



המוקד להגנה הפרטית

HAMOKED Center for the Defence of the Individual

هموكيد - مركز الدفاع عن الفرد

תאריך: 8.6.10
בתשובה נא לציין: 65091

לכבוד
רב סרן לימור טחנאי
לשכת יועמ"ש גדה

בפקס

שלום רב,

הנדון: **צו בדבר מניעת הסתננות (תיקון מס' 2) וצו בדבר הוראות
ביטחון (תיקון מס' 112)**
שלנו: 37230 מימים 25.3.10, 11.4.10; 65091 מיום 26.4.10
שלכם: 707660 222/20 מיום 13.5.10

1. כזכור, ביום 25.3.10 פנינו למפקד הצבאי בנוגע לצווים שבנדון, שבאותה העת טרם נכנסו לתוקפם. בפנייתנו העלינו את חששותינו מפני נוסחם של הצווים, בעיקר בנוגע להגדרה הרחבה של "מסתנן" ולהליכי המשמורת והגירוש, וביקשנו כי כניסתם לתוקף תעוכב על מנת שניתן יהיה ללמוד את הערותינו.
 2. ביום 11.4.10 פנינו, יחד עם תשעה ארגוני זכויות אדם נוספים, לשר הביטחון, בבקשה דומה. העתק מהמכתב נשלח גם ללשכת המפקד הצבאי. תזכורת בעניין נשלחה ביום 26.4.10.
 3. ביום 16.5.10 התקבלה אצלנו התייחסותך מיום 13.5.10, שניתנה על דעת המפקד הצבאי, למכתבינו. הריני להשיבך בשם כלל הארגונים החתומים על המכתב מיום 11.4.10.
 4. בפתח הדברים אציין, שמתשובתך עולה, כי רבים מחששותינו אכן היו מוצדקים. כך למשל מובהר במכתבך כי הגדרת "מסתנן" אכן חלה על פלסטינים אשר עברו לגדה מרצועת עזה; כי ניתן לבצע את צו הגירוש אף אם הצו לא נבחן כלל בביקורת שיפוטית; וכי ניתן להחזיק אדם תקופות ארוכות יחסית במשמורת בטרם יובא בפני ביקורת מעין שיפוטית, ראשונית או תקופתית.
- דברים אלו עומדים בניגוד גמור לרושם העולה ממקרא סעיף 3 למכתבך, כאילו כל מטרת התיקון היא להיטיב עם המיועדים לגירוש. נזכיר, כי בג"ץ 2737/04 **כפאונה נ' מפקד כוחות**

צה"ל בעזה אליו הפנית, התייחס אך ורק להקמת מנגנון ביקורת פנימית לעניין המשמורת – וכלל לא הצביע על צורך כלשהו בתיקון הגדרתם של "מסתננים".

כמו כן, מתמיה הדבר, שבעוד שהתיקונים מוצגים על ידכם ככאלו שבאו להבטיח ביקורת שיפוטית הולמת, מתוכן מכתבך עולה כי בהחלט ניתן לגרש אדם אף מבלי שעניינו ישמע בפני הערכאות.

5. לצערנו, במכתבך לא ניתן כל מענה לטענותינו בדבר חריגה מסמכותו של המפקד כנאמן בגדה. למשל, במכתבנו מיום 11.4.10 ציינו באופן מפורש כי המפקד הצבאי מחויב לפעול לטובת האוכלוסייה האזרחית, ומוסמך לאזן שיקול זה עם צרכי הביטחון, בהתאם לחוק הבינלאומי. בתשובתכם לא קיבלנו כל מענה, מהו אותו שיקול לגיטימי העומד מאחורי התיקונים האמורים, שאינם עולים בקנה אחד עם טובת האוכלוסייה או צרכי הביטחון.

