

- בעניין: 1. כיפאח עג'ורי,
2. אינתיצאר עג'ורי,
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר)
4. האגודה לזכויות האזרח בישראל (ע"ר)
5. המרכז הפלסטיני לזכויות האדם, עזה

כולם ע"י ב"כ עוה"ד יוסי וולפסון ואו תמר פלג-שריק ואח'
מהמוקד להגנת הפרט
מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים 97200
טל: 6283555-02 פקס: 6276317-02

וע"י ב"כ עו"ד דן יקיר
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
ת"ד 35401, ירושלים 91352
טל: 6521218-02; פקס: 6521219-02

העותרים

- נ ג ד -

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
באמצעות פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

המשיב

עתירה לצו על-תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על-תנאי המכוון אל המשיב, והמורה לו ליתן טעם מדוע לא יקוצרו הצווים ל"תיחום מגורים", שהוצאו נגד העותרים 1 ו-2, באופן שהעותרים 1 ו-2 יוכלו לשוב לאתגר למקום מגוריהם הקבוע בגדה המערבית.

בקשה לדיון דחוף

בית-המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה, שעניינה המשך הרחקתם של העותרים 1 ו-2 מבתיהם תוך התעלמות מהמלצה של ועדה סטטוטורית שדנה בעניינם.

ואלה נימוקי העתירה:

הצדדים ומהות העתירה

1. העותרים 1 ו-2 בעתירה זו (להלן: "העותרים") הם בהתאמה העותר 1 בבג"ץ 7015/02 עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח' והעותרת 1 בבג"ץ 7019/02 עג'ורי

ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון ואח'. (להלן: "העתירות הקודמות").
פסק-הדין בעתירות אלו (להלן: "פסק-דין עג'ורי") פורסם בפ"ד נו(6) 352.

2. העותרים 3 ו-4 בעתירה זו הם ארגוני זכויות אדם ישראליים, שהיו בין העותרים בעתירות הקודמות. העותר 5 הוא ארגון זכויות אדם המטפל בעניין העותרים בעזה.
3. המשיב בעתירה הנוכחית הוא המשיב הראשון בעתירות הנ"ל, אשר הוציא נגד העותרים צווי "תיחום מגורים", על פיהם נדרשו לגור במשך שנתיים ברצועת עזה, בתחום שטחי המועצה הפלסטינית שם. המשיב הוא גם מי שנדרש – על-פי המשפט הבינלאומי ועל-פי המשפט הצבאי המקומי – לשקול מחדש, מפעם לפעם, את ההצדקה לקיום הצווים.
4. את מעשה העיון מחדש בצווים הפקיד המשיב בידי ועדת ערעורים, הפועלת במסגרת בית-המשפט הצבאי לערעורים בגדמ"ע, ושבראשה שופט משפטאי.
5. עניינה של העתירה הנוכחית הוא בטענות העותרים בדבר העדר צידוק להמשך "תיחום המגורים" לעזה לאור שיקוליה והמלצותיה של ועדת הערעורים, שדנה בנושא בחודש אוגוסט האחרון, ונוכח המלצותיה של אותה ועדה, שהועברו לעיון ב"כ העותרים רק בסוף חודש דצמבר 2003.
6. בתמצית, הוועדה המליצה, שצווי תיחום המגורים יקוצרו באופן שהעותרים יוכלו לשוב לבתיהם בגדה בתאריך 31.10.2003, אלא אם כן הצורך **ההרתעתי**, הקשור במצב הביטחוני באותה עת, יחייב את המשכו של הצו. לעניין מידת ההידרדרות הביטחונית, שתצדיק חריגה מההמלצה לקצר את הצווים, הפנתה הוועדה להלכת אל-עמלה (בג"ץ 2320/98 אל-עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח', פ"ד נב(3) 346, להלן "הלכת אל-עמלה") בנוגע לצורך בשינוי מהותי במצב על-מנת שמפקד צבאי יסטה מהוראת שופט בנוגע לקיצור מעצר מינהלי. באשר לצידוק להמשיך ולקיים את הצווים, הוועדה תיארה אותו כ"פורמלי" בלבד.
7. למרות כל זאת, המשיב בחר שלא לקצר את הצווים.

העובדות בתמצית

8. הרקע וההליכים הנוגעים להוצאת צווי תיחום המגורים תוארו בפסק-דין עג'ורי.
9. בעקבות פסק-דין עג'ורי הועברו העותרים לרצועת עזה.

