

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק [14.8.88, 8.11.88]

לפני הנשיא **מ' שמגר**, המשנה לנשיא **מ' אלון** והשופט **ג' בר**

צו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1229), תשמ"ח-1988, סעיפים 1, 2, 3, 5, 8 (א), 8 (ב) - צו בדבר הפעלת מתקן כליאה (יהודה והשומרון) (מס' 29), תשכ"ז-1967, קמ"מ (יהודה והשומרון) (מס' 2), 57, סעיף 1 (המונחים "אזור", "מתקן כליאה") - תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, (ע) 855, (א) 1055, תקנה 111 (4) - אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, כ"א 1, עמ' 559, סעיפים 41, 42, 43, 49, 68, 76, 78, 79, 80, 84, 85, 146 - צו בדבר דרכי ענישה (יהודה והשומרון) (מס' 322), תשכ"ט-1969, קמ"מ (יהודה והשומרון) (מס' 18) 645, סעיף 5 - צו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון), תשכ"ז-1967, קמ"מ (יהודה והשומרון) (מס' 1) 5, סעיף 67 - צו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תש"ל-1970, קמ"מ (יהודה והשומרון) (מס' 378), תש"ל-1970, קמ"מ (יהודה והשומרון) (מס' 21) 733, סעיפים 87, 87א, פרק ה-1 - צו בדבר פרשנות (יהודה והשומרון) (מס' 130), תשכ"ז-1967, קמ"מ (יהודה והשומרון) (מס' 7) 272, סעיף 13 (א) - פקודת בתי הסוהר [נסח חדש], תשל"ב-1971, נ"ח 459 - צו השיפוט הצבאי (קביעת מקומות כבתי סוהר צבאיים), תשמ"ח-1988 - תקנות השיפוט הצבאי (בתי סוהר צבאיים), תשמ"ז-1987, ק"ת 294, תקנה 14 - תקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשכ"ז-1967, ק"ת 2741 (ס"ח תשכ"ח 20), תקנות 1 (המונח "אזור"), 6, 6 (א), 6 (ב) - חוק לתיקון ולהארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשמ"ח-1987, ס"ח 16 - צו בדבר שירות בתי-סוהר (יהודה והשומרון) (מס' 254), תשכ"ח-1968, קמ"מ (יהודה והשומרון) (מס' 13) 509 - תקנות סמכויות שעת-חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי), תשמ"א-1981, ק"ת 948, תקנה 16 - אמנת ג'נבה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, 1949, כ"א 1, עמ' 453, סעיף 129 - צו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (תיקון) (יהודה והשומרון) (מס' 1236), תשמ"ח-1988 - חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979, ס"ח 76, סעיפים 2, 4 - תקנות בדבר מעצר מינהלי (תנאי החזקה במעצר מינהלי) (יהודה והשומרון), תשמ"ב-1981 - תקנות בדבר מעצר מינהלי (תנאי החזקה במעצר מינהלי) (חבל עזה), תשמ"ב-1982 - חוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226, סעיף 48.

= 802 =

העותרים, תושבי יהודה ושומרון הכלואים במיתקן כליאה בקציעות, בישראל, נעצרו מכוח הוראותיו של הצו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1229), תשמ"ח-1988. מכאן העתירות. לטענת העותרים, נוגדת העברתם לקציעות את האמור באמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, (להלן - אמנת ג'נבה הרביעית), ובמיוחד את האמור בסעיפים 49, 76 ו-80 של האמנה. לגירסתם, אפילו אין האמנה משקפת משפט בינלאומי פומבי מינהלי, היא מחייבת את המשיב, הן מכוח היותה חלק מפקודות המטה הכללי של צה"ל והן על יסוד הכרזתיה של הממשלה, כי תישם הלכה למעשה את חוקיה ההומניטריים של האמנה. לטענתם, יש לפרש את החוק החרות הישראלי, שעה שהוא משתמע לכאן ולכאן, באופן המתיישב עם המשפט הבינלאומי. לכן, יש ליתן פירוש מצמצם לאמור בתקנה 6 (ב) לתקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשכ"ז-1967, ויש להחילו על מי שנעצר בישראל ומבקשים לבצע בישראל צו מעצר שניתן נגדו באזור. עוד קבלו העותרים בקשר לדרכי קיום הערעורים על מעצרים ונגד תנאי המעצר. בין היתר, התלוננו על שימוש באליומות כלפי העצירים, על צפיפות יתר, על מזון וטיפול רפואי בלתי מספיקים ועל מיעוט העיתונים והמכתבים המגיעים אליהם. לטענת המשיב, החזקתם של העותרים במיתקן כליאה בישראל תואמת את תחיקת הביטחון, והאמור באמנת ג'נבה הרביעית - שהיא אמנה הסכמית - אינו ניתן לאכיפה בבתי המשפט בישראל, מאחר שאין האמנה בחזקת דין ישראלי פנימי. לעניין תנאי המעצר, טען המשיב, כי תלונות העצירים נבדקות בקפידה, וכי ננקטים אמצעי משמעת נגד סוהרים שמעשיהם נמצאו חריגים.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. (1) אליבא דכל הדעות - לרבות דעת המיעוט בבג"צ 785/87, 845, [27/88] - אין מקום להתבסס על האמור בסימן 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, כאשר הוראה מפורשת של המשפט הישראלי קובעת הסדר שונה (811 ג-ד).
- (2) סעיף 80 לאמנה, הודו במעמדם המשפטי ובזכויותיהם של עצירים, אין בו כדי להוסיף או לגרוע לצורך הסוגיה של קביעת מקום הכליאה בישראל (811 ד-ה).
- (3) העדר איזכור של סעיף 76 לאמנה בתוך שורת הסעיפים המנויים בסעיף 79 - אשר קובע את הכללים המנחים העקרוניים לגבי תנאי המעצר המינהלי - מורה על אי-תחולתו של סעיף 76 כחלק מהעקרונות החלים על עצירים מינהליים (812 א).
- (4) אין לקבל את הפרשנות, לפיה יש לקרוא את סעיף 78 לאמנה בכפיפות להגבלה הנובעת מסעיף 49, שאינה

מעוגנת בנוסחו המפורש של סעיף 78 (812 א-ב).
ב. (אליבא דשופט ג' בך): (1) גירוש תושבי יהודה ושומרון וחבל עזה למדינות ערביות שכנות והעברת תושבים מהאזורים המוחזקים, בעל כורחם, לשטח מדינת ישראל, על מנת שיוחזקו במחנה מעצר על-פי צווי מעצר מינהליים - שני מצבים אלה מכוסים על-ידי סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית (826 ג-ד).
(2) מן הדין לקרוא את סעיפים 49 ו-78 לאמנה במשולב, ולהסיק מהם, כי חל איסור גם על גירושם של עצירים מינהליים (827 ו-ז).
(3) בנסיבות דנן, אין להסיק מסקנה מן העובדה, שבסעיף 79 לאמנה, בו מוזכרות זכויות ספציפיות של עציר מינהלי, אין איזכור בדבר האיסור להעביר אדם כזה, בעל כורחו, אל מעבר לשטח האזור הכבוש; לא היה צורך לקבוע במיוחד, שאין לגרש עציר מינהלי, והאמור בסעיפים 49 ו-78 הבהיר זאת במידה מספקת (828 ז, 829 א-ב).
ג. (1) כאשר מדובר בכלל, המעוגן במשפט הבינלאומי ההסכמי, חלים העקרונות, לפיהם כלל הסכמי של המשפט הבינלאומי הפומבי אינו הופך לחלק ממשפט הארץ, אלא אם כן אומץ ושולב בו בדרך החקיקה (812 ה).

= 803 =

(2) כלל זה ישים, על אחת כמה וכמה, כאשר מתברר, כי לא רק שהכלל ההסכמי לא אומץ על-ידי חקיקה, אלא גם מתברר מעבר לכך, כי במשפט הישראלי מצויה הוראה הנוגדת אותו, בכך שהיא קובעת הסדר מפורש השונה בבירור מן הכלל ההסכמי הקבוע באמנה (814 ז).
(3) כאשר מדובר בכלל מן המשפט הבינלאומי המינהלי, חל העיקרון, לפיו מקום בו יש ניגוד בין החקיקה הישראלית לבין כלל מינהלי של המשפט הבינלאומי הפומבי, עדיפה הוראת החוק של המשפט הישראלי (815 א).
(4) על אחת כמה וכמה שזה הדין לגבי סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, שהוא בגדר כלל הסכמי של המשפט הבינלאומי הפומבי;
הוראה מפורשת של החוק הישראלי הפנימי היא המכריעה בנסיבות דנן (815 ז-816 א).
(5) (אליבא דשופט ג' בך): אין מקום לקביעה, כי איסור טוטאלי על גירוש תושבים מאזור כבוש הינו חלק מנורמות בינלאומיות מקובלות ומושרשות, עד שניתן לומר, כי זהו חלק מהדין הבינלאומי המינהלי (829 ג-ד).
ד. (1) אין לקבל את הטענה לפיה יש להעניק פירוש מצמצם לתקנה 6(ב) לתקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), כך שייאמר, כי היא מתייחסת לביצועו של צו המעצר בישראל, רק כאשר העציר נתפס בישראל ומבקשים לבצע שם את אקט המעצר (816 ג-ג).
(2) ההוראה שבתקנה 6(ב) חלה, לפי נוסחה, על כל מי שנעצר, בין אם נעצר באזור ובין בישראל. תחולתה על מי שנעצר באזור יש בה כדי להעניק בסיס משפטי לביצועו של המעצר, לרבות הבאתו של העציר מן האזור למקום המעצר בישראל (816 ה).
(3) הוראתה הברורה של תקנה 6(ב) היא הקובעת בנסיבות דנן, מכוח עדיפותה על פני כל הוראה של המשפט הבינלאומי המינהלי או ההסכמי. כך הוא אף אם מקבלים את התיזה, כי בנושא העתירה קיימת הוראה רלוואנטית שונה במשפט הבינלאומי (817 ז).
ה. (אליבא דשופט ג' בך): (1) אם הצהרת ממשלת ישראל, כי היא תכבד ביחס לאזורים המוחזקים, אף באופן וולונטארי, את ההוראות ההומניטריות של האמנות החלות על שטח כבוש, לרבות אמנת ג'נבה הרביעית, היא אכן מדיניות המוצהרת, ניתן היה במקרים מסוימים לאלץ את הממשלה לכבדה (830 א).
(2) כאשר תנאים ביטחוניים ולוגיסטיים מחייבים החזקת עצירים מינהליים בתוך שטח ישראל, אין מקום להשתמש בסמכות בג'צ' במישור המינהלי כדי להורות למשיבים להימנע מביצוע גירושם של אנשים כאלה, אך ורק בשל אותה הצהרת מדינית (830 ג-ד).
ו. (1) עניינו של כל מי שנעצר לפי צו של מפקד צבאי עובר ביקורת שיפוטית, אך ורק אחרי שהוא מגיש ערעור, וכאשר ערעורו מגיע לדיון לפני שופט משפטי, כאמור בצו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (תיקון) (יהודה ושומרון) (מס' 1236), תשמ"ח-1988 (819 ד).
(2) אם חולף זמן ממושך מן המעצר ועד להבאת הערעור לפני שופט צבאי משפטי, נותרת ההחלטה הראשונית של המפקד בדבר המעצר המינהלי על כנה, בלי שהייתה לעציר או לפרקליטו הזדמנות נאותה לשטוח טענותיהם לפני גורם שיפוטי בלתי תלוי, ובלי שהיא עברה את שבט הביקורת השיפוטית. משך הזמן עד לשמיעת הערעור הוא, על-כן, נושא חשוב ומהותי ביותר (819 ה).
(3) מעצר מינהלי ללא ביקורת שיפוטית אפקטיבית עלול לגרום לטעויות בעובדה או בשיקול-דעת, שמשמעותן שלילת חירותו של אדם בלי שיהיה לכך ביסוס ענייני, וחייבים על כן לעשות את כל שניתן כדי למנוע תופעות כאלה מעיקרן (819 ו-ז).

= 804 =

(4) מן הנכון יהיה שהרשויות יפעלו באופן אפקטיבי לצמצומו של פער הזמן שבין המעצר והגשת הערעור לבין הביקורת השיפוטית.
אם אין אפשרות לשוב לביקורת שיפוטית הצמודה למתן הצו, יש לפחות לוודא, כי הערעור יישמע בתוך שבועיים-שלושה, לכל היותר, ממועד הגשת הערעור הראשון על המעצר או על ההחלטה בדבר הארכת

המעצר, לפי העניין (819 ז-820 א).

ז. (1) מאחר שברוב המקרים, אם לא בכולם, מוגשות ראיות חסויות, אשר רק השופט המשפטי מעיין בהן, יש חשיבות רבה בבדיקה יסודית של החומר על-ידי השופט ובהקפדה על כך, שאכן תוגש לו כל ראיה הקשורה לעניין שלפניו (820 ה-ו).

(2) החלטת השופט נופלת בתום העיין בחומר הראיות, ויש מעלה - גם מבחינת מראית פני הצדק - שערעורו של כל עציר יישמע ברצף אחד, היינו על-פי סדר ההליכים הבא: הצגת הטעמים הגלויים של הצבא, דברי תגובה של עורך הדין של העציר (ושל העציר עצמו אם הוא רוצה בכך), שלב העיין בחומר החסוי שלא בנוכחות העציר ופרקליטו, הופעה חוזרת של העציר ופרקליטו לפני השופט לשם שמיעת הערות נוספות של העציר או של פרקליטו, כאשר השופט רואה מקום לשאלות מטעמו או להערות בעקבות העיין בחומר הראיות, וההחלטה או הודעה של השופט על המועד בו תינתן ההחלטה (820 ז-821 א).

(3) שלילת החירות שלא על יסוד החלטה של רשות שיפוטית היא, לפי עצם מהותה, צעד מרחיק לכת ובעל חומרה רבה, שהחוק מתיר אותו רק בהתקיים נסיבות שבהן הכרחי הדבר בשל טעמי ביטחון החלטיים. שיקול הדעת הנכון, אשר חובה להפעילו עובר למתן הצו, מתייחס גם לשאלה, אם ההחלטה בדבר המעצר משקפת בכל מקרה קונקרטי את האיזון הנאות בין הכרח ביטחוני, שאין לו פתרון סביר אחר, לבין מגמת היסוד, לפיה יש לכבד חירותו של אדם. שיקולים אלה הם גם אלו הנבחנים על-ידי השופט בשלב הערעור (821 א-ג).

