

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

בעניין שבין:

אנתצאר ע"י ב"כ עוה"ד תמר פלג-שריק ואו עו"ד זן יקיר
עג'ורי,
ואו עו"ד מנאל חזאן

המערערת

ג ד

מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
ע"י ב"כ סרן מוריס הירש וב"כ סרן נימור פסו
מלשכת היתוף המשפטי
לאזור יהודה ושומרון
ת.ד 10482

המשיב

2 יבומים מטעם המשיב

1. בהתאם להחלטת הוועדה מיום 11 באוגוסט, מתכבד ב"כ המשיב להגיש את עיקרי סיכומי המשיב בכתב.

2. הרקע העובדתי: ביום 1 באוגוסט תיקן מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון את הצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), התשי"ל-1970 תיקון מס' 84. חקיקה זו תיקנה את סעיף 86 לצו בדבר הוראות ביטחון וקבעה כי מפקד צבאי רשאי יהיה להורות שאדם יידרש לגור בתחומי גול מקום מסויים באזור חבל עזה¹. בהסתמך על סעיף זה, הוציא מפקד כוחות צה"ל באי"ש צו הנקרא צו תיחום מקום מגורים, ולפיו, הוגבל מקום מגוריה של המערערת לתחום שטחי המועצה הפלשתינית באזור חבל עזה. על צו זה הגישה המערערת, באמצעות באי כורח, ערעור בהתאם לקבוע בסעיפים 85(ג) ו-86(ה) לצו בדבר הוראות ביטחון.

3. בסיכומים שלחן, נפרט ראשית, את מסגרת סמכותה של ועדת הערעורים כפי שהותוותה על ידי מפקד כוחות צה"ל באז"ר. לאחר מכן, נבחן את הרקע הכללי ואת ההצדקה לתיקון מספר 84 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), התשי"ל-1970. במסגרת זו נבחן את חוקיותו של הצו וזן במישור המשפט הפנימי וזן במישור המשפט הבינלאומי. לאחר מכן, נבחן את צו תיחום המגורים שהוצא ביחס למערערת. כאמור לעיל, המדובר הוא בצו התחום את מגוריה וזל המערערת לתחום שטחי המועצה כמשמעותם בצו בדבר פרשנות (אזור חבל עזה) (מס' 300), התשכ"ט-1969. בחינת צו תיחום המגורים תיעשה בהתאם לאמות המידה שנקבעו ביחס לאופן הפעלת סמכותו של מפקד כוחות צה"ל באזור מכוה המשפט, המינהלי הישר וזלי (ראו בג"צ 69/81 אבו עיטה ואח' נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, בעמ' 230-232), בכלל זה, תיבחנה שאלות של סבירות החלטת מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, שקילת שיקולים עניינים ומידתיות ההחלטה.

¹ במקביל, תיקן מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה את הצו בדבר הוראות ביטחון (בו הורה כי מי שניתן לגביו צו של מפקד צבאי באי"ש לפי סעיף 86(ב1) לצו בדבר הוראות ביטחון באי"ש, שבמסגרתו נקבע כי הוא יידרש לגור במקום מסויים באזור חבל עזה, לא יהיה רשאי לצאת אותו מקום כל עוד חצו יהיה רחוק

סמכות ועדת הערעורים

4. כאמור לעיל, ועדת הערעורים וקמה מכוח סעיף 85(ג) ו-86(ה) לצו בדבר הוראות ביטחון. סעיפים אלה קובעים אף את תוקפיה של ועדת הערעורים. וכך קובע סעיף 85(ג):

"...תפקידיה של ועדה זו (ועדת הערעורים- ת"פ) יהיו לעיין בכל ערעור על צו לפי סעיף זה ולהציג בפני מפקד כוחות צה"ל באזור המלצותיה לעיין אותו ערעור".

5. מצוטט סעיף 85(ג) עולה כי ועדת הערעורים אינה סוברנית. לוועדה זו אין נתונה הסמכות להורות על ביטול צו תיחום הניגורים שבו היא דנה. ועדה זו יונקת את כוחה וסמכויותיה מכוח מינויו של מפקד כוחות צה"ל באיר"ש. תפקידה מתבטא בייעוץ למפקד כוחות צה"ל באזור על הצווים המוצאים מנוח סעיפים 85 ו-86. חוות הדעת שתצא מלפני הועדה אינה מחייבת אם כן, את מפקד כוחות צה"ל באיר"ש, אלא היא בבחינת המלצה. ברי, כי הסמכות הבלעדית להכריע בדבר תוקפם של צווים אדמינסטרטיביים כאמור נשארת בידי מפקד כוחות צה"ל באזור. הוא ולא אחר.

6. עוד נציין שכיוון שמלבד הצורך בהקמת הועדה, יתר הדברים, כגון סדרי פעולתה, אינם מוסדרים בחקיקה או בהלים מחייבים, אחראית הועדה לקבוע בעצמה את סדרי הדין ודרך חגגת הראיות כפי שיובאו בפניו. לכך יש לחוסיף, כי אין המדובר הוא בחליך פלילי, ועל כן, לא נדרשות כאן קביעות ראייתיות נחרצות כפי שהן נדרשות בחליכים פליליים.

7. לסיכום, תפקיד הועדה, הינו אך לחוות דעתה ביחס לערעור המוגש על ידי המערער. לוועדת הערעורים אין סמכות לבטל את צו תיחום המגורים שהוצא ביחס למערערת או לחייב את המשיב לנקוט או להימנע מלנכ וט פעולה כלשהי.

