

אין ביקורת שיפוטית ללא דין ואין דין ללא עובדות
על ביקורת שיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים
(בעקבות בג"ץ 3003/18 יש דין – מתנדבים לזכויות אדם
נ' ראש המטה הכללי של צה"ל)

מאת

לירון א' ליבמן*

רקע. א. מה נפסק וכיצד נומק הדבר? 1. התערבות באירועים מתפתחים ב"זמן אמת"; 2. שאלה משפטית או שאלה של יישום – האם ההבחנה נכונה? ב. מהם הקריטריונים שלאורם מוצע לבחון את היקף הביקורת השיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים? 1. התאמתה של הסוגיה להכרעה ציבורית-פוליטית מחוץ לבית המשפט; 2. השפעה בזירה הבין-לאומית של ביקורת שיפוטית או הימנעות ממנה; 3. השפעה על שלטון החוק; 4. פגיעה בזכויות אדם; 5. קיומן של נורמות המאפשרות ביקורת שיפוטית – הבחנה בין כללים מפורטים לסטנדרטים עמומים, ובין ביקורת מהותית לביקורת תהליכית; ג. לפני סיום – הערה על הפרקטיקה של עיון במעמד צד אחד. סיכום.

רקע

בית המשפט העליון דחה לאחרונה את העתירות שהוגשו נגד השימוש באש חיה במהלך העימותים בסמוך לגדר שבין ישראל לעזה.¹ פסק הדין ניתן על רקע דיון ער בשאלת הדין החל על הפעלת כוח קטלני במצבים שאי-אפשר לסווגם באופן חד-משמעי כלחימה, מחד גיסא, או כהפרות סדר בעלות אופי אזרחי בלבד, מאידך גיסא. המחלוקת נסבה על שאלת הענף הרלוונטי של הדין הבין-לאומי – האם דיני הלחימה (המשפט הבין-לאומי ההומניטרי) או שמא משפט זכויות האדם הבין-לאומי? – וכן בשאלה עד כמה מיידיית או קרובה צריכה להיות סכנת החיים הצפויה כדי להצדיק ירי צלפים המכוון לרגלי מי שנתפסים כמסיתים ומפרי סדר מרכזיים, שאינם לוחמים או משתתפים השתתפות ישירה בלחימה.²

ברשימה זו אבקש לעסוק בשאלה אחרת, שאף היא נדונה בפסק הדין: ההיקף הראוי לביקורת שיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים מסוג זה. בשיח הציבורי בנושא זה רווחות שתי גישות: הגישה האחת גורסת כי אין מקום לביקורת שיפוטית בעניינים אלה ויש להשאיר את מלוא שיקול הדעת והאחריות בידי המפקדים הצבאיים והדרג המדיני הממונה עליהם, ואילו הגישה האחרת טוענת כי דין החלטה מבצעית כדין כל החלטה אחרת של רשות מנהלית ועל כן היא צריכה

* אלי"מ (מיל') עורך דין לירון א' ליבמן, לשעבר התובע הצבאי הראשי וראש מחלקת הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית, משמש היום חוקר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

1 בג"ץ 3003/18 יש דין – מתנדבים לזכויות אדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל (פורסם בנבו, 24.5.2018).

2 ראו, למשל: Liron Libman, *The Blurred Distinction Between Armed Conflict and Civil Unrest: Recent Events in Gaza*, LAWFARE, (17.4.2018) www.lawfareblog.com/blurred-distinction-between-armed-conflict-and-civil-unrest-recent-events-gaza; Eliav Lieblich, *Collectivizing Threat: An Analysis of Israel's Legal Claims for Resort to Force on the Gaza Border*, JUST SECURITY (16.5.2018) www.justsecurity.org/56346/collectivizing-threat-analysis-israels-legal-claims-resort-force-gaza-border/; Amichai Cohen, *Analysis of Israel's Supreme Court Decision Allowing Lethal Force in Gaza: The case of Yesh Din vs. The Chief of the General Staff HCJ 3003/18*, JUST SECURITY (27.5.2018) www.justsecurity.org/57033/analysis-israels-supreme-court-decision-allowing-lethal-force-gaza/

לירון א' ליבמן, "אין ביקורת שיפוטית ללא דין ואין דין ללא עובדות על ביקורת שיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים", הארת דין יג 1 (תשע"ט)

קריטריון נוסף ששימש את בג"ץ בקביעת היקף הביקורת השיפוטית היה עיתוי הביקורת השיפוטית "בזמן אמת" בעוד האירועים נושא העתירה מתפתחים. בג"ץ עמד על הקושי שבנקיטת ביקורת שיפוטית במצבים אלה.⁸

כאמור, לפי קריטריונים אלה, ולנוכח סירוב העותרים לאפשר לבית המשפט לעיין במלוא המידע החסוי, הוחלט לדחות את העתירה.

להלן אפנה לבחינה ביקורתית של הקריטריונים ששימשו את בית המשפט, ולאחר מכן אציג את הקריטריונים שהצעת ואחיל אותם על נסיבות מקרה זה.

1. התערבות באירועים מתפתחים ב"זמן אמת"

עניינו של נימוק זה הוא הקושי להחיל ביקורת שיפוטית "בזמן אמת" בעוד האירועים נושא העתירה מתפתחים. קושי זה נמנה גם עם השיקולים שאני מציע לשקול. שיקול זה כבד משקל במיוחד כאשר מדובר בחימה נרחבת. לא בכדי כונתה המלחמה "ממלכת אי-הוודאות" ושגור הביטוי "ערפל הקרב". השילוב של פעולות לחימה המתנהלות בד בבד בשטח נרחב ובזמן קצר וקשיי תקשורת בלתי נמנעים, גורם לכך שלעתים קרובות תפגר תמונת המצב במפקדה של המתרחש אחר ההתפתחויות הדינמיות בשטח. כאשר נדרש להעתיק את תמונת המצב הזאת לבית המשפט, הפועל בקצב משלו ועל פי הליכוי, הקושי מתעצם. שיקול זה פועל במובהק נגד דיון בעתירות המוגשות בזמן לחימה רחבת היקף והמבקשות סעד מידי הנוגע להתנהגות הצבא. התמודדות עם עתירות מסוג זה מחייבת את בית המשפט לנקוט אחת משלוש אסטרטגיות, ולכל אחת מהן חסרונות משלה: קבלת החלטות על סמך תשתית עובדתית חלקית; הכבדה על המערכת הצבאית במהלך לחימה בדרישות להמצאת נתונים נוספים, שהם כשלעצמם משתנים במהלך הלחימה; קבלת החלטות כללית דייה, שתתאים לכל מערכת עובדות – אסטרטגיה המעוררת ספק בנוגע למידת תרומתה של הביקורת השיפוטית ולמידת תועלתה.⁹