עיון מחדש ראשון – פברואר 2003

10. בחודש פברואר 2003 התקיים עיון מחדש בעניינם של העותרים. העיון מחדש התקיים בפני ועדת ערעורים בראשותו של השופט המשפטאי אל"מ דניאל פרידמן (שעמד גם בראש ועדת הערעורים הראשונה שדנה בעניין העותר 1).

11. שני עניינים עמדו במרכז העיון מחדש הראשון.

12. טענה ראשונה שהייתה בפי ב"כ העותרים, הייתה שהמשיב זנח את האמצעי של תיחום המגורים של בני משפחה של חשודים במעשי טרור. אמצעי זה לא ננקט פעם נוספת, וגם נכון ליום כתיבת שורות אלו, לאחר שהמשיב פעל להעברת תושבים נוספים מהגדה לרצועה, מדובר היה תמיד (למיטב ידיעת הח"מ) באנשים, שהיו עד אותה עת במעצר מינהלי, ולא בבני המשפחה הגרעינית של פעילים מרכזיים.

העברת העותרים לרצועה הייתה בבחינת ניסוי של שיטת עבודה חדשה להרתעת מפגעים. השיטה התגלתה, ככל הנראה, כבלתי-יעילה או בלתי-ישימה, ועל כל פנים נזנחה הלכה למעשה. תיחומם של העותרים נותר כשריד לניסוי הכושל – כשאת המחיר ממשיכים העותרים לשלם.

העותרים טענו עוד בהקשר זה, שהמשיב לא הראה כלל ועיקר שצעד תיחום המגורים של בני משפחה של פעילי טרור הוא צעד מרתיע. כל ההערכות שהביא השב"כ לעניין זה נגעו לצעדים של הריסת בתים והעברה לעזה כמקשה אחת וללא אבחנה בין הצעדים. לא נעשתה גם כל בדיקה שיטתית של המודעות לצעד ההעברה לעזה בקרב האוכלוסיה הפלסטינית. לעומת זאת, על-פי סקר שהגישו ב"כ העותרים לוועדה, מרבית תושבי הגדה אינם מודעים לצעד שננקט כלפי העותרים, וגם מי שידועים אינם בקיאים בפרטים הבסיסיים של הפרשה.

13. טענה מרכזית שנייה, שהייתה בפי ב"כ העותרים, הייתה שהמשיב זנח את חובתו לדאוג לכלכלתם של העותרים ושל התלויים בהם, ושההעברה לרצועת עזה הובילה לגדיעת מקורות הפרנסה שלהם. ב"כ העותרים טענו, כי לכלכלת העותרים והתלויים בהם היא תנאי לעצם קיום סמכות התיחום. בהתנערותו מחובתו לכלכל את המתוחמים התנער המשיב, למעשה, מהוראות סעיף 78 לאמנת ז'נבה הרביעית – וניער מידיו בד בבד גם את סמכות התיחום עצמה, שמקורה באותו סעיף. המשיב אינו יכול ליטול לעצמו סמכויות שמקורן במשפט הבינלאומי, ובה בעת להתעלם מהחובות, הכרוכות בסמכויות אלו. מחדלו של המשיב יורד לשורש הסמכות עצמה ושולל אותה.

לעניין הפגיעה בפרנסת העותרים ובני משפחותיהם הביאו העותרים עדויות ותמונות לגבי התנאים, בהם היו חיים באותה עת, במחסן של הצלב-האדום, לגבי תנאי המחיה של בני משפחותיהם ולגבי מקורות הפרנסה של המשפחה קודם לצעד תיחום המגורים ובעקבותיו. כמו-כן הביאו מסמך רפואי בדבר אשפוז של העותרת 2, שנמצאה סובלת מתת-תזונה. עוד הסתמכו ב"כ העותרים על נתונים כלליים בדבר המשבר ההומניטארי ברצועת עזה והאבטלה הגבוהה שם.

העותרים הגישו לוועדה את מכתבו של ב"כ העותרים מ-6.10.2002 בעניין זה, אשר לא זכה לכל מענה.

המכתב מ-6.1.0.2002 מצורף כנספח ע/1.

14. בנוסף טענו ב"כ העותרים לעניין מסוכנות העותרים (עניין אליו עוד נשוב) ומידתיות הפגיעה בהם.

פרוטוקולי הדיון בפני הוועדה והסיכומים שהוגשו על-ידי התובע הצבאי והעותרים מצורפים ומסומנים בהתאמה ע/2, ע/3 ו-ע/4.

