

- בעניין:
1. עצידי, ת.ז. _____
 2. עצידי, ת.ז. _____
 3. עצידי _____
 4. עצידי, ת.ז. _____
 5. עצידי, ת.ז. _____
 6. אשתייה, ת.ז. _____
 7. אשתייה, ת.ז. _____
 8. אשתייה, ת.ז. _____
 9. אשתייה, ת.ז. _____
 10. אשתייה, ת.ז. _____
 11. אשתייה, קטין, ת.ז. _____
 12. ג'ברי, ת.ז. _____
 13. ג'ברי, ת.ז. _____
 14. עג'ורי, ת.ז. _____
 15. עג'ורי, ת.ז. _____
 16. עג'ורי, ת.ז. _____
 17. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר)

ע"י ב"כ עוה"ד יוסי וולפסון (מ.ר. 26174) ו/או לאה צמל
ו/או טארק איבראהים (מ.ר. 31081)
ו/או עדי לנדאו (מ.ר. 29189) ו/או הישאם שבאיטה (מ.ר. 17362)
ו/או תמיר בלנק (מ.ר. 30016)

מהמוקד להגנת הפרט
מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים
טל: 6283555-02; פקס: 6276317-02
סלולרי (עו"ד יוסי וולפסון): 598773-052

העותרים

- נ ג ד -

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
2. מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה

המשיב

עתירה לצו על-תנאי ולצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה לצו על-תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה:

- א. למשיב 1 לנמק, מדוע לא יימנע מלהעביר בכפייה את העותרים 1-16 (להלן: "העותרים") ממקומות מגוריהם הנוכחיים אל מחוץ לתחומי הגדה המערבית;
- ב. למשיב 1 לנמק, מדוע לא ישחרר את העותרים 1-16 ממעצרם;
- ג. למשיב 2 לנמק, מדוע לא יימנע מלשתף פעולה עם העברת כפייה כאמור, על-ידי קבלת העותרים 1-16 בשטח הנתון למרותו, אם יועברו לשם ממקומות מגוריהם הנוכחיים על-ידי המשיב 1.

העתירה לצו ביניים

עוד מתבקש בית-המשפט הנכבד להוציא צו ביניים שיאסור, עד לסיום הדיון בעתירה, על:

א. העברה בכפייה של העותרים 1-16 אל מחוץ לשטחי הגדה המערבית;

ב. המשך מעצרים של העותרים 1-16 (למעט אם נדרש מעצר מי מהם בשל חשדות המופנים כלפיו, וללא קשר עם הכוונה להעביר את העותרים בכפייה ממקומות מגוריהם)

הנימוקים לעתירה לצו ביניים

עניינה של עתירה זו בכוונת המשיב 1 להעביר בכפייה, מאזור הגדה המערבית אל אזור רצועת עזה, אזרחים תושבי הגדה המערבית, אשר מי מבני משפחתם ביצע פיגוע התאבדות נגד ישראלים. העותרים יטענו, כי צעד מעין זה אסור הוא על-פניו ובאורח קטגוריאלי, ולו בהיותו חוטא לעקרון היסוד של איסור ענישה קולקטיבית ולאיסור שבמשפט הבינלאומי על העברה בכפייה של מוגנים.

צו הביניים מיועד להגן על העותרים ועל בני-משפחותיהם מפני שלילת חירותם, מפני הפרדתם ממשפחותיהם, ומפני עקירתם מאדמותיהם ומבתיהם, ממסגרותיהם החברתיות, ממקורות פרנסתם וממקומות לימודיהם עד להכרעה המשפטית בעניין חוקיות הצעדים נגדם.

מפרסומים בעיתונות עולה, כי האפשרות של נקיטת צעד ההגליה כנגד משפחות של מבצעי פיגועי התאבדות עלתה על שולחן המשיב עוד לפני זמן רב, והיא נדונה בשורה של פורומים, לרבות בממשלה ובלשכת היועץ המשפטי לממשלה. עיכוב נוסף בביצוע ההגליה לצורך ליבון הנושא בבית-משפט נכבד זה, לא יפגע, על-כן, באינטרס דחוף של המשיבים.

לעומת זאת, את הטראומה והפגיעה במשפחות – גברים, נשים וטף – שלא חטאו, ושיילקחו מבתיהם ויושמו במעצר או יוגלו הרחק ממקומות מחייתם (או יופרדו מבני-זוגם, ילדיהם או הוריהם), לא ניתן יהיה לתקן גם אם בעקבות הדיון יושבו לבתיהן.

טראומה זו, ופגיעה זו מיועד צו הביניים למנוע, ומן הדין ומן הצדק להוציא.

ואלה נימוקי העתירה:

הצדדים

1. העותרים 1-5 הם בני משפחה מכפר תל שבנפת שכם. העותר 1 הוא בן 62 שנים, נשוי ואב לתשעה בנים ובנות, ומפרנס את משפחתו מעבודתו כפועל בניין בעבודות מזדמנות. בעברו הרפואי שבץ, שפגע בתפקוד של ידו הימנית. העותרים 2-5 הם בניו. העותר 2 הוא בן 34 ואב לחמישה. הוא עובד בתחנת דלק. בנו הצעיר הוא תינוק בן חמישה חודשים. העותר 3 הוא בן 31, ומשמש כמורה בית-ספר בכפר תל. הוא רווק, ולאחרונה התארס לבחירת לבו. העותר 4 הוא בן 23, רווק, סטודנט שנה שנייה לגיאוגרפיה באוניברסיטת ירושלים הפתוחה. העותר 5

הוא בן 21 ורווק. הוא היה עצור בידי הרשות הפלסטינית (ככל הידוע לא על רקע בטחוני), ושחרר מהכלא בעקבות הפצתו על-ידי ישראל.

העותר 1 הוא אביו של _____ עצידי, שהיה עצור בעבר ברשות הפלסטינית. על-פי העיתונות הישראלית, מיוחסת ל_____ עצידי מעורבות בפיגועי ירי בעמנואל בחודש דצמבר 2001 ובשבוע האחרון.

ביום 18.7.2002 בשעה 23:00 לערך הגיעו כוחות צה"ל, לרבות טנקים, לבית משפחת העותר 1. החיילים נכנסו לבית, כשהם מובילים לפנייהם תושב מקומי כמגן אנושי. החיילים דרשו מהנוכחים בבית לצאת ממנו. בבית היו העותרים 1, 4 ו-5, וכן אשתו של העותר 1 ובתו תלמידת כיתה ז'. גם דיירי הבתים הסמוכים נדרשו לצאת מבתיהם. בשעה 3:00 לפנות בוקר פוצץ הבית, וזאת מבלי שנמסר צו כלשהו, מבלי שנמסר למאן שהוא בדבר הכוונה להרוס את הבית, ומבלי שניתנה זכות לשימוע או להשגה. לבני המשפחה אף לא ניתנה אפשרות להוציא חפצים מהבית בטרם נהרס.

במהלך הלילה נעצרו העותרים 1-5, ולפי הידיעות בעיתונות הישראלית הם צפויים להיות מגורשים לרצועת עזה.

