

בעניין:

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

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

העותרים

- נ ג ד -

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה

המשיבים

עתירה לצו על-תנאי ולצו ביניים

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

- א. למשיב 1 לנמק, מדוע לא יבוטל תיקון 84 לצו בדבר הוראות ביטחון, המקנה לו סמכות להורות על העברת תושב הגדה המערבית לרצועת עזה;
- ב. למשיב 1 לנמק, מדוע לא יבוטלו הצווים שהוציא כנגד העותרים 1 ו-2 (להלן: "העותרים") ושהוכתרו בכותרת "צו תיחום מקום מגורים", מדוע לא יימנע מהעברת העותרים בכפייה לרצועת עזה, ומדוע לא ישוחררו העותרים ממעצרם;
- ג. למשיב 2 לנמק, מדוע לא יימנע מלשתף פעולה עם העברת כפייה כאמור, על-ידי קבלת העותרים בשטח הנתון למרותו, אם יועברו לשם על-ידי המשיב 1.

העתירה לצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה לצו ביניים, שיורה למשיב שלא להעביר את העותרים לרצועת עזה עד לסיום הדיון בעתירה.

הנימוקים לעתירה לצו ביניים

עניינה של העתירה בהעברתם בכפייה של העותרים מתחום הגדה המערבית לתחום הרשות הפלסטינית ברצועת עזה. על-פי מה שפורסם בעיתונות, כבר הצהירה הרשות הפלסטינית על סירובה לשתף פעולה עם המשיבים ולקבל את העותרים לתחומה. מימוש הצווים בטרם נבחנו יהיה, על-כן, קשה וטראומטי לעותרים לא רק בשל עקירתם לאזור זר אלא גם משום שכלל לא ברור היכן יצטרכו לחיות וכיצד.

מנגד, מעבר הזמן לא יכביד על המשיבים. ההצעה לגרש בני משפחות של מפגעים מרחפת באוויר העולם מזה חודשים, ההחלטה ליישמה היא בת מספר שבועות, העותרים עצמם נעצרו לפני למעלה משלושה שבועות, והצווים בעניינם ניתנו רק שבועיים מאוחר יותר - לפני כשבוע וחצי. הנה כי כן, דרכם של המשיבים לא אצה להם, והם יוכלו להמתין עד להכרעת בית-משפט נכבד זה.

תוכן העתירה

מבוא	ע' 3
הצדדים	ע' 3
ההשתלשלות העובדתית	ע' 3
הטיעון המשפטי	ע' 5
טענות בנוגע להליך	ע' 5
ההליך בפני המפקד	ע' 5
הפרת כללי הצדק הטבעי: משוא פנים	ע' 6
פגיעות בזכות הטיעון	ע' 6
חומרת הסנקציה	ע' 13
חוסר סמכות בהוצאת צו ביחס לרצועת עזה	ע' 14
חריגה מהסמכות המהותית	ע' 15
אלמנט המניעה	ע' 15
פירוט לגבי "מסוכנותו" של העותר 1	ע' 16
פירוט לגבי "מסוכנותו" של העותר 2	ע' 19
חומר הראיות נגד העותרים לא הוכשר	ע' 20
הנורמות המשפטיות המתייחסות לקרוב משפחה	ע' 21
החובה לנהוג סלקטיביות בהפעלת סנקציות מנהליות	ע' 23
סיכום לעניין המסוכנות	ע' 25
אלמנט ההרתעה	ע' 26
הרתעה כשיקול אסור על-פי הפסיקה הישראלית הדנה בצווי הגבלה וגירוש	ע' 26
שיקולים שאינם נוגעים למסוכנות אישית: האיסור העקרוני במשפט הישראלי	ע' 27
שיקולים שאינם נוגעים למסוכנות אישית: האיסור במשפט הבינלאומי	ע' 29
טענת ההרתעה: אי-הוכחת האפקטיביות של הגירוש מבחינה עובדתית	ע' 30
האיסור על גירוש ועל העברת כפייה	ע' 32
רצועת עזה והגדה המערבית כשטחים כבושים נפרדים	ע' 32
העברת כפייה – בתוך השטח הכבוש – אסורה באותה מידה כגירוש אל מחוצה לו	ע' 34
גירוש של יחידים	ע' 36
האיסור על גירושים העברות כפייה כמעוגן במשפט הבינלאומי המנהגי	ע' 37
איסור הגירוש בדין הישראלי הפנימי	ע' 40
תוצאות ביצוע הצו: התנערות מאחריות לעותרים וחריגה ממידתיות	ע' 42
סיכום	ע' 44

מבוא

1. עניינה של עתירה זו בצעד חריג וחמור שבחר המשיב 1 לנקוט: גירוש של בני משפחות של מי שביצעו פיגועים, כשמטרת הגירוש היא הרתעת מפגעים פוטנציאליים, שיחששו מפגיעה בבני משפחותיהם. המשיב 1 מנסה להציל עצמו מהאי-חוקיות הבוטה של צעד זה באמצעות טענות בדבר אלמנט של מניעה אישית, הכרוך באקט הגירוש. כפי שנראה להלן, הטענות אודות מניעה הן ריקות מתוכן, ואפילו ועדת הערעורים לא ייחסה להן משקל. הפגיעה בעותרים, אפילו הייתה יעילה למטרות הרתעה (ודבר זה לא הוכח), היא אסורה.
2. אקט הגירוש אסור על-פי המשפט הבינלאומי המנהגי, נחשב לפשע מלחמה, וכאשר הוא מבוצע במסגרת מדיניות גם לפשע נגד האנושות. לא רק העותרים ומשפחותיהם ייפגעו מהגירוש. חיילי צה"ל וקציניו שיהיו מעורבים בגירוש עשויים למצוא עצמם מועמדים לדין בטריבונלים הדנים על-פי המשפט הפלילי הבינלאומי.

הצדדים

3. העותר 1 הוא תושב מחנה הפליטים עסכר שליד שכס. הוא בן 28, נשוי מזה 5 שנים, אב לשני ילדים, בני 4 ו-5, ובשבוע שעבר, בעודו במעצר, נולד לו ילד נוסף. עברו נקי לחלוטין. הוא אינו יודע קרוא וכתוב, ומתפרנס מעבודת כפיים בצבע ובבניין, ומפרנס את הוריו ומשפחתו. הוא עצמו בנה את דירתו בבית השיך לאביו, בקומה שלישית בבית. בליל מעצרו הרס צה"ל את בית המשפחה כולו.
- העותר 2 הוא תושב כפר תל שבנפת שכס. הוא בן 34, נשוי ואב ל-4 בנות ולתינוק כבן שלושה חודשים. בן נוסף שלו נפטר בתאונה בעת היותו בן שלוש שנים. מזה כשש שנים הוא עובד כמתדלק בתחנת דלק בשכס. בליל מעצרו הרס צה"ל את בית הוריו.
4. העותרת 3 היא ארגון זכויות אדם, העוסק בהגנה על זכויות אדם של פלסטינים בשטחים שנכבשו על-ידי ישראל בשנת 1967.
5. 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.
6. 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.

השתלשלות העובדתית

7. בלילה שבין ה-18 ל-19 ביולי, 2002, נעצרו העותרים על-ידי המשיב מבתיהם. באותו לילה נעצרו עוד 19 אנשים, חלקם מבני משפחות העותרים וחלקם בני משפחות אחרות. למחרת הודע בעיתונות, כי ישנה כוונה לגרש את כל העשרים ואחד לרצועת עזה. בהמשך אותו יום התקיים

דיון בלשכת היועץ המשפטי לממשלה, שהודיע בתקשורת, כי איש לא יגורש אך על סמך קרבת דם למחבל, אלא נדרשת זיקה אישית של המגורש לפיגועים.

8. בתאריך 19.7.2002, ולאור הדברים הנ"ל הוגשה לבג"ץ עתירה כנגד הגירוש: בג"ץ 6328/02. העותר 1 היה העותר 2 באותה עתירה, ואילו העותר 2 היה העותר 16. העותרת 3 היתה העותרת 17. העתירה נמחקה בתאריך 21.7.2002, לאחר שב"כ המשיבים הודיע כי נכון לאותה עת לא התקבלה החלטה על העברת מי מהעותרים לרצועת עזה, וכי אם תתקבל החלטה כזו, לא תתבצע עד תום 12 שעות ממסירתה לב"כ העותרים.

9. בתאריך 1.8.2002 חתם המשיב 1 על תיקון מספר 84 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון), תש"ל-1970 (להלן, בהתאמה: "תיקון 84" ו-"הצו בדבר הוראות ביטחון"). לפני התיקון רשאי היה מפקד להורות לאדם לגור "בתחומי של מקום מסוים באזור". התיקון מתיימר לאפשר למפקד להורות לאדם לגור גם במקום מסוים באזור חבל עזה. התיקון גם מאפשר את מעצרו של אדם לתקופה בלתי מוגבלת עד להעברתו למקום המגורים המיועד.

תיקון מס' 84 מצורף ומסומן ע'1.

10. באותו תאריך חתם המשיב 1 גם על צווים בנוגע לעותרים, שהוכתרו בכותרת "צו תיחום מקום מגורים". הצווים מורים שהעותרים יגורו בתחומים שבשליטת הרשות הפלסטינית ברצועת עזה לתקופה של שנתיים ימים.

הצווים מצורפים לעתירה ומסומנים ע'2 ו-ע'3.

11. למחרת היום הגישו העותרים לוועדת הערעורים שהוקמה (להלן: "הוועדה") ערעור על הצווים, וזאת בהתאם להוראת סעיף 86(ה) לצו בדבר הוראות ביטחון.

הערעור מצורף לעתירה ומסומן ע'4.

12. הוועדה התכנסה עוד באותו יום אחר-הצהרים בדלתיים סגורות במחנה עופר. בעקבות החלטת בית-משפט נכבד זה בבג"ץ, 6693/02 התקיימו רוב הדיונים שלאחר מכן בדלתיים פתוחות. חלק מהדיון נעשה במעמד צד אחד והיה חסוי. חלק אחר של הדיון, בו נחקר איש שב"כ נעשה בדלתיים סגורות. בני משפחה של העותרים הצליחו להגיע לדיוני הוועדה רק ביום הדיונים האחרון. הדיונים נמשכו עד לתאריך 8.8.2002.

החומר הגלוי שנמסר לעותרים ולוועדה בעניין העותר 1 מצורף ומסומן ע'5-א-ז.

החומר הגלוי שנמסר לעותרים ולוועדה בעניין העותר 2 מצורף ומסומן ע'6-א-ג.

