

האם לבג"ץ יש סמכות שיפוט בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה?

מאת

דוד ברלינר*

הקדמה

כאשר מדינת ישראל תפסה את שטחי יהודה, שומרון וחבל עזה בשנת 1967, היא לא החילה ריבונות על אותם שטחים, אלא הקימה בהם ממשל צבאי.¹ בראש המערכת השלטונית הועמד קצין צה"ל בדרגת אלוף ("מפקד האזור"), אשר שימש כרשות המחוקקת, ראש הרשות המבצעת, ובמשך שנים ארוכות גם כראש הרשות השופטת.²

מציאות זו, בה המדינה שלטה בשטחים שלא נמצאים בריבונותה, הציבה בפני מערכת המשפט דילמה חוקתית ונורמטיבית. מחד, שאיפתה לפיקוח של בתי המשפט הישראליים על השלטון הצבאי ביהודה ושומרון. מצד שני,

* מרצה מן החוץ בפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו ובאוניברסיטת בריאילן, ודוקטורנט בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בריאילן.

1 ראו מנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), תשכ"ז-1967, קמ"מ (מס' 1) 3. (להלן: מנשר מס' 2). בהמשך, ישראל החילה את הריבונות שלה על שטחי מזרח ירושלים, וביטלה את הממשל הצבאי.

2 ס' 3(א) למנשר מס' 2, לעיל ה"ש 1; משה דרורי החקיקה באזור יהודה ושומרון 34 (1975).

ככלל, סמכות של בתי משפט מדינתיים (בארץ ובעולם) מוגבלת לאירועים המתבצעים בשטחי המדינה.³ לרוב, כאשר מתבצעת פעולה שלטונית מחוץ לשטח המדינה, ולא על פי הדין המדינתי, אין לבתי המשפט של המדינה סמכות לגבי אותו מקרה, ובפרט כאשר מדובר בשלטון צבאי. לדוגמה, לבתי המשפט בארצות הברית לא הייתה סמכות לדון בתיקים נגד החלטות הממשל הצבאי-אמריקאי בעיראק.

כשהחלו להגיע עתירות נגד השלטון הצבאי לבג"ץ, עלה הצורך לקבוע האם יש לבית המשפט הישראלי סמכות לדון בהן. סביר להניח שאם פרקליטות המדינה הייתה טוענת כי לבית המשפט העליון אין סמכות לדון בעתירות אלה, טענתה הייתה מתקבלת.⁴ אך הפרקליטות לא טענה זאת – ובראשית שנות השבעים קבע בג"ץ דה-פקטו כי החלטות הממשל הצבאי כפופות לביקורתו השיפוטית.⁵ החלטה זו היא חידוש ותקדים משפטי והיסטורי, שכן ישראל הייתה המדינה הראשונה והיחידה בעולם בה הממשל הצבאי שלה הוכפף לסמכותו ולפיקוחו של בית המשפט העליון שלה.⁶

- 3 אלא אם הדין קובע במפורש אחרת. ראו לדוגמה סעיפים 14-15 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, המעניקים סמכות שיפוט לערכאות פליליות בישראל על עבירות שבוצעו עלידי או כנגד אזרחים ישראלים בחוץ לארץ, בכפוף למספר תנאים. מכל מקום, במאמר זה נתרכז בפעולות שלטוניות בשדה המשפט המינהלי והחוקתי.
- 4 משה נגבי כבלים של צדק, בג"צ מול הממשל הצבאי הישראלי בשטחים 20 (1981): "בעת שקיבל היועץ את החלטתו היה ידוע לו היטב, כי סמכות בג"צ בשטחים מפוקפקת למדי, וכי אם יתיר לפרקליט המדינה להעלות טענת "חוסר סמכות", קיים סיכוי סביר, שהטענה תתקבל, והמימשל הצבאי יהיה פטור לחלוטין מעונשו של הבג"צ". ראו גם דינה זילבר בשם החוק 153 (2012).
- 5 ראו להלן בפרקים א-ג. שכבר בבג"ץ 337/71 אלמקדסה נ' שר הבטחון כו (1) 574 (1972) (להלן: פרשת אלמקדסה), דנו בעתירה מעין זו. אומנם בפסק דין זה טרם נקבע מפורש כי בסמכותו של בית המשפט העליון לדון בתיקים מעין אלו, אך זה לא מנע מבית המשפט מלדון בהם. מכל מקום בפסקי דין מאוחרים יותר בית המשפט כבר אמר בצורה מפורשת שהסמכות לדון נתונה לו. ראו למשל בג"ץ 256/72 חברת החשמל למחוז ירושלים בע"מ נ' שר הביטחון פ"ד כו(1) 124 (1972) (להלן: פרשת חברת החשמל); בג"ץ 393/82 אלמסאוליה נ' נגד מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון פ"ד לו(4) 784 (1983) (להלן: פרשת אלמסאוליה).
- 6 ראו נגבי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 12. ראו גם: הילה אדלר "דיני כיבוש" משפט בינלאומי 570 (רובי סיבל עורך, 2010), שטוענת כי אין חובה במשפט הבינלאומי לאפשר ביקורת שיפוטית על החלטות המפקד הצבאי.