אשתו של העותר 1 ייפתה את כוחם של פרקליטי המוקד להגנת הפרט לפעול כנגד ההעברה בכפייה לעזה.

2. העותרים 6-11 הם בני משפחה מכפר תל שבנפת שכם. העותר 6 הוא בן 60, והוא מנהל בית-ספר בגמלאות. הוא אב לאחד-עשר ילדים, מהם שישה נשואים. הוא מעולם לא נעצר. לעותר 6 בעיות רפואיות בשרירי החזה מימין, והוא נוטל תרופות. העותרים 7-11 הם בניו. העותר 7 הוא בן 35, נשוי ואב לשישה. הוא עובד בביטחון המסכל בשכם. בעברו מעצר מינהלי בשנת 1988. העותר 8 הוא בן 34, נשוי ואב לארבעה. הוא חקלאי. הוא עבר ניתוח להסרת כיס המרה וחלק מהכבד, ניתוח שהצריך 48 תפרים. הוא טרם סיים את הטיפולים הכרוכים בתפרים אלו. העותר 9 הוא בן 24. הוא סטודנט שנה ג' לחשבונאות באוניברסיטת ירושלים הפתוחה, ועובד בביטחון הכללי הפלסטיני. הוא מאורס, וטרם חתם חוזה נישואין עם ארוסתו. העותר 10 הוא בן 19, רווק ועובד בביטחון המסכל. העותר 11 הוא **נער בן 16**, תלמיד כיתה ט'.

בן נוסף של העותר 6, _____, חשוד, ככל הנראה, במעורבות בפיגוע נגד ישראלים. הוא היה עצור בידי הפלסטינים בכלא בשכם, אך השתחרר כאשר ישראל הפצצה את הכלא.

אחד מבניו של העותר 6, שלא נעצר, ייפה את כוחם של פרקליטי המוקד להגנת הפרט לפעול בעניין אביו ואחיו.

3. העותרים 12 ו-13 הם אב ובנו מכפר תל שבנפת שכם. האב, העותר 12, יליד 1949, הוא נשוי ואב לעשרה. הוא מנהל מחלקת ההדרכה במשרד החינוך הפלסטיני. בנו הצעיר ביותר, _____, הוא בן 13 ותלמיד בית-ספר. העותר 13, בן 23, הוא וסטודנט לגיאוגרפיה שנה

רביעית באוניברסיטת אלקודס הפתוחה. הוא מאורס, אך טרם נחתם חוזה נישואין בינו לבין ארוסתו. הוא מעולם לא נעצר.

בן אחר של העותר 12, _____, חשוד, ככל הנראה, במעורבות בפיגוע נגד ישראלים.

אשתו של העותר 12 ייפתה את כוחם של פרקליטי המוקד להגנת הפרט לפעול כנגד העברתם בכפייה לעזה של אישה ובנה.

4. העותרים 14-16 הם בני משפחה ממחנה הפליטים עסכר ליד שכס. העותר 14 הוא בן 72. הוא סובל מדיסק בגבו, מלחץ דם גבוה ומבעיות לב. יש לו שבעה ילדים, כולם נשואים, למעט בת אחת, _____, המצויה בכלא הישראלי. העותרים 15 ו-16 הם בניו. העותר 15 הוא בן 35, נשוי ואב לשישה, ומפרנס את משפחתו מחנות תרנגולות במחנה הפליטים. הוא נעצר עד כה רק פעם אחת, בשנת 1986. העותר 16, נשוי ואב לשני ילדים, הוא פועל בניין במקצועו ומובטל מזה זמן. הוא לא נעצר מעולם.

בן אחר של העותר 14, עלי, חשוד, כך על-פי העיתונות, במעורבות בפיגוע שהיה בתל-אביב השבוע.

בליל 18-19.7.2002, ללא התרעה מוקדמת וללא מתן זכות שימוע, פוצץ המשיב 1 את בית משפחת העותרים 14-16 במחנה הפליטים עסכר. הבית היה בן שלוש קומות, ומהפיצוץ ניזוקו 21 בתים נוספים בסמיכות אליו.

אשתו של העותר 14 ייפתה את כוחם של פרקליטי המוקד להגנת הפרט לפעול בעניין בעלה ובניה.

5. העותרת 17 היא עמותה רשומה, העוסקת מזה שנים ארוכות בהגנה על זכויות האדם בשטחים המוחזקים על-ידי צה"ל בגדה המערבית וברצועת עזה.

6. המשיב 1, מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, מחזיק בשטחי הגדה המערבית תחת תפיסה לוחמתית, ונושא בסמכויות ובחובות כלפי תושבי האזור המוקנות לו מכוח זה על-ידי המשפט הבינלאומי.

7. המשיב 2, מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, מחזיק בשטחי רצועת עזה תחת תפיסה לוחמתית, ונושא בסמכויות ובחובות כלפי תושבי האזור המוקנות לו מכוח זה על-ידי המשפט הבינלאומי.

מיצוי הליכים

8. מזה מספר שבועות עולה בתקשורת ובדיונים אצל רשויות שונות עניין הגירוש של בני משפחות של מי שביצעו פיגועים כנגד ישראלים. פרקליטי המוקד להגנת הפרט מייצגים שורה של משפחות כאלו, או משפחות של מי שחשודים בביצוע פיגועים. לאור זאת, פנה הח"מ, עוד

בתאריך 1.7.2002, לסגן היועמ"ש של המשיב 1, בבקשה להודיעו אם יתקיים שימוע מוקדם בטרם העברת הכפייה. בשולי המכתב ציין הח"מ: "למותר לציין, כי עמדתנו היא שכל העברה מעין זו היא בלתי חוקית במובהק, מהווה הפרה חמורה של המשפט הבינלאומי המנהגי ועולה כדי פשע מלחמה."

למרות תזכורת שנשלחה, לא זכה מכתב זה למענה כלשהו.

המכתב מ-1.7.02 ומכתב התזכורת מ-8.7.02 מצורפים ומסומנים ע'1 ו-ע'2

9. בתאריך 19.7.2002, בעקבות הידיעות בתקשורת אודות העברת-הכפייה הצפויה, פנה המוקד להגנת הפרט ליועמ"ש של המשיב 1 ולפרקליטות המדינה. בנוסף לפניית טלפונית החל מהשעה 9:55 בבוקר, פנה המוקד להגנת הפרט גם בכתב. בין היתר, ביקש המוקד להגנת הפרט לברר מה כוונותיו של המשיב בנוגע לבני המשפחות שנעצרו; מה עילת המעצר של העותרים; והאם יובטח שימוע מוקדם לפני העברה אפשרית לרצועת עזה.

מכתבי המוקד להגנת הפרט ליועמ"ש של המשיב 1 ולפרקליטות המדינה מצורפים ומסומנים ע'3, ע'4, ע'5 ו-ע'6.

