

1. _____ אלשראקה (ביראוי) בעניין:
ת.ז. _____ מעצירה אל-שמאליה, נפת שכס, כעת בירדן
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.

ע"י ב"כ עוה"ד יוסי וולפסון (מ.ר. 26174) ו/או גיל גן-מור
(מ.ר. 37962) ו/או חוה מטרס-עירון (מ.ר. 35174) ו/או
סיגי בן-ארי (מ.ר. 37566) ו/או ענת קדרון (מ.ר. 37665)
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה לצו על-תנאי המכוון אל המשיב ומורה לו לנמק, אם רצונו בכך:

- א. מדוע לא יאפשר לעותר 1 (להלן: **העותר**) לשוב לשטחים ולהשתקע בהם;
- ב. מדוע לא יאפשר את כניסתם לשטחים לאלתר של כל מי שגורשו מהם על-פי תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, עם בני משפחותיהם; ומדוע לא יודיע לכל אדם כזה, לבקשת אותו אדם ועובר לחזרתו, אם יש בכוונתו לנקוט נגדו אמצעי ביטחון חוקיים (כגון מעצר לצורך חקירה, העמדה לדין, מעצר מינהלי או תיחום מקום מגורים) משישוב לשטחים.

בקשה לדין דחוף

בית-המשפט הנכבד מתבקש לקבוע מועדים קצרים לטיפול בעתירה זו נוכח גילו המופלג של העותר 1, יליד 1918, ונוכח כובד חשיבותה של זכותו להשלים את חייו במולדתו, ועל אדמתו.

העותר 1, תושב השטחים הכבושים, נעצר בידי המשיב בשנת 1968 וגורש מהשטחים לירדן בשנת 1970. מאז עומד צו הגירוש כתמרור עצור המונע את כניסתו לשטחים, אלא ברשות מיוחדת של המשיב. כפי שנראה, לפי פסיקה עדכנית של בית-משפט נכבד זה, הסמכות הלכאורית לפיה נמנעת כניסת העותר לשטחים, איננה עומדת למשיב, והעותר זכאי להתגורר בשטחים ככל תושב. במהלך שנות התשעים ובשנת 2000 התיר המשיב את כניסת העותר לשטחים, לתקופות קצובות, מספר פעמים, ובכך גילה את דעתו שאין בעותר, שהוא היום בן 88 שנים, שום סכנה לביטחון השטחים.

למרות זאת, נמנע המשיב מלענות לפניית ב"כ העותרים לאפשר את חזרת העותר לשטחים – וזאת במשך למעלה משנה תמימה! בנסיבות העניין, השיהוי עלול חו"ח לייתר את העתירה כליל.

עניינה של העתירה בתמצית

1. העותר הוא תושב השטחים, יליד שנת 1918, אשר גורש מהם בחודש יוני 1970.
2. במהלך שנות התשעים ובשנת 2000 איפשר המשיב את כניסתו של העותר לשטחים לתקופות קצובות, במהלכן לא ננקטו נגדו צעדים ביטחוניים כלשהם. עם זאת, המשיב לא איפשר לעותר לחזור לשטחים דרך קבע.
3. במהלך שנות התשעים, וגם בשש השנים האחרונות, ביטל המשיב צווי גירוש רבים שניתנו בשנים הראשונות של הכיבוש, ואיפשר את חזרת המגורשים לשטחים.
4. בשנת 2005 פנה ב"כ העותרים למשיב בדרישה לאפשר לעותר לשוב דרך קבע לשטחים. מענה לא התקבל עד היום. העותר עודנו ממתין להחלטה, רואה מרחוק את ארצו-מכורתו – ואליה לא יבוא.
5. העותרים יטענו, כי המשך גירושו של העותר מהשטחים פסול בהעדר סמכות. לעניין זה, יטענו העותרים כי פסיקתו העדכנית של בית-משפט נכבד זה, קובעת כי אמצעי הביטחון מרחיקי הלכת ביותר שעומדים לרשות המשיב הם תיחום מקום המגורים והמעצר המינהלי. לפי הדין הקיים, אין המשיב מוסמך לגרש אדם או להמשיך בגירושו.
6. עוד יטענו העותרים, כי תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, עליהן נסמך צו הגירוש כנגד העותר, אינן בנות תוקף באזור מאז שנת 1948.
7. עוד יטענו העותרים, כי גם לו היתה בידי המשיב הסמכות להמשיך בגירושו של העותר, המשך הגירוש אינו סביר. המשיב כבר התיר את כניסת העותר לאזור למרות צו הגירוש. בזמן שהותו באזור, העותר לא נעצר, לא ננקטו נגדו צעדים ביטחוניים, ולא נטען שעשה פעולה כלשהי כנגד ביטחון האזור. מקל וחומר ניתן לקבוע, כי אין העותר מהווה את אותה סכנה קשה וחמורה, אשר הפסיקה משנות השמונים תיארה כמצדיקה גירוש במקרים חריגים.

הצדדים

8. העותר הוא תושב השטחים, בן 88 שנים (יליד 1918). עד גירושו גר בעצירה אלשמאליה (נפת שכם). בעת גירושו היה העותר נשוי ואב לילדים. אשתו וילדיו הם תושבי השטחים (למעט אחד מהם שאיבד את תושבותו במהלך השנים). בבעלות העותר קרקע ובית בכפר הולדתו. שם משפחתו של העותר, כפי שהופיע בתעודת זהותו, היה "אלשראקה", ואילו בדרכון הירדני שבידו הוא רשום כשם החמולה – ביראוי.
9. מאז כבשה ישראל את השטחים בשנת 1967 מנהל המשיב מטעמה את שטחי הגדה המערבית כמפקד צבאי של שטח כבוש. ככזה הוא מחזיק בחובות ובסמכויות המוקנות לו במשפט הבינלאומי, ובין היתר בסמכויות ובמגבלות הקבועות בסעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949) (להלן: **אמנת ג'נבה**). המשיב רואה עצמו כבא בנעלי הנציב העליון בתקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945.

הגירוש

10. לפני למעלה משלושים ושבע שנים, בספטמבר 1968, נעצר העותר בידי כוחות הצבא. הוא הוחזק כשנתיים בבתי הכלא בג'נין ובשכם – ככל הנראה במעצר מינהלי. בחודש אפריל 1970 הועבר העותר לכלא באר-שבע.

11. בתאריך 7.6.1970, בשעות הלילה, הוצא העותר יחד עם 8 עצורים נוספים מתאי הכלא לתא שבכניסה לכלא. בגדיו האזרחיים של העותר הושבו לו וכן שעונו שהיה בפקדון. לכל עצור ניתן דינר ירדני אחד, והם הועלו על כלי רכב, שהוביל אותם לאזור הערבה. בטרם היציאה לדרך עבר אדם בלבוש אזרחי מעצור לעצור, והחתים אותו על מסמך כלשהו, רובו בעברית, שכל שהעותר יכול היה להבין ממנו היה המלים "ביטול מעצר מינהלי" שהיו כתובות בערבית בכותרת המסמך.

