

1. בעניין: ח"כ ד"ר אחמד טיבי, הכנסת - ירושלים
  2. \_\_\_\_ אבו טאקיה, ת.ז. \_\_\_\_ - אסיר, שב"ס
  3. \_\_\_\_ אלעדיני, ת.ז. \_\_\_\_ - אסיר, שב"ס
  4. \_\_\_\_ חסין, ת.ז. \_\_\_\_ - אסיר, שב"ס
  5. \_\_\_\_ אלפלוג'י, ת.ז. \_\_\_\_ - אסיר, שב"ס
- ע"י ב"כ עו"ד אוסמה סעדי ו/או עאמר יאסין  
ו/או מוחמד עומרי ו/או פאדי קוואסמה  
מרח' סלאח אלדין 19  
ת.ד. 55379, ירושלים  
טל' 02-6277711 פקס 02-6272196

העותרים

- נ ג ד -

1. ממשלת ישראל
  2. מר אריאל שרון, ראש הממשלה
  3. מר שאול מופז, שר הביטחון
  4. מר דן חלוץ, ראש המטה הכללי
  5. מר דן הראל, אלוף פיקוד הדרום
- כולם באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה  
רח' סלאח אלדין, ירושלים

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו המופנה כלפי המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם, אם רצונם בכך:

מדוע לא יועברו, ללא כל דיחוי, כל המואשמים והמורשעים תושבי רצועת עזה, אשר עומדים והועמדו לדין בבתי משפט צבאיים, ומוחזקים בידי מדינת ישראל, לידי הרשות הפלסטינית, וזאת בתום הכיבוש ברצועת עזה כהכרזת המשיב מס' 5, בצו מיוחד, ביום 12.9.05.

## ואלה הם טעמי העתירה:

### ראשית דבר

1. רצועת עזה הייתה נתונה תחת שלטון צבאי של מדינת ישראל, באמצעות צה"ל, החל מיום 6 ליוני 1967. ביום 12.9.05 יצא מלפני המשיב מס' 5 מנשר בדבר סיום הממשל והשלטון הצבאי באזור זה, האומנם כך הוא הדבר או שמא ממשיכה מדינת ישראל, באמצעות צה"ל, להיות כוח כובש ברצועה, על כל המשתמע מכך?

זוהי השאלה העומדת ביסודה של עתירה זו.

### הצדדים

2. א. העותר מס' 1 הינו חבר כנסת ונבחר ציבור, יו"ר התנועה הערבית להתחדשות.
- ב. העותרים 2-5, הינם אסירים, תושבי רצועת עזה, המוחזקים בבתי כלא צבאיים, ואשר נדונו לתקופות מאסר שונות ע"י בתי משפט צבאיים.
- ג. המשיבים הינם שלוחיה של מדינת ישראל והאחראים מטעמה על כוחות צה"ל ברצועת עזה, מחזיקים בשטחי רצועת עזה תחת תפיסה לוחמתית, ונושאים בסמכויות ובחובות כלפי תושבי האזור המוקנות להם מכח המשפט הבינלאומי.

### העובדות

3. עפ"י ידיעה, מיום 12.9.05, שהתפרסמה באתר הרשמי של צבא ההגנה לישראל, נאמר כי:

" ביום ב', 12 בספטמבר 2005, ח' באלול תשס"ה, חתם מפקד פיקוד הדרום, האלוף דן הראל, על מנשר בדבר סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה, זאת בעקבות יציאת כוחות צה"ל משטחים אלו והעברת השליטה בהם לידי הרשות הפלסטינית ומנגנוניה, בהתאם להחלטת ממשלת ישראל.

מנשר זה מבטל למעשה את המנשר בדבר נטילת השלטון ע"י צה"ל שנחתם ב-6 ביוני 1967, כ"ז באייר תשכ"ז, בו הכריז מפקד כוחות צה"ל באזור דאז, האלוף ישעיהו גביש, על כניסת צה"ל לרצועת עזה ונטילת השליטה וקיום הביטחון והסדר הציבורי לידינו.

מדובר במעשה חקיקה אחרון של מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, לאחר 38 שנות ממשל צבאי במקום"

**העתק הידיעה מצורף בזאת כחלק בלתי נפרד מעתירה זו, מסומן ע'1.**

4. עפ"י ידיעה שהתפרסמה בעיתון "הארץ" מיום 14.9.05 נאמר בין היתר כי צה"ל, וכעולה מתגובת דוברו, אינו מחוייב לשחרר את האסירים תושבי רצועת עזה חרף סיום הכיבוש של צה"ל לאיזור זה.