10. בנוסף פנה הח"מ ליועץ המשפטי לממשלה, וביקש שיתערב למנוע כל העברת כפייה של מוגנים, וכי אם, בכל זאת, יוחלט על העברה מעין זו, תינתן זכות שימוע מלאה, בה נוכל להעלות בפני הרשות הרלוונטית (ובמידת הצורך בפני בית-המשפט) את מלוא טענותינו.

המכתב ליועץ המשפט לממשלה מצורף ומסומן ע'7.

11. בשעה 15:45 שיגרה מנהלת מח' הבג"צים, עו"ד מנדל, אל הח"מ פקס בו היא מודיעה כי "נכון לעת הזו לא התקבלה החלטה להעברתו של מי ממרשיך לרצועת עזה. אם וכאשר תקבל החלטה כלשהי בנדון יישקלו השאלות הנובעות מכך." "ב"כ העותרים, עו"ד צמל, מסרה לעו"ד מנדל, כי תשובה זו לא מספקת, שכן אין בה כל הבטחה להודיענו מראש אודות כוונת גירוש אם תתגבש ולאפשר שימוע טרם ביצוע הגירוש. למרות זאת, ולמרות פניות חוזרות ונשנות, עד למועד כתיבת שורות אלו, לא התקבלה כל התייחסות נוספת.

מכתבה של עו"ד מנדל מצורף ומסומן ע'8.

12. בנסיבות אלו, כאשר לא הובטח אף שתימסר הודעה ויתאפשר שימוע בטרם ביצוע גירוש, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית-משפט נכבד זה.

הטיעון המשפטי

13. קשה להפריז בחומרת הצעד שמתכוון המשיב 1 לנקוט כלפי העותרים, ושיפגע בכל היבט והיבט של חייהם וזכויותיהם – שלהם ושל משפחותיהם. חירותם של העותרים תיפגע על לא עוול בכפם. הם יופרדו ממשפחותיהם, מנשיהם ומילדיהם. הם יורחקו מקנייניהם ומרכושם

שבגדה. הם יורחקו ממקורות פרנסתם, ותישלל מהם האפשרות לקיים את עצמם ואת משפחותיהם בכבוד. במקרה הטוב יצליחו למצוא פרנסה ברצועת עזה מוכת האבטלה. במקרה הסביר יותר יהפכו תלויים במעשי צדקה וחסד. מי שמצויים בטיפול או במעקב רפואיים יורחקו מהמוסד או מהרופא המכירים את בעיותיהם, ויידרשו לחפש מזור מחדש במקום שההיסטוריה הרפואית שלהם אינה מוכרת. מי שממלאים תפקיד חברתי או ציבורי ישאירו אחריהם חלל ריק. העותרים כולם ינותקו ממשפחותיהם מסביבתם הפיסית והחברתית, משכניהם, מרכושם, מהאינטראקציות החברתיות והכלכליות שלהם. הם יהפכו בני-בלי-בית, וידונו לחיי פליטות.

האם רשאי המשיב 1 לעשות כן? האם רשאי המשיב 2 לשתף עמו פעולה?

14. להלן נטען, כי:

- א. הצעד שמתכוון המשיב 1 לנקוט הוא צעד של ענישה קולקטיבית, המטיל על העותרים סנקציה בשל מעשה שעשה זולתם, וזאת בניגוד למושכלות יסוד של המשפט הישראלי ובניגוד לאיסור חמור של המשפט ההומניטרי הבינלאומי.
- ב. הצעד שמתכוון המשיב 1 לנקוט הוא צעד של גירוש או העברת כפייה של מוגנים, האסורים על-פי המשפט הבינלאומי המינהגי, ומהווים פשע מלחמה שמי שמבצע אותו או מצווה עליו נושא באחריות פלילית אישית.
- ג. הצעד שמתכוון המשיב 1 לנקוט עומד בניגוד למשפט הישראלי, שהעניק מעמד חוקתי לזכות לחיים במולדת, ושספג לתוכו את הוראות המשפט הבינלאומי הרלוונטיות.
- ד. למשיב 1 אין סמכות, בחקיקה הקיימת וכפי שפורשה עד היום, לנקוט בצעד שהוא מבקש לנקוט.
- ה. כי המשיב 1 מנוע מלהפעיל סנקציה מאין זו כלפי העותרים, בטרם מוצתה זכות הטיעון שלהם.
- ו. כי אין בידי המשיב 1 תשתית עובדתית וראייתית מספקת לצעד שהוא מתכוון לנקוט.

האיסור על ענישה קולקטיבית

15. האיסור על ענישה קולקטיבית הוא ממושכלות היסוד של המשפט:

**חלילה לך מלעשות כדבר הזה להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע?
חלילה לך! השופט כל הארץ לא יעשה משפט!?!
בראשית יח 25**

16. 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 ז'נווה הרביעית קובע קטגוריאלית:

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.

17. וכך בא הדבר לידי ביטוי בפסיקת בית-משפט נכבד זה:

...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 כב' הנשיא בדנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741-742.

18. ואכן, בעוד שרובו של בית-משפט נכבד זה פירש את הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, כמאפשרות פעולות הרתעה הפוגעות בחפים מפשע, הרי שההסמכות לפי תקנה 112 (בנוגע לגירוש) והסמכות לפי תקנה 110 (בנוגע לצווי הגבלה) פורשו 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.

בג"ץ 814/88 נסראללה 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 למונעה 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, 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.

ואילו בפרשת עפו, במסגרת פירוש סעיף 49 לאמנת ז'נווה הרביעית, לא קבע בית-המשפט אלא ש"אין המדובר בהקשר זה, ואף לא ברמוז, על סילוקו מן השטח של מחבל, מסתכן או סוכן האויב." (ע' 25) ודחה את ה"פרשנות המרחיבה המבקשת להחיל את איסור הגירוש גם על מחבלים או סוכני אויב" (ע' 26).

ואכן, המעיין בפסיקה הנוגעת לתקנות 110 ו-112 לתקנות ההגנה ימצא, כי מעולם הייתה הפעלתה 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 נחוץ על-מנת להרתיע אחרים או את הכלל.

האיסור על גירוש והעברה בכפיה במשפט ההומניטרי הבינלאומי והיקפו

19. סעיף 49 לאמנת ז'נבה אוסר באורח חמור על העברות כפייה 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.

האיסור חל על כל סוג של העברת כפייה : בין של יחידים ובין של רבים ; בין משטח כבוש לשטח המדינה הכובשת, בין משטח כבוש לשטח ריבוני של מדינה זולת המדינה הכובשת, ובין משטח כבוש לשטח כבוש ; ותהא הסיבה אשר תהא.

החריג היחיד שנקבע לאיסור זה מדגיש את היקפו. הפסקה השנייה של סעיף 49 לאמנת ז'נבה מתיר **למרות האמור** ("nethertheless") פינוי חלקי זמני 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.

20. 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.

21. גם בחוקת בית-הדין הפלילי הבינלאומי נקבעה העברת כפייה כפשע מלחמה, שבית-הדין מוסמך לדון בו (סעיף 8(a)(2)(vii)). העברת כפייה מהווה גם פשע נגד האנושות לפי חוקת בית-הדין. בהקשר זה היא הוגדרה שם (בסעיף 7(d)(2) 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.

