

בעניין:

1. _____ נסראללה, ת"ז _____

2. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר**

ע"י ב"כ עוה"ד אלעד כהנא (מ"ר 49009) ו/או עידו בלום (מ"ר 44538) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או ליאורה בכור (מ"ר 50217) ו/או עו"ד מרטין קיאל (מ"ר 54087)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא ישיב לפניות העותרים אליו מזה למעלה מחמש שנים;
2. מדוע לא יבטל את צו הגירוש שהוצא כנגד העותר 1, ככל שהוצא צו כאמור;
3. מדוע לא יאפשר לעותר 1 לשוב לגדה המערבית ולחיות בה.

בית המשפט מתבקש להורות למשיב להגיב לעתירה בהקדם. העותר, אדם מבוגר בן 63, סובל מבעיות רפואיות, ובהן דלקת פרקים ואפילפסיה. בחמש השנים האחרונות פנו העותרים למשיב שוב ושוב על מנת לאפשר לעותר לחזור אל מולדתו, ממנה גורש לפני כעשרים וחמש שנים, ולחיות לצד רעייתו, ילדיו ויתר בני משפחתו. חרף זאת, עד היום טרם התקבלה תשובה כלשהי לפניות העותרים – תשובה שיתכן שאף יהיה בה כדי לייתר את העתירה.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**), נולד בינואר 1947 בכפר בית פוריק שבנפת שכם, בגדה המערבית. העותר נרשם במרשם האוכלוסין הפלסטיני והוא בעל מעמד כדין בשטחים הכבושים.
2. בשנת 1985 נשא העותר לאישה את רעייתו, גב' _____ חנני, ת"ז _____, והם נשואים מאז. מספר חודשים לאחר נישואיהם גירש המשיב את העותר לירדן, כמפורט להלן, ומאז הוא נאלץ לחיות שם. רעייתו מתגוררת אצל משפחתו שבבית פוריק; במהלך השנים הקפידה לבקרו בירדן, והשניים הביאו לעולם את ששת ילדיהם, המתגוררים עם אמם: _____ בת ה-24, _____ בת ה-23, _____ בת ה-20, _____ בן ה-18, _____ בת ה-14 ו _____ בת ה-13. יצוין כי גם אחיותיו ואחיו של העותר הם בעלי מעמד כדין בשטחים הכבושים, ומתגוררים בהם. אמו נפטרה לפני כשלוש שנים, והעותר לא זכה להשתתף בהלווייתה.
3. העותר, כיום איש מבוגר, סובל מבעיות רפואיות שונות ובהן דלקת במפרקיו ואפילפסיה, והוא נזקק מעת לעת לטיפולים ואבחונים שונים, ולעיתים אף לניתוחים.
העתק אישורים רפואיים על מצב העותר במשך השנים מצורפים ומסומנים **ע/1-6/ע**.
4. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
5. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על שטח הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בשטחי הגדה המערבית תחת כיבוש צבאי זה יותר מארבעים שנה.

גירושו של העותר לירדן

6. בשנת 1970, בהיותו רווק בן 22, נעצר העותר. לאחר מעצרו הוגש נגדו כתב אישום בקשר להשתייכותו לארגון הפתח. העותר נשפט ונגזר עליו עונש מאסר.
7. בשנת 1985, במסגרת עסקת חילופי שבויים, שוחרר העותר לביתו. באותה שנה נשא לאישה את רעייתו.
8. מספר חודשים לאחר שחרורו זומן העותר למינהל האזרחי. ביום 24.10.85 הגיע העותר למינהל האזרחי, שם נעצר ולאחר כמה ימים גורש לירדן. הגירוש נעשה מבלי שקדמו לו שימוע, היוועצות בוועדה מייעצת, מסירתו של צו כתוב וכיוצא בזה: העותר נשלח, באיומי נשק, לחצות את הגבול מזרחה, באזור הערבה. עד היום לא ידוע לעותרים מדוע גורש העותר מארצו, ומה היה הבסיס החוקי לגירוש זה.

9. יצוין כי לגירוש קדם ניסיון להציע לעותר "הגליה מרצון", אולם הוא סירב לשתף פעולה עם גירוש, ולא חתם על מסמך המביע רצון שכזה.

פניות המוקד למשיב בעניינו של העותר

10. במשך השנים הגישה רעייתו של העותר בקשות רבות להתרת חזרתו לביתו, אולם נענתה כי "שמו של העותר מופיע במחשב כימנוע".

11. ביום 30.7.96 פנה המוקד להגנת הפרט למשיב, בבקשה להתיר את חזרת העותר לביתו. בפנייתו הדגיש המוקד את מצבו ההומניטארי של העותר, ואת השתלשלות העניינים שהובילה לגירוש, הנעדרת בסיס חוקי.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב מיום 30.7.96 מצורף ומסומן ע/7.

12. ביום 1.10.96 פנה המוקד פעם נוספת למשיב, בבקשה לקבל מענה לפנייתו.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב מיום 1.10.96 מצורף ומסומן ע/8.

13. ביום 18.2.97 פנה המוקד למשיב פעם נוספת בבקשה לקבל את התייחסותו. במקביל פנה גם לרע"ן ארגונים בינלאומיים במינהל האזרחי ('ארב"ל'), בבקשה לקבל פרטים נוספים בנוגע לעותר.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב מיום 18.2.97 מצורף ומסומן ע/9.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט לרע"ן ארב"ל מיום 18.2.97 מצורף ומסומן ע/10.

14. ביום 30.4.97 התקבלה אצל המוקד תשובתה של רע"ן ארב"ל מיום 20.3.97, בה סופקו פרטיו של העותר כפי שהופיעו אצל המשיב: תאריך לידתו, מקום לידתו ומספר תעודת הזהות שלו במרשם האוכלוסין הפלסטיני.

העתק תשובת רע"ן ארב"ל מיום 20.3.97 מצורף ומסומן ע/11.

15. ביום 1.5.97 התקבלה אצל המוקד תשובת המשיב מיום 15.4.97, לפיה "מפקד כוחות צה"ל לאיזור יהודה ושומרון החליט לדחות את בקשת הנדון, לחזור לאיזור".

העתק תשובת המשיב מיום 15.4.97 מצורף ומסומן ע/12.

