

בבית המשפט הצבאי לערעורים בבית אל

בפני ועדת הערעורים

לפי סעיף 85 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תש"ל-1970

בעניין:

1. עג'ורי, ת.ז. _____
2. עזידה, ת.ז. _____
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר)

ע"י ב"כ עוה"ד לאה צמל, לביב חביב, יוסי וולפסון, טארק אברהים ואח'
מהמוקד להגנת הפרט
מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים
טל: 6276317-02; פקס: 6283555-02

המערערים

- נ ג ד -

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

המשיב

סיכומים מטעם המערערים

זמערערים מתכבדים בזאת להגיש את הסיכומים מטעמם.

זוכן הסיכומים

ע' 2	זבוא
ע' 2	זמורת הסנקציה
ע' 3	זוסר סמכות בהוצאת צו ביחס לרצועת עזה
ע' 4	זלמנט המניעה
ע' 4	"מסוכנותו" של המערער 1
ע' 7	"מסוכנותו" של המערער 2
ע' 8	חומר הראיות נגד המערערים לא הוכשר
ע' 9	כזבו של החומר החסוי
ע' 10	הנורמות המשפטיות המתייחסות לקרוב משפחה
ע' 11	החובה לנהוג סלקטיביות בהפעלת סנקציות מנהליות
ע' 14	סיכום לעניין המסוכנות
ע' 14	זלמנט ההרתעה
ע' 15	הרתעה כשיקול אסור על-פי הפסיקה הישראלית הדנה בצווי הגבלה וגירוש
ע' 16	שיקולים שאינם נוגעים למסוכנות אישית: האיסור העקרוני במשפט הישראלי
ע' 17	שיקולים שאינם נוגעים למסוכנות אישית: האיסור במשפט הבינלאומי
ע' 18	טענת ההרתעה: אי-הוכחת האפקטיביות של הגירוש מבחינה עובדתית
ע' 21	זאיסור על גירוש ועל העברת כפייה
ע' 21	רצועת עזה והגדה המערבית כשטחים כבושים נפרדים
ע' 23	העברת כפייה – בתוך השטח הכבוש – אסורה באותה מידה כגירוש אל מחוצה לו
ע' 24	גירוש של יחידים
ע' 25	זוצאות ביצוע הצו: התנערות מאחריות למערערים וחריגה ממידתיות
ע' 27	זיכום

צבוא

1. בדברי הפתיחה שלו, טען התובע הצבאי, כי הצווים נשוא הערעור מבקשים לשלב שני מרכיבים: מרכיב של מניעה, שמבוסס על המסוכנות של המערערים עצמם, ומרכיב של הרתעה של מפגעים עתידיים. התובע הצבאי גם עמד בדבריו מספר פעמים לאורך הדיון (למשל: ישיבת 4.8.02 ע' 3) על כך שמדובר ב"צווי תיחום מגורים" ולא ב"צווי גירוש".

2. ואכן, שני יסודות מרכזיים הם בקו הטיעון של המשיב: האחד – שהמערערים מסוכנים כשלעצמם באופן שמצדיק את הסנקציה המינהלית כנגדם. המשיב מסכים, כך נראה, כי סנקציה שמטרתה הרתעה בלבד היא אסורה. השני – שרצועת עזה והגדה המערבית הן שטח כבוש אחד ויחיד, וההעברה בכפייה מהגדה לרצועה אינה בבחינת גירוש אסור.

בהמשך נראה, כי שני עמודי תווך אלו בקו הטיעון של המשיב אינם מסוגלים לעמוד: המערערים אינם יוצרים סיכון כלשהו באופן אישי, והניסיון להלביש עליהם "מסוכנות" הוא מלאכותי עד כדי גיחוך. **במצב זה, אפילו על-פי קו הטיעון המשפטי של המשיב, הסנקציה כנגדם אסורה.**

רצועת עזה והגדה המערבית הן שטחים כבושים נפרדים, וגם לולא כן, הייתה ההעברה בכפייה מהגדה לעזה מהווה פשע מלחמה. המשיב, שבחר לנקוט בסנקציה הנוכחית דווקא, ולא בגירוש לפי תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, עשה כן מתוך יומרה שבכך לא יפר את המשפט הבינלאומי ולא יבצע פשע מלחמה. נראה, כי יומרה זו ריקה היא מתוכן.

זומרת הסנקציה

3. בפתח הדברים ראוי להתייחס לחומרת הסנקציה בה אנו דנים, מבחינת הפגיעה בזכויות האדם של המערערים. המשיב הביע עמדה תמוהה, לפיה הפגיעה של הסנקציה במערערים פחותה מזו של מעצר מינהלי והיא בתחתית הדרוג של הסנקציות המנהליות – אולם האפקט ההרתעתי שלה גדול יותר. כיצד סנקציה שהיא כואבת פחות יכולה להיות מפחידה יותר: זאת לא הצליח התובע הצבאי להסביר לא בעצמו ולא באמצעות עדיו.

4. מוסכם הוא, כי גירוש (לירדן או ללבנון, למשל) מהווה את הסנקציה הכבדה ביותר במדרג הסנקציות המנהליות, סנקציה שהיא כבדה אף מכליאה ממש, ושנקטת רק לאחר שכשלו אמצעים אחרים.

ר' למשל:

בג"ץ 672/88 לבדי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(2) 227, 237
בג"ץ 785/87 עפו ואחי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, 52 ו-57
בג"ץ 554/81 בראנסה נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד לו(4) 247, 252

הגירוש לרצועת עזה נושא עמו את כל מאפייניו של גירוש למדינה ערבית אחרת, ונוספות אליו פגיעות נוספות:

- בגירוש למדינה ערבית אחרת, העולם כולו פתוח בפני המגורש. הוא מורחק ממולדתו, אולם חופש התנועה שלו נשאר רחב. הצווים שבפנינו גם מרחיקים את המערערים מסביבתם וגם מגבילים את תנועתם.
- בגירוש למדינה ערבית אחרת, יכולים המגורשים להתראות עם חבריהם ובני משפחותיהם בעת שאלו יוצאים את האזור. האפשרות לצאת מהגדה לירדן לצורך ביקור שכזה היא ככלל פתוחה. לעומת זאת, האפשרות לצאת מהגדה לעזה לצורך ביקור שכזה היא ככלל בלתי קיימת.
- המצב הכלכלי במדינות ערב טוב בהרבה מהמצב הכלכלי ברצועת עזה. הסיכוי למצוא מגורים, פרנסה, מזון וצרכי קיום פחות בעזה באופן דרמטי.
- המצב הביטחוני ברצועת עזה חמור, והסכנה לביטחונם האישי של המערערים בשותם שם היא ממשית, ואיננה קיימת במדינות ערב.

זוטר סמכות בהוצאת צו ביחס לרצועת עזה

5. לצורך גירוש המערערים לעזה התיימר המשיב ליטול לעצמו סמכות ליתן הוראות שיחולו מעבר לתחום השיפוט שלו: בתחום רצועת עזה. מבחינה משפטית-טכנית התבטאה יומרה זו בתיקון 84 לצו בדבר הוראות ביטחון: אם קודם לכן קבע הצו (בסעיף 86(ב)) סמכות להגביל את מגוריו של אדם ל"תחומי של מקום מסוים באזור", הרי שכעת הורחבה ההסמכה גם לאזור חבל עזה. יומרתו של המשיב לריבונות גם על אזור חבל עזה באה לידי ביטוי גם בצווים הפרטניים, המורים למערערים שלא לצאת את תחומי הרשות הפלסטינית ברצועת עזה.
6. אין חולק, שהמשיב איננו רשות מחוקקת, אף לא רשות מבצעת ברצועת עזה. הצו המתוקן חל בתחום הגדה המערבית, ואיננו חוק ברצועה. בכל הנוגע לרצועה אין המשיב אלא סמכות זרה. המשיב הקפיד לציין בצווים כי קיבל את "ההסכמה" של מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה. אולם מהי משמעות הסכמה זו? האם מפקד כוחות צה"ל ברצועה האציל סמכות כלשהי למשיב? איזו? האם רשאי היה לעשות כן? ומה משמעותה של הסכמה מעין זו בעתיד? האם ההסכמה היא בלתי-חוזרת? האם, למשל, ויתר מפקד כוחות צה"ל ברצועה על סמכותו כריבון להתיר את יציאת המערערים לישראל או לחו"ל? ובמקרה של מחלוקת בין המשיב לבין מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה בעניין הצו (כעת, או בעתיד, בהליכים של עיון מחדש) – עמדת מי היא שתכריע?
7. המשיב אף לא טרח לציין בצווים, אם פנה ובירר בנוגע להסכמתה של הרשות הפלסטינית, שיש לה שליטה בשטח אליו "תוחמו" מגורי המערערים. על-פי פרסומים בתקשורת, הרשות כבר הודיעה כי תסרב לקבל את המערערים לתחומה. האם במצב זה מתכוון המשיב להמשיך ולהחזיק את המערערים במעצר בהתאם לסעיף 86(ז) החדש לצו בדבר הוראות ביטחון? ועד מתי יכול להימשך מעצר מעין זה, שהמשיב לא תיחס אותו בזמן?

8. דומה הדבר לצו שיוציא המשיב שיגביל את מגוריהם של המערערים לתחום העיר ברמינגהם שבבריטניה. הכרזתו של המשיב כי ממשלת בריטניה הסכימה לצו אין בה די כדי להעניק להוראה האקסטר-טריטוריאלית תוקף משפטי. אין בהכרזה שכזו גם כדי להפוך צו מעין זה לאכיף. מדובר בחריגה מסמכות חד וחלק.

אלמנט המניעה

9. המשיב הביא בפני הוועדה שלושה "קבצי ראיות" בלבד. קובץ אחד דן בענייני מדיניות ומחקר אשר מנסה להצדיק את הסנקציה ואף להבטיח בצידה תועלת.

קובץ שני הן ראיות, לכאורה, אודות מעלליהם של אחיהם של המערערים. ראיות אלה הובאו לועדה על ידי מי שמוחזק כ"מומחה" שב"כ בנושא האחים-המבוקשים,

קובץ שלישי, צנוע מימדים, הינו הודעותיהם המשטריות והזכ"דים של חקירות שב"כ של המערערים עצמם.

למדנו לדעת מן התקשורת כי מלכתחילה התכוונו לגרש קרובי משפחה ללא כל אבחנה, ורק לאחר ייעוץ של היועץ המשפטי לממשלה, הוחלט לנסות ולמצוא רבב כלשהו בבו המשפחה לפני שמתחילים בהליך גירוש כזה.

המערערים נחקרו חקירות ארוכות, שכל כולן מכוונות לאתר את אות "רבב". את תוצאות החקירות הביא המשיב בפני הוועדה.

מטרת קטע זה בסיכומנו להתייחס אל אותו רבב ולשכנע את הוועדה כי אין בו כל ממש, כי הוא נטול משקל, וכי אין הוא מצליח בכהוא זה להפר את האיזון השלילי של הגירוש או להכריע את הכף לטובתו.

