

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ סלימאן

עצור, חסר תעודת זהות, מקלקיליה

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

ע"י ב"כ סיגי בן ארי (מ.ר. 37566) ו/או יוסי וולפסון (מ.ר. 26174)

ו/או יותם בן הלל (מ.ר. 35418) ו/או חוה מטרס-עירון (מ.ר. 35174)

ו/או עביר גיבראן (מ.ר. 44346) ו/או ענת קדרון (מ.ר. 37665)

ו/או עידו בלום (מ.ר. 44538)

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**

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;

ג. לחלופין, מדוע לא יקיים המשיב, בהתאם להתחייבויותיו הקודמות, בית דין למשמורת, ובמסגרתו תיערך ביקורת שיפוטית על צו הגירוש של העותר.

### 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 – שלוש שנים תמימות - על פי החלטה מינהלית וללא כל ביקורת שיפוטית.

## ואלה נימוקי העתירה

1. עניינה של העתירה הוא במעצרו הממושך של העותר – שלוש שנים ברציפות – מעצר בידי רשות מינהלית, ללא מתן זכות שימוע וללא כל ביקורת שיפוטית, הפוגע בעותר באופן אנוש ובלתי מידתי ומחייב את שחרורו לאלתר.

## הצדדים ומיצוי ההליכים

2. העותר 1 (להלן: **העותר**) נולד בכווית בשנת 1984. הוריו, תושבי הכפר פרעתה שבנפת קלקיליה, נישאו זו לזה בשנת 1966 ועברו להתגורר בכווית, שם נולדו כל ששת ילדיהם. בשנת 1987 עברה המשפחה להתגורר בירדן. ההורים ושניים מילדיהם, ביניהם העותר, חזרו לשטחים בשנת 1998. אחותו של העותר נישאה בשנת 1990 לתושב הגדה וקיבלה תעודת זהות פלסטינית.

3. העותר, אז קטין בן 14, נכנס לשטחים כדין כנלווה לאמו ברישיון הביקור שלה. הוא למד בבית ספר תיכון בקלקיליה. עם סיום לימודיו עבד במשך כשנה במסעדה בביר זית ובשנת 2002 החל ללמוד וטרינריה באוניברסיטת אלנג'אח שבשכם.

4. בתצהירו (פיסקה 4) אומר העותר כדלקמן: **כל חיי בשטחים וכך גם עתיד. הוריי נמצאים כאן וכל משפחתי המורחבת. אני רוצה להמשיך ללמוד באוניברסיטה.**

5. בתאריך 22.3.2004 נעצר העותר בשכם, לראשונה בחייו, לאחר שנתפס ללא תעודת זהות באחד ממחסומי העיר. הוא נלקח למתקן המעצר בחווארה ושם נאמר לו כי הוצא כנגדו צו גירוש. העותר לא ראה ולא קיבל לידי מעולם את צו הגירוש.

6. לאחר כחודש מעצר בחווארה, הועבר העותר לכלא עופר ומשם לכלא מגידו. החל מחודש 2005 הוא מוחזק בכלא אוהלי קידר בבאר שבע.

7. בחודש מאי 2005 ניסו הרשויות לגרש את העותר לירדן. שלטונות ירדן סרבו לקבלו והוא הוחזר למעצר.

8. מאז מעצרו לפני שלוש שנים לא הובא העותר בפני ערכאה שיפוטית כלשהי.

9. מאז מעצרו לפני שלוש שנים לא קיבל העותר כל ביקור משפחתי.

10. קודם למעצרו הנוכחי לא נעצר העותר מעולם, לא נחקר ולא היה מעורב בכל עניין ביטחוני.

11. העותרת 2 (להלן: **המוקד** או **המוקד להגנת הפרט**) היא עמותה רשומה הפועלת כארגון זכויות אדם למען הגנה על זכויות האדם בשטחים הכבושים.

12. 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.

13. ביום 8.11.2006 פנה המוקד להגנת הפרט ללשכת יועמ"ש המשיב בבקשה לקבל לידי את צו הגירוש כנגד העותר, אם קיים כזה. כן נתבקש ביטול הצו, שחרור העותר ממעצרו ולחלופין עריכת ביקורת שיפוטית מיידית על הצו.

העתק המכתב ליועמ"ש המשיב מיום 8.11.2006 מצורף כנספח ע/1.

14. תזכורת בעניינו של העותר הועברה ליועמ"ש המשיב ביום 5.12.2006.

העתק התזכורת ליועמ"ש המשיב מיום 5.12.2006 מצורף כנספח ע/2.