החלטה זו של בית המשפט עברה ללא ביקורת ציבורית רבה, בעיקר כי הממשלה לא התנגדה לה, ועם השנים הפכה ל'עובדה מוגמרת'.⁷ בשנת 2005 עזבו כוחות צה"ל את רצועת עזה, והשלטון הצבאי המשיך לפעול רק בשטחי יהודה והשומרון. כיום עם כניסת כוחות צה"ל לרצועת עזה לאחר כ-18 שנים, עם האפשרות לשליטה ביטחונית מתמשכת באזור, יש מקום לשוב ולבחון האם לפי המשפט הישראלי יש לבג"ץ סמכות לדון בתיקים משטחי יהודה, שומרון וחבל עזה, ואם כן אזי מהם גבולות סמכותו.⁸

א. תקופה ראשונה – דיון ללא סמכות

פסק הדין הראשון של בג"ץ שפורסם בנוגע לשטחי יהודה והשומרון היה במרץ 1972 בפרשת אלמקדסה,⁹ בה לא הוזכרה סוגיית סמכותו של בג"ץ.¹⁰

7 החלטה זו נעשתה בהסכמת נציגי המדינה. לעניין זה ראו Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (Cambridge University Press, 2009); אדלר, שם, בעמ' 570-571. ראו גם: נגבי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 12 שמראה כי החלטה זו של המדינה התקבלה למעשה על ידי מי שהיה בעת מלחמת ששת הימים הפרקליט הצבאי הראשי והיועץ המשפטי למערכת הביטחון, ולימים שופט בית המשפט העליון – מאיר שמגר.

8 שאלת הסמכות של בית המשפט העליון לדון ב"תיקי יו"ש" עלתה בספרות בשני מישורים: המשפט הבינלאומי והמשפט הישראלי. בנוגע לסמכות לפי המשפט הבינלאומי עלו מספר תהיות וקושיות (ראו למשל דרורי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 57, 74-78; יואל צור "סמכות הפיקוח של בג"צ לגבי הצווים והמנשרים של המפקד הצבאי בשטחים המוחזקים", הפרקליט ל 47, 48 (התשל"ו). נוכח העובדה שהמתנגדים לסמכות בג"ץ לא הצליחו להצביע על איסור מפורש במשפט הבינלאומי, נראה כי מסקנתו של יואל צור היא שמבחינת המשפט הבינלאומי אין מניעה כלשהי שבית המשפט הגבוה לצדק יפעיל את סמכות הביקורת שלו לגבי צווים ומנשרים שפרסם המפקד הצבאי. שאלה נוספת, וחשובה יותר – ובפרט עת אנו דנים מנקודת מבטו של בית המשפט העליון, המחוייב למשפט הישראלי, ושמחויבותו למשפט הבינלאומי עוברת דרך המסגרת של המשפט הישראלי – היא האם לבית המשפט העליון ישנו סמכות לדון בתיקי יו"ש בהתאם למשפט הקונסטיטוציוני הישראלי. לתחולת המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי ראו: עמיחי כהן "שותפות בלתי שווה? קליטתם של כללי המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי על ידי בית המשפט העליון: המקרה של השטחים" 157 מאזני משפט ו (2007).

