

ועדת ערעורים לפי סעיף 85 לצו בדבר הוראות ביטחון
(יהודה ושומרון) (מס' 378), תש"ל-1970

המערערת :

אנתצאר מוחמד אחמד עג'ורי

ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או מנאל חזאן
 מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
 ת"ד 35401, ירושלים 91352
 טל : 6521218 - 02, פקס : 6521219 - 02

ועל ידי עו"ד תמר פלג-שריק
 מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
 מרח' התנאים 12, ת"א
 טל : 6421859 - 03, פקס : 7440621 - 03

נגד

המשיב :

מפקד כוחות צה"ל באיו"ש
 ע"י התביעה הצבאית

סיכומים מטעם המערערת

החלק המשפטי :

החריגה מסמכות של המשיב :

1 סעיף 86 לצו בדבר הוראות הביטחון (יהודה ושומרון) (מס' 387), תש"ל-1970 (להלן : צו בדבר הוראות בטחון), אשר כותרתו "פיקוח מיוחד", מסמיך את מפקד האזור להטיל פיקוח קפדני על תנועותיו ומעשיו של אדם. האזור מוגדר בסעיף 1 לצו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 3) (אזור הגדה המערבית (מס' 187), תשכ"ח-1967 כ"אזור הגדה המערבית".

2 ביום 1 באוגוסט 2002 חתם המשיב על תיקון מס' 84 לצו, אשר מכוחו הוצא "צו תיחום המגורים" (להלן צו גירוש) המופנה כלפי המערערת, והוסיף שני חידושים על הסעיף המקורי, הלוא הם:
מתן סמכות להוציא צו תיחום מקום מגורים;
מתן סמכות לקבוע, שהמגורים יהיו ברצועת עזה.

3 בכך חרג המפקד הן מסמכותו העניינית והן מסמכותו הטריטוריאלית, כפי שיוסבר להלן:

חריגה מסמכות העניינית:

4 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.

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

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

7 זאת ועוד, בית המשפט פסק לא פעם, כי המשיב בבואו להחליט על גירושו של אדם, או על הוצאת צו הגבלה רשאי להישען אך ורק על ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות לסכנה ממשית קשה וחמורה בדרגת הסתברות קרובה לוודאי.
ראו בג"ץ 627/87 עתאמללה נ' אלוף פיקוד צפון, פ"ד מב (4) 708.

8 להלן נראה, כי המשיב לא הרים את נטל הראיה כמתואר לעיל, ובשל כך לא היה מקום להוצאת הצו.

חריגה מסמכות טריטוריאלית:

- 9 פגם נוסף שדבק בצו הוא פגם החריגה מהסמכות הטריטוריאלית של המשיב. הצו המקורי הסמיך את מפקד האזור לשים אדם תחת פיקוח מיוחד בתחומיו של מקום מסוים באזור. הרחבת האזור על ידי הוספת המילים "או באזור עזה" משנה בתכלית את הגדרת הפעולה, והופכת אותה שוב מפעולה של פיקוח מיוחד לפעולה מוצהרת של גירוש, פעולה שאסורה על פי כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי.
- 10 ב"כ המשיב טען (עמ' 4, שורות 21-24 לפרוטוקול מיום 8 באוגוסט 2002), כי אין מדובר בהעברה מטריטוריה אחת לאחרת, אלא בטריטוריה אחת, וזאת מכוח פרשנותו את סעיף 11 להסכם הביניים, לפיו לטענת ב"כ המשיב שטחי הגדה והרצועה הם אזור אחד.
- 11 עוד טען ב"כ המשיב (עמ' 5, שורות 29-32 וכן בעמ' 6 שורות 1-3 לאותו פרוטוקול), כי "הדבר דומה למדינות ארצות הברית של אמריקה, שם יש הבחנה בין המדינות השונות, אך לא נשללת האפשרות כי תהיה קיימת מסגרת משפטית אחת משותפת בין המדינות".
- 12 אף בטענות אלה אין ממש, מאחר שאין הנדון דומה לראיה, וזאת מן הסיבות להלן: מנשרים 1 ו-2 הם אלה שקובעים, כל אחד את סמכותו של כל אחד ממפקדי האזורים השונים, איו"ש ואזח"ע, ושמרו כל אחד על סמכותו הנפרדת של כל מפקד באזורו. כל אחד מהם נשאר המוסמך היחיד להתיר או למנוע כניסה לאזורו.
- 13 מכאן אנו למדים, כי לשניים סמכויות זהות כל אחד באזורו, אך אין מעליהם סמכות המאחדת אותם, בדומה לשלטון הפדרלי הפורש מטרייה של סמכות, המאגדת בתוכה את המדינות השונות בארה"ב. אף ב"כ המשיב לא ידע להשיב על השאלה מיהו הריבון המשותף לשני האזורים.
- 14 נוסף על זאת, סמכותו של כל אחד ממפקדי שני האזורים היא הסמכות לקבוע מי יכנס לאזור, ואין היא הסמכות להורות לאדם להיכנס לשטחי הרשות, וזאת מן הטעם, שצה"ל אינו הריבון בשטחי הרשות. כל שמפקד האזור יוכל לעשות הוא לא להתיר כניסתם של אנשים משטחי הרשות לשטחי האזור, ותו לא. מנשרים 5 ו-7 וגם הסכם הביניים איפשרו למפקד הצבאי להתפרק מחלק מסמכויותיו, קרי סמכויות חקיקה, משפט ומנהל (כלשון סעיף 3א למנשר מס' 5, וסעיף 4א למנשר 7), אך הותירו בידי את הסמכות הביטחונית. סמכות זאת אין משמעותה הסמכות של מפקד אזח"ע לתת הסכמה להעברה בכפייה או גירוש לתחומי הרשות הפלסטינית. הוראה זו יש בה חריגה מהסמכות הטריטוריאלית של שני המפקדים, היא עומדת בסתירה למשפט הבינלאומי ההומניטרי, כפי שיפורט להלן, ומהווה התנערות מאחריותו של מפקד אזור איו"ש כלפי אזרחים מוגנים, לפי סעיף 39 לאמנת ג'נבה הרביעית, כפי שיפורט בפרק הבא.