12. לאחר נסיעה בת מספר שעות, בהן היו עיני העותר מכוסות, הגיעו העותר והמגורשים האחרים לאזור הערבה. בערבה צוידו העצורים בקרטון ובו סנדוויצ'ים, לחם, עגבניות ומלפפונים ושולחו אל עבר הירדן. "לכו לחוסין", אמרו להם, והזהירו אותם שאם יעצרו בדרך - יירו בהם.

כך, ברגל, ללא כל, רק מעט צידה בידי, פסע העותר, ומולדתו נותרת מאחוריו כמחוז אסור.

13. שימוע לא נעשה לעותר, ועדה מייעצת לא התכנסה בעניינו, ולא נמסר לו על זכותו לפנות אליה. גם צו הגירוש לא נמסר לידי. ממקרה אחר שהיה בטיפול המוקד להגנת הפרט עולה, שבאותה תקופה היו נחתמים צווי גירוש מקובצים, בכל אחד מהם רשימה של שמות, כשהצו מסתמך על תקנה 112(1) לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, ומנומק בכך שהגירוש "נחוץ ומועיל לשם הבטחת שלומו של הציבור, הגנת אזור יהודה והשומרון וקיומו של הסדר הציבורי", ללא שום הנמקה ספציפית בנוגע למי מהמגורשים.

צו גירוש לדוגמה מצורף כנספח ע/1.

חיי העותר בגולה וביקוריו בגדה המערבית

14. לאחר הגירוש עבר העותר להתגורר בעיר זרקא שבירדן. הוא פתח איטליז והתפרנס ממנו עד לגיל שבעים וחמש לערך, אז חדל מלעבוד. אשתו הצטרפה אליו, ובירדן נולד לו בן נוסף.

15. החל ממחצית שנות התשעים איפשר המשיב לעותר לבקר בשטחים באופן סדיר – אך לא לשוב אליהם דרך קבע. הביקור הראשון של העותר במולדתו היה בחודש ספטמבר 1994, והוא שב וביקר גם בשנים שלאחר מכן, ובין היתר בסתיו 1998 ובשנת 2000. המשיב לא עצר את העותר במהלך ביקוריו ולא נקט נגדו איזה אמצעי ביטחוני שהוא.

מיצוי הליכים

16. בתאריך 26.1.2005 פנה ב"כ העותרים ליועמ"ש של המשיב בעניינו של העותר.

ב"כ העותרים טען לבטלותו של צו הגירוש שהוצא נגד העותר בהעדר סמכות ולאור אופן הוצאתו. לחלופין, טען ב"כ העותרים שיש לבטל את הצו בהעדר הצדקה ביטחונית להמשך הגירוש. לחלופי חלופין, ביקש ב"כ העותרים כינוסה של ועדה מייעצת לדון בצו הגירוש.

ב"כ העותרים ביקש שהטיפול בפנייה יהיה מזוהז לאור גילו המופלג של העותר.

העתק המכתב מ-26.1.2005 מצורף כנספח ע/2.

17. בתאריך 20.6.2005 נשלחה תזכורת לקמ"א אופינקרו, מלשכת היועמ"ש של המשיב, שהפנייה הועברה לטיפול.

העתק המכתב מ-20.6.2005 מצורף כנספח ע/3.

18. בתאריך 26.8.2005 נשלחה תזכורת נוספת.

העתק מכתב התזכורת מ-16.6.2005 מצורף כנספח ע/4.

19. מענה לפניות לא התקבל עד עצם היום הזה – ולמרבית הצער יש לציין שתופעה זו של אי-מענה הפכה להיות לסטנדרט בלשכת היועמ"ש של המשיב בעניינים מסוג זה.

הטיעון המשפטי

20. טענתם המרכזית של העותרים היא טענת חוסר סמכות. המשיב אינו מוסמך למנוע את כניסתו לאזור של תושב האזור. ההלכות משנות השמונים, שהעניקו למשיב סמכות להוציא אדם מהאזור ולמנוע את שובו אליו עד להחלטה אחרת, שוב אינן בתוקף, לאור הפסיקה החדשה של בית-משפט נכבד זה ולאור ההתפתחות של המשפט הבינלאומי הפומבי.

21. לחלופין יטענו העותרים, שגם אילו היה המשיב מחזיק בסמכות האמורה, היה עליו לבטל את צו הגירוש. ההלכות משנות השמונים בנוגע לעילות המצדיקות שתושב האזור יחיה בגולה, מחייבות, ביישומן למקרה דנן, לאפשר לעותר לשוב לשטחים.

22. בנוסף יטענו העותרים, כי תקנות ההגנה (שעת-חירום) 1945 אינן חלק מהדין החל בשטחים, לאור ביטולן על-ידי שלטונות המנדט הבריטי בשנת 1948. טענה זו אף היא טענה של חוסר סמכות.

טיבה של הסמכות שבענייננו: הגליה והחזקה בגולה

23. העותר גורש מהאזור בהסתמך על תקנה 112(1) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, שלשונה:

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

הנה-כי-כן, צו הגירוש אינו אקט חד-פעמי שפועלו מתמצה עם הוצאת האדם מהאזור. הצו אינו מבטל את תושבותו של האדם נשוא הצו. הוא ממשיך להיות תושב האזור, אולם הצו מונע ממנו להיכנס לאזור. פועלו של הצו מתחדש מדי יום ביומו, כתמרוך העומד במעברי הגבול ומכריז: לפלוני אין כניסה.

לאופיו המתחדש של צו הגירוש שתי השלכות – האחת לעניין הצורך בהצדקה עדכנית לצו לשם שמירת תוקפו; השנייה, לעניין הצורך בקיום סמכות נמשכת לבססו.

כפי שנראה, פסיקת בית-המשפט, כבר בשנות השמונים, קבעה שהגירוש הוא צופה פני עתיד ויש לראות אותו באותה אספקלריה כמו מעצר מינהלי: יש לשקול אותו מחדש מפעם לפעם, וכאשר שוב אין לו הצדקה מהותית – יש להביאו לידי סיום.

המעצר המינהלי תחום מראש בזמן ואילו צו הגירוש יכול שלא יהא תחום מראש בזמן – אולם ההבדל אינו הבדל של מהות. האדם שכלוא מאחורי סורג וברית, והאדם המנוע מלשוב למולדתו, שניהם – חירותם הוגבלה. שניהם – זכויות יסוד שלהם הופקעו מהם. לגבי שניהם מתחדשת הפגיעה בוקר-בוקר מחדש. לגבי שניהם על המשיב להצביע בוקר-בוקר מחדש על ההצדקה להמשך הפגיעה ועל הסמכות להמשיך בה.

והשוו: סעיפים 4 ו-5 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (בנוגע לביטול כל השלכות כלפי עתיד של הרשעה בגין עבירה שבוטלה, לרבות שחרור אסירים); א' ברק **פרשנות במשפט – כרך ג, פרשנות חוקתית** (הוצ' נבו, 1994) ע' 740 ואילך (בסוגיית התחולה בזמן של בטלות חוקים. לעניין האבחנה הנעשית שם, נציין כי הסעד המתבקש בעתירה דנן הוא סעד אקטיבי, צופה פני עתיד, המתייחס לסמכות שלא להכניס את העותר לשטחים, בהתאם לסיפא לתקנה 112(1), ומסלק את ההשלכות העתידיות של צו הגירוש. לא מדובר בסעד רטרואקטיבי, המבקש לתקן את העוול שנעשה לעותר בעבר).