15. חלפו למעלה מארבעה חודשים וכל מענה לא נתקבל.

## הטיעון המשפטי

### אחריות המפקד הצבאי למימוש זכויות האדם בשטחים

16. 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"צ 10356/02 \_\_\_\_\_ חס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלון פיקוד מרכז, פ"ד נח(3), 443, עמ' 460-461 להלך: פרשת הס).

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

17. אין משמעות לשאלת חוקיות ישיבתו של אדם באיזור:

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

### הזכות לחירות אישית וההגנה עליה באמצעות ביקורת שיפוטית

18. 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 הקניין ובזכויות נוספות... משום כך שלילת החירות האישית היא פגיעה קשה במיוחד (בג"ץ 6055/95 \_\_\_\_\_ צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241, עמ' 263-264, (להלן: פרשת צמח)).

19. שלילת החירות בדרך של מעצר או החזקה במשמורת מהווה צעד קשה ופוגעני. חמורה פי כמה היא שלילת חירות על ידי רשות מינהלית ועל כן היא מחייבת הגנה מיוחדת:

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, ס.ב.א...). 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).

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

חירות האדם יקרה מכדי שתופקד בידי 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 תפישה חוקתית, הרואה במעורבות השיפוטית בהליכי המעצר תנאי חיוני להגנה על חירותו של הפרט. על כן לא נדרש שהעצור "יערער" על מעצרו בפני שופט. הפניה לשופט היא מרכיב "פנימי" של תהליך המעצר

(בג"ץ 3239/02, מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2003(1), 349, עמ' 368) (להלן: **פרשת מרעב**).

21. 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.

22. 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, סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואת', פ"ד נז(6), 721, עמ' 726-727).

23. 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, עמ' 368 ואילך:

במסגרת **מעצר פלילי** יש להביא את העצור בפני שופט בתוך 24 שעות (ס' 29א) 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 4א) לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"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 הרמטכ"ל (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 (ס' 13 יד לחוק הכניסה לישראל תשי"ב–1952). החוק אף מציין במפורש כי (ס' 13 יד(ד)) 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.

24. גם במסגרת החקיקה הצבאית בגדה 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.

בפרשת מרעב הנ"ל נידונה, 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**

25. 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 3(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.

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".

על פי פרשנותה של 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 3(5) לאמנה האירופאית על זכויות 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."

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) .

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...

אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 ... (להלן - אמנת ג'נבה 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."**

אין באמנת ג'נבה 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."**



**הצו בדבר מניעת הסתננות והיעדר הוראה מחייבת ביקורת שיפוטית**

26. בצו בדבר מניעת הסתננות (יהודה ושומרון) (מס' 329) תשכ"ט-1969 (להלן: **הצו או צו בדבר מניעת הסתננות**) אין הוראה מחייבת בדבר קיום ביקורת שיפוטית על החלטת הגירוש ועל האחזקה במשמורת. האחזקה במשמורת, לצורך הדיון בחובת קיום ביקורת שיפוטית, הינה כמעצר לכל דבר. וכדברי כבי' השופט ר' שפירא: **הליך המשמורת הוא למעשה בגדר של מעצר עד לתום ההליכים. ההליכים הם הליכי ההרחקה מישראל (עמ"נ (חיי) 379/06 פלוני נ' משרד הפנים, טרם פורסם, ניתן בתאריך 24.1.2007) (להלן: פרשת פלוני).** זאת, כאמור לעיל, בניגוד לזכויות יסוד ועקרונות יסוד של שיטת המשפט ובניגוד לדין הבינלאומי.

העתק ההחלטה בעמ"נ (חיי) 379/06 מצורף כנספח ע/3.

27. בית המשפט העליון ראה בחומרה רבה את היעדר חובת הביקורת השיפוטית בצו ואמר את דברו לא אחת. המדינה מצידה התחייבה לקבוע בהקדם בצו הסדר של ביקורת שיפוטית על הגירוש והמעצר.

28. כך נאמר על ידי שופטי בית המשפט העליון עוד בשנת 2004:

מבקשים אנו לחזור ולהדגיש את שאמרנו גם לבאי כוח הצדדים בדיון בפנינו: ראוי למדינה כי תקדים ותפעל ליצירת מנגנון של ביקורת שיפוטית "פנימית" - בצד ביקורתו של בית משפט זה - על החזקתם של מורחקים מכוח תחיקת הבטחון באזור... ככל הליך של שלילת חירות, אף החזקת מורחקים כאלה ראוי שתבוצע לפי כללים בהירים ומוגדרים, ושתהא נתונה לביקורת שיפוטית עיתית (בג"צ 2737/04, כפארנה נ' מפקד אזור חבל עזה ואח', תק-על 2004(4), 2040).