האיסור על גירוש במשפט הבינלאומי ההומניטרי :

15 גירוש הוא העברה בכפייה של אזרח מוגן מתחומי השטח הכבוש אל מחוצה לו. למרות הלשון הנקיה בה נקט המשיב, "צו תיחום מגורים", זו בדיוק משמעותו של הצו שהוצא כנגד המערערת.

16 האיסור במשפט הבינלאומי ההומניטרי על גירוש והעברה בכפייה של אזרחים מוגנים אל מחוץ לשטח הכבוש מעוגן בסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים, וזו לשונו :

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

17 האיסור אם כן חל על כל סוג של העברה בכפייה **הן של יחידים, הן של רבים**, משטח כבוש **לשטח המדינה הכובשת או לכל שטח ריבוני אחר** מחוץ לשטח המדינה הכובשת, וגם **בתוך השטח הכבוש עצמו**, תהיה הסיבה אשר תהיה.

18 יחד עם זאת קובע הסעיף את החריג היחיד לפיו אפשר לגרש, והחריג בא אך להדגיש את היקפו של האיסור. הפיסקה השנייה של אותו סעיף מתירה **למרות האמור, "nevertheless"**, **פינוי חלקי זמני** של אזור מסוים מהאוכלוסייה האזרחית שבו, כאשר **הדבר דרוש לבטחונה של האוכלוסייה** או מטעמים צבאיים החלטיים. גם אז ההעברה האפשרית לפי החריג הינה העברה בתוך השטח הכבוש.

19 הפרתו של האיסור על העברה בכפייה של אזרחים מוגנים נחשבת להפרה חמורה, לפי סעיף 148 לאמנה. המשמעות היא שמי שמבצע או מורה לבצע העברה בכפייה נושא באחריות פלילית אישית בינלאומית למעשיו, וכל צד לאמנה מחויב לחפש ולהעמיד לדין כל אדם כזה, תהיה אשר תהיה אזרחותו.

20 ב"כ המשיב טען (עמ' 4, שורות 18-20), כי הגירוש המדובר בסעיף 49 לאמנת ג'נבה הנ"ל הוא גירוש המוני, וכי המדובר באמנה הסכמית שאין לה תוקף מנהגי, ועל כן אינה מחייבת במשפט הישראלי הפנימי להלן נסקור את הפרשנות, שניתנה לסעיף 49, המשמיטה את היסוד מתחת לטענות אלו :

21 בעבר פסק בית המשפט העליון, בדעת רוב, כי יש לפרש את הוראות סעיף 49 לאמנת ג'נבה באורח מצמצם, כנוגעות אך ורק לגירושים השרירותיים של קבוצות אזרחים, כפי

שהדבר בוצע בזמן מלחמת העולם השנייה, למטרות שעבוד, השמדה וטעמים אכזריים דומים.

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

"לשונו של סעיף 49 הינה חד משמעית וברורה. השילוב של המלים "העברת כפיה של ... יחידים או המונים וכן גירושם, ויהי המניע מה שיהיה", אינו מותיר, לדעתי, כל מקום לספק. כי הסעיף חל לא רק על גירוש המוני אלא גם על גירושם של יחידים, והאסור 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, ממובנן הברור והפשוט של מלות החיקוק, כאשר לשון הסעיף היא חד משמעית, וכאשר הפירוש הלשוני אינו עומד בסתירה למטרת החיקוק ואינו מביא לתוצאה בלתי הגיונית או אבסורדית"

23 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.

24 בעקבות פס"ד עפו, פרסם פרופ' יורם דינשטיין מאמר ביקורת - "גירושם 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.

25 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 גירושם המוניים והן על גירושם של יחידים, ואין בסיס לצמצום תחולתו.