15. ועדת הערעורים החליטה:

אנו סבורים כי לאחר חלוף לפחות שנה מתקופת תיחום מקום המגורים, ניתן יהא לשקול שוב נושא מסוכנותם של המתווחמים וכן את יעילותו של תיחום המגורים וזאת בפרספקטיבה רחבה יותר.

לעניין כלכלת המתווחמים קבעה הוועדה:

אנו סבורים שהשימוש בסמכות תיחום המגורים מחייב את מפקד האזור לעמוד בתנאי הוראות סעיפים 78 ו-39 לאמנת ג'נבה, ובכל מקרה סדרי המינהל התקין אינם מותירים בידיהם את האפשרות שלא להגיב לפנייתם באופן ענייני.

החלטת הוועדה מצורפת כנספח ע/5.

16. בעקבות החלטת ועדת הערעורים הגיב המשיב על מכתב ב"כ העותרים לעניין כלכלת העותרים, ודחה את הבקשה בטענות מטענות שונות. ב"כ העותרים, מצדו, הגיב למכתב זה, ותגובתו (מתאריך 24.7.2003) שוב לא זכתה להתייחסות.

מכתב הסירוב ומכתב התגובה מצורפים כנספחים ע/6 ו-ע/7.

עיון מחדש שני – אוגוסט 2003

17. בתאריך 10.8.2003 התקיים עיון מחדש שני בפני ועדת ערעורים, שבראשה עמד גם הפעם השופט המשפטי אל"מ דניאל פרידמן.

18. במהלך הדיון בוועדה התגלה, כי בדיון הקודם נפגעה יכולתם של העותרים להתגונן, כאשר מידע שצריך היה להיות גלוי הוצג כחסוי.

19. בטיעונים בפני הוועדה התמקד ב"כ העותרים בשאלת המסוכנות שלהם (אליה עוד נשוב). בנוסף, הצביע ב"כ העותרים על ביטולם של צווי תיחום מגורים, שהוצאו לאחר הדיון הקודם ועל צמצומו של צו נוסף לשנה אחת – עובדות אלו, כמו גם העובדה, שהצווים הוצאו מלכתחילה נגד עצורים מינהליים ולא נגד בני משפחות של פעילים מרכזיים, מלמדות על זניחת האמצעי של תיחום מגורים של בני משפחות, כשהעותרים נותרים סרח עודף מניסוי שנכשל. ב"כ העותרים הסתמך על הרגיעה הביטחונית היחסית, לרבות צעדים של שחרור אסירים ביטחוניים, כפועלת כנגד הטענה בדבר מסוכנות העותרים. ב"כ העותרים הגיש את התכתובת הנוספת בעניין כלכלת העותרים.

פרוטוקול הדיון בפני הוועדה מצורף כנספח ע/8.

החלטת ועדת הערעורים בעיון השני

20. החלטת ועדת הערעורים נחתמה בתאריך 1.9.2003.

כאמור בהחלטה, עמדת הוועדה ביום הדיון (10.8.2003) היתה "להורות על פקיעת צו התיחום ביום 31.10.2003" (סעיף 29 להחלטה).

אלא שהכנת החלטה הכתובה התעכבה, והחתימה עליה הייתה רק בתאריך 1.9.2003. ביני לביני ארע פיגוע קשה, שהביא את הוועדה לסייג את החלטתה הקודמת.

ההחלטה המחודשת היתה:

אנו ממליצים שמפקד האזור ישקול פעם נוספת במחצית השנייה של אוקטובר 2003, את עניינם של המערערים מתוך מגמה לשחררם [כך במקור, י' ו' ב- 31.10.03, כפי שאנו סברנו בעת קיום הדיון המשפטי (סעיף 29 לעיל), וזאת בתנאי שהמערערים יחתנו על התחייבות להימנע מפעילות עוינת ואסורה, אלא אם הצורך ההרתעתי הקשור במצב הבטחוני באותה עת יחייב את המשכו של הצו.

בנוגע להיקף שיקול הדעת של המשיב ביחס להחלטתה, הפנתה הוועדה להלכת אל-עמלה:

...נראה לנו שהדרך הנכונה והמתאימה לעניין זה היא התבססות על העיקרון שנקבע בפסק דין בבג"צ 2320/98 אלעמלה...

בעניין אלעמלה עלתה השאלה האם המפקד הצבאי רשאי להאריך מעצר מינהלי לאחר ששופט החליט לקצרו.

