

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"צ 7015/02
בג"צ 7019/02

1. עג'ורי
2. 'עצידה'
3. המוקד להגנת הפרט
שלושתם ע"י ב"כ עוה"ד לאה צמל ואח'
המוקד להגנת הפרט, רח' אבו-עוביידה 4, ירושלים

העותרים בבג"צ 7015/02

1. 'עג'ורי
2. המוקד להגנת הפרט
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל
שלושתם ע"י עוה"ד מנאל חזאן ואח'
האגודה לזכויות האזרח בישראל, ירושלים

העותרים בבג"צ 7019/02

נ ג ד

1. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
2. מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה
על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים ירושלים

ה מ ש י ב י ם

כתב תשובה מטעם המשיבים

1. בהתאם להחלטות כב' השופטת דורנר מיום 13.8.02 מתכבדים המשיבים להגיש כתב תשובה מטעמם לשתי עתירות אלה.
2. עניינן של שתי העתירות בצווי "תיחום מקום מגורים" שהוציא המשיב 1 (להלן – המשיב), מתוקף סמכותו לפי סעיף 86 לצו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון)(מס' 378), התש"ל 1970- (להלן – הצו בדבר הוראות בטחון או הצו), וזאת נגד העותרים 1-2 בעתירה בבג"צ 7015/02 (להלן – העותרים) והעותרת 1 בבג"צ 7019/02 (להלן – העותרת).

על-פי צוים אלה, חוייבו שלושת העותרים הנ"ל, תושבי אזור יהודה והשומרון, להתגורר למשך השנתיים הבאות בתחום המועצה הפלסטינית באזור חבל עזה (להלן יכוננו שלושת הצוים – **צווי התיחום**). את הצוים האלה מבקשים העותרים לבטל.

כן מבקשים העותרים לבטל את התיקון מיום 1.8.02 של הצו בדבר הוראות בטחון, המאפשר קביעת תיחום מקום מגורים בחבל עזה, גם לתושבי אזור יהודה והשומרון.

3. המשיבים יטענו כי דין העתירות להדחות – הכל כפי שיפורט להלן.

להלן עיקרי העובדות הצריכות לעניין

4. מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלים בשטחי יהודה והשומרון אירועי לחימה רבים, ובוצעו כ-14,000 פיגועים.

5. מאז תחילת הארועים בחודש ספטמבר 2000 נהרגו 609 אזרחים ותושבים של מדינת ישראל וכ-4500 נפצעו, חלקם באורח קשה ביותר. כן נהרגו ונפצעו במהלך האירועים פלסטינים רבים.

6. אירועים אילו החמירו ביותר מאז חודש מרץ 2002, אשר בו לבדו נהרגו כמאה ועשרים אזרחים ישראלים בפיגועים שביצעו פלסטינים, ומאות נפצעו. לא למותר לציין, כי מאז החל שיאו של גל הטרור הרצחני, מחודש מרץ האחרון ועד לימים האחרונים, נהרגו 318 אזרחים ותושבים, ומעל 1500 אחרים נפצעו, חלקם באורח קשה ביותר (**קרי, למעלה ממחצית ההרוגים מאז פרוץ האירועים נהרגו בחמשת החודשים האחרונים**).

7. מדינת ישראל מצוייה כיום במאבק מזויין שנכפה עליה, מאבק שלא היה לו אח ורע בתולדות העידן המודרני; המאבק המזויין הגיע לשיאו הקטלני בחודשים האחרונים; במסגרת מאבק זה משתמש הצד הפלסטיני, בין היתר, בפצצות-אדם מונחות, המגיעות לתחומה של ישראל ולתחומי ישובים ביהודה ושומרון וחבל עזה, וזורעות הרג ודם ברחובות עריה וישוביה.

לא זו אף זו, אין מדובר במאבק מקובל בין שני עמים ושני צבאות סדירים, הנוהגים שניהם בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי המינהגי, אלא במציאות בה הצד הפלסטיני מפר את כל דיני המלחמה הנוהגים, ומבצע פשעי מלחמה ואף פשעים נגד האנושות.

במסגרת זו משתמש הצד הפלסטיני במאבקו במחבלים שאינם לובשי מדים; שמטרתם בין היתר פגיעה מכוונת באזרחים ותושבים חפים מפשע; מחבלים המסתתרים בתוך האוכלוסייה האזרחית; היוצאים ממקומות ישוב אזרחיים לביצוע מעשייה הנפשעים; שמוצאים מקומות מסתור בבתי-חולים, אמבולנסים, כנסיות ומסגדים, ומפריים את חסינותם של אותם מקומות; מחבלים הזוכים לתמיכה – אקטיבית או פאסיבית – מחלק ניכר מהאוכלוסייה; ואף זוכים לסיוע רב מחלק מתושבי האזור, ובכלל זה מבני משפחותיהם הקרובים (לעניינים אלה ר' : בג"צ 2936/02 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(3) 3; בג"צ 2117/02 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(3) 28; בג"צ 3451/02 **אלמדני נ' שר הביטחון**, פ"ד נו(3) 30, בעמ' 36).

8. בתגובה למעשי טרור אלו החליטה ממשלת ישראל, ביום 29.3.02, על ביצועה של פעולה רחבת היקף על ידי צה"ל לשם הכרעת תשתית הטרור הפלסטינית על כל חלקיה ומרכיביה, ולבצע לשם כך פעילות נרחבת עד להשגת המטרה (מבצע "חומת מגן").

9. החל מחודש יוני 2002, משהתחדש גל הפיגועים הרצחני, ובכלל זה גל פיגועי ההתאבדות, החלה בהנחיית הדרג המדיני פעולה צבאית רחבת היקף נוספת של צה"ל, שטרם הסתיימה (מבצע "דרך נחושה").

10. במסגרת פעילות צה"ל במבצעי "חומת מגן" ו"דרך נחושה" נכנסו כוחות צה"ל לשטחים רבים שהיו בשליטתה של הרשות הפלסטינית ולערים פלסטיניות, כגון רמאללה, קלקיליה, טול-כרם, שכס, ג'נין ובית לחם, וכן לכפרים פלסטיניים. כוחות צה"ל נכנסו במטרה, בין היתר, לעצור מבוקשים ואנשים הנמנים על ארגוני הטרור השונים, ולאסוף כלי נשק וחומרי חבלה.

במסגרת פעולות צה"ל התקיימו באזור קרבות עם גורמים חמושים, וצה"ל נאלץ לגייס כוחות מילואים רבים, ואף להפעיל כלי נשק כבדים כגון טנקים ונגמ"שים, ואף מסוקי קרב ומטוסים.

11. ונדגיש, בניגוד לצד הפלסטיני, ועל אף אופיו הרצחני של המאבק שנכפה על ישראל, צה"ל מקפיד לשמור על צלם אנוש ועל דיני המלחמה במהלך מלחמתו במחבלים הפלסטיניים, ומשתדל להמעיט, ככל שניתן בנסיבות הקשות, את הפגיעה באוכלוסייה האזרחית החפה מפשע (השווה: בג"צ 2936/02 לעיל, בעמ' 4; בג"צ 2117/98 לעיל, בעמ' 28-29; בג"צ 3451/02 לעיל, בעמ' 34-36).

12. משהלכו ותכפו פיגועי הטרור הרצחניים, ומשנמצא כי פעולות הלחימה עד כה אינן נותנות מענה מספק לצורך המידי בהפסקת מעשי הטרור הקשים, ולאחר התייעצות עם הפרקליט

הצבאי הראשי והיועץ המשפטי לממשלה, החליטה ביום 31.7.02 ועדת השרים לבטחון לאומי לנקוט בשורה של צעדים נוספים שנועדו לשם מניעת ביצועם של מעשי טרור נוספים, והרתעתם של מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע מעשיהם.

13. אחד מהצעדים עליהם החליטה ועדת השרים לבטחון לאומי (הקבינט הבטחוני), כאמור לעיל, היה העברתם מאזור יהודה ושומרון לאזור חבל עזה של בני משפחות של מפגעים, אשר היו מעורבים במעשי הטרור.

14. על צעד זה החליט הדרג המדיני – וראש הממשלה בראשו – שכן על פי הערכת הצבא ושירות הבטחון הכללי, שנמסרה לדרג המדיני, צעד זה יכול לתרום תרומה ממשית לכוחות הבטחון במאבקם נגד גל הפיגועים הרצחניים שהתרגש ובא על המדינה בתקופה האחרונה, ולהציל חיי אדם. לפיכך סברו גורמי הבטחון והדרג המדיני, כי יש חשיבות גדולה להוצאת הצעד האמור אל הפועל, וזאת בהקדם האפשרי.

15. ביום 1.8.02, לאחר קבלת ההחלטה האמורה, חתם המשיב על הצו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון)(תיקון מס' 84), התשס"ב2002- (להלן – הצו המתקן). בין היתר, במסגרת הצו המתקן, הוספה לסעיף 86(ב)(1) לצו בדבר הוראות בטחון, בהסכמת המשיב 2, הסמכות להורות על תיחום מקום מגורים של תושב אזור איו"ש גם באזור חבל עזה.

במקביל להתקנת הצו המתקן, ביום 1.8.02 תיקן המשיב 2 את הצו בדבר הוראות ביטחון באזור חבל עזה, תוך שהוא קובע, בין היתר, כי תושב אזור יהודה ושומרון הנדרש בצו תיחום לפי סעיף 86(ב)(1) לצו לגור במקום מסויים באזור חבל עזה לא יהיה רשאי לצאת מאותו מקום כל עוד צו זה בתוקף, אלא אם התיר זאת מפקד צבאי באזור יהודה ושומרון או באזור חבל עזה (צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 82)(מס' 1155), התשס"ב2002 - להלן – צו 1155).

צילום פרק ה' לצו בדבר הוראות בטחון, כנוסחו לפני הצו המתקן, מצורף ומסומן מש1.

צילום הצו המתקן מצורף ומסומן מש2.

צילום צו 1155 מצורף ומסומן מש3.

16. ביום 1.8.02, לאחר שנחתמו הצו המתקן וצו 1155, הוציא המשיב צווי תיחום נגד העותרים, בהתאם לסמכותו לפי סעיף 86(ב)(1) לצו בדבר הוראות בטחון, בהם הורה להם להתגורר למשך שנתיים באזור חבל עזה, בתחום שטחי המועצה, כמשמעותם בצו בדבר פרשנות (אזור חבל עזה)(מס' 300), התשכ"ט1969-. המשיב הודיע בצו התיחום למערערים על זכותם לערער על הצווים, בתוך 12 שעות, בפני ועדת הערעורים.

צילומי צווי התיחום שהוצאו לעותרים בבג"צ 7015/02 צורפו כנספחים ע2 ו-ע3 לעתירה בבג"צ 7015/02.

17. ביום 4.8.02 הוציא המשיב צו תיחום גם לעותרת. המשיב הודיע גם בצו התיחום למערערת על זכותה לערער על צו התיחום, בתוך 12 שעות, בפני ועדת הערעורים.

צילום צו התיחום שהוצא לעותרת בבג"צ 7019/02 צורף כנספח ע3 לאותה עתירה.

העותרים הגישו ערעורים נגד צווי התיחום ואלו נדונו על אתר בוועדות. להלן נפרט את ההליכים שהתקיימו בוועדות. עם זאת, תחילה נביא את המידע הנוגע לעותרים, שעמד ביסוד הוצאת הצוים, אשר לימד על סיועם לאחיהם, שהינם מחבלים מן השורה הראשונה. כן נביא את תמצית המידע המלמד על פעולות הטרור שביצעו אחים אלה.

מעורבותם של העותרים והעותרת בפעילותם של אחיהם המחבלים

עג'ורי - אחיהם של העותר 1 בבג"צ 7015/02 והעותרת

18. העותר 1 בבג"צ 7015/02 והעותרת הינם אחיו של המחבל עג'ורי. אותו אח עג'ורי, היה פעיל צבאי בכיר בארגון הטרור התנזים, ושימש כאחראי על תשתית תנזים צבאית שפעלה באזור השומרון. אותו עלי עג'ורי עסק בין היתר בהכנת מטעני חבלה וחגורות נפץ, ואף היה אחראי לשיגורם של מספר מחבלים מתאבדים – חלקם נעצרו קודם ביצוע זממם ואחרים הצליחו לפוצץ עצמם ולגרום לנפגעים רבים.

בין היתר היה האח אחראי לפיגוע ההתאבדות הכפול שבוצע בליל תשעה באב השנה, באזור התחנה המרכזית הישנה בתל-אביב, בו נהרגו חמישה אנשים ונפצעו רבים אחרים.

האח עג'ורי נהרג לפני מספר ימים, ב-5.8.02, במהלך נסיון של גורמי הביטחון לעוצרו.

עצידה – אחיו של העותר 2 בבג"צ 7015/02

19. העותר 2 בבג"צ 7015/02 הינו אחיו של המבוקש הצבאי הבכיר עצידה מהכפר תל, מערבית לשכם, המעורב בביצוע פיגועים כנגד מטרות ישראליות מאז שנת 1998.

בין היתר אחראי האח, עצידה, לפיגוע בשוב יצהר באוגוסט 1998, בו נהרגו 2 ישראלים, ולשני הפיגועים ליד הישוב עמנואל – בראשון, בחודש דצמבר 2001, נהרגו 10

אזרחים ונפצעו עשרות אחרים, ובשני, בחודש יולי 2002, נהרגו 9 אזרחים ונפצעו כ-16 נוספים.

מעורבותה של העותרת בבג"צ 7019/02 בפעילותו של אחיה עג'ורי

20. העותרת הינה רווקה, ילידת 1968, שלא עבדה עובר למעצרה, תושבת מחנה הפליטים עסכר חדש ליד שכס.

21. ממידע חסוי המצוי בידי המשיב, שניתן יהיה להציגו במעמד צד אחד בלבד, אם יסכימו לכך העותרים, עולה כי העותרת סייעה לאחיה בפעילותו החבלנית, **ובין היתר תפרה לצרכיו חגורות נפץ.**

22. בשל מעשיה נעצרה העותרת ביום 3.6.02, וביום 6.6.02 הורה מפקד צבאי על מעצרה המינהלי לתקופה של שישה חודשים, בשל היותה "סכנה לבטחון האזור". ביום 24.6.02 התקיימה ביקורת שיפוטית בעניינה, במסגרתה קוצר הצו ומשכו הועמד על ארבעה חודשים. ערעור שהגישה המערערת על החלטת השופט הצבאי-המשפטי נדחה ביום 23.7.02 על ידי בית המשפט הצבאי לערעורים (עמ"מ 1269/02).

צילום החלטת השופט הצבאי-המשפטי מצורף ומסומן **מש4**.

צילום החלטת בית המשפט הצבאי לערעורים בעמ"מ 1269/02 מצורף ומסומן **מש5**.

מעורבותו של העותר 1 בבג"צ 7015/02 בפעילותו של אחיו עג'ורי

23. העותר 1 בבג"צ 7015/02, יליד 1974, תושב מחנה הפליטים עסכר חדש ליד שכס, נשוי, אב לשלושה, עובד כצבע. העותר 1 נעצר בלילה שבין 18 ל-19 ביולי, ביחד עם אחרים מבני משפחתו.

24. בניגוד לתמונה שמנסים העותרים לצייר בעניינו של העותר 1 הנ"ל, מעורבותו במעשי אחיו חרגה במידה רבה ממתן "סיוע הומניטרי" לאח, והנ"ל סייע בפועל לפעולותיו של אחיו, כדלקמן:

העותר 1 הודה בחקירתו בכך ששימש כתצפיתן בעת העברת מטענים על ידי אחיו וחולייתו, על מנת להזהירם מפני סכנה.

העותר 1 גם הודה באותה חקירה, כי היה מודע לאמצעי לחימה שהוסתרו בבית המשפחה על ידי אחיו. לפגישות של חברי החולייה בבית המשפחה, לקיומה של דירת מסתור אשר שימשה את האח וחולייתו, לכך שבדירה האמורה אוחסנו אמצעי חבלה, לכך שהחוליה השתמשה במסגריה בה עשו חברי החולייה שימוש לצורך ייצור חלקי מטענים, וכן שנכח בעת צילום אדם, שנערך להערכתו לקראת ביצוע פיגוע התאבדות.

כן הודה העותר 1 כי סייע בהעברת מצרכי מזון לאח ולחולייתו, וכי סייע להם בהעברת ציוד מדירת המסתור ששימשה אותם.

מעורבותו של העותר 2 בבג"צ 7015/02 בפעילותו של אחיו עצידה

25. העותר 2 בבג"צ 7015/02, יליד 1968, תושב הכפר תל מערבית לשכם, נשוי, אב לחמישה, עובד בתחנת דלק. העותר 2 נעצר בלילה שבין 18 ל-19 ביולי, ביחד עם אחרים ממשפחתו.

26. בניגוד לתמונה שמנסים העותרים לצייר בעניינו של העותר 2 הנ"ל, מעורבותו במעשי אחיו חרזה במידה רבה ממתן "סיוע הומניטרי" לאח, והנ"ל סייע בפועל לפעולותיו של אחיו עצידה, כדלקמן:

על פי הודאה שמסר העותר 2 בחקירתו במשטרה, הוא מסר מספר פעמים את רכבו לאחיו, ואף נהג להסיעו לעיר שכם ובחזרה, תוך שהוא מודע לכך כי אחיו מבוקש על ידי ישראל. העותר 2 גם הודה כי האח נאצר נהג להגיע לביתו בעת שנוקק לסיועו. הסיוע התבטא באספקת מזון ובגדים, ומתן שירותי כביסה.

העותר 2 סייע גם לגיסו, מבוקש אחר בשם עצידה, פעיל תמא"ס צבאי, אשר יצא לבצע פיגוע התאבדות (פיגוע אשר סוכל למרבה המזל על ידי כוחות הבטחון). סיוע זה כ עצידה התבטא באספקה של מזון ובגדים, ובהרשאתו להשתמש ברכבו של העותר 2.

יצויין כי הנסיון מוכיח, שמתן סיוע מעין זה חיוני הוא למבוקשים.

27. זהו אפוא המידע הנוגע לעותרים ולמעשיהם. כאמור, בגין מעשים אלה הוצאו נגדם צווי התיחום. העותרים הגישו ערעורים נגד צווי התיחום, והערעורים נדונו בועדות ערעורים שהוקמו לצורך שמיעת הערעורים. להלן נפרט את ההליכים שהתנהלו בועדות אלה.