פרוטוקולי הדיונים של הוועדה והחלטותיה מצורפים ומסומנים ע'7-א-ט.

13. לאחר תום הדיונים, בתאריך 12.8.2002, הגישו הצדדים סיכומים בכתב. העותרים צירפו לסיכומיהם נספח, שבית-המשפט מופנה במיוחד לעיין בו.

סיכומי העותרים מצורפים ומסומנים ע'8.

14. שעות ספורות לאחר הגשת הסיכומים המפורטים נתנה הוועדה את החלטתה. בהחלטה ממליצה הוועדה להשאיר את הצווים בתוקפם, אך ממליצה לעניין תקופת הצו, להתחשב בקולת המעשים המיוחדים לעותר 2.

העתק ההחלטה מצורף ומסומן ע'9.

15. המשיב 1 החליט להשאיר את הצווים על כנם, ואף התעלם מהמלצת הוועדה בעניין אורך תקופת הצו של העותר 2.

העתק מכתבו של סרן הירש בעניין החלטת המשיב 1 מצורף ומסומן ע'10.

16. לבסוף נציין, כי במקביל להליך בוועדה התנהל הליך בוועדה אחרת בעניין אינתיסאר עגורי, אחותו של העותר 1.

החלטת הוועדה בעניין אינתיסאר עגורי מצורפת ומסומנת ע'11.

הטיעון המשפטי

טענות בנוגע להליך

ההליך בפני המפקד

17. התובע הצבאי מסר לוועדה כי החומר שהונח בפניה לא הונח בפני מפקד האזור, וזאת מהטעם שהוועדה – ולא המפקד – אמורה לבחון את החומר ולהביא את המלצותיה בפני המפקד. דברים אלו נאמרו במפורש, ונשמעו ע"י ב"כ העותרים, גם אם לא נקלטו בפרוטוקול הדיון (מיום 5.8.02 ע' 12) שם נאמר "רק" שאין צורך לחקור את מפקד האזור "משום שהוועדה מטרתה לייעץ למפקד האזור אודות החומר הרלוונטי". הוועדה עצמה החליטה – בהתאם – כי "אנו אלה אשר צריכים להביא בפניו [בפני מפקד האזור] את המלצותינו, ולא הוא אשר צריך להמציא לנו את הראיות או ההערכות".

18. עולה מהמקובץ, שבעת שחתם על הצווים לראשונה, לא היה בפני המפקד כל החומר הרלוונטי. בעת אשרור הצווים לאחר הערעור, שוב לא עיין המפקד בחומר הרלוונטי אלא רק בהמלצות הוועדה. בעל הסמכות לא הפעיל כלל שיקול-דעת משלו בעניין הצווים, וקיומו של הליך ביקורת על הצווים אינו מציל אותם מפגם חמור זה.

19. המשיב 1 אף התעלם מהמלצת הוועדה להבחין בין המערערים לעניין תקופת הצווים, ולהתעלמותו זו לא מצאנו כל הנמקה. נראה שהמשיב 1 כלל לא עיין בהמלצות הוועדה, ואם עשה כן, הרי שלא היה פתוח לאמור בהן.

הפרת כללי הצדק הטבעי: משוא פנים

20. ועדת הערעורים הייתה נתונה מראשית דיוניה למכבש לחצים כבד, כאשר כל קורא עיתון יודע, כי ראש הממשלה בכבודו ובעצמו מעוניין שהגירוש לעזה יצא אל הפועל – ובמהירות האפשרית. ידוע לב"כ העותרים, כי ראש הממשלה אף נפגש אישית עם גורמים במערכת המשפטית, האזרחית והצבאית, שטיפלו בנושא.

21. בנסיבות אלו, מן הראוי היה שהוועדה תיזהר במיוחד מלהיחשף ומלהיענות ללחצים מעין אלו. אלא שלא כך התנהלו הדברים.

22. בתאריך 6.8.2002 בצהריים נראו חברי הוועדה יושבים בצוותא עם התובע הצבאי ואנשיו, ולא התירו לב"כ העותרים להיכנס לחדר בו נועדו. באותו יום אחרי-הצהריים התכנסה הוועדה, מבלי שזימנה לדיון את ב"כ העותרים. בלא נוכחות ב"כ העותרים שמעה הוועדה את נציג המשיב, היועץ המשפטי של הגדה המערבית. בפרוטוקול ישיבותיה של הוועדה מאותו יום לא משתקפים הדברים שהוחלפו בין הוועדה לבין היועץ. על-פי החלטת הוועדה בתום הדיון, היא אף ביקשה הנחיות מהמשיב לגבי מה שהוועדה "אמורה" לעשות. בתום הדיון החליטה הוועדה להיענות לבקשת המשיב ולבטל את החלטתה מאותו בוקר בדבר דחיית הדיונים לכ-48 שעות. מדובר בהחלטה שהתקבלה לאור זאת, שאחיו של העותר כיפאח עגורי נהרג ע"י צה"ל באותו הלילה, והעותר התבשר על כך בבוקר הדיונים.

פרטי פרשה זו הועלו על הכתב בבקשת העותרים לביטול אותה החלטה, שמצורפת כנספח ע'12.

23. התנהלות זו של הוועדה הייתה יכולה לבסס שורה של עילות פסלות כנגדה, שכל אחת מהן די בה כדי להביא לפסלות הוועדה. מבחינה מהותית מראה התנהלות זו, שהוועדה לא השכילה לשמור על עצמאותה; נענתה למכבש הלחצים שהופעל עליה על-ידי המשיב; ולא הקפידה על הפרדה כלשהי בינה – כוועדה מעין שיפוטית – לבין המשיב ונציגיו – כאחד הצדדים המתדיינים בפניה. הוועדה העדיפה את טענת הדחיפות של המשיב על זכותו של העותר עגורי ושל אחותו ולו ליומיים של אבל על מות אחיהם. כאשר אף בעניין כזה נכנעה הוועדה ללחצי המשיב, כיצד ניתן לצפות שתיתן משקל כלשהו, מעבר למשקל נוצה, לכבוד האדם של העותרים בבואה לדון בעניין העיקרי?

פגיעות בזכות הטיעון

24. בסיכומי ב"כ המשיב לוועדת הערר של המועמדת לגירוש, אחותו של אחד העותרים בענייננו, נושא הוא את שם 'הביקורת השיפוטית' ואף נדרש לציטוט מלומד:

"מידת רגישותה של חברה לשמירה על חירותו של הפרט מתבטאת בהיקף הביקורת השיפוטית על החלטת רשות שלטונית הפוגעת בחירות שבה היא מכירה. אכן,

השמירה על חירות הפרט יקרה לנו מדי מכדי להשאירה בידיהם של הגורמים השלטוניים. יודע אני כי פיקוח שיפוטי אינו מבטיח תמיד הגנה יעילה על זכויות האדם. אך משוכנע אני כי העדר פיקוח שיפוטי סופו פגיעה בחירותו של האדם. באין דין אין דין".

(רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ. הפסיכיאטר המחוזי ת"א בעמ' 713).

אולם אין לשאת את שם 'הביקורת השיפוטית' לשווא. היה על הביקורת השיפוטית שנתאפשרה לעותרים למלא את הפונקציות שיועדו לה, והיא לא עמדה במטלה.

25. במהלך הדיון בפני ועדת הערעור חלו פגיעות קשות בזכות הטיעון. חלק מן הפגיעות, ומכלול הפגיעות, היה בו כדי לשלול מן העותרים את זכות הטיעון או להפכה פלסטר.

26. במהלך הדיונים כולם התנהלה מערכת לחצים בלתי פוסקת במישרין ובעקיפין מטעם נציגי המשיב על חברי הוועדה – לקבל המלצה מיידית, לקצץ בהליכים, למנוע הרחבה והעמקה של הדיון. נציגי המשיב דאגו להזכיר לוועדה שוב ושוב כי שולחיהם דורשים מהירות ומיידיות.

27. אין ספק כי החלטות רבות של הוועדה התקבלו בשל הלחץ, ונמנעה הפעלה של שיקול דעת עצמאי.

התעלמות מטענות עובדתיות ומשפטיות

28. המלצתה של ועדת הערעור נשלחה אל המפקד הצבאי משולחנו של יו"ר הוועדה כ-3 וחצי שעות ולא הרבה למעלה מכך, לאחר קבלת סיכומי ב"כ העותרים.

29. הוועדה לא היתה מוגבלת בזמן למתן המלצתה, אולם היא פעלה כמי שנתונה במיטת סדום של לחצי המשיב, וכתבה את המלצתה מבלי להתייחס לחלק ניכר מטענות העותרים ותוך התעלמות מהן.

שמיעת עדויות המשיב בפני הוועדה

30. הוועדה שמעה 2 עדי שב"כ, והתירה לעותרים לחקור רק אחד מהם. יורי, איש השב"כ שחקירתו הותרה, הגביל את מסגרת ידיעותיו לחומר העובדתי נגד מקורבי העותרים. אין חולק כי החומר העובדתי הנטען כלפי מקורבי העותרים הינו חומר בעל משקל פחות במכלול השיקולים.

31. הופיע בפני הוועדה גם עד שב"כ בשם "גדעון". עדותו, כפי שנאמר לעותרים, התייחסה אל עצם ההחלטה לגרש את העותרים, הרקע להחלטה זו, הרציו מאחוריה, הראיות המעין מדעיות אשר הביאו לנקיטה בסנקציה זו, והתועלת שהמשיב מצפה להפיק ממנה.

32. אין חולק כי עדותו של גדעון היא עדות מכריעה שכן היא הבסיס לשינוי המדיניות, היא הרקע להחלטה לנקוט בסנקציה קיצונית וחדשנית, והיא, למעשה, מסגרת שיקול הדעת של המשיב.

33. והנה, דווקא עדותו של גדעון היתה כל כולה חשאית וחסויה מפני המערערים וב"כ. לא הועילו בקשות העותרים לקבל עיקרי עדותו, ולא בקשות לאפשר הצגת שאלות לגדעון.

השאלון

34. על פי החלטת הוועדה ניסחו העותרים שאלון רלוונטי המיועד לבחון ולהבין את התועלת שבסנקציה, את היקפה הצפוי ואת אופן הפעלתה. הוועדה לא העבירה את השאלון לגדעון, ולא ציוותה כי ישיב עליו.

35. עד רגע כתיבת הסיכומים לוועדה, ואף עד רגע כתיבת העתירה, לא קיבלו העותרים תשובות לשאלון, ותשובות כאלה לא הוגשו גם לוועדה עצמה.