בנוסף, על פי אותה ידיעה נמסר כי:

" בעקבות ביטול הממשל הצבאי ברצועת עזה, נאלצה ממשלת ישראל לשחרר שלושה מחמשת העצורים המינהליים תושבי הרצועה שהחזיקה בידיה. שלושת העצורים - \_\_\_\_\_ ציאם, \_\_\_\_\_ אבו-זינו ו \_\_\_\_\_ צרצור - שוחררו אתמול בהוראת בית המשפט הצבאי במחנה עופר שבגדה. שני העצורים המינהליים הנוספים שהוחזקו בידי צה"ל, \_\_\_\_\_ עייאד ובן-דודו \_\_\_\_\_ עייאד, הוכרזו שלשום על-ידי הרמטכ"ל, רב-אלוף, דן חלוץ, כ"לוחמים בלתי חוקיים", והועברו לטיפול במערכת המשפטית האזרחית בישראל".

**העתק הידיעה הנ"ל מצ"ב לעתירה זו כחלק בלתי נפרד ממנה מסומן ע'2.**

5. ביום 14.9.05 פנה הח"מ במכתב דחוף אל היועץ המשפטי לממשלה, מר מני מזוז, וכן לפרקליט הצבאי הראשי, מר אביחי מנדלבלט, והודיעם בשם העותר 1, כי בהתאם לאמנת גינבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 (להלן: "אמנת גינבה הרביעית") אמנה אשר מדינת ישראל הפקידה את כתב האישור שלה עוד ביום 6 יולי לשנת 1951, וביחוד הוראתו הבלתי מתפשרת והחד משמעית של סעיף 77 ממנה כי בתום הכיבוש חובה על המעצמה הכובשת להסגיר את כל האסירים והעצורים תושבי השטח שהיה כבוש לידי הרשויות בשטח המשוחרר.

**מצ"ב העתק מכתבו של הח"מ מיום 14.9.05, כחלק בלתי נפרד מעתירה זו, מסומן ע'3.**

6. עד לכתיבת שורות אלה, וחרף דחיפות העניין, טרם נמסרה תגובה כלשהי למכתב הנ"ל. מכאן בא הצורך בעתירה זו.

7. מדובר ביותר משש מאות אסירים, עצורים מנהליים ועצורים שטרם נגזר דינם, כולם תושבי רצועת עזה.

**מצ"ב העתק רשימה הכוללת את שמות כל האסירים והעצורים מסומן ע'4.**

## הטיעון המשפטי

### המסגרת הנורמטיבית

8. כאמור לעיל, אמנת ג'נבה הרביעית, שמדינת ישראל הינה צד לה מורה בסעיף 77 כדלקמן:
- " מוגנים, שנאשמו בעבירות או נתחייבו בדין על ידי בתי המשפט בשטח הכבוש, יוסגרו, כתום הכיבוש, עם הרשומות הנוגעות להם, לרשויות השטח המשוחרר".**
9. מאידך, המנשר מיום 12.9.05, עליו חתום המשיב מס' 5, מכריז ומורה על סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה, זאת בעקבות יציאת כוחות צה"ל משטחים אלו, **והעברת השליטה בהם לידי הרשות הפלסטינית**, היא הריבון החדש בשטח המשוחרר.
10. העותרים יקדימו ויטענו כי ההכרזה שהסתיים השלטון הצבאי, ותם כיבוש האיזור מחד, ואי שחרור האסירים והעצורים תושבי אותו איזור מאידך, אינם יכולים לדור בכפיפה אחת. בבחינת אי קיומו של השני מפקיע את נכונותו ותוקפו של הראשון.
11. אלמלא נוסחו החד והברור של סעיף 77 לאמנת ג'נבה הנ"ל, יתכן והיה בפי המשיבים להמנע משחרור כל העצורים והכלואים ע"י צה"ל תושבי רצועת עזה, בטרם חתם המשיב מס' 3 על אותו מנשר מיום 12.9.05. אולם מהרגע שבו פורסם המנשר אין בידי המשיבים אלא לקיים את הוראת סעיף 77, ולקיים את התחייבותה של מדינת ישראל על פי האמנה שאושרה על ידה מלפני חצי מאה.
12. כידוע, רצועת עזה הייתה כפופה החל מיום 6 ביוני 1967 לשלטון צבאי והיא מוחזקת בתפיסה לוחמתית מאז על ידי צה"ל. מערכת הדינים אשר מסדירה את קיומו של אזור הנתון בתפיסה לוחמתית מוסדרת, בין היתר, על פי הוראות המשפט הבינלאומי, המנהגי וההסכמי וכן הוראות המשפט הבינלאומי ההומנטרי. לעניין זה אמנת ג'נבה הרביעית הנ"ל וכן הוראותיה של אמנת האג משנת 1907 ותקנותיה של אותה אמנה בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה מהווים נדבך חשוב במערכת דינים זו.
13. מדינת ישראל, לאורך השנים קיבלה על עצמה מערכות דינים אלה, ככל שהדבר נגע למעמדן ולזכויותיהן של תושבי השטחים שמוחזקים על ידה בתפיסה לוחמתית והצהירה כי היא מאמצת לרוב מערכות אלה שחלקן הפך לחלק מהדין הישראלי הפנימי, כגון אמנת האג הנ"ל וכאשר חלק נכבד מהוראות אמנת ג'נבה הנ"ל, בעיקר מערכות הדינים ההומנטריים, אומצו על ידה, גם מטעמים מוסריים וגם מטעמים תועלתניים, כטענתה לאורך השנים בפני בית משפט נכבד זה.
14. העותרים יטענו כי הוראותיהן של אמנת ג'נבה הנ"ל וכן תקנות אמנת האג משנת 1907 ואישורן על ידי אומות העולם, ופעילותן על פיהן לאורך עשרות השנים הפכו אותן לחלק