האם שיקול זה מתקיים כאן, ואם כן, מה עוצמתו? האירועים לאורך הגדר בין ישראל לעזה הם מורכבים. משתתפים בהם לעתים עשרות אלפי בני אדם, בכמה מוקדים. ננקטת בהם מהצד הפלסטיני אלימות מסוגים ובהיקף משתנים, החל ביידוי אבנים וניסיונות מתואמים למוטט חלקים של גדר הגבול ולחדור לישראל וכלה בירי לעבר כוחות צה"ל, השלכת מטעני חבלה ורימונים ושיגור עפיפוני תבערה המציתים דליקות בשטח ישראל. ועם זאת, האם ניתן להשוותם לאינטנסיביות הלחימה במהלך מבצע "עופרת יצוקה" או מבצע "צוק איתן"? באותם מבצעים נורו אלפי רקטות על ידי ארגוני הטרור הפלסטינים לישראל, חדרו חוליות טרור דרך מנהרות לשטח ישראל וניסו לפגוע בחיילים וביישובים, וכוחות צה"ל תקפו מהאוויר מטרות בעומק הרצועה, והעיקר – כוחות היבשה של צה"ל נלחמו בתוך שטח הרצועה, רובו שטח אורבני המקשה שליטה בכוחות והבנת ההתפתחויות. באותם מבצעים הלחימה הייתה גם רציפה. במקרה שלנו מדובר באירועים שבמתווה הכללי שלהם חוזרים שוב ושוב מדי שבוע, במהלך יום בשבוע, לרוב יום שישי, לשעות מספר. הם אכן מרתקים אליהם כוחות צבא של ממש, אולם כוחות אלה, ובפרט הצלפים המבצעים את הירי החי שבמוקד העתירות, מצויים בעמדות נייחות, ויורים רק על פי פקודות ספציפיות של מפקדים בכירים. לפיכך אף שאי-אפשר לבטל לחלוטין את הקושי שבקיום הביקורת השיפוטית בעוד האירועים ממשיכים להתקיים מדי שבוע, אין עוצמתו של שיקול זה דומה לעוצמתו כאשר נדרש בג"ץ לעסוק באופן הלחימה של צה"ל במהלך מבצעים רחבי היקף ברצועת עזה.

8 שם, פסי' 64 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר ופסי' 9 לפסק דינה של הנשיאה חיות.
9 דפנה ברק-ארוז "מהפכת השיפוטיות – הערכת מצב" הפרקליט נ 3, 14-15 (התשס"ח).

לירון א' ליבמן, "אין ביקורת שיפוטית ללא דין ואין דין ללא עובדות על ביקורת שיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים", **הארץ דין** יג 1 (תשע"ט)

2. שאלה משפטית או שאלה של יישום – האם ההבחנה נכונה?

כאמור לעיל, המבחן העיקרי שנקט בג"ץ לעניין היקף הביקורת השיפוטית בעניינים מבצעיים היה הבחנה בין שאלת חוקיות ההוראות ובין שאלת יישומן,¹⁰ אולם לדעתי מדובר במבחן עמום מדי משום ש"יישום" עשוי להתייחס לשלושה עניינים שונים זה מזה:

1. **הכרעה בשאלה משפטית ברמה קונקרטית יותר** – ניתן להחשיב כנורמה את הדרישה ששימוש בכוח קטלני, שאיננו נעשה כלפי לוחמים או אזרחים המשתתפים השתתפות ישירה בלחימה, יהווה מוצא אחרון, בהתקיים צורך הכרחי ובכפוף למידתיות. זיהוי נורמה זו לא היה שנוי במחלוקת בין הצדדים. האם נגזר מנורמה זו ששימוש באש חיה מותר רק במקרים של סכנת חיים מיידית, למשל כאשר אזרח מתפרע עומד להשליך רימון על חיילים, או אולי גם שימוש באש חיה, הנדרש מיד למניעת סכנה חמורה וקרובה שאינה מיידית, בא בגדרה של הנורמה? גם הכרעה זו ניתן לתאר כיישום של הנורמה ה"ראשית", אולם נראה שמדובר בשאלה משפטית.

2. **קביעת מדיניות בתוך גבולות המותר בחוק** – נציגי המדינה טענו כי פריצת הגדר עלולה להביא לאובדן שליטה על כניסתם לישראל של חוליות טרור והמון מוסת. אלה עלולים להגיע בתוך זמן קצר ליישובים הסמוכים לגדר. התמודדות עם הסכנה אחרי פריצת הגדר עלולה להצריך שימוש בכוח קטלני רב יותר מן הנדרש כדי למנוע מראש את פריצת הגדר.¹¹ זו הערכה עובדתית בנוגע לקיומם בפועל של התנאים לשימוש באש חיה גם אם הסכנה אינה מיידית. היא מושתתת על ההנחה שכבר הוכרעה השאלה המשפטית המתוארת בסעיף הקודם בזכות האפשרות להשתמש באש חיה אם הדבר נדרש מיד למניעת סכנה חמורה וקרובה שאינה מיידית. דוגמה אחרת השייכת לקטגוריה זו היא ניסוח הוראות הפתיחה באש באופן ש"מתרגם" את הנורמה הכללית שתוארה לעיל (שימוש בכוח קטלני כלפי אזרחים כאמצעי אחרון, בהתקיים צורך הכרחי ובכפוף למידתיות) לכללים מפורטים יותר. לשם המחשה, נניח שההוראות קובעות שמותר לצלף, באישור מפקד בכיר, לירות למטה מן הברך אל מסית מרכזי או מפר סדר מרכזי, בנסיבות שבהן הגדר עלולה להיפרץ במידה ניכרת ולאחר שמיצוי אמצעים קטלניים פחות, כגון קריאות אזהרה ושימוש בגז מדמיע, לא הצליח לנטרל את הסכנה. השאלה אם ההוראות חוקיות, כלומר אם הן בגדר פרשנות נכונה או סבירה של הנורמה, היא לכאורה שאלה משפטית המתאימה להכרעתו של בית המשפט. בגישה זו תומכת העובדה שהוראות הפתיחה באש עצמן, כפקודות כלליות בצבא, הן בגדר דין – חקיקת משנה.¹² עם זאת, למרות ההיבט המשפטי של השאלה, בית המשפט עשוי לחוש כי מרכז הכובד של המומחיות הנדרשת כדי להעריך את נאותות הכללים, הוא צבאי-מקצועי ולא משפטי. לשם כך יש להשיב על שאלות כגון מהם האמצעים הקטלניים פחות שבהם ניתן לעשות שימוש יעיל בנסיבות הקיימות בשטח; מה ההכשרה הנדרשת מחיילים שיושרו להשתמש באש חיה; באיזה נשק ותחמושת נכון לצידם; איך נכון להנחותם לזרות מסית או מתפרע מרכזי; כיצד עליהם לכוון את הירי; באילו נסיבות יש להימנע מירי ולבסוף, כיצד נכון לפקח על הירי (על ידי קביעת דרג פיקודי מאשר, וחיוב תיעודו של הירי). בכל השאלות האלה בית המשפט עשוי לסבור כי מוטב שהמפקדים יכריעו, ולא הוא.