ח. (1) עציר מינהלי לא הורשע בעבירה, וממילא אין הוא מרצה עונש, הוא כלוא לפי החלטה של רשות צבאית-מינהלית בתור אמצעי חירום יוצא דופן, בשל טעמי ביטחון החלטיים. ההבדל בין אסיר המרצה עונש מאסר לבין אדם שנכלא כדי למנוע סיכונים ביטחוניים מוצא ביטוי במעמדו של העציר המינהלי ובתנאי המעצר הנובעים מכך (821 ה-ז).

(2) מגמת אמנת ג'נבה הרביעית היא, שהעציר המינהלי יושווה מבחינת תנאי הכליאה, במידת האפשר, לשבוי מלחמה. על-כן קיימת חובה להפריד, במקום כליאה כלשהו, בין אסירים שפוטים לבין עצירים מינהליים (822 ג-ד).

(3) בתחום תנאי המעצר חלות במשפט הארץ הוראות מפורשות, המבטאות את המגמה האמורה: תקנה 6(ב) לתקנות-שעת-חירום (יהודה ושומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) קובעת, כי מעצר של מי שניתן לגביו צו מעצר בשטחים המוחזקים יבוצע בדרך שמבצעים בישראל צו מעצר. משמע, יש לקיים גם בקציעות את תקנות סמכויות שעת-חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי), תשמ"א-1981 (822 ה).

ט. (1) בנסיבות דנן, שוררת צפיפות רבה במחנה קציעות. הצפיפות, שהיא תופעה שלילית כשלעצמה, יש לה תוצאות נלוות, המפחיתות את האפשרות לקיים תנאי מעצר סבירים (822 ו, 823 א).

(2) הצורך הביטחוני בכליאתם של רבים בעת ובעונה אחת יכול להסביר את קיומם של תנאי צפיפות קיצונית בראשיתו של גל המעצרים, אולם משהתברר במשך החודשים שחלפו, כי המדובר על עצורים רבים, קמה עתה החובה ליצור תנאים, שלא תהיה בהם צפיפות כה רבה, ולדלל את מספר יושביו של כל אוהל (823 ב-ג).

= 805 =

(3) (אליבא דשופט ג' בך): הוראת סעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר תנאי החזקתם של עצירים הינה בעלת אופי הומניטרי מובהק, ולגביה יש לחייב את הממשלה לבצע את מדיניותה המוצהרת, לפיה יש בדעתה לכבד את ההוראות ההומניטאריות של האמנות הבינלאומיות. אין להבין מדברים אלה כי יש ליישם באופן עיוור את כל ההוראות הכלולות באמנת ג'נבה הרביעית והנוגעות לתנאי מעצרם של העצירים המינהליים; כל הוראה צריכה להיבדק על-פי חשיבותה, חיוניותה והתאמתה לנסיבות המיוחדות של מחנה העצירים נושא העתירה דנן. אולם הבטחת שטחי מחיה ותנועה מינימליים, ללא צפיפות בלתי סבירה, בהתחשב בתנאי חייהם המיוחדים של העצירים במחנה "קציעות", זוהי דרישה קרדינאלית, אשר חייבת להתבצע (832 ד-ו).

י. (1) בנסיבות דנן, בהעדר נתונים עובדתיים קונקרטיים, לא ניתן להצביע על מסקנות ספציפיות בדבר השימוש באלימות. מכל מקום, אם אירעה תופעה פסולה ואורה כנטען, הרי היא פוגעת לא רק בעציר, והיא משפילה לא רק אותו אלא גם את מי שנוהג כלפיו באלימות ובשררה; פגיעה באדם ככול וחסר ישע היא מעשה מביש ואכזרי, והיא מחייבת תגובה, ההולמת את חומרת המעשה (823 ד-ה).

(2) אין לנקוט כלפי העציר המינהלי אמצעי משמעת, שאינו כלול בין אמצעי המשמעת שפורטו בתקנות סמכויות שעת-חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי), ואין להקנות סמכויות ענישה לכל שוטר צבאי (824 ב-ג).

(3) (אליבא דשופט ג' בך): בנסיבות דנן, לא נמצא ביסוס עובדתי רב לטענות העותרים, שהתייחסו לנושאים כמו איכות המזון וכמותו, המים המסופקים לעצירים והטיפול הרפואי הניתן להם. כל אלה לא נפלו מסטנדרטים מקובלים וסבירים (825 א-ד, 830 ז).

יא. (1) לפי מבנהו ותחום תפקידיו של בית המשפט, אין הוא יכול לפעול בדרך של מעקב ופיקוח מתמשכים, אולם מעקב מתמיד ופיקוח הולם מאפשרים התייחסות ובדיקה של כל ההיבטים של השאלות החדשות לסוגיהן, היכולות לעלות במיתקן המאכלס מספר עצירים כה גדול (825 ו).

(2) על-ידי קביעת דרכי פיקוח ניתן להקל על יצירת האיזון הנאות בין קיום תנאים הוגנים ואנושיים לבין ההכרח לקיים סדר ומשמעת פנימיים ולקיים ביטחון ובטיחות (825 ו).

(3) מן הראוי הוא, שהמשיב ישקול את מינויה של ועדה מיעצת קבועה, אשר תקיים מעקב מתמיד ואשר תדווח ותייעץ למשיב בעניין תנאי הכליאה במיתקן הכליאה בקציעות (826 א).

ספק-דין של בית המשפט העליון שאזכרו:

[1] בג"צ 95/49 אלכורי נ' רמטכ"ל ואח', פ"ד ד 34.

- [2] בג"צ 785/87, 845, 27/88 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית; רפיע ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה ואח';
- הינדי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב (2) 4.
- [3] ע"א 25/55, 145, 148 האפוטרופוס לנכסי נפקדים ' סמרה ואח', פ"ד י 1825.
- [4] ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי, פ"ד טז 2033.
- [5] בג"צ 554/81 בראנסה נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד לו (4) 247.
- [6] עמ"מ 1/82 קואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לו (1) 666.
- [7] עמ"מ 2/82 לרנר נ' שר הביטחון, פ"ד מב (3) 529.
- [8] בג"צ 221/80 דרויש נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לה (1) 536.
- [9] בג"צ 540/84-546 יוסף ואח' נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון, פ"ד מ(1) 567.

= 806 =

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

- [10] TEL-OREN V. LIBYAN ARAB REPUBLIC 726 F. 2D 774 (1984).
- [11] HANDEL V. ARTUKOVIC 601 F. SUPP. 1421 (1985).
- [12] BELL V. WOLFISH 441 U.S. 520 (1979).
- [13] RHODES V. CHAPMAN 452 U.S. 337 (1981).

פסקי-דין אנגליים שאוזכרו:

- [14] CHUNG CHI CHEUNG V. THE KING [1939] A.C. 160 (P.C.).

עתירה למתן צו-על-תנאי. העתירה נדחתה.

א' פלדמן, לי צמל, ע' עסלי - בשם העותרים;
נ' ארד, מנהל מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה - בשם המשיב.

פסק-דין

הנשיא מ' שמגר: העתירה

1. עילתה של עתירה זו הייתה מעצרו המינהלי של העותרים, ומועלות בה השגות בשני נושאים, והם מקום הכליאה ותנאי הכליאה.

רוב העותרים שוחררו בינתיים ממעצרו, ורק חמישה מהם, והם העותרים 4, 11, 12, 13 ו-16, היו עדיין כלואים, בעת שסיימו את הדיון בעתירה בבית-משפט זה.

2. (א) כל אחד מן העותרים (למעט מס' 14) נעצר על-פי צו מעצר, שניתן מכוח סעיף 1 לצו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1229), תשמ"ח-1988. העותר 14 הוא תושב עזה, שנעצר לפי צו מעצר שיפוטי לקראת העמדתו לדיון לפני בית המשפט הצבאי בעזה. הוא נשפט בינתיים בעזה ושחרר כבר עם תום ריצוי עונשו.

העותרים 16 ו-17 לא היו כלואים בקציעות בעת הכנת העתירה, אולם הם הובאו לשם לפני הדיון בעתירה בבית-משפט זה. העותר 17 שוחרר כר; העותר 15 לא שהה בקציעות מעיקרו.

(ב) טענתם הראשונה והמרכזית של פרקליטיהם המלומדים של העותרים הייתה, כי מאחר שכל אחד מן העותרים הוא תושב יהודה ושומרון (להוציא העותר 14), ובהיות שטחים אלה שטחים כבושים אשר עליהם חלים כללים מיוחדים של המשפט הבינלאומי הפומבי, לא ניתן היה לכלוא את העותרים במיתקן הכליאה הצבאי בקציעות, שהוא בתחומי מדינת ישראל. יתרה מזאת, לפי הטענה, גם בצווי הממשל הצבאי או בחוקי מדינת ישראל אין ביסוס משפטי להעברה מן השטחים המוחזקים לישראל.

= 807 =

בטענתם זו הסתמכו באי הכוח המלומדים של העותרים על נוסחו של הצו בדבר הפעלת מתקן כליאה (יהודה והשומרון) (מס' 29), תשכ"ז-1967, המתייחס על-פי האמור בו למקומות כליאה הנמצאים ב"אזור" כהגדרתו בסעיף 1 ואינו מתייחס, מאידך גיסא, להחזקת עוצר במיתקן אשר מוחזק לאזור.

זאת ועוד, לטענתם, אין למפקד הצבאי סמכות לקבוע בצו המעצר מקום מעצר שנמצא מחוץ לאזור, יהיה זה לפי [הצו בדבר מעצרים מינהליים \(הוראת שעה\) יהודה והשומרון](#) (מס' 1229) שהוזכר לעיל, או יהיה זה לפי [תקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945.

לפי גירסת העותרים, העברתם לקציעות נוגדת את הוראותיה של אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן - אמנת ג'נבה הרביעית), ולעניין זה הופנה בית המשפט, במיוחד, לסעיפים 49 ו-80 שבה. על דרך ההיקש, כדבריהם, הסתמכו באי הכוח המלומדים של העותרים בעתירה ובטיעונם בעל-פה גם על הוראותיו של סעיף 76 לאמנה הנ"ל; הם הקדימו וטענו, כי היה וייאמר בתשובה, כי האמנה איננה משקפת משפט בינלאומי פומבי מינהגי, הרי דעתם היא, כי היא מחייבת במקרה דנן הן מכוח היותה חלק מפקודות המטה הכללי של צה"ל והן על יסוד הכרזותיה של המדינה, לפיהן היא תיישם, הלכה למעשה, את חלקיה ההומניטאריים של האמנה.

(ג) כאמור, התייחסו העותרים גם לתנאי המעצר בקציעות, ולעניין זה נאמרו בעתירה הדברים הבאים:

"... אין מנוס מלציין כי תנאי מעצרם של העותרים במתקן זה, שאיננו אלא מחנה מעצר או מכלאה במדבר, המאוכלס באלפים שהובאו מרחוק השרויים בתנאים קשים מנשוא, כולל היחס הברוטאלי אל הכלואים בו מצד שומריהם, אמצעי ענישה אכזריים והשפלה; הכלואים סובלים גם מתנאי הגיינה ירודים ביותר, מתענים מחוסר מים, מטיפול רפואי לקוי על אף המחלות שמהן הם סובלים, לרוב מפאת התנאים במקום; הכלואים הינם משוללים זכויות אלמנטריות ככתיבה וקריאה, כהחלפת בגדים מסודרת, ואף אין הם נהנים מביקור משפחה ללמדנו כי מדובר במתקן כליאה מיוחד במינו, וכל זאת בלשון המעטה. ב"כ העותרים אשר ביקרו במקום ב-6.4.88 וראיינו את מירב העותרים, שמעו מפיהם על מצבם העגום במתקן הנ"ל".

על יסוד כל אלה נתבקש מאיתנו, כי יצא מלפני בית-משפט זה צו-על-תנאי בדבר החזרת העותרים למיתקן כליאה הנמצא בתוך השטח המוחזק. כן נתבקש, וגם ניתן, צו ביניים בעניין העברתם לקציעות של העותרים 15, 16 ו-17, אך, כפי שהוזכר כבר לעיל, לא היה צו הביניים האמור בר-מימוש בעת ניתנו.

כליאת העותרים בישראל

3. תגובת המשיב היא, כי הכליאה במיתקן הכליאה בקציעות נעשתה כדין. בתמיכה לגירסתו הוא מסתמך על ההנמקה המשפטית הבאה:

= 808 =

(א) העותרים עצורים מכוח הוראותיו של [הצו בדבר מעצרים מינהליים \(הוראת שעה\) יהודה והשומרון](#) (מס' 1229).

(ב) הצו האמור קובע, בסעיף 2 שבו, כי צו המעצר ישמש אסמכתא לחבישתו של עצור ב"מתקן כליאה" כהגדרתו בסעיף 1 [לצו בדבר הפעלת מתקן כליאה \(יהודה והשומרון\) \(מס' 29\)](#), או במקום מעצר שנקבע בצו המעצר או בצו מאוחר יותר.

מכאן, כי אין חובה לקבוע בצו המעצר, כי העציר ייכלא במיתקן כליאה המופעל לפי [צו בדבר הפעלת מיתקן כליאה \(איזור יהודה והשומרון\) \(מס' 29\)](#), אלא ניתן לכלוא במיתקן אחר, ובלבד שציון המקום ייכלל בנוסחו של צו המעצר, או בצו נפרד, בו מורה המפקד על שינוי מקום המעצר.

יש להעיר בהקשר לטענה זו, כי אין לפרש את האמור בסעיף 2 [לצו בדבר מעצרים מינהליים \(הוראת שעה\) יהודה והשומרון](#) (מס' 1229), כאילו ציונו של מקום המעצר יכול שלא להיכלל בצו המעצר אלא רק בצו נפרד ומאוחר יותר. צו מעצר מינהלי חייב לכלול לעולם את ציון מקום המעצר, וצו מאוחר יותר יכול רק להורות על העברה למקום מעצר אחר, אחרי שהקביעה הראשונית של מקום מעצר כבר נעשתה בצו המקורי (השווה בג"צ 95/49 [1], בעמ' 41).