ההליכים בוועדות הערעורים

28. בהתאם להוראת סעיף 86(ה) לצו בדבר הוראות בטחון, על החלטת המשיב להוציא צו תיחום ניתן לערער בפני ועדת ערעורים, שהוקמה לפי סעיף 85(ג) לצו, האמורה לייעץ למשיב בעניין צווי פיקוח ותיחום לפי סעיף 86. מדובר בוועדה מעין-שיפוטית, אותה ממנה המשיב, ובראשה נהוג להעמיד שופט צבאי-משפטאי.

ועדת הערעורים בעניינם של העותרים (להלן – הוועדה הראשונה)

29. ביום 2.8.02 מינה המשיב ועדת ערעורים לפי סעיף 85(ג) לצו, בראשה עומד כב' השופט הצבאי-המשפטאי אל"מ (מיל.) דניאל פרידמן.

ביום 2.8.02 הגישו שני העותרים ערעור לוועדת הערעורים על צווי התיחום שהוצאו להם.

צילום הערעור צורף כנספח ע4 לעתירה בבג"צ 7015/02.

עוד באותו היום, התכנסה ועדת הערעורים במחנה עופר והחלה בדיוניה בערעור. הוועדה קיימה, בהתאם לשיקול דעתה, חלק מדיוניה בדלתיים פתוחות וחלק מהדיונים בדלתיים סגורות.

שני נציגי השב"כ, המכונים "יוריי" ו"גדעון" העידו בפני הוועדה, במעמד צד אחד בלבד, והציגו בפניה מידע חסוי הצריך לעניין.

לב"כ העותרים אף ניתן לנהל חקירה ארוכה ביותר של המכונה "יוריי" (למעלה מ-6 שעות). כן שמעה הוועדה ארוכות את עדותם של העותרים עצמם, את אביו של העותר 1, ואת עדותה של עובדת האו"ם ברצועת עזה.

30. ועדת הערעורים קיימה דיון מקיף בעניינם של העותרים, שנמשך על פני ימים ארוכים. בסיום הדיונים בעל-פה, ביום 8.8.02, התירה הוועדה לעותרים ולב"כ המשיב להגיש לה עד ליום 12.8.02 סיכומיהם בסוגייה כולה.

המשיב הדגיש בפני הוועדה את הצורך לקיים את הדיון במהירות והועדה עשתה כמיטב יכולתה לעשות כן. זאת, כמובן, מבלי לפגוע בזכויות העותרים להשמיע את מלוא טיעוניהם.

31. לא למותר לציין, כי העותרים, להם טענות רבות נגד ההליך שקיימה ועדת הערעורים, אינם טורחים לציין בעתירתם את העובדה כי פרקליטיהם נטלו לעצמם את החירות שלא להופיע לדיון ביום 6.8.02 אחר-הצהריים. בנוסף, ליום הדיונים שהיה קבוע ליום 7.8.02 אמנם הופיע ב"כ העותרים, עו"ד לביב, אך הוא טען כי אין הוא מסכים להופיע בשם העותרים, וזאת למרות החלטה שקיבלה הוועדה בסוף יום ה- 6.8.02, לחדש את הדיונים ביום 7.8.02. דבר זה אילץ את הוועדה לדחות את המשך הדיונים ליום 8.8.02.

לעניין זה נעיר, שתחילה החליטה הוועדה שלא לקיים דיונים בימים 6-7.8.02, על מנת לאפשר לעותר 1 להתאבל על אחיו, המחבל עלי עגורי, שנהרג ביום 5.8.02. אולם בעקבות בקשה דחופה לחידוש הדיונים, שהגיש המשיב, באמצעות היועץ המשפטי של אזור יהודה ושומרון (בקשה שנדונה במעמד צד אחד בלבד, לאחר שהצד השני הוזמן אך לא הגיע לדיון), הוחלט לחדש את הדיונים ביום 7.8.02, והודעה על כך נמסרה לב"כ העותרים. **דא עקא, אלה כאמור החליטו לעשות דין לעצמם, ולא הופיעו לדיון שנקבע.**

בסופו של דבר, לאחר עיכובים אלה שנגרמו ע"י ב"כ העותרים, חודשו הדיונים והסתיימו, ולועדה הוגשו סיכומי הצדדים.

צילום החומר הגלוי שנמסר לעותרים צורף בנספחים **ע5** ו-**ע6** לעתירה בבג"צ 7015/02.

צילום פרוטוקולי הדיונים והחלטות הוועדה צורפו בנספח **ע7** לעתירה בבג"צ 7015/02.

צילום סיכומי העותרים לוועדה צורף כנספח **ע8** לעתירה בבג"צ 7015/02.

אם ימצא זאת בית המשפט הנכבד לנכון ניתן יהיה להמציא לעיונו, במעמד צד אחד בלבד, את פרוטוקולי הדיונים שהתקיימו במעמד צד אחד בלבד.

32. לא למותר יהיה להוסיף ולציין, כי העותרים לא צירפו לבית המשפט הנכבד את סיכומי ב"כ המשיב שהוגשו לוועדה, למרות שאת הסיכומים שהם עצמם הגישו צירפו לעתירה, וכן לא צירפו את החלטת הוועדה מיום 6.8.02 על קיום הדיון ביום 7.8.02.

למותר לציין כי לכאורה מדובר בחוסר תום לב מצידם של העותרים.

סיכומי ב"כ המשיב שהוגשו לוועדה בעניינם של העותרים מצורפים ומסומנים **מש6**.

החלטת הוועדה מיום 6.8.02 מצורפת ומסומנת **מש7**.

33. ביום 12.8.02, לאחר הגשת סיכומי הצדדים, המליצה ועדת הערעורים למשיב לדחות את ערעורם של העותרים.

צילום החלטת ועדת הערעורים צורף כנספח ע9/ לעתירה בבג"צ 7015/02, והוא מצורף שוב לנוחיות בית המשפט הנכבד ומסומן מש8.

34. לאחר שהמלצת ועדת הערעורים נמסרה למשיב, ועניינם של העותרים נשקל מחדש על ידי המפקד החדש של כוחות צה"ל באזור, החליט המפקד להותיר את צווי התיחום על כנם. הודעה בעניין זה נמסרה לעותרים.

צילום ההודעה שנמסרה לעותרים צורף כנספח ע10/ לעתירה בבג"צ 7015/02.

ועדת הערעורים בעניינה של העותרת (להלן – הוועדה השניה)

35. ביום 5.8.02 הגישה העותרת ערעור לוועדת הערעורים על צו התיחום.

36. ביום 7.8.02, לאחר שועדת הערעורים הראשונה דחתה את בקשת ב"כ המשיב לאחד את הדיון בעניינה של העותרת עם הדיון בעניינם של העותרים, מינה המפקד מותב נוסף לוועדת הערעורים, בראשות נשיא בתי המשפט הצבאיים באיו"ש ובאזח"ע, כב' השופט אל"מ שאול גורדון.

37. ועדת הערעורים קיימה דיונים בעניינה של העותרת בימים 8.8.02 ו-11.8.02, וכן איפשרה לצדדים להגיש לה סיכומים עד ליום 12.8.02, בשעה 11:00.

בין היתר שמעה הוועדה ביום 8.8.02, במעמד צד אחד בלבד, את עדותם של נציגי השב"כ, המכונים "יוריי" ו"גדעון", ואף התירה לב"כ העותרת לחקור את המכונה "יוריי". כן איפשרה הוועדה לב"כ העותרת להעביר מספר שאלות נוספות בכתב להתייחסותם של נציגי השב"כ הנ"ל, אולם הם ויתרו על אפשרות זו. עוד שמעה הוועדה את עדותה של נציגה של האו"ם בעזה.

ביום 11.8.02 העידה העותרת בפני הוועדה, וכן העיד מנהל השב"כ בשומרון, המכונה "חיים" - תחילה במעמד צד אחד בלבד, ולאחר מכן ניתן לב"כ העותרת לחקור אותו.

צילומי פרוטוקול הדיונים בוועדת הערעורים צורפו כנספחים ע4 ו-ע5/ לעתירה בבג"צ 7019/02.

צילום הסיכומים שהגישה העותרת לועדת הערעורים מצורף ומסומן מש9.

צילום הסיכומים שהגיש ב"כ המשיב לועדת הערעורים מצורף ומסומן מש10.

אם ימצא זאת בית המשפט הנכבד לנכון, ניתן יהיה להמציא לעיונו, במעמד צד אחד בלבד, את פרוטוקולי הדיונים שהתקיימו במעמד צד אחד בלבד.

38. ביום 12.8.02 נתנה ועדת הערעורים את החלטתה בעניינה של העותרת. הוועדה המליצה בפני המשיב לדחות את ערעורה של העותרת, ולהותיר את צו התיחום על כנו.

צילום החלטת הוועדה בעניינה של העותרת צורף כנספח ע6 לעתירה בבג"צ 7019/02, והוא מצורף שוב לנוחיות בית המשפט הנכבד כנספח מש11.

39. לאחר שהמלצת ועדת הערעורים נמסרה למשיב, ועניינה של העותרת נשקל מחדש על ידי המפקד החדש של כוחות צה"ל באזור, החליט המפקד להותיר את צו התיחום על כנו. הודעה בעניין זה נמסרה לעותרת.

צילום ההודעה שנמסרה לעותרת צורף כנספח ע7 לעתירה בבג"צ 7019/02.

40. זהו הרקע העובדתי הנדרש לענין. על בסיסו נתייחס בהמשך לטענות העותרים המועלות במישור המשפטי. עם זאת נפתח ונעלה טענת סף אחת, שדי בה לדחיית העתירות.

טענת סף – דין העתירות להדחות בשל העדר תצהיר ראוי התומך בהן

41. בטרם נתייחס לטענות העותרים לגופן, נבקש להקדים ולטעון כי דין העתירות להדחות על הסף, בשל העדרם של תצהירים ראויים התומכים בנטען בעתירות. בפרט נכונה טענה זו לגבי העתירה שהוגשה בבג"צ 7015/02.

לענין זה נציין, כי העתירה שהוגשה בבג"צ 7015/02 נתמכת אך בתצהירה של הגב' דליה קרשטיין, מנהלת המוקד להגנת הפרט, המצהירה כי "כל הפרטים בעתירה אודות פעולות המוקד להגנת הפרט הם אמת. שאר העובדות הן אמת למיטב הכרתי".

העותרים עצמם, לא טרחו לצרף תצהירים משלהם לעתירה, ובודאי שלא טרחו לאשר בתצהיר את טענותיהם כי הם "חפים מפשע". תצהירי העותרים לא הוגשו, למרות שלא היתה כל מניעה להשגתם, שהרי מוחזקים הם במעצר ועורכי דינם רשאים היו להפגש עמם לצורך גביית תצהירים.

עם כל הכבוד לגבי קרשטיין, הרי שאין לה כל נגיעה ממשית למעשי העותרים, ובודאי שאין ביכולתה לדעת אם טענות העותרים הינן אמת או שקר.

עתירה שהתצהיר התומך בה הוא תצהיר סרק שכזה, דינה להדחות על הסף.

42. אשר לעתירה שהוגשה בבג"צ 7019/02, הרי שאליה צורף תצהיר העותרת עצמה. אלא שהעותרת אינה טורחת כלל להכחיש את הפעילות האסורה שיוחסה לה על ידי המשיב ועל ידי הוועדה, ואף אינה מצהירה כי כל העובדות הנטענות בעתירה הינן אמת.

גם עתירה הנתמכת בתצהיר מעין זה, דינה להדחות על הסף.

43. לדעתנו, די בטענה האמורה כשלעצמה לצורך דחיית העתירות. למרות זאת, ולמעלה מן הנדרש, נתייחס עתה לטענות לגופן.

הטיעון המשפטי

טענת חוסר סמכות

44. כפי שהובהר בפרק העובדתי, ביום 1.8.02 תיקן אלוף פיקוד המרכז את סעיף 86 לצו בדבר הוראות בטחון, וקבע כי מפקד צבאי שהורה כי אדם יהיה נתון לפיקוח מיוחד, רשאי יהיה לדרוש מאותו אדם לגור בתחומיו של מקום מסוים באזור חבל עזה. עד לאותו תיקון נקבע כי המפקד רשאי לדרוש מאדם לגור בתחומיו של מקום מסוים באזור איו"ש והתוספת קבעה כי מעתה ניתן יהיה לדרוש שהאדם יגור במקום מסוים בחבל עזה. תיקון זה נעשה על ידי המשיב¹, לאחר שקיבל לכך את הסכמת המשיב², שהוא מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה. בעקבות תיקון זה הוצאו שלושת הצווים הספציפיים המתייחסים לעותרים שאכן דרשו מהם לגור במשך השנתיים הקרובות באזור חבל עזה.

45. טענתם הראשונה של העותרים היא כי המשיב פעל בחוסר סמכות כאשר תיקן בדרך זו את הצו בדבר הוראות בטחון וקבע בו כי מפקד צבאי יוכל לדרוש מאדם לגור בתחומיו של מקום מסוים באזור חבל עזה. לפי טענת העותרים, המשיב אינו רשאי להורות שום הוראה הנוגעת למקום שהוא מחוץ לתחום איו"ש, שהוא תחום הסמכות הטריטוריאלית של המשיב.

בטענה זו אין כל ממש.

46. אכן, ככלל, עקרון הטריטוריאליות חל במשפטנו, ובהעדר הוראה מפורשת בחקיקה הרי שכל דבר חקיקה מתפרש כדבר חקיקה שתחולתו מוגבלת אך ורק לטריטוריה בה מדובר. לפיכך, חקיקה ישראלית מתפרשת ככלל כחלה על שטח המדינה בלבד, וחקיקה הנחקקת באיו"ש מתפרשת ככלל כחלה על שטח איו"ש בלבד.

אלא שכלל זה הינו כלל של פרשנות בלבד, ובכוחו של המחוקק לקבוע, במפורש או מכללא, תחולה אקסטרא-טריטוריאלית לחוק פלוני. במקרה שכך פועל המחוקק, חייב בית המשפט המקומי לקיים את מצוות המחוקק ואין הוא רשאי לערער על תחולתו האקסטרא - טריטוריאלית של אותו חוק.

47. הלכה זו נקבעה במפורש בענין ע"פ 123/83 **חברת ק.פ.א. פלדות קרית ארבע בע"מ נ. מדינת ישראל**, פ"ד לח (1) 813, 821, שם קובע כב' השופט ש. לויין כי:

”אין חולקין על כך שלכאורה, ובהעדר הוראה או טעם לסתור, יש לפרש סמכות שיפוטית או מנהלית בחיקוק, בנושאים אופי טריטוריאלי. אך אין הכלל האמור אלא כלל של פרשנות, ובכוחו של המחוקק לקבוע, במפורש או מכללא, תחולה אקסטרא טריטוריאלית לחוק פלוני, ואז שומה על בית המשפט המקומי לקיים מצוות המחוקק שלו.”

הלכה זו ישימה ככתבה וכלשונה לענייננו, שכן מפקד אזור איו"ש קבע במפורש בחקיקה ראשית, כי סמכותו תורחב ותחול על תושבי האזור גם עת נמצאים הם מחוץ לטריטוריה של אזור איו"ש. בכך אין כל פגם ובית המשפט נוהג לכבד קביעה מפורשת שכזו.

48. בהקשר זה יש לציין, כי קיימות כמה וכמה דוגמאות לחקיקה אקסטרא-טריטוריאלית, הן בחקיקת מדינת ישראל והן בחקיקת האזור. כך למשל, מדינת ישראל קבעה בחוק העונשין שורה של עבירות שעשייתן מהווה עבירה גם אם היא נעשית בחו"ל. בדומה, בחוקי המס ישנה שורת הוראות המחייבת את אזרחי המדינה לשלם מיסים על רווחים שהרוויחו בשהותם בחו"ל. הוראות דומות קיימות גם בחקיקת השטחים, ולענין זה הפנתה הוועדה השנייה, לשם הדגמה, ל"צו בדבר איסור אימונים ומגע עם ארגון עוין מחוץ לאזור (יהודה והשומרון) (מס' 284) התשכ"ט-1969", בו הטיל המשיב איסורים שונים על תושבי האזור אף בשעה שאלה מצויים מחוצה לו. לא זו אף זו, איסור זה הוחל לא רק על תושבי איו"ש, אלא אף על תושבי "אזור אחר המוחזק בידי צה"ל", כעולה מהגדרת "תושב האזור" שבצו הנ"ל.

כדוגמא נוספת ניתן להפנות לסעי' 5 לצו בדבר דרכי ענישה (יהודה והשומרון) (מס' 322) תשכ"ט – 1969, שם נקבע כי תושב עזה, שנשפט באיו"ש, ניתן להעבירו לעזה לשם ריצוי מאסרו. כן נקבע שם, כי כל אדם אשר הוצאה לגביו הוראת מאסר או מעצר בעזה, ניתן לעוצרו מכוחה באיו"ש, על מנת שיועבר לעזה לשם ריצוי מאסרו או מעצרו. הוראות דומות נקבעו בצו המקביל החל ברצועת עזה.

בשורת חיקוקים אלה אין פגם, שכן המחוקק רשאי לפרוס את רשתו על תושבי מדינתו (או אזורו) גם בעת שהותם בחו"ל – ובלבד שהדבר נעשה בחקיקה מפורשת – כפי שנעשה הדבר בענייננו.

49. לכך יש להוסיף, כי ההחלה האקסטרא-טריטוריאלית בענייננו, לא נעשתה לטריטוריה שאין לה שום קשר לטריטוריה שעליה מופקד המשיב, אלא לאזור חבל עזה, שהינו טריטוריה שיש לה קשר הדוק לאיו"ש. בנסיבות אלה, בוודאי ובוודאי שאין כל פגם בחקיקה זו.

50. לענין הקשר ההדוק בין שני האזורים, מבחינה משפטית, יש לציין תחילה, כפי שציננה הוועדה השניה בהחלטתה, כי:

”בפועל, החקיקה היוצאת בשני האזורים הינה בדרך כלל זהה, השיפוט בשני האזורים חוסה תחת קורת גג אחת, והמנהל, אף אם נפרד הוא, הרי שהפעילות בשני האזורים מתואמת – הן בתחום האזרחי והן בתחום הבטחוני.”

