

## פוליטיקה, משפט וההליך השיפוטי:

### המקרה של בג"ץ והשטחים

דוד קרצמר\* וגרשום גורנברג\*\*

לפי עמדתו העקבית של בג"ץ בעתירות הנוגעות לשטחים שנכבשו בשנת 1967, המסגרת הנורמטיבית שלפיה נבחנות פעולותיהן של הרשויות היא של "תפיסה לוחמתית" (belligerent occupation). בית-המשפט פסק כי לפי מסגרת זו, בבואו לקבל החלטה הנוגעת לשטחים, על המפקד הצבאי להתחשב בשני שיקולים בלבד: (1) צורכי הביטחון (במובן הצר); (2) טובת האוכלוסייה המקומית. גם מי שאינו מומחה לנעשה בשטחים מבין כי במקרים רבים מדיניות הממשלה בשטחים אינה מתיישבת עם מסגרת נורמטיבית זו. במאמר זה ביקשנו לבחון את התנהלותן של הרשויות בבואן להגן בבג"ץ על החלטותיהן במקרים מסוג זה. לשם כך בחנו את הרקע הפוליטי לשלוש החלטות מרכזיות שהועמדו לביקורת שיפוטית בבג"ץ, כפי שנחשף במסמכים רשמיים ובעדויות של אנשים שמילאו תפקידים-מפתח בגיבוש אותן החלטות. לאחר-מכן עימתנו את התמונה הפוליטית שהצטיירה ממקורות חיצוניים וארכיוניים אלה עם טענות המדינה כפי שהועלו בבית-המשפט. הראינו כי במקרים שבדקנו היה פער משמעותי בין הנימוקים הפוליטיים להחלטת הרשויות כפי שעלו מחומרי-הרקע הפוליטיים לבין הנימוקים להחלטה זו שהוצגו בכתבי הטענות של המדינה בבית-המשפט. במקרה אחד הטענו הרשויות את בית-המשפט ולא הציגו לפניו מסמך חשוב שהיה חושף תמונה שונה מזו שהן הציגו לפניו; ובשני המקרים האחרים לא הציגו הרשויות את הרקע הפוליטי להחלטות, והעלו נימוקים לצורך הדיון בבג"ץ שלא שימשו אותן בפועל בקבלן את ההחלטות שעמדו לדיון.

---

\* פרופסור אמריטוס, האוניברסיטה העברית בירושלים, ופרופסור למשפטים, המכללה האקדמית ספיר.

\*\* היסטוריון ועיתונאי.

עקב מגבלות הנובעות מזכות הגישה לחומרים המעידים על הרקע הפוליטי להחלטות, לא יכולנו לבחון מקרים שנדונו בבית-המשפט בשנים האחרונות. אולם לנוכח הפער בין המסגרת המשפטית לבין המדיניות הפוליטית הנוגעת לשטחים, קשה להניח כי התופעה שעליה עמדנו במחקרנו מוגבלת לשלושת המקרים הקונקרטיים שבחנו לעומק. אין בכוונתנו לטעון כי אילו נחשף הרקע הפוליטי להחלטת הרשויות במקרים שנבחנו, היה בית-המשפט פוסק בהכרח לטובת העותרים, ולא לטובת המדינה. אולם ההליכים בבג"ץ נשענים על ההנחה כי הרשויות מגלות לבית-המשפט את האמת, וכי אין מסתירים ממנו מידע שיש בו כדי להשפיע על התוצאה המשפטית. נטילת הנחה זו משמעה הטלת ספק ביושרת ההליך השיפוטי.

מבוא. א. הפער בין פוליטיקה למשפט מתגלה – פרשת אלון מורה. ב. ביקורת בג"ץ על פעולותיהן של הרשויות בשטחים: 1. ההליך בבג"ץ; 2. מסגרת הדיון בעתירות מן השטחים; 3. תחולתה של אמנת זנבה הרביעית; 4. אכיפת נורמות של המשפט הבין-לאומי; 5. המסגרת המשפטית – עקרונות יסוד; 6. מדיניות הממשלה. ג. פרשת פתחת רפיח: 1. הגירוש; 2. הרקע לגירוש; 3. הדיון בבג"ץ. ד. פרשת חברת החשמל בחברון: 1. "רווחתה הכלכלית של אוכלוסיית האזור"; 2. "קריית ארבע הוא חֲבֵרוֹן"; 3. העתירה בעניין הספקת החשמל לחברון; 4. פסק-הדין. ה. פרשת כביש 443: 1. לאן הכביש מוביל? 2. העתירה הראשונה לבג"ץ; 3. העתירה השנייה – טענות הצדדים; 4. העתירה השנייה – פסק-הדין; 5. מסקנות והתפתחות מאוחרת. ו. מסקנות.

## מבוא

בזמן כהונתה כשרת החוץ של מדינת-ישראל הופיעה ציפי לבני בכנס של לשכת עורכי-הדין. היא התייחסה לתואי של גדר-ההפרדה, שהיה נושא להתדיינות רבות בבית-המשפט העליון ולחוות-דעת של בית-הדין הבין-לאומי בהאג. לבני הסבירה כי תואי הגדר משקף תפיסה מדינית לגבי הגבול הרצוי בין מדינת-ישראל לבין המדינה הפלסטינית האמורה לקום לצידה. בקהל נכח המשנה לנשיא בית-המשפט העליון דאז, השופט מישאל חשין, שישב בדין בעתירות הדנות בתואי הגדר. לפי דיווח שהופיע בעיתון הארץ, בשומעו את דבריה של לבני לא התאפק השופט חשין וקרא לעברה "אבל זה לא מה שאתם אומרים לנו בבית המשפט".<sup>1</sup> תקרית זו מדגימה היטב את התופעה העומדת במרכז מאמרנו זה: הפער הקיים לעיתים קרובות בין הרקע הפוליטי למעשה או להחלטה של הרשויות בנוגע לשטחים לבין הדרך שבה המעשה או ההחלטה מוצגים כאשר המדינה משיבה לעתירות נגדם בבית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ.

1 יובל יועז "לבני: גדר ההפרדה – גבולה העתידי של ישראל" הארץ 1.12.2005.

ביקורת בג"ץ על פעולותיהן של הרשויות בשטחים הכבושים שימשה למן תחילת הכיבוש מקור לגאווה ישראלית. נטען כי אין תקדים היסטורי לביקורת שיפוטית מטעם בתי-המשפט של המדינה הכובשת על מעשיה בשטח כבוש, וכי ביקורת זו מבטיחה את שלטון החוק בשטחים.<sup>2</sup> במקרים רבים שבהם נמתחה ביקורת על מעשים אלה או אחרים של הרשויות בשטחים, החל בהתנחלויות וכלה בהריסת בתים, ביקשו דוברי הממשלה להדוף ביקורת זו על-ידי ציון העובדה שהפעולות אושרו על-ידי בג"ץ. כך, למשל, כאשר נחשפה חוות-הדעת של היועץ המשפטי דאז של משרד החוץ, מספטמבר 1967, שבה נאמר כי הקמת יישובים ישראליים בשטחים תסתור את סעיף 49 לאמנת ז'נבה הרביעית, נשאל דובר משרד החוץ איך הוא מסביר את העובדה שהממשלה פעלה בניגוד לחוות-דעת זו. תשובתו של הדובר הייתה כי עמדתו של בג"ץ הייתה שונה מעמדת היועץ המשפטי.<sup>3</sup> בספר על "ישראל, האינתיפאדה ושלטון החוק", שנכתב על-ידי משפטנים שמילאו תפקידי-מפתח בפרקליטות הצבאית ובפרקליטות המדינה בתקופת האינתיפאדה הראשונה, הוצגה חשיבותה של הביקורת השיפוטית של בג"ץ במילים אלה:

This judicial review by Israel's highest Court has not only provided a form of redress for the grievances of Area inhabitants and a safeguard for their rights: it has also provided a powerful symbol and reminder to the officials of the Military Government and Civil Administration of the supremacy of law and legal institutions and of the omnipresence of the Rule of Law wherever Israeli officials' writ may run.<sup>4</sup>

מחבריו של מאמר זה דנו בעבר בביקורת בג"ץ על פעולות ישראל בשטחים – כל אחד מנקודת-מבטו. גורנברג סקר בהרחבה את מדיניות הממשלה ביחס להקמת יישובים ישראליים בשטחים בעשור הראשון לכיבוש (1967–1977).<sup>5</sup> בהקשר זה הוא התייחס לכמה עתירות לבג"ץ שבהן נדונה החוקיות של הקמת התנחלויות בשטחים. קרצמר בחן את תפקידו של בג"ץ בביקורת פעולותיהן של רשויות המדינה בשטחים מתחילת הכיבוש ועד לשנת 2000.<sup>6</sup> במהלך עבודתנו המחקרית נחשפנו שנינו לתופעת הפער שהתגלה בתקרית לבני-חשין. לעיתים נדירות

Eli Nathan, *The Power of Supervision of the High Court of Justice over Military Government*, in *MILITARY GOVERNMENT IN THE TERRITORIES ADMINISTERED BY ISRAEL, 1967–1980: THE LEGAL ASPECTS* 109 (Meir Shamgar ed., 1982) 2

ראו דיווחו של Donald Macintyre, *Israelis were Warned on Illegality of Settlements in 1967* MEMO, THE INDEPENDENT (Mar. 11, 2006) <http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/israelis-were-warned-on-illegality-of-settlements-in-1967-memo-6106920.html> 3

ראו DAVID YAHAV & UZI AMIT-KOHN, ISRAEL, THE "INTIFADA" AND THE RULE OF LAW 17–18 (1993) 4

GERSHOM GORENBERG, THE ACCIDENTAL EMPIRE: ISRAEL AND THE BIRTH OF THE SETTLEMENTS, 1967–1977 (2006) 5

DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES (2002) (להלן: KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE) 6

הפער בין הרקע הפוליטי לבין הטיעון המשפטי נחשף בבית-המשפט עצמו, ובית-המשפט נאלץ להסיק ממנו מסקנות. מקרה כזה יוצג בהמשך. אולם היה ברור לשנינו כי הפער אינו מוגבל לאותם מקרים ספורים שבהם הוא התגלה בבית-המשפט. לעיתים כל בר-דעת היה צריך להבין כי הטענות העובדתיות והמשפטיות המוצגות על-ידי הרשויות בבג"ץ אינן תואמות את המציאות. במקרים אחרים הפער אינו מובן מאליו, אך סברנו כי הוא עשוי להיחשף מתוך עיון במסמכים שונים שלא הונחו על שולחנו של בית-המשפט שדן בעניין. כדי לבחון אם לסברה זו יש בסיס, החלטנו לבחון כמה פסקי-דין מכוננים בנוגע לשטחים שבהם היה אפשר לקבל גישה לחומר בנוגע לרקע הפוליטי למעשים שנדונו בבג"ץ. המטרה הייתה לבחון אם יתגלה פער בין הרקע הפוליטי להחלטה לבין הדרך שבה הוצגה אותה החלטה ונדונה בבית-המשפט.

הצורך לקבל גישה לחומר בנוגע לרקע הפוליטי הטיל מגבלה על התיקים שיכולנו לבחון.<sup>7</sup> לנוכח הכללים בתקנות הארכיונים (עיון בחומר ארכיוני המופקד בגנזך), התש"ע–2010, שלפיהם תיקים מרכזיים שעניינו אותנו נפתחים לעיון הציבור רק אחרי שלושים שנה, ויתרנו מראש על הניסיון לבחון תיקים שבהם פסקי-הדין ניתנו בשני העשורים האחרונים, והתרכזנו בפסקי-דין שניתנו לפני שלושים שנה או יותר.

שלושת התיקים שנבחרו אינם תיקים שוליים, אלא מקרים מכוננים בפסיקה של בית-המשפט העליון הנוגעת לשטחים. בתיק הראשון – פתחת רפיח<sup>8</sup> – ניתן פסק-הדין העקרוני הראשון המתייחס לפעולות צה"ל בשטחים שנכבשו בשנת 1967. פסק-דין זה מצוטט בהרחבה בפסיקה המאוחרת יותר. גם בתיק השני – חברת החשמל בחברון<sup>9</sup> – ניתן פסק-דין מכונן בנוגע לפעולות צה"ל המחזקות את הזיקה בין השטחים לבין מדינת-ישראל. פסק-הדין בתיק השלישי – כביש 10443 – נותר עד היום הזה אסמכתה מרכזית באשר להיקף סמכויותיו של המפקד הצבאי בשטחים בכלל, ובאשר לסמכותו לתכנן כבישים ופרויקטים לטווח ארוך בפרט.

כאשר יצאנו לדרך, מטרתנו הראשונית הייתה לבחון את הפער בין הרקע הפוליטי להחלטה או למעשה לבין הדרך שבה הציגו רשויות השלטון את העניין בתשובתן לעתירה התוקפת את חוקיותם. במהלך המחקר הגענו למסקנה כי לעיתים השאלה אינה רק איך הרשויות מציגות את העניין, אלא גם איך בית-המשפט בוחר להציג את העניין בפסק-דינו. כאן הטענה היא שכדי להכשיר מעשה של הרשויות על-פי המסגרת המשפטית שבית-המשפט עצמו קבע לבחינת חוקיותן של פעולות בשטחים, בית-המשפט נוטה להציג את העובדות בדרך המתיישבת עם מסגרת זו, גם אם אין בסיס מוצק לכך בחומר הראיות שהגישו לו הצדדים.

המאמר מחולק לשלושה חלקים. חלקו הראשון מוקדש לעיון בפסק-דין אחד שבו נחשף הפער בין הרקע הפוליטי להחלטה לבין דרך הצגת ההחלטה בבית-המשפט בתשובתן של הרשויות על עתירה שהוגשה נגדה, תוך עמידה על המסקנות המשפטיות שבית-המשפט הסיק

7 קבלת הגישה לחלק מן החומר הייתה כרוכה במאבק לא-פשוט, שכלל פנייה לבג"ץ.  
8 בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169 (1973) (להלן: פרשת פתחת רפיח).  
9 בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כז(1) 124 (1972) (להלן: פרשת חברת החשמל בחברון).  
10 בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאוניה אלמחודדה אלמסאוליה, אגודה שיתופית נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785 (1983) (להלן: פרשת כביש 443).

מכך. בחלק השני אנו עומדים על המאפיינים של ביקורת בג"ץ על פעולות השלטון בישראל, על הרקע לביקורת בג"ץ על פעולותיהן של הרשויות בשטחים, ועל הנורמות המשפטיות המחייבות את הרשויות בפעולותיהן בשטחים לפי פסיקת בג"ץ. בחלק זה נטען כי המחויבות המשפטית להחלת נורמות של המשפט הבין-לאומי הנוגעות לשטח כבוש הייתה מלכתחילה דו-ערכית, ולא שיקפה מחויבות אמיתית לפעול על-פי נורמות אלה. כך נוצר מצב שבו יכלו פרקליטיה של המדינה להצדיק פעולות שונות של הרשויות על-סמך סמכויותיה של מעצמה כובשת במשפט הבין-לאומי, בעוד ראשי השלטון – שולחיהם – טוענים בפורומים שונים כי השטחים אינם כבושים כלל. החלק השלישי והמרכזי של המאמר מוקדש לניתוח שלושה מקרים שהגיעו להכרעת בג"ץ, שבהם עיון במסמכים שונים, רובם רשמיים, מאשש את טענתנו בדבר קיומו של פער בין מה שנטען או מה שנקבע בבג"ץ לבין הרקע האמיתי להחלטה מושא הדיון בו.

### א. הפער בין פוליטיקה למשפט מתגלה – פרשת אלון מורה

פסק-דינו של בית-המשפט העליון בפרשת אלון מורה<sup>11</sup> תופס מקום מרכזי בכל דיון בפסיקת בית-המשפט הנוגעת לשטחים המוחזקים. בפסק-דין זה התערב בית-המשפט העליון בהחלטה לתפוס קרקע פרטית של פלסטיני כדי להקים עליה את היישוב אלון מורה. בית-המשפט מצא כי בניגוד לטענתן של הרשויות בתצהיר שהוגש כתשובה לעתירה, הקרקע לא נתפסה לצורכי צבא, אלא לצרכים פוליטיים.

בין אם נקבל את הדעה שפסק-הדין בעניין אלון מורה מראה כי בית-המשפט העליון מבטיח את שלטון החוק בשטחים ובין אם לאו,<sup>12</sup> ברור כי פסק-הדין הוא בבחינת חריג בפסיקה של בית-המשפט העליון הנוגעת לשטחים בכלל ולהקמת יישובים ישראליים בשטחים בפרט. זאת, מכיוון שעד לאמצע העשור הראשון של המאה העשרים ואחת, כמעט בכל פסיקותיו של בית-המשפט העליון ניתן הכשר לפעולותיהן של הרשויות בשטחים, גם כאשר הבסיס המשפטי לאלה היה רעוע.<sup>13</sup> בפסק-דינו בעניין אלון מורה פסל בית-המשפט תפיסה של קרקע פרטית לשם הקמת יישוב חדש בשטחים. זאת, אף שהקמת היישוב אושרה על-ידי ממשלה שהייתה מחויבת ליישוב יהודים בשטחים; אף שהרמטכ"ל הצהיר כי הוא סבור שהקמת היישוב תשרת מטרה בטחונית; ואף שבפסיקתו הקודמת בפרשות בית-אל ומתתיהו אישר בית-המשפט פעולות דומות.<sup>14</sup>

11 בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979) (להלן: פרשת אלון מורה).  
 12 לעמדה הרואה את פסק-הדין כחלק ממערכת מתוחכמת של מתן לגיטימציה שיפוטית למשטר הכיבוש ראו Ronen Shamir, "Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice, 24 LAW & SOC'Y REV. 781 (1990).  
 13 KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE, לעיל ה"ש 6.  
 14 בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979) (להלן: פרשת בית-אל); בג"ץ 258/79 עמירה נ' שר הביטחון, פ"ד לד(1) 90 (1979) (להלן: פרשת מתתיהו).

יש להניח כי גורמים מספר הניעו את בית-המשפט לפסוק כפי שפסק בפרשת אלון מורה, ולסטות לכאורה מפסיקתו הקודמת שבה אישר תפיסת קרקע פרטית לשם הקמת יישוב יהודי. על חלק מגורמים אלה עמד השופט ויתקון בפסק-דינו בפרשת אלון מורה עצמה. לעובדה ששר הביטחון עזר ויצמן, שר החוץ משה דיין וסגן ראש הממשלה יגאל ידין – כולם שרים בעלי ניסיון צבאי עשיר – התנגדו להקמת היישוב הייתה כנראה השפעה לא-מבוטלת על נכונותו של בית-המשפט להתערב בהחלטת הממשלה. עם זאת, ומבלי לבטל את חשיבותם של הגורמים האחרים, נראה לנו כי גורם אחד בנסיבות המקרה של אלון מורה היה מכריע: התגלה פער בין הטיעון המשפטי והעובדתי שהוצג לפני בית-המשפט בתשובתם לעתירה של המשיבים (ממשלת ישראל, שר הביטחון ומפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית) לבין השיקולים הפוליטיים שהיוו את הסיבה האמיתית להחלטה להקים את היישוב. בעוד שבתצהיר המקורי שמסר מטעם המשיבים הצהיר הרמטכ"ל, רא"ל רפאל איתן, כי תפיסת הקרקע ליישוב נעשתה מנימוקים צבאיים-בטחוניים, מהתשובות שנתן לשאלון שהוצג לו על-ידי העותרים התברר כי לא הייתה אמת בטענה זו. היוזמה להקמת היישוב באה מן הדרג הפוליטי ונבעה משיקולים פוליטיים, והצבא ניצל את סמכותו לתפוס קרקע לצורכי צבא כדי "לספק את הסחורה" לדרג הפוליטי. עמדתו של הרמטכ"ל כי הקמת היישוב תשרת מטרה בטחונית הייתה בפועל מחשבה לאחר מעשה. כפי שהסביר זאת השופט לנדוי:

היוזמה באה מן הדרג המדיני והדרג המדיני ביקש מן הרמטכ"ל לחוות את דעתו המקצועית, ואז הביע הרמטכ"ל דעה חיובית בהתאם לקונצפציה הנקוטה בידו מאז ומתמיד.<sup>15</sup>

ספק גדול אם בית-המשפט היה פוסל את תפיסת הקרקע אילולא התגלה הפער בין התשובה המקורית של הרמטכ"ל לבין מה שקרה במציאות. את זאת ניתן להסיק מדבריו של השופט לנדוי, שכתב את פסק-הדין העיקרי. כאמור לעיל, השופט לנדוי כתב כי מתצהיר התשובה של הרמטכ"ל השתמע כי רשויות הצבא הן שיוזמו את הקמת היישוב, וכי הרמטכ"ל הוא שהביא את דרישת הצבא לפני הדרג המדיני. "אילו כך היה," כתב השופט לנדוי, "הייתי אומר שעצם סדר האירועים מעיד שהשיקול הצבאי המקצועי היה השיקול הדומיננטי גם בדיוני הדרג המדיני".<sup>16</sup> לנוכח דעתו של השופט לנדוי כי השיקול הדומיננטי הוא הקובע אם פעולה שלטונית היא חוקית אם לאו, ברור כי אילו סבר שהשיקול הדומיננטי היה שיקול בטחוני, הוא לא היה פוסל את הצו לתפיסת הקרקע. רק מתשובתו של הרמטכ"ל לשאלון, וממסמכים נוספים שהוצגו לבית-המשפט על-ידי באי-כוחם של המשיבים ואשר לא צורפו לתצהיר התשובה של המשיבים, התברר לשופט לנדוי כי התהליך היה הפוך. הוא נאלץ אפוא לקבוע כי השיקול הדומיננטי היה פוליטי, ולא צבאי, וכי דינה של הפעולה להתבטל.

פסק-הדין בפרשת אלון מורה היה חריג בשני מישורים: עצם נכונותו של בית-המשפט להתערב בהחלטה של הרשויות בשטחים, וחשיפת הפער בין המציאות הפוליטית שעמדה

15 פרשת אלון מורה, לעיל ה"ש 11, בעמ' 16.

16 שם.

מאחורי ההחלטה שהותקפה בעתירה לבין טענותיהן של הרשויות כאשר התבקשו להגן עליה בבית-המשפט. השאלה שתעניין אותנו במאמרנו זה היא אם פרשת אלון מורה הייתה חריג גם במישור שלישי: עצם קיומו של פער בין המניעים הפוליטיים האמיתיים להחלטה הנוגעת לשטחים לבין הטענות שהעלו הרשויות כאשר נדרשו להגן על ההחלטה בבית-המשפט. טענתנו תהיה שהתשובה לשאלה זו היא שלילית. פסק-הדין בעניין אלון מורה הוא חריג רק במובן זה שהפער התגלה בבית-המשפט, ולא בעצם קיומו של פער מסוג זה. פער מסוג זה התקיים במקרים רבים, אך רק לעיתים נדירות התגלה בבית-המשפט מתוך החומר שהוגש על-ידי המשיבים. הפרוצדורה בבג"ץ, אשר מתבססת על תצהירים בכתב ואינה מעניקה לעותרים זכות לחקור את המצהירים או לזמן עדים, מקשה מאוד על עותרים לחשוף את הפער. נוח לו לבית-המשפט לקבל תצהיר המוגש על-ידי הרשויות מבלי לבחון אם תצהיר זה אכן משקף את האמת או שמא הוא נתפר כדי להכניס את המקרה למסגרת משפטית ועובדתית שניתן להגן עליה בבית-המשפט.

חשוב להדגיש נקודה נוספת בפסק-הדין בעניין אלון מורה: בית-המשפט לא חלק על כך שהרמטכ"ל היה סבור בכנות כי הקמת היישוב באותו מקום תשרת מטרה בטחונית. אולם הוא היה בדעה שאין די בכך כאשר ההחלטה להקים את היישוב התקבלה משיקולים פוליטיים. המסקנה המשפטית המתבקשת היא כי אם החלטה הפוגעת בזכויות הפרט מתקבלת משיקולים פוליטיים, אי-אפשר להכשירה לאחר מעשה בנימוקי ביטחון, גם אם אלה מוצגים על-ידי בעל הסמכות והאחריות העליונות לביטחון, דהיינו, הרמטכ"ל.

## ב. ביקורת בג"ץ על פעולותיהן של הרשויות בשטחים

### 1. ההליך בבג"ץ

אין זה המקום לסקור את ההיסטוריה של בג"ץ והביקורת השיפוטית על רשויות השלטון בישראל. די בכך שנציין כי הביקורת השיפוטית על רשויות השלטון מוסדה על-ידי שלטונות המנדט הבריטי. סמכות הביקורת הופקדה בידי הערכאה השיפוטית הגבוהה, וזאת מכיוון שרק בערכאה זו היה רוב לשופטים בריטים, שעליהם היו שלטונות המנדט מוכנים לסמוך. המתווה לסמכותו של בג"ץ נקבע על-פי סמכותו של בית-המשפט הגבוה בלונדון להוציא צווים פרוטגטיביים. גם סדרי הדין בבג"ץ נקבעו על-פי סדרי הדין באותו בית-משפט אנגלי. לפי סדרי דין אלה, ההליכים בבית-המשפט נשענים על תצהירים של הצדדים, ולא על מתן עדות בעל-פה לפני בית-המשפט. ההנחה הייתה כי ברוב-רובם של ההליכים אין צורך בקביעת ממצאים עובדתיים, וכי אפשר לסמוך על רשויות השלטון שיציגו לפני בית-המשפט את המידע הנחוץ כדי להכריע בעתירתו של הפרט.

עם הקמת מדינת-ישראל נותרה מערכת בתי-המשפט על כנה, ואיתה הפקדת הסמכות להוציא צווים נגד השלטון בידי בית-המשפט העליון. גם כאשר הוחלפה החקיקה המנדטורית בחוק בתי המשפט, התשי"ז–1957, נותרה חלוקה זו של סמכויות על כנה, תוך הגדרה מחדש של סמכויות בית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ. גם סדרי הדין, שעל-פיהם ההליכים נשענים על תצהירים של שני הצדדים, נותרו בעינם.

בתקופת המנדט הבריטי ובשנים הראשונות אחרי קום המדינה היה מקובל בבג"ץ לאפשר לעותרים לחקור את המצהירים מטעם הרשויות במסגרת חקירה נגדית. אולם עם הזמן הגיע

בית־המשפט למסקנה כי החקירות אינן יעילות וגורמות לסחבת ולבזבז זמן. אף שהסמכות של בית־המשפט לאפשר את חקירת המצהירים עודה קיימת, בית־המשפט משתמש בסמכותו זו לעיתים נדירות ביותר. גם בפרשת אלון מורה סירב בית־המשפט לאפשר חקירה שכנגד, אך הוא אפשר מעין חקירה שכנגד בכתב, במתכונת של שאלון שהוגש לרמטכ"ל על־ידי באי־כוחם של העותרים. אכן, רק מתשובות הרמטכ"ל לשאלון זה התגלה הפער בין ההליך של קבלת ההחלטות בפועל לבין ההליך שהוצג בתצהיר המקורי שלו עצמו. אין אפשרות לדעת בכמה מבין המקרים שבהם לא עמדה לפני העותרים אפשרות לחקור את המשיבים, אפילו בדרך ה"צנועה" שהרשה בית־המשפט בפרשת אלון מורה, נמנעה מהם כתוצאה מכך האפשרות לחשוף את הפער בין עמדת המשיבים בתצהיר שהגישו לבית־המשפט לבין הרקע האמיתי להחלטה או למעשה של הרשות, אבל על אחד מן המקרים הללו נעמוד בהמשך.

לפי סדרי הדין בבג"ץ, העותר חייב לאשר בתצהיר את אמיתות העובדות המוצגות בעתירתו. זאת ועוד, לפי ההלכה הפסוקה, העותר חייב לגלות את כל העובדות הרלוונטיות, בין אם אלה נוחות לו בין אם לאו. הימנעות מגילוי עובדות שהיו ידועות לעותר יש בה כדי להצדיק דחייה של העתירה על הסף מחמת חוסר נקיון־כפיים. העיקרון של שוויון הצדדים מחייב שגם רשויות השלטון חייבות לגלות בתצהיריהן לבית־המשפט את כל העובדות הרלוונטיות, ובכלל זה גם כאלה שאינן נוחות להן.

## 2. מסגרת הדין בעתירות מן השטחים

עם הגשת העתירות הראשונות על־ידי פלסטינים תושבי השטחים אחרי מלחמת ששת־הימים, התעוררו ספקות לגבי עצם סמכותו של בג"ץ לדון בעתירות שמוגשות על־ידי נתינים של מדינת אויב ואשר מתייחסות לפעולות שלא בוצעו בשטח הריבוני של מדינת־ישראל. היועץ המשפטי לממשלה דאז, מאיר שמגר, קיבל החלטה עקרונית לא לחלוק על סמכותו של בג"ץ לדון בעתירות של תושבי השטחים, ובמקרים הראשונים סמך בג"ץ על הסכמתן של הרשויות מבלי שנדרש לשאלת סמכותו הפורמלית לדון בעתירות. לימים נקבע כי סמכותו של בג"ץ אינה פונקציה של הסכמת הרשויות, אלא נשענת על הוראת סעיף 7(ב) לחוק בתי המשפט, התשי"ז–1957 (כיום סעיף 15(ד)(2) לחוק־יסוד: השפיטה), שלפיה בג"ץ מוסמך להוציא צווים נגד רשויות המדינה ואנשים וגופים הממלאים תפקידים ציבוריים על־פי דין.<sup>17</sup>

משחליתו לקבל את סמכותו של בג"ץ לדון בעתירות של תושבי השטחים, נאלצו הרשויות להתמודד עם שאלה עקרונית: מהן הנורמות שלפיהן תימדד חוקיות פעולותיהן בשטחים? ברור כי ככל רשויות המנהל האחרות, מפקדי הצבא בשטחים כפופים לכללי המשפט המנהלי הישראלי. אך מה בדבר נורמות של המשפט הבין־לאומי בכלל ונורמות החלות בשטח כבוש בפרט? האם יסכימו הרשויות להכפיף את פעולותיהן לנורמות אלה בשעה שנשמעים קולות בציבור, באקדמיה ובמערכת הפוליטית הגורסים כי אין לראות בגדה

17 פרשת כביש 443, לעיל ה"ש 10.



המערכת וברצועת עזה שטחים כבושים? ואם לא יסכימו, האם יכפה זאת עליהן בית- המשפט?

בתחילת הדרך ניסו הרשויות לאחוז בחבל בשני קצותיו: מצד אחד, לקבל על עצמן את ההגבלות של דיני כיבוש, ומצד אחר, לשמור לעצמן את האפשרות לטעון בעתיד כי השטח אינו נתון במשטר של כיבוש, ובמיוחד שפעולות ישראל בו אינן כפופות לאמנת ז'נבה הרביעית.<sup>18</sup> ברור כי גישה דו-ערכית זו לא יכלה להחזיק מעמד. בתי-המשפט אינם בגדר בוררים הפוסקים על-פי כללים מוסכמים בין הצדדים; הם אמורים לפסוק על-פי הדין הפוזיטיבי המחייב את הצדדים.<sup>19</sup> זאת ועוד, כל עוד הסכימו הרשויות להכפיף את עצמן להגבלות שדיני כיבוש מטילים על המעצמה הכובשת, היה אפשר לקבל את הסכמתן להישפט על-פי דינים אלה כבסיס לדיון, מבלי לפסוק אם הן אכן חייבות לעמוד בהגבלות אלה. אולם הדין היה שונה ברגע שהרשויות ביקשו להשעין את סמכותן לפגוע בקניין הפרט על אותם דינים, שהרי רשות שלטונית אינה יכולה לדרוש מן הפרט להניח כי יש לה סמכות ליטול את רכושו. נקודה זו הייתה ברורה לחלוטין לשופטים בפרשת אלון מורה. כזכור, באותו מקרה הוציא המפקד הצבאי צו לתפיסת רכוש פרטי לצורכי צבא, כאשר הבסיס המשפטי שנטען לסמכותו לעשות זאת היה הדין הבינ-לאומי המנהגי בנוגע לשטח כבוש. כנגד טענת העותרים שתפיסת מקרקעיהם נוגדת את המשפט הבינ-לאומי, ביקשו המתיישבים – שצורפו לדיון כמתיישבים – לטעון כי המשפט הבינ-לאומי אינו רלוונטי, מכיוון שמדובר בחלק מארץ-ישראל. בתשובה לטענה זו הבהיר השופט לנדוי את עמדתו במילים אלה:

בעתירה זו יש תשובה ניצחת לטיעון שמגמתו לפרש את הזכות ההסטורית המובטחת לעם ישראל בספר הספרים כפוגעת בזכויות קניין לפי דיני הקניין הפרטי. הרי מסגרת הדיון בעתירה נתחמת בראש ובראשונה על-ידי צו התפיסה שהוציא מפקד האיזור וצו זה מקורו הישיר לכל הדעות בסמכויות שהמשפט הבינלאומי מקנה למפקד הצבאי בשטח שנכבש על-ידי כוחותיו במלחמה.<sup>20</sup>

גם השופט ויתקון ראה לנכון להדגיש מהן ההשלכות של קבלת טענתם של המתיישבים:

אם המדובר במעשה המתרחש בתחום המדינה, ודאי שאין המשפט הבינלאומי חל עליו, אך בעצם גם לחקיקה צבאית ומתן צווים על פי חקיקה זו אין זכות קיום בשטח שהוא חלק מהמדינה. בצדק השיב פרקליט המדינה, שאם עלו

18 להסבר מפורט ראו KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 31–42.  
19 ראו את דבריו של השופט ויתקון בפרשת פתחת רפיח, לעיל ה"ש 8, בעמ' 178–183. בהתייחסו להלכה הפסוקה שלפיה בית-המשפט אינו אוכף אמנות בין-לאומיות שלא אומצו בחקיקה ראשית, אמר השופט ויתקון: "נוכח הלכה ברורה זו, אין אני יכול אלא להתייחס בספקנות לנוהג שהשתרש, כנראה, אצל נציגי המדינה להסכים לבירור מעשי השלטון הצבאי אף מבחינת המשפט הבינלאומי ההסכמי. אף הסכמה זו הניתנת מדי פעם בפעם לגבי נושאים מוגדרים ובלי התחייבות שתיתן בכל העתירות, הופכת את דיוננו למעין בורות התלויה בהסכמת הנתבע. לעניות דעתי, לא לשם כך נוצר בית-המשפט הזה" (שם, בעמ' 181).  
20 פרשת אלון מורה, לעיל ה"ש 11, בעמ' 9.

המתיישבים על השטח שלא מכוח צו התפיסה שהוצא על ידי מפקד האזור, כל הימצאותם שם תלויה על בלימה. הלא הפקעה לפי דיני ישראל לא היתה כאן. תשובה זו בדין יסודה.<sup>21</sup>

הבהרה זו של השופטים לנדוי וויתקון היא תשובה ניצחת לאלה הממשיכים לטעון כי יש ספק בדבר מעמדם המשפטי של השטחים הכבושים. שלטון אינו רשאי ליטול לעצמו סמכויות מעבר לאלה שהדין מקנה לו. עיקרון זה הוא אחד מעקרונות היסוד של המשפט הציבורי בישראל. בית המשפט העליון עמד עליו זמן קצר אחרי הקמת המדינה.<sup>22</sup> ברגע שרשויות השלטון הפעילו סמכויות הניתנות למעצמה כובשת בדין הבין-לאומי מבלי שהיה לסמכויות אלה מקור אחר בדין הנוהג, או למצער ברגע שהן ביססו את הגנתן בבית המשפט על הדין הבין-לאומי המעניק להן סמכויות של מעצמה כובשת, הן מנעו מעצמן אפשרות לטעון בעתיד כי דיני כיבוש אינם חלים בשטחים.

מסר זה, שהובהר בפסק-דין אלון מורה, נקלט היטב בבית המשפט העליון. למן אותו פסק-דין אין אנו מוצאים בפסיקה הסתייגות מהכפפתו של המפקד הצבאי לדיני כיבוש; להפך, בפסקי-דין אין-ספור הבהיר בית המשפט כי המשטר המשפטי בשטחים הוא משטר של תפיסה לוחמתית (belligerent occupation). ביטוי מובהק לגישה משפטית זו ניתן בפסק-הדין שנתנו עשרה שופטים בפרשת ההתנתקות מעזה. בית המשפט הצהיר:

על-פי תפיסת המשפטית של ממשלות ישראל לדורותיהן כפי שהוצגה בפני בית המשפט העליון – תפיסה שנתקבלה על-ידי בית המשפט העליון לדורותיו – מוחזקים אזורים אלה על-ידי מדינת ישראל בדרך של "תפיסה לוחמתית" (Belligerent Occupation).<sup>23</sup>

כאמור, תפיסה משפטית זו של בג"ץ נקבעה בפסקי-הדין בעקבות העמדה שהציגו הרשויות לפני בית המשפט והישענותן על סמכויותיה של מעצמה כובשת במשטר משפטי זה. ברור אפוא כי התפיסה אינה תפיסתו של בית המשפט בלבד; היא משקפת את העמדה המשפטית של רשויות השלטון בישראל. אכן, בטיעוניהם לפני בג"ץ בפרשת ההתנתקות מעזה טענו באי-כוחה של ממשלת ישראל כי לנוכח העובדה שמעמדם המשפטי של השטחים הוא מעמד של שטח כבוש – כל מה שנעשה ברצועת עזה היה בעל אופי זמני. אי-לכך לא היו למתיישבים הישראליים ציפיות לגיטימיות שהם יוכלו להישאר בשטח לאחר ההחלטה המדינית לסגת ממנו.<sup>24</sup>

על-אף ההסכמה כי השטחים נתונים במשטר של תפיסה לוחמתית או כיבוש, נאלץ בג"ץ לדון בשתי שאלות הנוגעות להפעלת הנורמות של משטר משפטי זה: (1) תחולתה של אמנת

21 שם, בעמ' 28.