לגופו של עניין, בתשובתכם ביקשתם להציג את פרשנותכם שלכם לצווים, פרשנות שאמורה להפיש חלק מחשבותינו. בכל הכבוד, הפרשנויות הרבות, ההסברים וההצהרות על כוונה כזו או אחרת אינם אלא עדות על הפסול היסודי שבצווים: העובדה כי לשונם הרחבה כל כך תלויה כל כולה בפרשנויות, הסברים ואינטרסים משתנים. ככל שהמפקד הצבאי טוען לפרשנות שאינה מתחייבת בהכרח מלשון הצווים, מן הראוי שלשונם תתוקן. הדבר נובע מעיקרון החוקיות, לפיו על דבר חקיקה להיות ברור ואינו משתמע לשתי פנים. התשובה לשאלה מה אסור ומה מותר אמורה להימצא בצו גופו ולא בליבו של מי שאמון על ביצועו (ראו בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696, 702).

דומני, כי איש מאזרחי מדינת ישראל לא היה מוכן להשלים עם חקיקה המאפשרת על פי לשונה להגדירו כמסתנן בארצו, רק בשל הפרשנות הפנימית שנטען שמוענקת לו בקרב גורמי הממשל.

6. יודגש כי החשש מכנות כוונותיהם של גורמי הביטחון לגבי השימוש בצווים אך גובר ועולה, לאור העובדה שהמפקד הצבאי מעדיף להציג ולפרט תילי תילים של הסברים ופרשנויות מפותלות לצווים, אך עומד על הותרתה של לשון הצווים העמומה והרחבה על כנה.

אם אכן לא נועדו הצווים אלא לשימוש מצומצם, מוגדר ראוי ולגיטימי – כעולה מטענותיכם – הרי שאין אלא להביע פליאה על עמידתו העיקשת של המפקד הצבאי על הותרתם של צווים אשר על פי לשונם מאפשרים ביצוען פעולות גירוש המוניות והפרות חמורות של הדין הבינלאומי.

7. בטרם נתייחס למספר נקודות העולות מתשובתכם, נציין כי טרם הובהר האם הצו בדבר הסתננות מהווה כעת לשיטתכם הסדר ממצה לעניין גירוש או העברה בכפייה של אנשים מהגדה, או שמא לשיטתכם למפקד הצבאי קיימות כעת שתי סמכויות מקבילות – הצו בדבר מניעת הסתננות, וההכרזה בדבר שטחים סגורים.

להלן התייחסותנו, באופן ספציפי, למספר נקודות העולות מתשובתך.

א. הגדרת מסתנן

8. בראשי הדברים נציין, כי לא ברור כיצד לעמדתכם הצווים חלים על מספר זניח של אנשים, ולו מהטעם שבתשובתכם נאמר במפורש, כי לפלסטינים אשר הגיעו מהרצועה אין "פטור" מהחובה להחזיק בהיתרים על פי הצו. נזכיר, כי במכתב שנשלח אלינו ביום 3.6.10 מטעם מתאם פעולות הממשלה בשטחים, צוין כי לפי הערכתכם שלכם, בגדה נמצאים למעלה משלושים אלף פלסטינים שהגיעו מהרצועה.

9. לגופו של עניין, הפרשנות שהוצעה על ידכם בסעיף 7 למכתבך, לפיה לא ניתן להחיל את הצו על מי שנולד בגדה, אינה עולה מלשון הצו. כידוע, בצו מוגדר מסתנן כמי שנכנס לאזור שלא כדין; אן, מי ששוהה באזור וש"אין בידו היתר כדין". דהיינו, אלמנט הכניסה אינו מתחייב כלל מלשון החלופה השנייה, וברור כי על פי לשונו עשוי הצו לחול גם על מי שנולד בגדה.

בשולי הדברים נזכיר, כי לשון ההגדרה, שאינה מחייבת בהכרח כניסה לגדה, עולה בקנה אחד עם עמדתכם לפיה כביכול אפילו מי שנולד בגדה יכול להיות "שוהה בלתי חוקי" בה (רי' למשל דברי ב"כ המדינה בדיון בג"ץ 2786/09 בנוגע לילדים שנולדו בגדה).

כאמור, ככל שמדובר בטעות ולמעשה המפקד הצבאי התכוון להחיל את הצו אך על מי שנכנס לגדה, הרי שעליו לתקן את הצו.

