

2002 - בג"ץ 3451/02 "אל-מדני" - בחינת חוקיות המצור על כנסיית המולד בעיצומה של הלחימה

מאת:

סגן רן רוזנצווייג, קצין ייעוץ במדור התקשוריות וסביבה, לשכת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון

רס"ן צבי מינץ, ראש מדור מקרקעין, לשכת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון

בעיצומו של מבצע "חומת מגן", ביום ה-2 באפריל, 2002, התבצרו מחבלים פלסטינים חמושים בשטח כנסיית המולד שבעיר בית לחם. בתגובה, כוחות צה"ל צרו על מתחם הכנסייה במשך 39 ימים, תוך שהתנהל משא ומתן לסיום האירוע ללא צורך בכניסת כוחות צה"ל למתחם הכנסייה. תוך כדי ניהול המגעים השונים, כשהכוחות עודם צרים על הכנסייה, הוגשו ונדונו עתירות בפני בית המשפט העליון בדבר חוקיות עריכתו של "מצור" בנסיבות אלו. בית המשפט העליון קבע כי פעולות צה"ל עולות בקנה אחד עם חובתו על פי המשפט הבין-לאומי החל בעניין, משום שלא נמנעים מזון ומים מאזרחים השוהים במתחם הכנסייה.

רקע עובדתי

בחודש ספטמבר 2000, לאחר ששיחות השלום בוועידת קמפ-דיוויד לא הבשילו להסכמות, התגברו פעולות הטרור נגד אזרחי מדינת ישראל מצד ארגוני הטרור הפלסטינים. אירועים אלו, אשר זכו לכינוי "האינתיפאדה השנייה", הלכו והסלימו עם הזמן. נוכח שורה של פיגועים קשים כנגד אזרחי ישראל, כיומיים לאחר הפיגוע הרצחני במלון "פארק" בו נרצחו 30 אזרחים, החליטה ממשלת ישראל ביום 29 במארכס 2002 לפעול כנגד תשתית הטרור הפלסטיני באזור יהודה ושומרון, על ידי יציאה למבצע צבאי שכונה מבצע "חומת מגן".

כחלק מהמבצע, ביום 1 באפריל 2002 נכנס צה"ל אל העיר בית-לחם. כבר בשלב התכנון, חששו כוחות צה"ל כי מתחם כנסיית המולד עשוי לשמש להתבצרות של מחבלים חמושים, ולכן תוכננה הטסה של לוחמי "שלדג"



שמטרתם הייתה למנוע כניסה למתחם הכנסייה. אך המבצע לא יצא לדרך במועד הנדרש, ומחבלים חמושים רבים נכנסו אל מתחם הכנסייה והתבצרו בו. בצידם, היו בין המתבצרים גם אזרחים, וכמובן כמה עשרות מאנשי הכמורה של הכנסיות השונות הפועלות במתחם.

עם חלוף הזמן, עזבו רבים את מתחם הכנסייה, ביניהם אנשים שזקקו לטיפול רפואי, וכן אזרחים ואנשי דת שביקשו לצאת את הכנסייה. בנוסף, הוצאו מהמתחם גופותיהם של שני מחבלים שנהרגו בחילופי אש מול כוחות צה"ל.

כנסיית המולד מוארת על-ידי פצצות תאורה במהלך המצור עליה במבצע "חומת מגן" (דובר צה"ל, 24 באפריל 2002)

מתחילת האירוע, נמנעו כוחות צה"ל מפריצה למתחם כנסיית המולד, בשל הרגישות הגדולה לפגיעה באתר שנחשב מהמקודשים ביותר לנצרות. חלף זאת, ובניסיון להביא לסיום האירוע ללא פריצה למתחם, ניהל צה"ל משא ומתן קדחתני אל מול המחבלים הפלסטינים המתבצרים במתחם בניסיון להוביל לסיום האירוע. את המשא ומתן הוביל סא"ל ליאור לוטן, ראש צוות המו"מ המטכ"לי, ולצידו אל"ם מרסל אביב – מי שהיה מפקד חטיבת עציון עד סמוך לפני האירועים, ובעת האירועים שהה בלימודים ונקרא לחזור ולסייע במאמצים לפתרון המצב שהתהווה.