22 בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949).

23 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 514, 481 (2005) (להלן: פרשת ההתנתקות מעזה).

24 שם, ס' 8–14 להודעה מטעם המשיבים מיום 21.3.2005 (העתק אצל המחברים).

ז'נבה הרביעית במצב המיוחד של הגדה המערבית; (2) אכיפתן של נורמות בין-לאומיות בבתי- המשפט הפנימיים של מדינת-ישראל.

### 3. תחולתה של אמנת ז'נבה הרביעית

בצו בדבר הוראות ביטחון שהוציא המפקד הצבאי ביום שבו נכנס צה"ל לשטחים, ביוני 1967, נקבע כי בתי-המשפט שהוקמו כדי לשפוט תושבים מקומיים המואשמים בעבירות ביטחון יפעלו על-פי אמנת ז'נבה בדבר הגנת אזרחים בעת מלחמה (אמנת ז'נבה הרביעית), אשר חלה במצב של כיבוש שטחים. רק כארבעה חודשים אחרי סיום המלחמה בוטלה ההוראה המתייחסת לאמנת ז'נבה, כנראה בעקבות קולות שהחלו לערער על מעמדם של השטחים כשטחים כבושים, ובפרט על תחולתה של אמנת ז'נבה בשטחים אלה. בספטמבר 1967 התבקש היועץ המשפטי של משרד החוץ להכין חוות-דעת "על המגבלות וההיתרים על-פי החוק הבינלאומי למדינות כיבוש כשמדובר בעיבוד קרקעות". היועץ המשפטי תיאודור מירון היה מודע לטענות כי מעמדם של השטחים אינו כשל שטח כבוש, אך בהזכירו את הצו הצבאי הנ"ל הוא ראה לנכון לציין כי "מעשים מסויימים של ישראל אינם מתיישבים עם הטענה שהגדה איננה שטח כבוש". מירון קבע בחוות-דעתו כי התיישבות אזרחית בשטחים תעמוד בניגוד לסעיף 49 לאמנת ז'נבה הרביעית.<sup>25</sup>

על-אף אזכורה של אמנת ז'נבה הרביעית בצו צבאי והסתמכותו של מירון עליה בחוות- דעתו, זמן קצר לאחר המלחמה הועלתה הטענה כי יש ספק אם האמנה חלה במצב המיוחד של הגדה המערבית, וזאת מכיוון ששטח זה לא היה שטח ריבוני של ירדן בשעה שנכבש על-ידי מדינת-ישראל, אלא סופח על-ידיה לא כדין בשנת 1950.<sup>26</sup> לנוכח ספק זה אימצה הממשלה קו שלפיו יש ספק בדבר תחולתה הפורמלית של אמנת ז'נבה אך כוחות צה"ל יכבדו את הוראותיה

25 "התיישבות בשטחים המוחזקים" (חוות-דעת של היועץ המשפטי של משרד החוץ, 18.9.1967) <http://southjerusalem.com/wp-content/uploads/2008/09/theodor-meron-legal-opinion-on-civilian-settlement-in-the-occupied-territories-september-1967.pdf> (להלן: חוות-הדעת של מירון).

26 להצגת עמדה זו ראו Meir Shamgar, *The Observance of International Law in the Administered Territories*, 1 ISR. Y.B. HUM. RTS. 262 (1971) שהועלתה בשנת 1968. הטענה, שהועלתה בשנת 1968 על-ידי פרופסור יהודה בלום, נשענת על הנוסח של הפסקה השנייה בס' 2 לאמנות ז'נבה, שלפיה האמנות יחולו לא רק במקרה של סכסוך מזוין בין מדינות, אלא גם "על כל מקרה של כיבוש חלקי או שלם של שטחו של אחד מבעלי האמנה, ואפילו לא נתקל הכיבוש האמור בשום התנגדות מזוינת". ראו Yehuda Z. Blum, *The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria*, 3 ISR. L. REV. 279 (1968). הטענה היא כי הגדה המערבית לא הייתה שטח ריבוני של ירדן בשעה שנכבשה על-ידי ישראל, ולכן אמנת ז'נבה הרביעית אינה חלה על כיבוש ספציפי זה. התשובה לטענה זו ניתנה כבר בקומנטר לאמנת ז'נבה הרביעית שנכתב על-ידי הצלב האדום הבין-לאומי בשנות החמישים, ואושרה על-ידי בית-הדין הבין-לאומי בהאג בחוות-דעתו בעניין גדר-ההפרדה. במקרה של סכסוך מזוין האמנה חלה מכוח הפסקה הראשונה בס' 2, ואין לפסקה השנייה רלוונטיות. פסקה זו הוכנסה לאמנה רק כדי לכסות מקרים מיוחדים – כגון כיבוש דנמרק על-ידי הגרמנים במלחמת-העולם השנייה – שבהם מדינה חלשה או קטנה אינה מגיבה בכוח על השתלטות של מדינה חזקה על שטחה או על חלק ממנו.

ההומניטריות של האמנה.<sup>27</sup> לא הובהר אילו הוראות באמנת ז'נבה אינן נכנסות לקטגוריה זו, אך יש להניח כי הכוונה הייתה להוראת סעיף 49, פסקה 6, האוסרת העברת אזרחים של המדינה הכובשת לתוך השטח הכבוש.

בפסק-דין אחד חיווה השופט ויתקון את דעתו כי אין ממש בטענה שאמנת ז'נבה אינה חלה, אך אמרתו זו הייתה בבחינת אמרת-אגב.<sup>28</sup> בית-המשפט העליון מעולם לא הכריע בטענה שהאמנה אינה חלה – טענה שנדחתה על-ידי בית-הדין הביין-לאומי בהאג בחוות-הדעת בעניין גדר-ההפרדה.<sup>29</sup> עם זאת, יש לציין כי בשנים האחרונות בית-המשפט נוטה לפסוק על-פי אמנת ז'נבה.<sup>30</sup> לפעמים הוא מוסיף הערה כי אין בכך משום הכרעה עקרונית בדבר תחולת האמנה; לפעמים הוא מנמק את נכונותו להסתמך על האמנה בכך שהרשויות טענו כי מעשיהן עומדים בדרישות האמנה; לפעמים הוא נשען על התחייבותה של ממשלת ישראל לכבד את הוראותיה ההומניטריות של האמנה; ולפעמים הוא מסתמך על האמנה מבלי לתת לכך הסבר כלשהו.<sup>31</sup> במקרה אחד טענו העותרים כי לנוכח עמדתו של בית-הדין הביין-לאומי, על בית-המשפט לעיין מחדש בעמדתו המסורתית ולפסוק באופן חד-משמעי כי אמנת ז'נבה חלה בשטחים. בית-המשפט קבע כי "מכיוון שמקובל על ממשלת ישראל כי ההיבטים ההומניטריים של אמנת ג'נבה הרביעית חלים באזור, איננו סבורים כי בעתירה שלפנינו עלינו לנקוט עמדה בעניין זה".<sup>32</sup>

לסיכום, אחרי שבצו רשמי אוזכרה במפורש אמנת ז'נבה הרביעית כאמנה החלה על פעולות צה"ל בשטחים, ביקשו הרשויות לסגת מעמדה זו ולהשאיר את תחולת האמנה כשאלה פתוחה. בית-המשפט לא היה מוכן לדון ולהכריע בשאלה אם יש ממש בעמדת הרשויות, והעדיף להתחמק ממנה. בשנים האחרונות תפסה האמנה מקום נכבד בפסיקת בית-המשפט, הגם שלא נקבע במפורש אם האמנה חלה אם לאו.

#### 4. אכיפת נורמות של המשפט הביין-לאומי

שאלה נפרדת – המתעוררת כמובן רק אם נורמות בין-לאומיות מסוימות (כגון הוראותיה של אמנת ז'נבה הרביעית) אכן חלות במצב נתון – היא מה מידת נכונותו של בית-המשפט פנימי לאכוף נורמות אלה. בית-המשפט העליון נדרש לשאלה זו כבר בפסק-הדין הראשון שפורסם בנוגע לשטחים. בפרשת האגודה הנוצרית<sup>33</sup> ביקשה העותרת מבית-המשפט לפסול צו של המפקד הצבאי בגדה המערבית על-סמך הטענה כי הצו אינו מתיישב עם כללי האג בדבר דיניה

27 Shamgar, לעיל ה"ש 26.

28 פרשת אלון מורה, לעיל ה"ש 11, בעמ' 27.

29 International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Opinion of 9 July 2004, §§ 90–101 (להלן: חוות-הדעת בעניין גדר-ההפרדה).

30 דורית ביניש "שלטון החוק בתקופת לחימה" משפט וצבא 17, 19 (התשס"ד).

31 David Kretzmer, *The Law of Belligerent Occupation in the Supreme Court of Israel*, 94 INT'L REV. RED CROSS 207 (2012).

32 בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 492 (2005).

33 בג"ץ 337/71 האגודה הנוצרית למקומות הקדושים נ' שר הבטחון, פ"ד כו(1) 574 (1972).

ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן: כללי האג) ועם אמנת ז'נבה הרביעית. מבלי להבחין בין שני מסמכים אלה, הביע בית-המשפט ספק אם פרט יכול לקבל סעד על-פי הוראותיהם, וזאת מכיוון שמדובר בהתחייבויות בין מדינות, שאינן מעניקות זכויות לפרט. ברם, מכיוון שהרשויות הודיעו כי הן משוכנעות שמעשיהן עומדים בדרישותיהם של שני המסמכים, וכי הן מוכנות שבית-המשפט יבחן אם אכן כך המצב, לא הכריע בית-המשפט בשאלה העקרונית.

בהמשך דרכו, בהחלטותיו בעתירות מן השטחים, יישם בית-המשפט את תפיסתו העקרונית בדבר אכיפת נורמות בין-לאומיות בבתי-המשפט בישראל. על-פי תפיסה זו, נורמות שיש להן מעמד של משפט בין-לאומי מנהגי ייאכפו על-ידי בתי-המשפט של המדינה, כל עוד הן אינן עומדות בסתירה לחקיקה ראשית של הכנסת. לעומת זאת, נורמות באמנות בין-לאומיות שמחייבות את ישראל אך שאינן להן מעמד של משפט מנהגי לא ייאכפו, אלא אם כן הן אומצו בחקיקה של הכנסת. אחד מן המחברים נימק בעבר את דעתו כי ספק אם הבחנה זו בין נורמות מנהגיות לבין נורמות הסכמיות, הנשענות על העדר מעורבות של המחוקק באשרור אמנות בין-לאומיות בשם מדינת-ישראל, יש לה מקום כאשר מדובר בשטחים כבושים, הכפופים ממילא לסמכותה של הרשות המבצעת ולתחולתו של דין זר אשר לא נקבע על-ידי המחוקק הישראלי.<sup>34</sup> אולם דעה זו לא זכתה באוון קשבת בבית-המשפט.<sup>35</sup>

משהבחין בין דין מנהגי לבין דין הסכמי, נאלץ בית-המשפט להכריע במעמדם של כללי האג והוראות אמנת ז'נבה הרביעית. ראינו כי בתחילת הדרך הוא כרך את שני המסמכים האלה יחדיו, אך בשלב מוקדם הודה בית-המשפט כי טעה בכך. נקבע כי לכללי האג יש מעמד של דין מנהגי.<sup>36</sup> מצד אחר, כאשר התעוררה שאלה לגבי שתי הוראות קריטיות באמנת ז'נבה – זו שבסעיף 49, פסקה 1, האוסרת גירוש אנשים מוגנים, וזו שבסעיף 49, פסקה 6, האוסרת העברת אזרחים של המדינה הכובשת לתוך השטח הכבוש – סירב בית-המשפט לראות בהן משום משפט מנהגי. אי-לכך הוא סירב לאכוף אותן.<sup>37</sup>

לסיכום, בית-המשפט אוכף את הנורמות בכללי האג הנוגעות לשטח כבוש, אולם הוא אינו אוכף חלק מן הנורמות המופיעות באמנת ז'נבה הרביעית, ובראשן האיסורים החלים על גירוש תושבים מוגנים ועל העברת אזרחים של המעצמה הכובשת לתוך השטח הכבוש.

## 5. המסגרת המשפטית – עקרונות-יסוד

דיני כיבוש במשפט הבין-לאומי המנהגי נשענים על כמה עקרונות-יסוד, אשר בית-המשפט העליון עמד עליהם בהזדמנויות שונות.

- 
- 34 דוד קרצמר "אכיפתה ופירושה של אמנת ג'נבה IV – דרכו של בית-המשפט העליון" משפטים כו 49 (1995).
- 35 בג"ץ 785/87 אל עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4 (1988); בג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801 (1988).
- 36 פרשת בית-אל, לעיל ה"ש 14.
- 37 בעניין הגירוש ראו בג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617 (1980). בעניין ההתיישבות בשטחים ראו פרשת אלון מורה, לעיל ה"ש 11.

**(א) זמניות**

משטר של כיבוש אמור להיות משטר זמני. המעצמה הכובשת נכנסת לנעליה של הרשות הלגיטימית על-מנת למלא את החלל שנוצר עקב סיכול יכולתה של רשות זו למשול באזור. המעצמה הכובשת אינה רוכשת זכויות בשטח, אלא אמורה לנהל את השטח עד להסדרת מעמדו בהסכם מדיני. על עיקרון זה עמד השופט לנדוי בפרשת אלון מורה, כאשר התייחס לראיות שלפיהן ראש ממשלת ישראל הצהיר כי היישוב שיוקם על קרקע שנתפסה לצורכי צבא אמור להיות יישוב-קבע, בדומה לנתניה ולדגניה:

...אם כן הוא, נתקלת ההחלטה להקים ישוב קבע הנועד מראש לעמוד במקומו לצמיתות – ואף מעבר לתקופת הממשל הצבאי שהוקם ביהודה ושומרון – במכשול משפטי שאין להתגבר עליו. כי אין ממשל צבאי יכול ליצור בשטחו עובדות לצרכיו הצבאיים שנועדו מראש להתקיים גם אחרי גמר השלטון הצבאי באותו שטח, כאשר עדיין אין יודעים מה יהיה גורל השטח אחרי סיום השלטון הצבאי.<sup>38</sup>

עיקרון זה חוזר ונשנה בפסקי-דין רבים הנוגעים לשטחים.<sup>39</sup>

**(ב) שיקוליו של המפקד הצבאי**

סעיף 43 לכללי האג קובע את חובותיה הבסיסיות של מעצמה כובשת: שמירת הסדר הציבורי והחיים הציבוריים. סעיף זה הוכר על-ידי בית-המשפט העליון כ"מסגרת מעין-חוקתית של דיני התפיסה הלוחמתית",<sup>40</sup> והוא ממלא מקום מרכזי בפסיקה הנוגעת לשטחים. הפסיקה קבעה כי החובה על-פי סעיף זה היא להפעיל "ממשל תקין על כל שלוחותיו, הנהוגות בימינו בארץ מתוקנת, כולל ביטחון, בריאות, חינוך, סעד, אך בין היתר גם איכות החיים והתחבורה".<sup>41</sup> בפסק-דינו בפרשת כביש 443 קבע השופט ברק כי כללי האג – המשקפים את דיני הכיבוש המנהגיים – סובבים סביב שני צירים מרכזיים: האחד, הבטחת האינטרסים הבטחוניים הלגיטימיים של התופס בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית; והאחר, הבטחת צרכיה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית. כללי האג באים לקבוע איוון מסוים בין שני צירים אלה: בעניינים מסוימים הדגש הוא בצורך הצבאי, ואילו בעניינים אחרים הדגש הוא בצרכיה של האוכלוסייה האזרחית.<sup>42</sup>

38 פרשת אלון מורה, לעיל ה"ש 11, בעמ' 20.  
 39 ראו, למשל, בג"ץ 351/80 חברת החשמל מחוז ירושלים בע"מ נ' שר האנרגיה והתשתית, פ"ד לה (2) 690, 673 (1981) (להלן: פרשת חברת החשמל II); בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו (2) 230, 197 (1983); פרשת ההתנתקות מעזה, לעיל ה"ש 23, פס' 8–9.  
 40 בג"ץ 2164/09 יש דין – ארגון מתנדבים למען זכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 8 (פורסם בנבו, 26.12.2011).  
 41 בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הביטחון, פ"ד לו (2) 622, 629 (1981).  
 42 פרשת כביש 443, לעיל ה"ש 10, בעמ' 793.

השופט ברק לא הסתפק בציון שני השיקולים לעיל, האמורים להדריך את המעצמה הכובשת, אלא ראה לנכון לפרט את מהותם של שני שיקולים אלה ולהבהיר כי אין בהם כדי לתת למפקד הצבאי מרחב לפעול כראות עיניו כדי לקדם אינטרסים פוליטיים של מדינתו; ההפך הוא הנכון – לנוכח אופיו הזמני של השלטון בשטח הכבוש והעובדה שאין הוא שלטונה של האוכלוסייה המקומית, מרחב התמרון שלו מוגבל. לדברי השופט ברק:

ראינו, כי שיקוליו של המפקד הצבאי הם בהבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו באזור מזה והבטחת האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית באזור מזה. אלה כאלה מכוונים כלפי האזור. אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב... אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר... על-כן אין הממשל הצבאי רשאי לתכנן ולבצע מערכת כבישים באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית, אם מטרתו של תכנון זה ואם מטרתו של ביצוע זה הן אך להוות "דרך שירות" למדינתו שלו. תכנון וביצוע מערכת כבישים בשטח תפוס יכול שיעשו מנימוקים צבאיים... כפי שנראה, תכנון וביצוע מערכת כבישים יכול שיעשו מנימוקים של טובת האוכלוסייה המקומית. אין תכנון וביצוע אלה יכולים להיעשות אך כדי לשרת את המדינה המחזיקה.<sup>43</sup>

## 6. מדיניות הממשלה

אין אדם חייב להיות מומחה למדיניותן של ממשלות ישראל – ומדובר בכל הממשלות שכינה למן שנת 1967 – כדי להבין כי היא אינה מתיישבת עם הנורמות המשפטיות שנקבעו בפסיקה, כפי שתוארו לעיל; ההפך הוא הנכון – כל הממשלות ביקשו לקבוע עובדות בשטחים שאינן מתיישבות עם אופיו הזמני של שלטון ישראל בהם. כל הממשלות ביקשו לנצל את משאבי השטחים, ובראשם משאבי קרקע ומים, לטובת מדינת-ישראל ותושביה.<sup>44</sup> היו אמנם הבדלים בעניין זה בין ממשלות שונות, בהתאם לתפיסתן בנוגע להסדר-קבע עתידיים, אך במישור

43 שם, בעמ' 794–795.

44 למדיניות הממשלה בעשור הראשון לכיבוש ראו GORENBERG, לעיל ה"ש 5. למדיניות הממשלה לאחר-מכן ראו NEVE GORDON, ISRAEL'S OCCUPATION (2008). לפי נתונים שמסרה המדינה לאגודה לזכויות האזרח בישראל במסגרת עתירה מנהלית על-פי חוק חופש המידע, למן שנת 1967 רק 0.7% מאדמות המדינה בשטח C (המהווה 60% משטחי הגדה המערבית) נמסרו לשימושם של פלסטינים. "היקף אדמות המדינה בשטחים והקצאתן לגורמים שונים" אתר האגודה לזכויות האזרח בישראל (15.4.2013) [www.acri.org.il/he/26514](http://www.acri.org.il/he/26514). לפי המידע שפורסם על-ידי ארגון בצלם, 63% משטח C הם שטחי יישובים ישראלים או שטחים של מועצות אזוריות של יישובים אלה. "רקע על התנחלויות" אתר בצלם (3.11.2015) [www.btselem.org/hebrew/settlements](http://www.btselem.org/hebrew/settlements).

העקרוני נוצר פער תהומי בין מדיניותן של כל ממשלות ישראל לבין הנורמות המשפטיות שהיו אמורות להדריך את השלטונות בבואם להפעיל סמכות שלטונית בשטחים, וזאת על-פי פסיקתה של ערכאת השיפוט העליונה של מדינת-ישראל. נראה כי הדוגמה הטובה ביותר לפער זה היא היחס לאדמות מדינה או לאדמות ציבור. אדמות אלה אינן שייכות לאדם פרטי, אלא לציבור. אך לאיזה ציבור? לנוכח עקרונות הכיבוש, כפי שהוצגו בפסיקה, ברור לחלוטין כי מדובר בציבור המקומי, דהיינו, תושבי השטחים. כפי שהסביר השופט ברק, אזור הנתון במשטר של כיבוש אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר. המפקד הצבאי אמור להפעיל את כל סמכויותיו – ובכלל זה את הסמכות להקצות את השימוש באדמות מדינה – לטובת האוכלוסייה המקומית. הקצאת אדמות ציבור לשימוש הבלעדי והקבוע של ישראלים עומדת בניגוד מוחלט לעקרונות שהתווה בית-המשפט. סעיף 55 לכללי האג – שנחשבים כאמור כללים המשקפים את המשפט הבין-לאומי המנהגי, המחייב את כל המדינות, ואשר נאכפים בבתי-המשפט הפנימיים של מדינת-ישראל – קובע במפורש כי המעצמה הכובשת מחזיקה ברכוש ציבורי כנאמן. היא רשאית ליהנות מפירות הרכוש, אבל אל לה ליטול לעצמה את הרכוש עצמו או להעבירו לאחר.

הפער בין התפיסה הפוליטית/האידיאולוגית של ממשלות ישראל לבין הנורמות המשפטיות שעל-פיהן הן היו אמורות לפעול הציב את מקבלי ההחלטות, הפוליטיים והמשפטיים, בפני דילמה. היה ברור להם כי שמירה על הנורמות המשפטיות תחייב אותם לזנוח את מדיניותם בשטחים, כלומר, להימנע מצעדים כלשהם שהכוונה מאחוריהם היא ליצור עובדות בשטח וכן מניצול משאבי הטבע בשטחים לטובתה של ישראל או של אזרחיה. הם ידעו כי המשך המדיניות עתיד להוביל אותם להתנגשות עם הנורמות המשפטיות המחייבות אותם על-פי פסיקתו של בית-המשפט העליון, ופסיקה זו היא בבחינת דין במדינת-ישראל, המחייב את כל רשויות השלטון.

לפני מקבלי ההחלטות עמדו אפוא שלוש דרכי פעולה אפשריות. אפשרות אחת הייתה ליישר קו עם הנורמות המשפטיות על-ידי שינוי המדיניות ואימוץ מדיניות המתיישבת עם הנורמות. לנוכח מרכזיותו של מפעל ההתנחלויות בשטחים בכל ממשלות ישראל שכינהו למן שנת 1967, דרך פעולה זו לא הייתה מציאותית, ולא נשקלה. דרך פעולה אחרת הייתה לנסות לשכנע את בית-המשפט לשנות את התפיסה המשפטית שלפיה השטחים נתונים במשטר של כיבוש. אולם דרך זו הייתה מתפרשת כניסיון לספח את השטחים, והייתה נתקלת בתגובה בין-לאומית חריפה. זאת ועוד, היא הייתה מחייבת את מדינת-ישראל להציע לפלסטינים תושבי השטחים אזרחות ישראלית, ושום ממשלה בישראל לא הייתה מעוניינת בכך. נשארה, אם כן, דרך שלישית: להגן על מעשיהם בשטחים לפי הנורמות שנקבעו בבג"ץ, וזאת למרות הפער הבולט בין התפיסה הבסיסית שעמדה ביסוד מדיניותם לבין התפיסה שבאה לידי ביטוי בדיוני הכיבוש כפי שפורשו בבית-המשפט העליון. מקבלי ההחלטות בחרו בדרך זו.

כאן מתעוררת השאלה העומדת במרכז מאמרנו זה: אם הרשויות פועלות בניגוד לדין, הכיצד הצליחו להגן על מעשיהן בבית-המשפט? איך קרה שמספר המקרים שבהם התערב בית-המשפט בהחלטות של הרשויות בנוגע לשטחים הוא כה מוגבל? האין עובדה זו מוכיחה כשלעצמה כי הרשויות בחרו דווקא לפעול על-פי הנורמות שקבע בית-המשפט?



התשובה לשאלה אחרונה זו היא שלילית. יש כמה הסברים לכך שאף-על-פי שהרשויות המשיכו לקדם מדיניות שבינה לבין הנורמות המשפטיות המחייבות אין ולא כלום, המקרים שבהם פסל בית-המשפט החלטות או מעשים של הרשויות הם ספורים. הסבר אחד הוא שבית-המשפט עשה כל שביכולתו להתחמק מהכרעה בדבר חוקיותם של צעדי הממשלה ששיקפו את מדיניותה הפוליטית. כך בנושא ההתנחלויות, וכך בנושא השימוש בקרקע ציבורית לצורכיהם של אזרחים ישראלים. נפרט.

הנימוק המשפטי המרכזי – אם כי לא היחיד – המועלה נגד הקמת יישובים בשטחים ליישובם של אזרחי מדינת-ישראל נשען על הפסקה האחרונה בסעיף 49 לאמנת ז'נבה הרביעית, שלפיה אסור למדינה הכובשת להעביר חלק מאוכלוסייתה האזרחית לשטחים שנכבשו. הדעה הרווחת היא שהקמת יישובים בשטחים על-ידי ממשלת ישראל אינה מתיישבת עם פסקה זו. זאת הייתה עמדתו של היועץ המשפטי של משרד החוץ בחודש ספטמבר 1967, והיא אושרה בחוות-הדעת של בית-הדין הבינ-לאומי בהאג בעניין גדר-ההפרדה<sup>45</sup> וכן בהחלטות שונות של מועצת הביטחון של האו"ם.<sup>46</sup> אולם בית-המשפט העליון סירב לדון בטענה, וזאת בשל שני נימוקים: (1) כי האיסור המעוגן בסעיף 49 אינו חלק מן המשפט הבינ-לאומי המנהגי הנאכף בבתי-המשפט בישראל;<sup>47</sup> (2) כי הנושא אינו שפייט.<sup>48</sup> אחד הנימוקים העיקריים שהוצגו בחוות-הדעת של בית-הדין הבינ-לאומי לכך שהתוואי של גדר-ההפרדה אינו חוקי הוא שתוואי זה נקבע ברובו כדי לכלול את היישובים הישראליים שנבנו בגדה בצידה המערבי של הגדר, ומכיוון שיישובים אלה הוקמו בניגוד למשפט הבינ-לאומי, יש להסיק כי גם התוואי שנקבע אינו חוקי. כאשר טענה זו הועלתה לפני בית-המשפט העליון, הוא סירב לתת את דעתו לשאלת חוקיותם של היישובים, בקובעו כי שאלה זו אינה רלוונטית לבדיקת חוקיותם של האמצעים שנקטו כדי להגן על תושביהם.<sup>49</sup> על הקושי בנימוק זה עמדנו במקום אחר.<sup>50</sup> הנימוק נגד שימוש בקרקע ציבורית להקמת יישובים ישראלים הוא כי על-פי המשפט הבינ-לאומי המנהגי, כפי שהוא בא לידי ביטוי בסעיף 55 לכללי האג, המעצמה הכובשת משמשת נאמן לרכוש הציבורי בשטח הכבוש. היא מחזיקה ברכוש לפי כללי ה-usufruct, שעל-פיהם מותר לה ליהנות מפירות הרכוש בלבד. שינוי של אופי הקרקע והקמת יישוב-קבע לאזרחי המדינה הכובשת אינם מתיישבים עם כללי הנאמנות. כאשר טענה זו הועלתה על-ידי אדם אחרי שאדמה שעליה ישב הוכרזה כאדמת מדינה כדי להקים עליה יישוב, קבע בית-

45 חוות-הדעת בעניין גדר-ההפרדה, לעיל ה"ש 29.

46 ראו את ההחלטות הבאות של מועצת הביטחון: 446 (22.3.1979), 452 (20.7.1979), 465 (1.3.1980).

47 פרשת בית-אל, לעיל ה"ש 14; פרשת אלון מורה, לעיל ה"ש 11, בעמ' 29. מעניין כי בפסק-דינו בעניין אלון מורה ראה השופט ויתקון לנכון להדגיש כי אין לפרש את הימנעותו מהכרעה בטענה כי הקמת יישובים בשטחים נוגדת את ס' 49 לאמנת ז'נבה "כהסכמה לעמדת צד זה או צד זה מן הצדדים".

48 בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993).

49 עניין מראעבה, לעיל ה"ש 32.

50 David Kretzmer, *The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law*, 99 AM. J. INT'L L. 88 (2005).

המשפט כי אין לו מעמד להעלות את הטענה.<sup>51</sup> אין צורך להרבות מילים על ההיזקקות לנימוק זה מצד בית-משפט שפתח את שעריו לעותרים ציבוריים על-סמך התיאוריה שעל-מנת להבטיח את שלטון החוק יש צורך בכיקורת שיפוטית גם על מעשים שאינם פוגעים בפרט ספציפי. הסבר אחר למיעוט המקרים שבהם התערב בית-המשפט בפעולותיהן של הרשויות בשטחים על-אף הפער הבולט בינן לבין כללי המשפט הוא ההסבר העומד במוקד מאמרנו זה: כאשר הותקפו מעשיהן בבית-המשפט, בנו רשויות השלטון מערכת עובדתית ומשפטית שנועדה להתאים את המעשים למסגרת המשפטית המחייבת, תוך התעלמות מן הרקע האמיתי מאחורי המעשים וסילוף עובדות המקרה. לפעמים, גם כאשר הרשויות עצמן לא הציגו מערכת עובדתית שאינה משקפת את מה שבפועל הוביל לפעולה המותקפת, הושיט להן בית-המשפט את עזרתו ודאג בעצמו לייפות את העובדות כדי להצדיק את ההכשר שהוא נותן לפעולה. אנו מודעים לחומרת טענותינו אלה, אך אנו משוכנעים כי לנוכח הראיות שנציג בהמשך ישתכנע הקורא כי הצלחנו לאששן.

## ג. פרשת פתחת רפיח

### 1. הגירוש

ביום ה-14 בינואר, 1972, בשעת בוקר מוקדמת, הוזעק העותר מס' 1 על-ידי בני שבטו, שבאו להודיעו כי חיילי צבא הגנה לישראל ציוו, על פה, להסתלק מבתיהם ומיישובם. העותר מס' 1 יצא אל אותם חיילי צה"ל, פנה אל מפקדם, קצין בדרגת סגן-משנה, ושאלו לפשר מעשיהם של חייליו. הקצין השיב לעותר מס' 1 כי "זו פקודה מהממשלה לגרש אתכם מכאן".<sup>52</sup>

כך החל גירושם של תשעה שבטי בדואים משטחים נרחבים באזור שנודע בשם "פתחת רפיח" בצפון-מזרח חצי-האי סיני, בואכה רצועת עזה. לפי אומדנים שונים נע מספר המגורשים בתחילת 1972 בין 4,950 ל-20,000 נשים, גברים וילדים. השטח שפונה מתושביו השתרע על 47 קילומטרים רבועים.<sup>53</sup> התיאור של ראשית הפינוי שהובא לעיל לקוח מאחת העתירות שהוגשו לבג"ץ כשישה חודשים לאחר-מכן על-ידי תשעת ראשי השבטים. "עותר מס' 1 היה שיח' סולימאן חסיין עודה אבו חילו, ראש שבט חילו אל-שריטיין.<sup>54</sup> אט-אט, בימים שלאחר תחילת גירושם של הבדואים, החלו לחלחל ידיעות על כך לתודעת הציבור בישראל. אנשי מילואים שחזרו משירות בסיני לבתיהם בקיבוצי הקיבוץ הארצי

51 בג"ץ 277/84 אערייב נ' ועדת העררים לפי צו בדבר רכוש ממשלתי, אזור יהודה ושומרון, פ"ד מ(2) 57 (1986).

52 פס' 6 לעתירת העותרים בפרשת פתחת רפיח, לעיל ה"ש 8.

53 שם, בעמ' 173. שטח זה שווה בגודלו ל-90% מתחום השיפוט של עיריית תל-אביב-יפו, ששטחו 52 קמ"ר.

54 פרשת פתחת רפיח, לעיל ה"ש 8.

(השומר הצעיר) בנגב הביאו עימם עדות אישית על גידורו של שטח נרחב בפתחת רפיח ועל גירושם של הבדואים, שאולצו לנטוש את בתיהם. משלחת של פעילים מהקיבוצים, ביניהם חברי קיבוץ נירים שיצרו קשרים עם הבדואים בסניני עוד לפני קום המדינה, יצאה לשטח וחזרה עם עדות מצולמת של בתי בטון הרוסים ובארות שנסתמו.<sup>55</sup> "התושבים פונו באכזריות תוך שימוש בזחל"מים וציוד מיכני", דיווחו חברים בקיבוץ ניר-עוז בחזור ששלחו למזכירי קיבוצים אחרים בסוף פברואר 1972. המחברים קישרו את מעשה הגירוש לדיונים שהתקיימו באותה עת בדרג המדיני על תוכנית התיישבות ישראלית "כפרית ועירונית" בפתחת רפיח – דיונים שחברי הקיבוצים היו ערים להם בגלל ויכוח חריף שהתגלע בתוך מפ"ם, המפלגה-האם של הקיבוץ הארצי, על השתתפות התנועה באותה התיישבות.<sup>56</sup>

ב-8 במרץ 1972 נערך כנס-חירום בהשתתפות כ-250 נציגים מקיבוצי הנגב, אשר גדשו את חדר האוכל בניר-עוז ודרשו מנציגי תנועתם לפעול "למניעת נישול התושבים והתנחלות ברצועה" (באותה תקופה היה מקובל לכלול באזור שפונה "רצועת עזה" גם את רצועת החוף הצפון-מזרחי של חצי-האי סיני, כלומר, את פתחת רפיח). בעקבות הכנס החלו ידיעות על גירוש הבדואים להתפרסם בעיתונות – ראשית ביומן מפ"ם על המשמר ולאחר-מכן בעיתונים אחרים.<sup>57</sup>

בצמידות לאחת הידיעות הראשונות שפורסמו בנושא בעל המשמר הובאה תגובת דובר צה"ל בזו הלשון: "משיקולי ביטחון גודרו לפני כמה שבועות שטחים בפתחת רפיח – על כך מסר אתמול דובר צה"ל. בהוסיפו כי ההחלטה נתקבלה לפי החלטת הפיקוד הצבאי... הסביר הדובר כי ההחלטה נועדה להגביר את הפיקוח הצבאי באזור זה, ונתקבלה לאחר מספר פעולות מיקוש וחבלה".<sup>58</sup> גם בהמשך דבקו חלק מהדוברים הרשמיים בהסבר זה.

מכאן ואילך התרחב הסיקור לעיתונים אחרים ובהדגשים שונים: הגירוש עצמו, מחאתם של אנשי מפ"ם, והתרעומת על אנשי מפ"ם בגין התנגדותם להתיישבות בחבל רפיח. במישור הפוליטי הארצי בא לידי ביטוי בעיקר הפן השלישי – דבר שהעיד כי הקשר בין פיגועי הבדואים לבין ההתיישבות בפתחת היה מובן מאליו בעיני נבחרי הציבור לאורך כל הקשת הפוליטית. ראש הממשלה גולדה מאיר קבעה פגישה עם שני ראשי מפ"ם, חברי-הכנסת יעקב חזן ומאיר יערי, והתריעה בפניהם על הנזק שנגרם למערך בין מפלגתה, מפלגת העבודה, לבין מפ"ם בעטיו של "ניהול מסע ציבורי מטעם מפ"ם נגד ביצוע החלטה ממשלתית בדבר התנחלות בפתחת רפיח", כפי שדווח בעיתון מעריב.<sup>59</sup> לפי בקשתן של ארבע סיעות נערך דיון מיוחד בכנסת בעניין "התעמולה נגד ההתנחלות בחבל עזה ובפתחת רפיח והצורך הלאומי הדחוף להרחיב את ההתנחלות ולהגבירה". השר בלי תיק ישראל גלילי, יושב-ראש הוועדה

55 אוסף מסמכים אישי של עודד ליפשיץ, חבר ניר-עוז.

56 שם, חוזר מקבוצת חברים בניר-עוז למזכירי קיבוצים אחרים (28.2.1972, 1.3.1972, 4.3.1972, 8.3.1972); סקיצה של מפה שהופצה בין המשתתפים בכנס ניר-עוז (8.3.1972).

57 "קוראים להפסקת פעולות הפינוי של תושבי פיתחת רפיח" על המשמר 2 (8.3.1972); "כנס נגד נישול תושבי הרצועה והתנחלות יהודית נערך אמש בניר עוז" על המשמר 5 (9.3.1972).

58 דובר צה"ל מסביר" על המשמר 5 (9.3.1972).

59 "על מפ"ם לחדול מהמסע נגד התנחלות" מעריב 2 (24.3.1972).