בצווי המעצר הנוכחיים של העותרים אכן מצוין מחנה קציעות כמקום הכליאה.

(ג) הוראות נוספות של תחיקת הביטחון מאפשרות במפורש את קביעת מקום המעצר בישראל. [צו בדבר דרכי ענישה \(יהודה והשומרון\) \(מס' 322\)](#), תשכ"ט-1969, קובע בסעיף 5 שבו לאמור:

"(א) (1) מי שניתנו נגדו פקודת מעצר או צו מעצר מכוח תחיקת ביטחון יהיו מעצרו והחזקתו במעצר ניתנים לביצוע בישראל בדרך שמבצעים בישראל פקודת מעצר או צו מעצר" (ההדגשה שלי - מ' ש').

בהודעה מיום 16.10.67, בדבר קביעת מקום מעצר ומאסר של מי שנעצר מכוח הוראותיו של [הצו בדבר הוראות בטחון \(יהודה והשומרון\)](#), תשכ"ז-1967, או של מי שהוטל עליו עונש מאסר (קמ"מ (יהודה והשומרון) מס' 6) 238, הורה מפקד כוחות צה"ל באיזור דאז, כי מותר להחזיקם במשמורת -

"... בכל מקום בישראל שהוכרז כבית סוהר כדין".

הצו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תשל"ל-1970, אשר ביטל את הצו הקודם, מביא, גם כן, הוראות בדבר מעצר מינהלי (פרק ה-1, לרבות סעיפים 87 ו-87א שבו), אולם תוקפן של אלה הושעה לפי הוראותיו של צו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1229) הנ"ל, כל עוד המעצר מבוצע מכוח צו זה. איזכור המעצר לפי צו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1229) צריך לבוא אפוא בכל דבר

= 809 =

חקיקה, לרבות בהודעה הנ"ל מיום 16.10.67, במקום איזכורו של מעצר מינהלי לפי הצו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) מתשכ"ז וצו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378). ראה סעיף 13(א) לצו בדבר פרשנות (אזור יהודה והשומרון) (מס' 130), תשכ"ז-1967. משמע, ההודעה הנ"ל חלה גם על מעצר שעליו הורו מכוח צו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1229) ולפיה ניתן לכלוא את העציר בישראל במקום שהוכרז כבית-סוהר.

ההודעה הנ"ל מיום 16.10.67 התייחסה, כמצוטט לעיל, לכל מקום שהוכרז כבית-סוהר כדון. היא לא התייחסה רק לבתי-סוהר שכוננו לפי פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971. מכאן, שכלולים בכך גם בתי הסוהר הצבאיים קציעות (א) ו-ב), שנקבעו כדון בתור שכאלה על-ידי שר הביטחון בצו השיפוט הצבאי (קביעת מקומות כבתי סוהר צבאיים), תשמ"ח-1988, וכן על-ידי הרמטכ"ל, בתוקף סמכותו על-פי תקנה 14 לתקנות השיפוט הצבאי (בתי סוהר צבאיים), תשמ"ז-1987.

(ד) לאור כל האמור לעיל יש להסיק, לפי טענת המשיב, כי הכליאה בישראל תואמת את תחיקת הביטחון, החלה בתוך יהודה ושומרון.

(ה) כמו כן, וזה עיקרו של דבר, כליאה, כאמור, תואמת גם את משפט מדינת ישראל אשר בה נכלאו העצירים, שהרי נקבע בתקנה 6(ב) לתקנות שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשכ"ז-1967, כפי שהוארכו בחוק לתיון ולהארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשמ"ח-1987:

"מי שניתנו נגדו פקודת מעצר או צו מעצר באזור מכוח סמכות שהוענקה על-ידי מנשר או צו של מפקד, יהיו מעצרו והחזקתו במעצר ניתנים לביצוע בישראל בדרך שמבצעים בישראל פקודת מעצר או צו מעצר."

משמע, המשפט החל בישראל מכוח חקיקתה של הכנסת מתיר במפורש ביצועו בתחומי ישראל של צו מעצר שניתן באזור; המונח "אזור", כמוגדר בתקנות הנ"ל, מתייחס ליהודה ושומרון או חבל עזה.

(ו) אשר לטענות העותרים, הנשענות על נוסח הצווים של הממשל הצבאי שעניינם הגדרת המונח "מתקן כליאה" והמייחסות אותו למיתקן שבתוך האזור בלבד, טוען המשיב, כי נתערב לעותרים מין בשאינו מינו. הצווים האמורים, שעניינם מיתקני כליאה (צו בדבר הפעלת מתקן כליאה (יהודה והשומרון) (מס' 29) וצו בדבר שירות בתי-הסוהר (יהודה והשומרון) (מס' 254), תשכ"ח-1968), אכן מתייחסים, בהוראות שבהם, הקובעות את כללי ניהול המיתקן ופעולת שירות בתי הסוהר שבאזור, למיתקנים שבתוך האזור; אולם מכך אין ללמוד דבר לצורך ענייננו, שכן תחומם של הצווים הללו הוא רק קביעת כללים ונהלים במיתקנים בתוך האזור, הא ותו לאו. מפקד האזור לא התיימר להיות מוסמך לקבוע כללים לניהול מיתקני כליאה שמחוץ לאזור. במיתקני כליאה בישראל חל לגבי עצירים מינהליים האמור בתקנות סמכויות שעת-חירום

= 810 =

(מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי), תשמ"א-1981, וזאת לאור תקנה 6(ב) של תקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), המפנה, בין היתר, אל הדרך בה מבצעים בישראל צו מעצר.

אך קביעת סדרים במיתקנים שבאזור לחוד וקביעת מקום מעצרו של פלוני לחוד. העדרה של סמכות להסדיר נהלים במיתקנים שמחוץ לאזור אין פירושה, שאין סמכות להורות על מעצר בתוך ישראל, כאשר חוקיות ההחזקה בישראל מוסדרת הן על-פי חוק מקום הכליאה והן על-פי המשפט החל במקום מתן הצו.

(ז) העותרים איזכרו את תקנות ההגנה (שעת חירום), א אלו לא שימשו הפעם בסיס משפטי למעצר, ולכן אין להידרש להן בדיון זה.

(ח) בקשר להגבלות החלות, לפי טענת העותרים, על העברת כלואים על-פי אמנת ג'נבה הרביעית, הרי זו תמצית עמדתה של עו"ד נילי ארד, באת הכוח המלומדת של המשיב:

(1) מעצרים של העותרים בישראל מוסדר בחקיקה ישראלית פנימית, ולפיכך אין להיזקק לכללי המשפט הבינלאומי;

- (2) אמנת ג'נבה הרביעית, שהיא אמנה הסכמית, איננה אכיפה בבית המשפט, מאחר שאינה בחזקת דין פנימי;
- (3) את הוראות האמנה יש לפרש בכפוף לחובת המפקד הצבאי לשמור את הסדר הציבורי ולזכותה של המדינה הכובשת לדאוג לביטחונה, כפי שעולה, בין היתר, מתקנה 43 לתוספת לאמנת האג בקשר לדיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן - תקנות האג);
- (4) בהוראות אמנת ג'נבה הרביעית אין איסור מפורש על העברת עצירים מינהליים למיתקן כליאה בשטח מדינת ישראל;
- (5) ההוראות ההומניטריות שבאמנה אינן הופכות לנורמות משפטיות מחייבות, רק בשל כך שי החלטה מדינית לכבדן, הלכה למעשה.
4. כפי שפורט לעיל, טוען המשיב, כי קיים בסיס משפטי, במשפט מדינת ישראל ובתחיקת הביטחון של יהודה ושומרון, המתיר כליאתם של העותרים במחנה קציעות שבתחומי ישראל.
- בחנו את הוראת החוק הרלוואנטית של מדינת ישראל ואת צווי הממשל הצבאי, ולא גילינו סיבה לדחייתה של התיזה המשפטית הנ"ל של המשיב.
- פרקליטים המלומד של העותרים, עורך-דין אביגדור פלדמן, טען בהקשר זה, כי לא יהא זה נכון לבחון את הוראת החוק ואת הצווים בעומדם בגפם, אלא יש להתבונן בהם דרך האספקלריה

= 811 =

של המשפט הבינלאומי הפומבי, בכלל, ושל אמנת ג'נבה הרביעית, בפרט. הטענה היא, כי יש לפרש את הוראות החוק המוניציפאלי באופן שיש בו כדי ליישב, ככל האפשר, בין הוראותיו לבין אלו של המשפט הבינלאומי הפומבי.

לנוכח טענות אלו מן הנכון לתת את הדעת לשאלה, מה הן ההוראות הרלוואנטיות של המשפט הבינלאומי הפומבי, ובעקבות זאת ובשלב השני לשאלה הנפרדת, שעניינה הזיקה המשפטית בין כללי המשפט הבינלאומי לבין תקנה 6(ב) לתקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), שצוטטה לעיל.

5. (א) העותרים נשענים בטענתם, כמוזכר כבר, על הוראותיו של סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית. הם מוסיפים ומפנים לסעיף 80 לאמנה, ואף מבקשים ללמוד לצורך ענייננו, בדרך ההיקש, מן האמור בסעיף 76 שבה.

(ב) שאלת פרשנותו של סעיף 49 נדונה לאחרונה בבג"צ 785/87, 845, 27/88 [2].

לא ראיתי מקום לשוב ולדון כאן במשמעותו ובסיווגו המשפטי של סעיף 49; אזכיר רק, כי גם לפי דעת המיעוט בבג"צ 785/87, 845, 27/88 [2] הנ"ל (דברי חברי הנכבד, השופט ברק). אין מקום להתבסס על האמור בסעיף 49, כאשר הוראה מפורשת של המשפט הישראלי קובעת הסדר שונה.

(ג) סעיף 80, אשר אליו הפנו העותרים, דן במעמדם המשפטי ובזכויותיהם של עצירים, בקובעו:

"INTERNEES SHALL RETAIN THEIR FULL CIVIL CAPACITY AND SHALL EXERCISE SUCH ATTENDANT RIGHTS AS MAY BE COMPATIBLE WITH THEIR STATUS".

כפי שעולה מנוסחו של הסעיף שצוטט לעיל, אין באמור בסעיף 80 כדי להוסיף או כדי לגרוע לצורך הסוגיה של קביעת מקום הכליאה בישראל.

(ד) הרישא לסעיף 76 דן בתושבי השטח שנשפטו על עבירות וקובע לאמור: -

PROTECTED PERSONS ACCUSED OF OFFENCES SHALL BE
"DETAINED IN THE
OCCUPIED COUNTRY AND IF CONVICTED THEY
SHALL SERVE THEIR
SENTENCES THEREIN".

(ההדגשות שלי - מ' ש').

טענת העותרים היא, כי יש לקרוא את ההוראה הנ"ל שבסעיף 76, בדבר מקום הכליאה של עבריינים, גם לתוך סעיף 78 לאמנה, הדן במעצר המינהלי, למרות שסעיף 78 איננו כולל הוראה מפורשת כאמור.

= 812 =

בהקשר לטענה זו יש מקום להזכיר, כי סעיף 79 לאמנה, אשר קובע את הכללים המנחים העקרוניים לגבי תנאי המעצר המינהלי, ואשר מונה אחת לאחת את ההוראות העיקריות האחרות של האמנה שיחולו על המעצר המינהלי, ובהן סעיפים 41, 42, 43, 68 ו-78, איננו מונה את סעיף 76 הנ"ל. ניתן היא איפוא לטעון, על-פי סעיף 79, כי האמנה איננה רואה באמור ברישא לסעיף 76 חלק מן העקרונות החלים על העצירים המינהליים, היינו, כי העדר האיזכור של סעיף 76 בתוך שורת הסעיפים המנויים בסעיף 79 מורה על הלאו של התחולה.

לא התעלמתי, כמובן, מן הפרשנות לסעיף 78 בספר THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949, COMMENTARY (GENEVA, ED. BY J.S. PICTET, VOL. 4, 1958), לפיה יש לקרוא את הוראותיו של סעיף 78 (מעצר מינהלי) בכפיפות להגבלה הנובעת מסעיף 49 (גירוש), אך מסקנתו של PICTET איננה מעוגנת בנוסחו המפורש של סעיף 78, אלא בקונסטרוקציה פרשנית פרי הגותו, אשר, עם כל הכבוד, איננה מקובלת עלי.

עיקרו של דבר, כפי שהוזכר כבר, הרי לצורך התיק שלפנינו, אין כל צורך לדון בעניין פרשנותו של סעיף 49. במה דברים אמורים? טיעונם של העותרים אמנם מתמקד באמור בסעיף 49; אולם לאור קיומה של הוראת חוק מפורשת במשפט מדינת ישראל כביטוייה בתקנה 6(ב) לתקנות הנ"ל, לובשת הבעיה המשפטית שלפנינו לבוש שונה לחלוטין: הנושא, הטעון בדיקה בתיק זה, איננו, מה פרשנותם של סעיפים 49 ו-78, אלא מהי הזיקה שבין שתי מערכות המשפט המוזכרות כאן; לשון אחר, אפילו נצא מן ההנחה התיאורטית, כי פרשנותם של סעיפים 49 ו-78 היא כגירסת העותרים, הרי יש לבחון, בראש ובראשונה, מה דינו של האמור בסעיפים אלה, מבחינת תחולתו בישראל, כאשר יש הוראה שונה ונוגדת במשפט הפנימי של המדינה. קושיה זו צריכה להידון, לפי טעמי, על-פי הדיכטומיה המקובלת בין המשפט הבינלאומי המינהלי לבין המשפט הבינלאומי ההסכמי. נדון באחרון ראשון.

6. (א) כאשר מדובר בכלל, המעוגן במשפט הבינלאומי ההסכמי, חלים העקרונות, שהוסברו בפסק-דינו של בית-משפט זה בע"א 25/55, 148, [3] (דברי השופט ברנזון), לפיהם כלל הסכמי כאמור של המשפט הבינלאומי הפומבי איננו הופך לחלק ממשפטנו, אלא אם כן אומץ ושולב לתוך משפטנו בדרך החקיקה.

בבג"צ 785/87, 845, 27/88 [2] נדונה הלכה זו בכל הנוגע לאמנת ג'נבה הרביעית ואושרה שם מחדש, על דעת כל המותב.