בלתי נפרד מן המשפט הבינלאומי המנהגי, שכל עוד אין סתירה בינו לבין **חקיקה פנימית מפורשת** יש לפעול על פיו.

15. לעניין אחרון זה יפנו העותרים לשורה ארוכה של פסקי דין שיצאו מלפני בית משפט נכבד זה לאורך השנים ובהם נקבעה חובתו של המושל הצבאי לפעול על פי הוראות אמנת ג'נבה הנ"ל, כל עוד הדבר לא נאסר בחקיקה פנימית מפורשת.

בית המשפט הנכבד מופנה, בין היתר לפסק הדין בבג"ץ 256/01 **רבאח נ' בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים**, פד"י נו (2) עמ' 390 (להלן: "עניין רבאח").

כזכור, באותו עניין טענו העותרים כי אין תחולה להוראות הדין השיראלי לגבי מזרח ירושלים מאחר ואין הם תואמים להוראות המשפט הבינלאומי המנהגי, לרבות אמנת ג'נבה הנ"ל ותקנות אמנת האג. באותו עניין נסקרה ההלכה שנתגבשה בבית משפט זה במשך השנים, ולפיה הנחת היסוד היא שקיימת הרמוניה בין מערכת דיני המשפט הבינלאומי לבין מערכת דיני המשפט הפנימית. יתירה מכך, חזקה על דבר חקיקה פנימי שהוא עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי המנהגי ויש לפעול על פיו ואין ליסוג הימנו אלא במקרה של סתירה ברורה ומפורשת עם הוראות הדין הפנימי.

אומנם בעניין רבאח הנ"ל נמנע בית המשפט הנכבד בסופו של יום מלקבל את העתירה, בקובעו כי בעניין שהועלה שם – תחולת המשפט הישראלי במזרח ירושלים – קיימות הוראות חוק ברורות וחד משמעיות ועל כן ידם על העליונה. **ברם, מכלל ההן נשמע הלאו, היינו מקום שאין בהוראות החוק הישראלי שום הוראה מפורשת אשר סותרת את הוראות המשפט הבינלאומי, ולעניינו הוראת סעיף 77 לאמנת ג'נבה הרביעית, אזי אין לאפשר מצב אבסורדי על פיו מסתיים הכיבוש מחד, והאסירים תושבי השטח הכבוש ממשיכים להיות מוחזקים ע"י המעצמה הכובשת מאידך.**

בעניין רבאח סקרה כב' השופטת שטרסברג כהן את ההלכה בעניין תחולת המשפט הבינלאומי, וליתר דיוק ההגמוניה בינו לבין המשפט הפנימי והגיעה למסקנה הנ"ל.

5. טענתו המרכזית של בא"כוח העותרים היא כי החקיקה נגועה באי-חוקיות, באשר אינה עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי המנהגי (תקנות האג משנת 1907 [13] וכללי אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (אמנת ג'נבה הרביעית)). לפיכך יש לקבוע כי מעולם לא הוחלה ריבונות ישראל דה-יורה על ירושלים המזרחית ואין להחיל עליה את המשפט והשיפוט הישראליים. טענה זו נדחת על-ידי.