"מסוכנותו" של המערער 1 – כיפאח עג'ורי

10. כבר בפתח הדברים ייאמר, כי חיסולו של עלי עג'ורי, אחיו של המערער 1, סתם את הגולל על כל טענה אפשרית בדבר מסוכנותו של המערער. כל ה"האשמות" כנגד המערער נגעו לידיעה שלו ול"סיוע" שלו לאחיו בהיותו אחיו. מרגע שאחיו אינו עוד בן החיים, שוב אין כל חשש שהמערער יסייע לו. הגירוש לעזה אינו משרת במצב זה כל אלמנט מניעת צופה פני עתיד.

11. מיהו המערער עג'ורי? הוא בן 28, נשוי מזה 5 שנים, אב לשני ילדים, בני 4 ו-5, ובמהלך דיוני הוועדה נולד לו ילד נוסף. עברו נקי לחלוטין. הוא מתפרנס ומרוויח כ-4000 ש"ח לחודש, ומפרנס את הוריו ומשפחתו. הוא עצמו בנה את דירתו בבית השייך לאביו, בקומה שלישית בבית.

צה"ל הרס את הבנין כולו, על כל הדירות בו, בלא מתן כל זכות שימוע למי מן הדיירים. המערער עג'ורי, איפוא, היה קרבן לענישה סביבתית בלתי מידתית.

12. החומר אשר הציג המשיב בעניינו של המערער עגירי מורכב אף הוא מהודעותיו במשטרה וזכ"דים של שבי"כ. משקלם של אלה יתואר בהמשך.

על פי החומר לכאורה היו מגעים בין המערער עגירי לבין אחיו, בהם נתקל המערער בפעילות חשודה בעליל:

- א. נודע לו כי אחיו הטמין כלי נשק בחדרה של הסבתא.
- ב. הוא ראה באקראי בדרכו לדירתו את אחיו מצלם אדם אחר באופן המתאים לצואת מתאבד. אולם לאחר מספר חודשים ראה את המצלום חי וקיים.
- ג. הוא התבקש להחזיר חפצי בית אביו, מיטה ושמיכות, אשר הוחזקו על ידי אחיו בדירת מסתור, ועשה כן וראה תוך כדי כך שני תיקים עם חומר נפץ. על פי האמור בזכ"ד השב"כ מיום 31.7.02 המערער עגירי "מודע" לדירת המסתור, ואינו יודע לאן עבר אחיו ממנה.
- ד. לפני כחצי שנה ראה את אחיו מעביר מביתו שקים ובהם מטענים להטמנה לאורך צירים. הוא נחקר ארוכות על ידי התובע בנושא זה, (8.8.02, עמ' 14 ש' 17) ומספר כי בעת חזרתו מעבודתו, באקראי, בכניסה לבית ולפני גרם המדרגות המוביל לדירתו, התבקש על ידי אחיו להסתכל בקצה השכונה אם יש מישהו בחוץ. הוא עשה כן מבלי להיות מודע למטרת הבקשה, כשהוא עיף מעבודתו ומבקש להגיע אל דירתו, ו"הופתעתי שהם מביאים 2 שקים והכניסו אותם לתא המטען של הרכב".
- ה. נוכחותו של האח עלי בדירת האב.
- ו. הוא הכין אוכל לאחיו.
- ז. קטעים ארוכים הן בהודעותיו והן בחקירתו הנגדית הוקדשו לכך שהגיש תה לאחיו בעת שזה היה בבית אביו.

13. מדבריו לכאורה של המערער עגירי, הרשומים בזכ"ד מיום 31.7.02 אף האב, האם אח ואחות נוספים מודעים כמותו לפעילות של האח המנוח עלי, ולמעשה כל תושבי המחנה. ההגנה מייחסת לעובדה זו חשיבות רבה, שכן חלק מן השיקולים הצרכים לעניינו הם שאלת **היקף הגירוש**.

החומר כולו עוסק ב"היות המערער **מודע** לפעילות של אחיו".

14. חומר זה אינו מצדיק, לא כל שכן מאפשר, העמדתו לדין של המערער עגירי. זהו חומר פושר, אשר ככל הנראה כל אחד ואחד ממקורביו של כל אחד ואחד **מזורקי אבנים, מפגינים, משליכי בקת"בים, אוחזי נשק**, נתקל בו.

15. כאשר המערער עגירי נחקר במשטרה, עוד ביום 23.7.02, הוזהר בזה הלשון: "הינך חשוד שהינך מזדהה עם פעילות טרור נגד ישראל ושהינך מזדהה עם אנשים שמבצעים פעילות טרור אלה, וכן שעזרת לאחייך עלי עגוריי". כבר מניסוח זה אנו למדים כי אף החוקרים לא ידעו מה ליחס

- למערער עגירי. אין עבירה של "הזדהות עם ארגון טרור" ו"סיוע לאח" איננו מהווה עבירה. האזהרה משמעותית כי על פיה יודע הנחקר להתגונן בפני האשמות המוטחות בו.
16. המערער עגירי העיד ואף היה חשוף לחקירה נגדית (8.8.02 מעמ' 11 ואילך). הוא הבהיר הבהר היטב את ההבדל בין מודעות לבין יכולת לשלוט על מעשיו של האח עלי המנוח. למערער עגירי לא היתה בשום רגע נתון אפשרות לשלוט על מעשיו של האח.
17. האח עלי המנוח לא השתמש בדירתו של המערער עגירי לאף אחד מן הצרכים שלו, ועל פי חלוקת האחריות, אין ביכולתו של המערער למנוע את אחיו הבגיר מעשיית כל מעשה, ואין עליו חובה לעשות כן. כך במיוחד לאור זאת שאחיו של המערער היה בעל אישיות דומיננטית (כדברי "יורי" בשיבת 8.8.02 ע' 6), ואילו המערער יוצר רושם של אדם בעל יכולת התנגדות נמוכה.
18. פעילותו של המנוח עלי עגירי נמשכה כשנה. עד אותה עת הוא היה שוטר במשטרה, נשא, קרוב לודאי, נשק, וקשרים עימו לא היוו כל בעיה.
19. אין לשכוח כי המערער עגירי מתגורר בשטח "א", והרשות היחידה הממונה על הבטחון באזור היא הרשות הפלסטינית. מאחר ואחיו עלי הינו איש פת"ח כדבריו, הריהו חלק מן הרשות. כבר בעובדה זו יש כדי לשלול מהמערער צורך לפנות אל הרשות בגין מעשיו של אחיו. ישראל איננה שלטת באזור, ובמהלך שנת הפעילות של עלי המנוח לא היתה ישראל "הרשות" בשטח מגורי המערער.
20. המערער עגירי עצמו מעיד על עצמו: "יחסי עם היהודים איתם הייתי בקשר היו טובים. מעולם לא חשבתי לפעול נגד סדר הבטחון. לא חשבתי אף פעם לפעול או להזיק ליהודים" (שם, עמ' 13 ש' 36).
- "ש. אם עלי היה רוצה להחביא אצלך בבית רובה קלציניקוב, מה היית אומר?" שואל התובע (שם, עמ' 14 ש' 12) את המערער. והמערער עונה לו:
- "לא הייתי מרשה לו. ואין לי מילה בבית למטה, אז לא הייתי אומר לו כלום.... כשעלי הגיע הוא לא התארח בביתי הוא התארח בדירה שבה הוא היה. אצל אבא שלי".
21. אביו של המערער עגירי העיד כי בנו המערער איננו אשם. כי הוא עצמו "גירשתי את עלי מהבית. לא ראיתי אותו הרבה זמן. כן פחדתי שיהרסו לי את הבית, ועלי לא חזר מהדרך בה בחר ואח"כ לא ראיתי אותו. ... המערער הוא זה שמפרנס את כל המשפחה. הרסו לי את הבית.... הבית הקודם שלי היה בן 3 קומות. בבית שנהרס התגוררו 6 משפחות... אני מטופל בבית החולים" עמ' 11 ש' 11).
- יש להזכיר כי האב עצמו היה עצור ושוחרר. אין ספק כי הוא עצמו נעצר בתור מועמד לגירוש. מה ההבדל בין המערער לאביו? האם קיים הבדל כזה?

22. אחת הבחינות המשמעותיות של שיקול דעתו של המפקד הצבאי היא מדוע בחר לגרש את המערער עגור, מדוע המשיך בהחלטתו זו אף אחרי חיסולו של עלי המנוח, מדוע אין הוא סבור כי יש להעריך את התנהגותו של האב? הרי האב גירש את עלי מביתו, נזף בו ניסה למנוע פעילותו וכו'. מעשים אשר, לכאורה, נראים רצויים בעיני המפקד הצבאי, ואף ראויים להערכה. ובכל זאת, במקום להקנות כיבודים וטובות הנאה לאב, הורס השיב את עולמו עוד יותר. הוא לא רק מחסל את בנו עלי, הוא אף הורס את ביתו, כולא את כל ילדיו, מאיים לגרש שניים מהם, וקוטע את מטה לחמו של האב החולה.

המשיב שלל מעצמו את היכולת לדבר על צורך בטחוני סביר, כאשר אין הוא מזכה את האב החיובי בזכויות כלשהן.

"מסוכנותו" של המערער 2, _____ עמידה

23. בראשית הדברים חשוב לומר, כי בכל החומר הגלוי אין עדות אחת בדבר ידיעה של המערער 2 כי אחיו עוסק בפיגועים מאז הרצח ביצהר לפני 4 שנים, או כי היה אחראי לפיגועי הירי המיוחסים לו בעמנואל. כל שידוע למערער 2 הוא שאחיו הוחשד ברצח ביצהר (המדינה מנסה ליחס לו ידיעה מאחיו בעניין – אך הוא עומד על כך שידע זאת מהרשות), ושהרשויות מחפשות אותו.

24. כל מומחה לא ניתח את פעולותיו של המערער 2 ולא ביקש לייחס להן משמעויות נסתרות. המשיב טען אך ורק כי הדברים הרשומים בחומר הם המהווים את החיבור בין המערער עסידה לבין הגירוש.

מה למדנו מן החומר אודות המערער עסידה?

25. מיהו המערער עסידה: ראינו בפני הועדה את ע/נאצר עסידה. הוא העיד עדות נרחבת, ואף היה חשוף לחקירה נגדית. ראינו אף את אשתו ושתיים מבנותיו מגיעות לבית המשפט על מנת לחבקו.

מדובר באדם יליד 1968. הוא נולד בכפר תל שנה אחת אחרי כיבושה של הגדה המערבית בידי ישראל. עברו נקי לחלוטין. הוא אדם נשוי, אב ל-4 בנות ובן תינוק בן 3 חודשים. בן בוגר שלו נפטר בתאונה בעת היותו בן 3 שנים.

הוא מנה בפני הועדה את קורותיו, עבודתו במקומות שונים, וציין כי מקום עבודתו האחרון הינו בתחנת דלק בה הוא עובד מזה כ-6 שנים.

