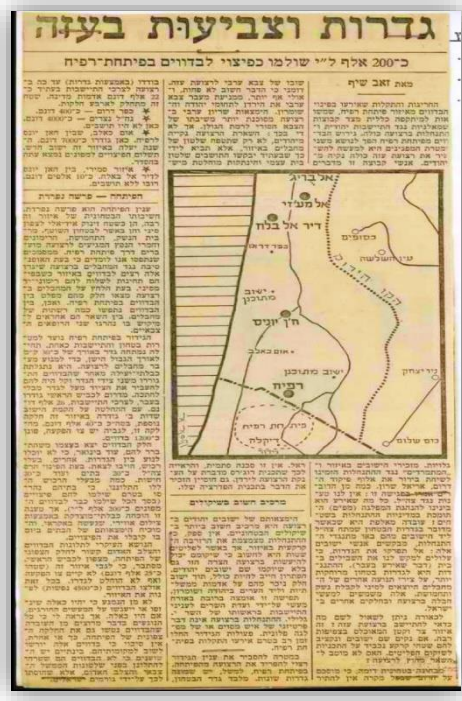


# 1972 - פרשת אבו-חילו

מאת: קמ"ש חן יצחק, תובע צבאי בפרקליטות מרכז וח"א

בשנת 1972 פינה צה"ל מספר שבטים בדואים מפתחת רפיח שבחצי-האי סיני, בשל טעמים ביטחוניים. ראשי השבטים הגישו עתירה לבג"ץ נגד פינויים, בבקשה לשוב ולהתגורר במקום ממנו פונו. שופטי בג"ץ דחו את העתירה, תוך שקבעו כי לממשל הצבאי בסיני סמכות לבצע פעולות אלו, שנעשו משיקולים ביטחוניים, וכי הן עומדות בכללי המשפט הישראלי והבין-לאומי. בשולי פסק הדין נכתב, כי העובדה שחלק משטחי התושבים הבדואים שנתפסו מיועדים להקמת יישוב אזרחי אינה שוללת את אופייה הביטחוני של הפעולה.



כתבות מתוך עיתון "הארץ" מיום 19 בספטמבר 1972 (ימין) ומיום 17 בספטמבר 1972 (שמאל).

## רקע עובדתי

במהלך חודש נואר 1972 התרחש מבצע שאי ומזורו, במסגרתו פינו כוחות צה"ל במקום מגוריהם בפתחת רפיח שבחצי האי סיני תשעה שבטים בדואים, משטח שהשתרע על כ-41 קילומטרים רבועים.

ביום ה-14 בינואר 1972, בשעת בוקר מוקדמת, ציוו חיילי צה"ל על בני שבט אבו-חילו לעזוב את בתיהם ואת מקום יישובם. בני השבט הזעיקו את ראש השבט, סולימאן חוסיין עודה אבו-חילו, והוא פנה אל מפקד הכוחות, קצין בדרגת סגן-משנה, אשר ציין כי ממשלת ישראל הורתה לפנות את השטח. הסיבה הייתה כי השבט לפינוי היא קיומו של צורך ביטחוני למנוע פח"ע באמצעות יצירת חיץ בין מצרים לרצועת עזה.

כבר בימים הראשונים לפינוי, החלו אנשי מילואים שחזרו משירות בסיני להעביר ידיעות על אופי הפינוי לציבור הישראלי. חלקם אף העבירו תיעוד חזותי של ההריסות באזור. לאחר ההחלטה, עתרו התושבים הבדואים לבג"ץ בכדי לחזור למקום מגוריהם.



גדר ביטחונית באזור רפיח, בחודש אפריל ב-1972 (צילום: מילנר משה, לע"מ)

### ההליך המשפטי

בחודש אוגוסט 1972, כחצי שנה מאז תחילת הפינוי, הגישו תשעה ראשי משפחות מהאזור המפונה שתי עתירות, שבהמשך אוחדו, נגד פינוי היישובים. לעותרים היו ארבע טענות עיקריות:

**האחת**, כי הגירוש נעשה ללא סמכות חוקית; **השנייה**, כי מניעת שובם של התושבים הבדואים הייתה שרירותית ונעשתה גם היא ללא סמכות; **השלישית**, כי לא היו שיקולים צבאיים שחייבו את הגירוש וכי אין שיקולים צבאיים המונעים את שובם; **והרביעית**, כי הגירוש נוגד את סעיף 49 לאמנת ז'נבה הרביעית משנת 1949.

המדינה ביקשה לדחות את העתירה, בטענה שפינוי היישובים הבדואים נבע משיקולים ביטחוניים טהורים.

בתצהיר מטעם המדינה, עליו חתם אלוף ישראל טל, ראש אגף המבצעים באותה עת, הוסברו השיקולים הביטחוניים שהנחו את צה"ל בתפיסת השטח ובפינויים של העותרים מתוכו. בין השאר טען שאזור פתחת רפיח שימש ככר פורה לטרור, היה חשוף למעבר מחבלים בין רצועת עזה לבין סיני ושימש כחממה לגיוס מחבלים. כמו כן ציין אלוף טל, כי תכלית תפיסת השטח הייתה ליצור אזור חיץ או אזור בידוד בין רצועת עזה ומדינת ישראל לבין מרחב סיני.

העותרים, מצידם, השיבו כי דווקא סמוך לפעולת הגירוש הייתה ירידה בהיקף אירועי הטרור, וכי אירועים אלו היו בלאו הכי במקומות המרוחקים מהאזורים שפוננו. בא-כוח העותרים, טען כי

העובדות מלמדות על כך ששיקולים אחרים הם שעמדו בבסיס החלטת הגירוש, וכי תכלית הפינוי הייתה הקמת יישובים יהודיים על אותו השטח בדיוק.

