

ביקורת על לימודי המשפט הישראלי : מרכזיותו של

הפוליטי הנפקד מהם

סוף דבר לגיליון "עזה במשפט"

מאת

חסן ג'בארין*

תקציר

הלימוד ושיטת המחקר של המשפט הישראלי נשענים על בסיס גיאוגרפי המבחין בין הקו הירוק (כולל ירושלים ורמת הגולן) לבין שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה. לפי שיטת לימוד זו, הכתיבה העוסקת במשפט "הפנימי הישראלי" נשענת על מומחיות במשפט החוקתי, ואילו הכתיבה העוסקת במשפט שחל על הגדה המערבית ורצועת עזה נתפסת כעניין "חוץ", השייך למומחיות בתחום המשפט הבינלאומי. האחת מניחה כי החוקה, על פי חוקי היסוד, חלה על אזרחי מדינת ישראל, ועל כן הביקורת שלה מתמקדת בהפרת העקרונות החוקתיים; ואילו האחרת מניחה את תחולת המשפט הבינלאומי ההומניטרי, והביקורת שלה מתמקדת בהפרת הנורמות של משפט זה. עיון זה מציג שני סוגי דיון לפסיקתו של בית המשפט העליון הישראלי, אשר כל אחד מהם הוא זר לשני.

המחבר מבקש לאתגר שיטת לימוד ומחקר זו. טענתו היא כי שיטה זו אינה מגיעה אל מהותו של המשפט הישראלי. הפוליטי (שלפיו הזהות הקיבוצית נשענת על ההבחנה בין ידיד לאויב) הוא המהות (essence) והעוגן של תפיסת הריבונות הישראלית, אשר המשפט הישראלי נשען עליה, ובבחינת "הפוליטי קודם למשפט". מהות זו אינה מתיישבת עם הדיכוטומיות של שיטת הלימוד הקיימת, שכן הפוליטי מופיע במקרים מסוימים וקריטיים ומכריע את שלטון החוק, תוך השעיית כלל ההגנות המשפטיות – הן הזכויות החוקתיות והן נורמות המשפט הבינלאומי ההומניטרי. לפיכך דיון במשפט החל על הגדה המערבית או על רצועת עזה יכול להתחיל מן העיון במשפט "הפנימי" החל על הקו הירוק, שאינו זר למשפט "הפנימי" אלא המשך לו,

* מנכ"ל עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ומורה מן החוץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב. אני מבקש להודות לצוות עדאלה, שהדיונים הפנימיים של חבריו במשך שני עשורים העשירו את הידע שלי, שהוא רלוונטי לדיון במאמר זה; במיוחד אבקש להודות לעו"ד מרוואן דלאל, שהיה מחבר עיקרי לדוחות מטעם עדאלה בעניין אירועי אוקטובר 2000, ואשר היו לי לעזר כאן; כמו כן אבקש להודות לאילן סבן, לדורין לוסטיג, ולעורכות ולעורכים של גיליון זה על הערותיהם המצוינות.

ולכן אינו מצריך דיון מיוחד בתחולת המשפט הבינלאומי. טיעונו של המחבר בעניין זה הוא תיאורי ולא נורמטיבי.

המחבר ידון בשלושה מקרים ברשימה זו: הראשון הוא פסק דין העוסק בסוגיית הירי לעבר המפגינים בצעידת השיבה בעזה, שניתן בשנת 2018 בעניין **יש דין**; השני הוא החלטתן של רשויות אכיפת החוק לסגור את תיקי **אירועי אוקטובר 2000** נגד שוטרים החשודים בירי שגרם להרג ולפציעתם של מאות פלסטינים אזרחי מדינת ישראל; המקרה השלישי הוא פסק הדין בעניין **עדאלה**, אשר ניתן בשנת 2006 ואשר דן באיחוד משפחות פלסטיניות בישראל. דיון זה יראה, שבשלושת המקרים הקריטיים הללו הפוליטי החיל דין אחיד על הפלסטינים באשר הם, ללא קשר לנורמות משפטיות כלשהן או לגיאוגרפיה. הדיון יראה כי פסק הדין בעניין **יש דין** הוא רק המשך ישיר למשפט "הפנימי" הישראלי, ועל כן הוא אינו מצריך דיון מיוחד בתחולת המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

מבוא

א. הפוליטי כקודם למשפט

ב. הירי על המפגינים בעזה: פסק הדין בעניין **יש דין**

ג. הירי על מפגינים אזרחיים: אירועי אוקטובר 2000

ד. אזרחות: עניין **עדאלה**

סיכום

מבוא

הלימוד ושיטת המחקר של המשפט הישראלי נשענים על בסיס גיאוגרפי המבחין בין הקו הירוק (כולל ירושלים ורמת הגולן) לבין שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה. כפי שהשופט ברק מסביר, דיון במשפט החוקתי הישראלי אינו קשור לדיון במשפט שחל מעבר לקו הירוק, שכן מדובר בשתי מערכות משפט נפרדות; האחת היא דמוקרטית ומתבססת על עקרונות חוקי היסוד, ואילו האחרת, החלה על הפלסטינים, אינה דמוקרטית והיא כפופה למפקד הצבאי על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי.¹ דוגמה מובהקת לשיטת לימוד זו היא הספר הקנוני של אמנון רובינשטיין וברק מדינה "המשפט החוקתי של מדינת ישראל",² אשר מתמקד בעקרונות היסוד של השיטה המשפטית אשר חלים על שטחי הקו הירוק, על ירושלים ועל רמת הגולן. לפיכך הכתיבה העוסקת במשפט "הפנימי הישראלי" נשענת על מומחיות במשפט החוקתי, ואילו הכתיבה העוסקת במשפט שחל על הגדה המערבית ורצועת עזה נתפסת

¹ אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 147-148 (2005).

² אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** (2005).

כעניין "חוץ" השייך למומחיות בתחום המשפט הבינלאומי. האחת מניחה כי החוקה, על פי חוקי היסוד, חלה על אזרחי ישראל, ועל כן הביקורת שלה מתמקדת בהפרת העקרונות החוקתיים; ואילו האחרת מניחה את תחולת המשפט הבינלאומי ההומניטרי, והביקורת שלה מתמקדת בהפרת הנורמות של משפט זה. עיון זה מציג שני סוגי דיון לפסיקתו של בית המשפט העליון הישראלי, אשר כל אחד מהם הוא זר לשני.³

גם המחקר המשפטי הביקורתי, הטוען כי ההגנה על זכויות אדם עוצרת בקו הירוק, מחזק למעשה את הדיכוטומיה הזו שבין "הפנים" ו"החוץ". ליאון שלף היה מן החלוצים הראשונים שציינו כי האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון אינו מגיע לשטחים הכבושים.⁴ כתיבה חלוצית מסוג זה עדיין משפיעה על השיח המשפטי הביקורתי.⁵ לאחרונה טוען אדם שנער שאומנם בג"ץ מחיל את הזכויות החוקתיות על אזרחי מדינת ישראל, אך הוא נמנע מלהחילן על הפלסטינים בשטחים הכבושים משום שהוא תופס אותם כאויב, מה שגם מתיר את השימוש באלימות נגדם.⁶

אני מבקש לאתגר שיטת לימוד ומחקר זו. אתמקד במתח שבין תפיסה זו, שלפיה מדובר בשיטות משפט מובחנות ונבדלות על בסיס גיאוגרפי, לבין היחס האחד של המשפט הישראלי לפלסטינים ממוצאים גיאוגרפיים שונים אלו. אטען, כי במקרים מסוימים וקריטיים המשפט הישראלי מתייחס אל כלל הפלסטינים – הן אזרחי ישראל שבתוך הקו הירוק והן תושבי הגדה המערבית ועזה – בתור קולקטיב-אויב אחד, מה שמצדיק את השימוש באלימות נגדם, תוך השעיית כלל ההגנות המשפטיות – הן הזכויות החוקתיות והן נורמות המשפט הבינלאומי ההומניטרי. לכן, דיון במשפט החל

³ שלושה ספרים מובילים יכולים להיות דוגמה טובה לדיכוטומיה זו: הראשון הוא ספרו של ברק מדינה, שבוחר להתמקד בזכויות אדם רק בקו הירוק: ברק מדינה **דיני זכויות האדם בישראל** (2017); השני הוא ספר שדן במשפט הישראלי לאחר חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992, שאינו מתייחס למשפט בגדה המערבית ורצועת עזה: ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013); השלישי הוא ספרו של דוד קרצמר, שדן בפסיקה העליונה החלה על הפלסטינים בגדה המערבית ורצועת עזה, מבלי להתייחס לפסיקה שחלה על הקו הירוק: DAVID KRETZMER, *THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES* (2002).

⁴ ליאון שלף "גבול האקטיביזם השיפוטי הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים" **עיוני משפט** יז 757 (1993).

⁵ מן הכתיבה הראשונה מסוג זה, ראו למשל: משה נגבי כבלים של צדק – בג"ץ מול הממשל הישראלי בשטחים (1981); ראו גם Ronen Shamir, *Landmark Cases and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice*, 24 L. & Soc'y Rev. 781 (1990). ראו מהעת האחרונה גם את מאמרו של אילן סבן, שלפיו המשך הכיבוש והתעצמות הביקורת על ישראל בעטיו תורמים מאוד לתגובת הנגד למהפכה החוקתית שמובילה לפגיעה בזכויות החוקתיות ובמעמד האזרחים הפלסטיניים: אילן סבן "תגובת הנגד הפוליטית למהפכה החוקתית" **המרחב הציבורי** 13 (חורף- 2018- http://law.haifa.ac.il/images/documents/PublicSphere13_Saban.pdf (2017)).

⁶ Adam Shinar, *Israel's External Constitution: Friends, Enemies and the Constitutional/Administrative Law Distinction*, 57 VA. J. INT'L. L. 736 (2018).

על הגדה המערבית או על רצועת עזה יכול להתחיל מן העיון במשפט "הפנימי" הישראלי, שכן קביעות שיפוטיות שחלות על הקו הירוק בעניין האזרחים הפלסטיניים אינן תמיד זרות למשפט שחל על הפלסטינים בגדה המערבית ועזה. נהפוך הוא, במקרים קריטיים הן תורמות לעיצובו של המשפט שם, והן אף חלות על תושבי הגדה ועזה בהיותם פלסטינים.⁷

ברשימה זו אדון בשלושה מקרים. המקרה הראשון הוא פסק דין של בית המשפט העליון, העוסק בסוגיית הירי לעבר המפגנים בצעידת השיבה בעזה בפרשת **יש דין**.⁸ פסק דין זה מנסה לעסוק בשאלה, מהי הפרדיגמה שאמורה לחול על המפגנים בעזה – פרדיגמת האיבה המזוינת שבדיני הלחימה או פרדיגמת אכיפת החוק על פי משפט זכויות האדם. אציג הסבר אחר לפסק דין זה, שאינו זר לשיטת המשפט הישראלית "הפנימית", אלא נובע ונגזר ממנה ואינו זקוק לדיון בתחולת המשפט הבינלאומי. אטען, שההסבר הטוב ביותר לפסק דין זה הוא תפיסת ההמון הפלסטיני כאויב. אציג את הדמיון ואת הדינמיקה בין עניין **יש דין** לבין שני מקרים "ישראליים" בולטים אחרים. המקרה האחד, וזהו המקרה השני שאדון בו ברשימה זו, הוא החלטתן של רשויות אכיפת החוק לסגור את תיקי אירועי אוקטובר 2000 נגד שוטרים החשודים בירי שגרם להרג ולפציעתם של מאות פלסטינים אזרחי מדינת ישראל. המקרה האחר, וזהו המקרה השלישי שאדון בו ברשימה זו, הוא פסק הדין שניתן בשנת 2006 בפרשת **עדאלה**, אשר דן באיחוד משפחות פלסטיניות בישראל ואשר מבסס בצורה גלויה ומוצהרת את הרציונל של "דוקטרינת נתיני אויב".⁹ דיון זה יראה, שפסק הדין בעניין **יש דין** הוא המשך למשפט הישראלי "הפנימי".¹⁰

הטיעון שלי הוא תיאורי בלבד. הוא מבקש להראות, כי שיטת הלימוד והמחקר בישראל אינה מגיעה אל מהותו של המשפט הישראלי. אסביר, כי הפוליטי (במובנו השמיטיאני המבחין בין ידיד לאויב) הוא המהות (essence) של המשפט הישראלי ובבחירת "הפוליטי קודם למשפט". אסביר, כי מהות זו אינה מתיישבת עם הדיכוטומיות של הקו הירוק מול הגדה המערבית ועזה, של הגנות חוקתיות מול משפט בינלאומי הומניטרי, של "הפנים" מול "החוץ" ושל אזרחים מול מי שאינם אזרחים.