3. **מידת הציות לכללים המשפטיים המחייבים (מבחן הביצוע בשטח)** – ייתכן שאין מחלוקת משפטית של ממש בנוגע לנורמות, ומוסכם שהוראות הפתיחה באש שבכתב הן חוקיות, אולם בפועל ההוראות מופרות בשטח ואין כוחות צה"ל מציינים להן. העתירה הנדונה כללה טענה זו, לצד הטענה נגד חוקיות ההוראות עצמן.¹³

10 עניין **יש דין**, לעיל ה"ש 1, פסי' 59–61 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר, פסי' 13 לפסק דינה של הנשיאה חיות, פסי' 2–4 לפסק דינו של השופט הנדל.

11 סי' 18, 33, 83 לתגובה מטעם המדינה בבג"ץ 3003/18 **יש דין** – מתנדבים לזכויות אדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, www.hamoked.org.il/files/2018/1162833.pdf (להלן: תגובת המדינה).

12 סי' 2א, 3א) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955.

13 עניין **יש דין**, לעיל ה"ש 1, פסי' 59 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר, פסי' 13 לפסק דינה של הנשיאה חיות (שבו אף מצוין כי חלק מהעותרים היו מוכנים להניח כי הוראות הפתיחה באש הן "על הנייר" חוקיות, אולם "מבחן התוצאה" – מספר הנפגעים הפלסטינים, מראה שהשימוש באש חיה נוגד את הדין), פסי' 2–4 לפסק דינו של השופט הנדל.

לירון א' ליבמן, "אין ביקורת שיפוטית ללא דין ואין דין ללא עובדות על ביקורת שיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים", הארת דין יג 1 (תשע"ט)

עולה מהמקובץ כי ההבחנה בין שאלה משפטית, שהיא עניין לבית המשפט לענות בו, ובין שאלה של יישום, שהיא עניין למפקדים, אינה מדויקת, משום שיישום חובק בתוכו מצבים שונים. לעתים שאלה של יישום תהיה שאלה משפטית, לעתים שאלה של מדיניות מושתתת על תשתית עובדתית או מצריכה מומחיות צבאית-מקצועית, ולעתים השאלה היא של ביצוע וציות להוראות. בכל אחד מהסוגים של היישום, השיקולים בנוגע לביקורת שיפוטית יהיו אחרים. כאשר מדובר בשאלה משפטית, מוצע להבחין לפי טיבה של הנורמה בין סטנדרטים עמומים ובין כללים מפורטים, כפי שיפורט בהמשך; כאשר נדרש בירור עובדתי, יש להביא בחשבון את היכולת לערוך אותו בצורה יעילה ב"זמן אמת" של הלחימה, כפי שכבר פורט; ואילו כאשר מרכז הכובד של קביעת המדיניות הוא מקצועי-צבאי, יש לשקול לצמצם את הביקורת השיפוטית לביקורת תהליכית ולא מהותית, עניין שאף הוא יפורט להלן.

ב. מהם הקריטריונים שלאורם מוצע לבחון את היקף הביקורת השיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים?

ששת השיקולים שהצעתי במאמרי¹⁴ הם: התאמתה של הסוגיה להכרעה ציבורית-פוליטית מחוץ לבית המשפט; השפעות בזירה הבין-לאומית של ביקורת שיפוטית או של הימנעות ממנה; השפעות על שלטון החוק של הימנעות מביקורת שיפוטית; קיומה של פגיעה בזכויות האדם; קיומן של נורמות המאפשרות הכרעה שיפוטית וטיבן של הנורמות (כללים מפורטים ומוגדרים או סטנדרטים עמומים) וקושי לעמוד על העובדות הנדרשות והדחיפות הנדרשת בקבלת החלטה. על השיקול האחרון כבר עמדתי במפורט מכיוון שגם בית המשפט השתמש בו. להלן אדון במפורט ביתר השיקולים.

1. התאמתה של הסוגיה להכרעה ציבורית-פוליטית מחוץ לבית המשפט

שיקול זה עשוי להטות את הכף נגד ביקורת שיפוטית באשר ליציאה למלחמה או בנוגע להגעה להסכם שלום. במקרה הנדון הסוגיה היא האמצעים הטקטיים המשמשים להתמודדות עם סיטואציה מבצעית מסוימת. אמנם מחלוקת ערכית תיתכן גם בעניינים אלה, והיא עשויה להיגזר מהשקפת עולם פוליטית במובן הרחב, כמו העדפת ערכים אוניברסליים או לאומיים, אולם אין מדובר בנושא המצוי בלב סדר היום הפוליטי-מפלגתי, כמו עתיד ההתיישבות הישראלית בשטחים למשל, שההכרעה בו צריכה להיות ציבורית, ולא שיפוטית.