נקבע שם, בין היתר, שאם חל שינוי מהותי במצב המסוכנות של העצור, לאחר שהשופט החליט לקצר את המעצר, והתקבל מידע חדש לגבי סכנה הצפויה ממנו – רשאי המפקד הצבאי להאריך את המעצר, על אף החלטת השופט לקצרו, ואם לא חל שינוי שכזה מאז הוצא צו המעצר אין המפקד רשאי להאריך את המעצר בניגוד להחלטת השופט, ובמקרה כזה בין הדעות הנוגדות גוברת דעת השופט על דעת המפקד.

זהו, אם כן אופי שיקול הדעת לו ציפתה הוועדה מהמפקד במחצית אוקטובר: אם יחול שינוי מהותי ויתקבל מידע חדש לעניין הצרכים ההרתעתיים בין מועד ההחלטה לבין מחצית אוקטובר – ניתן יהיה להמשיך בקיום הצווים. אם לאו – ישובו העותרים לבתיהם.

לעניין החלטת המשיב שלא לכלכל את העותרים ואת בני משפחותיהם, שפרנסתם נפגעה עקב תיחום המגורים קבעה הוועדה, לאחר שעיינה בהתכתבות בין ב"כ העותרים לבין לשכת היועמ"ש של המשיב:

אנו סבורים כי מול הסמכות שיש למפקד האזור ליתן צו תיחום מגורים גם קיימת מנגד החובה לפעול לבצוע צו התיחום על פי הוראות סעיף 39 לאמנה, ולא ניתן להפריד בין הדבקים. ואנו נתייחס לכך בפרק ההמלצות. (סעיף 24).

לעניין ההצדקה לקיומו של צו תיחום המגורים קבעה הוועדה כי:

באופן פורמלי נראה לנו שהמערערים עומדים בקריטריונים המצדיקים צו תיחום מקום מגורים. (סעיף 30, ההדגשה שלי, י"ו).

לעניין מסוכנותם של העותרים: כאמור, הוועדה מצאה שצו התיחום ממשיך להיות מוצדק "באופן פורמלי". ואכן, התייחסות הוועדה לשאלת המסוכנות היא פורמליסטית גרידא:

מעשיהם הצדיקו מלכתחילה אישור הצו למשך שנתיים (כך קבע ביהמ"ש העליון)... הקביעה כי נשקפת מהם סכנה לביטחון לא הופרכה. (סעיף 30).

למותר לציין, ששאלת משך הצווים לא נבחנה ככזו בידי בית-המשפט העליון. תפקיד הוועדה בעיון מחדש לבחון אם המסוכנות קיימת נכון למועד הדיון, כשהנטל להוכיח זאת מוטל על המפקד הצבאי ולא להפך.

על כך שהוועדה מצאה שהמסוכנות של העותרים היא רק "פורמלית" ולא מהותית ואמיתית, ניתן ללמוד מהחלטתה. הוועדה סברה תחילה להורות על החזרת המערערים לבתיהם בגדה המערבית, וגם לאחר שינוי העמדה שחל בה המשיכה להמליץ על כך, וכפפה את ההמלצה האחרונה אך ורק לשיקולי הרתעה ולא לשיקולי מסוכנות.

החלטת הוועדה מ-1.9.2003 מצורפת כנספח ע/9.

השתלשלות העניינים לאחר העיון מחדש השני

21. החלטת ועדת הערעורים מ-1.9.2003 לא הועברה לעותרים או לבאי-כוחם.

22. משהתמהמהה ההחלטה עד מאוד, פנה ב"כ העותרים לסגן היועץ המשפטי של המשיב, וביקש לקבל את החלטת הוועדה והחלטת המפקד.

מכתב ב"כ העותרים מ-26.10.2003 מצורף כנספח ע/10.

23. מכתב זה של ב"כ העותרים לא נענה. בתאריך 7.12.2003 פנה ב"כ העותרים שנית לסגן היועץ המשפטי של המשיב, עם העתק למנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה. ב"כ העותרים חזר על כך שהחלטת הוועדה והחלטת המפקד שבעקבותיה לא הועברו לידיו, וביקש, לאור הפרת הכללים הנוגעים לעיון מחדש, את החזרת העותרים לבתיהם.

מכתב ב"כ העותרים מ-7.12.2003 מצורף כנספח ע/11.

24. בתאריך 15.12.2003 הודיע עוזר היועץ המשפטי של המשיב לב"כ העותרים על החלטת המשיב, לפיה יישארו צווי תיחום המגורים בתוקפם.