⁷ לאחרונה אנו עדים לתחילתו של מחקר דומה שמנסה לקעקע את הדיכוטומיה בין "הפנים" ו"החוץ". ראו למשל: סמדר בן נתן "אזרחים-אויבים: אזרחים פלסטינים ובתי משפט צבאיים בישראל ובשטחים הכבושים 1967-2000" הפוליטיקה של הכלה והדרה **ביחסי ישראלים ופלסטינים** 47 (אמל ג'מאל עורך, 2020); ראו גם: YOAV MEHOZAY, BETWEEN THE RULE OF LAW AND STATES OF EMERGENCY: THE FLUID JURISPRUDENCE .OF THE ISRAELI REGIME (2016).

⁸ בג"ץ 3003/18 **יש דין מתנדבים לזכויות האדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל** (פורסם בנבו, 24.5.2018) (להלן: עניין יש דין).

⁹ בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2) 1754 (להלן: עניין עדאלה).
¹⁰ אעיר כי שימשתי עורך דין בשלושת המקרים הללו יחד עם עורכי דין מטעם ארגון עדאלה, אולם אינני מנסה לסנגר כאן על טיעוני עורכי הדין והעותרים, אלא להסביר את ההיגיון ואת הרציונל הפנימי שמאחורי ההחלטות במקרים אלה.

עם זאת איני מתיימר להציע שיטה פדגוגית חדשה או לקדם טיעון נורמטיבי כגון הצורך בהחלת המשפט החוקתי הישראלי על הגדה המערבית ורצועת עזה. בפרק א אציג את המצב התיאורטי של מעמד האויב, לרבות המובן של "הפוליטי". פרק ב ידון בפסק הדין בעניין יש דין, פרק ג ידון באירועי אוקטובר 2000 ופרק ד ידון בפסק הדין בעניין עדאלה. הדיון יסתיים בסיכום.

א. הפוליטי כקודם למשפט

קרל שמיט אתגר את המשפט הליברלי בקביעתו המפורסמת: "המושג של המדינה מניח את קיומו של המושג הפוליטי".¹¹ "הפוליטי" הוא האפשרות להבחין בין אויב וידיד כאשר האויב אינו היריב הפרטי אלא האויב הקיבוצי, הקיים אך ורק במישור הקולקטיבי.¹² ההקרבה היא האלמנט המכונן של הזהות הקיבוצית; לכן קולקטיב פוליטי הוא שמצליח להגדיר מיהו האויב שלו, וחבריו מביעים רצון ונכונות להקרבה למען ההגנה עליו ועל זהותו הפוליטית.¹³ הוא אינו זקוק לנורמות משפטיות כדי להגדיר את עצמו, כי בהיעדרו אין מדינה ואין חוקה.¹⁴ כך למעשה שמיט מבקש לקבוע כי העם (people) אינו יציר של החוקה, אלא הוא קודם לה והוא תוצר של ההקרבה עצמה. לפיכך ברגעי האיום הממשי או העימות מול הקולקטיב-האויב, הפוליטי מכיר את עצמו בלבד ללא כפיפות לנורמות משפטיות. לפי שמיט, הקהילה הפוליטית היא הלגיטימית והיא המזוהה עם המדינה, כקביעתו המפורסמת שלפיה הפוליטי קודם למדינה וגם למשפט שלה. לכן האזרחות היא רק מעמד משפטי שאינו מעניקה חברות בקולקטיב הפוליטי, שכן חברות זו מותנית בנכונות להקרבה – להרוג ולהיהרג.¹⁵ המסקנה העולה מן הדברים היא שקבוצת אזרחים יכולה להיות קולקטיב-אויב. בנקודה זו יש לציין קביעה אחרת של שמיט, אשר נחשבת מן הקביעות החשובות בפילוסופיה הפוליטית-משפטית: "Sovereign is who decides on the exception".¹⁶ לפי קביעה זו, הגנה מפני איום תוכרע לפעמים מחוץ לכלל כלל משפטי, היינו באמצעות השעיית המשפט. מקובל בספרות שזהותו של הריבון שאליו מתכוון שמיט יכולה

¹¹ CARL SCHMITT, THE CONCEPT OF THE POLITICAL 19 (George Schwab trans., University of Chicago Press, 2007).

¹² שמיט מתאר זאת כך: "An enemy exists only when, at least potentially, one fighting collectively of people confronts a similar collectively. The enemy is solely the public enemy, because everything that has a relationship to such a collectively of men, particularly to a whole nation, becomes public by virtue of such a relationship". בעמ' 28.

¹³ שם, בעמ' 26-27, 38.

¹⁴ שם.

¹⁵ שם, בעמ' 27, 37-46, 69-79.

¹⁶ CARL SCHMITT, POLITICAL THEOLOGY: FOUR CHAPTERS ON THE CONCEPT OF SOVEREIGNTY (George Schwab trans., 2005); (להלן: Schmitt, Political Theology).

להיות כל רשות שלטונית.¹⁷ רגע ההכרעה על ההוצאה מן הכלל מעיד על המהות של הריבונות שעליה יושבת המערכת המשפטית ושעליה היא נשענת.¹⁸ במילים אחרות, רגע ההכרעה הזה הוא רגע ה- *raison d'état* של המדינה, משום שכאן מופיע הפוליטי, שהוא המכונן של הקונסטיטוציה הלא כתובה הנוגעת לזהות החוקתית של המדינה, שהיא היא זהותו של העם וה"אני מאמין" שלו.¹⁹

מבחינת אכיפת החוק, הפילוסוף המשפטי פול קאהן, השייך לאסכולה השמיטיאנית, מבחין בין תגובת הרשויות לעברייני לבין תגובתן לאויב, ולפיה דין מפר החוק אינו כדין אויב.²⁰ העברייני עובר על החוק, אך האויב מאיים על עצם הקיום הפיזי שלנו. מפר החוק הוא יחיד, אך האויב מופיע עם שיוכו הקולקטיבי. לכן לפי קאהן, התגובה נגד מפר החוק היא על פי החוק, אך נגד האויב היא בשם הריבונות (הגנה עצמית של המדינה), כלומר היא אינה כפופה לשלטון החוק. התגובה של רשויות אכיפת החוק נותנת משקל רציני לפונקציית הנזק שהעברייני גורם, אולם פונקציה זו אינה רלוונטית לעניין האויב, הנתפס תמיד כאיום על הריבונות. מכך עולה, כי התגובה כלפי מפגין מתפרע שהוא בבחינת עברייני תהיה מדודה לפי הנזק שהוא גורם: האם הוא מהווה סכנה לחיי אדם? האם זוהי סכנה מיידיית או שמדובר רק בנזק לרכוש? הריגתו של מפר החוק בניגוד לדין היא עבירה פלילית, אך הריגתו של האויב, גם אם היא מתוכננת מראש, איננה רצח (כעבירה פלילית), אף שהוא נרצח. יוצא כי לפי שמיט

17 PAUL W. KAHN, POLITICAL THEOLOGY: FOUR NEW CHAPTERS ON THE CONCEPT OF SOVEREIGNTY, 39 (Columbia University Press, 2011)

18 "The exception reveals most clearly the essence of the state's authority" Schmitt, ראו Political Theology, לעיל ה"ש 16, בעמ' 13.

19 כך למשל לצורך המחשה, דוגמה ישראלית של הכרעה על ההוצאה מן הכלל יכולה להעיד, לפי שמיט, על מהותה של המדינה. פסק דינו של השופט חשין בעניין גיוס תלמידי הישיבות הוא הקרוב ביותר לגישת שמיט. השופט חשין קבע שם, כי הוא אינו זקוק לחוקי היסוד או לזכות לשוויון כדי לקבוע את חובת ההשתתפות בנטל; שכן הוא נשען על המהות ולפיה חובה זו קיימת מכוח עצמה, שהרי בלי הגיוס לצה"ל במדינה המוקפת אויבים לא יהיו חוקי יסוד ולא תהיה מדינה יהודית. במילים אחרות, הפוליטי קודם לחוקה ולמדינה היהודית עצמה: ראו בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון ואח' נ' הכנסת ואח'** (פורסם בנבו, 11.5.2006). דוגמה נוספת היא פסק דינו של הנשיא אגרונט בענין ירדור. הוא קבע שם כי זהותה של המדינה כיהודית היא אקסיומה קונסטיטוציונית שאין מערערים עליה, ולכן ניתן לשלול את זכותה של רשימה להיבחר לכנסת אם מתגלה שהיא מערערת על זהות זו, גם בהיעדר חוק שמאפשר זאת וגם בהיעדר חוק שמצייני כי המדינה היא יהודית. ראו ע"ב 1/65 **ירדור נ' יושבדראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ"ד יט (3) 365 (1965). תפיסה זו של שמיט משמשת היום גם בסיס לדוקטרינת "תיקון חוקתי שאינו חוקתי", שלפיה גם תיקון של חוקה שנעשה לפי הפרוצדורה החוקתית יכול להיות בטל כאשר הוא פוגע בעקרונות היסוד המהווים את זהות החוקתית של המדינה. לעניין זה, ראו את ההפניות לתיאוריה של שמיט אצל YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS (2017)

20 Paul Kahn, *Criminal and the Enemy in the Political Imagination*, 99 YALE L. REV. 148 (2011); Paul Kahn, *Imagining Warfare*, 24(1) EJIL 199, 202 (2013)

וקאהן, הפוליטי מערער על התפיסה המשפטית הליברלית, המזהה את המדינה עם חוקיה והמקדשת את שלטון החוק. חשוב גם לציין, כי שניהם – שמיט וקאהן – אינם עוסקים בשאלות נורמטיביות (מה רצוי לעשות), אלא מבחינתם הם מתארים את המציאות הפוליטית של החיים.