2. השפעה בזירה הבין-לאומית של ביקורת שיפוטית או הימנעות ממנה

התובעת של בית הדין הפלילי הבין-לאומי כבר פרסמה הודעה שלפיה היא עוקבת מקרוב אחר ההתרחשויות בסמוך לעזה.¹⁵ לא אדון כאן בשאלה באילו נסיבות בית הדין עשוי לקנות סמכות לדון בעניינם של ישראלים אף שישראל אינה חברה בחוקת בית הדין;¹⁶ די בענייננו לציין שאף כשיש לבית הדין סמכות, היא נדחית מפני זכותה הראשונית של המדינה לאכוף את הדין על אזרחיה, אלא אם כן המדינה אינה מעוניינת או אינה מסוגלת לאכוף את הדין (unwilling or unable).¹⁷

14 ליבמן, לעיל ה"ש 3.

15 Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, regarding the worsening situation in Gaza, 8.4.2018, www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180408-otp-stat (להלן: הצהרת התובעת).

16 על הזהירות הנדרשת בהחלת סמכות על אזרחי מדינות לא חברות, ראו: Steven Kay, *A Prudential, Policy-Based Approach to the Investigation of Nationals of Non-States Parties*, EJIL: TALK! (30.5.2018) www.ejiltalk.org/a-prudential-policy-based-approach-to-the-investigation-of-nationals-of-non-states-parties/

17 Rome Statute of the International Criminal Court, art. 17(1)(a), 17 July 1998, 2187 U.N.T.S 3. www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9ae17-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf (להלן: חוקת רומא של בית הדין הבינלאומי הפלילי). גם התובעת של בית הדין,

לירון א' ליבמן, "אין ביקורת שיפוטית ללא דין ואין דין ללא עובדות על ביקורת שיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים", **הארץ דין** יג 1 (תשע"ט)

לשם כך אין צורך בביקורת שיפוטית מראש על מדיניות השימוש בכוח באירועים, אלא די בחקירה בדיעבד, ובלבד שהיא עצמאית ואפקטיבית. על קיומה של חקירת מקרי המוות באירועים לאורך הגדר כבר נמסרה הודעה.¹⁸ עם זאת, לביקורת שיפוטית מראש עשויים להיות יתרונות במישור זה. אם האמצעים ייפסלו כבלתי חוקיים, יהיה בכך כדי למנוע את המשך ההפרות של הדין הבין-לאומי, ואילו אם ימצא בג"ץ שהאמצעים חוקיים, עשוי הדבר לשמש הגנה למפקדים ולחיילים שיפעלו במסגרת מה שהתיר בית המשפט העליון.¹⁹

3. השפעה על שלטון החוק

יש הסוברים שעצם האפשרות של ביקורת שיפוטית ("צלו של בית המשפט") תורמת להתנהלותה של הרשות המנהלית בד' אמותיו של החוק, ועל כן היעדרה של אפשרות זו עלול להביא את הרשות להפרת חוק מתוך תחושה של חסינות מביקורת. במקרה של האמצעים המשמשים להתמודדות עם האירועים האלימים בסמוך לגדר בעזה, מצד אחד מדובר באירועים החוזרים מדי שבוע ועלולים לחזור גם במתווים דומים במקומות ובזמנים אחרים.²⁰ לפיכך יש תועלת מיוחדת מבחינת שלטון החוק בהתוויית תחום המותר והאסור לצה"ל. מצד אחר, קיימים במקרה זה גורמים אחרים המעודדים את צה"ל לנהוג זהירות על פי הדין הבין-לאומי, וייתכן ש"התועלת השולית" הנוספת של אפשרות הביקורת השיפוטית בבג"ץ אינה משמעותית. כוונתי להיותן של התפתחויות הקשורות לסכסוך הישראלי-פלסטיני במוקד תשומת הלב הבין-לאומית, הפוליטית והמשפטית. במקרה זה, מועצת זכויות האדם של האו"ם דנה באירועים לאורך גבול עזה ואף מינתה ועדת חקירה בין-לאומית לבדיקת האירועים.²¹ דיון בסוגיה נערך גם במועצת הביטחון של האו"ם.²² העצרת הכללית של האו"ם התכנסה לדיון חירום ואימצה החלטה המגנה את הכוח שישראל מפעילה בסמוך לגדר בינה ובין עזה וקוראת לנקיטת אמצעים להגנה בין-לאומית על הפלסטינים.²³ ולבסוף, כפי שכבר צוין, גם התובעת של בית הדין הבינלאומי הפלילי פרסמה הודעה בעניין.²⁴ כללי המשפט הבין-לאומי, כפי שעמדה עליהם ועדת טירקל, כוללים גם חובה לחקור חשדות להפרת חוק במהלך הטיפול באירועים סמוך לגדר,²⁵ וכבר נמסר, כאמור, על תחילתה של חקירה זו.²⁶ האומנם ללא ביקורת שיפוטית של בג"ץ, המכלול הזה אינו מספיק כדי להביא את צה"ל להתנהגות זהירה על פי הדין? ואם אינו מספיק, האם ביקורת

בהצהרתה המוזכרת בה"ש 15 לעיל, מדגישה עיקרון זה של קדימת האכיפה הלאומית, המכונה עקרון המשלימות (principle of complementarity).

18 "צה"ל יחקור את האירועים בגדר הרצועה" **ישראל היום** (8.4.2018) <http://www.israelhayom.co.il/article/547487> וראו גם סי' 47 לתגובת המדינה, לעיל ה"ש 11.

19 ראו הסייג לאחריות פלילית בגין טעות במצב משפטי שהיא "בלתי נמנעת באורח סביר" (סי' 34 לטחוק העונשין, התשל"ז-1977) והשוו לסי' 32(2) לחוקת רומא של בית הדין הבינלאומי הפלילי, לעיל ה"ש 17.

20 בעניין **יש דין** עצמו יש התייחסות לפסיקת בג"ץ בעניין סגירת תיק חקירה שנגעה לאירוע דומה במהלך אירועי "יום הנכבה" במאי 2011 בסמוך לגבול לבנון: בג"ץ 1971/15 **אלמסרי נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (פורסם בנבו, 18.7.2017).

