומים או שיתופי פעולה עם גופים שונים בכל הנוגע לתנועה בתוך הרצועה, אינו מעיד כשלעצמו על שליטה ישראלית בשטח הרצועה.

30. העותרים הוסיפו וטענו כי העובדה שהמשיבים פעלו לפינוי אוכלוסייה מאזורים שונים ברצועה, מלמדת על שליטה ישראלית בתנועות האוכלוסייה האזרחית. גם טענה זו אין בידי לקבל. המשיבים הבהירו כי צה"ל אכן קרא לאזרחים להתפנות מאזורים שבהם התקיימה לחימה עצימה במיוחד, תוך שימוש במגוון אמצעים ובהם כרוזים והודעות SMS, וזאת על מנת לצמצם את הסיכון שנשקף לאזרחים ולהגביר את נגישותם לסיוע ההומניטרי (פרוטוקול הדיון מיום 4.4.2024, עמ' 28 ש' 21-23; פסקאות 25, 183 ו-189 לתצהיר התשובה). הודעות דומות נשלחו גם לארגוני הסיוע ברצועה (פסקה 36 להודעת המשיבים מיום 20.8.24). אולם, כך הובהר, "קריאות אלו אינן 'עקירה בכפייה' או 'גירוש' כפי שטוענים העותרים, אלא המלצות שנועדו לשמור על ביטחון האזרחים ברצועה" (שם) – ומכל מקום לא נטען בפנינו, וממילא לא הוכח, שהמשיבים פועלים לאכוף את הודעות הפינוי באמצעי שיטור ששמורים בדרך כלל למנגנוני שליטה אזרחית.

בנסיבות אלו, איני סבור כי צה"ל הוא "בעל היכולת להיכנס בנעליהן של הרשויות של השלטון הקודם" (עניין צמל, בעמ' 373), או כי מדינת ישראל מסוגלת ל"הפעלת ממשל תקין על כל שלוחותיו, הנהוגות בימינו בארץ מתוקנת", על כל המשתמע מכך, ככל שהדבר נוגע לשטח הרצועה (עניין טביב, בעמ' 629).

מאחר ששלושת הקריטריונים העובדתיים לתחולת דיני התפיסה הלוחמתית הם קריטריונים מצטברים, הרי שדי בקביעה כי הקריטריון השני אינו מתקיים בנסיבות ענייננו – ואולם בשל חשיבות הדברים נפנה לבחון גם את התקיימות הקריטריון השלישי.

31. הקריטריון השלישי – היעדר יכולתו של הריבון הקודם לממש את סמכויותיו: העותרים טענו כי עקב המלחמה חלה "קריסה של התשתית האזרחית ברצועת עזה בתחומי החינוך, [ה]בריאות והסדר הציבורי", ולשיטתם קריסה זו "מלמדת כי חמאס לא מסוגל לנהל עוד את הרצועה" (פסקה 77 לעיקרי הטיעון). העותרים אמנם הכירו בכך שחלק מהרשויות השלטוניות המקומיות פועלות גם כיום, אך לשיטתם אין צורך להוכיח

"קריסה מוחלטת" של השלטון הקודם, ו"פעילות של רשויות מקומיות או גופים מסוימים לא פוסל[ת] אפשרות של כיבוש" (שם). עוד הכירו העותרים בכך שחמאס המשיך להילחם בכוחות צה"ל לכל אורך הדרך, אך לעמדתם מדובר אך ב"כיסים של לחימה והתנגדות צבאית" שאינם שוללים את קיומה של תפיסה לוחמתית (שם).

בפתח הדברים יודגש כי הוכחת הקריטריון השלישי אינה עניין של מה בכך. על מנת להוכיח היעדר יכולת של השלטון הקודם – קרי, של ארגון החמאס – להפעיל את סמכויותיו השלטוניות, לא די בקביעה שיכולותיו של חמאס נחלשו, או בקביעה שתשתיות אזרחיות כאלה ואחרות ברצועה הפסיקו לפעול או שהן פועלות באופן חלקי. בפסיקה צוין בהקשר זה כי תפיסה לוחמתית תתקיים כאשר –

"כתוצאה מן המלחמה, בה ניגף מי ששלט בשטח עד אותה עת, ואשר במהלכה הוא נסוג ממנו, עברו השלטון וכל סמכות הכרוכה בו אל הכוח הצבאי, החולש מעתה באופן יעיל על השטח ומונע את המשך הפעולה או את החזרה לשליטה של הרשות השלטונית הקודמת [...] אין הממשל הצבאי אלא ממלא מקומו הזמני של השלטון הקודם שניגף במלחמה. מרותו וסמכותו שואבים ממעמדו הצבאי ומשלטונו הצבאי, הנובע מהשתלטותו האפקטיבית על השטח ומחוסר יכולתו של השלטון הקודם להמשיך ולמלא תפקידו ולהפעיל כוחותיו [...] משהתפזר ערפל הקרב, והסתבר, כי השלטון הקודם ניגף והכוחות הצבאיים שדחקו מן השטח שולטים בו – קמה מאליה החובה לנקוט את האמצעים המוכתבים לו על-פי האמור בסימן 43 [לתקנות האג – י"ע] (עניין אבו עיטה, בעמ' 230, 270 ו-309 (ההדגשות הוספו – י"ע)).

קביעות ברוח דומה ניתן למצוא גם בפרשות נוספות (עניין אל נאזר, בעמ' 704; עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 794; בג"ץ 619/78 "אל טליעה" שבועון נ' שר הביטחון, פ"ד לג(3) 505, 510 (1979); בג"ץ 507/72 ארנון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כז(1) 233, 237-236 (1973); עניין אל נאואר, בעמ' 458; וראו גם האסמכתא המצוטטת בעניין צמל, בעמ' 372). בנוסף, בחוות הדעת שהגישו העותרים מטעם המומחה ד"ר Marco Longobardo מוזכר פסק דין שניתן בבית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר, ואשר נוקט אף הוא בלשון דומה – בציינו כי האינדיקציות לתפיסה לוחמתית כוללות מצב שבו השלטון הקודם "נכנע, הובס או נסוג", ומצב שבו השלטון הקודם "אינו מסוגל עוד לתפקד בפומבי" ("the occupied authorities [...] must have been rendered incapable of functioning publicly [...] the enemy's forces have surrendered, been defeated or withdrawn") (Prosecutor v. Naletilić, IT-98-34-T, Trial Judgement, para. 217 (Int'l Crim. Trib. for the former Yugoslavia (ICTY), Mar. 31, 2003)).

32. העותרים טענו אמנם כי לשם התקיימות הקריטריון השלישי אין צורך בהוכחת "קריסה מוחלטת של השלטון המקומי" (פסקה 104 להודעתם מיום 30.9.2024). אולם, באותם מצבים שבהם שלטון מקומי ממשיך להפעיל חלק מסמכויותיו בעת ששטחו נתון לתפיסה לוחמתית, דומה כי הדבר נעשה ככלל עקב היתר שניתן לכך מטעם הכוח הכובש, ובכפוף לקבלת הרשאתו להפעלת אותן סמכויות. כך למשל, בעניין צמל צוין כי במצב של תפיסה לוחמתית, הכוח הכובש רשאי לבחור באיזו מידה להפעיל בעצמו את סמכויות הממשל "ואילו תחומים הוא מותיר בידיהן של רשויותיו של השלטון הקודם", כאשר "התרת פעולתן של רשויות השלטון הללו אין בה, כשלעצמה, כדי לגרוע מעובדת קיומה של שליטה צבאית יעילה בשטח [...] "(עניין צמל, בעמ' 374). ברוח זו התייחס אל"מ (כתוארו אז) מאיר שמגר לשטחים שבהם נטל צה"ל שליטה אפקטיבית בשנת 1967, בצינו כי "כאשר עבר השטח להחזקתו של צה"ל, הרי פסק האויב בו ברגע מלקיים כל פונקציה תחיקתית, מבצעת, או שיפוטית. כל גורם רשמי של האויב שנשאר בשטח רשאי היה להמשיך בתפקידו אך ורק באישורו, המפורש או מכללא, של מפקד כוחות צה"ל באזור" (מאיר שמגר "המשפט בשטחים המוחזקים ע"י צה"ל" הפרקליט כג 539, 541 (התשכ"ז) (ההדגשה הוספה – י"ע); וראו גם חוות דעתו של ד"ר Longobardo, בפסקה 11 [...] "most of the rules of the law of occupation allow or even require the occupying power to administer the occupied territory **through cooperation of local authorities** still performing public functions during the occupation"; ההדגשה הוספה – י"ע)).

33. האם ניתן לומר שחמאס איבד את היכולת להפעיל סמכויות שלטוניות באופן עצמאי, ללא היתר או אישור מצה"ל? אציין בקצרה כי המציאות רחוקה מלעמוד ברף להוכחת קריטריון זה, וכי מהנתונים שהוצגו לפנינו עולה כי חמאס מחזיק גם היום ביכולת להפעיל בעצמו סמכויות שלטוניות משמעותיות. מטבע הדברים לא ניתן לפרט על הנתונים העובדתיים שהציגו המשיבים במעמד צד אחד, ואשר קיבלו כאמור משקל משמעותי בהקשר זה, אך אבהיר כי מסקנתי זו מבוססת הן על הפן הצבאי בפעילות חמאס – קרי, יכולותיו הלחימתיות והיקף פעילותו נגד כוחות צה"ל – והן על הפן האזרחי, קרי שליטתו של חמאס בהיבטים שונים של חיי האוכלוסייה האזרחית.

34. כפי שצינו המשיבים, על אף הפגיעה הניכרת שהסבה ישראל ליכולותיו הצבאיות של חמאס, חמאס משמר נוכחות צבאית באזורים רבים ברצועה, ופעל לאורך הדרך כדי לבסס מחדש נוכחות בשטחים שבהם עבר צה"ל (פסקה 251 לתצהיר התשובה;

פסקאות 37, 49 ו-52 להודעת המשיבים מיום 12.9.2024; פסקאות 5 ו-12-14 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024). מכאן שבשלב זה לא ניתן לומר כי חמאס כארגון שלטוני "ניגף במלחמה" (כלשון עניין אבו עיטה), ובוודאי שענייננו רחוק מאותם "כיסים" נקודתיים של התנגדות שאליהם התייחסו העותרים. ובכל הנוגע לפן השלטוני-אזרחי, מן הנתונים הגלויים והחסויים שהציגו המשיבים עולה כי חמאס מוסיף להחזיק ביכולות שלטוניות משמעותיות גם בהיבט זה. וכדבריהם:

"הפעלת הפונקציות השלטוניות על ידי ארגון החמאס מתבצעת בעיקר בפיקוחם ובאמצעותם של מערכי השלטון של החמאס, שממשיכים לחתור לשימור משילותם במוקדי האוכלוסייה, לרבות מרחב העיר עזה וג'באליה שבצפון הרצועה, במרחב ההומניטרי, במחנות המרכז, בחאן יונס וצפון-מערב רפיח שבדרום הרצועה. במרחבים אלו, ישנה פעילות של גופי קביעת המדיניות של חמאס למול האוכלוסייה האזרחית; של הגורמים האחראים על מתן שירותים לאזרחים; ושל כוחות האכיפה של חמאס. כל אלו מקבלים משכורות והנחיות מטעם בכירי התנועה" (פסקה 51 להודעת המשיבים מיום 12.9.2024, וראו גם פסקה 28 שם; פסקאות 20, 26 ו-30 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024; ופסקה 253 לתצהיר התשובה).

עוד הדגישו המשיבים כי "האחיזה בשלטון ברצועה חיונית לתנועת חמאס" ומהווה חלק מהאסטרטגיה של הארגון, וכי מאמצי חמאס לשימור סמכויותיו באים לידי ביטוי, בין היתר, ב"התווית מדיניות, הפעלת מנגנוני הביטחון והקמת גופי ביטחון חדשים לטיפול בסדר הציבורי שייעודם השתלטות על סיוע וייעודו לצרכי התנועה, הזרמת כספים לרצועה, חלוקת משכורות, וחלוקת סיוע" (פסקה 50 להודעתם מיום 12.9.2024). כמו כן הצביעו המשיבים על כך שחמאס ניצל את הטובין שהוכנסו על ידי הסקטור הפרטי לרצועה, לשם התעצמות כלכלית וצבאית – באופן שהוביל את המשיבים להפסיק בשלב מסוים את הכנסת הסחורה מהסקטור הפרטי לרצועה (פסקה 26 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024).

35. אין חולק שהלחימה הממושכת שיבשה ואף מנעה את קיומם הִסְדִּיר של רבים מהיבטי החיים האזרחיים ברצועה. מציאות זו היא תוצר של הלחימה הממושכת, ושל מאמצי החמאס להיטמע באוכלוסייה האזרחית ולפעול מקרבה. אולם, אין בשיבושים ובקשיים אלו כדי ללמד על היעדר יכולת של חמאס "להמשיך ולמלא תפקידו ולהפעיל כוחותיו" (כאמור בעניין אבו עיטה, בעמ' 270). בפרט אין בידי לקבל את טענת העותרים שלפיה אירועי הביזה וההשתלטות על הסיוע ההומניטרי, אשר תועדו בהיקפים משתנים

לאורך חודשי הלחימה, מעידים כשלעצמם על קריסת יכולותיו השלטוניות של חמאס (ראו למשל פסקה 37 לעיקרי הטיעון). על פי הנתונים שהוצגו לפנינו, חלק מאירועי הביזה בוצעו על ידי כוחות חמאס עצמם או על ידי מי מטעמם (פסקה 142 לתצהיר התשובה; כן ראו פסקה 28 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024) – ובהקשר זה לא ברורה טענתם הלאקונית והבלתי-מבוססת של העותרים כי התנהלות חמאס "לא מלמדת על קיומה של סמכות שלטונית אלא דומה יותר לאופן התנהלותם של ארגוני פשיעה המתנגדים לשלטון ופועלים בניגוד לו" (פסקה 108 להודעת העותרים מיום 30.9.2024).

אף אין בידי לקבל את טענת העותרים כי המשך פעילותן של הרשויות המקומיות ברצועה "כמו רשות המים, תלוי בין היתר באישורים ובהחלטות של ישראל" (פסקה 104 להודעתם מיום 30.9.2024). כאמור לעיל, המעורבות של ישראל בתיאום פעולות הקשורות ברשויות המקומיות – כגון תיאום עבודות לתיקון קווי מים על ידי גורמים מקומיים בתוך הרצועה (ראו שם, בפסקה 112; וכן ראו פסקה 202 לתצהיר התשובה) – אינה מעידה כשלעצמה על שליטה ישראלית בפעילותן של רשויות אלו.

36. אם כן, על סמך הנתונים העובדתיים שהוצגו לפנינו באופן גלוי ובמעמד צד אחד, הגעתי למסקנה שהמציאות העובדתית בשטח אינה מקיימת את הקריטריונים השני והשלישי לתחולת דיני התפיסה הלוחמתית, וכי אין מקום לייחס לישראל את החובות שחלות על כוח כובש בשטח זר.

37. לצד שלושת הקריטריונים העובדתיים שלעיל, העותרים ביקשו להפנות למקור נוסף לתמיכה בטענותיהם בדבר דיני התפיסה הלוחמתית: חוות דעת מייעצת (Advisory Opinion) שנתן בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג ביום 19.7.2024, שבה נכללה התייחסות למצב המשפטי ברצועת עזה (*Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, Advisory Opinion (Jul. 19, 2024); להלן, בהתאמה: חוות הדעת המייעצת; ובית הדין הבינלאומי או בית הדין).

[למען שלמות התמונה יצוין כי העותרים התייחסו גם להליך נוסף שמתנהל בפני בית הדין הבינלאומי: תביעה שהוגשה על ידי מדינת דרום אפריקה לאחר פרוץ מלחמת "חרבות ברזל", ועניינה בטענות לפי האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, כ"א 1, 65 (נפתחה לחתימה ב-1948) (להלן: תביעת דרום אפריקה). אולם, העתירה דנן אינה עוסקת באמנה זו או בתביעת דרום אפריקה, ולא נתבקשו בכתב העתירה סעדים

בהיבט זה. משכך, ההליך שלפנינו אינו המקום להידרש לטענות העותרים בדבר קיום החלטות בית הדין בתביעת דרום אפריקה. כמו כן אבהיר כי איני מוצא להידרש לאותם היבטים בחוות הדעת המייעצת אשר חורגים מהנושאים שהועלו בעתירה.]

38. חוות הדעת המייעצת ניתנה בהליך שנפתח בבית הדין בינואר 2023, בעקבות החלטת העצרת הכללית של האו"ם מדצמבר 2022, ואשר בגדרו התבקש בית הדין ליתן חוות דעת בנוגע ל"השלכות המשפטיות שנובעות מהמדיניות ומהפעולות של ישראל בשטח הפלסטיני הכבוש, כולל מזרח ירושלים" (בתרגום חופשי). מדינת ישראל הגישה התייחסות כתובה לבית הדין, אך לא השתתפה בהליך באופן מלא (פסקה 19 להודעת המשיבים מיום 12.9.2024; פסקה 47 לחוות הדעת המייעצת).

בחוות הדעת המייעצת הובאו מספר פסקאות תמציתיות בנוגע למצב המשפטי שחל ברצועת עזה לאחר ההתנתקות הישראלית בשנת 2005 (פסקאות 91-94). בתוך כך צוין כי כאשר כוח כובש מבסס שליטה אפקטיבית בשטח מסוים, ובהמשך מסיג את נוכחותו הפיזית מהשטח – הכוח הכובש עשוי להמשיך ולשאת בחובות מכוח דיני התפיסה הלוחמתית, בהתאם למידה שבה הוא משמר את יכולתו ליישם סמכויות חלק הממשל המקומי (ומיישם אותן בפועל). בהמשך לכך קבע בית הדין (בפסקאות 93-94 לחוות הדעת המייעצת; ההדגשות הוספו – י"ע):

"Based on the information before it, the Court considers that **Israel remained capable of exercising, and continued to exercise, certain key elements of authority over the Gaza Strip, including control of the land, sea and air borders, restrictions on movement of people and goods, collection of import and export taxes, and military control over the buffer zone, despite the withdrawal of its military presence in 2005. This is even more so since 7 October 2023.**

In light of the above, the Court is of the view that Israel's withdrawal from the Gaza Strip has **not entirely released it of its obligations** under the law of occupation. Israel's obligations have remained **commensurate with the degree of its effective control over the Gaza Strip.**"

39. יצוין, עם זאת, כי חלק משופטי ההרכב הסתייגו ממסקנות אלו או הוסיפו לגביהן הבהרות. כך למשל, השופטת Cleveland ציינה כי הפעולות שאותן התבקש בית הדין לבחון בעקבות החלטת האו"ם משנת 2022, לא כללו פעולות שביצעה ישראל בעקבות

אירועי יום 7.10.2023 (בפסקה 9 לחוות דעתה). עוד הדגישה השופטת Cleveland כי בית הדין לא פירט אילו חובות הוסיפו לחול על ישראל לאחר שנת 2005, ולא מצא הפרות של חובות אלו (בפסקאות 10-11 לחוות דעתה). השופט Iwasawa ציין אף הוא כי אירועים שהתרחשו לאחר יום 7.10.2023 – שאז השתנה המצב ברצועת עזה באופן דרסטי – חורגים מתקופת הזמן שאותה התבקש בית הדין לבחון; וכי בחוות הדעת המייעצת אמנם נקבע שישראל מוסיפה לשאת בחובות מסוימות מכוח דיני התפיסה הלוחמתית, אך בית הדין לא נקט עמדה בשאלה אם לאחר שנת 2005 נותרה רצועת עזה תחת כיבוש, כהגדרת המונח בדיני התפיסה הלוחמתית (בפסקה 8 לחוות דעתו).