22. בית-המשפט הבינלאומי לפשעי מלחמה שבוצעו ביוגוסלביה 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) קבע, כי קיימת אבחנה בין המונחים "העברת כפייה" (forcible transfer) ו"גירוש" (deportation), אולם שניהם אסורים על-ידי המשפט הבינלאומי :

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.

23. בעבר פסק בית-משפט זה, בדעת רוב, כי יש לפרש את הוראות סעיף 49 לאמנת ז'נבה באורח מצמצם, כנוגעות אך ורק "לגירושים השרירותיים של קבוצות אזרחים, כפי שהדבר בוצע בזמן מלחמת העולם השנייה, למטרות שעבוד, השמדה וטעמים אכזריים דומים".
כב' השופט בך, בפסק-דינו בבג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, להלן: "פרשת עפוי", חלק על פרשנות זו:

לשונו של הסעיף 49 הינה חד-משמעית וברורה. השילוב של המלים "העברת-כפייה של... יחידים או המונים, וכן גירושם (individual or mass forcible transfers, as well as deportations) עם הביטוי "ויהי המניע מה שיהיה" ("regardless of motive") אינו מותיר, לדעתי, כל מקום לספק, כי הסעיף חל לא רק על גירוש המוני אלא גם על גירושם של יחידים, ושהאיסור מכוון להיות טוטאלי, גורף וללא סייג – "יהיה המניע מה שיהיה"...

פשעי הנאצים בשטחים הכבושים על-ידי הצבא הגרמני הבליטו את הצורך בקבלת אמנה להגנה על אוכלוסייה אזרחית והיו מעין מנוף (מעין "trigger") לחיבורה. אך אין עובדה זו סותרת כלל את התיזה, שכאשר באו לחבר אותה אמנה, החליטו המחברים לנסחה בצורה רחבה, ובאופן אשר ימנע, בין היתר, לחלוטין גירוש תושבים מאותם שטחים לתוך המדינה הכובשת או למדינה אחרת.

נוסח הסעיף, גם בהדבק הדברים ועל רקע האמנה בשלמותה, אינו סובל, לדעתי, את הפירוש, לפיו מכוון הוא למנוע אך ורק מעשים כגון אלה שבוצעו על-ידי הנאצים מטעמים גזעיים, אתניים או לאומיים.

אל לנו לסטות, בדרך הפרשנות, ממובנן הברור והפשוט של מלות החיקוק, כאשר לשון הסעיף היא חד-משמעית, וכאשר הפירוש הלשוני אינו עומד בסתירה למטרת החיקוק ואינו מביא לתוצאה בלתי הגיונית או אבסורדית. (ע' 70-71 לפסק-הדין)

בהמשך חוות-דעתו מראה כב' השופט בך, כיצד משתלבת הפרשנות המקובלת עליו, והעולה מנוסח האמנה כפשוטו, עם הוראות אחרות באמנה: חלקיו האחרים של סעיף 49, וסעיפים 78, 35, 48 ועוד. הוא מראה כיצד פרשנות זו משתלבת בהוראות תקנה 43 לתקנות האג. הוא מתמודד גם עם סוגיות שונות שמעלה הנשיא (כתוארו אז) שמגר בחוות-דעתו. בין היתר, מציין השופט בך כי:

כמעט כל המלומדים שותפים לדעה, כי הפירוש הרחב הנ"ל של סעיף 49 לאמנה הוא אכן הפירוש המתבקש. (ע' 74 לפסק-הדין)

24. לניתוח שמביא השופט בך בחוות-דעתו ניתן להוסיף עוד כהנה וכהנה. בייחוד חשוב לציין את ההיסטוריה התחקית של אמנת ז'נבה הרביעית, שראשיתה עוד לפני מלחמת העולם השנייה, כאשר איסור הגירוש הופיע כבר בטיוטת האמנה שקדמה למלחמת העולם.

25. פרשנות דומה נותן לסעיף 49 לאמנה גם כבי מ"מ הנשיא (כתוארו אז) ח' כהן בבג"ץ 298/80 קוואסמה נ' שר הביטחון (פ"ד לה(1) 617 בע' 635 ואילך).

26. הפרשנות הרחבה, בה תמכו כבי' השופט בך בפרשת עפו וכבי' מ"מ הנשיא כהן בפרשת קוואסמה, התקבלה על-ידי בית-משפט נכבד זה בדנ"פ 7048/97 פלונים נ' שהב"ט, פ"ד נד(1) 721. באותו עניין נדונה החזקתם של עצורים לבנונים בישראל כ"קלפי מיקוח". הקשר החזקתם שונה היה – מקצה לקצה – מההקשר בו החזיקו הנאצים בבני-ערובה ואף הוציאו אותם להורג, כדי ללחוץ על אנשי ההתנגדות להסגיר עצמם לידי השלטונות. אף-על-פי-כן פירש בית-משפט נכבד זה את הוראות סעיף 34 לאמנת ז'נווה הרביעית כמתייחסות גם להקשר ההחזקה של העצורים הלבנונים בישראל. (דברי הנשיא בע' 742 לפסק-הדין, דברי כבי' השופטת דורנר בע' 765-766 לפסק-הדין).

האיסור על העברות כפייה כמעוגן במשפט הבינלאומי המנהגי

27. בית-משפט זה פסק בעבר כי האיסור על העברת כפייה הוא כלל של המשפט הבינלאומי ההסכמי, ולכן אין לו תחולה במשפט הפנימי ללא אימוצו אל תוכו. אלא, שכיום מסתמן שינוי בתפיסה זו, הן במשפט הבינלאומי הפומבי והן בפסיקתו של בית-משפט זה. כיום, אין כמעט מחלוקת על כך, כי אמנת ג'נבה הרביעית משקפת משפט מינהגי המחייב את כל מדינות העולם – גם את אלה שלא חתמו עליה – בשל העובדה שהיא מעגנת עקרונות בסיסיים המוסכמים על כל מדינות העולם.

28. בדנ"פ 7084/97 פלונים נגד שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, בעמ' 742, מצטט הנשיא ברק את סעיף 34 לאמנת ג'נבה הרביעית – האוסר לקיחת בני-ערובה – ומותיר בצריך עיון את השאלה, אם מדובר בכלל של המשפט הבינלאומי ההסכמי או מדובר בכלל מינהגי. השופטת דורנר, לעומתו, מציינת במפורש (שם, בעמ' 766ד') כי:

יש אף הסוברים, כי האיסורים החמורים שבאמנת ז'נבה, שהוצהרו בסעיף 146 לאמנה, ביניהם האיסור על החזקת בני ערובה, הגיעו עם חלוף השנים למעמד של דין בין-לאומי מנהגי.

וראו את האסמכתאות שהיא מביאה, שם. איסור הגירוש הוא מהאיסורים החמורים המוזכרים באותו סעיף 146.