21 Human Rights Council Resolution, Violations of international law in the context of large-scale civilian protests in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, (A/HRC/S-28/L.1, 18.5.2018) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/137/36/PDF/G1813736.pdf?OpenElement>

22 "Amid Middle East Violence, Security Council Fails to Adopt Competing Resolutions on Israeli Force, SC/13362, 1.6.2018, Hamas Role in Conflict" <https://www.un.org/press/en/2018/sc13362.doc.htm>

23 "General Assembly Adopts Resolution on Protecting Palestinian Civilians Following Rejection of United States Amendment to Condemn Hamas Rocket Fire", GA/12028 (13.6.2018) <https://www.un.org/press/en/2018/ga12028.doc.htm>; Protection of the Palestinian civilian population, A/ES-10/L.23, 11.6.2018, <https://undocs.org/A/ES-10/L.23>.

24 ראו הצהרת התובעת, לעיל ה"ש 15.

25 הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 **מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני החימה על פי המשפט הבינלאומי** פרק א (פברואר 2013), https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/alternatefiles/he/turkel_heb_b1and2.pdf

26 ראו לעיל ה"ש 18.

לירון א' ליבמן, "אין ביקורת שיפוטית ללא דין ואין דין ללא עובדות על ביקורת שיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים", הארת דין יג 1 (תשע"ט)

שיפוטית של בג"ץ היא שתטה את הכף? לדעתי, הערך המוסף של ביקורת שיפוטית לשמירת שלטון החוק במקרה זה הוא שולי.

4. פגיעה בזכויות האדם

ראשית, אבהיר כי אני מבחין בין פגיעה פוטנציאלית ועתידית בזכויותיהם של בני אדם שעדיין אינם ידועים ומוגדרים ובין פגיעה ספציפית בזכותו של אדם מסוים. דוגמה לסוג השני של פגיעה היא החלטה לתפוס את מקרקעיו של פלוני לצרכים צבאיים. עתירה נגד החלטה זו תהיה תמיד שפיטה. לעומת זאת, המקרה הנדון הוא דוגמה לסוג הראשון של פגיעה. מובן ששימוש מופרז בכוח קטלני עלול לפגוע בחייהם של מתפרעים פלסטינים. הדבר מהווה שיקול בזכות ביקורת שיפוטית, בהשוואה למשל לעתירה ציבורית הנוגעת לארגונו הפנימי של הצבא וטוענת כי הוא בלתי יעיל. עם זאת, סוג זה של פגיעה בזכויות האדם אינו יכול להיות תנאי מספיק לביקורת שיפוטית, משום שהוא יתקיים כמעט תמיד בהקשר של עתירות נגד מדיניות השימוש בכוח של צה"ל, וכנגדו קיימים שיקולים חשובים אחרים נגד ביקורת שיפוטית, העשויים להטות את הכף לזכות ריסון שיפוטי במקרים מסוימים.

הבחנה זו דומה להבחנה של גול-אייל ורייכמן בין זכות חוקתית לאינטרס ציבורי.²⁷ זכות חוקתית נפגעת רק כשיש ודאות גבוהה שפרטים מסוימים ומוגדרים ייפגעו במישרין. כשפעולה של המדינה מגדילה את הסיכון שציבור לא מסוים ייפגע, למשל כששחרור נאשם עלול להגביר את הסיכון לפשיעה ולפגיעה בגוף או ברכוש של הציבור בכללו, מדובר בפגיעה באינטרס ציבורי, ולא בזכות חוקתית. אמנם ההבחנה משמשת אותי בהקשר אחר מזה ששימש את גול-אייל ורייכמן. הם משתמשים בה כדי לחזק את ההגנה החוקתית על מה שהם מגדירים "זכויות חוקתיות אמיתיות" מפני אינטרסים ציבוריים ה"מתחפשים" לזכויות חוקתיות כדי לעקוף את המבחן המחמיר של פסקת ההגבלה לטובת בחינה אופקית של התנגשות בין זכויות. אני משתמש בהבחנה זו כדי להבדיל בין עוצמת השיקול של פגיעה בפרט מסוים ובין עוצמת השיקול של פגיעה פוטנציאלית באינטרס של ציבור לא מסוים בשקלול הנאותות של ביקורת שיפוטית. יודגש, פגיעה בפרטים מהווה תמיד שיקול בזכות ביקורת שיפוטית, אולם כאשר נפגעת זכות של אדם מסוים, מדובר בשיקול מכריע, ואילו כאשר נפגע האינטרס הכללי שתצומצם הפגיעה בחיים, בשלמות הגוף או ברכוש גם של בני אדם הקשורים באובדן, מדובר בשיקול אחד מכמה השיקולים. בהקשר זה לא למוותר לציין כי ביקורת שיפוטית על עניינים צבאיים-מבצעיים לרוב אינה נעשית בסביבה החוקתית ה"קלסית", לא רק מן הטעם הפורמלי, שטרם הוכרע אם חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו חל באופן אקס-טריטוריאלי,²⁸ אלא גם מן הטעם המהותי שהגבלות חוקתיות של פגיעה בזכויות האדם נולדו במישור האנכי, שבו נדרש לרסן את כוחה של המדינה כלפי הנתונים לשליטתה. לחימה, לעומת זאת, מתנהלת בעיקרה במישור האופקי, שבו מדינות וארגונים מזוינים אחרים מתנגשים בזירה הבין-לאומית. במישור זה ישנם שיקולים כבדי משקל הנוגעים למעמדה של המדינה במישור הבין-לאומי, מחוץ לשאלה הפנימית של האיזון בין הרשות המבצעת לרשות השופטת במדינה. מצד אחד, לביקורת שיפוטית עשויות להיות השפעות, גם שליליות, במישור הבין-לאומי. מצד אחר, לחצים בין-לאומיים עשויים לקדם את שלטון החוק גם ללא ביקורת שיפוטית מקדימה, כפי שפורט לעיל. לא יהיה זה נכון להתעלם מכך.

5. קיומן של נורמות המאפשרות ביקורת שיפוטית – הבחנה בין כללים מפורטים לסטנדרטים עמומים, ובין ביקורת מהותית לביקורת תהליכית

כללים מפורטים הם, למשל, ההוראות המפורטות באמנת ז'נבה הרביעית בנוגע לעצורים אזרחיים – תנאי מעצרם, היגיינה ורפואה, תרבות וספורט, עבודה וטיפול בחפצים אישיים.²⁹ סטנדרט עמום מובהק הוא האיסור לתקוף תקיפה לא מידתית, כלומר תקיפת מטרה צבאית העלולה לגרום לפגיעה באזרחים שהיא מופרזת ביחס לתועלת הצבאית הצפויה

27 ראו: אורן גול-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות:" משפטים מא 97 (2011).