כן נקבעו בחקיקה החלה באזורים, קשרי גומלין הדוקים בין האזורים, כפי שמודגם למשל, מעיון בחקיקה שהובאה בסעי' 48 לעיל.

לכך יש להוסיף, כי בסעיף 11 ל”הסכם הביניים הישראלי – פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה”, אשר נחתם בווישינגטון ביום 28.9.95 (כתבי אמנה, 1071, 33), קבעו הצדדים כי הם רואים בגדה המערבית ורצועת עזה ”יחידה טריטוריאלית אחת”. כלשון הסעיף:

“The two sides view the West Bank and the Gaza Strip as a single territorial unit, the integrity and status of which shall be preserved during the interim period”.

הוראה זו חוזרת גם בסעיף 31 (8) להסכם ועל יסודה אף נקבעו מנגנוני “המעבר הבטוח” שבין איו”ש לאזח”ע.

עוד יש לציין, כי לא רק הצד הישראלי מנהל באופן מתואם את שני האזורים, אלא שגם הצד הפלסטיני מתייחס לשני האזורים כאל ישות אחת, וההנהגה של שני האזורים הללו אחת היא ומאוחדת. העובדה כי ישראל בחרה לנהל את שני האזורים באמצעות אלופים שונים, הינה החלטה ארגונית, ולענייננו, אין לכך משמעות רבה.

אשר לטענת העותרים כי מעצם עובדת קיומן של שתי מערכות דינים נפרדות באיו”ש ובאזח”ע יש להסיק כי המדובר בשני אזורים שאינם קשורים זה בזה, הרי שטענה זו אין לה על מה לסמוך. לא מעטות הן המדינות בהן נוהגות מערכות משפט שונות ונבדלות במחוזות שונים (כדוגמת מדינות פדרליות, או כדוגמת סין והונג-קונג), ובודאי שלא תתקבל כל טענה כי מדובר ביחידות טריטוריאליות נפרדות לענין הוראות המשפט הבינלאומי הרלוונטיות בנדון.

בנסיבות אלה, בודאי שאין כל פגם בחקיקה בה מדובר.

51. לכל האמור יש להוסיף, כי כעולה מנוסח המבוא לתיקון לסעיף 86 לצו, הרי שהתיקון קיבל את הסכמתו של מפקד כוחות צה"ל באזח"ע. יתירה מזו, מפקד זה אף תיקן במקביל את סעיף 86 לצו המקביל בדבר הוראות בטחון החל באזח"ע, וקבע כי:

"מי שניתן לגביו צו של מפקד צבאי באזור יהודה והשומרון לפי סעיף 86 (ב)(1) לצו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378) התש"ל – 1970, אשר במסגרתו נקבע כי הוא יידרש לגור במקום מסוים באזור חבל עזה, לא יהיה רשאי לצאת אותו מקום כל עוד צו זה בתוקף, אלא אם התיר לו זאת מפקד צבאי באזור יהודה והשומרון, או מפקד צבאי באזור חבל עזה."

תיקון זה נכלל כאמור בצו 1155 (נספח מש3/ לעיל).

בנסיבות אלה, בודאי שאין כל פגם בתיקון שתיקן המשיב את סעיף 86 לצו החל באיו"ש וטענות העותרים בנדון, דינן להדחות.

הטענה בדבר פגיעת הצווים ברשות הפלסטינית

52. טענתם הבאה של העותרים הינה כי צווי התיחום הינם פסולים בשל כך שהרשות הפלסטינית לא נתנה הסכמתה לתוכם ובשל כך שכלולה בהם כביכול הוראה לרשות הפלסטינית.

טענה זו הינה טענה קנטרנית שאין בה ממש.

53. כפי שקבעה הוועדה השניה, צווי התיחום אינם מורים לרשות הפלסטינית דבר. הוראות הצווים מופנות לעותרים, שהינם תושבי האזור, והם מורים להם היכן להתגורר בשנתיים הקרובות. המדובר בצווים שתחולתם הינה פרסונלית בלבד, ובהחלה פרסונלית שכזו, כאמור, אין כל פגם.

54. יתירה מזו, אף אם לרשות הפלסטינית יש טענות למשיב בנוגע להוצאת הצווים (ואנו מניחים כי כך הדבר), הרי שברור וידוע הוא כי טענות שיש לרשות הפלסטינית כלפי מדינת ישראל, אינן יכולות להוות בסיס לתקיפת הצווים על ידי העותרים, שכן מדובר בטענות שצריכות להתברר במישור המדיני שבין הרשות הפלסטינית למדינת ישראל בלבד, ולא

במישור המשפטי הפנימי של מדינת ישראל. בהקשר זה ראו: בג"צ 1361/91 מסלם ואח' נ.
מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מה (3) 453, 444.

לפיכך, גם טענה זו דינה להדחות.

על המניעה ועל ההרתעה – ההיבט העקרוני

55. הטענה הבאה, שהינה טענתם העיקרית של העותרים בשתי העתירות, הינה כי צווי התיחום הינם צווים פסולים, שכן הם ניתנו רק לצורכי הרתעת הרבים, ולא היה כל טעם מניעתי שבגינם הוצאו. על פי הטענה, צווי תיחום הניתנים לצורכי הרתעה בלבד, דינם להפסל, ולפיכך נטען כי הצווים הפרטניים שהוצאו בענין דין פסולים הם.

56. בענין זה נבקש להבהיר, כפי שהובהר חזור והבהר בשתי הועדות, כי הצווים ניתנו בכל אחד ואחד מהמקרים בשל טעם משולב – מניעתי והרתעתי כאחד. לדעת המשיב, בצו המוצא מטעם כפול שכזה אין כל פגם. עמדה זו התקבלה על דעת שתי הועדות ועל כן שתיהן המליצו למשיב שלא לבטל את הצווים. בהחלטות אלה לא נפל כל פגם.

להלן נפרט בנושא זה את עמדת המשיב, ואת טעמי החלטתו, ועל רקעם נתייחס לטענות העותרים.

57. מדינת ישראל נמצאת כיום בעיצומה של פעילות לוחמה. לוחמה זו מופנית כלפי ארגוני טרור אשר אינם בוחלים בשימוש באמצעים מזויעים, כגון ביצוע פיגועי התאבדות, הפוגעים, רוצחים ופוצעים אזרחים חפים מפשע – זקנים וילדים, גברים ונשים. הצבא נוקט בשורה של פעולות לחימה, אשר מטרתן החזרת הבטחון לאזור ולמדינה ומניעת המשך פיגועים קשים אלה. במסגרתן של פעולות לחימה אלה נוקט הצבא **הן בפעולות שנועדו למנוע אדם ספציפי מביצוע מעשי טרור, והן בפעולות שנועדו למנוע את הרבים מביצוע מעשי טרור**. חלקן של פעולות מניעתיות אלה, הינן פעולות הרתעיות באופיין. הרתעה שכזו אינה מטרה פסולה. הרתעה נועדה למנוע מן היחיד ומן הרבים מלהמשיך בפעולות הטרור הקשות. על כן מדובר בפעולות שמטרתן לגיטימית, ובלבד שהן מותרות על פי הדין.

58. במסגרת הפעולות המניעתיות הללו, הטיל הצבא סגרים וכתרים על אזורים שונים, ביצע מעצרים מנהליים ומעצרים לצורכי חקירה, מנע יציאת תושבי שטחים לחו"ל וכיו"ב.

59. הדין מתיר את נקיטת כל הצעדים הללו וצעדים רבים אחרים. ההיתר לנקיטת חלק מן הצעדים הללו, הרלוונטי לענייננו, מצוי בחלק י' לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 (תקנות 108-112), הדין ב"צווי צמצום, השגחת המשטרה, מעצר וגלות". היתר לנקיטת כמה מן הצעדים הללו מצוי גם בצו בדבר הוראות בטחון, בפרקים ה-1ה (סעיפים 84 - 87ט), הדנים ב"צוי הגבלה, צוי פיקוח, ומעצר מנהלי".

60. אף המשפט הבינלאומי מתיר נקיטת צעדים אלה, ולענין זה נפנה לסעיף 78 לאמנת ג'נוה הרביעית, המתיר לנקוט באמצעים של "יחוד מקום מגורים ומעצר", אם הדבר נדרש בשטח כבוש מטעמי בטחון החלטיים (כן ראו סעיפים 41-42 לאותה אמנה).

כן קובע המשפט הבינלאומי שלמפקד צבאי יש חובה לשמור על הסדר הציבורי והבטחון באזור – ולענין זה נפנה לתקנה 43 לתקנות האג.

61. הצעד שאותו בחר המשיב לנקוט בענייננו, היינו, הצעד של "תיחום מקום מגורים" או במילים אחרות "יחוד מקום מגורים", על אף פגיעתו הקשה במי שצעד זה ננקט נגדו, הינו צעד הנחשב כקל יחסית, במדרג האמצעים האפשריים שאותם מתירים כל הסעיפים הללו לנקוט.

כך למשל, צעד הגירוש, המוסדר בתקנה 112 לתקנות ההגנה, המאפשר למפקד צבאי להוציא לצמיתות אדם מגבולות השטח הכבוש אל שטחה של מדינה ריבונית אחרת, נחשב כצעד חמור בהרבה. צעד זה שונה הוא לחלוטין מן הצעד של "תיחום מקום מגורים" שננקט במקרה זה, והערבוב שעושים העותרים בין שני הצעדים, לא נועד אלא ליצור תמונה מעוותת שאין בה ממש.

כאמור, הצעד של תיחום מקום מגורים הינו צעד קל בהרבה מהצעד של גירוש. הטעם לכך נעוץ בעובדה שבמסגרת "תיחום מקום מגורים", אין מדובר בהוצאת האדם לשטחה של מדינה ריבונית אחרת, וניתוקו מעמו וממולדתו, כבגירוש, אלא בהעברת מקום מגוריו ממקום מסוים בתוך מדינה או ישות מדינית כלשהי, למקום אחר בשטחה של אותה מדינה או ישות מדינית.

לכך יש להוסיף, כי הצעד של "תיחום מקום מגורים", שננקט בענייננו, ננקט לתקופה מוגבלת, בניגוד לגירוש, הננקט ככלל לתקופה בלתי מוגבלת.

עוד יש לציין, שהצעד של "תיחום מקום מגורים" צריך להבחן מדי ששה חודשים על ידי גוף מוסמך המוקם למטרה זו על ידי המדינה הנוקטת בצעד האמור, מה שאין כן בגירוש. כך קובע סעיף 78 לאמנת ג'נוה הרביעית. ואכן, סעיף 86 (ו) לצו בדבר הוראות בטחון קובע כי אם ננקט צעד של "תיחום מקום מגורים", הרי שמדי ששה חודשים תדון בצעד זה ועדת ערעורים, המוקמת במיוחד למטרה זו, וזאת "בין אם פנה אליה אותו אדם בערעור נוסף ובין אם לאו".

הבדלים אלה בין שתי הסנקציות מבהירים בעליל כי מדובר בצעד שונה לחלוטין, שהינו קל באופן משמעותי מהצעד של "גירוש".

62. בדומה, גם הצעד של מעצר, נחשב כחמור בצורה משמעותית מהצעד של תיחום מקום מגורים, שכן במסגרת "תיחום מקום מגורים" אין מדובר בכליאתו של אדם מאחורי סורג ובריאח אלא אך בהגבלתו למקום מגוריו או בהעברתו למקום מגורים אחר.

עמד על כך המלומד פיקטה, בפירושו על אמנת ג'נובה הרביעית, בעמ' 256, שם הוא מציין, כי ככלל, תיחום מקום מגורים נחשב לצעד חמור פחות ממעצר. ראו:

J.S. Pictet, *IV Geneva Convention-relative to the protection of civilian persons in time of war*, 1958.

63. כאמור, על נקיטת צעד זה, של תיחום מקום מגורים, כלפי העותרים, החליט המשיב בשל התדרדרות המצב הבטחוני.

הסעיפים המאפשרים את נקיטת הצעד האמור (תקנה 110 לתקנות ההגנה וסעיף 86 לצו בדבר הוראות בטחון), אינם קובעים בשום מקום כי ניתן לנקוט צעד זה רק מטעמי מניעה ספציפית.

64. לאחר כל שאירע בחודשים האחרונים, עם התדרדרות המצב הבטחוני, התרבות הפיגועים, ובמיוחד התרבות השימוש במחבלים מתאבדים כ"פצצות חיות", הוחלט כי יש מקום לנקוט בצעדים חדשים שלא ננקטו בעבר לצורך המלחמה בטרור, כדי לנסות ולמגר את התופעה. במסגרת זו הוחלט לנקוט בצעד של "תיחום מקום מגורים", גם במקרים שבהם הצורך לנקיטה בצעד זה הינו צורך משולב: "מניעת – הרתעת", או במילים אחרות, צורך משולב של "מניעת היחיד ומניעת הרבים".

65. החידוש שבהחלטה זו עניינו בכך, שבמסגרת ההחלטה על נקיטה בצעד האמור, הוחלט לקחת בחשבון גם שיקולים של הרתעת הרבים. כפי שיובהר בהמשך, שיקול זה אינו זר לשיטתנו המשפטית, ובנושא קרוב מאד לענייננו, ננקט צעד מקביל, הנועד לקדם את המלחמה בטרור, משיקולי הרתעה טהורים בלבד, והדבר אושר על ידי בית המשפט הנכבד.

כוונתנו היא לצעד של הריסת בתי מחבלים, הננקט לעתים משיקולי הרתעה טהורים, אשר אושר על ידי בית המשפט פעמים רבות, ובענין זה נרחיב בהמשך.

למרות האמור, בענייננו שלנו הוחלט שלא לנקוט בסנקציה האמורה משיקולי הרתעה בלבד. עם זאת, כאשר מדובר באדם שאינו חף מפשע, ואינו תם לב, המשתף עצמו בפעולות הטרור, ונרתם לעזרתם של המחבלים, בסיוע, בשידול, בתמיכה אקטיבית או כיו"ב, סבר

המשיב כי אין כל מניעה לנקוט נגדו בצעד האמור תוך לקיחה בחשבון גם של שיקולי הרתעה.

שיקולי הרתעה מעין אלה הובילו את המשיב למסקנה כי יש טעם רב בנקיטה באמצעי האמור כלפי בן משפחה קרוב של מי שמבצע פיגועים קשים או משלח אחרים לבצעם. הערכתו המקצועית של המשיב, המבוססת על חוות דעת מומחים, הינה כי העברת בן משפחה קרוב של מחבל המבצע פיגוע קשה, ממקום מושבו באיו"ש לאזור חבל עזה, תעביר לכל מי ששוקל לבצע פיגועים דומים את המסר כי לא רק הוא עלול להפגע כתוצאה ממעשיו, אלא גם בני משפחתו הקרובים עלולים להפגע מכך.

66. לפיכך, כאשר שקל המשיב אם יש מקום לנקוט בצעד האמור כלפי העותרים וכלפי אחרים, שקל הוא בגדר שיקוליו, מחד גיסא, את השאלה האם היו הם מעורבים בפעילות הטרור, ומאידך גיסא, את התועלת ההרתעתית שתהיה לנקיטת הצעד האמור נגדם על מניעת פיגועים.

כאשר מצא כי מדובר במי שלא הוכח לגביו כי היה מעורב בפעילות טרור, החליט כי אין מקום לנקוט נגדו בצעד האמור, אף אם יכלה להיות לכך השפעה הרתעתית ממשית.

כך למשל, לגבי אבי העותרת לא נמצאה ראיה כי הוא היה מעורב בפעילות הטרור של בנו, ועל כן הוחלט שלא לנקוט נגדו בצעד האמור, למרות שהעברת אביו של עלי עגורני לעזה, יכלה לשמש – על פי הערכתם המקצועית של גורמי הבטחון – כצעד מרתיע ביותר.

לעומת זאת, לגבי העותרים נמצאו ראיות ממשיות כי הם היו מעורבים בפעילות הטרור הקשה של אחיהם, ועל כן הוחלט כי נגדם יש מקום לנקוט בצעד של העברתם לעזה, כשבגדר החלטה זו נלקח בחשבון גם האפקט המרתיע שיוכל להיות לכך על מחבלים אחרים, שיחששו כי אם יבצעו פיגועי טרור, יפגעו עקב כך בני משפחתם.

67. בכך פעל המשיב באורח ראוי. בכך איזן המשיב בין הצורך הקריטי לנקוט בפעולות החיוניות לדעתו למאבק בטרור, לבין הצורך שלא לפגוע – במידת האפשר – באנשים חפים מפשע, ושלא לנהל "על גבם" של אנשים תמי לב את המלחמה בטרור. לדעת המשיב, החלטתו מאזנת כראוי בין השיקולים החשובים הללו. לדעתו, החלטתו סבירה היא ומאוזנת. אשר על כן יתבקש בית המשפט שלא להתערב בה.

68. ולא למותר יהיה לציין כי בנושא זה הדריך עצמו המשיב על פי הנחיות הפרקליט הצבאי הראשי ועל פי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה. בגדר הנחיות אלה, הנחה היועץ המשפטי לממשלה את המשיב, כי אין מקום לנקיטה בצעד של תיחום מקום מגורים בעזה, לגבי אנשים תושבי איו"ש שאין לגביהם כל ראיות המוכיחות כי הם היו מעורבים בדרך כלשהי

בסיוע למפגעים או לשולחיהם. עם זאת, לגבי מי שיש לגביו ראיות המוכיחות כי הוא היה מעורב בסיוע למפגעים, או בעידודם, קבע היועץ המשפטי לממשלה כי ניתן לנקוט כלפיו בצעד האמור, שכן יש אפשרות לראות את העברתו של אדם כזה לעזה כמניעתית-הרתעתית.

על פי הנחיות אלה פעל המשיב ואנו נטען כי בפעולתו לא נפל כל פגם.

עמדה על כך הוועדה השניה, אשר בגדר החלטתה התייחסה לנושא האמור וקבעה כדלקמן:

"לא בנקל נבוא לקבוע כי הוראת חוק מתירה, משיקולי הרתעה גרידא, לפגוע במי אשר לא חטא – זולת אם הדבר עולה באופן מפורש מן החוק... ואכן, אף אנו נזהר מלקבוע כי הוראת סעיף 86 (ב) לצו מאפשרת שימוש באמצעים הקבועים בו לצורכי הרתעה בלבד.