29. חשוב בהקשר זה לציין, כי בנוגע לאיסור על לקיחת בני-ערובה כתב בית-משפט זה בפרשת עפו כי "במקביל אסר סעיף 34 לאמנה לקיחתם של בני ערובה, והדבר כונה על-ידי Pictet "חידוש במשפט הבינלאומי" (ע' 25 לפסק-הדין), והדבר אף שימש את בית-המשפט בהנמקתו, כי גם איסור הגירוש איננו בגדר משפט מינהגי.

30. ד"ר פיקטה, בעמ' 9, כותב כי:

The Convention does not, strictly speaking, introduce any innovations in this sphere of international law. It does not put forward any new ideas. But it reaffirms and ensures, by a series of detailed provisions, the general acceptance of the principle of respect for the human person in the very midst of war – a principle on which too many cases of unfair treatment during the Second World War appeared to have cast doubt.

31. בית המשפט הבינלאומי לצדק קבע, כי כל אמנות ג'נבה משנת 1949 מהוות משפט מינהגי :

It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and 'elementary considerations of humanity'... that the Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law.

International Court of Justice, Advisory Opinion: Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 8 July 1996, par. 79.

32. בשנת 1993, מזכ"ל האו"ם, בדו"ח בו הציג את החוקה של בית המשפט הבינלאומי ביוגוסלביה ואשר אושר על-ידי מועצת הביטחון בהחלטה מס' 827, קבע כדלקמן :

“In the view of the Secretary-General, the application of the principle *nullum crimen sine lege* requires that the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law... The part of conventional humanitarian law which has beyond doubt become part of international customary law is the law applicable in armed conflict as embodied in: the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War victims...”

Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808 (1993)

33. ואילו בית-המשפט הבינלאומי לפשעי מלחמה שבוצעו ביוגוסלביה 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) קבע, כי אמנת ג'נבה הרביעית היא בבחינת משפט בינלאומי מינהגי. חוקת בית-הדין הסמיכה אותו, בין היתר, לדון באישומים בגין הפרות חמורות של אמנת ג'נבה הרביעית. בפסק-דין של טריבונאל זה בעניין טדיץ PROSECUTOR v. DUSKO TADIC a/k/a/ Dule הכרעת הדין מתאריך 7 במאי 1997) קובע בית-הדין מספר פעמים, כי מדובר בהפרות של המשפט הבינלאומי המינהגי. כך, למשל, בסעיף 4

להחלטה מפרט בית-הדין את סוגי העבירות שבסמכותו העניינית, לרבות ההפרות החמורות של אמנת ג'נבה הרביעית (שאחת מהן היא העברת כפייה של מוגנים), וקובע שהן כולן:

beyond any doubt part of customary international law.

אמירות דומות ישנן גם בסעיפים 558 ו-559 לפסק-הדין.

בסעיף 577 מסביר הטריבונאל כי:

Article 2 of the Statute provides that the 'International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949', and there follows a list of the specific crimes proscribed. Implicit in the Appeals Chamber Decision is the conclusion that the Geneva Conventions are part of customary international law, and as such their application in the present case does not violate the principle of *nullum crimen sine lege*.

34. ההשקפה, כי אמנת ג'נבה הרביעית משקפת משפט בינלאומי מינהגי, מופיעה גם בכתביהם של חכמי המשפט הבינלאומי. כך, למשל, מרון כותב כי:

There is considerable judicial and scholarly support, which is also endorsed by the International Committee of the Red Cross (ICRC), that the rules contained in the four Geneva Conventions of 1949 for the Protection of Victims of War and in the Hague Convention (IV) of 1907 on the Laws and Customs of War on Land (except for administrative, technical, and logistical provisions) reflect customary law.

T. Meron, "Customary Law", in: Roy Gutman and David Rieff(ed.), *Crimes of War: What the Public should Know*, New York, W. W. Norton & Company, 1999, p.113-115

וראו גם:

F. Bouchet-Saulnier, The Practical Guide to Humanitarian Law (New York, Rowman & Littlefield Publishers, INC.,2002), p. 65

F. Kalshoven & L. Zegveld, Constrains, on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law (Geneva, International Committee of the Red Cross, 2001), p.16

איסור הגירוש בדין הישראלי הפנימי

35. גם במשפט הישראלי חלו התפתחויות חשובות מאז פסקי-הדין האחרונים שניתנו בעניין גירושם של תושבי שטחים על-בסיס תקנות ההגנה (שעת-חירום).

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עיגן את המעמד החוקתי של כבוד האדם וחולל בישראל מהפכה חוקתית. בין היתר, העניק החוק מעמד חוקתי לזכות של כל אזרח לחיות במדינה:

כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל (סעיף 6(ב))

מובן, שהוראה זו, כהוראה חוקתית, צריכה להתפרש פרשנות עקרונית ורחבה. היא מעגנת בדין את זכותו של אדם לחיות בארץ אזרחותו, ככל שהדבר נתון בידי מי שכפופים לחוק היסוד, ולא דווקא את המקרה האופייני שבו מדובר באזרח ישראלי.

כל רשות מרשויות השלטון, לרבות המשיב, מחויבות לכבד את זכויות האדם הקבועות בחוק היסוד (סעיף 11 לחוק היסוד).

36. בפרשנותה של הוראה זו ישנה חשיבות רבה למשפט הבינלאומי, לרבות המשפט הבינלאומי ההסכמי:

גם בהעדר אימוץ יש למשפט הבינלאומי ההסכמי בדבר זכויות אדם חשיבות פרשנית. חשיבות זו נשענת על שלושה מקורות נפרדים. הראשון עניינו המאטריה המשותפת – זכויות האדם – והתפיסה שהגנת זכויות האדם במישור הבינלאומי צריכה להוות השראה פרשנית להבנת הזכויות בישראל. כך לעניין כל זכות בנפרד, וכך לעניין התכלית הכוללת, המסתמכת בין השאר על היותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית... (א' ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי: פרשנות חוקתית (הוצאת נבו: ירושלים, תשנ"ד-1994) ע' 353.

חוק היסוד מזרים, אם כן, אל תוך המשפט החוקתי הישראלי, גם הוראות הסכמיות שבמשפט הבינלאומי ההומניטרי ובמשפט הבינלאומי של זכויות האדם. אם תרצו, יש בו עיגון של האמנות בתוך החקיקה הפנימית. אם תרצו, הרי שהוא מייתר עיגון שכזה. הצורך בעיגון המשפט ההומניטרי הבינלאומי בחקיקה ישראלית מפורשת על מנת שיהיה מחייב במשפט הפנימי שוב אינו בחזקת הלכה חד משמעית בישראל:

אכן, מוכן אני להניח – בלי להכריע בדבר – כי אין איסור כזה בדין הבינלאומי המינהגי. כן מוכן אני להניח – בלי להכריע בדבר – כי האיסור ההסכמי על לקיחת בני ערובה איננו כובל את מדינת ישראל במשפט הפנימי של המדינה בהיעדר החלה שלו בחוק של המדינה. (הדגשה שלי, י.ו.)
דברי כב' הנשיא ברק בדנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 712, 742

יצוין כי מאז חקיקת חוק היסוד, לא נעשה כל שימוש בסמכות הגירוש לפי תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, למעט בפרשת גירוש פעילי החמאס. אותה פרשה התחוללה חודשים מספר לאחר כינון חוק היסוד, ולפני שההכרה בהתרחשות המהפכה החוקתית חלחלה במערכת המשפט ונתנה את אותותיה. ואכן, באותו עניין לא דן בית-המשפט כלל וכלל בהשלכות חוק היסוד על עניין הגירוש: חוק היסוד אינו מאוזכר כלל בפסק-הדין, והח"מ לא מצא אף אזכור שלו באותם כתבי טענות שהוגשו באותו עניין, והמצויים במשרדי המוקד להגנת הפרט.