26 נדבך מרכזי בפרשנותו של בית המשפט את סעיף 49 היה הרקע שעמד, לדעת בית המשפט, לנגד עיני מנסחי האמנה: גירושם 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).

27 סעיף 19 לטיוטת טוקיו עוסק בגירוש וקובע:

"גירושים מחוץ לשטחה של המדינה הכבושה הם אסורים, אלא אם הם פינני 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. .i

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

28 הוועדה של מומחים מטעם הממשלות, שהכינה את הטיוטות הראשונות לאמנות ג'נבה לאחר מלחמת העולם השנייה, הסתמכה באופן נרחב על טיוטת טוקיו, וניסחה מחדש את סעיף 19 (b) הני"ל כדלקמן:

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

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

30 המסקנה מכך היא, שהאיסור על גירושים מקורו לפני מלחמת העולם השנייה, והוא לא בא בתגובה לגירושים ההמוניים שאירעו במהלכה. ההשפעה שהייתה למוראות המלחמה על נוסח הסעיף הינה בכך שהורחב היקף תחולתו באופן שאוסר על העברת כפייה ולא רק על גירושים, וכן נאסר לגרש אדם מכל מניע שהוא.

31 חוקת בית הדין הפלילי אף היא קבעה, כי העברה בכפייה נחשבת לפשע מלחמה שבית הדין הפלילי הבינלאומי מוסמך לדון בו, מכוח סעיף 8(2)(a)(vii).

32 העברת כפייה מהווה גם פשע נגד האנושות לפי חוקת בית הדין, והיא מוגדרת בסעיף 7 (2) (d) כך:

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 .

האיסור על העברות כפייה כמעוגן במשפט הבינלאומי המנהגי

תחולתה של אמנת ג'נבה

33 ההלכה לפיה אמנה אינה אכיפה מבלי שאומצה בחקיקה של הכנסת נקבעה בע"א 25/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה, פ"ד י 1825. להלכה זו אין מקום כאשר מדובר באמנות הנוגעות לשטחים הכבושים.

34 בעניין עפן דן בית המשפט בשאלה אם אמנה, שהיא חלק מהמשפט הבינלאומי ההסכמי, הופכת לחלק מן המשפט הישראלי הפנימי (עמ' 34 ואילך). אך על חוקיות הגירוש להיבחן לא באספקלריה של הדין הישראלי הפנימי, אלא על פי מערכת הדינים החלה בשטחים והמחייבת את המשיב.

35 הרציונליזציה העומדת מאחורי הלכת סמרה היא אי הענקת כוח של חקיקה בידי הממשלה, שהיא הרשות המוסמכת לכרות אמנות ולאשררן. אך הגיון זה אינו חל ככל שמדובר באמנות, המתייחסות לשטח המצוי בתפיסה לוחמתית, מקום בו ממילא כל רשויות השלטון מרוכזות בידי המשיב.

דוד קרצמר "אכיפתה ופירושה של אמנת ג'נבה IV" משפטים כו (תשנ"ה) 49 ;

I. Brownlie, *Fundamental Principles of International Law* (3rd ed.) p.49

D.P. O'connell, *International Law* (2nd ed.) vol.1, p. 59

Lord McNair, *The Law of Treaties* (1961) p. 89

L. Oppenheim, *International Law* (8th ed. By H. Lawterpacht) vol. 1, p. 40

אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטיוטיבי של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז) כרך ב 1176.

36 אלא שמאז חל שינוי בתפיסה זו, הן במשפט הבינלאומי הפומבי והן בפסיקתו של בית המשפט העליון. 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.

37 בדנ"פ 7084/97 פלונים נגד שר הביטחון, פ"ד נד (1) 721, 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. יחד עם זאת הוא קובע כי :

”חזקה עלינו כי תכליתו של חוק היא, בין היתר, להגשים את הוראות המשפט הבינלאומי ולא לעמוד בסתירה להן (ראו ע”פ 6182/98 שיינבין נגד היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם). ישנה ”חזקת התאמה” בין המשפט הבינלאומי הפומבי לבין החוק המקומי”.

38 השופטת דורנר, לעומתו, מציינת במפורש (שם, בעמ’ 766ד’) כי :

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

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

39 חשוב בהקשר זה לציין, כי בנוגע לאיסור על לקיחת בני ערובה ציין בית המשפט העליון בפרשת עפן, כי ”במקביל אסר סעיף 34 לאמנה לקיחתם של בני ערובה, והדבר כונה על ידי Pictet ”חידוש במשפט הבינלאומי” (בעמ’ 25 לפסק הדין), והדבר אף שימש את בית המשפט בהנמקתו, כי גם איסור הגירוש איננו בגדר משפט מינהגי.

40 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.

אמנת ג'נבה כחלק מן הדין החל בישראל ובאזור :

41 ממשלת ישראל הצהירה, כי היא תכבד את ההוראות ההומניטריות שבאמנת ג'נבה. הצהרה זו אכיפה במשפט בין אם נראה בה הבטחה מינהלית ובין מכוח היותה בגדר הנחיות פנימיות מטעם ממשלת ישראל כלפי המפקד הצבאי.