חרף האמור לעיל לא מצאנו כי יש בדברים אחרונים אלה כדי לשלול שימוש בסנקציה האמורה, מקום בו נועדה היא להביא הן למניעת הסכנה הצפויה מן האדם לו הוצא הצו והן להרתעת הרבים.

הקושי, ואם תרצה הפסול, שבשימוש בסנקציה "הרתעתית", להבדיל מזו ה"מניעתית", אינו נובע מקבוצת היעד הרחבה אליה מכוונת היא, אלא מן השימוש באדם חף מפשע, ואולי אף תם לב וישר דרך, ההופך, שלא בטובתו, לכלי להעברת המסר ההרתעתי. אמור מעתה: אם ניתן להעביר מסר של הרתעה באמצעות אדם אשר נטל חלק ממשי בפעילות אסורה, ויותר מכך, אם ישנו אף צורך בהפעלת הסנקציה על מנת למנוע את המשך פעילותו האסורה, הרי לא רק שהדבר איננו אסור, אלא אף מוצדק הוא וראוי.

נבהיר את דברינו: הכל יסכימו, כי הפעלת סנקציה המיועדת למנוע סכנה אינדיבידואלית, הינה לגיטימית וראויה. הסנקציה ההרתעתית, חרף הפגמים והקלקולים אשר מבקשים לקשור לה, ראויה היא עשרת מונים. ההרתעה אינה אלא מניעה, אך להבדיל מן הסנקציה המניעתית, אשר בכוחה למנוע, לכל היותר, את הסכנה הצפויה מאדם אחד, הרי שהסנקציה ההרתעתית, בכוחה למנוע סכנה הצפויה מן הרבים.

אשר על כן, וככל שניתן לנקות מן הסנקציה ההרתעתית את הפגם הנלווה אליה ברגיל, היינו הפגיעה בחפים מפשע, הרי הופכת היא לסנקציה מניעתית מן המעלה הראשונה; מונעת היא את הפרט ומונעת היא את הרבים....

הנה כי כן, משנמצא כי המערערת סייעה להכנת פיגועי התאבדות, משישנו צורך של ממש בהצרת צעדיה במטרה למנוע את המשך פעילותה בעתיד, לא מצאנו כי היה זה פסול "להעמיס על גבה" אף את משא ההרתעה הכללית."

בכל הכבוד, בית המשפט יתבקש לאמץ עמדה זו, שהיא אשר עמדה ביסוד החלטת המשיב שלא לבטל את החלטותיו.

ההיבט המניעתי - התייחסות לטענות העותרים

70. טענתם הראשונה של העותרים הינה כי כל מעשיהם היו כדין וכי לא הוכח שהם השתלבו בדרך זו או אחרת במעגל הטרור. אשר על כן טוענים העותרים, כי הצעד שננקט כלפיהם ננקט אך ורק משיקולים הרתעתיים, ובמובן זה טענתם היא, כי הצעד ננקט כלפיהם, למרות שהם "חפים מפשע".

71. לענין זה נשיב, כי בכל הטענות הללו אין ממש, שכן העותרים אינם חפים מפשע, אינם תמי לב, ובודאי שאינם נקיי כפיים, והם אף לא טרחו לצרף לעתירה תצהיר המעיד על חפותם כביכול.

כפי שפורט בפרק העובדתי, כל אחד ואחד מן העותרים, השתלב במעגל הטרור, וסייע לאחיו ולחוליית הטרור שהפעיל, בפעילותם המסוכנת והאסורה.

72. כך הדבר באשר לעותרת, אשר לפי מידע אמין ובדוק, סייעה לאחיה לתפור חגורות נפץ, ובכך נטלה חלק ממשי ופעיל בפעילות הטרור שאותה ניהל והנחה אחיה, עלי עגירי. העותרת אמנם הכחישה את האמור, אולם המידע החסוי שבידי המשיב מפרך את הכחשותיה. לענין זה נבקש להציג את החומר החסוי במעמד צד אחד בפני בית המשפט הנכבד, וזאת לצורך הוכחת הדברים האמורים.

73. כך הדבר גם באשר לעותר 1 בבג"צ 7015/02, אשר היה מודע היטב לפעילותו האסורה והחבלנית של אחיו, ואשר למרות מודעותו זו סייע לאחיו בדרכים שונות, שפורטו לעיל. די לענין זה אם נזכיר כי העותר 1 שימש כתצפיתן שאמור היה להזהיר את חוליית הטרור מפני כל סכנה, בעת שאחיו וחולייתו העבירו מטעני חבלה מבית האח למכוניתם. בכך נטל האח חלק ישיר בפעילות הטרור של אחיו וחולייתו. מסיבות השמורות עמם, מתעלמים ב"כ העותר מפעילות זו של העותר (ראו סעיף 92 לעתירתם), והם מעדיפים להתייחס למעשים אחרים שלו (שהינם חמורים כשלעצמם). אולם מובן כי התעלמות זו אינה יכולה ל"העלים" את הודאתו של העותר במעשיו האמורים, ששימשה בסיס מרכזי להחלטת הוועדה הראשונה שדנה בעניינו (ראו סעיף 10 להחלטה).

74. והוא הדין גם באשר לעותר 2 בבג"צ 7015/02, אשר אף הוא היה מודע לפעילות הטרור של אחיו, ולהיותו מבוקש על ידי גורמי הבטחון, ולמרות זאת סייע לאחיו בדרכים שונות. לענין זה נזכיר, כי עותר זה העמיד את רכבו לצרכי אחיו המבוקש, מעת לעת, ללא שטרך לשאול לאיזו מטרה דרוש לו הרכב, וזאת למרות שבאותה תקופה הוא היה מודע היטב לכך שאחיו הינו פעיל טרור ומבוקש עד כדי סכנה לפגיעה בו מצד ישראל. בדומה, העותר 2 גם הסיע את אחיו כמה וכמה פעמים למקומות שאליהם ביקש להגיע, וזאת למרות מודעותו

האמורה. העותר 2 נתן שירותי הסעה גם לגיסו, שאף הוא היה מעורב בפעילות טרור (ואף יצא לבצע פיגוע התאבדות), וגם לרשותו העמיד את רכבו, כאשר התבקש לעשות כן.

כידוע, וכפי שהוסבר על ידי העדים שהעידו מטעם השב"כ בפני הועדות, ללא מתן סיוע ותמיכה סביבתיים מעין אלו, רשתות הטרור אינן יכולות לפעול באורח שוטף, והדבר ידוע היטב לאוכלוסייה. לפיכך, בהעניקים שירותים אלה לשני מחבלים מן השורה הראשונה, קשרו העותרים את עצמם למעגל הטרור.

75. ודוק, בניגוד לנטען בעתירה בבג"צ 7015/02, אין המדובר רק בשירותים "הומניטריים", של הענקת מזון, לינה, כביסה וכדומה (אף כי גם מתן שירותים שכאלה למבוקש הינו אסור), שנתנו האחים לאחיהם המבוקשים המסוכנים, אלא מדובר בסיוע הפורס כנפיו הרבה מעבר לסיוע "הומניטרי" גרידא.

טענת העותרים היא, כי מדובר ב"פעולות טריוויאליות שלא ניתן לצפות להעדרן בין אח לאחיו". טענה זו מקוממת היא, עת מועלית היא בהקשר דנן, ויש לדחותה מכל וכל.

מאנשים אלה, אשר גילו נכונות לסייע לפעילי טרור, וסייעו להם בפועל בדרכים האמורות, נשקפת גם סכנה עתידית לבטחון, ועל כן בודאי שקיים היבט מניעתי התומך בהחלטה שנתקבלה בעניינם.

76. כאן המקום להתייחס לכמה וכמה טענות נוספות המועלות על ידי שני העותרים בבג"צ 7015/02, שבגינן, לטענתם, אין לקחת בחשבון את הודעותיהם במשטרה ואת תוכנן המלמד על סיועם לאחיהם בפעילותם הטרוריסטית.

77. כך למשל, טוענים העותרים, כי קיימים עוד מאות ואולי אלפי אנשים בשטחים, המסכנים את הבטחון באורח דומה, ועל כן אין לנקוט בפעולות האמורות נגד העותרים בגין מעשיהם. לכך נשיב, כי אכן, לרוע המזל, ישנם עוד רבים מבין תושבי השטחים, המושיטים למחבלים סיוע דומה לסיוע שהושיטו העותרים לאחיהם המחבלים. אלא שברור כי אין בכך כדי להקל עם העותרים ובודאי שאין בנימוק זה כדי לגרום לכך שהמשיב לא יוכל לנקוט בצעד כלשהו נגד העותרים, כנדרש בעתירות.

78. בדומה, אין גם ממש בטענה כי משמת אחיהם של העותרת והעותר 1, חלפה כל סכנה הנשקפת מהם. עותרים אלה גילו במעשיהם את נכונותם לסייע למעשי הטרור של אחיהם וחולייתו, ולקדם את מטרות הטרור, ובפועל, הם אף סייעו לא רק לאח, אלא לכל החוליה הטרוריסטית שבראשה עמד. לפיכך, אין במות האח כדי להסיר את הסכנה הנשקפת מהם, שכן אף אם מת האח, הרי שחולייתו לא מתה עמו, וגם הפעילות הטרוריסטית שלקידומה

פעל, לא עברה מן העולם. בנוסף, אין כל ראייה כאילו עם מות האח עברה מן העולם נכונותם של העותרים לסייע למעגל הטרור.

79. אשר לטענה כי לזכ"דים שכתבו חוקרי השב"כ שחקרו את העותרים אין משקל המספיק **להרשעת העותרים**, וכי ההודעות שמסרו לחוקריהם במשטרה ובשב"כ נמסרו בגין לחץ שהופעל עליהם, כביכול, נבקש להשיב תחילה, כי נשתכח מן העותרים כי לא במשפט פלילי עסקינן, אלא בהחלטה מנהלית, המבוססת על ראיות מנהליות. כך התייחסה לנושא זה הוועדה ולענין זה קבעה כי הראיות שהוצגו בפניה משכנעות די הצורך להוכחת העובדה כי העותרים אכן סייעו סיוע ממשי לאחיהם המבוקשים.

לכך נוסף, כי עיקרי הממצאים לגבי העותרים בוססו על הודאות גלויות שמסרו במשטרה, ועל כן אין כל צורך להעמיק בשאלה מהו משקלם של הזכ"דים שכתבו חוקרי השב"כ שחקרו אותם.

עוד נוסף, ונקודה זו מרכזית היא, כי העותרים מסרו בעדותם בפני הוועדה, כי אנשי השב"כ והמשטרה שחקרו אותם "התנהגו אליהם יפה", וכי ניתן להם לדבר בחופשיות. ממילא ברור כי מדובר בטענות סרק. ראו עדויות העותרים בנספח ע'7/ ט בעמ' 10 (שורה 12) ובעמ' 14 (שורה 3).

כן נציין, כי בעדותם בפני הוועדה חזרו העותרים, ככלל, על הדברים שמסרו בעדויותיהם במשטרה, בשינויים שונים, וממילא, כבר מפרוטוקול עדותם בועדה עולה מעורבותם בסיוע למעשי אחיהם המתבלים, ולמעשי מחבלים אחרים, שפורטה לעיל בהרחבה.

80. טענה נוספת עניינה בכך שלדעת העותרים אין לזקוף לחובתם אי מניעת פשעים של אחיהם, שכן הנורמות המשפטיות בישראל, בירדן ובשטחים, אינן זוקפות לחובת בני משפחה אי מניעת פשעים של בני משפחתם, וזאת מטעמים "הומניטריים". לטענה זו נשיב, כי אין לנו כלל צורך להתייחס אליה בפרוטרוט, שכן מדובר בטענה שאיננה ממין הענין, שהרי הראיות המצויות בידי המשיב, שהוצגו לועדות, מלמדות על **סיוע פעיל** שנתנו העותרים לאחיהם המתבלים, ואין מדובר כאן – כנטען – אך באי מניעת פשע. מה גם שלאדם אין "זכות קנויה" כי המחוקק ימחל לו על אי מניעת פשעים שגרמו לקורבנות רבים.

עוד נציין כי בסעי' 17 א לצו בדבר כללי האחריות לעבירה (יהודה והשומרון)(מס'225) תשכ"ח – 1968, הקובע פטור לקרובי משפחה מעבירה של קבלה והסתרה של עבריין וסיוע להמלטות מן העונש, עליו מסתמכים העותרים בסעי' 112 לעתירתם, אינו נותן כל פטור לאחים של עבריינים, וממילא אין הוא רלוונטי כלל לענייננו.

81. טענה נוספת היא, כי המשיב היה צריך להקנות "כיבודים וטובות הנאה לאביו של העותר 1", שכן הלה ניסה למנוע את פעילות בנו. לכך נשיב, כי כנראה נשתכחה מהעותרים העובדה כי הצעד האמור ננקט נגד העותר ולא נגד אביו. מבלי להתייחס לטענות לגבי מעשי האב, ברור כי העותר סייע לפעילותו של אחיו, ודי כבר בכך לדחיית הטענה האמורה.
82. טענה נוספת היא, כאילו הוועדה הראשונה עצמה, שדנה בעניינם של העותרים, לא סברה כי יש פגם ממשי במעשי העותרים עצמם אלא התייחסה להיבט ההרתעתי בלבד. גם בכך אין ממש. הוועדה ציינה כמה פעמים כי שני העותרים סייעו סיוע ממשי לאחיהם וכי מעשי העותרים חמורים הם, תוך שסירבה לקבל את הטענה שהושמעה בפניה, כאילו מדובר אך ב"רבב" של עבירות בטחוניות. ראו למשל סעיפים 10 – 11 וסעיפים 49-52 להחלטתה.
83. הטענה האחרונה בהקשר זה הינה הטענה כי בעבר, לא היה די ב"מסוכנות גרידא" להצדקת גירוש, אלא נדרשה הוכחה של מסוכנות כבדה ביותר להצדקת נקיטתו של צעד זה. להוכחת הטענה, מביאים העותרים כמה פסקי דין שניתנו לגבי הפעלת אקט הגירוש, מהם עולה כי צעד זה הופעל רק כלפי "האנשים המסוכנים ביותר", כלשון העותרים.
84. לטענה זו נשיב תחילה, כי אין הנדון דומה לראיה, שכן הפסיקה אליה מתייחסים העותרים ניתנה במקרים בהם ננקט צעד של גירוש, היינו, הוצאה מן האזור לארץ זרה, וזאת - לצמיתות, בעוד שענייננו שונה לחלוטין. כפי שהוסבר לעיל, צעד הגירוש, הננקט לצמיתות, הינו צעד חריף בהרבה מהצעד שננקט בענין דן, שבמסגרתו הועברו העותרים אך לעזה, ואך לתקופה קצובה של שנתיים. אשר על כן ברור כי לא ניתן להקיש מהתם להכא.
- יתירה מזו, הצעדים הננקטים לצורכי המלחמה בטרור ננקטים לפי הנסיבות המשתנות, וברור כי במצב דהיום, לא די לנקוט באותן פעולות שננקטו בעבר.
85. לכך נוסף, כי כפי שהוסבר, במקרה דן לא נשקל השיקול המניעתי, כשהוא לבדו, אלא שאליו הצטבר השיקול ההרתעתי, שעליו נרחיב להלן. לפיכך, גם אם בהיבט המניעתי, הסיכון הנשקף מן העותרים הינו סיכון נמוך יחסית (ואנו סבורים כי לא כך הדבר), הרי שעדיין, ניתן להוסיף לשיקול זה את ההיבט ההרתעתי, אשר כפי שהוסבר, הינו היבט מרכזי, שהינו לגיטימי לגמרי, ובודאי שכך הוא הדבר עת "מועמס הוא על גבם" של מי שאינם חפים מפשע. הצטברותם של שני היבטים אלה, בודאי מצדיקה היא את נקיטת הצעד האמור כלפי כל שלושת העותרים.
- לפיכך נטען כי גם טענה זו דינה להדחות.
86. אשר לעותרת, הרי שהיא מכחישה כי היתה מעורבת בביצוע פעילות אסורה, ואף הכחישה כי ידעה שאחיה עוסק בפעילות אסורה. כך העידה הן במשטרה והן בפני הוועדה.

לענין זה אין לנו אלא להשיב, כי החומר החסוי שנאסף בעניינה הינו חד משמעי ומשכנע, וכאמור, נבקש להציג חומר זה לעיון בית המשפט הנכבד במעמד צד אחד. כן נציין, כי הוועדה השניה, ששמעה את עדותה, הגיעה למסקנה כי עדותה הינה בלתי אמינה ובלתי סבירה לחלוטין. לענין זה נפנה לעמ' 9-10 להחלטה, המדברים בעד עצמם.

87. ניתן אפוא לסכם ולומר, כי הצעד הנדון ננקט כנגד העותרים בין היתר, בגין מעשיהם החמורים שפגעו בבטחון המדינה. אין המדובר בצעד שננקט נגד חפים מפשע.

ואכן, לא בכדי, הסכימה ב"כ המערערים בתום ישיבת 5.8.02 של הוועדה הראשונה, כי העותרים ישהו במעצר מנהלי, כמובא בהחלטת הוועדה הראשונה בסעיף 21.

88. משהגענו עד הלום, נעבור עתה להתייחס להיבט ההרתעתי, תוך שנשוב ונזכיר, כי בנושא דנן, נשקל הוא אך ורק כהיבט המצטבר להיבט האישי של העותרים הנוגע למעשיהם בשירות ארגוני הטרור.

ההיבט ההרתעתי

89. כפי שהובהר לעיל, פעולות הננקטות לצורכי הרתעה הינן פעולות חיוניות בעת מלחמה, ואין בהפעלתן כל פסול, כל עוד מדובר בפעולות שנקיטתן מותרת על פי הדין.