37. לא רק חוק היסוד מעגן את הוראות המשפט הבינלאומי הרלוונטיות בחקיקה הפנימית בישראל ובאזור :

פקודת מטכ"ל 33.0133 מטילה על חיילי צה"ל, לרבות המשיב, חובה לנהוג בהתאם להוראות הכלולות בארבע אמנות ז'נווה. לפקודה מעמד של דין (סעיף 2א לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955).

גם את סעיף 1 (סעיף המטרה) של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, (אשר נתקבל בכנסת בתאריך 4.3.2002) יש לראות כמעגן במשפט הישראלי את המשפט ההומניטרי הבינלאומי. הסעיף קובע :

חוק זה נועד להסדיר את כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, אשר אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

בין אם החוק עומד במטרה מוצהרת זו ובין אם לאו, הרי מהווה הצהרה של המחוקק, בדבר החובה לטפל בשבויי מלחמה ובמי שאינם כאלו (דהיינו "מוגנים" על-פי אמנת ז'נווה) בהתאם למשפט הבינלאומי ההומניטרי. בכך הוא מהווה צינור המזרים אל תוך המשפט הישראלי את המשפט ההומניטרי הבינלאומי ומעגן אותו בתוכו.

מחויבותם של כוחות צה"ל לנהוג על-פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי הוטעמה בפסיקה אחרונה של בית-משפט נכבד זה :

ראו : בג"ץ 2936/02 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע ; בג"ץ 2977/02 עדאלה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ; בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון.

סיווג הפעולה : גירוש או העברת כפייה ?

38. בענייננו מבקש המשיב 1 להעביר את העותרים מאזור הגדה המערבית לאזור רצועת עזה. אם נידרש לאבחנה לפיה "העברת כפייה" היא כזו שאינה חוצה גבולות בינלאומיים, ואילו "גירוש" הוא כזה שחוצה גבולות בינלאומיים, הרי שהצעד שמבקש המשיב 1 לנקוט הוא צעד של גירוש. הגדה המערבית ורצועת עזה הם שני אזורים כבושים נפרדים ונבדלים. בראש כל אחד מהם מפקד צבאי אחר, אשר לקח לידינו את סמכויות השלטון באקט עצמאי, שבוטא בכל אזור במנשר נפרד. מערכת הדינים בשני האזורים שונה : ברצועת עזה נוהג (בין היתר) הדין הצבאי המצרי, שהונהג לפני 1967, ונוהגים הצוים שהוציא מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה. בגדה המערבית נוהג (בין היתר) הדין הירדני ונוהגים צווי מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית – שהם לא פעם שונים מאלו שהוציא המשיב 2 ברצועת עזה. אם להביא רק שתי דוגמאות למשטר השונה בשני האזורים, הרי שחלוקת הסמכויות בין המשיב 1 לבין הרשות הפלסטינית בגדה (על בסיס חלוקת הגדה לאזורי A, B ו-C) שונה מהחלוקה הקיימת בין המשיב 2 לבין הרש"פ ברצועת עזה. ואילו לצו 1500 שהוציא המשיב 1, בדבר מעצרים בעת לחימה, אין מקבילה ברצועת עזה.

בצעד שמתכוון המשיב 1 לנקוט, הוא מבקש לגרש את העותרים אל מחוץ לשטח הכבוש בידיו, דרך שטחי המדינה הכובשת ואל תוך שטח כבוש אחר ונבדל.

39. עם זאת, כפי שראינו, סיווג זה הוא בעל משמעות ברמה התיאורטית בלבד, שכן גם העברת כפייה שלא מעבר לגבול בינלאומי אסורה איסור חמור במשפט הבינלאומי, ומהווה בסיס להעמדה לדין פלילי בגין ביצוע פשעי מלחמה.

מקורות סמכות אפשריים

40. בעבר, כאשר הורה המשיב 1 על גירושו של פלוני, הסתמך על כך שהוא בא בנעליו של הנציב העליון הבריטי, שהוסמך, בתקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, (להלן: "תקנה 112") להוציא צווי גירוש כנגד אנשים המצויים בפלסטינה-ארץ-ישראל. בית-משפט נכבד זה פסק, כי הוראת חקיקה דרקונית זו מעולם לא בוטלה – לא בתקופת המנדט, לא בתקופת השלטון הירדני ולא בהמשך לתפיסת השטחים בידי צה"ל. תקנה זו היא גם שמתארת את מעשיו של המשיב בענייננו, בהתאם לסיווג הבינלאומי המבחין בין גירוש (אסור) להעברת כפייה (אסורה).

כפי שראינו, הוראת תקנה 112 עומדת בניגוד למשפט הבינלאומי המינהגי ובניגוד למשפט החוקתי הישראלי. הפעלת תקנה 112 בענייננו גם מהווה אקט של ענישה קולקטיבית – אף זאת בניגוד להוראות המשפט הבינלאומי המינהגי. הפעלת תקנה 112 כאקט של הרתעה כללית ושלא כאקט של מניעה פרטנית מנוגדת לפרשנות העקבית בפסיקה של התקנה (ושל חלק י' לתקנות ההגנה כולו).

41. זאת ועוד, גם במקרים בהם נשקפת סכנה מאדם מסוים בעצמו, הפסיקה קובעת, כי בטרם נקיטת צעד הגירוש, על המשיב לבחון אמצעים אלטרנטיביים. האופי הקיצוני והשיורי של אמצעי הגירוש מחייב לנקוט בו רק כמוצא אחרון של בלית-ברירה ורק במקרים חריגים ביותר ומתוך גישה סלקטיבית.

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 נאף חוואתמה, 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 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, 52); "אחראי של הג'יהאד 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).

גם אם בענייננו היו מהעותרים שהביעו תמיכה במעשיו של בן-המשפחה שביצע את הפיגוע, ואפילו היו בהם כאלו שידעו על כוונת הפיגוע וחדלו ולא מנעו אותו, עדיין לא מדובר באותו סוג של מסוכנות שיצדיק על-פי פסיקת העבר צעד מינהלי חריף של עקירה מאזור מגוריהם, כגון מסוכנותם של מי שיוזמים ומארגנים בפועל פעולות מזוינות כנגד מטרות ישראליות אזרחיות.