הרציונל של ידיד-אויב הופיע במלחמת העולם הראשונה והשנייה בשם "דוקטרינת נתניי אויב".²¹ השימוש ההיסטורי הידוע לשמצה בדוקטרינה הופיע בפסק דין אמריקני במהלך מלחמת העולם השנייה, כאשר עשרות אלפי אזרחים אמריקניים ממוצא יפני נכלאו במחנה אך ורק בשל מוצאם האתני.²² כמו הפוליטי, נקודת המוצא של דוקטרינת נתניי אויב היא ההבחנה על בסיס ידיד-אויב; לכן כל צד לסכסוך הלאומי הוא עוין לצד השני, והשלטון ונתניי נתפסים כיחידה אחת בעת קונפליקט, שכל העם על כל חלקיו שותף בה בדרך זו או אחרת למאמצי הלחימה.²³ חנה ארנדט רואה בפליטים היהודיים את הפרדיגמה לדוקטרינה זו, שכן הם גורשו מגרמניה כיהודים, נעצרו בצרפת כגרמנים ובארצות הברית הוגבלו זכויותיהם כנתניי אויב של גרמניה.²⁴

דוקטרינה זו היא חלק מהמשפט הישראלי. חלק מהחוקים הבריטיים מתקופת המנדט אומצו בידי מדינת ישראל; הכנסת אף היא חוקקה חוקים ברוח הדוקטרינה, אשר הבולט שבהם הוא חוק נכסי נפקדים, התש"ו-1950, שיחסו אל חלק מן האזרחים הערביים אף הוא כאל נפקדים (נתניי אויב).²⁵ המקרה של הטלת ממשל צבאי עד שנת 1966 נגד האזרחים הערביים התבסס על הרציונל של דוקטרינת נתניי אויב.²⁶

דוקטרינה זו מתנגשת היום עם דיני מלחמה המתבססים על עקרון ההבחנה בין לוחמים ואוכלוסייה אזרחית. הכלל של עיקרון זה הוא הצורך לכבד את זכויותיה של האוכלוסייה האזרחית ולקיימן על פי הנורמות של משפט זכויות האדם הבינלאומי;

21 Michael Kagan, *Destructive Ambiguity: Enemy Nationals and the Legal Enabling of Ethnic Conflict in the Middle East*, 38 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 263 (2007)

22 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944)

23 על השימוש האמריקני בדוקטרינת נתניי אויב, ראו את ספרו של דוד קול, אשר מציג דוגמאות מובהקות מן המשפט האמריקני לרבות השימוש בה נגד האסירים בגואנטנמו לאחר 9/11: DAVID COLE, *ENEMY ALIENS: DOUBLE STANDARDS AND CONSTITUTIONAL FREEDOMS IN THE WAR ON TERRORISM* (2005)

24 Hanna Arendt, *We Refugees*, IN *THE JEW AS PARIAH: JEWISH IDENTITY AND POLITICS IN THE MODERN AGE* 55-66 (Ronald. H. Feldman ed., 1978)

25 כך למשל, תושבי המשולש, שסופחו לישראל בשנת 1949 ונהיו לאזרחים, הם נפקדים לפי החוק אף שהם נוכחים, משום שלפני כן הם היו נתניי מדינת אויב (ירדן) ולכן ניתן להפקיע את הקרקע של אזרחים אלה; כך הוא גם המצב של תושבי נצרת שהיו אמורים להיות שייכים למדינה הערבית לפי תוכנית חלוקת הארץ של האו"ם מחודש נובמבר 1947; לעניין אופני התחולה האבסורדיים של חוק נכסי נפקדים, ראו ע"א 5931/06 חסיין נ' כהן (פורסם בנבו, 15.4.2015).

26 סאוסן זהר "דוקטרינת נתניי אויב" והפליסטינים בישראל" *אזרחות על תנאי: על אזרחות, שוויון, וחקיקה פוגענית* 123 (שרה אוסצקי-לזר ויוסף ג'בארין עורכים, 2016) (להלן: זהר "דוקטרינת נתניי אויב").

הפגיעה באוכלוסייה על פי העיקרון היא בגדר חריג ועקב פעולה אגבית נגד לוחמים או מטרה צבאית, ובלבד שהיא מידתית.²⁷ זאת ועוד, הדוקטרינה מנוגדת לסעיף 4 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, האוסר על שורה של פגיעות בעת חירום, לרבות הפליה של בני אדם אך ורק על בסיס אתני ובכלל זה הפגיעה בשוויון בפני החוק, בחירותו ובחיייו של אדם;²⁸ הדוקטרינה היא גזענית, בהיותה מנוגדת לסעיף 1(1) לאמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות ההפליה הגזענית, המגדיר את ההפליה הגזענית האסורה.²⁹

למעשה, הן הפוליטי והן דוקטרינת נתיני אויב (הנשענת על תפיסות הפוליטי) שוללים את עקרונות המשפט המתבססים על ההבחנות שבין אזרח, תושב זור, בין חיילים ואזרחים, בין לוחמים ואוכלוסייה אזרחית ובין ספירה ציבורית וספירה פרטית. לא במקרה הפוליטי מטבעו משעה את שלטון החוק במובנו המהותי, השולל את כלל ההגנות המשפטיות – הן החוקתיות והן נורמות המשפט הבינלאומי ההומניטרי. הפוליטי יופיע בדיון בפרשת יש דין ובעניין אירועי אוקטובר 2000, והדוקטרינה של נתיני אויב תעלה בשמה המפורש בדיון בעניין עדאלה, הנוגע לאיחוד משפחות פלסטיניות בישראל.

ב. הירי על המפגינים בעזה : פסק הדין בעניין יש דין

בעקבות התארגנות של גופים רבים בעזה החלו להיערך הפגנות בימי שישי ליד גדר ההפרדה. ההפגנות, שבהן השתתפו אלפים, החלו ביום 30.3.2018, יום האדמה, והן כונו "צעידות השיבה". המארגנים ציינו במסמך העקרונות שההפגנות חייבות להיות עממיות, להתעלות על הפילוג הפוליטי בקרב העם הפלסטיני ולהיות נטולות נשק; ישתתפו בהן משפחות ונשים, ומלבד הדגל הפלסטיני לא יונף בהן אף דגל, אף לא דגל חמאס.³⁰ בטרם החלו ההפגנות העביר הצבא מסרים בערבית לציבור בעזה, שלפיהם הוא לא ירשה לערוך הפגנות ליד חומת הגדר וישתמש ביד קשה נגד המפגינים, ובכלל

²⁷ ארנה בן נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 195-220 (2006).
²⁸ האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966).

²⁹ סעיף 1 (1) לאמנה זו קובע כך: "In this Convention, the term 'racial discrimination' shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life". על פירוט האיסורים במשפט הבינלאומי, ראו Kagan, לעיל ה"ש 21, וזהר "דוקטרינת נתיני אויב", לעיל ה"ש 26.

³⁰ ראו את מסמך העקרונות של 'צעידת השיבה' שהוכן על ידי הפעילים בעזה ואשר הובא בפני בג"ץ בסעיף 14 לכתב העתירה מטעם ארגון עדאלה (במסגרת פסק הדין בעניין יש דין, לעיל ה"ש 8) בבג"ץ 3250/18 עדאלה ואח' נגד ראש המטה הכללי של צה"ל (להלן: עתירת עדאלה).

זה ירי צלפים.³¹ ואכן עם תחילת ההפגנות הציב הצבא ליד גדר ההפרדה כוחות רבים והשתמש בירי חי של צלפים לעבר המפגינים. לבג"ץ הוגשו שתי עתירות מטעם ארגוני זכויות אדם, שציינו כי בארבעת ימי ההפגנות הראשונים ירי הצלפים "גרם למותם של 32 מפגינים מביניהם עיתונאי ו-4 קטינים וכן לפציעת 2882 מביניהם 523 ילדים ו-97 נשים".³² העותרים טענו נגד מדיניות הפתיחה באש בירי צלפים כנשק קטלני ולא מידתי.

בפני בג"ץ התעוררה השאלה, אם פרדיגמת אכיפת החוק או פרדיגמת מעשי איבה שבדיני הלחימה היא שאמורה לחול על צעידת השיבה.³³ פרדיגמת אכיפת החוק חלה נגד הפרות סדר אזרחיות, והיא מוכרת הן במשפט הבינלאומי לזכויות האדם והן במשפט הפלילי הישראלי. לפי הפרדיגמה, כוח קטלני נגד מפירי סדר מופעל אך ורק כאשר מתעוררת הגנת הצורך הפלילית בעת סכנה מיידית לחיי אדם וכאשר אין אפשרות אחרת למנוע את הסכנה מאשר ירי קטלני, שאף הוא אמור להיות מידתי. פרדיגמה זו היא על פעילות מסוג "שיטור" נגד עבריינים ומפירי סדר, להבדיל מפעילות מלחמתית נגד אויב,³⁴ ולפיה הן מפירי החוק והן השוטרים (או אוכפי החוק) עומדים במעמד שווה מול שלטון החוק.³⁵ לפיכך ישנו דירוג בהפעלת הכוח התלוי במידת הנזק, והוא נע בין אזהרתו של מפר הסדר, מעצרו ופיזור ההפגנה באמצעים סבירים. לעומת זאת, פרדיגמת מעשי איבה שייכת לדיני לחימה, והיא חלה על עימות מזוין בין שני צדדים אויבים, לוחמים וחמושים, והיא מתירה את השימוש באלימות הקטלנית. לפי פרדיגמה זו, מצב הלחימה המעשי מניח שלשני הצדדים אפשרות שווה להרוג ולהיהרג.

העותרים טענו שפרדיגמת אכיפת החוק היא שאמורה לחול, משום שמדובר בהפגנות בעלות אופי אזרחי מובהק. המשיבים שללו אפשרות זו; לדידם מדובר בציבור עוין, ובכל מקרה לטענתם הוראות הפתיחה באש החסויות מתיישבות עם הוראות המשפט הבינלאומי והן מופעלות נגד "מסיתים מרכזיים" ובאופן מידתי. פסק הדין אישר את עמדת הצבא, וקבע כי השימוש בירי הוא לפי עקרונות המשפט הבינלאומי. כפי שחלק מן המאמרים בגיליון זה מעידים, פסק הדין מעורר מחלוקת בשאלה, אם בג"ץ החיל נכונה את עקרונות המשפט הבינלאומי הרלוונטיים.

אני מבקש לדון בפסק הדין בעניין **יש דין לא** לפי שיטת המחקר הישראלי, המתמקדת בפרשנותן של נורמות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, אלא במסגרת הפוליטי במובנו השמיטיאני. דיני הלחימה מאפשרים ללוחמים משני הצדדים להרוג

31 על ההודעות הללו, ראו שם, בפס' 16 לכתב העתירה.

32 שם, בפס' 4.

33 ראו את מאמרו של אליאב ליבליך בגיליון זה, שבו הוא מסביר בהרחבה את שתי הפרדיגמות.

34 הנשיא ברק עמד על ההבחנה בין פעילות מסוג שיטור, שהצבא מבצע בגדה המערבית, לבין פעילות מלחמתית נגד "טרוריסטים". ראו: ע"א 5964/92 **בני עודה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 1, 7 (2002).