פס”ד עפן, בעמ’ 78 ;

בג"צ 253/88 סג'דיה נ' שר הבטחון, פ"ד מב (3) 801, 832.

42 הגורם ההומניטרי של הוראות האמנה צריך להיבחן על פי אופיה של כל הוראה והוראה, ולפי מבחן זה ברור, כי סעיף 49 משתייך לחלקיה ההומאניטרים של האמנה.

פקודת מטכ"ל 33.0133 :

פקודה זו מטילה על חיילי צה"ל, ובהם המשיב, חובה לנהוג בהתאם להוראות הכלולות בארבע אמנות ז'נבה. לפקודה מעמד של דין (סעיף 2 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955).

בג"צ 86/87 קדר נ' שר הבטחון, פ"ד מב (1) 125, 128 ;

ע"פ 486/88 אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מד (2), 353, 376.

בהיות אמנת ג'נבה חלק מפקודות הצבא, ובהיות פקודות אלו חלק מן הדין החל על חיילי צה"ל, מחויב המשיב בשמירת הוראותיה, וסטייה מהן מביאה לבטלות פעולתו.

ה' סומר "ואף על פי כן חול תחול - לתחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית בדין הישראלי" עיוני משפט יא (התשמ"ו) 263.

43 מחויבותם של כוחות צה"ל לנהוג על-פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי הוטעמה לאחרונה בפסיקה של בית-המשפט העליון :

ראו : 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.

גירוש אל מחוץ לאזור - התנערות מהאחריות כלפי אוכלוסיה מוגנת:

44 סעיף 39 לאמנת ג'נבה קובע את זכותם של אזרחים מוגנים למצוא עבודה בשכר, ומנגד את חובתו של המשיב להבטיח את הזכות הזאת, ולדאוג לרווחתה ולפרנסתה של האוכלוסיה המוגנת :

"Protected persons who, as a result of the war, have lost their gainful employment shall be granted the opportunity to find paid employment . . .

Where a party to the conflict applies to a protected person methods of control which result in him being unable to support himself, and especially if such a person is prevented for reasons of security from

finding paid employment on reasonable conditions ,the said party shall ensure his support and that of his dependants."

45 גירושה של המערערת לעזה יחמיר את מצבם הבריאותי של הוריה וסבתה, הסומכים על טיפולה המסור לקיומם, כפי שהעידה, ותימנע ממנה כמעט באופן וודאי האפשרות להתפרנס, וזאת מן הסיבות המפורטות להלן:

46 גירושה לעזה הינו גירוש לאזור שאינו תחת שליטתו של מפקד האזור. הסמכות המוקנית למפקד כוחות צה"ל בחבל עזה היא רק הסמכות הבטחונית, וזאת לפי הסכם הביניים, לפיו הועברה הסמכות המנהלית והמשפטית לרשות הפלסטינית, ועל כן אין ביכולתו של המשיב לדאוג לפרנסתה או להבטיח את קיומה הכלכלי, ובכך הוא מתנער מחובתו על פי סעיף 39 הנ"ל לאמנה.

47 בעדותה מיום 8 באוגוסט 2002 העידה מומחית מטעם המערערת על המצב הכלכלי הירוד באזור עזה בכלל, ויחסית לגדה המערבית בפרט (עדותה תפורט להלן בחלק העובדתי של סיכומי המערערת). בעדותה פירטה המומחית את אחוזי האבטלה החמורים ואת סוגי העבודה, והקושי בקבלה לעבודה בגלל האבטלה הפושה. עיון בעדותה אינו מותיר מקום לספק, כי גירושה של המערערת לעזה, יש בו כדי לצמצם באופן משמעותי אם לא לבטל כליל את סיכוייה להיות מועסקת בשכר, ובכך גם להתקיים.

48 נוסף על כך, בהודעתה לתקשורת מיום 10 באוגוסט 2002 הכריזה הרשות הפלסטינית, היא הריבון בשטח המיועד לגירוש, על חוסר נכונותה המוחלט לסייע כהוא זה בהליך הגירוש המתוכנן. מכאן אנו למדים שבמצב הכלכלי הנתון ברצועה ובהעדר נכונות של הריבון בשטח לסייע להליך הגירוש, אפסו סיכויי המערערת הן למצוא עבודה בשכר הן לסמוך על הרשות הפלסטינית לכלכלתה.

מסוכנות אישית ושיקולי הרתעה:

49 החלטת הממשלה, לאורה הוצא הצו כנגד המערערת, קיבלה את עמדת רשויות הביטחון, לפיה נקיטה בסנקציות כנגד בני משפחה של מחבלים תהיה אמצעי יעיל להרתעת מחבלים ומסייעיהם. הגורם המניעתי לא היווה שיקול כלשהו בגיבוש המדיניות.