10. שנית, נזכיר כי נוסחו של סעיף 6 לצו עובר לתיקונו, כבר איפשר להגדיר כמסתנן גם מי שנכנס לגדה כדין, אם הרישיון עמו נכנס הופר או פקע. אך מובן הוא, כי על פי הגדרה זו ניתן היה לגרש אדם שנכנס כדין, אם נמצא שהרישיון עמו נכנס אכן הופר או פקע. נראה שהגדרה זו הייתה הגדרה מספקת; אלא שחצי שנה לפני שתוקן הצו, ניסה המפקד הצבאי לעשות בו שימוש גם נגד מי שנכנסו לגדה כדין ובהסכמה מבלי שכניסתם הוגבלה בזמן או הותנתה בתנאים – ולכן ממילא לא "פקע ההיתר" ולא "הופרו תנאיו" (בג"ץ 2786/09 סאלם; בג"ץ 8729/09 סואלי נ' המפקד הצבאי). דומני כי ביקורתו של בג"ץ על עמדתכם זו, והחלטותיכם לבטל את צווי הגירוש בשני המקרים, זכורות לכם.

ככל שכוונת המפקד הצבאי הייתה אך להיטיב עם האוכלוסייה המקומית, כטענתכם, מן הראוי שהצורך בהוכחת פקיעתו של היתר או הפרתו, יעמוד בעינו. כאמור, מדובר בשינוי מהותי של ההגדרה הקודמת; קשה להימנע מן הרושם שהתיקון בא לעולם על מנת לאפשר את מלאכת הגירוש גם במקרים של מי שהסכמת המפקד הצבאי למגוריו בגדה מעולם לא הוגבלה ולא הותנתה בדבר.

11. עוד אוסיף לעניין זה, כי חשד זה מתגבר על רקע מחיקת ההוראה המגנה על "תושבי האזור". לא ברור מדוע היה מקום למחוק את הגדרת "תושב אזור" ואת ההוראה המקימה את חזקת המסתנן רק בנוגע למי שאינו מחזיק במסמך המעיד על מגוריו באזור.

12. אשר לתחולת הצווים על מתנחלים ישראלים, נעיר רק, כי בהתאם לאותם צווים ממש אליהם הפניתם בתגובתכם, מחויב כל ישראלי השוהה בשטח מעל ל-48 שעות בהיתר מטעם המפקד הצבאי; וכן, מחויב כל ישראלי שהעתיק את מגוריו לשטח, בתעודת היתר אישית בכתב. לא ברור כיצד ישראלים אינם יכולים להיחשב כעת ל"מסתננים", אם אין בידיהם את המסמכים הנדרשים העניין בהתאם לצו האמור. אך מובן הוא, כי ככל שאכיפת הצווים תעשה בהתאם למוצאם הלאומי או הדתי של התושבים – וכך עולה ממכתבכם – הרי שמדובר גם באפליה פסולה באופן קיצוני.

13. לבסוף נציין, כי הסכמתכם לרשום במרשם האוכלוסין הפלסטיני זרים שהגישו בקשה מתאימה (כמפורט בסעיף 9 בתגובתכם), לא מנעה מכם "למחוק" לאחר מכן, חד צדדית ומיידית, את רישומו של אדם כתושב השטחים הכבושים – וזאת ללא כל סמכות, ואף ללא שימוע לאותו אדם (ר' למשל: בג"ץ 2074/10 **חאמד נ' המפקד הצבאי**; בג"ץ 5201/09 **אבו זויד נ' המפקד הצבאי**; בג"ץ 821/10 **עטואן-צביח נ' המפקד הצבאי**; בג"ץ 1002/10 **מחמו ד נ' המפקד הצבאי**; בג"ץ 822/10 **זידאת נ' המפקד הצבאי**).

מכאן, שגם לכם ידוע, שקבלת מעמד במסגרת אותה מחווה אינה מבטיחה דבר לאותם אנשים. בשולי הדברים נציין, כי כלל לא ידוע לנו האם מלכתחילה אכן טופלו בקשותיהם של כלל האנשים הנמנים על קבוצה זו.

ב. אחריות פלילית

14. כאמור, בעבר האחריות הפלילית בגין "הסתננות" קמה רק למי שנכנס שלא כדין לאזור, לאחר ששהה באחת מארבע המדינות שפורטו בסעיף. מי שנכנס כדין, או מי שנכנס שלא כדין ממדינות אחרות (וכמובן מי שנולד בגדה), לא יכול היה להיות מועמד לדין פלילי בשום אופן. במכתבינו אליכם הצבענו על הבעייתיות שבקרימינליזציה פתאומית של מספר עצום של אנשים, חלקם כבר הקימו בגדה את חייהם ומתגוררים בה שנים רבות עם משפחותיהם. הדבר מנוגד לעקרון החוקיות, בהיותו בעל השלכות רטרואקטיביות.