35 הסעיפים הרלוונטיים בחוק הישראלי לעניין הגנת הצורך הם ס' 34-יא לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

ולהיהרג, ובלבד שתישמר ההבחנה בין לוחמים פעילים ואוכלוסייה אזרחית. ואולם כפי שצוין בפרק הקודם, נורמות אלו אינן רלוונטיות לפוליטי, השולל את ההבחנות בין הפרטים. העותרים ביקשו למעשה – ובלשונו של קאהן – להחיל על צעידות השיבה את נורמות אכיפת החוק החלות על מפירי סדר (עבריינים), אשר לפיהן הפגיעה במפגין תהיה לפי מידת הנזק שהוא גורם ובאופן מידתי (במקרה זה ניתן לפגוע במפגין באופן מידתי כאשר הוא מהווה סכנה מיידית לחיי אדם). בג"ץ דחה את גישת העותרים; כפי שאסביר להלן, הוא החיל הלכה למעשה את הפוליטי, המתייחס לציבור המפגינים כאל אויב שניתן להורגו ללא כפיפות לנורמה משפטית כלשהי (בין אם מדובר בנורמות של דיני הלחימה, המבחינות בין לוחם ואוכלוסייה אזרחית, ובין אם מדובר בפרדיגמת אכיפת החוק, הכפופה לדין הפלילי המדינתי ולדיני זכויות האדם). הסיפור שפסק הדין מספר הוא על הפוליטי, ובו מופיע ההמון הפלסטיני המפגין בעזה כאויב מאיים. בג"ץ אימץ את התשתית העובדתית שהציגו המשיבים כתשתית היחידה הרלוונטית לדין, מבלי שערך בה כל דיון ואף מבלי להתייחס לראיות הסותרות שהעותרים הציגו. נקודת המוצא של פסק הדין היא, כי "בין מדינת ישראל לבין השולטים ברצועת עזה (וארגון הטרור חמאס) מתקיים עימות מזוין מתמשך, אשר חלים עליו דיני הלחימה של המשפט הבינלאומי".³⁶ פסק הדין מציג את כל המשתתפים כקהל עוין, הרמוני וללא שונות, שמטרתו האחת והיחידה היא להשתתף במאמצי הלחימה של שלטון חמאס בעזה נגד מדינת ישראל. השופט מלצר קבע, כי "אם ניתן לסווג חלק מהמפגינים כמשתתפים ישירים בעימות המזוין המתנהל בין ישראל לבין חמאס (וודאי שזהו הדין ביחס למפגעים ולחמושים שביניהם, ובקטגוריה קרובה נכללים גם המשתתפים לארגוני טרור המסתווים כמפגינים, וכן משתתפים במחאה המסכימים לשמש מגן אנושי לטרוריסטים המסתתרים מאחוריהם), אזי הם מאבדים את ההגנה הנתונה להם... כאזרחים".³⁷ יוצא מכך כי עצם נוכחותה של משטרת השלטון בעזה הופכת את שאר המשתתפים למגן אנושי מרצון; זאת ועוד, עצם קיומו של המון פלסטיני מחזק דווקא את קיומה של כוונה קולקטיבית של המשתתפים לחתור לפגיעה צבאית במדינת ישראל.³⁸ לכן השופט מלצר סיכם, כי מדובר באירועים אלימים אשר "אורגנו, תואמו, והוכוונו על ידי חמאס, שהוא ארגון טרור המצוי בעימות מזוין עם ישראל".³⁹ כך נופלת כליל החומה המבחינה בין אוכלוסייה אזרחית לבין לוחמים, והופכת את שניהם לגוף אחד אשר מזדהה עם השלטון של עמם ובצורה פעילה נגד מדינת ישראל.

³⁶ עניין יש דין, לעיל ה"ש 8, בפס' 38 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

³⁷ שם, בפס' 45.

³⁸ "כוונותיהם של המתפרעים, מושא העתירות שלפנינו, מספרם העצום והרב, האמצעים שברשותם והאלימות שנקטו – מבדילים לכאורה, מבחינה עובדתית, את האירועים ההמוניים בהם אנו דנים, מהפגנות סתם". ראו שם, בפס' 53.

³⁹ שם, בפס' 54.

הנשיאה חיות החילה את הפוליטי באופן פשוט יותר. היא ציינה שהמלחמה בטרור מציבה אתגר חדש בפני מדינות רבות בעולם, שלפיו יש היום עירוב בין האוכלוסייה האזרחית לבין ארגוני הטרור.⁴⁰ העירוב הזה הוא מכונן ולא מקרי, ומיועד "לטשטש ולהקשות על איתור פעילי טרור בתוך המון האדם" על מנת לאפשר לבצע פעולות טרור "בחסות האוכלוסייה האזרחית";⁴¹ לכן האירועים מושא העתירות הם בבחינת מלחמה באמצעים אחרים.⁴² תיאור זה אפשר לנשיאה לדבר על "כלל הפלסטינים" כיחידה אחת הפועלת בתור אויב פעיל.⁴³

גישתם של שמיט וקאהן בעניין האיום שיוצר האויב נגד הריבונות בולטת בפסק הדין. הדיון של השופטים סביב הקשר שבין "האירועים" וגדר ההפרדה חיוק אצלם את התפיסה שמדובר בניסיון לפגוע בריבונות המדינה, והגדר הפכה לקו האדום המסמל את הריבונות. אני סבור כי גם נושא הצעדה, המבליט את עניין שיבת הפליטים הפלסטינים, היה בפניהם כעדות על התנגדות למהותה של המדינה כיהודית. כפי שקאהן מציין, התגובה נגד האויב אינה תלויה בפונקציית הנזק; ואכן אנו למדים מפסק הדין, כי אף שלא נפגע חייל כלשהו במהלך ימי הצעידה, היא נתפסה כמהלך מאיים על אזרחי מדינת ישראל, וכדברי השופט מלצר "אין מדובר במחאה עממית או ספונטנית רגילה". אומנם פסק הדין מרבה לציין כי הפגיעה באמצעים קטלניים נעשית לאחר מיצוי שאר האמצעים, אך בה בעת הוא שולל את אופציית המעצר בשל התנאים "הטיפוגראפים",⁴⁴ ומלבד ירי חי של צלפים אין בו אזכור לזמינותם של אמצעים אחרים (כמו ירי גומי, גז או חרטומי מים). המסקנה היא, שירי צלפים בתור החלופה היחידה הזמינה לטיפול במפגינים מעיד על כך שעל אויב חל האמצעי הקטלני ביותר, שהוא האמצעי הזמין והעיקרי, ולא האמצעי שמגיב לפי מידת הנזק.

כל ניסיון של העותרים לדון במידת הסיכון והנזק הוא ניסיון לערוך משפטיוציה על בסיס הבחנות (בין אזרח לרוחם, בין פעילות אזרחית כגון הפגנה לפעילות מלחמתית, בין מצב מסוכן למצב של רגיעה), המנוגד לתפיסת הפוליטי. לפיכך בג"ץ לא התעניין בעצם הדיון על קיומה של סכנה מיידית, שכן מבחינתו תמיד ישנה סכנה שכזו מול האויב. לפי פסק הדין, הרגע המבחין בין רגיעה או שלום לבין לחימה אינו

40 שם, בפס' 4 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

41 שם, בפס' 7 לפסק דינה.

42 הנשיאה ציינה בפס' 6 שם את הדברים הבאים: "אירועים המוניים ואלימים בהשתתפות עשרות אלפי פלסטינים תושבי רצועת עזה, המאורגנים וממומנים על ידי ארגון חמאס וארגוני טרור נוספים הפועלים ברצועה".

43 בפס' 6 קבעה הנשיאה כך: "אכן פעלו הפלסטינים לחבל בגדר ולפרוץ אותה"; "עוד שוגרו על ידי הפלסטינים במהלך אירועים אלה עפיפוני תבערה"; ושיאם של האירועים היה עת "השתתפו כ- 45000 פלסטינים שהתפרסו על פני 13 מוקדים" כדי לפגוע בביטחון מדינת ישראל (ההדגשות הוספו).

44 שם, בפס' 8 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

ברור, הוא עמום ולא ודאי ונמצא על "התפר"⁴⁵ היינו במצב של "אי-הבחנה". לפי פסק הדין, הרגע של היעדר סכנה על ציר הזמן הוא רגעי ועומד להשתנות, כי הוא במצב של ה-"becoming" לקראת הרגע הבא. כך ההבחנה בין "עובדה" (מהו המצב העובדתי לאשורו) לבין "הנורמה" (מהו הדין שחל על עובדה זו) קורסת. לכן שיקול הדעת של המפקד במצב זה של "אי-הבחנה" הוא רחב מאוד. המשיבים טענו כי הוראות הפתיחה באש מכוונות בעיקר נגד "המסית המרכזי", אולם הם לא הגדירו מיהו "מסית מרכזי": האם הוא משלהב הרוחות של המפגינים, זורק האבנים, מי שקובע את סיסמאות ההפגנה, נושא המגפון, מי שעומד בשורות הראשונות של ההפגנה או מי שמכוון את המפגינים? בג"ץ לא עסק בהגדרתו של "המסית המרכזי", משום שהוא אינו מתעניין במידת הנזק שהוא גורם ואף לא בהבחנה שבינו לבין שאר המפגינים, שהרי כאשר מדובר בציבור עוין המפקד בשטח הוא המוסמך לקבוע במי לירות כמסית מרכזי.⁴⁶ יוצא מכך כי אין אפשרות לקבוע נורמה משפטית המגדירה מיהו "מסית מרכזי", משום שקביעה שכזו תחייב להבחין בין פרטים בקרב הציבור העוין על פי פונקציית הנזק. לפי הגיונו של הפוליטי, כשמדובר בציבור שנתפס כאויב אין משתתף שהוא מסית, לא מסית, לוחם או איש שלום, ואם הוא בנמצא – חזקה שהוא ייהפך בכל רגע לאיש מלחמה. לפיכך עיקרו של פסק דין זה איננו בפרשנותה של הוראה זו או אחרת במשפט הבינלאומי ההומניטרי; עיקרו בהחלת דין אויב המשעה את שלטון החוק במובן של השעיית כל ההגנות המשפטיות, לרבות אלה שבדיני המלחמה.

הקשר שבין הפוליטי לשלטון החוק התגלה באופן חד וברור כאשר העותרים בעתירה השנייה (עתירת עדאלה) הציבו את השאלה, אם הצבא כפוף לנורמות שהוא עצמו מצהיר שהוא מחויב להן. הנשיאה חיות והשופט הנדל התמקדו בטיעון של עורכת הדין סוהאד בשארה מארגון עדאלה. לצורך הדיון יצא טיעונה מנקודת הנחה, כי הוראות הפתיחה באש הכתובות בידי הצבא הן חוקיות, אך השימוש שהיה באש חיה נוגד את הדין לאור מיקום הפגיעות הקטלניות (שרובן בראש ובחלק העליון של הגוף).⁴⁷ טיעון זה מיתר למעשה את היותן של הוראות הפתיחה באש חסויות ולא גלויות, משום שהוא מניח שטענת הצבא כי הוראותיו הכתובות הן כדין היא נכונה. בהתאם לכך הטיעון מזמין ישירות את תחולת שלטון החוק, המחייב כפיפות לנורמות משפטיות בדבר השימוש בנשק קטלני: יש לבדוק אם הצבא מקיים את החוק שהוא מסכים שחל עליו ושהוא כפוף לו, ולפיו אסור לפגוע במי שאינם חמושים ואסור לבחור בפגיעות בחלק העליון של הגוף כאפשרות ראשונה. טענת בשארה מתחדדת על רקע הנתונים שהציגה בפני בג"ץ, ולפיהם "לפי הדו"חות הרפואיים עולה כי 94%

⁴⁵ ראו פס' 4 לפסק דינה בדבר קיומו של "תפר" לא מובחן; השופט מלצר ציין בפס' 52 לפסק דינו, כי "נוצרת לפרקים סכנת חיים ממשית ומיידית לכוחות צה"ל וכן לאזרחי ישראל ביישובי עוטף עזה".

⁴⁶ על הדיון הרחב בסוגיית "המסית המרכזי" בפסק דין זה, ראו ליבליך, לעיל ה"ש 31.
⁴⁷ ראו עניין יש דין, לעיל ה"ש 8, בפס' 13-14 לפסק דינה של הנשיאה חיות, וכן בפסק דינו של השופט הנדל.

מההרוגים נורו כפולג גוף עליון (ראש, צוואר, פנים, חזה, בטן וגב); וכ- 53% מההרוגים נורו באזור הראש, הפנים והצוואר; כ- 22% נורו באזור הבטן; כ- 19% נורו באזור החזה והגב; וכ- 6% נפגעו ברגליים והירכיים⁴⁸. אף שהמשיבים לא הכחישו ראיות אלו, בג"ץ התעלם מהן ואף דחה את בקשת העותרים להציג בפניו סרטוני וידאו המתעדים מקרי הרג של נשים ושל ילדים מאש הצלפים⁴⁹.