חוסר סמכות

24. המשיב מבסס את טענתו בדבר הסמכות למנוע את הכניסה לאזור של מי שהוצא נגדו צו גירוש על תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, שלשיטתו הן חלק מהדין הפנימי החל באזור. לשאלת תוקפן של תקנות ההגנה בדין הפנימי עוד נשוב בהמשך, אולם לשם קיומה של סמכות בידי המפקד הצבאי אין די בכך שהיא הוקנתה לריבון בהתאם לדין הפנימי:

...אפילו קיימת סמכות שלטונית מקומית, הרי הפעלתה של סמכות זו, הלכה למעשה, לא די לה שתיעשה על-פי כללי הדין המקומי, אלא חייבת היא לעלות בקנה אחד עם כללי המשפט המנהלי הישראלי ועם כללי המשפט הבינלאומי שעניינם תפיסה לוחמתית.
בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמחאונה אלמחודדה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 793.

25. סמכותו של מפקד כוחות צה"ל באזור להוציא צווי גירוש נבחנה ואושרה בפסיקה ישנה של בית-המשפט העליון (למשל: בבג"ץ 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, להלן: **עניין עפו**). בחינת הסמכות נעשתה על רקע המשפט הבינלאומי, ובייחוד לאור טענות לפיהן גירושו של מוגן מנוגד לסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, סעיף האוסר על גירוש ועל העברת-כפייה של מוגנים. באותה תקופה נפסק, כי סעיף 49 הנ"ל איננו אוסר העברת כפייה של יחידים לחו"ל, כי אם רק העברות-כפייה המוניות, הכרוכות במעשי זוועה אחרים, כפי שנהגו הנאצים. בנוסף נקבע, שהאיסור שבאמנת ג'נבה הוא, מכל מקום, איסור הסכמי ולא מנהגי. לאחרונה הפך בית-המשפט העליון את פסיקתו הישנה בנוגע לגירוש, על בסיס אחר מזה שהעסיק את בית-המשפט בעניין עפו, והכריע באופן ברור, כי מדובר בצעד אסור. בנוסף, בפרספקטיבת הזמן והתפתחות המשפט, נראה שהלכת עפו שוב אינה יכולה לעמוד כיום.

26. בית-המשפט העליון נדרש לדברים במסגרת בג"ץ 7015/02 עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ואח' (פ"ד נו(6) 352, להלן: **עניין עג'ורי**), שעניינו צווי "תיחום מגורים" שהורו לשלושה תושבים של הגדה המערבית להעתיק את מגוריהם לרצועת עזה.

27. את פסק-דינו ביסס בית-המשפט על סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, שזו לשון הפסקה הראשונה שלו:

היתה המעצמה הכובשת סבורה שיש צורך, מטעמי הכרח של בטחון, לנקוט אמצעי בטחון כלפי מוגנים, רשאית היא, לכל היותר, ליחד להם מקום מגורים או לעצרם. (הדגשה שלי, י.ו.)

הביטוי "**לכל היותר**" מאפשר לבית-המשפט שלא להיכנס לפרשנות סעיף 49 לאמנת ג'נבה:

מה שנאסר על פיה [הוראת סעיף 78] אסור גם אם הוראה כללית עשויה לכאורה להתפרש כמתירה אותה, ומה שהותר על פיה מותר, גם אם הוראה כללית עשויה לכאורה להתפרש כאוסרת אותה. עניין עג'ורי, ע' 367.

בית-המשפט בחר שלא להיכנס לפרשנות סעיף 49 לאמנת ג'נבה, והשאיר את הביקורת על הפרשנות שניתנה לסעיף בעניין עפו בצריך עיון "לעת מצוא". בכך נמנע בית-המשפט מלצעוד בשדה מוקשים מסוכן – שכן סעיף 49, הקובע את האיסור על גירוש והעברת-כפייה של מוגנים, מגובה על-ידי סעיפים 146 ו-147 לאמנת ג'נבה (והוראות נוספות שבמשפט הבינלאומי), הקובעות שגירוש או העברת כפייה שלא כדין עולות כדי פשע מלחמה. לא פלא, אם כן, שבית-המשפט העדיף לקבוע את גבולות סמכותו של מפקד כוחות הצבא על-בסיס סעיף 78 ולעקוף את העיסוק בסעיף 49. עם זאת, בית-המשפט הוא חד-משמעי במסקנתו האופרטיבית:

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

בית-המשפט הופך, אם כן, את הלכת עפו: אמנם לא על בסיס שלילת הפרשנות שניתנה באותו עניין לסעיף 49 לאמנת ג'נבה (נושא זה נשאר בצריך עיון) אלא על בסיס הוראת סעיף 78 לאמנה. התוצאה היא אותה תוצאה.

28. האיסור על נקיטת אמצעי ביטחון שכולל הוצאה של תושב אל מחוץ לאזור הכבוש, נוגע גם לטיעון אחר שהובא בפני בית-המשפט העליון בעניין עג'ורי, דהיינו, שרצועת עזה והגדה המערבית הם שני אזורים נפרדים. בית-המשפט מקבל את הטענה העקרונית, לפיה ההרשאה לנקוט צעדי ביטחון שבסעיף 78 לאמנה, איננה כוללת את הסמכות להוציא אדם מהאזור. עם זאת, בית-המשפט קובע שיש לראות באזור הגדה המערבית ובאזור רצועת עזה אזור מוחזק אחד (ע' 368-370 לפסק-הדין). עולה מפסק-הדין, שהעברה לכל מקום שמחוץ לארץ-ישראל המנדטורית היה נפסל בידי בית-המשפט.

29. בית-המשפט חוזר שוב על הדברים בהתייחסו לשיקולים שיש לשקול בעת הוצאת צו תיחום מגורים:

מסקנה זו מתחייבת מתפיסתה של אמנת ג'נבה הרביעית, הרואה באמצעים של מעצר ותיחום מגורים כאמצעים החמורים והחריפים ביותר שהמעצמה הכובשת יכולה לנקוט כלפי תושבים מוגנים. עניין עג'ורי, ע' 371.

30. בית המשפט חוזר על הלכה זו גם בפסק דין מאוחר יותר:

סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי מטעמים הכרחיים של ביטחון, ניתן, לכל היותר, לעצור (internment) או לתחום מקום מגורים (assigned residence) של תושב האזור. בג"ץ 3239/02 מרעב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח', פ"ד נז(2) 366, 349.

31. ראו גם בג"צ 9586/03 – סואלמה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח' (פ"ד נח(2), 342), שם נדחתה הטענה לפיה "תיחום מגורים" ברצועת עזה אסור בהיותו גירוש. ודוק: ההנמקה לא היתה שגירוש הוא מעשה מותר, תוך חזרה על הלכת עפו, אלא שכלל לא מדובר בגירוש – תוך הסתמכות על הלכת עג'ורי.