כעבור 39 ימי "מצור" על מתחם הכנסייה, השיג צה"ל הסכם אל מול המחבלים המתבצרים, ולפיו אלו יניחו את נשקם ויעזבו את המתחם. ביום 10 במאי 2002 יצאו המחבלים ממתחם כנסיית המולד, תוך שמסרו את נשקם לידי כוחות צה"ל. עשרים ושישה מתוך המחבלים המתבצרים התחייבו לעבור לרצועת עזה, ועוד שלושה עשר – ובהם בכיר המתבצרים, עבדאללה דאוד – יצאו מאיו"ש למדינות שלישיות. בהמשך נשוב לעיסוק באותם "מגורשי כנסיית המולד", אך ראשית נפנה אל ההליכים המשפטיים שהוגשו, נדונו ונפסקו תוך כדי התנהלות "המצור" בכנסיית המולד.

אחרון "מתבצרי כנסיית המולד" יצא מקפריסין

עבדאללה דאוד גורש במאי מכנסיית המולד יחד עם 12 מבוקשים בכירים לקפריסין. מאחר שאף מדינה באירופה לא הסכימה לקבלו, הוא נשאר באי וגרם לשלטונות "כאבי ראש" לא קטנים. כעת הוא ישהה במאוריטניה

ynet עדכון אחרון: 26.11.02, 13:51

עבדאללה דאוד, אחד מ-13 מתבצרי כנסיית המולד, ששהה בקפריסין מאז גורש מישראל בחודש מאי, עזב אתמול (ב') את האי בדרכו למאוריטניה שבאפריקה, כך מדווח ה-BBC. דוברת של נציגות האו"ם באי אישרה את הידיעה ומסרה שנציג של האיחוד האירופי מתלווה לדאוד בטיסה.



דאוד. עשה לקפריסאים "כאב ראש"
צילום: איי פי

כותרתה של כתבה הנוגעת לעבדאללה דאוד, בכיר המבוקשים במצור, באתר המרשתת של YNET, 26 בנובמבר 2002 ([קישור](#))

ההליכים המשפטיים

עוד לפני העתירה המרכזית שבכותרת מאמרנו זה, כבר ביום 23 באפריל 2002 הוגשה עתירה ראשונה בעניין. בעתירה, שהוגשה על ידי הבעלים והמחזיקים במתחם, **הקסטודיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה**, דרשו העותרים לספק מזון, מים, תרופות ומצרכים חיוניים לאנשי הכמורה הנמצאים בכנסייה, וכן לחבר את המתחם למים וחשמל, להכניס רופא למתחם, ולהוציא שתי גופות המצויות במתחם. העתירה נדונה ונדחתה כבר ביום שלמחרת. השופט שטרסברג-כהן קבעה כי: "די בכך שכרגע מצוי הנושא במגעם שתכליתם להגיע להסדר, על-מנת שבית-המשפט לא יתערב במהלך המתנהל בעיצומה של פעולה מבצעית". בצד זאת, ניכר מקריאת פסק הדין כי השופטים התרשמו גם מן המאמצים הרבים של צה"ל, כפי שפורטו בפניהם, לעקוב אחר מצבם של אנשי הכמורה השוהים במתחם; מן הנכונות של צה"ל להגיש לאנשי הכמורה "כל עזרה המתבקשת על ידיהם"; ומנכונותו של צה"ל לאפשר לכל איש כמורה (ולמעשה, לכל אזרח) הרוצה לצאת את המתחם, לעשות כן.

