

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7015/02

בג"ץ 7019/02

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא ש' לוין
כבוד השופט ת' אור
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופטת ד' ביניש

העותרים בבג"ץ 7015/02: 1. כיפאח מחמד אחמד עג'ורי
2. עבד אלנצר מוצטפא אחמד עזידה
3. המוקד להגנת הפרט

העותרים בבג"ץ 7019/02: 1. אמתצאר מוחמד אחמד עג'ורי
2. המוקד להגנת הפרט
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 7015/02: 1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
2. מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה
3. בריגיט קסלר

המשיבים בבג"ץ 7019/02: 1. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון
2. מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה
3. בריגיט קסלר

תאריך הישיבה: י"ח באלול התשס"ב (26.08.2002)

בשם העותרים
בבג"ץ 7015/02: עו"ד לאה צמל; עו"ד יוסי וולפסון

בשם העותרים
בבג"ץ 7019/02: עו"ד דן יקיר; עו"ד מנאל חזאן

בשם המשיבים מס' 1 ו-2
בבג"ץ 7015/02
ובבג"ץ 7019/02: עו"ד ענר הלמן; עו"ד שי ניצן

בשם המשיבה מס' 3
בבג"ץ 7015/02
ובבג"ץ 7019/02: בעצמה

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

המפקד הצבאי של כוחות צבא ההגנה לישראל באזור יהודה והשומרון הוציא "צו תיחום מקום מגורים". על פי הוראות הצו נדרשו העותרים, תושבי אזור יהודה והשומרון, להתגורר בשנתיים הקרובות באזור חבל עזה. האם מוסמך היה המפקד הצבאי להוציא צו תיחום מקום מגורים? האם הפעיל המפקד את שיקול דעתו כדין? אלה הן השאלות העיקריות המתעוררות בעתירות שלפנינו.

רקע

1. מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרתית. זהו סכסוך מזויין. במסגרתו בוצעו כ-14,000 פיגועים נגד החיים, הגוף והרכוש של אזרחים ותושבים ישראלים חפים מפשע ובהם זקנים וילדים, גברים ונשים. למעלה מ-600 אזרחים ותושבים של מדינת ישראל נהרגו. למעלה מ-4,500 נפצעו, חלקם באורח קשה ביותר. המוות והפגיעות היו גם מנת חלקם של הפלסטינים. רבים מהם נהרגו ונפצעו מאז ספטמבר 2000. זאת ועוד: בחודש אחד בלבד - הוא חודש מרס 2002 - נהרגו 120 ישראלים בפיגועים ומאות נפצעו. מאז מרס 2002 ועד לכתיבתו של פסק דין זה, נהרגו 318 ישראלים ונפצעו למעלה מ-1,500. השכול והכאב שוטפים אותנו.

2. לחימתה של ישראל סבוכה היא. הצד הפלסטיני משתמש, בין השאר, בפצצות-אדם מונחות. מתאבדים אלה מגיעים לכל מקום בו מצויים ישראלים (בתחומי מדינת ישראל ובתחומי הישובים היהודיים באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה). הם זורעים הרג ודם בערים ובישובים. אכן, הכוחות הנלחמים בישראל הם טרוריסטים; הם אינם נמנים על צבא סדיר; הם אינם לובשים מדים; הם מסתתרים בתוך האוכלוסיה הפלסטינית האזרחית באזור, לרבות במקומות קדושים; הם זוכים לתמיכת חלק מהאוכלוסיה האזרחית בכלל וכן לתמיכתם של בני משפחה וקרובים בפרט. מציאות חדשה וקשה ניצבת בפני מדינת ישראל, הנלחמת על ביטחונה וביטחון אזרחיה. מציאות זו מצאה לא פעם את דרכה לבית משפט זה (ראו בג"ץ 2936/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 3; בג"ץ 2117/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 28; בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, 36).

3. במאבקה של ישראל כנגד הטרור היא נוקטת - מכוח זכותה להגנה עצמית - במבצעי לחימה מיוחדים (מבצע "חומת מגן" שהחל במרץ 2002 ומבצע "דרך נחושה" שהחל ביוני 2002 וטרם הסתיים). מטרת המבצעים היתה הכרעת תשתית הטרור הפלסטינית ומניעת הישנותם של פיגועי הטרור. במסגרת פעולות אלה נכנסו כוחות צה"ל לשטחים רבים שהיו בעבר בשליטתו מכוח תפיסה לוחמתית ואשר הועברו בהסכמים לשליטתה (המלאה או החלקית) של הרשות הפלסטינית. הצבא הטיל סגרים וכתרים על אזורים שונים. נאספו כלי נשק וחומרי חבלה. נעצרו מבוקשים. במסגרת מבצעים אלה גוייסו כוחות מילואים רבים; הופעלו כלי נשק כבדים (טנקים, נגמשים), ובהם מסוקי קרב ומטוסים.

4. מבצעי הלחימה המיוחדים לא נתנו מענה מספיק לצורך המייד בהפסקת מעשי הטרור הקשים. ועדת השרים לביטחון לאומי ביקשה לנקוט בשורת צעדים אחרים שנועדו לשם מניעת ביצועם של מעשי טרור נוספים, והרתעתם של מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע מעשיהם. נתבקשה ונתקבלה (ביום 19.7.2002) חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה, אשר קבע את הפרמטרים המשפטיים לפעולותיהם של כוחות הביטחון. על רקע זה התכנסה (ביום 31.7.2002) ועדת השרים לביטחון לאומי וקיבלה החלטה על נקיטה של צעדים נוספים, וזאת בהתאם לאמות המידה שנקבעו על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

5. אחד הצעדים עליהם החליטה ועדת השרים לביטחון לאומי - והכל במסגרת חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה - היה העברתם של בני משפחה של מתאבדים או מפגעים קשים ושולחיהם מאזור יהודה והשומרון לאזור חבל עזה, ובלבד שבני משפחה אלה היו הם עצמם מעורבים בפעילות החבלנית. על צעד זה הוחלט, שכן על פי הערכת הגורמים המקצועיים (הצבא, שירות הביטחון הכללי, המוסד והמשטרה) צעדים נוספים אלה עשויים לתרום ממשית במאבק נגד גל הפיגועים, תוך שיביאו להצלת חיי אדם. תרומה זו היא כפולה: ראשית, יש בה כדי למנוע מבן המשפחה המעורב בפעילות הטרוריסטית מלממש את זממו (תוצאה מניעתית); שנית, יש בה כדי להרתיע טרוריסטים אחרים - המונחים לשמש כפצצות אדם או לבצע פיגועי טרור אחרים - מלממש את זממם (תוצאה הרתעתית).

הצו המתקן לתיחום מקום מגורים

6. לשם הגשמת המדיניות החדשה תיקן המפקד הצבאי של כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון (ביום 1.8.2002) את הצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל1970 - (להלן - הצו המקורי). צו זה קבע, בין השאר, הוראות בדבר פיקוח מיוחד (סעיף 86), שעניינן הוראות לאדם להימצא בפיקוח מיוחד. על פי הוראות הצו המקורי אין להפעיל סמכות לפיו, אלא אם סבור המפקד הצבאי, "כי הדבר הכרחי בגלל טעמי

ביטחון החלטיים" (סעיף 84(א)). על צו לפיקוח מיוחד ניתן לערער בפני ועדת ערעורים (סעיף 86(ה)). ועדת הערעורים מתמנה על ידי מפקד האזור. כיושב ראש הוועדה משמש שופט משפטי. תפקיד הוועדה לדון ולהמליץ לפני המפקד הצבאי על הצו שניתן לפי סעיף זה. אם ערער אדם על צו והוצא בתוקפו, תדון ועדת הערעורים בעניינו לפחות אחת לששה חודשים בין אם פנה אליה אותו אדם בערעור נוסף ובין אם לאו (סעיף 86(ו)). תחולתו של הצו המקורי הוגבלה לאזור יהודה והשומרון. התיקון שנעשה הרחיב את תחולתו גם לאזור חבל עזה (צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 84) (יהודה והשומרון) (מס' 510), התשס"ב-2002) (להלן - הצו המתקן)). בהוראות הצו המתקן (סעיף 86(ב)(1) לאחר תיקונו), נקבע:

"פיקוח מיוחד ותיחום מקום מגורים"

א. מפקד צבאי רשאי להורות בצו שאדם יהיה נתון לפיקוח מיוחד.

ב. אדם הנתון בפיקוח מיוחד לפי סעיף זה - יהיה כפוף להגבלות הבאות, כולן או מקצתן, כפי שיורה המפקד הצבאי:

(1) יהיה נדרש לגור בתחומי של מקום מסויים באזור או באזור חבל עזה, שיפרט אותו המפקד הצבאי בצו".

במבוא לצו המתקן נאמר כי הוא הוצא "לאור הנסיבות הביטחוניות יוצאות הדופן השוררות כיום באזור, והואיל וטעמי ביטחון האזור וביטחון הציבור מחייבים זאת ובשל ההכרח להתמודד עם פעולות הטרור ומבצעייהן". כן נקבע במבוא כי הצו הוצא "לאחר שקיבלתי את הסכמתו של מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה". אכן, במקביל לצו המתקן, הוציא מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה את הצו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 87) (מס' 1155), התשס"ב-2002. בצו זה נקבע כי (סעיף 86(ז)):

"מי שניתן לגביו צו של מפקד צבאי באזור יהודה והשומרון לפי סעיף 86(ב)(1) לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל-1970, אשר במסגרתו נקבע כי הוא יידרש לגור במקום מסויים 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".

מכוחו של הצו המתקן הוצאו לשלושת העותרים שלפנינו צווי תיחום מקום מגורים. לצוים אלה ונסיבות הוצאתם נעבור עתה.