16. ביום 7.2.05 פנה המוקד למשיב פעם נוספת בעניין העותר, והפנה לפסק הדין בבג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד (נו) 352, שניתן לאחר החלטת המשיב מיום 15.4.97. כידוע, באותו פסק דין נקבע, כי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית מתיר למעצמה הכובשת, לכל היותר, לתחום את מגוריו של אדם בשטח הכבוש או לעוצרו. לפיכך ביקש המוקד לאפשר את חזרתו המיידית של העותר לביתו שבגדה ולחילופין, לאפשר לו להופיע בפני ועדה מייעצת לפי תקנה 112(8) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

- העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב מיום 7.2.05 מצורף ומסומן ע/13.
17. ביום 29.3.05 פנה המוקד למשיב, בבקשה לקבל את התייחסותו למכתבו.
- העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב מיום 29.3.05 מצורף ומסומן ע/14.
18. בחלוף ארבעה חודשים מיום פנייתו, ביום 20.6.05, פנה המוקד למשיב פעם נוספת בבקשה לקבל את התייחסותו למכתבו.
- העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב מיום 20.6.05 מצורף ומסומן ע/15.
19. ביום 16.8.05 פנה המוקד למשיב פעם נוספת בבקשה לקבל את התייחסותו למכתבו.
- העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב מיום 16.8.05 מצורף ומסומן ע/16.
20. הזמן חלף, וטרם התקבלה תשובה. ביום 18.12.05 פנה המוקד למשיב פעם נוספת, בתקווה כי סוף כל סוף תתקבל תשובה לפנייה.
- העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב מיום 18.12.05 מצורף ומסומן ע/17.
21. בחלוף כמעט שנה מיום הפנייה הראשונה, ותשובה אין, פנה המוקד למשיב פעם נוספת, ביום 23.1.06, בבקשה לקבל את תשובתו.
- העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב מיום 23.1.06 מצורף ומסומן ע/18.
22. גם פנייה זו לא הועילה. ביום 26.3.06 פנה המוקד פעם נוספת למשיב בבקשה לקבל את תשובתו לפנייה.
- העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב מיום 26.3.06 מצורף ומסומן ע/19.
23. שוב חלף זמן, וטרם התקבלה תשובת המשיב. ביום 7.5.06 פנה המוקד למשיב פעם נוספת בבקשה לקבל את תשובתו.
- העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב מיום 7.5.06 מצורף ומסומן ע/20.
24. ביום 3.7.06, קרוב לשנה וחצי לאחר פנייתו הראשונה של המוקד, התקבל מכתב לאקוני מטעם המשיב, מיום 2.7.06. כל שנאמר בו: עניינו של מרשכם נתון כרגע בבדיקה. תקוותי, כי בדיקה זו תסתיים בקרוב. [ע]ם תומה, נודיעכם דבר".
- זאת, נזכיר, כשנה וחצי לאחר שהעניין הובא בפני המשיב!
- העתק מכתב המשיב מיום 2.7.06 מצורף ומסומן ע/21.

25. על אף תקוות העותרים כי הבדיקה אכן תסתיים בקרוב, הזמן חלף, ודבר לא ארע. ביום 25.10.06 פנה המוקד למשיב בבקשה לקבל סוף כל סוף תשובה עניינית לפנייה.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב מיום 25.10.06 מצורף ומסומן ע/22.

26. המוקד המתין והמתין, אולם טרם התקבלה תשובת המשיב. ביום 26.2.07 פנה המוקד למשיב פעם נוספת. המוקד הדגיש כי חלפו למעלה משנתיים מיום פנייתו למשיב, וכי חרף תזכורות חוזרות ונשנות, טרם התקבלה תשובה עניינית.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב מיום 26.2.07 מצורף ומסומן ע/23.

27. הזמן חלף, ועדיין לא התקבלה תשובה. נציגי המוקד להגנת הפרט ערכו, מפעם לפעם, בירורים טלפוניים מול לשכת יועמ"ש המשיב, בבקשה לברר את מצב הטיפול בפנייה. למוקד נמסר, שוב ושוב, כי הפנייה בטיפול.

28. כך התמשכו הדברים, שנת 2008 הגיעה, ותשובה – אין. גם שנה זו חלפה לה, וביום 31.12.08 פנה המוקד למשיב בדרישה כי בחלוף קרוב לארבע שנים, תתקבל סוף כל סוף תשובה.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב מיום 31.12.08 מצורף ומסומן ע/24.

29. בחלוף למעלה מחמש שנים מיום הפנייה, ביום 9.3.10, שוב פנה המוקד למשיב. המוקד הבהיר כי מדובר במשך טיפול בלתי מתקבל על הדעת, וזאת חרף תזכורות חוזרות ונשנות, הן בכתב והן באמצעות הטלפון.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב מיום 9.3.10 מצורף ומסומן ע/25.

30. שלושה חודשים נוספים חלפו מיום הפנייה, וטרם התקבל מענה כלשהו. ביום 8.6.10 פנה המוקד פעם נוספת למשיב, וביקש כי ישב, סוף כל סוף, לפניית העותרים אליו. בפנייה ציין המוקד כי אם לא יתקבל מענה בימים הקרובים, ייאלצו העותרים לפנות לערכאות.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב מיום 8.6.10 מצורף ומסומן ע/26.

31. העותר הוא אדם מבוגר וחולה, המעוניין לבלות בערוב ימיו לצד רעייתו וילדיו, במולדתו, שם נולד ושם חיים אחיו ואחיותיו. למעלה מחמש שנים פונים העותרים שוב ושוב למשיב, במטרה לקבל את התייחסותו לבקשת העותר לשוב לביתו, אולם פניות אלו לא נענו עד היום במענה ענייני כלשהו. שוב ושוב נשלחו מכתבים למשיב, בתקווה כי ניתן יהיה לפתור את הסוגיה ללא צורך בעירוב הערכאות.

העותרים לא יכולים להשלים עוד עם אי-המענה הממושך, החורג, לכל הדעות, מגדר הסביר. משכך, לעותרים לא נותרה עוד ברירה אלא לפנות לבית המשפט.

המסגרת הנורמטיבית

א. האיסור על גירוש אדם מארצו

32. נקודת המוצא היא, כי סמכויותיו של המשיב, נאמן בשטח הכבוש, שאובות מהדין הבינלאומי (בג"ץ 2150/07 **אבו צפייה נ' שר הביטחון**, 29.12.09). הדין הבינלאומי הוא שמסמך את המשיב לפעול והוא שקובע את גבולות סמכויותיו. התנהלות בניגוד לדין הבינלאומי היא פעולה בחוסר סמכות, וזאת אף אם הדבר עוגן בנהלים, צווים או מנשרים שהוציא המשיב.