מכתב עוזר היועמ"ש מתאריך 15.12.2003 מצורף כנספח ע/12.

25. רק בתאריך 24.12.2003, בעקבות פניות טלפוניות חוזרות של ב"כ העותרים, שוגרה לו החלטת ועדת הערעורים מ-1.9.2003.

הפן המשפטי

26. טענות העותרים הן בקליפת אגוז כדלהלן:

הזמן שחלף והראיות שנחשפו עד כה מכרסמים בטענה בדבר מסוכנות העותרים.

מהחלטת הוועדה עולה, ששיקול המסוכנות לבדו לא מצדיק את קיום הצווים, ולולא לקחה בחשבון שיקולי הרתעה, הייתה הוועדה ממליצה ללא סייג על קיצור צווי התיחום. משסברה הוועדה, שחזרת העותרים לבתייהם לא תסכן את ביטחון האזור, שוב לא הייתה רשאית לקבוע, שניתן יהיה להמשיך בתיחום המגורים, בנסיבות מסוימות, על-בסיס שיקולי הרתעה.

על-כל-פנים, המלצת הוועדה הייתה לאפשר את חזרת המתוחמים לגדה המערבית, למעט אם יחול שינוי מהותי במצב ויתקבל מידע חדש – לעניין ההרתעה. גם אילו היה המשיב רשאי לקיים את הצווים על-בסיס שיקולי הרתעה, הרי שהוא לא הצביע על שינוי מהותי בשטח שיש בו כדי להצדיק חריגה מהחלטת הוועדה.

העדר המסוכנות – החלטת הוועדה

27. הוועדה ראתה את הצידוק להמשך תיחום המגורים כ"פורמלי" גרידא. הוועדה מסבירה, שבג"צ קבע, כי מעשייהם של העותרים הצדיקו מלכתחילה אישור הצו למשך שנתיים, והקביעה כי נשקפת מהם סכנה לביטחון האזור "לא הופרכה" (כלשון הוועדה).

בכל הכבוד, תאור הצדקה זו כהצדקה "פורמלית" בלבד הוא בבחינת לשון המעטה. בג"צ כלל לא דן בשאלת משך הצווים, והשאלה אף לא הובאה לפתחו במסגרת העתירות שהוגשו.

ממילא גם לא ניתן לקבוע את מסוכנותו של אדם לתקופה כה ממושכת מראש. לא בכדי צווי מעצר מנהלי מוצאים לתקופה מקסימלית של חצי שנה, וברצועת עזה (ובעבר גם בגדה המערבית) נהוג לקיים גם עיון מחדש מדי שלושה חודשים. צו תיחום מגורים, שהוציא המשיב באוקטובר 2002 נגד נועם פדרמן, שנחשד במעשים חמורים בהרבה מאלו של העותרים, הוצא לתקופה של חצי שנה בלבד.

תפקיד הוועדה בעיון החוזר אינו לבדוק אם טענת המסוכנות שנקבעה בעבר "הופרכה". תפקידה לבחון את החומר העדכני ולהחליט אם קיימת מסוכנות עכשווית, עדכנית, מהותית. תיחום המגורים, בדומה למעצר מינהלי, הוא מניעתי, צופה פני עתיד, לא עונשי.

השוו לעניין מעצר מינהלי: בג"ץ 466/86 אבו בקר נ' שופט בית המשפט הצבאי בשכם, פ"ד מ(3) 649, 650 ולעניין גירוש: בג"ץ 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע ואח', פ"ד מב(2) 4, 66.

28. מכוונתה המקורית של הוועדה להורות על קיצור הצווים, מהחלטתה הסופית להמליץ על קיצור הצווים (בהעדר שיקולי הרתעה נוגדים) ומתיאור ההצדקה להמשך הצו כ"פורמלית" ניתן ללמוד, שהוועדה הייתה בדעה, שהמשך החזקת העותרים ברצועת עזה איננו מונע סכנה לביטחון האזור, לא כל שכן סכנה בדרגה הגבוהה, המאפשרת הרחקת אדם ממקום מגוריו.

המשך הצווים למטרת הרתעה בלבד

29. משנמצא שאפשר שהעותרים יחזרו לבתיהם, שוב לא ניתן להותיר את צווי תיחום המגורים על כנם מטעמי הרתעה גרידא.