50 כפי שפורסם ברבים וכפי שהעיד בפני הוועדה מנהל שומרון בשב"כ ביום 11.08.02, היועץ המשפטי לממשלה קבע בחוות דעתו גורם נוסף, אותו יש לקחת בחשבון, והוא קשר כלשהו וזיקה למעשה הטרור, בין בדרך של סיוע ובין בדרך של תמיכה. אף היועץ המשפטי לממשלה לא דרש יסוד של מניעה, אלא אך הוסיף יסוד של אשם או אחריות אישית. בכך כיוון היועץ לעמדתו של השופט חשין בדנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון,

פ"ד נד(1) 721, 749. אלא שגישה זו היא גישת המיעוט, והיא סותרת באופן חזיתי את דעת הרוב.

51 ההלכה שנקבעה בדנ"פ פלונים היא, שאין לעצור אדם במעצר מינהלי אלא אם ממנו עצמו נשקפת סכנה לבטחון המדינה. כל פרשנות אחרת תהווה פגיעה קשה בכבוד האדם, שכן משמעה שימוש באדם כאמצעי.

52 בענייננו ברור, כי שיקול ההרתעה היה השיקול היחיד בהחלטה לגבי המערערת. קשה לטעון ברצינות, כי צעד זה הוא אף מניעתי באופיו, שכן ברור לכל בר בי רב, שמעצר מינהלי יש בו הגבלה משמעותית הרבה יותר על יכולתו של אדם לפעול לפגיעה בבטחון האזור מאשר כשהוא מסתובב חופשי בשטחי הרשות.

53 כבר נפסק לגבי גירוש כך :

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

54 יתרה מכך, עם מותו של עלי, אחי המערערת, פג הטעם המניעתי לו היה כזה מלכתחילה. לפיכך הצו פסול בהיותו הרתעתי ולא מניעתי.

החלק העובדתי

55 ביום 4.8.02, שלושה ימים אחרי החתימה על הצו המתקן, המיר המשיב את מעצרה המינהלי של המערערת בצו "תיחום מקום מגורים", אשר אינו אלא צו גירוש או צו העברה בכפייה לאזח"ע (להלן - "צו גירוש לאזח"ע"). פחות משתי יממות לאחר מכן חוסל אחיה עלי, שבגין ה"סיוע" לו הוצא אותו צו גירוש לאזח"ע, זאת כגרסת המשיב.

56 מדברי ב"כ המשיב ניתן לחלץ את גרסתו לגבי הטעמים שבבסיס הוצאת צו גירוש לאזח"ע נגד המערערת. צו זה בוסס על ארבעה אלה :

קיומו ופועלו של מי שנתפס ע"י המשיב **כרב המפגעים** עלי עגורני, שסכנה חמורה לביטחון האזור ותושביו נובעת ממנו ;

קרבת הדם של המערערת אליו (היותו אחיה) ;

המסוכנות המיוחדת למערערת, הנובעת מה"סיוע" שהגישה לאחיה המפגע, והמוגבלת לסיוע זה ;

הרתעת האוכלוסייה הפלסטינית של הגדה המערבית מפעולות טרור ומהסיוע להן.

57 אין חולק, כי הגורם הדומיננטי שהנחה את המשיב הוא ההרתעה. די בזיקת סיוע שולית ומסוכנות ברמה נמוכה מצד בן המשפחה כדי להצדיק את גירושו. סנקציית הגירוש לאזח"ע מופעלת איפוא נגד בן המשפחה, ולא אחר, שפגיעתו בבטחון מתמצית בסיוע כלשהו לבן משפחתו המפגע, היא מופעלת נגדו בגין התנהגותו של בן לאותה משפחה ושממנו נשקפת סכנה חמורה לבטחון האזור. כך מבקש מפקד כוחות צה"ל באיו"ש למנוע סכנה עתידית, למגר או לפחות לצמצם באופן משמעותי את הפעילות הטרוריסטית. ה"שחקן הראשי" בתמונה המתוארת הוא המפגע. עמו מתחילה ולמענו הומצאה השיטה. בהעדר מפגע ראשי אין סיוע, אין בנמצא בן משפחה, שהסכנה הנובעת ממנו מעוגנת באותו סיוע. מטרת ההרתעה מאבדת את צידוקה.

58 מותו של אחי המערער איין אפוא את הרציו שביסוד צו הגירוש של המערער. הוא ביטל את העילה למסוכנותה (אם זו הייתה קיימת). מאותה סיבה עצמה לא ניתן עתה לחזור ולהוציא נגדה צו מעצר מינהלי.

59 צו הגירוש לאזח"ע כדברי התביעה מבוסס על "ה[קשר ההדוק של המערער] המערער] לבין מעורבותו של אחיה... [המפגע עלי, אחיה המנוח]... מדובר בקשר אדם עצמו למפגע. הקשר האישי הוא חלק מהותי מאד מההליך" (פרוטוקול מיום 8.8.02, עמ' 3, ש' 15).

מותו של עלי, אחי המערער, ניתק את הקשר וביטל את הבסיס לצו הגירוש לאזח"ע.