33. זכותו של העותר להתגורר בביתו ובארצו מעוגנת מבחינה פוזיטיבית בדיני זכויות האדם, הבינלאומיים והישראליים כאחד. לאלו נשוב בהמשך. במקביל, בדין ההומניטארי הבינלאומי חל איסור מוחלט על גירוש אדם אל מחוץ לשטח הכבוש. מדובר בשתי הוראות המצויות באמנת גינבה הרביעית (1949) – סעיף 49 וסעיף 78.

34. סעיף 49 לאמנת גינבה, שמקורו בסעיף 19 לטיוטת טוקיו מ-1934, קובע איסור על גירוש תושבים מוגנים, יחידים או המונים, אל מחוץ לשטח הכבוש, ללא קשר לסיבת הגירוש:

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.

Nevertheless, the Occupying Power may undertake total or partial evacuation of a given area if the security of the population or imperative military reasons so demand. Such evacuations may not involve the displacement of protected persons outside the bounds of the occupied territory except when for material reasons it is impossible to avoid such displacement. Persons thus evacuated shall be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased.

35. במקביל, קובע סעיף 78 לאמנה, כי ככל ששיקולי ביטחון מחייבים לנקוט אמצעים נגד תושבים מוגנים, רשאי כוח כובש, לכל היותר, לתחום את מגוריהם או להחזיקם במעצר:

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 internment.

ב. תקנה 112(1) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945

(i) ביטול תקנה 112

36. בשנת 1937 התקינו כוחות המנדט הבריטיים באזור את דבר המלך על פלסטינה-א"י (הגנה), 1937 (Palestinian (Defence) Order in Council, 1937) (להלן: **דבר המלך**). מכוח דבר המלך, התקינו כוחות המנדט הבריטיים, בשנת 1945, את תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: **תקנות ההגנה שעת חירום**). תקנה 112(1) לתקנות קובעת:

כוחו של הנציב העליון יהיה יפה ליתן צו בחתימת ידו (הקרוי להלן בתקנות אלו "צו-גלות") בדבר הגליית אדם כלשהוא מפלסטינה (א"י). אדם שבגינו ניתן צו-גלות יישאר מחוץ לפלסטינה (א"י), כל זמן שיישאר הצו בתוקף.

37. ביום 12.5.48, עם הסתלקות כוחות המנדט הבריטיים מהאזור, ביטל מלך בריטניה את דבר המלך (ועמו את כל התקנות שהותקנו מכוחו, דהיינו תקנות ההגנה שעת חירום), ב The Palestinian (Revocations) Order in Council (להלן: **דבר המלך המבטל**). על פי דבר המלך המבטל, הביטול (לרבות ביטול התקנות) נכנס לתוקפו ביום 14.5.48.

38. תקנה 24(2) לתקנות ההגנה קבעה כי "לא יהיה צורך לפרסם כל תעודת שעת חירום בעיתון". בהתאם לתקנה 14(1) "תעודת שעת חירום" היא, בין היתר, "כל תעודה המיומרת להיות כלי (בין שהוא מחוקק ובין שהוא מבצע), שניתן או שהוצא בהמשך אל... דבר המלך במועצה". גם תקנה 4(5) קבעה כי "שום צו, הוראה, דרישה, הודעה או מנוי כאלה לא יהיו ולא יעשו נטולי תוקף לגבי אדם כלשהוא, שעליו הם משפיעים, עקב העובדה שתשומת לבו לא הוסבה על הצו, ההוראה, הדרישה, ההודעה או המנוי".

משכך, לפי תקנה 4, לא נדרש הכובש הבריטי לפרסם את ביטול דבר המלך בעיתון הרשמי של פלשתינה-א"י. אלא שממילא עם שינוי הנסיבות הביטחוניות באיזור, בשנת 1948, סברו שלטונות המנדט שפרסום בעיתון הרשמי הפך לבלתי אפשרי – אפילו מקום בו הייתה חובת פרסום. אי לכך, ביום 4.5.48 צוין בתוספת לעיתון הרשמי:

Owing to conditions prevailing in Palestine, it has not been practicable to publish the Palestinian Gazette since the issue of Gazzette No. 1666 of Wednesday the 28th April, 1948. To meet this difficulty an Order of the High Commissioner under the Palestine Order in Council, 1948, was enacted on the 29th April, 1948, which dispensed with the legal necessity for Gazetting certain legislation and notices, leaving the manner of their publication to be decided by the High Commissioner.

39. עם כיבוש השטחים בידי ישראל בשנת 1967, הוציא המשיב את הצו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 1) (יהודה והשומרון) (מס' 160), תשכ"ח-1967 (להלן – **צו בדבר פרשנות**). הצו קבע כי "כדי להסיר ספק, נאמר בזה כי חוק נסתר אין לו ומעולם לא היה לו כל תוקף". כפי שנפסק לימים (בג"ץ 513/85 **נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד לט(3) 645 (1985), להלן: **פרשת נזאל**), מדובר בצו דקלרטיבי – דהיינו, הצו עצמו אינו מקור סמכות לשימוש באמצעי מסוים, אלא אך מבהיר כי "חוק נסתר" הוא חסר תוקף.

40. בשנת 1985 נטען בפרשת **נזאל**, כי לא ניתן לגרש אדם לפי תקנה 112 מאחר שזו בוטלה במאי 1948. בית המשפט דחה טענה זו, בטענה כי כלל ידוע הוא, שחוק אינו בר תוקף אם לא פורסם ברבים ומשכך, אין לדבר המלך המבטל תוקף ותקנות ההגנה שעת חירום עומדות בעינן.

כפי שיטענו העותרים בהמשך, הכלל בדבר בטלות חקיקה נסתרת נועד להגן על הפרט מפני השלטון – ולא על השלטון מפני עצמו. ברי, כי כובש שהוציא תחת ידו דבר חקיקה, ובחר

שלא לפרסמו בדרך הנהוגה (שכאמור אינה מתחייבת באותה חקיקה עצמה), לא יוכל להסתמך על בחירתו שלו כנגד החלטתו לבטל את אותה חקיקה. על כך בהמשך.

(ii) פרשנות תקנה 112 ביחס לדין הבינלאומי

41. בפסיקה ישנה של בית המשפט, נבחן היחס שבין תקנה 112 לבין הדין הבינלאומי. כאמור, אמנת ג'נבה הרביעית אוסרת על ביצוע גירוש מחוץ לשטח הכבוש – הן בסעיף 49 והן בסעיף 78.

42. פסיקה זו נבחנה בפעם האחרונה לפני למעלה מעשרים שנה, בבג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4 (1988) (להלן: פרשת עפו), שם עסק בית המשפט ביחס שבין תקנה 112 לסעיף 49 בלבד. יצוין, כי באותה פרשה נדון מעמדה של אמנת ג'נבה הרביעית בתור דין הסכמי בלבד; מאז חלו התפתחויות במשפט הבינלאומי, במסגרתן נקבע במפורש כי מדובר בדין מנהגי.