ביום 21 במאי 1973 ניתן פסק הדין, ובו נדחתה העתירה.

השופטים ציינו כי בית המשפט לא ימהר להתערב בפעולות המפקד הצבאי, העוסקות בענייני ביטחון מובהקים, דוגמת העניין שנדון במקרה הזה.

אולם, נוכח הסכמת בא כוח המדינה, בית המשפט העליון הניח מבלי לפסוק לגוף העניין, כי קיימת לו סמכות לבקר את הפעולות המנהליות הנעשות על ידי רשויות המדינה, צה"ל במקרה זה, בשטחי הממשל הצבאי.

ביחס למקרה הנוכחי, בית המשפט העליון הבהיר כי הדין, לפיו ייבחנו פעולות צה"ל בשטחי הממשל הצבאי, מחוץ לשטח מדינת ישראל, מעוגן בכללי המשפט הבין-לאומי הרלוונטיים (דיני המלחמה המנהגיים). בהתאם לכך, ניתח השופט לנדוי את סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949, האוסר על העברה כפויה של "אנשים מוגנים" מחוץ לשטח הכבוש, כלשון פסק הדין.

נקבע, כי סעיף 49 לא חל על העניין הנדון, מכיוון שהשבטים הועברו בתוך שטח הממשל הצבאי ומטעמי ביטחון. בפסק הדין אף הודגש שקיימים סייגים נוספים בכללי המשפט הבין-לאומי, המתירים למפקד הצבאי לבצע פעולות מסוג זה מטעמי ביטחון, על אף הפגיעה ברכוש הפרטי של התושבים.

השופטים נחלקו בדעותיהם לעניין מעמד התחיקתי של הצווים שהוציא המפקד הצבאי – האם הם בבחינת חקיקה ראשית, שאז יימנע ככלל בית המשפט מהתערבות בהם, או שמדובר בחקיקת משנה, שאז מרחב הביקורת השיפוטית רב יותר. בעוד ששניים מהשופטים (ויתקון וקיסטר) סברו כי מדובר בחקיקה ראשית, סבר השופט השלישי (לנדוי) כי מדובר במעין הנחיות פנימיות שהמינהל (הכוונה למפקד הצבאי) קבע לעצמו, ושאפשר לבחון אותן בביקורת שיפוטית.

לבסוף, ובשולי פסק הדין, ציין השופט ויתקון כי העובדה שחלק מהמקרקעין שנתפסו מיועדים להתיישבות יהודית איננה שוללת את האופי הביטחוני של התפיסה, ואת תוקפם של השיקולים הביטחוניים, כאשר אף ההתיישבות עצמה היא, במקרה זה, אמצעי ביטחוני.

### **חשיבות הפרשה**

פרשת אבו-חילו היא אחד המקרים הראשונים, ביחד עם מקרים נוספים בתחילת שנות ה-70, בהם דן בית המשפט העליון ביושבו כבג"ץ, בחוקיות הפעולות של המפקד הצבאי בשטחי הממשל הצבאי.

פרשה זו היא אף אחד המקרים הראשונים שבהם נדונו חוקיותם ומעמדם החקיקתי של הצווים הביטחוניים שמוציא המפקד הצבאי בשטחים אלו. עצם הדיון בחוקיות הפעולות של המפקד הצבאי בהתאם לכללי המשפט הבין-לאומי ביססה מאז פרקטיקה שיפוטית נוהגת, לפיה בג"ץ מעביר תחת שבט ביקורתו את פעולות המפקד הצבאי, בשטחים המצויים בתפיסה לוחמתית.

חשיבות נוספת לפסק הדין בפרשה מצויה באמרת האגב של בג"ץ, לגבי אפשרות השימוש בצו בטחוני לצורך הקמת יישוב ישראלי. במהלך שנות ה-70 למאה הקודמת, נקטו אמצעי זה לשם הקמתם של יישובים באזור יהודה ושומרון. בבסיס הפרקטיקה עמדה התפיסה, לפיה הקמת יישוב

ישראלי אזרחי משרתת אף היא צורך ביטחוני, ולכן מוצדק לתפוס מקרקעין פרטיים לשם כך. פרקטיקה זו נמשכה עד לפרשת אלון מורה, בה נתקבלה עתירה כנגד תפיסת מקרקעין פרטיים משום שבית המשפט העליון לא השתכנע בדבר דומיננטיות הצורך הצבאי שעמד ביסוד התפיסה. בעקבות פרשת אלון מורה קיבלה ממשלת ישראל החלטה להקים יישובים ישראלים ביהודה ושומרון על אדמות מדינה בלבד.

#### **מדוע בחרתי בנושא זה?**

במסגרת תפקידי כתובע צבאי אני עוסק בשגרה בדין הפלילי הצבאי ובאכיפת החוק בצבא. בחירתי בפרשת אבו-חילו נבעה בעיקר מרצוני להרחיב את ידיעותיי לתחומים בהם איני עוסק במהלך עבודתי השוטפת כתובע צבאי - תחומי הדין הבין-לאומי והמשפט המנהלי. בנוסף, נקודת המפגש בין הצרכים הצבאיים, השיקולים האזרחיים והשיקולים המשפטיים, אשר מומחשת היטב בפרשת אבו-חילו ריתקה אותי וגרמה לי להעמיק חקר בנושא.

#### **להרחבה בנושא, ראו את המקורות הבאים:**

- בג"ץ 302/72 אבו-חילו ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' ;
- בג"ץ 606/78 איוב ואח' נ' שר הביטחון ואח' ;
- בג"ץ 390/79 דויקאת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'.