מסוכנותה של המערער, אם היתה קיימת, חלפה עם מות אחיה עלי

60 התביעה: "אין די בקשר דם של אדם ספציפי כדי להצדיק את השימוש באמצעי [הגירוש לאזח"ע], אלא שמחייב גם פעילות של האדם הספציפי עצמו" עמ' 4, שורות 1-2).

61 המסוכנות האישית של המערער כשהיא לעצמה, בהעדר אחיה אינה מהווה עוד שיקול בין השיקולים לגירושה. אין בה כדי לשמש בסיס לצו גירושה לאזח"ע, שכן רובה ככולה נתלתה במסוכנות אחיה.

62 ואכן העד מטעם השב"כ הסכים עם דברי הסניגורית אשר אמרה: "עיקר הבעיה שהייתה... היא שהיא סייע לאחיה המנוח" (עמ' 11, שורות 6-7 לפרוטוקול מיום 8.8.02), ובהמשך הודה עד השב"כ בהגינותו, כי לאור מותו של אחי המערער לא היה ממליץ כיום על מעצרה המנהלי.

הסיוע המיוחס לא הוכח

אשר למהות אותו "סיוע" נותרו הדברים לוטים בערפל. עד השב"כ, אשר טען בהסתמך על חומר חסוי, כי המערערת סייעה בתפירת חגורות נפץ, לא ידע כמה חגורות או איזה סוג חגורות תפרה. הוא אף לא ידע לאמר כמה זמן הקדישה לתפירה המיוחסת: "לא יודע אם שתי דקות [און] שעתיים. אינני יכול לתחם את זה, אך לא יכול לפרט מספר ימים". עמ' 11, שורות 15-27).

63 איש השב"כ סרב להשיב על השאלה האם נכון שיש לו מקור אחד בלבד, סירוב העשוי להעיד על כך שאכן כך הוא. כן סירב, לכאורה ללא הצדקה, לצטט את דברי המודיע. בדבר מיומנות התפירה של המערערת נתן העד תשובה המכילה דבר והיפוכו: "אני יודע שהיא כנראה יודעת לתפור".

64 כעולה מהחקירה לא מיוחס למערערתו "סיוע אחר או נוסף לאחיה המנוח". אשר לסיוע בחיי יום יום אמר העד ש"סיוע כזה לא ניתן על ידה".

65 באמרתה ובזכ"ד, שנרשמו מפיה אחרי הוצאת צו הגירוש, הכחישה המערערת באופן החלטי כי תפרה חגורה. באמת זו דבקה המערערת גם בעדותה, מיום 10 באוגוסט, שם חזרה והעידה כי מקצועה הוא רוקחות וכי אינה יודעת לתפור וגם לא אוהבת לעשות זאת. (עמ' 2 לפרוטוקול).

66 לסיפורו של האח כיפאח בדבר היותה נוכחת כביכול בהטמנת רובה קרלציניקוב, על ידי האח עלי אין עדות תומכת גלויה או חסויה. המערערת הכחישה דברים אלה. לדבריה ראתה את עלי אוחז בנשק כשהוא לובש מדי שוטר במסגרת תפקידו ביריחו. על כל פנים, אף באמרתו של כיפאח לא מיוחס לה סיוע להטמנת הנשק, אלא נוכחות פסיבית בלבד (מש2, עמוד 4 שורות 12-28). אין עדות תומכת לאמרה זו. מעדותו בפני וועדת הערעורים בראשותו של אל"מ דני פרידמן עולה שאת הסיפור המציא וסיפר לראשונה באוזני ה"מדובבים" כדי להניח את דעתם מפחד בפניהם. בעדות זו הוא אמר: "...המדובבים אמרו כי יזרקו את גופתי למעבר [לכן אמרתי להם] שעלי ניקה [את הרצפה] אחרי שהוא החביא את הרובה. הפרוטוקול מיום 8.8.02 שורות 2-3 (כך גם דברי המערערת בעדותה מיום 10.8.02, עמ' 8).

67 בחקירתה הראשית והנגדית מיום 10 באוגוסט, העידה המערערת על כך שלא ראתה את אחיה עלי מחביא קלציניקוב. וכי הפעם היחידה שראתה אותו מחזיק נשק הייתה בתקופה שבה שירת ברשות הפלסטינית, בבטחון הלאומי, ושהמקרה היה בשנת 95-96. (עמ' 3 ו-4 לפרוטוקול) ובאשר לדברי אחיה כיפאח, היא הדגישה כי הנ"ל אינו יודע קרוא

וכתוב, (עמ' 9 לפרוטוקול) וכי היא אינה יודעת אילו לחצים הופעלו עליו וגרמו לו לומר את הדברים (עמ' 8, ו-9 שורה אחרונה, פרוטוקול).

ההרתעה

68 ועוד למדנו מפי התביעה: צו הגירוש לאזח"ע שהוצא נגד המערערת נועד להרתיע את תושבי הגדה. "מדובר בהעברת מסר, לא רק למפגעים עצמם אלא לכל אלה שמסיעים להם, מעודדים אותם, מחזקים את ידיהם... במילה אחת הרתעה." (עמ' 3).