(ב) שאלת מעמדה של אמנת ג'נבה הרביעית, מבחינת זיקתה למשפט הפנימי ותחולתה בו, עלתה גם בארצות-הברית:

בבתי המשפט הפדרליים נבחן פעמים מספר, אם האמור באמנת ג'נבה הרביעית הוא חלק מן המשפט החל בארצות-הברית - היינו אם האמנה היא SELF-EXECUTING, שהפכה עם אישורה, ואף ללא חקיקה מאמצת, לחלק מן המשפט החל בארצות-הברית, ואם היא מקנה לפרט, הרואה

= 813 =

עצמו נפגע, זכויות תביעה בבתי המשפט בארצות-הברית. בתי המשפט הפדרליים השיבו על כך במפורש בשלילה. כך קבע בית המשפט לערעורים UNITED STATES TEL-OREN V. LIBYAN COURT OF APPEALS DISTRICT OF COLUMBIA) (1984) [10], AT 809

OF THE FIVE TREATIES IN FORCE, NONE PROVIDES A "PRIVATE RIGHT OF ACTION. THREE OF THEM - THE GENEVA CONVENTION FOR THE PROTECTION OF CIVILIAN PERSONS IN TIME OF WAR, THE GENEVA CONVENTION RELATIVE TO THE TREATMENT OF PRISONERS OF WAR, AND THE OAS CONVENTION TO PREVENT AND PUNISH ACTS OF TERRORISM - EXPRESSLY CALL FOR IMPLEMENTING LEGISLATION. A TREATY THAT PROVIDES THAT PARTY STATES WILL TAKE MEASURES THROUGH

THEIR OWN LAWS TO ENFORCE
ITS PROSCRIPTIONS EVIDENCES ITS INTENT NOT TO
BE SELF-EXECUTING
SEE FOSTER V. NEILSON, 27 U.S. (2 PET.) AT 311-14, 7 ;
L. ED. 415
UNITED STATES V. POSTAL, 589 F. 2D 862, 876-77 (5TH
CIR.) CERT
DENIED, 444 U.S. 832, 100 S. CT. 61, 62 L. ED. 2D 40).
(1979
THESE THREE TREATIES ARE THEREFORE NOT SELF-
EXECUTING. INDEED
WITH RESPECT TO THE FIRST GENEVA CONVENTION,
ONE COURT HAS
ALREADY SO HELD. HUYNH THI ANH V. LEVI, 586 F. 2D
625, 629 (6TH
CIR. 1978)". (ההדגשות שלי - מ' ש).

בית המשפט הפדראלי לערעורים בארצות-הברית קבע איפוא, בעקבות פסק-דין קודם משנת 1978, כי אמנת ג'נבה הרביעית - הכוללת הוראה לפיה על הצדדים לאמנה ליזום חקיקה פנימית לביצועו של האמור בה (IMPLEMENTING LEGISLATION) - לא הפכה עקב עצם הצטרפותה של ארצות-הברית לאמנה ואשרורה על-ידיה, לחלק מן המשפט הפנימי בארצות-הברית. לא למותר להוסיף, לאור הנ"ל, כי בארצות-הברית אין עדיין חקיקה פנימית לביצוען של אמנות ג'נבה.

בית המשפט המחוזי של קליפורניה פסק בעקבות זאת ברוח דומה *HANDEL V. ARTUKOVIC* (1985) [11], AT 1425 באומרו:

"(THE COURT MUST LOOK TO THE TREATY AS A WHOLE TO DETERMINE)2
WHETHER IT IS SELF-EXECUTING. *DIGGS V. RICHARDSON*, 555 F.2D 848,
D.C. CIR. 1976). FOUR FACTORS ARE RELEVANT TO SUCH A) 851
DETERMINATION:

THE EXTENT WHICH AN INTERNATIONAL AGREEMENT ESTABLISHES
AFFIRMATIVE AND JUDICIALLY ENFORCEABLE OBLIGATIONS WITHOUT
IMPLEMENTING LEGISLATION MUST BE DETERMINED IN EACH CASE BY
REFERENCE TO MANY CONTEXTUAL FACTORS: (1) THE PURPOSES OF THE
TREATY AND THE OBJECTIVES OF ITS CREATORS, (2) THE EXISTENCE OF
DOMESTIC PROCEDURES AND INSTITUTIONS APPROPRIATE FOR DIRECT

= 814 =

IMPLEMENTATION, (3) THE AVAILABILITY AND FEASIBILITY OF
ALTERNATIVE ENFORCEMENT METHODS, AND (4) THE IMMEDIATE AND
LONG-RANGE SOCIAL CONSEQUENCES OF SELF-OR NON-SELF-EXECUTION.

PEOPLE OF SAIPAN V. UNITED STATES DEP'T OF INTERIOR, 502 F.2D 90,
TH CIR. 1974), CERT. DENIED, 420 U.S. 1003, 95 S.CT. 1445) 979,
L.ED.2D. 761 (1975 43).

(APPLYING THESE FACTORS TO THE TWO TREATIES BEFORE THE COURT)3,
IT IS CLEAR THAT NEITHER THE 1929 GENEVA CONVENTION NOR THE HAGUE
CONVENTION WAS INTENDED TO ESTABLISH JUDICIALLY ENFORCEABLE
OBLIGATIONS. IN ARTICLE 129 OF THE 1949 GENEVA CONVENTION THAT
ADOPTED AND REVISED THE 1929 AGREEMENT, THE SIGNATORY COUNTRIES
SPECIFICALLY PROVIDED FOR IMPLEMENTATION THROUGH MUNICIPAL LAW. A
TREATY WHICH PROVIDES THAT SIGNATORY STATES WILL TAKE MEASURES
THROUGH THEIR OWN LAWS TO ENFORCE ITS PROVISIONS EVINCES AN
INTENT THAT THE TREATY NOT BE SELF-EXECUTING. SEE, E.G., *FOSTER
V. NEILSON*, 27 U.S. (2 PET.) 253, 311-14, 7 L.ED. 415 (1829),
OVERRULED ON OTHER GROUNDS, *UNITED STATES V. PERCHEMAN*, 432 U.S.
(PET.) 51, 8 L.ED. 604 (1833). AS A RESULT, THE GENEVA 7

CONVENTION DOES NOT OFFER PLAINTIFFS A PRIVATE RIGHT OF ACTION.
SEE TEL-OREN, 726 F.2D AT 809 (BORK, J., CONCURRING)".

ההדגשה שלי - מ' ש').

מתבקשות כאן שתי הערות: ראשית, ההתייחסות לסעיף 129, המובאת בפסק הדין בפרשת [11] HANDEL, עניינה אמנת ג'נבה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, 1949 (אמנת ג'נבה השלישית). באמנת ג'נבה הרביעית, בה אנו דנים כאן, הסעיף הרלוונטי הוא סעיף 146. פסק הדין הנ"ל בפרשת TEL-OREN [10] דן, לעומת זאת, במישרין, באמנת ג'נבה הרביעית. שנית, להבדיל מן האמור בפסק הדין האמריקני הנ"ל, בית-משפט זה רואה באמור בתקנות האג משפט בינלאומי מינהגי.

העמדה, אשר באה לידי ביטוי בפסיקה הנ"ל, גם אומצה כעמדתה הרשמית של ארצות-הברית (ראה MEMORANDUM של מחלקת המדינה של ארצות-הברית, שהוגש ביום 23.3.88 לבית המשפט המחוזי (דרום) של ניו-יורק בתיק מספר UNITED STATES V. SHAKUR; בפרשת SSS 82 CR. 312 (CSH); 84 CR. 220, שם, עמ' 18 לתזכיר).

(ג) הפועל היוצא מכל המובא לעיל הוא, כי האמור בע"א 25/55, 145, 148 [3] הנ"ל, ישים, על אחת כמה וכמה, כאשר מתברר, כי לא רק שהכלל ההסכמי לא אומץ על-ידי חקיקתנו, אלא גם מתברר מעבר לכך, כי במשפט הישראלי מצויה הוראה הנוגדת אותו, בכך שהיא קובעת הסדר מפורש השונה בבירור מן הכלל ההסכמי הקבוע באמנה. עד כאן באשר לכלל מן המשפט הבינלאומי ההסכמי.

= 815 =

(ד) כאשר מדובר בכלל מן המשפט הבינלאומי המינהגי, חל העיקרון, שסוכם מחדש בע"פ 336/61 [4], בעמ' 2040-2041, לפיו מקום בו יש ניגוד בין החקיקה הישראלית לבין כלל מינהגי של המשפט הבינלאומי הפומבי, עדיפה הוראת החוק אשר במשפטנו; כאמור שם:

"לפי הדין החל בישראל, הזהה בענין זה עם הדין האנגלי, נקבע היחס בין המשפט המקומי לבין הלכת המשפט הבין-לאומי על פי הכללים הבאים:

(1) אותה הלכה מקבלת רצפייה לתוך מערכת החוק המקומי והופכת להיות חלק ממנה אך ורק אחרי שזכתה להסכמה בין-לאומית כללית...
(קרי, כאשר המדובר בכלל מינהגי - מ' ש').

(2) במה דברים אמורים? כאשר לא קיים ניגוד בין הוראת החוק החרות המקומי לבין הלכת המשפט הבין-לאומי. אולם מקום שקיים ניגוד כזה, מחובת בית-המשפט להעדיף את הוראת המחוקק המקומי ולתת לה תוקף...
(ההדגשה שלי - מ' ש') אמת, כי ההנחה צריכה להיות, שהמחוקק ואף לתאם את חוקו לעקרונות המשפט הבין-לאומי (שזכו להסכמה כללית). אולם, כאשר מתוך החוק שחקק הלה בולטת ברורות מגמה נוגדת, מאבדת אותה הנחה את ערכה ובית-המשפט מצווה שלא להתחשב בה.

(3) לעומת זה, בשים לב להנחה הנזכרת, מן הדין לפרש את החוק החרות, שעה שהוא משתמע לכאן ולכאן ותכנו אינו מחייב פירוש אחר, בהתאם להוראות המשפט הבין-לאומי (בג"צ 279/51; 280/51, וכו', אמסטרדם נ. שר-האוצר, פד"י, כרך ו', ע' 945, 966;
LAUTERPACHT-OPPENHEIM, מהדורה שמינית, כרך 1, ע' 41, סעיף A
21). יציין, כי כלל זה של פרשנות אין לו חשיבות בעניננו, שכן אפיו של החוק הנדון כחוק היוצר 'עבירות-חוי', שתחולתן למפרע, אינו מוטל בספק.

לפי הכלל השני, יוצא איפוא שגם אם צדק בא-כוח המערער באמרו, כי אפיו החמור של החוק פוגע במשפט העמים, הרי אין בטענה זו כדי לסייע בידו".

דומים לכך דבריו של לורד ATKIN בפרשת, CHUNG CHI CHEUNG V. THE :KING (1939) [14], AT 168

THE COURTS ACKNOWLEDGE THE EXISTENCE OF A BODY OF
"RULES WHICH
NATIONS ACCEPT AMONGST THEMSELVES. ON ANY JUDICIAL ISSUE
THEY
SEEK TO ASCERTAIN WHAT THE RELEVANT RULE IS, AND HAVING ,

FOUND IT
THEY WILL TREAT IT AS INCORPORATED INTO DOMESTIC LAW, SO
FAR AS
IT IS NOT INCONSISTENT WITH RULES ENACTED BY THE STATUTES
OR
FINALLY DECLARED BY THEIR TRIBUNALS".

(ההדגשה שלי - מ' ש').

(ה) אם כך בקשר לכלל מינהגי של המשפט הבינלאומי הפומבי, הרי על אחת כמה וכמה יפים הדברים, כמוזכר כבר, לגבי סעיף 49, שהוא בגדר כלל הסכמי.

= 816 =

סיכומה של נקודה זו, הוראה מפורשת של החוק הישראלי הפנימי היא המכריעה בכגון דא.

(ו) הסוגיה המשפטית הכללית שלפנינו הוצגה בבהירות גם בספרו של פרופ' י' דינשטיין, המשפט הבינלאומי המדינה (שוקן ואוניברסיטת תל-אביב, 1971) 128 ואילך, והדברים המובאים עיל תואמים גם את גישת המחבר המלומד.

7. עו"ד פלדמן הוסיף וטען, כי גם כאשר מקבלים את העיקרון של עליונות החקיקה הישראלית הפנימית, קיים עדיין הכלל הנלווה, שהוזכר בע"פ 336/61 [4] הנ"ל, לפיו יש לפרש את החוק הישראלי החרות, שעה שהוא משתמע לכאן ולכאן ותוכנו אינו מחייב פירוש אחר, באופן המתיישב עם המשפט הבינלאומי. מן הכלל אל הפרט: לפי דבריו, ניתן ליישב בין תקנה 6(ב) לבין האיסור הנלמד לפי התיזה הזו מן האמור בסעיף 49; יש להעניק לתקנה 6(ב) לתקנות הנ"ל פירוש מצמצם, כך שייאמר, כי היא מתייחסת לביצועו של צו המעצר בישראל, רק כאשר העציר נתפס בישראל ומבקשים לבצע שם את אקט המעצר. לפי גירסתו, תקנה 6(ב) אינה ישימה לגבי ביצוע הכליאה כולה בישראל. לשון אחר, ההוראה הנ"ל מתירה, לפי דבריו, מעצר בשלב המעבר, עד שמי שנתפס בישראל יוחזר לאזור, אך לא מעבר לכך, היינו, אין הכוונה לביצועו של צו המעצר עד תום התקופה הנקובה בו.

טענה זו אינה מקובלת עלי. ראשית, תקנה 6(ב) אינה כוללת ולו ברמז - הוראה, המגבילה את האמור בה לשלב הראשוני של המעצר או למעצר בזמן מעבר או למעצר ארעי, המוגבל בזמן. קרי, אין לפנינו נוסח, שניתן לפרשו לכאן או לכאן, כי משמעותו ברורה וחד-משמעית, שהרי לפיו -

"מי שניתנו נגדו פקודת מעצר או צו מעצר באזור מכוח סמכות שהוענקה על-ידי מנשר או צו של מפקד, יהיו מעצרו והחזקתו במעצר ניתנים לביצוע בישראל בדרך שמבצעים בישראל פקודת מעצר או צו מעצר" (ההדגשה שלי - מ' ש').