מספר הערות בשולי טיעון זה

32. דברים ברורים אלו מייתרים את הדיון בפרשנות סעיף 49 גם בעניין שבפנינו. עם זאת, לטעמם של העותרים הלכת עפו איננה יכולה להמשיך ולעמוד, והיא איננה משקפת פרשנות נכונה לסעיף 49 או לתוקפו המחייב.

33. כבר בעת שניתן, נמתחה על פסק-דין עפו ביקורת נרחבת.

ראו:

עמדתו של כב' השופט בד' בעניין עפו;

עמדתו של כב' השופט ח' כהן בבג"צ 298/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617, 653 ואילך;

י' דינשטיין "גירושים משטחים מוחזקים" עיוני משפט יג (התשמ"ח) 403.

34. העיקרון הפרשני שהנחה את בית-המשפט בעניין **עפו**, לפיו איסור הגירוש נועד למנוע אך ורק גירושים מסוג הגירושים שביצעו הנאצים, שונה על-ידי בית-המשפט העליון, כשנדרש לפריסתו של איסור אחר שבאמנת ג'נבה. באותו מקרה מדובר היה באיסור על תפיסת בני-ערובה, שבסעיף 34 לאמנת ג'נבה הרביעית. האיסור יושם לעניין החזקת עצורים לבנונים בישראל כ"קלפי מיקוח" – בהקשר שונה לחלוטין מזה שהעולם היה עד לו במלחמת העולם השנייה, אז תפסו הנאצים בני-ערובה והוציאו אותם להורג כאמצעי לחץ על לוחמי מחתרת להסגיר את עצמם. (דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שהב"ט, פ"ד נד(1) 721 בע' 742 ו-765-766).

35. הפרשנות, לפיה איסור הגירוש מכוון למעשי זוועה מסוגם של אלו שהנהיגו הנאצים, קשה לה שתעמוד גם לאור זאת ששורש האיסור שבאמנת ג'נבה הרביעית הוא בטיוטת טוקיו לאמנה, שנכתבה עוד קודם למלחמת העולם השנייה.

36. ואמנם, בעניין **עג'ורי** משאיר בית-המשפט את עניין פרישתו ופרשנותו של סעיף 49 בצריך עיון, ונמנע מלאשר את הלכת **עפו**.

37. לעניין תחולתה של אמנת ג'נבה על ענייננו, מופנה בית-המשפט לשורה של פסקי-דין מהתקופה האחרונה, המסתמכים על אמנה זו. בעניין עג'ורי נאמר, כי ב"כ המשיב חזר על עמדת המדינה: "ממשלת ישראל החליטה לנהוג על פי חלקיה ההומניטריים של אמנת ג'נבה הרביעית". הוראות אלו כוללות – כפי שעולה מפסק-הדין – את סעיף 78 לאמנה. בית-המשפט משאיר, לאור זאת, בצריך עיון, את הטענות הנוגעות להיות האמנה בגדר משפט בינלאומי מנהגי (ע' 364 לפסק-הדין). כבר בדנ"פ 7084/97 פלונים נגד שר הביטחון, פ"ד נד(1), 721, בעמ' 742, השאיר בית-המשפט את שאלת האופי המינהגי של אמנת ג'נבה בצריך עיון (בניגוד לפסיקה קודמת. ור' גם בע' 766 לפסק-הדין), וכן השאיר בצריך עיון את שאלת התחולה הישירה של משפט בינלאומי הסכמי בדין הישראלי. בית-המשפט העליון מסתמך על אמנת ג'נבה הרביעית גם בבג"ץ 3239/02 מרעב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח' (פ"ד נז(2) 349); בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע (פ"ד נז(1) 385); בג"ץ 10356/02 הס ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פ"ד נ(3) 443); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (פ"ד נח(5) 807); בג"ץ 7957/04 מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח' (תק-על 2005(3), 3333) ועוד רבים אחרים. ההסתמכות החוזרת של בית-המשפט על אמנת ג'נבה כמקור נורמטיבי מהווה, לכל הפחות, נדבך נוסף לביסוס הראייתי של מעמדה כחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי.

38. במשפט הבינלאומי מגובה העמדה לפיה אמנת ג'נבה היא בעלת אופי מנהגי בפסיקתו של בית-המשפט הבינלאומי לצדק ושל בית-המשפט הבינלאומי לפשעי מלחמה שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר, כמו גם בעמדותיהם של מלומדים רבים.

ראו:

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

The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991- decision in PROSECUTOR v. DUSKO TADIC a/k/a/ Dule of 7.5.1997 par. 4, 558, 559 and in detail in par 577.

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

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

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

לסיכום טיעון זה

39. למפקד הצבאי בשטח מוחזק סמכות מוגדרת היטב לנקוט צעדי ביטחון כנגד תושבי השטח. הגבול העליון של הסמכות הוא מעצרו המינהלי של תושבים או תיחום מקום מגוריהם בתוך השטח המוחזק. בית-משפט נכבד זה פסק, כי מעבר לכך, אין למפקד הצבאי סמכות, וצעדים ביטחוניים חמורים יותר – אסורים. בכך הפך בית-המשפט הלכות קודמות שהתירו את גירושם של תושבים.

40. כשם שסנקציית המעצר אינה כוללת רק את תפיסתו של אדם והכנסתו לכלא אלא גם את המשך כליאתו, כך גם סנקציית הגירוש אינה כוללת רק את הוצאתו של התושב מהאזור אלא גם את הגבלת שובו לביתו בהמשך. משנקבע שסנקציית הגירוש אסורה, ממילא אין בידי מפקד כוחות צה"ל סמכות למנוע את חזרת העותר לביתו.

ההצדקה העניינית להמשך הגלייתו של העותר

המבחנים

41. כטיעון חלופי, יטען העותר כי המשך הגלייתו אינו סביר ואינו מידתי. המשך הגלייתו אינו עומד במבחנים שנקבעו בפסיקת בית-המשפט העליון משנות השמונים בנוגע לקריטריונים הנוגעים להפעלת סמכות הגירוש. למעשה, עניינו של העותר אינו עומד אף במבחנים החמורים פחות הנוגעים להפעלת הסנקציות של מעצר מינהלי או תיחום מקום מגורים.

42. צו הגירוש מציב בפני התושב תמרור "אין כניסה" בפני כניסתו לאזור. "תמרור" זה, צריך שיהיה מוצדק כל אימת שהוא מוצב בפני התושב. צו הגירוש, כמוהו כצו מעצר מינהלי: הצדקתו צריכה להיות תקפה לא רק בעת הוצאתו אלא לכל אורך תקופת תוקפו.

