



המוקד להגנת הפרט

مركز الدفاع عن الفرد

רחוב אבו עוביידה 4
ירושלים 97200
טל. 02.6283555
פקס. 02.6276317

شارع أبو عبيده ٤
القدس ٩٧٢٠٠

הاتف. ٠٢. ٦٢٨٣٥٥٥
فاكس. ٠٢. ٦٢٧٦٣١٧

mail@hamoked.org.il
www.hamoked.org.il

תאריך: 19.12.2018
בתשובה נא לציין: 31451

בדואר רשום
ובפקס: 02-5605000

לכבוד
מר בנימין נתניהו
ראש הממשלה ושר הביטחון
משרד ראש הממשלה
רחוב קפלן 3
ירושלים 9195015

מכובדי,

הנדון: מכתב מחאה והתרעה בדבר אישור הצעת חוק לגירוש משפחות מבצע
פיגועים בקבינט המדיני-ביטחוני ובוועדת השרים לענייני חקיקה

1. הרינו לפנות אליכם במכתב מחאה והתרעה, שעניינו פרסומים מטרידים בכלי התקשורת השונים, לפיהם, ביום 16.12.2018, בניגוד מוחלט ליעוץ המשפטי והביטחוני שניתן על ידי הגורמים המקצועיים הרלוונטיים האמונים על הנושא, אישרו הקבינט המדיני-ביטחוני (להלן: **הקבינט**) וועדת השרים לענייני חקיקה (להלן: **הוועדה**), את הצעת החוק לגירוש משפחות מפגעים. לא זו אף זו, דווח כי הצעת החוק אושרה בקריאה טרומית ביום 19.12.2018.

2. מהפרסומים עולה כי הצעת החוק שבנדון, עניינה בהעברתם בכפייה של תושבי השטחים הכבושים, קרובי משפחה של מבצעי פיגועים, ממקום מגוריהם בגדה המערבית למקומות אחרים בגדה המערבית או בהעברתם בכפייה מהגדה המערבית לרצועת עזה. עוד מלמדים הפירסומים הנ"ל כי קיימת תמימות דעים בין גורמי המשפט וגורמי הביטחון האמונים על הנושא כי מדובר בהצעת חוק שאין לה מקום וכי לפנינו הצעה פסולה מן היסוד מבחינה משפטית וביטחונית כאחד. כאמור לעיל, בניגוד ליעוץ המשפטי והביטחוני המקצועי שניתן לקבינט ולוועדה, התעלמו אלו מחוות הדעת הברורות והמשיכו בקידום הצעת החוק.

3. נוכח ההתעלמות מהיעוץ המקצועי שניתן לקבינט ולוועדה מגורמי הביטחון והמשפט האמונים על הנושא, אנו רואים לנכון ליידע את כבודו ולהתריע על כך שמדובר בהצעת חוק המנוגדת לכל דין. מדובר בהצעת חוק שלקידומה ולקבלתה תיתכנה השלכות מרחיקות לכת, שסופן מי ישורנו, הן על מדינת ישראל והן על הפרטים המעורבים, בין השאר, בהליך חקיקתו של החוק, קידומו ויישומו והכל כפי שיפורט להלן.

4. אין צורך להכביר מילים בדבר חומרת הצעד הדרקוני שעניינו העברתם של אנשים בכפייה מביתם למקומות אחרים בשטחים הכבושים, ובפגיעתו האנושה של צעד זה בכל היבט של חייהם וזכויותיהם. משמעותה של ההעברה בכפייה, ובפרט של חפים מפשע מביתם, ותהא הסיבה לכך אשר תהא, היא הפרדתם ממשפחותיהם, הרחקתם מקניינם ורכושם, ממקורות פרנסתם, מסביבתם הפיזית והחברתית, והפיכתם לבני-בלי-בית. נקטת צעד כה דרקוני פוגעת קשות בזכויות אדם בסיסיות ביותר ובראשן הזכות לכבוד, לחרות ולקניין.

5. הצעת החוק שבנדון באה לעולם בחטא ומוטב היה לה שלא נבראה משנבראה, ומשנבראה מן הראוי כי תיגנו בהקדם האפשרי, ויפה שעה אחת קודם. הצעת החוק שבנדון, המבקשת להכשיר צעד דרקוני, הפוגע בזכויות אדם באופן כה אנוש, עומדת בסתירה מוחלטת לדין הישראלי, לדין ההומניטארי הבינלאומי ולמשפט הפלילי הבינלאומי, על כל המשתמע מכך. נסביר.