69 לטענתנו, אין בגירושה של אינתיצאר אחרי מות אחיה כדי לתרום להגשמת מטרת הצו - להרתיע רבים.

70 עם מות "המפגע עצמו" עברה מהעולם לא רק מהמסוכנות המיוחסת ל"מסייעת", אלא אף כוחו המרתיע של הגירוש, אם היה לו כוח כזה קודם לכן כדעת התביעה שאנו חולקים עליה מכל וכל.

71 מותו של אחי המערערת עלול להביא לתוצאה הפוכה: ללבות את השנאה, להגביר את המוטיבציה ולעורר גל של פיגועי נקם. כך קרה במקרים רבים אחרים של "חיסולים". גירוש אחותו עלול להוסיף שמן למדורה.

72 על כל פנים מופרכת היא הציפיה שגירוש זה של אשה אלמונית, חסרת מעמד בזירה הציבורית, יעורר הד ציבורי נרחב וכי יהא בכוחו להרתיע. היעלמה מביתה במחנה עסכר יפגע עד למאד בהוריה החולים, שלטיפולם הקדישה את עצמה. (ראה עדותה מיום 10 באוגוסט, עמ' 2 לפרוטוקול).

73 היעלמה בירכתי עזה לא ישפיע על המתרחש ברחבי איו"ש. איש השב"כ לא ייחס לה מעמד כלשהו בחברה, ואף לא התעניינות בפוליטיקה. "אני יודע רק שהיא לא עובדת כי היא מסייעת להוריה החולים" אמר. גם המערערת העידה על עצמה כמי שאינה מתעניינת בפוליטיקה בכלל.

74 המצב, אשר הוליד את הצו, השתנה עם מותו של אחי המערערת עלי באופן מהותי. השיקולים או חלק חשוב מהם, אשר הביאו להחלטה להוציא את צו הגירוש לאזח"ע, עברו מהעולם. משקלם של אחרים התגמד. על המשיב להכיר בכך ולבטל את צו הגירוש.

75 לחלופין, עליו לבטל את הצו אף אם חולק הוא על טענתנו דלעיל בסברו שגם בנסיבות של היום עשוי להיות לצו הגירוש אפקט הרתעתי כלשהו. זאת משום ששיקולי הרתעת

אחרים, כשאין הם מלווים בשיקולים מניעתיים, לא יצדיקו את סנקצית הגירוש. ראו לעיל את שנאמר על חובת המשיב לפעול רק על פי שיקולי מסוכנות אישית.

76 בנסיבות אלה יגדל משקלה היחסי של הזכות לחיי משפחה, זכות המעוגנת בדין הבינלאומי, בהלכת בית המשפט העליון. זכות זו יונקת מערכי היסוד המקובלים בכל הזמנים ובכל התרבויות כנחותה רק לזכות לחיים.

77 אף התובע אמר: "...האם מדובר פה רק על הרתעה, או גם על מניעה, שהרי **כשהתחילו הדיונים** היה בצעד זה קשר ומטרה מניעתית ברורה ושלא ניתן להטיל בה ספק". (עמ' 3, שורות 22 - 24. ההדגשה הוספה).

78 ולבסוף יצוין כי אף העד מטעם המשיב, איש השב"כ "המכונה חיים", הודה כי חוות דעתו של שירות הבטחון הכללי בדבר האפקט ההרתעתי הטמון בעונש הגירוש, מבוססת על מידע מודיעיני ותו לא, קרי, על אמירות של מודיע זה או אחר, אשר אינם עולים כדי סקר דעת קהל ובוודאי ובוודאי שאינם עולים כדי מחקר מבוסס שיכול להצביע

חומרת הגירוש לאזח"ע

79 התביעה מבססת את טענתה על כך שמעצר מנהלי הוא חמור יותר מסנקצית הגירוש לאזח"ע שכן בכך שבאזח"ע "לא נשללת מהמערער חופשיותה".

80 המבחן למידת חומרתה היחסית של סנקציה איננו דעתה של התביעה, המושפעת מהאינטרסים שלה ומערכיה, השאובים מתרבות שונה מזו של המערער הפלסטיני. את התשובה יש לחפש בתרבותה שלה, בדעתם של פלסטינים, שהעדיפו שנות מעצר מינהלי ארוכות וסירבו להצעות "גלות מרצון" מוגבל בשנים. סרבני הגירוש מרצון הם הרוב המכריע, ומספר הכלואים הפלסטינים בבתי הכלא בישראל יעיד על כך.

81 המערער כשהיא לעצמה רואה בצו הגירוש סנקציה שאין קשה ממנה. כך באשר היא מנתקת אותה כליל מסביבתה הטבעית שבה נולדה וגדלה, שרק בה תוכל להתקיים פיסית ונפשית, ודנה אותה לסבל כל יסוער פיסית ונפשי ולמלחמת קיום שלא תצלח לנצח בה.