36. השאלון בכתב כלל 51 שאלות. הוא היה אמור להאיר את נושא הגירוש מזוויות שונות, ובין השאר, למשל, מומחיות בנושא חוסר יעילותו של הגירוש, הנזק הצפוי ממנו, ורמת החשש מפניו.

השאלון מצורף ומסומן ע"13.

37. השאלון הועבר באיחור של כ-13 שעות, לאור השיבוש שחל עקב חיסולו של אחי המערער עג'ורי, אשר הביא ממילא לדחיית דיוני הוועדה משך יומיים.

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

39. ועדה המתכנסת בו זמנית בעניין אחרותו של המערער עג'ורי, החליטה לאפשר לב"כ המערער להגיש שאלון ולקבל תשובות על השאלון. הודעה על ההחלטה הסימולטאנית נשלחה פעמיים ושלוש אל יו"ר הוועדה, אולם העותרים לא קיבלו כל מענה.

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

41. השאלונים מתייחסים אל מכלול מרכיבים אפשריים של שיקול הדעת, אופן הפעלתו, והמידתיות הטבועה בו. הם מתייחסים גם אל דירוג אפשרי של סנקציות שונות וסנקציות אלטרנטיביות.

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

- הוא מבקש לבדוק מסקנות ותוצאות אפשריות של הגירוש לשלילה, דווקא.
- מהו המיון לגבי סוגי עבריינים או סוגי קורבנות או סוגי קרובים בהפעלת הסנקציה. עד כמה הפעלתה תלויית הקשר פוליטי-פופוליסטי יותר מאשר בטחוני.
- הוא מבקש נתונים על החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, אשר לא ברור כי הועברו במלואם אל הוועדה, ומה היו הסתייגויותיו של היועץ המשפטי לממשלה.
- מתבקש לבדוק סנקציה זו לעומת סנקציות אחרות ותוצאותיהן, והאם גובשו סנקציות אלטרנטיביות למקרה של כשלון הנוכחית.
- השאלון מבקש לדעת עד כמה מוכן המשיב לאמץ מדיניות כזו גם בישראל גופא.
- הוא מבקש לבדוק אם ניתנה למשיב סקירה נכונה על המשפט הבינלאומי בנושא זה, ועל נושא פשע המלחמה הטמון בצעד כזה.
- מהו מקומה של הרשות פלסטינית ביישום הצו – וכל ההשלכות הנובעות מכך.
- איזו אינפורמציה הגיעה אל המשיב עצמו וכיצד הונחה על ידיה בקבלו החלטת הגירוש.
- איזה רקע אודות ארגונים פלסטיניים ותגובתם הועבר אל המשיב.

43. העותרים יטענו כי העדר מענה לשאלון ופירוט לגבי תכנון פוגע ביכולתו של המשיב להפעיל שיקול דעתו, וביכולתה של ערכאה שיפוטית או מעין שיפוטית לבדוק ולפסוק בו נכונה.

העלמת עדותו של מנהל השב"כ בשומרון המכונה "חיים"

44. רק מבדיקת החלטת ועדה מייעצת אחרת, הדנה בעניינה של אנתיצאר עגור, למדנו לדעת כי עד בשם "חיים" הופיע בפני הוועדה האחרת. חיים הוגדר כ"מנהל השב"כ בשומרון". הוא גם היה חשוף לחקירה נגדית של ב"כ המערער. העותרים מחויבים להניח כי עדותו של חיים, אשר היתה כשרה להישמע בוועדה מקבילה והועלמה מן הוועדה שדנה בעניינם, היתה עדות רלוונטית. אף ההפניות אשר מפנה יו"ר הוועדה המקבילה לעדותו של חיים מלמדות על חשיבותה.

45. בעמ' 14 להמלצתה קובעת הוועדה האחרת:

"...האזנו ברוב קשב להערכותינו של מנהל השב"כ בשומרון, המכונה "חיים" ואשר על פיהן, בנסיבותיו של מקרה זה יש לאמירה זו משמעות נוספת. עוד עולה כי מידע

חדש ועדכני אשר התקבל רק לאחרונה עשוי אף הוא לשפוך אור על מידת המסוכנות הנובעת מן המערערת, זאת אף לאחר מות אחיה".

"...כן שמענו את הערכותיו של המכונה "חיים" אשר העיד בעניין זה (ההרתעה) במעמד הצדדים, ואף השיב על שאלות ב"כ המערערת. להערכתו, העוסקים בפיגועי התאבדות אינם מוטרדים מן הנזק אשר יגרמו במעשיהם, אף לא לחבריהם הקרובים ביותר, אך יחששו מפגיעה אפשרית בבני משפחותיהם. לגירסתו, הגם שסנקציה זו נגד בני משפחה טרם בוצעה עד כה, הרי שהלכי הרוח בחברה הערבית, מאז הוחלט לנקוט באמצעי זה, מלמדים על חשש ממשי מן השימוש בו".

46. ניכר כי עדותו של "חיים" היא עדות מרכזית ביותר. ברי כי הוא מתייחס בעדותו בפני הוועדה האחרת אל נקודות ושאלות שהועלו על ידי העותרים בשאלון מטעמם, עליו לא קיבלו כל תשובה בוועדה בפניהם הופיעו. עדותו של חיים היתה חשובה שבעתיים גם נוכח הכוונה להשוות בין כל 3 המועמדים לגירוש, מעשיהם בעבר והשפעה על מעשיהם בעתיד.

47. לא טעמי בטחון מנעו את הופעתו של חיים וחקירתו על ידי ב"כ העותרים, אלא טעמי קיצור הליכים ותו לא. התוצאה: צמצום ופגיעה בזכות הטיוח של העותרים.

אי המצאת ראיות ועדים שביקשו העותרים

חקירת נציג של מפקד האיזור

48. העותרים ביקשו לחקור **נציג של מפקד האיזור** כדי לעמוד על השיקולים שהנחו אותו בהפעלת הסנקציה.

49. הבקשה הסתמכה, בין השאר, על הצגת הוועדה בתור יועצת למפקד איזור שלא גיבש את דעתו. הבקשה הסתמכה אף על תקדימים רבים מוועדות מיעצות קודמות בעניין של **גירושים, אשר איפשרו תמיד חקירה של נציג מפקד האיזור, בע"פ או בכתב**. תקדימים על כך הוגשו לוועדה.

המלצת היועץ המשפטי לממשלה

50. העותרים ביקשו לקבל לעיונם, ולכל הפחות להעביר לעיון הוועדה עצמה, את עיקרי פרוטוקול הדיון אשר נערך בלשכתו של היועץ המשפטי לממשלה, וכן את המלצתו הסופית. על פי פרסומים ברבים התנהל ויכוח הן על מטרת הסנקציה, והן על הדרך להפעלתה ועל מגבלות הפעלתה.

51. לדוגמא רק ייאמר כי על פי אותם פרסומים לא הופנתה הסנקציה, באופן מקורי, אלא אל משפחות **מתאבדים**. כיצד עשתה קפיצת דרך אל משפחות העותרים, והאם צפויה הפעלת סנקציה כזאת על משפחות עתידיות של מי שיבצעו עבירה שתוגדר כמסוכנת בזמן נתון. [בזכרנו כי בעבר הופעלה סנקציה של הריסת בתים גם נגד משפחותיהם של מידי אבנים!!].

52. חשוב היה לעותרים להיווכח כיצד הגביל היועץ המשפטי לממשלה את סנקצית הגירוש לא לכל בן משפחה בשל קשרו הביולוגי, ואיזו הגדרה נתן לזיקה בין הקשר הביולוגי לקשר ה"מודעות" למעשי בן המשפחה.

53. אפשרויות אלה נמנעו מן העותרים, מבלי שהוסברו כדין.

קבלת חומר ראיות אחר שנאסף מבני המשפחה

54. למען הגשמתה של סנקציה הגירוש נעצרו בבת אחת 21 איש בני 5 משפחות. רובם מצויים עדיין במעצר. הם נחקרו אודות קשריהם עם בני משפחות מבוקשים וכיוצ"ב.

55. העותרים ביקשו לדעת מה העלו חקירות אלה, האם גובשה מדיניות כלפי אותם בני משפחה אחרים, האם הם אלה המתדפקים כבר כעת על דלתו של הגירוש הבא? העותרים ביקשו גם חומר שיאפשר השוואה בין המקרים השונים כדי להציג לוועדה את הבלות הסנקציה.

56. בקשה זו נדחתה, ובכך צומצמו זכויות העותרים.

57. גם בקשת העותרים להמציא להם את הזכ"דים וההודעות מחקירותיהם של בני משפחתם הגרעינית עצמה לא נענו, בלא כל הצדקה.

58. ראינו כיצד הוועדות השונות משוות בין אמרות של בני משפחה שונים, וראינו כיצד הן מטיחות אמרות מזיקות של בן משפחה אחד נגד בן משפחתו האחר, אם הן מעוניינות בכך. בו בזמן מנעו מהעותרים היכולת לעשות שימוש דומה בחומר חיובי היכול להתגלות מאמרות הקרובים הנחקרים.

הודעות משטרתיות גלויות

59. המשיב בחר לא להביא בפני הוועדה את מכלול החומר הגלוי אשר בידי רשויות החקירה, והצטמצם, כהכרזתו של יוני, בזכ"דים של שב"כ וחומר מודיעיני בלבד.

60. במהלך הדיון הוכח בעליל כי קיים חומר משמעותי גלוי, ששימש בהליכים אחרים, והוא חומר ראיות קביל לכאורה נגד הקרובים המבוקשים. חומר כזה הועלם מן הוועדה ומן העותרים.

התעלמות מעדויותיהם של העותרים

61. המשיב טען כי חומר הראיות היחיד נגד העותרים עצמם הוא הודעותיהם וזכ"ד מחקירתם בשב"כ. על אף היות החומר כה גורלי, לא איפשרה הוועדה חקירתם של אנשי השב"כ חוקרי העותרים, ואף לא, למצער, את השוטרים גובי ההודעות של העותרים.

62. כאמור, לעותרים היו טענות קשות נגד אופן חקירתם ודרך קבלת האינפורמציה הכלולה במסמכים אלה.

63. בסירוב לאפשר החקירות הנ"ל יש טעם לפגם.

64. העותרים, על פי דרישתם שלהם, העידו ונחקרו בחקירה נגדית. הם היו מעוניינים לחשוף בפני הוועדה את מכלול הראיות ולברר לפרטים את האמור בחומר הראיות שהוגש לוועדה.