האיסור המוחלט על העברה בכפייה של תושב מוגן לפי סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949)

6. סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית אוסר באופן מפורש על העברתם בכפייה של תושבים מוגנים בשטח הכבוש. האיסור חל על כל סוג של העברה בכפייה וגירוש: **בין של יחידים ובין של רבים**; בין משטח כבוש לשטח המדינה הכובשת, בין משטח כבוש לשטח ריבוני של מדינה זולת המדינה הכובשת, **ובין בתוך השטח הכבוש עצמו**; ותהא הסיבה אשר תהא.

7. החריג היחיד שנקבע לאיסור זה מתיר פינוי חלקי וזמני של אזור מסוים מהאוכלוסייה האזרחית שבו, כאשר הדבר נדרש למען ביטחון האוכלוסייה, או מטעמים צבאיים החלטיים.

8. האיסור על העברה בכפייה הוא מהחמורים שבאמנת ג'נבה. הפרתו נחשבת להפרה חמורה, לפי סעיף 147 לאמנה. משמעות הדבר היא, כי מי שביצע או הורה על ביצוע העברה בכפייה של תושב מוגן נושא באחריות פלילית אישית למעשיו, וכל אחד מבעלי האמנה מחויב לחפש ולהעמיד לדין כל אדם כזה, ללא התחשבות באזרחותו.

9. בנקודה זו אנו רואים לנכון להתריע בפניך ובפני כל מי ששותף לקידום הצעת חוק זו כי על פי חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי – חוקה שמדינת ישראל אמנם לא אישרה אולם חתמה עליה, ולהווי ידוע כי כיום בית הדין אף מנהל בדיקה מקדימה בעניינה של ישראל – נקבע כי העברה בכפייה של תושבים מוגנים היא פשע מלחמה, שבית הדין מוסמך לדון בו (סעיף 8(b)(viii)).

For the purpose of this Statute, "war crimes" means:

Other **serious violations** of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law, namely, any of the following acts:

The transfer, directly or indirectly, by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies, or **the deportation or transfer of all or parts of the population of the occupied territory within or outside this territory.**

תחולת סעיף 78 לאמנת ג'נבה והשינויים שחלו בשטח מאז הלכת עגורי

10. סעיף 78 לאמנת ג'נבה מתיר למפקד הצבאי של שטח כבוש לקבוע, כי תושב מוגן יתגורר באזור מסוים בתוך השטח הכבוש. **זאת בתנאי שהאדם עצמו מהווה סיכון לביטחון האזור וכי צעד זה ינטרל סיכון זה.** על המפקד הצבאי נאסר ליישם סמכות זאת על-מנת לעקוף את הוראות סעיף 49 לאמנה, האוסר על גירוש תושבים מוגנים:

...As we are dealing with occupied territory, the protected persons concerned will benefit by the provisions of Article 49 and cannot be deported; they can therefore only be interned, or placed in assigned residence, within the frontiers of the occupied country itself.

(Commentary on the Geneva Convention, Jean S. Pictet, 1958, 368 בעמ' 1958).

11. בית המשפט הכריע בבג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו (6) 352 (להלן: עניין עג'ורי), כי צווי ההעברה בכפייה לרצועת עזה שהוצאו לחלק מהעותרים שהתגוררו בגדה המערבית, עומדים בתנאי של סעיף 78 לאמנת גינבה, ועל כן הינם חוקיים. ברם, הכרעה זו התבססה על שלוש קביעות. הקביעה הראשונה הייתה שרצועת עזה והגדה המערבית מהוות יחידה טריטוריאלית אחת. הקביעה השנייה הייתה שמהעותרים עצמם נובעת סכנה והקביעה השלישית הייתה שצעד זה יסייע בסילוק הסכנה הנובעת מהעותרים, ולכן העברתם בין אזורים אלה, אינה בגדר "גירוש" אל מחוץ לשטח הכבוש, פעולה שנאסרה לפי סעיף 49 לאמנת גינבה (סעיפים 20-23 לפסק הדין).

12. דא עקא, שהצעת החוק המבקשת להכשיר העברה בכפייה של תושבים מוגנים בתוך השטח הכבוש אינה עומדת בתנאים אלו.