בפסק-דין עגורי נקבע, כי צעד תיחום מקום המגורים הוא צעד צופה פני עתיד, שמטרתו הסרת סכנה ביטחונית שיוצר המתחם עצמו. לא כל סכנה יכולה להצדיק צעד של תיחום מקום מגורים. רק "ראיות... ברורות ומשכנעות, שאם לא יינקט האמצעי של תיחום מגורים, קיימת אפשרות סבירה כי תהא נשקפת ממנו [מהמתחם – י' ו'] סכנה ממשית לפגיעה בביטחון האזור" יכולות להצדיק את נקיטת הצעד (עמ' 372 לפסק-הדין). רק כאשר לאחר שנחצתה המשוכה הזו, רשאי המפקד הצבאי לשקול שיקולי הרתעה, כאשר הדוגמה, שמביא בית-המשפט בפסק-הדין, היא בחירה בין תיחום מגורים לבין מעצר מינהלי על-בסיס שיקולים שכאלו. (ההנחה המשתמעת היא, שאם אדם יוצר סכנה ברמה כה גבוהה, קשה להניח שהמפקד הצבאי יבחר שלא לנקוט נגדו צעד כלשהו) (עמ' 374 לפסק-הדין).

במקרה זה הוועדה העמידה את המשך צווי תיחום המגורים על שיקולי הרתעה בלבד. שיקולים אלו אינם יכולים להצדיק לבדם את המשך הצווים, ועל-כן יש לקרוא את המלצתה של הוועדה כהמלצה לקצר את צווי תיחום המגורים, ולמחוק את הסייג, המאפשר את המשך קיומם מטעמי הרתעה.

אם לא תאמרו כן, הרי שפסק-דין עגורי מתרוקן מתוכנו. האוטונומיה הבסיסית של העותרים תישלל, והם ימצאו שגורלם נחרץ להמשך הרחקה מבתיהם לא בשל מעשים, שהם אחראים להם, אלא בשל מעשיהם של אחרים. הם הופכים למעין בני ערובה, שגורלם תלוי בנכונות או בסרבנות להימנע מפיגועים של אנשים, שמעולם לא היו קשורים אליהם.

חריגה מהחלטת הוועדה

30. החלטת הוועדה ברורה. תחילה סברה "להורות" על קיצור צווי תיחום המגורים של העותרים. לאחר מכן סברה "להמליץ" על שיקול מחדש "מתוך מגמה" לקצרים. כנגד "מגמה" זו השאירה הוועדה למשיב פתח צר מאוד – הוא פתח שינוי הנסיבות המהותי בהתאם להלכת אל-עמלה.
31. שינוי נסיבות מעין זה לא התרחש. אכן, היו מספר פיגועי טרור קשים – הן לפני מתן החלטת הוועדה והן אחריה. אולם ככלל, התקופה האחרונה היא תקופה המאופיינת ברגיעה יחסית (ומדובר כאן בשאלה של יחסיות), שאף הביאה את המשיב להקלות מסוימות במה שנוגע לחופש התנועה בתוך הגדה המערבית. הידרדרות קשה וחריגה לא הייתה. גם במכתב, בו נמסר לעותרים אודות החלטת המשיב, לא ניתן הסבר כלשהו לסטייה מהחלטתה של הוועדה.
- המכתב גם אינו כולל הסבר מספק לגבי עיתוי החלטתו של המשיב, שלפי החלטת הוועדה צריך היה לשקול את הנושא מחדש במחצית חודש אוקטובר ולא בראשית חודש דצמבר.
32. אכן, סעיף 86(ה) לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תש"ל-1970, כנוסחו בעת מתן החלטתה של הוועדה, נוקט בנוגע להחלטת הוועדה בלשון "המלצה". עם זאת, צדקה הוועדה בפרשה את החלטתה כהחלטה מחייבת, וכאשר נקטה בסעיף 29 להחלטתה בלשון "הוראה". נחוצות יהיו נסיבות יוצאות מן הכלל כדי שהמשיב יחליט לדחות מפניו את המלצתה של ועדה מעין שיפוטית, שבראשה שופט משפטאי, שבחנה ביסודיות חומר ראיתי רחב, שמעה עדים שנחקרו בפניה גם בחקירה נגדית, האזינה לטיעונים עובדתיים ומשפטיים והכריעה בשאלות של משפט ושל עובדה.
33. המלצתו של גוף מייעץ סטטוטורי – משקלה כבד. לא ניתן לדחות המלצות כאלו בקש או ללא הנמקה מבוססת ועניינית. ככלל, יש לצפות שהרשות תאשר המלצות של גופים מייעצים מעין אלו.
- ראו: בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות ואח' נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729 בע' 764-763; ע"א 80/92 אשקר נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד מו(4) 831.
- משקלה של ההמלצה תלוי בנסיבות המקרה, ובין היתר במהות העניין ובאופיו של הגוף המייעץ. בנסיבות מתאימות, משקל ההמלצה יהיה כמעט מכריע (יצחק זמיר, **הסמכות המנהלית** כרך ב' (ירושלים, 1996) עמ' 852).
- במקרה זה, בו התנהל בפני הוועדה הליך מעין משפטי אדוורסרי, שהמשיב היה צד לו, יש לתת להמלצת הוועדה מעמד מחייב או כמעט מחייב. האפשרות שהמשיב ידחה מפניו את המלצת הוועדה לאחר שזו דחתה את העמדה שנאבק למענה בדיון, שמה לאל את ההליך כולו.