ובכל זאת, מהי תשובת פסק הדין לאתגר של עו"ד בשארה? שלושת השופטים נימקו את דבריהם בכך שסוגיית היישום איננה מענייניו של בית המשפט, וכדברי השופט מלצר "ההחלטה לגבי אופן יישומן נתונה לשיקול דעתם של המפקדים בשטח"⁵⁰. במילים אחרות, נושא אכיפת החוק בעת החירום (המבצע הצבאי) הוא עניין לא שפיט. לפי זה, הצבא אינו מחויב ליתן דין וחשבון בדבר כפיפותו ויישומו לאף דין, לרבות הדין שהוא מנסח בתור מחוקק לעצמו, משום שלמפקדיו ולחייליו יש שיקול דעת מוחלט בדבר יישום החוק כאשר יש צורך ביישומו. בכך הופשטו המפגינים בעזה מכל מעמד משפטי, ונהפכו להמון פלסטיני המסמן את האויב. בנקודה זו מופיעה התגלמותה של הצהרת שמיט: "הריבון הוא שמכריע על ההוצאה מן הכלל", שמשמעה שהצבא הוא שמכריע לפי שיקול דעתו המוחלט על השעיית החוק למען ההגנה מפני האויב הפלסטיני. זוהי לטענתי ההכרעה המרכזית של פסק הדין בעניין יש דין⁵¹.

הנה כי כן, פסק הדין הזה הוא על הפוליטי, אשר אינו מבחין בין פרדיגמת אכיפת החוק שבדיני זכויות האדם לבין פרדיגמת האיבה המזוינת שבדיני הלחימה, אשר אינו מתעניין בסוגיית הצורך של המשפט הפלילי המדינית ובתחולת פרדיגמת דיני לחימה, ואף אינו עוסק בהבחנות לפי מידת הנזק; שהרי הפוליטי אינו כפוף לאף נורמה משפטית המחייבת דיון בהבחנות כלשהן כאשר הזירה המתוארת – בלשונו של שמיט – היא עימות קיבוצי מול האויב. אשר על כן ניתן לחקור פסק דין זה וללמדו מבלי לערוך כל דיון בדבר תחולתו ופרשנותו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי. שני הפרקים הבאים ידונו בשאלה, אם עניין יש דין הוא זר למשפט הישראלי "הפנימי" או רק המשך לו.

ג. הירי על מפגינים אזרחיים – אירועי אוקטובר 2000

כמחאה על הרג פלסטינים בגדה המערבית ובירושלים שאירע בעקבות ניסיונו של יושב ראש האופוזיציה דאז, אריאל שרון, להיכנס אל חרם אל-שריף (הר הבית) ביום

⁴⁸ עתירה עדאלה, לעיל ה"ש 30, בפסקה 5.

⁴⁹ ראו את החלטת הנשיאה חיות מיום 26.4.2018 במסגרת ההליך של עניין יש דין, לעיל ה"ש 8.

⁵⁰ ההדגשה במקור. ראו שם, בפס' 61 לפסק דינו של השופט מלצר.

⁵¹ קרוב לשנתיים לאחר האירועים התפרסמה כתבה בעיתון "הארץ", שבה העידו הצלפים כי אכן לא היה מדובר במצב של מלחמה אלא בהפרות סדר אזרחיות, אשר הובילו להריגתם של 215 מפגינים ולפציעתם של 7,996 מאש חיה של צלפים: הילו גלזר, "שלחתם אותנו לירות אש חיה ב- 8,211 מפגינים. עכשיו תקשיבו לנו" הארץ, 4.3.2020. זמין ב: <https://www.haaretz.co.il/magazine/premium-MAGAZINE-1.8625943>.

29.9.2000, הכריזה ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל על שביתה כללית ליום אחד. ביום השביתה, ה- 1.10.2000, נערכו הפגנות המוניות בקו הירוק ובהן נהרגו שני צעירים בצומת אום אל פחם וצעיר מכפר ג'ת בידי כוחות המשטרה. כתגובה על הרג זה נמשכה השביתה בליווי הפגנות והלוויות, כך שבתקופה שבין 1-8 באוקטובר 2000 הגיע מספר ההרוגים הערביים ל- 13 צעירים, ומאות נפצעו מידי השוטרים ובכלל זה ירי צלפים של היחידה ללוחמה בטרור (הימ"מ).

בעקבות מחאה ציבורית ערבית-יהודית נגד אלימות המשטרה מונתה ועדת חקירה ממלכתית ביום 8.11.2000 לחקור את מה שהציבור כינה "אירועי אוקטובר 2000". השופט תיאודור אור, שופט בית המשפט העליון, מונה כיושב ראש הוועדה, ואילו צורפו שני חברים – השופט האשם ח'טיב, שופט בית המשפט המחוזי בנצרת, ופרופסור שמעון שמיר מאוניברסיטת תל-אביב (להלן: ועדת אור). ועדת אור פעלה במשך שלוש שנים. פרוטוקול הדיונים שלה משתרע על פני 16,000 עמודים, היא גבתה 500 הודעות מעדים שונים, שמעה 434 עדויות, קיבלה לידיה 4,275 מוצגים וחבריה ערכו ביקורים במקומות שאירע בהם ההרג.⁵²

ביום 1.9.2003 פרסמה הוועדה את הדוח שלה. נקודת המוצא של הוועדה היא תחולתה של פרדיגמת אכיפת החוק (אשר הוצגה בפרק הקודם). ועדת אור קבעה, כי המשטרה השתמשה בכוח מופרז בניגוד להוראות הפתיחה באש, כי באף אחד ממקרי ההרג לא התעוררה סכנה מיידית שהצדיקה את הירי הקטלני וכי השימוש בירי צלפים בצומת אום אל פחם ובנצרת שגרם להרג ולפציעתם של עשרות היה קטלני ולא מידתי. הוועדה הרבתה להתמקד בשימוש בצלפים. המשטרה חששה כי על רקע ההלוויות שהיו צפויות להיערך בוואדי עארה ההפגנות יגלשו לכביש 65, ועל כן היא החליטה להציב צלפים ביום 2.10.2000. המטרה לטענת המשטרה הייתה לשמור על הציור פתוח לתחבורה ציבורית. ועדת אור מצאה, כי המשטרה השתמשה בצלפים פעמיים בעבר נגד מי שאחז בנשק והתכוון לפגוע בחיי אדם או למען הצלת בני ערובה.⁵³ היא קבעה כי השימוש בצלפים נגד מפגינים הוא קטלני ביותר ולא מידתי בטבעו, גם לאור העובדה ששלושה צלפים היו מכוונים באותה עת לגופו של אדם. עוד קבעה הוועדה, כי לא רק שהירי לא היה בתגובה לסכנה מיידית אלא שהוא לא היה יכול להיות כזה, שכן ההוראה לפתוח באש צלפים הייתה אמורה לעבור שורה של אישורים ממפקדים בשטח; היא גם קבעה כי ניתנו הוראות מפורשות לצלפים לירות נגד מידי אבנים כדי להרתיע על מנת "למנוע הישנות המעשה", ולא כדי למנוע סכנה ממשית לחיים.⁵⁴ על

⁵² ועדת החקירה הממלכתית לביורור התנגשויות בין כוחות הביטחון לאזרחים דו"ח הוועדה (2003) (להלן: דוח ועדת אור); זמין ב: bit.ly/3ee0koW.

⁵³ מעדויות השוטרים בפני הוועדה התברר שהיו רק שני מקרים שהיה בהם שימוש בצלפים: "המקרה הראשון היה בתאריך 8.9.92 כאשר צלפי הימ"מ ירו למוות באדם שהרג קודם לכן ארבע נשים והחזיק בידו תת מקלע. המקרה השני היה בתאריך 10.5.94 כאשר במתחם של עוזי משולם ביהוד פתח אחד החסידים באש לעבר מסוק משטרתי שחג מעל המתחם, ואז צלפי הימ"מ ירו בו והרגו". ראו שם, בעמ' 475.

⁵⁴ שם, בעמ' 484.

כן קבעה הוועדה כך: "אין בהיסטוריה של הימ"מ מקרה הדומה לזה של הפעלת הצלפים באירועי אוקטובר 2000 כאשר צלפים ירו במתפרעים שאינם אווזים בנושק חם ואינם מהווים כמבואר סכנה מיידית".⁵⁵ כאשר לכביש 65 ובהמשך לתפיסתה של ועדת אור של פרדיגמת אכיפת החוק ולמען שמירה על חיים היא קבעה, כי האפשרות הראויה הייתה לא לשמור על כביש 65 בוואדי עארה פתוח לתחבורה בכל מחיר, אלא להתפנות מהצומת ולסגור את הציר.⁵⁶

לענייננו היו המלצותיה של הוועדה בשני מישורים – המערכתי והפלילי. כאשר למישור המערכתי, היא המליצה כי חלק ממפקדי המשטרה יושעו מתפקידם, חלקם לא יקודמו בהיררכיה הפיקודית וחלק אחר יוקפא קידומו לתקופה מסוימת. כאשר למישור הפלילי, הוועדה לא הייתה מוסמכת להמליץ על הגשת כתבי אישום, שכן מחלקת חקירות שוטרים (מח"ש) היא היחידה המוסמכת על פי החוק לחקור שוטרים חשודים לצורך הגשת כתבי אישום; על כן המליצה הוועדה, כי מח"ש תמשיך ותחקור את הנושא לצורך קביעת אחריות פלילית והגשת כתבי אישום. במלאת שנה לפרסום דוח הוועדה, ביום 1.9.2004, מתח השופט אור בהרצאתו באוניברסיטת תל אביב ביקורת חריפה על התנהלות מח"ש ומחדליה, אשר לא פתחה בחקירה מיידית ולא הגישה כתבי אישום גם לאחר ארבע שנים מיום האירועים.⁵⁷

בחודש ספטמבר 2005 פרסמה מח"ש את הדוח מטעמה, שלפיו היא מודיעה כי היא לא פתחה בחקירה וגם לא תפתח בחקירה פלילית נגד אף אחד מהשוטרים המעורבים.⁵⁸ מח"ש מודה כי היא מעולם לא חקרה את האירועים במהלך חודש אוקטובר 2000, לאור העובדה "שמדובר היה בהתרחשויות אלימות ביותר, עד כדי

55 שם, בעמ' 475.

56 שם, בעמ' 474.

57 בהרצאתו אמר השופט אור את הדברים הבאים: "ככלל, מח"ש לא גבתה ראיות ביחס לאירועים שבהם נהרגו אזרחים, לא אספה ממצאים בשטח ולא ניסתה סמוך להתרחשות האירועים לאתר מי היו השוטרים המעורבים בהם... המלצתה של ועדת החקירה היתה, שתתקיים חקירה של מח"ש בשורה של אירועים שבהם מצאו את מותם 13 אנשים. הכוונה היתה, שלאור החקירה יוחלט אם להגיש כתבי אישום וכנגד מי. והנה מתברר, שעד כה טרם נקבעו מסקנות אם להגיש כתבי אישום לגבי אחד מן האירועים שהועברו לחקירת מח"ש... נוכח התוצאות הקשות של האירועים שנדרשה בהם חקירת מח"ש, נוכח העובדה שהעדויות שגבו חוקרים מטעם הוועדה והוועדה עצמה היו גלויות כל העת בפני הכל כולל בפני חוקרי מח"ש, וזאת כבר במהלך עבודת הוועדה, ונוכח העובדה שחלפה כבר שנה מאז ניתנו ההמלצות בדו"ח הוועדה, מצער הדבר שלא נעשה עד כה יותר במסגרת חקירת מח"ש". ראו: עדאלה הנאשמים – דו"ח בענין האחריות הפלילית והציבורית להרג אזרחים ערבים באוקטובר 2000 (6 אוקטובר 2006) (להלן: דוח הנאשמים); וזמין ב: bit.ly/2ZJQp5k.

58 משרד המשפטים – היחידה לחקירות שוטרים מסקנות בענין אירועי ההתנגשות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (2005), bit.ly/2ZaWQ2h, (להלן: "דוח מח"ש").