13. כך, בין השאר, לא ניתן לטעון כי הצעת חוק המבקשת להסמיך את המפקד בשטחים הכבושים להעביר בכפייה תושבים מוגנים חפים מפשע ממקום מגוריהם למקום אחר בשטח הכבוש עומדת בגדרי סעיף 78 לאמנת גינבה; ובהיעדר תחולה לסעיף 78, הרי שהדין החולש על החלטתו של המפקד הצבאי הוא סעיף 49 לאמנת גינבה, האוסר עליה מכל וכל. כמו כן וכמצוין לעיל, חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי קובעת כי מדובר בצעד העולה כדי פשע מלחמה הנושא עימו אחריות אישית כלפי המעורבים באישורו של הצעד הדרקוני וביצועו, על כל המשתמע מכך.

14. כמו כן, אף חוות דעתם המקצועית של ראשי מערכת הביטחון מבהירה מעבר לכל ספק כי הצעת החוק שבנדון עומדת בסתירה מוחלטת להלכה שנקבעה בעניין עג'ורי. שכן, לעמדתם אפילו המטרה המוצהרת שמבקשת הצעת חוק מגונה זו כביכול לקדם – הרתעה – אינה מתקיימת. כך הבהירו ראשי זרועות הביטחון האמונים על הנושא.

15. בעניין עג'ורי נקבע באופן חד משמעי כי כאשר מדובר בתושבים מוגנים חפים מפשע, אין להעבירם בכפייה ממקום מגוריהם ותהא הסיבה לכך אשר תהא.

16. למעלה מן הצורך נבקש להדגיש בפניכם נקודה נוספת. חוות דעתם המקצועית של ראשי מערכת הביטחון בדבר (אי) יעילות הצעת החוק וקביעות בית המשפט בעניין עג'ורי מובילות למסקנה נוספת. האיסור על העברה בכפייה חל אף במקרים של בני משפחה שאינם חפים מפשע. בעניין עג'ורי נקבע כי נקיטת צעדים מסוג זה אסורה באם אין בצעדים אלו בכדי לסייע לניטרול הסיכון הנטען. כאמור, מחוות דעתם של הגורמים המקצועיים שהובאו בפניכם עולה בבירור כי לא זו בלבד שהעברתם בכפייה של תושבים מוגנים בשטח הכבוש לא תסייע לעניין ההרתעה אלא אף תביא לפגיעה במטרה זו.

17. הנה כי כן, מהאמור לעיל עולה, כי הצעת החוק שאושרה השבוע בקבינט ובוועדה, היא הצעת חוק פסולה מן היסוד העומדת בסתירה מוחלטת לחוות הדעת המקצועיות הרלוונטיות והיא מנוגדת בתכלית לדין הישראלי, לדין ההומניטארי הבינלאומי ולדין הפלילי הבינלאומי.

פגיעה בזכויות אדם

18. הצעת החוק שבנדון פוגעת באופן אנוש בזכותו של אדם לכבוד, לחירות ולקניין ועל כך אין צורך להכביר במילים. די אם נסתפק לעת הזאת בהפנייה לסעי' 14-15 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק כתוארו אז, בעניין עג'ורי.

ענישה קולקטיבית ושיקולים זרים

19. הצעת החוק מבקשת להכשיר כאמור את העברתם בכפייה של בני משפחות של מבצעי פיגועים, על אף היעדר כל מעורבות אישית שלהם בביצוע הפיגוע. על אף השימוש באצטלה של צורך ב"הרתעה" נראה לכאורה כי לפנינו הצעת חוק שמטרתה היא נקמה וענישה קולקטיבית. יותר מכל מעידה על העניין, חוות דעתם המקצועית של הגורמים המשפטיים והביטחוניים שעסקו בנושא.

20. ענישה קולקטיבית אסורה במשפט הבינלאומי במסגרת דיני המלחמה וכן במשפט הבינלאומי לזכויות האדם. עקרון העל האוסר על שימוש באמצעי ענישה גורפים ושרירותיים הפוגעים בקבוצות שלמות של אנשים, מהווה גם חלק חשוב מכללי המשפט הבינלאומי המנהגי.

21. במסגרת זו, קובעת תקנה 50 לתקנות האג:

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

ובסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית נקבע:

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.** Pillage is prohibited.