ההליכים בפני המפקד הצבאי וועדת הערעורים

7. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון (להלן - המשיב) חתם (ביום 1.8.2002) על צווי תיחום מקום מגורים כנגד כל אחד מהעותרים. בצווים אלה נקבע כי הם הוצאו מכוחו של הצו המתקן ולאחר קבלת הסכמתו של מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה. עוד נקבע בהם, כי הם הוצאו שכן המשיב סבור כי "הדבר הכרחי בגלל טעמי ביטחון החלטיים, ובשל ההכרח להתמודד עם פעולות הטרור ומבצעהן". בצווים אלה נדרש כל אחד מהעותרים לגור באזור חבל עזה. נקבע כי הצווים יעמדו בתוקף לתקופה בת שנתיים. עוד נקבע בצווים כי ניתן להגיש ערעור כנגדם בפני ועדת הערעורים. ביסוד כל אחד מהצווים עומדים נתונים - עליהם נעמוד בהמשך - לפיהם היה כל אחד מהעותרים מעורב בסיוע לפעילות חבלנית שגרמה לפגיעה בחיי אדם. לדעת המשיב, יש בתיחום מקום מגורי העותרים לאזור חבל עזה כדי למנוע סכנה מהם וכדי להרתיע אחרים מביצוע פעולות טרור קשות. העותרים ערערו על הצווים בפני ועדת הערעורים. בעניינם של העותרים בכל אחת מהעתירות התקיים דיון נפרד, בפני שתי ועדות ערעורים. כל אחת מהוועדות קיימה מספר ימי דיונים. הוועדות החליטו (ביום 12.8.2002) להמליץ בפני המשיב לאשר את תוקף הצווים. המשיב עיין בהחלטתן של הוועדות והחליט בו ביום להשאיר את הצווים על כנם. כנגד החלטתו של המשיב הוגשו (ביום 13.8.2002) העתירות שלפנינו.

ההליכים בפנינו

8. עם הגשתן של העתירות בפנינו הוצא בו ביום צו-על-תנאי בשתי העתירות. כן הוצא צו-ביניים המונע העברה בכפייה של העותרים לאזור חבל עזה, וזאת עד להחלטה אחרת. עם קבלת תשובת המדינה נערך דיון (ביום 19.8.2002) בפני הרכב של שלושה שופטים. ההרכב החליט לאחד את שתי העתירות. כן הוחלט להיעתר לבקשת העותרים להגיש שתי חוות דעת של מומחים למשפט בינלאומי בעניין נשוא העתירות, האחת של פרופ' שאבס (Schabas), השניה של גב' דוסוולד-בק (Doswald-Beck) ושל ד"ר סיידרמן (Seiderman). לבסוף, הוחלט על הרחבת ההרכב. אכן, ההרכב הורחב כפי שהוחלט, וביום 26.8.2002 קויים דיון בטענות הצדדים.

9. באי כוח העותרים טענו בפנינו כי דין הצו המתקן, הצווים האינדיבידואליים שהוצאו מכוחו והחלטות ועדות הערעורים להתבטל. זאת בשל כמה וכמה טעמים. ראשית, נפלו פגמים בהליכים שנתקיימו בפני המשיב וועדת הערעורים (בבג"ץ 7015/02). שנית, אין יסוד עובדתי מספיק להחלטות המשיבים ואין צידוק לאמצעי הקשה שנבחר כנגדם - בוודאי כך כאשר מטרתו הרתעתית גרידא; שלישית, הצו המתקן הוצא בחוסר סמכות, וזאת משום שאין המשיב מוסמך לצוות בעניינו של אזור חבל עזה. לבסוף - וטעון זה עמד במרכז הדיונים בפנינו - הצו המתקן בטל משום שהוא עומד בניגוד לדין הבינלאומי. באי כוח המשיב טען בפנינו, כי יש לדחות

העתירות. לטענתו, הצו המתקן, והצווים האינדיבידואליים שהוצאו מכוחו, הם תקינים ולא נפל כל פגם לא בהם ולא בהליך קבלתם. המשיב היה מוסמך להתקין את הצו המתקן, והצווים האינדיבידואליים הם כדין, שכן הם באו למנוע מהעותרים מלממש את הסיכון הנובע מהם, ויש בהם הרתעה של אחרים. הצווים הם מידתיים. הם מבוססים כדין על התשתית העובדתית כפי שהוצגה בפני המפקד ובפני ועדות הערעורים. לטענת בא כוח המשיב, הצו המתקן והצווים שהוצאו מכוחו תואמים את הדין הבינלאומי, בהיותם בגדריו של סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית מ-1949 (אמנת ג'נבה מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כתבי אמנה 30, עמ' 559; Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 1949 - להלן: אמנת ג'נבה הרביעית).

10. לקראת תחילת הדיון נתבקשנו והסכמנו לצרף לעתירות כמשיבה את הגברת בריגיט קסלר, אמה של גילה שרה קסלר ז"ל, אשר נרצחה בפיגוע (מיום 19.6.02) בצומת הגבעה הצרפתית בירושלים. הפיגוע בוצע על ידי מחבל מתאבד, אשר פוצץ עצמו סמוך לתחנה להסעת נוסעים. מהפיצוץ נקטלו חייהם של שבעה יהודים, ובהם בתה בת התשע-עשרה של גב' קסלר, אשר כל חפצה היה לחזור הביתה בסיום עבודתה. גב' קסלר דיברה בפנינו, בשקט ובעוצמה רבה. היא ראתה עצמה כמי שמייצגת את כל מי שנפגעו מפיגועי ההתאבדות אשר פקדו אותנו. היא הדגישה את ההיבט המוסרי שבהעברת העותרים לאזור חבל עזה, תוך שהצטרפה לעמדת בא כוח המשיב. מבקש נוסף ביקש להצטרף כמשיב, אך הוא לא טרח להגיע במועד, ובקשתו נדחתה, בלא לדון בה לגופה.

11. במהלך טיעוניהם ביקשו באי כוח העותרים להגיש בפנינו תצהירים של העותרים. תצהירים אלה טרם נחתמו. מטרת הגשתם היתה להצהיר על עמדתם באשר לנסיבותיהם האישיות. דחינו בקשה זו הן בשל הפגמים הדיוניים שנפלו בהם, והן משום שלא היה בהם כדי להוסיף דבר לטיעוני העותרים לגופם. עם סיום טיעוניו של בא כוח המשיב, הוא ביקש כי נשמע את דבריו של האלוף אשכנזי, סגן הרמטכ"ל, באשר לרקע הביטחוני שעמד ביסוד החלטת המשיב. דחינו בקשה זו. עמדתנו הינה כי הרקע הביטחוני הוצג באופן מלא בפני ועדות הערעורים שנתנו לו ביטוי - ואין מקום להרחבה של מסגרת זו.

12. כפי שראינו, הטענות שבפנינו עוסקות בהיבטים שונים של החלטת המשיב וועדת הערעורים. ייאמר כבר עתה, כי לא מצאנו כל ממש בטענות על פגמים דיוניים שנפלו בהחלטת המשיב או בהחלטות ועדות הערעורים. איננו סבורים כי בהליכים שקויימו בפני הוועדות (בעיקר בעניינים של העותרים בבג"ץ 7015/02) נפלו פגמים המצדיקים את פסילת ההליך או מסקנותיו. כך, הן לעניין הטענות שעניינן משוא פנים מצד הוועדה; אי קיום מלא של זכות הטיעון; ההתעלמות לכאורה מטענות עובדתיות ומשפטיות ושמיעת עדויות המשיב בפני

הוועדה. כך גם לעניין אי שמיעת עדים מסויימים או חקירתם וקבלה של חומר מן המשיב. עיינו בטענות אלו, בהחלטות הוועדה ובחומר שבפנינו. נחה דעתנו - מן הטעמים המובאים בתשובת המדינה - כי ההליך שהתקיים היה ראוי ואין הוא מצדיק את התערבותנו בו במסגרת זו, וכי אותם הפגמים שנפלו בו - לטענת העותרים - אינם מצדיקים כשלעצמם ביטול ההחלטות שנתקבלו, הן על ידי הוועדות והן על ידי המפקד. אכן, עיקר העניינים אשר בהם ריכזו הצדדים את טיעוניהם - ואשר בהם נתמקד אף אנו - נוגע לשלוש שאלות אלה: ראשית, האם מוסמך המפקד הצבאי, על פי הוראות המשפט הבינלאומי, להתקין את הצו המתקן. שאלה זו עניינה הסמכות של מפקד צבאי על פי דיני המשפט הבינלאומי, לקבוע הסדרים בעניין תיחום מקום מגורים; שנית, אם התשובה על השאלה הראשונה היא בחיוב, מהם התנאים הנדרשים על ידי המשפט הבינלאומי לעניין תיחום מקום המגורים. שאלה זו עניינה היקף שיקול הדעת של המפקד הצבאי על פי המשפט הבינלאומי בכל הנוגע לתיחום מקום מגורים. שלישית, האם בעניינם של העותרים שבפנינו, מתקיימים התנאים הנדרשים על פי המשפט הבינלאומי להוצאתם של צוים לתיחום מקום מגורים. שאלה זו עניינה הבחינה, מן הכלל אל הפרט, של עניין העותרים שלפנינו על פי הדינים החלים בעניינם. נפנה עתה לבחינתן של שאלות אלה כסידרן.

סמכותו של המפקד הצבאי בעניין תיחום מקום מגורים

13. המוסמך המפקד הצבאי של אזור הנתון לתפיסה לוחמתית (Belligerent Occupation) לקבוע כי תושב האזור יוצא ממקום מגוריו ויועבר למקום מגורים אחר באותו אזור? נטען בפנינו כי סמכות כזו אינה נתונה למפקד הצבאי, ולו בשל כך, שזו העברת כפייה וגירוש (forcible transfer; deportation), האסורים על פי המשפט הבינלאומי (סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית). נקודת המוצא שלנו הינה כי לשם מתן מענה על שאלת סמכותו של מפקד האזור, אין די בקביעה כי הצו המתקן (או כל צו אחר של מפקד האזור) מעניק סמכות למפקד הצבאי לתחום את מקום מגוריו של תושב האזור. הטעם לכך הוא, שסמכותו של המפקד הצבאי לחוקק את הצו המתקן נגזרת מדיני התפיסה הלוחמתית. הם מקור סמכותו, ועל פיהם ייקבע כוחו. עמדתי על כך באחת הפרשות, בציני:

"מבחינה משפטית המקור לסמכותו ולכוחו של המפקד הצבאי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית הוא בכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה לוחמתית (occupatio bellica), והמהווים חלק מדיני המלחמה" (בג"ץ 393/82 ג'מית אסכאן אלמעלמון אלמעאונה אלמחדודה אלמסחוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 793).