65. למרות שחקירותיהם נמשכו שעות ארוכות, לא טרחה הוועדה אלא במשפט אחד לקבוע כי היא "מעדיפה" את הודעותיהם הכתובות על פני עדותם. היא קבעה כן למרות שמנעה עצמה משמיעה ישירה של חוקרי השב"כ והשוטרים גובי ההודעות.

66. לוועדה לא היו כל קריטריונים לדחות לפיהם את עדות העותרים. לוועדה לא היתה כל יכולת שיפוטית ממשית לקבוע מדוע העדיפה הודעותיהם הכתובות. היא אף לא טרחה לתרץ אופן ההחלטה.

67. התוצאה החמורה היא כי עדויותיהם המפורטות וסידרה ארוכה של שאלות בחקירה נגדית ירדו לטמיון במחי קולמוס.

68. זו היתה שלילה מהותית של זכות הטיעון במובנה האמיתי. ההחלטה להמשיך בהליכי הגירוש של העותרים התקבלה ללא ביסוס עובדתי לחשדות המוטחים בהם.

הבאת קצין מודיעין לעדות

69. על פי פרסומים גלויים בעתונות (אשר הוגשו לעיון הוועדה עצמה – 1/3) היתה הערכת אחד מאנשי המודיעין אשר השתתף בדיון כי **סנקציית הגירוש עלולה להגביר את פעולות הטרור. הוועדה לא שעתה לבקשה להעידו בפני הוועדה בכל פורום שהוא.**

כתבה מעיתון הארץ בעניין הערכה זו מצורפת ומסומנת ע'14.

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

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

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

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

חומרת הסנקציה

74. הוועדה בסעיפים 21-22 להמלצתה, משווה את צווי ההעברה לעזה לצווי מעצר מנהלי ולצווי גירוש לחו"ל, ומוצאת שמדובר בסנקציה פחותה. פחותה ממעצר מנהלי משום שהעותרים לא יהיו מאחורי סורג ובריח, ופחותה מגירוש לחו"ל משום שהצו מוגבל בזמן בעוד שגירוש הוא "לצמיתות".

75. באשר להשוואה בין גירוש לכליאה, הרי שהפסיקה כבר הרחיבה את הדיבור שגירוש הוא פוגעני יותר:

ר' למשל:

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

76. באשר לתקופת הגירוש, הרי שגם גירוש לפי תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, איננו לצמיתות, הצדקתו נשקלת מפעם לפעם, ובמקרים מתאימים זכאים המגורשים לשוב:

ר' למשל:

בג"ץ 785/87 עפו ואחי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואחי, פ"ד מב(2) 4 בע' 66
בג"ץ 698/80 קוואסמה ואחי נ' שר הביטחון ואחי, פ"ד לה(1) 617 בע' 634

77. התובע הצבאי עצמו טען, כי האפקט ההרתעתי של הסנקציה הנוכחית גדול יותר משל מעצר מנהלי, אולם הסנקציה עצמה כואבת פחות. כיצד סנקציה שהיא כואבת פחות יכולה להיות מפחידה יותר? זאת לא הצליח התובע הצבאי להסביר לא בעצמו ולא באמצעות עדיו.

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

- בגירוש למדינה ערבית אחרת, העולם כולו פתוח בפני המגורש. הוא מורחק ממולדתו, אולם חופש התנועה שלו נשאר רחב. הצווים שבפנינו גם מרחיקים את העותרים מסביבתם וגם מגבילים את תנועתם.
- בגירוש למדינה ערבית אחרת, יכולים המגורשים להתראות עם חבריהם ובני משפחותיהם בעת שאלו יוצאים את האזור. האפשרות לצאת מהגדה לירדן לצורך ביקור שכזה היא

ככלל פתוחה. לעומת זאת, האפשרות לצאת מהגדה לעזה לצורך ביקור שכזה, או לכל מטרה אחרת, היא ככלל בלתי קיימת.

- המצב הכלכלי במדינות ערב טוב בהרבה מהמצב הכלכלי ברצועת עזה. הסיכוי למצוא מגורים, פרנסה, מזון וצרכי קיום פחות בעזה באופן דרמטי.
- המצב הביטחוני ברצועת עזה חמור, והסכנה לביטחונם האישי של העותרים בשהותם שם היא ממשית, ואיננה קיימת במדינות ערב.

חוסר סמכות בהוצאת צו ביחס לרצועת עזה

79. לצורך גירוש העותרים לעזה התיימר המשיב ליטול לעצמו סמכות ליתן הוראות שיחולו מעבר לתחום השיפוט שלו: בתחום רצועת עזה. מבחינה משפטית-טכנית התבטאה יומרה זו בתיקון 84 לצו בדבר הוראות ביטחון: אם קודם לכן קבע הצו (בסעיף 86(ב)) סמכות להגביל את מגוריו של אדם ל"תחומי של מקום מסוים באזור", הרי שכעת הורחבה ההסמכה גם לאזור חבל עזה. יומרתו של המשיב לריבונות גם על אזור חבל עזה באה לידי ביטוי גם בצווים הפרטניים, המורים לעותרים שלא לצאת את תחומי הרשות הפלסטינית ברצועת עזה.

80. אין חולק, שהמשיב איננו רשות מחוקקת, אף לא רשות מבצעת ברצועת עזה. הצו המתוקן חל בתחום הגדה המערבית, ואיננו חוק ברצועה. בכל הנוגע לרצועה אין המשיב אלא סמכות זרה. המשיב הקפיד לציין בצווים כי קיבל את "ההסכמה" של מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה. אולם מהי משמעות הסכמה זו? האם מפקד כוחות צה"ל ברצועה האציל סמכות כלשהי למשיב? איזו? האם רשאי היה לעשות כן? ומה משמעותה של הסכמה מעין זו בעתיד? האם ההסכמה היא בלתי-חוזרת? האם, למשל, ויתר מפקד כוחות צה"ל ברצועה על סמכותו כריבון להתיר את יציאת העותרים לישראל או לחו"ל? ובמקרה של מחלוקת בין המשיב לבין מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה בעניין הצו (כעת, או בעתיד, בהליכים של עיון מחדש) – עמדת מי היא שתכריע? שאלות אלו נפתרות רק בחלקן בתיקון 82 לצו בדבר הוראות ביטחון ברצועת עזה, תיקון המעניק סמכות מקבילה למפקדי שני האזורים, ואינו אומר דבר אודות התנגשות אפשרית ביניהם.

81. המשיב אף לא טרח לציין בצווים, אם פנה ובירר בנוגע להסכמתה של הרשות הפלסטינית, שיש לה שליטה בשטח אליו "תוחמו" מגורי העותרים. על-פי פרסומים בתקשורת, הרשות כבר הודיעה כי תסרב לקבל את העותרים לתחומה. האם במצב זה מתכוון המשיב להמשיך ולהחזיק את העותרים במעצר בהתאם לסעיף 86(ז) החדש לצו בדבר הוראות ביטחון? ועד מתי יכול להימשך מעצר מעין זה, שהמשיב לא תיחס אותו בזמן?

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

חריגה מהסמכות המהותית

83. כאשר נדרש בג"צ לפרשנות הוראה דומה בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, הלוא היא תקנה 110, קבע מ"מ הנשיא (כתוארו דאז) מ' שמגר כי:

צו הפיקוח המשטרתי כשמו כן הוא, היינו הוא בא לאפשר למשטרה פיקוח מתמיד על תנועותיו ומעשיו של פלוני...

בג"ץ 554/81 בראנסה נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד לו (4) 247, 250.

84. זוהי אם כן מטרתו של סעיף 86 לצו בדבר הוראות הבטחון, ותכליתה של הסמכות המוקנית מכוחו.

85. אלא שצו תיחום המגורים, שהוצא כנגד העותרים, חורג ממטרה זו בכך שהוא מבקש להגלותם לעזה, קרי לאזור שאינו בשליטה ישראלית אלא בשליטה פלסטינית מלאה, במקום להגביל את תנועותיהם למקום מסוים באזור, שהוא תחת פיקוחו של מפקד האזור. מכאן שהדבקת הכותרת "צו תיחום מגורים" לצו, שכל תכליתו היא לגרש את העותרים מהאזור שבשליטת מפקד האזור לאזור שאינו בשליטתו, אינה מכשירה את הפגם שדבק בו, הפגם של חריגה מתכלית החקיקה, ובכך חריגה מהסמכות.

אלמנט המניעה

86. התובע הצבאי, בפתח דבריו, טען שהצווים כוללים אלמנט של מניעה ואלמנט של הרתעה. אלמנט המניעה, גם על-פי עמדת המשיב, הוא אלמנט שבהעדרו הסנקציה אסורה. היטיבה לבטא זאת הוועדה שדנה בעניינה של אינתיסאר עג'ורי, אשר קבעה כי יש לפרש את הסמכות באופן ששם דגש על מסוכנותו האישית של האדם נשוא הצו (ע' 12), וכי השימוש בצו לצרכי הרתעה מותר – אולם רק בהיותו נלווה לאלמנט של מניעה אישית (ע' 13-14).

87. הוועדה שדנה בעניינם של העותרים, ציינה אמנם כי "אפקט הצעד של תיחום המגורים בנוי על שני ראשים – מסוכנות והרתעה" – ואף חזרה מספר פעמים על כך שהעותרים "אינם נקיים מעבירות ביטחון" אולם בשום מקום בהחלטתה לא הסבירה מדוע העותרים מסוכנים ואיזו סכנה מבקשים הצווים למנוע.

אדרבא, בבואה לשקול את ענייניהם הפרטניים של העותרים, כלל לא הביאה הוועדה בחשבון השיקולים את עניין המניעה.

בעניין העותר 1 מביאה הוועדה כאסמכתה פסק-דין שעניינו הריסת בית למטרות הרתעה כללית, ולאחר מכן קובעת (בסעיף 51):

הגענו למסקנה כי יש להעדיף את אלמנט ההרתעה על פני השיקולים האישיים של המערער ויש לקיים כנגדו את הצו שהוצא ע"י מפקד האזור בניסיון לגרום למחבלים פוטנציאליים לשקול את הנזק העלול להיגרם לבני משפחותיהם באם הם יבצעו פיגועים.

ובעניין העותר 2 קובעת הוועדה (סעיף 54):

אין אלא להעדיף את האינטרס ההרתעתי על פני השיקולים האישיים, ולאשר את הצו שהוצא נגדו ע"י מפקד האזור.