6. גם אם אצא מתוך הנחה שהחקיקה הישראלית הפנימית אינה עולה בקנה אחד עם החוק הבינלאומי המנהגי – ואינני קובעת שכך הוא, באשר אין יסוד להנחה זו – גובר המשפט הישראלי. סוגיה זו נדונה אף היא לא אחת בפסיקת בית-משפט זה. בבג"ץ 103/67 "דה אמריקן ארופין בית-אל מישן" נ' שר הסעד [5], בעמ' 333 מול אות השוליים ב אומר בית-המשפט מפי השופט ח' כהן: "דייני בהלכה הפסוקה שכללי

המשפט הבינלאומי, במידה שנתקבלו על דעת רוב אומות העולם ואינם עומדים בסתירה לחוק החקוק בידי הכנסת, מהווים חלק מן הדין השורר בישראל" (ההדגשה שלי – ט' ש' כ'). בבג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון [6], בעמ' 815 מול אות השוליים א אומר בית-המשפט, מפי הנשיא שמגר: "כאשר מדובר בכלל מן המשפט הבינלאומי המינהגי, חל העיקרון שסוכם מחדש בע"פ 336/61, בעמ' 2040-2041, לפיו מקום בו יש ניגוד בין החקיקה הישראלית לבין כלל מינהגי של המשפט הבינלאומי הפומבי (ההדגשה שלי ט' ש' כ') עדיפה הוראת החוק אשר במשפטנו". מוסיף הנשיא שמגר ואומר, כי: "ההנחה צריכה להיות, שהמחוקק שואף לתאם את חוקו לעקרונות המשפט הבין-לאומי (שזכו להסכמה כללית). אולם, כאשר מתוך החוק שחקק הלה בולטת ברורות מגמה נוגדת, מאבדת אותה הנחה את ערכה ובית-המשפט מצווה שלא להתחשב בה'" (שם; ההדגשה שלי – ט' ש' כ'). על היות ידו של המשפט הישראלי על העליונה ככל שהוא נוגד את המשפט הבינלאומי ראו גם בג"ץ 591/88 טאהה נ' שר הביטחון [7], בעמ' 52 מול אות השוליים ז ובעמ' 53 מול אות השוליים א.

7. בדנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון [8] חזר בית-המשפט מפי הנשיא ברק על הכלל הנקוט בידינו, ולפיו, חזקה עלינו כי תכליתו של חוק היא, בין היתר, להגשים את הוראות המשפט הבינלאומי ולא לעמוד בסתירה להן וכי קיימת חזקת ההתאמה בין השניים (בעמ' 742). דברים אלה עולים בקנה אחד עם דברי הנשיא שמגר המובאים לעיל, ואינם עומדים בסתירה להלכה הפסוקה שלפיה כאשר "מתוך החוק... בולטת ברורות מגמה נוגדת, מאבדת אותה הנחה את ערכה ובית-המשפט מצווה שלא להתחשב בה'" (בג"ץ 253/88 הנ"ל [6], בעמ' 815 מול אות השוליים ג). באותו דיון נוסף לא נדרש בית-המשפט לעימות בין החוק הפנימי לחוק הבינלאומי באשר הגיע לתוצאה שאליה הגיע על-ידי פרשנותו של החוק הפנימי באופן שלא נגד את החוק הבינלאומי" (שם, עמ' 934).

כאמור לעיל, מכלל ההן נשמע הלאו: הגם וכב' השופטת כהן סברה כי דין העתירה שם להדחות מאחר וקיימת הוראה בדין הפנימי הישראלי אשר גוברת, גם במקרה של סתירה או אי התאמה, על הוראת המשפט הבינלאומי, הרי חרף התוצאה חשוב לעניינו הוא העקרון שעל פיו כל עוד אין סתירה בהוראה מפורשת וחד משמעית בדין הפנימי כי אז יש להמשיך ולפעול על פי כללי המשפט הבינלאומי.

16. לא זו אף זו, בית משפט נכבד זה התמודד לא אחת עם הוראות המשפט הבינלאומי, לרבות הוראות אמנת גניבה הרביעית ותקנות אמנת האג משנת 1907 הנ"ל והתאמתן להוראות חוק שהוצאו ע"י הריבון בשטחים המוחזקים ע"י צה"ל בתפיסה לוחמתית.

כך היה למשל בבג"צ 519/88 טאהא נדאל טאהא נ' שר הביטחון ואח' פד"י מה (2), 46 (להלן: "עניין טאהא"), שם נדונה שאלת תוקפו וחוקיותו של צו שהוצא ע"י מפקד כוחות צה"ל שחייב הורה בהפקדת ערבון כספי, ואף חילוטו, במקרה שבנו הקטין, שאינו בר אחריות פלילית מחמת גילו, מבצע דבר עבירה.

בפסק הדין הנ"ל בחן בית משפט נכבד זה, לאורכו ולרוחבו של פסק הדין שאלת התמאתו של אותו צו להוראותיה של אמנת ג'נבה הרביעית ולתקנות אמנת האג משנת 1907, והגיע בסופו של יום כי להוראות הצו ישנו עיגון גם בסעיפי האמנה. מבלי להביע עמדה, בכל הכבוד הראוי, לעניין התוצאה, העותרים ידגישו את העיקרון שהתווה גם שם, על פיו הוראות המשפט הבינלאומי המנהגי וכן הוראותיה של אמנת ג'נבה הנ"ל מחייבים הם והכללים והאיסורים שנקבעו שם מהווים אמת מידה מקובלת לבחינת חוקיותם של פעולות או הוראות הניתנות ע"י הריבון בשטח הכבוש, בענייננו צה"ל ומפקד הכוחות.