43. המפקד הצבאי צריך לשקול את המשך חלותו של צו הגירוש מעת לעת, והמגורש רשאי להביא את עניינו מעת לעת בפני ועדה מייעצת. ההיגיון שבדיון בפני הוועדה המייעצת, הוא אותו ההיגיון העומד בבסיס העיון התקופתי בצווי מעצר מינהלי. עמד על כך הנשיא שמגר:

תקנה 112(8) קובעת בהוראותיה, שהוועדה תדון בבקשתו של מי שניתן לגביו צו גירוש ותיתן המלצתה בקשר לכך. אין בנוסח האמור כדי להצביע על בדיקה חד-פעמית דווקא. יש לפרש תקנה זו, כעולה מנוסחה, באופן המאפשר פניה חוזרת של אדם, אשר נגדו ניתן צו גירוש שעדיין בתוקף והמבקש עיון חוזר בעניינו.

גישה זו גם מוצאת חיזוק במגמה, המשתקפת בפסקה השנייה לסעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, הדנה בנושא שונה אך קרוב במהותו לזה שלפנינו. היא גם עולה בקנה אחד עם הוראותיו של סעיף 16 לצו בדבר פרשנות (אזור יהודה ושומרון) (מס' 130), תשכ"ז-1967, האומר "...

סמכות שניתנה בתחיקת בטחון או מכוחה... אפשר לחזור ולהשתמש באותה סמכות...".

בג"ץ 785/87 עפ"י ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע ואח', פ"ד מב(2) 4, 66.

סעיף 78 לאמנת ג'נבה, המוזכר על-ידי הנשיא, הוא הסעיף המקנה את הסמכות לעצור תושבים במעצר מינהלי, וקובע את המנגנון של עיון מחדש בצווי מעצר מינהליים. על טיבו של מנגנון זה כותב הנשיא שמגר:

...העיון התקופתי, כפי שנוצר על-פי סעיף 87ג [לצו בדבר הוראות ביטחון – י.ו.], נועד לבחון, אם בעת העיון מחדש עדיין מתקיימים הטעמים הביטחוניים המצדיקים את המעצר או את המשכו... אין זה מחובתו של העציר לבוא ולהוכיח, כי חל שינוי בנסיבות, אלא מחובת גורמי הביטחון לשכנע את השופט המשפטי – אם הם מעוניינים בהמשך המעצר – כי במועד של קיום הדיון התקופתי עדיין קיימים הטעמים המצדיקים את המשך המעצר. זהו הרעיון אשר מובא בסעיף 87ג, וזהו גם הרעיון אשר היה מונח בשעתו ביסודו של אב הטיפוס המשפטי, שביטוי בסעיף 78 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (אמנת ז'נבה הרביעית), אשר מתייחס על-פי לשונו ל-periodical review.

בג"ץ 466/86 אבו בקר נ' שופט בית המשפט הצבאי בשכם, פ"ד מ(3) 649, 650.

44. שיקול הדעת לעניין המשך קיומו של הצו הוא, אם כן, אותו שיקול דעת הדרוש לעניין הוצאתו של הצו מלכתחילה. רמת המסוכנות הדרושה, המידתיות המחייבת וכל השיקולים האחרים היפים להצבתו של התמרור, חיוני שיתקיימו גם לשם ההחלטה להותירו במקומו.

45. כפי שראינו לעיל, המסוכנות צריכה להיבדק נכון להיום, והשאלה היא האם המבקש מסוכן במידה כזו, המצדיקה את המשך הסנקציה של מניעת שהייתו באזור.

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.

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

כדי שיבוטל הגירוש, אין צורך בהיעדר מסוכנות גמור – די בהתפוגגות מה של חומרת המסוכנות:

במקרה דנא עברו כבר למעלה משלושה חודשים מאז מקרה הרצח, ולא מן הנמנע הוא, שאותם הנימוקים הרציניים, אשר חייבו את גירושם של העותרים בתחילת מאי 1980, פגה במידה מסוימת חומרתם כעת, או במועד שבו תדון הוועדה המייעצת בפניית העותרים 1 ו-2, אם תהיה כזו.

בג"ץ 320/80 קוואסמה ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לה(3) 113, 136-137.

46. צעד הגירוש הוא צעד קיצוני ביותר, והפסיקה שעסקה בו הציבה מבחנים מחמירים ביותר ליישומו.

"הראיות, הדרושות כדי לשכנע רשות סטטוטורית בקיום הצדק למתן צו גירוש" קבע הנשיא שמגר "צריכות, בדרך כלל, להיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות".

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

בעניין אחר ציין בית-המשפט העליון את השאלות שעמדו לנגד עיניו בבדיקת החומר החסוי שהיה ביסודו של צו גירוש:

- (א) מה מספר המקורות שעליהם מבוססים ממצאיהם של המשיב ושל הוועדה המייעצת ומה מידת מהימנותם?
- (ב) האם המידע שהגיע לידי השלטונות מאת המקורות החסויים הנו עקבי וחד-משמעי, או שמא קיים גם חומר אחר, המדבר אולי, לפחות חלקית, בזכותם של העותרים?
- (ג) האם לגבי כל אחד מהעותרים נשקלה האפשרות לנקיטת סנקציה אחרת לניטרול פעילותו החתרנית, סנקציה אשר תייתר בשלב זה את הצורך בהוצאת צו גירוש?
- בג"ץ 814/88 נסראללה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע, פ"ד מג(2) 270-269, 265.

47. בבג"ץ 792/88 מטור ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע (פ"ד מג(3) 542) מדגיש בית המשפט את חומרתה של סנקציית הגירוש. בהתאם לכך, הוא מתייחס לצורך שיתקיימו "ראיות ממשיות ומשכנעות" (ע' 551) ושיישקלו אמצעים אלטרנטיביים (שם). בית המשפט עומד גם על כך ש"המשיב היה סלקטיבי ביותר בבחירת המועמדים לגירוש" (שם). את כוונת בית-המשפט בדברו על "סלקטיביות" אנו לומדים בהמשך פסק-הדין (ע' 552): "לשאלת יו"ר הוועד המייעץ השיב העותר 1, כי יהיה זה נכון להגדירו כאחד מאותם אנשים הניצבים בראש פירמידת ה'אינתיפאדה'".

48. גם מפסקי-דין אחרים מסוף שנות השמונים, אנו למדים שסנקציית הגירוש (ככל שהיא עומדת למשיב) שמורה אך ורק למקרים הקיצוניים ביותר של מנהיגים בכירים בארגוני טרור, המפעילים גם אחרים, שפעילותם רצופה, מקיפה ומסוכנת, ושאינן תקווה שיחדלו ממנה:

[השיקולים שביסוד ההחלטה] התבססו על ראיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות. החומר שהוצג לנו מצביע בבירור על כך, שהעותר הוא בין המנהיגים הבכירים ביהודה ושומרון של ארגון החזית הדמוקרטית של נאיף חוואתמה, וכי פעילותו האמורה היא רצופה, מקיפה ומסוכנת. כן שוכנענו, כי אין באמצעי מניעה חליפים להביא להפסקת פעילותו האמורה של העותר. ניסיון העבר לימד, כי מעצרו אינו בולם באופן אפקטיבי את פעילותו.

בג"ץ 672/88 לבדי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע, פ"ד מג(2) 227, 237.