והשוו בעניין זה להחלטת הוועדה בעניין אינתיסאר עג'ורי, אשר נימקה את החלטתה בסכנה להמשך פעילות של המגורשת בעתיד, בין היתר על-בסיס מידע עדכני שנמסר לה, ושנוגע למצב לאחר מות האח המבוקש (ע' 14 להחלטה). הוועדה בעניין אינתיסאר עג'ורי הדגישה כי:

מצאנו שהמערערת הייתה מעורבת, בצורה ממשית, בפעילות אשר מטרתה היחידה להביא למותם של אזרחים על לא עוול בכפם, כי הסכנה הצפויה ממנה לא עברה מהעולם. בנסיבות אלו רשאי היה המשיב לנקוט בסנקציה משולבת, כזו אשר כוחה עמה למנוע את הסכנה הצפויה מן המערערת אם תתהלך חופשי באזור...

ההבדלים ברורים לעין.

88. **לא באקראי אין הוועדה אומרת דבר בדבר סכנה עתידית כלשהי הנשקפת מהעותרים.** כפי

שיפורט להלן, אפילו מעשי העבר של העותרים אינם עולים אלא כדי פעולות טריוויאליות שלא ניתן לצפות להעדרן בין אח לאחיו. העותר 1 – אחיו נהרג על-ידי צה"ל, ולא ניתן עוד לסייע לפעילותו. העותר 2 לא ראה את אחיו ממילא מזה זמן ארוך ביותר, ובחצי השנה האחרונה נתקל בו רק פעמיים בחטף. הוא אף לא היה מודע לפעילותו של אחיו, אלא רק לבריחתו מהרשויות שחיפשו אותו בחשד לרצח מלפני ארבע שנים.

89. ה"מעשים" המיוחסים לעותר 1 הם כמעט כולם לא בגדר מעשים. הטענה היא שהוא היה מודע למעשי אחיו ולא פעל בעניין. רק בשני הקשרים הוא מואשם במעשה: בלקיחת חפצי בית ממקום ששימש קודם כדירת מסתור, ובאקט קצר של שמירה, שעליו עוד יורחב להלן. ובאשר לעותר 2, מעשיו לא חרגו מהתנהגות רגילה של בן משפחה – מתן מזון, בגדים והסעה בתקופה בה אחיו היה משוחרר בערובה מהכלא של הרשות הפלסטינית.

פירוט לגבי "מסוכנותו" של העותר 1 – כיפאח עג'ורי

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

91. מיהו העותר עג'ורי? הוא בן 28, נשוי מזה 5 שנים, אב לשני ילדים, בני 4 ו-5, ובמהלך דיוני הוועדה נולד לו ילד נוסף. עברו נקי לחלוטין. הוא מתפרנס ומרוויח כ- 4000 ש"ח לחודש,

ומפרנס את הוריו ומשפחתו. הוא עצמו בנה את דירתו בבית השייך לאביו, בקומה השלישית בבית.

צה"ל הרס את הבניין כולו, על כל הדירות בו, בלא מתן כל זכות שימוע למי מן הדיירים. העותר עגור, אפוא, היה קרבן לענישה סביבתית בלתי מידתית.

92. החומר אשר הציג המשיב בעניינו של העותר עגורי מורכב אף הוא מהודעותיו במשטרה וזכ"דים של שב"כ. משקלם של אלה יתואר בהמשך.

על פי החומר היו לכאורה מגעים בין העותר עגורי לבין אחיו, אז נתקל העותר בפעילות חשודה בעליל:

א. נודע לו כי אחיו הטמין כלי נשק בחדרה של הסבתא. בניגוד לאמור בהחלטת הוועדה, אין כל ראיה לכך שראה זאת בעינו.

ב. הוא ראה באקראי בדרכו לדירתו את אחיו מצלם אדם אחר באופן המתאים לצוואת מתאבד. אולם לאחר מספר חודשים ראה את המצלום חי וקיים.

ג. הוא התבקש להחזיר חפצי בית אביו, מיטה ושמיכות, אשר הוחזקו על ידי אחיו בדירת מסתור, ועשה כן וראה תוך כדי כך שני תיקים עם חומר נפץ. על פי האמור בזכ"ד השב"כ מיום 31.7.02, העותר עגורי "מודע" לדירת המסתור, ואינו יודע לאן עבר אחיו ממנה.

ד. לפני כחצי שנה ראה את אחיו מעביר מביתו שקים ובהם מטענים להטמנה לאורך צירים. הוא נחקר ארוכות על ידי התובע בנושא זה, (8.8.02, עמ' 14 ש' 17) ומספר כי בעת חזרתו מעבודתו, באקראי, בכניסה לבית ולפני גרם המדרגות המוביל לדירתו, התבקש על ידי אחיו להסתכל בקצה השכונה אם יש מישהו בחוץ. הוא עשה כן מבלי להיות מודע למטרת הבקשה, כשהוא עייף מעבודתו ומבקש להגיע אל דירתו, ו"הופתעתי שהם מביאים 2 שקים והכניסו אותם לתא המטען של הרכב".

ה. קטעים ארוכים הן בהודעותיו והן בחקירתו הנגדית הוקדשו לכך שהגיש תה לאחיו בעת שזה היה בבית אביו.

93. מדבריו לכאורה של העותר עגורי, הרשומים בזכ"ד מיום 31.7.02 אף האב, האם אח ואחות נוספים מודעים כמותו לפעילות של האח המנוח עלי, ולמעשה כל תושבי המחנה. ב"כ העותרים מייחסים לעובדה זו חשיבות רבה, שכן חלק מן השיקולים הנדרשים לעניינו הם שאלת היקף הגירוש.

החומר כולו עוסק ב"היות העותר מודע לפעילות של אחיו".

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

95. כאשר העותר עגירי נחקר במשטרה, עוד ביום 23.7.02, הוזהר בזה הלשון: "הנך חשוד שהנך מזדהה עם פעולות טרור נגד ישראל ושהנך מזדהה עם אנשים שמבצעים פעולות טרור אלה, וכן שעזרת לאחיד עלי עגורי". כבר מניסוח זה אנו למדים כי אף החוקרים לא ידעו מה ליחס לעותר עגירי. אין עבירה של "הזדהות עם ארגון טרור" ו"סיוע לאח" איננו מהווה עבירה. האזהרה משמעותית כי על פיה יודע הנחקר להתגונן בפני האשמות המוטחות בו.

96. העותר עגירי העיד ואף היה חשוף לחקירה נגדית (8.8.02 מעמ' 11 ואילך). הוא הבהיר הבהר היטב את ההבדל בין מודעות לבין יכולת לשלוט על מעשיו של האח עלי המנוח. לעותר עגירי לא היתה בשום רגע נתון אפשרות לשלוט על מעשיו של האח.

97. האח עלי המנוח לא השתמש בדירתו של העותר עגירי לאף אחד מן הצרכים שלו, ועל פי חלוקת האחריות, אין ביכולתו של העותר למנוע את אחיו הבגיר מעשיית כל מעשה, ואין עליו חובה לעשות כן. כך במיוחד לאור זאת שאחיו של העותר היה בעל אישיות דומיננטית (כדברי "יורי" בישיבת 8.8.02 ע' 6), ואילו העותר יוצר רושם של אדם בעל יכולת התנגדות נמוכה.

98. פעילותו של המנוח עלי עגירי נמשכה כשנה. עד אותה עת הוא היה שוטר במשטרה, נשא, קרוב לוודאי, נשק, וקשרים עימו לא היו כל בעיה.

99. אין לשכוח כי העותר עגירי מתגורר בשטח "א", והרשות היחידה הממונה על הבטחון באיזור היא הרשות הפלסטינית. מאחר ואחיו עלי הינו איש פת"ח כדבריו, הריהו חלק מן הרשות. כבר בעובדה זו יש כדי לשלול מהעותר צורך לפנות אל הרשות בגין מעשיו של אחיו. ישראל איננה שלטת באיזור, ובמהלך שנת הפעילות של עלי המנוח לא היתה ישראל "הרשות" בשטח מגורי העותר.

100. העותר עגירי עצמו מעיד על עצמו: "יחסי עם היהודים איתם הייתי בקשר היו טובים. מעולם לא חשבתי לפעול נגד סדר הביטחון. לא חשבתי אף פעם לפעול או להזיק ליהודים" (שם, עמ' 13 ש' 36).

"ש. אם עלי היה רוצה להחביא אצלך בבית רובה קלציניקוב, מה היית אומר?" שואל התובע (שם, עמ' 14 ש' 12) את העותר. והעותר עונה לו:

"לא הייתי מרשה לו. ואין לי מילה בבית למטה, אז לא הייתי אומר לו כלום.. כשעלי הגיע הוא לא התארח בביתי. הוא התארח בדירה שבה הוא היה. אצל אבא שלי".

101. אביו של העותר עגירי העיד כי בנו העותר איננו אשם. כי הוא עצמו "גירשתי את עלי מהבית. לא ראיתי אותו הרבה זמן. כן פחדתי שיהרסו לי את הבית, ועלי לא חזר מהדרך בה בחר ואח"כ לא ראיתי אותו. ... העותר הוא זה שמפרנס את כל המשפחה. הרסו לי את הבית... הבית הקודם שלי היה בן 3 קומות. בבית שנהרס התגוררו 6 משפחות... אני מטופל בבית החולים" עמ' 11 ש' 11).

יש להזכיר כי האב עצמו נעצר בקבוצת ה-21 ושחרר.

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

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

פירוט "מסוכנותו" של העותר 2, עבד עצידה

103. גם הוועדה בהגינותה ציינה כי מעשיו של העותר 2 חמורים פחות מאלה של העותר 1, והיא הפנתה את תשומת לבו של המשיב 1 לעניין זה "לצורך מידתיות התקופה".

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

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

מה למדנו מן החומר אודות העותר עצידה?

