

| | | |
|------------|--------|-----------|
| לישראל | ההגנה | צבא |
| הצבאית | | הפרקליטות |
| והחקיקה | הייעוץ | מחלקת |
| העורף | המשפטי | הייעוץ |
| 08-9784244 | לפיקוד | טל': |
| 08-9784134 | | פקס: |
| 29756 | - | 38 |
| התשע"ה | בשבת | ב |
| 2015 | בינואר | 22 |



עו"ד אנדרה רוזנטל

הנדון: מענה להשגה על צו איסור כניסה לירושלים בעניינו של

דרוויש, ת.ז.

סימוכין: שלך מיום 11.12.2014

שלנו מיום 8.01.2014

1. ביום 30.11.2014, חתם מפקד פיקוד העורף של צה"ל (להלן: "מפקד פקע"ר") על צו האוסר על מרשך, מר דרוויש (ת.ז.) (להיכנס לירושלים לתקופה בת 5 חודשים (להלן: "הצו")).
2. ביום 11.12.2014 הגשת השגה למפקד פקע"ר כנגד הצו. בעקבות ההשגה, השמעת ביום 22.12.2014 את טענותיך כנגד הצו בפני סא"ל אודי שגיא, אשר מונה לשם כך ע"י מפקד פקע"ר. במעמד זה, עמדת על הטענות שבכתב ההשגה, וכן טענת טענות נוספות בנוכחות מרשך. לאחר שההשגה וטענותיך שבעל פה הוצגו בפני מפקד פקע"ר, הריני להביא בפניך את החלטתו.
3. אקדים ואומר כי לאחר שבחן את כלל טענותיך, **מפקד פקע"ר החליט לדחות את השגת מרשך, מן הנימוקים אשר יפורטו להלן.**

הרקע והבסיס לקבלת ההחלטה

4. ההחלטה להוציא את הצו בעניינו של מרשך נתקבלה בהתאם לסמכותו של מפקד פקע"ר לפי סעיפים 6, 108 ו-109 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "התקנות") לאחר שמפקד פקע"ר הגיע לכלל מסקנה כי הדבר נחוץ לשם הבטחת בטחון המדינה, שלומו של הציבור וקיומו של הסדר הציבורי.
5. בטרם התקבלה החלטת מפקד הפיקוד, הוא בחן את המידע שהצטבר בעניינו של מרשך ומצא כי קיימות ראיות מנהליות מוצקות, המצביעות על הסכנה הנשקפת ממנו. מפקד פקע"ר מצא כי בנסיבות העניין, הוצאת הצו מאזנת היטב בין הצורך למנוע את הסכנה הנשקפת ממרשך לבין הפגיעה בזכויותיו.

6. מטבע הדברים, מכיוון שהמידע האמור הינו סודי, לא ניתן היה להעבירו לעיונך, ואולם הועברה לידך עובר למועד השימוע, פראפראזה המשקפת את תוכן המידע הסודי שלא שניתן לחשוף בעת הזאת.

תקנות ההגנה - שרירות וקיימות

7. בהשגתך טענת כי תקנות ההגנה אינן תקפות מאחר שבוטלו הלכה למעשה ע"י המנדט ערב הקמתה של מדינת ישראל ביום 14.5.1948, בעקבות ביטולו של דבר המלך במועצה על ארץ ישראל (הגנה), 1937 (להלן: "דבר המלך במועצה"), אשר לא פורסם במועד ביטולו.

8. לטענתך, נוכח העדר החובה לפרסם את הצווים מכוח תקנות ההגנה (סעי' 4 לתקנות), הרי שסעי' 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט¹ לא ביטל את ביטולו של דבר המלך במועצה, ואם הביטול של דבר המלך במועצה תקף על אף האמור בסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, הרי שתקנות ההגנה עברו מן העולם.

9. בחינת טענתך העלתה כי אין בה ממש. תחילה נדגיש כי סעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט נותן תוקף לחקיקה המנדטורית שחלה בישראל ערב הקמת המדינה².

10. יתרה מכך, ביטולו של דבר המלך במועצה אינו רלוונטי לתוקפן של תקנות ההגנה, שכן אין המדובר ביחס שבין חקיקת ראשית לבין חקיקת משנה מכוחה, אלא בחקיקה ראשית, שאינה תלויה בתוקף דבר המלך במועצתו.

11. כמו כן, לא ניתן לעמדתנו להשליך מהעדר חובת הפרסום הקבועה בסעיף 4 לתקנות על חובת הפרסום של חוקים או תקנות אחרות הנוגעים בדבר. אכן, צווים שהוצאו מכח תקנות ההגנה אינם טעונים פרסום. אך אין בכך כדי להשליך על חובת הפרסום של חקיקה אחרת, כגון ביטולו של דבר המלך במועצה משנת 1937.

חקיקת חירום בראי פסקת ההגבלה

12. באשר לטענה לפיה הצו מנוגד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, באשר תקנה 108 לתקנות ההגנה, שמכוחה הוצא הצו, אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כפי שנדרש בפסקת ההגבלה המנויה בחוק היסוד, מפקד פקע"ר מצא שאין לקבלה.

13. בית המשפט העליון התייחס בעבר למתח שבין פסקת ההגבלה ותקנות ההגנה לשעת חירום:

¹ פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, להלן: "פקודת סדרי שלטון ומשפט"
2 לעניין זה ראה בג"ץ 5/48 ליון ואחי' נ הממונה בפועל על האזור העירוני תל אביב (מתוך המאגר המשפטי "פדאורי")

"... אף שבית־המשפט אינו בוחן את עמידתה של חקיקת החירום במבחני פיסקת ההגבלה הקבועים בסעיף 8 לחוק־היסוד, מוטל על בית־המשפט לבקר את צדקת יישומה של הוראה מהוראות חקיקת החירום במקרה הנתון המובא לפניו. הווי אומר: ביקורתו של בית־המשפט אינה אמורה להתמקד בשאלת סבירותה של הוראה בחקיקת החירום בתורת שכזאת, אלא בצדקת החלטה של ההוראה במקרה האינדיווידואלי המובא לפניו. ביקורת זו יבסס בית־המשפט על שתי אמות מידה: **כלום מטרת החלטה של הוראת החירום על אדם פלוני, בנסיבות המקרה, עולה בקנה אחד עם תכליתה הכללית? כלום הפגיעה שתיגרם לפרט כתוצאה מהחלטה עליו מקיימת את עקרון המידתיות.**"³

14. כאמור, על ביקורתו של בית המשפט להתמקד בצדקת החלטה של הוראה מהוראות חקיקת החירום במקרה האינדיווידואלי המובא בפניו, בשים לב להתאמה בין תכלית התקנה לבין תכלית ההגבלה הנדונה והנזק הצפוי למושא ההגבלה.

15. בעניינו, מצא מפקד פקע"ר, כאמור, כי שיקולי ביטחון ממשיים מחייבים את הפעלת הסמכות מכוח תקנות 108-109 לתקנות ההגנה, ואת הוצאת הצו כנגד מרשך, וזאת נוכח ראיות מוצקות המצביעות על הסיכון הממשי הנשקף ממנו לביטחון המדינה ולסדר הציבורי. כמו-כן, כאמור לעיל, שוכנע מפקד פקע"ר, כי בנסיבות העניין הוצאת הצו מאזנת היטב בין הצורך למנוע את הסכנה הנשקפת ממרשך לבין הפגיעה בזכויותיו.

טיב המידע עליו מבוסס הצו

16. בהשגתך טענתה כי מכיוון שהמידע המודיעיני עליו התבסס מפקד פקע"ר, לפי הערכתך, הוא מידע שמקורו באדם, הרי שמלאכת הערכת מהימנותו צריכה להיות מופקדת בידי בית משפט בלבד, ולא בידי אנשי שירותי הביטחון, שאינם מומחים לעניין.

17. מפקד פקע"ר לא מצא בטענה זו ממש. מלאכת הערכת מהימנותן של ראיות, בין אם הושגו מאדם ובין אם בדרך אחרת, אינה נחלתו של בית המשפט בלבד. גם רשות מינהלית, שהופקדה בידיה סמכות לקבל החלטה, רשאית לקבל החלטות הדורשות בחינת מהימנותו של מידע מודיעיני, ובכלל זה לבצע הערכת מהימנות של הראיות,⁴ ובוודאי שהיא מוסמכת להתבסס גם על מידע מודיעיני חסוי לצורך החלטתה, כפי שאף נעשה בעניינו.

³ בג"ץ 5211/04 מרדכי ואנונו נ' מפקד פיקוד העורף, פ"ד נ"ח (6) 644

⁴ ראה רע"פ 4393/11 מוסלי נ' מדינת ישראל; בג"ץ 1227/99 מלבסקי נ' שר הפנים.

היקף הצו

18. בהשגתך טענת, כטענה חלופית, כי כיוון שעיקר הפעילות הנטענת נגד מרשך מתקיימת בשכונת עיסאווייה, ניתן היה להסתפק בהרחקתו מאזור עיסאווייה בלבד. לפיכך, לשיטתך, הרחקתו מכל אזור ירושלים לוקה בהיעדר סבירות ומידתיות.
19. לאחר בחינת הדברים, מצא מפקד פקע"ר כי היקף ההרחקה של מרשך, הן במימד הגיאוגרפי והן במימד הזמן - מתחייבת נוכח טיב המידע בעניינו והסכנה הנובעת ממנו. מפקד פקע"ר השתכנע כי צמצום הצו לאזור עיסאווייה בלבד לא ישיג את המטרה הביטחונית שלשמה הוצא הצו מלכתחילה.

היעדר חקירה פלילית

20. בהשגתך טענת כי רשויות החוק בישראל נמנעו מלנהל בעניינו של מרשך הליך פלילי ולכל הפחות להטיח בפניו את החשדות בעניינו טרם הוצאת הצו.
21. כפי שהח"מ הודיעה לך במכתבנו שבסימוכין, מרשך נחקר ביום 18.1.2015 במשטרת ישראל. בחקירתו, אשר הועברה לעיוןך לבקשתך, הכחיש מרשך את המיוחס לו. ואולם, המידע עליו מסתמך הצו מלמד כי ממרשך נשקפת סכנה לביטחון המדינה ולשלום הציבור, כפי שצוין לעיל.
- נוכח כך, סבר מפקד פקע"ר כי לא היה מנוס אלא להוציא בעניינו של מרשך את הצו האוסר על כניסתו לירושלים.

סיכומו של דבר

22. נוכח האמור לעיל, לאחר שבחן את השגתך, החליט מפקד פקע"ר לדחות אותה, ולהותיר בתוקף את הצו המונע את כניסתו של מרשך לתחומי העיר ירושלים לתקופה של 5 חודשים.

אפרת יועמ"ש מחלקת
פריאנטה חינוך
רס"ן פקע"ר והחקיקה