17. א. לא זו אף זו, בבג"צ 9535/03 טהא רמזאן דיוק נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פד"י נח (2), עמ' 102, נדון עניין חוקיותו של צו שמהותו תחום מגוריו של תושב האזור, כאשר עניין החוקיות נבחן לאורך הדרך על פי הוראות אמנת ג'נבה הרביעית וכן תקנות אמנת האג משנת 1907. כשם גם כאן, להבדיל מהתוצאה הקונקרטית, חשוב לענייננו העיקרון בדבר תחולתה המחייבת של אמנת ג'נבה הנ"ל.

ב. אם לא די בכך, הרי בית משפט נכבד זה, בפסק דינו מלפני ימים אחדים בבג"צ 7957/04 זהראן מראבעה ואח' נגד ראש ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם). בפסק דין זה מתמצת בית משפט נכבד זה את מערכת הדינים החלה בשטחים הכבושים, ורצועת עזה היא כזו, בדברים אלה:

14" אזורי יהודה והשומרון מוחזקים על ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית (belligerent occupation). זרועה הארוכה של המדינה באזור הוא המפקד הצבאי. אין הוא הריבון בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (ראו פרשת בית סוריק, עמ' 832). כוחו בא לו מהמשפט הבינלאומי הפומבי הנוגע לתפיסה לוחמתית. משמעותה המשפטית של תפיסה זו היא כפולה: ראשית, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים באיזורים אלה. הם לא "סופחו" לישראל; שנית, המשטר המשפטי החל באזורים אלה נשלט על ידי המשפט הבינלאומי הפומבי העוסק בתפיסה לוחמתית (ראו בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח' (טרם פורסם, פסקה 3 לפסק-דין הרוב: להלן – פרשת המועצה האזורית חוף עזה). במרכזו של משפט בינלאומי פומבי זה עומדות התקנות בדבר דיניה ומינהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907 (להלן – תקנות האג). תקנות אלה משקפות משפט בינלאומי מינהגי. כן נקבעים דיני התפיסה הלוחמתית באמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה 1949 (להלן – אמנת ג'נבה הרביעית). מדינת ישראל נוהגת על-פי החלקים ההומניטריים של אמנה זו. כך הודיעה הממשלה לבית-משפט זה במספר רב של עתירות. לאור הודעה זו של ממשלת ישראל, איננו רואים צורך לבחון מחדש את עמדתה של ממשלת ישראל. מודעים אנו לכך כי בחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג נקבע כי אמנת

ג'נבה הרביעית חלה באזור יהודה והשומרון, ואין תחולתה מותנית  
בנכונותה של מדינת ישראל לקיים את הוראותיה. כאמור, מכיוון  
שמקובל על ממשלת ישראל כי ההיבטים ההומניטריים של אמנת ג'נבה  
הרביעית חלים באזור, איננו סבורים כי בעתירה שלפנינו עלינו לנקוט  
עמדה בעניין זה. בנוסף לשני מקורות אלה, שעניינם המשפט  
הבינלאומי, קיים מקור שלישי של דינים החלים בתפיסתה הלוחמתית  
של מדינת ישראל. אלה הם עקרונות היסוד של המשפט המינהלי  
הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור. אלה  
כוללים, בין השאר, כללים של הגינות מהותית ודיונית, החובה לנהוג  
בסבירות, וכללי המידתיות. אכן, "כל חייל ישראלי נושא עימו בתרמילו  
את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המינהגי, שעניינם דיני המלחמה  
ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי" (בג"ץ 393/82 ג'מעית  
אסכאן אלמעלמון אלמחדודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין  
במפקד אזור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון,  
פ"ד לז(4) 785, 810).

לסיכום נקודה זו, יטענו העותרים כי בשורה ארוכה של פסקי דין ולאורך השנים הוכר  
העקרון בדבר תחולתה המחייבת של אמנת ג'נבה הרביעית והצורך לפעול על פיה ושלא  
לסטות הימנה אלא בקיום הוראה מפורשת שבדין הפנימי הישראלי.

בענייננו אין חולק כי אין שום הוראה בדין הפנימי הישראלי שיש בה כדי להעניק פטור  
לצה"ל, הוא המעצמה הכובשת, מהוראותיו החד משמעיות של סעיף 77 לאמנת ג'נבה.