סכנת חיים שלא אפשרו לצוותי החקירה לפעול כנדרש בשטח.⁵⁹ היא מוסיפה, כי לאחר הקמת ועדת אור הורה היועץ המשפטי לממשלה למח"ש שלא לפתוח בחקירה במקביל לעבודתה של ועדת חקירה ממלכתית על מנת שלא להפריע לעבודתה של הוועדה.⁶⁰ עוד מוסיף דוח מח"ש, כי גם לאחר פרסום דוח ועדת אור התעוררו "קשיים לא מבוטלים" לבצע חקירה, בעיקר משום "שהאירועים התרחשו לפני זמן רב" ומשום ש"חלק מחומר החקירה כבר נחשף בפני נחקרים פוטנציאלים במהלך עבודת ועדת אור".⁶¹ במילים אחרות, מח"ש לדבריה היא לא פתחה בחקירה – לא במועדים הסמוכים לאירועים כפי שהחוק מחייב,⁶² לא במהלך עבודתה של ועדת אור, והיא אף לא תחקור לאחר סיום עבודתה של הוועדה.⁶³

עם זאת דוח מח"ש קובע, כי מרבית מקרי הירי בוצעו עקב קיומה של סכנה מיידית, כי השימוש בצלפים הוא מוצדק וכי גם אם הייתה הפרה של הוראות הפתיחה באש, אין אחריות פלילית על השוטרים. פרסום הדוח גרר ביקורת ציבורית חריפה על מח"ש ועל מחדליה.⁶⁴ בתגובה על הביקורת החליט היועץ המשפטי לממשלה לבדוק בעצמו את מסקנותיה. בשנת 2008 פרסם היועץ המשפטי לממשלה דוח מטעמו, התומך ללא הסתייגות כלשהי במסקנות דוח מח"ש.⁶⁵ בכך נסגרו תיקי אירועי אוקטובר 2000 ללא נאשמים מצד השוטרים.

אפשר לפתוח את הדיון בחידה הבאה: הכיצד, בהיעדר חקירה עצמאית מטעמם, סותרים מח"ש והיועץ המשפטי לממשלה את הממצאים העובדתיים והמפורטים של ועדת אור? תשובתי היא, שכפי שהנרטיב בעניין יש דין קבע ללא בדיקת התשתית העובדתית את הצידוק לירי, גם כאן רשויות אכיפת החוק מציבות נרטיב שהוא הרקע להערכה שלהן. הפסקה הראשונה של דוח מח"ש קובעת את הנרטיב הבא:

בתאריך 29.9.00 החלו עימותים אלימים ברחבי המגזר הערבי בכל חלקי הארץ, בין ערבים אזרחי ישראל לבין אנשי משטרה. במהלך התנגשויות אלימות אלו, אשר התרחשו בין הימים 8-1 לאוקטובר 2000, נהרגו 12 אזרחים ישראלים ותושב אחד מאזור עזה (להלן: המנוחים) וכן נפצעו אזרחים, רובם כתוצאה מירי של שוטרים (להלן: אירועי אוקטובר).

59 שם, בעמ' 3.

60 שם, בעמ' 5.

61 שם, בעמ' 6.

62 באשר לחובה לפתוח בחקירה של מח"ש בעניין שוטרים החשודים בעבירות פליליות, ראו ס' 49ט(א) לפקודת המשטרה, התשל"א-1971.

63 על מחדלי מח"ש והתנהלותה, ראו דוח הנאשמים, לעיל ה"ש 57.

64 ראו שם, בעמ' 8-9.

65 היועץ המשפטי לממשלה אירועי אוקטובר 2000 – החלטה בערר על החלטת מח"ש (27.1.2008) (להלן: "דוח היועמ"ש"). לתקציר של החלטה, ראו:

<https://www.adalah.org/uploads/oldfiles/newsletter/heb/jan08/mazuz.pdf>

העימותים, שבהם נטלו חלק מאות ואלפי מפגינים, כללו חסימות עורקי תנועה מרכזיים ברחבי הארץ, נזקים לרכוש ציבורי ופרטי, השלכת בקבוקי תבערה ויידוי אבנים וברזלים, בין היתר באמצעות קלע דוד (שמסוכנתו רבה) אל עבר רכבים שנסעו בכבישים השונים ואל עבר כוחות המשטרה. כתוצאה מידיי האבנים, נגרם מותו של אזרח ישראלי באזור ג'סר אל-זרקא, וכן נפצעו אזרחים ואנשי כוחות המשטרה.

על בסיס נרטיב זה מח"ש מחילה את הפוליטי. לפי תפיסתה, הדין הרלוונטי שחל על אירועי אוקטובר הוא הדין שחל על פעילות צבאית הננקטת נגד האויב. מח"ש נסמכת על פסק דין אחד של בג"ץ⁶⁶ ומצטטת מתוכו כקובע, כי "פעילות בתנאי מלחמה" או "בתנאי קרב" מטילה עומס ולחץ על תפקודו של המפקד; לפיכך "מאפייניה הייחודיים של הפעילות המבצעית" יכולים לשלול את האינטרס הציבורי "בנקיטה בהליכים פליליים, אף במקום בו קיימת אחריות פלילית".⁶⁷ לפי פסק דין זה שמח"ש מצטטת ומדגישה חלקים ממנו, "הטלת אחריות פלילית על כתפיו של מפקד המוביל מבצע צבאי" עלולה לפגוע במשימה הצבאית. לפיכך דוח מח"ש מסיק, כי החלת אחריות פלילית נגד שוטרים חשודים "עלולה ליצור מצב, בו שוטרים יחששו לקבל החלטות וימנעו מליטול סיכונים במהלך פעילותם המבצעית".⁶⁸ היועץ המשפטי לממשלה אימץ ואישר תפיסה משפטית זו.⁶⁹

תפיסה נורמטיבית זו משעה את שלטון החוק במובן זה שהיא מאיינת את האחריות הפלילית לפי חוק העונשין, התשל"ז-1977, וכאמור לפי שמיט וקאהן אין אחריות פלילית על הריגתו של אויב. מח"ש קובעת, כי הריגת אזרחים ערביים שהפגינו בחדש אוקטובר 2000 יכולה להיות לכל היותר טעות בשיקול דעת, וכי "על אף תוצאותיה הקשות, אין בה כדי לגבש עבירה פלילית של גרם מוות ברשלנות". לפי מח"ש, אי-תחולת האחריות הפלילית שרירה וקיימת לאור "הפרות הסדר החמורות, האלימות ותחושת אי הוודאות בה היו נתונים כוחות המשטרה".⁷⁰ טעם זה מבקש להחיל דין אחד – ללא הבחנות – על אירועי אוקטובר, בדגש על כך שהוא "the exception", היוצא מן הכלל.⁷¹ על בסיס החרגה זו רשויות אכיפת החוק קובעות שאין תחולה

⁶⁶ בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מט (5) 859, 869 (1995).

⁶⁷ דוח מח"ש, לעיל ה"ש 58, בעמ' 34-35.

⁶⁸ שם, בעמ' 34.

⁶⁹ דוח היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 388-390.

⁷⁰ דוח מח"ש, לעיל ה"ש 58, בעמ' 35, 72.

⁷¹ מח"ש קובעת ומדגישה, כי "ברי, כי ככלל יידיי אבנים אל עבר אזרחים או שוטרים אינו מצדיק רי חי, וזאת גם אם המדובר בידיי אבנים באמצעות קלע דוד" (ההדגשה במקור). אולם הדוח מציין כי הנסיבות המיוחדות של אירועי אוקטובר 2000 הן החרגה המצדיק ירי במקרים אלה (שם, בעמ' 72).

למשפט פלילי גם אם נקטו השוטרים צעד קיצוני של ירי,⁷² גם אם הערכתם הסובייקטיבית בדבר קיומה של סכנה הייתה מדומה, לא נכונה ובניגוד להוראות הפתיחה באש,⁷³ וגם אם ירי צלפים נועד להרתיע "מתפרעים" (ולא מפני סכנה מידיית); שהרי מדובר בהפעלת שיקול דעת "כפי שראוי שכל מפקד בסיטואציה כזו יעשה".⁷⁴ לפי דברים אלה לשוטרים נתון שיקול דעת מוחלט, ללא קשר לחוק הפלילי, בבחירת תגובתם נגד מפגינים-אזרחים ערביים.

אומנם מדובר בהרג ובפגיעה של אזרחים, אך כפי שציין שמיט, הפוליטי גובר על שלטון החוק משום שהוא תלוי בקביעה של זהות האויב על בסיס הנכונות להקרבה ולא על בסיס אזרחות משפטית. אין מעמידים לדין את מי שמוכן להרוג ולהיהרג מול האויב, והריגתו של אויב אינה הריגה כעבירה פלילית. לפיכך, על אף תחולת המשפט הפלילי על הקו הירוק, אין חקירה פלילית ואין כתבי אישום נגד השוטרים שהרגו פלסטינים בשטחי הקו הירוק.

אם בפרק הקודם ראינו שהמשפט מתייחס למפגינים הפלסטיניים בעזה כאל אויב, כעת אנו רואים שלמעשה אין הבחנה בין פלסטינים מחוץ לקו הירוק ובתוכו. המשפט הישראלי מחיל עליהם את הפוליטי ללא קשר למיקום הגיאוגרפי. תפיסה נורמטיבית זו מסבירה מדוע מח"ש לא קיימה את חובתה על פי דין לחקור מיידית את האירועים בהתייחסותה ליישובים הערביים כאל זירת אויב אלימה. גישה זו מתנגשת עם תפיסתה של ועדת אור, אשר קבעה כי "המשטרה חייבת להטמיע בקרב שוטריה את התובנה, כי הציבור הערבי בכללו אינו אויב שלהם, וכי אין לנהוג בו כאויב".⁷⁵

כעת אפשר לשוב לעניין יש דין. כפי שפסק הדין בעניין יש דין קבע נרטיב שמבסס את רציונל האויבות ללא דיון בתשתית העובדתית, גם מח"ש קבעה את קביעותיה על בסיס נרטיב דומה, בהתעלם מחומר רב של ראיות שגבתה ועדת אור וללא חקירה מטעמה. בדומה להתייחסותו של פסק הדין בעניין יש דין לגדר ההפרדה כאל קו אדום המצדיק ירי צלפים, גם דוח מח"ש מתייחס להשאת כביש 65 בוואדי עארה ציר פתוח לתחבורה כאל קו אדום שהצדיק ירי צלפים.⁷⁶ בשני המקרים נתפסו הגדר וכביש 45 כסמלי ריבונות שאוימו בידי האויב. כמו ביש דין, גם מח"ש קבעה כי מעצרים לא היו אופציה לאור התנאים הטופוגרפיים בצומת אום אל פחם, וכי ירי צלפים הוא האמצעי היעיל ביותר בהיותו מדויק.⁷⁷ כפי שסוגיית "התפר" ו"אי-הוודאות" העניקה בעניין יש דין שיקול דעת רחב לחיילים, גם מח"ש קבעה כי במקומות רבים האירועים היו דינמיים

⁷² שם, בעמ' 54.

⁷³ שם, בעמ' 51.

⁷⁴ דוח היועמ"ש, לעיל ה"ש 65, בעמ' 360.

⁷⁵ דוח ועדת אור, לעיל ה"ש 52, בעמ' 768.

⁷⁶ "ירי הצלפים לעבר המפגינים, נועד למעשה להגן על אזרחים שנעו בכביש 65, וכן על

כוחות המשטרה, אשר היו בסכנה עקב יידי האבנים לעברם, באמצעות קלע דוד". ראו

דוח מח"ש, לעיל ה"ש 58, בעמ' 66.

⁷⁷ שם, בעמ' 68-69.