9 פרשת אלמקדסה, לעיל ה"ש 5. ראו דוד קרצמר "כיבוש, מעמד הגדה המערבית והמשפט הבין לאומי" בטקסט הנלווה להערה 39 (טרם פורסם, 2023) כי זהו פסק הדין הראשון שפורסם שנוגע לסמכויות המפקד הצבאי באי"ש.

10 יוער כי בניגוד לשאלת הסמכות שלא עלתה בפרשת אלמקדסה, שם, השאלה האם

ההתעלמות מסוגיית הסמכות לא נעשתה מתוך הנחה שהסמכות קיימת. בית המשפט ידע כי סמכותו בעניין מעוררת קשיים משפטיים כבדים, ולכן נמנע באופן מודע ומכוון מלדון בסוגייה.¹¹

בפסקי דין שניתנו לאחר פרשת אלמקדסה,¹² בית המשפט כבר לא התעלם לחלוטין מסוגיית הסמכות, אך עדיין נמנע מדיון מהותי בה, והקדיש לה שורות בודדות בלבד. כך למשל בפרשת חברת החשמל:

"אקדים ואציין שכמו בעניינים קודמים אשר באו בפני בית־משפט זה [...] לא חלק בא־כוח שני המשיבים הראשונים (שר הבטחון ומפקד האזור) העל סמכותו של בית־משפט זה להיזקק לעתירות הנוגעות לפעולותיו של מפקד צבאי ישראלי בשטח שלטונו הצבאי [...] בית־משפט זה יעביר איפוא את פעולות המפקד תחת שבט בקרתו על־פי עקרונות אלה של המשפט הבינלאומי".¹³

בית המשפט ביסס את סמכותו השיפוטית על העובדה שנציגי המדינה לא טענו להיעדר סמכות כאמור. עוגן זה מעלה שתי בעיות מהותיות. ראשית, אי התנגדות הצדדים (ולהבדיל, הסכמת הצדדים) יכולה להקנות סמכות לבית המשפט רק למקרה ספציפי. היא לא יכולה להקנות סמכות לדון במקרים אחרים בעתיד. עמד על בעיה זו כב' השופט ויתקון (שישב בדין בכל העתירות המרכזיות בעניין אזורי שטחי יהודה והשומרון בשנות השבעים¹⁴):

"בא־כוח המשיבים הסכים אמנם לסמכותנו בנדון זה [...] אך ככל שהעמקנו בבעיה רואה אני שהקונצסיה שעשה בא־כוח

לבית המשפט סמכות לדון במקרה לפי אמנות האג וג'נבה כן עלתה בו. אך נוכח הצהרת סגן פרקליט המדינה כי אין בכוונתו להעמיד את השאלה לדיון קבע בית המשפט כי "נוכח הודעה זו פטורים אנו מלדון בשאלה, אם ניתן לאכוף את האמנות על המדינה בבית־משפט זה, ונעבור לדון בגוף העניין" (שם, בעמ' 508).

11 ראו הריאיון שערך משה נגבי עם השופט ויתקון, ואשר המסקנות ממנו מובאות אצל נגבי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 21-22. בנוסף, בפסקי דין מאוחרים יותר, למשל פרשת חברת החשמל, לעיל ה"ש 5, עולה כי שאלת הסמכות נדונה מאחורי הקלעים של פרשת אלמקדסה, שם, אלא שהדבר לא קיבל ביטוי בפסק הדין.

12 פרשת אלמקדסה, שם.

13 פרשת חברת החשמל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 135.

14 נגבי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 20.

המשיבים ברוחב לבו (וללא התחייבות לעשותה בכל המקרים שאולי עוד יבואו לפנינו), תוצאתה היא עירוב פרשיות ושיבוש כללי המשפט בסוגיה זו." ¹⁵ [...]

"אף הסכמה זו הניתנת מדי פעם בפעם לגבי נושאים מוגדרים ובלי התחייבות שתיתן בכל העתירות, הופכת את דיוננו למעין בוררות התלויה בהסכמת הנתבע. לעניות דעתי, לא לשם כך נוצר בית המשפט הזה." ¹⁶

שנית, בעיה גדולה יותר, בפרט בימינו, היא שהסתמכות על הסכמת הצדדים כמקור סמכות, סותרת לכאורה את הדין בישראל, כפי שבית המשפט העליון עצמו פסק במקרה אחר:

"סמכות ערכאת שיפוט, באשר היא, אזרחית או דתית, נקנית מכח הדין, ואין היא נושאת כח לשאוב את מקורה מהסכמת הצדדים, אלא מקום שהחוק עצמו ראה להכיר בהסכמה כזו, בנסיבות מסוימות, כמקור לסמכות הכרעה [...] הסכמת הצדדים כזו, אינה יכולה, כשלעצמה, להקנות סמכות [...] אלא אם היא הוכרה על פי החוק כמקור סמכות ראשוני." ¹⁷

כלומר, גם אם צדדים מסכימים שבית המשפט ידון במקרה מסוים, בית המשפט לא קונה בכך סמכות ואסור לו לדון בתיק, אלא אם יש לכך הסמכה מפורשת בחוק. עם בעיה זו בית המשפט לא התמודד. ¹⁸

15 בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל כו (2) 169, בעמ' 179 (להלן: פרשת אבו חילו).

16 שם, בעמ' 181. משפט זה נאמר על ידי השופט ויתקון, מיד לאחר שדן בשאלת סמכות בית המשפט לדון בתיק, בדונו האם בית המשפט יכול לדון על פי אמנות הסכמיות במשפט הבינלאומי.

17 בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 6.4.2006) (להלן: פרשת אמיר). פרשה זו עסקה בסמכות בתי הדין הרבניים לדון בדיני ממונות ודיני נזיקין מכוח הסכמת הצדדים.

18 אומנם רק בשנת 2006 ניתנה פסיקה בפרשת אמיר, שם, ועד אותה העת היו נוהגים בתי הדין לדון בתיקים בהסכמת הצדדים. בכל מקרה, גם היום עיקרה של סמכות בית המשפט העליון נשענת על הסכמה שבשתיקה של הפרקליטות לסמכותו של בית המשפט לדון. ראו לדוגמה אדלר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 570-571; כהן, לעיל ה"ש 8; טליה איינהורן "מעמדן של שטחי יהודה ושומרון וההתיישבות בהם במשפט הבינלאומי" דיני

לסיכום, בשנים הראשונות לשליטת ישראל בשטחי יהודה, שומרון ועזה, בית המשפט העליון החל לחפש עוגן חוקתי לסמכותו לדון בתיקים משטחים אלו, והצביע על הסכמת הצדדים כמקור אפשרי לסמכות.¹⁹ בית המשפט היה מודע לבעייתיות הגדולה של הסתמכות על הסכמת הצדדים ולכן נמנע מלקבוע מפורשות כי יש לו סמכות לדון בתיקים משטחי יהודה והשומרון.²⁰ בחלק מהתיקים בית המשפט התעלם במכוון משאלת הסמכות, ובחלק מהתיקים הוא קבע שידון בעתירה למרות בעיית הסמכות. בפועל, לא ידוע ולו על מקרה אחד בו בית המשפט נמנע מלדון בתיק בשל העדר סמכות הנובעת מכך שמדובר בתיק מיש"ע. המציאות במסגרתה בית המשפט דן בתיקים ללא יכולת להצביע על מקור סמכות לא הייתה נוחה לו. לכן הוא חיפש עיגון חוקתי חזק יותר לביסוס סמכותו, ולשם כך פנה למשפט המינהלי.

ב. תקופה שנייה – סמכות הדיון המינהלית

בתקופה השנייה, בית המשפט המשיך לציין שנציגי המדינה לא טענו לחוסר סמכות, אך הוסיף טיעון נוסף: אנשי הממשל הצבאי ביש"ע הם חלק מהרשות המבצעת של מדינת ישראל, וככאלה החלטותיהם נתונות לפיקוחו וביקורתו של בית המשפט:

מקרקעין והמשפט הבינלאומי ביהודה ושומרון 34 (הראל ארנון וחגי וינצקי עורכים, Dinstein; 2013), לעיל ה"ש 7. לפי פסק הדין העקרוני בפרשת אמיר, שם, היה צריך להישלל מבית המשפט העליון גם הסמכות לבקר את החלטות המפקד הצבאי. ראו עוד אצל נגבי, לעיל ה"ש 4, שם דן מה היה קורה אילו הייתה הפרקליטות מעלה את טענת "חוסר הסמכות" לאחר שנים בהם נוהגת הרשות השופטת לבקר את החלטות המפקד הצבאי.