29. כך התחייבה המדינה בפני בית המשפט העליון בשנת 2005:

... קביעתם של הסדרים של ביקורת שיפוטית היא ראוייה ומתחייבת על פי עקרונות המשפט הבינלאומי המינהגי... ואמנם, כפי שמסר המשיב, המדינה פועלת ליצירתו בהקדם של מנגנון ביקורת שיפוטית פנימית - לצד ביקורת בית משפט זה - על החזקתם במשמורת של מיועדים לגירוש. יצירת מנגנון זה, מן הראוי שתושלם בתוך זמן סביר (בג"צ 7607/05, עבדאללה (חוסין) נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2005(4), 2859, עמ' 2862. (פס"ד מיום 14.12.05).

30. וכך, שוב, ביולי 2006:

מכתב התגובה בענייננו עולה, כי עבודת המטה בנושא זה טרם נסתיימה, ולפי שעה הונחו היועצים המשפטיים הרלבנטיים לבחון עיתית את עניינם של המוחזקים במעצר ולהנחות בהתאם. אנו חוזרים על המשאלה כי קביעתו

של מנגנון הביקורת השיפוטית תושלם מהרה (ההדגשה שלי, ס.ב.א.).  
 בנסיבות המורכבות שבהן פועלת מדינת ישראל בהקשר לשטחי איו"ש ועזה,  
 יש חשיבות רבה כי ההסדרים הדיוניים יהיו הטובים ביותר שבגדר האפשר,  
 ואף אם אין חובה באמנת ג'נבה הרביעית לביקורת שיפוטית, כפי שציין  
 הנשיא ברק, הנה רוחו של המשפט הבינלאומי, ויתרה מזו, עקרונותיו ורוחו  
 של המשפט הישראלי, מצדיקים זאת. כל כך לדידי לא רק למען מראית פני  
 הצדק, החשובה מאוד, אלא גם לשם הצדק עצמו, כדי לצמצם ככל האפשר  
 משגים העלולים לקרות במערכת אנושית (בג"צ 4887/06, \_\_\_\_\_ עודה  
 נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', תק-על 2006(3), 709, עמ' 711).

### הפרת כללי הצדק הטבעי

31. הפעלת סמכות המפקד הצבאי באזור חייבת לקיים את עקרונות המשפט המינהלי הישראלי,  
 שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור ובכלל זאת מתן מענה תוך זמן סביר  
 והתנהלות על פי כללי הצדק הטבעי, ההגינות השלטונית והסבירות המינהלית.

אבן פינה היא בדיני המינהל הציבורי שהרשות המינהלית, בהיותה נאמן של  
 הציבור, חייבת לנהוג בהגינות... חובת ההגינות מתייחסת להליך המינהלי,  
 כלומר, לדרך בה הרשות המינהלית מפעילה את הסמכות כלפי האזרח. היא  
 מתבטאת בחובות שונות, כגון, חובה לערוך בדיקה סבירה של נסיבות  
 המקרה, להטות אוזן לטענות האזרח, לאפשר לו עיון במסמכים הנוגעים  
 לעניין, לנמק את החלטה. יש מכנה משותף לחובות אלה: החובה לנהוג  
באזרח באופן ראוי (בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר - אגף המכס  
 והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, עמ' 319).

וראו גם:

בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואחרים נגד ממשלת ישראל ואח', תק-על 2004 (2)  
 3035, עמ' 3044, פס' 23 ואילך; בג"צ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נגד מפקד כוחות צה"ל  
 בגדמ"ע, פ"ד נו(1) 386, פס' 23; בג"צ 392/82 ג'מעת אסכאן אלמעלמון אלתעאוניה נגד  
 מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד לז(4) 785, עמ' 792-793; י. זמיר, הסמכות המינהלית,  
 הוצאת נבו, ירושלים, 1996, כרך ב', 897-898.

32. בית המשפט העליון רואה בשימוע המוקדם בתחום המשפט המינהלי את אחד מכללי הצדק  
 הטבעי (בג"צ 3/58 ברמן נ' שר הפנים פד"י י"ב 1493, עמ' 1503; בג"צ 290/65 אלחגר נ' ראש  
 עיריית רמת-גן, פד"י כ(1), 29, עמ' 33; בג"צ 654/38 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה פד"י  
 לה(2), 649, עמ' 654; ע"פ 768/80 שפירא נ' מדינת ישראל פד"י לו(3) 337, עמ' 363).