הבין-מוסדית לענייני התיישבות,<sup>60</sup> הדגיש בתוקף כי מדיניות הממשלה אכן הייתה להמשיך להעלות יישובים על הקרקע בפתחת רפיח:

המדיניות הזאת נובעת קודם כל מן האידיאולוגיה הצינונית הסוציאליסטית. אנו רואים בהתנחלות כורח בטחוני, מתן ממד של עומק ואיתנות לאחזתנו בארץ. היא פרי ההכרה שגבולות השלום ייקבעו במשא ומתן, ובאין שלום אנו מחזיקים בכל קווי הפסקת האש. אך אין להניח את המצב בוואקום; אין להניח לזולתנו ליצור עובדות שליליות...<sup>61</sup>

תוך כדי הסערה הציבורית נודע כי הרמטכ"ל, רא"ל דוד אלעזר, מינה ועדת חקירה על-מנת לבדוק את נסיבות גירושם של הברואים. לאחר ישיבת הממשלה ב-26 במרץ 1972 פורסמה הודעה קצרה שלפיה "היתה חריגה מסמכות מצד מספר מפקדים בכירים ומצד עובד ממשלה" בפנינים של הברואים. נוסף על כך, לפי ההודעה הלקונית, מינה רא"ל אלעזר ועדה "לטיפול בשיקום הברואים שפנו מהשטח".<sup>62</sup> מניסוח זה משתמע כי למרות ה"חריגה מסמכות" לא הייתה המלצה לאפשר למפונים לחזור לבתיהם.

למחרת פרסום ההודעה דווח בעיתונות כי שני קצינים ננזפו על-ידי הרמטכ"ל, קצין נוסף הועבר מתפקידו, ואזרח שהועסק כקצין מטה בממשל הצבאי "התירשלת בתפקידו" וגם נגדו "יינקטו אמצעים". בעיתונות הובא מידע זה ללא ייחוס, כנהוג בסיקור של תדרוכים לעיתונאים מפי קצינים בכירים. באותן כתבות דווח לראשונה כי "ללשכת הרמטכ"ל הגיעו תלונות על הנעשה בפתחת רפיח ב-15 בפברואר", וכי למחרת סייר אלעזר בשטח והחליט למנות את ועדת החקירה.<sup>63</sup> (רק בפרסומים מאוחרים יותר הופיעו שמות המפקדים הסוררים, ובראשם אלוף פיקוד הדרום אריאל שרון, אשר ננזף אך הושאר בתפקידו.<sup>64</sup>)

שלושה שבועות לאחר-מכן, ב-16 באפריל 1972, אישרה הממשלה את המלצות הוועדה לטיפול בשיקום הברואים, ובראשן הקביעה כי "על יסוד שיקולים ביטחוניים, הברואים לא יורשו לחזור לשטחים מתוכם פנו".<sup>65</sup>

60 הוועדה נודעה גם בשם "ועדת השרים להתיישבות", אך נוסף על השרים השתתפו בה נציגים של הסוכנות היהודית, נציגים של חטיבת ההתיישבות של ההסתדרות הצינונית וכן אנשי צבא. ראו יחיאל אדמוני עשור של שיקול דעת: ההתיישבות מעבר לקו הירוק 1967–1977 13 (1992).

61 דברי הכנסת 23, 2099–2106 (התשל"ב).

62 ארכיון יד טבנקין 15 – גלילי ישראל (1969).

63 יעקב ארז "קצין צה"ל בכיר יועבר מתפקידו שנים אחרים ננזפו ע"י הרמטכ"ל" מעריב 3 (28.3.1972); איתן הבר "נזיפות לשלושה קצינים בכירים שחרגו מסמכותם" ידיעות אחרונות (28.3.1972).

64 משה נגבי כבלים של צדק – בג"צ מול הממשל הישראלי בשטחים 30 (1981); שלמה גזית פתאים במלכודת – 30 שנות מדיניות ישראל בשטחים 73–74 (1999); אדמוני, לעיל ה"ש 60, בעמ' 108–110.

65 מזכירות הממשלה, סיכום ישיבת הממשלה, 16.4.1972, ארכיון צה"ל 953/85/913/106; יוסף חריף "הברואים שפנו מרפיח – לא יוחזרו; יוצע להם לבחור פיצוי כספי או שיקום" מעריב 3 (17.4.1972).

עם דעיכת הוויכוח הציבורי היה אפשר להגיע לשלוש מסקנות סותרות: פינוי הבדואים נבע מצורך צבאי מובהק, שאף מנע כל אפשרות לחזרתם לבתייהם; פינוי הבדואים היה מעשה של קצינים סורים, אשר פעלו ללא רשות אך משום-מה רק ננזפו בעטיו של מעשה חמור זה; פינוי הבדואים השתלב כנדבך חיוני במדיניות הממשלה ליישב יהודים בפתחת רפיח.

## 2. הרקע לגירוש

כפי שראינו, כבר בדיון הציבורי על-אודות גירוש הבדואים ב-1972 היה יסוד לחשש שמדיניות ההתיישבות – ולא צרכים צבאיים – היא שעמדה מאחורי מעשה הפינוי. חשיפת מסמכים פנימיים של צה"ל ושל גופים אחרים שהיו מעורבים בפרשה מאששת חשש זה, עד כדי כך שניתן לקבוע קביעה איתנה: צורך צבאי לא עמד מאחורי גירוש הבדואים.

לפני שנתאר את מהלך האירועים, ראוי לציין את מקורות המידע. המקבץ החשוב ביותר נמצא בארכיון צה"ל, וכולל את דוח ועדת החקירה הצבאית משנת 1972, שנותר חסוי עד לשנת 2008.<sup>66</sup> תיעוד נוסף נמצא בארכיון לוי אשכול בגנוך המדינה וכן בארכיונים האישיים של השרים יגאל אלון וישראל גלילי בארכיון יד טבנקין. אשכול, אלון וגלילי היו בין האדריכלים של מדיניות ההתיישבות בשטחים, אם כי אשכול נפטר בשנת 1969. ספרו של ראובן פדהצור, ניצחון המבוכה: מדיניות ממשלת אשכול בשטחים לאחר מלחמת ששת הימים, פותח אשנב לחומר חסוי – בעיקר בנוגע לדיונים שקיימה ממשלת אשכול – שהועבר לעיונו של פדהצור על-ידי ישראל גלילי. כמו-כן, כתב-היד של ספרו של יחיאל אדמוני, עשור של שיקול דעת: ההתיישבות מעבר לקו הירוק 1967–1977, משמש מעין ארכיון של הוועדה הבין-מוסדית להתיישבות. מכל אלה, ובראש ובראשונה מהחקירה הפנים-צה"לית, מצטיירת תמונה בהירה ועקבית של מדיניות התיישבות שהתהוותה בזמן ממשלת אשכול ואשר הובילה בסופו של דבר לגירוש הבדואים.

כיבוש חצי-האי סיני ביוני 1967, כמו כיבוש הגדה המערבית, רצועת עזה ורמת-הגולן, לא היה פרי החלטה מדינית, אלא תוצאה של משבר ומלחמה בלתי-צפוים.<sup>67</sup> בניגוד לקביעתו המפורסמת של קרל פון קלאוזוביץ כי "מלחמה היא המשך המדיניות באמצעים אחרים", למחרת הפסקת-האש ניצבה ממשלת ישראל בפני הצורך לבנות מדיניות כהמשך למלחמה – משימה שבה התקשתה מאוד. ימים ספורים אחרי תום הלחימה, ב-19 ביוני 1967, קיבלה הממשלה החלטה סודית שלפיה ישראל תציע הסכמי שלום עם מצרים וסוריה על בסיס "הגבול הבינלאומי וצורכי הביטחון של ישראל". משתמע מכך שבמסגרת הסכמי שלום עם מצרים וסוריה הייתה מדינת-ישראל מוכנה לוותר על רוב השטחים שהיו בשליטתן של מדינות אלה

66 הרוח ויתר המקורות מארכיון צה"ל המובאים כאן נחשפו כתוצאה מעתירה לבג"ץ: 2467/05 גורנברג נ' הממונה על ארכיון צה"ל ומערכת הביטחון (פורסם בנבו, 13.1.2010).

67 GORENBERG, לעיל ה"ש 5, בעמ' 7–13, 23–41; AVI SHLAIM, THE IRON WALL: ISRAEL AND THE ARAB WORLD 236–250 (2000).

ואשר נכבשו בשנת 1967. אך הממשלה לא הצליחה להגיע להחלטה בעניין עתידה של הגדה המערבית.<sup>68</sup>

מכל מקום, גם המדיניות שבאה לידי ביטוי בהחלטת הממשלה מ-19 ביוני התפוררה עד-מהרה. רבים בממשלה ומחוץ לה ראו בתוצאות המלחמה הזדמנות לחדש את אתוס ההתיישבות של הציונות העובדת, שהלך ודעך בין 1948 ליוני 1967. "והנה, תוך שישה ימים – מלוא כל הארץ שלנו", כתב יחיאל אדמוני על האווירה במחלקה להתיישבות של הסוכנות היהודית, והוסיף: "שוב הגיעה שעתה היפה של ההתיישבות".<sup>69</sup> בהשקפת-העולם של הציונות העובדת, שנקבעה בתקופת טרום-המדינה, נתפסה ההתיישבות כביטוי העילאי של יצירת היהודי החדש, עובד-האדמה, וכן כאמצעי היעיל ביותר לעיצוב גבולות המדינה היהודית עוד לפני שמנהלים דיונים דיפלומטיים. התיישבות הייתה אפוא גם מטרה בפני עצמה וגם כלי מדיני.<sup>70</sup>

ביולי 1967 עלה על הקרקע מרום-גולן – קיבוץ חדש ברמת-הגולן והיישוב הישראלי הראשון בשטחים הכבושים. מייסדיו, רובם ככולם, באו משורות הקיבוץ המאוחד.<sup>71</sup> בספטמבר יזם ראש הממשלה לוי אשכול אישור ממשלה להתיישבות אזרחית במסווה של היאחזות נח"ל באתר כפר-עציון – קיבוץ שנפל בידי הכוחות הערביים יום לפני קום המדינה ב-1948.<sup>72</sup> בפברואר 1968 דיווח אשכול לכנסת כי עשר "היאחזויות" כבר עמדו על הקרקע, וכי שבע נוספות מצויות בשלבי תכנון (המונח "היאחזות" היה מעורפל ושימש הן להיאחזות נח"ל והן ליישוב אזרחי).<sup>73</sup>

עד סתיו 1968 התגבשה בממשלה עמדה מדינית חדשה ושונה מזו שנקבעה ב-19 ביוני 1967. המדיניות החדשה קבעה כי חלק מחצי-האי סיני יישאר בידי ישראל בכל הסדר עתידי. בסוף אוקטובר קיבלה הממשלה החלטה סודית שקבעה כי "גבול בטוח בין ישראל ומצרים מחייב שינויים בגבול הבינלאומי לשעבר, לרבות – כמובן מאליו – השארת רצועת עזה בתחומי ישראל, המשך השליטה הישראלית בשארם-אל-שייך תוך רציפות טריטוריאלית עם

68 פרוטוקול ישיבת הממשלה, 19 ביוני 1967; ראובן פדהצור ניצחון המבוכה: מדיניות ממשלת אשכול בשטחים לאחר מלחמת ששת הימים 47–57 (1996); GORENBERG, לעיל ה"ש 5, בעמ' 48–53.

69 אדמוני, לעיל ה"ש 60, בעמ' 11, 19.

70 GORENBERG, לעיל ה"ש 5, בעמ' 65–67.

71 שם, בעמ' 70–78.

72 בויכרון הישראלי הציבורי נחרתה עלייתו לקרקע של קיבוץ כפר-עציון כתחילת ההתיישבות מעבר לקו הירוק וכניצחון של בני גוש עציון המקורי בראשות חנן פורת – "המתנחל ראשון" – על ממשלת אשכול. הזיכרון מטעה, בעיקר בגלל דרכי הפעולה השקטות של אנשי הציונות העובדת. מתיישבי הגולן עלו לקרקע חודשיים לפני מתיישבי כפר-עציון, אך לא ביקשו סיקור תקשורתי. אשכול החליט על חידוש כפר-עציון לפני שלחציהם של פורת ופרנסי הציונות הדתית פרצו את דלתו הפתוחה. GORENBERG, לעיל ה"ש 5, בעמ' 99–118. על ההחלטה להסוות את היישוב האזרחי כהיאחזות נח"ל ראו ארכיון צה"ל 2845/97/46/32.

73 גנוך המדינה 7/7920/A; FOREIGN RELATIONS OF THE UNITED STATES, 1964–1968, VOL. XX; ARAB-ISRAELI DISPUTE, 1967–1968, Doc. No. 137 (Louis J. Smith ed., 2001).

מדינת ישראל, והסדרי בטחון חיוניים אחרים. סיכומים אלה של הממשלה באים במקום ההודעה מ-19.6.67<sup>74</sup>. טבעם של "הסדרי בטחון חיוניים אחרים" לא פורט. אך למרות חילוקי-הדעות האסטרטגיים החריפים בתחומים אחרים, הגיעו ראש הממשלה אשכול, סגן ראש הממשלה אלון ושר הביטחון דיין למידה רבה של תמימות-דעים בעניין הצורך להתיישב בצפון-מזרח סיני.

בשלהי 1968 ובתחילת 1969 ניהלו אלון ושר החוץ אבא אבן מגעים עם חוסיין מלך ירדן ועם ממשל ג'ונסון בארצות-הברית על הסדר אפשרי בין ישראל לירדן. תוך כדי המגעים עלתה הצעה – לא ברור אם מטעם אלון או מטעם פקידים אמריקאים – להעביר את רצועת עזה לשלטון ירדני, על-מנת לפצות את חוסיין על ויתורים בגדה המערבית ועל-מנת להימנע מסיפוח האוכלוסייה הפלסטינית בעזה למדינת-ישראל. אלון, לפי עדותו, התלהב מהרעיון, אך ביקש להשאיר בידי ישראל חיץ טריטוריאלי שימנע כניסת כוחות מצריים לרצועה. כדרכו תמיד ראה אלון בהתיישבות דרך "לקבוע עובדות" של נוכחות-קבע ישראלית.<sup>75</sup> גם השר בלי תיק גלילי – יועץ הסתרים של אשכול בענייני ביטחון – ראה בחזרה מצרית לעזה סכנה "מעכשיו ועד סוף כל דורות"<sup>76</sup> ותמך ביצירת חיץ. יש להדגיש: רעיון החיץ התבסס על תפיסה בטחונית-מדינית אסטרטגית ארוכת-טווח, ולא על צרכים צבאיים מיידיים. לפי תפיסה זו, מטרת ההתיישבות באזור החוף הצפון-מזרחי של סיני הייתה לקבוע את עתיד השטח, ולספח אותו לישראל בפועל, גם אם לא משפטית, עוד לפני משא-ומתן מדיני. לתפיסה זו לא היה כל קשר לאירועים אלה או אחרים שהתרחשו באותו זמן בשטח שיועד להתיישבות יהודית. תוך כדי המגעים הדיפלומטיים הכושלים הועלו הצעות מעשיות להתיישבות. במזכר לאשכול, מ-26 בספטמבר 1968, הציג דיין רשימת אתרים להיאחזויות חדשות, ביניהם פתחת רפיח. דיין תיאר את נקודות ההתיישבות החדשות כ"חיוניות מבחינה ביטחונית", אך לא פירש במזכר מה טבעו של הכורח הבטחוני – מיידי-טקטי או אסטרטגי.<sup>77</sup> באוקטובר השלימה מחלקת ההתיישבות תוכנית להקמת שלושה מושבים בפתחת רפיח ויישוב נוסף שישמש "מרכז גושי" על שטח כולל של 13,000 דונם – חלקן אדמת מדינה מצרית, וחלקן קרקע שתועבר לרשות המדינה על-ידי תפיסה צבאית, תוך תשלום פיצויים

74 החלטת ממשלה מס' 95, המובאת כלשונה במכתב מישראל גלילי לגולדה מאיר, 25 ביוני 1969. גנון המדינה א/7234/7/287.

75 המסמך LBJ-NSF country files, Israel vol. X, cables, document 46 מציג רעיון זה כהצעה אמריקאית. אלון, לעומת זאת, טען שנים מספר לאחר-מכן – בסדרת ראיונות שנערכה במדור להיסטוריה בעל-פה של המכון ליחסים בין-לאומיים באוניברסיטה העברית בירושלים – כי זכויות היוצרים שייכות לו. גנון המדינה 154.0/1-19/5001/19, ראיון מס' 4, בעמ' 1-6; שם, ראיון מס' 8, בעמ' 2-4.

76 לפי ראיון עם ארנן (סיני) עזריהו, עוזרו של ישראל גלילי (3.11.2003).

77 גנון המדינה א/7921/5/201.

לבדואים המתגוררים במקום.<sup>78</sup> גורמי התיישבות סיירו פפתחה עם דיין, ובישיבות שהתקיימו במרוצת חודש נובמבר המשיכו לפתח את התוכנית. על מפקד נפת ח'אן-יונס הוטלה המשימה של איתור הקרקע המתאימה, והפרקליט הצבאי הראשי התבקש לבדוק את "המצב המשפטי לאפשרות של הפקעה במידת הצורך".<sup>79</sup>

בישיבת הממשלה שנערכה ב-9 בדצמבר העלה אלון את עניין פתחת רפיח, והציע להקים מקבץ היאחזויות באזור על-מנת "לגבש גבול בטחוני בחצי-האי סיני". גלילי תמך בו.<sup>80</sup> שבוע לאחר-מכן שלח מנהל לשכתו של אשכול, אביעד יפה, מכתב לרענן וייץ, יושב-הראש הפעלתני של מחלקת ההתיישבות. "משיקולים מדיניים ובטחוניים, תומך ראש הממשלה בתכנית התנחלות מוגברת בפתחת רפיח ובבקעת הירדן", כתב יפה, והאיץ בווייץ להכין תוכנית מפורטת.<sup>81</sup> אלא שלא היה צורך בכך; המחלקה כבר שקדה על שכלול התוכנית בשיתוף-פעולה עם משרד החקלאות. לפי אדמוני, התוכנית הושלמה ב-17 בדצמבר 1968. "הוצע לרכז גוש אחד של כ-20,000 ד' אותו ניתן יהיה לפנות" מהבדואים המאכלסים את האזור ומעבדים את אדמתם, נאמר בתוכנית. מחברי המסמך ציינו כי מתוך ארבעת היישובים המוצעים לפתחה, אחד יקום במתכונת של היאחזות נח"ל. מכאן משתמע שהשאר תוכננו כיישובים אזרחיים מיום הקמתם. לתוכנית צורפה מפה המראה שטח ממערב לקיבוץ כרם-שלום (שסימן את קצה גבולה של מדינת-ישראל הריבונית), המחולק למשבצות של שלושת המושבים המוצעים.<sup>82</sup> התוכנית נדונה בממשלה ב-26 בינואר 1969, במסגרת דיון שהוקדש לקביעת עדיפויות להמשך ההתיישבות מעבר לקו הירוק. לתשומת-לב מיוחדת ראויים דבריו של שר הביטחון דיין בישיבה:

אני רוצה לומר שעלינו קודם כל לסלק את הבדואים מהשטח הזה, לעלות עם טרקטור ולעקור את כל מטעי השקדים, ואחר-כך להגיע לפשרה לגבי המחיר. כי אני חושש שאם לא נעשה זאת, גם 10 מיליון לירות לא יספיקו אחר-כך. אם מחליטים לעשות זאת לצרכים צבאיים, צריך להגיד: אנו מקימים כאן עמדה צבאית. צריך לחרוש את הקרקע, לעקור את המטעים ולעזור להם להסתדר

78 כתב-היד של יחיאל אדמוני לספר עשור של שיקול דעת, שנת 1969, עמ' 22–25 (מצוי אצל המחברים). כתב-היד מורכב ברובו ממסמכים של המחלקה להתיישבות אשר הועתקו בחלקם או בשלמותם או תומצתו, ומסודר לפי שנים (להלן: כתב-יד אדמוני).

79 בישיבה שהתקיימה במנהל מקרקעי ישראל ב-11 בנובמבר 1968 השתתפו, בין היתר, השר גלילי, מנכ"ל המחלקה להתיישבות אדמוני וכן שישה קציני צה"ל בדרגות סגן-אלוף ואלוף-משנה. ראו ארכיון צה"ל 2845/97/48/30. ישיבת-המשך נערכה במשרד החקלאות ב-21 בנובמבר 1968. ראו ארכיון צה"ל 953/85/1115/175. בישיבה השבועית של המטכ"ל שנערכה ב-29 בנובמבר 1968 הדגיש שר הביטחון דיין "את הצורך בעיבוד השטח באזור רפיח". ראו ארכיון צה"ל 953/85/114/265.

80 פדהצור, לעיל ה"ש 68, בעמ' 247–248.

81 גנוך המדינה 83-7920/7/19-א.

82 גנוך המדינה 202-7920/7/20-א. העותק בגנוך המדינה אינו נושא תאריך, אך גרסה מתומצתת מובאת בכתב-ידו של אדמוני ומתוארכת ל-17 בדצמבר 1968. כתב-יד אדמוני, לעיל ה"ש 78, שנת 1968, בעמ' 30–31. ראו גם ארכיון צה"ל 953/85/1115/160.



במקום אחר. היום זה קל יותר מאשר בעוד שנה. אני גם רואה את השעה הזאת כשרה לדבר זה, כל זמן שיש שם טרור, משליכים רימונים ומניחים מוקשים, והברואים מעורבים בזה...  
אני מניח שבמקום שאנחנו יושבים בו לא נזוז ממנו, וזה מבחינת קביעת המפה הביטחונית לעתיד.<sup>83</sup>

דבריו של דיין על טרור, מוקשים ורימונים מתייחסים לסימנים הראשונים להתקוממות בעזה, שגברה לאחר-מכן בשנים 1969–1971.<sup>84</sup> אך אין לטעות בכוונתו. דיין ביקש מהממשלה לאמץ כיעד את הקמתם של יישובים בצפון-מזרח סיני על-מנת להבטיח ששטח זה יישאר בידי ישראל לצמיתות. התקריות האלימות מספקות עילה בלבד, המאפשרת להקנות מסווה של צרכים צבאיים לפינוי הברואים ולדרישתו "לעלות עם טרקטור" על מטעיהם.

למרות דבריו הנחרצים, עמדתו של דיין התקבלה בצורה חלקית בלבד. בישיבה זו החליטה הממשלה כי הקמת "שלושה או ארבעה יישובים בפתחת רפיח" הינה בעדיפות שלישית, אחרי העלאת "נקודות" חדשות בגולן ובבקעת הירדן. בעניין הפתחה ביקשה הממשלה כי "הגורמים המוסמכים" יבררו את "הבעיות המעשיות הכרוכות בהתיישבות זו, לרגל הימצא ריכוזים בדואים במקום".<sup>85</sup> בישיבתה השבועית הבאה תיקנה הממשלה החלטה זו, וקבעה כי בשלב הראשון יוקמו שתי היאחזויות בבקעה ואחת באזור שיח' זווייד – כפר ערבי במישור החוף של צפון-מזרח סיני – בקרבת מסלול הרכבת הישן.<sup>86</sup> שאלת הברואים אינה מוזכרת בהחלטת התיקון, אך בישיבה שערך דיין באמצע פברואר, בהשתתפות ראש אגף הנח"ל משה נצר ונציגים של משרד השיכון, הסוכנות היהודית וצה"ל, הוחלט כי על-מנת להקים את ההיאחזות בשיח' זווייד, "יש לפנות את השטחים המיועדים להתיישבות מהברואים".<sup>87</sup>

אכן, היאחזות הנח"ל דקלה עלתה על הקרקע ב-2 ביוני 1969, בקרבת שיח' זווייד, בין כביש עזה-אל-ערש לבין חוף הים. כ-2,000 דונם שהיו בבעלות חברה מצרית לפיתוח הועמדו לרשות ההיאחזות לשימוש חקלאי.<sup>88</sup>

אך כעבור ארבעה שבועות, ב-29 ביוני, הוציא תא"ל מרדכי גור, מפקד אזור רצועת עזה וצפון סיני, צו תפיסת מקרקעין לשטח בגודל של כ-500 דונם לצורכי היאחזות דקלה – ככל הנראה למגורי ההיאחזות עצמה. בצו נאמר כי התפיסה נעשית "בתוקף סמכותי כמפקד האזור, ומאחר ואני סבור כי הדבר דרוש לצרכים צבאיים הכרחיים ודחופים". בכך סופק לכאורה הבסיס המשפטי הדרוש לתפיסת הקרקע. בצו נוסף הכריז גור על השטח כשטח צבאי סגור. שני

83 פדהצור, לעיל ה"ש 68, בעמ' 249, המצטט מפרוטוקול ישיבת הממשלה מיום 26 בינואר 1969.  
84 גזית, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1968; BENNY MORRIS, *RIGHTEOUS VICTIMS: A HISTORY OF THE ZIONIST-ARAB CONFLICT, 1881-2001*, 370 (2001).  
85 פדהצור, לעיל ה"ש 68, בעמ' 224–225 ו-229.  
86 ארכיון צה"ל 953/85/1115/151.  
87 ארכיון צה"ל 953/85/1115/135.  
88 יאיר דואר לנו המגל הוא חרב כרך ב 99–103 (1997). לפי דואר, ההחלטה על הקמת דקלה התקבלה בישיבת המטכ"ל ב-6 במרץ 1969.

צווים מקבילים הוצאו לשטח של כ-16,000 דונם מדרום לכביש, ממזרח לדקלה וקרוב יותר לגבול הבין-לאומי – קרקע שיועדה לשלושת המושבים המתוכננים.<sup>89</sup> דקלה התאזרחה במאי 1971 תחת מעטה של סודיות, לפי הוראת השר גלילי.<sup>90</sup> כיישוב אזרחי היא הצטרפה למושב שדות, אשר נוסד בימים הראשונים של 1971 במשבצת הקרקע שמדרום לכביש עזה-אל-עריש.<sup>91</sup> חלק מהשטח שיועד למושבים גודר ככל הנראה בסוף 1969 ללא חיכוך עם הבדואים במקום.<sup>92</sup> באותה שנה, 1971, הגיעה העימות ברצועת עזה בין צה"ל לארגונים הפלסטיניים לשיאו. בינואר השליך מחבל רימון לתוך רכב של משפחה ישראלית שביקרה בעיר עזה; שני פעוטות נהרגו ואמם נפצעה קשה. דיין אפשר לאלוף פיקוד הדרום, אריאל שרון, לנקוט צעדים תקיפים על-מנת לשבור את אחיזתם של הארגונים הפלסטיניים ברצועה.<sup>93</sup> לפי טענת המדינה בפרשת פתחת רפיח, עימות זה יצר את הכורח הצבאי בפניו הבדואים מפתחת רפיח. אך כפי שראינו, הכוונה לפנות את הבדואים קדמה לעימות ברצועה. אכן, קיימת ראייה נוספת המפריכה את הקשר בין אירועי עזה לבין גירוש הבדואים: הדוח של ועדת החקירה הצבאית שהוקמה בנושא.<sup>94</sup> הרמטכ"ל אלעזר מינה את הוועדה ב-16 בפברואר 1972. בראשה עמד אלוף אהרן יריב, ראש אגף המודיעין.<sup>95</sup> החקירה התנהלה בתוך צה"ל בלבד: לפני שלושת חברי הוועדה העידו 14 קצינים בכירים. עדים בדואים לא הוזמנו,

- 89 הצווים מצורפים לתצהירו של סא"ל דב שפי בפרשת פתחת רפיח, לעיל ה"ש 8. גודל השטחים שנתפסו הוערכו על-פי המפות שצורפו לתצהיר. תכתובת המעידה כי הצווים המקוריים הוצאו בצורה מרושלת למדי ותוקנו ביולי 1969 שמורה בתיק המוצגים של ועדת החקירה הצבאית משנת 1972 – ראו ארכיון צה"ל 953/85/917/34-39.
- 90 דואר, לעיל ה"ש 88, בעמ' 99–103.
- 91 במסמכים שבהם עיינו לא מצאנו את תאריך העלייה לקרקע. לפי מחקרו של פיטר רוברט דמנט, המושב נוסד ב-3 בינואר 1971 בשם הזמני "פתחת רפיח א". ראו Peter Robert Demant, *Ploughshares Into Swords: Israeli Settlement Policy in the Occupied Territories, 1967–1977*, 238 (PhD thesis, University of Amsterdam, 1988).
- 92 לפי אדמוני, בסוף 1969 "גודרו 15,000 דונם לצרכי שלישיית המושבים... הגידור ותפיסת השטח נעשו בהסכמה עם ראשי שבט הארמילט שאף פוצו כספית לשיעור רצונם". כתב-יד אדמוני, לעיל ה"ש 78, שנת 1972, בעמ' 8. אין בידו עדות מצד הבדואים שיכולה לאשר או לסתור תיאור זה. בתצהיר שהגיש בפרשת פתחת רפיח, לעיל ה"ש 8, טען המשיב סא"ל יוסף כהן, מפקד יחידת הגששים ימ"ץ בפיקוד הדרום, כי בעת סימון גבול השטח הדרומי שנתפס ב-1969, הבדואים באזור ביקשו להמשיך "לעבד חלק מהשטח שנתפס... וזאת באופן זמני עד ביצועו המלא של צו התפיסה... מפקד האזור נעתר לבקשה... ושינה לפנים משורת הדין את תוואי הגדר בגבולו המזרחי של שטח התפיסה" (שם, פס' 7). כפי שנראה בהמשך, יש טעם להטיל ספק במהימנותם של תצהירי המשיבים.
- 93 גזית, לעיל ה"ש 64, בעמ' 72; MORRIS; לעיל ה"ש 84, בעמ' 370–371.
- 94 ועדת החקירה הצבאית בעניין העברת בדואים בשטחים בפיתחת רפיח תוך חריגה מסמכות והסתת בדואים נגד צה"ל דו"ח מסכס, ארכיון צה"ל 953/85/918/21-42 (להלן: דוח ועדת החקירה).
- 95 ייפוי-הכוח של הוועדה היה "לחקור א. את הפעולות שנעשו ע"י הפיקוד והאזור בקשר להעברת הבדואים; ב. חריגה מסמכות – האם היתה ועל ידי מי. ג. הסתת בדואים – האם היתה ועל ידי מי". ראו שם, פס' 9.

"וזאת כדי לא להביא לידיעתם שפינוים משמש נושא לחקירה".<sup>96</sup> כוועדת חקירה צבאית, לא היה בסמכותה להזמין את שר הביטחון ד"ר להעיד, אפילו ראו חבריה טעם בעדות כזו. ב-9 במרץ הגישה הוועדה דוח בן 22 עמודים.

הדבר הבולט בפירוט האירועים הוא השתיקה בסוגיות הביטחון. אין כל התייחסות לצרכים צבאיים כגורם לגירוש; נהפוך הוא – הדוח מצביע פעם אחר פעם על שיקול אחר: צורך באדמות להתיישבות.

תיאור האירועים מתחלק לשניים: גירוש הבדואים בכוח משטח מדרום לכביש עזה-אל-עריש; ופינוים של שבטים נוספים משטח מצפון לכביש, לאורך החוף – כביכול פינוי מרצון אך בפועל תחת לחץ כבד של הצבא.

בשטח הדרומי החלה השתלשלות הדברים ביוני 1971. בחודש זה –

פנו נציגי הסוכנות היהודית למפקד הגמ"ר [הגנה מרחבית] פקוד הדרום אל"מ חפץ ואמרו לו כי המודדים שיצאו למדידת משבצת שדות ב' נתקלו בגדר שחוצה את המשבצת. הם ביקשו שיטפל בהזזת הגדר מזרחה למשבצת.<sup>97</sup>

מכאן ואילך, בכל הקשור לשטח הדרומי, פעל צה"ל בתיאום עם המחלקה להתיישבות, שביקשה להמשיך בהקמת מושבים באזור. נציגי הצבא והסוכנות ערכו סיור וקבעו כי הגדר אכן חוצה את הקרקע המיועדת למושבים החדשים. בדצמבר 1971 הוקצבו למפקדת עזה וצפון סיני כספים לביצוע גידור מחדש, אך בהעדר כוח-אדם הכפוף למפקדה, הועבר הביצוע לפיקוד הדרום. קמ"ט (קצין מטה) נכסים של אזור עזה וצפון סיני – אורח עובד צה"ל – התבקש לספק מפה של שטח התפיסה לפי הצו המקורי. הקמ"ט, עמרם רודין, שלח "העתק תרשים שהיה ברשותו". ב-12 בינואר 1972 התלווה רודין לאלוף שרון בסיור בשטח, ואישר כי גבולות השטח לגידור המתוכנן תאמו את המפה. כעבור יומיים החל מבצע הגידור, ואיתו גירוש הבדואים מהשטח.<sup>98</sup>

מפקד נפת ח'אן-יונס, סא"ל נסים קזו, העיד בפני הוועדה שהסביר לבדואים שביקשו את עזרתו "כי יש בכוונת הממשל לפנות את השטח לצורך הרחבת ההתיישבות היהודית". לפי תרשומת של פגישות בין ראשי השבטים לקציני צה"ל, טען שיח' סולימאן עודה אבו חילו כי בתשובתו של קזו היה אלמנט נוסף: "זאת הוראת שר הביטחון".<sup>99</sup> זוהי אמנם עדות שמיעה, אך כפי שצינו, לא הבדואים ולא שר הביטחון הוזמנו להעיד בעצמם.

תוך כדי החקירה גילתה הוועדה "העתק חתום של התרשים שהיה חלק מצו התפיסה שהוצא ביוני 69". התברר כי השטח שסומן לתפיסה היה "קטן בהרבה מהשטח אשר גודר ופונה" על-פי תרשימו ואישורו של קמ"ט הנכסים רודין.<sup>100</sup> בסיכומיה קבעה הוועדה כי רודין

96 שם, פס' 93.

97 שם, פס' 14.

98 שם, פס' 15–20 ו-34–36.

99 שם, פס' 29–30 ו-33.

100 שם, פס' 55–56 ו-100.

פעל ב"רשלנות חמורה".<sup>101</sup> בסופה של הפרשה פוטר קמ"ט הנכסים, שהיה כאמור אזרח עובד צה"ל.<sup>102</sup> הוועדה לא המליצה להתיר לבדואים לחזור לשטח שממנו גורשו בגלל טעותו של קצין המטה, אלא השאירה את ההחלטה בעניין זה לרשויות, תוך שהיא ממליצה "כי באם יוחלט לאשר בדיעבד פעולות הפינוי יש לתת בסיס משפטי מתאים על ידי הוצאת צוי סגירה ותפיסה של השטחים שפוננו".<sup>103</sup> אכן, ב-13 במרץ 1972, ארבעה ימים אחרי הגשת דוח הוועדה, הוציא מפקד אזור סיני צווי תפיסה חדשים לשטח שפונה,<sup>104</sup> בבחינת "כתב אשר נכתב בשם המלך ונחתם בטבעת המלך – אין להשיב".

אלוף שרון העיד לפני הוועדה כי "לאור הצורך למקם ישוב נוסף בפתחת רפיח הורה פיקוד הדרום לממש ההפקעה שבוצעה בזמנו ולא מומשה", דהיינו, ליישם את צווי התפיסה והסגירה משנת 1969.<sup>105</sup> כך כתב גם במכתב ששלח למתאם הפעולות בשטחים תא"ל שלמה גזית, ב-13 בפברואר 1972, לאחר שהלה החל לבדוק תלונה מהצלב האדום על פינוי הבדואים.<sup>106</sup> בסיכומיה קיבלה הוועדה טענה זו, וציינה כי "פעולת אלוף הפיקוד נעשתה בעקבות פניית הסוכנות היהודית להרחבת משבצת שדות ובמגמה לסייע להתיישבות באזור".<sup>107</sup> אין כאן צל של רמז לצרכים צבאיים, וחברי הוועדה לא הלינו על כך. אלא שבהתחשב בזמן הרב שעבר מאז הוצאו הצווים המקוריים, היה על שרון לחזור ולקבל אישור לפעולה ממתאם הפעולות בשטחים תא"ל גזית. על-כן מצאה הוועדה כי שרון חרג מסמכותו.<sup>108</sup>

בהתייחסותה להתיישבות פעלה הוועדה בהתאם למדיניות שהייתה בתוקף בצבא. מדיניות זו באה לידי ביטוי במסמך שהוציא ראש מחלקת ההתיישבות והגמ"ר (הגנה מרחבית) בצה"ל, אל"מ זאב עופר, בדצמבר 1971, תחת הכותרת "נוהלי העלאת יישוב/היאחזות". לעניינו ראוי לציין שני סעיפים:

- 
- 101 שם, פס' 103.
- 102 נגבי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 30.
- 103 דוח ועדת החקירה, לעיל ה"ש 94, פס' 116.
- 104 ארכיון צה"ל 953/85/914/156-160; פרשת פתחת רפיח, לעיל ה"ש 8, פס' 7 (תצהיר מטעם המשיב סא"ל דב שפי).
- 105 דוח ועדת החקירה, לעיל ה"ש 94, פס' 46.
- 106 לפי דוח ועדת החקירה, שם, פס' 4-6, תלונת הצלב האדום (ICRC) מתאריך 31 בינואר 1972 הובאה לידיעת גזית ב-8 בפברואר 1972 על-ידי נציג הארגון. גזית כתב לאחר שנים כי תלונה זו הייתה המידע הראשון שקיבל על פינוי הבדואים, וכך גם משתמע מדוח ועדת החקירה. תוך כדי בירור הדברים שלח גזית מברק לשרון וביקש הסברים. במכתבו טען שרון כי "תושבי השטח (כמה עשרות אהלים ומספר בתי אבן) התפנו מרצונם". שרון אף מציין כי "באזור הדרומי של פיתחת רפיח (שטח מושב שדות) הוחל בבניין המושב השני... לצורך זה היה צריך להפעיל את צו ההפקעה הקיים מזמן". ראו גזית, לעיל ה"ש 64, בעמ' 74. לא מצאנו במסמכים אחרים אזכור לכך שבניית המושב החדש כבר החלה, אך אין אפשרות לשלול זאת, ראו ארכיון צה"ל 953/85/917/57-58; 953/85/917/60-64.
- 107 דוח ועדת החקירה, לעיל ה"ש 94, פס' 99.
- 108 שם, פס' 101-102.