למרות העובדה כי מעולם לא סייע לאחיו המבוקש, נאצר עסידה, נעצר פעמיים על ידי הרשות הפלסטינית. הוא העיד ללא ערעור על שני המעצרים. בשני המקרים ביקשה הרשות לעצרו על מנת להביא למעצרו של אחיו. באחת הפעמים אף נחקר בעצמו, תוך כדי עינויים, אודות החשד כי הוא משתף פעולה עם ישראל.

מעורבותו האחרת עם אחיו, על פי חומר הראיות המקובל על המשיב, לא היתה משמעותית כלל. הוא נהג לבקר את אחיו בכלא מפעם לפעם, בגדר המותר, כמובן, ושאר בני המשפחה ביקרו אף הם.

פעמים ספורות הסיע את אחיו ברכבו כאשר הוא עצמו היה בדרכו לעבודה. מעולם לא יצא מדרכו כדי להסיעו. **כל מפגש כזה עם אחיו היה חוקי לחלוטין, ונעשה לאחר שאחיו שוחרר בערבות מן הכלא. שום מפגש שלו עם אחיו איננו יכול להחשב כביצוע שירות לעבריין, אף אם לא היה עושה אותו עבור אחיו.**

בעמ' 2 להודעתו המתורגמת הערבית הוא מספר כי לפני כשנה הגיע אליו נציג כח 17 וביקש ממנו לחתום ערבות לשחרורו של אחיו. המערער עשה כן, ובעקבות זאת שוחרר אחיו על ידי הסמכות היחידה אשר החזיקה אותו, הרשות הפלסטינית.

רק בתקופת שחרורו של האח בערבות היה מגיע לביתו לדקות ספורות, וקיבל ממנו בגדים נקיים. גם האמירה בהודעתו שלם המערער עסידה מיום 28.7.02 כי אחיו היה נוטל ממנו את הרכב, איננה מדברת בתקופת היות האח מבוקש אלא בתקופה בה היה משוחרר.

אחרי שהרשות חפצה שוב לעצור את אחיו, והאח הפך לימבוקש לרשותי הגיעה נציגה אל המערער. הלה אכן ניסה להשיג את אחיו אולם לא עלה בידו לעשות כן, והוא, כאמור לעיל, נעצר פעמיים על ידי הרשות. מאז אותה עת לא היה לו כל מגע עם אחיו בו יכלה להוצר שליטה כלשהי על ידי המערער. פעם אחת הגיע אליו אחיו באישון לילה, דפק על הדלת **ולא נכנס לבית** כשהוא מברכו על הולדת בנו, מברכו ונעלם. פעם שניה ראה המערער את אחיו חולף ביעף במכונית על פני המוסך בו עבד, ורק ראה את נפנוף ידו.

26. יש לציין כי על פי עדות איש השב"כ :

"אינני יודע על אקט של הכרזה שנאצר הוא אדם מבוקש" (עמ' 5 ש' 16 5.8.02).

מאחר ולא היתה הכרזה רשמית בפומבי על האח כעל מבוקש על ידי ישראל, לא ניתן לבוא בהאשמות אל כל אדם שסייע בידו, ואדם כזה לא יהפוך לבר עונשין בעבירה של מתן מקלט.

חומר הראיות נגד המערערים לא הוכשר

27. המערערים נחקרו תקופה ארוכה הן על ידי שב"כ והן על ידי מדובבים. הם לא הוזהרו בחקירתם על ידי שב"כ, החקירה הקודמת לגביית העדות המשטרתית, כי ישנה כוונה לגרשם, אלא ניסו להציגם כמי שיש לו קשר עם פעילים צבאיים. אף אחד מן החשדות הנ"ל לא הוכח.

28. לטענת ההגנה, אין בהודעותיהם דבר היכול להצדיק גירוש, לא כל שכן העמדתו לדין. אולם אם יבקש המשיב להסתמך על דברים הנאמרים בהודעות או בזכ"דים מן החקירה, **לא יוכל לעשות כן**. הוא לא יכול להשתמש באלה מן הטעם שלא הכשיר את הזכ"דים ולא את ההודעות. ידוע למשיב כי המערערים אינם מקבלים את אמור באמרות אלה ללא עוררין. הם העידו ותיארו את

הדרך בה "הגזימו" או "עשו עצמם לאומניים" בכדי לרצות את המדובבים ולהגן על עצמם. [ראה עדות המערער עסידה ישיבת 8.8.02 עמ' 8 ואילך; עדות המערער עסידה שם, עמ' 9 ש' 37]: "השוטר שיחק לי במילים... צעק עלי... שינה את הדברים". לגבי עדות שב"כ שם, עמ' 10 ש' 5 "הוא לא תרגם לי, אני לא חתמתי ולא יודע מה הוא כתב". ראה עדות המערער עגורני 8.8.02 עמ' 8 ואילך "הייתי יום אחד בצינוק ואז התחילו לחקור אותי גם בלילה וגם ביום...." "הייתי מצב נפשי קשה כשסיפרו לי שביתי נהרס" "הייתי בצינוק 36 שעות במגרש הרוסים"

המערער עגורני מעיד עוד שם, עמ' 38: "ישב איתי מישהו שקוראים לו אבו נור והוא האחראי של החדר, ושאל אותי... והוא אמר לי שאנחנו חייבים להיות בטוחים לגבי כל אדם שבא לה כי יכולים להיות פה סייענים, ואם יש כזה אנחנו הורגים אותו ושמים אותו במעבר ומשם המשטרה לוקחת אותו. דבר זה גרם לי לפחד... אמרתי להם דברי לאומיים... אני רציתי שיפרסמו עלי שאני אדם הגון (עמ' 13 ש' 29)"

לגבי אופן גביית ההודעה מעיד המערער עגורני שם עמ' 13 ש' 26 כי אינו קורא עברית, לא ערבית, וכי חתם על ההודעה אחרי שהשוטר הבטיח לו כי הדבר לא יגרום לו נזק. לשניהם היה אסור להפגש עם עורכי דין ולעמוד על זכויותיהם כל עוד נמשכה חקירתם. שניהם תיארו את האימה בה היו נתונים לאחר מעצרים, ולאחר שנודע להם שבתיהם נהרסו.

29. המערערים ביקשו להביא את חוקרי השב"כ ואת גובי האמרות המשטריות ולחקור אותם לגבי נסיבות מתן האמרות. אולם המשיב התנגד להבאתם, והוועדה הנכבדה סרבה הבאתם. עובדות מצטברות אלה מחלישות בהחלט את כוחן הראייתי של האמרות.

אין לשכוח כי חוקרי השב"כ אינם חוקרים את הנחקרים תחת אזהרה, ונקבע כבר על ידי בתי המשפט כי עקב זאת אין לזכ"דים הנכתבים על ידם משקל שדי בו כדי להרשיע. אף כי איננו עומדים בפני ערכאה פלילית, יש לזכור עובדה זו ולמתן את ערכו הראייתי של הזכ"ד.

כזבו של החומר החסוי

30. המשיב התחמק מעימות ישיר עם המערערים סביב נושאים שונים. אחת הדרכים שהוא חשב כי הן יעילות היתה התייחסות אל חלק מן הנושאים כאל "נושאים חסויים". התובע עצמו הצהיר במהלך הוועדה: 4.8.02 עמ' 6 ש' 14:

"אנו מבקשים כי לא תהיה חקירה נגדית, על מנת לחסוך את הזמן".

ליתר בטחון מנע נציג המשיב את החקירה בנושאים שונים בכלל, על ידי חיסוי חלק מן החומר שאין כל עילה בטחונית לחסותו.

בחקירה הנגדית של איש השב"כ מיום 5.8.02 הסתבר מהר מאוד כי המשיב החליט שלא להעביר לידיעת הוועדה ולידיעת ב"כ עסידה המערער כמות רחבה מאוד של חומר המצוי

בכתובים ומפורסם ברבים אודות אחיו. ניתנה למערער פראפרזה אודות מעשי האח המבוקש, ונאמר בה כי הוא מעורב ברצח של שני מתנחלים מהתנחלות יצהר.

המשיב הסתיר מן הועדה וניסה אף להתחמק בחקירתו מן העובדה כי חשודים בביצוע רצח זה עמדו לדין בבית משפט צבאי ונשפטו! חומר הראיות בתיק, האמור לערב את האח המבוקש בחשדות המיוחסים לו, היה לנחלת הציבור. הכל יכלו לראותו מלבד הועדה ונציגי המערער!

ואילו בנוגע לאחיו של המערער 1 גולה בתאריך 8.8.02 חומר שכלל לא היה קודם לכן במסגרת החומר החסוי שהוצג לוועדה. (ישיבת 8.8.02 ע' 1 ו-3).

הועדה טעתה בהחלטותיה השונות אודות חסיון, מקום בו לא היה טעם לחסות את התשובות. בכך מנעה ניהול הוגן של ההליך ומיצויו. הדוגמאות לכך רבות מספור.

הנורמות המשפטיות המתייחסות לקרוב משפחה

31. מחקירתו הנגדית של ב"כ המשיב עולה קו חקירה מוזר. המערערים נשאלים: "אמרת אי פעם לאחיד שאתה מציע לו לא להשתתף בפיגועים?" (8.8.02 עמ' 10 ש' 25)

"לא מופיע אפילו פעם אחת בעדות שאתה התנגדת למה שעלי עושה" (8.8.02 עמ' 14 ש' 5).

התובע טועה בהציגו שאלות אלה, כאילו מוטלת עלם מי מן המערערים חובה בחוק לפעול כאמור, וכאילו הפר מי מהם את חובתו, ולא היא.

חומר מכך – המשיב איננו מודע לנורמות החוקיות המתייחסות לפעילות קרובי משפחה ולמודעותם, ובמיוחד כאשר מדובר בעבירות בטחוניות.

32. המפקד הצבאי, המשיב בענייננו, עם כל הכבוד הראוי, איננו השליט היחיד הצריך להאבק במי שמאיים על בטחונו. עשו זאת שליטים קודמים לפניו. כולם, ותמיד, קבעו לעצמם גבולות המותר, ואלה אף נוסחו בחוק.

בחוק העונשין הישראלי:

פרק ז' דן בבטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים, היינו, בעבירות החמורות ביותר בספר החוקים. ובכל זאת קיים פטור לקרוב משפחה ממעורבותו במעשי קרובו.

ס' 95, שכותרתו חיפוי על עבירה, קובע:

(א) מי שידוע כי אדם פלוני זומם לעביר עבירה, או עבר עבירה לפי פרק זה, שענשה מאסר חמש עשרה שנה או עונש חמור מזה, ולאפעל באופן סביר כדי למנוע עשייתה, השלמתה או תוצאותיה, הכל לפי העניין, דינו מאסר שבע שנים.

(ב)....

(ג) הוראות סעיף זה לא יחולו על בן זוג, הורה, צאצא, אח ואחות של אדם שזמם או עבר עבירה כאמור".

האם יכול מחוקק לאמר בלשון ברורה יותר מזו את דעתו ואת כוונתו לגבי חסינות בן משפחה? הוא יודע ידוע היטב כי אין אפשרות או צורך להעניש בני משפחה בגין מעורבות מסוג זה, תהיה חמורה ככל שתהיה. ופטור זה לבני משפחה קיים דווקא בחמורות שבעבירות.