כך למשל, במסגרת פעולות הרתעה אלה, הורס הצבא בתים בהם התגוררו מחבלים שביצעו פיגועים קשים. הריסה זו הינה מעשה הרתעתי מובהק ובית משפט נכבד זה קבע בשורה ארוכה מאד של פסקי דין כי פעולה זו, הננקטת למטרות הרתעה, הינה פעולה לגיטימית לחלוטין, העולה בקנה אחד הן עם המשפט הבינלאומי והן עם המשפט הפנימי, ולרבות עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

טענות שונות שהועלו נגד צעד זה, שעיקרן בטענות כי מדובר בענישה קולקטיבית, בצעד הסותר את המשפט הבינלאומי, ובצעד הסותר את המשפט הפנימי, נדחו על ידי בית משפט נכבד זה, ובית המשפט העליון אישר את חוקיותה העקרונית של הפעולה האמורה. כך הוחלט בעבר וכך הוחלט גם בימים אלה ממש.

מכיוון שלפסיקה הרבה שניתנה בנושא זה ישנה השלכה ישירה על ענייננו, נבקש לסקור בקצרה כמה מההלכות שנקבעו באותו הקשר.

90. כפי שנדגים מיד, הרי שבאופן עקבי, לאורך כל הפסיקה, קבע בית משפט נכבד זה כי אין כל מניעה לנקוט בפעולות שכאלה, הנושאות אופי הרתעתי, אף אם פוגעות הן בבני משפחתו של מחבל שלא הוכח כי פעלו נגד הבטחון, שכן אין מדובר בפעולות המבוצעות לשם ענישה אלא בפעולות המבוצעות לשם הרתעת הרבים. הפסיקה קבעה כי פעולות שכאלה, הננקטות למטרה זו, הינן הכרחיות לעתים, ועל כן אין בנקיטתן כל פגם.

91. לענין זה נפנה תחילה לבג"צ 126/83 **בלאל מוחמד צאלח אבו עלאן נ' שר הבטחון**, פ"ד לז(2), 169, 173, שם קובע כב' השופט ברק (כתוארו אז) כדלקמן:

"אכן, לא לשם הענשתם של אלה באה הסנקציה, הקבועה בתקנה 119, אלא לשם הרתעתם של מפרי סדר, אשר בהתנהגותם גורמים לפגיעות קשות וקטלניות באנשים אחרים, שאף הם חפים מפשע".

92. ברוח דומה קבע בית המשפט בבג"צ 698/85 **מאזן עבדאללה סעייד דג'לס נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד מ(2) 42, 44-45, כדלקמן:

"אין כל יסוד לקובלנת העותרים שהריסת הבתים יש בה משום ענישה קולקטיבית... מטרתה של התקנה היא "להשיג את האפקט ההרתעתי"... ואפקט כזה, מטבע ברייתו, צריך לחול לא רק על המחבל עצמו, אלא על הסובבים אותו, בודאי על בני משפחתו הגרים עמו. עליו לדעת כי מעשיו הנפשעים יפגעו לא רק בו, אלא שעלולים הם להמיט סבל רב גם על בני משפחתו. מבחינה זו אין הסנקציה של ההריסה הנ"ל שונה מעונש מאסר המוטל על ראש משפחה, אב לילדים קטנים, שישארו ללא תומך וללא מפרנס. גם כאן נפגעים בני משפחה. ברם, ועל כך כבר עמדו בתי המשפט לא פעם בגזרי-דינם, על העותר מוטלת החובה להביא זאת בחשבון קודם לביצוע פשעיו ועליו לדעת כי אף בני משפחתו יאלצו לשאת ולסבול מתוצאות מעשיו. הוא הדיון, כאמור, לגבי הסנקציה של ההריסה. אין צורך להוסיף שאין בין המושג של "ענישה קולקטיבית" ובין הסנקציה של הריסתו של בית ולא כלום: במקרה שלפנינו ברי הדבר שהמחבלים יצאו מבתים מסוימים, ובתים אלה - ולא אחרים - עומדים להריסה. ממילא אין "העונש" מוטל על בתים אחרים של אנשים זרים לענין וקשה לראות מנין צמחה ועלתה הטענה שבעונש קולקטיבי עסקינן בתיק זה".

93. בבג"צ 6026/94 **עבד אל רחים חסן נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד מח(5) 338, 346, קובע כב' השופט מצא לענין אופיה ההרתעתי של פעולת ההריסה כדלקמן:

"ראוי אפוא לחזור ולהטעים את אשר כבר נאמר לא פעם: מטרת השימוש באמצעים הנתונים לסמכות המפקד הצבאי, בהתאם לתקנה 119 (1), בחלקה

הנוגע לענייננו, היא להרתיע מפגעים בכוח מפני ביצועם של מעשים רצחניים, כאמצעי חיוני לקיום הביטחון... להפעלת הסנקציה האמורה יש אמנם גם השלכה עונשית חמורה, הפוגעת לא רק במחבל אלא גם באחרים, לרוב בבני משפחתו הגרים עמו, אך לא זאת היא מטרתה ולא לכך היא מיועדת."

בהמשך אותו פסק דין מבהיר בית המשפט כי השיקול ההרתעתי חל גם כאשר מדובר בהריסת ביתו של מחבל שהתאבד. בהקשר זה מפרט בית המשפט את שיקולי המפקד הצבאי, ששקלו באותו ענין ושהובאו בפני בית המשפט, בהם הודגשו השיקולים הבאים שהנחו את המפקד בהחלטתו:

"שני שיקולים הכריעו את הכף בכיוון זה (של החלטה על הריסת הבית). האחד, והעיקרי, הוא שכאן המדובר במחבל הנמנה עם ארגון טרור איסלמי קיצוני, שחבריו "רואים במוות תוך פיגוע נגד מטרות ישראליות תוצאה חיובית המבטיחה את מקומם, כקדושים, בעולם הבא." השיקול השני הוא חומרת הפיגוע. על רקע ריבוי הפיגועים החמורים שבוצעו בחודשים האחרונים על ידי ארגוני טרור קיצוניים, ולנוכח הכרזותיהם הפומביות של ארגונים אלה על כוונתם להוסיף ולבצע פיגועים רצחניים נוספים גם בעתיד, רואה המשיב צורך חיוני להרתיע מועמדים בכוח לביצוע פיגועי התאבדות. למסר המושמע באוזני מחבל כזה, שבמותו אגב ביצוע פיגוע יגרום לפגיעה קשה גם בבני משפחתו המתגוררים עמו, תהיה, לדעת גורמי הבטחון, משמעות מרתיעה."

בהתייחסו לשיקולים אלה קובע בית המשפט:

"אינני סבור כי יש טעם לחלוק על גישה זו. הלוא ההיקף והסבירות של האמצעים שבידי הרשויות המוסמכות לנקוט לשם שמירת הבטחון, אינם יכולים להמדד אלא על רקען של הנסיבות המשתנות... הכל יודעים וחשים עד כמה הקצינה לאחרונה מוכנותם של ארגוני הטרור לבצע פיגועים רצחניים נגד ישראלים, אזרחים כחיילים, תוך שמבצע הפיגועים מקבלים עליהם לאבד את עצמם לדעת במעשה הפיגוע. זהו, בעליל, ממד חדש של קנאות מטורפת, שבמסגרת ההכרח להתמודד עמה רשאיות הרשויות המופקדות על הבטחון לנקוט, בין היתר, גם אמצעי החרמה והריסה כלפי בית מגוריו של מחבל שהתאבד."

ובהמשך פסק הדין מוסיף בית המשפט וקובע כדלקמן:

"מעשה הרצח ההמוני שביצע המחבל המתאבד באוטובוס הנוסעים בתל אביב, מעשה זה, הלוא בוצע בשליחותו של ארגון טרור, שבפירסומו בעקבות הפיגוע, לא רק השתבח במעשה הרצח הנורא, אלא אף הצהיר על כוונותיו לחזור ולבצע מעשי רצח נוספים בידי מחבלים מתאבדים. הצורך בהרתעה, בנסיבות אלו, הוא ברור

וגלוי. צורך זה הוא שהכתיב את המפנה במדיניות מערכת הבטחון, ובנסיבות אלו אין בידי לומר שהמפנה לא נתחייב מן הנסיבות החדשות...

אין ספק שביצועו של צו ההריסה יפגע בעותרים. עיקרה של הפגיעה היא בהוריו ובחמשת אחיו של המחבל... אך פגיעות אלו בבני משפחתו של המחבל אינן אלא פועל יוצא מהפעלת הסנקציה, שמטרתה – כפי שהודגש – אינה להעניש את בני המשפחה, אלא להרתיע מחבלים בכוח מפני ביצוע פיגועים רצחניים. בנסיבות הענין שלפנינו אין יסוד לפקפק שמבחינת היקפו עומד הצו במבחני הסבירות והיחסיות (או המידתיות) כמצוותה של הלכת תורקמאן."

הדברים האמורים, שנאמרו על ידי כב' השופט מצא, בהסכמת הנשיא שמגר, המשנה לנשיא (כתוארו אז) השופט ברק, והשופט גולדברג, יפים לענייננו מכוח קל וחומר.

94. **אם בשנת 1994, כאשר תופעת ההתאבדות היתה אך בראשיתה, ולא הפכה ל"מכת מדינה" ממש, אישר בית המשפט כי הכרח הוא לנקוט בצעדי הרתעה כאמור, קל וחומר כי כיום, לאחר שבתקופה של פחות משנתיים אירעו כמאה ושלשים פיגועי התאבדות, במהלכן נהרגו מאות אנשים ונפצעו אלפים, הכרח מוחלט הוא לנקוט בצעדי הרתעה במגמה לעצור תופעה קטלנית זו שיש לה השלכות מרחיקות לכת על מצבה הבטחוני של מדינת ישראל.**

95. **ושוב, בבג"צ 1730/96 עאדל סאלם ערבו סביח נ' האלוף אילן בירן, פ"ד נ(1) 353, 364, קבע כב' השופט בך כדלקמן:**

"באי הכוח המלומדים של העותרים חזרו בטיעוניהם, בין היתר, על טענות שהועלו כבר לא פעם בעבר, ואשר מגמתן להראות כי צווי ההריסה שהוצאו על ידי המשיב הינם פסולים, באשר יש בהם משום ענישה קולקטיבית, הנוגדת את מושגי הצדק הבסיסיים ואת כללי המשפט הבינלאומי. בית משפט זה קבע בשורה של פסקי דין, כי מטרת הצווים הנדונים איננה הענשת משפחותיהם של המחבלים מבצעי הפיגועים, כי אם הרתעת עבריינים בכוח, אשר לפחות בחלקם, עשויים להרתע מביצוע מזימתם אם מודעים הם לכך, כי בביצוע מעשיהם מסכנים הם לא רק את חייהם, אלא גם את מקום מגוריהם של קרוביהם. שיקול זה עשוי אף להשפיע על מחבלים, המתכוונים להקריב את חייהם בדרך ביצוע פיגועי התאבדות."

לדבריו בנושא הצטרפה גם כב' השופטת דורנר, אשר הסכימה בחוות דעתה כי מטרתה של סמכות ההריסה היא הרתעתית. כלשונה:

"אכן, מטרתה של סמכות ההריסה לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, היא הרתעה, ואין לנו יסוד לשלול את טענת המשיב כי הריסת בתיים של מפגעים מתאבדים עשויה להרתיע מפגעים עתידיים".

96. בדנג"צ 2161/96 **רבחי סעידי שריף נ' אלוף פיקוד העורף**, פ"ד (נ4), 485, בו נדחתה בקשה לדיון נוסף על פסק הדין שהובא בסעיף הקודם, קבע כב' הנשיא ברק כי אין כל חידוש בדברים האמורים, שכן פסק דין זה, והקביעות שנקבעו בו, הוא חוליה בשרשרת פסיקה של בית המשפט העליון אשר הכירה בסמכות להפעיל אמצעי הרתעתי זה. כב' הנשיא הדגיש כי "מטרת האמצעי אינה ענישה אלא הרתעה", וכן קבע כי אמצעי זה אינו סותר את דרישות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. כדבריו:

"חוק יסוד כבוד האדם וחירותו נוגע לענייננו... יש לפרש את הסמכות הנתונה בתקנות ההגנה (שעת חירום) ברוח ההוראות שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.... על כן, בטרם יפעיל בעל הסמכות את הכוח הנתון לו בתקנה 119 לתקנות ההגנה, עליו להעמיד לנגד עיניו תכלית ראויה. בקביעת האמצעי ההרתעתי, על בעל הסמכות לפעול "במידה שאינה עולה על הנדרש". זהו מבחן של מידתיות... זוהי ההשראה הפרשנית הנובעת מחוק היסוד.

דרישותיה מתקיימות בענין שלפנינו. התכלית שהעמיד המשיב לנגד עיניו היא ראויה.... התכלית אינה ענישה אלא הרתעה. האמצעי שננקט הוא רציונלי להשגת המטרה. כך הצהירו המומחים שעליהם סמך בית המשפט. בנסיבות הענין. האמצעי הוא מידתי. סיוע לרצח בדם קר של אנשים חפים מפשע הוא מעשה חמור ביותר. הוא מצדיק אמצעי חמור ביותר, לאחר שהאמצעים החמורים פחות – כגון אטימה בלבד – נמצאו בלתי מספיקים. אף בענין זה הונחה תשתית עובדתית לפני בית המשפט. בהקשר זה יצוין, כי העותר לפני (אבי המבוקש) ומשפחתו סייעו בידי המבוקש ושמרו על קשר עמו. " (ההדגשות שלנו – ש.נ., ע.ה.)

אף דברים אלו יפים, בכל הכבוד, לענייננו, וזאת מכוח אותו קל וחומר, שהוצג לעיל.

97. עוד נפנה לדבריו של כב' הנשיא ברק בבג"צ 2006/97 **מיסון מחמד אבו פארה ג'נימת ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז – עוזי דיין**, פ"ד נ"א(2), 651, 652, שם קבע כדלקמן:

"מודעים אנו לכך, כי הריסת המבנה פוגעת בקורת הגג של העותרת הראשונה וילדיה. זו אינה מטרת צו ההריסה. אין הוא עונשי. מטרתו הרתעתית. עם זאת תוצאתו קשה לבני המשפחה. המשיב חושב כי דבר זה חיוני הוא, כדי למנוע פגיעה נוספת בחיים של אנשים חפים מפשע. הוא גורס כי לחץ המשפחות עשוי להרתיע את המחבלים. אין בטחון מלא כי אכן אמצעי זה הוא יעיל, אך במסגרת האמצעים המעטים שנותרו למדינה להתגונן בפני "פצצות חיות", אין לזלזל גם באמצעי זה."

98. כן נפנה לבג"צ 2/97 נג'אח ערפאת אבו חלאווה ואח' נ' האלוף שמואל ארד – אלוף פיקוד העורף, תקדין עליון (3)97, 111, שם דחה כב' הנשיא ברק את הטענה כי המשיב צריך להמנע מהריסת הבית בגין כך שבני המשפחה, לטענתם, לא ידעו על מעשיהם של בני ביתם ולא סייעו בעצמם בביצוע הפיגועים. בדחותו טענה זו קובע כב' הנשיא כדלקמן:

"אין לי אלא לחזור על הקביעה, כי מטרת הפעלתה של תקנה 119 היא הרתעתית ולא עונשית. מעצם טיבה, אין התקנה פוגעת רק באלה שסייעו בפועל לביצוע מעשי החבלה או באלה שידעו על כך ולא מנעו זאת. לפיכך, אין בטענות העותרים - אף אם נכונות המה (דבר שלא הוכח לכשעצמו) - בכדי לפגום בשיקול דעתם של המשיבים. עצם העובדה, כי במקרים אחרים, בהם היתה מעורבות פעילה של בני הבית, לא הופעלה הסמכות שבתקנה 119 אינה פוסלת את הפעלתה במקרה דנן, בה הונח היסוד לתכלית ולתועלת ההרתעתית שבהפעלתה."

99. עוד נפנה לפסק דין שניתן לפני מספר ימים (ביום 6.8.02), בבג"צ 6696/02 ואח' נהיל עדאל סעדו עאמר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, ותשע עתירות נוספות שאוחדו עימו (טרם פורסם), שם קבע כב' הנשיא ברק כדלקמן:

"מדינת ישראל נמצאת בעיצומה של פעילות לוחמה. הצבא נוקט בשורה של פעולות לחימה, אשר מטרתן החזרת הבטחון לאזור ולמדינה. במסגרתן של פעולות אלה – ובשל אופיין ההרתעתי - מבקש הצבא להרוס בתים בהם התגוררו מחבלים שזרעו הרג ושפכו דם. לא נתבקשנו ולא ננקוט כל עמדה באשר לנחיצותן וליעילותן של פעולות ההריסה. ענין הוא לצבא, והריהו מהווה חלק מהפעילות המלחמתית הכוללת".

פסק הדין מצ"ב כנספח מש12.

מספר ימים לאחר מכן, במסגרת בג"צ 6868/02 מחמוד צלאח א-דין ואח' נ. מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, 81- עתירות נוספות שאוחדו עמו, שבו ותקפו העותרים את החלטת המשיב להרוס בתים שבהם התגוררו מחבלים למטרות הרתעתיות, וטענו כי מדובר בצעד פסול

בשל היותו בגדר "ענישה קולקטיבית", צעד הנוגד את המשפט הבינלאומי, וכדומה. בית המשפט דחה ביום 8.8.02 את כל העתירות וקבע כדלקמן:

"אשר לבעיה העקרונית, זו נבחנה בשורה ארוכה של פסקי דין, ואיננו סבורים כי יש מקום לדון בה מחדש לעת הזו".

פסק הדין מצ"ב כנספח מש12/א.

אלו הם מקצת מן הדברים שנכתבו אודות אמצעי הנקט לשם הרתעה, וכדי שלא להאריך לא הבאנו את מכלול הפסיקה בנדון. את מכלול ההלכות האמורות, נבקש ליישם גם לענייננו.

100. **כעולה בבירור מכל הפסיקה שהובאה לעיל, הרי שמטרה הרתעתית של פעילות מסוימת, הננקטת במסגרת המלחמה בטרור, איננה פוסלת את הפעולה. ההיפך הוא הנכון. מטרה זו נחשבת כמטרה לגיטימית וחוקית.**

אכן, כל הפסיקה הרחבה שהובאה לעיל התייחסה לנושא של הריסת בתי מחבלים (חיים או מתים) למטרות הרתעה, אולם כל הרציונלים שהובעו בפסיקה, יפים ונכונים הם גם לענין דנן.

101. כפי שנקבע בפסק דין נזאל, שצוטט לעיל:

"ההיקף והסבירות של האמצעים שבידי הרשויות המוסמכות לנקוט לשם שמירת הבטחון, אינם יכולים להמדד אלא על רקען של הנסיבות המשתנות".