...העותר השני הוא פעיל מרכזי בארגון החזית הדמוקרטית. מרכז פעילותו אמנם בחברון, אך הוא גם ייצג את אזורו בגופים כלל-אזוריים. בפעילות שלו בולטת הנטייה להוליך למעשים אלימים. פעילותו היא מתמדת, מתמשכת ומסוכנת.

שם, ע' 240.

הפגיעה בזכויותיו של המגורש

49. הזהירות הרבה בה יש לשקול את המשך הגירוש (גם בהנחה שיש סמכות למנוע את חזרת המגורש לאדמתו) נובעת מחומרת הפגיעה באדם המגורש ממולדתו. על חומרתה של עקירת אדם מביתו עמד בית-משפט זה לאחרונה:

יישום ההתנתקות מנתק את הישראלי המפונה מביתו, מסביבתו, מבית הכנסת שלו ומבית הקברות בו קבורים מתיו. הוא פוגע

באישיותו. אכן, ביסוד כבוד האדם כזכות חוקתית "עומדת ההכרה, כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו" ... המקור המשפטי של זכות זו הוא בזכות החוקתית של כבוד האדם ... אכן, הפינוי הכפוי של הישראלים מהשטח המפונה פוגע בכבוד האדם שלהם. הוא פוגע בכבוד האדם של כל ישראלי מפונה... הנה כי כן, פינוי הישראלים מהשטח המפונה פוגע במגוון זכויות אדם המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק. ביטוי לכך כי הוצאתו של אדם מסביבתו הטבעית מהווה פגיעה במספר זכויות אדם נתן הנשיא א' ברק באחת הפרשות בציינו:

"הוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו הכפויה למקום אחר פוגעת קשות בכבודו, בחירותו ובקניינו. ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי של אדם, של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים" (פרשת עג'ורי, עמ' 365; ראו גם דברי השופט ט' שטרסברג-כהן בע"א 8398/00 כץ נ' קיבוץ עין צורים, פ"ד נו(6) 602, 623).

בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח' (טרם פורסם) בסעיף 82.

דברים אלו נאמרו בהקשר של עקירת אנשים ממקום בו חיו על בסיס הידיעה שהשליטה הישראלית שם זמנית. דברים אלו נאמרו בהקשר של העברת אנשים ממקום למקום בתוך השטח שנתפס בעיניהם כחלק מהמולדת האחת. דברים אלו נכונים מקל וחומר לגבי הגלייתו של אדם ממולדתו.

היישום לעניין העותר

50. על-רקע זה נחזור לעניינו של העותר:

צו הגירוש שהוצא בעניינו של העותר הוצא לפני 35 שנים, וגם אם היה לו בסיס באותם ימים רחוקים, הרי שכבר אבד עליו הכלח. לטעמי צו הגירוש אז אין כל משמעות או השלכה למסוכנותו של העותר היום.

51. מעל הכל ניתן ללמוד על היעדר מסוכנות מצד העותר מכך שהמשיב התיר לו מספר פעמים להיכנס לאזור ולצאת ממנו חזרה לגדה המזרחית, וכל זאת מבלי שנעצר או ננקט נגדו צעד ביטחוני כלשהו.

52. העותר הוא תושב השטחים. הוא יליד השטחים. בעצירה אלשמאליה נולד וגדל, בה הקים בית ומשפחה, בה שוכן ביתו ובה מצויה אדמתו. בערוב ימיו זכאי העותר שתקופת גלותו תבוא אל קיצה, והוא ישוב אל המנוחה ואל הנחלה במולדתו.

חוסר סמכות: תקנות ההגנה אינן חיקוק בר תוקף באזור

53. העותרים יטענו, אף זאת לחלופין, כי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה) אינן חיקוק בר תוקף באזור, וזאת כבר משנת 1948. ממילא מניעת כניסת העותר לשטחים על בסיס תקנות אלו היא שלא בסמכות.

54. העותרים מודעים היטב לכך, שבית-משפט נכבד זה פסק בעבר כי תקנות ההגנה מהוות חלק מהדין החל באזור. וזה היה הגיונו של בית-המשפט בפסיקתו שבעבר: הנחת היסוד של בית-

המשפט הייתה, שתקנות ההגנה היו חלק מהחקיקה הבריטית שעמדה בתוקפה עם כיבוש הגדה המערבית בידי הלגיון הירדני בשנת 1948. בית-המשפט בחן אם חקיקה ירדנית מאוחרת יותר ביטלה את תקנות ההגנה. נבחנו הכרזת מפקד הלגיון הירדני מ-19.5.1948, הוראות החוקה הירדנית וחקיקים ירדניים נוספים. בית-המשפט סבר כי קיים ספק שמא הוראות החוקה הירדנית ביטלו במשתמע את תקנות ההגנה, אולם בהעדר ביטול מפורש של התקנות באמצעות החוקה הירדנית, סבר בית-המשפט שיש לראות אותן כבנות תוקף מכוח הצו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 5) (יהודה והשומרון) (מס' 224), תשכ"ח-1968. לפי צו זה, שחוקק "למען הסר ספק", "תחיקת שעת חירום מתבטלת רק על ידי חקיקה הקובעת מפורשות, ותוך אזכור שמה, את דבר ביטולה". עוד קובע הצו כי "תחיקת שעת חירום אשר היתה בתוקף באזור אחרי יום ה' באייר תש"ח (14.5.1948) תמשיך לעמוד בתוקף מן היום הקובע [7.6.1967 – י.ו.] ואילך, כאילו חוקקה כתחיקת ביטחון, אלא אם בוטלה מפורשות ותוך אזכור שמה כאמור בסעיף 2(ב) לפני היום הקובע או אחריו".

ראו לעניינים אלו: בג"ץ 97/79 אבו עוואר נ' מפקד יהודה ושומרון (פ"ד לג (3) 309); בג"ץ 698/80 קוואסמה ואח' נ' שר הביטחון ואח' (פ"ד לה (1) 617, 622-626; בג"ץ 513/85 נואל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (פ"ד לט (3) 645, 649-652).

55. אולם האמנם עמדו תקנות ההגנה בתוקפן אחרי התאריך 14.5.1948 (כלומר בתאריך 15.5.1948 ואילך)? האמנם לא בוטלו באופן מפורש לפני היום הקובע?

56. The Palestine (Revocations) Order In Council (להלן: **דבר המלך המבטל**) שהוציא מלך בריטניה בתאריך 12.5.1948 מבטל, בתוספת לדבר המלך, את ה-Palestine (Defence) Order in Council, 1937, אותו דבר מלך מכוחו הוצאו תקנות ההגנה שעת-חירום. מכוח דיני הפרשנות הרלוונטיים, ביטול דבר המלך על פלסטינה-א"י (הגנה), 1937, מבטל מניה וביה את החיקוקים והצווים שיצאו מכוחו. דבר המלך המבטל קובע, כי דבר המלך על פלסטינה-א"י (הגנה), 1937, יתבטל החל מ-14.5.1948. אין חולק על קיומו של דבר המלך המבטל. אין חולק גם, שדבר המלך המבטל פורסם – אך לא בעיתון הרשמי של פלסטינה-א"י.