42. דומה, שבענייננו מבקש המשיב 1 להסתמך דווקא על תקנה 110(א) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "**תקנה 110**"). תקנה זו מאפשרת להוציא צו, שתוקפו עד שנה, ושמהייב אדם לגור, בהשגחת המשטרה, בתחומו של שטח מסוים שייקבע. אלא, שהמשיב 1 אינו יכול להוציא צו מעין זה בחריגה מתחומי הסמכות הטריטוריאלית שלו. למה הדבר דומה? לצו שהיו השלטונות הירדנים מוציאים לפני 1967, והמורה על מגוריו של פלוני בשטח ישראל או ברצועת עזה; או לצו שיוציא היום מפקד צבאי בישראל כנגד תושב ישראל ואשר יגביל את תנועתו למקום מחוץ לגבולות המדינה תוך עקיפת העובדה שסנקציית הגירוש בוטלה בתחומי ישראל. צו כזה היה באופן ברור בחריגה מהסמכות הקבועה בתקנה 110.

להבדיל מתקנה 112, הוראות תקנה 110 מתיישבות עם המשפט הבינלאומי. אמנת ז'נבה הרביעית, מאפשרת נקיטת אמצעי ביטחון כנגד מוגנים, ו"לכל היותר לייחד להם מקום מגורים או לעצרים" (סעיף 78 לאמנה). אולם אין ליישם את הסמכות על-מנת לעקוף את הוראות סעיף 49 לאמנה (ר' לעניין זה בפרשנותו של פיקטה, בע' 368). אין גם ליישם את הסמכות באופן שמפר הוראות אחרות של המשפט הבינלאומי המנהגי ושל האמנה – ובענייננו את ההוראה כנגד ענישה קולקטיבית. לא למותר לציין שוב, כי הפסיקה פירשה את תקנה 110 כמיועדת להפעלה רק כנגד מי שממנו עצמו נשקפת סכנה, ולא כצעד הרתעה כלפי אחרים, וכי מדובר באמצעי שיורי, שהפעלתו מחייבת רמת מסוכנות אישית גבוהה.

אופן הפעלת הסמכות

43. בנוסף לטענות בדבר עצם קיום סמכות הגירוש במקרים שבפנינו, יטענו העותרים, כי בשימוש בסמכות נפלו פגמים המחייבים את ביטול החלטת המשיב.

44. זכות הטיעון היא כלל יסוד מכללי הצדק הטבעי. "מקורה ויסודה במורשת ישראל מקדמת דנא, וחכמי ישראל ראוה כזכות יסוד הקדומה ביותר בתרבות אנוש". (דברי המשנה לנשיא מ' אלון בבג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4) 626, 637). הלכה מורשת היא במשפט הישראלי, כי אין פוגעים במעמדו של אדם (כמו גם במעמדו, בשמו הטוב וכדומה) מבלי שניתנה לו הזכות להשמיע את טענותיו. בהיקפה המלא כוללת זכות הטיעון הודעה, לפיה הרשות שוקלת החלטה שתפגע באותו אדם; פירוט נימוקיה ושיקוליה של הרשות; הצגת הראיות העומדות ביסוד כוונתה של הרשות; ומתן אפשרות להביא טענות בכתב ובעל-פה, על-ידי הנפגע או על-ידי בא כוחו, לרבות הבאת ראיות וחקירת עדים מטעמים.

45. המטרה במתן שימוע כפולה: ראשית, מדובר במושכל ראשון של הגינות דיונית. זכותו של אדם להשמיע את דברו בטרם ייפגע, ואפילו כאשר לא נראה שיש בידו לערער את שיקולי הרשות, נגזרת מההכרה בכבודו האנושי. שנית, השימוע תורם לאיכות ההחלטה של הרשות המנהלית. באמצעות השימוע יכול האדם הנוגע לעניין להפנות את הרשות לשיקולים ולעובדות שלא היו קודם בפניה. הוא עשוי להאיר את מסכת העובדות באור חדש. השימוע הוא סכר חשוב בפני החלטות בלתי-מבוססות או מוטעות.

השימוע המוקדם

46. המשיב 1 הרס לפנות בוקר בתים של שניים מהעותרים, ללא שימוע מוקדם וללא מתן אפשרות להם או למיופי כוחם להעלות השגות כנגד ההריסות או לעתור לבית-משפט נכבד זה. המשיב 1 אף נמנע מלהשיב למכתביו של הח"מ בדבר קיום שימוע מוקדם במקרה של העברת כפייה. מכאן מסתברת המסקנה, שגם את ההעברה עצמה מתכוון המשיב לבצע ללא מיצוי מוקדם של זכות הטיעון.

47. לעניין הפעלת הסמכות לפי תקנה 112 הקפיד בית-משפט נכבד זה על כך שזכות הטיעון תמוצה עד תום ועוד בטרם ביצוע הגירוש:

ההתפתחויות, שחלו במשפט החוקתי והמינהלי בעשורים האחרונים העניקו לזכות השימוע ככלל – ובתוך זה גם לערר לפני הוועדה המייעצת לפי תקנה 112(8) – המקוימת מראש מעמד של כלל מושרש ואמצעי חיוני לשם בדיקה מוקדמת של הצדקה למתן צו גירוש על-ידי המפקד.
פרשת גירוש אנשי החמאס, בע' 282

48. בשני מקרים ניסה המשיב לעקוף את חובת השימוע המוקדם טרם ביצועו של גירוש. **בפרשת קוואסמה** (בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113) בוצע הגירוש ללא שניתנה למגורשים הזדמנות להישמע בפני הוועדה המייעצת. בית-המשפט פסק, כי בכך פעל המשיב בניגוד לדין. עם זאת, בית-המשפט, בדעת רוב, כנגד דעתו החולקת של מ"מ הנשיא (כתוארו

אז), חיים כהן, נמנע מלקבוע שהפרת הדין הביאה גם לבטלות הצווים. שניים מהמגורשים הוכנסו בעקבות זאת לאזור לצורך קיום שימוע מאוחר בפני הוועדה המייעצת.

בפרשת גירוש אנשי החמאס ניסה המשיב שוב לעקוף את חובת השימוע המוקדם, והפעם באמצעות מעשה חקיקה שהתיימר לבטל את חובת השימוע המוקדם. גם ניסיון זה כשל.

תחיקת ביטחון אינה יכולה להביא לשינוין של נורמות כלליות ומושרשות של המשפט המינהלי, אשר אותן רואה משפטנו כעקרונות של הצדק הטבעי.
פרשת גירוש אנשי החמאס, בע' 290.

גם באותו עניין נקבע, שאי-מתן זכות השימוע המוקדם אינו חותר תחת תוקף צווי הגירוש. גם באותו עניין חייב בית-המשפט את המשיב לאפשר שימוע מאוחר מלא כהלכתו.