106. מיהו העותר עצידה: ראינו בפני הוועדה את עבד עצידה. הוא העיד עדות נרחבת, ואף היה חשוף לחקירה נגדית. ראינו אף את אשתו ושתיים מבנותיו מגיעות לבית המשפט על מנת לחבקו.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

חומר הראיות נגד העותרים לא הוכשר

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

109. לטענת העותרים, אין בהודעותיהם דבר היכול להצדיק גירוש, לא כל שכן העמדתו לדין. אולם אם יבקש המשיב להסתמך על דברים הנאמרים בהודעות או בזכ"דים מן החקירה, **לא יוכל לעשות כן**. הוא לא יכול להשתמש באלה מן הטעם שלא הכשיר את הזכ"דים ולא את ההודעות. ידוע למשיב כי העותרים אינם מקבלים את האמור באמרות אלה ללא עוררין. הם העידו ותיארו את הדרך בה "הגזימו" או "עשו עצמם לאומניים" בכדי לרצות את המדובבים ולהגן על עצמם. [ראה עדות העותר עצידה ישיבת 8.8.02 עמ' 8 ואילך; עדות העותר עצידה שם, עמ' 9 ש' 37: "השוטר שיחק לי במילים... צעק עלי... שינה את הדברים". לגבי עדות שב"כ שם, ע' 10 ש' 5: "הוא לא תרגם לי, אני לא חתמתי ולא יודע מה הוא כתב". ראה עדות העותר עגירי 8.8.02 עמ' 8 ואילך: "הייתי יום אחד בצינוק ואז התחילו לחקור אותי גם בלילה וגם ביום... "הייתי מצב נפשי קשה כשסיפרו לי שביתי נהרס" "הייתי בצינוק 36 שעות במגרש הרוסים".

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

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

110. העותרים ביקשו להביא את חוקרי השב"כ ואת גובי האמרות המשטרתיות ולחקור אותם לגבי נסיבות מתן האמרות. אולם המשיב התנגד להבאתם, והוועדה סירבה להבאתם. עובדות מצטברות אלה מחלישות בהחלט את כוחן הראייתי של האמרות.

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

הנורמות המשפטיות המתייחסות לקרוב משפחה

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

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

התובע הצבאי טעה בהציגו שאלות אלה, כאילו מוטלת על מי מן העותרים חובה בחוק לפעול כאמור, וכאילו הפר מי מהם את חובתו, ולא היא.

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

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

בחוק העונשין הישראלי:

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

ס' 95, שכותרתו חיפוי על עבירה, קובע:

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

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

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

בחוק הפלילי הירדני:

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

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

קובע ס' 17 א' פטור לקרובי משפחה מעבירה של קבלה והסתרה וסיוע להימלטות מן העונש של עבריין בבחינת שותפים לאחר מעשה.

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

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

114. הוועדה שדנה בעניינה של אינתיסאר עגורי עשתה אבחנה ברורה לעניין זה. בהתייחסה להאשמות כלפי אינתיסאר היא אומרת:

ייאמר, ומייד, כי אין מדובר בסיוע הומניטרי, כזה אשר אף אם אסור הוא, הרי שמקובל הוא בין בני משפחה. בענייננו מדובר בסיוע ישיר וממשי להכנת חגורת נפץ... (ע'9).

החובה לנקוט סלקטיביות בנקיטת סנקציות מנהליות

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

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

כך מצאנו, שסנקציית הגירוש ננקטה בשנות השמונים והתשעים אך ורק כלפי פעילים מרכזיים, שעמדו בבסיסה של התארגנות רחבה יותר. המגורשים תוארו בפסקי-הדין בביתוים 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 הגייהאד האיסלאמי ברצועת עזה, ואולי אף מעבר לאזור זה... מורה דרך של אותו ארגון... דמות בעלת השפעה... אין כל סיכוי כי בעתיד הנראה לעין יחדל מפעילותו המסוכנת. לא נראה לנו כי הגבלות שיוטלו עליו יהא בכוחן כדי למנוע את המשך השפעתו השלילית על תושבי האיזור" (שם בע' 57) "בעל מעמד ובעל כוח, השפעה ויכולת להתסיס ולהוביל להפרות סדר בקנה מידה גדול יחסית... פעילותו של המבקש נמשכה לאורך שנים... נחישותו לפעול ולהפעיל אחרים בדרכים אלימות... הסכנה הצפויה ממנו לעתיד הינה ממשית ומתמשכת..." (שם, ע' 62).

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

117. וכך באו הדברים לידי ביטוי בדיוני הוועדה:

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

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

ג. איש השב"כ המכונה "יוריי" נשאל למה כוונתו בטענתו שאחיו של העותר 2 "אחראיי" לפיגועים. "יוריי" השיב, כי "כמובן" שלא מדובר בכך שעשה כביסה למי שביצע את הפיגוע. היה זה רגע של שפיות בוועדה, אשר כל כולה התכנסה לדון – באריכות וביסודיות – באחריותם של כובסים.

ד. בחקירתו של העותר 1 מוקדשות שורות ארוכות לשאלה אם הגיש תה לאחיו כשזה היה בבית אביו ומדוע. גם התוב"ץ מצא לנכון לחקור את העותר 1 על כך ש"אירח" את אחיו (ישיבת 8.8.02 ע' 14). כאשר ב"כ העותרים ביקש לחקור את "יוריי" אודות המסוכנות שבהגשת תה, נתקל בהתנגדות חריפה של הוועדה לשאלה. ואכן, הגשת תה, מתן מזון לאח וכל כיוצא באלו הם עניינים טריוויאליים, שאין בהם כדי ליצור מסוכנות ושהדיון בהם הוא בבחינת בזבוז זמן. ממילא לא מדובר בעניינים שיצדיקו הוצאת צו גירוש.

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

ו. באשר למספר האנשים שמספקים מזון לאחיו המבוקש של העותר 2, השיב המכונה "יוריי" כי יש יותר מאחד. באשר למספר האנשים שמספקים לו בגדים, שוב השיב כי מדובר ב"כל מיני אנשים". באשר לאמצעי התעבורה של המבוקש, השיב שהוא משתמש

ב"רכבים" – כלומר יותר מאחד. יוצא מכך, שמספר לא קטן של אנשים סייע ומסייע למבוקש באותה רמה המיוחסת לעותר 2, ואף יותר מכך. אם נרחיב את היריעה נמצא, כי בשטחים מסתובבים היום לפחות עשרות מבוקשים ברמת המסוכנות של המבוקש, וסביב כל אחד מהם ישנו מעגל של מסייעים. בהערכה זהירה, מדובר, אם כן במאות אנשים. (ראה תשובותיו של יורי שם).

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

118. הוועדה שדנה בעניין אינתיסאר עגירי הבחינה היטב בין סוג המעשים המיוחסים לעותרים לבין מעשים שיש בהם משום מעורבות של ממש במעשי טרור:

משגילתה המערערת במעשיה כי נכונה הייתה לחצות את הקו המפריד בין אלה הנכונים להעניק סיוע אשר הינו הומניטרי בעיקרו, לבין אלה הנכונים ליטול חלק ממשי במעשים אשר בכוחם לגרום להרג חפים מפשע, הרי כבר בכך יש ללמד על המסוכנות הנובעת ממנה בעתיד. (ע' 14).

הוועדה שדנה בעניין העותרים לא עשתה אבחנה זו – ולא בכדי. שהרי לו הייתה עושה את ההבחנה, היה נמשך השטיח מתחת לרגליה בבקשה לאשר את צוויו של המשיב 1.

לסיכום עניין ה"מסוכנות"

119. המכונה "יוריי", המומחה לעניינם של אחי העותרים, מודה כי:

המערער לא היה מבוקש או דרוש חקירה לפני מעצרו
(ישיבת 8.8.02 ע' 6).

הוא התחיל להיחשב כמסוכן ברגע שהחליטו על כך.
(שם).

120. ואכן, תווית ה"מסוכנות" שהוטבעה על העותרים אינה אלא שרירותית. אחיו של העותר 1 נהרג, וגם אילו היה רוצה לסייע לו, שוב איננו יכול. העותר 2 לא ראה את אחיו בחצי השנה האחרונה אלא פעמיים חטופות (האחת מבעד לחלון לאחר לידת בנו והשנייה ממכונית

חולפת). כל המעשים המיוחסים לעותרים הם טריוויאליים באופיים, וניתן למצוא כמוהם וחמורים מהם אצל מאות ואלפים מתושבי הגדה המערבית.

121. המשיב לא הצליח להצביע על מסוכנות כלשהי של העותרים, אשר תימנע על-ידי העברתם לרצועת עזה. הוא בוודאי שלא הצליח להצביע על מסוכנות ברמה הגבוהה הדרושה לאקט מעין זה. **בהמלצות הוועדה אין אף זכר לכך שקיים מהעותרים סיכון צופה פני עתיד**. טענת התוב"ץ, כי יש בצווים "אלמנט מניעתיים", נופלת. אנו נותרים אך ורק עם האלמנט ההרתעתי, שמקורו בקשרי הדם של העותרים עם מבוקשים, אלמנט שגם לפי עמדת המשיב אין בו די כדי להצדיק את הצווים.

אלמנט ההרתעה

122. ראינו כי בהמלצותיה איזנה הוועדה לא בין מסוכנותם של העותרים לבין נסיבותיהם האישיות, אלא אך ורק בין אלמנט ההרתעה לבין נסיבות אלו. ראינו גם כי ניתוח חומר הראיות אינו יכול להצביע על מסוכנות כזו.

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

הרתעה כשיקול אסור על-פי הפסיקה הישראלית הדנה בצווי הגבלה וגירוש

124. הסמכויות הנוגעות לגירוש ולהגבלת מקום המגורים פורשו בפסיקה הישראלית כמשתרעות אך ורק על אותו אדם שמעשיו הוא עלולים לסכן את ביטחון האזור:

אכן מודגש בעתירות מהסוג הנדון על-ידי נציגי שני הצדדים, כי אין המשיב רשאי להשתמש בסנקציה זו של הוצאת צווי גירוש רק במטרה להרתיע אחרים. צו כזה הינו לגיטימי רק אם מוציא הצו משוכנע, כי האדם המיועד לגירוש מהווה סיכון לביטחון האזור, וכי אמצעי זה נראה בעיניו חיוני לצורך ניטרולה של סכנה זו.
(הדגשה שלי, י.ו.)
בג"ץ 814/88 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 גירוש.
(הדגשה שלי, י.ו.)
בג"ץ 1361/91 מסלם נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מה(3) 444, 456.

סיכומה של נקודה זו, לא ניתן היה להפעיל את הסמכות על-פי תקנה 110 [שנוסחה קרוב לנוסח סעיף 86 לצו בדבר הוראות ביטחון – י.ו.], אלא אם כן היה במכלול הראיות, שהובאו לפני המפקד הצבאי, כדי להצביע על סכנה, הצפויה מן העותר בעתיד, אם לא יינקטו הצעדים, שנועדו להגביל את פעולתו ולמנוע חלק נכבד מן הנזק הצפוי ממנו, וראיות כאלה אכן היו לפני המפקד הצבאי.

בג"ץ 554/81 בראנסה נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד לו(4)247, 250.

