

1988 – פרשת אל-עפו: גירוש יחידים משטח יהודה ושומרון

מאת: סגן שחר קאופמן, תובע צבאי בפרקליטות אזור יהודה ושומרון, התביעה הצבאית

עוד מכניסת צה"ל לאזור יהודה ושומרון ב-1967 ועד לימינו אנו, מפעילים המפקד הצבאי ושלוחיו סמכויות שניתנו להם על פי הדין הקיים באזור. בין דינים אלו ניתן למצוא את תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, שהינן חלק מהמשפט החל באזור זה, אותן התקינה ממשלת המנדט הבריטי בארץ ישראל. בשנת 1988 ניתן פסק דין בעתירה כנגד סמכות המפקד הצבאי להגלות אדם מהשטחים התפוסים, תוך שימוש בסמכות הקבועה באותן תקנות. בפסק הדין התייחסו שופטי המותב וביניהם נשיא בית המשפט העליון דאז מאיר שמגר לשאלות מרכזיות כגון פרשנות סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 ולתוקפם ויישומם של סעיפי תקנות ההגנה מימי המנדט.

רקע עובדתי

בשנת 1945 התקינה ממשלת המנדט הבריטי בארץ ישראל, אשר שלטה גם באזור יהודה ושומרון, את תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

תקנות ההגנה החליפו שורה של תקנות חירום שחוקקו מאז שנת 1936, ונועדו לאפשר לממשלת המנדט הבריטי לשמור על הביטחון והסדר הציבורי תוך שימוש במגוון כלים וסמכויות.

בשנת 1967, עת תפס צה"ל את השליטה באזור, נקבע בסעיף 2 למנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), התשכ"ז-1967 כי הדין שעמד בתוקף ערב כניסת כוחות צה"ל לאזור, ימשיך לחול. בהתאם לכך, דינים שונים מתקופת המנדט, ובהם גם תקנות ההגנה, נותרו לעמוד בתוקפם, והסמכויות הנתונות מכוחם עברו לידי המפקד הצבאי באזור. בין סמכויות אלו, הייתה גם הסמכות להורות על גירושו של אדם לפי סעיף 112 לתקנות ההגנה.

בשנת 1988, דן בג"צ בעתירה עקרונית שהוגשה נגד חוקיות צווי גירוש שהוציא המפקד הצבאי נוכח הסכנה שנשקפה ממחבלים פלסטינים, מכוח תקנה 112 לתקנות ההגנה. המדובר היה למעשה בשלוש עתירות שעניינן גירוש פלסטינים באזור יהודה ושומרון ובאזור חבל עזה (גם שם חלו התקנות); אחת הוגשה עוד בשנת 1987 ושתיים נוספות בשנת 1988; העתירות נידונו במאוחד.

יש לציין כי טרם הגשת העתירה, ולאחר הוצאת הצווים, פנו שלושת העותרים לוועדה מייעצת שהוקמה בעניין צווי גירוש מכוח תקנה 112(8) לתקנות ההגנה. אל הוועדה, שהורכבה מנשיא בתי המשפט הצבאיים ביהודה ושומרון וכן משני קצינים נוספים בדרגת סגן-אלוף, יכול היה לפנות כל אדם שהוצא צו גירוש בעניינו, ולבקש ממנה לעיין בהחלטת הגירוש ולהגיש המלצות למפקד האזור.

העותרים השמיעו בפני הוועדה את טענותיהם, אך הוועדה – לאחר שבחנה את המידע שעמד בבסיס החלטת המפקד הצבאי, מצאה כי קיימת הצדקה להוצאת צו הגירוש ביחס לכל אחד מהעותרים בנפרד. העתירות שלענייננו הוגשו אם כן, כנגד החלטת המפקד הצבאי וכנגד המלצת הוועדה המייעצת. אל שלושת העותרים הצטרפה גם האגודה לזכויות האזרח.