ביום 24 באפריל, ביום בו ניתנה החלטת בית המשפט העליון בעתירתה הנ"ל, הוגשה עתירה נוספת, היא העתירה המרכזית בענייננו. עתירה זו הוגשה על ידי מושל בית לחם, **מוחמד אל-מדני**, שהיה בין המתבצרים בכנסייה, ואליו הצטרפו כעותרים שני חברי-כנסת ישראלים. בעתירה, דרשו העותרים להתיר את כניסתם של צוותים רפואיים ושל נציגי "הצלב האדום" לשם העברת מזון ותרופות, לאפשר טיפול בחולים וכן להוציא גופות של שני המחבלים ההרוגים; וכן להתיר יציאתם של חולים לקבלת טיפול רפואי. הדיון בבית המשפט העליון נערך יום לאחר הגשת העתירה. בדיון הובהר בידי המדינה, כי עניינן של שתי הגופות נפתר זה מכבר; כי אמנם נותקה אספקת המים והחשמל למתחם, אך למתחם יש גנרטור ובארות ולכן צרכים אלו באים על סיפוקם; וכי אין מניעה שכל אזרח המעוניין בכך ייצא ממתחם הכנסייה, לרבות אלו החולים ונזקקים לטיפול רפואי. למעשה הובהר כי אף המחבלים רשאים לצאת מן המתחם לפי רצונם, וכי לא יאונה להם כל רע אם יצאו כשאינם חמושים – והם רק ייעצרו.

העותרים טענו כי בקיומו של מצור על מתחם כנסיית המולד, פועל צה"ל שלא בהתאם לחובותיו לפי המשפט הבין-לאומי. כך, נטען כי כוחות צה"ל פועלים שלא בהתאם לחובתם "ככוח כובש" בשטחי יהודה ושומרון, להבטיח את גישתה של האוכלוסייה המקומית למזון, תרופות וסיוע רפואי. את טענתם זו ביססו העותרים על סעיפים 55, 56 ו-59 **לאמנת ג'נבה הרביעית**, העוסקים כולם בחובותיה הכלליות של "המעצמה הכובשת". עוד טענו העותרים, כי קיים איסור, המעוגן בפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977 (אשר ישראל אינה צד לו), להרעב אוכלוסייה כשיטת לחימה.



חיילי צה"ל מסייעים בפינוי בני הערובה שנלכדו ע"י מתבצרים (אתר אוסף התצלומים הלאומי, צולם ע"י יצחק עופר, 6 באפריל 2002)

נציגת המדינה בבית המשפט העליון הסבירה, כי אין בסיס משפטי לטענה כי לא ניתן למנוע הכנסת מזון למתחם הכנסייה בנסיבות אלו, ושעיון בהוראות אמנת ג'נבה הרביעית למעשה מלמד, כי גם מנסחי האמנה התכוונו להסדיר את כיתורו של שטח בלחימה, אך לא למנוע זאת לחלוטין. כך, הסבירה המדינה, כי סעיף 17 לאמנת ג'נבה הרביעית מעניק שיקול דעת רחב מאוד לצדדים הלוחמים בהשגת הסכמות על הסדרים לפינוי פצועים וחולים משטח מכותר; וסעיף 23 לאמנת ג'נבה הרביעית מסדיר את העברת המזון והציוד הרפואי לידי האוכלוסייה האזרחית בלחימה, אך זאת תחת מספר סייגים וביניהם הצורך להבטיח שהמזון והציוד ההומניטארי לא ישמש את המתבצרים להמשך הלחימה

מול צה"ל. על יסוד כל האמור, הסבירה נציגת המדינה בדיון, כי צה"ל אינו נוקט במדיניות של "הרעבת האוכלוסייה", והצביעה על דעתו של המלומד פרופ' יורם דינשטיין אשר לפיה אם מתיר הכוח הצבאי לאדם לצאת מהשטח הנצור, לא תיחשב מניעת המזון כ"הרעבת האוכלוסייה" כלל.

בדיון שני שהתקיים בעתירה, ביום 30 באפריל 2002, אף הסכים צה"ל לאפשר לאזרחים ולאנשי הכמורה לצאת מן המתחם כדי לקבל מזון ולשוב למתחם. זאת, כדרך להבטיח במידת האפשר שאכן המזון המסופק יגיע לידי האזרחים, ולא לידי המחבלים החמושים המתבצרים במתחם הכנסייה.