וראו גם:

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

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

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

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

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

126. בהחלטת הוועדה נטען, כי גם אלמנט ההרתעה מהווה שיקול לגיטימי, אולם כל פסקי הדין שהובאו לעניין זה נוגעים לסמכות להרוס בתים לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, תקנות שלא ניתן לקרוא אותן אחרת אלא כמתירות ענישה סביבתית. סנקציות אחרות, שניתן לפרשן באורח צר יותר, פורשו מאז ומתמיד כמתירות פגיעה באדם המסוכן ובו בלבד.

שיקולים שאינם נוגעים למסוכנות אישית:

האיסור העקרוני במשפט הישראלי

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

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

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

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

ההוראה שבחוק המעצרים היתה נושא לפרשנות בדנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1)721 (להלן: "פרשת בני הערובה הלבנונים"). בית-המשפט העליון, בהרכב של תשעה שופטים ובראשות הנשיא, קבע שמבחינה לשונית טכנית, טעמי ביטחון המדינה יכולים היו

לכלול גם טעמים שאינם נעוצים בעצורים עצמם: באותו מקרה היה מדובר בשימוש בעצורים כקלפי מיקוח במשא-ומתן על החזרת שבויים. אולם בית-המשפט דחה את הפרשנות המילולית המאפשרת סמכות מעצר שכזו.

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

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

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

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

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

תשובה שונה הייתה מסמיכה את המשיב לעצור את בני משפחתו, את קרוביו ואת ידידיו של פלוני, שיש יסוד סביר להניח שהוא עשוי לסכן את בטחון המדינה, מכוחו הוא, רק כדי ללחוץ עליו לדבר או להסגיר את עצמו או את אחרים...
דברי כב' המשנה לנשיא בדיון הנוסף בפרשת בני הערובה הלבנונים בע' 752

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

**שיקולים שאינם נוגעים למסוכנות אישית:
האיסור במשפט הבינלאומי**

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

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

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

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

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

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

(פיקטה, בעי' 258, הדגשות שלי, י.ו.).

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

133. האיסור על ענישה קולקטיווית 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 קטגוריאלי: :

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

Reprisals against protected persons and their property are prohibited.

טענת ההרתעה:

אי-הוכחת האפקיביות של הגירוש מבחינה עובדתית

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

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

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

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

- עוד מאז שנות השמונים מקובלת על המשיב הסנקציה של הריסת בתיהן של משפחות של מבצעי פיגועים. פסקי הדין השונים שהוועדה מצטטת – משנות השמונים ועד היום, מצביעים על כך שכל פעם טען המשיב, כי נוכח הנסיבות הקיצוניות שנוצרו יש צורך בצעדים חריפים יותר, וחריגים, להרתיע מפגעים פוטנציאליים. המציאות טפחה על פניו של המשיב, ומפעם לפעם הוא נזקק לצעדים חריפים יותר ולסופרלטיבים מרחיקי לכת יותר לתיאור חומרת המצב. דומה, שככל שהחריפו הסנקציות החריפה ההתנגדות, והסנקציות לא הוכיחו עצמן מעולם כאפקטיביות.
- במקרים של העותרים שבפנינו ישנן עדויות ברורות לכך שהמבוקשים ידעו על הסיכון שהם מעמידים בו את משפחותיהם, והדבר לא הביא להפסקת פעולותיהם או לכך שיסגירו

עצמם לשלטונות. בנוגע לאחיו של העותר 1: ראה למשל: בעדותו מ-31.7.02 בע' 5 למעלה, בעדות של העותר 1 לגבי דברים שאמרו למבוקש אביו ואמו; בעדותו של העד עגירי (ישיבת 8.8.02 ע' 11). גם לאחר שאחותו של עלי עגירי נעצרה בחודש יוני, וגם לאחר הריסת בית המשפחה ומעצר אביו ואחיו, וגם לאחר שהוכרז שהם יגורשו לעזה – לא חדל עגירי ממעשיו. בנוגע לעותר 2, הרי שמעצרו של העותר על-ידי הרשות הפלסטינית פעמיים לא השפיע על אחיו להסגיר את עצמו, והעותר מעיד (בישיבת 8.8.02 ע' 7) כי "ידע שילחצו על כולנו ועל בני המשפחה ולמרות זאת הוא לא הסגיר את עצמו" ו"אני לא מאמין שהעברת אנשים לעזה תרתיע את אחי או דומים לו, משום שאינם שואלים לבני משפחתם" (שם, ע' 8). גם לאחר שבני משפחתו נעצרו ובית הוריו נהרס, ממשיך להסתובב בשטח, ולא נמסר על שינוי בהתנהגותו.

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

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

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

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

- המכונה "יוריי" ענה בחקירתו הנגדית (ישיבת 8.8.02 ע' 4), שאינו יודע מדוע עלי עגירי המנוח החל בפעילות נגד ישראל. מנימת דבריו עלה, שהדבר גם לא נראה לו מעניין כלל ועיקר. אם המשיב מבקש לפתור את בעיית הפיגועים משורשה, הרי שהיה עליו ללמוד את המוטיבציה של עלי עגירי המנוח, ולעקור מהשורש את אותן תופעות שיוצרות מוטיבציה כזו. העותרים מעריכים, כי סוג הצעדים שנוקט המשיב – כביכול לצורך ביעור הטרור – כגון סגרים, כתרים, הריסות בתים, מעצרים המוניים וכדומה, משחקים תפקיד במוטיבציה של אנשים כגון עלי עגירי.

- המכונה "יוריי", שהוצג כמומחה לעניין עלי עגירי ו עצידה, מסר בחקירתו כי לא ידוע לו אם יש הערכה בדבר תגובתם של המבוקשים בקשר למעצר קרובי משפחותיהם והכוונה לגרשם, ושהוא, המומחה, לא התבקש לבצע הערכה מעין זו (ישיבת 5.8.02 ע' 11). דומה שהערכה מעין זו היא המינימום המתבקש לפני גירוש בני משפחותיהם של אותם מבוקשים.
- על-פי גזיר העיתון שהוגש לוועדה, ואשר אין כל סיבה לפקפק בתוכנו, הרי שקיימת הערכה באמ"ן, שהגירוש לעזה עשוי להחריף את הפיגועים. הערכה זו צריכה הייתה להיות מונחת בפני הוועדה, על-מנת שזו תוכל לשקלה בבואה לקבוע את כדאיות הצווים.
- השאלון שהגישו העותרים לוועדה עסק בין היתר בשאלה זו. השאלון לא הועבר למכונה "גדעון" לתשובה, ובכך נמנע מהוועדה חומר נוסף בעניין זה.

האיסור על גירוש ועל העברת כפייה

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

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

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

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

רצועת עזה והגדה המערבית כשטחים כבושים נפרדים

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

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

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

ג. מעולם לא הואחד המשפט בשני האזורים. ברצועת עזה המשיך כל העת להתקיים המשפט הצבאי המצרי לצד המשפט שקדם לו, ואילו באזור הגדה המערבית, המשיך לחול (לצד המשפט העות'מאני והבריטי) המשפט הירדני.

ד. החקיקה הצבאית הישראלית נעשתה בנפרד בשני האזורים. ברצועת עזה נעשתה החקיקה בידי המפקד הצבאי של רצועת עזה, ואילו בגדה המערבית על-ידי המפקד הצבאי של אזור הגדה המערבית. ניתן להצביע על הבדלים בין החיקוקים בשני האזורים. דוגמאות טריות הן צו 1500 בדבר מעצר בעת לחימה ותיקון 84 לצו בדבר הוראות ביטחון – צווים שאין להם מקבילה בחקיקה הצבאית ברצועת עזה.

ה. המינויים בשני האזורים נעשו באורח עצמאי ובנפרד. כך, למשל, שופטי בתי-המשפט הצבאיים ברצועת עזה ממונים על-ידי מפקד כוחות צה"ל שם, ואילו שופטי בתי-המשפט הצבאיים בגדה המערבית ממונים על-ידי מפקד כוחות צה"ל בגדה. בהעדר מינוי ממפקד כוחות צה"ל בעזה, אין שופט יכול לשבת בדיון בבית-משפט צבאי ברצועה, אפילו הוא מונה לשופט בית-משפט צבאי על-ידי המשיב.

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

א. בסעיף 9 לחוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה), תשנ"ו-1996, הוגדר המונח "אזור": "כל אחד מאלה: יהודה והשומרון וחבל עזה". לו היה המחוקק רואה בשטחים יחידה טריטוריאלית אחת, היתה ההגדרה צריכה להיות: "אזור – יהודה, השומרון וחבל עזה" ללא המלים "כל אחד מאלה" וללא וו החיבור לפני המלה "השומרון".

ב. הגדרה דומה מצויה גם בסעיף 1 לחוק להארכת תקפן של תקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשכ"ז-1967.

ג. הוראות דומות מצויות גם בסעיף 16 לחוק מיסוי מקרקעין (שבת, מכירה ורכישה), תשכ"ג-1963; סעיף 3 לפקודת מס הכנסה; סעיף 29 לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965; סעיף 1 לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975; סעיף 1 לחוק היטל על רכוש (הוראת שעה), התשמ"ה-1985 ועוד.

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

א. תנועת אנשים בין האזורים נמנעת באורח כמעט מוחלט. קיים יותר חופש תנועה בין כל אחד מהאזורים לבין ארצות ערב וישראל מאשר בין האזורים לבין עצמם.

ב. תושבי הגדה המערבית אינם מורשים להיכנס לרצועת עזה ממצרים דרך מעבר רפיח, ואילו תושבי רצועת עזה אינם מורשים להיכנס לגדה המערבית מירדן דרך גשר אלנבי.

ג. במספר מקרים אנשים שנעצרו בגדה המערבית כשהם מחזיקים תעודת זהות של רצועת עזה (אשר הגיעו לשם לפני האינתיפאדה הנוכחית), הורחקו לשטחי רצועת עזה.

ד. קשרי הדואר בין האזורים כמעט לא קיימים, וקשרי הטלפון והפקס משובשים. העדה מטקלף היתה אמורה להעיד על נקודה זו, אך הוועדה לא התירה את השאלה, ואף סירבה לרושמה בפרוטוקול.

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

143. הוועדה מצאה לבעיה זו פתרון יצירתי, ולדבריה מדובר ביחידה אחת, "אותה מדינה". הוועדה קובעת בעניין זה כי:

הרשות הפלסטינית הינה הריבון בשני האזורים – יהודה ושומרון וכן חבל עזה.