תיקון מס' 84 לצו בדבר הוראות ביטחוןהרקע לצו

8. מדינת ישראל מצויה במערכה קשה נגד הטרור. במסגרת מערכת זו הנמשכת מזה זמן רב, נדרשת מדינת ישראל, על זרועותיה הבטחוניות והאזרחיות, להחמוד עם שורה ארוכה של מעשי טרור ורצח מזוויעים. וזין היתר כוללים מעשי טרור אלה פיצוצם של מטעני נפץ במקומות הומי אדם, ירי לע"ר מקומות ואנשים, וכן הוצאה לפועל של פעולות טרור נוספות, הקרויות בעגה הישראלית "פיגועים". פיגועים אלה גורמים למספר אבידות רב בקרב אזרחי ותושבי מדינת ישראל. אין ספק כי באחרונה הקצינה מוכנותם של ארגוני הטרור לבצע פיגועים רצחניים נגד ישראלים, אזרחים כחיילים, תוך שמבצעי הפיגועים מקבלים עליהם לאבד את עצמם לדעת במעשה הפיגוע. קצב הפיגועים הינו מסחרר. ראשי זרועות הביטחון מבקשים לנצוא מענה לתופעה זו החולכת ופושה בקצב שהינו חסר תקדים לכל הזיעוונ. החתמו דות עם תופעה זו ועם ארגוני הטרור אינה פשוטה כלל ועיקר. זאת, לאור העובדה כי מעשי טרור אלה נעשים בשליחותם ובחכוונתם של ארגוני טרור, המשתבחים בפיגועים אלה והמצהיירים כי בכונתם להמשיך ולבצע פעולות טרור.

15. במקרה שלפנינו, עשה המשיב שימוש בסמכותו זו, בחוקקו את תיקון מספר 84 לצו בדבר הוראות ביטחון. המשיב יטען כי חקיקת תיקון זה מתיישבת היא עם כללי המשפט הבינלאומי המתייחסים לסוגיית תיחום מקום מגורים. נפרט אמירה אחרונה זו לחלו.

עמידה בכללי המשפט הבינלאומי

16. המשיב יטען כי וניקון מספר 84 עולה בקנה אחד עם הוראות סעיף 78 לאמנת ז'נבה הרביעית הקובעת כדלהלן:

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

17. מן המקובץ עולה כי סעיף 78 לאמנת ז'נבה הרביעית מכיר באופן מפורש וברור בסמכותה של המעצמה הכובשת לייחד מקום מגורים כלפי מוגן כאשר הדבר נדרש מטעמי הכרח של ביטחון. סעיף 86(ב)1 לצו בו בר הוראות ביטחון הינו המקבילה במישור הדין הפנימי לסעיף 78 לאמנת ז'נבה. חשוב היה לציין, כי גם אופן הפעלת הסמכות על פי סעיף 86(ב)1 האמור, הקבוע בסעיף 84 לצו בדבר הוראות ביטחון, ולפיו, סמכויות לפי פרקים ה' ו-ה'1 לא יופעלו, אלא אם המפקד הייבאי סבור שהדבר הכרחי בגלל טעמי ביטחון החלטיים, יש בו כדי ללמד על התאמתו של תיקון מספר 84 וסעיף 86(ב)1 שהוצא מכוחו לסעיף 78 לאמנת ז'נבה.

18. גם המלומד Pictet, המפרש את הוראות אמנת ז'נבה הרביעית מציין כי תיחום מקום מגורים (ומעצר מינהלי) הינן צעדים ביטחוניים חמורים שמדינה יכולה לנקוט כלפי אזרחים מוגנים, כאשר צעדים ביטחוניים חמורים פחות אינם משיגים את המטרה, והיא שמירה על ביטחון האזור והציבור. כאמור, פרשנות זו תואמת את הרציונל העומד בבסיס תיקון מסי 84 לצו בדבר הוראות ביטחון.

19. עוד מציין המלומד Pictet, כי:

"they (the protected people- I.p) can therefore only be interned, or placed in assigned residence, within the frontiers of the occupied country itself"

מכאן מנסיה ללמוד ב"כ המועררת כי שימוש בסמכות תיחום מקום מגורים על ידי המשיב, אינו יכול להביא לני שמקום המגורים, שייקבע על ידי המשיב, יהיה מצוי בשטחים הנמצאים באזור חבי עזה, היות שאזור יהודה ושומרון ואזור חבל עזה הן יחידות טריטוריאליות שונות.

20. המשיב יטען כי פרשנות זו אין לה על מה לסמוך. המציאות העובדתית והמציאות המשפטית כאחת מלמדות שיש לראות בשטח איו"ש ובשטח אזח"ע יחדה טריטוריאלית אחת. ונפרט. המציאות העובדתית מלמדת על כך שבשטחים מוחזקים אלה, בתקופת טרום הסכם הביניים, הוקם ממשל צבאי שהופעל על ידי מדינת ישראל. ריבונותה של מדינת ישראל בשטחים אלה קמה מכוח החחוקה הצבאית בשטחים אלה ומכוח וזיותה הכוח הכובש. העובדה שבתקופה שלפני שנת 1967, היו השטחים נתונים תחת שלטון מדינה אחרת (ירדן באיו"ש ויזורים באזח"ע) אינה מעלה ואינה מורידה לעניין זה. לא זו אף זו. בתקופה שלאחר הסכם הביניים, ועם מסירת כוחות ואחריות מהממשל הצבאי לרשות הפלשתינית, נכנסה הרשות הפלשתינית בנעליו של הממשל הצבאי והפעילה, הן באיו"ש והן באזח"ע, את אותן אורגנים שלטוניים שלה.