כפי שהובהר בפרק העובדתי, הנסיבות הבטחוניות השוררות במקומותינו, השתנו בצורה דרמטית בשנתיים האחרונות ועל כן החליטה הממשלה להפעיל גם אמצעים חדשים שלא הופעלו בעבר, וזאת על דעת היועץ המשפטי לממשלה. במסגרת זו התקבלה החלטה לנקוט גם בצעד של העברת בני משפחות מחבלים, שהיו מעורבים בביצוע פיגועים, מבתיהם באיו"ש - לרצועת עזה, וזאת על מנת ליצור לחץ של משפחות על בניהם השוקלים לבצע פיגועים, ולחץ על השוקלים לבצע פיגועים עצמם, מתוך הערכה מקצועית כי צעד זה יועיל להרתעת מפגעים בכוח מביצוע זממם.

102. כאמור, מאז תחילת האירועים בחודש ספטמבר 2000, בוצעו כ-133 פיגועי התאבדות (בין באמצעות מטענים ובין בדרכים אחרות) במהלכם נהרגו כ-320 ישראלים ונפצעו 2300

אחרים. עשרות רבות של פיגועי התאבדות נוספים סוכלו "ברגע האחרון". פיגועי ההתאבדות זוכים לתמיכה רחבה וחסרת תקדים ברחוב הפלסטיני, ולסיוע מוראלי וכלכלי מצד ארגוני הטרור, מוסדות צדקה ב"שטחים", מדינות תומכות טרור ומוסדות אחרים בחו"ל.

103. מול המניעים לביצוע פיגועים אלו (מניעים לאומיים, חברתיים, דתיים ואישיים), ומערכת התמיכה סביבם, מעטים הם הגורמים העשויים לבלום את התופעה. בני המשפחה של פעילי טרור מהווים גורם בולט המשפיע על היקף תופעת הפיגועים. זאת, לנוכח מרכזיותו של מוסד "המשפחה" בחברה הפלסטינית בכלל ובקרב פעילי הטרור בפרט.

צוואות שכתבו מתאבדים, התבטאויות שהתבטאו, וממצאים שהתקבלו מחקירות של פעילי טרור שנעצרו בידי ישראל – ממחישים כולם – על פי חוות דעת של מומחים לדבר – את מחויבותם של המפגעים למשפחותיהם ולרווחתן ומבהירים כי תמיכת המשפחה היא מהגורמים המעודדים את המפגע לצאת בלב שלם לביצוע הפיגועים.

104. **מידע, שחלקו חסוי, שהתקבל בתקופה האחרונה, מאז החלה ישראל לנקוט בצעדים מרתיעים, לרבות הריסת בתי משפחות מחבלים בהיקף נרחב יחסית וחתימה על צווי תיחום מקום מגורים, מלמד בבירור, כי לצעדים אלה אכן היתה השפעה הרתעתית על פעילות הטרור.**

כך למשל, גורמי הבטחון קיבלו מידע, ממנו עלה כי פעילי טרור חזרו בהם מכוונותיהם לבצע פיגועים, בשל חששם כי עקב כך יבולע לבני משפחותיהם. במקביל לימד מידע זה כי במקרים מסוימים, בני משפחות של פעילי הטרור הניאו (ובכלל זה באמצעות פגיעה פיזית, כמו גם באמצעות ניסיונות שכנוע) את קרוביהם מלבצע פיגועים.

למותר לציין, כי לחיי האדם שנחסכו עקב כך, אין ערוד.

105. עוד יודגש כי ראשי התשתיות הצבאיות של ארגוני הטרור מודעים לדאגת פעילי הטרור לבני משפחותיהם, וחלקם מצביעים על קושי בגיוס מתאבדים בימים אלה. לפיכך מנסים ארגוני הטרור לעקוף צעדים ישראליים אלו באמצעות אימוץ דפוסי פעילות שונים מן העבר, כגון ביצוע פיגועים ללא מתאבדים או אי פרסום שם המתאבד.

מטבע הדברים, לא ניתן לפרט במלואו את המידע המפורט שהגיע לגורמי הבטחון בנושאים אלה. אולם נבקש לעשות כן במהלך הדיון בעתירה, במעמד צד אחד.

106. ושוב, מבחינה עקרונית, הרי שכפי שקבע כב' השופט בד' בפרשת סבייח, שאזכרה לעיל, השיקול של "הרתעת עבריינים בכוח, אשר לפחות בחלקם, עשויים להרתע מביצוע

מזימתם אם מודעים הם לכך, כי בביצוע מעשיהם מסכנים הם לא רק את חייהם, אלא גם את מקום מגוריהם של קרוביהם", הינו שיקול לגיטימי לחלוטין.

השופט בד סבר, כי "שיקול זה עשוי אף להשפיע על מחבלים, המתכוונים להקריב את חייהם בדרך ביצוע פיגועי התאבדות", כלשונו, ובכך תושג מטרה ראויה מן המעלה הראשונה. כאמור לעיל, הנסיון מלמד כי שיקול זה אכן השפיע בפועל על מחבלים ששקלו לבצע פיגועים, לרבות פיגועי התאבדות, ומנע בכמה וכמה מקרים את ביצוע הפיגועים.

107. ולא למותר יהיה לשוב ולהפנות לדברי בית המשפט בפרשת נזאל:

"מעשה הרצח ההמוני שביצע המחבל המתאבד באוטובוס הנוסעים בתל אביב, מעשה זה, הלוא בוצע בשליחותו של ארגון טרור, שבפירסומו בעקבות הפיגוע, לא רק השתבח במעשה הרצח הנורא, אלא אף הצהיר על כוונותיו לחזור ולבצע מעשי רצח נוספים בידי מחבלים מתאבדים. הצורך בהרתעה, בנסיבות אלו, הוא ברור וגלוי. צורך זה הוא שהכתיב את המפנה במדיניות מערכת הבטחון, ובנסיבות אלו אין בידי לומר שהמפנה לא נתחייב מן הנסיבות החדשות..."

דברים אלה שנאמרו בעקבות אחד ממעשי ההתאבדות הראשונים, מקבלים משנה תוקף כיום, כאשר חדשות לבקרים מבוצעים מעשי רצח המוניים באוטובוסים, בתי קפה, בתי מלון וכיו"ב. כלשון בית המשפט: "הצורך בהרתעה בנסיבות אלה הוא ברור וגלוי." צורך זה הוא שהכתיב את המפנה הנוסף במדיניות מערכת הבטחון, שהחליטה כי אין מנוס מהשגת הרתעה גם על ידי העברת בני משפחות מחבלים, שסייעו בידיהם, מבתיים באיו"ש לרצועת עזה. מפנה זה התחייב מן הנסיבות החדשות ובהחלטה לעורכו לא נפל כל פגם.

108. לכך נוסיף, כי בכל הפסיקה שהובאה לעיל הודגש כי גם אם עקב ביצוע הפעולה ההרתעתית יפגעו חפים מפשע, אין בכך כדי למנוע את ביצוע הפעולה ההרתעתית.

על אחת כמה וכמה שאין מקום למנוע את ביצוע פעולת ההעברה לעזה, שעליה החליט המשיב, לגבי העותרים, שכן כאן הנפגעים מן הפעולה אינם "אנשים חפים מפשע", אלא אנשים שסייעו ותמכו בפעולותיהם הנפשעות של מחבלים מרצחים משלחי מתאבדים.

109. אשר למידת התועלת ההרתעתית שיכולה להיות בצעד האמור, טוענים העותרים כי תועלת זו לא הוכחה. כן טוענים הם, כי לפי הערכתם הם, לא תהיה בצעד זה כל תועלת.

טענה זו דינה להדחות. גורמי הבטחון, המופקדים על שמירת הבטחון, הביעו זעתם בצורה ברורה, כי לפי הערכתם המקצועית, צעד זה יכול בהחלט להועיל במלחמה בטרור, אם

ועת ינקט בשילוב עם אמצעים דומים (כגון הריסת בתי מחבלים). העותרים לא הוכיחו כי נפל פגם כלשהו בהערכה מקצועית זו וטענתם בנושא זה הינה טענה בעלמא.

בפני שתי הועדות הוצגו חוות דעת חסויות של מומחים בנדון, ומומחים אלו אף העידו בפני הועדות בדלתיים סגורות. הועדות קיבלו את ההערכות המקצועיות שהוצגו להן וקבעו כי הן סבירות ואמינות. בכך לא נפל כל פגם.

מטבע הדברים, בעת הדיון בעתירות, נבקש להגיש גם לבית המשפט חוות דעת חסויות בנדון ונבקש כי ניתן יהיה להעיד עדים מומחים בנדון במעמד צד אחד.

110. בהקשר זה נציין, כי במסגרת העתירות שעסקו בהריסת בתים כצעד הרתעתי, הועלו שוב ושוב טענות דומות לטענה האמורה, ובית המשפט דחה שוב ושוב את הטענות, תוך שקבע כי המפקד הצבאי הוא הגורם שבידו הסמכות להכריע לעניין מידת התועלת בפעולת ההריסה, ובהערכתו לא יתערב בית המשפט אלא בנסיבות קיצוניות.

111. לענין זה נפנה לדוגמא לבג"צ 6026/94 **עבד אלרחים נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד מח(5) 338, 348, שם קובע כב' השופט מצא כי:

"השאלה אם הריסת ביתו של מחבל יש בה כדי להרתיע מחבלים בכוח חזרה ועלתה בפני בית-משפט זה פעמים הרבה, וככלל, לא נמצא מעולם מקום לחלוק, בעניין זה, על הערכתם המקצועית של הגורמים האחראיים לקיום הביטחון. גם משהובאה בפניו חוות-דעת סותרת סבר בית המשפט, כי במחלוקת בין מי שהוא מומחה לבין מי שהינו מומחה אך גם אחראי לקיום הביטחון, טבעי הדבר שיינתן משקל עדיף לדעתו של האחרון (בג"צ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (1) 1). אך לרוב הוכרעה הטענה מבלי לעסוק בברירה בין דעות מומחים לכאן ולכאן..."

גם אם נניח שבנסיבות מתאימות עשוי בית המשפט להתערב בהערכתו של מפקד צבאי, לענין יעילותו של אמצעי זה או אחר, תוך העדפת דעתו של מומחה נגדי, הנסיבות שבהן הובאה המחלוקת לפנינו, אינן מקימות בסיס להתערבות כזאת. תהא התרשמותו האישית של השופט על פי הבנתו ונסיון חייו אשר תהא, אין בידו לקבוע, על דרך החיוב, שהימנעות מהריסת בתיהם של מחבלים מתאבדים לא תעודד מועמדים בכוח לגבור על היסוסיהם האחרונים אם ליטול חלק בפיגועים כאלה. ולדידי, די בכך שאנו עוסקים בנעלם, כשמנגד ניצב סיכוי (ולוא גם סיכוי כלשהו) שנקיטת האמצעי האמור אפשר שתחסוך בחיי אדם, כדי למונענו מהתערבות בהערכתו ובהחלטתו של המשיב."

דברים אלה יפים ככתבם וכלשונם לענייננו.

112. ושוב, בבג"צ 2006/97 **מיסון מחמד אבו פארה ג'נימת ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז – עוזי דיין**, פ"ד נ"א(2), 651, 655, קבע כב' השופט גולדברג כדלקמן:

"לא נערך, ולא יכול להערך, מחקר מדעי שיוכיח כמה פיגועים נמנעו, וכמה נפשות ניצלו, כתוצאה מפעולות הרתעה של אטימות בתים והריסתם. אולם, מבחינתי די כי לא ניתן לבטל את הדעה כי קיימת הרתעה מסוימת, כדי שלא אתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי".

113. ובבג"צ 2/97 **נג'אח ערפאת אבו חלאווה ואח' נ' האלוף שמואל ארד – אלוף פיקוד העורף**, תקדין עליון (3)97, 111, קבע כב' הנשיא ברק כדלקמן:

"אשר ליעילות השימוש בתקנה 119 ובצעד של אטימת בתים - לא שוכנענו, כי הפעלת התקנה אינה מרתיעה, כפי שטענו בענין זה העותרים. יצוין, כי טענה מעין זו הועלתה אף היא בעבר, ונדחתה (ראה: בג"ץ 242/90 אלקצאף נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מד(1), 614, 616; וכן: בג"ץ 295/90 עבידה נ' מפקד כוחות צה"ל, (טרם פורסם)). טענה זו נדחתה בעבר בהיעדר תשתית עובדתית מספקת. עיינו בחומר שהובא לנו. לא שוכנענו ממנו, כי אין כל תועלת הרתעתית באטימתו או הריסתו של ביתו של מפגע. תצהיריהם של המפגעים עצמם אינם ראיה לענין זה, שכן מטרת האטימה הינה הרתעת הסובבים את המפגע, ולא רק את המפגע עצמו. קשה גם לאמוד כמה פגיעות פוטנציאליות מנע השימוש באמצעי מרתיע זה. מקובלת עלינו עמדת המשיבים כי לאמצעי הקבוע בתקנה 119 כוח מרתיע, גם אם היקפו המרתיע אינו ניתן להוכחה מדעית".

114. בגין כל הטעמים האמורים, גם טענה זו של העותרים דינה להדחות.

115. **לסיכום, שיקול ההרתעה הוכר כשיקול לגיטימי בהקשר דומה ביותר להקשר דנן. עם זאת, כפי שהובהר, הוחלט שלא להוציא צו של תיחום מקום מגורים אך על סמך השיקול ההרתעתי, ושלא להפעיל זאת כלפי אנשים "חפים מפשע". ההחלטה היתה להוציא צוים כאלה על יסוד שיקול "מניעתי – הרתעתי" משולב. החלטה זו הינה סבירה ומידתית, ומאזנת היא כראוי בין השיקולים השונים. בכך אין כל פגם.**

116. העותרים מפנים בעתירתם לפסיקה שניתנה לגבי צוי גירוש לחו"ל, שהוצאו לפי תקנה 112 לתקנות ההגנה, וטענתם היא, כי צוי גירוש שכאלה הופעלו רק בנסיבות שבהן היה צפוי סיכון לבטחון מהמועמד הספציפי לגירוש.

לענין זה נשיב, כי כפי שכבר הובהר בהרחבה לעיל, הסנקציה בה עסקינן חמורה הרבה פחות מהסנקציה של גירוש, ואף הוועדה סברה כך, ולפיכך לא ניתן כלל להקיש מהתם להכא.

יתירה מזו, הפסיקה המובאת בנושא גירוש התייחסה למקרים שהובאו בפניה, ומקרים אלה אכן היו מקרים שבהם נשקף סיכון ספציפי מהמועמד לגירוש. השאלה אם ניתן היה לגרש אדם על יסוד שיקול מניעתי הרתעתי משולב לא נדונה מעולם, שכן ענין שכזה לא הובא בפני בית המשפט, וגם במקרה דנן אין צורך להדרש לשאלה האמורה בהקשר הגירוש, שכן אנו עוסקים בנושא שונה לגמרי.

117. מוסיפים העותרים ומפנים לפסיקה שקבעה כי לא ניתן לעצור אדם במעצר מנהלי, אם לא נשקפת ממנו עצמו סכנה לבטחון המדינה (דנ"פ 7048/97). לטענתם, פסיקה זו מלמדת כי הצעד שננקט נגד העותרים דנן פסול הוא.

גם טענה זו דינה להדחות.

ראשית, לטענת המשיב, שהוכחה בראיות שפורטו לעיל, מן העותרים עצמם נשקפת סכנה לבטחון המדינה, שכן הם גילו במעשיהם כי הם נכונים ליטול חלק במעגלי הטרור, והעותרת אף נעצרה במעצר מנהלי עקב פעילותה. ממילא, ההלכה שנקבעה באותו ענין אינה רלוונטית כלל לענייננו. ההיפך הוא הנכון. בית משפט קבע בבירור כי ניתן להותיר אדם במעצר מנהלי גם שנים רבות, אם על פי הערכת גורמי הבטחון עדיין נשקפת ממנו, אם ישוחרר, סכנה לבטחון המדינה.

שנית, הפסיקה בה מדובר עסקה בסנקציה של מעצר מנהלי, שהיא סנקציה חמורה יותר מהסנקציה בה עסקינן, כפי שקובע המלומד פיקטה, ועל כן לא ניתן להקיש מהתם להכא.

שלישית, פסק הדין עליו מסתמכים העותרים, כלל לא התייחס לשיקול ההרתעתי, ובמילים אחרות לשיקול של "מניעת הרבים". פסק הדין אף לא עסק בצורך החיוני להלחם נגד גלי המתאבדים, אלא עסק בנושא אחר לגמרי. בענייננו, כאשר עסקינן בשיקול של מניעת הרבים, ובמצב שבו מניעה זו חיונית היא ביותר, משתנה איזון האינטרסים כליל, ואין כל מניעה לשיקול זה בהיותו משולב בשיקול של מניעת הפרט הספציפי בו מדובר מהמשכת פעילותו.

לפיכך נבקש לדחות את כל טענות העותרים שהועלו במישור האמור.

טענות מתחום המשפט הבינלאומי

118. העותרים מעלים כמה טענות ממישור המשפט הבינלאומי ולהלן נתייחס אליהן כסידורן.

טענתם הראשונה היא, כי הצו אשר הוצא לעותרים, יהיו שמו וכותרתו אשר יהיו, איננו אלא צו גירוש, וגירוש הינו סנקציה האסורה על פי המשפט הבינלאומי. לענין זה מפנים העותרים לסעיף 49 לאמנת ז'נוה הרביעית, הקובע כדלקמן:

"העברת כפייה של מוגנים, יחידים או המונים, וכן גירושם של מוגנים, משטח נכבש לשטחה של המעצמה הכובשת או לשטחה של כל ארץ אחרת, - בין שטח נכבש ובין שטח בלתי נכבש - אסורים, ויהי המניע מה שיהיה".

ובלשון המקור:

"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 the motive".

לטענת העותרים, סעיף זה אוסר על נקיטת הפעולה עליה החליט המשיב כלפי העותרים.