2. היוזמה להקמת יישוב וקביעת האתר, העיתוי והגוף המתיישב יכולה לבוא מהגופים המיישבים או ממערכת הביטחון אשר מעוניינים בהקמת היישוב לצורך:  
א. חקלאי.  
ב. אסטרטגי/בטחוני.

3. החלטה על הקמת יישוב מתקבלת על-ידי השרים המוסמכים לכך.<sup>109</sup>

מכאן ששני הטעמים המקובלים להקמת יישוב היו "חקלאי" (התיישבות לשם מימוש תפיסת-העולם ההתיישבותית) ו"אסטרטגי/בטחוני" – עילה שבמפורש לא הצטמצמה לצרכים צבאיים מידיים. גם כאשר אחד משני טעמים אלה היה קיים, נדרשה החלטה של "השרים המוסמכים", כלומר, של הוועדה הבין-מוסדית להתיישבות – הגוף שהוסמך על-ידי הממשלה לאשר יישובים חדשים.

אך בשטח הצפוני של פתחת רפיח, כפי שמצטייר מדוח ועדת החקירה וממסמכים נוספים, השיקול ההתיישבותי לא היה חקלאי, והאישור מטעם הוועדה הבין-מוסדית היה חסר. לפי דוח ועדת החקירה:

ב-19 ינו' 72 סייר שר הביטחון בהיאחזויות סיני. בעת סיורו בדקלה הועלה הנושא של ייעוד שטחים להקמת עיר יהודית ועל הצורך לפנות בדואים למטרה זו.<sup>110</sup>

הצעה זו תאמה את השקפת דיין שיש להקים בשטחים הכבושים ערים, ולא רק יישובים כפריים. כבר באוקטובר 1968 הגיש דיין הצעה מפורטת לממשלה להקים ארבע ערים ישראליות על גב ההר בגדה המערבית, במטרה "לעכל" את שטחי יהודה ושומרון ולמזגם בישראל "הקטנה" – הצעה שלא התקבלה על-ידי הממשלה.<sup>111</sup> עכשיו ביקש דיין ליישם גישה זו בצפון-מזרח סיני.

למחרת סיורו של דיין שלח גזית מכתב למפקד אזור עזה וצפון סיני, תא"ל יצחק פונדק, והורה לו להכין "הצעה לתפיסת חזקה וגידור השטחים מסביב לדקלה". גזית הוסיף והדגיש כי "עד לקבלת ההצעה ולאישורה – אין אישור לבצע כל פעולות גידור בשטח".<sup>112</sup> פונדק ומפקד נפת ח'אן-יונס, סא"ל קזו, סיירו באזור עם קצינים נוספים, ועל קזו הוטל להכין סקר "על התושבים ורכושם בשטח".<sup>113</sup>

ב-26 בינואר שלח קזו לפונדק מסמך שכותרתו "סגירת שטח לצורך התיישבות יהודית בפתחת רפיח", בליווי תרשים בכתב-יד של השטח המוצע לסגירה. קזו אמנם הזכיר באחד מסעיפי המסמך כי "לאחרונה נתפסה רשת מחבלים שכללה עשרות מחבלים מבני שבט

109 ארכיון צה"ל 953/85/917/3.

110 דוח ועדת החקירה, לעיל ה"ש 94, פס' 59.

111 גנזך המדינה 7/60/7920/א; פדהצור, לעיל ה"ש 68, בעמ' 153–155.

112 ארכיון צה"ל 953/85/917/68.

113 דוח ועדת החקירה, לעיל ה"ש 94, פס' 61.

ארמילאת ותושבי שייך זוויד, שעסקה בפיגועים שונים כולל רצח, הנחת מוקשים, זריקת רימונים ועוד",<sup>114</sup> אך בהקשר של מסמך שהוכן "לצורך התיישבות", הערה זו אינה אמורה להציג את העילה לסגירת השטח, אלא לכל-היותר לספק מעין תנא דמסייע מבחינה משפטית. מכל מקום, הערתו של קזו על הסוגיה הבטחונית בולטת בנדירותה בדוח הוועדה, בעדויות שנמסרו לה ובמוצגים הנלווים לדוח.

קזו לא הסתפק בסקר. הוא ביקש וקיבל ממפקד האזור, תא"ל פונדק, רשות לנהל משא-ומתן עם ראשי הבדואים.<sup>115</sup> לקראת סוף ינואר ערך קזו ביקור אצל השיח"ים – ביום האחרון של עיד אל-אדחה – והודיע להם "כי עליהם לעזוב את השטח בתוך שלושה ימים. מי שלא יעזבנו בתוך תקופה זו יהיו לו בעיות עם רוכבי הגמלים" – חיילי יחידת הגששים של פיקוד הדרום.<sup>116</sup> לנוכח סמיכות הזמנים לגירוש תושבי השטח הדרומי, היה לאיום זה משנה תוקף. עד 4 בפברואר, להערכת הוועדה, "פוננו מהאזור הצפוני כ-5,000 נפש".<sup>117</sup> הוועדה מצאה כי קזו חרג מסמכותו בכך שהפעיל לחץ באיומים על ראשי השבטים לפנות את השטח. אך חברי הוועדה הוסיפו במסקנותיהם:

לזכותו של סא"ל קזו ניתן לומר כי פעל לפינוי השטח מתוך הנחה שהוא פועל בהתאם לכוונה הכללית לפינוי השטח מתושביו לצרכי התיישבות.<sup>118</sup>

שוב, הוועדה מדגישה כאן מה שהוכחש לאחר-מכן לפני בית-המשפט: הבדואים פוננו על-מנת לממש תוכנית התיישבות.

אכן, ב-30 בינואר 1972, בזמן שקזו טיפל בפינוי הבדואים, נערכה ישיבה בלשכתו של תא"ל גזית לקידום "תכנון מרכז עירוני ליד רפיח". בין הנוכחים היו תא"ל פונדק ויחיאל אדמוני, מנכ"ל המחלקה להתיישבות בסוכנות היהודית. בסיכום הדיון כתב גזית כי דיין הורה להעדיף את אזור רפיח על אזור אל-עריש כאתר לעיר. כמו-כן הוחלט בישיבה להמשיך בתכנון, וכי "הנושא יובא לאישור דרגי הממשלה רק לאחר-מכן".<sup>119</sup> לפי חוברת שהוכנה על-ידי הצוות, "נקודת המוצא של התכנון היא כי באזור עשויה לקום עיר שתידמה בהיקפה לערי ישראל הגדולות", עם אוכלוסייה שעשויה להגיע עד ל-230,000 תושבים בשנת 2000. בין היתר תוכננה העיר לשמש נמל מים עמוקים.<sup>120</sup> תוכנית ימית מוסיפה עוד ראייה לכך שהמטרה בפינוי הבדואים הייתה לאפשר התיישבות יהודית. מטרתו של דיין בשטח הצפוני הייתה לבנות עיר גדולה, והוא הפגין נכונות לפעול לשם כך עוד לפני שביקש או קיבל אישור מהממשלה.

114 ארכיון צה"ל 953/85/917/65.

115 דוח ועדת החקירה, לעיל ה"ש 94, פס' 62–63 ו-108.

116 שם, פס' 69–70.

117 שם, פס' 73.

118 שם, פס' 111.

119 ארכיון צה"ל 953/85/1116/108.

120 "ימית: עיר-חוף חדשה באזור דיקלה – תכנית מוקדמת", ארכיון צה"ל 953/85/1416.47-81 (החוברת אינה נושאת תאריך).

באוקטובר 1972 הודלפה התוכנית לעיתונים. שר האוצר פנחס ספיר קרא את החוברת ותקף בחריפות את התוכנית, בתארו את רעיון העיר בסיני כבזבוז כספים וכמכשול לשלום. סערה זו התחוללה אחרי שעתירות הבדואים הוגשו לבג"ץ.<sup>121</sup> בדצמבר, לנוכח ההתנגדות העזה של חלק מהשרים לתוכנית ימית, אישרה הממשלה חלופה צנועה – "מרכז אזורי" לפתחת רפיח, יישוב חצי עירוני קטן שיספק שירותים ליישובים החקלאיים באזור ולצה"ל.<sup>122</sup> בקיץ 1973, לאחר מתן פסק-הדין בפרשת פתחת רפיח, איים דיין שלא יצטרף לרשימת המועמדים של מפלגת העבודה בבחירות שהיו אמורות להתקיים בסתיו. אחת מתביעותיו הבולטות הייתה מתן אישור לבניית ימית. שוב התחוללה סערה, וראשי מפלגת העבודה חיפשו פשרה שתתקבל על דעתם של דיין מזה ושל ספיר מזה ותשאיר את דיין במפלגה.<sup>123</sup>

באוגוסט 1973, כאשר ניטש עדיין ויכוח חריף בתוך המפלגה, התראיין דיין בעניין ליומן החדשות בטלוויזיה וברדיו. כאשר העיתונאי רזי ברקאי מקול ישראל ביקש את דעתו בעניין ימית, הוא אמר, בין היתר:

זה אזור נרחב, באופן יחסי ריק, או כמעט ריק לגמרי, למעלה מ-40 ק"מ בין רפיח לאל-עריש, וזה יכול לשמש לנו גם בסיס, שטח להתיישבות, וגם מבחינת המפה העתידית, טריז יהודי, שהוא חוצץ בין רצועת עזה... לבין אל-עריש. אני חושב שהדבר דרוש לגופו, מבחינת המפה העתידה וחלוקת ההתיישבות בארץ וגם מבחינת קביעת גבול העתיד בינינו ובין מצרים בבוא היום.<sup>124</sup>

שוב התבהרו יעדי הפינוי. ברקאי לא שאל את דיין על האופן שבו רוקן השטח המיועד לימית מתושביו, וגם לא על טענת המדינה כי פינוים של הבדואים היה צורך צבאי.

### 3. הדיון בבג"ץ

#### (א) העתירות

בתחילת אוגוסט 1972 הוגשו שתי עתירות לבג"ץ באמצעות עו"ד חיים הולצמן.<sup>125</sup> עתירה אחת (302/72) הוגשה בשם ארבעה שיח"ים בדואים ששבטיהם גורשו בינואר 1972 מאזור הדרום בפתחת רפיח, והאחרת (306/72) – בשם חמישה שיח"ים ששבטיהם גורשו בפברואר 1972 מאזור הצפון בפתחה. עו"ד הולצמן ראה לנכון להפריד בין שתי העתירות, כנראה מכיוון שהיו הבדלים עובדתיים בין המקרים מבחינת התאריכים שבהם גורשו האנשים, האזור הספציפי שממנו גורשו ומגעייהם של העותרים עם השלטונות בזמן הגירוש ואחריו. עם זאת,

121 DEMANT, לעיל ה"ש 91, בעמ' 241; פרוטוקול ישיבת מזכירות מפלגת העבודה, 9 בנובמבר 1972, בעמ' 41–42.

122 ארכיון צה"ל 953/85/911/139.

123 גזית, לעיל ה"ש 64, בעמ' 228–229.

124 תמליל הריאיון מצוי בארכיון צה"ל 953/85/911/71-77.

125 עו"ד הולצמן הכין את העתירות, את עיקרי הטיעון ואת סיכום טענותיו בכתב. הוא גם הופיע בדיון הראשון בתיק. אולם הוא נפטר לפני סיום הדיונים בבית-המשפט, ובדיון האחרון בתיק הוצגו טענותיהם של העותרים על-ידי שותפו, עו"ד גבריאל גלייזר.

הטענות העקרוניות בשתי העתירות היו זהות, ובהמשך אוחד הדיון בהן. המשיבים בשתי העתירות היו ממשלת ישראל, אלוף פיקוד הדרום אריאל שרון ומפקד אזור עזה וצפון סיני תא"ל יצחק פונדק.

העתירות הובאו לפני השופט התורן, משה עצינוני, וביום 7.8.1972 הוא הוציא צווים על-תנאי כמבוקש על-ידי העותרים. בצווים אלה התבקשו המשיבים לתת טעם מדוע לא יחליטו לתת לעותרים ולבני משפחותיהם לחזור למקומות מגוריהם בפתחת רפיח שמהם גורשו בינואר ובפברואר 1972; מדוע לא יורו לחיילים ולשאר כוחות הביטחון לא למנוע את שובם של העותרים ובני משפחותיהם למקומות מגוריהם; ומדוע לא יימנעו מלהפריע לעותרים ולבני משפחותיהם להמשיך לגור במקומות אלה. השופט עצינוני נתן למשיבים שבועיים להגיש את תשובותיהם לעתירות.

בעתירות הציג עו"ד הולצמן בפרוטרוט את הרקע העובדתי לגירוש, ותיאר את מגעיהם של חלק מן העותרים עם מפקדי הצבא השונים (תחילה בניסיון למנוע את רוע הגזרה, ולאחר הגירוש במטרה לאפשר לעותרים ולבני משפחותיהם לחזור לאזור שממנו גורשו), את הריסת אוהליהם ובתייהם של העותרים, את ביקורו של שר הביטחון דיין באזור וסירובו להיענות לבקשתם של הבדואים לחזור למקומות מגוריהם בפתחה, את החלטת הרשויות לתת לבדואים פיצויים ואת סכומי הפיצויים שהתקבלו. כן צוין בעתירות שנודע לעותרים מן העיתונות כי הרמטכ"ל הקים ועדת חקירה על-מנת לבדוק את גירוש הבדואים, וכי ועדה זו קבעה שהיו חריגות מסמכות בגירוש הבדואים, והמליצה לנזוף בקצין בכיר ולהעביר מתפקידיהם קצין צה"ל ופקיד אזרחי אחד. מוזכרים גם דבריהם של שר הביטחון דיין והשר גלילי בפורומים שונים, שמהם היה אפשר להסיק כי לא היה כורח בטחוני בפינוי-גירוש הבדואים. כך, למשל, צוין כי בתשובה לשאלה בכנסת, במאי 1972, אמר השר דיין כי לא היה אומר שפינוי הבדואים מפתחת רפיח היה חיוני מטעמי ביטחון.<sup>126</sup>

טענותיהם המשפטיות של העותרים היו שהגירוש נעשה ללא סמכות חוקית, שמניעת שובם הייתה שרירותית ונעשתה ללא סמכות, שלא היו שיקולים צבאיים שחייבו את הגירוש ואין שיקולים צבאיים המונעים את שובם, ושהגירוש נוגד את סעיף 49 לאמנת ז'נבה הרביעית. בעתירות אין טענה מפורשת כי הגירוש נעשה כדי לאפשר התיישבות יהודית באזור, אך כפי שנראה בהמשך, טענה זו הועלתה הן בעיקרי הטיעון של העותרים ובסיכום הטענות בכתב שהוגשו לבית-המשפט והן בדיון שהתקיים בבית-המשפט.

### (ב) תשובת המשיבים

המשיבה הראשונה בעתירות הייתה ממשלת ישראל, ומי שהיה אמור להגיש תשובה בשם הממשלה היה לכאורה שר הביטחון משה דיין, שהיה מעורב בכל מה שקדם לפינוי. אך לבית-המשפט לא הוגש תצהיר תשובה מטעם השר דיין. המשיב השני בשתי העתירות היה מי שהורה על הגירוש, אלוף פיקוד הדרום אריאל שרון. מי כמוהו ידע מה היו השיקולים שעמדו מאחורי

126 עתירה לצווי עשה בפרשת פתחת רפיח, לעיל ה"ש 8.



החלטת הפינוי-גירוש? היה טבעי אפוא שהתצהיר העיקרי מטעם המשיבים יוגש על-ידיו. אולם מטעמים שלא פורטו לא הוגש לבית-המשפט גם תצהיר תשובה מטעם אלוף שרון. אם היה מפקד צבאי שהיה אמור לדעת אם היו נימוקים צבאיים מאחורי הפינוי, ואם כן, מה היה טבעם, היה זה מפקד אזור רצועת עזה וצפון סיני, תא"ל יצחק פונדק, שהיה המשיב השלישי בשתי העתירות. אך גם מטעמו לא הוגש תצהיר. על ההסבר לכך נעמוד להלן. במקום תצהירים מטעם המשיבים עצמם הוגשו כמה תצהירים מטעם קצינים זוטרים יותר שהיו מעורבים בפרשה. אך התצהירים העיקריים בשתי העתירות, שבהם הוצגו גרסתן ועמדתן המשפטית של הרשויות, היו תצהיריו של אלוף ישראל טל, ששימש באותה תקופה ראש אגף המטה הכללי במטכ"ל. לא ניתן לבית-המשפט הסבר מדוע דווקא אלוף טל, שלא היה קשור לפרשה, הוא שנבחר לחתום על התצהיר. בתצהיר עצמו רק נאמר כי "השאלות הביטחוניות והשיקולים הכלליים שהינחו את המשיבים בענין נשוא עתירתם של העותרים" ידועים לו מתוקף תפקידו. בשיחה טלפונית איתו בשנת 2007 שאל אחד מאיתנו (גורנברג) את אלוף (מיל') טל ז"ל מדוע הוא זה שחתם על התצהירים. תשובתו הייתה כי השר דיין ביקש ממנו לחתום על התצהירים, וכך עשה.<sup>127</sup>

בתצהיריו בשתי העתירות פירט אלוף טל את הפעילות העוינת שהייתה באזור, והצהיר כי מינואר 1970 עד מרץ 1972 התרחשו באזור 190 פיגועים, שבהם נהרגו 27 אנשים ונפצעו 192 אנשים. בניסיון לקשור את העותרים לפעילות העוינת שתיאר, אמר אלוף טל כי מחוות-דעת של מומחים הוא למד כי "המבנה השבטי של בדואים ודרכי חייהם של שבטים בדואים אינם מאפשרים פעולות מסוג הפעולות שזכרו... מבלי שחלק ניכר מן השבט, ועיקר – ראש השבט, ידעו עליהם". טל הוסיף:

פעולות החבלה ברצועת עזה שהתגברו לקראת סוף שנת 1971 וחומר מודיעיני רב ומוסמך שהגיע לידי כוחות צ.ה.ל. באותה עת, הצביעו על העובדה שאחד ממוקדי ובסיסי החבלה הינו בפיתחת רפיח.<sup>128</sup>

ומה היו אפוא הנימוקים לגירוש הבדואים מן האזור? מחמת חשיבותם ראוי לצטט את דבריו של אלוף טל במלואם:

אלוף פיקוד הדרום הגיע לכלל מסקנה כי כדי להשתלט על הפעילות החבלנית העוינת באיזור רצועת עזה וצפון סיני, וכדי להבטיח את הסדר והשלום הציבורי באיזור רצועת עזה וצפון סיני, חיוני הוא לבודד את רצועת עזה ממקורות אספקת הנשק והתחמושת המצויים באיזור סיני, ולנתק את דרכי הגישה מאיזור סיני לאיזור רצועת עזה.<sup>129</sup>

127 שיחה טלפונית של גרשום גורנברג עם אלוף (מיל') ישראל טל, ראש אג"ם דאז (24.7.2009).

128 תצהיר אלוף טל בבג"ץ 302/72, ס' 5 (ה) (ההדגשות הוספו).

129 שם, ס' 6 (א) (ההדגשה הוספה).

בהמשך נעמוד על התמיהה שדבריו אלה של אלוף טל מעוררים לנוכח הדוח של ועדת החקירה הצבאית, שבו ניתן הסבר שונה לחלוטין להחלטתו של אלוף שרון לגרש את הבדואים. בשלב זה די לציין כי מוזר ביותר שהצהרה על מסקנתו של אלוף שרון הובאה על-ידי אלוף טל, ולא על-ידי אלוף שרון עצמו, אשר היה כאמור אחד המשיבים בעתירה. האם חשש מאן שהוא בפרקליטות כי תצהיר מטעם שרון שבו יאמר כי שיקוליו בביצוע הגירוש היו השיקולים המופיעים בתצהירו של טל יהיה בבחינת תצהיר-שקר? יש להניח כי לעולם לא נדע את התשובה לשאלה זו. באותה מידה אפשר להביע תמיהה על כך שהנימוקים הבטחוניים הדרושים כביכול שהובאו בתצהירו של אלוף טל לא הובאו בתצהיר מטעם מי שהייתה לו אחריות ישירה לביטחון באזור, הלא הוא מפקד הגזרה תא"ל פונדק. תמיהה זו מתפוגגת כאשר אנחנו לומדים על עדותו של תא"ל פונדק לפני ועדת החקירה הצבאית.<sup>130</sup> נעמוד על עדות זו למטה.

כפי שצוין לעיל, גם מתאם פעולות צה"ל בשטחים, תא"ל שלמה גזית, לא היה שותף להחלטה על הגירוש, ולמד על הגירוש מתלונה של הצלב האדום הבין-לאומי. גזית הגיש את התפטרותו לרמטכ"ל כמחאה על הגירוש.<sup>131</sup> תא"ל גזית היה שותף לתכנון התיישבות יהודית במקום אך לא סבר כי התיישבות זו מחייבת פינוי בכוח של הבדואים. בריאיון שנערך עימו בתל-אביב, בחודש פברואר 2014, אמר גזית כי אף שהתפיסה האסטרטגית-הבטחונית של הממשלה הייתה שיש להקים יישובים באזור, הוא היה בדעה כי אפשר להקים מבלי לפנות את הבדואים או לפחות להגיע איתם להסכם על העברתם לאזור אחר. גזית גם אמר כי לא הייתה שום פעילות עוינת מצד השבטים שפוננו עובר לפינויים.

אלוף טל הגיש תצהיר נפרד בשתי העתירות. בתצהיר בעתירה 306/72 הוא ביקש לראות את האמור ברוב סעיפי החצהיר בעתירה 302/72 כחלק מתצהירו. אך בתצהירו בעתירה בבג"ץ 306/72 הוא הוסיף כמה נקודות שיש להן חשיבות לדיון הנוכחי. בעתירותיהם הזכירו העותרים את המלצתה של ועדת החקירה הצבאית לנזוף בקצין בכיר ולהעביר קצין ועובד אזרחי של צה"ל מתפקידיהם. טל לא כפר בכך, אבל ביקש להבחין בין הדרך שבה בוצע הפינוי והאמצעים שנקטו לשם ביצועו לבין "עצם הכורח הבטחוני החיוני בביצוע הפינוי עצמו". הוא הוסיף:

ועדת החקירה האמורה הסתייגה מדרך הפינוי מהיבט צבאי פנימי אך לא הסתייגה מעצם הכורח הבטחוני שבפינוי עצמו.<sup>132</sup>

במישור הפורמלי יש אמת באמירה זו, שכן ועדת החקירה לא התייחסה כלל לנימוקים הבטחוניים שעמדו כביכול מאחורי הפינוי-גירוש, וממילא גם לא הסתייגה מן הכורח הבטחוני שנטען כי היה בו. באותה מידה היה אפשר לכתוב כי הוועדה לא הסתייגה ממדיניותו הבטחונית של שר הביטחון או מתפקודו של הרמטכ"ל. אולם גם אם מבחינה טכנית-פורמלית

130 דוח ועדת החקירה, לעיל ה"ש 94, פס' 27.

131 גזית, לעיל ה"ש 64, בעמ' 73-75 ו-310-312.

132 תצהיר אלוף טל בבג"ץ 306/72, ס' 4.

יש אמת באמירתו לעיל של טל, נראה לנו כי במישור המהותי יש בה כדי להטעות, וזאת מכיוון שהרושם הברור שנוצר אצל הקורא את התצהיר הוא כי ועדת החקירה עמדה על הכורח הבטחוני שבפינוי-גירוש ולא הסתייגה ממנו. מקריאת פסקי-הדין ברור כי כך התרשמו השופטים. האם לא היה אפשר לצפות שהפרקליטות תימנע מניסוח תצהיר שיש בו משום הטעיית בית-המשפט?

בהמשך תצהירו ביקש אלוף טל לשלול את טענותיהם של העותרים כי ניתן להסיק מאמירות של שר הביטחון דיין ושל השר גלילי כי לא היה כורח בטחוני בפינוי-גירוש וכי אין כורח בטחוני למנוע את שובם של הבדואים לאזור. בעתירות ציטטו העותרים את דבריו של שר הביטחון דיין כי "פינוי הבדואים מפתחת רפיח נעשה ללא החלטת ממשלה ובלי הוראת המטכ"ל ולא היתה מגמה לפנות את השטח הזה לצרכי התיישבות יהודית".<sup>133</sup> לנוכח מה שאנחנו יודעים מדוח ועדת החקירה – כי כל מטרת הפינוי-גירוש הייתה לאפשר התיישבות יהודית באזור – מעניין לראות איך נוסחה התייחסותו של אלוף טל לדבריו אלה של שר הביטחון. טל לא הכחיש כי השר דיין אכן אמר את הדברים, אך הצהיר כי דיין מסר לו שהוא "לא התכוון כלל לכפור בתקיפותה של ההחלטה לפנות את האזור או בחיוניותה של פעולה זו". בהמשך הפנה טל לדבריו בדבר הפעילות העוינת באזור ובדבר הצורך ליצור אזור חייך, והוסיף: "פינוי האזור הנדרש נעשה על פי הוראת רשויות צ.ה.ל באזור".<sup>134</sup> ענינו הרואות כי אין התייחסות מפורשת לאמירתו של השר דיין שלא הייתה מגמה לפנות את השטח לצורכי התיישבות יהודית. התשובה הלקונית כי פינוי האזור נעשה על-פי הוראותיהן של רשויות צה"ל ניתנה כנראה כדי להעביר את הרושם שלא היו שיקולי התיישבות מאחורי החלטת הפינוי-גירוש. אפשר גם לומר כי דבריו של אלוף טל כי הפינוי בוצע על-פי הוראת רשויות צה"ל באזור אינם מדויקים. מדוח ועדת החקירה אני למדים כי חלק מרשויות צה"ל באזור, ובראשן מפקד כוחות צה"ל באזור, לא ידעו כלל על ההוראה, ואפילו מחו עליה.

אין בתצהירו של אלוף טל הכחשה מפורשת אחרת של הטענה כי שיקולי התיישבות הם שעמדו מאחורי החלטת הפינוי-גירוש. כתגובה על טענת העותרים כי לא היה כל שיקול של הכרח צבאי שהצדיק את גירושם, וכי אין שיקולים כאלה המצדיקים את מניעת שובם הגמור למקומותיהם, השיב אלוף טל כי הוא כופר באמור בסעיף זה בשתי העתירות, והוסיף כי "פינוי העותרים ובני שבטיהם מהאזור הנידון נבע כאמור מכורח צבאי חיוני, והוא אשר מונע את החזרתם של העותרים ובני שבטיהם למקומות מהם פונו".<sup>135</sup> כזכור, הכורח הבטחוני שמתואר בתצהירו של אלוף טל היה טמון בפעילות העוינת בתקופה שקדמה לפינוי, ולא בתוכנית אסטרטגית להקים יישובים באזור בתיאום עם הסוכנות היהודית.

נוסף על תצהירו של אלוף טל הוגש לבית-המשפט תצהיר מטעם סא"ל יוסף כהן, ששימש בתקופה הרלוונטית מפקד יחידת הגששים בפיקוד הדרום. בתצהירו הצהיר סא"ל כהן כי באזור פתחת רפיח הוא נתקל בפעילות חבלנית בקנה-מידה חמור. הוא פירט את סכומי הפיצויים

133 פס' 19 לעתירה לצווי עשה בפרשת פתחת רפיח, לעיל ה"ש 8.

134 תצהיר אלוף טל בבג"ץ 306/72, ס' 5.

135 שם, ס' 10.

שקיבלו הבדואים שפוננו מן האזור, וכפר בחלק מטענותיהם של העותרים לגבי הדרך שבה בוצע הפינוי-גירוש. סא"ל כהן הצהיר, בין היתר, כי צו לסגירת האזור הוצא כבר בשנת 1969, ולפיכך היו הבדואים צריכים לדעת כי שהייתם באזור היא זמנית וכי הם ייאלצו ביום מן הימים לפנות את האזור. בעניין צו הסגירה שהוצא בשנת 1969 הוגש גם תצהיר מטעם סא"ל דב שפי, ששימש באותה תקופה ראש ענף ייעוץ וחקיקה בפרקליטות הצבאית. בתצהירו זה פירט סא"ל שפי את הצווים שהוצאו על-ידי מפקדי האזור לפני הפינוי-גירוש ואחריו, אולם לא התייחס לטעמים שעמדו מאחורי הפינוי-גירוש מושא העתירות. כן הוגשו שני תצהירים מטעם אל"מ עופר דוד. הלה שימש מפקד האזור אחרי הפינוי-גירוש, אך הצהיר כי עובדות העניין ידועות לו מתוקף תפקידו. תצהירו עוסקים ביחס כלפי הבדואים אחרי הפינוי-גירוש, ואין בהם התייחסות לשיקולים שעמדו מאחוריו.

לבסוף, תצהיר נוסף הוגש מטעם סא"ל נסים קזו, מפקד אזור ח'אן-יונס בתקופת הפינוי-גירוש, אשר הוזכר בעתירה בבג"ץ 302/72 כמי שאליו פנה אחד מן העותרים בבקשה כי יפעל לביטול הוראת הגירוש. תצהיר זה רלוונטי לדיון שלפנינו, מכיוון שסא"ל קזו גם העיד לפני ועדת החקירה הצבאית. בעדותו זו אמר כי כשנה וחצי לפני הפינוי גודר השטח בשיתוף עם הסוכנות היהודית לצורכי התיישבות יהודית. הוא גם הודה כי אמר לבדואים שמפנים אותם לצורך התיישבות יהודית, וסיפר לוועדה כי ב-1.1972 נפגש מפקד האזור בדקלה עם אנשי מחלקת ההתיישבות של הסוכנות היהודית. בתצהירו בבג"ץ אין זכר לדברים אלה. סא"ל קזו פשוט חזר במילה על הצהרתו של סא"ל כהן בדבר הפעילות העוינת באזור, מבלי לומר במפורש כי הפינוי-גירוש בוצע עקב פעילות זו. בהמשך הכחיש סא"ל קזו חלק מטענותיהם של העותרים בדבר הבטחות שנתן להם כביכול אחרי מתן הוראת הפינוי-גירוש.

### (ג) עיקרי הטענות של הצדדים

תצהירי התשובה לעתירות הוגשו לבית-המשפט באמצע חודש ספטמבר 1972, ולקראת הדיון בעתירות, שנקבע ליום 7.1.1973, הגישו באי-כוח הצדדים את עיקרי הטענות שלהם. בפתח עיקרי הטענות שלו הציג עו"ד הולצמן את טענתו כי מעשיהם של המשיבים כלפי העותרים ובני משפחותיהם "דבר אין להם עם 'שיקולי הכרח צבאיים' המתחייבים מאמנת זינבה מיום 12.8.1949 או עם 'צורכי צבא הכיבוש' המתחייבים מאמנת האג מיום 18.10.1907"<sup>136</sup>. בא-כוח העותרים התייחס לשטחים מושא הצווים לסגירת האזור שפורטו בתצהירו של סא"ל שפי, וטען כי בקרקעות אלה הוקם המושב שדות ו"כי הקמת מושב איננה 'שיקול-הכרח צבאי' ולא 'צורך של צבא הכיבוש'".<sup>137</sup>

עיקרי הטענות של עו"ד הולצמן הוקדשו לניסיון להפריך את נימוקי הביטחון שפורטו בתצהירו של אלוף טל. הולצמן ביקש לשכנע את בית-המשפט כי יש כשלים לוגיים בנימוקים אלה; להראות כי אין קשר בין "מפת הפיגועים" שצורפה לתצהירו של אלוף טל בבג"ץ 302/72 לבין האזורים שהיו נחוצים, לדברי טל, כאזורי חייך; ולהסביר כי לא הובאה ראיה

136 עיקרי הטענות של העותרים בבג"ץ 302/72, 306/72, ס' 3.

137 שם.

כלשהי שיש בה כדי לקשור את העותרים או את בני משפחותיהם לפיגועים. עו"ד הולצמן עמד על כך שבניגוד לטענת המשיבים כי פעולות החבלה התגברו לקראת סוף שנת 1971, דווקא בחודשים שקדמו לגירוש (שבוצע כזכור בינואר ובפברואר 1972) היה מספר הפיגועים קטן יותר מאשר בתקופה המקבילה בשנת 1970 ובתקופה שלאחר ביצוע הגירוש. מסקנתו של עו"ד הולצמן הוצגה במילים אלה:

אטען כי אין מנוס מהמסקנה שמתעמים אשר אותם מעלימים המשיבים מבית משפט נכבד זה פונו העותרים ושבתיהם ממקומותיהם ומטעמים כמוסים אלה מונעים המשיבים מהעותרים את שובם למקומותיהם.<sup>138</sup>

כפי שנראה בהמשך, בדיון בבקשתו לחקור את המצהירים מטעם המשיבים אמר עו"ד הולצמן כי טעמים כמוסים אלה קשורים להתיישבות יהודית באזור. עו"ד הולצמן כלל בעיקרי הטיעון גם טענות משפטיות מפורטות המתייחסות, בין היתר, לגבולות ההתערבות של בית-המשפט בשיקולים צבאיים, לתחולתה ולאכיפתה של אמנת ז'נבה הרביעית, ולהעדר הסמכות לבצע את הגירוש ולמנוע את שובם של העותרים ובני משפחותיהם לאזור.

עיקרי הטיעון מטעם המדינה התייחסו לרקע העובדתי לפינוי-גירוש ולטענות משפטיות בדבר הסמכות לפנות את הברואים מן האזור ולמנוע את שובם – הן לפי המשפט הבין-לאומי הן לפי החקיקה הצבאית; למעמדה של החקיקה הצבאית כחקיקה ראשית שאין ביקורת שיפוטית עליה; לשיקול-הדעת הרחב בהערכת כורח צבאי ולגבולות הצרים של ההתערבות השיפוטית בו. בעניין המרכזי – שיקוליו של אלוף הפיקוד בהחלטה על הפינוי-גירוש – קשרו עיקרי הטיעון את ההחלטה לפיגועים באזור שקדמו לה. יש בהם חזרה על הנתונים שהובאו בתצהיריו של אלוף טל בדבר הפיגועים שאירעו באזור בתקופה שבין ינואר 1970 למרץ 1972, ובסעיף נפרד, שבא אחרי הצגת נתונים אלה, נכתב:

בנסיבות האמורות הגיעו שלטונות הצבא לכלל מסקנה כי כדי להבטיח את הסדר, הבטחון ושלום הציבור באזור רצועת עזה וצפון סיני חיוני לבורד את רצועת עזה ממקורות הספקת הנשק והתחמושת המצויים באזור סיני ולנתק את דרכי הגישה מאזור סיני לאזור רצועת עזה ולישראל.<sup>139</sup>

לא נאמר מי הם אותם שלטונות צבא שהגיעו למסקנה זו, איך נשקל העניין, ומדוע הוחלט להוציא את התוכנית לפועל דווקא אחרי שנרשמה ירידה, לטענת העותרים, במספר הפיגועים באזור. גם לא נאמר, כמובן, מדוע לא היה מפקד האזור שותף להחלטה, ומדוע לא הוצגה מסקנתם של שלטונות הצבא לפני ועדת החקירה הצבאית שהקים הרמטכ"ל כדי לבדוק את הפינוי-גירוש.

138 שם, ס' 3(יא).

139 עיקרי הטיעון של המשיבים בבג"ץ 302/72, ס' 4.

באשר לביטחון באזור החיץ נטען בעיקרי הטיעון כי ניתן להבטיחו על-ידי סגירת האזור "תוך מניעת נוכחות קבע של תושבים מקומיים או על-ידי קיום התיישבות ונוכחות יהודית במקום, או על-ידי שילוב שתי הדרכים יחדיו". בהמשך נאמר:

להשגת המטרה של יצירת אזור חייץ כאמור פינו שלטונות צה"ל את האזור נשוא העתירות הנ"ל מתושביו ונקטו בשיטות פיקוח וסדורים בטחוניים מיוחדים אשר נקיטתם תיתכן רק כשהאזור פנוי כאמור.<sup>140</sup>

בפסקה זו אמנם לא נאמר במפורש כי אין כוונה להשתמש בדרך השנייה – דהיינו, התיישבות יהודית במקום – אך הועבר בה הרושם כי השלטונות בחרו רק בדרך הראשונה (וכפי שנראה בהמשך, כך הבין את העניין השופט לנדוי).

בעיקרי הטיעון הוזכרה ועדה שהקים הרמטכ"ל כדי לבחון אם יש להחזיר את הבדואים לאזור, וצוין כי ועדה זו הגיעה למסקנה שלילית והמליצה לשקם את המפונים בשולי האזור ולשלם להם פיצויים. כן צוין כי לאחר שהממשלה עיינה בהמלצות הוועדה ושקלה את שיקולי הביטחון הנוגעים לעניין, היא החליטה, בישיבתה מיום 9.7.1972, לא לאפשר את שובם של הבדואים לאזור.