לעניין זה ברצוני להעיר שתי הערות אלה: ראשית, כל הצדדים לפנינו יצאו מתוך ההנחה כי על פי המצב הקיים כיום באזור הנתון לשליטתו של צבא ההגנה לישראל, יש תחולה בו לדינים של המשפט הבינלאומי בדבר תפיסה לוחמתית (ראו, לעניין זה, בג"ץ 102/82 צמל נ' שר הביטחון, פ"ד לז(3) 365, 373; בג"ץ 574/82 אל נואר נ' שר הביטחון (לא פורסם); בג"ץ 615/85 זכי מחמד אבו סתיחה נ' מפקד כוחות צה"ל (לא פורסם)); שנית, דיני המשפט הבינלאומי החלים באזור הם הדינים המנהגיים (כגון הנספח לאמנת האג (הרביעית) בדבר חוקי המלחמה ביבשה ונהגיה משנת 1907 (אשר מקובל לראות בו משפט מנהגי; להלן: אמנת האג הרביעית)). אשר לאמנת ג'נבה הרביעית, חזר בפנינו בא כוח המשיב על עמדתה של מדינת ישראל בדבר אי תחולתה של אמנה זו - שאינה משקפת לטענתו משפט מנהגי - בכל הנוגע לאזור יהודה והשומרון. עם זאת, הודיע לנו מר ניצן - כפי שנהגה ממשלת ישראל מימים ימימה (ראו M. Shamgar, "The Observance of International Law in the Administered Territories", 1 Isr. Y.H.R. 262 (1971) - כי ממשלת ישראל החליטה לנהוג על פי חלקיה ההומניטריים של אמנת ג'נבה הרביעית. על רקע הכרזה זו, שוב אין לנו צורך לבחון הטענות המשפטיות הלא פשוטות בעניין זה, ונוכל להשאירן בצריך עיון. נמצא, כי לצורך העתירות שלפנינו אנו מניחים כי המשפט הבינלאומי ההומניטרי - כפי שהוא משתקף באמנת ג'נבה הרביעית (לרבות סעיף 78 שבה) ובוודאי באמנת האג הרביעית - חל בענייננו. נוסף, כי בצד הכללים של המשפט הבינלאומי החלים בענייננו, חלים גם עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, כגון כללי הצדק הטבעי. אכן, כל חייל ישראלי נושא עימו בתרמילו הן את כללי המשפט הבינלאומי והן את כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי הנוגעים לעניין. חוזרת איפוא השאלה למקומה: המוסמך המפקד הצבאי מכוח דיני התפיסה הלוחמתית לקבוע הוראות בדבר העברתו הכפויה של אדם ממקום מגוריו למקום אחר באזור הנתון לשליטתו?

14. נקודת המוצא העקרונית הינה, כי הוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו הכפויה למקום אחר פוגעת קשות בכבודו, בחירותו ובקניינו. ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי של אדם, של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים (ראו M. Stavropoulou, "The Right Not To Be Displaced", 9 Am. U.J. Int'l L. & Pol'y 687, 717 (1994). מספר זכויות אדם בסיסיות נפגעות בשל עקירתו הלא רצונית של אדם מביתו והעברתו למקום אחר, גם אם העברה זו אינה כרוכה בחצייתו של גבול מדיני (ראו F.M. Deng, Internally Displaced Persons: Compilation and Analysis of Legal Norms (1998) 14). זכויות אדם אלה מקורן בחלקן במשפט הפנימי של המדינות השונות, ובחלקן מעוגנות הן בנורמות של המשפט הבינלאומי.

15. זכותו של אדם לכבודו, לחירותו ולקניינו אינן זכויות מוחלטות. אלה הן זכויות יחסיות. ניתן לפגוע בהן כדי לקיים את זכויותיהם של אחרים, או את מטרותיו של הכלל. אכן, זכויות האדם אינן זכויותיו על אי בודד. אלה הן זכויותיו כחלק מחברה. על כן הן ניתנות להגבלה כדי לקיים זכויות דומות בידי בני החברה האחרים. הן ניתנות לפגיעה כדי לקדם מטרות חברתיות ראויות, אשר בסופו של יום יקדמו את זכויות האדם עצמן. אכן, זכות האדם וההגבלה עליה יונקות ממקור משותף, שעניינו זכותו של האדם בחברה הדמוקרטית.

16. היקף הפגיעה המותרת בזכויות האדם בשל העברתו הכפויה ממקום למקום משתנה על פי הטעמים המונחים ביסוד ההעברה. לא הרי העברה הנגרמת בשל פעולות לחימה (בין בשל סכסוך בינלאומי ובין בשל מלחמת אזרחים), כהרי העברה הנגרמת בשל אסון (שהטבע גרמו או שהוא מעשה ידי אדם) (ראו R. Cohen (1998) Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement and F. Deng). בעניין שלפנינו, עניין לנו בהעברה כפויה של אדם ממקום מגוריו למקום אחר באותו אזור, וזאת בשל צרכי ביטחון בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. היקף הפגיעה המותרת בזכויות האדם נקבע, על כן, בדינים ההומניטריים הקבועים בדינים בדבר סכסוכים מזויינים (ראו כללית D. Fleck, (ed.) The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict (1995)). דינים אלה מעוגנים בעיקר באמנת האג הרביעית ובאמנת ג'נבה הרביעית. לדינים אלה נפנה עתה.

17. הופנינו להוראות שונות באמנת האג הרביעית (בעיקר סעיף 43) ובאמנת ג'נבה הרביעית (בעיקר סעיפים 49 ו-78). לדעתנו, העניין שלפנינו נשלט כל כולו על ידי הוראותיו של סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית הקובע (בתרגום עברי):

"סעיף 78.

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

החלטות בנוגע לייחוד מקום מגורים או למעצר, כאמור לעיל, יתקבלו לפי נוהל סדיר שתקבע המעצמה הכובשת בהתאם להוראות האמנה הזאת. נוהל זה יכלול את זכות הערעור של הצדדים הנוגעים בדבר. החלטות על ערעורים יינתנו בהקדם האפשרי. אושרו ההחלטות, הן יהיו נתונות, מתקופה לתקופה, ואם אפשר - כל ששה חודשים - לעיון מחודש מטעם גוף מוסמך שיוקם על ידי המעצמה האמורה.

מוגנים שייחדו להם מקום מגורים ושנדרשו, איפוא, לעזוב את בתיהם, ייהנו ממלוא היתרון של סעיף 39 לאמנה זאת".

וזוהו הנוסח האנגלי (הקובע):

“Article 78

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.

Decisions regarding such assigned residence or internment shall be made according to a regular procedure to be prescribed by the Occupying Power in accordance with the provisions of the present Convention. This procedure shall include the right of appeal for the parties concerned. Appeals shall be decided with the least possible delay. In the event of the decision being upheld, it shall be subject to periodical review, if possible every six months, by a competent body set up by the said Power.

Protected persons made subject to assigned residence and thus required to leave their homes shall enjoy the full benefit of Article 39 of the present Convention”.

הוראה זו עוסקת בתיחום מגורים. היא מהווה הוראת דין מיוחדת (lex specialis) אליה יש לפנות ועל פיה יש להכריע בבעיות המשפטיות שלפנינו. מה שנאסר על פיה אסור גם אם הוראה כללית עשויה לכאורה להתפרש כמתירה אותה, ומה שהותר על פיה מותר, גם אם הוראה כללית עשויה לכאורה להתפרש כאוסרת אותה (ראו J. Stone, No Place, No Law in the Middle East 17 (1969). אכן, עיון בצו המתקן עצמו ובצווים האינדיבידואליים שהוצאו מכוחו מלמד, כי מתקין הצו ראה לנגד עיניו את הוראות סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, ועל פיהן פעל בהתקינו את הצו המתקן ואת הצווים האינדיבידואליים. המשיב לא ביקש, איפוא, להעביר בכפייה או לגרש מי מתושבי האזור. המשיב פעל במסגרת "ייחוד מקום מגורים" (לפי התרגום הרשמי של הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית) או לתיחום מקום מגורים לפי המינוח החדש. על כן לא מצאנו כל מקום לבחון את היקף תחולתו של סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, האוסר על העברת כפייה (forcible transfer) או של גירוש (deportation). ממילא איננו מוצאים כל צורך לעסוק בביקורת שהעלו העותרים על פסיקתו של בית משפט זה - כפי שבאה לידי ביטוי במספר פסקי דין ובמרכזם בג"ץ 785/87 עבד אל נאצר עבד אל עזיז עבד אל-עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד (מב) 4 - 49 - באשר לפירושו של סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית. נוכל להשאיר עניין זה לעת מצוא.

18. סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית אינו עוסק בהעברת כפייה או גירוש. הוא קובע הסדר מקיף ומלא בכל הנוגע לתיחום (או ייחוד) מקום מגורים (assigned residence) ומעצר (internment) של אנשים מוגנים

(protected persons). הוראה זו משתלבת במספר הוראות נוספות באמנת ג'נבה הרביעית (סעיפים 41, 42 ו-43) העוסקות אף הן במעצר ובתיחום מקום מגורים. כאשר העברתו של אדם מוגן ממקום למקום נעשית על פי הוראותיו של סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, הרי זו פעולה כדין של המפקד הצבאי, ואין בכך משום הפרה של זכויות אדם המוגנות על ידי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. אכן, סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית מהווה הן מקור להגנה על זכותו של הנעבר והן מקור לאפשרות הפגיעה בזכות זו. דבר זה בא לידי ביטוי, בין השאר, בהוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית עצמה, הקובעת כי האמצעים הנקבעים על ידה הם האמצעים שהמעצמה הכובשת (כלומר, המפקד הצבאי) רשאית "לכל היותר" (at most) לבצע.