57. עניין זה עלה בפני בית-המשפט הנכבד במסגרת בג"ץ 513/85 הנ"ל (בעמודים 652-653). בית-המשפט סבר אז, כי לביטול דבר המלך בידי הבריטים לא היתה נפקות משום שמדובר היה ב"חקיקה נסתרת". בית-המשפט התייחס בהקשר זה לצו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 1) (אזור הגדה המערבית) (מס' 160), תשכ"ח-1967, הקובע כי "כדי להסיר ספק, נאמר בזה כי חוק נסתר אין לו ומעולם לא היה לו כל תוקף". "חוק נסתר" מוגדר כ"מעשה חקיקה כל שהוא שדימו לחוקקו לגבי האיזור בתקופה שבין ט"ז בכסלו תש"ח (29 בנובמבר 1947) ובין ה' באייר תש"ח (15.5.1948) ושלא פורסם בעיתון הרשמי, למרות היותו נמנה עם סוג מעשי החקיקה שפרסומם בעיתון הרשמי היה, עובר לאותה תקופה, חובה או מנהגי". בית-המשפט קבע, כי הצו המדובר הוא בעיקרו דקלרטיבי ואינו קונסטיטויטיבי. הצו אינו מקים לתחייה חקיקה שבוטלה, אלא אך מכריז שהיא עודנה תקפה, שכן החקיקה המבטלת היתה חקיקת סתר שממילא אין לה תוקף.

58. יש לבחון, אם כן, שני עניינים: ראשית, אם דבר המלך המבטל היה דבר חקיקה שפרסומו בעיתון הרשמי היה בגדר חובה או מנהג. שנית, אם אי פרסומו בעיתון הרשמי הופך אותו לבטל מעיקרו בהתייחס לענייננו.

59. דבר המלך המבטל לא פורסם בעיתון הרשמי של פלסטינה-א"י, וזאת בשל הנסיבות הביטחוניות של אותה תקופה. כפי שצוין בתוספת לעיתון הרשמי מ-1948.5.4:

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

גם לולא הודעה זו, לא היה צורך בפרסום ביטול חקיקת ההגנה בעיתון הרשמי דווקא.

בהתאם לתקנה 24(2) לתקנות ההגנה "לא יהיה צורך לפרסם כל תעודת שעת חירום בעיתון". "תעודת שעת חירום" מוגדרת בתקנה 14(1), בין היתר, כ"כל תעודה המיומרת להיות כלי (בין שהוא מחוקק ובין שהוא מבצע), שניתן או שהוצא בהמשך אל... דבר המלך במועצה".

גם הוראות אחרות שבתקנות מבטאות את המגמה, שתוקפן של הוראות הנוגעות לחקיקת שעת חירום אינן צריכות להתפרסם בצורה פורמלית זו או אחרת, אלא די שיובאו באופן אפקטיבי לידיעת האנשים הרלוונטיים.

העובדה, שבתנאים רגילים היה דבר המלך המבטל מתפרסם, אולי, בעיתון הרשמי, אינה משקפת חובה או מנהג לעשות כן בכל הנסיבות. אופן הפרסום של דבר המלך המבטל לא נבע משינוי במנהג ולא עמד בסתירה לחובה כלשהי – הוא היה אופן הפרסום הנכון והאפקטיבי בנסיבות הנתונות.

העולה מכך, הוא שגם לו היה הצו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 1) קונסטיטוטיוני באופיו – ובית-המשפט פסק שאינו כזה – לא היה בלשונו כדי לתפוס את דבר המלך המבטל ולהחיות את תקנות ההגנה.

60. הכלל האוסר חקיקת סתר נועד למנוע פגיעה בזכותו של אדם מבלי שניתנה לו ידיעה מראש על כך ומבלי שניתן יהיה לפנות למסמך רשמי, מוסכם וקונקרטי, לבחינת מערך הזכויות של הפרט. מבחינת עקרון הבטלות היחסית, חקיקת סתר הפוגעת בפרט תהיה בד"כ בטלה. לעומת זאת, חקיקת סתר המעניקה זכויות לפרט ומגבילה את השלטון – אין כל היגיון לראותה כבטלה. אין היא עומדת בשום פנים ואופן בניגוד לעקרון שלטון החוק המהותי. די בכך שאנשי השלטון עצמם מודעים לסמכויות שפשטו מעליהם.

לאור זאת, גם בהנחה שהיה פגם פרוצדורלי באופן פרסומו של דבר המלך המבטל, אין בפגם זה כדי להביא לבטלות אותו דבר מלך או כדי להחיות את תקנות ההגנה.

שליט, שבמו-פיו התנער מסמכויות דרקוניות שלקח לעצמו, מושתק יהיה מלטעון, שבשל פגם פרוצדורלי באופן פרסום החלטתו רשאי הוא להמשיך ולהשתמש באותן סמכויות. השתק זה יפה הוא גם ביחס לכל מי שבא בנעליו של אותו שליט.

61. לעניין זה, יש להבחין בין הוראות הצו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 1) לבין הוראות סעיף 11א לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948. פקודת סדרי השלטון והמשפט אינה מתיימרת להיות דקלרטיבית בלבד. היא ניתנה בידי הריבון, בסמוך למועד דבר המלך המבטל, והחייטה את אשר התבטל. לעומת זאת, הצו לא ניתן בידי ריבון אלא בידי מפקד צבאי בשטח מוחזק, שסמכויותיו לשינוי הדין המקומי מוגבלות. הוא ניתן 29 שנים לאחר דבר המלך המבטל. לא בכדי הסתתר מתקין הצו מאחורי המלים "כדי להסיר ספק", בהדגישו, כי כביכול אין הוא יוצר נורמה חדשה. לא בכדי הכשיר בית-המשפט את הצו באומרו כי הוא דקלרטיבי ולא קונסטיטוטיובי – צו קונסטיטוטיובי מעין זה הוא מעבר ליכולתו המשפטית של המשיב. אולם משמצאנו, שהצו אינו משקף מצב משפטי קיים, אין מנוס מהמסקנה שהאמור בצו אינו תיאור נכון של המציאות המשפטית. לא היה זה בסמכותו המוגבלת של המפקד הצבאי להקים כעוף החול חיקוק שבוטל 29 שנים קודם לכן. סמכויותיו של המפקד הצבאי כוללות רק את מה שהקנה לעצמו כדין בצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378) (תש"ל-1970) ובצווים דומים – והכול בכפוף להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי. סמכויות אלו אינן כוללות את הסמכות לגרש את תושב האזור או למנוע את כניסתו לאזור לאחר שגורש.

אי-מענה מצד המשיב

62. כמפורט לעיל, למעלה משנה מאז הפנייה אליו – והמשיב טרם נתן החלטה בעניינו של העותר.

63. על המשיב מוטלת החובה לטפל בעניינם של העותרים בהגינות, בסבירות ובמהירות ראויה. חובות אלו הן מיסודותיו של מינהל תקין.

ע"א 4809/91 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים נ' קהתי ואח', פ"ד מח(2) 190, 219; בג"צ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מח(4) 441, 451.