לטענה זו התייחסה בהרחבה הוועדה השניה, והיא דחתה את הטענה מכל אחד מן הטעמים הבאים:

119. ראשית, ציינה הוועדה, כי בפסיקה נקבע שוב ושוב שסעיף 49 הנ"ל לא נועד לאסור אלא גירוש המוני ושרירותי של אוכלוסיה, כזה המיועד להביא להשמדתה או לשם העברתה לעבודות כפיה.

פסק הדין המרכזי לענין זה הינו בג"צ 785/87 עפו נ. מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מב (2) 4, (להלן: פס"ד עפו), ואנו מפנים לכל שנקבע שם בנושא זה בהרחבה, מעמ' 20 ואילך. ממילא, סעיף 49 אינו אוסר על הרחקת אדם מסויים מהשטח מטעמי בטחון, כשהצעד הננקט מותר על פי דיניה הפנימיים של המדינה המרחיקה, וכאשר קודם לביצוע ההחלטה רשאי אותו אדם להשיג על ההחלטה. לפיכך, אף לו היה מדובר בגירוש, לא היה הסעיף רלוונטי לענייננו.

העותרים מנסים להסתמך על דעת המיעוט של כב' השופט בך, כפי שהובעה בנושא זה בפסק הדין האמור, אלא שמכל טעמיו של כב' הנשיא שמגר, שעיימו הסכימו המשנה לנשיא בן פורת, וכב' השופטים ש. לוי וגולדברג, נבקש לדחות את נסיונם של העותרים להפוך במסגרת עתירה זו את הלכת הרוב של פסק דין עפו, שאושרה גם בפסיקה נוספת (ראו לדוגמא: בג"צ 97/79 אבו עוואד נ. מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לג (3) 309, וכן ראו המקורות אליהן הפנתה הוועדה הראשונה בסעיפים 30-35 להחלטתה).

120. שנית, העברת העותרים לעזה, בשום אופן אינה בבחינת גירוש, כמשמעותו של מונח זה בסעיף 49, וזאת אף אם נתעלם מההלכה שנקבעה בפסק דין עפו ונסבור כי גם גירוש של יחידים, מטעמי בטחון, הינו אסור. כך הדבר, שכן כעולה מלשון הסעיף, גירוש, כמשמעותו בסעיף, הוא מצב שבו מועבר אדם הנמצא בשטח כבוש, לשטחה של המדינה הכובשת או לשטחה של מדינה אחרת כלשהיא. המקרה דן בודאי אינו נופל בגדר האיסורים האמורים שכן המשיב לא הורה על העברתם של העותרים, לא לשטח מדינת ישראל ולא לשטחה של מדינה אחרת כלשהי. המשיב הורה על העברתם מאיו"ש לאזח"ע, ואזח"ע, בכל מובן שהוא, אינה בגדר מדינה אחרת.

יתירה מזו, כפי שהוסבר, שני האזורים נתפסים – כפי שנקבע בהסכם הביניים שצוטט לעיל – הן על ידי הצד הפלסטיני והן על ידי הצד הישראלי - **כיחידה טריטוריאלית אחת**. כך נתפסים שני האזורים גם על ידי אומות העולם. ובנסיבות אלה בודאי שלא חל בנדון סעיף 49 הנ"ל.

121. שלישית, את סעיף 49 לאמנת ז'נובה יש לקרוא יחד עם סעיף 78 לאותה אמנה. סעיף זה קובע כי:

"היתה המעצמה הכובשת סבורה שיש צורך, מטעמי הכרח של בטחון, לנקוט אמצעי בטחון כלפי מוגנים, רשאית היא, לכל היותר, לייחד להם מקום מגורים או לעוצרם".

ובלשון המקור :

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

סעיף זה מלמדנו בבירור, כי המשפט הבינלאומי בכלל, ואמנת ז'נוה בפרט, מכירים באפשרות לייחד לאדם מקום מגורים, מטעמי בטחון. סעיף 78 סיפא אף מתייחס במפורש למוגנים שייחדו להם מקום מגורים, ושנדרשו עקב כך לעזוב את בתיהם. מכאן עולה, שהסעיף מכיר במפורש בהיתר הקיים לפי האמנה, בנסיבות מסוימות, להורות לאדם לעזוב את ביתו ולעבור למקום אחר. טענות העותרים מתעלמות מהצורך לפרש את סעיף 49 על רקעו של סעיף 78, אולם כמובן שלהתעלמות זו אין מקום. העיון בשני הסעיפים כאחד מעלה בבירור כי האמנה מתירה להעביר אדם ממקום שבתו למקום אחר, מטעמי בטחון, ובלבד שהעברה זו אינה מתבצעת למדינה אחרת. על כן, פעולת המשיב, אינה סותרת את האמנה אלא עולה בקנה אחד עמה.

הפרשנות המוצעת על ידי העותרים לסעיף 49, לפיה אוסר סעיף זה, כביכול, כל העברה של אדם ממקום מושבו למקום מושב אחר, בתוך שטחיה של מדינה אחת או ישות מדינית אחת, סותרת במפורש את לשון האמנה ואת כוונתה ומרוקנת היא מתוכן את סעיף 78 לאמנה.

122. בהקשר זה נבקש להדגיש, כי עמדת המשיבים המוזכרת לעיל, מתיישבת עם פרשנות האיסור על גירוש והעברה בכפייה של אזרחים, הקבוע בסעיף 49, כפי שבאה לידי ביטוי במקורות שונים ומגוונים המתייחסים לנושא זה. כך למשל נקבע בסעיפים שונים המתייחסים לעניין זה במסגרת חוקת בית הדין הבין-לאומי הפלילי בהאג (ראה למשל סעיף (d)(17) למסמך הרכיבים של עבירות נגד האנושות), כי העברה כפויה אסורה היא כל עוד היא נעשית ללא בסיס על-פי כללי המשפט הבין-לאומי. כלשון החוקה, המוזכרת בסעיף 147 לעתירה בבג"צ 7015/02 : "without grounds permitted under international law".

123. קביעה דומה עולה מסעיף 18 ל- ILC Draft Code (קובץ של הצעות חוקים בתחום המשפט הבין-לאומי הדין בעבירות נגד השלום והבטחון, אשר הוכנו על-ידי הוועדה למשפט בין-לאומי של האו"ם) ומהפרשנות שניתנה לסעיף זה, הקובעים כי האיסור על העברה בכפייה

של אנשים, חל על העברה שרירותית המבוצעת באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי. ובלשון הפרשנות של הוועדה לסעיף זה:

“The term ‘arbitrary’ is used to exclude the acts when committed for legitimate reasons... in a manner consistent with international law”

124. ברוח דברים אלה, נקבע גם בחוקת בית הדין הבין-לאומי שהוקם לחקירת הפשעים שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר, כי העבירה הנדונה מתייחסת רק להעברה אסורה בכפייה של אזרחים, כאשר ייתכנו מקרים של העברה בכפייה שהינה מותרת על-פי כללי המשפט הבין-לאומי: “unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a civilian”.

125. גם בפסק-הדין שניתן בעניין Krstic, המוזכר בעתירה, צויין, כי כוונת התובע במונח “גירוש”, הייתה להעברה בכפייה של אזרחים מאזור שבו התגוררו באופן חוקי, לאזור אחר, ללא שיהיה לכך בסיס מותר במשפט הבין-לאומי:

“... forced displacement of civilians from the area in which they are lawfully present without grounds permitted by international law”.

126. מכל האמור לעיל עולה כי העברה בכפייה הינה אסורה, רק כאשר אין לה בסיס חוקי במשפט הבינלאומי. מכאן עולה בבירור, כי כאשר מדובר בהעברה על פי סעיף 78 לאמנה, שהינה העברה חוקית על פי המשפט הבינלאומי, המדובר הוא בהעברה מותרת שאין בה כל פגם.

127. עוד נוסיף ונציין, כי פסק-הדין בעניין Krstic הנ"ל, מתייחס להעברתם בכפייה של אזרחים בוסנים מוסלמים, בשל מוצאם האתני/דתי, מבתיים ומעריהם, שנעשתה במטרה לרוקן את השטח בו גרו בני מוצא זה. למותר לציין, כי מעשים פסולים אלה שונים לחלוטין, מצווי תיחום המגורים שהוצאו בעניינם של העותרים – מטעמי בטחון מובהקים. כלשון הטריבונל, עצם הגירוש שם היווה את המטרה ולא היה שום צורך צבאי או צורך להגן על האזרחים בביצוע הגירוש:

“527. In this case no military threat was present following the taking of Srebrenica. The

atmosphere of terror in which the evacuation was conducted proves, conversely, that the transfer was carried out in furtherance of a well organized policy whose purpose was to expel the Bosnian Muslim population from the enclave. The evacuation was itself the goal and neither the protection of the civilians nor imperative military necessity justified the action”.

בנסיבות אלה לא היה כל מקום להדרש לפסק הדין הנ"ל בהקשרנו, וההשוואה הנערכת בין התם להכא, היא השוואה מקוממת ומופרכת.

128. עוד נציין, כי העותרים מתעלמים מתקנה 43 לתקנות האג, הקובעת שלמפקד הצבאי קיימת הסמכות לנקוט בכל צעד הנדרש לשם שמירת הסדר והבטחון הציבוריים. ברוח סעיף זה פעל המשיב במקרה דנן.

כן מתעלמים העותרים מהזכות להגנה עצמית, שהינה זכות יסוד במשפט הבינלאומי, וראו לדוגמא לענין זה את סעי' 51 למגילת האומות המאוחדות.

129. ניתן אפוא לסכם ולומר, כי צעד של תיחום מקום מגוריו של אזרח מוגן הינו צעד אפשרי לפי המשפט הבינלאומי, ניתן לנקוט בו על פי ההוראות הקבועות במסגרת סעיף 78, ואין באמור בסעיף 49 כדי לגרוע מכך.

130. מעבר לכל האמור לעיל יש להוסיף, כי הפסיקה קבעה בפסקי דין רבים ביותר, כי אמנת ז'נוה הרביעית הינה בגדר משפט בינלאומי הסכמי, ולא הוכח כי היא משקפת משפט מנהגי. כך נקבע הן באופן כללי והן באופן ספציפי לגבי סעיף 49 הנ"ל (ראו למשל, פס"ד עפן, בעמ' 39, והאסמכתאות המוזכרות שם). אשר על כן, משלא נקלטה האמנה אל תוך דין האזור, הרי שבכל מקרה לא ניתן להסתמך עליה בהליך משפטי המנוהל בין הפרט לריבון.

העותרים אמנם מנסים לטעון, על סמך כמה אמירות מן העת האחרונה, של טריבונלים בינלאומיים, כי אמנת ז'נוה הרביעית כולה, על כרעיה ועל קרביה, הפכה להיות משפט בינלאומי מנהגי מחייב. אולם כפי שהובהר בפסיקה לא אחת, הנטל המוטל על כתפי מי שמבקש לשכנע כי הוראה משפטית כלשהי מן המשפט הבינלאומי הפכה להיות הוראה מנהגית, הינו נטל כבד ביותר. ראו לענין זה פסק דין עפן, בעמ' 48, והאסמכתאות המוזכרות שם.

על אחת כמה וכמה שנטל כבד ביותר מוטל על כתפי מי שמנסה לשכנע כי כל האמנה כולה, הפכה להיות משפט בינלאומי מנהגי מחייב.

בנטל כבד זה בודאי לא עמדו העותרים, ובודאי שלא הרימו את הנטל המוטל עליהם לשכנע, כי ההלכה המושרשת והעקבית של בית משפט נכבד זה, בה נקבע כי אמנת ז'נוה הרביעית ככלל, וסעיף 49 של האמנה בפרט, אינם בגדר משפט בינלאומי מנהגי, הינה הלכה מוטעית.

131. ניתן אפוא לסכם ולומר, כי מכל אחד ואחד מן הטעמים שפורטו לעיל, יש לדחות את טענת העותרים כאילו הצווים עליהם חתם המשיב סותרים את המשפט הבינלאומי. לחלופין, ובכל מקרה, גם לו היה ממש בטענה זו (וכאמור, אין בה ממש), לא היה ניתן להסתמך על הוראה בינלאומית זו כהוראה מחייבת שבכוחה להוביל לבטלות הצווים, שכן לא הוכח כי מדובר בהוראה מנהגית.

אכן, כפי שהובהר פעמים רבות בעבר, מדינת ישראל נטלה על עצמה לקיים את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נוה הרביעית. אולם ההלכה היא, כי למרות כן, לא ניתן להסתמך על הוראה שאינה מן המשפט הבינלאומי המנהגי כדי לאכוף על המדינה דבר מה בבית משפט.

132. טענה נוספת המועלית על ידי העותרים במישור זה הינה הטענה, כי גם אם סעיף 78 אכן רלוונטי לענייננו, הרי שעדיין, לא ניתן להפעילו, אלא כלפי מי שמסכן את בטחון המדינה באופן אישי. לתמיכת טענתם מפנים העותרים למלומד פיקטה בפרושו על אמנת ז'נוה הרביעית.

אלא שעיון בדברי פיקטה, מעלה כי שיקול הדעת המוקנה למעצמה השלטת, בבואה להחליט כלפי מי להפעיל את הצעד האמור, הינו שיקול דעת רחב ביותר. כלשונו:

“It is thus left very largely to Governments, to decide the measure of activity prejudicial to the internal or external Security of the State which justifies internment or assigned residence”.

ראו: פיקטה, בספרו על פרשנות אמנת ז'נוה הרביעית, שאוזכר לעיל, בעמ' 257.

ובהמשך, בעמ' 258, מציין פיקטה, כי עצם העובדה שאדם מגיע לגיל גיוס, **כשלעצמה**, אינה מצדיקה בהכרח את יישום הצעדים של תיחום מקום מגורים או מעצר לגביו, אלא אם יש חשש כי הוא אכן יתגייס לכוחות הלוחמים. היינו, במקרה שבו קיים חשש – וחשש בלבד – כי אדם המגיע לגיל גיוס יצטרף לכוחות הלוחמים, רשאית המעצמה השלטת באזור לעוצרו. על אחת כמה וכמה שניתן לייחד לאדם שכזה מקום מגורים.

אם ניישם כללים אלה לענייננו, הרי שאין כל ספק שניתן לייחד מקום מגורים למי שסייע למחבלים בפעילותם, כפי שעשו העותרים דנן. לפיכך, דין טענה זו להדחות, וזאת אף בהנחה כי ניתן להסתמך בבית משפט ישראלי על ההוראה האמורה של אמנת ז'נונה כהוראה מחייבת, ואף בהנחה שיש לאמץ בנושא זה את פרשנותו של פיקטה.

133. טענה נוספת המועלית על ידי העותרים הינה הטענה כי הצעד שנקט המשיב הינו צעד של "ענישה קולקטיבית".

גם בטענה זו אין כל ממש, ודי אם נזכיר, כי המשיב לא נקט בצעד האמור באופן גורף כלפי כל בני משפחותיהם של המחבלים, אלא רק כלפי מי שהוכח לגביו כי היה מעורב בפעילות חבלנית.

בהקשר זה נפנה גם לפסיקה שהובאה לעיל, בהקשר של הריסות הבתים, שאף בה נדחתה שוב ושוב הטענה כאילו הריסת בית מחבל, הפוגעת במשפחתו, מהווה ענישה קולקטיבית.

134. אלו הן טענות העותרים במישור הבינלאומי ואלו הן תשובותינו להן.

אשר לטענות העותרים הנוגעות לנסיבותיהם האישיות, נבקש לציין, כי המשיב היה מודע למכלול נתונים האישיים של העותרים, לרבות להיות שני העותרים נשואים ואבות לילדים, להיות העותרת רווקה, ולשאר השיקולים האישיים המפורטים בהחלטות הועדות. נתונים אישיים אלה נלקחו בחשבון על ידי המשיב וכן על ידי שתי הועדות, והדבר בא לידי ביטוי במסגרת החלטותיהן. כן נלקח בחשבון גם המצב השורר ברצועת עזה, שיקשה על העותרים, אף כי מצב זה אינו שונה מבחינה מהותית מהמצב באיו"ש. בכל מקרה, השיקולים שהובילו לנקיטת הצעד עליו החליט המשיב, גברו באיזון האינטרסים על השיקולים האישיים. מטבע הדברים, הצורך לנקוט בצעדים חיוניים, נגד גל הטרור הקשה והרצחני הפוקד את המדינה והאזור, תוך שימוש בנשק לא קונבנציונלי של "פצצות אדם", גובר על השיקולים האישיים האמורים ועל כן הותיר המשיב את החלטותיו בעינן. בכך לא נפל כל פגם.

מכל מקום, יש לזכור, כי הצווים הוצאו לתקופה של שנתיים בלבד, וכן יש לזכור, כי על פי הוראת סעיף 86(ו) לצו בדבר הוראות בטחון, ועדת הערעורים תשוב ותדון בצווים אחת לששה חודשים, אף בלא שתתבקש לעשות כן על ידי העותרים.

לטענות נוספות שבעתירות

135. העותרים בבג"צ 7015/02 מעלים טענות שונות נוספות נגד ההליך שהתקיים בעניינם. להלן נשיב לטענות אלה כסדרן.

טענות בנוגע להליך שקיים המשיב

136. העותרים טוענים כי בעת שחתם המשיב על צווי התיחום, ביום 1.8.02, לא היה בפניו כל החומר הרלוונטי בעניינם, כפי שהוצג לאחר מכן בפני ועדת הערעורים.

137. לעניין זה נשיב, כי בפני המשיב הוצג עיקר המידע הרלוונטי הצריך לענין, וזאת עובר לחתימת צווי התיחום. די בכך לדחיית הטענה.

138. למעלה מן הצורך נדגיש, כי הוצאת צו התיחום הינה השלב הראשון בלבד בהליך לפי סעיף 86 לצו. משהוגש ערעור בעניינם של העותרים, וועדת הערעורים נדרשה באריכות לכל החומר בעניינם, ולאחר מכן המליצה את שהמליצה, שב העניין ונשקל מחדש על ידי מפקד האזור.

למותר לציין, כי עצם קיומו של הליך הערעור בפני הוועדה נועד להביא בפניה את מכלול המידע הנוגע לעניין, ובכלל זה המידע מטעמו של המערער (שברור שאינו מצוי בפני המפקד עת הוא חותם על הצו), בטרם תתקבל החלטה סופית בעניין.

