



היועץ המשפטי לממשלה

ירושלים, י' אייר תשע"ו
18 מאי 2016

מספרנו: 004-99-2016-005119
(בתשובה נא לציין מספרנו)

אל: בנימין נתניהו, ראש הממשלה

שלום רב,

הנדון: הרחקת משפחות מחבלים

מכתבך מיום 2.3.2016

כללי

בחודשים האחרונים עומדת מדינת ישראל בפני גל טרור רצחני. עשרות רבות של פיגועי טרור בוצעו על ידי מרצחים בני עוולה, אשר בהם נטלו את חייהם של ישראלים רבים. רבים אחרים נפצעו. תחושת הביטחון של אזרחי ישראל נפגעה. למדינת ישראל עומדת הזכות להגנה עצמית נגד מעשי הטרור המופננים כנגדה. יתר על כן, מוטלת עליה חובה לנקוט באמצעים החוקיים העומדים לרשותה על מנת להגן על אזרחיה.

כוחות הביטחון של מדינת ישראל פועלים יומם ולילה לשם סיכול מעשי טרור נוספים ולשם שמירה על ביטחונם של אזרחי ישראל. אנו במשרד המשפטים פועלים ללא לאות על מנת להעמיד לרשותם את האמצעים החוקיים הדרושים לצורך כך.

פרקליטות המדינה פועלת על מנת למצות את הדין עם אלו המעורבים במעשי הטרור, לרבות בדרך של הגשת כתבי אישום נגד אלו המסיתים לטרור. מחלקת הייעוץ והחקיקה מספקת ייעוץ משפטי במגוון רחב של תחומים, ובו בזמן פועלת על מנת להקנות לכוחות הביטחון כלים משפטיים חדשים, בין היתר, במסגרת קידום הצעת חוק המאבק בטרור, אשר נדונה בימים אלו ממש בכנסת לקראת עיגונה לכדי חוק מחייב.

במכתבך שבסימוכין ביקשת כי אחווה את דעתי המשפטית באשר לאמצעי ביטחוני נוסף, שעניינו בהרחקת בני משפחותיהם של מחבלים המסייעות לטרור מאזור יהודה והשומרון (להלן: "איו"ש" או "האזור") לרצועת עזה. לשם כך, הוכנה לבקשתי חוות דעת מקיפה על-ידי המשנה



היועץ המשפטי לממשלה

ליועץ המשפטי לממשלה (בינלאומי), ד"ר רועי שיינדורף. במכתב זה אבקש להציג בפניך את עיקרי הדברים.

שאלת ההרחקה מאיו"ש לרצועת עזה

תיחום מגורים ברצועת עזה

שאלת חוקיות הרחקתם מטעמים ביטחוניים של פלסטינים תושבי איו"ש לרצועת עזה נבחנה על-ידי בית המשפט העליון בפסק-הדין העקרוני בבג"ץ 7015/02 עג'ורי. בפסק-דין זה אישר בית המשפט העליון, בהרכב של תשעה שופטים, את הנקיטה בצעד הביטחוני האמור במסגרת האמצעי המשפטי של "תיחום מקום מגורים", אשר מעוגן בצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון), וקבע כי אמצעי זה עולה בקנה אחד עם הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית.

כפי שנקבע בפסק-הדין, תיחום מגורים כאמור מותנה בקיומם של מספר תנאים, הנובעים מסעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית (חלקם מעוגן מפורשות גם בצו בדבר הוראות ביטחון): ראשית, נדרש להוכיח כי קיימות **מסוכנות אינדיבידואלית** מצד אותו אדם אשר לגביו מבקשים להפעיל את הסמכות; שנית, נפסק כי השימוש באמצעי זה ייעשה כצעד **מניעתי** ולא מטעמים של הרתעת הרבים בלבד; שלישית, נקבע כי לשם הפעלת הסמכות דרושות ראיות מנהליות ברורות ומשכנעות לקיומה של **סכנה ממשית לפגיעה בביטחון האזור**; ורביעית, נדרש כי שימוש באמצעי זה ייעשה באורח **מידתי** בנסיבות העניין, ובין היתר, רק כאשר **אין אמצעי אחר שפגיעתו פחותה** להשגת המטרה, ובכלל זאת, שלא ניתן להעמיד לדין פלילי את האדם כלפיו מבקשים להפעיל את הסמכות. עוד נפסק כי לאדם כלפיו הופעלה הסמכות תינתן זכות ערעור, וכי תיערך בחינה שיפוטית תקופתית של הצו, מדי חצי שנה.