בתשובתיכם, לא קיבלנו מענה לסוגיה זו.

ג. ביקורת שיפוטית

15. במכתבכם נאמר במפורש, כי "הבאת הצו הפרטני לביקורת שיפוטית אינה מתחייבת בכל אחד ואחד מהמקרים". דהיינו, על אף שלטענתכם כוונת התיקון הייתה להבטיח ביקורת שיפוטית, עולה כי אין התיקון מבטיח דבר.

16. עניין זה עולה בחריפותו על רקע היעדר הוראה המאפשרת לאדם לפנות מיוזמתו לבית המשפט או לוועדה כנגד הגירוש. ה"פרשנות", לפיה אדם יכול לפנות לוועדה, אינה מעוגנת בלשון הצווים כלל – וזאת בניגוד למשל למצב הקיים בחוק הישראלי (סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952), המבטיח באופן מפורש כי כל אדם יוכל לפנות **בכל עת** הן כנגד הגירוש (לבית המשפט) והן כנגד החזקתו במשמורת (לבית הדין למשמורת).
17. כאמור, ככל שמדובר בטעות, ובכוונת המפקד הצבאי לאפשר לאדם לפנות בכל עת לבית המשפט או הוועדה הצבאית, הן בנוגע לצו הגירוש והן בנוגע להחזקה במשמורת, עליו לתקן את הצו.
18. נוסף, כי נוכח ניסיון העבר, של מקרים בהם גורשו אנשים לרצועה באופן כמעט מיידי, לעיתים אף למרות שהמפקד הצבאי ידע שהוגשה בעניינם עתירה נגד הגירוש, ראוי היה לכל הפחות לקבוע בצו באופן מפורש כי אדם לא יגורש בטרם יזכה להביא עניינו בפני בית המשפט ובטרם בית המשפט ידון בעניין.
19. לבסוף נציין, כי עיון בצו בדבר הוראות ביטחון מגלה, כי לוועדה אף אין כל סמכות ליתן צו ביניים על מנת לעכב את הגירוש.

ד. החזקה במשמורת

20. במכתבכם לא נמצאה כל התייחסות לטענותינו בדבר מועדי החזקה הארוכים במשמורת – כפול מהמועדים הקיימים בחוק הישראלי (8 ימים להבאה ראשונית בפני הוועדה, ביחס ל-4 ימים בישראל; 60 יום לעיון תקופתי, ביחס ל-30 ימים בישראל). אף אם הפסיקה הכירה בפער בענישה בין החוק הישראלי לבין החקיקה הצבאית, ברי כי אין לכך רלבנטיות לעניין זכויות דינויות של אדם. כמו כן, אף אם לא כל שוני בין החקיקה בישראל לחקיקה בשטחים הינו פסול על פניו, הרי שלא הצבעתם על כל טעם מהותי שיצדיק את הפער במקרה דנן.
21. שנית, אך לאחרונה נפסלה בבג"ץ דרישה ממוחזקת במשמורת, כי יפעל לגירושו לכל מדינה שהיא, לרבות כזו שמעולם לא היה בה, כתנאי לשחרורו בערבות (בג"ץ 1268/10 **עומר מחמוד נ' המפקד הצבאי**). חרף זאת, סעיף 87ד(ג)(1) לצו בדבר הוראות ביטחון, מעגן בתוכו דרישה זהה לפיה אדם **לא** ישוחרר בערובה ממשמורת אם "הרחקתו של המוחזק במשמורת מן האזור נמנעת או מתעכבת בשל... סירוב בלתי מוצדק לחזור למדינה ממנה הגיע לאזור אן למדינה אחרת אם לא מתאפשרת חזרתו למדינה ממנה הגיע לאזור".
22. במכתבכם נאמר – שוב, כעניין של פרשנות – כי מדובר ב"ניסיבה מרחיבה אשר נועדה לתת דוגמאות לשיקולים בעניין זה...". בכל הכבוד, לשון הצו מנוסחת כהוראה ברורה ומחייבת הכובלת את שיקול הדעת השיפוטי, ולפיה לא ניתן בשום אופן להורות על שחרור בערבות אם אדם מסרב להסדיר את גירושו שלו, לרבות למדינות שאין לו קשר אליהן.