ההוראה שבתקנה 6(ב) חלה, לפי נוסחה, על כל מי שנעצר, בין אם נעצר באזור ובין בישראל. תחולתה על מי שנעצר באזור יש בה כדי להעניק בסיס משפטי לביצועו של המעצר, לרבות הבאתו של העציר מן האזור למקום המעצר בישראל. להלן הטעמים העיקריים לתיזה האמורה.

ראשית, הביטוי "מי שניתנו נגדו" משמעו, כפשוטו, כל מי שניתן לגביו צו מעצר.

שנית, המחוקק לא הסתפק באיזכור אקט המעצר אלא ראה להוסיף ולהתייחס, לצד המונח "מעצר", בנפרד, גם להחזקה במעצר; ברור מכלל ניסוחי זה, כי המחוקק נתכוון להסיר כל ספק באשר לרוחב היריעה.

שלישית, יש לקרוא את הוראת תקנה 6(ב), כמקובל, בהקשרה. לעניין זה מאלף האמור בתקנה 6(א), המתייחסת לריצוי עונש מאסר. תקנה זו היא במידה רבה מקבילה במהותה, או "האחות התאומה" של ההוראה הנ"ל שבתקנה 6(ב); ואלו דברי תקנה 6(א):

= 817 =

"מי שנדון והוטל עליו עונש בבית משפט צבאי, יהא ענשו ניתן לביצוע בישראל בדרך שמבצעים בישראל עונש שהוטל על-ידי בית-משפט, במידה שלא בוצע העונש באזור" (ההדגשה שלי - מ' ש').

ברור בעליל, כי בתקנה 6(א) אין המדובר על הכליאה הראשונית אלא על תקופת השהייה בכלא כולה, המוגבלת במשכה רק על-פי האמור בגזר הדין. כותרת השוליים לתקנה 6 מדגישה, מכללא, את ההקבלה שבין שתי ההוראות אשר בשתי תקנות המשנה שבה.

בהקשר שלפנינו מעניין גם להתייחס אל המגמות, אשר הנחו את מנסחי

אמנת ג'נבה הרביעית, שביקשו להיטיב עם העצירים המינהליים (INTERNEES) על-ידי השוואת מעמדם לזה של שבויי מחמה. כך אומר PICTET ב- COMMENTARY הנ"ל, בעמ' 372 (פרשנות לסעיף 79):

"THE NEW GENEVA CONVENTION REPRESENTS A GREAT ADVANCE IN THAT THESE CIVILIANS WILL IN FUTURE ENJOY A STATUS SIMILAR TO THAT OF PRISONERS OF WAR AND REGULATED BY A CONVENTION. IT MAY SEEM PARADOXICAL TO CONSIDER THAT PLACING CIVILIANS ON THE SAME FOOTING AS MEMBERS OF THE FORCES IN TIME OF WAR REPRESENTS PROGRESS. THE TRUTH OF THE MATTER IS THAT MODERN WAR MAKES DEMANDS ON THE WHOLE NATION. THE WHOLE ECONOMIC SYSTEM OF A STATE IS PLACED AT THE SERVICE OF NATIONAL DEFENCE. THE ENGINEER OR WORKMAN IS AS NECESSARY AS THE OFFICER OR SOLDIER, AND EVERY INDIVIDUAL MAY HAVE HIS PART TO PLAY IN THE WAR; THAT FACT JUSTIFIES THE SECURITY MEASURES WHICH EACH OF THE PARTIES TO THE CONFLICT MAY TAKE IN REGARD TO INDIVIDUALS OF ENEMY NATIONALITY IN THEIR TERRITORY, OR WHICH THE OCCUPYING POWER MAY TAKE IN REGARD TO THE INHABITANTS OF OCCUPIED TERRITORY. SUCH MEASURES SHOULD AT LEAST CONFORM TO THE LAWS OF HUMANITY, AND THAT IS THE ASSURANCE GIVEN TO PROTECTED PERSONS BY ARTICLE 79. THEIR INTERNMENT BOTH IN THE TERRITORY OF THE PARTIES TO THE CONFLICT AND IN OCCUPIED TERRITORY IS SUBJECT TO RULES WHICH WOULD HAVE PROVIDED MILLIONS OF HUMAN BEINGS WITH PROTECTION IF THEY COULD HAVE BEEN APPLIED DURING THE SECOND WORLD WAR".

בדברי פרשנות אלו הדגש הוא בקיום התנאים הקבועים בסעיף 79, ועל כך לא הייתה לפנינו מחלוקת בין בעלי הדין.

סיכומו של דבר, הוראתו הברורה של החוק בתקנה 6(ב) הנ"ל היא הקובעת בכגון דא, מכוח עדיפותה על פני כל הוראה של המשפט הבינלאומי המינהגי או ההסכמי. כך הוא אף אם מקבלים, לצורך בדיקת הטענה, את התיזה, כי בנושא שלפנינו קיימת הוראה רלוונטית שונה במשפט הבינלאומי.

= 818 =

8. לאור האמור לעיל, לא מצאתי יסוד לטענה, כי עצם מעצרים של העותרים בקציעות הוא שלא כדין. מכאן נעבור לתלונות בקשר לדרכי קיום הערעורים על המעצר ובקשר לתנאי המעצר; ראשית לערעורים.

הערעורים על המעצר

9. (א) העותרים עצורים במעצר מינהלי, מכוח צו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1229) הנ"ל. לפי האמור בצו, נתונה לכל עציר זכות ערעור. לפי הצו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (תיקון) (יהודה והשומרון) (מס' 1236), תשמ"ח-1988, מובא הערעור לפני שופט משפטי, כמשמעותו של מונח זה לפי הצו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378). כאמור בסעיף 5 לצו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1229), כפי שתוקן על-ידי צו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (תיקון) (יהודה והשומרון) (מס' 1236):

"(א) תפקיד השופט המשפטי יהיה לעיין בכל ערעור על צו מעצר שחלות עליו הוראות צו זה.

(ב) השופט המשפטי רשאי לאשר את צו המעצר, לבטלו, או לקצר את תקופת המעצר שבו".

הזכות לערער לשופט משפטי לפי הצו המתקן באה במקום זכות הערעור לוועדת ערעורים, שכוננה מחדש לפי צו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1229), ואשר לה הייתה סמכות מיעצת בלבד (השווה: תקנה 111(4) לתקנות ההגנה (שעת חירום), סעיף 67 לצו בדבר הוראות בטחון, תשכ"ז-1967, וסעיף 87 לצו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), בנוסחם המקורי).

חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979, הנהיג בישראל ביקורת שיפוטית מיידית על כל צו מעצר מינהלי, אשר מותר לתתו במצב של חירום. בכך קבע החוק הסדרים, שהם יעילים יותר והוגנים יותר, מבחינת זכויות הפרט, מאלו אשר נהגו ואשר נוהגים בשעת חירום במדינות אחרות של העולם החופשי: כאמור בסעיף 4 לחוק הנ"ל, הרי אם נעצר אדם על-פי צו שר הביטחון (מכוח סעיף 2 לחוק הנ"ל), יובא תוך 48 שעות ממעצרו לפני נשיא בית המשפט המחוזי שבאזור שיפוטו נעצר, והנשיא רשאי לאשר את צו המעצר, לבטלו או לקצר את תקופת המעצר שבו. לא הובא העציר לפני הנשיא ולא הוחל בדיון לפניו תוך 48 שעות כאמור, ישוחרר העציר, זולת אם קיימת עילה אחרת למעצרו לפי כל דין. החוק האמור מבטיח איפוא ביקורת שיפוטית תוך 48 שעות. על החלטת נשיא בית המשפט המחוזי מוקנית זכות ערעור לבית המשפט העליון, בו

בדן העניין לפני דן יחיד.

(ב) בעקבות קבלת החוק בכנסת שונו, לאחר זמן קצר, הכללים בדבר מעצר מינהלי, שנהגו בשטחים המוחזקים ואשר היו עד אז דומים לאלו שנקבעו בתקנה 111(4) [לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#). הפרק ה-1 החדש, שהוסף ל**צו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378)**

= 819 =

הנהיג הסדרים דומים מאוד לאלו הנוהגים לפי החוק הישראלי מתשל"ט, בשינויים קלים הנובעים מן העניין: במקום ההוראה בדבר הבאת העציר לפני נשיא בית משפט מחוזי נקבעה, למשל, הוראה, המחייבת הבאתו לפני שופט צבאי משפטי תוך 96 שעות. ערעור על החלטת שופט משפטי מובא לפני נשיא בית-משפט צבאי.

(ג) ההשגה המרכזית מטע העותרים, שעלתה בקשר לערעורים על המעצרים, הייתה התלונה על משך הזמן הרב החולף מעת הגשת הערעור ועד לשמיעתו. כן נטען, כאילו הערעורים נדונים בחטף וללא התעמקות נאותה. לא היו תלונות ספציפיות וקונקרטיות של חמשת העותרים.

קיבלנו מידי המשיב הודעות בכתב, ובהן פרטים על הצעדים, שנקטו כדי לקיים את שמיעת הערעורים ששמיעתם השתתה, ומספרים על הערעורים, ששמיעתם נסתיימה. כפי שעולה מן הנתונים, הוחש הטיפול בכל הערעורים, ולא מצאנו יסוד לטענות המופנות לסיידורים המינהליים הקיימים.

אולם, כדי למנוע תקלות בעתיד ועל-מנת להתוות קווים מנחים לעתיד ולהבהיר מה הם העיקרים, אשר על קיומם יש להקפיד, ראיתי הכרח בהתייחסות עקרונית לעניין המעצרים והערעורים עליהם.

(ד) כאמור, **צו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1229)** התלה תחולתו של פרק ה-1 הנ"ל הדומה בתוכנו ל**חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים)**. הפועל היוצא מכך הוא, כי עניינו של כל מי שנעצר לפי צו מפקד צבאי עובר ביקורת שפוטית, אך ורק אחרי שהוא מגיש ערעור וכאשר ערעורו מגיע לדיון לפני שופט, כאמור ב**צו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (תיקון) (יהודה והשומרון) (מס' 1236)**.

פשיטא, כי אם חולף זמן ממושך מן המעצר ועד להבאת הערעור לפני שופט צבאי משפטי, נותרת ההחלטה הראשונית של המפקד בדבר המעצר המינהלי על כנה, בלי שהייתה לעציר או לפרקליטו הזדמנות נאותה לשטוח טענותיהם לפני גורם שיפוטי בלתי תלוי, ובלי שהיא עברה את שבת הביקורת השיפוטית. למותר להוסיף, כי אם אינו מוגש ערעור, אין גם ממילא עיון שיפוטי בצו המעצר.

משך הזמן עד לשמיעת הערעור הוא, על-כן, נושא חשוב ומהותי ביותר, שכן, כאמור, רק אז יכול העציר להעלות את השגותיו על מעצרו ואת טענותיו בזכות שחרורו. העובדה, שלפי טענת המדינה לפנינו, ב-28 אחוזים מן הערעורים שנשמעו עד כה נתקבל הערעור על-ידי שחרור מלא או על-ידי קיצור התקופה שהייתה נקובה בצו המקורי, מחזקת את המסקנה, כי מעצר מינהלי ללא ביקורת שיפוטית אפקטיבית עלול לגרום לטעויות בעובדה או בשיקול-דעת, שמשמעותן שלילת חירותו של אדם, בלי שהיה לכך ביסוס ענייני. חייבים, על-כן, לעשות את כל שניתן כדי למנוע תופעות כאלה מעיקרן. הדרך העיקרית לביקורת חוזרת יעילה היא, במצב המשפטי הקיים (בו העציר אינו מובא תוך 96 שעות בפני שופט משפטי), שהערעורים יישמעו בהקדם ככל האפשר. וביתר פירוט: מן הנכון יהיה, שהרשויות יפעלו באופן אפקטיבי לצמצום של

= 820 =

פער הזמן שבין המעצר והגשת הערעור לבין הביקורת השיפוטית. אם אין עדיין אפשרות לשוב לביקורת שיפוטית הצמודה למתן הצו, כפי שנהגה לפי פרק ה-1 לפני תחילתו של **צו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1229)**, יש לפחות לוודא, כי הערעור יישמע תוך שבועיים-שלושה, לכל היותר, ממועד הגשת הערעור הראשון על המעצר או על ההחלטה בדבר הארכת המעצר, לפי העניין. יש לנהוג כך כדי לקרב, ככל האפשר, את הסדרים הנוכחיים לאלו אשר אותם מצאה הכנסת בתשל"ט ראויים והוגנים, ובעיקר כדי לקצר, ככל שניתן, את פרק הזמן בין ההחלטה המינהלית על המעצר לבין קיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית.

מהי המשמעות המעשית של האמור לעיל? אם מספרם של העצירים הוא רב, מן ההכרח להוסיף גם שופטים משפטיים נוספים לשם שמיעת הערעורים. קושי ארגוני אפשרי בקביעת הסדרים, אשר יגדילו את מספרם של השופטים המשפטיים הנקראים לשירות כדי לאפשר שמיעה בהקדם וביעילות של ערעורו של עציר, אינו יכול לשמש הצדקה לאורך התקופה, שבה כלאו עציר בלי שעניינו עבר את הביקורת השיפוטית. תנאי החירום הנוכחיים חייבו, ללא ספק, היערכות כוחות נרחבת כדי לטפל במהומות שאירעו ביהודה, שומרון וחבל עזה, והנושא שלפנינו, היינו הקמת מחנה מיוחד בקציעות, הוא דוגמה לכך. אולם, על-פי אותה אמת מידה יש גם להשקיע מאמצים ומשאבים כדי לשמור על זכויותיהם של העצירים ולהגדיל את היקפה של הביקורת השיפוטית. אם מספרם הרב של הערעורים מחייב זאת, יכולים לדון בהם, במקביל ובזמן-זמנית, עשרה שופטים משפטיים ויותר, שייקראו לשירות למטרה זו, ולא רק אותו מספר - הקטן יותר - המטפל בכך כיום. הוא הדין, כמובן, בשינויים הנובעים מן העניין, בכל הנוגע לתובעים, אשר גם את מספרם ניתן להגדיל בשל הצורך בהחשת הליכי הערעור

וההכנות הכרוכות בכך.