43. כאמור, במסגרת העתירה, נדון היחס שבין תקנה 112 לסעיף 49, בלבד. בפסק הדין נקבע, כי סעיף 49 נולד על רקע זוועות הנאצים במלחמת העולם השנייה (על אף שכאמור, מקורו בסעיף 19 לטיוטת טוקיו משנת 1934), ועל כן הוא אינו אוסר על גירוש יחידים לחו"ל, אלא אך מעשי זוועה המוניים כמנהג הנאצים. משום כך, פסק בית המשפט כי תקנה 112 אינה נוגדת את הדין הבינלאומי.

כפי שיפורט בהמשך, על הלכה זו נמתחה ביקורת, ולאחריה התרחשו שינויים – הן בדין הישראלי והן בדין הבינלאומי – המצדיקים את בחינתה מחדש.

עוד נזכיר, כי בפרשת עפו נפסק, שתקנה 112 אינה סותרת את תקנה 49 – אולם לא נקבע דבר ביחס לתקנה 78. לתקנה זו, ולהלכת עפו, נשוב בהמשך.

בשלב זה, נפנה לבחון את תנאי תקנה 112, הנדרשים על מנת לגרש אדם מארצו.

(iii) תנאי תקנה 112 לשם גירוש אדם

44. התנאי הראשון לתקנה 112 הוא, כי הגירוש ייעשה בהתאם לצו חתום. דהיינו, לא ניתן להעלות אדם על רכב ולהשליכו אל מעבר לגבול, בלא צו. גירוש כאמור, בטל מעיקרו.

45. התנאי השני לתקנה 112 הוא, כי הגירוש יעמוד בתוקפו רק כל עוד הצו חתום. דהיינו, הצו אינו משפיע על מעמדו של תושב מוגן בשטח הכבוש, ואינו שולל ממנו את זכותו לחיות בו. הוא אך מונע ממנו, למשך התקופה בה הוא עומד בתוקפו, להיכנס לארצו.

46. התנאי השלישי הוא, כי לאדם קיימת זכות שימוע, בהתאם לכללי הצדק הטבעי ובהתאם לתקנה 112(8), המאפשרת פנייה לוועדה מייעצת. זאת, לכל הפחות, בדיעבד (בג"ץ 5972/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267).

47. התנאי הרביעי הוא, כי צו הגירוש יבחן מעת לעת. כלומר, לאדם נתונה הסמכות לפנות בכל עת לוועדה המייעצת, לפי תקנה 8112(8), על מנת לבחון את עניינו מחדש (בג"ץ עפון, עמ' 66).

48. התנאי החמישי הוא כי צו הגירוש יאושר אך בהתבסס על ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות, המצביעות על סכנה ממשית המצדיקה את המשך הסנקציה, וכי ייעשה בו שימוש אך במקרים קיצוניים. בית המשפט עמד על כך, שחלוף הזמן מכרסם במסוכנות הצפויה מהמגורש ויש בכך כדי להשפיע על ההחלטה להותיר את צו הגירוש נגדו, בעינו (בג"ץ 136/91 מסלם נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מה(3) 444, 456; בג"ץ 320/80 קוסאמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113, 136-137; בג"ץ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד לט(1) 309, 327; בג"ץ 814/88 נסראללה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע, פ"ד מג(2) 26, 269-270; בג"ץ 792/88 מטור נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע, פ"ד מג(3) 542, 551).

טענות העותרים

א. חובת המשיב להשיב לפניות אליו

49. המשיב מחויב להשיב לפניות אליו תוך פרק זמן סביר, מכוח הדין. כלל ידוע הוא כי "החובה לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשונים של מינהל תקיין" (י' זמיר, הסמכות המינהלית (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 717).

וראו בעניין זה:

בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441, 451 (1994); בג"ץ 7198/93 מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מח(2) 844, 853 (1994); בג"ץ 5931/04 מזורסקי נ' מדינת ישראל – משרד החינוך, פ"ד נט(3) 769, 782 (2004); בג"ץ Avocats Sans Frontieres נ' אלוף פיקוד הדרום, תק-על 2006(2) 4751 (2006).

50. ברגיל, מחייב הדין מענה תוך תקופה מקסימאלית של 45 ימים מיום הפנייה, תקופה שחלפה בענייננו. סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, מחדד חובה זו ומגדיר מסגרת זמנים ברורה, בקובעו כי חובה על עובד ציבור להשיב בכתב לפניות המופנות אליו בתוך ארבעים וחמישה יום. במקרים מסוימים, המנויים בחוק, נקבע כי אין חובה להשיב בתוך ארבעים וחמישה יום, אך בכל מקרה חובה להודיע למבקש בכתב בתוך ארבעים וחמישה יום את הטעמים לכך. ר' גם הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 3.1004 – חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, סעיף ג.1; הוראת משרד הביטחון מס' 10.06 – דפוסי התנהגות ציבורית והיבטים משפטיים בפעולות עובדי משרד הביטחון, סעיף 21; פקודת מטכ"ל 08.0101 - פניות גורמים אזרחיים - חובת מתן תשובה והנמקה, סעיפים 4 ו-6.א.

51. וכבר נפסק כי כאשר מדובר בזכויות אדם מקבל מושג "הזמן הסביר" משמעות מיוחדת (בג"ץ 1999/07 גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006, תק-על 2007(2) 569, 551); וכי בעניינים הנוגעים לזכויות אדם -

יש מקום לצפות להסדרה מהירה יותר של העניין [...] התמשכות פגיעה בזכויות אדם מחמירה לא פעם את היקף הפגיעה ותוצאתה עלולה להיות שחיקה של הזכות כמו גם פגיעה קשה ומתמשכת בפרט.

(בג"ץ 8060/03 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק-על 2006(2) 775, 780 (2006).

וראו גם: בג"ץ 10428/05 עליה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, תק-על 2006(3) 1743, 1744 (2006); בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, תק-על 2007(1) 1999, 2009 (2007).

52. פנייתם של העותרים מיום 7.2.05 נותרה עד היום ללא מענה ענייני. למעט הודעה מיולי 2006, כי הפנייה מצויה בבדיקה, לא ניתנה תשובה כלשהי לאיזו מן הפניות הרבות שנשלחו למשיב בעניין. מדובר בפרק זמן שערורייתי לכל הדעות, החורג באופן קיצוני (בלשון המעטה) מפרק הזמן הסביר למענה. זאת, חרף פניות חוזרות ונשנות למשיב, בבקשה לקבל את תשובתו. מדובר אם כן בהפרה בוטה של חובות המשיב כלפי העותרים.