בחוק הפלילי הירדני:

ס' 84 (2) קובע: "ישוחררו מהעונש הורי הפושעים המוסתרים, צאצאיהם, בני זוגם, אחיהם ואחיותיהם".

ובצו בדבר כללי האחריות לעבירה (יהודה והשומרון) (מס' 225), תשכ"ח-1968

קובע ס' 17 א' פטור לקרובי משפחה מעירה של קבלה והסתרה וסיוע להמלטות מן העונש של עברין בבחינת שותפים לאחר מעשה.

33. הוראות אלו אינן מוגבלות לתחום הפלילי, אלא מבטאות עיקרון משפטי, שצריך לחול גם בעניינינו: המשפט אינו מצפה מאדם להלשין על בן-משפחתו. להפך: באיזון שבין שמירת התא המשפחתי לבין האינטרס שבמניעת פשע, גובר האינטרס שבהגנת התא המשפחתי. בעניין זה כתב בית-המשפט הצבאי בלוד:

אין המחוקק מבקש לחתור תחת התא המשפחתי המצומצם, ואין הוא מצפה כי אנשים יתנכרו לדחף הטבעי שלהם לסייע לבני משפחה קרובים הנמלטים מידי השלטונות מהעמדה לדין ומריצוי עונש...
במל"ד 9/96 מ"י נ' רבחי שריף

החובה לנקוט סלקטיביות בנקיטת סנקציות מנהליות

34. הפסיקה קבעה, כי לא די במסוכנות גרידא להצדקתו של גירוש, אף לא להצדקתו של צו תיחום מגורים במובנו האמיתי. סנקציות מעין אלו צריכות להיות מוטלות אך ורק על האנשים המסוכנים ביותר, באורח מובחן וסלקטיבי:

בג"ץ 792/88 מטור נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(3) 542, 551.

כך מצאנו, שסנקציית הגירוש ננקטה בשנות השמונים והתשעים אך ורק כלפי פעילים מרכזיים, שעמדו בבסיסה של התארגנות רחבה יותר. המגורשים תוארו בפסקי-הדין בביטויים כגון: "אחד מאותם אנשים הניצבים בראש פירמידת האינתיפאדה" (בג"ץ 792/88 הנ"ל); "בין מנהיגיו הבכירים ביהודה ושומרון של ארגון החזית הדמוקרטית של נאיה חוותמה, וכי פעילותו האמורה היא רצופה, מקיפה ומסוכנת... אין באמצעי מניעה חליפיים כדי להביא להפסקת פעילותו האמורה של העותר. ניסיון העבר לימד, כי מעצרו אינו בולם באופן אפקטיבי את פעילותו." (בג"ץ 672/88 לבדי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(2) 227, 237);

"אופי הפעילות בה היה מעורב, חלקו, בכירותו ומעמדו בארגון החזית העממית הופכים אותו לאדם שהסכנה הצפויה ממנו ומהמשך פעילותו לבטחון האזור הנה ממשית. המבקש לא למד את הלקח מן העבר. העמדתו לדין שלוש פעמים לא הועילה. גם בהיותו בכלא הוא המשיך לפעול לקידום מטרות הארגון... כזכור הוגדר המבקש כמנהיג מטעם החז"ע בכלא..." (בג"ץ 785/87 עפ"י ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, 52); "אחראי של הגייהאד האיסלאמי ברצועת עזה, ואולי אף מעבר לאזור זה... מורה דרך של אותו ארגון... דמות בעלת השפעה... אין כל סיכוי כי בעתיד הנראה לעין יחדל מפעילותו המסוכנת. לא נראה לנו כי הגבלות שיוטלו עליו יהא בכוחן כדי למנוע את המשך השפעתו השלילית על תושבי האיזור" (שם בע' 57) "בעל מעמד ובעל כוח, השפעה ויכולת להתסיס ולהוביל להפרות סדר בקנה מידה גדול יחסית... פעילותו של המבקש נמשכה לאורך שנים... נחישותו לפעול ולהפעיל אחרים בדרכים אלימות... הסכנה הצפויה ממנו לעתיד הינה ממשית ומתמשכת..." (שם, ע' 62).

35. גם אם נקבל את כל המיוחס למערערים בחומר הגלוי, נמצא כי "מסוכנותם" היא ברמה הנמוכה ביותר, וכי אם היא מצדיקה את אקט הגירוש, הרי שיש לגרש עמם לפחות מאות ואלפים מתושבי הגדה המערבית, שהם מסוכנים כמותם. מובן, שבכך מופר עקרון הסלקטיביות.

36. וכך באו הדברים לידי ביטוי בדיוני הוועדה:

א. המערער 2 מואשם, בין היתר, בכך שסיפק בגדים נקיים ומזון לאחיו (בתקופה שהיה משוחרר בערובה על-ידי הרשות, ולא מבוקש). כאשר המכונה "יורי" נשאל על מקורות הביגוד והמזון של האח נאצר-אלדין השאלה הצחיקה אותו. כאשר נשאל לחשיבות של איתור מקורות המזון, הוא לא טען שספקי המזון הם מסוכנים, אלא רק שדרכם ניתן להגיע למבוקש עצמו. (ישיבת 5.8.02 ע' 7).

ב. המערער 2 מואשם, בין היתר, בכך שנתן טרמפים לאחיו (בתקופה שהיה משוחרר על-ידי הרשות, ולא מבוקש). לגבי רמת המסוכנות הנובעת ממי שמסיע מבוקשים, ניתן ללמוד מתשובתו של "יורי" בישיבת 5.8.02 ע' 7. הוא נשאל לגבי אחיו של המערער 2, ואם ידוע לו אם זה הסיע מבוקשים. "יורי" השיב, כי איננו יודע, וכי הסעה מעין זו אם הייתה אינה מלמדת על מסוכנות.

ג. בהתייחסו לטענה שאחיו של המערער 2 אחראי לפיגועים, השיב "יורי" כי "כמובן" שלא מדובר בכך שעשה כביסה למי שביצע את הפיגוע. היה זה רגע של שפיות בוועדה, אשר כל כולה התכנסה לדון – באריכות וביסודיות – באחריותם של כובסים.

ד. בחקירתו של המערער 1 מוקדשות שורות ארוכות לשאלה אם הגיש תה לאחיו כשהיה היה בבית אביו ומדוע. גם התוב"ץ מצא לנכון לחקור את המערער 1 על כך ש"אירח" את אחיו (ישיבת 8.8.02 ע' 14). כאשר ב"כ המערערים ביקש לחקור את "יורי" אודות המסוכנות שבהגשת תה, נתקל בהתנגדות חריפה של הוועדה לשאלה. ואכן, הגשת תה,

מתן מזון לאח וכל כיוצא באלו הם עניינים טריוויאליים, שאין בהם כדי ליצור מסוכנות ושהדיון בהם הוא בבחינת בזבוז זמן. ממילא לא מדובר בעניינים שיצדיקו הוצאת צו גירוש.

ה. קטע ארוך אחר בחקירתו של המערער 1 מוקדש לכך שלקח כלי מיטה ממקום ששימש כדירת מסתור של אחיו. כאשר נשאל המכונה "יורי" עם מעשה כזה – של לקיחת חפצים להבדיל ממסירתם – מסייע למבוקש, סירבה הוועדה אף לרשום את השאלה בהיות התשובה מובנת מאליה.

ו. באשר למספר האנשים שמספקים מזון לאחיו המבוקש של המערער 2, השיב המכונה "יורי" כי יש יותר מאחד. באשר למספר האנשים שמספקים לו בגדים, שוב השיב כי מדובר ב"כל מיני אנשים". באשר לאמצעי התעבורה של המבוקש, השיב שהוא משתמש ב"רכבים" – כלומר יותר מאחד. יוצא מכך, שמספר לא קטן של אנשים סייע ומסייע למבוקש באותה רמה המיוחסת למערער 2 ואף יותר מכך. אם נרחיב את היריעה נמצא, כי בשטחים מסתובבים היום לפחות עשרות מבוקשים ברמת המסוכנות של נאצר-אלדין, וסביב כל אחד מהם ישנו מעגל של מסייעים. בהערכה זהירה, מדובר, אם כן במאות אנשים. (ראה תשובותיו של יורי שם).

ז. החומר הגלוי בעניינו של המערער 1, מלמד שוב על המספר הגדול של אנשים שמעורבים בפעילות נגד כוחות צה"ל – בירי, בהכנת חומרי נפץ, בגיוס מתאבדים ועוד. לפי העד "יורי" האח המנוח עלי היה עובד בתוך החוליה עצמה עם חמישה או שישה אנשים, כשבנוסף היה אדם שסיפק מצלמה, אנשים שסיפקו מזון, אנשים שעלי התגורר בבתיים – וכך ניתן לפרוש מעגל הולך ומתרחב של מסייעים ("מאגר" כלשונו של "יורי"). (ראו בישיבת 8.8.02). בתשובה לשאלה, שמופיע באורח משובש בפרוטוקול, השיב "יורי" כי מעבר למעגל זה ישנו מעגל רחב אף יותר של אנשים שמודעים לפעילותו של המבוקש – וכזכור, עיקר ההאשמות כלפי המערער 1 הן האשמות של "מודעות". שוב יוצא, כי רמת המסוכנות המצדיקה, לדעת המשיב, אקט קיצוני של גירוש, מצדיקה גירושם של אלפים ברחבי השטחים.

סיכום עניין ה"מסוכנות"

37. המכונה "יורי", המומחה לעניינם של אחי המערערים, מודה כי

המערער לא היה מבוקש או דרוש חקירה לפני מעצרו

(ישיבת 8.8.02 ע' 6)

הוא התחיל להיחשב כמסוכן ברגע שהחליטו על כך.

(שם)

38. ואכן, תווית ה"מסוכנות" שהוטבעה על המערערים אינה אלא שרירותית. אחיו של המערער 1 נהרג, וגם אילו היה רוצה לסייע לו שוב איננו יכול. המערער 2 לא ראה את אחיו בחצי השנה האחרונה אלא פעמיים חטופות (האחת מבעד לחלון לאחר לידת בנו והשניה ממכונת חולפת). כל המעשים המיוחסים למערערים הם טריוויאליים באופיים, וניתן למצוא כמוהם וחמורים מהם אצל מאות ואלפים מתושבי הגדה המערבית.

39. המשיב לא הצליח להצביע על מסוכנות כלשהי של המערערים, אשר תימנע על-ידי העברתם לרצועת עזה. הוא בוודאי שלא הצליח להצביע על מסוכנות ברמה הגבוהה הדרושה לאקט מעין זה. טענת התוב"ץ, כי יש בצווים "אלמנט מניעת" נופלת. אנו נותרים אך ורק עם האלמנט ההרתעתי, שמקורו בקשרי הדם של המערערים עם מבוקשים, אלמנט שגם לפי עמדת המשיב אין בו די כדי להצדיק את הצווים.