21. למציאות עובדתית זו מתווסף גם העיגון המשפטי לעניין זה. התפיסה לפיה אירישי ואזח"ע מחווים שני מחוזות של יחידה טריטוריאלית אחת, קיבלה ביטוי בסעיף 11 לחסכם הביניים הקובע כך: "שני הצדדים רואים בגדה המערבית וברצועת עזה יחידה טריטוריאלית אחת, ששלמותה ומעמדה יישמרו במשך תקופת הביניים". משמע, המדובר הוא באותו שטח מוחזק, ולפיכך, סמכות המפקד הצבאי להוציא צווי תיחום מקום מגורים מוצדקת היא על פי הוראת סעיף 78 לאמנת זינבה.

22. למותר להזכיר את הצו "המשכ"ם" שהוצא על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה ואת הסכמתן להוצאת צו תיחום מקום מגורים לאזור אזח"ע מטעם מפקד כוחות צה"ל באירישי.

23. מוסיפים וטוענים ב"כ המערעות כי על פי תקבוע בסעיף 78 לאמנת זינבה, הפעלת סמכות תיחום מקום מגורים, עליה יהיעשות תוך שמירה על הוראת סעיף 39 לאמנת זינבה, הקובע כך:

"... נהג בעל סכסוך ולפי מוגן בשיטות פיקוח הנוטלות ממנו את האפשרות לכלכל את עצמו, ובפרט, אם מנעו אדם כזה, מטעמי ביטחון, מלמצוא עבודה בשכר בתנאים הוגנים, ידאג אותו בעל סכסוך לכלכלתו ולכלכלת התגויים בו".

24. המשיב יטען כי אמנם על פי כללי המשפט הבינלאומי, שימוש בסעיף 78 לאמנת זינבה, מחייב עמידה גם בתנאי סעיף 39 לאמנה זו. יחד עם זאת, יטען המשיב כי הוצאת צו תיחום מגורים אינה נוטלת אפ"ורי מהאדם שלגביו הוצא צו זה את האפשרות לכלכל את עצמו. זאת ועוד. קשה יהיה לד"ת המשיב, לבסס טיעון לפיו שימוש כלפי אדם בסמכות לפי סעיף 78 מונע, מטעמי ביטחון, מאותו אדם את האפשרות למצוא עבודה בתנאים הוגנים.

25. בהיבט כללי המשפט הבינלאומי, יוסיף המשיב ויטען כי לא זו בלבד שנתונה לו במשפט הבינלאומי ובתחיקת הביטחון, הסמכות לנקוט בצעד של מתן צווי תיחום מקום מגורים כאמור, אלא זאת אף מחוייבו על פי הוראות המשפט הבינלאומי, לפיהם מחוייב הוא לשמור על הסדר והביטחון הציבורי. ואו לעניין זה את תקנה 43 לתוספת לאמנת האג בקשר לדיניה ומנהגיה של המדינה ביבשה, 1907 הקובעת בהאי ליסנא⁶:

"The authority of the legitimate power having in fact passed in the hands of the occupant. The latter shall take all the measures in his power to restore and ensure as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country".

26. מן המקובץ עולה כי הדרך בה יקט המשיב בתקנו את הצו בדבר הוראות ביטחון הינה דרך העלה בקנה אחד עם הוראות כללי המשפט הבינלאומי.

1.או הערת שוליים 1 לעיל.

בבני 202/81 טביב ואח"י שר הביטחון ואח"י, י"ד ל(2) 622, הובא תרגום לתקנה זו: תקנה זו כדלהלן: "מעבור סמכות מלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט: כל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר חיים הציבוריים, ותוך כיבוד החוקים שבתוקף. ארץ, אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך".

27. במאמר מוסגר ייאמר כי חשוב להבחין הבחן היטב במישור המשפט הבינלאומי בין השימוש בסמכות ליחוד למוגן ומקום מגורים, סמכות הקמה מכוח סעיף 78 לאמנת ז'נבה לבין האיסור על גירוש למדינה זרה חקבוע בסעיף 49 לאמנת ז'נבה⁷. המדובר הוא בשתי סמכויות שונות, ועל כן, אין האיסור על גירוש, כמפורט בסעיף 49 יכול ללמדנו על שימוש בסמכות לפי סעיף 78.

השיקולים העומדים בבסיס הוצאת צו תיחום מקום מגוריה על פי סעיף 86(ב)(1)

28. כמצויין לעיל, צו תיחום מקום מגורים מיועד לחוות אמצעי מניעתית-הרתעתית. צו זה מיועד להורות לתושב אינדיבידואלי לגור בצד חבל עזה. האדם מושא הצו יהיה חופשי לנוע באזורי החוף בתחומי המתנחלים הפלשתינית, ויוכל לפעול רחופשויות ככל תושב באזור זה.

29. הצעד מכוון למנוע סיכון מבין משפחה של מפגע, שכבר הוכיח את מסוכנותו בסיוע לבן משפחתו המפגע, וכן נועד לחו יגיע מפגעים מלבצע עבירות ביטחוניות חמורות, פן יבולע לבני משפחתם שסייעו להם, ולהרתיע בני משפחה של הוגעים לבל יסייעו לקרוביהם במעשיהם החמורים. אם ננסה לתאר את תשתית הטרור באמצעות שלושה מעגלים: מעגל המפגעים עצמם, מעגל השותפים והמשלחים, ומעגל התומכים והמסייעים, הרי שצו תיחום מקום מגורים מכוון למעגל השלישי. מעגל זה מרוחק יותר מן הפוגעים עצמם, אך בכל זאת מהווה נדבך חשוב בתשתית המאפשרת למבוקשים להמשיך במנסותם ובפעילותם המסוכנות.