כדי לא להותיר ספק בדבר שיקוליהם של המשיבים בפניו-גירוש ובמניעת שובם של הבדואים לאזור, הוספה לעיקרי הטיעון הפסקה הבאה:

ההחלטה לפנות את התושבים כאמור נבעה לאור הרקע הנ"ל משיקולים של כורח צבאי חיוני, והוא הדין לגבי השיקולים המחייבים לדעת שלטונות הבטחון את אי החזרתם של התושבים למקומות מהם פונו.<sup>141</sup>

#### (ד) הדיון בעתירות

ביום 7.1.1973 נפתח הדיון בעתירות לפני הרכב של שלושה שופטים – לנדוי, ויתקון וקיסטר. בפתח הדיון ביקש בא-כוח העותרים לחקור את המצהירים בדבר שיקולי ההכרח הצבאי שחייבו את פינוי העותרים. עו"ד הולצמן טען כי החלטת הרשויות נגועה בחוסר תום-לב, "כי יש טעמים אחרים שאין מגלים".<sup>142</sup> בתשובה לשאלה של בית-המשפט ענה הולצמן: "נכון, אני מתכוון לנימוק של נוכחות ישראלית במקום, כך אני משער".<sup>143</sup> בתשובה לשאלה נוספת של בית-המשפט הודה הולצמן כי היה יכול לבקש פרטים נוספים, והציע כי בית-המשפט יחליט תוך כדי החקירה אם היא לעניין או לא.

בא-כוח המשיבים התנגד לבקשתו של הולצמן. הוא טען כי יש בתצהירו של אלוף טל פירוט מלא של השיקולים הצבאיים, וכי הוא אינו רואה מה חקירה נוספת יכולה לתת. בא-כוח המשיבים חזר על הטענה כי בא-כוח העותרים היה יכול לבקש פרטים נוספים.

140 שם, ס' 7.

141 שם, ס' 12 (ההדרגה הוספה).

142 בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל (פרוטוקול הדיון מיום 7.1.1973).

143 שם.

## בהחלטה קצרה פסק בית-המשפט:

התצהירים שהוגשו לנו מלאים די צרכם ואין אנו רואים מקום לחקירות המצהירים בעל פה.<sup>144</sup>

החלטה זו של בית-המשפט אינה נותנת מענה לטענתו של בא-כוח העותרים כי השיקולים האמיתיים לפינוי לא הובאו בתצהירים. איך היה בית-המשפט יכול לדעת אם התצהירים מלאים די צרכם אם לא ניתנה לעותרים האפשרות להפריך זאת? כפי שצוין בדיונונו בפרשת אלון מורה, אשר הגיעה לבית-המשפט כשש שנים אחרי ההחלטה בעניין פתחת רפיח, הנימוק האמיתי להחלטה להקים את היישוב על הקרקע של העותר בפרשה זו התגלה רק מתוך השאלון שהוגש למצהיר מטעם המשיבים, ששימש מעין חקירה בכתב שלו. אילו קבע בית-המשפט גם שם כי התצהירים מלאים די צרכם, לא היה מתגלה השיקול הדומיננטי שעמד מאחורי הקמת היישוב, ואשר הוביל את בית-המשפט למסקנה כי יש לפסול את תפיסת הקרקע של העותר. נראה אפוא כי החלטתו של בית-המשפט לא לאפשר את חקירת המצהירים בפרשתנו חרצה את גורלן של העתירות עוד בטרם שמע בית-המשפט את טענותיהם של הצדדים.

בדיון שהתקיים אחרי דחיית בקשתו של בא-כוח העותרים לחקור את המצהירים, חזר בא-כוח המשיבים על מה שנאמר בתצהירו של אלוף טל בדבר הפיגועים שהיו באזור, בדבר הצורך ליצור אזור חיץ בין צפון סיני לבין חבל עזה, ובדבר האפשרות להבטיח את אזור החיץ על-ידי פינוי האזור וסגירתו, על-ידי "התיישבות יהודית בטחונות באזור" ועל-ידי שילוב של שתי השיטות. בהמשך דבריו הזכיר בא-כוח המשיבים רק את האמצעים שנקטו אחרי הפינוי-גירוש כדי למנוע כניסה לאזור, ולא התייחס כלל לאפשרות של התיישבות יהודית עתידית באזור.<sup>145</sup> לאחר-מכן הוא סיפר לבית-המשפט כי הוועדה שהוקמה על-מנת לבחון את שובם של הבדואים לאזור המליצה לא לאפשר להם לחזור, אלא לשלם להם פיצויים ולשקמם במקומם החדש, וכי הממשלה אישרה המלצות אלה. בא-כוח המשיבים טען כי פעולות הצבא לא חרגו מאמנת זנבה הרביעית ומכללי האג, וכי פעולות הצבא בשטחים המוחזקים מודרכות על-פי הוראותיהם. בסיום השמעת טיעונו של בא-כוח המשיבים נדחה המשך הדיון בעניין למועד אחר.<sup>146</sup>

לפני קיום הישיבה האחרונה של בית-המשפט, שבה עמד בא-כוח העותרים להציג את טענותיו, נפטר עו"ד חיים הולצמן. טיעוני העותרים הושמעו על-ידי שותפו, עו"ד גבריאל גלייזר, מתוך סיכומים בכתב שהכין עו"ד הולצמן לפני מותו. בסיכומיו עשה הולצמן מאמץ להראות לבית-המשפט כי אין ממש בנימוקים הבטחוניים, ובמיוחד שאין קשר בין הפיגועים שתוארו בתצהירים מטעם המשיבים לבין השטח שממנו פונו העותרים. מטרתו הייתה להוביל את בית-המשפט למסקנה כי שיקולים אלה לא היו השיקולים האמיתיים לפינוי-גירוש. לפי דבריו של בא-כוח העותרים, לא היה כל קשר בין מה שהתרחש בשטח בסוף 1971 לבין הפינוי.

144 ש.ם.

145 בזמן הדיון כבר היו שתי היאחזויות באזור – שדות ודקלה.

146 בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל (פרוטוקול הדיון מיום 7.1.1973).

באותה תקופה שרר שקט יחסי באזור, ובסיכומים בכתב נטען כי המשיבים הזדרזו לבצע את הפינוי מתוך חשש "שכעבור זמן לא יהיה תירוץ צבאי-כביכול לפינוי". בדבריו בבית-המשפט טען עו"ד גלייזר כי "הסיבות שכך בנו החיץ, כה משונה, אינן איפוא צבאיות, אלא מדיניות או התיישבותיות, שאותן אין המשיבים רוצים לפרט".<sup>147</sup>

#### (ה) תמיהות העולות מטענות המשיבים

כפי שראינו לעיל, לפני ועדת החקירה לא נעשה כל ניסיון להצדיק את הפינוי-גירוש על-פי הנימוקים הבטחוניים שהוצגו לאחר-מכן בבית-המשפט. דבר זה מעורר תמיהה בכמה מישורים. אם אכן עמדו שיקולים צבאיים דחופים מאחורי הפינוי-גירוש, ניתן לשער כי דווקא ועדה חקירה צבאית – המורכבת כולה מקציני צבא בכירים, ובראשם מפקד אגף מודיעין בצה"ל – הייתה כשירה להעריכם ולבחון אם הם אכן יצרו כורח צבאי שמצדיק את הצעד הקיצוני של פינוי-גירוש אלפי בני-אדם מבתיהם, כפי שנטען בבג"ץ. זאת ועוד, ועדת החקירה הגיעה למסקנה כי "הוראת אלוף שרון לפנות את תושבי השטח ולהרוס את המבנים לאחר הפינוי היתה בה משום חריגה מסמכות".<sup>148</sup> אם האלוף נאלץ לקבל את ההחלטה לנוכח הכורח הצבאי שנוצר עקב העלייה בפעילות החבלנית באזור בסוף 1971 (כפי שהצהיר אלוף טל), מוזר ביותר שבנסיונו להצדיק את מעשיו לפני הוועדה לא העלה אלוף שרון את הנקודה הזאת, אלא עמד על שיקולי ההתיישבות בלבד.<sup>149</sup>

המשיב השלישי בשתי העתירות היה תא"ל יצחק פונדק, שהיה מפקד אזור רצועת עזה וצפון סיני בתקופת הפינוי-גירוש. כאמור לעיל, בדומה למשיב השני, אלוף הפיקוד שרון, גם תא"ל פונדק לא הגיש תצהיר לבג"ץ. מעיון בדוח של ועדת החקירה אנחנו יכולים להבין מדוע. תא"ל פונדק העיד לפני הוועדה כי אמנם דיווח לו שעומדים לערוך תיקון בגבול המזרחי לפי צו התפיסה שהוצא בזמנו, ושעומדים לגדר את השטח. אולם הוא לא ידע שיש כוונה לפנות תושבים מהשטח שעומדים לגדר, "מאחר וגדור אינו מביא בעקבותיו בהכרח פנוי אוכלוסייה מהשטח המגודר והיו שטחים שגודרו והתושבים המקומיים לא פונו מהם".<sup>150</sup> למפקד האזור נודע על הגירוש ממפקד נפת ח'אן-יונס, ובעקבות מידע זה הוא פנה לאג"מ/מב"ת, שהודיעו לו כי התקבלו תלונות על גירוש בדואים והריסת בתים באזור הדרומי, וכי הם שולחים לאזור קציני לבירור הנושא. אך כפי שראינו לעיל, בתצהירו של אלוף טל נאמר כי שלטונות צה"ל הגיעו למסקנה כי יש כורח צבאי לפנות את האזור וליצור אזור חיץ לנוכח הפעילות העוינת שהייתה

147 פרשת פתחת רפיח, לעיל ה"ש 8, בעמ' 175.

148 דוח ועדת החקירה, לעיל ה"ש 94, פס' 101. הוועדה הייתה סבורה כי "משתמע מהוראות אג"מ/מב"ת מ-19 פבר' 71... כי פעולות מסוג זה אינן בסמכות אלוף הפיקוד אלא בסמכותו של מפקד האזור וכן בהתחשב בטיבן ובהיקפן של הפעולות הנ"ל הן מחייבות את אישורו המוקדם של אג"מ/מב"ת".

149 שם, פס' 47. הוועדה אומרת כי "אלוף שרון מציין כי לדעתו פעל הפקוד בהתאם להוראות שהוצעו ע"י אג"מ/מב"ת בנושא סמכויות ונוהלי עבודה בשטחים... בכך שהוא רק יזם פעולה להתיישבות יהודית, נושא שהוא באחריות הפקוד".

150 שם, פס' 27.



בתקופה שקדמה לפינוי-גירוש. הייתכן כורח צבאי שמפקד האזור אינו מודע לו? ומיהם אותם שלטונות צה"ל שהגיעו לאותה מסקנה? האם מתקבל על הדעת שאלה אינם כוללים את מפקד האזור, שנושא באחריות הישירה לביטחון באזור, ואף לא את אג"ם/מב"ת?<sup>151</sup> בתצהיריו של אלוף טל נאמר כי ועדת החקירה לא הסתייגה מן הכורח הבטחוני שבפינוי עצמו. כבר הבענו את דעתנו שבניסוח זה הטעו המשיבים את בית-המשפט. אך מעבר לכך, יש לציין כי ועדת החקירה לא הביעה את דעתה בשאלה אם יש שיקולים בטחוניים המונעים את שובם של הברואים לאזור שממנו פונו-גורשו. בהמלצות הוועדה נאמר:

לאור העובדה כי פונו תושבים משטחים ללא בסיס חוקי ממליצה הוועדה כי **באם יוחלט לאשר בדיעבד פעולות הפינוי יש לתת לכך בסיס משפטי מתאים על ידי הוצאת צווי סגירה ותפיסה של השטחים שפוננו.**<sup>151</sup>

עינינו הרואות כי הוועדה לא הביעה דעה כלשהי בשאלה אם יש שיקולי ביטחון המונעים את שובם של הברואים לאזור, אלא הותירה שאלה זו להחלטתן של הרשויות. הסיבה לכך הייתה אולי שייפוי-הכוח של הוועדה היה לבחון אם בפעולות שנעשו בהעברת הברואים הייתה חריגה מסמכות ועל-ידי מי, ואם הייתה הסתה של הברואים ועל-ידי מי.<sup>152</sup> לבסוף, הוכחה ניצחת שוועדת החקירה הצבאית תפסה את הסוגיה העקרונית שעלתה בעקבות פינוי-גירושם של הברואים כשאלה הנוגעת לסמכות בענייני התיישבות, ולא בענייני כורח צבאי, מצויה בסעיף האחרון של הדוח, שבו הוועדה מציגה את המלצתה בזה הלשון:

יש לדעת הוועדה צורך בהגדרות ברורות וחד משמעיות בנושא הגדרת הסמכויות של מפקדת הפקוד ומפקדת האזור בנושא התיישבות בשטחים המוחזקים והפעולות הנעשות לאתור שטחים, סגירתם, תפיסתם ופנויים מאוכלוסייה.<sup>153</sup>

אין זכר בדברים אלה לחלוקת הסמכויות בהחלטות הנוגעות לפעולות הנעשות מחמת כורח צבאי.

### (ו) פסק-הדין

היות שעיקר ענייננו כאן הוא בפער בין הרקע הפוליטי-העובדתי להחלטת הרשויות לבין הדרך שבה הוצג העניין בבית-המשפט, והיות שפער זה זועק בפרשת פתחת רפיח מהשוואת הדוח של ועדת החקירה לטיעוני המשיבים בבית-המשפט, חשוב לעמוד על מקומו של הדוח בפסק-הדין עצמו. מטיעוני הצדדים למד בית-המשפט כי הוקמה ועדת חקירה צבאית לבדיקת הפינוי-גירוש. העותרים לא ראו את דוח הוועדה, אך המשיבים, שראוהו, סיפרו לבית-המשפט כי ועדה זו רק ביקרה את הדרך שבה בוצע הפינוי-גירוש "מבחינה צבאית-פנימית", וכי היא לא

151 שם, פס' 116 (ההדגשה הוספה).

152 ראו לעיל ה"ש 95.

153 דוח ועדת החקירה, לעיל ה"ש 94, פס' 117.

הסתייגה מן הכורח הצבאי שעמד מאחוריו. השופט לנדוי, שכתב את פסק־הדין העיקרי, אינו מפקפק במה שאמרו לו המשיבים בעניין זה, ואומר:

לא ראינו את דין־וחשבון הוועדה הזאת ולא ראינו צורך לדרוש את הגשתו, כי הסעדים שהעותרים מבקשים בעתירותיהם בבית־משפט זה אינם נוגעים לדרכי הביצוע אלא לסמכות המשיבים להרחיק את העותרים ולטעמים שבהם מבקשים המשיבים להצדיק את סירובם להרשות לעותרים לשוב למקומותיהם הקודמים.<sup>154</sup>

אילו דרש וראה בית־המשפט את דוח ועדת החקירה, הוא לא היה יכול לכתוב כי הדוח מתייחס רק לדרכי הביצוע של הפינוי־גירוש, ולא לסמכות "להרחיק" את העותרים ולמנוע את שובם. הטעיית בית־המשפט באשר לתוכן הדוח וסירובו של בית־המשפט לאפשר את חקירת המצהירים פוגמים ביושרתו של ההליך השיפוטי בפרשה זו.

הדרך שבה בית־המשפט מציג את עובדות המקרה שנדון לפניו הינה כמובן חלק חשוב ביותר בכל פסק־דין. עיוות מהותי בהצגת העובדות עלול להוביל למסקנה שיש בה אולי היגיון משפטי פנימי, אך אין היא המסקנה המשפטית המתבקשת לנוכח מה שהתרחש בפועל או אפילו לפי העובדות שהובאו לידיעתו של בית־המשפט. נעמוד אפוא על הדרך שבה הוצגו העובדות בפסק־הדין במקרה זה.

אחרי שהוא מתאר את העובדות ה"יבשות" של הפינוי והצווים שהוצאו לסגירת האזור, עובר השופט לנדוי לתצהירו של אלוף טל, ומציג בצורה מפורטת את עמדתו של טל בדבר הנימוקים לפינוי־גירוש הבדואים ולאמצעים שננקטו כדי להבטיח את סגירת האזור שממנו פונו. בתצהירו עמד טל על מספר הפיגועים שהתרחשו באזור (ראו סעיף 5 לתצהירו בכג"ץ 302/72). בסוף דבריו אלה הצהיר טל כי פעולות החבלה שהתגברו ברצועת עזה לקראת סוף 1971, וכן חומר מודיעיני רב ומוסמך, הצביעו על העובדה שאחד ממוקדיה ומבסיסה של החבלה הוא פתחת רפיח. אחרי דבריו אלה הצהיר טל, בסעיף הבא של התצהיר (סעיף 6), כי אלוף פיקוד הדרום הגיע לכלל מסקנה כי כדי להשתלט על הפעילות החבלנית וכדי להבטיח את הסדר והשלום הציבורי ברצועת עזה, חיוני לבודד אותה ממקורות אספקת הנשק והתחמושת המצויים באזור סיני, ולנתק את דרכי הגישה מאזור סיני לאזור רצועת עזה. מדרך הצגת הדברים מתקבל הרושם כי מי שהכין את התצהיר בעבור אלוף טל לא ביקש ליצור קשר סיבתי בין העלייה כביכול במספר הפיגועים לקראת סוף 1971 לבין החלטתו של אלוף הפיקוד שרון, שהרי אין טל אומר במפורש כי העלייה במספר הפיגועים היא שהניעה את שרון להורות על פינוי הבדואים. ניתן לשער כי הפרקליט שהכין את התצהיר הכיר את דוח ועדת החקירה, וידע כי קשר כזה אינו משקף את האמת. עם זאת, אף שלא נאמר במפורש כי החלטת שרון נבעה ישירות מן העלייה במספר הפיגועים בחודשים שקדמו לגירוש־פינוי, אין ספק כי זה הרושם העולה מקריאת התצהיר, וכך גם הבין השופט לנדוי את העניין, כמשתקף בדבריו הבאים:

154 פרשת פתחת רפיח, לעיל ה"ש 8, בעמ' 173.

לקראת סוף 1971 התגברו פעולות החבלה ברצועת עזה ולפי הידיעות שבידי הצבא היה אחד מבסיסי החבלה בפיתחת רפיח. לפיכך הגיע אלוף פיקוד הדרום לכלל מסקנה שכדי להשתלט על פעילות חבלנית זו חיוני הוא לבודד את רצועת עזה ממקורות אספקת הנשק והתחמושת המצויים באזור סיני ולנתק את דרכי הגישה מאזור סיני לאזור רצועת עזה...<sup>155</sup>

עינינו הרואות: השופט לנדוי מניח כי לפי עמדת טל, ההתגברות הנטענת בפעולות חבלה היא אשר הובילה את שרון למסקנה כי יש לבודד את רצועת עזה מצפון סיני. כפי שנראה בהמשך, בית-המשפט לא היה מוכן לפקפק בעמדה הבטחונית של המשיבים, לבוחנה או לבקרה. יוצא, אם כן, שביסוד פסק-דינו של השופט לנדוי עומדת קביעה-מסקנה הנשענת על כרעי תרנגולת, שהרי לא רק שלא הייתה התגברות בפעולות החבלה באותה תקופה, אלא שהקשר בין פעולות החבלה לבין החלטתו של שרון על הפינוי-גירוש לא הוצג כלל לפני ועדת החקירה הצבאית שלפניה העיד אלוף שרון עצמו; ואילו מפקד האזור, שהיה אחראי לביטחון היומיומי באזור, לא היה מודע לצורך החיוני הנטען, ומדבריו לפני ועדת החקירה ניכר כי הוא אפילו הסתייג מן הפינוי-גירוש. אנו נאלצים אפוא לבחור בין שתי אפשרויות: האחת, שהמשיבים הסתירו מוועדת החקירה הצבאית את הקשר בין העלייה כביכול בפעולות החבלה לקראת סוף 1971 לבין החלטתו של אלוף שרון להורות על הפינוי-גירוש; והאחרת, שהם הסתירו מבית-המשפט את הקשר בין ההחלטה להקים יישובים באזור לבין החלטת הפינוי-גירוש של אלוף שרון. קשה לחשוב איזה אינטרס היה לרשויות להסתיר מידע בטחוני מוועדת החקירה. לעומת זאת, לא קשה לחשוב איזה אינטרס היה להם להסתיר את עניין ההתיישבות מבית-המשפט. הקורא מוזמן, אם כן, לבחון איזו משתי האפשרויות הללו נראית סבירה יותר.

בהמשך פסק-דינו השופט לנדוי מציג בקיצור נמרץ את טיעוני העותרים ואת עמדתם כי "אין מנוס מהמסקנה שמטעמים אשר אותם מעלימים המשיבים מבית-משפט נכבד זה פונו העותרים ושבטיהם ממקומותיהם ומטעמים כמוסים אלה מונעים המשיבים מהעותרים את שובם למקומותיהם".<sup>156</sup> בתגובה על טענתם זו של העותרים כותב השופט לנדוי את הדברים הבאים:

דברים אלה עצמם סתומים. אלוף טל מצדו אמר בתצהיר (פיסקה 6 (ג)) כי –

"באזור חיץ ניתן לנקוט בפעולות אלה:

(1) סגירת האזור תוך מניעת נוכחות קבע של תושבים מקומיים בו, ויצירת מכשולים שונים בתוך האזור ובכלל זה הקמת גדרות, איתור דרכי גישוש וכדומה.

(2) התיישבות ונוכחות יהודית.

(3) שילוב בין שתי השיטות המנויות בסעיפים-קטנים (1) ו-(2) לעיל."

155 שם, בעמ' 174 (ההדגשה הוספה).

156 שם, בעמ' 175.

אולם מתצהירו מסתבר שמבין אמצעים אלה שניתן לנקטם הפעיל צה"ל, לפחות לפי שעה, למעשה רק את האמצעי הראשון, דהיינו סגירת האזור והפיכתו לאזור חיץ, וכך הועמד העניין למבחן בבית-משפט זה. לפיכך אתרכז בבחינת הדברים באור זה, ולא אדון בשאלה של התיישבות למטרות בטחון מעבר לשטח השיפוט של המדינה – שאלה שיש לה אספקטים משפטיים משלה והיא לא נדונה בטענות לפנינו.<sup>157</sup>

לסיכום, השופט לנדוי מקבל כהנחת-יסוד שעמדת הרשויות היא כי השיקול האמיתי שעמד מאחורי הוראת הפינוי-גירוש של העותרים היה הכורח הצבאי ביצירת אזור חיץ בין צפון סיני לבין עזה, לנוכח העלייה בפעילות העוינת שנרשמה באזור בסוף שנת 1971. הוא אינו מוכן לבחון את השאלה אם היה אפשר להצדיק את הפעולה אילו הטיעון היה שהיא נעשתה כדי להקים באזור "התיישבות למטרות ביטחון". כזכור, הוא גם לא הרשה לבא-כוחם של העותרים לחקור את אלוף טל במטרה המוצהרת לחשוף כי הרקע האמיתי לגירוש היה תוכנית התיישבותית.

בהמשך פסק-דינו השופט לנדוי אינו בוחן אם יש בטענותיהם של העותרים כדי לעורר ספק בדבר כנותם של נימוקי הביטחון שהוצגו לפני בית-המשפט בתצהיריו של אלוף טל ובטענותיו של בא-כוח המשיבים; ההפך הוא הנכון – מבלי להתייחס לטענות העותרים אומר השופט לנדוי כי פירט את הטעמים שהובאו בתצהיריו של אלוף טל, "ואין לנו שום יסוד להטיל ספק בכך שהם נטענו לפנינו בתום-לב גמור".<sup>158</sup> האמת היא שבית-המשפט עשה כל שביכולתו כדי למנוע יצירת יסוד להטלת ספק כזה: הוא לא נתן לבא-כוח העותרים לחקור את אלוף טל על תצהיריו; הוא לא תהה מדוע אלוף שרון, שהחליט על הגירוש, לא הגיש תצהיר עם נימוקים להחלטתו; הוא נמנע מלהתמודד עם טענותיו החריפות של בא-כוח העותרים בדבר כשלים לוגיים בטיעוניו של אלוף טל; והוא בחר לא לדרוש שיציגו לפניו את הדוח של ועדת החקירה הצבאית.

בחלק השני של פסק-דינו מתייחס השופט לנדוי לכמה שאלות משפטיות: חוקיותן של הפעולות לפי המשפט הבין-לאומי, מקור הסמכות במשפט הפנימי, מעמדה של החקיקה הצבאית של המפקד הצבאי בשטח כבוש ומעמדו של המשפט הבין-לאומי בבית-משפט פנימי. אחד מן המחברים ניתח את עמדתו של בית-המשפט בשאלות אלה במקום אחר,<sup>159</sup> ואין צורך לחזור על הדברים כאן, מה-גם שלהכרעותיו של בית-המשפט בשאלות אלה אין חשיבות לגבי ניתוח הסוגיה שמעניינת אותנו כאן.

קיימת עם זאת נקודה אחת נוספת בפסק-דינו של השופט לנדוי שיש לעמוד עליה: חוסר נכונותו של בית-המשפט להתערב בהחלטות של רשויות הביטחון. בשאלה זו אומר השופט לנדוי כי ברור –

157 שם, בעמ' 175–176.

158 שם, בעמ' 178.

159 KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 35–38 ו-27–29.

שתחומי התערבותו של בית-המשפט בפעולותיהן של רשויות צבאיות הנוגעות לענייני בטחון מן ההכרח שיהיו צרים מאד. כך הוא באשר לפעולות כאלה בתוך שטח המדינה... על אחת כמה וכמה נכונה גישה זו אל פעולות שנעשו להשגת מטרה בטחונית מובהקת, כמו הבטחת רצועת עזה ושטח המדינה בפני פעילות חבלנית.<sup>160</sup>

ובהמשך, בהתייחסו לטענותיו המשפטיות של בא-כוח העותרים כי היה אפשר להגן על רצועת עזה מבלי לפנות את העותרים ממקום מגוריהם, אומר השופט לנדוי:

בעניינים כגון אלה בוודאי נעדיף את דעת אנשי הצבא על השגותיו של בא-כוח העותרים הסבור כי אפשר היה גם בלעדי יצירת אזור החיץ.<sup>161</sup>

השופט לנדוי בונה אם כן מעין מבנה סגור שאין לעותרים אפשרות לפורצו כל עוד הנחות-היסוד העומדות בבסיסו אינן מוטלות בספק, ובית-המשפט אינו מאפשר לעותרים להטיל בהן ספק. הנחות-היסוד הן: (1) הטעמים האמיתיים מאחורי הפינוי-גירוש היו טעמי ביטחון טהורים, הקשורים לפעילות החבלנית באזור; (2) אין כוונה לעת עתה לפתור את הצורך באזור חיץ על-ידי הקמת "התיישבות למטרות ביטחון" באזור; (3) ברגע שבית-משפט משתכנע כי הטעמים להחלטה היו טעמי ביטחון כנים, עליו לקבלם, ואין הוא רשאי לבקרם או לבחון אם הייתה דרך פוגענית פחות להשיג את הביטחון המיוחל.

מעניין שבעניין ההתיישבות באזור התגלעו חילוקי-דעות בין השופטים לנדוי וויתקון. בעוד שהראשון הניח כי אין כוונה "כעת" להקים יישובים ישראלים באזור שפונה, האחרון הבין מתצהיריו של אלוף טל כי אכן יש כוונה כזאת. השופט לנדוי בחר בדרך שלו מכיוון שסבר כי לשאלת ההתיישבות בשטחים יש "אספקטים משפטיים משלה והיא לא נדונה בטענות לפנינו".<sup>162</sup> השופט ויתקון לא ראה מניעה לחוות את דעתו בשאלה שלא נדונה לפני בית-המשפט. לדעתו, השאלה היחידה הייתה אם שיקולי הביטחון שהובאו בתצהיריו של אלוף טל היו אמיתיים, ולדבריו:

שיקולי הביטחון, שנטענו ונסקרו כמפורט בפסק-דינו של חברי הנכבד, לא הופרכו ולא נתגלו כמדומים וכהסוואה לשיקולים אחרים כאשר נודע מפי אלוף טל עצמו שהשטח (או חלק ממנו) נועד להתיישבות של יהודים, כשאף היא, במקרה דנן, אמצעי בטחוני.<sup>163</sup>

עמדתו של השופט ויתקון כאן היא מעניינת, ומצביעה בבירור על ההטיה של בית-המשפט לטובת המשיבים, שהרי בית-המשפט לא נתן רשות לבא-כוח העותרים לחקור את המצהיר על-מנת להפריך את הטענה כי שיקולי הביטחון שפורטו בתצהירו הם אכן אלה שעמדו מאחורי

160 פרשת פתחת רפיח, לעיל ה"ש 8, בעמ' 177.

161 שם, בעמ' 178.

162 שם, בעמ' 176.

163 שם, בעמ' 181.

החלטת הגירוש, ולאחר-מכן הוא קובע כי השיקולים לא הופרכו. איך היו המצהירים אמורים להפריך את השיקולים האלה אם לא ניתנה להם רשות לחקור את המצהיר? בסוף פסק-דינו חוזר השופט ויתקון על עמדתו, בכותבו:

והשיקולים היו בטחוניים כנים. לדעתי, הם היו כאלה. גם אם נקח בחשבון את העובדה הבלתי-מוכחשת, כי התיישבות יהודית כרוכה בפעולות הנקוטות לשם הבטחת בטחון השטחים והמדינה.<sup>164</sup>

את הדברים האלה יש להבין על רקע עמדתו העקרונית של השופט ויתקון כי בית-המשפט לא יבדוק את שיקוליו הצבאיים של המפקד הצבאי, ובלבד שפעל במסגרת סמכותו הפורמלית ובית-המשפט השתכנע כי פעל בתום-לב.

להשלמת התמונה יש לציין כי השופט ויתקון חלק על עמדתו של השופט לנדוי לגבי מעמדה של חקיקה צבאית בשטחים. לדידו, לחקיקה זו יש מעמד של חקיקה ראשית, ועל-כן אין בית-המשפט מוסמך להתערב בה. הוא גם הסתייג מעמדתו של השופט לנדוי כי לנוכח הסכמתו של בא-כוח המשיבים לכך, יבחן בית-המשפט אם מעשי השלטונות תואמים את אמנת ז'נבה וכללי האג. לפי תפיסתו של השופט ויתקון, אין בהסכמת הרשויות כדי להקנות לבית-המשפט סמכות להיזקק לכללים שאינם מחייבים, ובשלב זה היה השופט ויתקון בדעה כי הן אמנת ז'נבה הן כללי האג הם בבחינת משפט בין-לאומי הסכמי, שאינו נאכף בבית-משפט פנימי בישראל.<sup>165</sup>

בפסק-דין קצר הצטרף השופט השלישי בהרכב, השופט קיסטר, לעמדתם של חבריו כי אין מקום להתערב בשיקול-דעתו של המפקד הצבאי. גם מבחינתו תחום התערבותו של בית-המשפט בשיקולים של מפקד צבאי הם צרים ביותר.<sup>166</sup> השופט קיסטר לא התייחס כלל לשאלת ההתיישבות, אלא רק ציין כי הוא מקבל את עמדתו של השופט לנדוי שאין להתערב בהחלטת המשיבים.

עמדתו של בית-המשפט העליון בשאלת ההתערבות בהחלטותיהן של רשויות הביטחון השתנתה לחלוטין מאז ניתן פסק-הדין בפרשת פתחת רפיח. תפיסתו כיום היא שעליו לבחון החלטות של רשויות הביטחון לפי אותן אמות-מידה המשמשות לבדיקת מעשה של כל רשות שלטונית אחרת. בראש אמות-מידה אלה עומד מבחן המידתיות, המחייב את הרשויות לבחון אם יש דרכים פוגעניות פחות להגן על הביטחון, ומאפשר ביקורת שיפוטית על החלטת הרשות בשאלה זו. אולם הנקודה שמעניינת אותנו כאן אינה עמדתם בשאלה זו של השופטים בפרשת

164 שם, בעמ' 182.

165 שם, בעמ' 180–181. לזכותו של השופט ויתקון ייאמר כי לאחר שקרא מאמר של פרופ' יורם דינשטיין שנכתב בעקבות פסק-דינו בפרשה זו, הוא הודה כי טעה לגבי מעמדם של כללי האג, וכי יש לכללים אלה מעמד של משפט מנהגי. KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 36.

166 פרשת פתחת רפיח, לעיל ה"ש 8, בעמ' 184. השופט קיסטר לא היה שותף לדעתו של השופט ויתקון כי יש לראות חקיקה צבאית כחקיקה ראשית. לדין בסוגיה זו ראו KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 27–29.

פתחת רפיח. טענתנו היא כי הנחות היסוד של בית המשפט בפרשה זו היו מופרכות. המשיבים (קרי, רשויות השלטון) הסתירו מידע חיוני מבית המשפט והטעו אותו בדרך שבה הציגו את טענותיהם, ובית המשפט שיתף פעולה (ביודעין או מבלי משים) כדי למנוע ערעור על עמדתם השקרת של המשיבים.

הקורא עלול אולי לפקפק בעמדתנו זו, שהרי השופט ויתקון אמר במפורש כי העובדה שעומדים להקים יישובים בשטח שפונה אינה שוללת את נימוקי הביטחון להחלטה לא לתת לבדואים לשוב אל המקום שממנו פונו-גורשו. יש לזכור, עם זאת, כי השופט ויתקון אמר את דבריו אלה לאחר שהשתכנע כי הנימוקים האמיתיים להחלטת הרשויות היו נימוקי הביטחון שפורטו בתצהירו של אלוף טל, ואשר לא הוצגו לפני ועדת החקירה הצבאית. איננו יכולים לדעת איך היה השופט ויתקון פוסק אילו הטיל ספק בכנותם של שיקולי ביטחון אלה. לאישוש טענתנו זו עלינו לחזור לפסק-הדין שסקרנו במבוא לעיל – פסק-הדין בפרשת אלון מורה.

#### (ז) בין פתחת רפיח לאלון מורה<sup>167</sup>

פסק-הדין בעניין פתחת רפיח ניתן ביום 21.5.1973. כעבור שש שנים נתן בית המשפט את פסק-דינו בפרשת אלון מורה. שניים משופטי ההרכב בפרשת פתחת רפיח – השופטים לנדוי וויתקון – ישבו בדין גם בפרשת אלון מורה, וכתבו בו פסק-דין מנומקים. כזכור, גם בפרשת אלון מורה נטען כי מעשה השלטונות – במקרה זה תפיסת הקרקע של העותר "לצורכי צבא" – נעשה מטעמי ביטחון. בשני מקרים שנדונו לפני פרשת אלון מורה – פרשות בית-אל ומתתיהו – אימץ בית המשפט את עמדתו של השופט ויתקון בפרשת פתחת רפיח כי הקמת יישוב יהודי יכול שתהיה "צורך צבאי". אך מתי ייתכן הדבר? כאשר הנימוק הבטחוני הוא הנימוק האמיתי (או אם תרצו – העיקרי) להקמת היישוב באתר שנבחר. ואיך יודעים מה היה הנימוק העיקרי? בפרשת אלון מורה תלו השופטים את התשובה לשאלה זו בגורם שיזם את המעשה. כפי שהסביר שם השופט לנדוי, אם בצורך צבאי עסקינן, יש להניח כי היוזמה תצא מגורם צבאי. כאשר היוזם הוא גורם אזרחי-פוליטי והצבא נגרר אחריו (וזה היה המצב בפרשת אלון מורה), אין לקבל את הטענה כי השיקול הצבאי היה עיקרי, גם אם המפקד הצבאי מאמין כי המעשה ישרת אינטרס צבאי.

אילו הציגו לפני בית המשפט בפרשת פתחת רפיח את הרוח של ועדת החקירה הצבאית, היה בית המשפט לומד כי היוזמה לתפיסת הקרקע בפתחת רפיח יצאה מן הסוכנות היהודית – גוף אזרחי מובהק שאינו ידוע במומחיותו בענייני ביטחון, ואשר בוודאי אינו גורם המוסמך להכריע אם יש צורך צבאי בהקמת יישוב במקום. לפי התפיסה שאימץ בית המשפט בפרשת אלון מורה, גם אם היה אלוף הפיקוד בדעה כי הקמת יישובים אזרחיים באזור תשרת אינטרס בטחוני, לא היה בכך כדי לשכנע את בית המשפט כי השיקול הבטחוני היה עיקרי. היוזמה לתפיסת השטח ולפינויו הייתה של גורם אזרחי, ובכך היה כדי להטיל ספק בדבר ההכרח הצבאי הכרוך בהם. כאמור, לנוכח האופן שבו הוצג תוכן הרוח על-ידי בא-כוח המדינה, לא

167 פרשת אלון מורה, לעיל ה"ש 11; פרשת פתחת רפיח, לעיל ה"ש 8.

דרש בית-המשפט לראות את הדוח, על-אף טענות העותרים כי מאחורי פעולתם של השלטונות מסתתרים מניעים אחרים.