ומשתנים, ולכן "אין באפשרותו של שוטר מן היישוב... לאמוד טווחים בצורה מדויקת".⁷⁸ בשני המקרים ההתייחסות לפלסטינים היא אחידה וגורפת: מדובר בהמון אלים, מוסת ועוין. בשני המקרים הרשויות הישראליות מכירות בהריגת פלסטינים, אך ללא הריגה כעבירה פלילית. בהמשך לקביעתו של שמיט, כפי שהצבא הוא שמייצג את הריבון המכריע על ההוצאה מן הכלל בעזה, כך היא המשטרה בקו הירוק מול האזרחים הפלסטיניים. לכן בשני המקרים הופשטו הפלסטינים מכל הגנה משפטית – בין אם היא לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי ובין אם היא לפי חוקי היסוד, והפכו לפלסטינים בלבד.

מן ההשוואה הזו עולה, כי לימוד פסק הדין בעניין יש דין אינו זקוק למומחיות נפרדת ומיוחדת בדיני לחימה השונה מלימוד המשפט הישראלי החל על תחומי הקו הירוק. התוצאה שהגיע אליה פסק דין זה בשנת 2018, שלפיה יישום החוק בעת טיפול בהמון פלסטיני בעזה איננו עניין למשפט, רשויות אכיפת החוק בישראל הגיעו אליה בשנת 2005, כאשר קבעו ששיקול דעת מבצעי המטפל בהמון פלסטיני בישראל גובר על החוק. ההסברים שנתנו רשויות אכיפת החוק בשנת 2005 יכולים אפוא להיות הסבר מפורט לרציונל של פסק הדין בעניין יש דין.

ד. אזרחות: עניין עדאלה

אומנם דוקטרינת נתיני אויב היא חלק מהמשפט הישראלי, אך היא הופיעה בצורה מפורטת וגלויה בפסק דין של בית המשפט העליון שדן בזכות לאזרחות של האזרחים הפלסטיניים, אשר אישר איסור על איחוד משפחות פלסטיניות בישראל בשנת 2006. התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל קבע, כי לא תינתן אזרחות או תושבות ולא תורשה כניסתו של פלסטיני תושב הגדה או עזה לישראל;⁷⁹ בהרכב של אחד עשר שופטים אישר בג"ץ את התיקון, ברוב של שישה שופטים נגד חמישה.⁸⁰ העותרים טענו כי תכלית החוק אינה ראויה בהיותה דמוגרפית-גזענית, וכי בכל מקרה הבחינה הפרטנית-אינדיבידואלית על בסיס קריטריונים כתובים יכולה לתת מענה לאינטרס הביטחוני. פרקליטות המדינה התייחסה לתאריך 29.9.2000 כאל יום תחילת האינתיפאדה השנייה, נקודת זמן מכוננת בהגדרת היחסים שבין מדינת ישראל לפלסטינים כעומות מזוין, ועל כן טענה כי יש לאסור את כניסת הפלסטינים מטעמים ביטחוניים (יש לשים לב לכך, כי הנרטיב של מח"ש בעניין אירועי אוקטובר 2000 מתחיל מתאריך זה ולא מיום האחד באוקטובר).

78 שם, בעמ' 15.

79 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003.

80 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 9. למעשה בשל החלטת ממשלה קודמת משנת 2002, האיסור על איחוד המשפחות חל על בקשות מלפני תיקון החוק. ראו: בג"ץ 4022/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 11.01.2007).

השופט חשין כתב את חוות הדעת המרכזית של שופטי הרוב. כמו רוב השופטים, הוא קבע כי תכלית החוק היא ביטחונית ומוצדקת. לצורך חיזוק תכלית זו הוא נשען במפורש על דוקטרינת נתיני אויב:

"בין ישראל לבין הפלסטינים מתקיים עימות מזוין הנמשך שנים לא מעטות... הציבור הפלסטיני נוטל חלק פעיל בעימות המזוין. בציבור הפלסטיני שוררת איבה לישראל ולישראלים. חלקים נרחבים מן הציבור הפלסטיני... תומכים במאבק המזוין בישראל ומשתתפים בו השתתפות פעילה... תחושת נאמנות זו של אדם לעמו ולמולדתו תחושה טבעית... והנה, במקום שבו נקלעים שני העמים... לעימות מזוין עם זה עשוי אדם להידרש להכריע למי נתונה נאמנותו ולמי יסייע. ולא אחת יתמוך הוא במולדתו ויבקש לסייע לה בדרך זו או אחרת... הסיכון והסכנה יגברו שבעתים – ושבעה מונים במקום שבו משתייך האדם לעם המבקש להכחיד את המדינה הקולטת והמנהל נגדה מאבק דמים מתמשך ורב-שנים".⁸¹

לפיכך דחה השופט חשין את הבחינה הפרטנית-אינדיבידואלית כמענה לאינטרס הביטחוני. במישור הריבונות הוא קבע, כי למדינה באמצעות שר הפנים שיקול דעת מוחלט לקבוע מי רשאי להיכנס אל מדינת ישראל, ולכן בן-זוגו הישראלי של האויב אינו זכאי להגנה "ברמה החוקתית" לחיי משפחה בישראל. למעשה פסק דינו של השופט חשין אינו על הקושי שבתחולת מבחן המידתיות בצורה ראויה, כפי שהכתיבה האקדמית הישראלית הביקורתית מציינת, אלא על השעיית החוקה כולה ביחס לאיחוד משפחות פלסטיניות בישראל; שכן לפי פסק הדין אין מקום להגנות חוקתיות שיכבלו את הריבונות של המדינה בעניין הכניסה לגבולותיה.⁸² בהמשך למה שצוין בתחילת רשימה זו, הריבון השמיטיאני מכיל כל רשות שלטונית, ולכן ניתן לקבוע כאן כי שר הפנים הוא שמכריע על ההוצאה מן הכלל. הקביעות בעניין נתיני אויב הן תקדימיות וקיצוניות ביותר.⁸³ אכן ניתן לציין, כי לראשונה בהיסטוריה המשפטית הישראלית נקבע במפורש בפסיקה כי "תושבי האזור

⁸¹ שם, בפס' 12, 78 לפסק דינו של השופט חשין.

⁸² שם, בפס' 50-53 לפסק דינו של השופט חשין.

⁸³ השופט חשין מאזכר פסק דין אמריקני ובודד משנת 1949, שמתייחס לשימוש בדוקטרינה זו בחיי המשפחה בין חייל אמריקני ובת-זוגו ממוצא גרמני כנתינת אויב, אך נראה שהוא לא שם לב שמדובר ביהודייה (פס' 50-51 לפסק דינו). הכוונה היא לפסק הדין *Leora Bilsky, Citizenship v. Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537 (1949). ראו גם: *as Mask: Between the Imposter and the Refugee* 15 Constellations 72-96 (2008); ראו

— אזורי יהודה, שומרון וחבל עזה — הם בבחינת נתיני-אויב".⁸⁴ מלבד שני שופטים (פרוקצ'יה וג'ובראן), שופטי ההרכב לא חלקו על קביעותיו של השופט חשין בעניין סיווגם של הפלסטינים כנתיני אויב או על אודות רמת הסיכון שהם מהווים, הנגזרת מעצם שיוכם הלאומי. גם חוות הדעת המרכזית של המיעוט, שנכתבה בידי הנשיא ברק, אינה מתנגדת לגורפות האיסור, והיא דוחה את התחולה של מבחן הבדיקה הפרטנית-אינדיבידואלית.⁸⁵ הנשיא ברק התנגד לחוק בשל מבחן תועלת-נזק, בנימוק שהחוק אינו כולל את החריג ההומניטרי המאפשר במקרים יוצאי דופן להיענות לבקשת איחוד המשפחות.⁸⁶

מיד לאחר פסק הדין בעניין עדאלה קיבלה דוקטרינת נתיני אויב לגיטימיות ורוח גבית. בשנת 2007 נערך תיקון נוסף לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), שהרחיב את איסורי איחוד המשפחות נגד נתיני אויב לתושב או לאזרח לבנון, סוריה, עיראק ואיראן.⁸⁷ הקבינט הביטחוני הכריז באותה שנה על עזה כישות עוינת. לאחר מכן נערך תיקון מס' 8 לחוק הנזיקים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, המאפשר לשר הביטחון להכריז על איזור כשטח עויני, מה שיביא לשלילת הזכות מאת תושבי שטח זה להגיש תביעת פיצויים בגין נזק שנגרם מפעולה שאינה מלחמתית. בעקבות זאת קבע בית המשפט המחוזי בבאר שבע, כי תושב עזה אינו רשאי להגיש תביעת נזיקין נגד מדינת ישראל אם הוא נורה בידי חייל ישראלי, גם אם הירי בוצע בודון ובכלל זה בימי רגיעה, בין אם הנפגע הוא במעמד של לוחם ובין אם לא, בין אם הוא שייך לארגון ובין אם לא, בין אם הוא קטין ובין אם הוא בגיר.⁸⁸ הנימוק העיקרי והמרכזי של פסק דין זה מסתמך על פסק הדין בעניין עדאלה, המאשר את הקביעה כי תושבי עזה הם נתיני אויב ועל כן הם חסרי הגנה משפטית.⁸⁹ הנה כי כן, פסק דין ישראלי הנוגע לאזרחות הישראלית משפיע ישירות על התפיסה המשפטית שתחול על ירי ישראלי נגד תושבי עזה כנתיני אויב.

כפי שהנרטיב נקבע ללא דיון בתשתית העובדתית בשני המקרים הקודמים — עניין יש דין ובהחלטת רשויות אכיפת החוק באירועי אוקטובר 2000 — כך הוא גם בעניין עדאלה. כך למשל, פסק הדין לא התעניין בסיפורים האישיים של העותרים הרבים

לעיל ה"ש 24, שם ארנדט רואה בפליטים היהודיים את הפרדיגמה לדוקטרינת נתיני אויב.

⁸⁴ עניין עדאלה, לעיל ה"ש 9, בפס' 12 לפסק דינו של השופט חשין.

⁸⁵ שם, בפס' 89 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁸⁶ שם, בפס' 95 לפסק דינו.

⁸⁷ חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשס"ז-2007. ראו את הדיון השני לאחר התיקון בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44 (2012).

⁸⁸ ת"א 45043-05-16 ע' נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.11.2018); ערעור על פסק דין זה תלוי ועומד בפני בית המשפט העליון.

⁸⁹ על פסק דין זה, ראו: סאוסן זהר "האם מדינת ישראל רשאית להכריז על שטח רצועת עזה כשטח אויב"? ICON-S-IL BLOG (21.1.2020), bit.ly/3gykg7q.

שבפניו, שהם אזרחים ישראליים, ואף לא בחן אם לבני או לבנות זוגם של העותרים, שקורות החיים שלהם הוצגו בפני בג"ץ, יש עבר ביטחוני. כפי שסוגיית התפר בעניין יש דין הובילה למצב של אי-הבחנה, בעניין עדאלה נקבע כי הפלסטיני עצמו מגלם את התפר הזה; שכן גם אם הוא אינו שייך לארגון המוגדר כארגון טרור ואין לו עבר פלילי, לא בהכרח שהוא יימנע מלהצטרף לפעילות טרור, משום שנתין אויב נמצא תמיד במצב של ה-"becoming".⁹⁰

שנים מספר לפני שלילתה של הבחינה הפרטנית בעניין יש דין, שופטי הרוב בפסק הדין בעניין עדאלה כבר שללו תפיסה זו. שנים לפני קביעתו של השופט מלצר בעניין יש דין כבר נקבע בעניין עדאלה, שהאוכלוסייה הפלסטינית מהווה מגן אנושי מרצון לטרור;⁹¹ כבר בשנת 2006, לפני קביעתיה של הנשיאה חיות בעניין יש דין בשנת 2018, קבע פסק הדין בעניין עדאלה כי המלחמות השתנו עקב עירוב האוכלוסייה האזרחית, שהפכה במתכוון לחלק ממלחמת "ארגוני הטרור".⁹²

למעשה פסק הדין בעניין עדאלה יושב על התפר. לפי פסק הדין, נשלל עקרון ההבחנה בין שתי האוכלוסיות הפלסטיניות החיות בשני צדדיו של הקו הירוק על בסיס קיומן של שתי מערכות משפט מובחנות. בשלושת המקרים – עניין עדאלה, עמדתן של רשויות אכיפת החוק בעניין אירועי אוקטובר 2000 ועניין יש דין – הפוליטי, שאינו כפוף לנורמות משפטיות ושאינו מכיר בעקרון ההבחנה ובכלל זה מבחן המידתיות, חל נגד הפלסטינים באשר הם, ללא קשר למבחן הגיאוגרפי. בשלושת המקרים הזרוע המבצעת (הצבא, המשטרה ושר הפנים) הכריעה בעניין ההוצאה מן הכלל. לפיכך הלימוד והחינוך המשפטי של פסק הדין בעניין יש דין כמקרה זר לפסק הדין בעניין עדאלה ולאירועי אוקטובר 2000 או להפך – הוא לימוד זר כשלעצמו.

