

בעניין:

1. _____ מחמוד

עצור, ת"ז _____, מגינין

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר

ע"י בייכ עוה"ד דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או סיגי בן ארי (מ"ר 37566) ו/או יותם בן הלל (מ"ר 35418) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או עידו בלום (מ"ר 44538) ו/או ליאורה בכור (מ"ר 50217) ו/או אלעד כהנא (מ"ר 49009)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200

טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

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

א. מדוע לא ישוחרר העותר ממעצרו לאלתר, אל ביתו שבגדה המערבית;

ב. באם קיים צו גירוש כנגד העותר, מדוע לא יבוטל צו זה.

בקשה למתן צו ביניים

מוגשת בזו בקשה לצו ביניים, המורה למשיב, או מי מטעמו, להימנע מגירוש העותר משטחי הגדה המערבית עד למתן החלטה בעתירה זו.

בקשה לדיון דחוף

בית המשפט מתבקש להורות על דיון דחוף בעתירה, נוכח משך הזמן בו מצוי העותר במעצר - כשלוש שנים וחצי - על פי החלטה מינהלית וללא ביקורת שיפוטית עיתית.

ואלה נימוקי העתירה

1. עניינה של העתירה הוא במעצרו הממושך של העותר – מעל לשלוש שנים וחצי ברציפות – מתוכן מעצר של מעל לשנתיים תמימות בידי רשות מינהלית, ללא מתן זכות שימוע וללא ביקורת שיפוטית עיתית, מעצר הפוגע בעותר באופן אנוש ובלתי מידתי ומחייב את שחרורו לאלתר.

הצדדים ומיצוי ההליכים

2. העותר 1 (להלן: **העותר**) נולד בירדן בשנת 1987. למעט אח אחד של העותר, אשר מתגורר בירדן, כל משפחתו המורחבת, כולל הוריו, אחיו ואחיותיו, מתגוררת בכפר טמון שבנפת ג'נין. הוריו של העותר יצאו מהגדה לירדן לאחר נישואיהם וילדיהם נולדו בירדן. מאחר שהוריו של העותר רצו שילדיהם יגדלו במחיצת המשפחה המורחבת בטמון, החליטו לשוב עם משפחתם לגדה. כך, בשנת 1995 הגיע העותר, יחד עם אימו, לגדה, כנלווה באשרת הביקור שלה. מאז, הגיעה כל משפחתו של העותר לגדה.

3. העותר, אז בן 8, נכנס, כאמור, לגדה כדין. מאז הפך הכפר טמון למרכז חייו – שם ביתו, ושם למד בבית הספר היסודי ובתיכון. דא עקא, לא היה סיפק בידו לסיים את לימודיו התיכוניים, עקב העובדה שנעצר על-ידי כוחות הביטחון של ישראל במהלך לימודיו.

4. עם הגעת משפחתו של העותר לגדה, הוגשו בשמם בקשות לאיחוד משפחות. הבקשות לא טופלו במועד, ועם פרוץ האינתיפאדה בשנת 2000 הפסיקה ישראל כליל את טיפולה בבקשות לאיחוד משפחות. בשנת 2008 אושרה לבסוף בקשת האחמ"ש של העותר. כיום מופיע שמו של העותר במרשם האוכלוסין הפלסטיני, והוא נושא מספר תעודת זהות. אמנם מעמד זה בוטל באופן חד-צדדי על-ידי ישראל, מבלי שהודע על כך לעותר, אולם עצם השלמת הליך האחמ"ש מעידה על כך שלעותר קשר הדוק לגדה.

5. בתצהירו (פיסקה 7) מצהיר העותר: **לא אוכל להיות בירדן, כל המשפחה הקרובה שלי בטמון... אשב בכלא עד אינסוף?**

6. בתאריך 21.5.06 נעצר העותר במחסום הצבא, והועבר למתקן כליאה באחריות השב"ס. כיום הוא חבוש בכלא אשל. לאחר מעצרו, הועמד העותר לדין בגין עבירת ביטחון, ונשפט לשנת מאסר אחת. תאריך שחרורו המיועד היה ה-21.10.07. אולם, מייד לאחר תום תקופת המאסר, הוצא נגד העותר צו גירוש על-פי הצו למניעת הסתננות, ביום 22.10.07. מאז מוחזק העותר במעצר.

7. לפני כמה חודשים נשאל העותר באם הוא מוכן להיות מגורש לעזה. העותר סירב בתוקף, מאחר שאין לו אף בן משפחה בעזה. כל עולמו, משפחתו ומכריו נמצאים בגדה.

8. מאז כניסת צו הגירוש לתוקף, לפני למעלה משנתיים תמימות, הובא העותר פעמיים בלבד בפני בית משפט, כאשר גם בפעמים אלו היה זה ביוזמת העותר, אשר עתר לבית משפט נכבד זה לראשונה, פנה העותר בבג"ץ 9237/07, עתירה אשר נמחקה ביום 26.3.08. בפעם האחרונה היה זה לפני למעלה משנה, עת עתר העותר בשנית לבית המשפט הנכבד, בבקשה לביטול צו הגירוש שהוצא נגדו (בג"ץ 6011/08). בית המשפט הנכבד דחה את העתירה ביום 1.12.08; עם זאת, ציין בית המשפט הנכבד בהחלטתו כי "אם העותרים ישתפו פעולה ואף על פי כן לא תימצא מדינה שתהיה מוכנה לקולטם, ניתן יהיה לשוב ולשקול את העניין" (ההדגשה שלי – ד.ש.). מאז עברו לא פחות מ-14 חודשים, תקופת זמן בה ממשיך העותר לשבת מאחורי סורג וברית.

9. העותר 2 (להלן: **המוקד** או **המוקד להגנת הפרט**) הוא ארגון זכויות אדם הפועל למען הגנה על זכויות האדם בשטחים הכבושים. בין היתר, דואג המוקד לשמירה על זכויותיהם של כלואים פלסטינים, המוחזקים בידי ישראל.

10. המשיב מחזיק בשטחי הגדה המערבית תחת החזקה לוחמתית. הוא האחראי למימוש זכויות האדם של תושבי השטח הכבוש שתחת אחריותו. זאת בהתאם למשפט הבינלאומי ההומניטארי, למשפט זכויות האדם הבינלאומי ולמשפט החוקתי והמינהלי הישראליים. הוא זה שהוציא תחת ידיו צו גירוש כנגד העותר, ומתוקף צו זה מוחזק העותר במשמורת תקופה כה ארוכה.

11. ביום 13.1.10 פנה המוקד להגנת הפרט ללשכת יועמ"ש המשיב, בבקשה לשחרור העותר ממעצרו הממושך. למרות חלוף הימים, ודחיפות העניין, כל מענה מאת המשיב לא התקבל עד עתה.

העתק המכתב ליועמ"ש המשיב מצורף כנספח ע/1.

לפיכך, ברי כי לא נותרה כל ברירה לעותר, אשר יושב במעצר זמן כה ממושך, מלבד פנייה לבית משפט נכבד זה.

הטיעון המשפטי

אחריות המפקד הצבאי למימוש זכויות האדם בשטחים

12. המפקד הצבאי הוא האחראי למימוש זכויות האדם של תושבי השטחים ויושביהם:

במסגרת אחריותו לרווחת תושבי האיזור, על המפקד לשקוד גם על מתן הגנה ראויה לזכויות אדם חוקתיות של תושבי המקום, במגבלות שהתנאים והנסיבות העובדתיות בשטח מקימות... על מפקד האיזור לעשות שימוש בסמכויותיו לשמירת הביטחון והסדר הציבורי באיזור תוך הגנה על זכויות אדם (בג"ץ 10356/02 יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נח(3), 443, 460-461, להלן: **פרשת הס**).

וראו עוד: בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואחרים נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח(5), 807, פסקה 34.

13. אין משמעות לשאלת חוקיות ישיבתו של אדם באיזור:

חובה זו (לדאוג לשלום, ביטחונם ורווחתם של תושבי האזור – ד.ש.) חלה עליו ביחס לכל התושבים, בלא אבחנה בדבר זהותם - יהודים, ערבים, או זרים. שאלת חוקיות ישיבתם באיזור של גורמי אוכלוסייה שונים אינה עומדת כיום להכרעה בפנינו. מעצם ישיבתם במקום נגזרת חובת מפקד האיזור לשמור על ביטחון חייהם ועל זכויות אדם שלהם (ההדגשה שלי – ד.ש.). הדבר משתלב בפן ההומניטארי שבאחריות הכח הצבאי בתפיסה הלוחמתית (פרשת הס, שם).

הזכות לחירות אישית וההגנה עליה באמצעות ביקורת שיפוטית

14. הזכות לחירות אישית, בצד הזכות לחיים, היא זכות חוקתית בסיסית, ראשונה במעלה, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומהווה תנאי יסוד הכרחי למימושן של שאר זכויות האדם:

החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, והיא גם, מבחינה מעשית, תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. הפגיעה בחירות האישית, כמו פגיעת אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות: לא רק בחופש התנועה, אלא גם בחופש הביטוי, בצנעת הפרט, בזכות הקנין ובזכויות נוספות... משום כך שלילת החירות האישית היא פגיעה קשה במיוחד (בג"ץ 6055/95 שגיא צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, עמ' 263-264, להלן: פרשת צמח).

15. שלילת החירות בדרך של מעצר או החזקה במשמורת, מהווה צעד קשה ופוגעני. חמורה במיוחד היא שלילת חירות על ידי רשות מינהלית, ועל כן היא מחייבת הגנה מיוחדת על זכויותיו של הכלוא:

שלילת החירות האישית, בדרך של מאסר, היא העונש הכבד ביותר שמדינה מתוקנת מטילה על עבריינים. מעצר בידי רשות מינהלית, כגון שוטר, הוא הצורה הקשה ביותר של פגיעה בחירות האישית (ההדגשה שלי – ד.ש.)... מבחינה עקרונית, רמת ההגנה על זכות יסוד צריכה לעמוד ביחס ישר לדרגת החשיבות של הזכות ולעוצמת הפגיעה בזכות... המסקנה היא, שהחירות האישית, בהיותה זכות חוקתית בעלת חשיבות מיוחדת, ראויה להגנה מיוחדת מפני פגיעה בדרך של מעצר בידי רשות מינהלית (פרשת צמח, שם).

16. ההגנה המיוחדת על החירות האישית כזכות בעלת חשיבות מיוחדת, הינה באמצעות ביקורת שיפוטית על החלטת הרשות המינהלית:

חירות האדם יקרה מכדי שתופקד בידיו של המפקד הצבאי בלבד... הביקורת השיפוטית היא קו ההגנה על החירות, ויש לשמור עליה מכל משמר (בג"ץ 2320/98 אל-עמלה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד נב(3) 346, עמ' 350).

המעורבות השיפוטית היא המחסום בפני השרירות; היא מתבקשת מעקרון שלטון החוק... תפיסת היסוד המקובלת הינה, כי המעורבות השיפוטית היא חלק אינטגרלי של תהליך המעצר. אין זו ביקורת שיפוטית "חיצונית" למעצר. זהו חלק בלתי נפרד מהשתכללות המעצר עצמו. ביסוד תפיסה זו מונחת תפיסה חוקתית, הרואה במעורבות השיפוטית בהליכי המעצר תנאי חיוני להגנה על חירותו של הפרט. על כן לא נדרש שהעצור "יערער" על מעצרו בפני שופט. הפנייה לשופט היא מרכיב "פנימי" של תהליך המעצר (בג"ץ 3239/02, **איאד אסחק מחמוד מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל**, תק-על 2003(1), 349, עמ' 368, להלן: **פרשת מרעב**).

17. בשל חשיבותה המיוחדת של הזכות הנפגעת, אופיה של הביקורת השיפוטית על מעצר בידי רשות מינהלית שונה מביקורת שיפוטית רגילה על הפעלת הסמכות המינהלית. הגוף השיפוטי אינו בודק רק אם הפעלת הסמכות נופלת במתחם הסבירות, אלא נכנס לנעליה של הרשות ויכול להחליף את שיקוליה.

18. על הביקורת השיפוטית על המעצר המינהלי נאמר כדלקמן:

הביקורת השיפוטית היא מהותית... בית המשפט הצבאי ובית המשפט הצבאי לערעורים יכולים להידרש לשאלת המהימנות של חומר הראיות, ולא רק לבחון אם רשות סבירה הייתה מחליטה את החלטתה על בסיס החומר האמור... ביקורת שיפוטית זו היא חלק פנימי מגיבוש חוקיותו של צו המעצר המינהלי או מגיבושה של חוקיות הארכתו (בג"ץ 5784/03, **לואי סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח'**, פ"ד נז(6), 721, עמ' 726-727).

19. בהתאם לתפיסת יסוד זו, כוללות הוראות החוק השונות, הנוגעות לשלילת חירות באמצעות מעצר, הוראה ברורה באשר לחובת קיום ביקורת שיפוטית. סקירת הוראות החוק הללו ניתן למצוא בפרשת מרעב, בעמ' 368 ואילך:

במסגרת **מעצר פלילי** יש להביא את העצור בפני שופט בתוך 24 שעות (ס' 29(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996) והוצאת צו המעצר נעשית על ידי השופט עצמו.

במעצר מינהלי יש להביא את צו המעצר המינהלי בפני נשיא בית המשפט המחוזי בתוך 48 שעות (סעיף 4(א) לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשלי"ט-1979).

במעצרו של **לוחם בלתי חוקי** יש להביא את הכלוא בפני שופט בית המשפט המחוזי לא יאוחר מ-14 יום ממתן צו הכליאה על ידי אלוף בצבא (סעיף 5 לחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002).

בנוגע למעצרו של **חייל בצבא** נקבע (סעיף 237א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955), כי יש להביא את החייל בפני שופט בתוך 96 שעות ומכאן ואילך הוצאת הצו נעשית על ידי השופט. הוראה זו נדונה בבית המשפט העליון, אשר קבע כי היא בלתי חוקתית, שכן היא פוגעת בחירות באופן שאינו מידתי. לפיכך, תוקנה הוראת החוק ונקבע כי יש להביא את החייל העצור בפני שופט בתוך 48 שעות.

שוהה שלא כדין המוחזק במשמורת יובא בפני בית דין בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-14 יום מתחילת מעצרו (סעיף 13ד לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952). החוק אף מציין במפורש (סעיף 13ד(ד)) כי **מניעת ביקורת שיפוטית בפרק הזמן שנקבע מהווה עילה לשחרור**, אף אם פירוש הדבר כי שוהה בלתי חוקי יהלך חופשי ואפשר כי עובדה זו תמנע בעתיד את אפשרות הרחקתו מישראל.

20. בנוסף, גם במסגרת החקיקה הצבאית הנוהגת בגדה כיום, נקבעו הוראות חוק המחייבות להביא עצור בפני שופט:

בצו בדבר הוראות ביטחון (מס' 378) נקבע כי יש להביא עצור בפני שופט תוך 8 ימים ממעצרו.

על פי **הצו בדבר עצורים מינהליים** (מס' 1226) יש להביא עצור מינהלי לביקורת שיפוטית בפני שופט בתוך 8 ימים ממעצרו.

לאחרונה נחתם על-ידי המשיב צו מס' 1649, שכותרתו **צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 112)**. צו זה מכונן ועדה לבחינת צווי גירוש, אשר בסמכותה לדון בעררים על החלטות שניתנו לפי הצו בדבר מניעת הסתננות. בצו זה נקבע, כי אם ניתן צו גירוש והוחזק מכוחו אדם במשמורת, על המוחזק להיות מובא בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מתום 8 ימים מיום מתן צו הגירוש, בפני הוועדה. הצו אף קובע, כי אי עמידה בתנאי זה עשויה להביא לשחרור המוחזק ממשמורת. בנוסף, יש בצו הוראות העוסקות בעיון תקופתי חוזר בעניין המשמורת, ובזכותו של עצור להביא את עניינו לעיון חוזר בפני הוועדה. צו זה עדיין אינו בתוקף, מכיוון שנחתם באוקטובר 2009, ומצוין בו כי ייכנס לתוקף חצי שנה מיום חתימתו; אולם, ניתן ללמוד ממנו כי המשיב מכיר בחשיבותה של ביקורת שיפוטית, ראשונית ועיתית, על מעצר מכוח צו גירוש.

בפרשת מרעב הנ"ל נדונה, בין השאר, חוקיות הוראה **בצו בדבר מעצרים בעת לחימה** (מס' 1500) (להלן: **צו 1500**), הקובעת כי יש להביא עצור שנעצר על פי צו זה לביקורת שיפוטית לאחר 18 יום ממעצרו (ולאחר 12 יום בצו המתוקן). השופטים סברו כי תקופה של 18 או 12 ימים חורגת מעבר לראוי וכי בסמוך למעצר הראשוני על ידי קצין מוסמך, יש להעביר את העצור למסלול של מעורבות שיפוטית. השופטים ציטטו מדברי הנשיא שמגר באומרו:

מן הנכון יהיה, שהרשויות יפעלו באופן אפקטיבי לצמצומו של פער הזמן שבין המעצר והגשת הערעור לבין הביקורת השיפוטית (בג"ץ 253/88 סג'דיה ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב (3) 801, עמ' 375).

הביקורת השיפוטית על המעצר: הדין הבינלאומי

21. בפרשת מרעב (פיסקה 27 ואילך) סוקר הנשיא ברק (כתוארו אז) את הדין הבינלאומי בנוגע לחובת קיום ביקורת שיפוטית על הליכי מעצר. אין לנו אלא להביא את דבריו כמעט במלואם:

המשפט הבינלאומי אינו קוצב את מספרם של ימים אשר ניתן לעצור בהם אדם ללא מעורבות שיפוטית. תחת זאת נקבע עקרון כללי, אותו יש ליישם בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. העיקרון הכללי העובר כחוט השני במשפט הבינלאומי, הוא כי יש להביא את ההחלטה בדבר המעצר ללא דיחוי (promptly) לשופט או גורם שיפוטי אחר בעל סמכויות שיפוטיות (ראו Jacobs and R. White, The European Convention on Human Rights 89 F. 2nd ed., 1996). כך, למשל, נקבע בסעיף 93(9) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966, כי:

Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power.

22. הוראה זו נתפסת כבעלת אופי מינהגי (ראו N. Rodley, The Treatment of Prisoners Under International Law, 340 2nd ed., 1999). הוראה דומה מצויה ב- Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, שאושרו על ידי עצרת האומות המאוחדות ב-1988 (להלן: **עקרונות ההגנה מפני מעצרים וכליאה**). ההוראה קובעת בזו הלשון (עקרון 11(1)):

A person shall not be kept in detention without being given an effective opportunity to be heard promptly by a judicial or other authority.

23. על פי פרשנות הוועדה לזכויות האדם של האו"ם, "Delays must not exceed a few days" (ראו Report of the Human Rights Committee, GAOR, 37th Session, Supplement No. 40 1982, המצוטט אצל רודלי, שם, עמ' 335). ברוח דומה קובע סעיף 5(3) לאמנה האירופאית לזכויות האדם, ה- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950) הוראה בזו הלשון:

Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1(C) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power.

24. באחת הפרשות בה פירש בית המשפט האירופאי לזכויות האדם הוראה זו נקבע:

[T]he degree of flexibility attaching to the notion of 'promptness' is limited, even if the attendant circumstances can never be ignored for the purposes of the assessment under paragraph 3. Whereas promptness is to be assessed in each case according to its special features, the significance to be attached to those features can never be taken to the point of impairing the very essence of the right guaranteed by Article 5(3), that is the point of effectively negating the State's obligation to ensure a prompt release or a prompt appearance before a judicial authority (Brogan v. United Kingdom, (1988) 11 EHRR 117, 134).

25. באותה פרשה החזיקו השלטונות האנגליים מספר עצורים שנעצרו בגין פעולות טרור בצפון אירלנד. הם שוחררו לאחר ארבעה ימים ושש שעות, בלא שהובאו לפני כן בפני שופט. בית המשפט האירופאי החליט כי בכך הפרה אנגליה את חובתה להביא את העצורים ללא דיחוי (promptly) בפני שופט. ברוח דומה הוחלט במספר פרשות נוספות.

26. אמנת גינבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן: **אמנת גינבה הרביעית**) כוללת הוראה כללית, לפיה (סעיף 27):

protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity.

27. אין באמנת גינבה הרביעית הוראות הקובעות תקופות מעצר קבועות ומועדים למעורבות שיפוטית במעצר. כל שניתן למצוא בה הוא שתי הוראות הנוגעות למעצר מינהלי (internment). על פי ההוראה האחת (סעיף 43 החל לעניין מעצר במדינה הכובשת), נקבע כי:

Any protected person who has been interned or placed in assigned residence shall be entitled to have such action reconsidered as soon as

possible by an appropriate court or administrative board designated by the Detaining Power for that purpose.

ההוראה השנייה (סעיף 78 החל על מעצר באזור הכבוש) קובעת:

Decisions regarding such assigned residence or internment shall be made according to a regular procedure to be prescribed by the Occupying Power in accordance with the provisions of the present Convention. This procedure shall include the right of appeal for the parties concerned. Appeals shall be decided with the least possible delay .

איזון זכותו של העותר לחירות אל מול אינטרסים אחרים

28. יבוא המשיב ויטען, כי חובתו להגן על זכויותיו של העותר אינה מוחלטת ויש לאזנה אל מול אינטרסים מנוגדים, שאף הם בגדר אחריותו. במקרים של שלילת זכותו של אדם לחירות באמצעות מעצר על ידי רשות מינהלית, הפסיקה מדברת על הצורך להגן על האינטרס של שמירה על ביטחון הציבור מפני סכנה קרובה לוודאי:

לעיתים הגנה זו (על זכויות האדם של תושבי הגדה – ד.ש.) מחייבת הכרעה בין זכויות אדם נוגדות. הכרעה כזו מחייבת איזון העומד במבחן החוקתי, קרי: קיומה של תכלית ראויה ומידתיות בפגיעה בזכות האחת כדי לאפשר מימושה היחסי של הזכות האחרת... ההגנה על ביטחון החיים היא תנאי למימוש זכויות הפרט ולפיכך הגנה זו גוברת בחשיבותה על הזכות החוקתית, מקום שקיימת הסתברות ראויה, במובן "ודאות קרובה", כי מימוש הזכות עלול להביא לפגיעה קשה בשלום הציבור (פרשת הס, 461-460; ההדגשה שלי – ד.ש.).

29. במקרה דנן, המשיב טען, במסגרת העתירה הקודמת שהוגשה בעניינו של העותר (ראו פסקה 8 לעיל), כי קיים לגביו חומר ביטחוני שלילי. אולם, אף אם חומר ביטחוני זה עדיין רלוונטי, בחלוף מעל 14 חודשים תמימים מאז הדיון שהתקיים בעתירה זו, ברי כי לא ניתן להמשיך ולהחזיק את העותר במעצר מתוקף צו גירוש – זו לא תכליתו של צו גירוש.

30. בית משפט נכבד זה קבע, כעניין שבעיקרון, כי החזקתם של מיועדים להרחקה במעצר באה אך ורק על-מנת להגשים את תכליות חוק הכניסה לישראל, ולא לשום צורך אחר. כך קבעה השופטת איילה פרוקצ'יה בבר"ם 696/06 זורב אלקנוב ואח' נ' ביה"ד לביקורת משמורת של שוהים לא חוקיים, תק-על-2006(4), 4433, פסקה 16:

מטרת משמורת לצורך הרחקה נועדה לא למטרת כפייה, ולא למטרה עונשית; היא מכוונת, כל כולה, להגשים את תכלית המדיניות לפקח על הנכנסים

והשוהים בישראל שלא כדון, ולתת בידי הרשות אמצעים יעילים להגשים
מדיניות זו, תוך שמירה על עקרונות חוקתיים והגנה על זכויות האדם.

31. בבג"ץ 8729/09 **אחמד סואלי ואח' נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**, שהתנהל עד
לאחרונה בפני בית המשפט הנכבד, נדונה שאלה משפטית הדומה במהותה לסוגיה בה אנו
עוסקים כאן. המדובר היה בעותר, אשר שוהה במעצר מכוחו של צו גירוש לעזה, ואשר המשיב
טען כי קיים לגביו חומר ביטחוני. כבוד השופטת א' פרוקצ'יה, בהתייחסה לעניין המשך
החזקתו של העותר במשמורת על-בסיס צו גירוש, ציינה במהלך הדיון כי "הרי הטיפול בבעיות
הביטחוניות מנותק מהשאלה של אמצעי כזה או אחר, כדוגמת צו גירוש. לרשות יש לה את
הכלים המידתיים המתאימים לנסיבות. **צו הגירוש כאן הוא אמצעי בעייתי**" (ההדגשה שלי –
ד.ש.). בהחלטה בבג"ץ זה, שניתנה ביום 7.1.10, נקבע כך:

הצענו לב"כ המדינה לשקול פעם נוספת במקרה ספציפי זה את היבט הגירוש של
העותר כאמצעי לטיפול בהיבט הביטחוני הקשור בו, וזאת לאור מורכבות
השאלה המשפטית הכרוכה באמצעי הגירוש נוכח הטענה בדבר... השתקעות
בפועל של העותר באיזור לאורך שנים רבות.

העתק מתוך פרוטוקול הדיון הרלוונטי מצורף ומסומן **ע/2**; העתק ההחלטה מצורף ומסומן
ע/3.

32. בענייננו, לו התקיימה ביקורת שיפוטית עיתית בעניינו של העותר, היתה בוודאי עולה שאלת
חוקיות המשך החזקתו במעצר מתוקף צו גירוש מטעמים ביטחוניים ושאלת מהימנותם,
עדכניותם ומשקלם של טעמים אלו.

33. לחלופין, יבוא המשיב ויטען כי קיימים בעניינו של העותר טעמים של שמירה על הסדר הציבורי,
שאחד ממרכיביו הוא הרחקתם של חסרי מעמד מן הגדה.

34. האמנם תשרת הרחקתו של העותר את האינטרסים של שמירת החיים הציבוריים התקינים
בגדה? מדובר באדם צעיר, שלמד בתיכון, שמעורה בחברה ובתרבות בשטחים וכל משפחתו
ומכריו מתגוררים שם. אין טענה שהשהות שלו, או של אנשים כמוהו בגדה, מביאה לתוצאות
שליליות כלשהן בשוק התעסוקה, בעומס על מנגנוני רווחה ובריאות וכיוצא באלו. לעניינים
אלו, ראוי שתישמע גם עמדת המועצה הפלסטינית, שהמשיב הפקיד על הנושאים האזרחיים,
בטרם תתקבל הכרעה בעניינו של העותר.

מידתיות הפגיעה בחירות

35. אולם גם אם נניח שהרחקת העותר עונה על מבחן קיומה של תכלית ראויה, יש לבחון האם
הפגיעה בזכות לחירות אישית של העותר הינה מידתית, ביחס לאינטרס של הרחקת חסרי
מעמד בשטחים:

דיני המשפט הבינלאומי, מזה, ועקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי,
מזה, מכירים במידתיות כאמת מידה המאזנת בין סמכותו של המפקד הצבאי

באזור לבין צרכיה של האוכלוסייה המקומית... מובן זה של עקרון המידתיות חל גם לעניין הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי, באזור הנתון לתפיסה לוחמתית (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואחרים נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח(5), 807, עמ' 838).

36. שאלת המידתיות נבחנת לאור מבחני המשנה הבאים: (א) האם האמצעי שנבחר מתאים להשגת המטרה; (ב) האם קיים אמצעי אחר שפגיעתו קטנה יותר, היכול להשיג את התכלית הרצויה; (ג) האם האמצעי שנבחר פוגעני עד כדי כך שהתועלת שהוא מצמיח נמוכה מן הפגיעה שהוא מגלם (פרשת בית סוריק, פסקה 40-41; בג"ץ 6358/05 מרדכי ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף יאיר נווה ואח', תק-על(1)2006, 320, עמ' 326; בג"ץ 6336/04 כמאל יוסף מחמוד מוסא ואח' נ' ראש הממשלה ואח', תק-על(1)2006, 283, עמ' 285). רק אם שלושת המבחנים מתקיימים, ניתן לומר כי האמצעי שננקט על ידי הרשות הוא מידתי.

37. השאלה שיש לשאול במסגרת מבחן המידתיות הראשון – מבחן האמצעי המתאים למטרה – היא, האם קיים קשר רציונלי בין החזקת העותר במעצר לבין התכלית שמעצר זה נועד להגשים, משמע, הבטחת הרחקתו של העותר מן השטחים:

מטרת המעצר... היא הבטחת יציאת מי שהוצא נגדו צו גירוש מישראל, או עד לגירושו ממנה. הסמכות למעצר בנסיבות אלה הינה סמכות נלווית, הבאה להבטיח את תכלית צו הגירוש, דהיינו יציאתו או גירושו של העצור מישראל. אין המעצר בא לשרת מטרה עונשית... הוא גם לא בא לשרת מטרת כפייה. כל מטרתו היא להבטיח את הימצאותו של מי שניתן צו גירוש נגדו בהישג יד לצורך מימוש הצו, באם לא יצא את המדינה מרצונו ועל-מנת למנוע את הימלטותו מאימת הגירוש, כשגירוש זה עומד להתבצע (בג"ץ 1468/90 גדעון בן ישראל נ' שר הפנים ואח', פ"ד מד(4), 149, עמ' 151-152, להלן: פרשת בן ישראל).

38. בפרשת בן ישראל דובר בעותר השוהה בישראל שלא כדין, אשר הוצא כנגדו צו גירוש והוא נתון במעצר מזה 9 חודשים. העותר חסר כל אזרחות ואין מדינה היכולה לקלטו. בעבר, ויתר העותר על אזרחותו האמריקנית וארצות הברית אינה מוכנה לקלטו, אלא אם יביע הסכמתו לכך, דבר שהעותר אינו מוכן לעשותו. למרות סירובו להיות מגורש לארצות הברית, הורה השופט על שחרורו ממעצר מן הטעם שאמצעי המעצר אין בו כדי לשרת את המטרה:

בענייננו חוזר העותר ומצהיר, שאין בכוונתו להסכים לגירושו לארצות-הברית, ולפי העובדות שלפנינו, אין גירושו של העותר בניגוד לרצונו אפשרי בשלב הנראה לעין בשל כך, שאין מדינה המוכנה לקולטו. המשך החזקתו של העותר בנסיבות אלה במעצר פירושו המעשי הוא מעצרו למשך תקופה ללא הגבלת זמן, כשאין נראה באופק פתרון שיהיה בו כדי לסיים את המעצר. ... משנמצא, שהמשך מעצרו של העותר אין בו כדי לשרת את המטרה שלשמה הותר מעצרו... שוב אין הצדקה להמשיך ולהחזיקו במעצר (פרשת בן ישראל, שם).

39. בפרשת טאיי (בג"ץ 4702/94, **סלאח אחמד קאדם אל טאיי ואח' נ' שר הפנים**, פ"ד מט(3), 843), נקבע כי הכלל שנקבע בפרשת בן ישראל חל גם על מי שנכנס לישראל שלא כדין, ובמקרה זה על אזרחים עיראקים שהסתננו לישראל.

40. בענייננו, העותר שוהה במעצר מכוח צו גירוש תקופה ארוכה ביותר – למעלה משנתיים תמימות – כאשר נראה כי הניסיונות לגרשו לירדן לא צלחו. כעת, אין כל הערכה או צפי לאפשרות לממש בעתיד הנראה לעין את גירושו. לפיכך, מכיוון שלא נראה כל פתרון באופק שיביא לסיום המעצר באמצעות הרחקה, אין האמצעי שנבחר מסייע להגשמת המטרה.

41. אם כן, מבחן המידתיות הראשון אינו מתקיים ודי בכך על מנת לקבוע כי האמצעי של מעצר ממושך בו נקט המשיב אינו מידתי.

42. גם אם יטען המשיב כי הוא מחזיק בידיו מידע ביטחוני עדכני ורציני בנוגע לעותר, ועל-כן על העותר להיוותר מאחורי סורג ובריח, מבחן המידתיות השני - **בחירת האמצעי שפגיעתו פחותה על-ידי הרשות המינהלית** - הינו חשוב ומרכזי לענייננו. הרי לא יתכן כי אדם יוחזק במעצר משך זמן כה ממושך, בלא כל ביקורת שיפוטית עיתית, רק משום שעבור המשיב זהו האמצעי היחיד שניתן לעשות בו שימוש במקרה זה. שלילת חירות היא, כאמור, אמצעי קיצוני ומרחיק לכת, אולי הקיצוני ביותר המצוי באשפת החיצים של הרשות המינהלית; המשך החזקתו של העותר במעצר, על-בסיס צו גירוש, משך למעלה משנתיים, אינה יכולה לעמוד מבחינת מבחן המידתיות השני. הרי ממה נפשך - אף בהליך פוגעני ביותר, דוגמת מעצר מינהלי, מובא עניין המשך ההחזקה במעצר של עצור מינהלי בפני שופט כל חצי שנה. האם דמו של העותר סמוק פחות, עד כי אין הוא רשאי שעניינו ייבחן אחת לכמה חודשים בפני ערכאה שיפוטית? בכל הכבוד, המצב כפי שהוא היום אינו יכול להמשיך לעמוד.

מן הכלל אל הפרט

40. זכותו החוקתית של העותר לחירות אישית וזכותו להליך הוגן נשללה ממנו על ידי המשיב. על המשיב מוטלת החובה להגן על זכויותיו של העותר, כתושב השטח הנמצא בתפיסה לוחמתית.

41. שלילת חירותו של העותר נעשתה בדרך של מעצר – האמצעי הקשה והפוגעני ביותר של שלילת חירות. לא רק זאת אלא שהמעצר נעשה בידי רשות מינהלית, עובדה המחמירה את דרגת הפגיעה בזכותו של העותר והמחייבת הגנה מיוחדת בדמות ביקורת שיפוטית רחבה ומהותית.

42. ההגנה המיוחדת שיש לתת למי שנעצר בידי הרשות המינהלית נשללה מן העותר. לא נערכת ביקורת שיפוטית עיתית על מעצרו, מעצר הנמשך למעלה משנתיים ימים. לא נבחנה סבירותו ומידתיותו של המעצר, לא נבחנה ההצדקה שבגירושו, ולא נבחנה כל אופציה אחרת, מלבד המשך ההחזקה במעצר. כך, הוחמרה שבעתיים הפגיעה, האנושה מלכתחילה, בזכויות היסוד של העותר. כך, נפגם הבסיס החוקי של מעצרו של העותר וגיבוש חוקיותו של הצו שהוצא נגדו. כך, נהג המשיב בניגוד לעקרונות היסוד של המשפט הישראלי ובניגוד לדין הבינלאומי.

עתירה זו נתמכת בתצהיר העותר שנחתם בפני עו"ד בבית הכלא בו הוא מוחזק.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיב, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

ירושלים, 8 בפברואר 2010

דניאל שנהר, עו"ד
ב"כ העותרים

(ת.ש. 63995)