התנאים להפעלת סמכותו של המפקד הצבאי בעניין תיחום מקום מגורים

19. סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע מספר תנאים (אובייקטיביים וסובייקטיביים) אשר על המפקד הצבאי לקיימם, אם ברצונו לתחם את מקום מגוריו של אדם המוגן על ידי האמנה. אין לנו צורך, לעניין העתירות שלפנינו, לדון בכל התנאים הללו. כך, למשל, נקבע בסעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית תנאי אובייקטיבי לפיו יש לקבוע נוהל סביר באשר להפעלת הסמכות; נוהל זה יכול זכות ערעור; שההחלטות בעניין יחוד המקום תהיינה נתונות לעיון מעת לעת, ואם אפשר כל ששה חודשים. הוראות אלה מולאו במקרה שלפנינו, ואין הן עומדות לדיון בפנינו. נוסף, כי על פי הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, מי שייחדו להם מקום מגורים "ייהנו ממלוא היתרון של סעיף 39 לאמנה זאת" (shall enjoy the full benefit of article 39 of the present convention). נמסר לנו מפי בא כוח המשיב, במסגרת טיעונו בעל-פה, כי אם בנסיבות העניין שלפנינו מוטלות על המשיב חובות מכוחה של הוראת סעיף 39 לאמנה, הוא ימלא את חובותיו אלה. בפנינו הועלו שתי טענות עיקריות הקשורות בתנאים הקבועים בסעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, ובהן נדון: הטענה הראשונה שהועלתה בפנינו הינה, כי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית עוסק בייחוד מקום מגורים בתוך האיזור הנתון לתפיסה לוחמתית. אין הוראה זו חלה מקום שייחוד מקום המגורים הוא למקום שמחוץ לאזור. לטענת העותרים, העברתם מאזור יהודה והשומרון לאזור חבל עזה היא הוצאתם מחוץ לאזור. מכיון שכך, לא מתמלא התנאי (המוקדם) לתחולתו של סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית. בנסיבות אלה - כך ממשיך טיעונם של העותרים - חלה הוראת סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, ועל פיה נאסר גירושם של העותרים. הטענה השנייה שהועלתה בפנינו נוגעת לשיקולים אותם רשאי המפקד הצבאי לשקול בהפעילו את סמכותו על פי הוראת סעיף 78. על פי טענה זו, רשאי המפקד הצבאי לשקול שיקולים הנוגעים למסוכנותו של התושב, ולמניעת אותה סכנה בתיחום מקום מגוריו (שיקולים של מניעה). אין המפקד הצבאי רשאי לקחת בחשבון שיקולים של הרתעת הרבים (שיקולים של הרתעה). נבחן כל אחת מטענות אלה.

העברה בתוך האזור הנתון לתפיסה לוחמתית

20. מקובל על הכל כי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית מאפשר תיחום מקום מגורים, ובלבד שמקום המגורים החדש יהא בתחום האזור הנתון לתפיסה לוחמתית, בו מצוי מקום המגורים ממנו מוצא האיש. הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית אינה חלה, איפוא, לעניין העברתם של אנשים מוגנים אל מחוץ לאזור המוחזק בתפיסה לוחמתית. עמד על כך פיקטה (J.S. Pictet) בדברי ההסבר שכתב להוראות סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית:

“[T]he protected persons concerned... can only be interned, or placed in assigned residence, within the frontiers of the occupied country itself” (J.S. Pictet, Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 368 (1958)).

נטען בפנינו כי אזור חבל עזה - אליו מבקש המפקד הצבאי של אזור יהודה והשומרון להעביר את העותרים - מצוי מחוץ לאזור.

21. טענה זו מעניינת היא. לפיה אזור יהודה והשומרון נכבש מידי השלטון הירדני אשר סיפח אותו - תוך הפרת המשפט הבינלאומי - לממלכה ההאשמית ושלט בו עד למלחמת ששת הימים. לעומתו, אזור חבל עזה נכבש מידי השלטון המצרי, אשר החזיק בו עד למלחמת ששת הימים בלא שהאזור סופח למצרים. לפנינו, איפוא, שני אזורים נפרדים הנתונים לתפיסה לוחמתית נפרדת, על ידי שני מפקדים צבאיים שונים באופן שאין האחד יכול להורות דבר באשר לאזור האחר. על פי הטענה, שני מפקדים צבאיים אלה פועלים אמנם מטעם מעצמה כובשת (Occupying Power) אחת, אך אין בכך להפוך את האזור לאזור אחד.

22. דינה של טענה זו להידחות. שני האזורים הם חלק מארץ-ישראל (Palestine) המנדטורית. הם נתפסו בתפיסה לוחמתית על ידי מדינת ישראל. מבחינה חברתית ופוליטית, נתפסים שני האזורים על ידי כל הנוגעים בדבר כיחידה טריטוריאלית אחת, תוך שהחקיקה של המפקד הצבאי בהם הינה בעלת תוקן זהה. כך, למשל, הופנינו על ידי בא כוח המשיב להוראת סעיף 11 להסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (ה-Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip) הקובע:

“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 agreement”.

הוראה זו חוזרת גם בסעיף 31(8) להסכם, ועל יסודה נקבעו מנגנוני "המעבר הבטוח" שבין אזור יהודה ושומרון לבין אזור חבל עזה. כמו כן, אין בהסכם זה כדי להכריע בענייננו, אך יש בו כדי ללמד על כך כי שני האזורים נתפסים כאזור אחד בו שולטת מדינת ישראל מכוח התפיסה הלוחמתית. זאת ועוד: בא כוח המשיב ציין בפנינו כי "לא רק שהצד הישראלי מנהל באופן מתואם את שני האזורים, אלא שגם הצד הפלסטיני מתייחס לשני האזורים כיישות אחת, וההנהגה של שני האזורים הללו היא אחת ומאוחדת". אכן, התכלית המונחת ביסוד הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, והמצמצמת את תוקפו של תיחום מקום המגורים לאזור אחד, יסודה באחדות חברתית, הלשונית, התרבותית, הסוציאלית והמדינית של האזור, מתוך רצון לצמצם את הנזק שבהעברת מגורים למקום זר. מכוחה של תכלית זו אין לראות באזור יהודה ושומרון ובאזור חבל עזה שני אזורים הזרים זה לזה, אלא יש לראותם כאזור אחד. באזור זה פועלים שני מפקדים צבאיים מטעם המעצמה הכובשת האחת והיחידה. בהתאם, המפקד הצבאי האחד מוסמך לייחד את מקום המגורים של אדם מוגן אל מחוץ לאזור האחד, והמפקד הצבאי האחר מוסמך להסכים לקבלתו של אותו אדם מוגן לתחומי האזור עליו הוא שולט. התוצאה היא, איפוא, כי בענייננו חלה הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית. ממילא אין מקום לדון בהוראותיו של סעיף 49 לאותה אמנה.

השיקולים של מפקד האזור

23. השאלה המרכזית אשר התעוררה בפנינו - ואשר לה הוקדשו מרבית הטיעונים - עניינה היקף שיקול הדעת אשר נתון בידי המעצמה הכובשת על פי הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית. שיקול דעת זה יש לבחון בשתי רמות: האחת - בה נעסוק עתה - הבוחנת את השיקולים העובדתיים אשר בהם צריך המפקד הצבאי להתחשב בהפעילו את סמכותו לפי הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית. הרמה השנייה - בה נעסוק בהמשך - בוחנת את התאמתם של השיקולים בהם צריך המפקד הצבאי להתחשב לנתונים המאפיינים כל אחד מהעותרים שלפנינו.

24. לעניין הרמה הראשונה, מקובל על כל הצדדים שלפנינו - וזו גם דעתנו - כי תנאי הכרחי לכך שניתן יהא לתחם את מקום מגוריו של אדם על פי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית הינו, כי מאותו אדם עצמו נשקפת סכנה, וכי תיחום מקום המגורים יסייע בהסרתו של סיכון זה. נמצא, כי ביסוד הפעלת שיקול הדעת בדבר תיחום המגורים מונח השיקול הבא למנוע סכנה מהאדם שאת מגוריו מבקשים לתחם. אין לתחום מקום מגורים של

אדם תמים שממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה, אך משום שתיחום מקום מגוריו יביא להרתעתם של אחרים. כמו כן, אין לתחום מקום מגורים של מי שאינו תמים ופעל פעולות הפוגעות בביטחון, כאשר בנסיבות העניין שוב לא נשקפת ממנו כל סכנה. על כן, אם פלוני ביצע פעולות טרור, ותיחום מגוריו יפחית את הסכנה הנשקפת ממנו, ניתן לתחם את מקום מגוריו. לא ניתן לתחם את מקום מגוריו של בן משפחה תמים שלא שיתף פעולה עם פלוני, או של בן משפחה לא תמים אשר לא נשקפת ממנו סכנה לאזור. זאת, גם אם יוכח כי תיחום מקום המגורים של בן המשפחה עשוי להרתיע מחבלים אחרים מביצוע פעולות טרור. מסקנה זו מתחייבת מתפיסתה של אמנת ג'נבה הרביעית, הרואה באמצעים של מעצר ותיחום מקום מגורים כאמצעים החמורים והחריפים ביותר שהמעצמה הכובשת יכולה לנקוט כלפי תושבים מוגנים (ראו פיקטה, עמ' 257). על כן יש לנקוט בהם רק במצבים חריגים ויוצאי דופן בלבד. בצדק מציין פיקטה כי:

“In occupied territories the internment of protected persons should be even more exceptional than it is inside the territory of the Parties to the conflict; for in the former case the question of nationality does not arise. That is why article 78 speaks of imperative reasons of security; there can be no question of taking collective measures, each case must be decided separately...their exceptional character must be preserved” (367, 368).