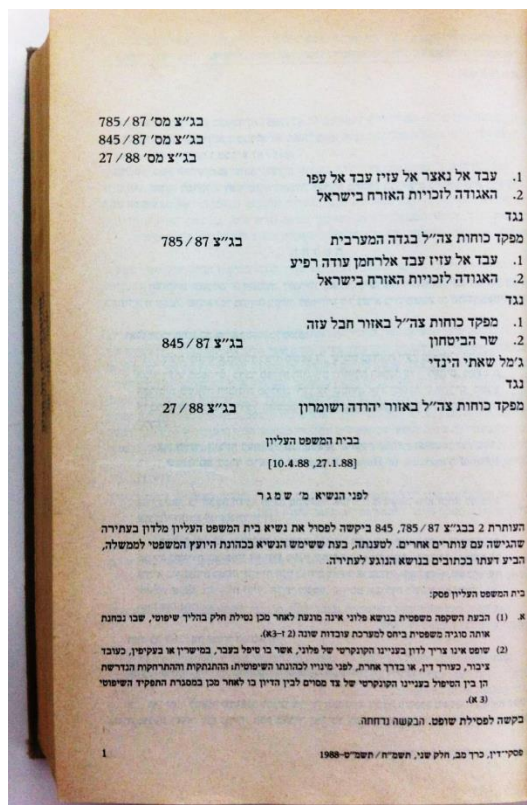
פסק הדין שניתן בעניינן של שלושת העתירות שנידונו במאוחד ידוע בשם **בג"ץ אל-עפו**, על שמו של אחד המגורשים.

ההליך המשפטי

טרם הדיון בסוגיית חוקיות צווי הגירוש לגופם, האגודה לזכויות האזרח בישראל העלתה טענה מקדמית בדבר כשירותו האישית של הנשיא שמגר לשמש שופט בעתירה. טענתה של האגודה התבססה על כך, שבעת כהונתו כיועץ המשפטי לממשלה ובמסגרת מאמר שפרסם בשנת 1971, הביע שמגר דעתו בדבר היעדר תחולת אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 באזור. נטען, כי נוכח העובדה שהעותרים מתכוונים להעלות טענות בעניין זה במסגרת העתירה, הנשיא שמגר פסול משיבה על כס השיפוט מקום בו כבר הביע דעתו בסוגייה מרכזית לעתירה. הנשיא שמגר התייחס לעניין בהרחבה וקבע, כי הבעת השקפה משפטית בנושא כלשהו אינה מונעת נטילת חלק בהליך שיפוטי שבו נבחנת סוגיה משפטית שהיא אמנם קרובה, אך העובדות הנדונות במסגרתה שונות. בהתאם, הנשיא שמגר הבהיר כי אין למאמר שכתב כ-17 שנים כל קשר לענייניהם הפרטניים של העותרים.

לגופה של העתירה, טענו העותרים כנגד חוקיותם של צווי גירוש באזור, וזאת בהתבסס על הוראות המשפט הבין-לאומי כפי שהם פירשו אותן. בנוסף, הועלו טענות בדבר היעדר הצדק ענייני למתן צו גירוש לכל אחד מן העותרים.

המשפט הבין-לאומי מקים על מדינות חובות, שמטרתן להגן על אוכלוסייה הנמצאת בשטחים הנמצאים בתפיסה לוחמתית. אחת האמנות שנוגעת בנושא זה הינה אמנת ג'נבה הרביעית שהוזכרה לעיל. סעיף 49 לאותה אמנה קובע איסור על העברה כפויה של אוכלוסייה מוגנת אל שטח המדינה התופסת. לטענת העותרים, תקנה 112 לתקנות ההגנה לא יכולה להתקיים לאור סעיף 49. בהחלטתו, נמנע הנשיא שמגר מלעסוק בסוגייה זו, מכיוון שהוחלט במספר פעמים בעבר ובהרחבה, כי תקנה 112 אכן תקפה באזור.



עם זאת, שמגר התייחס לפרשנות העותרים לסעיף 49. שמגר בחן בהחלטתו את הזיקה שבין הנוסח המילולי של התקנות לבין הפרשנות המשפטית הנכונה להן, וציין כי מלבד הנוסח, יש לבחון את ההיסטוריה החקיקתית, את ההקשר הענייני והמשפטי ואת המשמעויות העולות ממבנה דבר החקיקה.

הנשיא שמגר המשיך והתייחס גם לדרך בה יש לפרש את המשפט הבין-לאומי. בסעיפים 31 ו-32 לאמנת וינה מיום 23 במאי 1969 בדבר דיני אמנות (אמנת האמנות), ישנה הוראה כללית לפרשנות אמנות שקובעת כי יש לפרש אמנה בתום לב, על פי המשמעות הרגילה של המונחים ולאור מטרתה וכן אפשרות להשתמש בדרכי פרשנות נוספות, כאשר ההוראה הכללית הכתובה באמנה מביאה לפירוש מעורפל או לתוצאה בלתי סבירה.