אלמנט ההרתעה

40. ראינו, כי הצווים נשוא הערעור אינם באים לקדם סכנה הנובעת מהמערערים אישית. המערערים אינם מהווים כל סכנה, ואם ניתן להצביע על מסוכנות כלשהי שלהם, הרי שהיא ברמה כה נמוכה שאיננה מצדיקה אקט חריף של גירוש לעזה. העברתם של המערערים בכפייה לעזה על בסיס מידה זו של מסוכנות, משמעה הוא להתיר העברת כפייה של מאות ואלפים של תושבי הגדה המערבית (אם לא למעלה מזה), שמעורבותם בפעילות נגד ישראל דומה לזו של המערערים ואף גבוהה ממנה.

41. נותרנו, אם כן, עם אלמנט ההרתעה בלבד. הצווים שהוצאו כנגד המערערים נולדו אך ורק משום הקשר המשפחתי שלהם למבצעי פיגועים, ועל-בסיס רעיון לפיו גירושם ירתיע מבצעי פיגועים פוטנציאליים. זו העילה לגירוש. זהו טעם בלעדיו אין לגירוש. כל הדברים האחרים בדבר מסוכנות כביכול אינם אלא אחיזת עיניים, שנועדה לחפות על טעם ההרתעה – שהרי המשיב עצמו ויועציו המשפטיים יודעים היטב כי הרתעה איננה עילה להטלת סנקציה מעין זו.

הרתעה כשיקול אסור על-פי הפסיקה הישראלית הדנה בצווי הגבלה וגירוש
42. הסמכויות הנוגעות לגירוש ולהגבלת מקום המגורים פורשו בפסיקה הישראלית כמשתרעות אך ורק על אותו אדם שמעשיו הוא עלולים לסכן את ביטחון האזור:

אכן מודגש בעתירות מהסוג הנדון על-ידי נציגי שני הצדדים, כי אין המשיב רשאי להשתמש בסנקציה זו של הוצאת צווי גירוש רק במטרה להרתיע אחרים. צו כזה הינו לגיטימי רק אם מוציא הצו משוכנע, כי האדם המיועד לגירוש מהווה סיכון לביטחון האזור, וכי אמצעי זה נראה בעיניו חיוני לצורך ניטרולה של סכנה זו.
(הדגשה שלי, י.ו.)

בג"ץ 814/88 ישראללה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(2) 265, 271

סמכות הגירוש היא מניעתית, פניה אל העתיד, והיא באה למנוע סכנה של ממש הצפויה לאזור מן המגורש, שלא ניתן למנועה בדרך אחרת, אלא על דרך גירושו.
(הדגשה שלי, י.ו.)

בג"ץ 1361/91 מסלם נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מה(3) 444, 456.

סיכומה של נקודה זו, לא ניתן היה להפעיל את הסמכות על-פי תקנה 110 [שנוסחה קרוב לנוסח סעיף 86 לצו בדבר הוראות ביטחון – י.ו.], אלא אם כן היה במכלול הראיות, שהובאו לפני המפקד הצבאי, כדי להצביע על סכנה, הצפויה מן העותר בעתיד, אם לא יינקטו הצעדים, שנועדו להגביל את פעולתו ולמנוע חלק נכבד מן הנזק הצפוי ממנו, וראיות כאלה אכן היו לפני המפקד הצבאי.
בג"ץ 554/81 בראנסה נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד לו(4) 247, 250.

וראו גם:

בג"ץ 488/83 בראנסי ואח' נ' מנהל המחלקה לאשרות ואזרחות ואח', פ"ד לז(3) 722, 724 מול אותיות ב, ג.

בג"ץ 513/85 נואל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לט(3) 645 בע' 654 – הנורמות שהן בנות יישום דומות בצווי הגבלה ובצווי גירוש.

בג"ץ 672/87 עתאמללה ואח' נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מב(4) 708. (למשל: מתעוררת שאלה בדבר "מידת ההסתברות כי התנהגותו של האדם תגרור אחריה את הפגיעה..." – דברי השופט ברק, כתוארו אז, בע' 712)

ואילו בפרשת עפו, במסגרת פירוש סעיף 49 לאמנת ז'נווה הרביעית, דחה בית-המשפט את ה"פרשנות המרחיבה המבקשת להחיל את איסור הגירוש גם על מחבלים או סוכני אויב" (ע' 26). בית-המשפט לא התיר שימוש בנשק הגירוש כנגד מי שאינו בעצמו "מחבל, מסתנן או סוכן האויב".

43. ואכן, המעיין בפסיקה הנוגעת לצווי גירוש והגבלה ימצא, כי מעולם הייתה הפעלת סנקציות אלו אך ורק כנגד אנשים שעסקו בעצמם בפעילות כנגד הביטחון, והיו גורם מוביל ומפעיל גם עבור אחרים. מעולם נומק השימוש בסמכות אך ורק בסכנה שנשאה עמה פעילות אישית זו, ומעולם לא הובא הנימוק, שהגירוש עשוי להרתיע אחרים.

שיקולים שאינם נוגעים למסוכנות אישית:
האיסור העקרוני במשפט הישראלי

44. סמכותו של המפקד הצבאי להוציא צו לפי פרק ה לצו בדבר הוראות ביטחון מוגבלת למקרה שבו

הוא סבור כי הדבר הכרחי בגלל טעמי ביטחון החלטיים
(סעיף 84א לצו בדבר הוראות ביטחון).

הוראה דומה, אף מתונה יותר מופיע בסעיף 2 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979 (להלן: "חוק המעצרים"):

היה לשר הביטחון יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר...

ההוראה שבחוק המעצרים היתה נושא לפרשנות בדנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (להלן: "פרשת בני הערובה הלבנונים"). בית-המשפט העליון, בהרכב של תשעה שופטים ובראשות הנשיא, קבע שמבחינה לשונית טכנית, טעמי ביטחון המדינה יכולים היו לכלול גם טעמים שאינם נעוצים בעצורים עצמם: באותו מקרה היה מדובר בשימוש בעצורים כקלפי מיקוח במשא-ומתן על החזרת שבויים. אולם בית-המשפט דחה את הפרשנות המילולית המאפשרת סמכות מעצר שכזו.

הפגיעה בחירות ובכבוד במעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה, היא קשה ביותר, עד כי הפרשן אינו רשאי להניח כי החוק נועד להשיג פגיעה קשה זו...

אכן, המעבר ממעצרו המינהלי של אדם שממנו נשקפת סכנה לביטחון המדינה למעצרו המינהלי של אדם שממנו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אינו מעבר "כמותי". זהו מעבר "איכותי". המדינה עוצרת, באמצעות הרשות המבצעת, אדם שלא ביצע כל עבירה, ואשר אין נשקפת ממנו כל סכנה, וכל "חטאו" בהיותו "קלף מיקוח". הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של ביטחון המדינה מובילים לנקיטת צעד זה. כבר עמד חברי השופט מ' חשין על כך לעניין תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, תפיסת היסוד הינה כי "איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת... אין עונשין אלא אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו" (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז – עוזי דיין, פ"ד פ"ד נא(2) 651, בעמ' 654). גישה דומה יש לנקוט לעניין מעצר מינהלי. איש בעונו ייעצר ואיש בחטאו יוחזק במעצר מינהלי. אין עוצרים במעצר מינהלי אלא את מי שעצמו, במעשיו שלו, מהווה סכנה לביטחון המדינה. כך במצב הדברים שקדם לחקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך בוודאי לאחר שחוק יסוד זה נחקק, והעלה את חירותו של האדם ואת כבודו לרמה חוקתית-על-חוקית... (דברי הנשיא ברק בפרשת בני הערובה הלבנונים, בע' 74-73)

45. וזאת יש לזכור: המערערים בפרשת בני הערובה הלבנונים לא היו אנשים שטליתם כולה תכלת. כמצוין בפסק-הדין, הם הועמדו לדין בישראל בשל השתייכותם לארגונים עוינים ובגין מעורבותם בפגיעות נגד כוחות צה"ל וצד"ל. הם הורשעו בדינם ונידונו לתקופות שונות של מאסר בפועל. לאחר סיום ריצוי מאסרם המשיכה ישראל להחזיק בהם כקלפי מיקוח. בית-המשפט הדגיש, כי עבר זה של בני הערובה אינו יכול להכשיר את השימוש בהם כקלפי מיקוח. (ראו, למשל, בע' 765 לפסק-הדין).

46. בית-המשפט התייחס אף לאפשרות של נקיטת צעדים כנגד בני משפחות של אנשי האויב:

האם משום שהחוק אינו אוסר במילים מפורשות על מעצר של קרובי משפחה של אנשי האויב, או של אנשים אחרים שמטעם זה או ואחר עשוי להיות לאויב עניין בשחרורם, נוכל לפרשו כמאפשר את מעצרים?
דברי כבי' השופטת דורנר בעמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97 בע' 112, ומובא גם בחוות-דעתה בדיון הנוסף בפרשת בני הערובה הלבנונים בע' 765.

47. מה שבית-המשפט העליון הביא כדוגמה לתוצאה אבסורדית, כדבר שלא יעלה אף על הדעת, קורם לנגד איננו בשר וגידים, והופך למציאות שהמשיב מבקש להשיגה!

**ציקולים שאינם נוגעים למסוכנות אישית:
זאיסור במשפט הבינלאומי**

48. המשפט הבינלאומי מתיר נקיטת צעדים בטחוניים כנגד אוכלוסייה אזרחית בשטח כבוש ("מוגנים" לפי אמנת ז'נבה הרביעית). היקף הצעדים המקסימלי מוגדר בסעיף 78 לאמנת ז'נבה הרביעית:

If the Occupying Power considers it necessary, for imperative reasons of security, to take safety measures concerning protected persons, it may, at the most, subject them to assigned residence or to interment.

הסדר דומה, ובאותם סייגים, קבוע בסעיפים 41 ו-42 לאמנה. על רקע סעיף זה, המתיר לייחד לאדם מוגן מקום מגורים, מבקש המשיב לכנות את צווי הגירוש שהוציא "צווי תיחום מגורים". אולם סעיף 78 איננו עומד גלמוד. הוא עומד לצד הוראות נוספות שבאמנה, ואף יש לו פרשנות רשמית ומקובלת שהוציא הצלב-האדום עוד בשנת 1958.

על-פי קובץ הפרשנות הרשמי, בעריכת המלומד פיקטה, ניתן להוציא צו לתיחום מקום מגורים אך ורק על-מנת למנוע סכנה אישית הנובעת מהאדם נשוא הצו:

...a belligerent may intern people or place them in assigned residence if it has serious and legitimate reason to think that they are members of organizations whose subject is to cause disturbances, or that they may seriously prejudice its security by other means, such as sabotage or espionage...

To justify recourse to such measures, the State must have good reason to think that the person concerned, by his activities, knowledge or qualifications, represents a real threat to its present of future security.

(פיקטה, בע' 258, הדגשות שלי, י.ו.)

49. הטלת סנקציה על המערערים, שהיא אפילו באופן חלקי נובעת משיקולי הרתעה כללית, מהווה אקט של ענישה קולקטיבית. הרי גם אם נניח שמעשי המערערים היו עשויים להצדיק סנקציה כלשהי, הרצון להגיב באופן מחמיר על מעשי אחיהם ולהרתיע את הרבים, השפיע על היקף הסנקציה וחומריתה.