139. בנסיבות אלה, ממילא לא יכולה לעלות כל טענה נגד החלטתו הסופית של המשיב להותיר את צווי התיחום על כנם, וגם אם היה נופל פגם מלכתחילה – וכזאת לא אמרנו – ממילא היה הפגם "נרפא" במסגרת השימוע בפני ועדת הערעורים, שזהו בדיוק תפקידה – להמליץ למפקד האזור האם להותיר על כנם צווי תיחום שהוצאו על-ידו.

ודוק, ועדת הערעורים היא ששומעת את מכלול המידע מטעמו של המשיב, שמינה אותה לצורך כך, וממילא המשיב אינו צריך לשמוע את כל המידע בעצמו, אלא הוא יכול להסתפק בהמלצת הוועדה, שפירטה בפניו את הנתונים הנדרשים לצורך קבלת החלטתו.

לטענות נגד עצמאות הוועדה בעניינם של העותרים

140. לטענות העותרים לפיהן לא השכילה הוועדה לשמור על עצמאותה ופעלה תחת מכבש לחצים לו היא נכנעה, נשיב כי מדובר בטענות שאין בהן כל ממש והן לא הוכחו בכל דרך שהיא. ההיפך הוא הנכון. הוועדה הלכה ככל האפשר לקראת העותרים. במסגרת זו, הוועדה קיימה הליך ארוך וממצה, במסגרתו איפשרה לבאי-כוח העותרים לנהל חקירות ארוכות ביותר, לעיתים באמצעות מספר עורכי-דין. על כך יעידו פרוטוקולי הדיונים הארוכים שצורפו כנספחים לעתירה.

כן נוסף, כי למרות בקשת המשיב מיום 6.8.02 להמשיך בדיונים לאלתר, הרי שבסופו של יום חידשה הוועדה את דיוניה לגוף הענין, רק ביום 8.8.02, לאחר הפסקה של יומיים, כפי שחפצו העותרים.

עוד נציין, כי לבקשת ב"כ העותרים, הוועדה נמנעה מלקיים דיונים לאחר רדת החשיכה, למרות בקשת ב"כ המשיב, וזאת למרות שלב"כ העותרים הוצעו סידורי הסעה בטוחים ממקום עריכת דיוני הוועדה.

נמצא, כי מדובר בטענות בעלמא שאין להן כל בסיס.

הטענות בענין "התעלמותו" כביכול של המשיב מהמלצת הוועדה בעניינו של העותר 2 בבג"צ 7015/02

141. העותרים טוענים כי המשיב התעלם מהמלצת ועדת הערעורים להבחין, לעניין אורך תקופת הצווים, בין שני העותרים.

142. דא עקא, בניגוד לטענת העותרים, הוועדה לא המליצה למשיב לקצר את תקופת צו התיחום של העותר 2, אלא המליצה לאלוף לקיים את שני צווי התיחום, כולל זה שהוצא לעותר 2, שתוקפו לשנתיים ימים.

143. אכן, הוועדה הסבה את תשומת ליבו של המשיב לכך שמעשיו האישיים של העותר 2 חמורים, לפחות בעיניה, מאלה של העותר 1, לעניין מידתיות התקופה.

עם זאת, הוועדה עצמה לא מצאה כי יש בעניין זה כדי להביא למתן המלצה לקצר את תקופתו של צו התיחום בעניינו של העותר 2, אשר הוגבל מלכתחילה לשנתיים ימים.

שנית, מדובר בוועדה ממליצה למשיב, שאכן יש ליתן משקל ראוי להמלצותיה, אולם אין חובה על המשיב לקבלן ככתבן וכלשונו, אם הוא סבור כי קיימים טעמים טובים שלא לעשות כן.

בנסיבות אלה, ממילא היה רשאי המשיב לקבל את המלצת הוועדה כלשונה, ולהחליט על הותרת הצו על כנו, לתקופה שנקבעה בו, כיוון שהמשיב סבור כי מידת מעורבותו של העותר 2 במעשי אחיו די בה כדי להצדיק את אורך התקופה שנקבעה.

144. בכל מקרה, כיוון שעל פי הוראת סעיף 86 לצו אמור להתקיים הליך של עיון מחדש בפני ועדת הערעורים אחת לחצי שנה, הרי שממילא, עניין אורך תקופתו של הצו ישקל במועד העיון מחדש, וזאת בשים לב ליתר הנסיבות הצריכות לעניין, ובכלל זה נסיבות הזמן והמקום.

טענות בדבר הפרת כללי הצדק הטבעי

145. העותרים טוענים כי הוועדה קיימה דיונים ביום 6.8.02 ללא נוכחות ב"כ העותרים.

לענין זה נשיב, כי דיון אחד אכן התקיים בלא נוכחות ב"כ העותרים. בדיון זה ביקש ב"כ המשיב מן הוועדה לחדש את דיוניה בהקדם, לאחר שזו החליטה לדחות את המשך הדיון ליומיים. אלא שהעותרים שוכחים לציין, כי ב"כ העותרים, עו"ד וולפסון, שזומן לדיון זה, שנערך ביום 6.8.02 בשעות אחר הצהריים, עשה דין לעצמו, ובחר שלא להתייצב לדיון. לאחר שהוועדה המתינה לעו"ד וולפסון במשך כשעה, ומשהלה לא הגיע, החליטה הוועדה לקיים את הדיון בלא נוכחותו של ב"כ העותרים. הדבר עולה בבירור מהחלטת הוועדה.

בנסיבות אלה, יש יותר מעזות מצח בעצם העלאת טענה כלשהי בעניין זה.

צילום החלטת הוועדה מיום 6.8.02 צורף כנספח מש7.

עוד נזכיר, כי דווקא החלטה זו של הוועדה, לא צורפה על ידי העותרים לעתירתם, בניגוד לשאר החלטות הוועדה, והדבר מעיד על חוסר תום לב ברור מצידם.

146. לא זו אף זו, כידוע, בקשות ממין זה, יכולות להיות נדונות גם במעמד צד אחד. למותר לציין שהוועדה כלל לא שמעה בדיון האמור ביום 6.8.02 טענות כלשהן לגופם של הצווים, וכל שנטען בפניה היה דבר קיומו של צורך בטחוני החלטי בחידוש לאלתר של דיוניה.

147. לא למותר אף לחזור ולציין, כי למרות החלטת הוועדה לחדש את דיוניה ביום 7.8.02, במעמד הצדדים, עשו ב"כ העותרים דין לעצמם, וחלקם כלל לא התייצב לדיון שנקבע. רק עו"ד אחד שלהם הופיע והודיע כי אינו מוכן להמשיך הדיון, דבר שאילץ את הוועדה שלא לחדש את דיוניה עד ליום 8.8.02.

148. בנסיבות אלה, אין כל ממש בטענות בנוגע להפרת כללי הצדק הטבעי, ודין להדחות.

טענות בדבר פגיעה בזכות הטיעון

149. העותרים טוענים כי נפגעה זכות הטיעון שלהם בפני ועדת הערעורים. דא עקא, כעולה מפרוטוקולי הדיונים בוועדה, ובניגוד לטענת העותרים, הוועדה גילתה אורך רוח רב ביותר בעניינם של העותרים, וקיימה הליך ארוך ומסודר, שנמשך ימים ארוכים. לא למותר לציין, כי הוועדה נתנה לעיתים אף ליותר מעורך-דין אחד לחקור את העדים השונים, ואף איפשרה להמשיך ולחקור מעל ומעבר לזמן שקבעה מעת לעת לאותן חקירות.

150. לא זו אף זו, במסגרת ההליך אף ניתנה לצדדים האפשרות להגיש סיכומים בכתב על הסוגייה כולה, ולצורך כך ניתנו להם כ-4 ימים. כידוע, זכות הטיעון כולה יכולה להיות, בנסיבות המתאימות, בכתב בלבד, וכאמור הוועדה קיימה גם דיונים ארוכים בעל-פה, במסגרתם נשמעו ונחקרו עדים שונים.

151. לפיכך, יש יותר משמץ של עזות מצח בטענת העותרים לפיה לא ניתנה להם זכות טיעון מלאה בפני ועדת הערעורים.

152. העותרים טוענים כי לא ניתן להם לחקור את המכונה "גדעון". דא עקא, עדותו של המכונה "גדעון" הינה חסויה, והוועדה מצאה כי אין אפשרות להתיר חקירתו על ידי העותרים ללא פגיעה בחסיון, וכי בנסיבות העניין אין הצדקה להתיר את החקירה.

לא למותר לציין, כי נציג השב"כ השני, המכונה "יורי", נחקר שעות ארוכות ביותר על ידי העותרים, כך שהטענה כי נפגעה זכות הטיעון המהותית של העותרים בעניין זה הינה חלשה ביותר.

153. לעותרים טענות בעניין אי מתן מענה על השאלון שהגישו.

דא עקא, כפי שאף ציינו העותרים בעתירתם הם, השאלון הוגש באיחור ניכר. הוועדה מצאה כי הסיבות שהעלו העותרים לאיחור הינן מופרכות על-פניהן, וכי מדובר בזלזול בהחלטותיה, ולכן לא מצאה לנכון להאריך את דיוניה לשם העברת השאלון, וזאת בהתחשב בהתארכות הרבה של הדיונים, שחלק ניכר ממנה נגרם בעטיים של ב"כ העותרים. לעניין זה נפנה להחלטת הוועדה בעניין מיום 7.8.02, המצורפת ומסומנת מש"14.

בהחלטה זו אין כל פגם.

טענות בדבר "העלמת" עדותו של המכונה "חיים"

154. העותרים טוענים כי המכונה "חיים", שהעיד ונחקר בוועדה השניה, בעניינה של העותרת, לא הובא לדיון בוועדה שדנה בעניינם, וכי לא ניתנה להם הזדמנות לחקור אותו.

155. דא עקא, כל צד אחראי על הבאת העדים שהוא חפץ בהם לוועדת הערעורים, וזאת בשים לב לרלוונטיות של אותו עד לדיון המסויים. לעותרים אין כל זכות לחייב את המשיב להביא עדים נוספים מטעמו, מקום בו הוא סבור כי די בעדויות שהובאו מטעמו כדי לבסס את עמדתו.

156. בשולי הדברים נעיר, בשים לב לאמור בהחלטתה של ועדת הערעורים בעניינה של העותרת, כי לא זו בלבד שעדותו של המכונה "חיים" לא היתה יכולה לסייע לעותרים, אלא להיפך, כך שבוודאי שלא נגרמה להם פגיעה מכך שהנ"ל לא העיד בפני הוועדה שדנה בעניינם.

טענות בדבר אי המצאת ראיות ועדים שביקשו העותרים

157. העותרים טוענים כי לא ניתן להם לחקור נציג של מפקד האזור בדבר השיקולים שהנחו אותו בהוצאת צווי התיחום.

דא עקא, עמדתו של המשיב ושיקוליו הובהרו היטב על ידי באי-כוחו, במסגרת דיוני הוועדה והסיכומים שהוגשו לה מטעמו, ובנסיבות אלה ממילא לא היה צורך להתיר את חקירתו של המשיב או מי מטעמו. לעניין זה נפנה לפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"צ 1361/91, מסלם נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מה(3) 444.

158. העותרים טוענים כי לא הומצא להם או לוועדה פרוטוקול דיון שנערך בלשכתו של היועץ המשפטי לממשלה וכן עיקרי המלצתו הסופית.

כפי שקבעה הוועדה הראשונה עצמה, אין רלוונטיות למסמכים הנ"ל. הפרוטוקול עצמו הינו סיכום דיון פנימי, שאין כל עילה שבדין לחושפו. לעניין המלצותיו של היועץ המשפטי לממשלה נדגיש, כי העמדה המשפטית שהציגו ב"כ המשיב בפני ועדת הערעורים היתה בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, וכי אף נערכה התייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה בעניינם של העותרים והעותרת הספציפיים, וזאת עוד לפני שנחתמו צווי התיחום.

159. העותרים מוסיפים וטוענים כי לא ניתן להם חומר ראיות אחר שנאסף מבני המשפחה (הודעות, זכ"דים וכדומה).

ראשית נציין, כי כל החומר הגלוי הקיים נמסר לעותרים.

עם זאת, חלק מחומר החקירה בעניינם של בני המשפחה שנחקרו הינו חסוי בשלב זה, שכן טרם הוחלט אם להגיש כתב אישום נגד פלוני זה או אחר. בנוסף, בהתאם להחלטתה מיום 4.8.02, הוועדה עיינה בחומר החקירה של בני המשפחה, ולא מצאה כי יש בו כדי לסייע לעותרים.

160. העותרים טוענים כי לא ניתן להם לחקור את חוקרי השב"כ שחקרו את העותרים או את השוטרים שגבו את ההודעות.

לעניין זה נשיב בשניים. ראשית, מדובר בוועדה מייעצת, ולא בהליך פלילי בו מתקיים "משפט זוטא", ועל כן הוועדה היתה רשאית להסתמך על הראיות המינהליות שבפניה, והיא לא היתה חייבת לאפשר גם את העדת החוקרים ואנשי המשטרה.

שנית, וזה העיקר, כעולה בבירור מפרוטוקול הישיבה ביום 8.8.02, שצורף כנספח ע7/ לעתירה, עת נשמעו עדויותיהם של העותרים, העותרים עצמם הודו בחקירתם הנגדית כי קיבלו יחס טוב בחקירתם, ולפיכך ממילא לא היה טעם ענייני להורות על העדת החוקרים ואנשי המשטרה על אופן גביית העדויות מהעותרים.

161. ניתן אם כן לסכם ולומר, כי בכל הטענות הנוספות הללו אין כל ממש, ודין להדחות.

סיכום

162. מדינת ישראל מצוייה כיום במאבק מזויין שנכפה עליה, מאבק שלא היה לו אח ורע בתולדות העידן המודרני; המאבק המזויין הגיע לשיאו הקטלני בחודשים האחרונים. במסגרת מאבק זה משתמש הצד הפלסטיני, בין היתר, בפצצות-אדם מונחות, המגיעות לתחומה של ישראל ולתחומי ישובים ביהודה ושומרון וחבל עזה, וזרעות הרג ודם ברחובות עריה וישוביה.

ממשלת ישראל והקבינט החליטו על שורת צעדים, שנועדו להלחם בתופעה קטלנית זו. אחד מהצעדים עליהם הוחלט, היה העברתם מאזור יהודה ושומרון לאזור חבל עזה, של בני משפחות של מפגעים, אשר היו מעורבים במעשי הטרור.

163. על צעד זה החליט הדרג המדיני – וראש הממשלה בראשו – שכן על פי הערכת הצבא ושירות הבטחון הכללי, שנמסרה לדרג המדיני, צעד זה יכול לתרום תרומה ממשית לכוחות הבטחון במאבקם נגד גל הפיגועים הרצחניים שהתרגש ובא על המדינה בתקופה האחרונה, ולהציל חיי אדם. לפיכך סברו גורמי הבטחון והדרג המדיני, כי יש חשיבות גדולה להוצאת הצעד האמור אל הפועל, וזאת בהקדם האפשרי.

לא בלב קל ולא בחפץ לב הוחלט על נקיטת הצעד האמור. הצעד ננקט לאחר התלבטות רבה.

אלא שכפי שהובהר בהרחבה בתשובה זו, הנסיבות הבטחוניות השוררות במקומותינו, השתנו בצורה דרמטית בשנתיים האחרונות ועל כן החליטה הממשלה להפעיל גם אמצעים חדשים שלא הופעלו בעבר, וזאת על דעת היועץ המשפטי לממשלה. במסגרת זו התקבלה החלטה לנקוט גם בצעד של העברת בני משפחות מחבלים, שהיו מעורבים בביצוע פיגועים, מבתיהם באיו"ש - לרצועת עזה, וזאת על מנת ליצור לחץ של משפחות על בניהם השוקלים לבצע פיגועים, ולחץ על השוקלים לבצע פיגועים עצמם, מתוך הערכה מקצועית כי צעד זה יועיל להרתעת מפגעים בכוח מביצוע זממם. להערכה מקצועית זו יש תימוכין ממשיים, וכפי שהובהר בתשובה זו, מידע, שחלקו חסוי, שהתקבל בתקופה האחרונה, מאז החלה ישראל לנקוט בצעדים מרתיעים, לרבות הריסת בתי משפחות מחבלים בהיקף נרחב יחסית וחתימה על צווי תיחום מקום מגורים, מלמד בבירור, כי לצעדים אלה אכן היתה השפעה הרתעתית על פעילות הטרור.

בין היתר, גורמי הבטחון קיבלו מידע, ממנו עלה כי פעילי טרור חזרו בהם מכוונותיהם לבצע פיגועים, בשל חששם כי עקב כך יבולע לבני משפחותיהם. במקביל לימד מידע זה כי במקרים מסוימים, בני משפחות של פעילי הטרור הניאו (ובכלל זה באמצעות פגיעה פיזית, כמו גם באמצעות ניסיונות שכנוע) את קרוביהם מלבצע פיגועים. עובדות אלה הינן משמעותיות ביותר למלחמה בנגע הטרור.

לכך נוסף, כי שיקול ההרתעה הוכר כשיקול לגיטימי בהקשר דומה ביותר להקשר דנן, ובית המשפט הנכבד הכיר בכך שניתן להרוס בתים בהם התגוררו מחבלים משיקולי הרתעה טהורים. עם זאת, כפי שהובהר, בענייננו, הוחלט שלא להוציא צו של תיחום מקום מגורים אך ורק על סמך השיקול ההרתעתי, ושלא להפעיל זאת כלפי אנשים שלא חטאו ולא עוו. ההחלטה היתה להוציא צוים כאלה על יסוד שיקול "מניעתי – הרתעתי" משולב, רק כלפי אנשים שהיו מעורבים במעגלי הטרור.

בהחלטה זו אין פגם.

החלטה זו הינה סבירה ומידתית.

החלטה זו מאזנת כראוי בין השיקולים השונים.

החלטה זו עולה בקנה אחד הן עם המשפט הפנימי והן עם המשפט הבינלאומי.

164. אשר על כן, לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות עתירות אלה ולבטל את צו הביניים שהוצא עם הגשתן.

165. כתב תשובה זה נתמך בתצהירו של המשיב, מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, המצ"ב.

היום: ז' אלול, תשס"ב

15 אוגוסט, 2002

ממונה על עניינים בטחוניים
בפרקליטות המדינה

סגן בכיר לפרקליטת המדינה