### (ח) סיכום

פרשת פתחת רפיח חושפת וממחישה את הפער בין הרקע האמיתי להחלטת הרשויות לבין מה שנטען על-ידיהן בבית-המשפט כבואן להגן עליה בדיון בבג"ץ. איננו באים לטעון כי אילו ראה בית-המשפט את הדוח של ועדת החקירה הצבאית ונוכח כי השיקול האמיתי לפינוי-גירוש הבדואים היה הרצון להיענות לבקשת הסוכנות היהודית לקבל קרקע באזור לצורכי התיישבות, הוא היה פוסק בהכרח לטובת העותרים. ראשית, בהיסטוריה אין לדעת מה היה קורה בפועל אילו התרחשו הדברים אחרת. אך מעבר לקושי ההיסטורי העקרוני בביסוס תזות על counterfactuals, יש גורמים נוספים שיש להביאם בחשבון. פסק-הדין בעניין פתחת רפיח ניתן בין מלחמת ששת-הימים לבין מלחמת יום-הכיפורים – תקופה שבה האמון ביושרם ובמיומנותם של מפקדי צה"ל הבכירים היה בשיאו. כבר הושמעה הטענה כי רק בעקבות המשבר של מלחמת יום-הכיפורים נוצר סדק באמון זה, וכי סדק זה הוא שפתח את הדלת להתערבות שיפוטית בהחלטות צבאיות.<sup>168</sup> ניתן להסביר את הפער בין פסק-הדין בפרשות פתחת רפיח ואלון מורה על רקע שינוי זה בגישת בית-המשפט ובנכונותו להטיל ספק בגרסתם של מפקדי צה"ל. יש לזכור גם כי בפרשת אלון מורה שר הביטחון עצמו ושני רמטכ"לים לשעבר שהיו חברי ממשלה היו בדעה כי אין צורך צבאי בהקמת היישוב אלון מורה. לבית-המשפט הוגשו שתי חוות-דעת של רמטכ"ל לשעבר ושל אלוף בכיר במילואים שגם בהן נאמר כי אין צורך בטחוני ביישוב אזרחי במקום. לעומת זאת, לפני בית-המשפט בפרשת פתחת רפיח לא הוגשו חוות-דעת של גורמים צבאיים החולקים על התפיסה שהציג אלוף טל בתצהירו. בית-המשפט לא טרח לשאול מדוע לא הוגשו תצהירים מטעם אלוף הפיקוד, מפקד הגזרה ומתאם פעולות צה"ל בשטחים. זאת ועוד, גם אילו הגיע בית-המשפט למסקנה כי השיקול הדומיננטי בפינוי-גירוש היה שיקול התיישבותי-אזרחי, וכי סילוק הבדואים בוצע ללא בסיס חוקי, ייתכן שהוא היה משתכנע מן הטענות הבטחוניים נגד שובם של הבדואים לאזור, במיוחד לאחר שננקטו צעדים ליישבם במקום אחר ולשלם להם פיצויים. במצב כזה ייתכן שהוא היה דוחה את העתירה למתן צו המחייב את הרשויות לאפשר לעותרים לחזור לקרקעות שמהן גורשו.

איננו יכולים אם כן לדעת איך היה בית-המשפט פוסק בפועל אילו הציגו לפניו את התמונה הכללית ואת הרקע האמיתי לפינויים של הבדואים מאדמותיהם. מה שאנחנו יכולים להסיק בבירור מן התיק הוא כי הרשויות (ובראשן כנראה אנשי הפרקליטות) חששו שאם יציגו לבית-המשפט את הרקע לאשורו, הן יתקשו להצדיק את הפינוי מבחינה משפטית. הן הניחו כי רק

168 ראו Shimon Shetreet, *The Scope of Judicial Review of National Security Considerations in Free Speech and Other Areas: Israeli Perspectives*, 18 *ISR. Y.B. HUM. RTS.* 35 (1988) יש להזכיר כי השופט לנדוי, שישב בדיון בשני המקרים, היה חבר בוועדת אגרנט שחקרה את מלחמת יום-הכיפורים, ואשר הטילה אחריות לחלק מן הכשלים על מפקדי צה"ל הבכירים.



נימוקים צבאיים אמיתיים המצביעים על כורח מידי לפעול יכולים להצדיק החלטה מרחיקת-לכת מסוג זה, הכרוכה בגירוש פתאומי של אלפי אנשים מבתיהם, וכי טענה שניתן להצדיק את ההחלטה מחמת תוכנית מדינית-אסטרטגית לבנות יישובים ישראלים באזור עלולה להידחות. באותו שלב לא ניתנה עדיין פסיקה של בית-המשפט בנוגע לשטחים, והרשויות לא יכלו לדעת מה תהיה גישתו כלפי התיישבות בשטחים – התיישבות הנחשבת בלתי-חוקית בקהילה הבין-לאומית. אנחנו יודעים כי בפסקי-הדין בעניין בית-אל ובעניין מתתיהו, שקדמו לפסק-הדין בפרשת אלון מורה, הכשיר בית-המשפט תפיסת רכוש לשם הקמת יישוב אזרחי כאשר רשויות הביטחון טענו כי ליישובים יש פונקציה בטחונית. בפסק-דינו בפרשת פתחת רפיח עצמה אמר השופט ויתקון במפורש כי העובדה שהקרקע שממנה סולקו הבדואים משיקולי ביטחון מיועדת להתיישבות יהודית "אינה שוללת מהפעולה, בשלמותה, את אפיה הבטחוני"<sup>169</sup>. יש לזכור, עם זאת, כי דבריו אלה של השופט ויתקון נשענו על הנחתו כי הנימוקים לגירוש הבהול של הבדואים היו כרוכים בפעילות העוינת באזור עובר לגירוש. הראינו לעיל כי הנחה זו הייתה מופרכת – לא היו נימוקים צבאיים דחופים לפינוי הבדואים, והנימוקים שהוצגו על-ידי אלון טל היו בגדר "מחשבה לאחר מעשה", והועלו על-מנת להצדיק פעולה שנעשתה ללא סמכות וללא ידיעתם של הרמטכ"ל, אג"ם, מתאם פעולות צה"ל בשטחים ומפקד הגזרה. זאת ועוד, להבדיל מן המקרים שנדונו בעניין בית-אל ובעניין מתתיהו, שבהם נעשתה פעולה מסודרת המעוגנת בדין המתיר תפיסת קרקע לצורכי צבא, כאן בוצע פינוי ברוטלי בלי התרעה ומבלי שהוצא צו האוסר על האנשים להימצא בקרקע שלהם. ניסיון להצדיק פעולה מסוג זה על-סמך תוכנית בטחונית-אסטרטגית לטווח ארוך היה עלול להיתקל בתגובה שלילית של השופטים. עם כל זאת, איננו יכולים לדעת כמובן מה היה בית-המשפט פוסק אילו נטען לפנינו כי הקמת יישובים במקום תואמת את התוכנית האסטרטגית של הממשלה. ייתכן מאוד שהוא היה מבקר את דרך פינוי הבדואים אך לא היה מתערב בהחלטה עצמה.

מסקנתנו אינה, אם כן, שחשיפת האמת הפוליטית בבית-המשפט הייתה מובילה בהכרח להכרעה שיפוטית שונה מן ההכרעה בפסק-הדין שניתן בתיק, אלא שדרך תפקודן של הרשויות פגעה בתקינותו וביושרתו של ההליך השיפוטי. הנחת-היסוד של בית-המשפט היא שהשלטון מספר לו את האמת ואת כל האמת, וכי אלה שמייצגים אותו אינם נוקטים טקטיקות שיש בהן כדי להטעות. השמטת הנחת-היסוד זו משמעה השמטת יסוד מרכזי באמינותו של ההליך בבג"ץ.

## ד. פרשת חברת החשמל בחברון

### 1. "רווחתה הכלכלית של אוכלוסיית האזור"

בג"ץ פתחת רפיח הינו חריג בכמות החומר הנגיש המתעד את שרשרת ההחלטות שהיו מושא העתירה, אך אין הוא ייחודי מבחינת הפער בין השיקולים שהניעו את הרשויות לעשות מעשים מסוימים לבין ההצדקה לאותם מעשים שהוצגה או אומצה בבית-המשפט. בשתי עתירות נוספות שהוגשו על-ידי תושבי השטחים הכבושים, ואשר הסתיימו בפסקי-דין תקדימיים, עיון

169 פרשת פתחת רפיח, לעיל ה"ש 8, בעמ' 181.

בתיעוד ההיסטורי – כולל מסמכים שנחשפו לאחרונה – מצביע גם הוא על הפער הנטען בין ההיסטוריה הפוליטית לבין הטיעון המשפטי בהליך השיפוט. שתי העתירות הוגשו בעקבות פרויקטים ששינו באופן מרחיק-לכת את התשתית הפיזית והכלכלית בגדה המערבית. בג"ץ 256/72 עסק בהחלטה לחבר את עיריית חברון לרשת החשמל הישראלית הארצית, ולא לאפשר לחברת החשמל המזרח-ירושלמית לספק את צורכי החשמל של העיר.<sup>170</sup> בג"ץ 393/82 עסק בבניית מחלף ובסלילת שני כבישים, שאחד מהם הוא הכביש המחבר את אזור לוד-בן-שמן לאזור עטרות בקצה הצפוני של התחום העירוני של ירושלים בואכה רמאללה.<sup>171</sup> בפסקי-הדין שניתנו במקרים אלה קיבל בית-המשפט את טיעונן של הרשויות כי פעלו כדי לקדם את "רווחתה הכלכלית של אוכלוסיית האזור" – התושבים הפלסטינים של השטח הכבוש. עיון בראיות ההיסטוריות מוביל למסקנה אחרת: בשני המקרים פעלו הרשויות כדי לממש מדיניות התיישבותית ואסטרטגית אשר בינה לבין רווחתה של האוכלוסייה המקומית אין ולא כלום.

## 2. "קִרְיַת אַרְבֵּעַ הוּא תְּכַרְוֶן"

הרקע המדיני לעתירות בשני המקרים טמון שוב בדיונים שנערכו בממשלה לאחר מלחמת ששת-הימים. בישיבות שקיימה ב-18 וב-19 ביוני 1967 לא הצליחה ממשלת אשכול להגיע להסכמה בעניין עתידה של הגדה המערבית. חלק מהשרים העלו טיעונים אידיאולוגיים ובטחוניים בעד שליטת-קבע ישראלית בגדה. שרים אחרים, לעומתם, הזהירו כי סיפוח הגדה על תושביה הפלסטינים יוביל ליצירת מדינה דו-לאומית, בעוד שליטת-קבע בגדה בלי הענקת שוויון זכויות לתושביה הפלסטינים תיצור "אלג'יריה שנייה".<sup>172</sup> שני חברי ממשלה בולטים, יגאל אלון ומשה דיין, העלו בישיבות אלה הצעות שתכליתן לרבע את העיגול. אלון סבר שאין לוותר על בקעת הירדן, אך שיש לשרטט גבולות חדשים כך שהחלק המאוכלס ביותר של הגדה לא יהיה תחת שלטון ישראלי. דיין, לעומתו, גרס שכל הגדה חייבת להישאר בידי ישראל. הוא הציע להקים "מימשל עצמאי" מוגבל באזור, "כאשר הבטחון ומדיניות החוץ נמצאים באחריותה של ישראל [נתושבי הגדה המערבית לא יהיו אזרחי מדינת ישראל]."<sup>173</sup>

170 פרשת חברת החשמל בחברון, לעיל ה"ש 9.

171 פרשת כביש 443, לעיל ה"ש 10.

172 גנוך המדינה, ישיבות הממשלה, 18–19 ביוני 1967. ראו, כדוגמה, את דבריו של השר מנחם בגין, בישיבה הראשונה ב-19 ביוני (עמ' 33), על הצורך להכריז כי ריבונותה של מדינת-ישראל מגיעה עד לירדן; את דבריו של השר יעקב שמשון שפירא, באותה ישיבה, על הסכנה של מדינה דו-לאומית (עמ' 39–40); ואת דבריו של השר מרדכי בנטוב, בישיבה השנייה ב-18 ביוני, על "אלג'יריה שנייה" (עמ' 33). לפרוטוקולים של דיונים אלה ראו <http://www.archives.gov.il/ArchiveGov/pirsumyginzach/HistoricalPublications/SixDayWar>.

173 גנוך המדינה, ישיבת הממשלה, 18 ביוני 1967, ישיבה שנייה, בעמ' 41–42; שם, 19 ביוני 1967, ישיבה ראשונה, בעמ' 42–47.

במרוצת השבועות והשנים שלאחר-מכן המשיכו אלון ודיין לפתח את מתוויהם המדיניים. ביולי 1967 הגיש אלון לממשלה את הנוסח הכתוב הראשון של "תוכנית אלון".<sup>174</sup> עד למלחמת ששת-הימים היה אלון ידוע כ"נביא החמוש של ארץ-ישראל השלמה", כדברי אחד ממעריציו, המשורר חיים גורי.<sup>175</sup> "שלמות הארץ" הייתה אחד מהיסודות האידיאולוגיים של ביתו הפוליטי – הקיבוץ המאוחד. עתה, במזכר ארוך, ביקש אלון להגשים את "חזון שלמות הארץ מבחינה אסטרטגית, מחד", ולשמור על "אופיה היהודי של מדינה ישראל, מאידך". בדברי ההסבר לתוכניתו שימשו טעמים בטחוניים ואידיאולוגיים בערבוביה. אלון קרא לספח רצועת שטח מבית-שאן עד לים המלח, ורצועה נוספת המכילה את כביש ים-המלח-ירושלים. את פרוזודור ירושלים הוא ביקש להרחיב צפונה, כך שקו הגבול יימתח מערבה "מפרברי רמאלה... באופן שכביש לאטרון-בית חרוון-ירושלים יהיה בידי ישראל".

במובלעת הערבית שתיווצר מצפון לירושלים הציע אלון להקים "חבל ערבי אוטונומי". באשר לשטח שמדרום לירושלים העלה אלון שתי אפשרויות. האפשרות האחת, שעליה המליץ, היא לספח את האזור כולו. "בהר חברון חבויות אפשרויות התיישבות לא מבוטלות", הסביר, "וכן מערת המכפלה וקבר רחל היקרים לנו מבחינה לאומית ומסורתית יישארו בתחום מדינת ישראל". כחלופה הציע אלון לספח את מדבר יהודה "והחלקים הבלתי מיושבים של הר חברון", כך שבית-לחם וחברון יהיו במובלעת נוספת של הישות הערבית האוטונומית. אלון לא שרטט קו מדויק על מפה, אך לדבריו השטח מדרום לירושלים שנועד לסיפוח לפי אפשרות זו יגיע "עד לדרומה לדהריה וסמוע", שהינם כפרים בדרום הר חברון. משתמע מכך שהגבול בין המובלעת הערבית הדרומית לבין השטח שיסופח במזרח ישתרע אי-שם לאורך גב ההר. בבקעת הירדן ובהר חברון הציע אלון להקים "היאחזויות התיישבותיות".<sup>176</sup> עד לשנת 1968, על רקע מגעים סודיים עם המלך חוסיין, זנח אלון את הצעת האוטונומיה לטובת יצירת פרוזודור בין המובלעות לירדן והחזרתן לשלטון ירדני במסגרת הסכם שלום.<sup>177</sup> באביב 1968 החל אלון להציג את תוכניתו לציבור.<sup>178</sup>

מתווה דיין היה מעין תשליל של תוכנית אלון. דיין ביקש אף הוא ליזום התיישבות ישראלית בגדה, אך דווקא באותם אזורים שעליהם הציע אלון לוותר. החל בקיץ 1967 העלה

174 גנוך המדינה 192-197/2/7921 א. המסמך כולל הצעת החלטה מתאריך 26 ביוני 1967 וכן דברי הסבר מתאריך 13 ביולי 1967.

175 ריאיון עם חיים גורי (6.8.2003).

176 גנוך המדינה 192-197/2/7921 א.

177 בסדרה של ראיונות שנערכו בשנת 1979 טען אלון כי שינה את דעתו בתוך שבועות מספר מהגשת התוכנית לממשלה. ראו גנוך המדינה 19/5001/19-154.0/1, ריאיון מס' 7, בעמ' 22. לפי פדהצור, לעיל ה"ש 68, בעמ' 77-78, אלון שינה כיוון במהלך 1968 על רקע מגעים שהתקיימו עם המלך חוסיין. ההיסטוריון אבי רו כותב אף הוא כי השינוי בעמדתו של אלון חל באמצע 1968. ראו Avi Raz, *The Bride and the Dowry: Israel, Jordan, and the Palestinians in the Aftermath of the June 1967 War* 245 (2012). מברק אמריקאי ממאי 1968 מדרווח כי אלון הציג את תוכניתו ברבים, תוך שהוא כולל בה את היסוד של פרוזודור בין מובלעת ערבית בגדה המערבית לבין הגדה המזרחית. ראו Arab-27 POL, Central Files 1967-1969, NARA, RG59, Isr, Tel Aviv Cable 4099, May 27, 1968.

178 המברק האמריקאי, שם.

דיין הצעות להקים ארבעה עד חמישה יישובים עירוניים בגב ההר, מאזור ג'נין עד לחברון, ולידם בסיסים צבאיים גדולים. הממשלה אישרה את בניית הבסיסים אך דחתה את ההצעה להקמת יישובים לצידם.<sup>179</sup> באביב 1968, כאשר נדרש למגעים עם המלך חוסיין, שלל דיין חלוקה טריטוריאלית, והציע חלוקה מסוג אחר: השליטה הצבאית בגדה תהיה ישראלית בלבד; הניהול האזרחי יהיה בידי ירדן; והישראלים ייהנו מחופש תנועה ואף מהזכות להתגורר עד לנהר הירדן, על בסיס "הזיקה ההיסטורית שלנו". דיין אף הדגיש כי "ישנה גם זכות לגור בחברון".<sup>180</sup> דיין לא זכה בתמיכה בממשלה, ובספטמבר 1968 הציגו אלון ושר החוץ אבן את תוכנית אלון בפגישה סודית עם חוסיין בלונדון. חוסיין דחה את התוכנית מכל וכל.<sup>181</sup> דיין מיהר לקבוע את מותם של המגעים עם חוסיין. בתזכיר שהגיש לוועדת השרים לענייני ביטחון באוקטובר 1968, שבו הציע שוב להקים יישובים עירוניים בגב ההר, קבע דיין כי "לא יראה בעין הסכם שלום" עם ירדן. על-כן, כתב, יש "ליעכל' את שטחי יהודה ושומרון ולמזגם עם ישראל 'הקטנה'".<sup>182</sup>

התזכיר היה סודי, אך במישור הציבורי העלה דיין דרישה למיזוג כלכלי בין משקי הגדה וישראל. שילוב זה, קבע בנאום בספטמבר 1968, חייב "להתבטא בייצור, בשיווק חקלאי, בפריסת רשתות חשמל, מים, וכבישים".<sup>183</sup> כעבור שבועות מספר, בנאום בבאר-שבע, הציע דיין "להפוך כל האזור הזה: ירושלים-חברון-באר שבע... ליחידה אחת מבחינת מים, חשמל, תחבורה".<sup>184</sup> גם אצל דיין התערבבו טעמים בטחוניים ברגשות ובטיעונים אידיאולוגיים. בנאומו בבאר-שבע קבע כי אין בכוחם של מתנגדיו הפוליטיים "לנתק את זיקת העם הזה לחברון... חברון קרובה ליהודים כמו באר שבע ואיננו יכולים להפוך אותה לנכר".<sup>185</sup> תוכנית אלון מעולם לא התקבלה באופן רשמי, אך קווי המתאר שלה קבעו במידה רבה את מדיניות ההתיישבות של ממשלות אשכול, מאיר ורביץ. לעומת זאת, בדצמבר 1968 דחתה הממשלה את המדיניות הגלומה בהצעות דיין.<sup>186</sup> אולם ניתן לומר כי דיין הובס בקרב אך ניצח במלחמה הפוליטית, שכן סמכותו של שר הביטחון כשליט בשטחים הכבושים סיפקה לו

179 פדהצור, לעיל ה"ש 68, בעמ' 145–155.

180 דיון סודי בין ראש הממשלה אשכול לבין השרים אבא אבן, אלון ודיין, 29 במאי 1968, גנזך המדינה א/7291/4.

181 RAZ, לעיל ה"ש 177, בעמ' 256–257; GORENBERG, לעיל ה"ש 5, בעמ' 165 והמקורות המצוינים שם.

182 גנזך המדינה א/7920/7/48-60.

183 "דיין: הטיורו אינו מתקרב לקצו; פעילות חדשה מתפתחת לאורך הסואץ" מעריב 2 (26.9.1968). בהתאם לסגנון כתיבה נפוץ בעיתונות של אותם ימים, דברי דיין לא הובאו במירכאות. אך לפי דיווח משגרירות ארצות-הברית למחלקת המדינה האמריקאית, אישרה דוברות משרד הביטחון כי הכתבה במעריב הייתה "substantially accurate". ראו, NARA, RG59, Central Files 1967–1969, POL 27 Arab–Isr, Tel Aviv Airgram A-1233, Oct. 5, 1968.

184 "דיין קורא להפוך אזור ירושלים-חברון-באר שבע ליחידה כלכלית אחת" מעריב 7 (7.11.1968). שם.

186 פדהצור, לעיל ה"ש 68, בעמ' 153–159.

הזדמנויות ליישם מרכיבים של תוכניתו. כפי שכותב פדהצור, "תהליך השילוב הכלכלי לא רק שלא נחסם, אלא הועמק והורחב".<sup>187</sup>

לסיכום, למרות חילוקי-הדעות בין אלון ודיין, ואף בין דיין לאשכול, בעניין חברון הייתה חפיפה חלקית בין עמדותיהם. הסכמה חלקית זו בין שני המחנות הינה משמעותית ביותר כבואנו לבחון את תהליך לידתה של ההתיישבות בחברון וסמוך אליה, ואף את ההחלטה לחבר את חברון לרשת החשמל הארצית של ישראל.

ההתיישבות בחברון החלה כאשר הרב משה לוינגר ותומכיו שכרו מלון בחברון, באפריל 1968, כדי לחגוג שם את הפסח. עוד לפני כניסתה לעיר נהנתה קבוצת לוינגר מפטרון פוליטי בדמות השר יגאל אלון וממדיה מסוימת של תמיכה מצד ראש הממשלה אשכול.<sup>188</sup> בסופו של דבר, הקמת היישוב כתאומה העברי של חברון תאמה גם את מאווייו של דיין.<sup>189</sup>

לוינגר יצר קשר עם אלון בתיווך התנועה לארץ-ישראל השלמה. לפי אלון, הגיעו אליו פניות נוספות להתיישב בחברון מקבוצות אחרות. בינואר 1968 הגיש אלון הצעה לממשלה להקים "שכונה יהודית בקרבתה הבלתי-אמצעית של חברון", והסביר כי "מאות יהודים בודדים וקואופרטיבים" מבקשים לגור בעיר.<sup>190</sup> ב-13 במרץ העביר אלון ללשכת ראש הממשלה את רשימת הקבוצות שפנו אליו, ובראשן קבוצת לוינגר. לרשימה צורף מברק מלוינגר ומהתנועה לארץ-ישראל השלמה, המכריז כי "העולים לחברון מחכים לאור ירוק".<sup>191</sup> נושא ההתיישבות בחברון עלה גם במישור הציבורי, ואשכול היה רחוק מלשלול אותו. בריאיון עם עורכת עיתון דבר, חנה זמר, אמר ראש הממשלה כי "אם ישנו מי שאומר להקים יישוב בחברון בלי לנשל מישורו, איני רואה בזה חטא".<sup>192</sup> למרות זאת נמנע אשכול מלהביא את הצעת אלון לממשלה, אם בשל לבטיו האישיים ואם בשל ידיעתו כי האגף היוני בממשלתו יתנגד. בהעדר אור ירוק או אור אדום, החליט לוינגר לפעול.

אלון, לפי דבריו בריאיון שנערך בשנת 1979, ידע מראש "שהם התכוונו לעשות סדר פסח ורצו להפוך סדר הפסח... [ל]אחיה ראשונה בחברון".<sup>193</sup> בחול-המועד קיבל אלון מברק מחברון שאישר את הגעת הקבוצה. אלון מיהר לעיר בלוויית ראש התנועה לארץ-ישראל השלמה, המשורר נתן אלתרמן. בתפקידו כשר העבודה הבטיח אלון לספק תעסוקה למתיישבים.<sup>194</sup> שר הביטחון דיין לא פעל לסלק את הדיירים הלא-קרואים מחברון. דבריו ומעשיו מעידים כי ראה בנוכחותה של קבוצת לוינגר בתוך העיר גורם מתסיס, אך תמך בהקמת "חברון עלית" יהודית כמימוש תוכניתו להתיישבות עירונית בגב ההר.<sup>195</sup>

187 שם, בעמ' 159.

188 גורנברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 137-139.

189 שם, בעמ' 148-151.

190 פדהצור, לעיל ה"ש 68, בעמ' 230.

191 ארכיון יד לוי אשכול 5/31.

192 גנוך המדינה 7231/1/107-119.א.

193 גנוך המדינה 154.0/1-19/5001/19-22, ריאיון מס' 6, בעמ' 17.

194 ארכיון יד טבנקין 15 – אלון, 18/4; למרחב, 16 באפריל 1968.

195 GORENBERG, לעיל ה"ש 5, בעמ' 147-152.

בחדש מאי הסמיכה ועדת השרים לענייני ביטחון את דיין להעביר את ה"מתנדבים" בחברון למקום מגורים אחר על-מנת לשמור על בטחונם.<sup>196</sup> ההחלטה עקפה את השאלה העקרונית בעניין התיישבות בחברון, אך בפועל קידמה אותה. כפתרון זמני הועברה הקבוצה לבניין הממשל הצבאי בפאתי העיר. באוגוסט 1968 החליטה הממשלה על מינוי ועדת שרים שתעסוק "בעניין ההתיישבות היהודית בחברון". בפועל היה תפקיד הוועדה לבחור מקום ליישוב עירוני בקרבת העיר.<sup>197</sup> אלון הצליח להעביר החלטה להקים את היישוב סמוך לחברון ממזרחה.<sup>198</sup> לטענתו, כך תשתלב קרית-ארבע בתוכניתו: ישראל תספח את המרחב בין ים המלח עד לפאתי חברון, ותשאיר את העיר עצמה במובלעת שנועדה לשלטון ירדני. אך בעיני מי שהכירו רק את הגרסה המתונה יותר של תוכנית אלון – הגרסה המוכרת לציבור – וקיבלו את טענת אלון שתוכניתו מבוססת על טעמים בטחוניים בלבד, הייתה תמיכתו בהקמת קרית-ארבע חסרת כל היגיון,<sup>199</sup> שכן מיקום היישוב קשר אותו בטבורו לחברון. עמדתו האמיתית של אלון באה לידי ביטוי בגרסה הרחבה יותר של תוכניתו, ובפרט בטענת הזיקה ההיסטורית שעליה היא התבססה, וכן בדיוקן העצמי של אלון, שהעיד כי "אינני משוחרר ממיתוסים... ככל יהודי מצוי".<sup>200</sup>

בתחילת 1970 אישרה ועדת השרים לענייני ביטחון את השלב הראשון בבניית היישוב, שכלל 250 יחידות דיור.<sup>201</sup> היה זה ניצחון של לוינגר ומתנחלי חברון, אך יותר מכך היה זה ניצחון של אותם שרים – ובראשם אלון ודיין – שתפיסותיהם המדיניות והאידיאולוגיות חייבו התיישבות בקרבת חברון.

מכאן החל התכנון המפורט של היישוב החדש קרית-ארבע, כפי שמעידים מסמכים מלשכתו של מתאם הפעולות בשטחים שנשמרו בארכיון צה"ל. ב-14 ביולי הפיץ אג"ם פיקוד המרכז לגורמים צבאיים אחרים תזכיר על שלבי בניית הקריה ופיתוח המחנה הצבאי הסמוך. אחד הנושאים שנדונו בו היה הספקת החשמל. נקבע כי בשלב הראשון, בזמן הרחבת הבסיס הצבאי אך לפני אכלוס הקריה האזרחית, יוחלפו הגנרטורים הקיימים בבסיס בגנרטורים בעלי הספק רב יותר. תכנון הקריה, נאמר בתזכיר, כבר הושלם על-ידי גורמי תכנון אזרחיים, ועבודות העפר יחלו ב-15 ביולי (למחרת הפצת התזכיר). אכלוס הקריה תוכנן לאמצע שנת 1971, ונקבע כי בתחילה יסופק לה חשמל מהגנרטורים שבבסיס.<sup>202</sup>

196 פדהצור, לעיל ה"ש 68, בעמ' 235.

197 גנוך המדינה א/7931/3/117. הוועדה התכנסה לראשונה ב-30 בספטמבר 1968, בראשותו של אשכול, אך במקביל מינה אשכול ועדה מקצועית לבחינת אתרים אפשריים להתיישבות סמוך לחברון. ב-25 בספטמבר דיווחה ועדה זו לאשכול על ממצאיה, והמליצה על שתי חלופות "שהבחירה ביניהן תלויה בשיקולים מדיניים וביטחוניים בעיקר". גנוך המדינה א/7920/7.

198 פדהצור, לעיל ה"ש 68, בעמ' 242-243; אדמוני, לעיל ה"ש 60, בעמ' 60-61; כתב-יד אדמוני, לעיל ה"ש 78, שנת 1970, בעמ' 3-4.

199 אדמוני, לעיל ה"ש 60, בעמ' 59; גזית, לעיל ה"ש 64, בעמ' 226.

200 גנוך המדינה 19/5001/19-154.0/1, ריאיון מס' 3, בעמ' 2.

201 פדהצור, לעיל ה"ש 68, בעמ' 241-242; אדמוני, לעיל ה"ש 60, בעמ' 60-61.

202 ארכיון צה"ל 2846/97/89/71-79.

בשלב הבא של התוכנית, המתייחס לשנים 1972–1973, "המשך פיתוח הקריה" ייעשה "בהתאם להחלטות המוסדות". ניסוח זה אמנם מעורפל, אך מצביע על ציפייה שהיישוב יורחב מעבר ל-250 היחידות הראשונות. בסעיפים המתייחסים להמשך פיתוח התשתיות עולה שוב נושא החשמל: "יש לחשוב על חיבור הקריה לרשת החשמל הארצית. דבר זה אמין יותר מאשר הגנרטורים".<sup>203</sup>

בתאריך 27 ביולי 1970 נערכה ישיבה בלשכתו של מתאם הפעולות בשטחים, תא"ל שלמה גזית, בנושא "חשמל לקריה-ארבע", בהשתתפות גורמים צבאיים ונציגי משרד השיכון וחברת החשמל (הישראלית). סיכום הדיון, שהופץ לאחר-מכן לכל המשתתפים, פותח בסעיפים אלה:

#### א. מקור החשמל

(1) מסה"כ תפוקת החשמל הנוכחית במכון העירוני של חברון, כולל מכון החשמל של הממשל – לא קיימת אפשרות להפריש חשמל לקריה-

ארבע.

(2) הפתרון:

(א) חיבור קריה-ארבע (המחנה הצבאי והקריה) לרשת החשמל של חברון.

(ב) מתיחת קו מתח גבוה מאדוריים אשר יתגבר את מערכת החשמל הכללית של חברון.

(ג) הקמת מכון חשמל כעתודה לשעת חרום בתחומי הקריה.<sup>204</sup>

הסיכום מפרט את הצרכים שעליהם יענה קו המתח הגבוה: חשמל ל-1,000 יחידות דיור, לאזור התעשייה של היישוב, למחנה הצבאי וכן לאפשרויות פיתוח נוספות. בהמשך נקבע כי חברת החשמל תבצע את התכנון, אשר "יתבסס על תחילת הספקת החשמל לקריה בסוף שנת 1971".<sup>205</sup>

ודוק: צורכי העיר חברון אינם מוזכרים כלל. רמת התפוקה של מפעל החשמל של עיריית חברון נכנסת למשוואה רק מפני שמפעל זה אינו יכול לספק את צורכי החשמל של קריה-ארבע. בהקשר הצר, הטעם למתוח קו חדש מהרשת הארצית הישראלית לאזור חברון אינו רווחתם של תושבי השטח הכבוש, אלא מימוש הכוונה ליישב ישראלים סמוך לחברון. תוכנית ההתיישבות אינה קשורה לצרכים צבאיים מיידים, אלא לתוכניות מדיניות בנוגע לעתיד השטח. שיפור בהספקת החשמל לתושבי חברון הוא לכל-היותר תוצאת-לוואי. על-כן אין להתפלא שחוות-הדעת הטכנית שהוגשה לבג"ץ בשלב מאוחר יותר, בדבר הצורך לחבר את חברון לרשת הישראלית לטובת תושביה, נכתבה כדיעבד לצורכי טיעוני המדינה לפני בג"ץ, כפי שנראה בהמשך.

203 ש.ם.

204 ארכיון צה"ל 44-43/89/97/2846.

205 ש.ם.

בהקשר הרחב יותר, חיבור חברון לתשתית הישראלית הינו מימוש המדיניות המוצהרת של שר הביטחון דיין למיזוג המשק והתשתית בגדה עם אלה שבישראל וליצירת "יחידה אחת" עם באר-שבע וירושלים. אף את דברי החקיקה של מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, המוזכרים בפסק-הדין שיידון להלן, יש לראות בהקשרה של מדיניות זו של מיזוג המשקים והתשתיות.

### 3. העתירה בעניין הספקת החשמל לחברון

בעת כניסתו של צה"ל לגדה המערבית, בשנת 1967, עמד בתוקף חוק רשות החשמל הירדני משנת 1966. חוק זה הסדיר את הספקת החשמל, והפקיד את הסמכויות הדרושות להפעלתו בידי רשות החשמל ושר הכלכלה. מתוקף מנשר מס' 2, שהוצא ביום כניסתו של צה"ל לשטחים, הועברו כל סמכויותיו של השלטון הירדני למפקד הצבאי. כעבור זמן קצר הוציא המפקד הצבאי צו שלפיו כל סמכויותיה של מועצת החשמל יעברו לאדם שימונה לכך על-ידי המפקד (להלן: הממונה). בשנת 1970 הוצא צו נוסף, שהסמיך את המפקד הצבאי להורות לממונה לעסוק בחשמל.<sup>206</sup> על-סמך צו אחרון זה, הורה המפקד הצבאי לממונה או למי שפועל מטעמו, ביום 10.1.1971, לעסוק בחשמל באזור העירוני חברון. באותו יום הרשה הממונה לחברת החשמל לישראל לייצר חשמל בתחנת כוח הנמצאת במפקדת נפת חברון, ולמוכרו ולספקו לעיריית חברון. ביום 16.5.1971 הוציא המפקד צו נוסף, שבו נאמר כי אם הממונה הורה לגורם לספק חשמל, "רשאי הוא אף להורות, למרות האמור בכל דין, כי לא יעסוק אדם בחשמל במקום שלגביו ניתנה הוראת מפקד האזור, זולת הממונה או מי שפועל באישורו". מכוח הסמכות שהוענקה לו בצווים האמורים, הורה המפקד הצבאי לממונה, ביום 26.10.1971, לבנות קו מתח גבוה עד קרית-ארבע, וכן להקים רשת מתח נמוך בתוך קרית-ארבע. באותה הוראה נאסר על כל אדם, זולת הממונה או מי שפועל באישורו, לספק חשמל לחברון ולקרית-ארבע. הוראה זו הושלמה באישור שנתן הממונה באותו יום לחברת החשמל לישראל לבצע את הפעולות שפורטו בהוראתו של המפקד הצבאי. תיארונו לעיל את ההחלטות שהתקבלו לגבי חיבור קרית-ארבע וחברון לרשת החשמל של חברת החשמל לישראל. כזכור, בישיבה שהתקיימה במשרדו של מתאם פעולות צה"ל בשטחים, שבה השתתפו גורמים ממשרד השיכון, ממשרד הביטחון, מאגף האפסנאות במטכ"ל ומחברת החשמל, הוחלט כי החשמל לקרית-ארבע יסופק על-ידי חברת החשמל לישראל באמצעות חיבור קרית-ארבע לרשת החשמל של חברון; על מתיחת קו מתח גבוה מאדוריים שיתגבר את מערכת החשמל של חברון; ועל הקמת מכון חשמל כעתודה לשעת חירום בתחומי קרית-ארבע. באותה ישיבה לא נערך כל דיון בצורכי החשמל של תושבי העיר חברון. העתק מן ההחלטות שהתקבלו בישיבה זו נשלח למפקד צה"ל באזור יהודה ושומרון.

206 פרשת חברת החשמל בחברון, לעיל ה"ש 9. המונח "עיסוק בחשמל" כלל ייצור, הספקה, חלוקה או מכירה של חשמל, וכן ייצור והפעלה של מתקן חשמל, במקומות שעליהם יורה המפקד. ראו ס' 1 לצו בדבר עיסוק בחשמל (הסדרה והפעלה) (יהודה ושומרון) (מס' 427), התשל"א-1971.



העתירה לבג"ץ שבה הותקפה ההחלטה להפקיד את הספקת החשמל לעיר חברון בידי חברת החשמל לישראל הוגשה על-ידי חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ – חברה אשר הוקמה בירדן לפני 1967 ונרשמה כחברה בישראל אחרי החלת החוק הישראלי במזרח ירושלים ביוני 1967. בתקופת שלטונה של ירדן בגדה המערבית ניתן לחברה זו זיכיון לספק חשמל לאזורים שונים בגדה, אך העיר חברון לא נכללה בהם. זמן קצר לפני המלחמה התקיימו מגעים בין החברה לבין שר הכלכלה הירדני, שבמסגרתם הוחלט כי החברה תמכור חשמל בצובר לעיריית חברון, ושמהם היה אפשר להסיק כי הייתה כוונה, בטווח של שלוש שנים, להרחיב את הזיכיון של החברה כך שיכלול גם את חברון. אך אז פרצה המלחמה, כוונה זו לא מומשה, והעותרים הודו כי ביוני 1967 לא הייתה החלטה מפורשת מטעם גורם מוסמך בירדן להרחיב את הזיכיון של החברה כך שיכלול גם את אזור חברון.