40. אין חולק על הצורך ליתן "את מלוא המשקל הראוי לנורמות של המשפט הבין-לאומי, כפי שפותחו ופורשו על ידי בית הדין הבין-לאומי בהאג", שהוא הגוף השיפוטי העליון במשפט הבינלאומי (בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 523, 536 (2006) (להלן: עניין מראעבה)). ואולם, חוות דעת מייעצת מטעם בית הדין הבינלאומי אינה מחייבת, ואין בה כדי ליצור מעשה בית דין כלפי מדינת ישראל ובית משפט זה (שם, בעמ' 522-523). לפיכך, בנסיבות מסוימות עשוי בית משפט זה להגיע למסקנה עובדתית או משפטית שונה מזו שאליה הגיע בית הדין בחוות דעת מייעצת.

41. עוד ראוי להדגיש כי השאלה העיקרית שבה התמקד בית הדין בפסקאות שצוטטו לעיל – שעניינה בחובותיה של מדינת ישראל כלפי רצועת עזה לאחר ההתנתקות בשנת 2005 – ממילא אינה עומדת להכרעתנו בעתירה דנן, אשר עוסקת במצב העובדתי בעת הנוכחית, לאחר פרוץ מלחמת "חרבות ברזל". אמת, בית הדין ציין כי הכרעתו בדבר החובות שבהן נושאת ישראל נכונה ביתר שאת לאחר יום 7.10.2023. אולם, התשתית העובדתית שעליה הסתמך בית הדין בהקשר זה הייתה שונה ומצומצמת מן התשתית העובדתית שעמדה בפנינו בעת הדיון בעתירה דנן, וזאת עקב מספר נסיבות מצטברות.

כאמור, מדינת ישראל לא השתתפה באופן מלא בהליך בבית הדין, ומכאן שעמדתה המלאה ותמונת הנתונים השלמה מטעמה לא הובאו בפניו (ראו והשוו: עניין מראעבה, בעמ' 533). בהקשר זה ראוי לחזור ולהזכיר כי במהלך הדיון בעתירה הציגו המשיבים מידע חסוי בהיקף משמעותי – שחלקו אף גובש לאחר מועד מתן חוות הדעת המייעצת – וניתן להניח שגם מידע זה לא עמד בפני בית הדין הבינלאומי. כמו כן, ומבלי שנעלמה מעיני קביעת בית הדין כי הונחה בפניו תשתית עובדתית מספקת לשם מתן חוות הדעת (פסקה 47 לחוות הדעת המייעצת) – יצוין שבית הדין לא התבקש, כאמור,

לבחון פעולות שביצעה ישראל לאחר יום 7.10.2023, כך שגם בהקשר זה ניתן להניח שלא הוצגה בפניו תשתית עובדתית ברמת פירוט דומה לזו שהוצגה בפנינו (ראו בעמ' 2 ובפסקה 81 לחוות הדעת המייעצת, וכן בפסקה 39 לעיל).

42. בשים לב לכך שהמבחן להתקיימותה של תפיסה לוחמתית הוא במהותו מבחן עובדתי, אשר תלוי בבחינת המציאות בשטח, ההבדלים הניכרים בין התשתית העובדתית שהוצגה בפני בית הדין ובפנינו, יש בהם כדי להסביר את ההבדל במסקנות בסוגיה זו. הדבר נכון, בשינויים המחויבים, גם ביחס לאמור בחוות הדעת שצירפו העותרים בסוגיית התפיסה הלוחמתית (חוות הדעת של ד"ר Longobardo שצוינה לעיל, וכן חוות דעת מטעם מספר מומחים למשפט בינלאומי פומבי מיום 1.4.2024 באשר לקיומה של תפיסה לוחמתית בצפון רצועת עזה).

43. בכך דומות נסיבות המקרה דנן לעניין מראעבה, שעסק אף הוא במצב שבו בית משפט זה ובית הדין הבינלאומי הגיעו למסקנות שונות בסוגיה דומה. בשנת 2004, בתום הליך שמדינת ישראל לא הייתה צד לו (עניין מראעבה, בעמ' 533), נתן בית הדין חוות דעת מייעצת שבה כחן טענות בעניין גדר ההפרדה שהקימה ישראל, והגיע למסקנה שונה מזו שאליה הגיע בית משפט זה בפרשת בית טוריק (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004)). בעקבות זאת ציין הנשיא א' ברק בעניין מראעבה, והדברים יפים לענייננו בשינויים המחויבים:

"נקודת המוצא שלנו היא כי התשתית הנורמטיבית הבסיסית שעליה השתיתו בית הדין הבין-לאומי בהאג ובית המשפט העליון בפרשת בית טוריק את החלטותיהם, משותפת היא. חרף זאת הגיעו שני בתי המשפט למסקנות שונות. [...] שאלנו את עצמנו מה ההסבר לשוני זה. השבנו על שאלה זו, כי השוני נובע מהתשתית העובדתית השונה שהונחה לפני בית הדין הבין-לאומי בהאג מזה ולפני בית המשפט בפרשת בית טוריק מזה. כן ציינו כי השוני במודל הדיון תרם אף הוא לשוני בתוצאה. [...] בית המשפט העליון של ישראל ייתן את מלוא המשקל הראוי לנורמות של המשפט הבין-לאומי, כפי שפותחו ופורשו על ידי בית הדין הבין-לאומי בהאג בחוות דעתו. לעומת זאת מסקנתו של בית הדין, המבוססת על תשתית עובדתית שונה מזו שהונחה בפנינו, אינה מהווה מעשה בית דין, ואינה מחייבת את בית המשפט העליון של ישראל [...]" (עניין מראעבה, בעמ' 536; ההדגשות במקור – י"ע).

44. על רקע ההבדלים המשמעותיים בין המסד העובדתי שעמד בפנינו ובין המסד שעמד בפני בית הדין הבינלאומי, הגעתי למסקנה כי על אף האמור בחוות הדעת המייעצת, אין מקום לשנות מן המסקנה בנוגע להיעדר תחולת דיני התפיסה הלוחמתית ברצועת עזה. עם זאת, אציין כבר עתה כי כפי שיפורט בהמשך – ומבלי להביע כל עמדה במחלוקת שהתגלעה בין הצדדים בנוגע לפרשנות הקביעות בחוות הדעת המייעצת – ייתכן שבמבחן התוצאה, ההבדל בין עמדת בית הדין ועמדת הפסיקה הישראלית באשר לחובותיה של ישראל כלפי האוכלוסייה האזרחית ברצועה, אינו גדול כפי שנדמה במבט ראשון.

חובותיה של מדינת ישראל מכוח הדין הישראלי הפנימי

45. בנוסף לחובות הרלוונטיות מכוח המשפט הבינלאומי הפומבי, כוחות צה"ל כפופים בכל עת ובכל אשר ילכו להוראות הדין הישראלי, ובפרט לפסיקתו של בית משפט זה ולעקרונות הדין המינהלי שמהם נובעת, בין היתר, חובתן של רשויות המדינה לנהוג "בהגינות (מהותית ודיונית), בסבירות ובמידתיות" (בג"ץ 4764/04, בעמ' 393; כן ראו בג"ץ 201/09, בפסקה 15; עניין בית טוריק, בעמ' 828; עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 810).

[למען שלמות התמונה יצוין כי העותרים ביקשו לנתח את התנהלות המשיבים גם בראי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך איני סבור כי יש הכרח להידרש לשאלת תחולתו בענייננו. כפי שנפסק בהקשר דומה: "ביחס לחלק ניכר מן הפעולות המינהליות שנוקטות רשויות המדינה, הן בתוככי ישראל, הן מחוצה לה, כלל אין צורך לעסוק בשאלת התחולה האקסטר-טריטוריאלית של חוקי-היסוד. זאת, שכן בדרך כלל, הזכויות הנפגעות ממילא זוכות לכיבוד על-פי הדין המינהלי הישראלי, או הדין הבינלאומי, אשר חלים שניהם באופן א-טריטוריאלי, ומחייבים את רשויות השלטון בפעולותיהן], בכל מקום שהוא" (ע"א 993/19, בפסקה 82; ההדגשות במקור – י"ע).

46. אילו חובות מוטלות על כוחות צה"ל בזיקה לסיוע ההומניטרי שמיועד לאזרחים הבלתי-מעורבים ברצועה? בית משפט זה נדרש לסוגיה בפרשת אלבטיוני, שעסקה בהגבלות שהטילה המדינה על אספקת חשמל ודלק לרצועת עזה. פסק הדין ניתן כאמור בינואר 2008, דהיינו לאחר ההתנתקות, וכך נפסק בהקשר זה:

"בנסיבות אלה, אין מוטלת על מדינת ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת תושבי הרצועה ולשמור על הסדר הציבורי בתחומי רצועת עזה, לפי מכלול דיני הכיבוש של המשפט

הבינלאומי. לישראל אין גם יכולת אפקטיבית במעמדה הנוכחי להשליט סדר ולנהל את החיים האזרחיים ברצועת עזה. בנסיבות שנוצרו, החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה; חובות אלה נובעות גם ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו תלות כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל" (שם, בפסקה 12).

בית המשפט פסק כי אין מקום למתן צו מוחלט בעתירה בעניין אלבסיוני, מששוכנע כי מדינת ישראל מקבלת על עצמה "להמשיך ולהעביר לרצועת עזה את כמות הדלק והחשמל הדרושים לצרכים ההומניטריים החיוניים של האוכלוסייה האזרחית ברצועה" (פסקה 21). עם זאת, בית המשפט הדגיש כי בשים לב לכך שחלק מהחשמל ומהדלק שמגיע לרצועה משמש בפועל את ארגוני הטרור, "לא מוטלת על מדינת ישראל חובה לאפשר העברת כמות בלתי מוגבלת של חשמל ודלק לרצועת עזה [...] החובה המוטלת עליה נגזרת מהצרכים ההומניטריים החיוניים של תושבי רצועת עזה" – ובמילים אחרות, המדינה נדרשת "לאפשר לרצועת עזה אספקה רק של הטובין הדרושים לשם קיום הצרכים ההומניטריים החיוניים של האוכלוסייה האזרחית" (שם, בפסקה 11).

47. אם כן, מעניין אלבסיוני עולה כי ההתנתקות מרצועת עזה בשנת 2005 לא הביאה להפסקה מוחלטת של חובות המדינה בזיקה לצרכיה ההומניטריים של האוכלוסייה האזרחית ברצועה (ראו גם בג"ץ 5841/06 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבטחון, פסקה 7 (13.3.2007)). במציאות שלאחר ההתנתקות מוסיפה מדינת ישראל לשאת בחובות מסוימות, אשר נובעות בעיקרן ממצב הלחימה מול ארגון החמאס; ממידת השליטה של ישראל במעברי הגבול שבינה ובין הרצועה; וכן "מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור" – מצב שהוביל ליצירת תלות בישראל בהיבטים מסוימים. בכך ההכרעה בעניין אלבסיוני חולקת מעין מכנה משותף במבחן התוצאה עם חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי, שגם במסגרתה נקבע כי ההתנתקות לא קטעה לחלוטין את חובותיה של ישראל בזיקה לאוכלוסייה האזרחית ברצועה – הגם שבית הדין הגיע, כאמור, למסקנתו על בסיס נימוקים שונים מאלו שהובאו בעניין אלבסיוני.

48. פסקי דין עוקבים אישרו את הלכת אלבסיוני וחיידו אותה (ראו למשל: בג"ץ 201/09, בפסקה 14; עניין פלוני, בפסקה 11). כך, בסמוך לאחר מתן פסק הדין בעניין

אלבטיוני הוגשה עתירה שבה נטען כי ישראל אינה עומדת בחובותיה, מכיוון שבפועל מועברת לרצועת עזה כמות דלק קטנה מהמינימום הנדרש לצרכים הומניטריים (בג"ץ 4258/08 גישה המרכז לשמירה על הזכות לנוע נ' שר הביטחון (5.6.2008) (להלן: עניין גישה)). בתגובה לכך טען המשיב (שר הביטחון), בין היתר, כי עקב אילוצים ביטחוניים נפתחים המעברים רק בזמנים שבהם אין התראות, וכי אין אפשרות להעביר דלק בשעות החשיכה ובעתות מתיחות. בית המשפט דחה את העתירה, בצינו כי "דרישת העותרים להורות על ביטול גורף של ההגבלות שהטיל המשיב על העברת הדלק לרצועת עזה מתעלמת מהמציאות השוררת באזור הרצועה ובמעברים שבינה לבין מדינת ישראל" (בפסקה 8). עוד נקבע כי בנסיבות שבהן חמאס פועל לפגוע במעברים ובמפעיליהם, ובהינתן העובדה שמצב הלחימה מְקַשֶּׁה על העברה סדירה של סחורות לרצועה – הרי שהשיבושים בהעברת דלק לרצועה אינם נגרמים כתוצאה מהתנהלות המדינה, "אלא כתוצאה מהתנהלות שלטונית החמאס ומהאילוצים הביטחוניים שנוצרו עקב האירועים הנגרמים מהצד הפלסטיני" (שם, בפסקה 11). על רקע זה קבע בית המשפט בעניין גישה:

"טענת העותרים כי על המשיב להזרים דלק לרצועת עזה בכל עת של הפוגה בפעילות הלחימה המתרחשת במעברים, מעבר למכסה השבועית שהתחייב לה המשיב בפרשת אלבטיוני, משמעותה נטילת סיכון לחיי אדם מהצד הישראלי של המעבר ומתן אפשרות לארגון החמאס לאגור דלק על-מנת לעשות בו שימוש במאבק המזוין שהוא מנהל יום יום נגד מדינת ישראל, תוך ניצול השעות הקצרות של הפוגה על-מנת להצטייד מחדש. [...]"

במסגרת האיוונים המתחייבים כתוצאה מהחובה של המדינה לאפשר את העברת הדלק במעבר כנדרש על-פי פסק-דיןנו [בעניין אלבטיוני – י"ע], לבין חובתה להגן על חייהם של אזרחיה ושל חייליה, אין לחייב את המדינה ליטול על עצמה את פתיחת המעבר והזרמת הדלק במצב הגורם לסיכון ממשי לחיי אדם. [...]"

איננו רואים לשנות מהאמור בפסק-דיןנו בעניין אלבטיוני, ואנו רואים להדגיש כי ביישום האמור בו רשאי המשיב להתחשב בקיומן של נסיבות היוצרות סיכון ממשי ומשמעותי לחיי אדם" (פסקאות 8 ו-10-11; ההדגשות במקור – י"ע).

49. אם כן, הפסיקה הישראלית קבעה כי מדינת ישראל נושאת בחובות הומניטריות מסוימות בזיקה לאוכלוסייה האזרחית ברצועה, אך כי בהקשר זה יש לקחת בחשבון את החשש להתעצמותם של ארגוני הטרור עקב העברת הציוד, וכן את חובתה של ישראל להגן על אזרחיה וחייליה שלה [בשולי הדברים יוער כי הלכת אלבטיוני ונגזרותיה עסקו, כאמור, בדלק ובחשמל באופן ספציפי, אך המשיבים לא חלקו על הרלוונטיות של הלכה

זו לסיוע ההומניטרי בכללותו (ראו גם פסקה 15 לפסק הדין בעניין אלבסיוני). לצד זאת, יש להדגיש כי הפסיקה הישראלית עמדה לאורך הדרך על חשיבותו של הסיוע ההומניטרי לאזרחים הבלתי-מעורבים ברצועה, ועל חובתה של מדינת ישראל להושיט להם יד לעזרה:

”גם אם רצועת עזה נשלטת כיום על ידי תנועת החמאס, אשר הוכרזה ארגון טרור, חיים בה תושבים הזקוקים לשירותים חיוניים לקיום איכות ורמת חיים סבירה ואנושית. ישראל נדרשת להושיט עזרה כדי לאפשר סיפוק צרכים הכרחיים לאוכלוסייה המקומית, שבלעדיה לא יקבלו מענה. [...] הציבור התמים המתגורר ברצועת עזה אינו יכול להיותר מנותק מאמצעי קיום וקווי אספקה בסיסיים הנחוצים לחיים בכבוד, ומקום שהבטחת אמצעים אלה מותנית בשיתוף פעולה של ישראל, רשאית הממשלה, ולעיתים אף חייבת מכוח אחריותה, לסייע בהעברתם ליעדם. חובת המדינה להתמודד ביעילות ובנחישות כנגד לוחמת הטרור איננה מטשטשת את חובתה כלפי האוכלוסייה האזרחית באזור” (בג”ץ 1169/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ’ ראש הממשלה, פסקה 21 (15.6.2009)).

[בשולי הדברים יוער כי לאורך הדיון בעתירה טענו המשיבים שהחובות שפורטו בעניין אלבסיוני הלכו ונחלשו לאורך השנים, בעיקר עקב התבססותו של ארגון חמאס כגורם שלטוני ברצועה החל משנת 2007, ולטענתם ספק אם חובות אלו עודן רלוונטיות. עם זאת, ברי כי מלחמת “חרבות ברזל” חוללה שינוי נסיבות משמעותי במציאות החיים ברצועה – ובהינתן העובדה שהשלכותיו של שינוי זה טרם התבררו די הצורך, בשלב זה איני רואה מקום להידרש לשאלה אם ראוי לסטות מהלכת אלבסיוני (השוו: בג”ץ 201/09, בפסקה 14).]

החובה לגבש תשתית עובדתית לגבי המצב ההומניטרי ברצועה

50. עד עתה התמקד דיוננו בהגדרת חובותיה המהותיות של מדינת ישראל באשר לסיוע ההומניטרי שמיועד לאוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה. במהלך הדיון בעתירה התעוררה בהקשר זה שאלה נלווית, בעניין גיבוש התשתית העובדתית באשר לצרכי האוכלוסייה ולמצב ההומניטרי בשטח.

המשיבים הבהירו לאורך הדרך כי הם עורכים מעקב אחר היקף וסוגי הסיוע שנכנס לרצועה, בין היתר, באמצעות עבודת מטה מתאימה (פסקאות 104-105 לתצהיר

התשובה). עם זאת, בשלב מסוים עמדו העותרים על כך שהמשיבים נדרשים לאמוד לא רק את הסיוע שנכנס בפועל – אלא עליהם לבחון גם מהו היקף הסיוע הנדרש לאוכלוסייה (ראו בהקשר זה פסקה 1(ב) להחלטה מיום 4.4.2024). בהמשך לכך התבקשו המשיבים להבהיר אם לשיטתם מוטלת על ישראל החובה לגבש תשתית עובדתית באשר לסיוע הנדרש ברצועת עזה (החלטה מיום 6.5.2024).