30. כאמור, ההחלטה על הוצאת צו תיחום מקום מגורים, משלבת בתוכה שיקולים מניעתיים ושיקולים הרתעתיים הדרים בפיפה אחת אלה לצד אלה.

31. המשיב יטען כי הוצאת צו תיחום מקום מגורים בהתבסס על סעיף 86(ב)(1) לצו בזכר הוראות ביטחון, וההתחשבות בשיקולים מניעתיים והרתעתיים במשולב, עולים בקנה אחד עם ההיקף והסבירות של האמצעים שבידו. במה דברים אמורים? בבג"צ L. S. M. 270/88 LAW IN THE SERVICE OF MAN ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, נאמר מפי הנשיא שמגר בעמ' 263 כי:

"סבירות השימוש בסמכות צריכה להיבחן לאור נסיבות המקום וחזמן, והפעלתה בר קופה של מאורעות שלובשים לבוש של התקוממות, שניזונה גם מהשפעות והכוונות מן החוץ, איננה יכולה להיחשב לנטולת הגיון".

32. משמע, ההיקף והסבירות של האמצעים שבידי הרשויות המוסמכות לנקוט לשם שמירת הביטחון עליהן להימדד על וקען של הנסיבות המשתנות. מכאן נובע כי אופן הפעלת סמכות המשיב הינה דינמית ומשתנה בהתאם לנסיבות ובהתאם לצרכים העומדים לנגד עיניו של המשיב. על כן, גם אנו בעבר, ניתן היה להצדיק הוצאת צו מטעם המפקד הצבאי משיקולים שהם אך ורק שיקולים מניעתיים (כמו שנחוג היה ביחס לגירוש לפי תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, (גירוש בשונה מצו תיחום מקום מגורים)), הרי שחנסיבות המשתנות עשויות להביא לכך, שניתן יהיה להתחשב אף בשיקולים נוספים מעבר לשיקולים מניעתיים, בב' או של המפקד הצבאי להחליט על הוצאת צו כאמור.

⁷ אזכור סעיף 49 לאמנת ז'נבה מחייב אותנו להזכיר, אך בקצרה את הדעות השונות שהוצגו בעניין זה בבג"צ 845/87 עמ' ג' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מב(2) 4, דעת הרוב שכתב: "והנשוא של הנשיא שמגר קבעה כי תכליתה של סעיף 49 לאמנת ז'נבה הינה לאסור ולמנוע גירושים מן הסוג שבוצעו על ידי הטאנים במלחמת העולם השנייה (קרי, גירושים המוניים). מנגד, דעת המיעוט שהוצגה בחוות דעתו של השופט בך אמנה קבעה כי סעיף 49 נועד לקבוע איסור מוחלט על גירוש, אך יחד עם זאת, קבעה כי אמנת ז'נבה הרביעית הינה אמנה הסכמית, (לפיכך, אין לאכוף חוראותיה מכיוון שאמנה זו לא עברה אימוץ תחוקתי. נחשב לציין כי כי תיזות שלפיהן ניתן לראות כי אנת ז'נבה אמנה המבטאת חיים את המשפט הבינלאומי המינהגי או שיש לאוכפה גם אם היא נשאר בדרך משפט בינלאומי והסכמי, נדחו על ידי בית המשפט. ראו הפירוט בהערות שוליים 8 במאמרו של ד"ר קרצמר, "אכיפה ופירושה של אמנת ז'נבה IV - דרכו של בית המשפט העליון", משפטים כ(1) (תשנ"ה) 49, בעמ' 52.

33. האמירה האחרונה אינה נשאו ת אך במישור התיאורטי. המשיב יבקש להפנות את הועדה להתפתחות שחלה ביחס לאור, הפעלת סמכות הריסת בתים, הקבועה בתקנה 119 לתקנות החגנה (שעת חירום). בתחילה לא נעשה שימוש בתקנה 119 כאשר מחבל המפגע נהרג. אך עם הזמן, וברבות הפיגועים שבוצעו על ידי ארגוני טרור, ראה מפקד כוחות צה"ל באזור צורך חיוני להרתיע מוגמדים בכוח לביצוע פיגועי התאבדות, ולאור זאת, החליט המפקד על שינוי הגישה ביחס להריסת בתים. על פי גישה זו, יש לנקוט באמצעי החרמה והריסה גם כלפי בית מגוריו של מחבל שהתאבד. בית המשפט העליון קיבל את השינוי והמפנה בגישתו של מפקד כוחות צה"ל באזור, וכך קבע הוא בבג"צ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באיר"ש, פ"ד מחו"ס 338 (פסקה 10 לפסק הדין):

"כשמדובר במחבלים מתאבדים, קט ועולה הצורך בהרתעה של מחבלים בכוח. מעשי וטרור האחרונים נעשים בשליחותם ובהכוונתם של ארגוני טרור, המשתכחים בפיגועיהם אלה והמצהירים כי בכוונתם להמשיך ולבצע פעולות טרור. מכאן ברור ועולה הצורך בשינוי ובמפנה במדיניות מערכת הריסוח... אין לחלוק על דעתם המקצועית של הגורמים האחראיים: קיום הביטחון בעניין החשיבות של אמצעים אלה לצורך הרותעה".