סיכום

אליאב ליבליך מותח ביקורת בגיליון זה על המיתולוגיה של השופטים בעניין יש דין, בכך שהם מערבים בדיון שלהם בין המשפט הפנימי הישראלי שהם קובעים לבין המשפט הבינלאומי.⁹³ אדם שנער טוען, כי בג"ץ מסרב להחיל את חוקי היסוד על הפלסטינים ותושבי הגדה המערבית משום שהם נתפסים כנתיני אויב, אך הוא מחיל אותם על כלל אזרחי מדינת ישראל לרבות המתנחלים שבגדה המערבית, בהיותם קהילה לגיטימית המכוננת את הריבון של החוקה.⁹⁴ יואב פלד טוען, כי ועדת אור החילה תפיסה אזרחית על אירועי אוקטובר 2000 כדי לבדל את הקו הירוק מן השטחים

⁹⁰ עניין עדאלה, לעיל ה"ש 9, בפס' 16 לפסק דינו של השופט חשין.

⁹¹ שם, בפס' 8 לפסק דינו.

⁹² שם.

⁹³ ליבליך, לעיל ה"ש 33.

⁹⁴ ראו לעיל ה"ש 6.

הכבושים.⁹⁵ ברק מדינה ואילן סבן תומכים בעמדת המיעוט של השופט ג'ובראן, המתנגדת לחקיקה המעניקה חנינה מתחולת הדין הפלילי למפגינים יהודיים שגרמו נזק לרכוש ופגעו בכוחות הביטחון כאשר פונו משטח רצועת עזה במסגרת "תוכנית ההתנתקות"; לפי השופט ג'ובראן מדובר בחקיקה מפלה, שכן חנינה מסוג זה לא הוענקה למפגיני אוקטובר 2000 שהועמדו לדין.⁹⁶

תפיסות ביקורתיות אלו נשענות על הדיכוטומיות שצוינו בהקדמה ואשר מאפיינות את חקר המשפט הישראלי ולימודו. בניגוד לטיעונים שלעיל, המשפט הישראלי "הפנימי" משפיע על שטחי עזה והגדה המערבית ולעיתים שזור בו; כך למשל ראינו קו ישיר בין פסק הדין בעניין **עדאלה** לבין פסק הדין בעניין **יש דין**; לכן זהו נתון שיש לדון בו בנושא עיקרי, והוא אינו חריג שיש לסלקו ולהתעלם ממנו כקושי מתודולוגי. חוקי היסוד אינם חלים במקרים מכריעים גם על האזרחים הפלסטיניים, כי גם הם במעמד של נתיני אויב וגם הם אינם שייכים לקולקטיב הפוליטי הלגיטימי של החוקה.⁹⁷ ועדת אור היא חריג ולא הכלל; שכן רשויות אכיפת החוק בעניין אירועי אוקטובר 2000 לא הבחינו בין הפלסטינים על רקע שיוך גיאוגרפי. כך הוא באשר להבחנה בין מפגינים יהודיים ומפגינים פלסטיניים; שכן לפי רשויות אכיפת החוק אין להשוות בין האלימות היהודית של מתנחלי עזה, שנתפסה כעוונות אזרחית, לעומת האלימות הפלסטינית בוואדי עארה בחודש אוקטובר 2000, שהתקבלה כאלימות עוינת לריבונות היהודית, גם כאשר הנזק הפיזי שגרמו הפלסטינים לאנשי הביטחון הוא קטן במידה ניכרת מהנזק שגרמו מתנחלי עזה. כלפי המתנחלים התגובה היא על פי החוק כ"ידידים", וכלפי הפלסטינים התגובה היא מחוץ לחוק כ"אויבים".

בניגוד ללימוד ולשיטת המחקר הישראליים, הפוליטי ממשיך לשלוט במשפט בכל שטח שיש בעניינו סמכות שיפוט ישראלית, והוא המהות של המשפט הישראלי, בבחינת "הפוליטי קודם למשפט". הקביעה בדבר זהות האויב היא העוגן של הריבונות, ורגע ההכרעה על ההוצאה מן הכלל מעיד על מהותה של הריבונות שעליה המשפט נשען ושעליה הוא יושב. לכן דיון מסוג זה שבו הפוליטי מכריע את ההגנות המשפטיות, בייחוד בענייני חיים ואזרחות, מנכיח בעוצמה רבה את המהות שעליו מתבסס המשפט הישראלי: האויבות הקיבוצית שאינה מכירה בגבולות גיאוגרפיים, באזרחות, בחוקי היסוד או בנורמות המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

לפיכך תפיסות היסוד של לימוד ושל חקר המשפט הישראלי אינן מתיישבות עם מהותו של המשטר. חשוב לציין, כי אין מדובר בפער שהוא תוצאה של סטייה בעניינים

⁹⁵ יואב פלד "ועדת אור מול ועדת קירנר האמריקאית" גיליון **עדאלה האלקטרוני** 6 (2004) <https://www.adalah.org/uploads/oldfiles/newsletter/heb/oct04/peled.pdf>

⁹⁶ ברק מדינה ואילן סבן 'על עמ', קרעו ושאיפת איהו: פסק הדין בעניין חוק החנינה למפרי חוק על רקע התנגדותם לתוכנית ההתנתקות" **משפט, מיעוט וסכסוך לאומי** 375 (ראיף זריק ואילן סבן עורכים, 2017); כן ראו את עמדת השופט ג'ובראן בבג"ץ 1213/10 **ניר ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח'** (23.2.2012).

⁹⁷ חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי אינו מותיר ספק בדבר זהותה של הקהילה הרלוונטית של החוקה.

"קלים", אלא בנושאים קריטיים ביותר הנוגעים לחיים והפקרתם. במילים אחרות, מדובר בזכויות שהן מוגנות לכל אדם ללא קשר למעמדו כאזרח או כנתין המוגן לפי דיני הכיבוש. במקום אחר התייחסתי לתחולת הפוליטי גם על זכויות בקרקע וגם על מימוש הזכות להיבחר, וצינתי כי למעשה הוא חל על הזכויות שהופכות את האזרח הערבי לאזרח.⁹⁸ חוק נכסי נפקדים, שהופך את האזרח הערבי לנפקד ובכחינת אזרח-אויב, מגלם את עוצמתו של הפוליטי במשפט הישראלי.⁹⁹

אין ספק שישנה פסיקה שאינה רואה באזרחים הפלסטיניים אויב, כגון פסק הדין בעניין **קעדאן**¹⁰⁰ ופסקי דין רבים אחרים, וישנה גם פסיקה שמחילה את נורמות המשפט הבינלאומי ההומניטרי על הפלסטינים בגדה המערבית. למעשה זוהי הפסיקה שתורמת לחיזוק התפיסה המתבססת על דיכטומיות בלימוד ובחקר המשפט הישראלי, אשר מטשטשת את ההגעה אל הפוליטי, הפועל נגד הפלסטינים בכל מקום ובאשר הם. אך למרות קיומה של פסיקה מסוג זה, עצם תיוגה של קבוצה אתנית כאויב הוא מספיק כדי להכריע את מעמדה במישורים קריטיים. בביקורת שלו על פסק הדין בעניין הבדיקות הביטחוניות בשדה התעופה,¹⁰¹ ברק מדינה עומד על ההשלכות הקריטיות של מדיניות התיוג הגזעני, המתייחסת לאזרחים הערביים כאל איום ביטחוני או כאל אויב, כמדיניות אשר בכוחה להשפיע גם על הסקטור הפרטי – על נכונותם של מעסיקים להעסיק

⁹⁸ חסן ג'בארין "הנכבה, המשפט והנאמנות: הרגע ההובסיאני של הפלסטינים בישראל" **תיאוריה וביקורת** 13, 42 (2014).

⁹⁹ ראו גם על "טשטוש" ההבחנה בין הקו הירוק ומעבר לו בכל הקשור למוכן "הביטחון": אילן סבן "לאחר הברבריות? תחיקת ביטחון, סמכויות שעת חירום ויישומן בבוקר שלמחרת" **הבוקר למחרת: עידן השלום – לא אוטופיה** 63, 69-73 (מירון כנבנשתי עורך, Menachem Hofnung, 2002). ראו גם על האזרחים הפלסטיניים כ"קהילה חשודה": *States of Emergency and Ethnic Conflict in Liberal Democracies: Great Britain and Israel*, 6 TERRORISM AND POLITICAL VIOLENCE 340 (1994). ניתן להבחין במרכזיותו של הפוליטי גם בכתיבה העוסקת בצידוקים למדינה היהודית; כך למשל חיים גזן, המצדיק את הקשר ההדוק שבין השמירה על המדינה כיהודית, המחייבת לטעמו שליטה יהודית דומיננטית בענייני דמוגרפיה ובמנגנוני הביטחון, לבין היחס אל האזרחים הערביים בתור כאלה "שמזדהים עם האויב": "In the context of the conflict, they (Palestinians who are citizens of Israel) often side with their ethno-cultural group and not with the state in which they are citizens. As long as the conflict remains... the Jews must rely on their strength. In other words, they must continue to live within the framework of a state within which they enjoy hegemony and in which they have military power. Even when an agreement, which would end the current state of war between the parties, is reached, many years will have to pass before relations predicated on mutual trust can be established" CHAIM GANS, *A JUST ZIONISM: ON THE MORALITY OF THE JEWISH STATE* 78-79 (2008).

¹⁰⁰ בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד (1) 258 (2000).

¹⁰¹ בג"ץ 4797/07 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה** (פורסם בנבו, 10.3.2015).

ערבים, של בעלי דירות להשכיר דירות לערבים ושל בעלי עסקים לאפשר את כניסתם של הערבים למרכזי קניות.¹⁰² מהות זו, המתבססת על הפוליטי האתני, עושה את הגזענות להווייתו הדומיננטית של המשפט הישראלי.¹⁰³ גזענות זו אינה מכירה בהגנות משפטיות מכל סוג, ועניינה הוא השיוך האתני בלבד, ללא קשר למיקום הגיאוגרפי או למעמד (אזרח, תושב או נתין מוגן). לא במקרה הכלל הדומיננטי שאפיין את שלושת המקרים שנידונו כאן הוא היותו של הפלסטיני פלסטיני; ולא במקרה לא היה צורך לערוך הבחנות על בסיס תשתית עובדתית, כי הפלסטיני בעצמו הוא הוא החוק.

¹⁰² ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" **משפט וממשל** יז 63, 83 (2016).

¹⁰³ חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, אשר מבקש לעגן את המהות (זהותה החוקתית של המדינה), מבטא זאת: ראו חסן ג'בארין "מהי גזענות במשפט הישראלי וחוק הלאום" **ICON-S-IL Blog**, 28.10.2018 bit.ly/2CkFuXy.