המשיבים סברו שאין צורך להכריע בשאלה זו, מכיוון שהם ממילא פועלים לעקוב אחר המצב ההומניטרי ברצועה. עם זאת, בבחינת למעלה מן הצורך צוין כי לעמדתם "חובה משפטית לגיבוש תשתית עובדתית תקום כאשר צד לעימות מזוין מתבקש להכניס סיוע הומניטארי חיוני לשטח שבו מתקיימת לחימה, ובוחר האם להיענות לבקשה או לסרב לה" (פסקה 69 להודעת המשיבים מיום 23.5.2024). זאת, לשיטתם, מכיוון ש"בחינה של המצב ההומניטארי של האוכלוסייה האזרחית תהווה שיקול הכרחי בהחלטת צד לעימות לאשר או לסרב לכניסתו של סיוע הומניטארי" (שם). מכאן, כך לטענת המשיבים, שהחובה לגיבוש תשתית עובדתית תקום "רק במצב בו צד לעימות מזוין מבקש שלא לאפשר ולהקל על מעבר סיוע הומניטארי" – ואולם, כך הוסבר, זהו אינו המצב בענייננו, שכן עמדת המשיבים ממילא הייתה להקל ולאפשר הכנסת סיוע הומניטארי "ללא הגבלה כמותית", והמדינה אף נקטה פעולות להגדלת היקף הסיוע המועבר (שם; ההדגשה הוספה – י"ע). בתגובה ציינו העותרים שהם "לא סבורים כי על המשיבים לגבש בעצמם תשתית עובדתית ואף קיים ספק אם יש להם את המומחיות הנדרשת לעשות זאת", ואולם נטען כי המשיבים מחויבים להתבסס על תשתית עובדתית בנוגע לצרכים ההומניטאריים, ו"ככל שהם לא מסוגלים או לא רוצים לגבשה בעצמם בצורה אמינה ומקצועית, עליהם להתבסס על נתונים של הארגונים המומחים [...] (פסקה 81 לתגובת העותרים מיום 30.5.2024; ההדגשה הוספה – י"ע).

51. אם כן, דומה שהמחלוקת בנוגע לסוגיית התשתית העובדתית היא מצומצמת מכפי שהיה נדמה בתחילה, וכי אין הכרח לדון כעת בהיקף המדויק של חובות המדינה בנוגע לגיבוש תשתית עובדתית בנוגע לנעשה ברצועה. עם זאת, מצאתי לנכון להוסיף הערה בהקשר זה, באופן צופה פני עתיד ומבלי לקבוע מסמרות.

מהנתונים שלפנינו עולה כי לאורך תקופת הדיון בעתירה לא הוטלו הגבלות כמותיות על הכנסת סיוע לרצועת עזה, ואף לא נרשם סירוב קטגורי להכנסת סוגי סיוע כלשהם. אך גם בהיעדר מכסות או מגבלות קשיחות, דומה כי פעולות פיקוח ובקרה על כניסת סיוע – פעולות שאין חולק כי מצויות בתחום זכויותיהם של צדדים לסכסוך מזוין

– עשויות להשפיע על נתוני הכנסת הסיוע בפועל. השפעה שכזו עשויה לנבוע, למשל, מצעדים לוגיסטיים כגון תחילת ימי ושעות פעילות המעברים; מפעולות בדיקה, פיקוח וחיפוש שמבוצעות לגבי משלוחי הסיוע; או מפיקוח מוגבר על הכנסת ציוד "דו-שימושי", דהיינו ציוד שמיועד לשימוש אזרחי אך עשוי בפועל לשמש גם למטרות צבאיות ולצרכי טרור (למשל חומרים כימיים כגון כלור, או ציוד תקשורת).

52. לתפישתי, החובה לפעול לגיבוש תשתית עובדתית בנוגע לצרכי האוכלוסייה האזרחית ברצועה, אינה תלויה בטיב הצעד שאותו נוקטים המשיבים בזיקה להעברת הסיוע – אם הטלת מכסה כמותית, אם תחילת שעות פתיחת המעברים, ואם כל צעד אחר שיש בו כדי להשפיע באופן ניכר על כמויות או סוגי הסיוע שמועבר. גיבוש תמונה עובדתית בנוגע לצרכיה ההומניטריים של האוכלוסייה האזרחית, הוא רכיב חשוב בתהליך קבלת ההחלטות וקביעת המדיניות בזיקה לסיוע ההומניטרי – ומדובר במלאכה מתמשכת ורציפה שיש לפעול למילוי באופן רציף. כפי שצוין בפסיקה בהקשר דומה: "מלאכת היישום, על הכללים המחייבים גם לשיטת הצבא, דורשת התאמה ובחינת המתרחש בשטח. אם בתחומי המשפט האזרחי הדין נגזר מהעובדות, על אחת כמה וכמה שמבט זה ראוי בכל הקשור לדיני המלחמה – על מורכבות יישומם במציאות עמומה ודינמית" (דברי השופט נ' הנדל בעניין יש דין, בפסקה 4 לחוות דעתו; וראו גם: פסקאות 7-3 להחלטה בעניין אלבסיוני מיום 29.11.2007; פסקאות 6, 10 ו-19 לפסק הדין באותו הליך).

53. לצד האמור, אין לחדד כי היכולת המעשית לגבש תשתית עובדתית מקיפה ומקיפה בנוגע לצרכי האוכלוסייה האזרחית ברצועה עזה, עשויה להיות מושפעת מאילוצים ביטחוניים ומהקשיים שכרוכים באיסוף מידע בשטח עוין בזמן מלחמה. בעבר נפסק כי "בשלב ניהול הלחימה לא תמיד ניתן לאסוף את מלוא המידע הדרוש להפעלת הביקורת השיפוטית, נוכח השינויים המתרחשים באופן דינאמי ורציף" (בג"ץ 201/09, בפסקה 13; ראו והשוו גם: בג"ץ 4764/04, בעמ' 410; יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי ב 832-833 (2023); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי א 443 (2010)) – והדבר נכון, בשינויים המחויבים, גם בשלב הקודם בזמן לביקורת השיפוטית, קרי בשלב גיבוש התשתית העובדתית על ידי המשיבים לשם קבלת החלטה בשטח (לירון א' ליבמן "אין ביקורת שיפוטית ללא דין ואין דין ללא עובדות: על ביקורת שיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים" הארת דין יג 1, 3 (התשע"ט)). כך בפרט באשר לאיסוף מידע על צרכיה ההומניטריים של אוכלוסייה אזרחית שארגוני הטרור פועלים להיטמע בה

ולחסות עצמם בקרבה (השוו: דברי כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין בעניין הוועד הציבורי, בעמ' 594).

54. קשיים אלו בגיבוש תמונת המצב העובדתית, קיבלו ביטוי קונקרטי בשלבים המאוחרים של הדיון בעתירה. בתחילת אוקטובר 2024 חלה ירידה משמעותית בכמות הסיוע ההומניטרי שנכנסה לצפון הרצועה, מסיבות שעליהן יפורט בהמשך, ועל רקע זה הגישו העותרים את בקשתם לצו ביניים מיום 15.10.2024. בתגובתם לבקשה ציינו המשיבים, בין היתר, כי ההחלטה לסגור את המעברים היבשתיים הרלוונטיים "התקבלה על רקע הערכת מתפ"ש לפיה קיימות עתודות מספקות בצפון הרצועה" של מלאי סיוע הומניטרי (פסקה 5 לתגובה מיום 24.10.2024). הבקשה לצו ביניים נדחתה, כאמור, ובדיון שהתקיים לפנינו ביום 24.11.2024 הסביר בא-כוח המשיבים כי להערכתם "אלפים בודדים של אוכלוסייה אזרחית" נותרו בשטח שבו מתנהלת לחימה עצימה בצפון הרצועה (בעמ' 3 ש' 26 לפרוטוקול).

אולם, בהודעה מיום 17.12.2024 ציינו המשיבים כי לאחר ניטור היקף האוכלוסייה שהתפנתה ממרחב בית לאהייה שבצפון הרצועה, התברר כי "ההערכה בדבר היקף האוכלוסייה שהתפנתה אינ[ה] תואמת את הערכת היקף האוכלוסייה ששהתה במרחב, באופן המקים חשש לסטיה מהנתונים שהוצגו בדיון מיום 24.11.24, כך שכמות האוכלוסייה האזרחית במרחב גדולה יותר" (פסקה 3 להודעה). בהודעתם הדגישו המשיבים כי צה"ל פועל לתחקור הפער ולהפקת לקחים, ומכל מקום כי התנהלותם בתקופה הרלוונטית הביאה בחשבון הנחה מחמירה ביחס לכמות האוכלוסייה ששוהה במרחב ולקחה בחשבון אפשרות לסטיה בנתונים. העותרים, מצדם, טענו כי הפער בנתוני המשיבים מעלה ספק באשר לאמיתותם של נתונים אחרים שהציגו (פסקאות 2 ו-4-5 לתגובת העותרים מיום 25.12.2024; ופסקה 6 להודעתם מיום 1.1.2025).

55. יש להצר על הטעויות שהובילו לפער בהערכת העובדתית של המשיבים בסוגיה כה מהותית, ויש להניח כי הגורמים הרלוונטיים בצה"ל פועלים ככל הניתן על מנת להבטיח ששגגה שכזו לא תישנה. לצד זאת אדגיש כי טוב עשו המשיבים בהביאם סוגיה זו לתשומת לבנו, ולשיטתי יש בכך כדי ללמד על מידת הרצינות שבה הם מתייחסים לחובתם לפעול לגיבוש תשתית עובדתית עדכנית ומהימנה ככל האפשר לגבי מצבה וצרכיה של האוכלוסייה האזרחית ברצועה. עם זאת, דוגמה זו ממחישה את הקושי המובנה בגיבוש תמונת מצב הומניטרית בזמן הלחימה ברצועת עזה – קושי המושפע, כפי שצינו המשיבים, מכך "שהרצועה אינה בשליטה אפקטיבית של צה"ל וממילא אינה

מנוהלת אזרחית על ידי המשיבים", ומתקיים בפרט לגבי אותם אזורים שבהם כוחות צה"ל אינם נמצאים (פסקאות 179 ו-273 לתצהיר התשובה).

סיכום ביניים: חובותיה של מדינת ישראל

56. בפסיקה צוין בעבר בהקשר דומה, כי "העותרים, ארגוני זכויות אדם, פועלים מתוך דאגה לרווחת תושבי רצועת עזה, ומייצגים את האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית ברצועה, אשר ללא ספק נפגעת קשות מהמצב השורר שם" (עניין גישה, בפסקה 9). אולם, לאחר בחינת התשתית העובדתית והנורמטיבית שהוצגה בפנינו, הגעתי למסקנה כי חרף טענות העותרים, בשלב זה אין מקום לשנות מן הגישה הפסיקתית שנוהגת בישראל מזה למעלה מעשור – ולפיה התנהלות ישראל בזיקה לסיוע ההומניטרי שנועד לאוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה תיבחן, בעיקרם של דברים, בראי דיני הלחימה הבינלאומיים ובראי הדין הישראלי כפי שהוחל ופורש בפסיקה. בשים לב לתמונת היכולות והפעולות של צה"ל מזה ושל חמאס מזה, לא ניתן לומר כי בשלב זה מתקיימים התנאים העובדתיים למצב של תפיסה לוחמתית מצד ישראל ברצועת עזה – ועל כן אין מקום לרתום את הכרכרה לפני הסוסים ולהטיל על מדינת ישראל חובות שאין באפשרותה לקיים.

משמעות הדבר היא שחובותיה של ישראל בהקשר מושא ענייננו, כוללות את החובה לאפשר ולהקל (to allow and facilitate) על העברת הסיוע שנחוץ למילוי צרכיה החיוניים של האוכלוסייה האזרחית ברצועה, על כל המשתמע מכך, ובתוך כך נדרשים המשיבים לפעול, במידת האפשר, לקיום מעקב מתמיד אחר תמונת הצרכים ההומניטריים החיוניים ברצועה. עם זאת, ברי בעת יישום מכלול החובות הללו יש לקחת בחשבון אילוצים ביטחוניים, צבאיים ומבצעיים, וכן את הקשיים האינהרנטיים למלאכת איסוף המידע בזמן מלחמה.

57. השאלה שאליה נידרש בשלב הבא של הדיון, היא כיצד יש לתרגם את חובותיה של מדינת ישראל למציאות בשטח. סוגיה זו מעוררת מורכבויות בפני עצמה, שכן כפי שנפסק, "לא ניתן להתעלם מכך כי מערכות הדינים הקיימות כיום במשפט הבינלאומי, אינן מותאמות למציאות המשתנה ולתופעת הטרור אשר משנה את פני הסכסוכים המזוינים, את מאפייניהם ואת משתתפיהם" (דברי הנשיאה ד' ביניש בעניין פלוני, בעמ' 353-354; כן ראו בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 381-382 (2002)). במסגרת זו נבחן את התנהלות המשיבים במישור היישומי –

ויצוין כבר עתה, כפי שהובהר בפתח הדברים, כי לאחר בחינת טענות הצדדים לא מצאתי עילה למתן צו מוחלט בעתירה.

פעולות המשיבים בזיקה לסיוע ההומניטרי

58. טרם שנידרש לפירוט על התנהלות המשיבים בזיקה להעברת הסיוע, נפתח בשלוש הערות מקדמיות הנחוצות לתחימת גדר המחלוקת בשלב זה של הדיון.

(א) לאורך הדיון בעתירה חלו תמורות בתמונה שנפרשה בפנינו באשר להתנהלותם של המשיבים. אמנם, המשיבים הדגישו כבר בתגובתם המקדמית כי הם פועלים לאפשר העברת סיוע בהיקפים גדולים ככל הניתן, וכי הם אינם מטילים מגבלות על כמות הסיוע שנכנס לרצועה – אך באותה עת דומה היה שרב הנסתר על הגלוי בנוגע למצב ההומניטרי ברצועת עזה, כמו גם בנוגע לטיב הפעולות שנקטו המשיבים במטרה לשפרו. בעקבות הדיונים שקיימנו בעתירה והשאלות שהפנינו לבאי-כוח הצדדים, הלכה התמונה והתחדדה: גורמים שונים בצה"ל התייצבו לדיונים ופירטו על פעולות הצבא בשטח, והמשיבים הגישו התייחסויות מפורטות ביחס לפעולות ההומניטריות קונקרטיות שנקטו במישורים שונים.

עם זאת, הפערים העובדתיים שבטענות הצדדים היו ונותרו משמעותיים, ובסוגיות רבות ניכרו הבדלים בין הנתונים שהביאו העותרים ובין אלו שהציגו המשיבים. לשם המחשה, בשלב מסוים טענו העותרים כי ישראל סירבה פעמים רבות לבקשותיו של אחד מארגוני הסיוע להכנסת מחוללי חמצן לרצועה; אך המשיבים ציינו שאישרו לאותו ארגון להכניס 18 מחוללי חמצן "במסגרת חמש בקשות בארבעה מועדים שונים" (ראו, בהתאמה: פסקה 41 לתגובת העותרים מיום 3.5.2024; פסקה 119 לתצהיר התשובה). עוד נזכיר את המחלוקת בין הצדדים בנוגע למספר האזרחים ששהו בצפון הרצועה נכון לאוקטובר 2024, ואת הודעת המשיבים שבה הכירו בטעות שנפלה בהערכתם מזמן אמת.

כאמור בפסקה 2 לעיל, העתירה שלפנינו אינה האכסניה המתאימה לבירור מעמיק של המחלוקות העובדתיות שבין הצדדים, או לתחקור תקריות פרטניות כאלה ואחרות. עם זאת, ראוי להזכיר את "הגישה העקבית בפסיקת בית המשפט, כי יש לתת משקל מיוחד לחוות דעתו הצבאית של הגורם אשר עליו מוטלת האחריות לביטחון" – ובענייננו, לחוות דעתם המקצועית של גורמי צה"ל, אשר חלקם טענו לפנינו בדיונים וחלקם הגישו תצהירים חתומים מטעמם (בג"ץ 10309/06 מועצה מקומית אלפי מנשה נ'

ממשלת ישראל, בפסקה 15 (29.8.2007); ראו גם: בג"ץ 5841/06 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבטחון, פסקה 9 (13.3.2007)). אכן, ככל שהדבר נוגע לאותן "שאלות צבאיות-מקצועיות, שבה אין לבית-משפט ידיעה מבוססת משלו", מן הראוי להעמיד את המצהירים מטעם המשיבים "בחזקת[ם] שטעמי[הם] המקצועיים הם טעמים כנים" – חזקה שכדי לסתור אותה דרושות "ראיות משכנעות מאד" (בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90, 92-93 (1979); כן ראו: עניין גישה, בפסקה 9; עניין בית סוריק, בעמ' 844-845; בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 459 (2004); בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 25 (1979)).

(ב) לצד האמור, דומה כי סוגיית הסיוע ההומניטרי לאוכלוסייה האזרחית היא, בהיבטים מסוימים, שונה ונפרדת מאותן החלטות צבאיות-מבצעיות שמתקבלות לשם הכנעת ארגוני הטרור והשגת יעדי המלחמה. אכן, "ודאי שבית-משפט זה לא ינקוט כל עמדה באשר לאופן ניהול הלחימה. כל עוד חיי החיילים בסכנה, ההכרעות תיעשינה על-ידי המפקדים" (בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11, 16 (2002); עניין יש דין, בפסקאות 60-61 ו-64; עניין ג'מעית אסכאן, בעמ' 810). אולם, כפי שהדגישו המשיבים, "המלחמה מכוונת נגד ארגוני הטרור ברצועה, ולא נגד תושבי רצועת עזה" (פסקה 4 לתצהיר התשובה). לפיכך, הביקורת השיפוטית תתבצע בענייננו מתוך הכרה במכלול הנסיבות הרלוונטיות, תוך מתן המשקל הראוי לשיקולים צבאיים-ביטחוניים, אך גם לחובתם של המשיבים לפעול בסבירות ובמידתיות בכל אורחותיהם (ראו בהקשר זה: בג"ץ 4764/04, בעמ' 393 ו-410-411).