תנאי מרכזי נוסף להפעלת סמכות תיחום המגורים, שנובע אף הוא מהוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, הינו הימצאו של מקום המגורים החדש אליו מועבר האדם שכלפיו מופעלת הסמכות, **באותו אזור הנתון לתפיסה לוחמתית**, שבו מצוי מקום המגורים שממנו הוא מוצא. במועד מתן פסק הדין המדובר, נמצאה רצועת עזה תחת שליטה צבאית של מדינת ישראל, ומאחר שעל פי הסכם הביניים, נתפסה הרצועה כיחידה טריטוריאלית אחת עם אזור יהודה והשומרון, נפסק כי ניתן היה לנקוט באמצעי האמור על מנת להעתיק את מקום מגוריהם של יחידים מסוימים מאיו"ש לרצועה, בהתקיים התנאים המפורטים בפסקה הקודמת.

דא עקא, שמאז שניתן פסק הדין, חל שינוי מהותי במצב העובדתי המתייחס לשליטתה של מדינת ישראל ברצועת עזה, וכנגזרת מכך גם במעמדה המשפטי של הרצועה. מאז שנת 2005, בעקבות



היועץ המשפטי לממשלה

יישום תכנית ההתנתקות וסיום הממשל הצבאי ברצועת עזה, שטח זה איננו מצוי עוד תחת שליטה אפקטיבית של מדינת ישראל. בהתאם, עמדתה העקבית והחד-משמעית של מדינת ישראל היא כי אין עוד לראות ברצועה שטח הנתון תחת תפיסה לוחמתית. עמדה זו אושרה על ידי בית המשפט העליון במספר פסקי דין. בעקבות אימוצה של העמדה האמורה, אף תוקן הצו בדבר הוראות ביטחון החל באיו"ש, כך שלא ניתן עוד לתחס מכוחו את מגוריהם של פלסטינים תושבי איו"ש בשטח רצועת עזה, אלא בתחום האזור בלבד.

משכך, לא ניתן עוד לעשות שימוש בסמכות לתיחום מקום מגורים של פלסטינים, תושבי איו"ש, בשטח רצועת עזה. כל ניסיון לטעון לקיומה של אפשרות זו, מעמיד בסכנה ממשית את עמדתה העקרונית של מדינת ישראל ביחס למעמד הרצועה, וכרוכות בו כאמור משמעויות מרחיקות לכת מבחינת חובותיה של ישראל כלפי האוכלוסייה הפלסטינית המתגוררת בשטח זה.

גירוש לרצועת עזה

בהעדר האפשרות לנקוט באמצעי של תיחום מקום מגורים לשם הרחקת פלסטינים תושבי איו"ש לרצועת עזה מטעמים ביטחוניים, נותרת לכאורה בידי המפקד הצבאי אך ורק **סמכות הגירוש** לשם השגת מטרה זו.

בסמכות זו נעשה שימוש על-ידי מדינת ישראל בעבר הרחוק יותר, לאחרונה בשנת 1992, לשם גירוש פעילי טרור משטחי איו"ש והרצועה למדינות ערב השכנות. נקיטה בסמכות הגירוש מותנית, על פי פסיקת בג"ץ, בהתקיימותן של דרישות הדומות לאלו שנוכרו לעיל ביחס לאמצעי של תיחום מקום מגורים (דהיינו: מסוכנות אינדיבידואלית; ראיות ברורות ומשכנעות לקיומה של סכנה ממשית לפגיעה בביטחון האזור; ומידתיות הפגיעה בזכויותיו של המגורש).