העובדה שהעתירה הוגשה על-ידי חברה זו מקשה עלינו את הדיון, מכיוון שחלק גדול מטענותיה של החברה העותרת, ובעקבותיה גם נימוקיו של פסק-הדין, הוקדשו לטענת החברה כי היא זכאית לזיכיון לספק את החשמל לעיר חברון. טענה זו נדחתה על-ידי בית-המשפט מנימוקים משפטיים הקשורים לפירוש החוק הירדני ולהחלטותיהן של רשויות החשמל בירדן לפני 1967. נימוקים אלה אינם מעניינים כאן. ההחלטה שמעניינת אותנו נשענת על ההנחה כי למפקד הצבאי הייתה סמכות להחליט איך יספק החשמל לחברון. כפי שהציג זאת בית-המשפט: "מאחר שלעותרת אין זכות או זכות קנויה, היה המשיב השני רשאי לשקול את עניין הספקת החשמל לחברון לגופו, בלא ששיקול-דעתו הוגבל מראש לטובת מישוה".<sup>207</sup>

ראינו לעיל כי להחלטתו של המפקד הצבאי להפקיד את הספקת החשמל בידי חברת החשמל לישראל היו היבטים פוליטיים מובהקים, הקשורים הן להחלטה להקים את קרית-ארבע ליד העיר חברון הן לתפיסתו המדינית של שר הביטחון דיין כי חברון אמורה להישאר בשליטתה של מדינת-ישראל. ציינו לעיל כי לקראת סוף 1968 נשא השר דיין נאום בבאר-שבע שבו דיבר על כך שיש "להפוך כל האזור הזה: ירושלים-חברון-באר שבע... ליחידה אחת מבחינת מים, חשמל, תחבורה".<sup>208</sup> לא מצאנו מסמך כלשהו שמעיד כי התקיים דיון בצרכיה של העיר חברון בתחום החשמל, ושום מסמך כזה לא הוצג לבית-המשפט. כפי שצוין כבר לעיל, וכפי שנראה בהמשך, חוות-הדעת על הדרך היעילה ביותר לספק חשמל לחברון נכתבה אחרי הגשת העתירה ולצורך הדיון בה.

רוב טענותיה של המדינה בתשובה לעתירה דנו בשאלה אם לחברת החשמל למחוז ירושלים יש זיכיון או זכות לספק חשמל לעיר חברון, ולעמדתן של הרשויות כי "זיכיון רוטנברג" שניתן בשנת 1926 לחברת החשמל הפלשתינאית בע"מ (שמה המקורי של חברת החשמל לישראל בע"מ) על-ידי הנציב העליון, לניצול מימי הירדן והירמוך לצורך ייצורו והספקתו של כוח חשמל, עומד עדיין בתוקף, על-אף ביטולו בחוק ירדני משנת 1954.<sup>209</sup>

207 פרשת חברת החשמל בחברון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 139.

208 ראו לעיל ה"ש 184 והטקסט שלידה.

209 פרשת חברת החשמל בחברון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 139. הטענה הייתה כי מעמדה של ירדן היה מעמד של מעצמה כובשת, וככזו היא לא הייתה רשאית לבטל את הזיכיון. כיצד חברה שלא יכולה לפעול בירדן עקב מצב המלחמה בין ירדן לבין ישראל הייתה אמורה להמשיך לספק חשמל בגדה

טענתה העיקרית של המדינה הייתה אם כן לא רק שלחברת החשמל למחוז ירושלים לא היה זיכיון לספק חשמל לחברון, אלא שלחברת החשמל לישראל היה זיכיון כזה, ושמפקד האזור רק אפשר את מימוש הזיכיון. רק אחרי הגשת העתירה טרחו המשיבים לפנות למהנדס חשמל מן הטכניון בבקשה שיכתוב חוות דעת "על האספקטים הטכניים והכלכליים הקשורים לחיבור של העיר חברון וסביבתה לרשת החשמל של אחת משתי החברות: חברת החשמל לישראל בע"מ וחברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ".<sup>210</sup> אותו מומחה, שהדגיש כי אין הוא מתייחס לשיקולים משפטיים, הגיע למסקנה שלנוכח השיקולים הטכניים והכלכליים "נראה לי שיש לחבר את חברון באמצעות הרשת העוברת מירושלים דרך גוש עציון, ושההספק הנוסף הדרוש לאזור חברון יגיע מתחנת הכוח של חברת החשמל לישראל. יש גם להשאיר בידי חברת החשמל לישראל אחראיות [כך במקור] על הרשת, עד ובתוך אזור חברון".<sup>211</sup> בהתכתבויות של הרשויות בישראל עם חברת החשמל למחוז ירושלים לפני הגשת העתירה צוינה אך ורק העובדה שאין לחברה זיכיון לספק חשמל כאמור. בהתכתבויות אלה לא הועלתה טענה בדבר יכולתה של החברה לספק חשמל לחברון או בדבר עדיפותה של חברת החשמל לישראל בהספקת חשמל.

ההחלטה המקורית על חיבור העיר חברון לרשת של חברת החשמל לישראל לא התבססה על בדיקה רצינית של האפשרויות השונות ובחירה של הספקת חשמל על ידי חברת החשמל לישראל כאפשרות הטובה ביותר לתושבי חברון. גם עמדתה של עיריית חברון בנושא לא נשקלה.<sup>212</sup> לנוכח העמדה שלחברת החשמל לישראל יש זיכיון לספק חשמל לחברון, גם לא נבנה טיעון משפטי על ההשלכות הנובעות מהפקדה של הספקת החשמל לעיר מרכזית בשטח כבוש בידי גורם מחוץ לשטח. יש לציין כי דווקא לנוכח השלכות אלה החליט בית המשפט, בפסק דין מאוחר יותר, לפסול את הפקעת הזיכיון של חברת החשמל למחוז ירושלים לספק חשמל לערים ולכפרים בשטחים.<sup>213</sup> לנוכח מה שראינו לעיל ברור כי השיקולים מאחורי ההחלטה של המפקד היו שיקולים פוליטיים, ורק כאשר הגיע העניין לבג"ץ מצאו הרשויות לנכון לנמק את ההחלטה בשיקולים הנוגעים לטובתם של תושבי העיר. נראה כי נקודה זו

המערבית לפני 1967 היא שאלה שלא ניתנה עליה תשובה. המשיבים הגישו תעודה מטעם שר החוץ שלפיה ממשלת ישראל לא ראתה את האזור שהיה ידוע בין 1950.24.4 לבין 1967.12.16 כגדה המערבית, ומאז כיהודה ושומרון, כשטח הנתון בריבונותה של הממלכה ההאשמית של ירדן.

210 חוות הדעת של ד"ר מיכאל ארליצקי מיום 2.10.1972, שהוגשה בבג"ץ 256/72, בעמ' 1.

211 שם, בעמ' 5.

212 בתיק הוגש מכתב מראש עיריית חברון, מתאריך 19.8.1971 (דהיינו, כעשרה חודשים לפני הגשת העתירה), שבו ביקש מחברת החשמל למחוז ירושלים לספק לעיר חברון חשמל על-פי החוקים והצווים הירדניים, שהיו עדיין תקפים.

213 פרשת חברת החשמל II, לעיל ה"ש 39. באותו מקרה דובר ברכישת הזיכיון של חברת החשמל למחוז ירושלים ובהפקדה של הספקת החשמל לתושבי השטחים בידי חברת החשמל לישראל. בית המשפט פסל את ההחלטה של המפקד הצבאי, ונימק את עמדתו כך: "השימוש באופציה [של הפקעת הזיכיון]... יגרום לכך, שהספקת החשמל וחלוקתו יהיו נתונות אך ורק בידי גורמים שמחוץ לאזור, ונוכח חשיבות החשמל לקיום חיים תקינים של הציבור, יש לשינוי זה משמעות, החורגת מהאספקטים הכלכליים או הטכניים של העניין". שם, בעמ' 690.

הייתה ברורה לעותרים ולמשיבים גם יחד. המשיבים אפילו לא ניסו לטעון ברצינות כי השיקול של טובת האוכלוסייה המקומית עמד ביסוד ההחלטה המקורית, אלא רק שעל-פי חוות-דעת שקיבלו לאחר מעשה, ההחלטה הזאת היא מוצדקת משיקולים טכניים וכלכליים. בתשובה לטענת העותרת כי שיקולים אלה לא עמדו בבסיס ההחלטה, אלא היו בבחינת מחשבה לאחר מעשה, טענו המשיבים בעיקרי הטענות כי "מפקד האזור רשאי להצדיק בכל נימוק כשר במועד מתן התשובה לעתירת העותרת, סרובו להעתר לבקשת העותרת, אף כאשר נמוק פלוני לא שימש אחד משיקוליו בסרובו המקורי לבקשת העותרת"<sup>214</sup>. בטענה זו יש מעין הודאה של נציגי המדינה כי השיקולים מאחורי ההחלטה לא היו קשורים לטובתם של תושבי העיר חברון.

#### 4. פסק-הדין

פסק-הדין של בית-המשפט מעורר תמיהה. בית-המשפט החליט לא להיכנס לשאלה אם זכיונה של חברת החשמל לישראל עומד עדיין בתוקף, ונימק את הימנעותו זו בדרך הבאה:

לא ראינו צורך להאריך את הדיון לשם כך, בהיותנו סבורים שהיה למשיב השני טעם אחר להחלטתו הנראה לנו מספיק כשהוא לעצמו להצדקת עמדתו, דהיינו הטעם הענייני שמבין שתי המתחרות עולה המשיבה השלישית על העותרת בכל הנוגע ליכולת טכנית וכלכלית. נימוק זה הוזכר בפסקה 27 של תצהיר התשובה של סא"ל שבתאי זיו בשם המשיבים מס' 1 ו-2. אמנם הוא ממשיך ואומר שם כי "יתרה מזאת; או לחלופין: נתונים טכניים וכלכליים אין בהם כדי להכריע בעניין זה נוכח זכותה הקנויה של המשיבה מס' 3 על-פי זכיונה". אבל טענה חלופית זאת על-סמך הזכיון המנדטורי אינה גורעת ממשקלה של הטענה בדבר עדיפות המשיבה השלישית מבחינת יכולתה כיום.<sup>215</sup>

בהמשך מזכיר בית-המשפט את חוות-הדעת של המומחה שהוגשה על-ידי המשיבים. בית-המשפט מודע לכך שחוות-הדעת הוכנה אחרי הגשת העתירה, אך הוא כותב כי חוות-הדעת מאשרת בדיעבד את תוקף הנימוק בדבר יכולתה העדיפה של חברת החשמל לישראל, "שגם על-פיו החליט המפקד עוד בשעתו לבכר את המשיבה השלישית על פני העותרת"<sup>216</sup>. עוד הוסיף בית-המשפט כי "החלטתו [של המפקד] יכולה לעמוד בבית-משפט זה על יסוד כל נימוק כשר, אף בלי שבדקנו את תקפם של יתר נימוקיו"<sup>217</sup>.

קשה לדעת על-סמך מה בית-המשפט אומר כי הנימוק בדבר היכולת הטכנית והכלכלית העדיפה של חברת החשמל נמנה עם הנימוקים מאחורי החלטתו של המפקד הצבאי. בתיק עצמו לא היו לכך שום ראיות. בתצהיר התשובה שהוגש מטעם המשיבים לא נאמר כי שיקול זה עמד לנגד עיניו של המפקד, ובשום מסמך שהוגש לבית-המשפט לא הוזכר נימוק זה כנימוק

214 עיקרי הטענות של המשיבים בבג"ץ 256/72.

215 פרשת חברת החשמל בחברון, לעיל ה"ש 199, בעמ' 139.

216 שם.

217 שם, בעמ' 139–140.

שהובא בחשבון שיקוליו של המפקד הצבאי. זאת ועוד, פסק-הדין ניתן על-ידי השופט לנדוי, והכרעתו כאן עומדת בניגוד מוחלט להחלטה שקיבל כעבור שש שנים בפרשת אלון מורה. כזכור, שם החליט השופט לנדוי כי אם השיקול העיקרי להחלטה היה שיקול פסול, דין ההחלטה להתבטל, גם אם השיקולים האחרים היו כשרים.

יש הבדל בין עמדת הרשויות במקרה זה לבין עמדתן בפרשת פתחת רפיח. שם בנו הרשויות טיעון עובדתי-משפטי לאחר מעשה והציגו אותו כבסיס להחלטה של אלוף הפיקוד לסלק את הברואים, תוך שהן מסתירות את הנימוק העיקרי ודוחות את טענת העותרים כי לא עמדו מאחורי ההחלטה טעמים צבאיים דחופים הקשורים לפעילות חבלנית באזור. שם נעשה, אם כן, מאמץ מכוון להטעות את בית-המשפט. בפרשת חברת החשמל בחברון, לעומת זאת, הסתירו הרשויות את הנימוקים הפוליטיים שעמדו מאחורי החלטתו של המפקד הצבאי, אך לא ניסו לטעון כי הנימוק המקורי האמיתי להחלטה היה טובתם של תושבי חברון. בית-המשפט עצמו הוא אשר החליט, ללא כל בסיס בתשתית הראייתית שהונחה לפניו, כי טובתם של תושבי חברון עמדה לנגד עיניו של המפקד הצבאי בשעה שקיבל את ההחלטה.

בדומה למצב בפרשת פתחת רפיח, אין אנו באים לטעון כאן כי אילו הציגו לפני בית-המשפט את התמונה לאשורה, היה בית-המשפט מקבל את העתירה. לנוכח הדרך שבה "השלים" עובדות חסרות, ולנוכח העובדה שקבע כי יש לכלול את תושבי קרית-ארבע באוכלוסייה המקומית שהמפקד הצבאי מצווה לדאוג לרווחתה,<sup>218</sup> ייתכן שבית-המשפט היה פוסק כפי שפסק גם אילו הציגו לפניו את השיקולים הפוליטיים שעמדו מאחורי ההחלטה על מתן הזכות לספק חשמל לחברון לחברת החשמל לישראל. אולם, כמו בפרשת פתחת רפיח, השאלה המרכזית אינה אם בית-המשפט היה פוסק בהכרח אחרת אילו ידע את העובדות לאשורן, אלא אם הרשויות ראו לנכון "לטייח" את הרקע העובדתי של החלטה המותקפת בבג"ץ כדי להרחיקו מן המסגרת הפוליטית ה"פסולה" ולהתאימו למסגרת המשפטית ה"כשרה" (בפרשת פתחת רפיח – הכרח צבאי; ואילו כאן – טובת האוכלוסייה המקומית).

נראה לנו כי גם כאן התשובה לשאלה זו היא חיובית.

אבל מעבר לכך יש להדגיש כי במקרה זה מתגלה נטייתו של בית-המשפט לחפש דרכים להכשיר החלטה של הרשויות על-ידי "פרשנות מיטיבה" של מסכת העובדות. רק אחרי שהחלטה לחבר את חברון לרשת הישראלית כבר התקבלה, והעניין הגיע לבית-המשפט,

218 המשפט ההומניטרי אינו עוסק בחובות המדינה כלפי אזרחיה-היא, אלא ביחסה לאזרחיו של האויב. מכאן ההגדרה של "אדם מוגן" באמנת ז'נבה הרביעית, המדברת על אנשים המוצאים את עצמם בידי מדינה שהיא צד בסכסוך מזויין ואשר הם אינם אזרחיה. ברור, אם כן, כי כאשר הדין המנהגי מחייב את המפקד הצבאי בשטח כבוש לדאוג לרווחתה של האוכלוסייה המקומית, אוכלוסייה זו אינה כוללת את אזרחי המדינה הכובשת שהורשו (כדין או לא כדין) להתיישב בשטח הכבוש. ראו Alain Pellet, *The Destruction of Troy Will Not Take Place*, in *INTERNATIONAL LAW AND THE ADMINISTRATION OF OCCUPIED TERRITORIES* 169 (Emma Playfair ed., 1992). איל בנבנשתי טוען כי החלטה זו של השופט לנדוי לכלול את האינטרסים של המתישבים היהודים בשטחים כחלק מן הרווחה של האוכלוסייה המקומית סיפקה מרכיב חיוני ללגיטימיות של מפעל ההתיישבות בשטחים: EYAL BENVENISTI, *THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION* 222 (2nd ed. 2012).

גייסו הרשויות מומחה שיתמוך בגרסה כי הפקדה של הספקת החשמל בידי חברת החשמל תהיה עדיפה לתושבי חברון משיקולים כלכליים וטכניים. אולם בית-המשפט רואה היתר לעצמו לקבוע כי שיקול זה עמד לנגד עיניו של המפקד הצבאי בשעה שקיבל את ההחלטה מושא הדיון בבג"ץ. נזכור כי המשיבים עצמם טענו כי המפקד רשאי להצדיק את החלטתו בכל נימוק שהוא כשר בזמן הדיון. בית-המשפט אינו מתייחס לטענה מפורשת זו, שממנה משתמע בבירור כי טובתם של תושבי חברון לא עמדה לנגד עיניו של המפקד בשעה שקיבל את ההחלטה (דבר שידוע לנו גם מתוך המסמכים שעליהם עמדנו לעיל), אלא מעדיף "לייפות" את העובדות ולקבוע כי שיקול זה אכן נשקל על-ידי המפקד הצבאי כאשר קיבל את החלטתו, כך שהתוצאה תהיה שמעשה הרשויות יתיישב עם המסגרת המשפטית המותרת.

## ה. כביש 443

### 1. לאן הכביש מוביל?

כפי שראינו, כאשר יגאל אלון העלה את תוכניתו על הכתב, ביולי 1967, הוא הצביע על "כביש לאטרון-בית חורון-ירושלים" כחלק מתפיסתו לגבי הגבול החדש שביקש לשרטט. כביש זה מופיע במפות מנדטוריות: הוא התפתל מלטרון בכיוון צפון-מזרח עד לכפר בית-סירא, שם פנה מזרחה ושוב צפונה עד לאזור ביתוניא בפאתי רמאללה. ההצעה לסיפוח השטח עד לכביש, ואולי אף מעבר לו, נועדה להרחיב באופן משמעותי את הפרוזדור המחבר בין ירושלים לשפלה.

באמצע שנות השבעים נהפך תוואי הכביש מקו-ציון במפה במתווה אלון לתוכנית בנייה אופרטיבית. הוויכוח הפנימי במפלגת העבודה בעניין ההתיישבות בגדה המערבית החריף בזמן כהונתה של ממשלת רבין הראשונה. שר הביטחון שמעון פרס דגל בגישת קודמו משה דיין, ותמך בהקמת יישובים לאורך גב ההר. ראש הממשלה יצחק רבין, יגאל אלון – עכשיו בתפקיד שר החוץ – והשר ישראל גלילי, שהמשיך לרכז את נושא ההתיישבות, דבקו בגישה שיישובים יסמנו גבולות עתידיים בתוך הגדה ואת האזורים שישארו בידי ישראל.

אחת מנקודות הקונסנזוס בין שתי אסכולות אלה הייתה "עיבוי ירושלים": הרחבת המרחב העירוני והפרוזדור אל הבירה. בסוף יולי 1975 התקיים דיון בנושא זה, שבו השתתפו גלילי, פרס, שרי השיכון והמשפטים וכן בכירים במערכת הביטחון. בסיכום הדיון הומלץ לממשלה ליצור "עורק נוסף המחבר את ירושלים עם השפלה ע"י סלילת כביש המחבר את שדה התעופה בלוד אל כביש לטרון-בית חורון-רמאללה". כמו-כן סוכם כי חטיבת ההתיישבות בהסתדרות הציונית תמליץ על "יישובים שהקמתם תאפשר עם סלילת הכביש". בסיכום הדיון מוזכר יישוב אחד שיוקם במסגרת זו: "יישוב עירוני באזור גבעון (ביטוניא)".<sup>219</sup>

219 אדמוני, לעיל ה"ש 60, בעמ' 155. חטיבת ההתיישבות בהסתדרות הציונית הוקמה בשנות השבעים הראשונות כתאומה של המחלקה להתיישבות של הסוכנות היהודית. החטיבה פעלה מעבר לקו הירוק במימון המדינה. הפיצול נועד למנוע מצב שבו תרומות מיהדות ארצות-הברית

בעקבות הדיון סייר ראש חטיבת ההתיישבות אדמוני בשטח ודיווח לגילי כי האפשרויות המעשיות להקים יישובים חדשים הן בשני קצות הכביש המוצע – על שני צידי הקו הירוק באזור מודיעין (מערבה מכפר בית-סירא), ומצפון-מערב לירושלים בקרבת ביתוניא. אדמוני כתב כי אין "אפשרות סבירה" להעלות יישובים בקטע האמצעי של הכביש.<sup>220</sup>

מכאן ואילך השתלב הכביש בתוכניות להתיישבות. באפריל 1976 הוא מככב כסעיף ראשון בהצעה שמשקפת את גישת פרס ואשר הוכנה ככל הנראה בלשכתו. לפי ההצעה, הכביש ייסלל מלוד לצומת בית-סירא, ומשם לגבעון ולירושלים, ויתבסס "על עיקרי התוואי הקיים" של דרך לטרון-רמאללה. אזורי התיישבות, עם כמה יישובים בכל אחד, יוקמו ליד צומת בית-סירא וצומת גבעון (בהתאם להמלצת אדמוני). תוואי הכביש ואזורי ההתיישבות מסומנים במפה שצורפה להצעה.<sup>221</sup>

ב-22 ביוני 1976 החליטה ועדת השרים לענייני ירושלים להטיל על מחלקת העבודות הציבוריות (מע"צ) במשרד העבודה ועל משרד התחבורה את המשימה להכין את תוואי הכביש החדש ותוכניות עבודה לסלילתו. כעבור שבוע דווח על כך לוועדה הבין-מוסדית לענייני התיישבות. אדמוני מסכם את קבלת ההחלטה בדברים אלה: "עניין הכביש מקובל על הכל, אך קיימות קונצפציות שונות לגבי ישוב ואכלוס צדי הכביש".<sup>222</sup>

יש להדגיש: סלילת הכביש משתלבת במדיניות ההתיישבות, אך הכביש אינו מוצע רק כדרך גישה ליישובים חדשים. הכביש הוא התכלית, והיישובים משרתים תכלית זו; הם מעגנים את הכביש. במקרה זה הכביש עצמו קובע עובדה בשטח; הוא מסמן את הטריטוריה האמורה להישאר בידי ישראל.

כעבור שנה, בעקבות המהפך הפוליטי של 1977, עלתה לשלטון ממשלת הליכוד הראשונה, בראשות מנחם בגין. ממשלה זו גרסה כי "אזורי יהודה שומרון ועזה" הם "לעד חלק מארץ ישראל".<sup>223</sup> התפקיד האסטרטגי של ההתיישבות, לפי גישה זו, היה למנוע ריבונות זרה בגדה ובעזה בכלל והקמת מדינה פלסטינית בפרט. על-כן מדיניות ההתיישבות שאפה ליצור "פריסת התיישבות על-פני שטח נרחב במגמה ליצור מרכזי כובד" של אוכלוסייה יהודית.<sup>224</sup> ברמה מפורטת יותר, מיקומם של גושי היישובים נועד ליצור אזורי חיץ בין האוכלוסייה הערבית לבין המדינות השכנות, וכן אזור חיץ לרוחב הגדה (ממערב למזרח), ולפתח את ירושלים

לסוכנות ימננו פעולות בשטחים הכבושים. בפועל היה הפיצול באותה תקופה עניין של ניהול חשבונות בלבד; המחלקה והחטיבה היו למעשה גוף אחד.

220 שם, בעמ' 156.

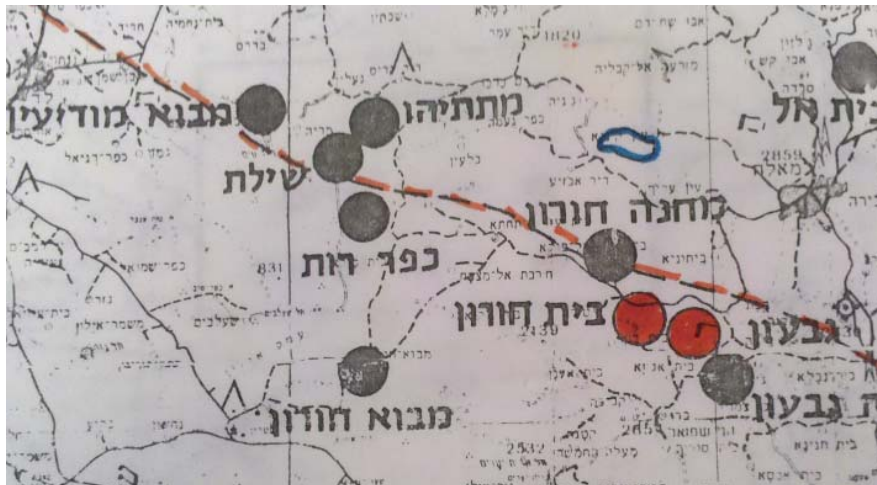
221 ארכיון צה"ל 1510/89/498/89-99. המסמך אינו מתוארך, אך לפי תאריכי המסמכים הסמוכים בתיק הוא הוכן באפריל 1970. סעיפים אחרים, כגון אישור היישוב עפרה ואישור המשך שהייתו של גרעין אלון מורה במחנה קדום, תואמים את גישת פרס ומנוגדים לגישת רבין-אלון-גלילי.

222 ארכיון צה"ל 1510/89/498/55; גנוך המדינה 74.1/6106/8; כתב-יד אדמוני, לעיל ה"ש 78, שנת 1976, בעמ' 50.

223 גנוך המדינה 74.1/7618/4, "לשכת שר הביטחון: מדיניות להתיישבות ביהודה, בשומרון, בחבל עזה וברמת הגולן", תמוז תשל"ט – יולי 1979.

224 גנוך המדינה 43.5/4410/6, "ועדת השרים להתיישבות: תכנית שנתית להתיישבות תש"מ ביהודה, בשומרון, בחבל עזה וברמת הגולן", תשרי תש"ם – אוקטובר 1979.

"כמטרופולין החולשת על מרכז יו"ש".<sup>225</sup> מדיניות זו הסירה את המגבלות הכרוכות בתוכנית אלון, אך לא ייתרה את התוכנית לסלילת הכביש החדש לירושלים שאושרה על-ידי ממשלת רבין. הכביש השתלב הן בכוונה להרחיב את ירושלים והן בכוונה ליצור רצועה יהודית רחבה שתחצוץ בין יהודה לשומרון. אין פלא אפוא שכביש מתוכנן בין לוד לצפון ירושלים מופיע במפות של תוכניות התיישבות, כגון התוכנית השנתית ל-1980 שהוכנה על-ידי ועדת השרים להתיישבות בראשות שר החקלאות אריאל שרון.<sup>226</sup>



במפות הכביש, היישובים היהודיים הקיימים והיישובים המתוכננים מהווים מתווה אחד ומודגש.

החלטתה של ועדת השרים לענייני ירושלים ביוני 1976 קבעה מסגרת זמן של שישה חודשים להכנת תוכניות עבודה לסלילת הכביש. אך כפי שקורה לא פעם בפרויקט בסדר-גודל כזה, התכנון וההכנות התארכו. למרות העיכובים, קיימת שרשרת רציפה של מזכרים, התכתבויות ותוכניות המובילה מההחלטה המקורית ב-1976 לתוכנית שאושרה על-ידי מועצת התכנון העליונה ביהודה ושומרון בשנת 1980, ואשר הייתה מושא העתירות לבג"ץ שידונו מיד.

בינואר 1977 הגיש משרד העבודה לוועדת השרים לענייני ירושלים מפה המראה תוואים חלופיים לכביש.<sup>227</sup> במרץ אותה שנה שלח ראש עיריית ירושלים טדי קולק מכתב ליושב-ראש ועדת השרים, שר המשפטים חיים צדוק, שבו טען כי העדר ההחלטה על המשך התכנון הינו "חמור מאוד".<sup>228</sup> אך כעבור שנתיים, ביוני 1979, עוד נשארה מחלוקת בעניין התוואי בקרבת שדה-התעופה עטרו. בין הגורמים למחלוקת הייתה השפעת הכביש על האפשרות להרחיב

225 גנוך המדינה, שם, "לשכת שר הביטחון: תכנית שנתית".

226 גנוך המדינה, שם, "ועדת השרים להתיישבות: תכנית".

227 גנוך המדינה 56.0/304/6.

228 שם.

ולפתח את שדה-התעופה. כמו-כן, אחד התוואים המוצעים חצה שטח שיועד למפעל מסוקים של התעשייה האווירית, ועל-כן עורר חשש לפגיעה בפיתוח הכלכלי של ירושלים.<sup>229</sup> בקצה האחר של הכביש, בתוך הקו הירוק, התנגדה הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה באזור לודים לתוואי המוצע, "היות והכביש הנידון אמור להתקשר לכביש המהיר ירושלים-תל אביב על קרקע חקלאית".<sup>230</sup> עינינו הרואות כי השפעת הכביש על המרקם הכלכלי והסביבתי הישראלי מילאה תפקיד בתכנון.

הנימה שונה בהתייחסות לפיתוח היישובים הערביים הסמוכים לכביש המתוכנן. סקר ההתפתחות באותם יישובים, שהוכן בשנת 1977, מזהיר מפני התפשטות השטח הבנוי, וממליץ "כי תיעשנה בהקדם פעולות לאיתור פרוזדור והכרזתו כדרך", שמא לא יישאר פרוזדור לא-בנוי לכביש.<sup>231</sup> לאחר שנתיים כתב מנהל לשכת התכנון במפקדת אזור יהודה ושומרון אזהרה חריפה יותר לגורמים המעורבים בתכנון יישובים וכבישים בגדה, כולל כביש לוד-גבעון-ירושלים: "כפי שהדבר ידוע... אין אפשרות למנוע בניה על תווי הכבישים, ללא אישור התכניות, וחבל שבגלל הזנחת גורמים שונים כולל המתכננים יבנו מבנים ונאלץ להתמודד בבג"צ".<sup>232</sup> פיתוח היישובים הערביים מתואר לא כדבר היוצר צורך בעורק תנועה חדש, אלא כמחסום אפשרי לסלילת הכביש. האזהרה נשלחה ב-2 ביולי 1979. ב-24 ביולי החליטה מועצת התכנון העליונה לבטל את רשיונות הבנייה שניתנו לחברי ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאונה אלמחודדה אלמסאוליה (אגודה שיתופית להקמת שיכון למורים; להלן: האגודה), על-מנת לאפשר בניית מחלף לכביש המתוכנן – צעד שאכן הוביל לעתירה הראשונה לבג"ץ. במאי 1980 דחתה מועצת התכנון העליונה את התוכנית המפורטת שהגישה האגודה לבניית שכונת מגורים לחבריה על קרקעותיה באזור עטרות. בחודש יולי באותה שנה החליטה המועצה להפקיד תוכנית לתוואי כביש בן-שמן-עטרות ולמחלף באזור עטרות. התוואי של הקטע שהיה אמור לעבור מעבר לקו הירוק היה שונה מן התוואי שעליו דובר קודם. שינוי זה בא בעקבות שינויים שנעשו בתוואי שאושר במוסדות התכנון בישראל. האגודה הגישה התנגדות לתוכנית, ובמסגרתה הציעה, בין היתר, מיקום חלופי למחלף. ההתנגדות נדונה לפני המועצה העליונה לתכנון בנובמבר 1981, ובסיום שימוע הטענות של באי-כוחה של האגודה, החליטה המועצה לדחות את ההתנגדות ולאשר את התוכנית. בהחלטה נאמר כי המועצה "שמעה פעם נוספת את הסברי מתכנני הכביש ונוכחה לדעת כי תכנון הכביש וקביעת מיקומו נעשו בהתחשב בכל הקריטריונים התכנוניים ומתוך התחשבות מרבית בתושבים". המועצה ציינה כי המיקום החלופי למחלף שהציע בא-כוח האגודה נבחן על-ידי המתכננים ונמצא בלתי-מתאים.

## 2. העתירה הראשונה לבג"ץ

התוכניות לבנות כביש שיחבר את אזור בן-שמן-לוד לצפון ירושלים נדונו בבג"ץ בשתי עתירות נפרדות שהוגשו על-ידי האגודה. העתירה הראשונה דנה בביטול רשיונות בנייה שניתנו

229 ש.ם.

230 גנוך המדינה 142.1/4523/11.

231 גנוך המדינה 56.0/304/6.

232 גנוך המדינה 142.1/4523/11.



לחברי האגודה לבניית בתים ליד עטרות בצפון ירושלים ובסירובה של מועצת התכנון העליונה ביהודה ושומרון לאשר תוכנית מפורטת לבניית שכונת מגורים על קרקעותיה של האגודה במקום.<sup>233</sup> הטעם הפורמלי לביטול רשיונות הבנייה היה שהם ניתנו ללא סמכות, מכיוון שלא הייתה תוכנית מפורטת במקום. הטעם הענייני היה שמתוכננת במקום בניית מחלף לכביש המתוכנן בין בן-שמן לעטרות, ובנייה במקום אינה מתיישבת עם תוכנית זו. על-סמך נימוק זה סירבה מועצת התכנון העליונה בגדה המערבית לאשר את התוכנית המפורטת שהגישה החברה העותרת אחרי ביטול רשיונות הבנייה של חבריה. בנימוקים לדחיית תוכנית זו נאמר במפורש כי חלק מן השטח מושא התוכנית מצוי בתוך השטח המופקע לצורך המחלף ו/או בתוך קו הבנייה אשר יוכרוז על-ידי מועצת התכנון העליונה אם וכאשר תאשר את התוכנית לכביש בן-שמן-עטרות.

בית-המשפט דחה את העתירה משני נימוקים. הנימוק המרכזי היה כי הרשיונות לא תאמו את הוראותיו של חוק התכנון המקומי ולכן הייתה סמכות לבטלם. הנימוק השני התייחס לטענתם של העותרים כי היה פסול בדחיית התוכנית המפורטת בשל נימוקים הקשורים לכביש המתוכנן, מכיוון שהשיקולים בתכנון הכביש היו שיקולים פוליטיים. תשובתו של בית-המשפט לטענה זו נומקה בדרך הבאה:

לא מצאתי ממש בטענה זו. כל השיקולים, שנשקלו על-ידי המשיבים, הם שיקולי תכנון רלבנטיים: הן עניין קרבתה של השכונה לאזור תעשייה והן עניין תכנון הדרכים הם שיקולים ענייניים, כאשר מדובר בנושאי תכנון ובנייה, ולא הובא שמץ ראיה לכך, שיש כוונה להצר צעדיהם של העותרים ולמנוע מהם הקמת שכונתם. תשובת המשיבים היא כי כבר אישרו שכונות דומות וכי הם עומדים לאשר הקמתן של שכונות נוספות דומות, וטענתם זו לא הופרכה ולא עורערה.<sup>234</sup>

עינינו הרואות: בית-המשפט אינו דן כלל בטענה כי שיקולי התכנון היו אמורים להיות שיקולים הקשורים לאזור המוחזק ולטובת אוכלוסייתו, וכי התחשבות בכביש המתוכנן לצרכיה המדיניים של המעצמה הכובשת אינה לגיטימית. לדידו של בית-המשפט, השאלה אינה מה המטרה של סלילת הכביש, אלא אם יש כוונה להצר את צעדיה של האגודה העותרת.

### 3. העתירה השנייה – טענות הצדדים

העתירה השנייה התייחסה ישירות לכביש המתוכנן בין אזור בן-שמן לצפון ירושלים.<sup>235</sup> לצורך בניית הכביש הודיע המפקד הצבאי על כוונתו להפקיע קרקעות של האגודה באזור המחלף המתוכנן לכביש. הופקדה תוכנית לבניית הכביש והמחלף, ומועצת התכנון העליונה ביהודה

233 בג"ץ 145/80 ג'מעית אסכאן אלמועלמון אלתיאוניה אלמחדודת אלמסאוליה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(2) 285 (1980).

234 שם, בעמ' 301.

235 כתב העתירה בבג"ץ 393/82.