10. טעמי המעצר מפורטים בצו המעצר רק באופן כללי. בדין הפתוח מוצג אותו חלק מחומר הראיות, שעל יסודו נפלה ההחלטה בדבר מעצרו של העציר, אשר אינו חסוי. כן נשמעים דברי העציר ופרקליטו, בתגובה לטענות העובדתיות הנ"ל.

מאחר שברוב המקרים, אם לא בכלם, מוגשות ראיות חסויות, אשר רק השופט המשפטי מעיין בהן, יש חשיבות רבה בבדיקה יסודית של החומר על-ידי השופט ובהקפדה על כך, שאכן תוגש לו כל ראיה הקשורה לעניין שלפניו. בהקשר זה לא למותר להוסיף, כי חזקה על השופטים שלעולם לא ייתנו לכמות להשפיע על האיכות ועל עומק הבדיקה השיפוטית.

בעת קבלת הראיות החסויות יכול השופט לבחון, שמא יש נתונים עובדתיים נוספים, שלא נמסרו לעציר מעיקרו, אשר ניתן לגלותם לעציר, על דעת המדינה, מבלי לפגוע באינטרס הביטחוני. מאחר שאין, בשלב זה, אפשרות לחקירה נגדית אקטיבית מצד העציר או מצד פרקליטו, רובץ על השופט הנטל לקיים, מיזמתו, בדיקה קפדנית של החומר ושל טענות הצבא.

החלטת השופט נופלת בתום העיון בחומר הראיות. יש מעלה - גם מבחינת מראית פני הצדק - שערעורו של כל עציר יישמע ברצף אחד, היינו על-פי סדר ההליכים הבא: הצגת הטעמים

= 821 =

הגלויים של הצבא, דברי תגובה של עורך הדין של העציר (ושל העציר עצמו אם הוא רוצה בכך), שלב העיון בחומר החסוי שלא בנוכחות העציר ופרקליטו, הופעה חוזרת של העציר ופרקליטו לפני השופט לשם שמיעת הערות נוספות של העציר או של פרקליטו, כאשר השופט רואה מקום לשאלות מטעמו או להערות כאמור בעקבות העיון בחומר הראיות, וההחלטה או ההודעה של השופט על המועד בו תינתן ההחלטה.

11. (ב) שלילת החירות שלא על יסוד החלטה של רשות שיפוטית היא, לפי עצם מהותה, צעד מרחיק לכת ובעל חומרה רבה, שהחוק מתיר אותו רק בהתקיים נסיבות שבהן הכרחי הדבר בשל טעמי ביטחון החלטיים. שיקול הדעת הנכון, אשר חובה להפעילו עובר למתן הצו, מתייחס גם שאלה, אם ההחלטה בדבר מעצר משקפת בכל מקרה קונקרטי את האיזון הנאות בין הכרח ביטחוני, שאין לו פתרון סביר אחר, לבין מגמת היסוד, לפיה יש לכבד חירותו של אדם. השיקולים הללו הם גם אלו הנבחנים על-ידי השופט בשלב הערעור לאור טענות הצדדים, הסבות בדרך כלל על מערכת העובדות, על הנתונים המתייחסים לעציר ומשמעותם, ועל משקלם של הסיכונים הביטחוניים שבהם מדובר במקרה הספציפי.

12. סבלנות, אורך רוח, יחס הוגן ופתיחות הם מבין התכונות, אשר בהן על השופט המשפטי להצטייד בסוג ערעורים זה, כמו בכל הליך שיפוטי או מעין-שיפוטי אחר. הדברים ברורים, ידועים ומקובלים על השופטים הצבאיים המשפטיים ועל כולי עלמא, והאמור כאן בא אך כדי לשננם ולהדגישם.

תנאי המעצר

13. בעתירה, ובעיקר בתוספותיה, הועלו טענות רבות בעניין תנאי המעצר. אף אלו נדונו בהסכמת שני הצדדים מבחינתם הכללית ולא תוך התייחסות לעותרים דווקא. הוגש לנו חומר רב בכתובים, אולם החלטנו, כי נכון יהיה שביט המשפט יתרחם במישרין ממקום הכליאה ומן התנאים השוררים בו, וכך עשינו.

14. ההתייחסות לתנאי הכליאה מחייבת הבהרה טרומית, שהיא בגדר נקודת מוצא: עציר מינהלי לא הורשע בעבירה וממילא איננו מרצה עונש.

הוא כלוא לפי החלטה של רשות צבאית-מינהלית בתור אמצעי חירום יוצא דופן, בשל טעמי ביטחון החלטיים (סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, סעיף 87 לצו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), סעיף 3 לצו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה) (יהודה והשומרון) (מס' 1229)).

המעצר נועד למנוע ולסכל סכנה ביטחונית, הנובעת ממעשים, שהעציר עלול לבצע, ושאינן אפשרות סבירה למנועם על-ידי נקיטת צעדים משפטיים רגילים (הליך פלילי) או על-ידי צעד מינהלי שהוא חמור פחות מבחינת תוצאותיו (לעניין הסקת מסקנות ממעשי העבר לגבי סיכוני העתיד, ראה: בג"צ 95/49 [1] הנ"ל; בג"צ 554/81 [5], עמ"מ 1/82 [6]; עמ"מ 2/82 [7]).

ההבדל בין אסיר המרצה עונש מאסר לבין אדם שנכלא כאמור כדי למנוע סיכונים ביטחוניים מוצא ביטויו במעמדו של העציר המינהלי ובתנאי המעצר הנובעים מכך. בחקיקה הפנימית שלנו,

= 822 =

בישראל ובאזור, נקבעו הוראות ספציפיות בנושא זה (לגבי מדינת ישראל - ראה [תקנות סמכויות שעת-חירום \(מעצרים\) \(תנאי החזקה במעצר מינהלי\)](#));

לגבי אזור יהודה ושומרון וחבל עזה ראה [תקנות בדבר מעצר מינהלי \(תנאי החזקה במעצר מינהלי\) \(יהודה ושומרון\)](#), תשמ"ב-1981, [תקנות בדבר מעצר מינהלי \(תנאי החזקה במעצר מינהלי\) \(חבל עזה\)](#), תשמ"ב-1982, לפי הענין. אגב, לאור האמור בסעיף 8(ב) [לצו בדבר מעצרים מינהליים \(הוראת שעה\) \(יהודה ושומרון\) \(מס' 1229\)](#), הדן באי-תחולת כל תקנה שהותקנה מכוח פרק ה-1 הנ"ל [לצו בדבר הוראות בטחון \(יהודה ושומרון\) \(מס' 378\)](#), נראה, לכאורה, כי התקנות בעניין תנאי המעצר המינהלי ביהודה ושומרון ובחבל עזה אינן בתוקף עתה, והדבר טעון בדיקה והבהרה חקיקתית.

על עזיר מינהלי אינה חלה, בשל מעמדו השונה, ההוראה אשר בסעיף 48 [לחוק העונשין](#), תשל"ז-1977, לפיה חייב אסיר בישראל בעבודה לפי פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], ותקנותיה. לפי התקנת הרלוואנטיות, העזיר המינהלי חייב רק בעבודת ניקיון וסדר של התא בו נכלא. עם זאת, מקובל מאז ומתמיד בישראל ומחוצה לה, שעצירים, הכלואים בקבוצות גדולות, עוסקים, בעצמם, בהכנת האוכל, בבישולו ובחלוקתו.

אף אמנת ג'נבה הרביעית ראתה לפרט בהרחבה יתרה, מה התנאים שיש להחיל על העצירים המינהליים. כפי שראינו, עולה מדברי הפרשנות הנ"ל של ד"ר פיקטה, כי המגמה של עורכי אמנת ג'נבה הרביעית הייתה, שהעזיר המינהלי לפי סעיף 78 וישווה, מבחינת תנאי הכליאה, במידת האפשר, לשבוי מלחמה. תיזה זו מלמדת גם כן על כך, שאנו נזקקים כאן למסגרת התייחסות השונה מזו המופעלת כלפי אדם שהורשע בדין ומרצה עונשו. על-כן גם קיימת חובה להפריד, במקום כליאה כלשהו, בין אסירים שפוטים לבין עצירים מינהליים. ברוח זו גם נוסחו הוראותיו של סעיף 84 לאמנת ג'נבה הרביעית.

בתחום תנאי המעצר חלות במשפטנו הוראות מפורשות של החוק שלנו, המבטאות את המגמה הנ"ל: תקנה 6(ב) [לתקנות-שעת-חירום \(יהודה ושומרון וחבל עזה - שיפו בעבירות ועזרה משפטית\)](#) קובעת, כי מעצר של מי שניתן לגביו צו מעצר בשטחים המוחזקים יבוצע בדרך שמבצעים בישראל צו מעצר. משמע, יש לקיים גם בקציעות את [תקנות סמכויות שעת-חירום \(מעצרים\) \(תנאי החזקה במעצר מינהלי\)](#).

15. הבעיה המרכזית, הבולטת לעין בכל הנוגע לתנאי המעצר בקציעות, היא זו של הצפיפות.

התרשמונו בבירור, שיש לפתור את בעיית הצפיפות הרבה השוררת במחנה קציעות. שיכונם של 28 איש באוהל מחובר (2 אוהלים הודיים) תוצאתו המעשית היא, שהעצירים שוכבים זה לצד זה, ללא כל רווח בין מזרן לרעהו, מקצה האוהל ועד למשנהו.

בנסיבות המקום, יש לצפיפות זו השפעה קשה יותר מצפיפות באוהל שאליו פונים המשוכנים בו רק כדי ללון או לנוח: תנאי האקלים בקציעות, בעיקר בקיץ, מבנה המכלאה בה מוצבים

= 823 =

האוהלים והאיסור על התגודדות של עצירים במספר רב מחוץ לאוהלים גורמים לכך, שהעצירים שוהים בתוך האוהל במשך רוב שעות היום. זה גם המקום בו הם מקבלים ארוחותיהם ובו הם עורכים תפילותיהם. בשל כל אלה, יש כאן לצפיפות משמעות מכבידה עוד יותר.

הצפיפות היא תופעה שלילית כשלעצמה, אך יש לה גם תוצאות נלוות, המפחיתות את האפשרות לקיים תנאי מעצר סבירים: כך, למשל, גורם העדר מרחב התנועה לכך, שהעזיר אינו יכול להחזיק לידו בחפציו האישיים, אם כי זכותו לעשות כן (כל עוד אין בהחזקת סוג חפץ זה או אחר משום סיכון לבטיחות או לביטחון).

תנאי הצפיפות המתוארים אינם חולפים וארעיים, כי לא מדובר על כליאה לזמן מעבר אלא על כליאה במשך חודשים ארוכים.

הצורך הביטחוני בכליאתם של רבים בעת ובעונה אחת יכול להסביר קיומם של תנאי צפיפות קיצונית בראשיתו של גל המעצרים. אולם משהתברר במשך החודשים שחלפו, כי המדובר על עצורים רבים, קמה עתה החובה ליצור תנאים, שלא תהיה בהם צפיפות כה רבה, ולדלל את מספר יושביו של כל אוהל. אנו מבינים, שביצוע הדבר מחייב הכנות ואמצעים, אך עצם בנייתו של המחנה מוכיחה, כי הדבר הוא בר ביצוע תוך זמן סביר.

16. הושמעו לפנינו טענות בעניין יחס אלים ומשפל בעת ההובלה של העזיר אל מיתקן הכליאה. הטענות היו כלליות, פרט למקרה יחיד של עזיר, שפגשו בו במחנה ושהתייחס בדבריו לכך שהושפל בעת הנסיעה למחנה. גם לגבי המקרה האמור לא הוגשה עד כה תלונה קונקרטית ומפורטת. מעבר לכך, אין לנו כל נתונים על התדירות של מקרים כגון אלה.

מכל מקום, אם אירעה תופעה פסולה ואסורה כנטען, הרי היא פוגעת לא רק בעזיר, והיא משפילה לא רק אותו אלא גם את מי שנוהג כלפיו באלימות או בשררה; פגיעה באדם כבול וחסר ישע היא מעשה מביש ואכזרי, והיא מחייבת תגובה, ההולמת את חומרת המעשה.

בהעדר נתונים עובדיתיים קונקרטיים, לא ניתן להצביע על מסקנות ספציפיות. אנו מבינים מהודעת המדינה, שיש הנחיות האוסרות כל שימוש באלימות כמוזכר לעיל, וכי כל תלונה נחקרת. הוראות דווקניות וקביעת נוהלי העברה, הכוללים פיקוח נאות על-ידי בעל דרגה, הם מבין האמצעים היכולים להפחית את הסיכון, שאירע מעשה כנטען.

זאת ועוד, גם השינון התדיר של ההוראות יכול להועיל להשרשתם היעילה.

אשר לתלונות כלליות על יחס בלתי נאות מצד אנשי צבא כלפי עוצרים בתוך הכליאה עצמו: לא שוכנענו שיש ממש בטענה. הובאו לידיעתנו מספר תלונות, המעידות על כך שנקטו צעדים משמעותיים נגד אנשי צבא, שחרגו מן המותר בדיבור פה או במעשה, ואופי התגובה העונשית במקרים הספורים הללו מצביע על כך, שנעשה הדרוש כדי למנוע ולשרש תופעות פסולות, שלפי כל הסימנים היו מועטות ביותר.

= 824 =

17. בהודעת פרקליטות המדינה, שהוגשה לנו בעקבות ביקורנו בקציעות, פורטו האמצעים המשמעותיים, שמותר לנקוט אותם במחנה כלפי מפירי משמעת, ואלו הם, כמפורט בהודעה הנ"ל:

"(1) העמדה בפנית המכלאה לפרק זמן מכסימלי של חצי שעה - בסמכות השוטר הצבאי האחראי במקום.

(2) העמדה כנ"ל עד שעתיים - בסמכות מפקד המשמרת שהינו קצין בדרגת סגן.

(3) החזקה בחדר בידוד עד שלושה ימים - מפקד הגוש או סגנו.

(4) החזקה בחדר בידוד עד 14 יום - מפקד מתקן הכליאה אישית".

האמצעים (1) ו-(2) הנ"ל אינם כלולים בין אמצעי המשמעת שפורטו בתקנות סמכויות שעת-חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי) בדבר תנאי המעצר (ראה תקנה 16). הם גם אינם מקובלים עלי בגדר תגובה משמעתית, היכולה לנהוג כלפי עוצר מינהלי. אמצעי הענישה המתוארים שם אינם הולמים, לפי טיבם, את הקווים המנחים שהוסברו לעיל. האופי הבלתי רצוי שלהם מתחדד לאור התנאים של המקום. אינני סבור גם שצריך להקנות סמכות ענישה לכל שוטר צבאי.