עמוד השער של פסק הדין, בקובץ פסקי הדין הרשמי

לאור האמור לעיל, הנשיא שמגר הגיע למסקנה שהעותרים טעו בפרשנותו של סעיף 49 לאמנת גינבה הרביעית כלשונו - ומשכך טעו גם במסקנתם לפיה למפקד הצבאי אין סמכות להעביר אדם בכפייה. הנשיא שמגר הוסיף ובחן את הרקע לאמנה, שנכתבה בזמן מלחמת העולם השנייה, על רקע הסבל שחוו אוכלוסיות אזרחיות רבות במסגרתה. הנשיא שמגר מצא כי המונח deportations בו השתמשו באמנה מתייחס לגירוש אוכלוסיות חפות מפשע, וכי המנסחים של סעיף 49 לא ראו לנגד עיניהם מחבלים או מסתננים.

לסיכום, ציין הנשיא שמגר כי פירוש מילולי דווקני של סעיף 49, לפי גישת העותרים, יביא למצב בלתי סביר לפיו מתחילתו של השלטון הצבאי יוצר קיפאון מוחלט בכל הנוגע ליציאת אנשים מן השטח התפוס. מצב זה, הוטעם, אינו עולה על הדעת - שכן מנסחי האמנה לא התכוונו למשל, לכך שאדם שנכנס לשטח תפוס שלא כדין יישאר בו וזאת מבלי שלמפקד הצבאי תהיה סמכות להוציאו.

בנוסף לשמגר, נתנו דעתם לעניין העתירה גם המשנה לנשיא מרים בן-פורת והשופט גבריאל בך. המשנה לנשיא בן-פורת הסכימה עם עמדתו של הנשיא שמגר, והוסיפה כי כלל פרשני מקובל הינו כי ראוי לפרש חוקים הדנים באותו נושא ולשם אותה מטרה באופן אחיד. משכך, היא ראתה לנכון לפרש את סעיף 49 לאמנת גינבה, אשר הינה חלק מהמשפט הבין-לאומי ההסכמי, לאור תקנה 43 לתקנות האג, המאפשרת למפקד הצבאי לפעול בכל דרך על מנת לשמור על ביטחון הציבור והסדר הציבורי, המהווה חלק מהמשפט הבין-לאומי המנהגי.

לעומת זאת, השופט בך חלק על עמדות חבריו - ובהחלטתו קיבל את עמדת העותרים לפיה האיסור בסעיף 49 חל על כל גירוש, בין אם המוני או של יחידים. לדעתו, כללי הפירוש של האמנות אותם בחן הנשיא שמגר אינם מאפשרים להגיע למסקנה לפיה ניתן לגרש יחידים, בין היתר מכיוון שאין כל הוראה המסייגת את האמור בסעיף 49. חרף זאת, השופט בך הגיע למסקנה לפיה דין העתירה להידחות בשים לב להלכות קודמות בפסיקה וכן משום שאמנת גינבה היא הסכמית ולא מנהגית, ובהתאם אינה מחייבת באזור יהודה ושומרון ובאזור חבל עזה.

בסיכומו של דבר, הרכב השופטים בראשות הנשיא שמגר פסק כי דין העתירות להידחות.

בית המשפט

ניתן לגרש יחידים העלולים לפגוע בציבור

מאת ברוך מאירי ועזרא ינוב

השופט שמגר: לעיני מעצבי אמנת ז'נווה עמדו גירושים המוניים להשמדה ותזווות המוניות מסיבות מדיניות או אתניות

של המלחמה המודרנית, ואימוץ כללים שיבטיחו כי האוכלוסייה לא תשמש מטרה למעשה שרירות ולניצול בלתי אנושי: "לעיני מעצבי האמנה עמדו גירושים המוניים להשמדה, תזווות אוכלוסייה המוניות מסיבות מדיניות או אתניות. זו מטרת הח' קיקה וזהו ההקשר הענייני". בית המשפט לא מצא קשר בין מטרת האמנה לבין הה' חלטה לגירושם של המסיתים. יתד על כן, נשיא ביהמ"ש סבור, כי "הו' שענות על תחולה אוטומטית של אמנות היתה מכפיפה את המשפט הישראלי לחור' אות שלא עברו את המסננת של התאמה לתנאי הארץ ולאיוטרסטים שלה". המשנה לנשיא ביהמ"ש השופטת מרים בן-פורת קבעה: "ניתן לגרש יחידים כחושבי השטחים כל אימת שהמשך נוכ' חותם עלול לפגוע בכטחון הציבור, בתנאי שאין דרך אחרת מלבד גירוש כדי לגונן על אוכלוסיית השטחים".