העדר מסוכנות – ניתוח החומר הראיתי

34. הוועדה תיארה את ההצדקה להמשך הצווים כ"פורמלית". נוסף, כי לגופם של דברים, הזמן שחלף, הנסיבות שהשתנו והראיות שהצטברו מאז הוצאת הצווים, אכן מכרסמים בטענה בדבר מסוכנות העותרים.

35. הצו, שהוצא נגד העותר 1, מסתמך אך ורק על הדברים שמסר הוא עצמו, לאחר חקירה קשה וממושכת, שכללה איומים ברצח שאיימו עליו מדובבים. להודאתו של העותר 1 אין להתייחס כסוף פסוק, וזאת לאור הניסיון המצטבר לגבי חשודים המפלילים את עצמם. הוא הדין בחומר נגד העותרת 2, שהוא כל כולו חומר מודיעיני.

מאז אישור הצו נגד העותר 1 הצטברו שורה של ראיות, המכרסמות בגרסה שנתן, ולכל הפחות מלמדות על כך שהקשר בינו לבין מעשיו האסורים של אחיו היה מצומצם ביותר אם בכלל. הוא הדין לגבי ההאשמות כלפי העותרת 2:

א. לב"כ העותרים הועברו בחודש פברואר 2003 הודעות משטרתיות של אדם בשם צלאחאת, שהוזכר כאחד מחברי החוליה של עלי עג'ורי המנוח (אחיהם של העותרים). ההודעות אינן מזכירות את העותרים כלל ועיקר.

ב. לב"כ העותרים הועברו בחודש פברואר 2003 זכ"דים והודעות משטרתיות מחקירתו של אדם בשם חשאש, שעולה מהן שהוא היה שותף קרוב לפעילות האסורה של עלי עג'ורי המנוח (אחיהם של העותרים). בחומרים אלו אין העותר 1 נזכר כלל וכלל, ואילו לגבי העותרת 2 לא יכול היה הנחקר למסור מידע משמעותי כלשהו.

חקירתו של חשאש התנהלה לאחר חקירת העותר 1 ולאחר שהוצא נגדו צו תיחום, ובכל זאת לא מצאו החוקרים לנכון לחקור את חשאש לא על העותר 1 ולא על איזה מהאירועים שהעותר 1 הזכיר בחקירתו. הדבר מלמד על מידת המסוכנות של העותר 1 בעיני שירות הביטחון הכללי, כמו גם על האמון שהשירות נותן לפרטי הודאותיו.

בין היתר, העותר 1 הזכיר בחקירתו אירוע, בו אותו חשאש הקליט כביכול בוידאו אדם (שמתואר בהודעה) בנסיבות הנחזות להיות קלטת קלטת של מי שעומד לבצע פיגוע התאבדות. חשאש לא נחקר על מקרה כזה ולא מזכיר מקרה כזה, אולם מזכיר אדם בשם "מדיין", המתאים לתיאור של האדם שצולם כביכול בוידאו, ושכלל לא הופעל לביצוע פיגוע התאבדות. אותו אדם נעצר, ולדברי נציג השב"כ, שהופיע בפני ועדת הערעורים, ככל הנראה כבר שוחרר.

ג. מהחומר עולה עוד, שעלי עג'ורי המנוח עבר לאזור ג'נין כחודשיים לפני מעצרו של העותר 1, אולם העותר 1 לא ידע על מקום הימצאו כאשר נחקר.

ד. לבסוף מסר נציג השב"כ, כי בתקופה שאחרי דיוני ועדת הערעורים השנייה (כלומר העיון מחדש הראשון) נעצר עוד חבר של עלי עגור, שנשאל לגבי העותרים, אולם אמר שאינו מכיר שום פעילות שלהם.