מהודעת הפרקליטות למדנו, כי בכל הנוגע לנהלים המשמעותיים, נהוג רישום בדומה למקובל בבתי הכלא בארץ, והדבר מקובל עלינו כנכון וכדרוש.

18. התרשמנו, כי הטיפול הרפואי הוא הולם וברמה נאותה, ולא מצאנו ממש בטענות שהועלו בקשר לכך. כמובן, יש להוסיף ולקיים את הנהלים, אשר לפיהם נבדק כל כלוא עם קבלתו למיתקן הכליאה, ואשר לפיהם יש לכל כלוא אפשרות לפנות בבקשה לעזרה רפואית.

19. בעניין הפולחן הדתי, היינו, בקשר לתלונה הנוגעת להתכנסות לשם תפילה, מן הראוי שלפני כל החלטה תתבקש חוות דעת של רשות דתית מוסלמית מוסמכת בישראל, כדי לבחון את ממשותן של טענות העצירים מול הפתרונות המוצעים על-ידי הרשויות הצבאיות. חוות הדעת תשמש את הגורמים הביטחוניים בקביעת ההסדרים האפשריים מטעמי ביטחון.

20. (א) בעניין תדירות הגעת העיתונים שמענו הערות לרוב: בהקשר זה צריך להביא בחשבון, שהמדובר באנשים המנותקים מהסביבה הטבעית שלהם, ואשר אין להם תעסוקה במשך רוב שעות היום. אין טעם סביר לכך, שלא ייענו הטענות בעניין תדירות חלוקת העיתונים ובדבר טריותו של העיתון כאשר הוא ניתן. כמובן, יש לשלטונות סמכות לקיים אמצעי זהירות ביטחוניים, אך יש להקפיד על כך, שאמצעים אלו לא יביאו להתיישנותו של העיתון המחולק לכלואים.

(ב) בנושא חלוקת הספרים: יש מקום להרחבה רבה, והיוזמה לכך צריכה להיות של השלטונות.

= 825 =

21. עלה גם עניין ההתכתבות של העצירים. לפי התקנות, רשאים השלטונות לצמצם את הכמות ללא יותר מארבעה מכתבים בעלי גודל מוגדר ולארבע גליות לחודש. לא היה חולק, כי את אלו יש לשגר, ומכתבים המופנים לעצירים יש להעביר לידיהם תוך זמן סביר.

22. עלו טענות שונות בעניין המזון והמים. בנושאים אלה הייתה מחלוקת עובדתית. טענת הכלואים הייתה, שהמזון מועט ובלתי מתאים לטעמם, וכי קרה גם שחילקו קופסאות מזון (בשר), שתאריך השימוש בהן כבר פג.

כפי שהסתבר לנו, מיושם לוח המזון הצבאי המתאים, והעצירים מבשלים את האוכל כמו ידיהם.

בעניין המים עמדו הקצינים האחראים למיתקן בהחלטיות על דעתם, שאין מקום לטענה בדבר מחסור, וכי הכמות המסופקת היא רבה וכי יש בה כדי לענות הן על צרכי השתייה והן על צרכי הרחצה והכביסה (75 ליטר מים ליום לאדם). מוסכם גם שחינוי ההבטיח, וגם להקפיד, על חלוקה שוטפת נאותה של סבון ושל בגדים להחלפה.

אין לנו יסוד להטיל ספק בהסדרים, שעניינם המזון והמים; עם זאת, דרושים מעקב ופיקוח מתמידים מצד מפקדת המחנה על קיומם של ההסדרים הלכה למעשה, כדי למנוע תופעות של תקלה מסוג כלשהו בהספקת המזון ובהספקת המים.

23. בדברינו הנ"ל התייחסנו לנושאים העיקריים, שהועלו לפנינו בפרוטרוט. אין צריך לומר, שבית המשפט אינו יכול במסגרת זו לנקוט עמדה לגבי כל פרט ולגבי כל אחד מן המרכיבים הרבים האחרים, היוצרים יחד את תנאי המעצר. זאת ועוד, בית המשפט התייחס למיתקן הכליאה כמצבו, לפי הטענות ולפי מראית עינינו במועד נתון.

הנחתנו היא, כי ההערות הכלליות שלנו בעניין תנאי השירות מחייבות פעולה והיערכות בהתאם לדברינו הנ"ל.

לפי מבנהו ותחום תפקידיו של בית המשפט, אין הוא יכול לפעול בדרך של מעקב ופיקוח מתמשכים; אולם מעקב מתמיד ופיקוח הולם מאפשרים התייחסות ובדיקה של כל ההיבטים של השאלות החדשות לסוגיהן, היכולות לעלות במיתקן המאכלס מספר עצירים כה גדול. על-ידי קביעת דרכי פיקוח ניתן גם להקל על יצירת איזון נאות בין קיום תנאים הוגנים ואנושיים לבין ההכרח לקיים סדר ומשמעת פנימיים ולקיים ביטחון ובטיחות (השווה גם בעניין זה לפסק הדין הפדראלי של בית המשפט העליון של ארצות-הברית
RHODES V. CHAPMAN ו- BELL V. WOLFISH (1979) [12], AT 547, AT 361, [13] 1981).

על-כן רואים אנו לנכון להפנות את תשומת לבו של המשיב אל הצורך לקבוע דרכים יעילות למעקב ולפיקוח. נושא זה לא עלה בעתירה ובטיעונים שלפנינו, וההצעה שתובא בהמשך

= 826 =

הדברים מועילית כאן כמסקנה נגזרת מן הדיון שנתקיים לפנינו: הצעתנו היא, כי המשיב ישקול את מינויה של ועדה מייעצת קבועה, אשר תקיים מעקב מתמיד ואשר תדווח ותייעץ למשיב בעניין תנאי הכליאה במיתקן הכליאה בקציעות.

בראש הוועדה ניתן להציב שופט צבאי משפטאי בכיר מיחידת בתי הדין הצבאיים, וניתן לכלול בה מומחים מתחום הרפואה, הפסיכולוגיה, ניהול בתי סוהר ועוד.

24. לאור מסקנותינו, כפי שהובאו לעיל, לא ראינו מקום להפיכת הצו להחלטי, והחלטנו לבטל את הצו-על-תנאי שיצא מלפנינו.

המשנה לנשיא מ' אלון: אני מסכים.

השופט ג' ברך: 1. מסקנותיו של חברי הנכבד הנשיא מקובלות עלי, אך נאלץ אני להסתייג מחלק מהדעות המובעות על-ידי במישור החוק הבינלאומי באשר לפירושם של סעיפי אמנת ג'נבה הרביעית (להלן - האמנה).

כפי שצוין על-ידי הנשיא הנכבד, משליכים העותרים גם בעתירה זו את יהבם על הוראות סעיף 49 לאמנה. ההבדל בין העתירה שלפנינו לבין המקרה שנדון על-ידינו בבג"צ 785/87, 27/88, 845 [2] הוא בכך, שבבג"צ 785/87, 27/88, 845 [2], המדובר היה בחוקיות גירושם של תושבי יהודה ושומרון וחבל עזה למדינות ערביות שכנות, ואילו במקרה דנן טוענים העותרים כנגד סמכותן של רשויות הממשל הישראלי להעביר תושבים מהאזורים המוחזקים הנ"ל, בעל כורחם, לתוך שטח מדינת ישראל, על-מנת שיוחזקו כן במחנה מעצר על-פי צווי מעצר מינהליים.

שני המצבים האלה מכוסים על-ידי סעיף 49 לאמנה באותה מידה, שכן נקבע שם (בחלק הרלוואנטי לענייננו) לאמור:

"INDIVIDUAL OR MASS FORCIBLE TRANSFERS, AS WELL AS DEPORTATIONS OF PROTECTED PERSONS FROM OCCUPIED TERRITORY TO THE TERRITORY OF THE OCCUPYING POWER OR TO THAT OF ANY OTHER COUNTRY, OCCUPIED OR NOT, ARE PROHIBITED, REGARDLESS OF THEIR MOTIVE".

ועל-פי הנוסח העברי:

"העברת-כפיה של מוגנים, יחידים או המונים, וכן גירושם של מוגנים, משטח נכבש לשטחה של המעצמה הכובשת או לשטחה של כל ארץ אחרת, - בין שטח נכבש ובין שטח בלתי נכבש - אסורים, ויהי המניע מה שיהיה".

עינינו הרואות, כי אינה נעשית בסעיף כל הבחנה בין גירושם של מוגנים לשטח המעצמה הכובשת לבין גירושם למדינה אחרת כלשהי.

= 827 =

בניגוד לדעת חבריי, שישבו יחד עמי לדין בבג"צ 785/87, 845, 27/88 [2] ושקבעו כי סעיף 49 הנ"ל חל רק על גירוש המוני של אוכלוסית השטח הכבוש, הבעתי שם את דעתי, כי האיזכור המפורש בסעיף זה של "יחידים או המונים" בשילוב עם הדיבור בסיפא של הסעיף "ויהי המניע מה שיהיה" אינו מאפשר פירוש כה מצמצם. נימקתי שם את עמדותי בפירוט, ואינני רואה צורך לחזור על הנמקה זו פעם נוספת.

די אם אזכיר את ההערה, המופיעה בפרשנות לסעיף 49 בספר הנ"ל של PICTET, בעמ' 279:

"THE PROHIBITION IS ABSOLUTE AND ALLOWS OF NO EXCEPTIONS ...".

הערה זו נראית בעיניי נכונה (ראה באותו כיוון גם מאמרו של פרופ' י' דינשטיין, "התנחלויות וגירושים בשטחים המוחזקים" עיוני משפט 2 (תשל"ט-תש"ם) 188).

אם סברתי כך לצורך בבג"צ 785/87, 845, 27/88 [2] שבו המדובר היה בגירושם של שלושה עותרים בלבד, הרי דבק אני בדעה זו, בבחינת קל וחומר, כאשר בהעברתם של אלפי אנשים עסקין.

2. בדעת המיעוט שלי בבג"צ 785/87, 845, 27/88 [2] הסתמכתי, בין היתר, גם על סעיף 78 לאמנה, הדין במעצרים מינהליים, שהוא הנושא העומד לפנינו בעתירה הנוכחית, על-מנת להדגיש, כי מחברי האמנה לא התעלמו מכך, שבשטח הכבוש עלולים להימצא גורמים המסכנים את ביטחון הציבור או את ביטחון הכוח הכובש, וכי התירו נקיטת אמצעים מיוחדים ביחס לאנשים כאלה.

למען ההבהרה נזכיר נוסחו של סעיף 78 הנ"ל:

"IF THE OCCUPYING POWER CONSIDERS IT NECESSARY, FOR IMPERATIVE REASONS OF SECURITY, TO TAKE SAFETY MEASURES CONCERNING PROTECTED PERSONS, IT MAY, AT THE MOST, SUBJECT THEM TO ASSIGNED RESIDENCE OR TO INTERNMENT".

ובנוסח העברי:

"היתה המעצמה הכובשת סבורה שיש צורך, מטעמי הכרח של בטחון, לנקוט אמצעי בטחון כלפי מוגנים, רשאית היא, לכל היותר, לייחד להם מקום מגורים או לעצרם".

ונהנה מביע ד"ר PICTET, בפרשנות שלו הנ"ל לאמנה, את הדעה, כי מן הדין לקרוא את הסעיפים 49 ו-78 לאמנה במשולב, ולהסיק מהם, כי חל איסור גם על גירושם של עצירים מינהליים. וכך נאמר, בעמ' 368 לספרו PICTET של הנ"ל:

"IT WILL SUFFICE TO MENTION HERE THAT AS WE ARE DEALING WITH OCCUPIED TERRITORY, THE PROTECTED PERSONS CONCERNED WILL BENEFIT BY THE PROVISIONS

= 828 =

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".

חברי הנכבד, הנשיא, מסתייג בחוות-דעתו במפורש מדעתו הנ"ל של ד"ר PICTET. לעומת זאת, אינני רואה מנוס מלאמצה. הקביעה בסעיף 78 הנ"ל, כי אנשים מסוג זה, דהיינו אנשים המהווים סיכון מבחינה ביטחונית, ניתן "לכל היותר" ("AT THE MOST") לעוצרם, מחזקת דעה זו, ובמיוחד כאשר משקיפים אנו עליה ביחד עם הנוסח הגורף והחד-משמעי של סעיף 49.

3. חברי הנכבד, הנשיא, מסתמך בחוות-דעתו על נימוק נוסף לתמיכה בעמדתו, לפיה אין מניעה, על-פי האמנה, להעביר עציר מינהלי אל הטריטוריה של המעצמה הכובשת, לצורך כליאתו שם לתקופת מעצרו. הנמקה זו מבוססת על הסעיפים 76 ו-79 לאמנה.

הנשיא הנכבד מזכיר את טענת העותרים, הרוצים להיבנות מסעיף 76 לאמנה, אשר זו לשונו:

"PROTECTED PERSONS ACCUSED OF OFFENCES SHALL BE DETAINED IN THE OCCUPIED COUNTRY AND IF CONVICTED THEY SHALL SERVE THEIR SENTENCES THEREIN".

ובנוסח העברי:

"מוגנים שנאשמו בעבירות ייעצרו בארץ הנכבשת, ואם נתחייבו בדין, ירצו את ענשם שם".

בעניין זה מביע חברי הנשיא את דעתו לאמור:

"בהקשר לטענה זו יש מקום להזכיר, כי סעיף 79 לאמנה, אשר קובע את הכללים המנחים העקרוניים לגבי תנאי המעצר המינהלי, ואשר מונה אחת לאחת את ההוראות העקרוניות האחרות של האמנה שיחולו על המעצר המינהלי, ובהן סעיפים 41, 42, 43, 68 ו-78, איננו מונה את סעיף 76 הנ"ל. ניתן היה איפוא לטעון, על-פי סעיף 79, כי האמנה איננה רואה באמור ברישא לסעיף 76 חלק מן העקרונות החלים על המעצרים המינהליים, היינו, כי העדר האיזכור של סעיף 76 בתוך שורת הסעיפים המנויים בסעיף 79 מורה על הלאו של התחולה".