ב. פגיעה בזכויות העותר

53. כבר בפתח הדברים נזכיר, כי גירוש העותר מארצו פוגע בזכויותיו בצורה דרסטית. זכויות אלו הן זכויות חוקתיות, המוכרות בדין החוקתי והמינהלי הישראלי, ואף בדין הבינלאומי. ההגנה הנרחבת עליהן, כפי שניתנת להן כיום, משפיעה על פירוש סעיף 49 ותקנה 112; היא משפיעה על החלטת המשיב בעניינו הקונקרטי של העותר.

54. על אף שמדובר בפגיעה ברורה מאליה, יפרטו העותרים את טיב הפגיעה בזכויות העותר. מדובר, כידוע, בזכויות רבות המוקנות לעותר מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי, ושהמשיב מחויב לכבדן גם מכוח היותו רשות מינהלית, הפועלת לפי דיני המשפט המינהלי הישראלי (בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, תק-על 2008(1) 1213; בג"ץ 2150/07 אבו צפיה נ' שר הביטחון (טרם פורסם; 29.12.09); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2005(3) 3333 סעיף 24; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2003(1) 937; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385; בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתאוניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785; בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807).

55. כאמור לעיל, בית משפט נכבד זה עמד זה מכבר על מעמדה הרם של זכותו של אדם להתגורר בביתו. אך מובן הוא, כי גירוש אדם לא רק מביתו, אלא גם מארצו – אך מחריף את הפגיעה באותו אדם.

56. העותר אמנם מצוי בירדן, בכל כורחו, אך חייו – בגדה. שם רעייתו. שם ילדיו. שם אחיו ואחיותיו. שם נופי ילדותו וזיכרונות נעוריו. שם שורשיו. החלטת המשיב להותירו מחוץ לארצו פוגעת אם כן גם בזכותו לחיי משפחה, באופן חריף וקיצוני.

57. הדברים מעוגנים גם במשפט הבינלאומי. המלומדת מ' סטאוורופולו מדגישה את החומרה הרבה שבהרחקתו הכפויה של אדם מביתו :

Some have observed that an individual's forced deprivation of his home violates a basic human right. "Home" constitutes not only a means of "shelter", but also a means of placing a person in a social and physical space, and of circumscribing a person's private life and social interaction... Observers have never disputed the tragedy involved in one's separation from his home...

(Maria Stavropoulou, *The Right Not To Be Displaced*, 9 AM. U. J. INT'L L. & POL'Y 689, 717 (1993-1994)).

58. בהמשך מציינת סטאוורופולו כי הרחקתו הכפויה של אדם מביתו, מפירה בהכרח שורה ארוכה של זכויות יסוד בהתאם למשפט הבינלאומי, ואף עולה עד כדי הפרה של האיסור החמור לנהוג באופן "אכזרי, בלתי אנושי או משפיל":

Displacement threatens the life, liberty, and security of the displaced – rights which are guaranteed, *inter alia*, in article 3 of the Universal Declaration and 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights. In such cases, **there can be little doubt that displacement will amount to cruel, inhuman or degrading treatment** as illustrated in Article 5 of the Universal Declaration and article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

Article 12 of the Universal Declaration and article 17 of the international Covenant on Civil and Political Rights prohibit arbitrary interference with an individual's home and privacy. Article 17(2) of the Universal Declaration provides that "no one shall be arbitrarily deprived of his property". Article 25(1) also provides that "everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family..." similar provisions are found in the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights. It provides for the protection of the family (article 10); the right to an adequate standard of living, Shelter and food (article 11); the right to physical and mental health (article 12); the right to work (article 6); the right to education (article 13); and the right to pursue freely one's own economic, social and cultural development (article 1); the right to participate in cultural life (article 15). All of the above rights are inevitably violated to a greater or lesser degree when forced displacement occurs.

Displacement may also infringe on a number of other provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights...

The Freedom of movement is inherently breached when displacement occurs, not only because the displaced are restricted

invariably in their movement... but also **because they cannot exercise their right to return to their home country or principal area.**

(שם, בעמ' 736-737).

59. בהתאם למשפט הבינלאומי, זכותו של אדם שלא להיות מורחק מביתו ומאזור מגוריו הינה זכות יסוד מרכזית ומהותית. כך נוסח עקרון מרכזי זה על ידי ועדת האו"ם לזכויות-אדם:

Every human being shall have the right to be protected against being arbitrarily displaced from his or her home or place of habitual residence.

[...]

Competent authorities have the primary duty and responsibility to establish conditions, as well as provide the means, to allow internally displaced persons to return voluntarily, in safety and with dignity, to their homes or places of habitual residence.

(UN Commission on Human Rights – Economic and Social Council, *Guiding Principles on Internal Displacement*, E/CN.4/1998/53/Add.2 (1998)).

60. בנוסף, פוגעת החלטת המשיב בזכותו של העותר לחיות עם רעייתו וילדיו. הזכות לחיי משפחה, הכוללת את הזכות של הורים לחיות עם ילדים, ושל בני זוג זה עם זה, היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. כנגד זכות זו מוטלת על המשיב החובה לכבד את התא המשפחתי.

61. תקנה 46 לתקנות האג, המהווה דין בינ"ל מנהגי, קובעת:

יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומנהגי הפולחן.

62. גם במשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי, תחת כלל 105 למחקרו של הצלב האדום, מודגש נושא זה:

Family life must be respected as far as possible.

(Henckaerts J.M. Doswald-Beck L. *Customary International Humanitarian Law*. Vol I: Rules. ICRC (2005). pp. 379-383).

ובית המשפט הנכבד פסק פעמים חוזרות ונשנות כי:

ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות. (בג"צ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים** פ"ד נג(2) 728, 787).

ר' עוד:

סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית 1949;

סעיף 10 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות 1966;

סעיפים 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966; ;
 סעיף 12 וסעיף 16(3) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948; ;
 סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם 1950.

63. בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים, ובמיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין **עדאלה** (בג"צ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2) 1754).

כך, למשל, כותב הנשיא ברק, בסעיף 25 לפסק דינו:

חובתנו הראשונית והבסיסית לקיים, לטפח ולשמור על התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית - הלוא היא המשפחה הטבעית. [...]

הקשר המשפחתי... מונח ביסוד המשפט הישראלי. למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם.

