



CENTER FOR  
THE DEFENCE OF  
THE INDIVIDUAL

המוקד להגנת הפרט

مركز الدفاع عن الفرد

תאריך : 25.11.2015  
בתשובה נא לציין : 37230

**בפקס : 02-6467001**

דחוף ביותר

לכבוד

עו"ד יהודה וינשטיין  
היועץ המשפטי לממשלה  
משרד המשפטים  
רח' צלאח א-דין 29  
ירושלים 91010

מכובדי,

רחוב אבו עוביידה 4  
ירושלים 97200  
טל. 02.6283555  
פקס. 02.6276317

شارع أبو عبيده ٤  
ألقدس ٩٧٢٠٠

הاتف. ٠٢. ٦٢٨٣٥٥٥  
فاكس. ٠٢. ٦٢٧٦٣١٧

mail@hamoked.org.il  
www.hamoked.org.il

הנדון: **כוונת הממשלה ומערכת הביטחון לגרש לרצועת עזה קרובי משפחה של מבצעי פיגועים**

1. הריני לפנות אליך בנוגע לצעדי ענישה ואמצעי לחץ שממשלת ישראל ומערכת הביטחון שוקלות לנקוט כנגד קרוביהם של מבצעי פיגועים. כפי שלמדנו מפרסומים באמצעי התקשורת השונים, הכוונה היא לגרש לרצועת עזה קרובי משפחה של מבצעי פיגועים, אם יתברר כי ידעו מראש על תכניותיהם של המפגעים, או כי תמכו במעשיהם. להלן נבקש את התערבותך לצורך מניעת השימוש בצעד זה, המנוגד לדין.

2. קשה להפריז בחומרת הצעד של גירוש ובפגיעתו האנושה בכל היבט של חייו וזכויותיו של אדם. משמעות הגירוש היא הפרדת המגורשים ממשפחותיהם, הרחקתם מקניינם ורכושם, ממקורות פרנסתם, מסביבתם הפיזית והחברתית, והפיכתם לבני-בלי-בית ברצועת עזה.

**האיסור המוחלט על גירוש של תושב מוגן לפי סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949)**

3. סמכות המפקד הצבאי להורות על גירוש של תושב מוגן של השטחים הכבושים, מקורה בדבר חקיקה מנדטורי – תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. אולם קיומה של סמכות פורמאלית זו, עומד בסתירה מוחלטת לקביעות במשפט הבינלאומי, שאינן משתמעות לשתי פנים, לפיהן חל איסור מוחלט לגרש תושב מוגן מהשטח הכבוש.

4. סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית אוסר באופן מפורש על גירושם של אזרחים מוגנים מהשטח הכבוש. האיסור חל על כל סוג של גירוש: בין של יחידים ובין של רבים; בין משטח כבוש לשטח המדינה הכובשת, בין משטח כבוש לשטח ריבוני של מדינה זולת המדינה הכובשת, ובין משטח כבוש לשטח כבוש; ותהא הסיבה אשר תהא.

5. החריג היחיד שנקבע לאיסור זה מתיר פינוי חלקי וזמני של אזור מסוים מהאוכלוסייה האזרחית שבו, כאשר הדבר נדרש למען ביטחון האוכלוסייה, או מטעמים צבאיים החלטיים. גם אז, החריג מתיר רק העברה של האוכלוסייה בתוך השטח הכבוש עצמו.

6. האיסור על גירוש הוא מהחמורים שבאמנת ג'נבה. הפרתו נחשבת להפרה חמורה, לפי סעיף 147 לאמנה. משמעות הדבר היא, שמי שביצע או ציווה לבצע גירוש של תושב מוגן נושא באחריות פלילית בינלאומית למעשיו, וכל אחד מבעלי האמנה מחויב לחפש ולהעמיד לדין כל אדם כזה, ללא התחשבות באזרחותו.