והוא מוסיף כי ניתן לנקוט באמצעי של תיחום מקום מגורים רק כלפי אנשים אשר המעצמה הכובשת רואה אותם כמסוכנים לביטחון (considers them dangerous to its security) (שם, עמ' 368). גישה זו - הנובעת מהוראות האמנה - אומצה על ידי בית משפט זה בעבר. קבענו וחזרנו וקבענו, כי ניתן לנקוט באמצעים של מעצר מינהלי - וכאמור זהו האמצעי שבו דן סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית יחד עם ייחוד מקום המגורים - רק בגין "סכנה הנשקפת ממעשיו של העותר לביטחון האזור" (בג"ץ 7709/95 סטרין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (לא פורסם); ראו גם בג"ץ 1361/91 מסלם נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מה(3) 444, 456; בג"ץ 554/81 בראנסה נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד לו(4) 247, 250). בפרשה אחת ציין השופט ברך:

"אין המשיב רשאי להשתמש בסנקציה זו של הוצאת צווי גירוש רק במטרה להרתיע אחרים. צו כזה הינו לגיטימי רק אם מוציא הצו משוכנע, כי אדם המיועד לגירוש מהווה סיכון לביטחון האזור, וכי אמצעי זה נראה בעיניו חיוני לצורך ניטרולה של סכנה זו (בג"ץ 814/88 נטראללה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(2) 265, 271).

מסקנה זו מתבקשת גם מפירושו של הצו המתוקן עצמו, ממנו עולה כי לא ניתן לנקוט באמצעי של תיחום מקום מגורים אלא בגין סיכון הנשקף מהאיש עצמו. אך מעבר לכל אלה, מסקנה זו מתבקשת מערכינו היהודים

והדמוקרטיים. ממורשתנו היהודית למדנו כי "לא יומתו אבות על-בנים ובנים לא-יומתו על אבות איש בחטאו ימותו" (דברים כד, טז). "איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת" (השופט מ' חשין בבג"ץ 2006/97 אבו פארה ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 654); "איש בחטאו ייעצר - ולא בחטאם של אחרים" (השופט י' טירקל בבש"פ 4920/02 פדרמן נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). מאופיינו כמדינה דמוקרטית שוחרת חופש וחירות מתבקשת המסקנה כי אין תוחמים את מקום מגוריו של אדם אלא אם אותו איש בעצמו, במעשיו שלו, מהווה סכנה לביטחון המדינה (השוו דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741). ודוק: מטרת התיחום אינה הענשה. מטרתה מניעה. היא לא נועדה להעניש את מי שמקום מגוריו תוחם. היא נועדה למנוע ממנו מלהמשיך ולהוות סיכון ביטחוני. עמד על כך הנשיא שמגר:

"הסמכות היא מניעתית היינו פניה אל העתיד ואין לעשות בה שימוש, אלא אם כן מתחייב הדבר כדי למנוע סכנה צפויה... לא ניתן להפעיל את הסמכות... אלא אם כן היה במכלול הראיות, שהובאו בפני המפקד הצבאי, כדי להצביע על סכנה, הצפויה מן העותר בעתיד, אם לא ינקטו הצעדים שנועדו להגביל את פעולתו ולמנוע חלק נכבד מן הנזק הצפוי ממנו" (בג"ץ 554/81 בראנסה נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד לו(4) 247, 249; ראו גם בג"ץ 615/85 זכי מחמד אבו סתיחה נ' מפקד כוחות צה"ל).

כמובן, מודעים אנו לכך כי תיחום מגוריו של אדם ממנו נשקפת סכנה לביטחון המדינה עשוי לפגוע בבני משפחתו החפים מכל פשע. אין זו מטרתו של תיחום המגורים, אם כי זו עשויה להיות תוצאתו. אין מנוס מכך, אם מבקשים לשמור על יעילותו של אמצעי זה (השוו בג"ץ 2006/97 הנ"ל, בעמ' 653).

25. מהי רמת הסיכון הנובעת מהאדם שאת מקום מגוריו מבקשים לתחם, ומהי מידת הסתברותה? התשובה הינה, כי לא די בסיכון של מה בכך. לאור אופיו המיוחד של אמצעי זה ניתן לנקוט בו בדרך כלל רק אם קיימות ראיות מינהליות - שגם אם אינן קבילות בבית משפט - הרי הן ברורות ומשכנעות, שאם לא ינקט האמצעי של תיחום מקום מגורים, קיימת אפשרות סבירה כי תהא נשקפת ממנו סכנה ממשית לפגיעה בביטחון האזור (ראו פיקטה, עמ' 258 והדוגמאות המובאות על ידו, וכן בג"ץ 159/94 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד לט(1) 309; בג"ץ 7709/95 הנ"ל; בג"ץ 8259/96 האגודה לשמירה על זכויות האזרח היהודי נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (לא פורסם); בג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 821). זאת ועוד: כמו השימוש בכל אמצעי אחר, גם לגבי השימוש באמצעי של תיחום מקום מגורים צריך לנקוט במידתיות. "חייב להתקיים יחס ענייני - יחסיות או מידתיות ראויות - בין המעשה האסור של הפרט לבין האמצעים הננקטים על ידי השלטון" (בג"ץ 5667/91 ג'אברין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד מו(1) 858, 860; ראו גם בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מב(1) 217, 219). נדרש קשר של התאמה בין המטרה של מניעת סיכון מהאדם שמקום מגוריו תוחם לבין הסיכון הנובע ממנו אם לא ינקט כלפיו אמצעי זה (ראו בג"ץ

1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נ(1) 353, 364; נדרש כי האמצעי הננקט פגיעתו תהא פחותה; וכן נדרש כי בדרך כלל האמצעי של תיחום מקום המגורים יעמוד ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממנו בהבטחת ביטחון האזור (השוו בג"ץ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1; בג"ץ 3643/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 730; בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי נ' הרשות השנייה, פ"ד נד(4) 178; בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1998) נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451; בג"ץ 1030/99 ח"כ חיים אורון נ' יושב-ראש הכנסת (טרם פורסם)).

26. במסגרת זו של מידתיות מן הראוי לעמוד על שני עניינים נוספים, עליהם עמד הנשיא שמגר באחת הפרשות, אשר עסקה במעצר מינהלי של תושבים מאזור יהודה והשומרון, בצינו:

"המעצר נועד למנוע ולסכל סכנה ביטחונית, הנובעת ממעשים שהעציר עלול לבצע, ושאינן אפשרות סבירה למונעם על ידי נקיטת צעדים משפטיים רגילים (הליך פלילי) או על ידי צעד מינהלי שהוא חמור פחות מבחינת תוצאותיו (לעניין הסקת מסקנות ממעשי העבר לגבי סיכון העתיד)" (בג"ץ 253/88 סג"ד נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 821).

דברים אלה יפים גם לעניין תיחום מקום מגורים. על כן, יש לבחון בכל מקרה, אם הגשתו של אישום פלילי לא יהא בה כדי למנוע את הסכנה אשר תיחום המגורים נועד למנעה. זאת ועוד: האמצעי של תיחום מקום מגורים - עליו עומד סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית - הוא לרוב אמצעי הפוגע פחות לעומת האמצעי של מעצר. עניין זה צריך להישקל בכל מקרה לגופו. וברוח דבריו של פיקטה, לפיהם:

"Internment is the more severe...as it generally implies an obligation to live in a camp with other internees. It must not be forgotten, however, that the terms 'assigned residence' and 'internment' may be differently interpreted in the law of different countries. As a general rule, assigned residence is a less serious measure than internment" (p. 256).

27. האם רשאי המפקד הצבאי, שעה שהוא מחליט על תיחום מקום המגורים, לשקול שיקולים שעניינם הרתעת הרבים? כפי שכבר ראינו, ביסוד האמצעי של תיחום מקום המגורים עומד הסיכון הנובע מהאדם עצמו אם מגוריו לא יתוחמו, והרתעתו שלו עצמו בדרך של תיחום מקום מגוריו. המפקד הצבאי אינו רשאי, איפוא, לנקוט בצעד של תיחום מקום המגורים בשל טעמים של הרתעה כללית בלבד. עם זאת, כאשר בשל מסוכנותו של אדם תיחום המגורים מוצדק הוא, והשאלה היא אך אם לעשות שימוש בסמכות זו, אין כל פגם בכך שהמפקד הצבאי ישקול גם שיקולים של הרתעת הרבים. כך, למשל, עשוי שיקול זה להילקח בחשבון בבחירה

בין מעצר לבין תיחום מקום מגורים. גישתנו זו מאזנת כראוי בין התנאי החיוני לקיומו של סיכון אישי - אשר תיחום מקום המגורים נועד למנעו - לבין הצורך החיוני בשמירה על ביטחון האזור. היא מתיישבת יפה עם גישתה של אמנת ג'נבה הרביעית, אשר רואה בתיחום מקום המגורים מכשיר לגיטימי לשמירה על ביטחון האזור. היא מחוייבת המציאות הקשה בה נתונים מדינת ישראל והאזור, אשר נחשפים לתופעה בלתי אנושית של "פצצות אדם" אשר שוטפת את האזור.

28. בטרם נסיים את בחינתנו העקרונית באשר לתנאים הקבועים בסעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, מן הראוי לחזור ולציין כי המעצמה הכובשת רשאית לעשות שימוש במכשיר של תיחום מקום מגורים, אם היא סבורה שיש צורך בכך מטעמים של הכרח ביטחוני (considers it necessary, for imperative reasons of security). מבחן דומה מופיע בצו המתקן - אשר ביקש, ללא ספק, לקיים את דרישותיהן של אמנת ג'נבה הרביעית ואמנת האג הרביעית - לפיו המפקד הצבאי רשאי לנקוט בצעד של תיחום מקום מגורים "אם הוא סבור כי הדבר הכרחי בגלל טעמי ביטחון החלטיים" (סעיף 84א' לצו המתקן). הוראות אלה מעניקות למפקד הצבאי שיקול דעת רחב. עליו להחליט אם שיקולי ביטחון החלטיים - או טעמים של הכרח ביטחוני - מצדיקים תיחום מקום מגורים. עמד על כך פיקטה בציינו:

"It did not seem possible to define the expression "security of the State" in a more concrete fashion. 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." (257)

ודוק: השיקולים שהמפקד הצבאי רשאי לשקול אינם אך שיקולים "צבאיים" (military reasons) (ראו, למשל, סעיפים 5, 16, 18, 53, 55, 83 ו-143 לאמנת ג'נבה הרביעית). סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית מרחיב את סוג השיקולים לעבר טעמי "ביטחון" (reasons of security) (ראו, למשל, סעיפים 9, 42, 62, 63, 64 ו-74 לאמנת ג'נבה הרביעית). אכן, אמנת ג'נבה הרביעית מבחינה היטב בין הכרח בשל טעמי ביטחון לבין הכרח בשל טעמים צבאיים. המושג של טעמי ביטחון הוא רחב יותר מהמושג של טעמים צבאיים.