18. א. גם הניסיון להתלות בהוראות החוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום אין  
בו כדי להושיע למשיבים, שכן באף אחת מהוראות החוק הנ"ל אין שום אפשרות להמשיך  
ולהחזיק אסירים או עצורים תושבי הרצועה, בתום הכיבוש ועם ההכרזה על סיום  
השלטון הצבאי ותפיסת השטח תפיסה לוחמתית.

לעניין אחרון זה, החלטת בית המשפט הצבאי בעופר, כפי שהובא בידיעה מעיתון  
"הארץ", לפיה בתום הממשל הצבאי אין עוד בסיס למעצרים המנהלי של תושבי  
הרצועה אינה אלא אישור לאותו עיקרון.

ב. יתירה מכך, גם ניסיון המשיבים, ביחוד המשיב מס' 4 להשתמט מהוראות אמנת  
ג'נבה הנ"ל וכללי המשפט הבינלאומי, ע"י הכרזה על חלק מהעצורים המנהליים  
כ"לוחמים בלתי חוקיים" בהתאם לחוק לוחמים בלתי חוקיים משנת 2002, כפי שהדבר  
פורסם בידיעה מעיתון "הארץ" לעניין שניים מחמשת העצורים המנהליים תושבי  
האזור, הרי גם ניסיון זה דינו להדחות בשתי ידיים.

ג. כידוע, שאלת חוקיותו, שמא אי חוקיותו, של חוק לוחמים בלתי חוקיים הונחה על שולחנו של בית משפט נכבד זה במסגרת ע"פ 3660/03 **שייח עבד אלכרים עובייד ואח' נ' מדינת ישראל**, אולם בית משפט נכבד זה, דחה את הערעור בעניין בפסק דינו מיום 8.9.05, ומאן לדון בשאלת חוקיותו וחוקתיותו של חוק זה בטענה כי המערערים שוחררו וכל העניין הפך לתיאוריטי. כל זאת בניגוד לעמדתם הנחרצת של המערערים דשם לקיים דיון לגופו של עניין, מפאת חשיבותו העקרונית וכן מפאת האפשרות כי חוק זה ייושם בעתיד על אנשים אחרים. אולם בית המשפט הנכבד דחה את הערעור בקובעו כי:

**"לאחר שעיינו בחומר שלפנינו, באנו למסקנה כי אין לעת הזו מקום לדיון בערעורים לגופם, שכן הסוגיות, הלא פשוטות, אותם מעלים המערערים הפכו לתיאורטיות במקרה דנן" ובהמשך:**

**"אכן, יש מספר חריגים לצד הלכה זו. אלה יחולו כאשר סירוב לדון בשאלות חשובות עקב הפיכתן תיאורטיות יוביל לכך שבית המשפט לא יוכל לדון בהן לעולם (בג"ץ 9279/04 חלפין נ' ראש ההוצאה לפועל (לא פורסם)), או כאשר מבחינה מעשית אין בית-המשפט יכול לפסוק הלכה אלא כאשר היא מוצגת כשאלה כללית שאינה קשורה למקרה מסוים (פרשת צמח, בעמ' 250). אולם, המקרה שלפנינו אינו בא בפתח חריגים אלה. המערערים שוחררו מכליאתם. הם אינם נמצאים בישראל. עניינם בא, אפוא, על פתרונו והוא התייתר. אין עוד עצורים אחרים על-פי החוק". (ההדגשה לא במקור, א.ס.).**

מאחר והמשיבים עדיין עושים שימוש בפועל בהוראות חוק זה, ע"י ההכרזה על שניים מהעצורים המנהליים כ"לוחמים בלתי חוקיים" **שוב אין העניין תיאוריטי עוד**, ובמידה ולא תבוטל ההחלטה הנ"ל, מתבקש בית המשפט הנכבד לדון גם בשאלת חוקיותו של חוק לוחמים בלתי חוקיים הנ"ל.

**אי קיום הוראת סעיף 77 מחייב את צה"ל, ומדינת ישראל להמשיך ולהיות מחוייבת כלפי תושבי האיזור**

19. סעיף 76 לאמנת ג'נבה הרביעית מורה כי:

**"מוגנים שנאשמו בעבירות ייעצרו בארץ הכבושה, ואם נתחייבו בדיון, ירצו את ענשם שם. אם אפשר, יבדילום מיתר העצירים, והם יהנו מתנאי מזון והיגיינה שיהא בהם כדי לשמור על מצב בריאותם הטוב ושיהיו לפחות שווים לתנאים הקיימים בבתי הסוהר של הארץ הכבושה. הם יקבלו את הטיפול הרפואי שידרוש מצב בריאותם. כן יהיו זכאים לקבל את העזרה הרוחנית שידרשו. נשים ייכלאו במקומות נבדלים והיו נתונות להשגחתן הישירה של נשים. תשומת לב ראויה תוקדש לטיפול המיוחד המגיע לקטנים. מוגנים שנעצרו יהיו זכאים לביקורם של שליחי המעצמה המגינה והועד הבינלאומי של הצלב האדום, בהתאם להוראות סעיף 143. אנשים כאלה יהיו זכאים לקבל לפחות חבילת סיוע אחת לחודש".**

סעיף 81 לאותה אמנה קובע כי :

**"בעלי סכסוך העוצרים מוגנים חייבים לדאוג לכלכלתם ללא תשלום וגם להעניק להם את הטיפול הרפואי הדרוש למצב בריאותם. לא ינכו מן הקצבות, המשכורות או סכומי האשראי המגיעים לעצירים שום סכום לכיסוי ההוצאות האלה. המעצמה העוצרת תדאג לתמיכת התלויים בעצירים, אם התלויים בהם משוללים אמצעי קיום מספיקים או אם אין באפשרותם להתפרנס".**

הוראות סעיף 79 ואילך לאמנה הנ"ל קובעים הסדרים ארוכים ומפורטים המחייבים את המעצמה הכובשת לנהוג על פיה, הן ביחס לחובה לדאוג לתלויי העצורים, הן בחובה לדאוג לכלכלתם, לבריאותם, לביקורי בני משפחה, לקבלת דואר, לטיפול רפואי וכו'.

עינינו הרואות כי הכוח הכובש, שעה שהוא ממשיך להחזיק בעצירים ובאסירים אינו יכול לבצע את אותו ניתוק מן השטח הכבוש ואינו יכול לפטור את עצמו מעול האחריות ללא שחרור האסירים והסגרתם לידי הריבון החדש.

גם שיקולים של צדק וגם שיקולים של יעילות ותועלתנות מחייבים ניתוק קשר זה ע"י החזרת האסירים לידי הריבון החדש.

**הימנעות המשיבים להסגיר את האסירים והעצורים לידי הריבון החדש לוקה בחוסר סבירות קיצוני**

20. העותרים יטענו כי בהחלטה להמשיך ולהחזיק העצורים ובאסירים תושבי הרצועה, גם לאחר תום השלטון הצבאי וסיום הכיבוש אינו עולה בקנה אחד עם הצהרת מדינת ישראל עצמה, כלפי העולם כולו, כי היא סיימה את תפיסתה הלוחמתית בשטח שהוחזק על ידה למעלה מ 38 שנים. **הכיצד תוכל מדינת ישראל לקבל את הכרת הקהיליה הבינלאומית כי היא אכן משכה את ידה מהשטח שכבשה והחזיקה תחת שלטון צבאי ארבעה עשורים, כאשר אינה מקיימת הוראה מרכזית בדרך להכרה זו, בדמות הוראת סעיף 77 לאמנה ג'נבה הנ"ל?!**

ודוק, מערכת הדינים המסדירה את יחסה של מדינת ישראל, כמדינה ריבונית, עם שאר מדינות העולם היא כללי המשפט הבינלאומי, המנהגי וההסכמי, ואין היא יכולה להשען על מערכת דינים אחרת. "שפת הדיבור", אם תרצה לומר, בין המדינות היא כללי המשפט הבינלאומי, ולא מערכת הדינים הפנימית של כל מדינה באופן עצמאי (יודגש כי חרף הנ"ל אין בהוראת הדין הפנימי הישראלי אף הוראה הסותרת את הוראת סעיף 77 לאמנה הנ"ל). על כן אין מדינת ישראל יכולה ל"תקשר בשפת דיבור" זו מקום שאין היא מקיימת את כלליה.

הנזק שנגרם למדינת ישראל, במישור יחסיה הבינלאומיים, עולה לאין ערוך על הנזק שייגרם לה, אם בכלל, מהפרת הוראה יסודית באמנה ג'נבה הנ"ל ואי הסגרת האסירים לידי הריבון החדש.

**הימנעות המשיבים להסגיר את האסירים והעצורים לידי הריבון החדש אינה עולה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**

21. העותרים יטענו כי החלטת המשיבים להתעלם מהוראות סעיף 77 לאמנת ג'נבה הרביעית עומדות בסתירה חזיתית עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לרבות זכותם לכבוד, זכותם לחירות ובעיקר זכותם כי עונשם יוסדר עפ"י חוק. בעניינים של העותרים 2-5, אין חולק כי מערכת הדינים אשר הסמיכה את המשיבים לכוון ממשל ושלטון צבאי ולתפוס את השטח, ולקבל עליה חובות, בצד הזכויות שהוענקה לה היא כללי המשפט הבינלאומי, ואמנת ג'נבה הרביעית מהווה נדבך חשוב במערכת דינים זו. זכותה של המעצמה הכובשת להעמיד לדין פלילי את תושבי השטח הכבוש מוענקת להם בעיקר מכח הוראות אמנת ג'נבה הנ"ל.