7. גם בחוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי נקבע גירוש כפשע מלחמה, שבית הדין מוסמך לדון בו (סעיף (a)(2)(vii)). גירוש מהווה גם פשע נגד האנושות לפי חוקת בית הדין, אם הוא מבוצע בהיקפים גדולים.

#### תחולת סעיף 78 לאמנת ג'נבה והשינויים שחלו בשטח מאז הלכת עגורי

8. סעיף 78 לאמנת ג'נבה מתיר למפקד הצבאי של שטח כבוש לקבוע, כי תושב מוגן יתגורר באזור מסוים בתוך השטח הכבוש. זאת בתנאי שהאדם עצמו מהווה סיכון לביטחון האזור וכי תיחום מגוריו ינטרל סיכון זה. על המפקד הצבאי נאסר ליישם סמכות זאת על-מנת לעקוף את הוראות סעיף 49 לאמנה, האוסר על גירוש תושבים מוגנים:

...As we are dealing with occupied territory, the protected persons concerned will benefit by the provisions of Article 49 and cannot be deported; they can therefore only be interned, or placed in assigned residence, within the frontiers of the occupied country itself.

(Commentary on the Geneva Convention, Jean S. Pictet, 1958, בעמ' 368).

9. בית המשפט הכריע בבג"ץ 7015/02 **עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, נו (6) 352 (להלן: **עניין עגורי**), כי צווי תיחום המגורים לרצועת עזה שהוצאו לעותרים, שהתגוררו בגדה המערבית, עומדים בתנאי של סעיף 78 לאמנת ג'נבה, ועל כן הינם חוקיים. זאת בהתבסס **על הקביעה שרצועת עזה והגדה המערבית מהוות יחידה טריטוריאלית אחת**, ולכן העברת אדם בין אזורים אלה אינה בגדר "גירוש" אל מחוץ לשטח הכבוש, פעולה שנאסרה לפי סעיף 49 לאמנת ג'נבה (סעיפים 20-23 לפסק הדין).

10. כידוע, ממועד מתן פסק הדין בעניין עגורי, בשנת 2002, חלו שינויים מפליגים במצב הפוליטי והביטחוני ברצועת עזה: בשנת 2005 בוצעה "תכנית ההתנתקות", שעיקרה פינוי האוכלוסייה הישראלית משטח רצועת עזה והסגת כוחות הצבא מתוך הרצועה לישראל.

11. עמדתה העקבית של מדינת ישראל מאז היא, כי שטח רצועת עזה אינו מצוי עוד תחת שליטתה וכי דיני התפיסה הלוחמתית אינם חלים עוד על היחסים שבינה לבין תושבי הרצועה. בשורה של פסקי דין קבע גם בית המשפט, כי לאחר ביצוע תכנית ההתנתקות, וביתר שאת לאחר עליית החמאס לשלטון ברצועה, אין לומר עוד כי הרצועה נחשבת ל"שטח כבוש" על ידי מדינת ישראל:

מאז חודש ספטמבר 2005, אין עוד לישראל שליטה אפקטיבית בנעשה בשטח רצועת עזה. הממשל הצבאי שהוחל בשטח זה בעבר בוטל בהחלטת הממשלה, וחיילים ישראלים אינם שוהים באזור זה באופן קבוע ואף אינם מנהלים את המתרחש בו. (בג"ץ 9132/07 **גבר אלבסיוני אחמד נ' ראש הממשלה**, סעיף 12 לפסק הדין).

לאחר יישום תוכנית ההינתקות מאזור חבל עזה ומאזור צפון השומרון, הוציא מפקד פיקוד הדרום ביום 12.9.2005 מנשר בדבר סיומו של הממשל הצבאי ומאז אין מתקיימת עוד "תפיסה לוחמתית" ברצועה מבחינת הדין הבינלאומי ואין לישראל שליטה אפקטיבית על הנעשה בשטח.

(בג"ץ 5268/08 ראמי צקר אסמעיל ענבר ו-14 אחרים נ' אלוף פיקוד הדרום, סעיף 6 לפסק הדין. ההדגשה הוספה).