34. מן המקובץ עולה כי אופן הפעלת סמכותו של המשיב עשויה להשתנות בהתאם לנסיבות משתנות השוררות באזור. התו שבות בסוג שיקולים, שייכתן שבעבר לא היו מוצדקים ולא היו רלבנטיים לצורך הפעלת הסמכות, עשויים להיות מוצדקים היום לאור הנסיבות המשתנות.

35. ומן הכלל אל הפרט, מבלי לו ביטע עמדה ביחס לשיקולים שייכתן שבעבר היו מצדקים שימוש בסמכות לתיחום מקומו מגורים⁸, דעת המשיב היא כי כיום, ניתן להצדיק ולתפץ שימוש בסמכות זו, כאשר שימוש נובע משילוב של שיקולים מניעתיים ושיקולים הרתעתיים. נעבור כעת לבחינת הוצאת צו תיחום מגורים הפרטני ביחס למערערת.

בחינת הוצאת צו תיחום מגורים הפרטני ביחס למערערת

36. בפרק זה יפרט המשיב את השיקולים המניעתיים והשיקולים הרתעתיים העומדים ביסוד החלטתו לתחום את מ'זום מגוריה של המערערת לאזח"ע. נחל בבחינת השיקול המניעתי.

השיקול המניעתי ביחס למערערת

37. השיקול המניעתי עניינו פניה זול העתיד. הסנקציה הטמונה בתיחום מקום מגורים באה למנוע סכנה של ממש הצפויה לזזור מן המיתעד לתיחום מקום מגורים.

38. כיצד ניתן להוכיח התקיימותו של שיקול מניעתי? מובן הוא שחערכת המצב כלפי העתיד תתבסס על מעשים שבעבר, וכך עט מן הנמנע שהדבר יהיה אחרת, שהרי מסקנתו ההגיונית של בעל סמכות צריכה להתבסס על עובדות, ואין כעובדות העבר כדי ללמד על מה שצפוי בעתיד. לנתוני העבר יש השלכו על פעילותה הנוכחית והעתידית של המערערת (ראו בג"צ 159/84 שאחין נ' מפקד כוחות צה"ל באיר"ש, פ"ד לט(1) 309, בעמ' 328).

⁸ שהרי הסמכות לתיחום מקום מגורים מחוץ לתחום אזור יחודה ושומרון במישור המשפט הפנימי, קמה רק לאחרונה, מכוח תיקון מס' 84 לזו ודרר הוראות ביטחון.

39. בהתייחס למערערת, הרי שעל פי נתוני העבר, וכפי שהוכח לוועדה הנכבדה בעדותם של המכונה "יורי" והמכונה "חייב", הוכיחה המערערת את עצמה כאדם מסוכן בכך שסייגה לאחיה, עלי עגירי, להכין חגורות נפץ. אין צורך לפרט בפני הוועדה בדבר האפקט ההרסני של מטעני הנפץ. סיוע בהכנת חגורות נפץ מלמד על מעורבות גבוהה ביותר בביצוע פעולות טרור. מערערת זו הוכיחה שזינה מסוכנת, וכמו שעסקה בעבר בביצוע פעולות טרור, עלולה היא, ברמת סבירות גבוהה ביותר, לחמשיך ולעסוק בפעילות טרור, באם לא תינקט נגדה סנקציה שתמוע ממנה מערכות נוספת בביצוע פעולות טרור.
40. זאת ועוד. כפי שנטען בפני הוועדה בעדותו של המכונה חייס, אין מותו של אחיה עלי מבשר על קץ פעילותה החבלנית של המערערת והכל כפי שפורט בפני הוועדה במהלך הדיון החסי.
41. בחקשר לבחינת מסוכנותה של המערערת, חשוב יהיה לדעת המשיב, להביא בפני הוועדה, את הוולטות בית המשפט הצבאי ובית המשפט הצבאי לערעורים שהתייחסו למעצרה המינהלי של המערערת. כידוע, מעצר מינהלי הינו הליך שבו נבחנת מסוכנותו של מי שאת חירותו מבקשים לשלול באמצעות האקט של מעצר מינהלי. בית המשפט הצבאי ובית המשפט הצבאי לערעורים אייירו את מעצרה המינהלי של המערערת והתייחסו למידת מסוכנותה של המערערת. כך למשל נפנה לדברי כ"י השופט ו'ט"ן צבי לקח בתתייחס למערערת:
- "המידע שהוצג לי תיב"ע על סכנה ממשית הנובעת מהעצירה לביטחון האזור - סכנה שלא תוזר אלא אם כן תשחה העצירה מאחורי סורג ובריח".
42. וראו גם את קביעתו של נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים, אל"מ שאול גורדון לפיה:
- "לאחר שעיינתי בחומ" החסוי מצאתי כי אכן יש בו כדי ללמד על מעורבותה של המערערת בפעילות חמורה, ועל הסיכון אשר מהווה היא לביטחון האזור".
43. חשוב יהיה להדגיש כי נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים ציין בהחלטתו כי התרשם מהחומר באופן שאין המעצר המינהלי נועד לפגוע במערערת בשל פעילותו של אחיה. משמע, נועד הוא אך ורק לה זמחד עם חיותה של העוררת מסוכנת. (החלטה מיום 23 ביולי 2002).
44. למסוכנותה של המערערת הנל. זאת כאמור מנתוני העבר, יש להוסיף גם את המידע העדכני שהוצג בדיון החסוי בפני הוועדה על ידי המכונה חייס. מידע זה הצופה פני עתיד מתייחס למידת מסוכנותה של המערערת, ומחזק את השיקול המניעתי כבסיס חשוב ומרכזי לתוצאת הצו.
45. לא זו אף זו. כפי שעולה מעדותו של המכונה גדעון, לאור הקשר שנלמד בין מבוקש לבין קרובי משפחתו, מוסיף להתקיים סיכון מקרוב משפחה שכבר סייע למבוקש, גם לאחר שהמבוקש מת.