אגב, באופן דומה נכבל שיקול דעת הוועדה מקום בו קיים חשש ביטחוני מפני המוחזק במשמורת – וזאת על אף שאותו החשש אינו מונע בהכרח שחרור ממעצר לפי הליכים אחרים (למשל בהליכים פליליים, אם ניתן לאיין את הסכנה בדרכים אחרות).

ה. הוראות שונות

23. לבסוף, נבקש להביע תמיהה על התשובה שבסעיף 29 למכתבכם, בנוגע למי שהוועדה הורתה על שחרורו. בישראל, מעמדו של מי שבית הדין למשמורת הורה על שחרורו, מוסדר במפורש בחוק, על דרך של קבלת היתר. דומה כי הסיבה לכך – מניעת מעצרו או הגבלת זכויותיו בדרך אחרת עד להכרעה בעניינו – ברורה. אין זה מענייננו האם היתר כאמור יוענק למשוחרר ממשמורת בגדה מטעם הוועדה או המפקד הצבאי; אך ברור שמי שהותר לו להסתובב חופשי, זכאי לקבל היתר דומה ממי מהם, והדבר צריך למצוא את ביטויו בצו.

ו. סיכום

24. על אף שעל פי הנטען נועדו התיקונים האמורים אך להיטיב עם השהים במשמורת, הרי שהתיקונים למעשה עוסקים בסוגיות שונות לחלוטין, כמו הגדרת "מסתנן", ומרעים – מבחינה מהותית ודיונית כאחד – את מצבם של מספר עצום של אנשים.

25. מתשובתכם עולה, כי הרעה זו תהיה מנת חלקם של פלסטינים ובני משפחותיהם, ולא של ישראלים, וזאת על אף חובות מפורשות בנוגע לתושבים מוגנים מחד, והוראות מפורשות בדבר חובת החזקת היתרים החלות דווקא על ישראלים, מנגד.

26. מתשובתיכם עולה כי פרשנותכם הפנימית נועדה, לכאורה, לצמצם את הפגיעה ממנה חששנו. עם זאת, סירובכם לתקן בפועל את הצווים בהתאם להצהרות ולהסברים שאתם מבקשים להציג, אך מחזק את חששותינו. כאמור, ככל שמדובר בניסוח לא זהיר, יש פשוט לתקנו. על כל פנים, אנו סבורים כי לא מדובר בניואנסים או בתיקונים קוסמטיים. הפגם שבתיקון לצו בדבר מניעת הסתננות יורד לשורשו של עניין ועל כן יש לבטלו. הסברים מפורטים ופרשנויות מפותלות, אין בהם כדי להפחית מחומרתו של הצו הפסול, אשר נובעת מעצם העובדה כי הוא מתיימר להעניק סמכות למעשים הנופלים בגדר הפרות חמורות של הדין הבינלאומי.

27. אשר לצו בדבר הוראות ביטחון, נבקש כי ייבחן בהתאם להערותינו, וכי יבוצעו בו התיקונים הנדרשים. כאמור, לפחות בנוגע לחלק מהערותינו, נראה כי הדבר אף יעלה בקנה אחד עם הפרשנות הפנימית המוצעת על ידכם.

28. נודה על תשובתך הדחופה בכתב.

בכבוד רב,
אלעד כהנא, עו"ד

[65091]

העתק:

שר הביטחון, מר אהוד ברק
היועץ המשפטי לממשלה, מר יהודה ויינשטיין
סגן שר הביטחון, מר מתן וילנאי
אלוף אבי מזרחי, אלוף פיקוד המרכז
מתאם פעולות הממשלה בשטחים, אלוף איתן דנגוט
הפרקליט הצבאי הראשי, אלוף אביחי מנדלבליט
ראש המינהל האזרחי, תא"ל יואב מרדכי
ראש מחלקת הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית, אלי"מ לירון ליבמן