64. חובתו של המשיב לטפל בבקשה בזריזות ראויה מעוגנת גם בסעיף 5 לצו בדבר פרשנות (אזור הגדה המערבית) (מס' 130), תשכ"ז-1967, הקובע:

מעשה שלא נקבע, או שלא ניתן, זמן לעשייתו, בתחיקת ביטחון, יש לעשותו בכל המהירות הראויה ולחזור ולעשותו כל אימת שנוצרו המסיבות שנקבעו לעשייתו.

65. על-פי החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, עובד ציבור מחויב להשיב לבקשה להפעלת סמכות על-פי דין בתוך 45 יום מקבלת הבקשה.

66. שיטתו של המשיב, שלא להשיב לפניית אליו עד שלא יגיעו לפתחו של בית-משפט נכבד זה, הופכת את בית-המשפט למעין "סניף משנה" של המשיב, "דלפק קבלה ומזכירות גם יחד" כלשונו של כב' השופט אוקון בעת"מ (מחוזי י-ם) 769/04 אמינה נ' שר הפנים (פס"ד מיום 14.10.04).

67. בית המשפט הנכבד משמש לביקורת שיפוטית על החלטות המשיב ועל נימוקיו. לא ניתן להשלים עם מצב שרק עתירה לבג"צ תוביל למענה לבקשות, וכי מי שלא עולה בידו לקבל ייצוג משפטי, ולגייס את המשאבים הדרושים – זכויותיו יירמסו:

חובתו של בית המשפט היא לדאוג לעיגון עיקרון השירות, והכפפתו של רשויות המדינה אליו. עיקרון זה מחייב את בית המשפט למנוע התמשכות מיותרת של הליכים על חשבונם של מקבלי השירות. עקרון זה מחייב גישה רצינית לפניית הפרט, מניעת התעמרות, הטמעת ערכי שוויון, ושירוש זכויות יתר של בעלי כוח שלטוני או כוח אחר. זכויות הפרט אינן מסתיימות במתן הצהרות חגיגיות. זכויות הפרט הן חומר של יום יום. אם הזכויות לא יעמדו במבחן המעשה, הן יהפכו עד מהרה למטבעות שחוקים המוטלים הלוך ושוב, תוך יצירת אשליה חולפת של כיבוד זכויות, המתפוגגות בשל מחסומים בירוקרטיים בלתי עבירים, המוצבים על כל צעד ושעל (פרשת אמינה הנ"ל).

68. יפים לעניינו גם דברים שאמר כב' השופט א' לוי:

דרך זו שנטל לעצמו המשיב חירות להלך בה אינה מקובלת עליי. היא אינה מתיישבת עם מעמדו כרשות ציבורית, ועם העובדה שהוא משמש, בכל אשר הוא עושה, כנאמן הציבור; אין בה משום ביטוי לעקרון השירות, המחייב את המשיב לנהג את אורחותיו ביעילות ובמהירות הנדרשים...

המשיב אינו רשאי לנהוג בעותרים – כמוהם ככל פונה אחר – באופן בו הוא נוהג; המשיב אינו רשאי להותיר את עניינם תלוי ועומד בלא מענה ענייני... ואם נשתכחו מן המשיב טיבן של חובות בהן הוא חב, כי אז מחובתו של בית המשפט לשוב ולשנן באוזניו.
בג"ץ 10399/04 בן אבדקול נ' משרד הפנים, החלטה מ-3.8.2005.

69. לשיהוי בתשובה, בייחוד כשהוא נראה כהסוואה לסירוב-בפועל, צריך שיהיו השלכות. השלכה אפשרית היא הוצאת צו-על-תנאי והעברת העול אל המשיב להסביר את התנהגותו. ר': י' זמיר, הסמכות המנהלית (כרך ב, ירושלים, תשנ"ו-1996) בע' 716 ו-726-727.

הסעד הכללי

70. מכך שאין בידי המשיב סמכות למנוע מתושבי השטחים להיכנס אליהם, נובעת חובתו לאפשר את שובם לשטחים של כל מי שגורשו מהם בעבר לפי תקנה 112 לתקנות ההגנה.
71. חזרתם של כל אלו אינה מציבה בעיה ביטחונית כלשהי. אם מדובר במי שעודנו מציב סכנה לביטחון השטחים ברמה המאפשרת נקיטת צעדים ביטחוניים חוקיים נגדו (כגון מעצר מינהלי או תיחום מקום מגורים) – ניתן יהיה לנקוט צעדים אלו מייד עם שובו. אם מדובר במי שיש ראיות להעמדתו לדין – ניתן לעוצרו ולהעמידו לדין מיד עם חזרתו. בסעד המבוקש מוצע, שהמשיב יידע מראש אנשים כאלו בדבר כוונותיו בנוגע אליהם. ייתכן שמי שיידע שעם חזרתו הוא צפוי לכליאה, אף לא ינצל את זכותו לחזור.
- העתירה נתמכת בתצהירו של העותר שניתן בפני עו"ד בירדן ושוגר למוקד להגנת הפרט בפקס – וזאת בשל שהייתו הכפויה של העותר בחו"ל. גם ייפוי הכוח נחתם ומצורף באופן זה.
- מטעמים אלו מתבקש ביהמ"ש הנכבד להוציא צו על-תנאי כמבוקש בראש העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיב, להפוך את הצו להחלטי ולהשית על המשיב את הוצאות העותרות ושכ"ט עו"ד.

ירושלים, 9 באפריל 2006

יוסי וולפסון, עו"ד
ב"כ העותרים

(ת.ש. 13271)

תרגום תצהיר

אני הח"מ, _____ אלשֶׁרָאקָה (בִּירָאוּ), ת.ז. (של השטחים הפלסטיניים הכבושים) מס' _____, לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהיר בזה בכתב כדלקמן:

1. אני עושה את תצהירי זה בתמיכה לעתירה לבית המשפט הגבוה לצדק בישראל, בנוגע לחזרתי לגדה המערבית, משם גורשתי בשנת 1970.
2. העובדות שמופיעות בעתירה בנוגע אליי, בנוגע לגירושי, בנוגע לחיי בגולה ובנוגע לביקורי בשטחים וזיקתי אליהם – הן אמת.
3. העובדות שמופיעות בעתירה בנוגע למגעים בין המוקד להגנת הפרט ועורכי הדין העובדים בו לבין הרשויות – הן אמת לפי מיטב אמונתי, בהתאם למה שנמסר לי מהמוקד להגנת הפרט.
4. הריני להצהיר כי זהו שמי, זוהי חתימתי ותוכן תצהירי זה, אשר תורגם לי לערבית, אמת.

 המצהיר

הנני מאשר בזה כי בתאריך 4.4.2006 הופיע בפני עורך דין מוסא ראג'ח מחמד אלעבאהרי, בעיר אלרצבה, הנ"ל שזיהה עצמו על ידי דרכון ירדני מספר _____, ואחרי שהזהרתיו כי עליו להצהיר את האמת וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר את נכונות הצהרתו הנ"ל וחתם עליה.

 חתימת עוה"ד

(ת.ש. 13271)