(ג) אין חולק, ולא יכול להיות חולק, כי המצב ההומניטרי ברצועת עזה אינו קל בלשון המעטה, וכי האוכלוסייה האזרחית הבלתי-מעורבת משלמת מחיר כבד מאוד בגין המלחמה שבה פתחו ארגוני הטרור. אולם, מקובלת עליי טענת המשיבים כי סבלה של האוכלוסייה האזרחית אינו מעיד בפני עצמו על הפרת חובה מצד מדינת ישראל. "סבל זה הינו תוצאה מדרך התנהלותו של ארגון הטרור האכזרי אשר שולט ברצועת עזה ופועל מתוך האוכלוסייה האזרחית תוך סיכונה והפקרתה" (בג"ץ 201/09, בפסקה 29; עניין גישה, בפסקה 9). על כן, עצם קיומם של פערים בהגעת הסיוע לאוכלוסייה האזרחית או בחלוקתו, אינו מעיד בהכרח שהמשיבים אינם עומדים בחובותיהם על פי דין. זאת, בפרט על רקע העובדה שהיבטים רבים בתהליך אספקת הסיוע לאוכלוסייה האזרחית, אינם מצויים בשליטתם המלאה של המשיבים. כך למשל, נביא מדבריהם של המשיבים במסגרת תצהיר התשובה שהגישו:

"ארגון הטרור חמאס ממשיך להשתלט על חלק מהסיוע ההומניטארי הנכנס לרצועת עזה, לצרכיו, ומונע ממנו להגיע במלואו לתושבי רצועת עזה. יתר על כן, ככל הידוע למשיבים, בחלק מהמקרים ארגונים בין-לאומיים ברצועה נדרשים לתאם את הפעילות שלהם עם ארגון חמאס, אשר שולט על נתיבי השיירות ונקודות החלוקה. הדבר מקנה לחמאס השפעה משמעותית על שרשרת ההפצה של הסיוע ההומניטארי. ישנם אף דיווחים, כי ארגון הטרור חמאס איים על קבוצות של פלסטינים פן ישתפו פעולה עם ישראל באבטחת שיירות הסיוע, ואף דווח כי פגע בהם בפועל. מעבר לכך, היו במהלך הלחימה אירועי ביזה לא מעטים של משאיות הסיוע, של מתקני אחסון ושל נקודות חלוקה על ידי ארגוני הטרור, כנופיות פשע או תושבים מן השורה. ארגון הטרור חמאס אף פועל לפגוע במעברים ההומניטאריים אל תוך הרצועה ובדרכים ההומניטריות בתוך הרצועה המאפשרות מעבר סיוע הומניטארי באמצעות ירי לעברם" (בפסקה 142).

בנסיבות אלו, ברי כי רבים מהקשיים שתיארו העותרים באשר לוידוא הגעת הסיוע לאזרחים שזקוקים לו, אינם עומדים לפתחם של המשיבים.

ועתה, לגופו של עניין. בשלב זה של הדיון נבחן מהלכים שונים שנקטו המשיבים בנוגע להכנסת הסיוע ההומניטארי ולהקלה על העברתו לידי האוכלוסייה האזרחית ברצועה. תחילה נבחן את פעולות המשיבים בזיקה לתשתיות הנדרשות להעברת הסיוע, לרבות המעברים היבשתיים וצירי התנועה שמשמשים למעבר סחורות. לאחר מכן נפרט על פעולות שבוצעו אל מול ארגוני הסיוע עצמם – במטרה לטייב את ערוצי הקשר עמם, לאפשר הכנסת צוותים מטעמם לשטח הרצועה, ולהקל על תנועתיהם בתוך הרצועה. לבסוף נסקור צעדים שנקטו המשיבים בזיקה להעברת סוגים ספציפיים של סיוע הומניטארי, ובהם מזון, מים, ציוד רפואי וציוד תברואתי. כפי שיפורט להלן, לאורך תקופת הדיון בעתירה ביצעו המשיבים מהלכים רבים ומגוונים לטיוב תהליך העברת הסיוע ולהתמודדות עם מכשולים שהתעוררו לאורך הדרך – באופן שהביאני למסקנה כי לא הוכחה עילה למתן צו מוחלט בנוגע לסוגיות שפורטו בעתירה.

פעילות המשיבים בזיקה לתשתיות להעברת הסיוע

59. הכנסת הסיוע ההומניטארי אל שטח הרצועה נעשתה לאורך המלחמה במספר אפיקים עיקריים. במישור היבשתי נעשה שימוש במספר מעברים, ובהם מעבר כרם שלום – אשר מצוי בדרום הרצועה ומשמש להכנסת סחורות מישראל וממצרים. הפעילות במעבר זה הופרעה לא אחת לאורך הלחימה עקב אירועים ביטחוניים, ובפרט עקב ירי

רקטות ופצמ"רים לכיוון המעבר. לאחר סגירת מעבר רפיח במאי 2024, המשאיות שנכנסו עד לאותה עת ממצרים דרך מעבר רפיח הוסטו למעבר כרם שלום (פסקאות 54 ו-58 לתצהיר התשובה).

לאורך הדרך ביצעו המשיבים פעולות שונות לשיפור התשתיות במעבר כרם שלום. כך, הוגדלו יכולות הבידוק הביטחוני במעבר, לרבות באמצעות שיפור מנגנוני הבידוק והוספת אמצעים לבידוק מהיר; ובתצהיר התשובה עדכנו המשיבים כי אושרה תכנית עבודה לשדרוג נוסף של המעבר, אשר צפוי היה להגדיל באופן משמעותי את יכולת הספיקה שלו. בעקבות עיכובים שזוהו בשער 38 – ששימש למעבר סחורות ממצרים לבידוק במעבר כרם שלום – בוצעה הרחבה של נתיב התנועה מצדו הישראלי של השער. עוד דיווחו המשיבים כי לבקשת ארגוני הסיוע, תואמה סלילת צירים נוספים ממעבר כרם שלום לכיוון המרחב ההומניטרי.

60. שעות הפתיחה של מעבר כרם שלום הורחבו אף הן לאחר הגשת העתירה; ובהמשך להשגות העותרים על כך שהמעבר אינו פעיל בימי שבת, הובהר כי האיסוף יכול שיתבצע על ידי הארגונים בכל ימות השבוע, כולל שבת. המשיבים הביעו נכונות להרחיב עוד יותר את שעות הפתיחה של מעבר כרם שלום, ואולם על פי הנתונים שהוצגו לפנינו, דומה כי כמות הסיוע שנכנסה דרך מעבר כרם שלום לאורך רוב תקופת הדיון בעתירה הייתה גדולה מכפי יכולות האיסוף של הארגונים – ומשכך "צוואר הבקבוק" לא היה מצוי בשלב הבידוק והכנסת הסחורה לרצועה, אלא באיסופה מצדו העזתי של מעבר כרם שלום (פסקה 24 להודעת המשיבים מיום 1.5.2024; פסקאות 62-63 ו-99 סיפא לתצהיר התשובה; פרוטוקול הדיון מיום 24.11.2024, בעמ' 6 ש' 17-18, ובעמ' 11 ש' 6-9). לשם המחשה יצוין כי בחודשים יולי-אוקטובר 2024 נכנסו דרך מעבר כרם שלום מעל 12,900 משאיות שנשאו סיוע הומניטרי וכן מזון מטעם הסקטור הפרטי (פסקה 21 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024).

61. העותרים, מצדם, הכירו בכך שארגוני הסיוע התקשו באיסוף הסיוע במעבר כרם שלום, ואולם לטענתם הסיבות לכך נעוצות בחשש לביטחונם של אנשי הארגונים, בשיבושים בדרכים, במחסור בדלק ובמגבלות על תנועתם (פסקה 34 לעיקרי הטיעון). עם זאת, יש להדגיש כי המכשולים הללו הם בעיקרם תוצר-לוואי הכרחי ומצער של הלחימה עצמה, ואיני סבור כי העותרים הצביעו על פעולות קונקרטיות שאותן היה, לשיטתם, על המשיבים לנקוט בהקשר זה.

62. לאורך רוב תקופת המלחמה התאפשרה העברת סיוע גם באמצעות הציר הירדני: נתיב ששימש להכנסת סיוע הן מטעם ארגוני סיוע והן באמצעות משאיות של הצבא הירדני, ואשר עבר דרך מעבר אלנבי אל שטח ישראל ויהודה ושומרון – ומשם לרצועת עזה דרך מעבר כרם שלום או המעברים שבצפון הרצועה. לאחר שיבושים שחלו בהעברת סיוע בציר הירדני בחודש ספטמבר 2024, המשיבים עדכנו כי הציר חזר לפעילות במחצית אוקטובר 2024 (פסקה 4 לבקשת העותרים מיום 15.10.2024; פסקה 25 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024).

63. במקביל הקימה ישראל מספר מעברים שנועדו להקל על העברת סיוע לצפון הרצועה. במרץ 2024 פתחה ישראל את מעבר 96 – מעבר סחורות שנוצר באמצעות פתח ייעודי בגדר שבין ישראל לרצועה, בחלקה הצפון-מזרחי של הרצועה, כאשר הצידו שעבר בו נבדק במעבר כרם שלום. המשיבים עמדו על קיומן של מורכבויות ביטחוניות בהפעלת מעבר 96, ובתצהיר התשובה ציינו המשיבים כי השימוש במעבר 96 אינו סדיר, אך כי הוא "ממשיך להיות מופעל במספר הזדמנויות לבקשת הארגונים" שמבקשים להוביל סיוע דרך מרכז הרצועה, ולשנעו לצפון הרצועה ולדרומה (פסקה 70 לתצהיר התשובה). בהמשך ציינו המשיבים כי ישראל ערוכה לאפשר לאו"ם להכניס כמות גדולה יותר של סיוע דרך מעבר 96 (פסקה 31 להודעת המשיבים מיום 20.8.2024).

64. במאי 2024 נפתחו שני מעברים נוספים להכנסת סחורות בצפון הרצועה – מעבר ארז מזרח, ומעבר ארז מערב שסמוך לזיקים (להלן יחדיו: מעברי ארז) – וזאת במטרה להרחיב את האפשרות להעביר ציוד ישירות לתושבי צפון הרצועה, ולצמצם את הסכנה לביזת השיירות שנעות בתוך הרצועה. בתצהיר התשובה צוין כי משאיות שמיועדות למעברים אלו עוברות בדיקה בנמל אשדוד או במעבר אלנבי, וכי הקיבולת המשולבת שלהם עמדה נכון לאותה עת על 200 משאיות ביום (פסקאות 73 ו-184 לתצהיר התשובה). המשיבים הבהירו כי בפועל לא עלה צורך בפתיחת שני מעברי ארז במקביל – ואולם הודגש כי אם יעלה צורך עקב בקשות ארגוני הסיוע, המשיבים יהיו נכונים לבחון את הפעלתם במקביל. כעולה מהודעות המשיבים, בחודשים יולי-אוקטובר 2024 הוכנסו דרך מעברי ארז למעלה מ-3,300 משאיות סיוע הומניטרי וכן מזון מהסקטור הפרטי (פסקה 21 להודעה מיום 14.11.2024). בהודעתם מיום 14.11.2024 הוסיפו המשיבים כי צה"ל הכשיר מעבר נוסף במרכז הרצועה – מעבר כיסופים – שיאפשר הכנסת סיוע בציר נוסף (שם, בפסקה 32).

65. בנוסף למעברים היבשתיים, לאורך רוב תקופת הדיון בעתירה הועבר סיוע לרצועה גם באמצעות הצנחות אוויריות שבוצעו בתיאום עם ישראל; וכן בנתיבים שכללו

מעבר ימי. כך, טובין הומניטריים הועברו לרצועה באמצעות נמל אשדוד באחד משני מסלולי בידוק: (א) בידוק ראשוני בנמל אשדוד, ובידוק נוסף במעבר כרם שלום; או (ב) בידוק ברמה גבוהה יותר שאיפשר שחרור של הטובין הישר מהנמל אל שטח הרצועה, בעיקר דרך המעברים הצפוניים. בתחילה הופעל נמל אשדוד בעיקר לצורך העברת משלוחי קמח, והעותרים אף טענו שישראל אסרה על הכנסת סחורות מסוג אחר דרך הנמל. אולם, המשיבים הדגישו שנמל אשדוד נפתח למעבר סחורות מכל הסוגים, וכי נציגים מטעמם פעלו באופן יזום מול ארגוני הסיוע כדי להציג להם את האפשרות של הכנסת סיוע מגוון יותר דרך הנמל (פסקאות 76-77 לתצהיר התשובה). כמו כן, בנובמבר 2024 הוחלט לקבוע מסלול מואץ לשחרור סיוע הומניטרי בנמל אשדוד על פי בקשה של משרד הביטחון (פסקה 31 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024). [למען שלמות התמונה יצוין כי במאי 2024 הקים צבא ארה"ב מזח זמני בצפון הרצועה, במטרה לאפשר פריקת סיוע הומניטרי שהגיע דרך המסדרון הימי מקפריסין. ביולי 2024 הופסקה פעילות המזח, והסחורה שיועדה אליו הועברה לנמל אשדוד].

66. במקביל להקמת המעברים השונים ולהרחבתם, פעלו המשיבים כדי לייעל את צירי התנועה היבשתיים ששימשו לשינוע הסיוע, הן בישראל והן בשטח הרצועה – וזאת, בין היתר, על מנת לאפשר עקיפה של אזורים שבהם התרחשו אירועי ביזה (פרוטוקול הדיון מיום 24.11.2024, בעמ' 8 ש' 29-31). כך, בוצעו עבודות לשדרוג כביש 10, העובר בסמוך לגבול בין ישראל למצרים ושימש להכנסת סיוע דרך מעבר כרם שלום; וכן בוצעו עבודות לשדרוג התשתיות בציר נצרים. עוד הקלו המשיבים, בתיאום עם ארגונים מקומיים, על ביצוע עבודות להכשרת ציר צלאח א-דין בסמוך למעברי ארז לפני פתיחתם; פעלו לייצר ציר דו-נתיבי ("ציר פולאט") שמחבר בין מעבר כרם שלום לציר צלאח א-דין; ובנוסף תואמו תיקונים בחלק מציר פילדלפי, במטרה להקל על הגישה למעבר כרם שלום. המשיבים הוסיפו כי כאשר התקבלו עדכונים על צירים חסומים בתוך הרצועה, צה"ל סייע ביצירת קשר עם ארגונים שונים במטרה להקל על הגעת צוותים למרחבים הללו ולאפשר את תיקונם.

שיפור הקשר עם ארגוני הסיוע

67. לאורך הדיון בעתירה הדגישו המשיבים כי הם מקיימים קשר שוטף עם נציגים מטעם מדינות שונות ועם ארגוני הסיוע, במטרה לזהות פערים ולפתור מכשולים. כך, בתחילת המלחמה הקים מתפ"ש צוות שהופקד על הערכת המצב ההומניטרי ברצועה, בשיתוף עם מדינות זרות וארגונים בינלאומיים; וביוני 2024 הורה הרמטכ"ל על הקמת

קבוצות עבודה בשיתוף ארגונים בינלאומיים בתחומי האיסוף וחלוקת הסיוע, תיאום התנועות והתקשורת, המענה הרפואי והתברואה. במקביל פעלו המשיבים לטיוב מנגנוני הטיפול בפניות הארגונים: ברשות המיסים הוקם מוקד לקידום הטיפול בהיבטי המכס של העברת הסיוע; במת"ק עזה (מפקדת התיאום והקישור לעזה) הוקם מוקד שפעל מסביב לשעון לשם מענה לפניות הארגונים; עוד הוקם חדר תיאום משותף במת"ק עזה (להלן: חדר התיאום), שבהמשך אוחדה הפעילות בו עם חדר התיאום המשותף של פיקוד המרכז של צבא ארה"ב; וכן ניתנו הקלות במתן פטור ממכס בעת ייבוא תרומות לרצועה. המשיבים הדגישו כי מת"ק עזה קיים ישיבות יומיות עם נציגים מארגוני סיוע, שבמסגרתן "סוקרים את התיאומים שמיועדים לקרות באותו היום והתיאומים שאמורים לקרות ביום שלמחרת, לרבות פערים קיימים, וזאת על מנת להקל על פעילות ארגוני סיוע במרחבים בהם ישנה פעילות מבצעית של כוחות צה"ל, בזמן אמת" (פסקה 161 לתצהיר התשובה). בנוסף, לאורך המלחמה פעלו בצה"ל קציני אוכלוסייה (קא"לים), המחזיקים בהכשרה מיוחדת לטיפול באוכלוסייה אזרחית; הקא"לים שובצו ליחידות המבצעיות ופעלו, בין היתר, לקיום פגישות עם גורמים הומניטריים ולקישור בין הפעילות ההומניטרית ובין פעילותם של כוחות הביטחון.

68. במישור הלוגיסטי איפשרו המשיבים העברת סוגים שונים של ציוד תומך עבור ארגוני הסיוע – כגון מלגזות ומתקני אחסון, וכן ציוד הגנתי כגון קסדות ואפודים – ובנוסף סייעו בריכוז רכישת משאיות ריקות עבור האו"ם ובהעתקת מחסנים אל המרחב ההומניטרי. עוד אושרה הכנסת פריטי תקשורת עבור הארגונים, כגון טלפונים לווייניים; נרכשו והוכנסו משיבי מיקום לטובת צוותי האו"ם; הופעל פיילוט שבמסגרתו מיקומי המשלחות משודרים באופן ישיר לחדר התיאום; ובנוסף פעל צה"ל לרכישת אמצעי תקשורת לקיום קשר ישיר בין הקא"ל בשטח ובין הארגונים.

69. בשלב זה ראוי לציין, למען שלמות התמונה, כי לאורך חלק מתקופת הדיון בעתירה התאפשרה הכנסת ציוד וסחורה לרצועה לא רק מטעם ארגוני הסיוע ההומניטריים, אלא גם מטעם גורמים בסקטור הפרטי אשר מכרו את מרכולתם לאזרחים למטרות רווח. בעקבות סגירת מעבר רפיח במאי 2024 אף הוחלט לפנות באופן יזום לגורמים מהסקטור הפרטי ולקדם הכנסת טובין במישור זה, במטרה לספק פתרון מעשי לאספקת מזון לרצועה. לאחר חידוש מעבר המשאיות ממצרים דרך מעבר כרם שלום בסוף מאי 2024, הפחיתו המשיבים באופן ניכר את תיאום הכנסת הסחורות מהסקטור הפרטי, על מנת להקל על ארגוני הסיוע בעת איסוף הטובין והעברתם. בהמשך – בעקבות אינדיקציות לשימוש שעשה חמאס בסקטור הפרטי לשם התעצמות כלכלית וצבאית – עם פתיחתו המחודשת של מעבר כרם שלום בתחילת אוקטובר 2024 הוחלט שלא לאפשר

המשך הכנסת סחורות על ידי סוחרים פרטיים לרצועה (פסקה 26 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024).

עם זאת, דומה כי הסחורה מהסקטור הפרטי ממילא אינה נחשבת, לעמדת העותרים, כ"סיוע הומניטרי" שאותו יש לקחת בחשבון לצורך הדיון בעתירה – שכן העותרים הדגישו בטענותיהם כי המונח "סיוע הומניטרי" מתייחס לשיטתם לציוד ש"מחולק חינם על ידי ארגוני הסיוע" (ראו פסקאות 23-29 לתגובת העותרים מיום 30.5.2024; כן ראו פסקה 27 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024). על כן, כפי שציין ראש ענף כלכלה במתפ"ש, סא"ל ניר עוזו (להלן: סא"ל עוזו), בדיון מיום 24.11.2024 (בעמ' 11 ש' 16-20 לפרוטוקול) – טענות העותרים בדבר מחירים גבוהים של סחורות בשוק הפרטי אינן מעידות בהכרח על המצב ההומניטרי ברצועה או על נתוני אספקת הסיוע.