28 עניין יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 64 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

29 ראו ס' 79–135 לאמנה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 30, 559 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ז'נבה הרביעית).

לירון א' ליבמן, "אין ביקורת שיפוטית ללא דין ואין דין ללא עובדות על ביקורת שיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים", **הארץ דין** יג 1 (תשע"ט)

ממנה.³⁰ ביקורת שיפוטית המתבססת על כללים, פשוטה יותר ו"בטוחה" יותר מבחינת בית המשפט. בהירות הכללים מפחיתה את הסיכון שפרשנותו של בית המשפט תותקף במישור הבין-לאומי כמצמצמת יתר על המידה את ההגנה הניתנת לאזרחים בזמן מלחמה או שאותה פרשנות תיתקף במישור הפנימי ככובלת יתר על המידה את ידיהן של הרשויות האמונות על הלחימה בטרור. ביקורת שיפוטית על סטנדרט כרוכה בסיכונים גדולים יותר, אך גם בהזדמנויות רבות יותר. לבית המשפט מרחב גדול יותר של שיקול דעת ליצוק תוכן לנוסחה הכללית של הסטנדרט. הסיכון הוא שפרשנותו תותקף בזירה בין-לאומית כמצמצמת מדי, או תותקף בזירה הפנימית כמרחיבה מדי את ההגנה על אזרחי האויב, על חשבון ביטחון המדינה ואזרחיה. מצד אחר, פרשנות סטנדרט יוצרת הזדמנות להשפיע באמצעות הפסיקה הישראלית על פרשנותו של אותו סטנדרט עמום מן המשפט הבין-לאומי.

במקרה שלפנינו, נראה שבית המשפט התבקש להעביר תחת שבט ביקורתו סטנדרטים עמומים. ראשית, הייתה מחלוקת אפילו באשר לענף של הדין הבין-לאומי שממנו יש לשאוב את הנורמות החלות על האירועים: האם חלים כאן דיני זכויות האדם, כפי שטענו העותרים,³¹ או אולי דיני העימות המזוין (המשפט הבין-לאומי ההומניטרי), כפי שטענו המשיבים?³² שנית, באותם מקרים שבהם הפעלת הכוח נדרשת במסגרת פרדיגמת אכיפת החוק, ולא פרדיגמת פעולות האיבה,³³ לא הייתה מחלוקת על הדרישה שאין להפעיל כוח קטלני אלא על יסוד צורך הכרחי, כמוצא אחרון ובאופן מידתי, אולם הצדדים נחלקו בשאלה אם פרשנות הסטנדרט הזה היא שאין להפעיל כוח קטלני אלא כלפי אדם היוצר סכנת חיים מיידית, כפי שטענו העותרים,³⁴ או אולי ניתן להשתמש בכוח קטלני כאמצעי אחרון גם כלפי מי שיוצר סכנה קרובה, חמורה וממשית, טרם שהפכה למיידית, אם יש הכרח להפעילו באותה עת כדי להסיר את הסכנה לפני שהיא מתממשת, כפי שטענו המשיבים.³⁵

כאשר מדובר בכללים מפורטים, מדובר בשיקול חזק בזכות ביקורת שיפוטית, ואילו כאשר מדובר בסטנדרטים עמומים, הגישה צריכה להיות זהירה יותר. כאשר מדובר בכללים, מרכז הכובד של יצירתם מצוי אצל המחוקק, ואילו מלאכתו של השופט פשוטה ומוגבלת באופן יחסי. לעומת זאת, כאשר מדובר בסטנדרט, מרב המלאכה מסור לשופט ועליו ליצוק תוכן למושגים כלליים. סטנדרטים נבחרים מלכתחילה משום שהמקרה המוסדר עשוי להתקיים בנסיבות מגוונות, שקשה לצפותן מראש, ועל כן נדרשת מידה של גמישות בהתאמתו להן. באירועים בסמוך לגדר בעזה מעורבים אזרחים, לוחמים ואזרחים המשתתפים במישרין בלחימה. עיקרם הפרות סדר אלימות, אולם הן מתרחשות בגבולה של טריטוריה הנשלטת על ידי ישות עוינת, שכנראה מכוונת את האירועים ומנצלת אותם להתקפות חמושות על ישראל. דומה שמדובר במקרה מובהק של נסיבות שקשה להניח שנצפו על ידי מנכחי האמנות הבין-לאומיות המבוססות על דיכוטומיה בין אזרחים ללוחמים, בין ניהול פעולות איבה ובין פעולות לאכיפת חוק.

30 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) art. 57(2)(b), 8 June 1977, 1125 U.N.T.S. 3

31 ס' 61 לעתירה דחופה למתן צו על תנאי בבג"ץ 3003/18 יש דין – מתנדבים לזכויות אדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, <http://www.hamoked.org.il/files/2018/1162830.pdf> (להלן: עתירת יש דין); ס' 61 לעתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים ובקשה לדין דחוף בבג"ץ 3250/18 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, <http://www.hamoked.org.il/files/2018/1162835.pdf> (להלן: עתירת עדאלה).

32 ס' 26–32 לתגובת המדינה, לעיל ה"ש 11.

33 נציגי המדינה טענו כי גם כשחלה פרדיגמה זו, מקורה פנימי בדיני העימות המזוין, ולא בדיני זכויות האדם. ראו שם וכן עניין יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

34 עניין יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 2, 17–18 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

35 ס' 33 לתגובת המדינה, לעיל ה"ש 11.

לירון א' ליבמן, "אין ביקורת שיפוטית ללא דין ואין דין ללא עובדות על ביקורת שיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים", הארת דין יג 1 (תשע"ט)

במקרים שבהם מדובר בסטנדרטים, יש להעדיף ביקורת תהליכית, הבוחנת את פרשנות הנורמה ויישומה על ידי רשויות הצבא, כפי שהיא מתבטאת בכללים או בנהלים שגובשו, על פני ביקורת מהותית, המפרשת או מיישמת את הנורמה הכללית באופן ישיר ועצמאי.³⁶

על רקע מורכבות זו, הנמקת פסק הדין מראה שבג"ץ היה מוכן "לצלול" לפרשנות הסטנדרטים במציאות הנתונה ולבחון את נוסחן המלא והמפורט של הוראות הפתיחה באש.