19 למותר לציין, בהקשר זה, שלפי שיטת המשפט הישראלי אין בעקרונות המשפט הבינלאומי כדי לשמש מקור לקניית סמכות שיפוט על ידי בית משפט פנים מדינתי-ישראלי. ראו בעניין זה עמיחי כהן "בג"ץ והעימות הישראלי ערבי" קריית המשפט 1, 263 (2006).

20 ראו נגבי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 11: "בג"צ מעולם לא קבע כי יש לו הסמכות לדון בעתירות מן השטחים". ראו עוד בעניין זה את דעתו של השופט לנדוי בבג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, לה (1) 617, 627-628 (להלן: פרשת קוואסמה) כי: "החלטתה של ממשלת ישראל לקיים למעשה את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית [...] היא החלטה מדינית, שאינה נוגעת למישור המשפטי, שבו על בית-משפט זה לעסוק".

"האם מוסמך בית-משפט זה להעביר תחת שבט בקרתו פעולות שנעשו על-ידי רשויות המדינה, ובמיוחד על-ידי כוחותיה הצבאיים, בשטחי הממשל הצבאי? כמו במקרים אחרים בעבר [...] לא חלק מר נתן בשם המשיבים על עצם קיום הסמכות, ובאין טיעון על כך נניח איפוא גם הפעם, בלי לפסוק בדבר, שהסמכות קיימת מבחינה פרסונלית נגד נושאי התפקידים בממשל הצבאי השייכים אל הרשות המבצעת של המדינה, בתור "אנשים הממלאים תפקידים ציבוריים על-פי דין", והנתונים לפיקוחו של בית-משפט זה [...]".²¹

את העוגן נורמטיבי לטיעון זה מצא בית המשפט העליון בחוק בתי המשפט, הקובע כי:

"מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק [...] (2) לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין – להימנע מלפעול".²²

במבט ראשון נראה כי מדובר בעוגן נורמטיבי מוצק: החוק (כיום חוק-יסוד) קובע במפורש כי לבג"ץ מותר לבקר החלטות של כל גוף או אדם הממלא תפקיד ציבורי. למרות זאת בית המשפט נמנע במשך שנים רבות מלהסתמך על עוגן זה באופן מלא, ונמנע מלקבוע באופן ברור כי מותר לו לדון בתיקים משטחי יהודה והשומרון.²³

21 פרשת אבו חילו, לעיל ה"ש 15, בעמ' 176. נימוק זה תואם את דעתו של פרופ' יורם דינשטיין שפורסמה באותה עת: יורם דינשטיין "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ב 505 (1972); יורם דינשטיין "ביקורת שיפוטית על פעולות המימשל הצבאי בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ג 330, 331 (1974); יורם דינשטיין "פסק-הדין בעניין פיתחת רפיח" עיוני משפט ג 934 (1974); יורם דינשטיין "התנהלויות וגירושים בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ז 188 (1980).

22 בעבר היה זה ס' 7(ב)(2) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957. היום מצויה הוראה זו בסעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה. ראו פרשת אבו חילו, לעיל ה"ש 15, בעמ' 176.

23 ראו שם, שם. ראו גם לעיל בה"ש 20 את דבריו של משה נגבי.

בית המשפט מפנה לחוק בתי המשפט, אבל לא פוסק על פיו אלא "מניח" שיש לו סמכות ודן בתיק מבלי לפקפק בדבר הסמכות. בית המשפט לא הסביר מדוע נקט בדרך זו, אך נראה שהסיבה לכך היא שגם עוגן חקיקתי זה רעוע מבחינה משפטית. סמכות בית המשפט לפי הסעיף בחוק בתי המשפט חלה רק כלפי אנשים "הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין", כלומר, אנשים הפועלים על פי החוק הישראלי.²⁴ השלטון הצבאי בשטחי יהודה והשומרון לא פועל על פי הדין הישראלי, אלא לפי הדין הצבאי (תחיקת הביטחון) שנקבע על ידי המחוקק הצבאי באותם אזורים.²⁵ דבר זה אף נאמר במפורש שנים לאחר מכן על ידי בית המשפט העליון:

"תחיקת הביטחון באזור אינה חלק של החקיקה הישראלית הפנימית, ואין היא מהווה "דין" כמשמעותו בפקודת הפרשנות [נוסח חדש] ובחוק הפרשנות, תשמ"א-1981".²⁶