הכנסת סיוע וצוותים הומניטריים לשטח הרצועה

70. המשיבים הדגישו כי מאז תחילת המלחמה התאפשרה כניסתו של סגל הומניטרי, לרבות צוותים רפואיים, וכן תחלופה של אנשי הצוות שפועלים ברצועה. המשיבים ציינו כי הם אישרו את "מרביתן הגורף" של הבקשות לאפשר את תנועתם של צוותים מקצועיים-הומניטריים אל תוך הרצועה, וכי חלק מהבקשות שסורבו בתחילה – אושרו בשלב מאוחר יותר (פסקה 136 לתצהיר התשובה) (לשלמות התמונה יצוין כי לבית משפט זה הוגשה עתירה בעניין מתן אשרות לעובדים זרים של ארגוני הסיוע (בג"ץ 32300-10-24 AIDA – The Association of International Development Agencies נ' ממשלת ישראל (3.3.2025))). עוד עדכנו המשיבים כי צה"ל פועל להגדלת מספר הנהגים שמורשים להוביל סחורות דרך מעבר 96 (פסקה 32 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024).

כאמור, המשיבים עמדו לאורך הדיון בעתירה על מדיניותם העקרונית שלא להטיל מגבלות על כמות הסיוע שנכנסת לרצועה, וכי ישראל ערוכה לאפשר הכנסה של כמויות סיוע גדולות יותר משארגוני הסיוע מבקשים להכניס. זאת, בפרט בשים לב לפער בין יכולות הבידוק והכנסת הסחורה במעברים, ובין יכולות האיסוף וההפצה של הארגונים – פער שבעטיו כמויות ניכרות של סחורה המתנינו לא פעם לאיסוף לאחר כניסתן לרצועה. כך למשל, נכון ליום 24.6.2024 המתנינו כ-26,000 משטחי סיוע לאיסוף בצדו העזתי של מעבר כרם שלום; ובהמשך ציין אלוף עליאן כי בחודשיים שקדמו לדיון

מיום 21.7.2024 הצטברו 1,200 משאיות שהמתינו לאיסוף בצד העזתי של המעבר (ראו בהתאמה: פסקה 140 לתצהיר התשובה; פרוטוקול הדיון מיום 21.7.2024, בעמ' 13 ש' (14-10).

71. לצד זאת, באשר לצידוד דו-שימושי באופן ספציפי, הדגישו המשיבים את החשש מהגעת ציוד זה לידי ארגוני הטרור – ועל כן, כך הוסבר, בקשות להכנסתו הועברו לאבחון נוסף מטעם שב"כ. המשיבים הדגישו כי מרבית הבקשות להכנסת ציוד דו-שימושי אושרו, ובמילותיהם:

”עד ליום 20.6.24 הוגשו 318 בקשות מעין אלו, מתוכן 216 בקשות אושרו באופן מלא; 23 בקשות אושרו באופן חלקי; 13 בקשות הפכו ללא רלוונטיות מסיבות שונות (בקשות מושהות, כפולות, חזרה של הארגון מהבקשה וכד'); 5 בקשות דורשות השלמות מהארגונים; 21 בקשות עדיין מצויות בטיפול; ו-40 בקשות סורבו מטעמים ביטחוניים שנוגעים ליכולת לעשות בצידוד שימוש לצרכים צבאיים ולקושי ביכולת הפיקוח על כך. לצד זאת, יצוין כי ביחס לחלק מהציוד שסורב, נמסר לגורם המבקש כי ישנם תחליפים מתאימים שניתן להכניס לרצועה. ביחס לחלק אחר מהציוד שסורב נמסר כי ניתן יהיה להכניס את הציוד אם הוא יגיע למעבר כשהוא שלם ומורכב ולא מפורק לחלקים” (פסקה 112 לתצהיר התשובה).

בנובמבר 2024 עדכנו המשיבים כי מתפ"ש פועל לפטור מוצרים שונים מהצורך בתיאום (פסקה 32 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024).

אם כן, דומה כי ניתן לומר בהכללה שכאשר נוצרו לאורך המלחמה פערים בהגעת סיוע הומניטרי לאזרחים ברצועת עזה, הסיבה לכך לא הייתה טמונה, ככלל, בשלב ההכנסה של הסיוע דרך המעברים שבשליטת ישראל.

72. עם זאת, בשלב זה ראוי להתייחס לאחד האירועים המשמעותיים שעליהם דווח לנו במסגרת הדיון בעתירה – וכוונתי לירידה החדה בהכנסת סיוע לרצועת עזה, ובפרט לצפון הרצועה, בשבועיים הראשונים של אוקטובר 2024. כעולה מטענות המשיבים, עד ליום 1.10.2024 (כולל) התאפשרה כניסת משאיות סיוע לצפון הרצועה הן ממעברי ארז והן ממעבר כרם שלום, אך בימים 5.10.2024-2 נסגרו המעברים ”על רקע ימי השבתון” של ראש השנה (פסקה 5 לתגובת המשיבים מיום 24.10.2024). המעברים נותרו סגורים

בימים 6-7.10.2024, בעקבות התרעות מודיעיניות קונקרטיות על ניסיונות לביצוע פעילות חבלנית; וביום 8.10.2024 נפתח מעבר כרם שלום.

ביני לביני, ביום 5.10.2024 החל צה"ל בפעילות מבצעית עצימה בצפון הרצועה. עקב אילוצים מבצעיים נותרו מעברי ארז סגורים עד ליום 13.10.2024, וחזרו לפעולה ביום 14.10.2024, תחילה במתכונת מצומצמת ובהמשך במתכונת מלאה. במקביל, המעבר בנקזים מדרום הרצועה לצפונה צומצם "למינימום ההכרחי" עד ליום 15.10.2024 עקב התרעות מודיעיניות ואילוצי הלחימה; ועקב הפעילות המבצעית העצימה במרחב ג'באליה, לא בוצעו באותה עת תיאומי תנועות למרחב זה "למעט תיאומים נקודתיים להכנסת ציוד רפואי וצוותים רפואיים לבתי החולים במרחב" (פסקה 11 לתגובת המשיבים מיום 24.10.2024). עם זאת, בהודעתם מיום 14.11.2024 הבהירו המשיבים כי ערכו הפוגות בהפעלת האש בשבועות האחרונים, שבמהלכן התאפשרה הכנסת סיוע וצוותים הומניטריים לבתי החולים במרחב; וכי התבצעו תיאומי תנועות לצורך חלוקת סיוע בתוך המרחב שבו התנהלה הלחימה, הגם שמשאיות רבות נבזזו בדרכן ליעד (פסקה 18 להודעתם מיום 14.11.2024).

73. המשיבים הדגישו כי החל מיום 15.10.2024 "אין עוד הגבלה כללית על תיאום תנועות הומניטריות מדרום לצפון, למעט בשל אילוצים מבצעיים קונקרטיים"; כי אין עוד הגבלה על הכנסת סיוע הומניטרי דרך מעברי ארז; וכי בסמוך לפתיחת מעברי ארז חזר גם הציר הירדני לפעולה (פסקאות 9-10 לתגובת המשיבים מיום 24.10.2024). בפועל, בימים 8-12.10.2024 נכנסו 299 משאיות סיוע לרצועה; ובתקופה שמיום 13.10.2024 ועד יום 9.11.2024 נכנסו 2,201 משאיות סיוע (פסקה 33 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024). עוד צוין כי ביום 16.10.2024 "הנחה הדרג המדיני את צה"ל ומתפ"ש לפעול להגדלת היקפי הסיוע הנכנס לרצועה" (הודעת המשיבים מיום 14.11.2024, בפסקה 14); וכי ביום 10.11.2024 הורתה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי "לאפשר הכנסת 250 משאיות סיוע הומניטארי ביום לרצועת עזה, לכל הפחות, תוך וידוא שכמות מספקת נכנסת לצפון רצועת עזה" (שם, בפסקה 31).

כמו כן חזרו המשיבים וציינו כי החלטותיהם בעניין סגירת המעברים התקבלו על רקע הערכות שלפיהן היו באותה עת "עתודות מספקות" של סיוע הומניטרי, ובפרט של מזון, בצפון הרצועה (פסקאות 5, 7 ו-10 לתגובה מיום 24.10.2024). כאמור, בדיעבד התברר כי המשיבים שגו בהערכת היקף האוכלוסייה ששהתה באזורים הרלוונטיים, אך הובהר כי כמות הסיוע ההומניטרי שהוכנסה למרחב במהלך המבצע "הביאה בחשבון

הנחה מבצעית מחמירה ביחס לכמות האוכלוסייה האזרחית במרחב, בין היתר לאור אפשרות לסטייה בנתונים" (פסקה 5 להודעת המשיבים מיום 17.12.2024).

74. העותרים, מצדם, מתחו ביקורת נוקבת על התנהלות המשיבים בזיקה לאירועים אלו. אציין כי על פני הדברים ביקורת זו כוללת ממד של "חוכמה בדיעבד" – שכן החלטות המשיבים נסמכו כאמור על הערכות מצב שהתבררו רק בהמשך כשגויות; ובעת סגירת המעברים בימי ראש השנה, ספק אם עמדה בפניהם התמונה המלאה בנוגע להתרעות ולפעילות המבצעית שהתרחשו רק לאחר מכן. עוד אחזור ואדגיש כי ביישום חובותיהם ההומניטריות רשאים המשיבים לקחת בחשבון שיקולים ביטחוניים ומבצעיים, ואת הצורך למנוע סיכון לכוחות צה"ל.

ואולם, בסופו של יום, במבחן התוצאה נרשם פרק זמן של כשבועיים ימים שבמהלכו נכנסה כמות סיוע מוגבלת מאוד לרצועת עזה ובפרט לצפונה – ודומה כי מצב זה התרחש שלא כתוצאה מהחלטה מדינית או מבצעית מכוונת, אלא עקב צירוף נסיבות ואילוצים נקודתיים שהצטברו לאורך אותה תקופת זמן. בשים לב לתשתית הנורמטיבית שעליה עמדתי לעיל, ולמחויבות שהביעו המשיבים לאורך כל הדרך "לאפשר לארגוני סיוע ולקהילה הבין-לאומית להכניס סיוע הומניטארי רב לשטחי רצועת עזה, והכל תוך כדי הלחימה הקשה" (פסקה 8 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024; ההדגשה הוספה – "ע") – מצב דברים זה טעון התייחסות בכובד ראש מטעם המשיבים, והוא טעון הפקת לקחים על מנת לצמצם ככל האפשר את החשש להישנותו. אינני מוצא להביע עמדה באשר לצעדים הקונקרטיים שאותם יש ליישם בהקשר זה, שכן סוגיה זו מצויה בליבת שיקול דעתם המקצועי של המשיבים, אך מצאתי לנכון להדגיש בשלב זה את החשיבות אשר טמונה בתכנון ובהיערכות מראש למילוי חובותיה של מדינת ישראל במישור ההומניטרי, גם תוך כדי לחימה פעילה (השוו, בשינויים המחויבים: עמדת השופטת ד' ביניש בבג"ץ 4764/04, בעמ' 409 ו-411).

75. אוסיף כי בחודשים הראשונים לדיון בעתירה התייחסו העותרים לניסיונות להפריע לפעילותן של שיירות הסיוע מהצד הישראלי, כחלק ממחאות אזרחיות שפרצו בשטח ישראל נגד העברת הסיוע. בהמשך לכך הבהירו המשיבים כי בינואר 2024 הוכרזו השטחים שבסביבת מעברי ניצנה וכרם שלום כשטחים צבאיים סגורים, וכי משטרת ישראל הקימה מחסומים ועצרה מספר מפגינים שהפרו את צווי הסגירה. בתגובה טענו העותרים כי פעולות האכיפה שפורטו אינן אפקטיביות דיין, ואולם המשיבים ציינו בצדק כי הדיון בסוגיה זו חורג מגדרי העתירה הנוכחית. עוד אוסיף כי לא מצאתי מקום להידרש

בהליך דנן להוראות החוק להפסקת פעילות אונר"א בשטח מדינת ישראל, התשפ"ה-2024 והחוק להפסקת פעילות אונר"א, התשפ"ה-2024, אשר נכנסו לתוקף ביום 30.1.2025 ולא הוצגו לגביהם טענות מטעם הצדדים. למען שלמות התמונה יצוין כי בפני בית משפט זה תלויה ועומדת עתירה נגד חוקים אלה (בג"ץ 41922-01-25 עלקם נ' הכנסת); ובמסגרת תגובה שהגישו המשיבים לבקשה לצו ביניים באותה עתירה (שעותק ממנה הוגש לתיק העתירה דנן ביום 2.2.2025) צוין כי ננקטים צעדים על מנת להעמיד חלופות לפעילות אונר"א ברצועת עזה, וכי הערכת מתפ"ש היא שפעילותם של יתר ארגוני הסיוע צפויה לאפשר עמידה בהיקף הסיוע הנדרש.

תיאום תנועות הארגונים בתוך הרצועה

76. כאמור, המשיבים קיימו לאורך המלחמה תיאום שוטף מול ארגוני הסיוע בנוגע לתנועתם בתוך שטח רצועת עזה בשלבי האיסוף, השינוע והחלוקה של הסיוע. המשיבים הסבירו כי הם אישרו את "הרוב הגורף" של הבקשות לתיאום תנועות בתוך הרצועה, וכי כאשר בקשות כאמור סורבו, הדבר נבע ככלל מטעמים ביטחוניים – כגון חשש שהסיוע יוסט מיעדו וישמש את ארגון חמאס – או מקיומה של פעילות מבצעית בתוואי התיאום המבוקש, שיש בו כדי לסכן את ביטחונם של הצוותים ההומניטריים. לשם המחשה צוין כי באוגוסט 2024 אושרו כ-78% מתוך כ-1,556 בקשות תיאום שהוגשו; בספטמבר 2024 אושרו כ-83% מתוך כ-1,624 בקשות; ובאוקטובר 2024 אושרו כ-75% מתוך כ-1,218 בקשות (פסקה 37 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024). לצד זאת ציינו המשיבים כי חלק מבקשות התיאום שאושרו – לא בוצעו בסופו של דבר, למשל עקב קשיים טכניים של הארגונים או עקב קשיים בנגישות לאזורים מסוימים ברצועה. עוד פירטו המשיבים על שיפורים שונים שביצעו בתהליך הטיפול בבקשות התיאום, לרבות קביעת מועדים קבועים להגשת הבקשות ולבחינתן, מעקב הדוק אחר לוחות הזמנים במעורבות מפקדים בעת המתנה ממושכת, וקביעת נהלים פיקודיים לטיפול בבקשות ובאירועים "מתפרצים" (שם, בפסקה 40).

77. כאשר משלחת הסיוע יצאה אל הפועל, לרוב החל התיאום מראש (עוד לפני ביצוע התנועה) ונמשך עד להגעה ליעד. ככל שהצוות ההומניטרי שתנועתו תואמה נתקל בבעיה בשטח, מוקד מטעם מת"ק עזה עמד עמו בקשר לשם בחינת פתרונות. עם זאת, וכמפורט בפסקה 29 לעיל, המשיבים הדגישו כי מרבית התנועות של ארגוני הסיוע בתוך הרצועה בוצעו לפי שיקול דעתם של הארגונים, ללא תיאום או בניגוד להמלצות צה"ל, וכי מרחבים משמעותיים ברצועה מלכתחילה לא הוגדרו כ"מומלצים בתיאום".

78. העותרים תיארו בטענותיהם מקרים של יחס בלתי-מכבד מצד כוחות צה"ל כלפי משלחות הסיוע, וטענו גם כי משלוחי סיוע רבים עוכבו למשך שעות ארוכות בתוך שטח הרצועה או הוכפפו להגבלות שהוכרזו ברגע האחרון. בתגובה ציינו המשיבים כי רבות מטענות העותרים לא כללו אינדיקציות לתקריות קונקרטיות, ומכל מקום, לשיטתם "כאשר בוחנים מקרים בהם נטען כי ישראל מנעה או עיכבה תנועה בתוך הרצועה לגופם, מתגלה כי אלו הם חריגים, וכאשר מתרחשים הם נובעים בשל אילוצים מבצעיים, ולעיתים בשל גורמים שאינם בשליטת צה"ל לרבות התרעות פח"עיות וירי לעבר כוחותינו או תשתיות לקויות" (פסקה 155 לתצהיר התשובה). עם זאת, המשיבים מכירים בכך שלאורך הלחימה אירעו מקרים שבהם שיירות סיוע נפגעו עקב פעילות כוחות צה"ל, והם הדגישו כי מקרים מצערים אלו נבדקים ונחקרים וכי מופקים מהם הלקחים המתאימים (שם, בפסקה 162).

פעולות המשיבים בזיקה לסוגי הסיוע השונים

79. בהמשך לתיאור המפורט של התנהלות המשיבים באשר לדרכי העברת הסיוע, אעבור לסקירת פעולות שונות שבוצעו באשר לסיוע ההומניטרי עצמו, בחלוקה לפי סוגים עיקריים.

80. אחד מסוגי הסיוע ההומניטרי החשובים ביותר, אם לא החשוב שבהם, הוא המזון שמיועד לאוכלוסייה האזרחית ברצועה. לאורך הדיון בעתירה הפנו העותרים למספר דו"חות מטעם ועדת בדיקה בינלאומית (FRC (Famine Review Committee)), שהוקמה מטעם מיזם ה-IPC (Integrated Food Security Phase Classification) אשר מקדם נושאי ביטחון תזונתי. ה-IPC מציע סולם בן חמישה שלבים לתיאור מצב הביטחון התזונתי של אוכלוסיות: החל משלב 1 (סיכון מינימלי או לא קיים) ועד לשלב 5 והחמור ביותר (אסון או רעב (Catastrophe / Famine)). לטענת העותרים, לאורך תקופת הדיון בעתירה התריע ה-IPC מספר פעמים על מצב תזונתי קשה ברצועה, והצביע על מגבלות משמעותיות לנגישות למזון. המשיבים, מצדם, ציינו שהם אינם מקלים ראש בקביעות ה-IPC, ואולם לשיטתם קיימים בדיווחיו אי-דיוקים שונים. [למען שלמות התמונה יצוין כי ביום 8.11.2024 פרסם ה-IPC התראה בדבר חשש למצב של רעב בכל רחבי הרצועה בין נובמבר 2024 ועד אפריל 2025 – וזאת על בסיס תחזית שלפיה צפויה הסלמה בלחימה בתקופה זו. מבלי להביע עמדה בנוגע למסקנות הדו"ח, דומה כי הפסקת האש

בחדשים ינואר–מרץ 2025 יצרה מצב דברים עובדתי שונה מזה שעליו נסמכה התחזית של הארגון.]

81. לגופו של עניין ציינו המשיבים כי כניסת משאיות מים ומזון לרצועת עזה אושרה "באופן אוטומטי בשלב התיאום"; כי הם פעלו מול ארגוני הסיוע כדי להקל על פתיחת מאפיות ברצועה, לשם הגברת הייצור העצמי באזור; וכי כאשר התקבלו במתפ"ש דיווחים על מחסור בדלק או בכל חומר גלם שחיוני למאפיות, הוא פעל ליתן לכך מענה מידי (ראו, בהתאמה: פסקה 25 להודעת המשיבים מיום 15.4.2024 ופסקאות 224 ו-194 לתצהיר התשובה). לשם המחשה, צוין כי בחדשים מרץ–יוני 2024 נכנסו לרצועה כ-146 משאיות מזון ביום בממוצע (פסקה 102 לתצהיר התשובה). בהמשך חזרו המשיבים והדגישו כי "ישראל מאפשרת הכנסה של גז בישול ומזון ככל שנדרש מצד הארגונים" (פסקה 44 להודעת המשיבים מיום 20.8.2024; כן ראו פסקה 56 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024). בהמשך לטענת העותרים בדבר אי-הכנסת גז בישול לצפון הרצועה במשך תקופה ארוכה, ציינו המשיבים כי לא קיימת מניעה להעברת גז בישול לצפון הרצועה, ואולם לא מוכרות במתפ"ש בקשות מטעם הארגונים בהקשר זה "ולמיטב הידיעה אלו לא פועלים לחלוקתו, אלא מתבססים על דלקים העוברים מדי יום לצפון הרצועה" (שם).

82. סוג נוסף של סיוע הומניטרי חיוני הוא מים – הן לשתייה, הן לצרכי תברואה. עובר לפרוץ המלחמה, 90% מהמים ברצועת עזה לא הגיעו מישראל אלא מהרצועה עצמה, ו-10% הנותרים הוכנסו מישראל באמצעות שלושה קווי מים (קו נחל עוז שבצפון הרצועה, קו ברכת סעיד שבמרכזה, וקו בני סוהילה שבדרומה). כפי העולה מטענות המשיבים, הודות למאמצי שיפור שנעשו בתחום זה – ברצועה קיימת כמות מספקת של מים לשם מילוי הצרכים ההומניטריים של האוכלוסייה, והודגש כי מתפ"ש פעל כדי להקל ולאפשר על בקשות לשיקום תשתיות המים ברצועה בתיאום עם רשות המים הפלסטינית (ראו, בין היתר: פסקה 9 להודעת המשיבים מיום 20.8.2024; פסקה 59 להודעתם מיום 14.11.2024).

בנוסף, בחדשי המלחמה הראשונים הקלה ישראל על הקמת שני קווי מים מטעם איחוד האמירויות – אם כי נכון למועד הגשת תצהיר התשובה, הקווים לא פעלו באופן זמני, והמשיבים הדגישו כי הם מקלים על העבודות לתיקונם – ובתצהיר התשובה צוין כי ישראל פעלה לסייע להקמת קו שלישי של איחוד האמירויות (שם, בפסקאות 196 ו-203). עוד אושרה הפעלת "קו קלע" – קו אספקת חשמל שעובר מישראל לרצועה – לשם הפעלת מתקן התפלה שנמצא בח'אן יונס; ובמקביל הקלה ישראל על העברת דלק

לבארות מים ברצועה, וכן על הכנסת מים בבקבוקים ובמיכליות (שם, בפסקאות 196, 205 ו-209; ראו גם פסקה 44 להודעת העותרים מיום 30.9.2024; פסקה 59 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024).

83. תחום הקשור בטבורו לסוגיית המים הוא תחום ההיגיינה והתברואה. לאורך הדיון בעתירה ניכרו חוסרים מסוימים במישור הטיפול בסוגיות תברואתיות, ובפרט בתשתיות הביוב – אך המשיבים הדגישו כי ישראל פעלה לאפשר פעילות רציפה של מתקני טיהור השפכים, והקלה על ביצוע פעולות שונות בתחום התברואה (כגון הקמת מתקני שאיבה וצנרת, ואספקת בורות ספיגה ומתקנים ניידים לטיפול בשפכים; פסקה 198 לתצהיר התשובה). עוד הודגש כי ניתנו אישורים להכנסת חומרים דו-שימושיים בתחום התברואה – כגון כלור – חרף הסיכון שטמון בכך. כמו כן עדכנו המשיבים על גיבוש תכנית עבודה משותפת עם אשכול ה-WASH (water, sanitation and hygiene) של האו"ם, שבמסגרתה אושרה הכנסת ציוד סניטציה דו-שימושי כגון משאבות ביוב ויחידות התפלת מים (פסקה 9 להודעת המשיבים מיום 20.8.2024). במקביל עמדו גורמי מתפ"ש בקשר עם ארגונים שונים במטרה לשפר את תהליכי הטיפול בפסולת. בעקבות דיווחים על הימצאותו של נגיף הפוליו ברצועה, פעלו המשיבים להקל על הכנסת חיסונים שמיועדים לאוכלוסייה האזרחית, ולקחו חלק בתכנון מערך לחלוקת החיסונים – שבמהלכו, כך נמסר, חוסנו כ-1,107,541 ילדים ברחבי הרצועה (פסקה 52 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024). עוד קודם לכן עדכנו המשיבים כי ישראל איפשרה הכנסת 2,286,330 מנות חיסון למחלות שונות ובהן פוליו, צהבת, שחפת ודיפטריה (פסקה 125 לתצהיר התשובה).

84. באשר לציוד רפואי, צוין כי המשיבים פעלו להקל על הכנסת סוגי ציוד שונים – ובכלל זה חומרי הרדמה, כסאות גלגלים, מיטות בית חולים, אינקובטורים, אינפוזיות, מכונות הרדמה, מחוללי חמצן וכיוצ"ב, לרבות ציוד דו-שימושי; וכי ככל שדווח על מחסור, ישראל פעלה לסייע בתיאום הכנסת ציוד מתאים (פסקאות 219-220 לתצהיר התשובה, פסקה 50 להודעת המשיבים מיום 14.11.2024). במהלך הדיון מיום 21.7.2024 ציין אלוף עליאן כי בעקבות עבודה מול גופי האו"ם הוחלט ליתן חשיבות מיוחדת לסוגיית הציוד הרפואי, וכי בקשות בעניין משאיות שנושאות ציוד רפואי זכו לתעדוף מיוחד (פרוטוקול הדיון מיום 21.7.2024, בעמ' 22 ש' 27-30). לצד זאת, המשיבים הדגישו כי "ישראל אינה מגבילה כניסת תרופות לרצועה, והארגונים הם אלו שקובעים את היקף התרופות שנכנס, סוגן, תעדופן, וחלוקתן לבתי החולים והמרכזים הרפואיים" (פסקה 29 להודעת המשיבים מיום 20.8.2024).

85. בנוסף ציינו המשיבים כי מתפ"ש הקל ותיאם את הקמתם של מספר בתי חולים שדה, מרפאות ובתי חולים צפים צבאיים ברצועה. בהקשר זה יצוין, למען שלמות התמונה, כי לאורך הדיון בעתירה הוצגו לפנינו נתונים שונים על אודות פעילותם של מוסדות הבריאות ברצועה, ועל שיבושים שחלו בפעילות זו עקב אירועי המלחמה. בהמשך לטענות בנוגע לפינוי בתי חולים עקב פעילות צה"ל, ציינו המשיבים כי בחלק מהמקרים שעליהם דווח, הפינוי נבע למעשה מהחלטה עצמאית של בתי החולים או מהוראת אנשי חמאס, בעוד שצה"ל לא פעל לפינויים או להפסקת תפקודם של בתי החולים ואף הבהיר זאת לארגונים בזמן אמת (פסקאות 212, 214 ו-222 לתצהיר התשובה; פסקה 23 להודעת המשיבים מיום 20.8.2024). לצד זאת הדגישו המשיבים כי "במהלך הלחימה מחבלי חמאס עשו שימוש צבאי במתקנים רפואיים, תוך שהם פועלים מתוך בתי חולים, מתחפשים לאנשי צוות רפואי, ומאחסנים אמצעי לחימה במתחם בתי החולים" (פסקה 19 להודעתם מיום 14.11.2024; כן ראו פסקה 54 שם). המשיבים הוסיפו כי כאשר נוצר צורך בפעילות של כוחות צה"ל בתוך בתי החולים עקב כך, צה"ל פעל כדי להגן ככל הניתן על המטופלים, ולהבטחת המשך הטיפול בהם או פינויים לבתי חולים אחרים ברצועה (שם; כן ראו פסקאות 215-216 לתצהיר התשובה). עוד פעלו המשיבים לגיבוש מתווה לפינוי חולים מהרצועה למדינה שלישית ככל שלא קיים עבורם טיפול מתאים ברצועה (סוגיה זו נדונה בבג"ץ 4621/24 רופאים לזכויות אדם – ישראל נ' ממשלת ישראל (2.3.2025)).

86. באשר לצידוד להקמת מחסות: מאז תחילת הלחימה איפשרה מדינת ישראל הכנסת עשרות אלפי טונות של ציוד מסוג זה, ואף רכשה בעצמה 40,000 אוהלים (אשר יכולים לספק מענה לכ-400,000 איש) – מתוכם הוכנסו 26,000 אוהלים לרצועה נכון למועד הגשת תצהיר התשובה; והיתר, כך נמסר, מוכנים לאיסוף אך טרם הוגשו בקשות לאספם (פסקאות 28 ו-190 לתצהיר התשובה). עוד פירטו המשיבים פעולות שונות שבוצעו על מנת לאפשר היערכות לחורף ברצועה, לרבות מתן אישור מרוכז להכנסת ציוד חיוני (כגון אוהלים ייעודיים, משטחי הגבהה ותנורי חימום) בהתאם לדרישות הארגונים, ותיאום הכנסת ציוד רפואי וחיסונים.

87. באשר לתחום התקשורת, פירטו המשיבים כי ישראל פעלה להקל על שימור הגישה לשירותי התקשורת בעזה; איפשרה הכנסת ציוד לשיקום רשת התקשורת האינטרנטית והסלולרית ברצועה; וסיפקה מענה לבקשות להכנסת ציוד תקשורת נוסף, כגיבוי לתשתית הציבורית שקיימת ברצועה. עם זאת, הובהר כי מכיוון שציוד תקשורת

עשוי להיחשב כציוד דו-שימושי, בקשות להכנסת ציוד תקשורת לרצועה הועברו לאבחון ביטחוני ולעתים סורבו מטעמים ביטחוניים (פסקאות 120 ו-167 לתצהיר התשובה).

88. באשר לתחום הדלק דומה כי התמונה מעט מורכבת יותר. תחילה יצוין, למען שלמות התמונה, כי המשיבים טענו שהדלק "אינו נמנה באופן ישיר במקורות המשפטיים הרלוונטיים כטובין הומניטאריים שקיימת חובה לאפשר הכנסתם בעת לחימה" – ואולם באותה נשימה הדגישו המשיבים כי ישראל מכירה במשמעויות ההומניטריות שכרוכות בהכנסת דלק לרצועה (פסקה 267 לתצהיר התשובה). ואכן, סוגיית הדלק משפיעה במישרין על המענה ההומניטרי בקטגוריות סיוע אחרות: יש צורך בדלק, בין היתר, לשם הפעלת מאפיות שמספקות מענה בתחום המזון, מתקנים לשאיבה ולהתפלת מים, ומתקני טיהור שפכים (שמשפיעים על תחום התברואה, אשר משפיע בתורו על תחום הבריאות); ובנוסף יש צורך בדלק כדי לתפעל היבטים מסוימים במערכת הבריאות, כגון אמבולנסים ומכשור בבתי חולים. סוגיית הדלק קשורה בטבורה גם למצב החשמל ברצועת עזה: עובר לפרוץ המלחמה כ-50% מתצרוכת החשמל ברצועה הגיעה מישראל באמצעות קווי מתח גבוה, ובמקביל הופק ברצועה חשמל בייצור עצמי. עם תחילת המלחמה, תשעה מתוך עשרת קווי המתח מישראל נפגעו מירי רקטות של ארגוני הטרור, ועל רקע זה אפשרה ישראל הכנסת דלק עבור ארגוני הסיוע לשם הפעלת גנרטורים לצרכים הומניטריים שונים (פסקה 33 לתגובה המקדמית).

89. עם זאת, אין חולק שהדלק אשר נכנס לרצועה ומיועד למטרות אזרחיות-הומניטריות, עלול להגיע לידי ארגוני הטרור אשר שואפים לנצלו לשם פגיעה במדינת ישראל ובאזרחיה. על רקע השיקולים והמורכבויות הללו, המשיבים הדגישו כי מדינת ישראל "מאפשרת ומקלה על כניסה של כמויות קצובות [של] דלק לעזה באופן קבוע ובתיאום עם ארגוני סיוע הפועלים ברצועה" (פסקה 267 לתצהיר התשובה). בפועל, כך הוסבר, מתפ"ש מנהל טבלה בשיתוף עם האו"ם, שבמסגרתה מתבצע מעקב שוטף אחר נושא הדלק בחלוקה למספר פרמטרים: פירוט המתקנים האזרחיים ברצועה שזקוקים לדלק; כמות הדלק שדרושה לכל מתקן (כפי שנמסר מהאו"ם); כמות הדלק שחולקה לכל מתקן; כמות הדלק שנמצאת במאגרי האו"ם בכל יום נתון; והיסטוריה של חלוקת הדלק (פסקה 127 לתצהיר התשובה). [למען שלמות התמונה יצוין שכעולה מהודעת המשיבים מיום 2.2.2025, עד לאחרונה הייתה סוכנות אונר"א מעורבת בהובלה ובאספקה של הדלקים למתקנים ההומניטריים ברצועה, ואולם התחום הועבר בשלב מסוים לסוכנות אחרת באו"ם.] על מנת להבטיח שהדלק שנכנס לרצועה ישמש לצרכים הומניטריים, קיימו המשיבים בחינה פרטנית של כמויות הדלק שהיו נחוצות בכל יום (פרוטוקול הדיון

מיום 4.4.2024, בעמ' 32 ש' 40-32; פרוטוקול הדיון מיום 5.5.2024, בעמ' 30 ש' 20-16; פרוטוקול הדיון מיום 21.7.2024, בעמ' 7 ש' 10-12). סא"ל עזוז הסביר בהקשר זה כי המשיבים עקבו אחר מצבם של מאגרי הדלק במחסני האו"ם, ותיאמו את הכנסת הדלק בהתאם למצב המאגרים: כשכמות הדלק במאגרי האו"ם ירדה אל מתחת לרף מסוים, תוגברה הכנסת הדלק, ולהיפך (פרוטוקול הדיון מיום 4.4.2024, בעמ' 41 ש' 7-9). אולם, ברמה העקרונית הדגישו המשיבים את נכונותם לאפשר הכנסת דלק לצרכים הומניטריים; ובמילותיהם, כי –

"כמות הדלק שנכנסת לרצועה נקבעת בהתאם לבקשת הארגונים השונים על בסיס צרכיהם; וכי אין מניעה מצד המשיבים להכניס כמות נוספת של דלקים [...] המשיבים אינם מגבילים את הכמות ואת התדירות של דלקים לצרכים ההומניטאריים, וככל שבקשות להכנסת דלקים נוספים יתקבלו, המשיבים יתאמו את הכנסתם" (ההדגשה הוספה – י"ע; פסקה 9 להודעת המשיבים מיום 20.8.2024).

סיכום התנהלות המשיבים במבט-על

90. לאורך הדיון בעתירה הוצג לפנינו מגוון צעדים שנוקטים המשיבים במטרה לסייע להגעת הסיוע ההומניטרי לידי האוכלוסייה האזרחית הבלתי-מעורבת ברצועת עזה. זאת, תוך איזון בין חובותיה ההומניטריות של מדינת ישראל ובין שיקולים ביטחוניים-מבצעיים, לרבות החשש לזליגת הסיוע לידיהם של ארגוני הטרור. בתוך כך הראו המשיבים קשב למציאות המשתנה ולצרכים שהציפו ארגוני הסיוע, ונכונות להמשיך ולהתייעל במתכונת הפעילות.

דומה כי בשלב הנוכחי של הדיון, השגותיהם של העותרים ממוקדות בשני מישורים עיקריים: האחד, "בצעדים שהמשיבים לא נקטו" (פסקה 11 לעיקרי הטיעון; ההדגשה במקור – י"ע); והשני, במהלכים צבאיים שיצרו נזק עקיף לאוכלוסייה האזרחית והקשו על פעילות הארגונים – ובכלל זה פינויים חוזרים ונשנים של ריכוזי אוכלוסייה, נזק לתשתיות אזרחיות ובפרט לכבישים, ופעולות שונות שלשיטת העותרים אינן עולות בקנה אחד עם עיקרון ההבחנה ועיקרון הזהירות (פסקאות 4-5 ו-16 לתגובת העותרים מיום 30.5.2024; פסקאות 13-15 ו-77 לעיקרי הטיעון).

91. ככל שהדבר נוגע למישור הראשון – השאלה אילו צעדים לא ננקטו על ידי המשיבים – אציין כי במהלך הדיונים שהתקיימו לפנינו ביקשנו מהעותרים לפרט היכן לשיטתם "צווארי הבקבוק" בהכנסת הסיוע ההומניטרי ועל צעדים שלשיטתם היה מקום

לבצע. רבות מהסוגיות שהעלו העותרים, טופלו בהמשך: כך היה, למשל, לגבי הבקשה לפתיחת מעברים נוספים, בפרט בצפון הרצועה, ולהרחבת שעות הפעילות בהם (פרוטוקול הדיון מיום 4.4.2024, עמ' 18 ש' 25; פסקה 70 לתגובת העותרים מיום 19.4.2024; פסקה 10 להודעת העותרים מיום 30.9.2024); לפתיחת נמל אשדוד להעברת סוגי סחורות נוספים (פסקה 70 לתגובת העותרים מיום 19.4.2024; פרוטוקול הדיון מיום 5.5.2024, בעמ' 24 ש' 25-26); ולהבהרה כי ביכולתם של הארגונים לרכוש טובין גם בישראל ובאיו"ש (פסקאות 6 ו-27 לתגובת העותרים מיום 19.4.2024; פסקה 64 להודעת המשיבים מיום 1.5.2024; פרוטוקול הדיון מיום 5.5.2024, בעמ' 24 ש' 5-12; פסקה 44 הודעת המשיבים מיום 23.5.2024; פסקאות 80-81 לתצהיר התשובה).

92. לצד האמור, חלק מטענות העותרים הוצגו ברמת הפשטה גבוהה מכדי שניתן יהיה לגזור מהן צעדים קונקרטיים ליישום על ידי המשיבים (ראו למשל הבקשה למתן "אישורים רחבים יותר של איסוף הסיוע והשינוע שלהם בתוך רצועת עזה", והבקשה לאפשר תיאומים "בצורה יותר פשוטה ובצורה יותר דחופה"; ראו, בהתאמה: פרוטוקול הדיון מיום 4.4.2024, עמ' 18 ש' 24-25; פרוטוקול הדיון מיום 10.6.2024, עמ' 16 ש' 27). במישורים אחרים מצאו המשיבים לדחות או להיעתר באופן חלקי לבקשות שהציגו העותרים – וזאת בפרט בהיבטים שקשורים בשיקולי ביטחון (ראו למשל בקשת העותרים להעברת משאיות הסיוע "מבלי שה[ן] יתקלו בדרך במחסומים [א]ד הוק שהצבא פורש בשטח" ומבלי שיעוכבו (פרוטוקול הדיון מיום 10.6.2024, עמ' 16 ש' 33; פסקה 95 לכתב העתירה)). לאחר בחינת הפירוט והנימוקים שהביאו המשיבים בסוגיות אלו, בראי חובותיהם על פי הדין הבינלאומי והישראלי – איני סבור שהעותרים הצביעו על עילה להתערבות בשיקול דעתם המקצועי של המשיבים ובהחלטתם שלא לאמץ צעדים מסוימים שאותם ביקשו העותרים ליישם.

