

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 201/09

בג"ץ 248/09

קבוע לדיון ביום 15.1.09 בשעה 16:30

בפני הרכב בראשות כבוד הנשיאה

העותרים בבג"ץ 201/09 :

רופאים לזכויות אדם ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד פאטמה אלעג'ו ואח'
עדאלה – המרכז לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רח' יפו 4, חיפה
טל': 04-9501610 ; פקס': 04-9503140

העותרים בבג"ץ 248/09 :

גישה - מרכז לשמירה על הזכות לנוע ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד תמר פלדמן ואח'
"גישה-מרכז לשמירה על הזכות לנוע" (ע"ר)
רחוב החשמונאים 91, ת.ד. 20111
תל אביב-יפו 61200
טלפון: 03-6244120 ; פקס: 03-6244130 ; נייד: 054-8172103

נ ג ד -

המשיב בבג"ץ 201/09 :

ראש הממשלה ואח'

המשיב בבג"ץ 248/09 :

שר הביטחון

ע"י מחלקת בג"צים, פרקליטות המדינה
רחוב צלאח א-דין 29, ירושלים
טלפון: 02-6466590, פקס: 02-6466655

תגובה משותפת מטעם העותרים לחלק המשפטי שבהודעה המעדכנת

מטעם המדינה מיום 13.1.2009

נוכח ההודעה המעדכנת מטעם המשיב (להלן: "ההודעה המעדכנת"), אשר הוגשה ביום 13.1.2009, ולקראת הדיון בעתירה נשואת בקשה זו, הקבוע ליום 15.1.2009 בשעה 16:30, מתכבדים העותרים להגיש תגובה קצרה ומשותפת לעניין החובות המשפטיות של המשיב. ב"כ המשיבים, עו"ד גורני, הסכימה בטובה להגשת תגובה קצרה זו.

תגובה לעניין המחלוקת המשפטית

"פגיעה בתשתית המים היא דבר שיש לצפותו מראש, ואם אין מנוס מכך, יש להתארגן לפתרון הבעיה. יש להבטיח מראש כמות מספקת של תרופות, ציוד רפואי ומזון. פגיעה בתושבים מקומיים היא צפויה, ואם כל ניסיון לצמצמה יותיר בסופו של קרב תושבים מקומיים שנפגעו, יש להתארגן לקראתה מראש. **אין לסמוך בעניינים אלה אך ורק על עזרת הגופים הבינלאומיים והישראליים, אף שעזרה זו היא חשובה. יש להפנים את ההכרה כי החובה הבסיסית היא של המפקד הצבאי, וכי עליו לנקוט מראש בפעולות שונות, כדי שיוכל לצאת ידי החובה ביום קרב**". (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 398 (2004). להלן: "פרשת רפ"ח". ס' 35 לפסק דינו של הנשיא ברק)

1. בדיון בפני בית משפט נכבד זה ביום 9.1.2009 הוסכם על הצדדים, וכך גם נכתב בהחלטת בית המשפט הנכבד, כי המסגרת המשפטית שמנחה את פעולותיו של המשיב, הינה המסגרת שהותוותה בפרשת רפ"ח. בהתאם, **החובות החלים על המשיב בעת יציאתו למבצע צבאי ובמהלך הלחימה הינן החובות שבית משפט הנכבד הגדיר בפרשת רפ"ח עבור המשיב, ובכלל זאת החובה להיערך לפני יציאה למבצע צבאי למתן מענה לצרכי האוכלוסייה האזרחית המושפעת והחובה לדאוג לצרכי האוכלוסייה במהלך הלחימה בהתאם לצרכים המתהווים והמציאות בשטח, אף אם הדבר כרוך בקשיים הנגזרים מהלחימה.**
2. אף-על-פי-כן, בהודעה המעדכנת מטעמו, אף אם בלשון רפה, ניסה המשיב לסייג הסכמה זו, עליה סמך בית המשפט הנכבד את ידו (ראו ס' 5 ו-8 להודעה המעדכנת).
3. בעוד בית המשפט הנכבד קבע בפרשת רפ"ח כי למשיב חובות הן בהיערכות מוקדמת לפני הלחימה והן בזמן הלחימה עצמה, הכיר המשיב בהודעתו רק בזה הנוגע לצורך בהיערכות מוקדמת (ראו ס' 5 ו-9 להודעה המעדכנת). **אי לכך, נראה שנוצרה מחלוקת משפטית בין העותרים לבין המשיב, אשר דורשת את תגובת העותרים.**
4. העותרים מבקשים לשוב ולהדגיש כי בפרשת רפ"ח קבע בית המשפט הנכבד, כי:

"אכן, הלחימה היא בטרוריסטים ובמי שמבצעים פעולות חבלניות עוינות. הלחימה אינה עם התושבים המקומיים (ראו גאסר [23], בעמ' 212). כאשר אלה נקלעים, לא פעם, לתוך אזור הלחימה – ובייחוד מקום שהטרוריסטים הופכים את התושבים המקומיים לימגן אנושי – יש לעשות הכול כדי לשמור על חייהם ועל כבודם של התושבים המקומיים. חובתו של המפקד הצבאי על-פי הכלל הבסיסי היא כפולה: ראשית, עליו להימנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו הישילית; שנית, עליו לעשות פעולות

הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. זו חובתו היחידית' (גאסר [23], בעמ' 212). שתי החובות הללו – אשר הגבול ביניהן הוא דק – צריכות להיות מופעלות בסבירות ובמידתיות על-פי צרכי הזמן והמקום." (ע' 394 לפסק-הדין)

5. העיקרון הבסיסי אליו התייחס בית המשפט בפרשת רפ"ח הינו עיקרון ההגנה על האוכלוסייה האזרחית בהתאם לסעיף 27 לאמנת ג'נבה. כידוע, החובות הקבועות בסעיף זה חלות בכל מצב בו חלה אמנת ג'נבה הרביעית, דהיינו גם במצבי לחימה ולא רק במצבי תפיסה לוחמתית. פסק-הדין עצמו התייחס למצב של לחימה באזור בו למפקד הצבאי ישנה שליטה ולא התנה את החובות שהטיל על המפקד הצבאי בשליטה פיסית של כוחות הצבא בכל שטחי הרצועה (השווה ס' 5 להודעה המעדכנת).

6. המשיבים טוענים כי הלכת רפ"ח לא חלה היום כאז, בשל השתנות הנסיבות, ומפנים לבג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, ניתן ביום 30.1.2008) (להלן: "פרשת אלבסיוני") שם קבע בית המשפט הנכבד כי רצועת עזה אינה מצויה מאז ספטמבר 2005 תחת תפיסה לוחמתית (ראו ס' 7 להודעה המעדכנת).

7. אלא שבפרשת אלבסיוני קבע בית המשפט הנכבד כי:

"החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות מ**מצב הלחימה** השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה; חובות אלה נובעות גם מ**מידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול** שבינה לבין רצועת עזה; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו **תלות כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל**." (פסקה 8 לפסק-הדין. ההדגשות הוספו – ת.פ. וי.ע.)

הנה כי כן, גם בפרשת אלבסיוני סרב בית המשפט הנכבד לשחרר את המדינה מאחריותה הפונקציונאלית כלפי האוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה, מקום שזכויות התושבים וצרכיהם הבסיסיים תלויים בהתנהגותה ובביצועיה של המדינה, ואלו לא הוגבלו אך לחובות הנובעות מדיניי הלחימה אלא הורחבו מעבר אליהן בשל מידת השליטה אותה מפעילה המדינה והתלות של הרצועה בישראל.

8. אם לשינוי נסיבות טוענים המשיבים, שומא עליהם שיתייחסו לשינוי הנסיבות מיום מתן פסק-הדין בפרשת אלבסיוני (30.1.2008) ועד היום. שינוי נסיבות זה מוסיף על חובות המדינה כלפי האוכלוסייה האזרחית ומשווה אותם לאלו שנקבעו בפרשת רפ"ח ולא גורע מהן כפי שעולה מההודעה המעדכנת מטעם המשיבים. כאשר המשיב שולט שליטה מוחלטת באוויר, בים ובחלק מהיבשה, בנוסף לשליטתו במעברי הגבול היבשתיים, ברור שלו ורק לו הכלים להבטיח לאוכלוסייה את השירותים החיוניים להשרדותה.

9. **ומן הכלל אל הפרט**: ביחס לחובה להימנע מפגיעה בצוותים רפואיים ולחובה לאפשר פינוי פצועים, הרי שזו חלה בכל מצבי הלחימה ללא קשר לתפיסה הלוחמתית. הצורך בכיבוד ההגנה הקנויה לצוותים הרפואיים ורכביהם חל ביתר שאת כאשר מספר הפצועים הוא כה גדול – קרוב ל-5,000 נפשות וכמחיצתם ילדים! – וכאשר ההגנה על הצוותים הרפואיים והבטחת פעולתם, מהווה תנאי מקדמי לפינוי הפצועים וכיבוד זכותם לחיים. חובתה המשפטית של ישראל היא להימנע מסיכול פינוי פצועים, לרבות מפגיעה בצוותי הפינוי (חובה "שלילית"), וכן להבטיח את פינויים הבטוח והמהיר של הפצועים לקבלת טיפול רפואי (חובה "חיובית").

10. כך גם ביחס לאספקת החשמל. בפרשת רפ"ח בית המשפט הנכבד קבע מפורשות שלושה קריטריונים להקמת חובות לישראל כלפי תושבי רצועת עזה: מצב הלחימה, שליטה במעברים והתלות באספקת החשמל. שלושת הקריטריונים מתקיימים כיום ועל-כן לישראל חובה משפטית ברורה לדאוג לצרכי החשמל של תושבי עזה, הן על-ידי הימנעות מפגיעה במערכת החשמל ובמאמצים להפעילה (חובה "שלילית") הן על-ידי הבטחת הפעלתה התקינה, על כל הכרוך בכך (חובה "חיובית").

ידין עילם, עו"ד

תמר פלדמן, עו"ד

פאטמה אלעג'ו, עו"ד

ב"כ העותרים בבג"צ 248/09

ב"כ העותרים בבג"צ 201/09

15.1.2009

השעה: