

1. עבד [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], ת.ז. [REDACTED].
2. מרכז אלמיזאן לזכויות אדם בעזה
3. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
4. גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע

ע"י ב"כ עוה"ד מונא חדאד; אסנת כהן ליפשיץ;
מוריה פרידמן שריר; סיגי בן ארי מ"גישה" -
מרכז לשמירה על הזכות לנוע"
רחוב הרכבת 42 תל אביב, 67770
טלפון: 03-6244120; פקס: 03-6244130
דוא"ל: info@gisha.org

העותרים

- נגד -

1. משרד הביטחון
2. הפרקליט הצבאי הראשי
3. מפקד חיל הים

ע"י ב"כ ממחלקת בג"צים, פרקליטות המדינה
רחוב צלאח א-דין 31 ירושלים, 9711054
טלפון: 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים, והמורה להם לבוא וליתן טעם כדלקמן:

1. מדוע לא ישחררו ויחזירו את הסירה שבבעלות העותר 1, דייג מרצועת עזה, ואשר נתפסה על ידי חיל הים בעת ששימשה לביצוע פעולות דיג, עם כל אשר היה על סיפונה וללא הצבת תנאים;
2. מדוע לא יורו לגורמים הצבאיים הרלוונטיים לשחרר ולהחזיר את כל הסירות של הדייגים מרצועת עזה, עם כל אשר היה על סיפונן, אשר נתפסו על ידי חיל הים בעת שהן משמשות לפעולות דיג, לאלתר וללא הצבת תנאים.

ואלו נימוקי העתירה:

הצדדים לעתירה

1. העותר 1, הוא תושב רצועת עזה, דייג במקצועו, בעל רישיון דייג מספר [REDACTED], והבעלים של סירת מנוע (לאנץ) מספר [REDACTED] (להלן: **הסירה**). הסירה משמשת את העותר 1 ועובדים אחרים לצורך פרנסתם ופרנסת בני משפחותיהם.

העתק תעודת זהות של העותר 1 ורישיון הדייג שלו מצ"ב ומסומן נספח ע/1.

2. העותר 2, הינו עמותה הממוקמת בעזה שמטרתה להגן על זכויות האדם של הפלסטינים בשטחים הכבושים.

3. העותר 3, הינו עמותה הרשומה בישראל והפועלת, בין היתר, על מנת להגן על זכויות האדם של הפלסטינים בישראל ובשטחים הכבושים.

4. העותר 4, הינו עמותה הרשומה בישראל שמטרתה להגן על זכויות אדם בישראל ובשטחים הכבושים, ביניהן הזכות לחופש תנועה.

5. העותרים 2-4 מקבלים פניות רבות מדייגים מרצועת עזה אשר נעצרו וסירותיהם נתפסו על ידי חיל הים הישראלי, והם פנו בעבר למשיבים כנגד פרקטיקה זו, כפי שיתואר להלן.

6. המשיב 1 הינו משרד ממשלתי שבאחריותו נכללים, בין היתר, פעולות הצבא.

7. המשיב 2 הוא העומד בראש מערכת התביעה הצבאית, והאחראי, בין היתר, על גופי החקירה והתביעה הצבאיים.

8. המשיב 3 הינו מפקד חיל הים, הזרוע הימית של צבא ישראל המבצע את הפעילות בזירה הימית.

רקע עובדתי

הפגיעה בדייגים ובענף הדייג ברצועת עזה

9. ענף הדייג ברצועת עזה מהווה מקור פרנסה ותזונה חשוב מאוד עבור תושביה. בענף מועסקים כ- 3,700 דייגים רשומים המסתמכים על הענף לצורך פרנסתם, וכ- 18,250 אנשים נוספים תלויים בפרנסת הדייג ונסמכים עליה כמקור עיקרי לפרנסתם: אנשים רבים אחרים עוסקים במתן שירותים נלווים כגון בניית סירות הדיג ותחזוקת הסירות והציוד הנלווה לכך.

העתק הדו"ח מטעם משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטאריים מחודש מרץ 2018 מצ"ב ומסומן נספח ע/2.

10. **כל הדייגים ברצועת עזה סובלים מההגבלות המוטלות עליהם כתוצאה מהסגר המתמשך על עזה ומשליטת הצבא הישראלי בים**. ישנם דיווחים כמעט יומיומיים בתקשורת הפלסטינית על פגיעת הצבא בדייגים, בגוף וברכוש. בגוף כאשר הצבא פוגע בגופם של הדייגים ובמקרים מסוימים אף גורם למותם, וברכוש, כאשר הצבא תופס את הסירות או גורם להם נזק. כל זה

בעת שהדייגים דגים בסירותיהם **בשטחי הדייג המותרים** בכדי להתפרנס ולפרנס את משפחותיהם.

11. כתוצאה מההגבלות החמורות אשר הטילה מדינת ישראל על המרחב הימי ברצועת עזה, הדייגים ברצועה נמנים על הקבוצות הכי עניות בה ונזקקים לסיוע הומניטארי בכדי שיוכלו להתקיים.

12. במהלך השנים נאספו אצל העותרים 4-2 עדויות רבות אודות התעללות, השפלה ואף ירי בלתי מבוקר מצד חיילי חיל-הים המצויים בספינות לאורך חופי עזה. בהתאם לדוח שפורסם על ידי העותר 2, במחצית הראשונה בלבד של שנת 2018 תועדו 196 מקרים בהם חיל הים פתח באש לעבר דייגים בזמן עבודתם, 14 מקרים של פציעת דייגים, מקרה אחד של הריגת דייג, ו-10 מקרים בהם נתפסו סירותיהם של הדייגים.

לדוח של העותר 2, מרכז אלמיזאן, מיולי 2018 (בערבית):

<http://www.mezan.org/uploads/files/15322454331008.pdf>

13. באותם מקרים, כפי שנעשה בדרך כלל, ירה חיל הים לעבר הסירות והדייגים או בקרבתם, הן אש חיה והן כדורי גומי; הדייגים נתבקשו להסיר את בגדיהם וברוב המקרים הדייגים נדרשו לקפוץ לים ולשחות עשרות מטרים לעבר אוניות חיל הים; הדייגים נאזקו בידיהם וברגליהם כשידיהם מאחורי גבם, וידיהם ורגליהם האזוקות נקשרו יחדיו. עיני העצורים נקשרו אף הן. כל הדייגים נחקרו ובמרבית המקרים שוחררו כעבור יממה או שתיים.

14. בהתאם לנתונים ממשד החקלאות הפלסטיני, כיום מוחזקים בידי ישראל 63 סירות של דייגים מרצועת עזה אשר נתפסו על ידי חיל הים. מבין סירות אלה, **שלוש** סירות גדולות (לאנץ), ביניהן סירתו של העותר 1 מושא העתירה, הכוללות מנוע וציוד יקר מאוד והמשמשות דייגים רבים; 53 סירות קטנות יותר (חסקה) עם מנוע, ו**שבע** סירות בלי מנוע.

העתק הנתונים ממשד החקלאות הפלסטיני מצ"ב ומסומן ע/3.

תפיסת סירתו של העותר 1 והפניות למשיבים

15. ביום 8.9.2016 הפליג העותר 1 בסירתו יחד עם בנו ועובד נוסף. השלושה עסקו בדייג, מקור פרנסתם מזה שנים ולהערכתם היו במרחק של 5 עד 6 מיילים מהחוף. בהתאם להוראות הצבא הישראלי באותו תאריך, הותר הדייג עד למרחק של 6 מיילים מחוף רצועת עזה, כך שבכל מקרה לא הרחיקה הסירה מעבר לטווח זה.

16. בשעות הערב של אותו יום, סירות של הצבא הישראלי התקרבו אל הסירה של העותר וירו **אש חיה** לעברה. לאחר מכן, הסירה נתפסה על ידי החיילים, והעותר עוכב על ידו. **בעוד שהעותר שוחרר עוד באותו הערב, לאחר שעבר תחקור קצר במעבר ארז, סירתו והציוד שבה לא הוחזרו לעותר עד ליום הגשת עתירה זו, היינו למעלה מ-28 חודשים.**

העתק אישור אגודת הדייגים ועובדי הדייג בעזה מיום 11.10.2018 בדבר תפיסת הסירה מצ"ב ומסומן נספח ע/4.

17. סירתו של העותר 1 הינה סירה גדולה (לאנץ), אשר הכילה ציוד רב ויקר מאוד, הכולל מנוע. השווי הכולל מוערך בסכום של \$150,000. הסירה משמשת את העותר ומספר נוסף של דייגים שעבדו יחד איתו כמקור פרנסה עיקרי, אם לא היחיד, שלהם ושל בני משפחותיהם.

18. **עם תפיסת הסירה, לא קיבל העותר כל מסמך מהצבא המעיד על תפיסת הסירה והתכולה ולא על עילת תפיסתה. גם לאחר שחרור העותר, הוא לא קיבל כל מסמך בקשר להמשך החזקת הסירה והסיבה לכך.**

19. ביום 25.10.2016 פנה העותר 2 בשמו של העותר 1 בבקשה לשחרור סירת הדייג שבבעלותו. באותה פנייה הודגש, כי הן תפיסת הספינה והן עיכובו של העותר הינם בניגוד לדין, וכי העיכוב בשחרור הספינה, ללא סיבה מוצדקת אינו סביר וגורם לעותר נזקים אדירים.

העתק המכתב מיום 25.10.2016 מצ"ב ומסומן ע/5.

20. ביום 18.5.2017 התקבלה תשובה ממפקדת הפרקליט הצבאי הראשי, הוא המשיב 2, בה צוין, בין היתר, כי הוחלט לשחרר את הסירה של העותר 1 "לפנים משורת הדין" ותוך הצבת התנאים הבאים להעברת הסירה: החתמת בעלי הסירות ומפעיליהם על כתב "התחייבות שלא להפר מגבלות ביטחוניות והוראות צה"ל"; התניית החזרת הסירות בכך שתיאום האיסוף, ההעמסה והתובלה של הסירות ייעשה על ידי העותר מבסיס חיל הים באשדוד למעבר כרם שלום, באמצעות אחת החברות שנבחרו על ידי המשיבים; תיאום העברתן של הסירות ממעבר כרם שלום לתוך רצועת עזה ייעשה על ידי העותר עצמו.

העתק מתשובת המשיב 2 מיום 18.5.2017 מצ"ב ומסומן ע/6.

21. התנאים שקבע המשיב 2 מטילים עלויות כספיות כבדות ביותר על העותר 1. ידו של העותר אינה משגת למלא אחריהם, קל וחומר לאחר חודשים ארוכים בהם לא התפרנס לאחר שהמשיבים גזלו ממנו את המקור העיקרי לפרנסתו. אף הדרישות הלוגיסטיות שקבע המשיב מסורבלות ומקשות על השבת הסירה לבעליה ובמיוחד נוכח הגודל של הסירה.

22. הלכה למעשה, בהצבת תנאים אלה, אשר אין יכולת מעשית לעמוד בהם, העותר 1 **נאלץ לוותר על קבלת סירתו, המשמשת אותו למחייתו**, קל וחומר פיצוי בגין כל הנזקים הכבדים אשר נגרמו לו. כל זאת, כאשר קיימות חלופות אפשריות וסבירות אחרות להחזרת הסירה, ביניהן החזרתה **דרך הים**.

23. על רקע זה, ביום 8.10.2018 פנו העותרים 2-4 בשנית בשמו של העותר 1 ושלושה דייגים נוספים מרצועת עזה, בדרישה להחזרת סירותיהם במסגרת הליך קדם בג"ץ למחלקת בג"צים בפרקליטות המדינה. במכתב זה הודגש, כי תפיסת סירותיהם של הדייגים הייתה לא כדין ובהיעדר כל סמכות. עוד הודגש, כי **התנאים אשר הוצבו על ידי הצבא לצורך החזרת הסירות**

נקבעו ללא הצדקה כאשר קיומם כרוך בהשקעת משאבים כספיים אשר הדייגים אינם יכולים לעמוד בהם.

העתק מכתב קדם הבג"ץ מטעם העותרים מיום 8.10.2018 מצ"ב ומסומן ע/7.

24. ביום 21.10.2018 התקבלה תשובה ממפקדת הפרקליט הצבאי הראשי לפיה הפנייה הועברה לבחינת הגורמים הרלוונטיים וכי הבחינה טרם הסתיימה. על אף שליחת מכתב תזכורת ומספר שיחות טלפוניות עם הגורם המטפל אצל המשיב 2, נכון למועד כתיבת שורות אלה לא התקבלה כל תשובה נוספת מטעם המשיבים.

העתק מתשובת המשיב 1 מיום 21.10.2018 מצ"ב ומסומן ע/8.

העתק ממכתב התזכורת מטעם העותר מיום 2.11.2018 מצ"ב ומסומן ע/9.

25. להשלמת התמונה יצוין, כי העותרים 2-4 פנו בעבר בשמם של דייגים נוספים אשר סירותיהם נתפסו על ידי חיל הים בנסיבות דומות. התשובה שהתקבלה בעניינם, היא אותה תשובה אשר התקבלה בענייניו של העותר 1 והוצבו בפניהם אותם תנאים להחזרת הסירות. גם מאותם דייגים נמנעה האפשרות להחזיר את סירותיהם בשל אי יכולתם לעמוד בתנאים הבלתי סבירים אשר הציב בפניהם הצבא.

26. יודגש כבר עתה, כי קיימת דרך פשוטה וזולה להחזיר את סירות הדייגים מרצועת עזה דרך הים. המשיבים מודעים לדרך זו היטב שכן בעבר נקטו בה לא אחת, ללא הצבת תנאים או הטלת העלויות על הדייגים. כך היה לאחרונה במהלך חודש נובמבר 2018, אז החזיר הצבא 25 סירות דיג דרך הים לרצועת עזה. סירות אלה הוחזקו על ידי הצבא חודשים רבים, ואף שנים, ובשל כך הוחזרו לבעליהם עם נזקים רבים וציוד רב חסר. מבין הסירות, שוחררו שלוש מתוך ארבע הסירות הגדולות שנכללו במסגרת קדם הבג"ץ (ע/5). הסירות הוחזרו עם נזקים רבים וללא הציוד שהיה עליהם. הסירה שלא הוחזרה היא הסירה מושא עתירה זו. כאמור, המשיבים לא השיבו לפניית העותרות ולכן אין לדעת מדוע שוחררו חלק מהסירות, בעוד סירתו של העותר 1 עדיין מוחזקת על ידם.

כתבה בעניין החזרת הסירות פורסמה בעיתון הארץ, "ישראל החזירה לעזה 25 סירות דייג שהוחרמו על ידי חיל הים", מיום 30.11.2018, וזמינה בקישור: <https://www.haaretz.co.il/news/politics/1.6701386>

27. זאת ועוד, לאחרונה נדונה עתירה דומה בעניין בקשתו של דייג מרצועת עזה להחזרת סירתו במסגרת בג"ץ 4379/18 ח'מיס אבו אלצאדק נ' מדינת ישראל (7.11.2018). באותו עניין חיל הים פעל להחזרת סירתו של העותר וזאת לאחר שבית המשפט דחה את עמדתה של המדינה ואת התנאים המכבידים שהיא העמידה להחזרת הסירות והציע לה לבדוק את האפשרות להחזרת ספינת הדיג שנתפסה דרך הים (ר' החלטת בית המשפט מיום 23.7.2018). אותם תנאים אשר ביקר בג"ץ, הועמדו בפני העותר בעתירה דנן.

28. לסיכום: סירתו של העותר 1, שהינו דייג במקצועו, משמשת אותו לפרנסתו ומשנתפסה על ידי חיל הים הישראלי אשר ממשיך להחזיק בה היום משנת 2016, נפגעה בצורה חמורה ביותר יכולתו להתפרנס ולפרנס את משפחתו, כמו גם דייגים אחרים אשר עבדו יחד עמו.

בשל המצוקה הכלכלית ממנה סובלים תושבי רצועת עזה, אשר החמירה בשנים האחרונות עקב הסגר המתמשך על רצועת עזה והגבלת אזור הדייג, בהיעדר מקור הכנסה מענף הדייג, אין לדייגים שסירותיהם נתפסו על ידי חיל הים, ביניהם העותר 1, ולעובדיהם דרך אחרת להבטיח עבורם ועבור בני משפחותיהם הנסמכים על שולחנם, מקור פרנסה אחר. בהיעדר מקור פרנסה, אין ביכולתם להתקיים בכבוד.

29. עצם תפיסת הסירות והחזקתן לתקופות ממושכות, כמו גם הצבת תנאים לצורך החזרת הסירות נעשים ללא בסיס חוקי וללא הצדקה. קיום התנאים כרוך בהשקעת משאבים כספיים אשר הדייגים אינם יכולים לעמוד בהם, כאשר הצבא הוא אשר ייצר את אותו מצב. הלכה למעשה, המשיבים מתנכלים בדייגים ובסופו של יום מבקשים מהם לוותר על זכויותיהם ולוותר על יכולתם המעשית לקבל את סירותיהם חזרה ולחזור לשגרת חייהם, קל וחומר פיצוי בגין הנזקים אשר נגרמו להם.

הטיעון המשפטי

30. למשיבים אין סמכות להחזיק את סירתו של העותר 1 ולכן ההחזקה אינה חוקית. ההחזקה לא נשענת על חיקוק כלשהו המסמך את התפיסה. ההחזקה נמשכת תקופה ארוכה ללא החלטה שיפוטית. ההחזקה בוצעה ללא קיומו של הליך שיפוטי הוגן כלשהו. לכן, החזקה סירתו של העותר 1 מנוגדת לעקרון שלטון החוק. היא מהווה הפרה של חובות המשיבים מכוח המשפט הבינלאומי ההומניטרי. ההחזקה מועלת בחובות מכוח דיני זכויות האדם. היא עומדת בניגוד לכללי המשפט הישראלי בהיותה בלתי סבירה, בלתי מידתית ושרירותית.

31. מלבד העובדה שההחזקה הינה מנוגדת לעקרון שלטון החוק, היא מהווה פגיעה קשה בכבודם, קניינם ופרנסתם של הדייגים ובני משפחותיהם וביכולתם להתקיים בכבוד.

תפיסת הסירות אינה על פי חוק – חוסר סמכות

32. כידוע, על פעולותיהם של המשיבים חלים, בנוסף על כלליו של המשפט הבינלאומי הפומבי, עקרונותיו של המשפט המינהלי הישראלי שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור (בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאווניה נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4) 785 (1983)). אבן יסוד במשפט המינהלי הינה כי "רשות מינהלית נהנית אך ורק מאותן סמכויות שהוענקו לה מכוח הדין. ללא הוראת הסמכה בת-תוקף אין בכוחה של הרשות לפעול" (ברוך ברכה משפט מינהלי כרך א', עמ' 35; וראו גם: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א, עמ' 97 (2010)).

33. עיקרון זה מקבל משנה תוקף כאשר יש בפעולת הרשות משום פגיעה בזכות יסוד (ראו פסק דינו של השופט חשין בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נגד ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 2 (2006)).

34. בחוק הישראלי אין כל הוראה המסמיכה את המשיבים לתפוס ולהחזיק בסירות הדייגים מרצועת עזה. קל וחומר כאשר הדבר מוביל לפגיעה באוכלוסייה האזרחית בהיקף כה רחב, וכאשר אין בין הטעם המועלה על ידי המשיבים לתפיסת הסירות (הפרת "מגבלות ביטחוניות"), לבין הצורך בתפיסת הסירות והחזקה בהן, ולא כלום.

35. לא במקרה, המשיבים לא ציינו באף פנייה אליהם, את החקיקה המסמיכה אותם להחזיק בסירות. חקיקה כזו אינה קיימת. סביר להניח כי, מהטעם הזה אף לא הוצג בפני העותרים שום צו, לא צבאי ולא שיפוטי, המסמיך את המשיבים להמשיך בחזקה.

36. משכך, **המשיבים פעלו בחוסר סמכות קיצוני ביותר**. ודוק. לתפיסת הסירה והחזקתה במשך זמן כה ממושך לא קדם הליך שיפוטי, אשר במסגרתו יכול היה העותר להגן על זכויותיו ולהשמיע טיעוניו. התנהלות זו מהווה הפרה של חובת המשיבים לקיים הליך שיפוטי הוגן המאפשר לדייגים לדעת מדוע נתפסו סירותיהם; מדוע הצבא ממשיך בהחזקתם; וכיצד ביכולתם להחזיר את הסירות בהקדם עם כל הציוד שהיה על הסיפון, כולל המנוע של הסירה.

37. **תפיסת הסירות והמשך החזקה בהן פוגעת בעקרון שלטון החוק, המחייב רשויות שלטון לפעול לפי החוק ובהתאם להוראותיו.**

38. לא ברור אם המשיבים בחנו שאלת המשך קיומה של עילת התפיסה לגבי הסירות גם כיום ומדוע הם מתעקשים על הצבת תנאים בלתי מעשיים לצורך החזרת הסירות. על רקע זה מתעורר חשש כבד כי תפיסת הסירות והחזקתן נעשות לתכלית פסולה ביותר והיא התנכלות לדייגים, הפחדתם והצרת צעדיהם ופגיעה בענף הדייג, שכבר סובל קשות כתוצאה מההגבלות שמטילה ישראל על רצועת עזה.

39. **נוסף על כן, גם הדין הבינלאומי אינו מעניק למשיבים סמכות לפעול כפי שפעלו, ואף אוסר עליהם לפגוע באוכלוסייה האזרחית ולהחרים את רכושה.** ישראל אינה רשאית לפגוע במכוון באוכלוסייה האזרחית המוגנת, ואינה רשאית לנקוט בצעדים שתוצאתם לגדוע בצורה מוחלטת את פרנסתם ומטה לחמם. מכוח שליטתה על מעברי הגבול, אחראית ישראל להבטיח (באופן פוזיטיבי) כי זכויותיהם הבסיסיות וצרכיהם האלמנטריים של תושבי עזה יכובדו וימולאו, כפי שיפורט בהרחבה להלן. החזקת הסירות אף מהווה חריגה בוטה לסמכות המשיבים מכוח תקנה 43 לתקנות האג "להבטיח את הסדר הציבורי והביטחון הציבוריים".

הפגיעה בקניין, בכבוד ובפרנסת העותר והדייגים מרצועת עזה

40. מעצרים של הדייגים ועוזריהם ותפיסת סירות הדייג והחזקתם, מהווים פגיעה קשה בחייהם בשלמות גופם, בכבודם, חירותם, רכושם ופרנסתם של הדייגים ושל בני משפחותיהם. בנוסף, מדובר בהפרה של החובה לכבד ולטפח את החיים האזרחיים ולדאוג באופן פוזיטיבי לצרכיה של האוכלוסייה האזרחית בעזה. חובה זו מעוגנת בהוראות תקנה 43 לתקנות האג.

41. סעיף 17.2 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם קובע כי כל אדם זכאי להיות בעל קנין וכי לא ישלל מאדם קניינו דרך שרירות:

"1. Everyone has the right to own property alone as well as in association with others.

2. No one shall be arbitrarily deprived of his property."

42. ההגנה על רכוש פרטי מפני תפיסה והחרמות היא חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי. סעיף 46 לאמנת האג קובע:

"Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected.

Private property cannot be confiscated."

43. יתר על כן, הוראות סעיף 52 לתקנות האג אוסרות על הפקעת דברים שבעין שלא לצרכי צבא הכיבוש. נסיבות תפיסת סירות הדיג וטיבן של אלו מעידות כי הדבר לא נעשה לצרכים צבאיים, ועל כן אין החריג חל ולפיכך הפקעת סירות הדיג מנוגדת אף להוראות אלו.

44. סעיף 53 לאמנת גינבה הרביעית קובע במפורש כי אסור "להחריב נכסי מקרקעין או להשמיד נכסי מטלטלים השייכים ליחיד או לרבים... אלא אם כן היו פעולות צבאיות המחייבות לחלוטין את ההחרבה וההשמדה האלה." הצלב האדום, שהוא הגוף המוסמך לפרש את האמנה, הגדיר "פעולות צבאיות" כפעולות הננקטות על-ידי הכוחות המזוינים במטרה להילחם (*ICRC, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12, August 1949*, para. 152, p. 67). המשיבים אינם טוענים כי תפיסת הסירות מתבצעת במסגרת פעולות כגון אלה, וממילא קשה מאוד יהיה לקבל טענה מעין זו, ולכן הדבר מהווה הפרה בוטה של סעיף 53.

45. זכותם של הדייגים ברצועת עזה להתפרנס וחובתה של ישראל לנקוט בצעדים לצורך מימוש זו, ביניהם צעדים להבטיח התפתחות כלכלית ותעסוקה מלאה ויצרנית, מעוגנים באמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות וחברתיות (1966). סעיף 6 לאמנה קובע:

"...the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right.

The steps to be taken by a State Party to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall... policies and techniques to achieve steady economic, social and cultural development and full and productive employment under conditions safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual."

ראו גם סעיף 11 לאמנה, המעגן את זכותו של כל אדם לרמת חיים נאותה עבורו ועבור משפחתו ולשיפור מתמיד, ומטיל חובה על המדינה להבטיח מימוש זכות זו.

46. סעיף 27 לאמנת גינבה הרביעית 1949, מטיל חובה על ישראל לנהוג ביחס של דרך-ארץ כלפי גופם, כבודם, זכויותיהם המשפחתיות, אמונתם ולפולחנם, נימוסיהם ומנהגיהם, של תושבי

רצועת עזה. חובה זו כוללת את החובה לשמור על חיי התושבים המוגנים, על שלום ועל כבודם כאדם. גם חובת מתן יחס אנושי פורשה בהרחבה והיא משתרעת לכל היבטי חייו של האדם ועל כן היא כוללת אף את זכותו של התושב המוגן ואת בני משפחתו להתפרנס בכבוד.

47. זאת ועוד, סעיף 39 לאותה אמנה מטיל חובה לאפשר לתושבים המוגנים להתפרנס בכבוד ומוסיף וקובע חובה פוזיטיבית לדאוג לכלכלתם של התושבים המוגנים אשר פרנסתם נפגעה מאמצעי הפיקוח אותו הטיל בעל הסכסוך.

48. מכאן שתפיסת סירות הדיג ושליטת מקור הפרנסה העיקרי מהעותר 1 והדייגים ברצועת עזה ובני משפחותיהם, נעשתה בניגוד להוראות אמנת ג'נבה הרביעית.

49. מדינת ישראל מחויבת מכוח סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לכבד את זכויותיו של העותר (כמו גם זכויותיהם של הדייגים האחרים מרצועת עזה אשר סירותיהם נתפסו) ביניהן, זכותם לקניין ולכבוד המעוגנים בחוק היסוד ונתונות לכל אדם "באשר הוא אדם" (ר' סעיפים 2 ו-3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). בבג"ץ 11437/05 **קו לעובד נגד משרד הפנים** (13.4.2011) הדגיש בית המשפט העליון כי:

"במרכזו של חוק- יסוד: כבוד האדם וחירותו עומד האדם. חוק היסוד קובע כי זכויות היסוד של "האדם בישראל" מושתתות על ההכרה בערך האדם...על-פי החוק..."אין פוגעים בקניינו של אדם...למעט סעיף 6(ב) לחוק-היסוד המגביל את זכות הכניסה לישראל רק לאזרחים ישראלים השוהים בחוץ-לארץ, **יתר סעיפי החוק פורשים את חסותם על ה"אדם"...**"

הפגיעה שרירותית ובלתי מידתית

50. למעלה מן הצורך, העותרים יטענו כי הפגיעה בזכויותיהם הבסיסיות ביותר של העותר 1 והדייגים תושבי רצועת עזה בנסיבות העניין שלפנינו אינה מידתית, גם אם נניח כי תפיסת הסירות היא בגדר סמכותם ומשרתת אינטרס לגיטימי ראוי כלשהו (טענה המוכחשת מכל וכל). יפים לענייננו דבריו של כבוד השופט חשין:

"בהחילנו את עילת המידתיות נזכור עוד זאת, **כי כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמת הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות.**" (בג"ץ 2355/98 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 777, 728 (1999)).

51. מבחן המידתיות הראשון – התאמה בין האמצעי למטרה: לעניין מבחן זה, שבה הפסיקה והדגישה כי יש לבחון את התאמת האמצעים שנבחרו להגשמת המטרה במבחן התוצאה והבחינה צריכה להיעשות לא כעניין תיאורטי, אלא כעניין מעשי, הנבחן בתוצאות הגשמתו (בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, פסי' 63-68 לפס"ד של הנשיא ברק (2006)). עוד נפסק ביחס למבחן זה כי הדרישה לקשר רציונלי אינה **מסתפקת בקיומו של קשר סיבתי טכני גרידא** (בג"ץ 2887/04 **אבו מדיגס נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד סב(2) 57, פסי' 37 לפס"ד של הש' ארבל (2007)) אלא מכוונת לכך שאין לנקוט

באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר הגיון. **מדובר בפגיעה קשה בזכות לקניין ולקיום מינימאלי בכבוד וקשה מאוד לקבל טענה בדבר קיומו של קשר רציונלי ענייני ולגיטימי בין האמצעי שבחרו בו המשיבים להגשת המטרה בענייננו.** ככל שמעוניינים המשיבים לשמור על המגבלות הימיות ולמנוע חריגה מהן, אזי היה ביכולתה להחזיר את הדייגים לכיוון החוף ובטח לא לקחת מהן את סירתן ולשלול מהן את מקור פרנסתן. מה גם, שהעותר 1 נעצר על ידי החיילים בעודו במרחב 6 המיילים אשר הותרו על ידי ישראל.

52. נושא השרירות מתחזק במיוחד בנסיבות הבאות: הסיירות לא נתפסו במים הטריטוריאליים של ישראל; הסיירות מוחזקות בישראל מקום שהעותר והדייגים אינם יכולים להיכנס אליה; מדובר בסיירות גדולות אשר אופן מסירתן הקל והמעשי הוא דרך הים; העברת הנטל על העותר, מיוחד משאין כל עילה וצורך להמשיך בהחזקתן, מכשילה את היכולת המעשית להחזיר את קניינו אליו.

53. האמצעי שנבחר הוא מנוגד להגיון החקיקה ולפסיקה. בהקבלה לסעיף 41 לפקודת סדר הדין הפלילי, העוסק בסיטואציה בה הסבה המדינה נזקק לכלכלי לבעל זכות תפוס, מצוין כי יש להטיל על המדינה את הנטל לשאת בתשלום הכרוך ב"החזרת המצב לקדמותו", היינו במסירת החפץ לבעליו, שעה שהמדינה היא שיצרה את הצורך לממן העברת התפוס חזרה מישראל ואזור בו נתפס התפוס (ר' דבריו של כבוד השופט ליבדרו בבית המשפט השלום בבאר שבע במסגרת הליך החזרת תפוס שהוא סירתו של דייג מרצועת עזה (ה"ת (ב"ש) 30954-09-15) 30954-09-15). **עואד צעידי נ' מדינת ישראל (6.3.2016).**

54. בבש"פ 5234/14 **משה הלוי נ' מדינת ישראל** (21.12.2014), בהתייחסו של בית המשפט העליון לשאלת העלויות הכרוכות בהחזרת תפוס נוכח זכותו של אדם לקבל לידי את התפוס, נקבע כי הרשות היא האמורה לשאת בעלויות הכרוכות בהליך ההחזרה:

"...בדומה לכך, כאשר קמה לפלוני זכות לקבל לידי פריטים שנתפסו במהלך חקירה, בין אם החקירה הסתיימה מבלי שיוגש אישום ובין מסיבה אחרת, ראוי ככלל לקבוע כי הרשות אמורה לשאת בעלויות הכרוכות במיון התפוסים והפרדת הפריטים שיש להחזירם מפריטים אחרים (ככל שיש עלויות כאלה, ויודגש כי מדובר במצבים שיהיו נדירים מעצם טבעם), זאת נוכח זכותו של פלוני להחזיק בתפוסים שאין עוד עילה לפגוע בה".

55. **מבחן המידתיות השני – פגיעה במידה המועטה ביותר:** מבחן המידתיות השני דורש כי האמצעי הננקט הוא זה שפגיעתו בפרט היא הפחותה מבין כלל החלופות האפשריות. גם באשר למבחן זה יודגש כי יש להפעילו בהתחשב במהות הזכות שעל הפרק וכשמדובר בזכות יסוד חשובה במיוחד, כמו בענייננו, מצווה הרשות להקפיד יותר על בחירת אמצעי הפוגע בה במידה המזערית. במקרה כזה על בית המשפט לוודא ביתר שאת כי אמנם לא קיים אמצעי חלופי שפגיעתו פחותה שבכוחו להגשים את התכלית המבוקשת (בג"ץ 8425/13 **איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל**, פס' 61 (פורסם בנוב, 22.9.2014)).

56. בענייננו, אין ספק כי האמצעי של מעצר הדייגים, תפיסת הסיירות והחזקתן מובילים לפגיעה קשה ביותר בדייגים ובזכויותיהם, זאת כאשר הדייגים יכלו לחזור לכיוון החוף, משהם אינם

מהווים סיכון ביטחוני כלשהו. בעניין החזרת הסירות, אזי ברור כי האמצעי היעיל ביותר והפוגע במידה המועטה ביותר בדייגים הוא באמצעות החזרת הסירות דרך הים.

57. הצבת אותם תנאים על ידי הצבא משמעותה למעשה לכפות על העותר והדייגים לוותר על זכויותיהם הבסיסיות ביותר ולוותר על יכולתם המעשית להחזיר את סירותיהם. זאת כאשר קיימת אפשרות מעשית, סבירה ומידתית להחזרת אותן סירות והיא דרך הים. כאמור לעיל, במסגרת בג"ץ 4379/18 ח'מיס אבו אלצאדק נ' מדינת ישראל (7.11.2018), בית המשפט עמד על כך כי התנאים אשר נקבעו על ידי המדינה להחזרת הסירות הינם מכבדים ביותר ומשכך והציע לה לבדוק את האפשרות להחזרת ספינת הדיג שנתפסה **דרך הים** (ר' החלטת בית המשפט מיום 23.7.2018), מה שנעשה בסופו של דבר בעניין אותו עותר.

58. אף ההתניה של החתימה על "התחייבות שלא להפר מגבלות ביטחונית והוראות צה"ל" הינה בלתי סבירה ופוגעות בעקרון ההסכמה החופשית. חתימת הדייגים על התחייבות כדרך יחידה לקבל את סירות בכדי שיכולו להמשיך לעבוד, להתפרנס ולפרנס את משפחותיהם בוודאי אינה יכולה להיחשב סבירה וביטוי להסכמה חופשית ומרצון.

59. **מבחן המידתיות השלישי – מבחן המידתיות במונח הצר:** מבחן המידתיות השלישי דורש יחס ראוי בין הפגיעה בחירויות הפרט הנובעות מן השימוש באמצעי, לבין התועלת שתצמח מהשימוש בו (ראו בג"ץ 466/07 גלאון נגד היועמ"ש, פ"ד סה(2) 44, פס' 13 לפס"ד של כב' השופט ג'ובראן (2012)). נוכח היקפן העצום של הפגיעות הנגרמות כתוצאה מדרכי הפעולה של המשיבים, לרבות הפגיעה הקשה ביכולתם של הדייגים להתקיים והפגיעה הרחבה בענף הדייג ברצועת עזה, אין ספק כי התנהלות המשיבים אינה עומדת במבחן המידתיות השלישי.

לנוכח כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, לקבל את העתירה ולחייב את המשיבים בהוצאות העותרים, לרבות שכ"ט עו"ד, בצירוף מע"מ כדין.

היום, 29.1.2019



מונא חדאד, עו"ד

ב"כ העותרים