46. בחזרת אגב, יציין המשיב כי גל אף העובדה כי בגסיבות עניינה של המערערת, די בשיקול המניעתי כשלעצמו, כפי שהוזכר בפני הועדה על ידי המכונה יורי והמכונה חיים, כדי להצדיק כלפי המערערת גם את האקט המינהלי, ובקש המשיב לטעון כי מרכיב הסיכון האישי הנדרש לשם שימוש ב:ו תיחום מקום מגורים אינו מן הגבוהים. אין הוא צריך לעמוד באותה רמה של סיכון הנדרש למעצר מינהלי. לעניין זה נזכר כי הפגיעה בחירות ובזכויות המערערים עצמם, נעת החעברה לאזרחי, קטנה מן הפגיעה הכרוכה במאסר ובמעצר מינהלי, ולכן מוצדק לדרוש רמה נמוכה יותר של מסוכנות אישית מצד מי שמוצא נגדו תיחום מקום מגורים.

השיקול ההרתעתי ביחס למערערו:

47. נחזור ונציין כי ביחס לסמכות הריסת בתים על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), פסיקת בית המשפט העליון הנירה בהרתעת הרבים כשיקול לגיטימי בעת נקיטת סנקציה מינהלית, ולפיכך, התיר גם הריסת ביתו של מפגע שנהרג (ראו בג"צ 6026/94 נזאל). ראינו גם כי הנסיבות המשתנות ורצרכים הדינמיים של מפקד כוחות צה"ל באזור עשויים להצדיק שינויים באופן הפעולה: סמכותו, שינויים שיש בהם משום חידוש ביחס להלכות שהיו נוגעות לאופן הפעלת הסכנות בעבר.

48. לעניין השיקול ההרתעתי בריס למערערת. בפני הועדה הוצגה עדותו וחוות דעתו של המכונה גדעון. חוות דעת זו התייחסה למערכת היחסים בין מפגעים למשפחותיהם והשפעת החליכים הננקטים כנגד בני משפחות. על פי חוות הדעת, צעדים אלה עשויים לצמצם את תופעת ההתנדבו: לביצוע פיגועי התאבדות בפרט וליטול חלק בפעילות חבלנית באופן כללי.

49. המשיב יטען כי חוות דעת זו מעניקה תוכן לשיקול ההרתעתי הנלווה להחלטת המפקד הצבאי לתיחום את מקום מגוריה של המערערת לעזה. לעניין תוקפה של חוות דעת מעין זו יבקש המשיב להפנות את הודעה לנאמר בפסקה 10 בפסק הדין בבג"צ 6026/94 נזאל הנזכר לעיל:

"השאלה אם הריסת ביתו של מחבל יש בה כדי להרתיע מחבלים בכוח הזרקה ועלתה לפני בית המשפט זה פעמים הרבה, וככלל לא נמצא מעולם מקום לחלוק, בעניין זה, על הערכתם המקצועית של הגורמים האחראיים לקיום הביטחון. גם משהובאה לפנינו חוות-דעת סותרת, סבר בית המשפט כי באחלוקת 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 דויקאט ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, בעמ' 25)".

מידתיות החלטת המשיב

50. בדיון שנערך בפני הועדה, ביקש ב"כ המערערת לטעון כי האקט המינהלי של תיחום מקום מגורים הינו חמור ודרסטי יותר ממעצר מינהלי, ומכאן ניסו לטעון כי החלטתו של המשיב אינה מידתית. בשורות שלחלץ יבקש המשיב לסתור טענה זו ולהראות כי המשיב, בהחליטו לתיחום את מקום מגוריה, ובריתחשב בשיקולים העומדים ביסוד החלטתו זו, פעל באופן מידתי ובהתאם בסנקציה שהינה ה:וגעת פחות בזכויותיה של המערערת.

51. ראשית, נבקש לציין כי בהשוואה בין האקט של מעצר מינהלי לבין האקט של תיחום מקום מגורים לאזרחי, עולה כי מעצר מינהלי הינו אקט שפגיעתו בזכויות אדם חמורה יותר. במה דברים אמורים?

52. החלטה על מעצר מינחלי פוגעו פגיעה קשה בזכות היסוד של כל אדם לחירות, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. המעצר המינהלי וגריל אה חירותו של אדם באופן החמור ביותר¹⁰. המדובר הוא במעט בהגבלת טוטלית של חירותו של אדם. מנגד, כאשר מדובר בתיחום מקום מגורים ומדובר אמנם בפגיעה בזכות לחופש התנועה, שאף היא זכות יסוד, אך אין המדובר בשלילת טוטלית של זכות זו. למרות תיחום מקום מגורים תוכל המעצרת לנוע באופן חופשי בייחסי הרשות הפלשתינית באזור חבל עזה.

53. כפי שצינו לעיל, במסגרת הוצאתו של צו תיחום מקום מגורים, שוקל המפקד הצבאי את מידת מסוכנותו של האדם המיעד לתיחום מקום מגורים. הרצון לפקח על מעשיו של אותו אדם, להצר את צעדיו וילפגוע במסוכנותו אפשרית¹¹, במקרים המתאימים, גם באמצעות חסנקציה של תיחום מקום מגורים, ואין הכרח לנקוט בסנקציה של מעצר מינהלי לאור הפגיעה הפחותה בזכויותיו של אותו אדם.