50. האיסור על ענישה קולקטיבית מצא את ביטויו במשפט הבינלאומי המנהגי. סעיף 50 לתקנות המצורפות לאמנה בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה (האג, 1907) קובעת:

No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they can not be regarded as jointly and severally responsible.

ואילו סעיף 33 לאמנת זינווה הרביעית קובע קטגוריאלי: :

No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited...

Reprisals against protected persons and their property are prohibited.

זענת ההרתעה:

זי-הוכחת האפקטיביות של הגירוש מבחינה עובדתית

51. ראינו ששיקול ההרתעה אינו שיקול מותר. מעבר לדרוש נטען, כי האפקט המרתיע של הגירוש גם לא הוכח.

52. בדברי הפתיחה שלו תיאר התובע הצבאי את הצווים נשוא הערעור כ"צעד חדש שנבחן", כ"ניסוי", והוועדה התבקשה לבחון, בין היתר, את הכדאיות והיעילות שבצעד.

53. לצורך בחינה זו הוצג לוועדה חומר חסוי, על-ידי המכונה "גדעון". מדברי התובע הצבאי – מספר פעמים לאורך הדיונים – עלה, כי לוועדה הוצג רק החומר המקצועי התומך ברעיון הגירוש לעזה, ואילו עמדות אחרות, שתוארו כ"עמדות מיעוט" לא הוצגו – לא כל שכן, שמי שמחזיק בהן לא הובא בפני הוועדה. במצב זה, יכולה רק להסיק, כי המשיב חשש, שהעמדות הרואות בגירוש לעזה צעד בלתי-אפקטיבי ומסוכן, עשויות לשכנע את הוועדה.

54. עם זאת, כבר בחומר המונח בפני הוועדה, שורה של אינדיקציות חזקות לחוסר האפקטיביות של הצעד המוצע:

- עוד מאז שנות השמונים מקובלת על המשיב הסנקציה של הריסת בתיהן של משפחות של מבצעי פיגועים. סנקציה זו לא הוכיחה עצמה מעולם כאפקטיבית.
- במקרים של המערער ש בפנינו ישנן עדויות ברורות לכך שהמבוקשים ידעו על הסיכון שהם מעמידים בו את משפחותיהם, והדבר לא הביא להפסקת פעולותיהם או לכך שישגירו עצמם לשלטונות. בנוגע לאחיו של המערער 1: ראה למשל: בתי' בע' 5 למעלה, בעדות של המערער 1 לגבי דברים שאמרו למבוקש אביו ואמו; בעדותו של העד _____ עגורי (ישיבת 8.8.02 ע' 11). גם לאחר שאחותו של _____ עגורי נעצרה בחודש יוני, וגם לאחר הריסת בית המשפחה ומעצר אביו ואחיו, וגם לאחר שהוכרז שהם יגורשו לעזה – לא חדל עגורי ממעשיו. בנוגע למערער 2, הרי שמעצרו של המערער על-ידי הרשות הפלסטינית פעמיים לא

השפיע על אחיו להסגיר את עצמו, והמערער מעיד (בישיבת 8.8.02 ע' 7) כי "נאסראלדין ידע שילחצו על כולנו ועל בני המשפחה ולמרות זאת הוא לא הסגיר את עצמו" ו"אני לא מאמין שהעברת אנשים לעזה תרתיע את אחי או דומים לו, משום שאינם שואלים לבני משפחתם" (שם, ע' 8). גם לאחר שבני משפחתו נעצרו ובית הוריו נהרס ממשך נאסראלדין להסתובב בשטח, ולא נמסר לוועדה על שינוי בהתנהגותו.

• מערכת הביטחון וגורמים מקצועיים מחוצה לה הטילו בעבר ספקות עמוקים באפקטיביות של צעדי גירוש.

ראו, למשל, במאמרו של ליאון שלף "גירוש רבים כהרתעה כושלת", פלילים ד (תשנ"ד-1994) 47. נסתפק בציטוט אחד מתוך המאמר:

אריה שלו, שמילא תפקידים צבאיים של דובר צה"ל, ראש מחלקת מחקר במודיעין ומפקד אזור יהודה ושומרון, התייחס לתוצאה של גירוש בספר על האינתיפאדה שכתב בתור חוקר בכיר במרכז למחקרים אסטרטגיים ע"ש יפה באוניברסיטת תל-אביב [א' שלו, האינתיפדה: הסיבות, המאפיינים וההשלכות (1990)]. הוא כתב: "לעונש הגירוש יש, אולי, השפעה הרתעתית לטווח ארוך, אך המסקנה מטבלה זו [טבלת השפעת הגירוש על היקף האירועים – ל.ש.] היא, כי קיים מתאם חיובי בין מספר התושבים שגורשו... לבין מספר האירועים האלימים או הנפגעים הישראליים, לאחר כל גירוש. אולם, התוצאות היו שליליות מבחינת מקבלי ההחלטות בישראל, כי הגירושים השיגו תוצאות הפוכות: מספרם של האירועים האלימים ושל הנפגעים אף גדל... שר הביטחון, רבין, אמר בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת, כי צה"ל החליט להקטין את מספר המגורשים בגלל ספקות לגבי יעילותו של צעד זה".

Comment [**1]: PAGE \#
:עמוד"
□ להוסיף הפניה ""

• עיון בהודעתו של נער שהתנדב לפיגוע התאבדות, ושהוגשה לוועדה, מגלה, כי פגיעה שנפגעו בני משפחתו הייתה גורם המוטיבציה המרכזי שלו לפעול כנגד ישראל. ייתכן מאוד, אם כן, כי הפגיעה הרחבה באוכלוסייה אזרחית תייצר מפגעים נוספים, ואולי אף תוסף למוטיבציה של אחיו של המערער 2, שעודנו מסתובב בשטח.

• המכונה "יורי" ענה בחקירתו הנגדית (ישיבת 8.8.802 ע' 4), שאינו יודע מדוע _____ עגורי המנוח החל בפעילות נגד ישראל. מנימת דבריו עלה, שהדבר גם לא נראה לו מעניין כלל ועיקר. אם המשיב מבקש לפתור את בעיית הפיגועים משורשה, הרי שהיה עליו ללמוד את המוטיבציה של _____ עגורי המנוח, ולקור מהשורש את אותן תופעות שיוצרות מוטיבציה כזו. המערערים מעריכים, כי סוג הצעדים שנוקט המשיב – כביכול לצורך ביעור הטרור – כגון סגרים, כתרים, הריסות בתים, מעצרים המוניים וכדומה, משחקים תפקיד במוטיבציה של אנשים כגון _____ עגורי.

• המכונה "יורי" שהוצג כמומחה לעניין _____ עגורי _____ עזידה מסר בחקירתו כי לא ידוע לו אם יש הערכה בדבר תגובתם של המבוקשים בקשר למעצר קרובי משפחותיהם והכוונה לגרשם, ושהוא, המומחה, לא התבקש לבצע הערכה מעין זו (ישיבת 5.8.02 ע' 11). דומה שהערכה מעין זו היא המינימום המתבקש לפני גירוש בני משפחותיהם של אותם מבוקשים.

• על-פי גזיר העיתון שהוגש לוועדה, ואשר אין כל סיבה לפקפק בתוכנו, הרי שקיימת הערכה באמ"ן, שהגירוש לעזה עשוי להחריף את הפיגועים. הערכה זו צריכה הייתה להיות מונחת בפני הוועדה, על-מנת שזו תוכל לשקלה בבואה לקבוע את כדאיות הצווים.

55. לאחר אישורה של הועדה הועבר שאלון בכתב הכולל 51 שאלות אל נציג השב"כ המכונה "גדעון". "גדעון" הופיע והעיד בפני הועדה. בקמצנות רבה למדנו לדעת כי גדעון העיד אודות הצורך בנקיטת צעד הגירוש, המחקרים השונים המלמדים על הצדקה לגירוש, התועלת הנצפית מן הגירוש וכו'.

אמרנו "קמצנות" שכן לא עלה בידנו להבין מעבר לנאמר לעיל. למשל, לא גילו לנו אם גדעון או חבר מומחיו סברו כי הגירוש אינו יעיל, או ביכלתו ל הזיק, או יש חשש כי יזיק.

השאלון הועבר באיחור של כ-13 שעות, לאור השיבוש שחל עקב חיסולו של אחי המערער עג'ורי, אשר היא ממילא להשבתת דיוני הועדה למשך יומיים.

ב"כ המערערים התנצלו על מחדל זה, ואף טלפנו מאוחר בערב של נציג המשיב כדי להקל עליו ולאפשר לו להעביר את השאלון אל גדעון עוד באותו לילה, שלא יחסר זמן תשובה.

ועדה המתכנסת בו זמנית בעניין אחרותו של המערער עג'ורי החליטה לאפשר לב"כ המערער להגיש שאלון ולקל תשובות על השאלון. הודעה על ההחלטה הסימולטאנית נשלחה פעמיים אל יו"ר הועדה, ושוב שטחנו בקשתנו לאפשר לנו לקבל תשובות על השאלון. לא יקבלנו התייחסות לכך.

אנו חוזרים ומבקשים כי תנתנה תשובות לשאלון. אנו מבקשים כי חברי הועדה יקבלו את התשובות לרשותם ויעיינו בהן בהתעמקות יתרה. אנו מבקשים כי מרבית התשובות יועברו לעיוננו כדי שנוכל אנו בהליך זה, ואם יוחלט לממש הגירוש, אף בהליכים עוקבים, להתייחס אל התשובות. אנו סבורים כי הן חיוניות ביותר.

השאלון מבקש לדעת עובדות אשר לא נחשפו, וככל הנראה לא נדונו בידי אף אחד מן הדרגים, הן מהותיות לגירוש ולתוצאותיו: מה יעלה בגורלם הכלכלי של המגורים ומשפחותיהם, מה יקרה עם בני משפחתם האחרים (על אף טענה כי הם מגורשים לאותה 'ארץ' אין לבני המשפחה שלהם גישה המגורשים). מהי העלות הכלכלית של הפעלת אמצעי זה לגבי יחיד- לגבי רבים.

השאלונים מתייחסים אל מכלול מרכיבים אפשריים של שיקול הדעת, אופן הפעלתו, והמידתיות הטבועה בו.

הם מתייחסים גם אל דירוג אפשרי של סנקציות ודירוגן.

הוא איננו מתעלם מן הטענה שנשמעה בחצי פה כי ההחלטה על גירוש הינה ממקור "מדעי" ומבקש לבדוק 'מדעיותו' של המקור, ולהטיל בו ספקות.

הוא מבקש לבדוק מסקנות ותוצאות אפשריות של הגירוש לשלילה, דווקא.

מהו המיון לגבי סוגי עבריינים או סוגי קורבנות או סוגי קרובים בהפעלת הסנקציה.

עד כמה הפעלתה תלויית הקשר פוליטי-פופוליסטי יותר מאשר בטחוני.

הוא מבקש נתונים על החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, אשר לא ברור כי הועברו במלואם אל הוועדה, וההערה המלאה חיונית.