36. המעשים שבבסיס הצו נגד העותר 1 ניתנים לתיארוך, על-פי הודאותיו של העותר 1 לסוף שנת 2001 או לתחילת שנת 2002. דומה, שזהו גם הזמן שחלף מאז הפעולות המיוחסות לעותרת על-פי מידע מודיעיני. דהיינו מאז המעשים עברו קרוב לשנתיים ימים.

37. מהחלטת הוועדה בעיון מחדש השני עולה, כי המידע הביטחוני השלילי האחרון בעניינם של העותרים הגיע לידי גורמי הביטחון בדצמבר 2002 – לפני למעלה משנה. לא מדובר בחומר, הנוגע לפעילות מסוכנת, אלא לקבלת כספים מגורמים עוינים – כאשר המשיב מתנער מחובתו לכלכל את העותרים. גם לו היה מידע זה נכון, הרי שהמשיב הוא שדחף את העותרים לידי גורמים עוינים כאשר פרק מעליו את חובתו לכלכלם, ומכל מקום אין מדובר בפעילות נגד ביטחון האזור או ביטחון המדינה.

38. במהלך שהותם בעזה לא הצטרפו העותרים לשום פעילות נגד ביטחון המדינה, למרות האפשרויות הרחבות הפתוחות בפניהם שם. גם בקיץ 2003, כאשר נפוצו שמועות על חזרתם הקרובה לגדה, לא יצרו קשר עם גורמים עוינים כדי להשתלב בפעילות לכשיחזרו.

39. מהדיונים בוועדות עולה, שכל שותפיו של עלי עגורי המנוח, אחיהם של העותרים, נעצרו בינתיים. עלי עגורי עצמו חוסל. החשדות נגד העותרים מלכתחילה לא נגעו לשייכות למעגל צר של פעילי טרור, אלא לסיוע, שעיקרו בשולי השוליים של הפעילות האסורה תחת ההשפעה של אחיהם. החוליה לה נטען שסייעו – שוב אינה קיימת.

40. מהחומר, שהיה בפני הוועדות, עלה, שאותו עלי עגורי, אחיהם של העותרים, היה אדם בעל אופי דומיננטי מאוד ונוטה להסתכסך עם סביבתו. לא ניתן להקיש מכך שהעותרים סייעו כביכול לאותו אח תקיף, שהם יחברו לגורמים עוינים אחרים, במסגרות אחרות. היקש מעין זה אינו אלא בגדר ספקולציה חסרת בסיס.

התנהלותו של המשיב

41. התנהלותו של המשיב מלמדת על החלטה נוקשה להותיר את צווי תיחום המגורים בעניין העותרים בעינם – יהא אשר יהא.

המשיב אטם את אזניו להמלצות הוועדה, ולא שקל את עניינם של העותרים מחדש במחצית חודש אוקטובר.

נחוץ היה לחץ מצד ב"כ העותרים על-מנת שיעשה זאת במחצית חודש דצמבר.

את החלטת הוועדה העלים המשיב מעיני ב"כ העותרים, ובכך פגע ביכולתם להגן על העותרים ולפנות לבית-משפט נכבד זה קודם לכן.

את החלטתו לדחות את המלצת הוועדה נימק המשיב באופן סתמי, עד כדי כך, שממכתב עוזר היועמ"ש כלל לא ניתן לשער, שהוועדה המליצה על קיצור הצווים.

לאור נוקשותו של המשיב בעניין אין מנוס מהתערבותו של בית-משפט נכבד זה, על-מנת שיורה למשיב להרפות מהעותרים, אשר סאת סבלם כבר נגדשה, ושאינם מציבים סכנה כלשהי לביטחון, ולאפשר להם לחזור למקום מגוריהם הקבוע בגדה המערבית.

42. תצהיריהם של העותרים, וכן ייפויי הכוח שלהם ושל העותר 5, נחתמו ואומתו על-ידי עו"ד ברצועת עזה, והועברו בפקס לב"כ – ומצורפים באופן זה.

לאור כל זאת, מתבקש בית-המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על-תנאי, כמבוקש בראש העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיב להופכו למוחלט ולפסוק לעותרים את הוצאותיהם ושכ"ט עו"ד.

20 בינואר, 2004

יוסי וולפסון, עו"ד

דן יקיר, עו"ד

תמר פלג-שריק, עו"ד

ב א י - כ ו ח ה ע ו ת ר י ם

ת.ש. 17942