אם משתמע מכך, כי ניתן ללמוד מהעדר איזכורו של סעיף 76 בסעיף 79 לאמנה, כי אין קיימת, על-פי האמנה, מניעה להעברתו של עציר מינהלי אל מעבר לגבולות השטח הכבוש, אין באפשרותי לקבל את דעת חברי הנכבד.

הנכון הוא, שסעיף 76 אינו מתייחס במפורש אל עצירים מינהליים. על סמך האמור לעיל, כפי שמצאו הדברים ביטוי, בין היתר, בפרשנותו של ד"ר PICTET, לא היה צורך לקבוע במיוחד, שאין לגרש עציר מינהלי. האמור בסעיפים 49 ו-78 הבהיר זאת במידה מספקת.

= 829 =

אולם אם, להסרת ספקות, נקבע באמנה, כי אין לגרש אל מחוץ לשטח הכבוש אפילו אדם המואשם בעבירה פלילית, ואף אם הוא נידון על עבירה זו למאסר, הרי ההיגיון מחייב שדברים אלה חייבים לחול, על אחת כמה וכמה, על אדם המוחזק במעצר, אך שאינו מואשם בעבירה ספציפית כלשהי לפני בית משפט מוסמך.

לדעתי, אין להסיק מסקנה לענייננו מן העובדה, שבסעיף 79 לאמנה, בו מוזכרות זכויות ספציפיות של עציר מינהלי, אין איזכור בדבר האיסור להעביר אדם כזה, בעל כורחו, אל מעבר לשטח האזור הכבוש. מכל מקום, בוודאי אין להסיק משילובם של הסעיפים 76 ו-79, כי גירוש כזה הינו מותר על-פי האמנה.

4. העולה מהאמור לעיל הוא, כי הייתי נוטה לקבל את טענת באי-כוח העותרים, לפיה אין האמנה מתירה העברתם של עצירים מינהליים אל שטח המדינה הכבושת לצורך ריצוי תקופת מעצרם.

5. לעומת זאת מסכים אני לדעת חברי הנכבד הנשיא, כי האמנה מהווה, מכל מקום בשלב הנוכחי, חלק מהחוק הבינלאומי ההסכמי, ואיננה נמנית עם כללי החוק הבינלאומי המינהלי. הבהרתי את עמדתי בעניין זה בבג"צ 785/87, 845, 27/88 [2] ואינני מוצא מקום לשנותה. דעה זו מקובלת עלי במיוחד לאור הפירוש הרחב שיש, לשיטתי, לתת לסעיפים 49 ו-78 לאמנה, שבהם עסקינו. אין מקום לקביעה, כי איסור טוטאלי על גירוש תושבים מאזור כבוש הינו חלק מנורמות בינלאומיות מקובלות ומושרשות, עד שניתן לומר, כי זהו חלק מהדין הבינלאומי המינהלי. זאת להבדיל מתקנות האג משנת 1907, אשר הוכרו אף בפסיקה שלנו כחלק מהמשפט הבינלאומי המינהלי.

הלכה זו נקבעה ואושרה בשורה של פסקי-דין שניתנו בבית-משפט זה, וכאמור אינני מוצא עילה לסטות ממנה.

6. גם דעתי היא, כי אין בכוחן של הוראות האמנה לגבור על חקיקה מקומית ספציפית, כאשר זו, בנקודה מסוימת, עומדת בניגוד להן.

שותף אני לדעת חברי הנשיא, כי ביחס לסוגיה הנדונה בעתירה זו אין החקיקה הישראלית משאירה מקום לספקות, באשר נקבע בתקנה 6(ב) לתקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), כי -

"מי שניתנו נגדו פקודת מעצר או צו מעצר באזור מכוח סמכות שהוענקה על-ידי מנשר או צו של מפקד, יהיו מעצרו והחזקתו במעצר ניתנים לביצוע בישראל בדרך שמבצעים בישראל פקודת מעצר או צו מעצר".

לאור נוסח חד-משמעי זה נראה גם לי, כי לא ניתן לקבל את טענת באי-כוח המלומד של העותרים, לפיה יש לצמצם את תחולתו של סעיף זה לאנשים שנעצרו בשטח המדינה.

= 830 =

7. אשר להצהרת ממשלת ישראל, כי היא תכבד ביחס לאזורים המוחזקים, אף באופן וולונטארי, את ההוראות ההומניטריות של האמנות החלות על שטח כבוש, לרבות האמנה בה עסקינו, הרי גם על עניין זה עמדתי בהרחבה בחוות-דעתי בבג"צ 785/87, 845, 27/88 [2].

הבעתי שם את דעתי, והנני מחזיק בה גם היום, כי יש לייחס משמעות להצהרה זו מטעם המדינה, ואם אכן זוהי מדיניותה המוצהרת, הרי נוכל גם, במקרים מתאימים, לאלצה לכבד מדיניות זו.

אך הוספתי בהקשר זה, בעמ' 78:

"אולם כל מקרה יבחן כאן על-פי נסיבותיו, ולהבדיל מפרשנות חוקים ואמנות, המחייבת לעתים דבקות נוקשה במשמעותם של מלים ומונחים, הרי מסור בידי בית המשפט שיקול-דעת גמיש ורחב, כאשר בא הוא לבחון הצהרה בדבר מדיניות הממשלה על-פי תוכנה ורוחה".

מאחר שלא ראיתי את הגורם ההומניטרי כהיבט הדומיננטי בהוראה המונעת גירושם של אנשים, אשר באופן שיטתי מסיתים למעשי אלימות והמהווים סיכון חמור לשלום הציבור, הרי סברתי, כי אין מקום שנשתמש בסמכותנו במישור המשפט המינהלי כדי להורות למשיבים (שם) להימנע מביצוע גירושם של אנשים כאלה, אך ורק בשל אותה הצהרת מדיניות.

הוא הדין בקשר להחזקת עצירים מינהלים בתוך שטח ישראל, כאשר תנאים ביטחוניים ולוגיסטיים מחייבים זאת, וכאשר הסדר זה נקבע בחקיקה מפורשת של הכנסת.

זאת להבדיל מהוראות בדבר הטיפול האנושי והנאות בעצירים בתוך המחנות. על כך עוד ידובר להלן.

8. על סמך האמור לעיל דעתי כדעת חברי הנכבד הנשיא, כי מן הדין לדחות את העתירה בכל הנוגע לעצם החזקתם של העותרים במחנה מעצר בשטח ישראל.

9. אשר לחלק השני של העתירה, המתמקד בתנאים השוררים במחנה המעצר בקציעות, הרי אוכל רק להביע הסכמתי לסקירה העובדתית הממצה של חברי הנשיא ולאשר, כי התרשמתי מהביקור במקום הייתה דומה להתרשמותו שלו.

גם אנוכי לא מצאתי ביסוס עובדתי רב לטענות העצירים, שהתייחסו לנושאים כמו איכות המזון וכמותו, כמות המים המסופקים לעצירים והטיפול הרפואי הניתן להם. נראה, שכל אלה אינם נופלים מסטנדרטים מקובלים וסבירים. גם התקבל הרושם, ששלטונות בית המעצר עושים כמיטב יכולתם כדי לאפשר לעצירים קיום טקסיהם ותפילותיהם הדתיים.

= 831 =

הודאגתי יותר מהתיאורים, ששמענו מצד דיירי האוהלים השונים, ללא קשר ביניהם, בדבר עלבונות ופגיעה בגופם ובכבודם מצד אחדים מהסוהרים ומאת אנשי צבא, שליוו אותם למחנה המעצר. עם זאת הובטח לנו, כי כל תלונה בנושא זה נחקרת באופן יסודי, והובאו לתשומת לבנו פרטים בדבר משפטים משמעותיים שהוגשו נגד קצינים וחיילים, אשר נגדם הוגשו ראיות לכאורה בקשר לתלונות כגון אלה. כמו כן נמסר לנו, ולמעשה העצירים אישרו זאת לפנינו, כי ניתנות הזדמנויות נוחות ותכופות לכל עציר להיפגש עם נציגי הצלב האדום ולהביא לפנייהם תלונות בכל נושא המעיק עליהם. שלטונות הצבא בכלל ומפקדי בית המעצר בפרט מקיימים מגעים מתמידים עם נציגי הצלב האדום, וכל תלונה וכל הצעה נבדקות ברוח אוהדת. אעיר רק בהקשר זה, כי התפלאתי לשמוע, כי חפצים, שיש בהם כדי לעזור לעצירים להתגבר על השעמום, שהוא תוצאה נלווית לתנאי החיים במחנה, כגון משחקי שחמט ושש-בש, מסופקים לעצירים על-ידי אנשי הצלב האדום. סבור הייתי, כי לא רק מעניינם של העצירים אלא גם מאינטרס שלטונות בית הסוהר הוא לספק לעצירים אמצעים מסוג זה, אשר בעזרתם יוכלו למלא את הזמן בצורה נעימה יותר, ושיש בהם גם כדי להפיג את המתח אשר בהכרח שורר במחנה מסוג זה.

שותף אני לדעת הנשיא, כי אין לנו אפשרות טכנית ומעשית לפקח על נקיטת צעדים מוחשיים בכגון דא, ומכאן הצעתנו למינוי ועדה מייצגת לקיום מעקב ופיקוח קבוע בכל הנושאים האמורים.

10. אולם בנושא אחד יש מקום לעמדה ברורה והחלטית, והוא בעניין צפיפות המגורים הבלתי סבירה, כפי שתוארה בפסק-דינו של חברי הנכבד הנשיא. צפיפות מירבית זו לא זו בלבד שהיא מכבידה על העצירים, אשר חייבים לבלות בתוך תחום האוהלים במשך כמעט כל שעות היממה, אלא היא גורמת לתופעות לוואי שליליות נוספות, אשר גם עליהן עמד חברי הנשיא.

עם כל הבנתנו לצרכים הביטחוניים, אשר בגינם מתבצעים מעצרים אלה, אסור לנו לשכוח, כי המדובר בעצירים, שחירותם נשללה מהם בלי שהורשעו בהליך משפטי תקין בעבירות פליליות כלשהן. משום כך אין להשלים עם מצב, אשר בו נופלים תנאי מצרים של עצירים כאלה במידה כה ניכרת מתנאי כליאתם של אסירים אשר נידונו למאסר אחרי הרשעתם בדיון.

"זכותו של אדם בישראל, שנידון למאסר (או שנעצר כדיון), להיכלא בתנאים המאפשרים חיי אנוש תרבותיים" קבע מ"מ הנשיא ח' כהן בבג"צ 221/80 [8], בעמ' 538, והשופט ברק כתב בפסק-דינו בבג"צ 546-540/84 [9], בעמ' 573, כי "בית סוהר אסור לו שיהפך למכלאה, וחדר האסיר אסור לו שיהפך לכלוב".

דברים אלה מקובלים עלי, ואם זהו המצב ביחס לאסירים בבית-כלא, הרי חייבים כללים אלה לחול גם על עצירים מינהליים.

= 832 =

מן הראוי להזכיר בהקשר זה גם את אמות המידה לטיפול באסירים, שנקבעו על-ידי האומות המיוחדות (ה- UNITED NATIONS STANDARD MINIMUM "RULES FOR THE TREATMENT OF PRISONERS").

בסעיף 10 לאותם כללים נאמר, בין היתר:

"ALL ACCOMMODATION PROVIDED FOR THE USE OF PRISONERS AND IN PARTICULAR ALL SLEEPING ACCOMMODATION SHALL MEET ALL REQUIREMENTS OF HEALTH, DUE REGARD BEING PAID TO CLIMATIC CONDITIONS AND PARTICULARLY TO CUBIC CONTENT OF AIR, MINIMUM FLOOR SPACE...".

זאת ועוד: בנושא זה קיימות הוראות מיוחדות באמנה. סעיף 85 לאמנה דן בתנאי החזקתם של עצירים, ונאמר שם, בין היתר:

"THE SLEEPING QUARTERS SHALL BE SUFFICIENTLY SPACIOUS AND WELL VENTILATED, AND THE INTERNEES SHALL HAVE SUITABLE BEDDING AND SUFFICIENT BLANKETS, ACCOUNT BEING TAKEN OF THE CLIMATE...".

(ההדגשות שלי - ג' ב').

זוהי ללא ספק הוראה בעלת אופי הומניטרי מובהק, ולגביה יש לדעתי לחייב את הממשלה לבצע את מדיניותה המוצהרת, לפיה יש בדעתה לכבד את ההוראות ההומניטריות של האמנות הבינלאומיות.

אין להבין מדברים אלה כי יש ליישם באופן עיוור את כל ההוראות הכלולות באמנה והנוגעות לתנאי מעצרם של העצירים המינהליים; כל הוראה צריכה להיבדק על-פי חשיבותה, חיוניותה והתאמתה לנסיבות המיוחדות של מחנה העצירים נושא דיונו. אולם הבטחת שטחי מחיה ותנועה מינמליים, ללא צפיפות בלתי סבירה, בהתחשב בתנאי חייהם המיוחדים של העצירים במחנה "קציעות", זוהי דרישה קרדינאלית, אשר חייבת להתבצע.

חברי הנכבד הנשיא קובע בפסק-דינו, כי -

"...משהתברר במשך החודשים שחלפו, כי המדובר על עצורים רבים, קמה עתה החובה ליצור תנאים, שלא תהיה בהם צפיפות כה רבה, ולדלל את מספר יושביו של כל אוהל. אנו מבינים, שביצוע הדבר מחייב הכנות ואמצעים, אך עצם בנייתו של המחנה מוכיחה, כי הדבר הוא בר-ביצוע תוך זמן סביר".

הנני יוצא מההנחה, כי ההמלצה, הכלולה בדבריו אלה של הנשיא הנכבד, אכן תכובד ותמומש תוך זמן סביר על-ידי הרשויות המוסמכות מטעם המשיב.

= 833 =

אשר-על-כן מסכים אני להצעה שהצו-על-תנאי יבוטל. כמו כן מצטרף אני להמלצותיו ולהצעותיו של חברי הנכבד הנשיא בנושאים השונים אליהם התייחס.

הוחלט פה אחד כאמור בפסק-דינו של הנשיא שמגר.

ניתן היום, כ"ח בחשוון תשמ"ט (8.11.88).