29. שיקול הדעת של המפקד הצבאי להורות על תיחום מקום מגורים הוא רחב. אין זה שיקול דעת מוחלט. על המפקד הצבאי להפעיל את שיקול דעתו במסגרת התנאים שעליהם עמדנו בפסק דינו זה והקבועים בסעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית ובצו המתקן. המפקד הצבאי אינו רשאי, למשל, תוך שימוש בהוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, להורות על תיחום מקום מגוריו של אדם תמים שאינו מעורב בכל פעילות הפוגעת בביטחון המדינה ושלא נשקפת ממנו כל סכנה, וזאת גם אם המפקד הצבאי סבור כי הדבר הכרחי בשל טעמי

ביטחון החלטיים. כן אין הוא רשאי לעשות כן לאדם המעורב בפעילות הפוגעת בביטחון המדינה, אך ששוב לא נשקפת ממנו כל סכנה שתיחום מקום המגורים נועד למונעה. אכן, המפקד הצבאי - המבקש לעשות שימוש בהוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית - חייב לפעול במסגרת הפרמטרים הקבועים בהוראה זו. פרמטרים אלה יוצרים "מיתחם" של מצבים - מעין "מיתחם של סבירות" - אשר במסגרתם רשאי המפקד הצבאי לפעול. אסור לו לחרוג מעבר להם.

30. בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, מפעיל ביקורת שיפוטית על חוקיות הפעלת שיקול דעתו של המפקד הצבאי. נקודת המוצא המדריכה בית משפט זה היא כי המפקד הצבאי ועושי דברו הם עובדי ציבור הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין (בג"ץ 393/82 הנ"ל, בעמ' 809). בביקורת שיפוטית זו, אין אנו עושים עצמנו למומחים בענייני ביטחון. אין אנו ממירים את השיקול הביטחוני של המפקד הצבאי בשיקול הביטחוני שלנו. אין אנו נוקטים כל עמדה באשר לאופן ניהול ענייני הביטחון (השוו בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11, 16). תפקידנו הוא בשמירת הגבולות, ובהבטחת קיומם של התנאים התוחמים את שיקול הדעת של המפקד הצבאי (ראו בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 640). היטיב להביע זאת השופט שמגר באחת הפרשות שדנה בהיקף הביקורת השיפוטית על שיקוליו של המפקד הצבאי באזור יהודה והשומרון:

"הפעלת סמכויותיהם של המשיבים תיבחן על פי אמות המידה אותן מיישם בית משפט זה בבואו להעביר תחת שבט הביקורת פעולתה או מחדלה של זרוע אחרת כלשהי של הרשות המבצעת, אך זאת כמובן תוך התחשבות בחובותיהם של המשיבים כפי שהן עולות ממהות תפקידם" (בג"ץ 619/78 "אלטליעה" שבועון נ' שר הביטחון, פ"ד לג(3) 512, 505).

אמת, "ביטחון המדינה" אינה "מילת קסם", השוללת ביקורת שיפוטית (ראו דברי השופט שטרסברג-כהן בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 124). עם זאת, "מעשה מדינה ומעשה מלחמה אינם משנים מאופיים גם אם נתונים הם לביקורתו של בית המשפט, ואופי המעשים, על פי טבע הדברים, טובע את חותמו בדרכי ההתערבות" (השופט מ' חשין בבג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נו(1) 353, 369). על כן, לא נירתע מהפעלת ביקורת על החלטותיו של המפקד הצבאי על פי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית והצו המתקן אך בשל ההיבטים הביטחוניים החשובים בהם מעוגנת החלטת המפקד. עם זאת, לא נחליף את שיקול דעתו של המפקד בשיקול דעתנו שלנו. נעמוד על חוקיות שיקול דעתו של המפקד הצבאי ועל כך שהן נופלות לגדר "מיתחם הסבירות" הנקבע על ידי הנורמות המשפטיות הרלבנטיות החלות בעניין. עמד על כך - לעניין השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום) באזור חבל עזה - הנשיא שמגר בציינו:

"אך מובן שבית המשפט איננו נכנס בנעלי הגורם הצבאי המחליט... כדי להמיר שיקול דעתו של המפקד בשיקול דעתו של בית המשפט, הוא דן בשאלה, אם לאור מכלול הנתונים מצויה הפעלת האמצעי האמור בתוך המיתחם של האמצעים, אשר ניתן לראותם, בנסיבות העניין, כסבירים בהתחשב עם מעשיהם של אותם המעורבים בפעילות הפוגעת בביטחון האזור שעניינם נדון בבית המשפט" (בג"ץ 1005/89 אגא נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד מד(1) 536, 539).

כך, למשל, איננו מוכנים להתערב בהחלטתו של המשיב, כי תיחום מקום המגורים מהווה מכשיר חשוב להבטחת הביטחון באזור. בעניין זה נטען בפנינו מטעם העותרים כי אמצעי זה אינו יעיל. שאלה זו נבחנה בהרחבה בפני ועדות הערעורים אשר דחו אותה. בפנינו הוצגה מטעם המשיבים במלוא היקפה התמונה הכללית, תוך הבאת דוגמאות של מקרים בהם נמנעה פעילות חבלנית קשה מתוך התחשבות בשיקולים דוגמת זה של תיחום מגורים. במצב דברים זה, לא נמיר את שיקול דעתו של המשיב בשיקול דעתו שלנו (ראו בג"ץ 24/91 עבדאללה ע' רחמן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מה(2) 325, 335; בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נא(2) 651, 655). על רקע זה נעבור עתה לבחינתם של המקרים הספציפיים המונחים לפנינו. המשיב תחם את מקום המגורים של שלושת העותרים שלפנינו. נפנה, איפוא, לענייניו של כל עותר ועותר.

מן הכלל אל הפרט

אמתצאר מוחמד אחמד עג'ורי (העותרת מס' 1 בבג"ץ 7019/02)

31. אמתצאר מוחמד אחמד עג'ורי (רווקה בת 34) הינה אחותו של המחבל אחמד עלי עג'ורי. לאח אחמד עלי עג'ורי מיוחסת פעילות חבלנית עניפה, שבראשה שילוח מחבלים מתאבדים נושאי חגורות נפץ, ואחריות, בין היתר, לפיגוע באזור התחנה המרכזית בתל-אביב בו נהרגו חמישה אנשים ורבים אחרים נפצעו. ועדת הערעורים (בראשות אל"מ גורדון), בהחלטתה מיום 12.8.2002, קבעה - בהתבסס על חומר חסוי שהוצג בפניה ועל עדות אנשי השב"כ - כי העותרת סייעה סיוע ישיר וממשי לפעילותו החמורה של אחיה, שהיתה מכוונת לפגוע באזרחים חפים מפשע. הוועדה קבעה כי יש יותר מאשר בסיס למסקנה כי העותרת ידעה על פעילותו האסורה של אחיה - לרבות היותו מבוקש על ידי כוחות הביטחון של ישראל - וכן ידעה כי אחיה נפצע עת עסק בהכנת חומרי נפץ ולכאורה אף ידעה כי אחיה חמוש והטמין בדירת המשפחה רובה סער. עוד נקבע, כי העותרת סייעה לאחיה בכך שתפרה חגורת נפץ. הוועדה ציינה כי בהתבסס על חומר חסוי - אותו מצאה "מהימן ועדכני" - עולה כי העותרת אכן סייעה לאחיה בפעילותו החמורה. המדובר, כך נקבע, "בסיוע ישיר

וממשי להכנת חגורת נפץ, סיוע אשר אין לנו ספק כי משמעותו והשלכותיו החמורות היו ברורות וידועות [לעותרת]. העותרת העידה אמנם בפני הוועדה כי לא היתה מעורבת בדבר ולא סייעה לאחיה, אולם הוועדה דחתה עדות זו כבלתי מהימנה. היא ציינה, כי "מצאנו את גירסתה המיתממת והמתחמקת בלתי סבירה לחלוטין במהלך עדותה בפנינו וניכר היה כי [העותרת] מבקשת להרחיק עצמה בכל דרך מפעילותו של אחיה... גירסתה המיתממת הותירה בנו רושם ברור של מי שיש לו מה להסתיר ורושם זה מצטרף למידע הברור והחד-משמעי העולה מן החומר החסוי אשר למעורבותה בהכנת חגורת נפץ". אשר על כן, נדחה ערעורה של העותרת לוועדת הערעורים. יצוין עוד, כי בתשובת המשיב בהליך שבפנינו – שנתמכה בתצהיר – צוין כי "העותרת סייעה לאחיה בפעילות החבלנית ובין היתר תפרה לצרכיו חגורות נפץ" – חגורות נפץ, ולא רק חגורת נפץ אחת.

32. נראה לנו כי בעניינה של העותרת מעוגנת החלטתו של המשיב כראוי בהוראות סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית ובהוראותיו של הצו המתקן. לעותרת מיוחסת התנהגות חמורה ביותר, אשר הסיכון שבה לביטחון המדינה הוא ממשי ביותר. כך, למשל, העותרת הכינה יותר מחגורת נפץ אחת. נטען בפנינו, כי העותרת לא ידעה על פעילות אחיה. גירסה זו נדחתה על ידי ועדת הערעורים, ובקביעתה זו של הוועדה לא נתערב. התנהגותה של העותרת היא חמורה ביותר. היא יוצרת סיכון ניכר לביטחון האזור, והיא עוברת באופן ניכר את הסף המינימלי הנדרש על פי הוראותיו של סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית והצו המתקן. אכן, תיחום מקום מגוריה של העותרת הוא אמצעי רצינולי - במסגרת המידתיות הנדרשת - להפחתת הסיכון הנובע ממנה בעתיד. שאלנו את בא כוח המדינה מדוע אין מעמידים את העותרת לדין פלילי. התשובה היתה, כי אין ראיות קבילות נגדה שניתן להציגן במשפט פלילי שכן הראיות המבססות את אחריותה הפלילית הן חסויות ולא ניתן יהיה להציגן במשפט הפלילי. הננו רואים בכך תשובה מניחה את הדעת. אמת, העותרת נתונה במעצר מינהלי (אשר יסתיים באוקטובר 2002). עם זאת, נשקלת האפשרות להארכתו. נראה לנו כי הבחירה בין מעצר מינהלי לבין תיחום מקום מגורים, במקרה המיוחד שלפנינו, נתונה בידי המשיב, ואם בחר להפסיק את המעצר המינהלי ולקבוע תחתיו תיחום של מקום מגורים, אין בכך יסוד להתערבותנו בהחלטתו. כך, גם אם שיקול זה הוכתב, בין השאר, בשל שיקולים של הרתעה כללית, אותם רשאי היה המשיב לקחת בחשבון.