מקום שמפקד צבאי הוציא מתחת ידו צו, דוגמת הצו שעמד בבסיס העתירה בעניין טהאא הנ"ל או הצווים לגירוש, או תיחום מגוריהם של תושבי האזור הכבוש, גוננה המדינה בפני בית משפט נכבד זה על הצווים בטענה כי הם עולים בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי ואמנת ג'נבה הרביעית בפרט, ותמיד ידעה להפנות להוראות ספיציות באמנה אשר לטעמה מעניקות לה, ולשלוחיה, את הסמכות והזכות ליתן צווים אלה ולפגוע בחירותם של תושבי האיזור הכבוש.

**מי שנתלה באמנת ג'נבה הנ"ל כמקור לזכות אינו יכול לפטור את עצמו ממנה כאשר היא מטילה עליו חבות!**

הדברים נכונים ביתר שאת כאשר מדובר ברשות השלטונית הבכירה ביותר, ממשלת ישראל.

22. גם הטענה, שיכולה להיות מועלית מפי המשיבים, כי מאחר והרשות הפלסטינית תשחרר עצירים ואסירים אלה, הרי אין צה"ל יכול לשחררם, חרף הוראת סעיף 77 לאמנת ג'נבה הרביעית, הרי גם טענה זו אין לה על מה לסמוך.

ראשית אין לדעת מראש מה תחליט הרשות הפלסטינית, היא הריבון החדש ואין לשפוט את הדברים מראש.

שנית, אין זה מעניינה כלל של המעצמה הכובשת מה יעלה בגורלם של אותם עצירים אחרי שהם יוסגרו לריבון החדש, שכן מרגע סיום הכיבוש ומעבר השלטון עוברות המושכות לידי הריבון החדש.

שלישית, גם בהנחה כי שיחרור העצירים ע"י הרשות הפלסטינית יהיה בניגוד לאמנה, טענה שאין לה על מה לסמוך, הרי העניין אמור להיות מוסדר ביחסים שבין שתי הישויות, שני הריבונים מדינת ישראל מחד והרשות הפלסטינית מאידך, ובשום מקרה אל לאחד הריבונים להחליט באופן חד צדדי.

רביעית, הוראות סעיף 77 לאמנת ג'נבה הנ"ל אינה מעניקה שום שיקול דעת בפני המעצמה הכובשת ומחייבת אותה להסגיר את כל העצירים והאסירים תושבי האיזור לידי הריבון החדש.

**אם רצונה של מדינת ישראל, ואם רצונו של צה"ל לקבל הכרה בינלאומית כי אכן סיים הוא את שלטונו וממשלו הצבאי בשטחי רצועת עזה, שומה עליהם למלא אחר הוראותיו הבלתי מתפשרות של סעיף 77 לאמנת ג'נבה הנ"ל.**

23. אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כמבוקש בפתיח עתירה זו ולהורות ולהוציא צו החלטי המחייב את המשיבים למלא אחר הוראות סעיף 77 לאמנת ג'נבה הרביעית ולהורות על העברתם של כל האסירים והעצירים תושבי רצועת עזה לריבון החדש, היינו לרשות הפלסטינית.

כן יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות עתירה זו, לרבות שכ"ט עו"ד ומע"מ כדין.

---

אוסמה סעדי, עו"ד      עאמר יאסין, עו"ד

**ב"כ העותרים**

## תצהיר

אני הח"מ ח"כ ד"ר אחמד טיבי, הנושא ת.ז. מס' \_\_\_\_\_ ולאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהא צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהיר בזה בכתב כדלקמן:

1. הנני העותר מס' 1 בעתירה שהוגשה נגד ממשלת ישראל ואח'.
2. האמור בסעיפים 3-7 לעתירה הינו נכון עפ"י ידיעתי.
3. האמור בסעיפים 7-23 לעתירה הינו נכון עפ"י יעוץ משפטי שקיבלתי.
4. זהו שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.

---

ח"כ ד"ר אחמד טיבי

## אישור

אני הח"מ אוסמה סעדי, עו"ד מאשר כי ביום 17.9.05 הופיע בפני ח"כ ד"ר אחמד טיבי, המוכר לי אישית, ולאחר שהוזהרתי כי עליו לומר את האמת וכי יהא צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר את נכונות הצהרתו הנ"ל וחתם עליה בפני.

---

חותמת

---

חתימה