התחייבות זו, כך נראה, בצד המידע הרב והמדויק שידע צה"ל להעמיד לרשות בית המשפט במהלך הדיונים עצמם (תודות לשיתוף הפעולה ההדוק בין אל"ם מרסל אביב שניהל את המו"מ לבין יועמ"ש איו"ש) ומאמציו הרבים להביא לסיום האירוע בדרכים של משא ומתן ותוך מתן משקל להיבטים ההומניטאריים השונים, הובילו לדחייתה של העתירה ביום 2 למאי 2002. בפסק הדין שנכתב על ידי הנשיא דאז אהרון ברק, עת נראה היה "שהמצור" עודנו בעיצומו, שב בית המשפט וציין כי אין הוא מחליף את רשויות המדינה בניהול הלחימה או בניהול המשא ומתן, ואלו מסורים לגורמים המוסמכים מטעם צה"ל ומדינת ישראל.

חשיבות הפרשה

במישור המעשי, השלכותיו של אירוע "המצור" על כנסיית המולד, המשיכו וליוו את הפרקליטות הצבאית גם שנים לאחר מכן. כפי שצינו לעיל, עשרים ושישה מבין המחבלים שהתבצרו במתחם הכנסייה, הסכימו לעבור לרצועת עזה עם שחרורם, בתמורה להימנעות הרשויות הישראליות מהעמדתם לדין בגין העבירות הביטחוניות שביצעו. בשנת 2004 פנו בני משפחתם של אותם "מגורשי כנסיית המולד", כפי שכונו, ודרשו לבקר אותם ברצועת עזה. בעתירה בעניין **אלעביאט**, הסכימה המדינה לאפשר לבני המשפחה לבקר ברצועת עזה, אך בעתירה מאוחרת יותר - עניין **אלהרימי** - עמדה המדינה על כך שהשתנו הנסיבות, עקב השתלטותו של ארגון החמאס על רצועת עזה ביוני 2007, ומאותו שלב הותרו ביקורי קרובי משפחותיהם של "מגורשי כנסיית המולד" באזור רצועת עזה רק במקרים הומניטאריים חריגים.

עניינה וחשיבותה של פרשה זו, חורג בהרבה מהעניין המעשי שהמשיך להעסיק את גורמי הפרקליטות הצבאית גם לאחר סיום האירוע. כפי שתיאר זאת הפצ"ר באותה התקופה, אלוף (מיל') ד"ר מנחם פינקלשטיין, בראיון שנערך עימו בשנת 2011 ואשר פורסם באתר המרשתת של הפרקליטות הצבאית, נדונה שאלת הטיעונים שראוי להעלות בתגובה לעתירה המוגשת ומתנהלת תוך כדי הלחימה, ולבסוף הוחלט שלא לוותר על טענת "השפיטות", אך בה בעת להגיב גם לגופו של עניין. עתירה זו מהווה דוגמה מעניינת וייחודית להתנהלותם של הליכים משפטיים סבוכים ומורכבים, **תוך כדי הלחימה**. מלימוד המקרה ניכר כי הפרקליטות הצבאית וצה"ל השקיעו מאמצים רבים, במקביל, הן בביסוס ההצדקות המשפטיות לפעולות שנקטו, הן בהעמדת התשתית העובדתית הצריכה לעניין, והן בנקיטת פעולות שיש בהן כדי להקל על ההתמודדות עם המורכבות המשפטית שבאירוע. בכך, זכה צה"ל לא רק באפשרות להמשיך ולנהל את האירוע באין מפריע ובצורה אפקטיבית, אלא גם בפסק דין מפורט - שניתן תוך זמן קצר - המאשר ומבהיר את אחריותו וסמכותו של הצבא בהתמודדותו באירוע לחימתי מורכב כזה.

מעבר לכל האמור, מעניין גם לראות כי המורכבות שבהתמודדות עם הסיטואציה הפרטנית של מחבלים המתבצרים באתר קדוש, מהמקודשים ביותר לדת הנוצרית, מעוררת רגישות החורגת בהרבה מעולם התוכן המשפטי. כך, ברור מן המסמכים והעדויות, כי ההחלטה שלא להפעיל כוח ולפרוץ למתחם הכנסייה נבעה גם, ואולי אף בעיקר, משיקולים לא-משפטיים.