כיפאח מחמד אחמד עג'ורי (בג"ץ 7015/02)

33. כיפאח מחמד אחמד עג'ורי (להלן - העותר מס' 1) (בן 38) הינו נשוי ואב לשלושה ילדים. הוא אחיה של העותרת. אחיו הינו כאמור המחבל אחמד עלי עג'ורי, לו מיוחסת, כפי שראינו, פעילות חבלנית עויינת חמורה ביותר. העותר שלפנינו הודה בחקירתו במשטרה (מיום 23.7.2002) כי ידע שאחיו עלי עג'ורי מבוקש על ידי כוחות הביטחון של ישראל "על עניינים של פיצוצים" ואף נפצע במהלך הכנת מטען. עותר מס' 1 מסר

בחקירתו במשטרה כי אחיו נמנע מלבקר בבית המשפחה בשל היותו מבוקש וכן כי נשא אקדח והיו ברשותו שני רובי סער. בהמשך חקירתו (מיום 31.7.2002) הודה כי ידע שאחיו חבר בחוליה צבאית המתעסקת "בענייני פיצוצים". כן ציין כי ראה את אחיו מחביא נשק בבית המשפחה מתחת לרצפה, וכן החזיק במפתח לדירה בה שהתה החוליה והכינה בה מטעני חבלה. הוא אף לקח מדירה זו מזרון ובהזדמנות זו ראה בה שני תיקים של חומר נפץ כשמאחד מהם יוצאים חוטי חשמל. במקרה אחר, מסר עותר מס' 1 בחקירתו במשטרה, כי שימש כתצפיתן שעה שאחיו וחברי החוליה שלו העבירו שני מטעני חבלה מן הדירה אל רכב שהיה ברשותם. בפעם אחרת, כך מסר העותר מס' 1 לחוקריו, ראה את אחיו ואדם אחר בחדר בדירה, שעה שהם מצלמים בווידאו אדם שעומד לבצע פיגוע התאבדות, ועל השולחן שלפניו ספר קוראן. עותר מס' 1 מסר בחקירתו גם, כי העביר מזון לחוליה של אחיו.

34. בעדותו בפני ועדת הערעורים אישר עותר מס' 1 כי ידע שאחיו מבוקש וכן הכיר את חבריו. הוא העיד כי החזיק אכן במפתח הדירה של אחיו והעביר משם מזרון אם כי לא ידע כי המדובר בדירת מסתור. הוא אישר בעדותו כי בא לדירה וראה בה שני תיקים. הוא אישר גם שראה את אחיו מצלם אדם בווידאו כשספר קוראן על השולחן וכי בהזדמנות אחרת ראה את אחיו מסיים להטמין רובה סער ברצפת הבית. עותר מס' 1 אישר בעדותו כי ראה את אחיו וחבריו מורידים מבית המגורים שני שקים שנאמר לו שיש בהם מטענים אם כי לטענתו לא נתבקש לתצפת או להזהיר את הנוכחים.

35. ועדת הערעורים בחנה את הודעות עותר מס' 1 וכן את הראיות שבאו בפניה והעדויות ששמעה. היא קבעה בהחלטתה (מיום 12.8.2002) כי אכן עותר מס' 1 היה מעורב בפעילותו של אחיו עלי עג'ורי. ועדת הערעורים קבעה, כממצאים עובדתיים לצרכי החלטתה, כי עותר מס' 1 אכן פעל כאמור בהודעותיו בחקירתו, ולא רק כפי האמור בעדותו. בהקשר זה ציינה הוועדה את מודעות העותר מס' 1 למעשיו של אחיו, להחזקת הנשק על ידי אחיו ולהחבאת הנשק. כן קבעה הוועדה כי עותר מס' 1 ידע על דירת המסתור, החזיק במפתח לה והעביר ממנה מזרון. הוועדה קבעה כי העותר מס' 1 ידע על מטעני החבלה שבדירה ואכן שימש כתצפיתן בעת העברת המטענים. הוועדה הוסיפה וציינה את המקרה בו העביר העותר מס' 1 מזון לחברי החוליה, לאחר שראה אותם מצלמים בווידאו בחור העומד לבצע פיגוע התאבדות. הוועדה ציינה, כי "חומרת מעשיו ופעילותו החבלנית המסועפת של אחיו של [עותר מס' 1] הינה חמורה במיוחד. קשריו של [עותר מס' 1] עם אחיו חמורים גם כן, והם מחמירים נוכח העובדה ש[העותר] אינו טוען כי אחיו המבוקש כפה עליו לסייע לו ומכאן שבהחלט עמדה בפניו האופציה שלא לסייע לאחיו ולשתף עימו פעולה".

36. נראה לנו כי גם בעניינו של העותר מס' 1 לא נפל כל פגם בהחלטתו של המשיב. העותר מס' 1 סייע בידי אחיו, והרי הוא מעורב עמוקות בפעילותו החבלנית הקשה של אותו אח, כפי שקבעה ועדת הערעורים, אשר בממצאיה לא נתערב. במיוחד חמורה בעינינו התנהגותו של העותר מס' 1 אשר שימש כתצפיתן שבא להזהיר את אחיו שהיה עסוק אותה שעה בהעברת מטעני חבלה מהדירה בו היה מצוי - ואשר ממנה לקח העותר מס' 1 מזרון כדי לסייע לאחיו - אל רכב שבו השתמשו. בהתנהגותו זו עירב עצמו העותר מס' 1 עמוקות בפעולות החבלניות הקשות של אחיו והריהו מקים אפשרות סבירה כי תהא נשקפת ממנו סכנה ממשית לביטחון האזור. אף כאן שאלנו את בא כוח המשיב מדוע לא יועמד העותר מס' 1 לדין פלילי, ונמסר לנו על ידו כי אפשרות זו אינה מעשית. האמצעי של תיחום מגוריו של העותר מס' 1 הוא אכן אמצעי מידתי למניעת הסיכון ממנו, שכן מעשיו של עותר זה עוברים בהרבה את הסף הנדרש על פי הוראותיו של סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית. כיוון שכך, רשאי היה המשיב להתחשב בשיקולים של הרתעה כללית, ולהעדיף מכוחם את תיחום מקום מגוריו של עותר זה על פני מעצרו המינהלי. אין יסוד להתערבותנו בהחלטתו זו של המשיב.

עבד אלנאצר מוסטפא אחמד עזידה (בג"ץ 7015/02)

37. עבד אלנאצר מוסטפא אחמד עזידה (להלן: העותר מס' 2) (בן 35), הוא נשוי ואב לחמישה ילדים. הוא אחיו של המחבל נאצר א-דין עזידה. אחיו מבוקש על ידי כוחות הביטחון בגין פעילות חבלנית עניפה הכוללת, בין היתר, אחריות לרצח שני ישראלים בישוב יצהר בשנת 1998 וכן אחריות לשני פיגועים בכניסה לישוב עמנואל, בהם נהרגו 19 ישראלים ועשרות רבות נפצעו. עותר מס' 2 נחקר על ידי המשטרה. הוא הודה בחקירתו (מיום 28.7.2002) כי ידע שאחיו מבוקש על ידי כוחות הביטחון של ישראל בגין ביצוע הפיגוע ביצהר. עותר מס' 2 ציין כי סיפק לאחיו מזון ובגדים נקיים כשזה בא לביתו, אם כי לא הלן אותו בבית. הוא אף ציין כי מסר במספר הזדמנויות את רכבו הפרטי לאחיו, אם כי לא ידע לאיזו מטרה או שימוש ביקש אחיו את רכבו. הוא הוסיף עוד, כי חדל לתת לאחיו את הרכב מחשש שכוחות הביטחון של ישראל יתנקשו באחיו בתוך רכבו. בהזדמנות אחרת הסיע את אחיו המבוקש לשכם אם כי גם במקרה זה לא היתה ידועה לעותר מס' 2 מטרת הנסיעה. עותר מס' 2 מסר עוד, כי ראה את אחיו נושא רובה סער. בהזדמנות אחרת סייע למבוקש אחר, ג'יסו, שעה שסיפק לו בגדים נקיים, מזון ושתייה עת ביקר אותו בביתו, ואף השאיל לו את רכבו והסיע אותו לשכם מספר פעמים. בה בעת, עותר מס' 2 טען כי לא ידע למה שימש הרכב או את תכלית ההסעות לשכם. עוד מסר העותר מס' 2 במשטרה כי הסיע את אחיו לבית החולים שעה שנפצע במהלך טיפול במטען חבלה והשאיל את רכבו - בהזדמנות אחרת - לשם פינויו של אדם אחר, שנפצע אף הוא במהלך טיפול במטען חבלה. בה בעת, עותר מס' 2 טען בחקירתו כי לא ידע את נסיבות הפציעה המדוייקות של מי מהנפגעים.