22. יש לציין, כי בניגוד לפרשנות שניתנה על ידי בית המשפט להוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 – כמתירה פעולות הרתעה כגון הריסת בתים, גם כאשר אלו פוגעות בחפים מפשע – הרי שהסמכות לפי תקנה 112 בנוגע לגירוש פורשה כמשתרעת אך ורק על **אותו אדם** שמעשיו-הוא עלולים לסכן את ביטחון האיזור:

... 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 האיזור, וכי אמצעי זה נראה בעיניו חיוני לצורך ניטרול של סכנה זו (בג"ץ 814/88 נסראללה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד מג(2) 265, 271).

23. כך נקבע גם לגבי השימוש בסעיף 78 לאמנת ג'נבה:

תנאי הכרחי לכך שיהא ניתן לתחם את מקום מגוריו של אדם על-פי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית הינו כי מאותו אדם עצמו נשקפת סכנה, וכי תיחום מקום המגורים יסייע בהסרתו של סיכון זה. נמצא כי ביסוד הפעלת שיקול-הדעת בדבר תיחום המגורים מונח השיקול הבא למנוע סכנה מהאדם שאת מגוריו מבקשים לתחם. אין לתחום מקום מגורים של אדם תמים שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה אך משום שתיחום מקום מגוריו יביא להרתעתם של אחרים. (עניין עג'ורי, עמ' 370).

24. ברי על כן, כי גם אם בבסיס הצעת החוק היה עומד הרצון ליצור הרתעה, עדיין מדובר באקט דרקוני ופסול מן היסוד. דא עקא, נראה כי הצעת החוק שבנדון אינה נובעת מצורך ממשי בהרתעה כלל ועיקר כפי שעולה מחוות דעתם של גורמי הביטחון, אלא מהצורך בריצוי דעת הקהל וכניעה לקבוצות לחץ. בפסק דין שניתן לאחרונה בעניין הריסת ביתו של מפגע התייחס אף בית המשפט לעניין והבהיר את הבעייתיות העולה מתוך התערבות של מי שאינם גורמים מקצועיים:

... כאשר הרתעה היא העומדת ביסוד הדברים הרי שעמדתם של בני המשפחה השכולים – הגם שהיא חשובה ומשמעותית במישור הרגשי ובמישור העונשי (כאשר מתקיים הליך פלילי) – אינה בעלת עדיפות מיוחדת. לאמיתו של דבר, עמדה עצמאית ולעומתית שלהם לעמדתה של מערכת הביטחון אף עלולה להטיל צל של תכלית ענישתית על השימוש בצווי ההריסה, וזאת בניגוד לעמדה המוצהרת של גורמי הביטחון.

(מתוך פסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז בבג"ץ 7961/18 נעאלווה ואח' נ' המפקד הצבאי לגדה המערבית ואח') (פורסם בנבו).

25. נוכח כל האמור אנו רואים חובה למחות ולהתריע על כך כי אין די בשימוש ברטוריקת הרתעה על מנת לפטור את המעורבים בקידום הצעת החוק מהחובות המוטלות עליהם. על קובעי המדיניות מוטלת האחריות הכבדה מנשוא, להתמיד ולפעול בגדרי החוק, הפסיקה והדין ההומניטארי הבינלאומי בהתאם לחובותיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כל זאת, מבלי להפחית כהוא זה מאחריותם לדאוג לשלום הציבור וביטחונו.

סיכום

26. נוכח אי החוקיות הברורה והחד משמעית הגלומה בהצעת החוק שקודמה על ידי הקבינט והוועדה כפי שפורט בהרחבה לעיל ושעליה אנו מוחים, ולאור ההשלכות הקשות ומרחיקות הלכת שתיתכנה לעניין ושעליהן אנו מתריעים, נבקש כי הצעת חוק פסולה זו תיגנז.

בכבוד רב,

דניאל שנהר, עו"ד
מנהל המחלקה המשפטית

העתקים:

ח"כ איילת שקד, שרת המשפטים ויו"ר ועדת השרים לענייני חקיקה – רח' צלאח א-דין 29, ירושלים 9711052 (בדואר רשום) ובפקס: 02-6285438
עו"ד ד"ר אביחי מנדלבליט, היועץ המשפטי לממשלה – בפקס 02-6467001

עו"ד אייל ינון, היועץ המשפטי לכנסת – בפקס 02-6753495
אלוף נדב פדון, המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית – בפקס 02-5305741
אלוף שרון אפק, הפרקליט הצבאי הראשי – בפקס 03-5694526

|