עם זאת, נרתע בית המשפט מלבחון את כללי הפתיחה באש במנותק מן המידע המודיעיני החסוי שביקש צה"ל להציג לו בדבר האירועים והעומד ביסודם, כפי שדרשו העותרים. לדעתי, ניתן להבין גישה זו כנטייה לביקורת תהליכית, המחייבת חשיפה מלאה של התהליך ומה שעומד ביסודו. יש הצדקה לגישה המסרבת לקבוע תוכן מפורט לנורמה מן המשפט הבין-לאומי, שלא על רקע מערכת עובדתית מלאה ומפורטת ככל הניתן. כאמור לעיל, יש סיבה לקיומם של סטנדרטים והיא קשורה בטבורה לחשש מפני מקרים בלתי צפויים. הצגתן של עובדות מפורטות מאפשרת לבית המשפט לעגן ולגדר את הפרשנות הניתנת לסטנדרט בנסיבות דומות לאלה המוצגות לפניו, מבלי להסתכן בכך בפרשנות כללית מדי שתכלול מקרים אחרים, שאינה מתאימה להם. עמדתי על כך שלפרשנות קונקרטית של סטנדרט מן המשפט הבין-לאומי על ידי בית משפט ישראלי, בין שהיא נעשית במישרין על ידי בית המשפט ובין באמצעות מתן תוקף לפרשנות שנבחרה על ידי הרשות המבצעת, יש יתרונות וחסרונות, אולם אם פרשנות זו נדרשת במנותק ממערכת עובדתית מפורטת, מועצמים החסרונות ומאוינים היתרונות.

בצדק קבע השופט הנדל: "אם בתחומי המשפט האזרחי הדין נגזר מהעובדות, על אחת כמה וכמה שמבט זה ראוי בכל הקשור לדיני המלחמה – על מורכבות יישומם במציאות עמומה ודינמית. נסכם ונאמר: האמרה כי הדין נגזר מהעובדות מקפלת בתוכה הכרה בתשתית הקונקרטית, אך גם שיש דין והוא חל אף בתחום בו עסקינן".³⁷

ג. לפני סיום – הערה על הפרקטיקה של עיון במעמד צד אחד

כללי סדר הדין בבית הדין הגבוה לצדק אינם כוללים אפשרות להציג חומר סודי לבית המשפט במעמד צד אחד. אם מוגשת עתירה נגד החלטה מנהלית שהתבססה על חומר סודי, לאחר הוצאת צו על תנאי על הרשות לפעול לכאורה להוצאת תעודת חיסיון מטעמי ביטחון המדינה. אם העותרים יחפצו להעמיד את תעודת החיסיון לביקורת שיפוטית, ייעשה הדבר במסגרת עתירה לגילוי ראייה שתישמע על ידי שופט של בית המשפט העליון.³⁸ חשוב להבהיר כי מטרתה של תעודת חיסיון היא להותיר את המידע מחוץ להליך השיפוט. שופט בית המשפט העליון הדין בעתירה לגילוי ראייה, רשאי לעיין בחומר החסוי במעמד צד אחד, אולם אם השתכנע שיש הצדקה לחיסיון, כלומר שהפגיעה בביטחון המדינה עקב גילוי החומר עולה על הצורך לגלותו לשם עשיית צדק, עליו לדחות את העתירה. יש להדגיש כי עתירה לגילוי ראייה אינה בוחנת את הצדקתה של ההחלטה המנהלית עצמה, זו שמתבססת על הראייה החסויה. במקרה של דחיית העתירה לגילוי ראייה, החומר החסוי יישאר מחוץ לידיעתו של בג"ץ הדין בעתירה נגד ההחלטה.

המצב המשפטי הזה יוצר תוצאה משונה, שלפיה מותר לרשות מנהלית להסתמך בהחלטותיה על חומר סודי, אולם אם מוגשת עתירה התוקפת את ההחלטה, אין לבג"ץ סמכות לדרוש את קבלת החומר לעיונו כדי שתהיה לפניו התמונה המלאה בדבר התשתית להחלטה. על רקע זה התפתחה בבג"ץ פרקטיקה שלפיה בהסכמת הצדדים, בית המשפט מעיין בחומר הסודי במעמד צד אחד. הבסיס לפרקטיקה זו מעוגן לכאורה בכך שעניינים של ראיות וסדרי דין נתונים להסכמת הצדדים. ולשם

36 ליבמן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 79–80.
37 עניין יש דין, לעיל ה"ש 1, פס' 4 לפסק דינו של שופט הנדל.
38 ס' 44, 46 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971.

לירון א' ליבמן, "אין ביקורת שיפוטית ללא דין ואין דין ללא עובדות על ביקורת שיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים", **הארץ דין** יג 1 (תשע"ט)

מה להם לעותרים להסכים לכך שיוצג חומר לפני בית המשפט מבלי שיתאפשר להם לעיין בו ולהתייחס אליו? כאן ישנם "מקל" ו"גזר" גם יחד: ה"גזר" הוא סלילת הדרך לבג"ץ להיחשף לתשתית העובדתית המלאה שביסוד החלטת הרשות. בית המשפט יכול להקשות בדבר אמינותו של החומר הסודי, הרלוונטיות שלו להחלטה או משקלו. בג"ץ עשוי לשכנע את הרשות להרחיב את היקף המידע שיובא לידיעת העותרים (ה"פרפרזה"). ייתכן שהעיון בחומר הסודי יפעל לטובת העותרים, יאפשר לבג"ץ לקבל את העתירה ולבטל את החלטת הרשות, בלא ספק מנקר שמא מחוץ להישג ידו מצוי חומר המצדיק אותה, אשר לא הובא לידיעתו בשל מגבלות פרוצדורליות. ה"מקל" הוא האפשרות שסירוב העותרים לאפשר לבית המשפט לעיין בחומר יביא לידי כך שבג"ץ יסבור שלא נסתרה חזקת תקינות המעשה המנהלי לאור התשתית העובדתית הגלויה שלפניו, וידחה את העתירה, כפי שאכן קרה במקרה זה.³⁹