מתבקש לבדוק סנקציה זו לעומת סנקציות אחרות ותוצאותיהן, והאם גובשו סנקציות אלטרנטיביות למקרה של כשלון הנוכחית.

השאלון מבקש לדעת עד כמה מוכן המשיב לאמץ מדיניות כזו גם בישראל גופא.

הוא מבקש לבדוק אם ניתנה למשיב סקירה נכונה על המשפט הבינלאומי בנושא זה, ועל נושא פשע המלחמה.

מקומה של הרשות פלסטינית ביישום הצו – וכל ההשלכות הנובעות מכך.

איזו אינופרמציה הגיעה אל המשיב עצמו וכיצד.

איזה רקע אודות ארגונים פלסטיניים ותגובתם הועבר אל המשיב.

המערערים חוזרים ומבקשים לא להכריע את עניין גירושם מבלי שיינתנו תשובות לשאלון ומבלי שב"כ יוכלו להתייחס אל תשובות אלה.

האיסור על גירוש ועל העברת כפייה

56. המשיב מודע לאיסור החמור שבמשפט הבינלאומי על גירוש ועל העברת כפייה של בני אוכלוסיה אזרחית בשטח כבוש. המשיב ויועציו המשפטיים מבינים היטב, כי גירוש – גם של יחידים – יהווה פשע מלחמה, ויסכן אותם ואת מבצעי הפעולה בהעמדה לדין בטריבונאלים בינלאומיים. כדי לטעון שהאיסור החמור הנ"ל אינו חל בענייננו מבקש המשיב לתמוך את יתדותיו בשלוש:

א. בטענה שרצועת עזה והגדה המערבית הן בבחינת שטח כבוש אחד ואינגרלי, לכן לא מדובר בהוצאתם של מוגנים מתחום השטח הכבוש.

ב. בטענה שהאיסור שבמשפט הבינלאומי חל רק על הוצאה מהשטח הכבוש ולא על העברת כפייה בתוכו.

טענות אלו שלובות בטענת המשיב שהוא מפעיל סמכות שהותרה לו בסעיף 78 לאמנת ז'נבה "לייחד מקום מגורים". כבר ראינו, כי התנאים לשימוש בסמכות "לייחד מקום מגורים" לא נתקיימו בענייננו. כעת נראה עוד, כי גם שתי הטענות האחרות, שלעיל, הן חסרות כל בסיס.

'צעות עזה והגדה המערבית כשטחים כבושים נפרדים

57. רצועת עזה והגדה המערבית מהווים שני שטחים כבושים נפרדים דה-יורה:

א. כל אזור ואזור נכבש באורח נפרד – האחד מידי הצבא המצרי ומשנהו מידי הצבא הירדני.

ב. בכל אזור ואזור כונן ממשל צבאי באקט נפרד – באמצעות שני מנשרים שונים. האחד שהוצא בגדה המערבית ומשנהו שהוצא ברצועת עזה.

- ג. מעולם לא הואחד המשפט בשני האזורים. ברצועת עזה המשיך כל העת להתקיים המשפט הצבאי המצרי לצד המשפט שקדם לו, ואילו באזור הגדה המערבית, המשיך לחול (לצד המשפט העות'מאני והבריטי) המשפט הירדני.
- ד. החקיקה הצבאית הישראלית נעשתה בנפרד בשני האזורים. ברצועת עזה נעשתה החקיקה בידי המפקד הצבאי של רצועת עזה, ואילו בגדה המערבית על-ידי המפקד הצבאי של אזור הגדה המערבית. ניתן להצביע על הבדלים בין החיקוקים בשני האזורים. דוגמאות טריות הן צו 1500 בדבר מעצר בעת לחימה ותיקון 84 לצו בדבר הוראות ביטחון – צווים שאין להם מקבילה בחקיקה הצבאית ברצועת עזה.
- ה. המינויים בשני האזורים נעשו באורח עצמאי ובנפרד. כך, למשל, שופטי בתי-המשפט הצבאיים ברצועת עזה ממונים על-ידי מפקד כוחות צה"ל שם, ואילו שופטי בתי- המשפט הצבאיים בגדה המערבית ממונים על-ידי מפקד כוחות צה"ל בגדה. בהעדר מינוי ממפקד כוחות צה"ל בעזה, אין שופט יכול לשבת בדיון בבית-משפט צבאי ברצועה, אפילו הוא מונה לשופט בית-משפט צבאי על-ידי המשיב.

58. חשיבות מיוחדת לעניין זה יש לחקיקה הישראלית, ובייחוד לחקיקה הישראלית הבאה ליישם את הסכמי אוסלו, הסכמים שבהם הובאה ההצהרה הריקה לפיה הצדדים רואים את הרצועה והגדה כיחידה טריטוריאלית אחת:

- א. בסעיף 9 לחוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה), תשנ"ו-1996, הוגדר המונח "אזור": "כל אחד מאלה: יהודה והשומרון וחבל עזה". לו היה המחוקק רואה בשטחים יחידה טריטוריאלית אחת, היתה ההגדרה צריכה להיות: "אזור – יהודה, השומרון וחבל עזה" ללא המלים "כל אחד מאלה" וללא וו החיבור לפני המלה "השומרון".
- ב. הגדרה דומה מצויה גם בסעיף 1 לחוק להארכת תקפן של תקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשכ"ז-1967.
- ג. הוראות דומות מצויות גם בסעיף 16א לחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), תשכ"ג-1963; סעיף 3א לפקודת מס הכנסה; סעיף 29 לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965; סעיף 1 לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975; סעיף 1 לחוק היטל על רכוש (הוראת שעה), התשמ"ה-1985 ועוד.

59. גם בפועל ההתייחסות לשני האזורים היא כאזורים נפרדים. הלכה למעשה, מדובר באזורים מנותקים זה מזה, ולראייתם כ"יחידה טריטוריאלית אחת שהאינטגרטי שלה יישמר" אין כל זכר בשטח. להמחשה בלבד:

- א. תנועת אנשים בין האזורים נמנעת באורח כמעט מוחלט. קיים יותר חופש תנועה בין כל אחד מהאזורים לבין ארצות ערב וישראל מאשר בין האזורים לבין עצמם.
- ב. תושבי הגדה המערבית אינם מורשים להיכנס לרצועת עזה ממצרים דרך מעבר רפיח, ואילו תושבי רצועת עזה אינם מורשים להיכנס לגדה המערבית מירדן דרך גשר אלנבי.

ג. במספר מקרים אנשים שנעצרו בגדה המערבית כשהם מחזיקים תעודת זהות של רצועת עזה (אשר הגיעו לשם לפני האינתיפאדה הנוכחית), הורחקו לשטחי רצועת עזה.
ד. קשרי הדואר בין האזורים כמעט לא קיימים, וקשרי הטלפון והפקס משובשים. העדה ויקטוריה מטקוף היתה אמורה להעיד על נקודה זו, אך הוועדה לא התירה את השאלה, ואף סירבה לרושמה בפרוטוקול.

60. הסעיף בהסכמי אוסלו, המדבר על הרצועה והגדה כיחידה טריטוריאלית אחת, מאז ומעולם לא היה אלא הצהרה ריקה מתוכן, שמהפה והחוצה, שלא הוכרה בחקיקה הישראלית, שאיש לא התכוון לה ושאיש לא עשה ולו חצי צעד לממש אותה בשטח.

העברת כפייה – בתוך השטח הכבוש – אסורה באותה מידה כגירוש אל מחוצה לו
61. סעיף 49 לאמנת ז'נבה אוסר באורח חמור על העברות כפייה ועל גירושים של אזרחים מוגנים:

Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive.

האבחנה בין "העברת כפייה" (forcible transfer) לבין "גירוש" (deportation) היא שהעברת "העברת כפייה" היא כזו שאינה חוצה גבולות, ואילו גירוש הוא אל מעבר לגבול. אין לאבחנה זו דבר עם מידת האיסור של פעולות אלו, וזה כזו מהווים פשעי מלחמה.

סיכם את הדברים בית המשפט הפלילי הבינלאומי ליגוסלביה לשעבר (The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991):

Both deportation and forcible transfer relate to the involuntary and unlawful evacuation of individuals from the territory in which they reside. Yet, the two are not synonymous in customary international law. Deportation presumes transfer beyond State borders, whereas forcible transfer relates to displacement within a State.

However, this distinction has no bearing on the condemnation of such practices in international humanitarian law. Article 2(g) of the statute, Articles 49 and 147 of the Geneva Convention concerning the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention), Article 85(4)(a) of the Additional Protocol I, Article 18 of the ILC Draft Code and Article 7(1)(d) of the Statute of the International Criminal Court all condemn deportation or forcible transfer of protected persons. Article 17 of Protocol II likewise condemns the "displacement" of civilians.

(case no. IT-98-33-T Prosecutor v. Krstic, judgment of 2.8.01,
paragraphs 521-522)

בהתאם לכך, הורשע הנאשם בהעברת כפייה של אזרחים (אך לא בגירוש), שכן האזרחים לא נדרשו לחצות קו גבול בינלאומי.

62. על כך שהאיסור שבסעיף 49 לאמנת ז'נבה חל גם על העברה בתוך השטח הכבוש, ניתן ללמוד מהחריג לאיסור, שבפסקה השניה של הסעיף. הפסקה השנייה של סעיף 49 לאמנת ז'נבה מתיר **למרות האמור** ("nethertheless") פינוי חלקי וזמני של אזור מסוים מהאוכלוסייה האזרחית שבו, כאשר הדבר נדרש למען ביטחון האוכלוסייה, או מטעמים צבאיים החלטיים. גם אז, החריג מאפשר רק העברה של האוכלוסייה **בתוך השטח הכבוש**. רק כחריג לחריג, כאשר מטעמים ממשיים אי-אפשר להימנע מכך, מותר להוציא את המוגנים מתוך השטח הכבוש. נוסח הפסקה השנייה שולל את הפרשנות לפיה האיסור שבפסקה הראשונה לאמנת ז'נבה, הכולל איסור על העברה משטח כבוש לשטח כבוש, אינו חל על העברת כפייה ממקום למקום בשטח הכבוש עצמו. גם העברה מעין זו אסורה בתכלית, אם לא התקיימו התנאים הדווקניים המפורטים בפסקה השנייה של הסעיף.

63. האיסור על העברה בכפייה הוא מהחמורים שבאמנה. הפרתו נחשבת להפרה חמורה, לפי סעיף 147 לאמנה. משמעות הדבר היא, שמי שביצע או ציווה לבצע העברה בכפייה של נושא באחריות פלילית אישית בינלאומית למעשיו, וכל אחד מבעלי האמנה מחויב לחפש ולהעמיד לדין כל אדם כזה, ללא התחשבות באזרחותו.

64. גם בחוקת בית-הדין הפלילי הבינלאומי נקבעו גירוש והעברת כפייה כפשע מלחמה, שבית-הדין מוסמך לדון בו (סעיף (vii)(a)(2)8)) וההגדרה כוללת במפורש גם העברת כפייה בתוך השטח הכבוש. העברת כפייה מהווה גם פשע נגד האנושות לפי חוקת בית-הדין, וזאת כאשר היא נעשית במסגרת מדיניות שיטתית. בהקשר זה היא הוגדרה שם (בסעיף (d)2)7) כ:

Forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law.