"אמנה בינלאומית איננה הופכת לחלק ממשפט הארץ, אלא אם אומצו הוראותיה בדרך של חקיקה", כתב נשיא בית המש' מט העליון השופט מאיר שמגר, ביימוקים לגירושם של שמונת המסיתים.

חשיבות הפרשה

להחלטה בבג"ץ אל-עפו נודעה משמעות רבה בכל הנוגע לתוקפה ולפירושה של סמכות המפקד הצבאי לגרש אדם תוך שימוש בתקנות ההגנה של המנדט הבריטי, בגין פעילות הפוגעת בביטחון האזור בו הן חלות. פסקי דין מאוחרים שדנו באותו נושא נשענו על הלכה זו.

חשוב מכך, לפסק הדין משמעות רחבה יותר בכל הנוגע לעצם תחולת אמנת ג'נבה הרביעית באזור, ולפרשנותו של סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית בראיית בית המשפט העליון. הפרשנות התכליתית שעמדה בבסיס החלטתו המנומקת של הנשיא שמגר, גם כאשר ניגש לפרש נורמות של משפט בין-לאומי, השפיעה רבות על הפרשנות של כללי המשפט הבין-לאומי, לפיה פועלים מדינת ישראל וצבא הגנה לישראל.

מדוע בחרתי בנושא?

אפשרותם של תושבי האזור לפנות לבג"ץ כנגד פעולות המפקד הצבאי בכלל, ובפרט כנגד פעולות הנובעות מצרכים ביטחוניים, הן בעיני אבן יסוד בניהול הממשל הצבאי באופן תקין, המכבד את זכויותיהם של התושבים המוגנים ומחויב לשמירה עליהן.

היכרות עם האיזון בין זכויות התושבים וחובתו של המפקד הצבאי ביחס אליהן, לבין סמכויותיו של המפקד הצבאי, הנתונות לו לצורך מימוש חובתו לשמירה על הביטחון והסדר הציבורי באזור, היא רכיב הכרחי להבנה של המשפט החל באזור יהודה ושומרון. משכך, יש חשיבות רבה להלכה שנקבעה בפרשת אל-עפו, בעבור כל העוסקים במשפט הביטחוני בכלל ובמשפט באזור יהודה ושומרון בפרט.

קצין בפרקליטות הצבאית, ובפרט לאור תפקידי כתובע צבאי בפרקליטות איו"ש, אני נדרש לעסוק בשאלות הנוגעות לשמירה על הביטחון והסדר הציבורי באזור, ובאיזון הצורך האמור אל מול המחויבות לשמירה על הליכים הוגנים וראויים, תוך שמירה ועל זכויותיהם של התושבים באשר הם. פרשנות הנורמות בהן אני נדרש לעסוק והשפעתן של נורמות מתחום המשפט הבין-לאומי על אלה, מוכתבות לא פעם על פי פסיקתו המכוננת של בג"ץ בשלל מקרים ועניינים, ובהם גם בג"ץ אל-עפו עליו בחרתי לכתוב.

להרחבה בנושא, ראו את המקורות הבאים:

- בג"ץ 97/79 אבו עוואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון פ"ד ל"ג (3) 309 (1979);
- בג"ץ 698/80 קוואסמה ואח' נ' שר הביטחון פ"ד ל"ה (1) 617 (1980);
- בג"ץ 256/85 נזאל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון פ"ד ל"ט (3) 645 (1985);
- בג"ץ 785/87 עבד אל נאצר אל עזיז עבד אל עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד מ"ב (2) 4 (1988);
- בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון פ"ד מ"ז (1) 267 (1993);
- דורית ביניש, נשיאת בית המשפט העליון (בדימ'), "ההליכים המשפטיים הקשורים לגירוש פעילי החמאס ללבנון בדצמבר 1992", משרד המשפטים, מיזם שורשים במשפט, 25 במארס 2019 – https://www.gov.il/he/Departments/publications/reports/roots_1992