אולם, מאז פסק הדין האחרון שניתן בנושא זה חלפו כעשרים וחמש שנים. בשנים אלה, חלו התפתחויות משמעותיות במשפט הבינלאומי, רבות מהן בתחום המשפט הבינלאומי הפלילי. כיום, העמדה המקובלת – שלמעשה אין עוד מי שחולק עליה – היא שגירושו של אדם משטח הנתון תחת תפיסה לוחמתית, תהא הסיבה לכך אשר תהא, מהווה הפרה של סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, ואף עשוי לעלות כדי פשע מלחמה ופשע נגד האנושות.

בנסיבות אלו, לא ניתן עוד להתיר מבחינה משפטית את השימוש באמצעי של גירוש ביחס לפלסטינים תושבי איו"ש, אפילו היו הם מעורבים בפעילות טרור.



היוקץ המשפטי לממשלה

שאלת תיחום מקום המגורים באיו"ש

כפי שצוין לעיל, הצו בדבר הוראות ביטחון שחל באיו"ש איננו מתיר עוד את תיחום מקום מגוריהם של תושבי האזור בשטח רצועת עזה. מאידך, **הצו מאפשר לתחם את מקום מגוריו של תושב איו"ש בתוככי האזור עצמו.**

על-פי סעיף 297 לצו: "מפקד צבאי רשאי להורות בצו שאדם יהיה נתון לפיקוח מיוחד". צו פיקוח כאמור יכול לכלול – בין היתר – את המגבלות הבאות, כולן או מקצתן: חובה על אדם לגור בתחומיו של מקום מסוים באזור; איסור על אדם לעזוב את העיר, הכפר או הנפה שבהם הוא מתגורר, ללא רשות בכתב של המפקד הצבאי; וחובה על אדם להישאר מאחורי דלתות ביתו למשך אותן שעות שיקבע המפקד הצבאי בצו.

הוראה זו עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי, ובלבד שהשימוש בה ייעשה בכפוף לתנאים שנקבעו בהקשר זה בפסיקת בית המשפט העליון. כלומר, **ניתן לתחם את מקום מגוריו של תושב איו"ש במקום מסוים הנמצא באזור, שאיננו מקום מגוריו, אם נמצא כי קיימת מסוכנות אינדיבידואלית מצד אותו אדם אשר לגביו מבקשים להפעיל את הסמכות; האמצעי ננקט כצעד מניעתי ולא מטעמים של הרתעת הרבים בלבד; קיימות ראיות מנהליות ברורות ומשכנעות לקיומה של סכנה ממשית לפגיעה בביטחון האזור; ומתקיימת דרישת המידתיות בין עוצמת האינטרס הביטחוני להיקף הפגיעה בזכויות הפרט, ובכלל זאת, לא ניתן להעמיד את האדם כלפיו מבקשים להפעיל את הסמכות לדין פלילי. הנקיטה באמצעי זה תהא כאמור מתוחמת בזמן, ונתונה לביקורת שיפוטית, תוך שניתן יהיה להאריכה מעת לעת.**

בהקשר זה ראוי לציין כי בהתאם לפסק הדין בעניין **עג'ורי**, כאשר בשל מסוכנותו של אדם ניתן לתחם את מקום מגוריו, והשאלה היא אך ורק אם לעשות שימוש בסמכות זו, אין כל פגם בכך שהמפקד הצבאי ישקול לא רק שיקולי מניעה, אלא גם שיקולים של הרתעת הרבים, למשל, לשם בחירה בין אמצעים מנהליים שונים (כגון: מעצר מנהלי אל מול תיחום מקום המגורים).

בבואנו ליישם תנאים אלו ביחס לבני משפחותיהם של מחבלים המסייעים לטרור, נדרשת אפוא בחינה מדוקדקת של המסוכנות הנשקפת מהם. לשם כך, מתחייבת חוות דעת קונקרטית מטעם גורמי הביטחון, המתייחסת למסוכנות הנשקפת מבן המשפחה הספציפי, וכן, שלא ניתן להעמידו לדין פלילי בגין מעשיו. מפסק הדין בעניין **עג'ורי** עולה כי לעניין דרישת המסוכנות לא ניתן להסתפק בכך שבן המשפחה היה מודע למעורבותו של המפגע בטרור, אלא נדרש סיוע אקטיבי לביצוע מעשי הטרור עצמם.