עם כל הכבוד לוועדה, מדובר בחידוש שקשה לקבלו (גם אם יהיו בוודאי מי שיקבלו אותו בשתי ידיים ובשקיקה). הצורך ליצור יש מאין ישות ריבונית פלסטינית בגבולות 1967, בהתאם לדרישות של העם הפלסטיני מזה שנים, רק ממחיש לאיזה מבוי סתום הגיעה הוועדה בניסיונה להצדיק את צווי הגירוש.

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

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

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

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

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

borders, whereas forcible transfer relates to displacement within a State.

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

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

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

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

146. 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 מוגנים נושא באחריות פלילית אישית בינלאומית למעשיו, וכל אחד מבעלי האמנה מחויב לחפש ולהעמיד לדין כל אדם כזה, ללא התחשבות באזרחותו.

147. גם בחוקת בית-הדין הפלילי הבינלאומי נקבעו גירוש והעברת כפייה כפשע מלחמה, שבית-הדין מוסמך לדון בו (סעיף 28(a)(vii)) וההגדרה כוללת במפורש גם העברת כפייה בתוך השטח הכבוש. העברת כפייה מהווה גם פשע נגד האנושות לפי חוקת בית-הדין, וזאת כאשר היא נעשית במסגרת מדיניות שיטתית. בהקשר זה היא הוגדרה שם (בסעיף 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.

גירוש של יחידים

148. הוועדה חוזרת בהחלטתה על הטיעון לפיו האיסור שבאמנת ז'נבה על גירוש והעברת כפייה חל רק על גירושים המוניים בנסיבות דומות לגירושים שביצעו הנאצים. נתייחס לטענה זו.

149. חלק על כך השופט בך, בחוות דעתו בבג"צ 785/78 עפו נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד מב (2) 4, 70-71 (להלן: פרשת עפו):

לשונו של סעיף 49 הינה חד משמעית וברורה. השילוב של המלים "העברת כפייה של ... יחידים או המוניים וכן גירושם, ויהי המניע מה שיהיה", אינו מותיר, לדעתי, כל מקום לספק כי הסעיף חל לא רק על גירוש המוני אלא גם על גירושים של יחידים, והאיסור מכוון להיות טוטאלי, גורף וללא סייג.

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

אל לנו לסטות, בדרך הפרשנות, ממובן 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"

150. פרשנות דומה לסעיף 49 לאמנת ג'נבה נתן מ"מ הנשיא (כתוארו דאז) ח' כהן בבג"צ 298/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה (1) 617, 653 ואילך.

151. בעקבות פס"ד עפו, פרסם פרופ' יורם דינשטיין מאמר ביקורת – "גירושים משטחים מוחזקים" עיוני משפט יג (התשמ"ח) 403. במאמר זה טוען פרופ' דינשטיין, כי פס"ד הרוב בעניין עפו בטעות יסודו, הן לעניין כללי פרשנות של אמנות והן לעניין פרשנות סעיף 49.

לגבי פרשנות אמנות, אומר פרופ' דינשטיין, כי שיטת הפרשנות הראויה היא הגישה הטקסטואלית – לפיה המובן הטבעי והרגיל של המילים בהקשרן גובר הן על הכוונה המקורית של הצדדים והן על מטרת האמנה. לגבי פרשנות סעיף 49 לאמנת ג'נבה, אומר פרופ' דינשטיין, כי סעיף זה חל הן על גירושים המוניים והן על גירושים של יחידים, ואין בסיס לצמצום תחולתו.

152. נדבך מרכזי בפרשנותו של בית המשפט את סעיף 49 היה הרקע שעמד, לדעת בית המשפט, לנגד עיני מנסחי האמנה: גירושים המוניים כדוגמת אלה שבוצעו במלחמת העולם השנייה (עפו, בעמ' 24-28). אך התחקות אחר ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 49 מלמדת, כי הטיוטה לאמנה הוכנה על ידי ועדה של הצלב האדום, והוגשה לכינוס הבינלאומי ה-15 של הצלב האדום, שהתכנס בטוקיו בשנת 1934, (להלן: טיוטת טוקיו).

סעיף 19 לטיטות טוקיו עוסק בגירוש וקובע:

גירושים מחוץ לשטחה של המדינה הכבושה הם אסורים, אלא אם הם פינוי אוכלוסין המכוון, בהתחשב בממדי מבצעים צבאיים, להבטיח את בטחונם של התושבים.

The Geneva convention of 12 august 1949 commentary(ed. By J.S. Pictet)
vol. 4, p.4.

סעיף 49 לאמנת ג'נבה נסמך על סעיף זה (שם, בעמ' 278).

153. הוועדה של מומחים מטעם הממשלות, שהכינה את הטיטות הראשונות לאמנות ג'נבה לאחר מלחמת העולם השנייה, הסתמכה באופן נרחב על טיטות טוקיו, וניסחה מחדש את סעיף 19 (b) הנ"ל כדלקמן:

גירושים או העברות של יחידים או של המונים, הנעשים תחת לחץ פיזי או מוסרי, למקומות מחוץ לשטחים כבושים, ומכל מניע שהוא – אסורים.

נוסח זה הוא שהיווה את הבסיס לסעיף 49, כפי שנכלל בנוסח הסופי של אמנת ג'נבה הרביעית.

154. הפרשנות הרחבה, בה תמכו כב' השופט בך בפרשת עפו וכב' 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'נבה הרביעית כמתייחסות גם להקשר ההחזקה של העצורים הלבנונים בישראל. (דברי הנשיא בע' 742 לפסק-הדין, דברי כב' השופט דורנר בע' 765-766 לפסק-הדין).

האיסור על העברות כפייה כמעוגן במשפט הבינלאומי המנהגי

155. 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.

156. 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. השופט 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.

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

157. 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.

158. 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.

159. בית המשפט הבינלאומי לצדק קבע, כי כל אמנות גינבה 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.

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

161. 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*.

162. 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

163. גם במשפט הישראלי חלו התפתחויות חשובות מאז פסקי-הדין האחרונים שניתנו בענין 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 נתינותו, ככל שהדבר נתון בידי מי שכפופים לחוק היסוד, ולא דווקא את המקרה האופייני שבו מדובר באזרח ישראלי.

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

164. 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 ושבמשפט הבינלאומי של זכויות האדם. אם תרצו, יש בו עיגון של האמנות בתוך החקיקה הפנימית. אם תרצו, הרי שהוא מייטר 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 פלונים 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.

165. 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'נבה. 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, הריהו מהווה הצהרה של המחוקק, בדבר החובה לטפל בשבויי מלחמה ובמי שאינם כאלו (דהיינו "מוגנים" על-פי אמנת ז'נבה הרביעית) 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 :

בג"ץ 2936/02 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע, פ"ד נו (3) 3

בג"ץ 2977/02 עדאלה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נו (3) 6 ;

בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו (3) 11.

תוצאות ביצוע הצו:

התנערות מאחריות לעותרים וחריגה ממיידתיות

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

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

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

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

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

171. התנאים הקיימים היום ברצועת עזה אינם בבחינת סוד, אולם המספרים שהביאה העדה מטקלף בפני הוועדה ממחישים אותם יותר מכול: למעלה מ-84% מאוכלוסיית הרצועה מצויה מתחת לקו העוני המוכר באופן בינלאומי. זאת לעומת 57% בגדה. שיעור האבטלה עולה על 65%. ההכנסה החודשית הממוצעת למשפחה ירדה מ-2,000 ₪ לחודש לפני האינתיפאדה הנוכחית ל-800 ₪ לחודש בפברואר 2002; זאת לעומת ירידה מ-3,000 ₪ ל-1,500 ₪ בגדה המערבית באותה תקופה. וזאת כאשר גודל כל משפחה בעזה כמעט כפול מגודל משפחה בגדה. קרוב ל-90% מתושבי הרצועה תלויים בסיוע מארגונים הומניטריים.

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

כידוע, גם מצב הדיור ברצועה הוא בכי רע, בין היתר בשל ההתקפות של צה"ל וההרס שזרעו וזרעות. העדה הייתה אמורה להעיד גם על זאת, אך עדותה נקטעה בידי הוועדה.

גם מצב הביטחון האישי ברצועה מדורדר, ומתקיימות בה פעולות לחימה חוזרות על-ידי צה"ל, לרבות התקפות מהאוויר.

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

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

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

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

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

נושא הקצבה לעותרים ולמשפחותיהם כלל לא נדון עד כה על-ידי המשיב, דבר לא נמסר בעניין לעותרים או לב"כ, וגם המכונה "יורי" לא יכול היה להשכיל את הוועדה בעניין זה (פרוטוקול ישיבת ה-5.8.02, ע' 6). נראה, שהמשיב אינו מתכוון לעמוד במחויבותו לפי סעיף זה, ולהשליך את העותרים לגורלם.

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

סיכום

176. הוועדה לא מצאה – ובצדק – כי נשקפת מהעותרים סכנה כלשהי בעתיד, וכי יש מקום לאקט מניעה כנגדם. למרות זאת, המליצה הוועדה על אישור הצווים מטעמי הרתעת הרבים. טעמים אלו אסורים הם. ההרתעה כשלעצמה אינה טעם חוקי ואף לא הוכח כי יש לה סיכויי הצלחה. מדובר לא יותר מאשר בניסוי בבני אדם.

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

178. מדובר באקט חסר הצדקה, פוגעני ובלתי מידתי, שמבצעיו – חיילים בצה"ל – עלולים למצוא עצמם מועמדים לדין על בסיס המשפט הפלילי הבינלאומי.

179. השאיפה לנקוט בכל צעד נואש העולה על הדעת בניסיון לבלום את מעגל הדמים – שאיפה זו ניתן להבין. אולם לא כל צעד יעיל – לא כל שכן צעד שיעילותו לא הוכחה – הוא צעד מותר. בית-משפט זה צריך להיות סכר בפני הרפתקאות שכאלו, החושפות את העותרים לפגיעה קשה ובלתי-מוצדקת בזכויותיהם, ואת חיילי המדינה וקציניה לאות הקלון של פושעי מלחמה.

מכל הטעמים הללו, מתבקש בית-המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי וצו ביניים כמבוקש בראש העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להופכם להחלטיים ולהטיל על המשיבים את הוצאות המשפט.

ירושלים, 13 באוגוסט, 2002, ה באלול, תשס"ב

יוסי וולפסון, עו"ד
ב"כ העותרים

לא צמל, עו"ד
ב"כ העותרים

(ת.ש. 17942)