על אף הבעייתיות הגדולה בהסתמכות על "מקור מינהלי", בית המשפט רואה בו מקור נורמטיבי מעט חזק יותר מהמקור של "הסכמת הצדדים", ולכן במחצית השנייה של שנות השבעים הוא הדגיש בעיקר אותן.²⁷ לצד זאת,

24 ס' 3 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981 מגדיר, "דין" – כל אחד מאלה: (1) חיקוק [...]. "חיקוק" מוגדר בתור "חוק או תקנה", ו"חוק" מוגדר בתור "חוק של הכנסת או פקודה". לפי פקודת הפרשנות [נוסח חדש] (אשר ממשיכה לחול על הוראות החיקוק שקדמו לחקיקת חוק הפרשנות בשנת 1981 (ס' 1 לחוק)), המונח "דין" רחב יותר. לדיון במונח "דין" בנוגע לאזור יהודה והשומרון על-פי פקודת הפרשנות ראו ע"א 6860/01 המאגרי הישראלי לביטוח רכב, פ"ד נו(3) 8 (2003).

25 מנשר ס' 3(א) למנשר מס' 2, לעיל ה"ש 1.

26 ע"פ 8019/96 עמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 447, 459 (1999). ההסתמכות על סעיף 7(ב) (2) לחוק חוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, וכיום סעיף 15(ד) (2) לחוק-יסוד: השפיטה, היא כה בעייתית עד שערכאות אחרות לא 'העזו' לתת פרשנות דומה לסעיף ולקנות מכוחו סמכות שיפוט. כך למשל בש"א (מ"א) 57/04 חברת נ.מ.ר.מ. נ' מועצה אזורית "מטה בנימין" (נבו 20.2.2005), שם מובא בפסקה 10 שעת"מ 620/04 נמחקה בשל חוסר סמכות, וקובע כי אכן לבית המשפט לעניינים מינהליים אין סמכות בשל הסיבה המצוינת לעיל (וכן כיוון שמועצה אזורית מטה בנימין אינה מוגדרת כ'רשות' מרשויות המדינה).

27 ראו למשל בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל פ"ד לד(1) 1, 13 (1979) (להלן: פרשת אלון מורה): "[...] יש לבדוק גם אם הצו הוצא כדין בהתאם למשפט הישראלי המוניציפאלי, כי [...] נניח גם הפעם שסמכות בדיקה זו קיימת מבחינה פרסונלית נגד נושא התפקידים בממשל הצבאי השייכים אל הרשות המבצעת של המדינה, בתור

לאורך כל שנות השבעים בית המשפט המשיך להימנע מקביעה מפורשת שאכן יש לו סמכות לדון באותם תיקים.²⁸ יתרה מכך, לאורך שנות השבעים:

”רוב השופטים הביעו פקפוקים גלויים וחמורים בשאלת הסמכות, ואחד מהם (שנמנה עם החמישה שציוו על פינאי אלון-מורה) אף חיווה במפורש את דעתו, כי סמכות כזאת אינה קיימת כלל.”²⁹

שינוי במגמה זו הגיעה בשנות השמונים.

ג. התקופה השלישית – קניית סמכות מכוח האינרציה

בתקופה השלישית בית המשפט העליון מקיים את דברי חז”ל שכיוון ששנה בה הרי ש”נעשית לו כהיתר”,³⁰ והפך את ה”הנחה” ל”הלכה” ואת הספק וה”צריך עיון” ל”אין ספק”:

”דומה, כי כיום שוב אין להרהר אחר ההלכה, כי בית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק מוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית על פעולות הממשל הצבאי ביהודה, שומרון וחבל עזה. אמת, תחילה הושארה סוגיה זו בצריך עיון [...] במשך השנים נתבהר מעמדו של הממשל הצבאי, ועתה אין ספק, כי על-פי הוראת סעיף 7 לחוק בתי המשפט, תשי”ז-1957, נתונה זכות הביקורת לבית-משפט זה. הטעם לכך הוא, כי המפקד הצבאי ועושי דברו הם עובדי ציבור, הממלאים תפקיד ציבורי על-פי דין.”³¹