49. אכן, תקנה 110 איננה כוללת בחובה הוראה בדבר שמיעה בפני ועדה מייעצת, אולם כפי שראינו, פעולתו של המשיב 1 אינה נופלת תחת כנפי הסמכות לפי תקנה 110. על-כל-פנים, חובת השימוע המוקדם מקורה לא רק בנוסח התקנות אלא ב"נורמות כלליות ומושרשות של המשפט המינהלי, אשר אותן רואה משפטנו כעקרונות של הצדק הטבעי", וגם בהעדר חובה חקוקה לקיום שימוע מוקדם החובה מתקיימת מכוח הדין.

50. בשולי הדברים, מניחים העותרים, כי המשיב עשוי לטעון, כי התקיימו בענייננו "נסיבות חריגות קונקרטריות" המצדיקות חריג לכלל בדבר שימוע מוקדם.

אכן, זכות הטיעון איננה זכות מוחלטת, וישנן נסיבות דחופות בהן מתן זכות שימוע אינה מציאותית. פרופסור יצחק זמיר מביא בספרו **הסמכות המינהלית** (ירושלים: נבו, 1996 ע' 806) כדוגמאות למצבים כאלו מכבי אש, שרואים הכרח לפרוץ לבית בו משתוללת שריפה או לבית סמוך, ושל אנשי ביטחון הדורשים לפנות אולם ציבורי בשל חשש שהוטמנה בו פצצה. פסק-הדין בבג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז ואח' (פ"ד מג(2) 529) מסייג אף הוא את חובת השימוע, בהקשר של הריסת בתים, כשמתקיימות "נסיבות צבאיות-מבצעיות בהן עניין הביקורת השיפוטית אינו מתיישב עם תנאי המקום והזמן, או עם אופיין של הנסיבות; למשל, כאשר יחידה צבאית מבצעת פעולה מבצעית אשר במסגרתה עליה לסלק מכשול או להתגבר על התנגדות, או להגיב על אתר על התקפה על כוחות הצבא או על אזרחים שנתקיימה אותו זמן, או נסיבות כיוצא באלה..." חריג זה יושם בבג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום (פ"ד מד(4) 626). באותו עניין מדובר היה בהריסת בתים שלא למטרת הרתעה, אלא כדי לאפשר שליטה צבאית ברחוב שהיה זירה לפעולות אלימות כלפי אזרחים וחיילים, ששיאן ברצח אכזרי. הצורך הדחוף בפעולה להגנת חיי העוברים במקום גבר באותו מקרה על החובה לקיים זכות טיעון כהלכתה, בייחוד בהתחשב בכך שזכות טיעון מסוימת ניתנה לתושבים, לרבות האפשרות להעלות את טענותיהם בפני נציגי הצבא והיועצים המשפטיים של המפקד הצבאי שנכחו במקום.

המשיב כבר ניסה, במהלך אירועי האינתיפאדה הנוכחית, לסמוך על החריג שנקבע, כאמור, בתחום הריסת הבתים, ולעקוף את ההלכה המחייבת הודעה מוקדמת ומתן זכות שימוע בטרם יפעיל את סמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945. ניסיון זה נכשל. הנוהל שנקבע בבג"ץ 358/88 הנ"ל עוגן שנית, לאחרונה, בפסק-דינו של בית-משפט נכבד זה מתאריך 19.3.2002 בבג"ץ 2264/02 (וחמש עתירות נוספות) מתיב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (טרם פורסם). באותו עניין נדונה הריסתם של בתים ברצועת עזה. אחת העתירות לפחות (בג"ץ 2329/02) הייתה עתירה כללית, שעניינה לא בהריסתו של בית מסוים אלא בנוהל בהריסת בתים בכל רצועת עזה בדרך-כלל. המדינה הצהירה כי

אם יוחלט על הריסת בית, להוציא מטעמים מבצעיים, תינתן הודעה מוקדמת מנומקת על דבר ההריסה, כדי לאפשר לבעלים של אותו הבית להשיג בפני המפקד הצבאי על החלטת ההריסה; וכי אם תידחה ההשגה לא יבוצעו פעולות להריסת הבית למשך 48 שעות מאז דחיית השגה זו, וזאת על-מנת לאפשר לבעלים של הבית לפנות בעתירה לבג"ץ.

הצהרה זו עמדה בבסיס מחיקת אותן עתירות.

העדר תשתית עובדתית

51. הראיות הנחוצות כדי לבסס את החלטת המשיב לגרש אדם צריכות להיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות.

בג"ץ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד לט(1) 309, 327;

בג"ץ 315/85 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד לט(3) 645, 655.

בענייננו לא קיימות ראיות ברורות שיקשרו את בני משפחות העותרים לפיגועים נגד ישראלים. ככל הידוע לעותרים, לא היה זיהוי ודאי של מי שביצעו את הפיגועים, והזיהוי נסמך לכל היותר על מידע מודיעיני או הכרזות על לקיחת אחריות מצד ארגונים שונים.

משפט תחת ירי התותחים

52. מצויים אנו בעיצומם של אירועי דמים מתמשכים, שכבר גבו מחיר יקר בנפש הן בקרב הפלסטינים והן בקרב אזרחי ישראל. לנוכח מעשי הזוועה, לנוכח הפצועים וההרוגים המתרבים מיום ליום, הדם רותח ומצווה לעשות כל שניתן להפסקת שפיכות הדמים. גדול הוא הדחף למעשים נואשים, ובלבד שיעשה דבר מה. גדול הוא גם הדחף למעשי נקם. תחת הרושם הקשה של האירועים, קשה הפעלתו של שיקול-דעת מפוכח ומסודר. קשה היא ההתחשבות בזכויותיהם של מי שנתפסים כחלק מ"האויב". אולם דווקא תנאים אלו מחייבים להקפיד על שיקול הדעת, לבל יסטה ממהלכו הראוי.

כללי המשפט חלים תמיד ומיד

דברי הנשיא ברק בבג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון

מחובתנו לשמור על חוקיות השלטון גם בהחלטות קשות. גם כאשר התותחים
רועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל וקובע מה מותר ומה אסור,
מהו חוקי ומהו בלתי חוקי.
דברי הנשיא ברק בדנג"צ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד (4) 485, 491

ונוסיף: דווקא עתות כאלו הן שעת מבחנה הגדולה של הדמוקרטיה. דווקא לשעות כאלו
עוצב בית-המשפט כגורם בולם ומאזן.

53. לאור דחיפות הנסיבות וחוסר האפשרות להיפגש עם המועמדים לגירוש או עם בני
משפחותיהם, נתמכת עתירה זו בתצהירה של מנהלת המוקד להגנת הפרט, המבוסס על
המידע הטלפוני שנאסף על-ידי עובדי העמותה. מאותן סיבות, ייפוי הכוח ממשפחות
המועמדים לגירוש נשלחו למוקד להגנת הפרט בפקס.

מכל הטעמים האלו מתבקש בית-המשפט הנכבד להוציא מתחת ידיו צו על-תנאי וצו ביניים
כמבוקש בראש העתירה, ולאחר שישמע את תשובת המשיב להופכם להחלטיים.

ירושלים, י באב, תשס"ב, 19 ביולי, 2002

יוסי וולפסון, עו"ד
ב"כ העותרים