כידוע, בעניין **עדאלה** נדחתה בסופו של דבר העתירה, כיוון שחלק מן השופטים, אשר סברו (כמו רוב השופטים) כי קיימת לכל אדם זכות בסיסית וחוקתית לחיי משפחה, סברו כי על אף חשיבותה ומרכזיותה של זכות זו, שיקולי ביטחון כבדי משקל עשויים בנסיבות מסוימות להתיר פגיעה בה אם זו מעוגנת בחקיקה ראשית.

ג. גירוש העותר – בחוסר סמכות

64. לטענת העותרים, גירושו של העותר נעשה בחוסר סמכות. זאת, מאחר שהשינויים שהתרחשו מאז הלכת עפו, מחייבים כיום את המסקנה, כי פעולה כיום על פי תקנה 112 היא בטלה – בין משום שהתקנה בוטלה ממילא על ידי הכובש הבריטי, ובין משום שהיא נוגדת את אמנת גינבה הרביעית.

(i) ביטול תקנה 112 על ידי המנדט הבריטי

65. כאמור, תקנות ההגנה שעת חירום, ובהן תקנה 112, בוטלו במאי 1948 על ידי המנדט הבריטי. בשנת 1967 הובהר בצו בדבר פרשנות, כי לביטול זה לא היה תוקף מאחר שלא פורסם בעיתון הרשמי. מדובר ב"הצהרה" בלבד, ולא בדבר חקיקה המכונן סמכות. כך נקבע גם בפסיקת בית המשפט בפרשת **נזאל**.

66. לאור ההתפתחויות החוקתיות במשפט הישראלי בדבר מעמדן של זכויות האדם, וההלכה לפיה חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם משליכים על פרשנות קיימת לדברי חקיקה קיימים, סבורים העותרים כי יש לעיין מחדש בהלכת **נזאל**.

67. בפרשת **נזאל**, שפסק הדין בה ניתן לפני כ-25 שנים, לא נבחנה הטענה לפיה החקיקה הבריטית עצמה לא חייבה פרסום הוראה על מנת שזו תיכנס לתוקף. כך נאמר למשל בתקנה 4(5) לגבי הוראה **הפוגעת בזכויות האדם**, ומכאן שקל וחומר שאמור הדבר להיות לגבי הוראה **המיטיבה עם זכויות האדם**. גם תקנה 4(2) לא חייבה כלל שתעודה כלשהי תפורסם, על מנת להיכנס לתוקף.

כלומר, על פי תקנות ההגנה עצמן, הוראה שלא פורסמה היא בעלת תוקף. מכאן, שביטול דבר המלך הינו הוראה בעלת תוקף תחיקתי מחייב, שלא עמדה בתוקפה עד לכיבוש השטחים בידי ישראל, ומכאן שלא עמדה בתוקפה בעת הוצאת הצו בדבר פרשנות. כאמור, טענה זו לא נבחנה בפרשת **נזאל**.

נזכיר, כי הטענה שכן נבחנה בפרשת **נזאל**, היא כי מעמד הצו בדבר פרשנות הוא דקלרטיבי. בית המשפט הכיר באותה פרשה בכך שתקנה 112 עומדת בתוקפה לא בשל הצו בדבר פרשנות, אלא מאחר שנפסק כי דבר המלך המבטל היה חסר תוקף. בהמשך לאמור לעיל, עם הכיבוש הישראלי של השטח, על מנת לגרש אדם היה צורך באקט חקיקתי חדש, שיאפשר (מבחינת הדין המקומי) גירוש אל מחוץ לשטח – וחקיקה כזו לא נעשתה.

68. אכן, ניתן לטעון כי חוק המאפשר הריסת בית, שלא הובא לידיעתו של אדם, הוא חסר תוקף, על אף שהתקנות לא דרשו את פרסומו. כך נובע מן הכלל הבסיסי בדבר תוקפה של חקיקה נסתרת: כי לא ניתן יהיה לחייב, להעניש או לבוא בטענה כלשהי נגד אדם, מכוח דבר חקיקה שלא פורסם.

69. אלא שיהיה זה אבסורד לטעון, כי בשם עקרון נאור ודמוקרטי זה, אין להיטיב עם זכויות האדם, מאחר שביטול הפגיעה בהן לא נעשה בדרך הנהוגה.

כאמור, העיקרון לפיו חקיקת סתר היא חקיקה בטלה, נועד להגן על הפרט מפני השלטון. עיקרון זה לא נועד להגן על השלטון מפני עצמו (והכובש הישראלי בא בנעלי הכובש הירדני, שבא בנעלי הכובש הבריטי). בוודאי שהדבר לא נועד לעשות זאת – 20 שנים לאחר שבוטל כבר!

70. עם השינוי החוקתי בדבר זכותו של אדם לגור בביתו ולחזור לארצו, יש לבחון מחדש את יישומו של עקרון בטלותה של "חקיקת סתר", כאשר "חקיקת הסתר" היא למעשה חקיקה המגבילה את השלטון ומיטיבה עם זכויות אדם, שלא פורסמה בשל קשיים ביטחוניים לפעול במקום, ושמלכתחילה לא נדרש לה פרסום לפי החקיקה המקומית.

71. אכן, מדובר בפגם פרוצדוראלי, שהרי ראוי היה לפרסם את דבר המלך המבטל. עם זאת, לפי עקרון הבטלות היחסית, אין לקבל את הטענה כי פגם זה מצדיק את בטלות דבר המלך המבטל. יש לקבוע, לאור מעמדן החוקתי של זכויות האדם, כי דבר המלך המבטל עומד בתוקפו, ומכאן, שתקנה 112 בטלה.

(ii) איסור גירוש משטח כבוש באמנת ג'נבה

72. העותרים סבורים כי השינויים שחלו בדיני זכויות האדם בישראל; ההתפתחות במעמדה של אמנת ג'נבה במשפט הבינלאומי כדין מנהגי; הביקורות שנמתחו על הלכת עפו; לשונו הרחבה של סעיף 49 לאמנת ג'נבה; ומקורו ההיסטורי בשנת 1934 – מצדיקים, יחדיו, לבחון מחדש את הלכת עפו, אשר למעשה אישרה הלכות מוקדמות יותר.

לחלופין, יש לקבוע כי גירוש כאמור אסור מכוח סעיף 78 לאמנת. כאמור, הלכת עפו לא עסקה בסעיף זה וביחס שבינו לבין תקנה 112; כפי שיובהר להלן, לימים קבע בית המשפט, בפרשה אחרת, כי סעיף 78 קובע כי לכל היותר, ניתן לתחום את מגוריו של אדם בשטח הכבוש.