93. באשר לפעולות הצבאיות שהובילו לנזק עקיף לאוכלוסייה האזרחית ברצועה או לקשיים בפעילות הארגונים – דומה כי טענות העותרים בהקשר זה הן למעשה השגות על אופן ניהול הלחימה, ובפרט על החלטת צה"ל לפעול באזורים מסוימים ובטווחי זמן מסוימים. בשים לב לכך שהסעדים שנתבקשו בעתירה אינם עוסקים בביקורת על הפעולות הצבאיות כשלעצמן, הרי שהדיון בנושא זה חורג מגדרי ההליך דנן. מכל מקום אחזור ואדגיש כי אין זו דרכו של בית משפט זה להתערב בהחלטות צבאיות וביטחוניות באשר למתכונת הלחימה (ראו פסקה 58 לעיל); וכי הדין ההומניטרי הבינלאומי מכיר, כאמור, בכך שיישום חובותיו של צד לסכסוך עשוי להיות מושפע משיקולים צבאיים ומבצעיים.

94. אם כן, לאחר בחינת מכלול נסיבות העניין שוכנעתי כי אין מקום ליתן צו מוחלט בעתירה דנן. למען הסר ספק אבהיר כי בשים לב למכלול הפעולות שביצעו המשיבים במטרה לשפר את המצב ההומניטרי ברצועת עזה לאורך תקופת הזמן שנבחנה בעתירה, כפי שפורט לעיל, איני סבור כי עלה בידי העותרים לבסס – אף לא בקירוב – הפרה של האיסורים בדבר הרעבת אוכלוסייה כשיטת לחימה ובדבר ענישה קולקטיבית.

סוף דבר, ועם הפנים לעתיד

95. מלחמת "חרבות ברזל" נכפתה על מדינת ישראל ועל אזרחיה עקב המתקפה הרצחנית שיזמו ארגוני הטרור ברצועת עזה ביום 7.10.2023. במקביל נכפתה המלחמה גם על האזרחים הבלתי-מעורבים ברצועת עזה, שלא לקחו חלק ישיר או עקיף בפעילות טרור, אך חווים סבל קשה בשל השלכותיה של הלחימה ומהתנהלותם של ארגוני הטרור, המסתתרים בקרב האוכלוסייה האזרחית ופועלים להשתלט על הסיוע שמיועד לה. כאמור, ארגוני הטרור הם שנושאים באחריות לסבלה של האוכלוסייה הבלתי-מעורבת – ואולם, סבל אנושי זה איננו נתון שממנו רשאית מדינת ישראל להתעלם. כפי שנפסק בהקשר דומה:

"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 [...] 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, 34-35 (2002)).

96. לצד זאת, אחזור ואדגיש כי יישום חובותיה ההומניטריות של מדינת ישראל, ראוי שיתבצע תוך מעקב מתמיד אחר המצב ההומניטרי ברצועת עזה ואחר תמונת הצרכים של האוכלוסייה בה. תמונה זו גובשה ומתגבשת, בין היתר, על בסיס הדיאלוג של המשיבים עם ארגוני הסיוע השונים, ואשר סייע כשלעצמו ליעול פעילותם של

המשיבים בזיקה לסיוע ההומניטרי. יש להניח אפוא כי המשיבים יתמידו במעקב אחר תמונת הצרכים ההומניטריים, כולל המשך קשר עם ארגוני הסיוע; ויוסיפו להתאים את התנהלותם למצב בשטח, ככל שהדבר אפשרי בהינתן אילוצי הלחימה.

כאמור בפתח הדברים, לאחר כתיבת פסק דין זה חל שינוי נסיבות משמעותי בדמות החלטות הדרג המדיני בדבר עצירת הכנסת טובין לרצועה דרך ישראל ובדבר עצירת מכירת החשמל לרצועת עזה. החלטות חדשות אלו משנות באופן ניכר את התשתית העובדתית והמשפטית אשר עמדה בבסיס טענות הצדדים לאורך כל חודשי הדיון בעתירה, ובנסיבות העניין שוכנעתי כי אין מקום לעסוק בשינוי משמעותי זה במסגרת העתירה הנוכחית (באשר לסוגיית החשמל אף הוגשה בינתיים עתירה נפרדת (בג"ץ 30312-03-25 כהן נ' ממשלת ישראל)). טענות הצדדים באשר לנסיבות חדשות אלו – שמורות להם.

97. אסיים בדבריו של אלוף עליאן, מפקד המתפ"ש, שהיטיב בדבריו להסביר מה עומד בבסיס מדיניותה של מדינת ישראל – שעליה עמדו המשיבים פעם אחר פעם לאורך תקופת הדיון בעתירה, ואשר נבעה מהנחיותיו המפורשות של הדרג המדיני – לאפשר הכנסת סיוע הומניטרי לרצועה ללא הגבלת כמות, גם בעיצומה של לחימה:

"יחידת המתפ"ש תחת פיקודי, עובדת מתחילת המלחמה לקדם את המאמץ ההומניטרי, אנו פועלים כל העת לשפר המנגנונים הקיימים, ולקדם יוזמות חדשות אשר ישרתו את התושבים העזתים מתוך הבנה כי הם לא אויב שלנו ושהאויב שלנו הוא החמאס ויתר ארגוני הטרור. אלו הערכים של מדינת ישראל וצה"ל חזו חובתנו המוסרית. אנחנו מחויבים למשימה שהוטלה עלינו, על ידי הדרג המדיני [...] (הדגשה הוספה – י"ע) (פרוטוקול הדיון מיום 21.7.2024, בעמ' 20 ש' 37-40).

אחזור אפוא ואדגיש כי המשיבים עצמם לא חלקו על תחולתן של חובות מכוח הדין הבינלאומי והישראלי בכל הנוגע לסיוע ההומניטרי.

בנסיבות העניין אציע לחבריי כי לא נעשה צו להוצאות.



יחזקאל עמית
נשיא

השופט נעם טולברג:

1. חוות דעתו של חברי הנשיא י' עמית, מפורטת ומקיפה. מסקנתו – נכוחה. אכן, אין בנמצא עילה להתערבותנו; גם אחר שפיתות הנושא – יש מקום להרהר (ראו והשוו: בג"ץ 15663-01-25 קלדרון נ' ממשלת ישראל, פסקה 6 לפסק דיני (22.1.2025)). לפיכך, ראיתי לנכון להצטרף לתוצאה שאליה הגיע חברי, שלפיה דין העתירה – להידחות.

2. לגבי ידידי, אין צורך לפרט. אסביר. הבקשה לצו ביניים שהגישו העותרים ביום 2.3.2025, וכך גם תגובת המשיבים לבקשה, מלמדות כי מאז ניתן צו על-תנאי, ונשמעו טיעוני הצדדים, השתנתה לחלוטין התשתית העובדתית העומדת בבסיס העתירה; לא בפעם הראשונה מאז הובאה העתירה לפתחנו. על כך אין עוררין. בנסיבות אלו, דין העתירה היה – להימחק, תוך שמירת טענות.

3. בכך אין כל חידוש. כך נוהגים אנו, תמידים פסדרם, בעניינין של עתירות המתבררות לפנינו בשבתנו כבית משפט גבוה לצדק. כך נהג בית משפט זה אך לאחרונה, בעתירה אחרת, שעסקה גם היא בענייני הסיוע ההומניטרי לרצועת עזה, ונקבע כי דינה – מחיקה: "מהודעת המשיבים עולה כי מאז הגשת העתירה חלו שינויים במסד העובדתי שבבסיס העתירה, וכן כי צפויים שינויים נוספים בעתיד. בנסיבות אלה דומה כי העתירה מיצתה את עצמה במתכונתה הנוכחית [...]. ברי כי אין מקום [...] להמשיך ולנהל את העתירה על אף השינויים התכופים בתשתית העובדתית" (דברי השופט ע' גרוסקופף, בהסכמת השופטים י' אלרון ו-י' כשר, בבג"ץ 65686-11-24 עמותת חיל החלוץ הפלסטינית נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (6.3.2025)).

4. הוא הדין בעתירה זו, אשר מיצתה את עצמה ודינה היה – להימחק. בשים לב לשינוי בתשתית העובדתית, שמשליך מיניה וביה גם על התשתית המשפטית, לא ראיתי לנכון להיכנס בעובי הקורה, ולהתייחס בפרטות לגופם של דברים; כל המוסיף – גורע. השורה התחתונה בחוות דעתו של חברי הנשיא – ברורה והחלטית ומוסכמת. יהא הדבר בשל כך שמדובר בהחלטות ממשלה המבוססות על שיקולים ביטחוניים-מדיניים מובהקים, בשעה קשה ומרה של לחימה מול אויב רצחני ואכזר; יהא זה מן הטעם כי הסיוע ההומניטרי שהוכנס עד כה לרצועה היה בהיקף נרחב, הרבה מעבר לנדרש על-פי הדין הבין-לאומי.

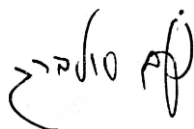
5. בשולי הדברים, ואולי זהו עיקרם: במהלך הדיונים הממושכים שהתקיימו לפנינו – חלקם בדלתיים פתוחות, חלקם חסויים – התברר כי התמונה העובדתית האמיתית

שאליה נחשפנו, שונה מזו שמבקשים העותרים להציג; שונה לחלוטין, בכמה היבטים. במקביל לניהול המאמץ המלחמתי, עסקו הגורמים הבכירים בצה"ל, בתכלול הצרכים הלוגיסטיים והביטחוניים, על מנת לאפשר שינוע סיוע הומניטרי תדיר – במיגוון נרחב, בהיקף עצום ורב – לרצועת עזה. רבים וטובים, חיילים ומפקדים, עסקו בדבר הזה יום לילה; כך עשו, גם לפני ולפנים משורת הדין, גם על חשבון הפעילות המבצעית. להוותנו, גם היו נפגעים מקרב כוחותינו, פועל יוצא מן שעות הזדונית של החמאס שלעיתים לא בחל במטחי-ירי, גם לנקודות ריכוז והערכות של הסיוע ההומניטרי.

6. האמת ההיסטורית, חשוב לה שתיאמר בקול צלול ורם אל מול המלעזים: "תִּאֲלַמְנָה שְׁפָתַי שִׁקְרָ" (תהלים לא, יט). עם זאת, אין בכך כדי להשליך על ההווה, ועל העתיד לבוא. מקובלת עלי עמדת המשיבים, שלפיה "גם אם במהלך השנה האחרונה [...] מדיניות המשיבים הייתה, לנוכח היבטים מדיניים-ביטחוניים רחבים ובראי תמונת הלחימה, לאפשר כניסה של אספקה וסחורות בהיקפים נרחבים לרצועת עזה, אין בכך כדי לשנות את המסגרת המשפטית הצריכה לעניין או כדי לקבוע כי מדיניות זו חייבת להימשך גם בעת הנוכחית בשים לב לשינוי הנסיבות".

7. עוד זאת ראוי לזכור ולהזכיר: ידו הרצחנית של חמאס גם היתה במעל, בהשתלטות עויינת על משלוחים מן הסיוע ההומניטרי. ברם, אכזריותו של חמאס, לא ריפתה את ידי חיילי צה"ל. אך דעת לנבון נקל: אֲנֹשָׁנוּת (=הומניזם) יתרה, שאינה ממוקדת ביעדה, מחטיאה את מטרתה. סיוע "הומניטרי" שמגיע כפרי בשל לידי החמאס, הריהו אוקסימורון; האנושי הופך לחייתי. הלחימה לא יכולה כך להגיע לקיצה. 'הומניזם' שכזה, אינו מביא בכנפיו בשורת שלום, אלא מנציח כאב וסבל.

8. ולשיטה אחרונה. מפיהם של מומחים ומנוסים מחו"ל למדנו לדעת (אף אם יותר בחדרי-חדרים מאשר בקול גדול): להתגייסות של צבא ההגנה לישראל לצורך הבאת סיוע הומניטרי אל תוככי עזה, בד בבד עם פעילות מלחמתית עצימה, אין אח ורע בצבאות העולם.



נעם סולברג
שופט

מסכים אני עם חבריי באשר לתוצאה כי דין העתירה להידחות. כמו כן, סומך אני את שתי ידיי בעניין זה על הערותיו של חברי השופט נ' סולברג. אני סבור כי מדינת ישראל וצבאה, צבא הגנה לישראל, עשו מעל ומעבר במתן אפשרות להושטת סיוע הומניטרי לתושבי עזה. לא פעם תוך נטילת סיכונים בלתי מבוטלים שחלק מהסיוע יגיע לידי של ארגון הטרור חמאס ויועיל לו, לא רק לצרכי הישרדות, אלא גם במאמץ המלחמתי הנפשע שלו נגד מדינת ישראל (וראו: פסקה 89 לחוות דעתו של חברי הנשיא י' עמית). התנהלות המשיבים היא ביטוי לערכים עליהם מושתתת המדינה בכלל וצה"ל בפרט, בהיותנו מדינה יהודית ודמוקרטית. אף מעבר לכך. על כן ראיתי לנכון לתת טעימה, ודאי לא להקיף את הסוגיה מכל כיוונה, פרטיה ודקדוקיה, מהדין ההלכתי בסוגיה (ובעניין זה ראו פסקאות 4-8 לחוות דעתי בבג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021)).

אוֹיֵה לִי כִּי גִרְתִּי מִשָּׁן
שְׁכַנְתִּי עִם אֶהְלִי קָדֵר.
רַבַּת שְׁכֵנָה לָהּ נִפְשִׁי
עִם שׁוֹנָא שְׁלוֹם.
אֲנִי שְׁלוֹם וְכִי אֶדְבֵּר
הִמָּה לְמִלְחָמָה (תהילים קכ 5-7).

מבט אל העבר הצופה את פני העתיד

1. בהלכה היהודית נהוג להבחין בין מלחמת מצווה למלחמת רשות. מלחמת מצווה היא מלחמת חובה, והיא כוללת שלושה סוגים: "מלחמת שבעה עממים ומלחמת עמלק ועזרת ישראל מיד צר שבא עליהם" (משנה תורה, שופטים, הלכות מלכים, פרק ה, הלכה א; וראו מחלוקת תנאים בעניין: בבלי, סוטה מד, ע"ב). מלחמת רשות לדעת הרמב"ם היא "המלחמה שנלחם [המלך] עם שאר העמים כדי להרחיב גבול ישראל ולהרבות בגדולתו ושמעו" (שם). אחד ההבדלים המעשיים בין מלחמת מצווה למלחמת רשות בא לידי ביטוי בכך שבמלחמת מצווה המלך אינו "צריך ליטול רשות בית הדין" לצאת למלחמה, בעוד שמלחמת הרשות, "אינו מוציא העם בה אלא על פי בית דין של שבעים ואחד" (שם, הלכה ב). נפקא מינה נוספת נוגעת ל"חוזרין מעורכי המלחמה", היינו הפטורים מלהשתתף במלחמת רשות: מי "שבנה בית חדש ולא חנכו"; מי "אשר נטע כרם ולא חללו"; ומי "שארש אישה ולא לקחה" (דברים כ 5-7; משנה תורה, שופטים, הלכות מלכים ומלחמות, פרק ז, הלכה ד. ראו עוד על מלחמת רשות: הרב יהודה עמיטל "מלחמות ישראל על פי הרמב"ם" תחומין ח 454 (התשמ"ז); וכן ההבחנה בין מלחמת

רשות למלחמת מצווה: הרב ד"ר נריב גוטל "לחיימה בשטח רווי אוכלוסיה אזרחית" תחומין כג 18, 23 (התשס"ג).

2. באשר לסוג הראשון של מלחמת מצווה, מלחמת שבעה עממים מכוונת למלחמה על שטחה של הארץ. מקורה בספר דברים בו התורה מתייחסת לשבעת העמים שישבו בארץ ישראל בתקופת יציאת מצרים, ומצווה באופן מפורש כי "רק מערי העמים האלה אשר ה' אלקיך נתן לך נחלה לא תחיה כל נשמה" (דברים כ 16). עם זאת אם "עמים אלה" יפנו מיזמתם להיכנע – "יכול אתה להחיותם" על אף ציווי התורה להשמידם (רשב"ם, שם, ד"ה "לא תחיה כל נשמה"). ציווי זה מתייחס כאמור ל"עמים האלה" שארצם ניתנה לישראל לנחלה, וזאת לעומת ערים אחרות שהתורה מצווה לקרוא אליהן לשלום טרם המלחמה בהן, בהיותה מלחמת רשות ולא מלחמת מצווה רש"י, דברים כ 10, ד"ה "כי תקרב אל עיר"). על פי הרמב"ם, מלחמת שבעה עממים מצומצמת לכניסה הראשונית של עם ישראל לארץ ישראל לאחר יציאתו ממצרים (וראו: אברהם ישראל שריר "אתיקה צבאית על פי ההלכה" תחומין כה 426 (התשס"ה) בעניין מציאת מקור לדברי הרמב"ם). לעומת זאת דעתו של הרמב"ן שונה, ולפיו מדובר בציווי שחל עד היום (השגות הרמב"ן על ספר המצוות, שכחת העשין ד').

3. באשר לסוג השני של מלחמת מצווה, בעניין מלחמת עמלק, התורה מספרת לנו ומצווה עלינו כך:

"וַיִּבֹּא עֲמֶלֶק וַיִּלָּחֶם עִם יִשְׂרָאֵל בְּרִפְדִּים. וַיֹּאמֶר מֹשֶׁה אֶל יְהוֹשֻׁעַ בָּחַר לָנוּ אַנְשִׁים וְצֵא הִלָּחֶם בְּעֲמֶלֶק, מִחֵר אֲנֹכִי נִצֵּב עַל רֹאשׁ הַגִּבְעָה וּמִטָּה הָאֱלֹקִים בְּיָדִי. וַיַּעַשׂ יְהוֹשֻׁעַ כַּאֲשֶׁר אָמַר לוֹ מֹשֶׁה לְהִלָּחֶם בְּעֲמֶלֶק, וּמֹשֶׁה אֶהְרֹן וְחֹזֶה עָלוּ רֹאשׁ הַגִּבְעָה. וְהָיָה כַּאֲשֶׁר יֵרִים מֹשֶׁה יָדוֹ וְגִבּוֹר יִשְׂרָאֵל, וְכַאֲשֶׁר יָנִיחַ יָדוֹ וְגִבּוֹר עֲמֶלֶק... וַיַּחֲלֵשׁ יְהוֹשֻׁעַ אֶת עֲמֶלֶק וְאֵת עַמּוֹ לְפִי-חֶרֶב. וַיֹּאמֶר ה' אֶל מֹשֶׁה, כָּתֹב זֶאת זִכָּרוֹן בְּסֵפֶר וְשִׁים בְּאָזְנֵי יְהוֹשֻׁעַ, כִּי מָחָה אֶמְחֶה אֶת זֵכֶר עֲמֶלֶק מִתַּחַת הַשָּׁמַיִם. וַיִּבֶן מֹשֶׁה מִזְבֵּחַ וַיִּקְרָא שְׁמוֹ ה' נָסִי. וַיֹּאמֶר, כִּי יָד עַל כֶּסֶף מִלְחָמָה לַה' בְּעֲמֶלֶק מִדֹּר דָּר" (שמות יז 8-16).