82 מכאן, שאם אין תשתית עובדתית מספקת להוצאת צו מעצר מנהלי נגדה מקל וחומר אין בסיס לצו גירוש לאזח"ע.

83 להערכת חומרתה היתרה של סנקציית הגירוש נגד המערער מופנית הוועדה אל עדותה של גבי ויקטוריה אן-לואיז מטקוף בדבר המצב החברתי - כלכלי בעזה - העוני, האבטלה והיאוש, החמורים בהרבה מאלה השוררים בגדה - שהם מנת חלקם של תושביה.

אחריותו של מפקד כוחות צה"ל באזח"ע

84 מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, בהוציאו את צו הגרוש לתחום הרשות הפלסטינית באזח"ע, פטר את עצמו - שלא כדין - מכל דאגה לפרנסתה ואף לעצם קיומה של המערערת. הדברים חמורים במיוחד לאור היותה תושבת שטח C.

85 אף מפקד כוחות צה"ל באזח"ע פעל שלא כדין: הוא ראה את עצמו מוסמך ליתן את הסכמתו להעברתה של המערערת לתחומי הרשות הפלסטינית שבטריטוריה הנשלטת על ידו; הוא נתן את הסכמתו מטעמים זרים, והם בטחון אזור, שאין הוא מופקד עליו; הוא התעלם, לכאורה, מסמכותו-חובתו - אחריותו לדאוג לקיומה ולפרנסתה של המערערת אף כי נתן את הסכמתו שתועבר לאזורו. הוא פעל בניגוד לטובת תושבי אזח"ע, השקועה במחסור, עוני ואבטלה, חובה המוטלת עליו גם עתה שעה שבעיתם באה להכרעתו.

86 הוא חרג מסמכותו, כאשר מטעמים זרים ונוגדים את אינטרס תושבי אזח"ע והמשרת אינטרסים של בטחון איו"ש שאין הוא מופקד עליהם, הוציא צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 82) (מס' 1155), התשס"ב-2002. צו זה קובע, כי מי שניתן לגביו צו של מפקד צבאי באזור אזור איו"ש. . . אשר במסגרתו נקבע כי הוא ידרש לגור במקום מסויים באזור חבל עזה, לא יהיה רשאי לצאת אותו כל עוד צו זה בתוקף. . .".

87 המצב החמור השורר בתחום הרשות הפלסטינית, באזח"ע, שהיה צריך לעמוד לנגד עיני מפקד כוחות צה"ל באזח"ע, תועד על ידי גורמים בינלאומיים שונים. הוועדה הנכבדה שמעה אודותיו בעדות מומחית, גבי ויקטוריה אן-לואיז מטקוף.

88 במצב המצוקה הקשה בה נתונה רצועת עזה - העידה המומחית - אין בנמצא גוף או ארגון שיוכל להושיט עזרה כלשהי למגורשת, והיא תיחשף למצוקה יותר מכל תושב מקומי. לה לא יהיו זכויות פליטה אצל אונר"א, מהם נהנים הפליטים תושבי המקום ונהנתה היא בהיותה תושבת מחנה הפליטים עסכר. למערערת לא תהיה תמיכה ועזרה, הניתנת על ידי המשפחה המורחבת וחברים ותיקים. בבדידותה לא יהיו לה כלים להתמודד עם העוני, חוסר עבודה, טראומות ודכאוניות פסיכולוגיים, שהם מנת חלקה של האוכלוסיה. היא תהיה מנותקת ממשפחתה ותתקשה לתקשר עמם בגלל הקשיים במערכת הטלפונים והעדר שירותי הדואר. עצם חייה יהיו נתונים בסכנה עקב הפעילות הצבאית הישראלית, אשר בשנתיים האחרונות הפילה מאות קורבנות בנפש, וגרמה לפציעתם של אלפים בקרב האוכלוסיה האזרחית, שלא הייתה מעורבת בשום פעילות לרבות הפגנות.

89 העדה הדגישה, כי המצב באזח"ע קשה בהרבה מזה השורר באיו"ש, זאת בנוגע למצב התעסוקה וכל הנובע ממנו. כמו כן ציינה, שהחברה באזח"ע מסורתית יותר מזו שבאיו"ש, דבר שיתבטא בקושי המיוחד הניצב בפני אשה בודדה להיקלט בה.

90 בסמכותו ומחובתו של מפקד כוחות צה"ל באיו"ש להתמודד עם הסכנות הנשקפות לבטחון האזור במסגרת הטריטוריה עליה הוא מופקד, בכלים העומדים לרשותו מכוח הדין. המערערת מצויה בתחום סמכותו ואחריותו.

91 הוא לא הוסמך להתנער מחובותיו אלה, מה גם שהיא תושבת אזור C.

92 אשר על כן מתבקשת הוועדה הנכבדה להמליץ על ביטול צו גירושה של המערערת.

תמר פלג - שריק, עו"ד

דן יקיר, עו"ד

מנאל חזאן, עו"ד

ב"כ המערערת