נקודת התורפה של פרקטיקה זו, שהיא מותנית בהסכמת הצדדים, בהיותה סטייה מדיני הראיות.⁴⁰ מכיוון שהצד ה"מועד" לסרב בשל הפגיעה בזכויותיו הדיוניות הוא העותרים, קיומו של ה"מקל", דהיינו הסיכון של דחיית העתירה בשל חזקת תקינות המעשה המנהלי, לכאורה די בו להביא להסכמה. אולם מה שנכון לעותר פרטי, שהאינטרס האישי שלו מונח על מאזני הצדק, לא בהכרח נכון כאשר מדובר בעותר ציבורי, כמו במקרה זה. לרוב ניתן להניח שאף העותר הציבורי חפץ בהצלחת העתירה ויש לאפשר לו לנהל את העתירה לפי שיקול דעתו. עם זאת, לעותרים הציבוריים, שהם לרוב ארגונים בעלי סדר יום רחב יותר מן ההליך הקונקרטי, עשויים להיות שיקולים מוסדיים אחרים, אידאולוגיים או מעשיים, שאינם קשורים לנושא העתירה ואשר יטו את הכף לסירוב. כך למשל, כאשר מדובר בארגון זכויות אדם, ייתכן שבמקביל להליך הקונקרטי הוא מנהל מערכה נגד הצגת חומר סודי במעמד צד אחד, ומערכה זו חשובה בעיניו יותר מהצלחת ההליך הקונקרטי. אפשרות אחרת היא שהעותר נושא עיניו להליכים בין-לאומיים בנושא העתירה. העתירה לבג"ץ נחוצה לו רק לשם מיצוי הליכים ובשל עקרון המשלימות, ולמעשה נוח לו יותר שתידחה העתירה ועדיפה דחייה "חלשה", פרוצדורלית, שאינה מבוססת על עיון בחומר סודי, אלא על שלילה כפולה (לא נסתרה חזקת תקינות מעשה המנהל), על פני הכרעה פוזיטיבית המבוססת על עיון במלוא החומר הסודי, שלפיה החלטת הרשות תקינה. במילים אחרות, קיומו של עותר ציבורי עלול לעורר את בעיית הנציג. לשם השוואה, בעיה זו עלולה להתעורר גם במקרה של תובענה ייצוגית, ועל כן בתובענה כזו יש פיקוח שיפוטני שנועד למנוע הסדר שאינו לטובת הציבור.⁴¹

במקרה הנדון הפתרון לבעיה פשוט יותר, והציע אותו השופט בך לפני כמעט שלושים שנה: עיגון הפרקטיקה שכיום טעונה הסכמת הצדדים, בחקיקה המוסרת את ההחלטה אם לעיין בחומר סודי במעמד צד אחד אם לאו, לסמכותו ולשיקול דעתו של בית המשפט.⁴² אם הרשות רשאית לבסס את החלטתה על חומר סודי, אני מתקשה לראות טעם שלא לאפשר לבית המשפט לעיין בחומר זה במסגרת הביקורת השיפוטית על ההחלטה.⁴³

39 לתיאור מפורט יותר של הפרקטיקה הזו ונימוקיה ראו: בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף, פס' 21–26 לפסק דינו של השופט מלצר, פס' 4–2 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 15.2.2012).

40 בג"ץ 792/88 מטור נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(3) 542, פס' 8 לפסק דינו של השופט בך (1989).

41 ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ, פס' 92 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 4.9.2014).

42 עניין מטור, לעיל ה"ש 40.

43 ניתן להפחית את תחושת הפגיעה בצדק ובהגינות של הליך שבו אין לעותרים אפשרות להתמודד עם החומר הסודי, על ידי אימוץ הסדר של עורכי דין מיוחדים. כוונתי לעורכי דין בעלי סיווג ביטחוני מתאים וכשירות מקצועית מתאימה, שיתאפשר להם להשתתף בהליך החסוי ולעיין בחומר הסודי כדי לייצג את האינטרס של העותרים, ללא רשות לחלוק את הדברים עמם. הסדר זה הוצע עוד לפני שנים רבות (יצחק זמיר "זכויות האדם ובטחון המדינה" משפטים יט 17, 35–36 (1989)) ולאחרונה הוא עומד שוב על הפרק: הצעת חוק עורכי דין מיוחדים, התשע"ז–2017, פ/4080/20; עמיחי כהן, יובל שני ולירון ליבמן "תמכו בהצעת החוק להסדרת עורכי דין מיוחדים לעצירים ביטחוניים" המכון הישראלי לדמוקרטיה www.idi.org.il/ministerial-committee/14595 (18.5.2017).

סיכום

בחינת התוצאה שאליה הגיע בית המשפט בעניין **יש דין** בהחלטתו שלא להחיל ביקורת שיפוטית מתיישבת עם התוצאה המתקבלת כשהסוגיה נבחנת לאור השיקולים שהצעתי להצדקת ביקורת שיפוטית בנוגע לאירועים צבאיים-מבצעיים. עם זאת, בכל הנוגע להנמקה, לדעתי ההבחנה בין חוקיות ההוראות ובין יישומן היא עמומה ובלתי מדויקת. לפי הקריטריונים שהצעתי, השיקול העיקרי שהצדיק הימנעות מביקורת כאן הוא דרישת העותרים כי בית המשפט יפרש נורמה עמומה של המשפט הבין-לאומי, ללא אפשרות לעיין בתשתית העובדתית המלאה הנדרשת כדי לעגן פרשנות זו בנסיבות הקונקרטיות ולקיים ביקורת תהליכית אפקטיבית. הדרישה לנתק את הדין מהעובדות כמוה כדרישה מן העגלה לנסוע מבלי שנתמו לה הסוסים. ראוי לשקול הסמכה של בג"ץ בחקיקה לעיין בחומר סודי במעמד צד אחד, מבלי להיזקק להסכמת הצדדים, לכל הפחות כאשר מדובר בעותר ציבורי. השיקול הנוגע לקושי להתערב ב"זמן אמת" בעוד האירועים מתרחשים ומתפתחים, דווקא חלש במקרה זה יותר מאשר במקרים של אירועי לחימה רחבי היקף שבהם נשקל בעבר. יתר השיקולים, שלא הוזכרו על ידי בית המשפט בהנמקתו, אינם מביאים לתוצאה שונה מזו שאליה הגיע בית המשפט העליון, אולם הם עשויים להיות משמעותיים במקרים אחרים שבהם נבחנת ביקורת שיפוטית בעניינים צבאיים-מבצעיים.