(1) ביקורת על פרשנות סעיף 49 לאמנה

73. כבר עם קבלת הלכת עפו, נמתחה ביקורת על הפירוש שהוענק לסעיף 49 לאמנה. כך למשל, בעניין עפו עצמו, קיבל השופט בך, בדעת יחיד, את טענות העותרים, לפיהן יש לסטות מהלכות ישנות של בית המשפט בעניין פירוש סעיף 49. זאת, בשל לשונו הברורה של סעיף 49 ולאור סעיפים אחרים באמנה, כמו סעיף 78 (אליו לא התייחסה דעת הרוב). הפרשנות ההיסטורית של האמנה – כאילו באה להגן רק מפני מעשי זוועה דוגמת מעשי הנאצים – אושרה אמנם, אך נאמר כי מאחר שיש לפרש אמנה בתום לב, נוכח הקשרה ומטרתה, אין להגביל את הסעיף הרחב למעשי הנאצים.

74. כזכור, סעיף 49 לאמנת ג'נבה חובר זמן רב לפני תחילת מלחמת העולם השנייה, בשנת 1934, בטיטוט טוקיו של הצלב האדום. משכך, בהקשר ההיסטורי, כלל לא עמדו לנגד מנסחי הסעיף זוועות הנאצים.

75. דעה דומה הושמעה בבג"ץ 698/80 **קוואסמה נ' שר הביטחון**, פ"ד לה(1) 617, על ידי כב' השופט ח' כהן:

מעשי הזוועה שימשו עילה רק לאיסור "ההעברות ההמוניות" ולא שימשו עילה לאיסור הגירושים. ואם תמצוי לומר, שמעשי זוועה גרמניים נעשו לא רק בהמונים כי אם גם ביחידים, אף אני אשיב, שגם איסור ההעברות – להבדילו מאיסור הגירושים – חל מפורשות לא רק על המונים כי אם גם על יחידים. אלא העברות הכפייה הן הן שהאמנה אסרתן על מנת שלא יישנו עוד לעולם מעשי הזוועה הגרמניים, ואילו הגירושים של בני-אדם מוגנים נאסרו ללא כל קשר מוכח או הכרחי עם מעשי זוועה, חלילה, או אף משום מעשה דומה לו, אלא יש גירושים המוכרים במשפט העמים המנהגי ובמשפטיהן של רובן ככולן של המדינות כחוקיים וככשרים למהדרין. אין אני רואה צורך לטרוח ולחקור, מה הניע את בעלי האמנה להכניס את איסור הגירושים לתוך סעיף 49 בנוסף על איסור העברות הכפייה: דייני במה שעניי רואות בלשון האמנה, והוא איסור העברות כפייה לחוד ואיסור גירושים לחוד וההפרדה בין שני איסורים אלה מודגשת עוד על-ידי המלים: as well as.

(עמ' 637-638).

76. לביקורת נוספת, ר' גם י' דינשטיין, "גירושים משטחים מוחזקים" **עיוני משפט** יג (התשמ"ח) 403; וכן Yoram Dinstein, **The International Law of Belligerent Occupation** (2009), pp. 164-168.

77. לימים, דחה בית המשפט את הקו הפרשני שהנחה את בית המשפט בפרשת עפו, קו לפיו יש לפרש את האמנה רק על רקע מעשי הזוועה שעשו הנאצים. כך, למשל, בעניין סעיף 34 לאמנה, שאוסר על תפיסת בני ערובה, דחה בית המשפט את הטענה שיש לפרש את האמנה רק על רקע התנהלות הנאצים, שתפסו בני ערובה והוציאו אותם להורג כאמצעי לחץ על לוחמי מחתרת להסגיר את עצמם (דני"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721 (להלן: **הלכת פלונים**), 742, 765-766).

(2) סעיף 78 לאמנת ג'נבה בפסיקת בית המשפט

78. כאמור, דעת הרוב בפרשת **עפו לא** עסקה ביחס שבין תקנה 112 לסעיף 78 לאמנה. לימים, זכה סעיף 78 להתייחסות נרחבת מצד בית המשפט.

79. בבג"ץ 7015/02 **עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד נו(6) 352 (להלן: **פרשת עג'ורי**), ביסס בית המשפט את פסק דינו, שעסק בצווי "תיחום מגורים" לפלסטינים ברצועת עזה, על סעיף 78 לאמנה. ועל כך נאמר שם:

מה שנאסר על פיה [הוראת סעיף 78] אסור גם אם הוראה כללית עשויה לכאורה להתפרש כמתירה אותה, ומה שהותר על פיה מותר, גם אם הוראה כללית עשויה לכאורה להתפרש כאוסרת אותה.

(עמ' 367).

ועוד נאמר שם כי –

... סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית מהווה הן מקור להגנה על זכותו של הנעבר והן מקור לאפשרות הפגיעה בזכות זו. דבר זה בא לידי ביטוי, בין השאר, בהוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית עצמה, הקובעת כי האמצעים הנקבעים על ידה הם האמצעים שהמעצמה הכובשת (כלומר, המפקד הצבאי) רשאית "לכל היותר" (at most) לבצע. (ההדגשה הוספה).

ובמקום אחר נאמר –

מסקנה זו מתחייבת מתפיסתה של אמנת ג'נבה הרביעית, הרואה באמצעים של מעצר ותיחום מגורים כאמצעים החמורים והחריפים ביותר שהמעצמה הכובשת יכולה לנקוט כלפי תושבים מוגנים.

(עמ' 371, ההדגשה הוספה).

80. בית המשפט חזר על הלכה זו בבג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**, פ"ד נו(2) 349, 366. מאז, בכל פסקי הדין בהן אושרה העברת פלסטינים בכפייה לרצועה, לא נעשה הדבר על בסיס הלכת **עפו** (שהשפעת הלכת **עג'ורי** עליה הושארה בצריך עיון), אלא על בסיס סעיף 78.

(3) התפתחויות במשפט הבינלאומי

81. כאמור, הלכת עפו, אשר נקבעה בשנות השמונים, התבססה על ההנחה, שאמנת ג'נבה היא דין הסכמי. להנחה זו הייתה שותפה גם דעת היחיד של השופט בך, אשר הצטרף לתוצאת פסק הדין.

82. מאז חלו התפתחויות במשפט הבינלאומי בסוגיה זו. שוב ושוב נפסק, בבית המשפט הבינלאומי לצדק ובבית המשפט הבינלאומי לפשעי מלחמה שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר, כי אמנה זו היא בעלת אופי מנהגי. ראו:

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

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- decision in PROSECUTOR v. DUSKO TADIC a/k/a/ Dule of 7.5.1997 par. 4, 558, 559 and in detail in par 577.