- 28 “אנשים הממלאים תפקידים ציבוריים על-פי דין” (ההדגשה אינה במקור). פרשת אבו חילו, לעיל ה”ש 15, בעמ’ 176. ראו גם את דבריו של משה נגבי לעיל בה”ש 20.
- 29 נגבי, לעיל ה”ש 4, בעמ’ 11, בהתייחס לפרשת פרשת אלון מורה, לעיל ה”ש 27. ראו עוד בעניין זה דעתו של השופט לנדוי בפרשת קוואסמה, לעיל ה”ש 20, בעמ’ 628-637.
- 30 תלמוד בבלי, מסכת יומא, דף פו; תלמוד בבלי, מסכת ערכין, דף ל ע”ב.
- 31 פרשת אלמסאוליה, לעיל ה”ש 5, בעמ’ 809.

בג"ץ קובע באופן ברור כי יש לו סמכות לדון בתיקי יש"ע, אך לא נותן נימוק משפטי לשינוי הגישה. בית המשפט לא מנמק מדוע סוגיה ש"תחילה הושארה [...] בצריך עיון" הפכה לפתע ל"אין ספק". הוא אומנם מציין כי "במשך השנים נתבהר מעמדו של הממשל הצבאי" אך לא מבהיר מהי אותה בהירות חדשה בקשר למעמדו של הממשל הצבאי בשטחי יהודה והשומרון, וכיצד הדבר מקנה סמכות לבג"ץ לדון בתיקי יש"ע. לכאורה הדבר היחיד שהשתנה בתקופה זו הוא הזמן, כאשר עצם העובדה שבג"ץ דן בתיקי יש"ע למעלה מעשור שנים הספיקה כביכול כדי להעניק סמכות שיפוט. במבט ביקורתי ניתן לומר שמאחר שבית המשפט חיפש, ללא הצלחה, עוגן חוקתי יציב לסמכותו, הוא החליט שהסמכות נתונה לו 'מכוח האינרציה', ומתוקפה הוא ממשיך לדון עד היום.

כפי שעשה במקרים אחרים בהם הייתה מחלוקת בנוגע לסמכותו, בג"ץ השתמש באסטרטגיית "שיטת השלבים" (או "שיטת הסלמי"). בשנים הראשונות בית המשפט העליון דן בתיקים מיהודה והשומרון ללא הכרעה בשאלת הסמכות. לרוב מדובר בתיקים בעלי פרופיל ציבורי נמוך, שההכרעה בהם היא לטובת המדינה. לאחר מספר שנים בהם הציבור התרגל שבג"ץ דן באותן סוגיות, בית המשפט קובע באופן ברור כי יש לו סמכות לדון בהם, תוך הסתמכות על מקרי העבר בהם הוא כבר דן. אז נפתחת בפניו האפשרות להכריע גם בסוגיות בעלות "פרופיל ציבורי גבוה" ובעלות השלכות פוליטיות וחברתיות רחבות, כדוגמת פינוי התנחלויות, ולהבדיל גירוש והריסת בתי מחבלים.³²

סיכום

גם כיום, לאחר למעלה מיוכל שנים בהם בית המשפט העליון דן בתיקים משטחי יהודה והשומרון, הוא טרם מצא מקור נורמטיבי איתן לבסס עליו את סמכותו, וממשיך להצביע על שני מקורות הסמכות הרעועים שלא סיפקו

32 לשימוש באסטרטגייה זו במסגרת ה"מהפכה החוקתית הראשונה" בשנת 1995 ו"המהפכה החוקתית השנייה" בשנת 2017 ראו שאול שארף "מחשבות על בית המשפט העליון בישראל" רשות הרבים (15.9.2023). לדוגמאות נוספות בהקשר של יש"ע ראו דוד ברלינר "הביקורת השיפוטית באזור יהודה ושומרון על צווים מנהליים של המפקד הצבאי" (2016).

אותו עוד בשנות השבעים: הסכמת הצדדים והגדרת השלטון הצבאי כמי שפועל כביכול ע"פ הדין הישראלי. בית המשפט העליון מודע לעננה הרובצת מעל סמכותו לדון בתיקי יש"ע, אך לגישתו "השיקול ההומניטרי צריך לגבור במקרה זה על השיקול המשפטי-הטכני"³³, ולכן הוא דן באותם תיקים.

לטעמי ראוי כי תהיה לבית המשפט סמכות ביקורת, גם אם לא רחבה כמו היום, על הנעשה בשטחי יהודה והשומרון, אך סמכות זו צריכה להיקבע על ידי המחוקק, ולא באמצעות "חקיקה שיפוטית". אופן קניית הסמכות, שלא בהתבסס על מקורות משפטיים יציבים, פתחה את דלתות בג"ץ לרווחה ללא שומר בדלתותיה שיציב גבול ומחסום בפני חלק מהתיקים הרוצים להיכנס בשעריו, ובכך, יצרה "מפגעים" פוליטיים, חברתיים ומשפטיים.³⁴ חקיקה שתקנה לבג"ץ סמכות לדון בתיקים משטחי יהודה והשומרון, תיתן, מחד, לבית המשפט לגיטימציה לדון באותם תיקים, ומאידך תאפשר להציב מחסומים של "שפיטות" ו"זכות עמידה" בשערי הכניסה לבג"ץ.

האחריות לכך שבג"ץ דן בכל שנה באלפי תיקים משטחי יהודה והשומרון, ללא מקור סמכות ברור, רובצת לפתחם של שלוש רשויות השלטון: בית המשפט שקנה לעצמו סמכות שיפוט ללא מקור חוקי ברור (ובניגוד לפסיקות שלו במקרים אחרים), הממשלה שנציגיה לא טענו להעדר סמכות של בג"ץ והסכימו (בשתיקה) שבית המשפט ידון בתיקי יש"ע, והכנסת אשר לא הסדירה סוגיה חשובה זו בחוק.

לאחר למעלה מ-50 שנה בהם בג"ץ דן בעשרות אלפי תיקים מיש"ע, אין היתכנות פוליטית שבג"ץ יחזור בו מעמדתו בנוגע לסמכות. בנוגע לממשלה, הרי שהיא יכולה להתוות את הדרך ביחס לערכאות הפועלות ביו"ש, אך לא יכולה לקבוע את סמכות בג"ץ.

33 ראו נגבי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 21, שם כתב, על סמך ראיון שערך עם השופט ויתקון כי "לימים השתכנע גם הוא (השופט ויתקון. ד.ב.) – כרוב חבריו – כי השיקול ההומניטרי צריך לגבור במקרה זה על השיקול המשפטי-הטכני". בנוגע להנמקות נוספות לצורך לכאורה בהכפפת השלטון הצבאי לביקורת של בג"ץ ראו אצל נגבי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 17-14.

34 כך לדוגמה ישנם מקרים בהם ישנה סמכות מקבילה בנושאים מסוימים לבג"ץ ולערכאות שיפוט אחרות, וכן מקרים בהם דן בג"ץ על אף שישנה ערכאה פנימית ביו"ש המתאימה יותר לדון בנושא מבחינה משפטית וחברתית. ראו עוד לעניין זה ברלינר, לעיל ה"ש 32.

שינוי המצב הקיים והסדרת סמכויות בג"ץ בעניין שטחי יהודה והשומרון עומדים לפתחה של הכנסת. החובה והזכות לקבוע את הסמכויות של הערכאות בישראל שוכנים אצל המחוקק, ועליו לקבוע באילו מקרים המגיעים משטחי יהודה והשומרון ידונו בבג"ץ (שפיטות), ומי יכול לעתור אליו (זכות עמידה). לדוגמה, האם מחבלים מעזה ובני משפחתם יכולים לעתור לבג"ץ בדרישה לקבל טיפול רפואי בבתי חולים בישראל (זכות עמידה), והאם לבג"ץ יש בכלל סמכות לדון בעתירות של תושבי עזה אחרי שישראל כבר לא שולטת ברצועה (שפיטות) – הן שאלות שצריכות להיות מוכרעות על ידי המחוקק ולא על ידי בית המשפט. במקביל יש להסמיך ערכאות אחרות לדון בסוגיות משטחי יהודה והשומרון, ובמקרים המתאימים אף להקים לשם כך ערכאות חדשות. לדוגמה, ראוי שסכסוכי קרקעות יידונו על ידי ערכאת דיونית, בה הצדדים יכולים להציג ראיות ולחקור עדים, ולא בבג"ץ בה הכול נעשה באמצעות תצהירים. על כך ארחיב במאמר אחר.