כך גם, ברור כי בין השיקולים השונים ששקלו מקבלי ההחלטות, עמדה גם עמדתו של הוותיקן – החשוב שבמוסדות העולם הנוצרי-קתולי – אשר פרסם הודעת גינוי על עצם קיומו של המצור. לימודו של מקרה ה"מצור" על כנסיית המולד לעומקו, גם מעבר לטקסטים המשפטיים עצמם, מדגים את המורכבות המשמעותית שבהתמודדות עם מקומות מקודשים לדתות השונות, אשר לה היבטים משפטיים בצד היבטים מדיניים, דיפלומטיים ודתיים רבים.

מדוע בחרנו בנושא?

בראיון שנתן בשנת 2011, ואשר פורסם באתר המרשתת של פרקליטות הצבאית, ציין הפצ"ר לשעבר תא"ל (בדימוס) דב שפי, כי כבר בהכנות שקדמו למלחמת ששת הימים, העלה בהדרכות את האפשרות שיתבצרו חמושים בכנסיית הקבר הקדוש שבעיר העתיקה בירושלים, ודן עם קציני צה"ל באפשרויות הפעולה המשפטיות העומדות להם. תא"ל שפי סיפר, כי חניכי הקורס גיחכו על שום התרחיש הדמיוני שהוצג להם, והנה – עשורים רבים לאחר מכן – הפך אותו "תרחיש דמיוני" למציאות, עת התבצרו מחבלים פלסטינים בכנסיית המולד. ואם מתברר בדיעבד, גם בעבור עשרות שנים, שתרחיש מדומיין כלשהו הפך למציאות של ממש, בוודאי שתרחיש שהתממש יש בו כדי ללמדנו על שעשוי לקרות בעתיד.

בלימודה של הפרשה ההיסטורית הזו, הפקנו רבות מן ההיכרות עם הדינמיקה של מתן ייעוץ משפטי וטיפול בהליכים משפטיים "בזמן אמת", תוך כדי אירועים מתגלגלים. אך לא פחות חשוב מכך, מקרה זה ממחיש את המורכבות הגלומה בייעוץ משפטי בסביבה רגישה וטעונה, המחייבת את מקבלי ההחלטות לשקול שיקולים רחבים גם מעבר לשיקולים המשפטיים, הנוגעים לרגישות ולחשיבות של מקומות קדושים. בהיבט זה אנו עוסקים גם בתפקידנו כיום, וראינו ערך רב בהיכרות עם אותו מקרה היסטורי שמתואר במאמרנו.

להרחבה בנושא, ראו את המקורות הבאים:

- סעיפים 17, 23, 55, 56, 59, אמנת ג'נבה משנת 1949 בדבר הגנת אזרחים בזמן המלחמה, 1949;
- בג"ץ 3436/02 הקסטודיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה נ' ממשלת ישראל נו(3) 22 (2002);
- בג"ץ 3451/02 מוחמד אלמדני נ' שר הביטחון בנימין בן אליעזר נו(3) 30 (2002);
- בג"ץ 10677/04 אלעביאת נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם באתר הרשות השופטת, 27.12.2004);
- בג"ץ 5263/08 אלהרימי נ' המפקד הצבאי (פורסם באתר הרשות השופטת, 11.2.2009);
- עמוס הראל ואבי יששכרוף המלחמה השביעית (מהדורה מעודכנת) (הוצאת "ידיעות ספרים", 2005);
- ראיון של סא"ל (במיל') ארז חסון ורס"ן (מיל') ולדי בורודובסקי עם האלוף (מיל') ד"ר מנחם (פכו) פינקלשטיין, הפרקליט הצבאי לשעבר, סגן נשיא בית המשפט המחוזי מרכז) [פורסם באתר הפרקליטות הצבאית](#);
- ראיון של סא"ל (במיל') ארז חסון וסא"ל טובי הארט עם תא"ל (במיל') דב שפי, הפרקליט הצבאי הראשי לשעבר) [פורסם באתר הפרקליטות הצבאית](#).