ושומרון דנה בהתנגדות שהגישה האגודה ודחתה אותה. בעתירתה ביקשה האגודה מבית- המשפט להורות על ביטול התוכנית לבניית המחלף על מקרקעיה ובסמיכות להם, ולאסור על המפקד הצבאי להפקיע את המקרקעין של האגודה לצורך מימוש התוכנית. המשיבים בעתירה היו מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ומועצת התכנון העליונה באזור. טענותיה המשפטיות העיקריות של העותרת נוסחו בזו הלשון:

- א. הכבישים והמחלף נשוא העתירה הממוקמים באזור יהודה ושומרון שהוא שטח מוחזק כמשמעותו במשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי, יזומים על ידי רשויות השלטון בישראל, מתוכננים על ידי מתכננים ישראלים, עתידים להיות מבוצעים בידי מחלקת עבודות ציבוריות הישראלית – הכול כדי לשרת את צרכי מערכת הכבישים הישראלית.
- ב. המשיבים כאחראים לתכנון בשטח מוחזק נגררים אחר היזמה הישראלית מבלי להפעיל שיקול דעת עצמאי לגבי צרכי האזור וטובת האוכלוסייה המקומית.
- ג. המשיבים חורגים מסמכות כשהם כופפים עצמם ליוזמות התכנון של הרשויות בישראל ובפעלם כסניף של רשויות הביצוע והתכנון בישראל.
- ד. המשיבים חורגים מסמכותם, שוקלים שיקולים פסולים ונוהגים שלא בתום-לב בפעלם כאילו האזור המוחזק עליו הם מופקדים וישראל הינם יחידה מדינית אחת הנזקקת למערכת מתואמת של כבישים ארציים ודרכים מהירות.<sup>236</sup>

בהמשך טענה העותרת כי שיתוף-הפעולה לכאורה בין רשויות התכנון באזור יהודה ושומרון לבין רשויות התכנון בישראל הוא בבחינת העמדת-פנים – למעשה המתכננים הם ישראלים היושבים הן בישראל הן בשטחים, "כשלנגד עיניהם טובת האינטרסים של מדינת ישראל בלבד".<sup>237</sup> זאת ועוד, בהתייחסן לשיתוף-הפעולה האמור כאילו מדובר בשיתוף-פעולה בין שתי מדינות ריבוניות, הרשויות מתעלמות מכך "כי מדובר ביחסים של תושבי שטח מוחזק עם המעצמה הכובשת".<sup>238</sup>

לנוכח מה שראינו לעיל, נראה כי בטענותיה הציגה העותרת את הליך קבלת ההחלטות בנוגע לכביש בן-שמך-עטרות לאשורו. התכנון בוצע על-ידי הרשויות הפוליטיות והתכנוניות בישראל כדי לשרת אינטרסים ישראלים, כפי שאלה נתפסו על-ידי גורמים שונים בממשל. ההתיישבות בשטחים תפסה מקום חשוב בשיקולים אלה, בין משום שהכביש בא לשרת את היישובים המתוכננים ובין משום שהיישובים המתוכננים נועדו להגן על כביש נוסף מאזור השפלה לאזור ירושלים.

236 שם, פס' 19.

237 שם, פס' 19ה.

238 שם, פס' 19ו.

תצהיר התשובה לעתירה ניתן על-ידי מנהל לשכת התכנון באזור יהודה ושומרון. חלק מן התצהיר מוקדש לטענה כי השאלות שהעותרת מבקשת להעלות נגד תוכנית הכביש כבר נדונו בפסק-הדין בעתירתה הראשונה, ואין להעלותן שוב מחמת מעשה בית-דין או השתק. נטען כי גם אם העותרת לא טענה במפורש בעתירה הראשונה כי אישור בניית הכביש יסתור את המשפט הביניים-לאומי היא הייתה יכולה להעלות טענה זו בנימוקיה נגד ההתחשבות בכביש בהחלטה לדחות את התוכנית המפורטת. משלא עשתה כן, היא מנועה מלעשות זאת בעתירה החדשה. לגופו של עניין הצהיר מנהל לשכת התכנון כי לצורך הכנת תצהירו הוא שוחח עם המהנדס שהכין את תוכנית המחלף למוסדות התכנון. הלה הסביר כי המחלף קשור לשני כבישים מהירים: (1) הכביש המתוכנן בין בן-שמן לעטרות (ואולי משם למעלה-אדומים), אשר חלקו עובר באזור המרכז, חלקו באזור יהודה ושומרון וחלקו באזור ירושלים; (2) כביש מס' 1, שהתוואי שלו מוזכר בתוכנית הארצית ובתוכנית המחוזית. לדברי המצהיר, המערכת המתוכננת עתידה לשמש לתנועה מישראל ליהודה ושומרון, "אך לא פחות מכך גם בכיוון ההפוך. היא תאפשר כמובן קשר מהיר בין יישובי יו"ש לבין עצמם, ובמחלף עצמו מתוכננת לפחות התחברות אחת (ואולי שתיים) מן העיר רמאללה (לבקשתה של ערית העיר הזאת)".<sup>239</sup> הכבישים ישרתו לדבריו את האוכלוסייה המקומית של רמאללה, ביר-נבאללה, ג'דירה, נבי-סמואל, בית-איכסא, בית-חנינא, בידו, ראפאת ובית-לחם. לשם ביסוס דבריו דיווח מנהל לשכת התכנון בתצהירו כי מנתונים שקיבל מקמ"ט סטטיסטיקה במנהל האזרחי עולה כי מספר הפועלים מתושבי האזור העוברים מדי יום לישראל לצורכי עבודה שולש בין שנת 1970 לבין זמן הכנת התצהיר (דצמבר 1982). הוא הכחיש כי אישור התוכנית במועצת התכנון העליונה נבע מכניעה ללחצים של גורמים ישראליים. עוד טען מנהל הלשכה כי כדי לקעקע את החלטת התכנון ביהודה ושומרון היו העותרים חייבים להראות שהתכנון בישראל לא היה חוקי, ומשום כך היה אסור להתחשב בו, "או שאינטרס של איו"ש (ולא דוקא של העותרים) הוקרב שלא כחוק על בסיס אינטרס ישראלי-מקומי טהור".<sup>240</sup> לדבריו, עצם העובדה שהחלטות של מועצת התכנון העליונה ביהודה ושומרון התקבלו בעקבות החלטות שהתקבלו על-ידי מוסדות התכנון בישראל אין בה כדי להצביע על פסול בתכנון בשטחים. מנהל הלשכה חזר בתצהירו על ההקבלה בין תיאום החלטות של מוסדות התכנון בשטחים עם מוסדות התכנון בישראל לבין תיאום של החלטות תכנון בין שתי מדינות ריבוניות.

בדומה למה שראינו בפרשת חברת החשמל בחברון, גם כאן לא הוגשה לבית-המשפט שום ראיה לכך שמועצת התכנון העליונה בשטחים ביססה את החלטותיה בעניין הכביש והמחלף על נתונים שהובאו לפנייה לגבי צרכיה של האוכלוסייה המקומית. מנהל הלשכה לא גרס בתצהירו כי הנתון על הגידול במספר העובדים מן השטחים בישראל עמד לנגד עיניה של מועצת התכנון, אלא שהוא קיבל נתון זה מקמ"ט סטטיסטיקה (כנראה לצורך תצהירו לבג"ץ). באותו תצהיר הביא מנהל הלשכה גם נתונים על העלייה במספר כלי-הרכב בגדה, אך גם כאן הוא לא טען כי

239 תצהיר התשובה של מנהל לשכת התכנון באזור יהודה ושומרון שהוגש בבג"ץ 393/82 (להלן: תצהיר התשובה של מנהל לשכת התכנון בפרשת כביש 443).

240 שם, ס' 14.

נתון זה הוא שהוביל לאישור התוכנית. לא הוצגו לפני בית-המשפט שום נתונים על בדיקה של צורכי האוכלוסייה בגדה המערבית שנעשתה לקראת הכנת התוכנית או על שקילת הדרכים האפשריות לספק צרכים אלה בצורה מיטבית. זאת ועוד, תוואי הכביש בתוכנית שהובאה לאישורה של מועצת התכנון העליונה, ואשר הייתה מושא להתנגדות האגודה ולעתירתה לבג"ץ, היה שונה מזה שהוצע בתוכנית קודמת. המצהיר מטעם המשיבים הודה כי שינוי זה נעשה בעקבות שינוי התוואי בתוכנית שהוכנה בישראל, אך טען כי לנוכח הקשר ההדוק בין התכנון בישראל לבין התכנון ביהודה ושומרון "ברור שהזות כביש בישראל משפיע על המשך התוואי שלו באיו"ש, וממילא על מיקומו של המיחלף בין כביש זה לכביש אחר".<sup>241</sup>

למסמכים שהוגשו לבית-המשפט לא צורפו ניירות-רקע לתוכנית או פרוטוקול של דיונים כלשהם שבהם נדונו צרכיה של האוכלוסייה המקומית בכל הנוגע לרשת כבישים חדשה, תוואים חלופיים והיתרונות לאוכלוסייה המקומית של התוואי שנבחר על תוואים אחרים. כאמור, מנהל לשכת התכנון הודה בתצהירו כי הזות התוואי כך שיעבור ליד קרקעותיה של העותרת נעשתה בעקבות שינוי התוואי בתוכנית שאושרה במחוז ירושלים. כפי שראינו, הטענות המרכזיות של המשיבים בתצהיר התשובה היו כי השאלות בדבר חוקיותם של המיחלף והכביש כבר הוכרעו בפסק-הדין שניתן בעתירה הראשונה של האגודה; כי אין פסול בכך שמועצת התכנון העליונה תעבוד בתיאום עם מוסדות התכנון בישראל (בדומה לתיאום בין מדינות שכנות); וכי העותרת הייתה חייבת להוכיח שהתכנון בישראל לא היה חוקי או שהאינטרס של אזור יהודה ושומרון הוקרב לא כחוק על בסיס אינטרס ישראלי-מקומי טהור. בעיקרי הטיעון שהגישו המשיבים לבית-המשפט נטען כי הוכח בתצהיר התשובה "כי הכבישים והמיחלף משרתים גם את האזור ואוכלוסייתו".<sup>242</sup> המשיבים המשיכו וטענו כי "אין בכך כלום שהתכנון משרת גם את מדינת ישראל ואוכלוסייתה, שכן הדבר לא נעשה על חשבון האינטרס של האזור ותושביו, אלא להיפך, מדינת ישראל משקיעה משאבים שלה בפיתוחו של האזור ובהקמתה של תשתית כבישים חדשה, כנהוג וכמקובל בכל המדינות המודרניות, ובדרך שתשרת נאמנה את האזור ואת אוכלוסייתו בין בזמן החזקת האזור על ידי כוחות צה"ל ובין לאחר מכן".<sup>243</sup>

לסיכום, בטענותיהם בבית-המשפט לא גוללו המשיבים את הרקע הפוליטי לתכנון הכביש שנסקר לעיל, אלא הציגו את התכנון כמתבקש לנוכח צרכיה המשתנים של האוכלוסייה באזור יהודה ושומרון. עם זאת, להבדיל משני המקרים הקודמים שנותחו לעיל, לא נעשה כאן ניסיון להציג את החלטותיהם של מוסדות התכנון בשטחים כהחלטות שמטרתן העיקרית היא לשפר את מערכת התחבורה העומדת לרשותם של תושבי האזור, אלא בפועל הודו המשיבים כי הכביש בא לשרת בראש ובראשונה את הציבור בישראל. טענתם הייתה, כאמור לעיל, שאין בכך פסול כל עוד הכביש משרת גם את תושבי האזור ואינו פוגע באינטרסים שלהם. כנגד טענה זו השיבה האגודה כי "השיקולים המכריעים להקמת הכבישים והמיחלף הם שיקולים

241 שם, ס' 13(ב).

242 עיקרי הטיעון של המשיבים בבג"ץ 393/82, ס' 6 (ההדגשה הוספה).

243 שם, ס' 6(2).

ישראלים פנימיים להבדיל משיקולים מקומיים של אזור מוחזק".<sup>244</sup> היא המשיכה וטענה כי "המשיבים חורגים מסמכותם בסברתם שמותר להם לפעול לצורך שיתוף-הפעולה עם רשויות הביצוע והשלטון בישראל כאילו שמדובר ביחסים בין מדינות ריבוניות ובהתעלם מכך כי מדובר ביחסים של תושבי שטח מוחזק עם המעצמה המחזיקה".<sup>245</sup>

#### 4. העתירה השנייה – פסק-הדין

פסק-הדין בעתירה השנייה הוא אחד מפסקי-הדין החשובים הנוגעים למשטר המשפטי בשטחים ולביקורת השיפוטית עליו. פסק-הדין נותח על-ידי אחד המחברים במקום אחר,<sup>246</sup> ובדיון הנוכחי אין צורך להיכנס לכל השאלות המשפטיות שנדונו בו. נתרכז בדרך שבה התייחס בית-המשפט למחלוקת הנוגעת למטרתה של תוכנית המחלף והכביש. כאמור לעיל, האגודה טענה כי הכביש תוכנן כדי לשרת אינטרסים ישראלים, בעוד שהרשויות טענו כי מועצת התכנון העליונה בשטחים אישרה אותה כי היא תשרת גם את תושבי האזור. נראה, לכאורה, כי לנוכח ההלכה שנפסקה בפסק-דין אלון מורה, בעמדתן זו של הרשויות לא היה מענה לטענה המשפטית של האגודה. שהרי בפרשת אלון מורה הצהיר הרמטכ"ל כי היישוב ימלא תפקיד בטחוני, ובית-המשפט לא חלק על כנותה של עמדתו זו, אלא קבע כי נימוק בטחוני זה לא היה השיקול הדומיננטי לתפיסת הקרקע של העותר ולהקמת היישוב עליה. היוזמה ליישוב הייתה יוזמה פוליטית, והאישור הבטחוני של הרמטכ"ל ניתן אחרי קבלת ההחלטה הפוליטית. בית-המשפט השתכנע כי השיקול הפוליטי היה השיקול הדומיננטי, וקבע כי די בכך לפסול את ההחלטה. גם כאן, מתוך המסמכים שהוגשו לבית-המשפט, היה אפשר להבין כי אף אם מועצת התכנון העליונה הייתה סבורה כי התוכנית תשרת את האינטרסים של הציבור המקומי, קידום אינטרסים אלה לא היה המטרה הדומיננטית של התוכנית לכביש ולמחלף. בניגוד למה שטענו הרשויות, השאלה לא הייתה אמורה להיות אם התוכנית תפגע באינטרסים של האוכלוסייה המקומית, אלא אם התוכנית דרושה לטובתה. על-סמך מה היה אפשר לומר כי בניית כביש שתשרת בראש ובראשונה את האוכלוסייה של המעצמה הכובשת בעוברים מאזור אחד במדינתם לאזור אחר בה (דרך השטח הכבוש) משרתת את האינטרסים של האוכלוסייה בשטח הכבוש? האם היה אפשר לבודד את התועלת הצפויה לכאורה לאוכלוסייה המקומית מכביש חדש מן העובדה שבשטח המוחזק ייסלל כביש רחב שישרת בראש ובראשונה אזרחים של המעצמה הכובשת בנסיעתם מאזור בן-שמן לירושלים, ואת תושבי היישובים שייבנו בשטח המוחזק שהינם לצנינים בעיני האוכלוסייה המקומית? איך אפשר להשוות תיאום בין שתי מדינות המיוצגות כל אחת על-ידי נבחריה או פקידיה לבין תיאום בין מוסדות התכנון במדינה כובשת לבין מוסדות התכנון בשטח כבוש, המאושרים על-ידי פקידיה של המדינה הכובשת? הזכרנו לעיל את גישתו של בית-המשפט בפסק-הדין בפרשת חברת החשמל II, שבו פסל בית-המשפט החלטה להפקיע זיכיון של חברה מקומית מכיוון שהיה סבור כי יצירת תלות של

244 עיקרי הטיעון של העותרת בבג"ץ 393/82, ס' 3.

245 שם, ס' 6.

246 KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE, לעיל ה"ש 6, בעמ' 95–98 ו-68–72.

האוכלוסייה בשטח כבוש בספק מחוץ לשטח אינה לטובתה.<sup>247</sup> האם בניית כביש שמטרתו להשפיע על משא-ומתן עתידי על הסדר מדיני יכולה להיחשב פרויקט שנעשה לטובת האוכלוסייה המקומית?

פסק-הדין בעתירה השנייה נכתב על-ידי השופט אהרן ברק. השופט ברק ציין כי המפקד הצבאי בשטח מוחזק אינו מוסמך לתכנן ולהקים כבישים באזור המוחזק אם המטרה היא שהם ישמשו "דרך שירות" למדינתו. על-כן, כתב השופט ברק,

אם צודקת העותרת, כי מטרת התכנון אינה צורכי האזור (הצבאיים או האזרחיים) אלא אך צרכיה של ישראל, כי אז צודקים הם גם בעמדתם המשפטית, כי מטרה זו זרה היא לשיקוליו של המפקד הצבאי.

דומה, כי המשיבים עצמם אינם חולקים על הפרופוזיציה המשפטית האמורה, אך חולקים הם על עמדת העותרת מבחינה עובדתית. נמצא, כי זהו "המקום הגיאומטרי" בניתוח המשפטי, שבו עלינו להיזקק למחלוקת העובדתית שבין הצדדים באשר למטרת התכנית.<sup>248</sup>

בעוברו לדיון במחלוקת העובדתית כביכול בין הצדדים, הכריז השופט ברק כי השופטים אינם רואים שום סיבה לא לקבל את עמדת המשיבים. השופט ברק ציין כי הוצגו לפני השופטים השיקולים התכנוניים שעמדו ביסוד התוכנית, ואין לבית-המשפט יסוד לפקפק בנכונותם. הוא הוסיף כי העותרת לא הביאה לפני בית-המשפט ראיה או הוכחה שיש בה כדי להטיל ספק בגישתם של המשיבים. זאת ועוד, השופט ברק קבע כי מעיון בחומר שהוצג לבית-המשפט "מתגלית תמונה של תכנון מקצועי, הלוקח בחשבון את תנאיו וצרכיו של האזור ולא את תנאיה וצרכיה של ישראל בלבד".<sup>249</sup>

כפי שהסברנו לעיל, לא הוגשו לבית-המשפט מסמכים שמהם היה אפשר ללמוד כי הנתונים שהובאו לפני בית-המשפט לגבי תנאיו וצרכיו של האזור שימשו בסיס להחלטותיה של מועצת התכנון העליונה; ההפך הוא הנכון – הנתונים על מספר הפועלים העוברים לישראל מדי יום והגידול במספר כלי-הרכב באזור נאספו לצורך התשובה לעתירה. מעיון במסמכים בתיק קשה לדעת על-סמך מה היה בית-המשפט יכול לקבוע כי התכנון היה מקצועי וכי הוא הביא בחשבון את תנאיו וצרכיו של האזור, ולא של ישראל בלבד. אולם גם אם השתכנע בית-המשפט כי התכנון היה מקצועי, הוא לא נתן את דעתו לשאלה שהכריעה את הכף בפרשת אלון מורה: מה היה המניע הדומיננטי להחלטה? האם המניע הדומיננטי היה קידום האינטרסים של האוכלוסייה המקומית או שמא קידום התוכנית שגובשה במוסדות התכנון בישראל לבניית כביש מאזור בן-שמן לירושלים?

בקטע שהבאנו מפסק-דינו של בית-המשפט לא נאמר כי קידום האינטרסים של האוכלוסייה המקומית היה המטרה הדומיננטית של התוכנית שאושרה. נראה, אם כן, שבית-המשפט קיבל

247 ראו פרשת חברת החשמל II, לעיל ה"ש 39, ואת ההתייחסות אליה לעיל ליד ה"ש 213.

248 פרשת כביש 443, לעיל ה"ש 10, בעמ' 795.

249 ש.ס.

את עמדתם המשפטית של המשיבים כי כדי לקעקע את עמדת הרשויות היה על העותרת להראות "שאינטרס של איו"ש (ולא דוקא של העותרים) הוקרב שלא כחוק על בסיס אינטרס ישראלי-מקומי טהור".<sup>250</sup> אך בית-המשפט חש כנראה כי יש קושי בעמדתו זו. והא ראייה: בחלק אחר של פסק-הדין בית-המשפט חוזר ומדגיש את מסקנתו – "בה אין לנו כל פקפוק או הרהור – כי שיקוליה של ישראל וצרכיה האזרחיים לא עמדו ביסוד תכנית הדרכים בביצועה".<sup>251</sup> מסקנה זו אינה מתיישבת עם הרקע ההיסטורי שעליו עמדנו לעיל. אבל יותר מכך, היא אינה מתיישבת עם עמדתם של המשיבים עצמם, כפי שהוצגה בטענותיהם, שהרי בטענות אלה הם הודו כי היה תיאום עם רשויות התכנון בישראל, אך טענו כי אין בכך פסול כל עוד התוכנית אינה פוגעת באינטרסים של תושבי האזור. זאת ועוד, כפי שהעותרת הדגישה בעתירתה, אין אפשרות לראות את מקבלי ההחלטות הישראלים בשטחים כאנשים שמנותקים מן האינטרסים של מדינתם ואשר מקבלים החלטות אך ורק כדי לקדם את האינטרסים של תושבי האזור. חסרה אם כן בפסק-הדין מידה מסוימת של ספקנות, בדומה לזו שאפיינה את עמדתם של השופטים הן בפרשת אלון מורה והן בפרשת חברת החשמל II.

## 5. מסקנות והתפתחות מאוחרת

בדומה למקרה של חברת החשמל בחברון, גם כאן לא הציגו הרשויות לפני בית-המשפט את הרקע הפוליטי המלא להחלטה בדבר הכביש בין בן-שמן לעטרות. עם זאת – בדומה לאותו מקרה ולהבדיל מפרשת פתחת רפיח – גם לא נעשה ניסיון מכוון להטעות את בית-המשפט ולהסתיר מפניו מסמך שממנו היה אפשר ללמוד כי הנימוקים להחלטה מושא הדיון היו דווקא אלה שעליהם הצביעו העותרים, ולא אלה שהובאו בדיעבד על-ידי המשיבים. בדומה למקרה של חברת החשמל בחברון, גם במקרה זה מילא בית-המשפט תפקיד פעיל בייפוי העובדות, בייחסו למועצת התכנון העליונה שקילה של טובת האוכלוסייה המקומית מבלי שיש לפניו מסמכים שעל-פיהם ניתן להסיק זאת.

פסק-הדין בעניין כביש 443 חזר לעמוד במרכז במסגרת דיון שהתקיים בבית-המשפט יותר מעשרים שנה לאחר שניתן.<sup>252</sup> הרקע לדיון היה החלטה של המפקד הצבאי לאסור נסיעה של כלי-רכב פלסטיניים בכביש 443, אשר נבנה בסופו של דבר כדי לקשר בין אזור בן-שמן לבין צפון ירושלים. החלטה זו התקבלה לאחר שאירעו כמה פיגועים נגד כלי-רכב ישראליים שנסעו בכביש, חלק מהם מתוך כלי-רכב פלסטיניים שנסעו גם הם בכביש. תושבים בכפרים שגישתם לכביש 443 נחסמה פנו לבג"ץ. בעתירתם הם טענו, בין היתר, כי פסק-הדין שבו הכשיר בית-המשפט את תוכנית הכביש, את הפקעת הקרקע הפרטית לשם סלילתו ואת בניית המחלף שיחבר בינו לבין כביש מס' 1 התבסס על טענת המשיבים כי חלק הכביש העובר דרך השטחים ייבנה לטובת האוכלוסייה המקומית, ולא רק ככביש שירות לאזרחי מדינת-ישראל. אי-לכך החלטתו של המפקד הצבאי לשלול מן האנשים שלטובתם נבנה כביכול הכביש "איננה עולה

250 תצהיר התשובה של מנהל לשכת התכנון בפרשת כביש 443, לעיל ה"ש 239, ס' 14.

251 פרשת כביש 443, לעיל ה"ש 10, בעמ' 796.

252 בג"ץ 2150/07 אבו צפיייה נ' שר הביטחון, פ"ד סג(3) 331 (2009).

בקנה אחד עם הצהרותיו של המפקד הצבאי כפי שנמסרו לבית משפט זה עת ביקש הוא לנמק את הפקעתן של אדמות לצורך סלילתה של מערכת כבישים, שכביש 443 מהווה חלק ממנה.<sup>253</sup>

והנה, בתשובה לעתירה יצא המרצע מן השק. כך תיארו המשיבים (שר הביטחון, מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ומפקד חטיבת בנימין) את הכביש:

כביש 443 (להלן: "הכביש") משמש כיום עורק תנועה מרכזי המחבר בין השפלה לבין ירושלים, ומשתמשים בו מידי יום עשרות אלפי תושבים ישראלים. הכביש עובר בשטח אזור יהודה ושומרון בקטע שבין "מעבר מכבים" במערב לבין "מחסום 4" במזרח (צומת אזור התעשייה עטרות). בנוסף, כביש זה משמש כעורק תנועה מרכזי לעשרות אלפי תושבים ישראלים המתגוררים במספר יישובים ישראלים המצויים בישראל ובאזור יהודה ושומרון, לאורך כביש 443 ובסמוך אליו, ובכלל זה: חשמונאים, מודיעין עלית, כפר רות, מכבים-רעות, מנורה, מבוא חורון, בית חורון, גבעת זאב, גבעון החדשה ועוד. בנוסף, כביש זה משמש אלפי ישראלים המתגוררים ביישובים ישראלים בגזרת בנימין באזור יהודה ושומרון, אשר בשל המצב הביטחוני ומגבלות תנועה שהוטלו על תנועתם באי"ש על ידי המפקד הצבאי בשנים האחרונות, כביש 443 משמש אותם כעורק תנועה עיקרי לשם הגעה לאזור ירושלים ולתנועה בין היישובים עצמם (כך, למשל, היישובים הממוקמים בגוש הטלמונים – דולב, טלמון, נחליאל ועוד).<sup>254</sup>

בית-המשפט הבין היטב כי אחרי שנתן הכשר שיפוטי להפקעת אדמות ולחכנון הכביש על-סמך עמדתן של רשויות הממשל הצבאי שלפיה הכביש נבנה כדי שישירת את האוכלוסייה המקומית בשטחים, אין הוא יכול להכשיר עכשיו את איסור השימוש בכביש על-ידי כלי-רכב פלסטיניים על-סמך הנימוק שהכביש משמש עורק ראשי לישראלים תושבי מדינת-ישראל והשטחים. כפי שניסח זאת בית-המשפט:

סגירת הכביש לכלי רכב פלסטיניים מביאה לכך שכביש 443 משמש בעיקר לתנועת כלי רכב "פנימית" בישראל – בין מרכז הארץ לבין ירושלים. כפי שכבר הוזכר, הכביש הוגדר על-ידי המשיבים כ"עורק תנועה מרכזי, המחבר בין אזור השפלה וגוש מודיעין לבין אזור ירושלים. לצד כביש מס' 1, כביש 443 מהווה את אחד משני עורקי התנועה המרכזיים המובילים לעיר הבירה". המשיבים 4 מגדירים אף הם את הכביש כעורק תנועה חשוב ממרכז המדינה לירושלים, וכך גם המשיבה 5. לצד זה, משמש הכביש לתנועתם של תושבי

253 עיקרי הטיעון מטעם העותרים בבג"ץ 2150/07 אבו צפיה נ' שר הביטחון, ס' 11א (פורסם בנבו, 2.3.2008).

254 תגובה מקדמית של המשיבים בבג"ץ 2150/07 אבו צפיה נ' שר הביטחון, ס' 2 (לא פורסם, 4.6.2007).



ישובים ישראלים הממוקמים באזור. בהתאם לפסיקת בית משפט זה, לא היה המפקד הצבאי מוסמך להורות על סלילת הכביש מלכתחילה, לו זו היתה המטרה שבבסיס הסלילה...<sup>255</sup>

לאחר שציטט את מה שנאמר בפסק-דינו בעתירת האגודה – כי מפקד צבאי אינו מוסמך לתכנן ולבנות מערכת כבישים אם מטרתה היא לשמש דרך שירות למדינתו – אמר בית-המשפט:

דברים אלה יפים, בשינויים המחויבים, גם בהתייחס לשימוש בכביש. המפקד הצבאי אמנם מוסמך להטיל מגבלות תנועה מכוח חובתו לשמור על הסדר הציבורי והביטחון בצירי התנועה באזור, ובכלל זה להבטיח את שלומם של המתישבים הישראליים, ושל ישראלים הנמצאים באזור ומשתמשים בכביש. עם זאת, סמכותו של המפקד הצבאי אינה משתרעת עד כדי הטלת מגבלה קבועה ומוחלטת על תנועת כלי רכב פלסטיניים על הכביש. הטעם לכך הוא כי בהטלת מגבלות אלה, הופך כביש 443 – הלכה למעשה – לכביש המיועד לתנועת כלי רכב ישראלים בלבד, אשר חלק הארי שלהם עושה את דרכו מן השפלה לירושלים ובחזרה, קרי – לצורך תנועה "פנימית" ישראלית (כהגדרתם של המשיבים 4: "עורק תנועה ראשי בישראל, המחבר את העיר ירושלים עם מטרופולין תל-אביב").<sup>256</sup>

במקרה הנוכחי איננו באים לדון כאן בפסק-דין זה של בית-המשפט, אלא לעמוד על הפער בין מה שנטען על-ידי הרשויות בתשובתם לעתירה של האגודה, בשעה שבית-המשפט התבקש לפסול החלטה שלהן שהתקבלה על-סמך נימוקים פוליטיים, לבין מה שטענו כעבור עשרים שנה, כאשר מטרתו האמיתית של הכביש כבר הייתה ברורה לעיני כל. המטרה המדומיינת של הכביש – טובת האוכלוסייה המקומית – כאילו נשכחה, והחלטתו של המפקד לאסור את הנסיעה בכביש של כלי-רכב פלסטיניים נסמכה על מטרתו האמיתית של הכביש: טובתם של תושבי מדינת-ישראל ושל מתיישבים ישראלים בשטחים. היש הוכחה טובה מזו לתזה שהצגנו כאן?

## 1. מסקנות

מניתוח שלושת המקרים שסקרנו כאן אפשר להסיק מסקנות במישורים שונים:

1. כפי שכתבנו במבוא, יש פער בין המסגרת הנורמטיבית שקבע בית-המשפט העליון לפעולותיהן של הרשויות בשטחים לבין המסגרת המדינית המכתיבה בפועל את מהלכיהן בהם. במקרים שבחנו התגברו הרשויות על פער זה על-ידי טשטוש הרקע הפוליטי

255 פרשת אבו צפיייה, לעיל ה"ש 252, בעמ' 363 (ההדגשה הוספה).

256 שם, בעמ' 364.

להחלטה או למעשה של המפקד הצבאי, העלמת עובדות רלוונטיות מבית-המשפט או יפוי המציאות העובדתית כדי שתתאים למסגרת המשפטית.

א. במקרה הראשון – פתחת רפיח – הציגה הפרקליטות לפני בית-המשפט שיקולים בטחוניים לפעולתן של הרשויות (פינוי-גירוש הבדואים) אף שאלה לא עמדו בפועל מאחורי החלטת הגירוש. כמו-כן היא לא הגישה לבית-המשפט מסמך שעיון בו היה מפרך את הטענות הבטחוני, היא הציגה את תוכנו של המסמך בצורה מעוותת, והיא הכחישה את טענת העותרים כי שיקולי התיישבות הם שעמדו מאחורי החלטת הגירוש, אף שידעה כי יש אמת בטענה זו. בית-המשפט תרם את חלקו לטשטוש העובדות כאשר סירב לאפשר את חקירת המצהיר מטעם המשיבים, שמטרתה המוצהרת הייתה להראות כי הנימוקים לגירוש לא היו אלה שהוצגו בתצהירו, וכאשר קיבל את תיאורה של הפרקליטות לגבי תוכנו של דוח ועדת החקירה הצבאית ולא ביקש לעיין בו.

ב. במקרה השני – חברת החשמל בחברון – נמנעה הפרקליטות שוב מהצגת המטרה הפוליטית האמיתית של ההחלטה (הפקדת הספקת החשמל לקרית-ארבע ולחברון בידי חברת החשמל לישראל), וטענה כי ההחלטה תשרת את טובתה של האוכלוסייה המקומית. אך כאן, להבדיל מן המקרה הקודם, היא לא טענה בפה מלא כי שיקול זה עמד לנגד עיניו של המפקד הצבאי בשעה שקיבל את ההחלטה, אלא רק שהלה רשאי להצדיק את החלטתו בעזרת כל נימוק כשר בזמן הדיון בעתירה. במקום לדרוש בטענה עקרונית זו, העדיף בית-המשפט לייפות את המסגרת העובדתית בקביעה כי המפקד הצבאי אכן ביסס את החלטתו על טובת האוכלוסייה המקומית.

ג. במקרה השלישי – כביש 443 – לא הציגו הרשויות לפני בית-המשפט את ההחלטות הפוליטיות הנוגעות לבניית כביש בין אזור בן-שמן לצפון ירושלים. הן ניסו ליצור את הרושם כי טובת האוכלוסייה המקומית עמדה מאחורי החלטתן של הרשויות – המפקד הצבאי ומועצת התכנון העליונה – אולם הן לא הציגו מסמכים או ראיות המראים כי שיקול זה אכן נשקל ברצינות עובר לקבלת ההחלטה על אישור תוכנית הכביש והמחלף ועל הפקעת קרקעותיה של העותרת. הנתונים על טובת האוכלוסייה המקומית נאספו לצורך התשובה לעתירה. גם כאן מילא בית-המשפט תפקיד פעיל בהתאמת המסגרת העובדתית למסגרת המשפטית המחייבת, בכך שטשטש את השאלה המשפטית, ובמקום לשאול מה היו שיקוליהן של הרשויות, הסתפק באמירה כי התכנון היה מקצועי.

במקרה זה יצא המרצע מן השק בשלב מאוחר יותר, כאשר הפרקליטות לא התביישה להגן על החלטה לאסור נסיעה של כלי-רכב פלסטיניים באותו כביש, שנבנה כביכול לטובתם, על-סמך הטענה כי הכביש משמש עורק תנועה ראשי לישראלים, ועל-כן אם יש בעיה בטחונית בנסיעה בכביש, אפשר לשלול את זכותם של הפלסטינים לנסוע בו במקום לשלול מן הישראלים את האפשרות לעשות כן. בית-המשפט הבין היטב את הסתירה בין עמדה זו לבין המסגרת העובדתית ששימשה בסיס להחלטה המקורית על אישור הכביש, וקבע כי אין להצדיק הטלת איסור של קבע על השימוש הפלסטיני בכביש בנימוק שלא היה מתקבל בנימוק לבנייתו.

2. אחד הקשיים בהליכים המתנהלים בבית-המשפט העליון נוגע להתמודדותו של העותר עם טענותיו של המשיב (המדינה, באמצעות מי מהאורגנים שלה) וביכולתו להפריך עובדות

שהציג הלה בתצהירו. הזכות שהייתה קיימת בשנות החמישים והשישים לחקור את המצהיר חקירה שכנגד הומרה בשיקול-דעת בית-המשפט להתיר חקירה, ושיקול-דעת זה מופעל ביד קמוצה. כבר הערנו כי אילולא נתן בית-המשפט רשות לעותרים להגיש שאלון לרמטכ"ל בפרשת אלון מורה, לא היו מתגלות העובדות שהובילו להתערבותו של בית-המשפט בהחלטת הרשויות. סירובו של בית-המשפט להתיר חקירה של המצהיר בפרשת פתחת רפיח סתמה את הגולל על סיכום של העותרים להפריך את עמדתן השקרית של הרשויות. המסקנה המתבקשת ברורה: הנחת בית-המשפט כי חקירת המצהירים מטעם המשיבים בבג"ץ אינה נחוצה, מכיוון שניתן לסמוך עליהם שיביאו לפני בית-המשפט את התשתית העובדתית ששימשה בסיס להחלטה מושא הדיון, אינה מבוססת. יש מקרים שבהם הרשויות אינן מציגות את התמונה האמיתית או המלאה, וחקירה שכנגד עשויה לחשוף נתונים שישפיעו על הכרעת בית-המשפט.

3. החלק ההיסטורי של מאמר זה מבוסס על מסמכים המופיעים בארכיונים שונים, וביניהם ארכיון צה"ל. כדי לקבל גישה לתיקים בארכיון צה"ל, היה צורך במאבק משפטי, וזאת אף שמדובר במסמכים שאין בהם חומר צבאי המחייב סודיות. המפקדים הצבאיים בשטחים ממלאים תפקידים אזרחיים ופוליטיים מובהקים, ולא רק תפקידים צבאיים. לנוכח חשיבותם הציבורית של תפקידים אלה חשוב שתהיה שקיפות מרבית, שתחשוף אותם לביקורת ציבורית ופוליטית, כיאה במדינה דמוקרטית. סודיותם של המסמכים בשל זהותו של הגוף המפקד עליהם, קרי צבא הגנה לישראל, ולא בשל תוכנם, מונעת שקיפות זו.
4. ציינו במבוא שעמדת הממסד כי שלטון החוק נשמר בשטחים נשענת בעיקר על קיומה של ביקורת שיפוטית של בג"ץ על החלטותיהן ומעשיהן של הרשויות. בעבודתנו הקודמת<sup>257</sup> הראינו כי זהותו של בג"ץ כמוסד ממוסדות השלטון של המעצמה הכובשת – אשר נוטה עקב כך למצוא לגיטימציה לכל פעולות צה"ל בשטחים ועל-כן אינו יכול לשמש גוף ניטרלי בסכסוכים בין המדינה לבין אלה הנחשבים אויביה – מכרסמת בעמדה הממסדית האמורה. לא עסקנו ביושרתו של ההליך השיפוטי, אלא רק ביכולתו של בית-משפט לאומי לעשות צדק במצב פוליטי וצבאי מורכב וטעון כל-כך. לצורך מאמרנו זה בחנו רק שלושה מקרים. האם התופעות שחשפנו כאן חוזרות על עצמן בתיקים אחרים? לנוכח הפער הברור בין המסגרת המשפטית המחייבת לבין מדיניותן הגלויה של ממשלות ישראל לדורותיהן, אנו נוטים לחשוב שהתשובה היא חיובית. אולם כל עוד לא נחשפים המסמכים המאפשרים לבחון את הרקע הפוליטי האמיתי להחלטות שנדונו בבג"ץ, אין לנו אפשרות לבחון זאת. עם זאת, ועם כל הזהירות המתבקשת, נראה לנו כי די במה שחשפנו כאן להטיל צל כבד על יושרתו של ההליך השיפוטי בעתירות הנוגעות לפעולות בשטחים שאינן מתיישבות עם המסגרת הפורמלית של תפיסה לוחמתית.

257 ראו KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE, לעיל ה"ש 6.