54. לא ניתן לחשוות את אקט תיחום מקום מגורים לאזח"ע לאקט הגירוש למדינה אחרת, שאין טפק כי פגיעתו הינה חלושה ביותר. כאשר מדובר בתיחום מקום מגורים לאזח"ע, הרי שהאדם שלגביו הוצא צו זה, נשאר במסגרת אותה אחריות שלטונית של הרשות הפלשתינית, אין הוא מתנתק מהחברה אליה הוא משוייך (אווננו מטוווג, אותם מנהגים), אין הוא מתנתק מהזיקה הלאומית ומהזהות הלאומית של אותה חברה. בנוסף, יש לו יכולת טובה יותר לשמור על קשר עם יתר בני משפחתו שנותרו בתחומי איר"ש.

55. אינדיקציה נוספת לקביעת פגיעתו של אמצעי זה או אחר בחירותו של הפרט נעוצה בהיקף הביקורת השיפוטית על החלטת רשות שלטונית. ראו לעניין זה את דררי ויה המשפט ברע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפ' ויכיאטר המחוזי תל-אביב, בעמ' 713:

"מידת רגישותה של חברה לשמירה על חירותו של הפרט מתבטאת בהיקף הביקורת השיפוטית על החלטת רשות שלטונית הפוגעת בחירות שבה היא מכליח. אכן, השמירה על חירות הפרט יקרה לנו מדי, מכדי להשאירה אף בידיהם של הגורמים השלטוניים. יודע אני כי פיקוח שיפוטי אינו מוטיח תמיד הגנה יעילה על זכויות האדם. אך משוכנע אני כי היעדר פיקוח שיפוטי סופו פגיעה בחירותו של האדם. באין דיין אין דין".

56. על פי גישה זו, הביקורת השיפוטית מספקת מחסום מפני פגיעה בזכות היסוד לחירות, ומגבילה פגיעה זו אך לאותם נזקקים שבהם היא חיונית ואין לה תחליף פוגע פחות. (בג"צ 4400/98 ברחם נ' שופט משפטאי, נב(5) 337, 344). בכל הנוגע למעצר המינהלי, חירות האדם יקרה מכדי שתופקד בידי של המפקד הצבאי בלבד. לכן הדין מכפיף את המפקד לשופט - צו המעצר נתון לבקורת שיפוטית. הביקורת השיפוטית היא קו החגנה על החירות, ויש לשמור עליה מכל משמר (בג"צ 2320/98 אלמעמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באיר"ש, תק-על 2)98 (571).

57. בכל מה שנוגע לתיחום מקום מגורים, הרי שהסמכות העליונה נותרת בידי המפקד הצבאי ולא רדי השופט, מה שמעיד על הזרסטייות הפחותה בנקיטה בסנקציה מינהלית של תיחום מקום מגורים. אם כן, במעצר מינחלי שיקול הדעת של השופט מעל שיקול הדעת של המפקד הצבאי, ויגיד לצו תיחום מקום מגורים, שבו ההחלטה הסופית מסורה בידי האלוף.

הערות נוספות ביתס לחומר הראיות הנ"ל נגד המעצרות

¹⁰ בג"צ 2320/98 אלמעמלה נ' מפקד כוחות צה"ל: איו"ש, תק-על 2)98 (571)

¹¹ לעניין זה נבקש להפנות לעדותו של המכונה ויינו שצייך כי תיחום מקום מגורים של אדם מסוכן לאזח"ע הינו אפקטיבי לאור העובדה כי עזה גדורח בגדר אלקטרונית.