38. בעדותו בפני ועדת הערעורים אישר עותר מס' 2 כי ידע שאחיו מבוקש. הוא העיד כי אכן הסיע את אחיו אך לא מסר לו את הרכב. הוא העיד כי ראה את אחיו עם נשק וכי רצה לתת לו אוכל במפגשים הקצרים שלו עימו, אך לא הספיק. ועדת הערעורים, בהחלטתה (מיום 12.8.2002), קבעה כי עותר מס' 2 אכן ידע על מעשיו של אחיו ועל היותו נושא נשק והיו לו עימו קשרים הדוקים, לרבות מקרים בהם סיפק לו - בביתו שלו - בגדים נקיים ומזון. הוועדה קבעה כי עותר מס' 2 לא רק הסיע את אחיו המבוקש ברכבו אלא גם השאילו הן לאחיו והן למבוקש אחר. הוועדה ציינה כי "אין המדובר ברבב' של עבירות" אם כי הוסיפה כי "קשריו של [העותר מס' 2] עם אחיו וסיועו הממשי לו... חמורים פחות ובאופן משמעותי מזה של [עותר מס' 1]". הוועדה הוסיפה, על רקע זה, כי "אנו מפנים את תשומת ליבו של מפקד האזור לעובדה כי מעשיו האישיים חמורים פחות מאלה של [עותר מס' 1] וזאת לענין מידתיות התקופה".

39. הננו סבורים כי לא היה מקום לתחום את מקום מגוריו של העותר מס' 2. אמת, עותר זה היה מודע לפעילותו החבלנית החמורה של אחיו. בכך בלבד לא די כדי לתחם את מקום מגוריו הוא. הפעולות האקטיביות שבהן נקט, בסיוע לאחיו, נופלות מרמת הסיכון הנדרשת על פי הוראותיה של סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית ולהוראות הצו המתקן. אין בהתנהגותו שלו אותה מעורבות היוצרת סיכון ממשי לביטחון האזור, המאפשרת תיחום מקום מגוריו. עותר זה טען - וועדת הערעורים לא דחתה את גירסתו - כי הוא לא ידע לאיזו מטרה עושה אחיו שימוש ברכב שהעותר מס' 2 העמיד לרשותו, וכן לא ידע, שעה שהסיע את אחיו, מהי מטרתו של האח. ודוק: סבורים אנו שהתנהגותו של העותר מס' 2 - אף שהיא נובעת מקשרי המשפחה ההדוקים - פסולה היא. דווקא עזרה זו שבני המשפחה מעניקים למחבלים מאפשרת להם להימלט מזרועות הביטחון ולבצע את זממם. עם זאת, כפי שראינו, המכשיר של תיחום מקום המגורים הוא אמצעי חריף שיש להשתמש בו אך במקרים מיוחדים בהם נשקפת סכנה ממשית לביטחון האזור אם לא יינקט באמצעי זה (השוו בג"ץ 2630/90 פייצל מוחמד רדוף מחמוד סראכרה נ' מפקד צה"ל באזור יהודה והשומרון (לא פורסם)). איננו סבורים שהמקרה של העותר מס' 2 נופל לגדרם של מקרים אלה. נראה לנו כי הסכנה הנשקפת לביטחון האזור מפעולתו של העותר מס' 2 אינה עוברת את הסף להפעלת האמצעי של תיחום מקום המגורים. נראה שוועדת הערעורים הצבאית היתה ערה אף היא לכך, שעה שעמדה על האפשרות של הפחתת תקופת התיחום. לדעתנו, מקרהו של העותר מס' 2 אינו נכנס כלל ל"מיתחם הסבירות" הנקבע על ידי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית והצו המתקן, ואין אפשרות לתחם את מקום מגוריו של עותר זה. אמת, מוכנים אנו לקבל כי תיחום מקום מגוריו של העותר מס' 2 יהיה בו כדי להרתיע את הרבים. עם זאת, שיקול זה - שיש בו כדי לפעול במקום שהמקרה עובר את הסף לשימוש במכשיר של תיחום מגורים - אינו יכול לפעול במקום שהתנאים להפעלתו של סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית ולצו המתקן אינם מתקיימים.

40. בטרם נסיים ברצוננו להעיר שתי הערות סיכום. ראשית, פירשנו כמיטב יכולתנו את הוראותיו של סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית. על פי כל הגישות הפרשניות המקובלות, ביקשנו לתת להן מובן שיוכל להתמודד עם המציאות החדשה בפניה ניצבת מדינת ישראל. ספק בעינינו אם מנסחיה של הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית ראו נגד עיניהם אנשים מוגנים אשר שיתפו עצמם לטרור ול"פצצות-חיות". מציאות חדשה זו מחייבת גישה פרשנית דינמית להוראותיה של סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, באופן שהיא תוכל להתמודד עם המציאות החדשה.

41. שנית, תקופה קשה עוברת על מדינת ישראל. הטרור פוגע בתושביה. נקטפים חיי אדם. מאות נהרגים. אלפים נפצעים. גם האוכלוסיה הערבית באזור יהודה והשומרון ואזור חבל עזה סובלת סבל קשה מנשוא. כל זאת, בשל פעולות רצח, הרג והרס שמבצעים מחבלים. ליבנו עם הגב' קסלר ששכלה את בתה במעשה טרור נפשע ועם כל הישראלים האחרים שאיבדו את יקיריהם ונפגעו הם עצמם קשות מאירועי הטרור. המדינה עושה כל שביכולתה כדי להגן על אזרחיה ולהבטיח את ביטחון האזור. אמצעים אלה מוגבלים הם. ההגבלות הן, בראש ובראשונה, צבאיות-אופרטיביות. קשה להילחם במי שמוכנים להפוך עצמם לפצצות חיות. הגבלות אלה הן גם נורמטיביות. מדינת ישראל היא דמוקרטיה שוחרת חרות. היא דמוקרטיה מתגוננת הפועלת במסגרת זכותה להגנה עצמית - זכות המוכרת על ידי מגילת האומות המאוחדות. המדינה מבקשת לפעול במסגרת האפשרויות החוקיות העומדות לרשותה על פי המשפט הבינלאומי החל עליה ועל פי משפטה הפנימי שלה. כתוצאה מכך, לא כל אמצעי אפקטיבי הוא גם אמצעי חוקי. אכן, מאבק קשה מנהלת מדינת ישראל כנגד הטרור. זהו מאבק הנעשה במשפט ובכלים שהמשפט מעמיד לרשותה. ידועה האימרה כי בעת מלחמה מחרישים החוקים (Inter arma silent leges (Cicero, **pro Milone** 11); ראו גם W. Rehnquist, All (1998) The Laws But One 218). אימרה זו אינה משקפת את הדין המצוי והרצוי. היטיב להביע זאת השופט אטקין (Lord Atkin) בפרשת Liversidge v. Anderson [1941] 3 All E.R. 338, 361, בציינו:

"In England amidst the clash of arms the laws are not silent. They may be changed, but they speak the same language in war as in peace. It has always been one of the pillars of freedom, one of the principles of liberty for which... We are now fighting, that the judges... stand between the subject and any attempted encroachments on his liberty by the executive, alert to see that any coercive action is justified in law".

אכן, "גם כאשר התותחים יורים חייב המפקד הצבאי לשמור על החוק. כוחה של חברה לעמוד כנגד אויביה מבוסס על הכרתה, כי היא נלחמת עבור ערכים הראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה" (בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467, 470). "הקמנו כאן מדינה שומרת חוק, המגשימה את יעדיה הלאומיים ואת חזון הדורות, והעושה כן תוך הכרה בזכויות האדם, בכלל, וכבוד האדם בפרט והגשמתם" (בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, 35). היטיב להביע זאת חברי, השופט מ' חשין, בציינו:

"לא ניחלש במאמצינו לעשות לשלטון החוק. חייבנו עצמנו בשבועה לשפוט משפט צדק, להיות משרתיו של החוק, ונהיה נאמנים לשבועתנו ולעצמנו. גם בהריע שופרות המלחמה ישמיע שלטון החוק את קולו" (בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נו(1) 353, 369).

אכן, קשה הוא מצבה של מדינת ישראל. גם תפקידנו שלנו כשופטים אינו קל. עושים אנו ככל יכולתנו לאזן כראוי בין זכויות האדם לבין ביטחון האזור. באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה. הוא נותן טעם למאבקה. ואשר לנו כשופטים, קשה מלאכתנו. מקושי זה לא נוכל ולא נרצה להימנע. עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

"ההכרעה הונחה לפתחנו, ועלינו לעמוד בה. מחובתנו לשמור על חוקיות השלטון גם בהחלטות קשות. גם כאשר התותחים רועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל וקובע מותר ואסור, חוקי ובלתי חוקי. ומשקיים משפט, קיים גם בית משפט הקובע מה מותר ומה אסור, מהו חוקי ומהו בלתי חוקי. חלק מהציבור ישמח בהחלטתנו; חלקו האחר יתנגד לה. ייתכן, ולא אלה ולא אלה יעיינו בהנמקותינו. אך אנו את מלאכתנו נעשה. 'זה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים'" (בג"ץ 2161/96 רבחי סעיד שריף נ' אלון פיקוד העורף, פ"ד נו(4) 485, 491, המצטט את דברי מ"מ הנשיא השופט לנדוי בבג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 4).

התוצאה היא כי אנו דוחים העתירה בבג"ץ 7019/02, ואת העתירה בבג"ץ 7015/02, ככל שהיא נוגעת לעותר מס' 1. אנו עושים הצו-על-תנאי למוחלט לעניין העותר מס' 2 בבג"ץ 7015/02.

ה נ ש י א

המשנה לנשיא ש' לוי:

אני מסכים.

המשנה לנשיא

השופט ת' אור:

אני מסכים.

שופט

השופט א' מצא:

אני מסכים.

שופט

השופט מ' חשין:

אני מסכים.

שופט

השופט ט' שטרסברג-כהן:

אני מסכימה.

שופטת

השופטת ד' דורנר:

אני מסכימה.

שופטת

השופט י' טירקל:

אני מסכים.

שופט

השופטת ד' ביניש:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, כ"ו באלול התשס"ב (3.9.2002).

הנשיא המשנה לנשיא שופט

שופט שופט שופט

שופטת שופט שופטת

העתק מתאים למקור A15.02070150 /דד/

נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח.

רשם

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444

בית המשפט פתוח להערות והצעות: pniot@supreme.court.gov.il

לבתי המשפט אתר באינטרנט: www.court.gov.il