התורה אף חוזרת על ציווי זה בספר דברים, כך:

"זִכּוֹר אֶת אֲשֶׁר עָשָׂה לָךְ עֲמֶלֶק בְּדֶרֶךְ בְּצֵאתְכֶם מִמִּצְרָיִם. אֲשֶׁר קָרָךְ בְּדֶרֶךְ וַיִּזְגַּב בְּךָ כָּל הַנֶּחֱשָׁלִים אַחֲרֶיךָ וְאֶתָּה עָיַף וְיָגַע, וְלֹא יָרָא אֱלֹקִים. וְהָיָה בְּהִנִּיחַ ה' אֱלֹקֶיךָ לָךְ

מִכָּל אִיכָיִד מִסָּבִיב בְּאַרְץ אֲשֶׁר ה' אֱלֹקֶיךָ נָתַן לָךְ נָחֳלָה
לְרִשְׁתָּהּ, תִּמְחָה אֶת זִכְרֵ עֲמָלֶק מִתַּחַת הַשָּׁמַיִם, לֹא
תִשְׁכַּח" (דברים כה 17-19).

4. בעניין זה מוכרת גם התגובה של שמואל הנביא למחדלו של שאול המלך שלא מילא אחר ציווי – "עֲתָה לָךְ וְהַפִּיתָה אֶת עֲמָלֶק וְהִחַרְמָתָם אֶת כָּל אֲשֶׁר לוֹ וְלֹא תִחַמַּל עָלָיו וְהִמָּתָה מֵאִישׁ עַד אִשָּׁה מֵעַלְל וְעַד יוֹנֵק מִשׁוֹר וְעַד שָׂה מִגָּמֶל וְעַד תַּמּוֹר" (שמואל א, טו 3) – והותיר בחיים את אגג מלך עמלק ואת מיטב הבקר והצאן. מחדל זה עלה לשאול באובדן המלוכה, כפי שנאמר "וַיֹּאמֶר אֵלָיו שְׁמוּאֵל קָרַע יְהוָה אֶת מְלָכוֹת יִשְׂרָאֵל מֵעַלְיָךְ הַיּוֹם וּנְתַנָּה לְרֹעֶךָ הַטּוֹב מִמֶּךָ" (שם, 28). ולא בכדי הדברים הם כך. הרמב"ן בפירושו על התורה מבטא את עצמת הציווי בכריתת עמלק:

"ידו של הקב"ה הורמה לישבע בכסאו להיות לו מלחמה ואיבה בעמלק עולמית. ומהו כס ולא נאמר כסא, ואף השם נחלק לחציו, נשבע הקב"ה שאין הכסא שלם ואין השם מלא עד שימח שמו של עמלק בן עשו, ומשנמחה שמו יהי שם ה' מלא והכסא שלם, שנאמר (תהלים ט ז) האויב תמו חרבות לנצח, זהו עשו, שנאמר ועברתו שמרה נצח (עמוס א יא), אבד זכרם המה (תהלים ט ז), מה כתיב אחריו וה' לעולם ישב (שם ח), הרי השם מלא, כונן למשפט כסאו (שם), הרי כסא שלם" (רמב"ן, שמות יז 16, ד"ה "כי יד על כס יו"); להרחבה בעניין תכלית הציווי ראו: מורה נבוכים, חלק ג, פרק מא; בעניין היקף הציווי והטעם שבבסיסו ראו: פסיקתא רבתי, מני אפרים, פסקא י"ג (מהדורת איש שלום, נג ע"ב); ולעניין השאלה מיהו אותו עמלק שעליו חל הציווי, אשר זכתה לפירושים שונים במרוצת הדורות, ראו לדוגמה: רש"י, דברים כה 18 ד"ה "אשר קרך בדרך"; (הרב י"ד סולובייצ'יק במאמרו קול דודי דופק 33 (התשל"ז); מלומדי מלחמה 24 (התשנ"ג). וראו עוד בעניין מלחמת מדיין: במדבר לא 20-1; מדרש תנחומא, במדבר, פרשת פנחס, סימן ג; הרב חיים דוד הלוי "דין 'הבא להרגך השכם להרגו' בחיינו הציבוריים" תחומין א 343, 345 (התש"מ)).

5. הסוג השלישי של המלחמות אליו מתייחס הרמב"ם כמלחמת מצווה, הרלוונטי ביותר לענייננו, הוא מלחמת "עזרת ישראל מיד צר שבא עליהם". בפשטות, מדובר במלחמה שהיא הכרחית לקיומו של עם ישראל, שנועדה לשמור ולהציל מפני ניסיונות "לכלות את ישראל" (הרב ישי יסלזון "מלחמת מצווה ומלחמת רשות" תורת הר עציון ע"ש ישראל קושיצקי <https://www.etzion.org.il/he/halakha/studies-halakha/laws-state-and-society/milchemet-mitzva-umilchemet-reshut>; וראו: שו"ת בני בנין, חלק ב, חלק המאמרים, מאמר ג). בימינו רווחת הדעה כי מלחמות ישראל כיום נחשבות

ל"עזרת ישראל מיד צר", ועל כן הן מהוות מלחמת מצווה (ראו למשל את דעתם של הרב יוסף שלום אלישיב ושל הרב עובדיה יוסף (קובץ תשובות לגר"ש אלישיב חלק א, סימן רמג; שו"ת יחוה דעת, חלק ב, סימן יד). כך על אחת כמה וכמה במלחמת "חרבות ברזל", בה אויבנו פתחו במתקפה נוראה נגד מדינת ישראל, העולה באופן מובהק כדי "עזרת ישראל מיד צר" (וראו דברי רבי יהודה בתלמוד ירושלמי, סוטה פרק ח, הלכה י; משנה תורה, זמנים, הלכות שבת, פרק ב, הלכה כג; לחם משנה על משנה תורה, שופטים, הלכות מלכים ומלחמות, פרק ה, הלכה א; עמוד הימיני, סימנים טז-יז; שו"ת בני בנין, חלק ב, חלק המאמרים, מאמר ג; הרב דוד אשל "האם מלחמת חרבות ברזל היא מלחמת מצווה ומה ההשלכות של הגדרה זו?" מכון משפטי ארץ https://www.dintora.org/Show_article/1228; הרב יובל שרלו "האם מלחמת חרבות ברזל" הינה מלחמת מצווה?" מרכז צהר לאתיקה <https://ethics.tzohar.org.il/qa>).

6. לצד ההבחנה בין מלחמת מצווה למלחמת רשות, ועל אף הציוויים החמורים לגבי האופן שבו יש לנהוג כלפי האויב, כבר לפני שנות דור עובר למשפט הבינלאומי של ימינו, התייחס המשפט העברי להגנה על אוכלוסייה שאינה מבקשת לקחת חלק בלחימה בארץ האויב ולסיוע שיש לאפשר לה.

מגבלות הלחימה, הסיוע וסייגיו

7. אחד מהמקורות למתן סיוע לאוכלוסייה אזרחית של עם אחר בדין ההלכתי הוא עיקרון "מפני דרכי שלום". מכוח עיקרון זה קובעת המשנה "ומחזיקין ידי גוים בשביעית... ושואלין בשלומן מפני דרכי שלום" (משנה, שביעית ה, ט; וראו: בבלי, גיטין סא, ע"א כאשר רש"י במקום מפרש כי הכוונה שניתן ממש "לסייע" לנוכרים). בשל עיקרון זה גם נפסק להלכה כי "מותר לפרנס ענייהם [של נכרים] ולבקר חוליהם ולקבור מתיהם ולהספידן ולנחם אבליהם, משום דרכי שלום" (שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קנא, סעיף יב; שם, שם, סימן שסז, סעיף א). עם זאת יושם אל לב כי בכל מקרה חל איסור למכור "כלי משחית" לאויב (משנה תורה, המדע, הלכות עבודה זרה וחוקות הגויים, פרק ט, הלכה ח).

8. כמו כן, בתורה קיימות מספר מצוות ייחודיות הנוגעות להתנהגות הנדרשת מעם ישראל בעת מלחמה. אחת ממצוות אלו היא המצווה לקרוא לעיר לשלום טרם תקיפתה (דברים כ 10-11). כאשר האויב מסרב לקריאה זו, יש לצור על עירו במצור (דברים כ 20).

אולם בהלכה נפסק כי גם במקרה מעין זה קיים ציווי שלא להקיף עיר מארבע רוחותיה, כמאמר הרמב"ם:

"כשצריך על עיר לתפשה, אין מקיפין אותה מארבע רוחותיה אלא משלוש רוחותיה. ומניחין מקום לברוח ולכל מי שירצה להימלט על נפשו" (משנה תורה, שופטים, הלכות מלכים ומלחמות, פרק ו, הלכה ז).

טעם הציווי, כפי שמסביר הרדב"ז על אתר, הוא לאפשר למי שאינו חפץ להילחם, להימלט מהמקום "מדרכי התורה אשר כל נתיבותיה שלום" (רדב"ז, שם, ד"ה "כשצריך"; וראו עוד: הרב יהודה גרשוני "על הגבורות ועל המלחמות" תחומין ד 61 (התשמ"ג)). הרמב"ן, אשר סבור כי חובה זו קיימת רק במלחמת רשות, נתן לכך שני טעמים:

"שנצטוינו כשנצור על עיר להניח אחת מן הרוחות בלי מצור שאם ירצו לברוח יהיה להם דרך לנוס משם כי בזה נלמוד להתנהג בחמלה אפילו עם אויבינו בעת המלחמה, ובו עוד תקון שנפתח להם פתח שיברחו ולא יתחזקו לקראתנו. שנאמר ויצבאו על מדין כאשר צוה ה' את משה ודרשו בספרי הקיפיה משלש רוחותיה ר' נתן אומר תן להם רוח רביעית שיברחו. ואין זו מצות שעה במדין אבל היא מצוה לדורות בכל מלחמות הרשות [ההדגשה הוספה], וכ"כ הרב בחבורו הגדול בהלכות מלכים ומלחמותיהם" (השגות הרמב"ן על ספר המצוות, שכחת העשין ה).

[בהערת אגב יצוין כי קיימים הבדלי הגישות בין הרמב"ם לרמב"ן לגבי השלבים השונים של המלחמה בהם יש לנקוט במדיניות פתיחת דרך המילוט, כמו גם לגבי דין הרעבת האוכלוסייה האזרחית (הרב ישי יסלזון "מצור במלחמה" תורת הר עציון ע"ש ישראל קושיצקי <https://www.etzion.org.il/he/halakha/studies-halakha/laws-state-and-society/matzor-bemilchama>). המשך חכמה (במדבר לא 7, ד"ה "ויצבאו") מבאר את גדרי המחלוקת בין הרמב"ם והרמב"ן. לשיטתו, טעם המצווה להשאיר רוח רביעית פתוחה לפי הרמב"ם הוא מעין הדרכה צבאית טקטית, והרמב"ם הביאה בהלכותיו כדי שנזכור שיקול זה ונביאו בחשבון בעת מלחמה, בהתאם לנסיבות. הרמב"ן לעומת זאת סבור כי טעם הציווי הוא שנלמד לנהוג בחמלה ועל כן הוא מהווה מצווה לכל דבר ועניין. ראו גם: משיב מלחמה, כרך ג, שער ה, סימן א; חוות בנימין, שער ב, סימן טו]

בעניין זה יצוין באשר לפוסקים מהדורות האחרונים, שלדעתו של הרב שלמה גורן הציווי להשאיר רוח אחת פתוחה, חל בין במלחמת מצווה ובין במלחמת רשות:

”בסיכומם של דברים יוצא, שלדעת הרמב”ם מחייבת מצוה זו גם בזמן הזה, שאם אנו צרים על עיירות אויבינו, בין במלחמת מצוה ובין במלחמת הרשות, בין בתוך גבולות א”י ובין מחוץ לגבולות א”י, אסור לסגור את העיר הנצורה מכל הרוחות, אלא חייבים להשאיר רוח אחת פתוחה בכוון החוצה כדי לאפשר למי שרוצה להימלט מן העיר הנצורה שימלט ויציל את נפשו, ובלבד שלא ינצלו רוח זו כדי להביא לתוכה תגבורת באנשים, בנשק ובמזון” (משיב מלחמה, כרך ג, שער ה, סימן א).

9. לצד הציווי לקרוא לשלום ולאפשר הימלטות של אלה שיבקשו לברוח מאזור המצור, יש שסברו כי ניתן לנהוג במי שלא נמלט מאזור הלחימה ביד קשה (ספרי, דברים כ 12). אך יש מי שפירשו את דברי המדרש על מצב בו המצור מוטל על האויב כתגובה למלחמה בה הוא יזם. או אז, ניתן להשתמש באמצעים חריפים נגדו (ספרי דבי רב, שופטים, פסקה י”ז, ד”ה ”כי תקרב”). יש גם שהבחינו בין שעת הקריאה לשלום שאז אין מקום לנקוט עם האוכלוסייה ביד קשה, לבין שעת הלחימה עצמה שאז אין מקום לחמול עליה (עמק הנצי”ב, ספרי, דברים כ 12; תורה תמימה, דברים כ 10, ה”ש מו). ויש שהבחינו בין מלחמת רשות לבין מלחמת מצווה (חוות בנימין, שער ב, סימן טו, שם מסכם הרב ישראלי את ההלכה שבמלחמת מצווה ההחלטה לאפשר בריחה לנצורים נתונה לשיקול דעת בלעדי של מפקדי הצבא והממשלה. לעומת זאת האוכלוסייה האזרחית הבלתי מעורבת אינה באה בכלל זה ויש לאפשר לה לצאת מהאזור הנצור באין מפריע. וראו: משיב מלחמה, כרך ג, שער ה, סימן א; דן כצבי – איש מלחמה, סימן י; וראו גם: פניני הלכה, זמנים, חודש אדר, ז-ט).

10. נוסף על האמור, יש שסברו כי ההשתדלות שיש לעשות על פי ציווי התורה כדי למנוע פגיעה באוכלוסייה שאינה מבקשת להשתתף בלחימה היא מתוחמת. כך למשל, חובה זו נסוגה מקום שבו ניצבת סכנה ממשית לחיילינו ולאזרחינו. דברים אלו באו לידי ביטוי בשאלה ששאלו את הרב הראשי לשעבר הרב אברהם אלקנה כהנא-שפירא בתכוף למלחמת שלום הגליל, בשנת תשמ”ג (הובאו בתחומין ד 182) כדלקמן:

”שאלה: מה דינה של אוכלוסית אויב אזרחית בעת מלחמה, האם יש מצד הדין היתר לפגוע בה על מנת למנוע פגיעה אפשרית בחיילי ישראל?

תשובה: כל עוד אין סכנה ממשית לחיילינו אין היתר לפגוע בנפש ואף לא ברכוש. אולם כאשר הסכנה היא מוחשית, הרי שיש לזכור שעל כף המאזניים אין עומדת רק היחידה הלוחמת מול האוכלוסייה האזרחית, איבוד של יחידה אחת או חלק ממנה עלול לפגוע במערכת המלחמה כולה. על כן כאשר נידרש וכאשר הסכנה גלויה לעין, אין מקום למדוד את מספר החיילים שלנו העלולים חלילה להיפגע כנגד מספר אזרחי מדינת האויב משונאי ישראל, שעלולים לשלם את מחיר המלחמה. יש בזה הלכה ברורה ברמב"ם בהלכות מלחמה וחייבין להציל את חייו של כל חייל יהודי" (וראו גם: הרב אהרן ליכטנשטיין, הרב דב ליאור, ד"ר יעקב חסדאי והרב שאר ישוב כהן "מוסר ומלחמה" תחומין ד' 186 (התשמ"ג)).

כמו כן, יש שפירשו כי אין להימנע מהריגת אויב אף אם חפים מפשע ייפגעו גם כן (וראו גם: מנחת אשר, דברים לב 6; עמוד הימיני, סימן טז, פרק ה). זאת, ביתר שאת במצב שבו יצירת הבחנה בין מחבלי האויב ובין האוכלוסייה האזרחית באזור היא בלתי אפשרית (בעקבי הצאן, פרק לב, רז).

11. מהסקירה שהובאה לעיל ניתן אפוא ללמוד על קיומן של נקודות השקה בין הדין ההלכתי לבין חובותיה של המדינה לפי הדין הבינלאומי והדין הישראלי עליהן עמד חברי הנשיא, בכל הנוגע להתנהלות ביחס לאוכלוסייה בלתי מעורבת של האויב. בזה וגם בזה ישנה התייחסות נכבדת לאוכלוסייה שאינה משתתפת בלחימה, אך בד בבד ניתן ביטוי לצורך בהגנה על אזרחי המדינה וחייליה וליכולתה של המדינה לנקוט אמצעים למניעת העברת ציוד שעשוי לשמש ללחימה בה.

12. במאמר מוסגר אף יוער כי במקביל לדין "הפנימי" (ההלכה), קיימת דעה כי ניתן להחיל הוראות של הדין הבינלאומי בנוגע לדיני המלחמה מכוח הכלל של "דינא דמלכותא דינא" (כלל שמקורו בדין הפרטי ומשמעותו שהדין הכללי הקיים במקום חל גם לפי דין תורה). זאת על בסיס התפיסה כי דינא דמלכותא דינא "הוא לא רק במה שנוגע בתוך המלכות עצמה אלא גם במה שנוגע בין מלכות למלכות" (עמוד הימיני, סימן טז; וראו גם: הרב יהודה שביב "זכור מלחמה אל תוסף" תוקפן של מלחמות בין האומות" תחומין ט, 205, 225 (התשמ"ח); שו"ת משפט כהן, סימן קמג (מהדורת מוסד הרב קוק שטז).

13. ובחזרה לימינו אנו. מדינת ישראל נמצאת בעיצומה של מלחמת מצווה במלוא מובן המילה. כמדינה יהודית חפצת חיים, היא מחויבת להגן בנחישות על ריבונותה, על

ביטחונה ועל האינטרסים הלאומיים שלה. אף בהינתן בסיס בדין למתן אפשרות לספק סיוע הומניטרי לאוכלוסייה אזרחית בלתי מעורבת בלחימה, אין מדובר בחובה לאפשר אספקת סיוע נרחב ובלתי מוגבל או סיוע "דו שימושי" שעלולים להגיע לידי האויב ואף לשמש בידיו ללחימה נגד ישראל. בענייננו צה"ל והמשיבים עשו מעל ומעבר כדי לאפשר אספקת סיוע הומניטרי לרצועת עזה, אף תוך נטילת סיכון כי הסיוע שהועבר יגיע לידיו של ארגון הטרור חמאס וישמש בידיו ללחימה נגד ישראל. בעניין זה מסכים אני עם דברי חברי השופט סולברג. וכפי שנאמר לעיל, עצם מתן הסיוע, אופן והיקף הסיוע מסור לשיקול דעתם הרחב של הממשלה ושל צה"ל, ואין כל עילה להתערבותנו בעניין זה.



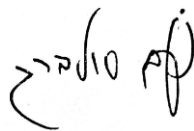
דוד מינץ
שופט

הוחלט פה אחד לדחות את העתירה.

ניתן היום, כ"ז באדר התשפ"ה (27.3.2025).



דוד מינץ
שופט



נעם סולברג
שופט



יצחק עמית
נשיא