ההגדרה נוגעת, אם כן, לכל העברת כפייה לרבות מאזור לאזור בתוך השטח הכבוש עצמו.

גירוש של יחידים

65. דומה, שאין עוד צורך להתייחס לטענה, כביכול אמנת ז'נבה אוסרת אך ורק גירוש או העברת כפייה של המונים, וכי יש לפרשה כחלה אך ורק בקונטקסט של הגירושים שביצעו הנאצים בזמן מלחמת העולם השנייה.

66. כפי שפורט בכתבי הערעור, עמדה זו סותרת את הפרשנות המקובלת לאיסור בעולם כולו, היא זכתה לאופוזיציה חזקה ומבוססת גם בפסיקתו של בית-העליון בישראל, ונדחתה הלכה למעשה

בפרשת בני הערובה הלבנונים : באותה פרשה פירש בית-המשפט העליון את האיסור על החזקת בני-ערובה שבאמנת ז'נבה הרביעית כחל גם על החזקת העצורים הלבנוניים בישראל. למותר לציין, כי הקשר החזקתם היה שונה מקצה לקצה מההקשר בו החזיקו הנאצים בני ערובה, והוציאו להורג כאשר המחותרות האנטי-נאציות סירבו להיענות לאולטימטום כזה או אחר.

67. גם המשיב, כך נראה, אינו אוהז עוד בפרשנות זו לאמנה, בהבינו שלא יהיה בה כדי להגן על חיילי צה"ל ומפקדיו בטריבונאלים בינלאומיים אפשריים.

תוצאות ביצוע הצו:

התנערות מאחריות למערערים וחריגה ממידתיות

68. לפני סיום יש מקום לשוב אל גורלם של המערערים ואל גורלן של משפחותיהם, שאף הן ילקו בעקבות צווי הגירוש.

69. המערער 1 הוא מפרנס יחיד למשפחתו, לרבות הוריו החולים. הוא אנאלפבית, ומתפרנס מעבודות כפיים כצביעה ובניין. הוא נשוי ואב לשלושה. בתו הגדולה, תיימאא היא בת ארבע וחצי. בנו השני, תאמר, הוא בן שנה וחצי. במהלך דיוני הוועדה נולד למערער 1 בן שלישי. בנוסף לגירושו של המערער 1 לרצועת עזה, הייתה אחותו של המערער 1 במעצר מינהלי, וכעת עומד אף כנגדה צו גירוש לעזה. אחותו של המערער 1 הייתה מטפלת בהורים החולים. ביום מעצרו של המערער 1 הרס המשיב את הבניין בו התגוררה המשפחה כולה בדירות נפרדות. הרס הבניין הותיר את בני המשפחה חסרי בית והחריב גם את כל רכושם שהיה מצוי בבניין.

70. גירושו של המערער 1 יפגע קשות באשתו ובילדיו הפעוטים, שהם לכל הדעות חפים מפשע לחלוטין. הוא גם יפגע באביו הקשיש, שהעיד בפני הוועדה, ואשר בעניינו קיים מידע חיובי, בדבר התנגדותו למעשי בנו המבוקש (ראה, למשל, בחקירתו של "יורי" בשיבת 8.8.02 בע' 5). לא ברור מה מבקש המשיב להשיג, כאשר הוא פוגע בבני משפחה באשר הם, גם כאשר הם פועלים כפי שהיה רוצה, דהיינו מנסים ללחוץ על בני משפחותיהם לחדול ממעשיהם.

71. המערער 2 הוא נשוי ואב לחמישה, וגם פרנסת הוריו תלויה בו. הוא איש עבודה, ועובד בתחנת דלק כמתדלק. הוא אב לחמישה ילדים: ארווה, בת 9, העולה השנה לכתה ד'; יאקין, העולה לכתה א'; שורוק בת הארבע; אימאן בת השנתיים והתינוק יאסר בן שלושת החודשים. שתיים מבנותיו של המערער 2 הגיעו לדיון בוועדה ונפגשו עמו בהפסקת הדיונים. התוב"ץ והחיילים שהיו עדים לפגישה יוכלו להעיד עד כמה היה המפגש מרגש, ולא רק בעיניו של המערער ובנותיו נראו דמעות. המערער העיד בפני הוועדה כי "יש לי דרך משלי לגדל את ילדיי. רציתי לגדל את ילדיי בעצמי, עדיף מאשר אחרים יגדלו אותם".

72. בנוסף לסנקציה המוצעת כנגד המערער 2 נעצרו אביו ואחיו, ונהרס בית הוריו על כל תכולתו. למשפחה לא נמסר דבר על כוונת ההריסה, ולא נתאפשר להם להוציא חפצים מהבית.

73. התנאים הקיימים היום ברצועת עזה אינם בבחינת סוד, אולם המספרים שהביאה העדה מטקוף ממחישים אותם יותר מכול: למעלה מ-84% מאוכלוסיית הרצועה מצויה מתחת לקו העוני

המוכר באופן בינלאומי. זאת לעומת 57% בגדה. שיעור האבטלה עולה על 65%. ההכנסה החודשית הממוצעת למשפחה ירדה מ-2,000 ש"ח לחודש לפני האינפלציה הנוכחית ל-800 ש"ח לחודש בחודש פברואר 2002; זאת לעומת ירידה מ-3,000 ש"ח ל-1,500 ש"ח בגדה המערבית באותה תקופה. וזאת כאשר גודל כל משפחה בעזה כמעט כפול מגודל משפחה בגדה. קרוב ל-90% מתושבי הרצועה תלויים בסיוע מארגונים הומניטריים.

מצב התזונה ברצועת עזה הוא מעורר חלחלה. 13% מהילדים ברצועה סובלים מתת-תזונה **חמורה**. נתון זה משקף בעיית תזונה רחבה יותר בכלל האוכלוסיה.

כידוע לוועדה, גם מצב הדיור ברצועה הוא בכי רע, בין היתר בשל ההתקפות של צה"ל וההרס שזרעו וזרועות. העדה הייתה אמורה להעיד גם על זאת, אך עדותה נקטעה בידי הוועדה. גם מצב הביטחון האישי ברצועה מדורדר, ומתקיימות בה פעולות לחימה חוזרות על-ידי צה"ל, לרבות התקפות מהאוויר.

74. אין ספק, כי המערערים לא ימצאו ברצועת עזה פרנסה לא להם ולא למשפחותיהם. ספק גדול אם ימצאו דיור הולם. ברור הוא שלא ייהנו מתזונה הולמת. ודאי הוא שביטחונם האישי יהיה תחת איום מתמיד. גם אם ירצו שבני משפחותיהם יצטרפו אליהם, וגם אם יאיתנו לכך המשיב ומפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, צפוי למשפחות עתיד שחור ברצועה, ללא דיור, פרנסה ומזון לאכול.

75. אמנת ז'נבה קבעה ערובות מסוימות לביטחונם האישי ולרווחתם של מוגנים אשר ננקטות נגדם סנקציות ביטחוניות, או שמועברים מיד ליד (בנסיבות המתירות זאת, כגון כשמדובר במי שמצוי בשטח מדינה המעורבת בסכסוך ולא בשטח כבוש). בין הערובות ניתן לציין איסור על העברת אדם לידי מעצמה שאינה מנהיגה את הוראות אמנת ז'נבה (סעיף 45 לאמנה). ככל הידוע לבי"כ המערערים, הרשות הפלסטינית בעזה, שלשטח מועברים המערערים אינה עונה לתנאי זה. ערובה אחרת היא איסור החזקתו של אדם בשטח הנתון במיוחד לסכנות המלחמה (סעיף 41 סיפא יחד עם סעיף 83 רישא). השטח אליו "תוחמו" מגורי המערערים הוא שטח כזה.

76. הוראה מרכזית, שעל הוועדה לקחת במכלול שיקוליה היא הוראת סעיף 39 לאמנה. לפי הפסקה השנייה בסעיף זה:

נהג בעל סכסוך כלפי מוגן בשיטות פיקוח הנוטלות ממנו את האפשרות לכלכל את עצמו, ובפרט, אם מנעו אדם כזה, מטעמי בטחון, מלמצוא עבודה בשכר בתנאים הוגנים, ידאג אותו בעל הסכסוך לכלכלתו ולכלכלת התלויים בו.

סעיף 39 מוזכר במפורש גם בסעיף 78 לאמנה שעניינו, בין היתר, ייחוד מקום מגורים.

נושא הקצבה למערערים ולמשפחותיהם כלל לא נדון עד כה על-ידי המשיב, דבר לא נמסר בעניין למערערים או לבי"כ, וגם המכונה "יורי" לא יכול היה להשכיל את הוועדה בעניין זה

(פרוטוקול ישיבת ה-5.8.02, ע' 6). נראה, שהמשיב אינו מתכוון לעמוד במחויבותו לפי סעיף זה, ולהשליך את המערערים לגורלם.

77. סך הפגיעות במערערים ובבני משפחותיהם הוא רחב וחריג. הרס הבית, מעצר בני המשפחה, שילוח המפרנסים לארץ גזירה – כל אלו עולים לכלל ענישה אכזרית וקיצונית, כפולה ומכופלת, מעבר לכל מידה, בייחוד כשמדובר במי שבעצמם לא הואשמו בביצוע פגיעות.

סיכום

78. המשיב ביקש לגרש בני משפחות של מבצעי פגיעות עזה בטענה שהדבר ירתיע את הרבים. בא היועץ המשפטי לממשלה, והסביר לו, כי לא ניתן לעשות כדבר הזה, וכי מטרה יחידה יכולה להיות לגירוש והיא מניעה. השב"כ חקר את המערערים באריכות, ומצא מספר מעשים טריוויאליים, שמהווים לטעמו עילה ל"מסוכנות". טעמים אלו אינם מחזיקים מים, ואינם יכולים לתמוך בצווי הגירוש. ההרתעה כשלעצמה אינה טעם חוקי ואף לא הוכח כי יש לה סיכויי הצלחה. מדובר לא יותר מאשר בניסוי.

79. הגירוש לרצועת עזה נעשה כשלעצמו ללא סמכות. הוא מנוגד למשפט העמים ומהווה פשע מלחמה, שמהווה עילה לשיפוט פלילי בינלאומי. בהיותו חלק ממדיניות רחבה, הוא מהווה גם פשע כנגד האנושות.

80. מדובר באקט חסר הצדקה, פוגעני ובלתי מידתי, שמבצעיו צפויים לאחריות במשפט הפלילי הבינלאומי.

81. תפקידה של הוועדה ליעץ למשיב בעניין הצעד שהוא מבקש לנקוט, ומתפקידה להיות סכר בפני אי-החוקיות הזועקת שבצווים שבפניה, ולהמליץ בפני המשיב לבטלם.

רושלים, 12 באוגוסט, 2002

יוסי וולפסון, עו"ד
ב"כ המערערים

לא צמל, עו"ד
ב"כ המערערים