היועץ המשפטי לממשלה

כך, בפסק-הדין אושרה הנקיטה באמצעי של תיחום מקום מגורים ביחס לאחות של מפגע, אשר ידעה על מעורבותו בטרור ותפרה עבורו חגורת נפץ; וכן, ביחס לאח של אותו מפגע, שידע אף הוא על מעורבותו בטרור ובהזדמנות מסוימת שימש כתצפיתן. לעומת זאת, ביחס לאחיו של מפגע אחר, שהיה מודע לפעילותו החבלנית, ואף סייע לאחיו, אך לא בקשר לפעילות טרור קונקרטי (סיפק לאחיו מזון ובגדים נקיים, כשזה בא לביתו; מסר את רכבו הפרטי לשימוש אחיו ואף הסיע אותו ברכב, מבלי שידע את מטרת השימוש או ההסעה), נפסק כי לא מתקיימת מסוכנות במידה הנדרשת לצורך תיחום מקום המגורים.

שאלה שלא עמדה לפתחו של בג"ץ, ובהתאם גם לא נקבעה ביחס אליה הלכה מחייבת, היא האם בן משפחה של מפגע, שהיה מעורב בעצמו בהסתה לטרור לאחר מעשה, מקיים בכך את מידת המסוכנות הנדרשת לצורך נקיטה באמצעי של "תיחום מקום מגורים". לשם בחינת ההיתכנות העקרונית של פעולה זו נדרשת, בראש ובראשונה, חוות דעת עקרונית מטעם גורמי הביטחון המוסמכים, לרבות שירות הביטחון הכללי, באשר לקיומה של תכלית ביטחונית בנקיטת האמצעי האמור ביחס לבני-משפחה מסיתים.

בהקשר זה יודגש כי לפי פסיקת בית המשפט העליון, תיחום מקום מגורים הינו אמצעי חלופי למעצר מנהלי. נקיטה בצעד זה בתחום אזור יהודה והשומרון, מקום בו ניתן במקביל להחזיק את יעד הפעולה במעצר מנהלי, עלולה להביא לדרישה דומה מצד רבים מהעצורים המנהליים, אשר יבקשו להמיר את מעצרום בתיחום מקום מגורים בתוככי השטח. זהו שיקול נוסף אותו נדרשים גורמי הביטחון, בדגש על שירות הביטחון הכללי, לקחת בחשבון במסגרת גיבוש העמדה העקרונית בנוגע לשימוש בסמכות המדוברת.

עוד יש לזכור, כי תיחום מקום מגורים איננו אפשרי כאמור מקום בו ניתן להשיג את התכלית הביטחונית באמצעות מעצר ומאסר מכוח הדין הפלילי. בהקשר הקונקרטי של עבירות הסתה, כאשר דבר ההסתה עצמו הוא הראיה לביצוע העבירה, המשמעות היא שברובם המכריע של המקרים החמורים, שעשויים כביכול להצדיק תיחום של מקום המגורים, ניתן יהיה לנקוט גם באמצעי הפלילי.

סוף דבר

כאמור בפתח הדברים, התבקשתי לחוות את דעתי המשפטית באשר לאפשרות הרחקת בני משפחותיהם של מחבלים המסייעים לטרור מאזור יהודה והשומרון.



היועץ המשפטי לממשלה

מהמקובץ לעיל עולה אפוא כי הרחקתם אל מחוץ לתחומי האזור, בין לרצועת עזה ובין למקום אחר, איננה אפשרית מבחינה משפטית. אשר לאפשרות לתחם את מגוריו של אדם בתוככי האזור, הרי שהדבר מותנה בהתקיימן של הדרישות שנקבעו בפסיקת בג"ץ, ובפרט, בקיומה של חוות דעת מטעם גורמי הביטחון, בדגש על שירות הביטחון הכללי, באשר לתכלית הביטחונית העומדת ביסוד הפעולה. במסגרת זו, ראוי אף לשקול את כדאיות הפעולה, בשים לב להשלכות הרחב האפשריות ביחס לאלו המוחזקים במעצר מנהלי באזור.

בביתה
אביחי מנדלבליט