12. כידוע, אנו מתנגדים לתיזה משפטית זו, שכל תכליתה להמעיט מאחריות המדינה להבטחת זכויותיהם של תושבי רצועת עזה, ולאפשר את המשך מדיניות הבידול בין רצועת עזה לגדה המערבית. אולם, המדינה אינה יכולה לאחוז בחבל משני קצותיו: אם אכן סבורה המדינה שמיום ביצוע ההתנתקות, חדלו רצועת עזה והגדה המערבית להיות יחידה טריטוריאלית אחת – הרי שלא ניתן להחיל בעניין את סעיף 78 לאמנת ג'נבה, כפי שהדגיש בית המשפט בעניין עגורי.

13. התוצאה המתקבלת מכל האמור לעיל היא, שלאור השינויים שחלו במעמדה של רצועת עזה, ההלכה שנפסקה בעניין עגורי אינה יכולה לחול עוד. לא ניתן לטעון שהחלטה של המפקד הצבאי להעביר בכפייה פלסטינים מהגדה המערבית לרצועת עזה עומדת בגדר סעיף 78 לאמנת ג'נבה; ובהיעדר תחולה לסעיף 78, הרי שהדין החולש על החלטתו של המפקד הצבאי הוא סעיף 49 לאמנת ג'נבה, המגדיר העברה כזו כגירוש ואוסר עליה מכל וכל.

14. דברים אלו נכונים מקל וחומר לגבי תושבים מוגנים בירושלים המזרחית, שלהם מעמד של תושבות בישראל.

#### ענישה קולקטיבית

15. על פי הפרסומים, נבחנת האפשרות לגרש את בני משפחותיהם של מבצעי הפיגועים, על אף היעדר כל מעורבות אישית שלהם בביצוע הפיגוע עצמו.

16. כידוע, ענישה קולקטיבית אסורה במשפט הבינלאומי במסגרת דיני המלחמה וכן במשפט הבינלאומי לזכויות האדם. עקרון העל האוסר על שימוש באמצעי ענישה גורפים ושרירותיים הפוגעים בקבוצות שלמות של אנשים, מהווה גם חלק חשוב מכללי המשפט הבינלאומי המנהגי.

17. במסגרת זו, קובעת תקנה 50 לתקנות האג:

No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they cannot be regarded as jointly and severally responsible.

ובסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית נקבע:

No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. **Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited.** Pillage is prohibited.

18. יש לציין, כי בניגוד לפרשנות שניתנה על ידי בית המשפט להוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 - כמתירה פעולות הרתעה כגון הריסת

בתים, גם כאשר אלו פוגעות בחפים מפשע - הרי שהסמכות לפי תקנה 112 בנוגע לגירוש פורשה כמשתרעת אך רק על **אותו אדם** שמעשיו הוא עלולים לסכן את ביטחון האיזור:

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

19. כך נקבע גם לגבי השימוש בסעיף 78 לאמנת ג'נבה:

תנאי הכרחי לכך שיהא ניתן 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 אין נשקפת כל סכנה אך משום שתיחום מקום מגוריו יביא להרתעתם של אחרים. (עניין עג'ורי, עמ' 370).

#### סיכום

20. אם אכן, כפי שעולה מהפרסומים בתקשורת, מדינת ישראל בוחנת את האפשרות לנקוט בצעד כה דרקוני וכה קיצוני, של גירוש קרובי משפחתם של מפגעים לרצועת עזה, נבקש את התערבותך וסיכול כוונה זו. זאת לנוכח אי החוקיות הברורה והחד משמעית של צעד זה, כפי שפורט בהרחבה לעיל.

בכבוד רב,

עו"ד ענת גונן  
מתאמת המחלקה המשפטית

העתקים:  
שר הביטחון, מר משה יעלון  
אסנת מנדל, מנהלת מחלקת הבגצ"ים