58. החומר הגלוי: לוועדת הערעורים הוגשו מספר אמרות המבססות את מסוכנותו של עלי עגירי ואת מעורבותו בפעולות טרור: הן מעורבות בביצוע פיגועי ירי והן מעורבות במשלוח מחבלים מתאבדים (ראו למשל: אמרותיו של כפאח עגירי, אמרותיו של זירה, אמרתו של נאר, אמרותיו של עמראן).
59. החומר החסוי: בפני הוועדה הוגו במסגרת הדיון החסוי מידע המצביע באופן חד משמעי על כך שעלי עגירי היה מעורב בפעילות חבלנית עוינת וכי היה אחראי לשילוח מחבלים מתאבדים במספר הזדמנויות ונפנה את הוועדה לעדויותיהם של המכונה חיים וחמכונה יורי). כן הוצג בפני הוועדה מי"ע הקושר את המערערת לפעילותו החבלנית העוינת של אחיה.
60. עדותה של המערערת בפני הוועדה התאפיינה בהכחשה סתמית וגורפת של כל מעורבותה בחכנת חגורת נפץ ובסיועה לזחיה עלי. הגדילה המערערת לעשות והכחישה גם ידיעה שאחיה עלי היה מבוקש על ידי כוחות הביטחון הישראליים. זאת, על אף שכל בר דעת וכל אדם סביר, בבוחנו את התנהגותו של עלי עגירי (פציעתו ממטען נפץ, העובדה כי הפסיק להגיע לבית באופן סדיר) היה נוגע למסקנה כי המזוהר הוא בחתחנות המאפיינת מבוקש המתחמק מכוחות הביטחון. יוד עם זאת, החזיקה המערערת בעמדה לפיה לא ידעה כלל ולא חשדה כלל במעורבותו של אחיה בפעילות טרור. הגדילה המערערת לעשות וציינה כי לא עניין אותה כלל לדעת מדוע אחיה נהג כפי שנהג (זאת על אף העובדה כי עניין אותה לברר מהן נסיבות פציעתו של זחיה).
61. מובן שעמדה זו לוקה בחוסר סבירות, ואל לה לוועדה ליתן אמון בגרסה זו. היעלה על הדעת כי לאור החומר שנפרש בפני הוועדה (בין היתר באמרות הגלויות) תגיע המערערת למסקנה כי אין מקום לחשר' שאחיה הוא מבוקש (וי). עמדה זו גם לא מתיישבת עם עובדות בכירותו של אחיה, עלי בחולייה שאליו השתייך כפי שהוצג לוועדה ועם העובדה כי המערערת גרה בדירה אחת עם אחיה, עלי, משך אותה תקופה (לסיכום נקודה זו, ראו שאלה שהופנתה אליו: "כלומר לא היה לך חשד ולו הקטן ביותר שאחיד היה מבוקש?" ותשובתה של המערערת: "בכ"ל לא הרגשנו בכך").
62. במהלך חקירתה הנגדית התוומקה המערערת באופן שיטתי מתבעת עמדה ערכית ביחס לביצוע פעולות טרור וביחס לסיוע לביצוע פעולות טרור. כך למשל, סירבה המערערת להגדיר מיהו שהיד, בטענה כי אינה יודעת את פירוש המילה. עוד סירבה המערערת לספר לוועדה כיצד הייתה נוהגת לו היתה מודעת לפעילותו החבלנית של אחיה עלי. המערערת סירבה לתאר אדם שמתעסין בחוצאת פיגועי התאבדות בשטח מדינת ישראל כאדם מסוכן, סירבה לציין האם הייתה מסייעת לאדם כזה לו הייתה יודעת שמישהו מתכנן פעילות שכזו.
63. המערערת לא יכלה להתמודד עם העובדה כי אחיה כפאח התייחס באופן מפורט בחקירתו במשטרה למעורבותו הפעילו של אחיה, עלי, בביצוע פעולות חבלניות, וטענה כי אחיה כפאח אמר דברי שקר בחקירה במשטרה.
64. הכחשתה הסתמית והגורפת של המערערת הן את מעורבותה בסיוע לאחיה עלי והן את עצם ידיעתה או חשדה על כן שאחיה הינו מבוקש, יש גה כדי ללמד את הוועדה על גרסה שקרית של המערערת. המערערת מנסה להרחיק עצמה מכל מעורבות לנושא פעילות הטרור של אחיה עד כי נוקטת היא בעמדה שאינה מתיישבת כלל ועיקר עם ההיגיון ועם השכל הישר. הכחשה סתמית זו, כשהיא מתווספת למידע הנוסף שנפרש בפני הוועדה (הן החומר הגלוי ואמרות שהוגשו לוועדה הנכבדה) והן רחומר החסוי (עדויותיהם של המכונה חיים ושל המכונה יורי ביחוד לפעילותו של עלי עגירי ובאשר לסיוע שהוענק לו על ידי המערערת) יש בהם כדי ללמד על מסוכנותה של המערערת.

65. ב"כ המערערת ניסו להדגיש בני הוועדה את הקשיים שתיתקל המערערת לאור המצב הקשה השורר כיום באזח"ע. על כך ניתן להשיב, כי המצב באזח"ע, גם אם הוא קשה מעט יותר, עדיין אינו שונה מהותית מן המצב באיו"ש. שם, ככאן, קשה מעט יותר, עדיין אינו שונה מהותית מן המצב באיו"ש. שם ככאן, קשה כיום להתקיים. הגדלת קשיי היומיום של האדם מושא הצו ושל בני נ שפתחו הנתמכים על ידיו היא אחת מתוצאות הלואי של צו תיחום מקום מגורים, המקיים לו את אופיו ההרתעתי, בנוסף לשיקול המניעתי העומד אף הוא בבסיס הוצאת צו תיחום מקום מגורים.

66. עוד בהקשר זה יש לציין כי אמנם המצב הכללי באזח"ע הינו מצב קשה, אך אין זה מצביע בהכרח על כך שהמערערת עצמה לא תוכל להתקיים באזח"ע לאור העובדה כי יש לה מקצוע וחכשרה כרוקחת וכי אין עבדה באיו"ש, עד שלדבריה החליטה להקדיש זמנה לטפל בהוריה.

סיכום

67. צו תיחום מקום המגורים הוצא כנגד המערערת לאחר שקילה כבדת ראש. הכוונה היא לנקוט צעד מניעתי-הרתעתי, נור קרובו של מפגע, אשר הוא עצמו סייע למפגע או תמך בו. זהו אחד מהצעדים שהחליט המשיב לנקוט בהם במסגרת המאבק, הבלתי מתפשר, במתאבדים ובשולחיהם. וצוין כי הצעד הנקט פחות בחומרתו ממעצר מינהלי, מבחינת הפגיעה בזכויות האדם מושא הצו, אך המשיב מקווה להשיג באמצעותו אפקט גדול אף יותר מן האפקט הנקודתי של ד מעצר המינהלי.

68. הוכח בפני הועדה כי אחיה של המערערת אחראי לפיגועים קטלניים וכי המערערת סייעה לו ולחולייתו בהכנת חגורת נפץ. מכאן, הוכח בפני הועדה כי הוצאת צו תיחום מקום מגורים מוצדקת משילובם של שיקולים מניעתיים ושיקולים הרתעתיים ובשל הצורך להתמודד עם תופעת הפיגועים שהיפכה לחזון נפרץ.

69. לפיכך, נבקש מועדת העררים כי המליץ למשיב לקיים את צו תיחום מקום המגורים שהוצא כנגד המערערת.