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.

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

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

(4) התפתחויות במשפט החוקתי הישראלי

83. במקביל, חלו גם התפתחויות בדין החוקתי הישראלי. זכותו החוקתית של אדם להיכנס לארצו עוגנה בסעיף 6(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. במקביל, הכיר בית המשפט גם במעמדה החוקתי של זכותו של אדם להתגורר בביתו ולחיות את חייו יחד עם משפחתו (בג"ץ עג'ורי; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, תק-על 1754 (2)2006).

84. ברי, כי שינויים אלו משפיעים גם הם על זכויותיהם של תושבי השטחים הכבושים, באופן המחייב פרשנות חדשה לתקנה 112, ואף את ביטולה כליל.

(5) הצורך בבחינת הלכת עפו מחדש

85. נוכח האמור לעיל, סבורים העותרים כי יש לבחון מחדש את הפרשנות שהוענקה לסעיף 49. יש להעניק לסעיף פרשנות חוקתית, התואמת את חוקי-היסוד ואת הפסיקות הרבות בדבר מעמדה של אמנת ג'נבה. כמו כן, יש להעניק לאמנה פרשנות על רקע לשונה הרחבה ובשים לב

להוראת סעיף 78. נזכיר, כי סעיף 49 אוסר, בלשון גורפת, על איסור הוצאת אדם משטח כבוש, "יהיה המניע אשר יהיה", כולל על גירוש יחידים ממנו. מקורו בטיוטת טוקיו משנת 1934, ואין הוא קשור דווקא לזוועות שביצעו הנאצים. ממילא, כדברי השופט בך בפרשת **עפו**, יש לפרש אמנה בתום לב, בהתאם להקשר הרחב שלה.

86. עוד נזכיר, כי בית משפט זה דחה, בפסיקה מאוחרת יותר, את הטענה שיש לפרש את האמנה על רקע הזוועות שביצעו הנאצים (פס"ד **פלונים** הנזכר לעיל).

87. מהטעמים הללו, סבורים העותרים כי יש לעיין מחדש בפרשת **עפו**, כך שייקבע כי גירוש תושב מוגן מחוץ לשטח הכבוש אסור על פי סעיף 49.

6) איסור על גירוש מחוץ לשטח מכוח סעיף 78 לאמנה

88. לחלופין, יש לקבוע כי גירוש תושב מוגן מחוץ לשטח הכבוש, אסור מכוח סעיף 78 לאמנה. כאמור, בית המשפט לא התייחס לסעיף 78 בפרשת **עפו**. עם זאת, בפרשת **עג'ורי** נקבע במפורש, כי לכל היותר, אם טעמי ביטחון דורשים זאת, ניתן לתחום מגורים בשטח הכבוש או לעצור את האדם.

89. משכך, אם לא מכוח סעיף 49 (והעותרים סבורים שבסעיף 78 יש כדי להשליך על הפרשנות הראויה לסעיף 49), אזי מכוח 78, יש לבטל את גירושו של העותר ולאפשר לו לחזור לארצו.

ד. פגמים בהחלטת המשיב לפי תקנה 112

90. יתרה מכך, אף אם יקבע כי המשיב מוסמך לגרש את העותר (אז ועתה), יש לבטל את החלטת המשיב לגופה, בשל פגמים פרוצדוראליים ובשל היותה בלתי מידתית ובלתי סבירה.

91. ראשית, עד היום לא ידוע לעותרים האם אכן נחתם צו גירוש נגד העותר. כאמור, בהיעדר צו גירוש חתום, אין המשיב יכול למנוע מהעותר – תושב מוגן בעל מעמד בשטחים הכבושים – מלהיכנס לארצו.

92. שנית, לעותר לא נערך כל שימוע עובר לגירוש, ואף לאחר מכן. מדובר בפגיעה חמורה, בת 25 שנים, בכללי הצדק הטבעי ובזכות השימוע, אם לא לפני הגירוש, לכל הפחות בדיעבד.

93. שלישית, לגופו של עניין, החלטת המשיב להותיר את העותר תחת גירוש, צריכה להתקבל על סמך ראיות ממשיות ומבוססות, המצביעות על סכנה עדכנית וממשית מהעותר. נזכיר כי העותר הוא אדם חולה, בן 63, המצוי בירדן מזה שנים, ושלא הועלתה כל טענה נגדו.

94. רביעית, על המשיב לאזן בין החשש האמור, ככל שהוא קיים, לבין הפגיעה בזכויות העותר. העותר הוא אדם מבוגר הסובל מבעיות רפואיות, ושגורש מארצו לפני 25 שנים. רעייתו וילדיו בגדה. אחיו ואחיותיו בגדה. אמו, שחייתה גם היא בגדה, נפטרה לפני מספר שנים ומהעותר נבצר להיכנס להלווייתה.

95. ברי, כי מדובר בהחלטה בלתי סבירה ובלתי מידתית. לעניין זה נזכיר כי נפסק כבר ש :

לעניין עוצמתה של הפגיעה בזכות – או "מידתיות" של הפגיעה – יש לשקול גם את משך הזמן של ההגבלה. ככל שמשך הזמן של ההגבלה ארוך יותר, גדלה עוצמת הפגיעה. לא הרי הגבלה על זכות היציאה מן הארץ למספר ימים כהגבלה למספר חודשים או אפילו שנים.

(בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695 (2002). ר' גם בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, 331; בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, 1127).

סיכומם של דברים

96. עתירה זו נסבה על החלטת המשיב, לפני 25 שנים, לגרש את העותר מביתו, בניגוד לדין הבינלאומי וללא עמידה בתנאים פרוצדוראליים בסיסיים. ממילא, חלוף הזמן פוגע באופן בלתי מידתי ובלתי סביר בזכויות העותר, ומטה את הכף לזכותו לשוב למולדתו כדי לחיות כאן בערוב ימיו, לצד יקיריו ובנופי ילדותו.

97. המשיב נמנע מזה למעלה מחמש שנים מלהשיב לפניות העותרים. מדובר באי-מענה ממושך, החורג בצורה בלתי מתקבלת על הדעת ממשך הזמן הסביר בו נדרש אדם להמתין לתשובה בעניינו. העותרים קיוו כי ניתן יהיה לפתור את הפרשה ללא עירוב בית המשפט, אולם נוכח התנהלות המשיב, אין להם עוד מנוס מהגשת העתירה.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד בירדן ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת יפוי הכוח שאף הוא ניתן בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין באי כוחו.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיב, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

אלעד כהנא, עו"ד

ב"כ העותרים

2 בספטמבר, 2010

[ת.ש. 9826]