33. ככל שהתוצאות של החלטה השלטונית חמורות יותר ובלתי הדירות, גם חיוני יותר שהאדם  
 הנוגע בדבר יוכל להשמיע השגותיו ולהביא תגובתו לטענות נגדו, כדי לנסות ולהפריכן (בג"צ  
 5973/92 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הבטחון, פ"ד מז(1) 267, עמ' 285-286).

34. כך, כמובן, בנוגע להחלטותיו המינהליות של המשיב:

מבחינתו של בית משפט זה, אין נושא התפקיד יוצא, בדרך כלל, ידי חובתו, אם קיים אך ורק את אשר מתחייב מנורמות המשפט הבינלאומי, כי ממנו כרשות ישראלית, נדרש יותר, והוא, כי ינהג גם בשטח ממשל צבאי לפי הכללים המתווים דרכי מינהל תקינים והוגנים. כך אין למשל לגלות בדיני המלחמה כלל, מעוצב או לפחות מתגבש, לפיו יש חובה לקיים את זכות השמיעה, אך רשות ישראלית לא תצא ידי חובתה, כאשר מעשיה יועברו בשבט הביקורת בעת הפעלת הפיקוח השיפוטי על-ידי בית-משפט זה, אם לא תכבד חובה זו במקרים, שבהם יש להעניק זכות זאת לפי הנורמות של המשפט המינהלי שלנו (בג"צ 69/81 \_\_\_\_\_ אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2) 197, עמ' 226-227).

### מן הכלל אל הפרט

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

36. 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.

37. העותר לא ראה ולא קיבל לידי מעולם את צו הגירוש, אשר ככל הנראה הוצא כנגדו והמשמש אסמכתא למעצרו, וממילא גם לא ניתנה לו האפשרות לטעון כנגדו. בכך הפר המשיב בבוטות את כללי הצדק הטבעי ואת זכותו של העותר להשמיע טענותיו בפני הרשות המינהלית הפוגעת.

38. ההגנה המיוחדת שיש לתת למי שנעצר בידי הרשות המינהלית נשללה מן העותר. לא נערכה כל ביקורת שיפוטית על מעצרו, מעצר הנמשך 3 שנים תמימות. לא נבחנה סבירותו ומידתיותו של המעצר, לא נבחנה ההצדקה שבגירושו, לא נבחנה האפשרות לגרשו והאפשרות לשחררו בערבות. כך, הוחמרה שבעתיים הפגיעה, האנושה מלכתחילה, בזכויות היסוד של העותר. כך, נמנע שכלול מעצרו של העותר וגיבוש חוקיותו של הצו שהוצא נגדו. כך, נהג המשיב בניגוד לעקרונות היסוד של המשפט הישראלי ובניגוד לדין הבינלאומי.

39. ראוי לציין בשנית כי בפרשת מרעב, נפסלה הוראת שעה שאפשרה להחזיק עצור ללא ביקורת שיפוטית במשך 18 יום וזאת בניסיונות של לחימה בשטחים ("חומת מגן"), במסגרתה נעצרו אלפי פלסטינים והמשיב טען לקושי רב להתמודד עם מספר גבוה כל כך של עצורים ומשאבי חקירה מצומצמים.

40. בניגוד לדרישת בג"ץ ולהתחייבות שנתנו נציגי המשיב בפניו, לא נקבעו הסדרים של ביקורת שיפוטית על העצורים מכח הצו למניעת הסתננות. למרות דרישת בג"ץ, שקביעתו של מנגנון הביקורת יושלם במהרה והתחייבות המשיב להשלימו בתוך זמן סביר, יושב העותר שלוש שנים תמימות במעצר מבלי שנבחן עניינו על ידי ערכאה משפטית כלשהי.

#### איזון זכותו של העותר לחירות אל מול אינטרסים אחרים

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

**לעיתים הגנה זו (על זכויות האדם של יושבי האיזור, ס.ב.א.) 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 בטחון החיים היא תנאי למימוש זכויות הפרט ולפיכך הגנה זו גוברת בחשיבותה על הזכות החוקתית, מקום שקימת הסתברות ראויה, במובן "ודאות קרובה", כי מימוש הזכות עלול להביא לפגיעה קשה בשלום הציבור (פרשת הס, 460-461, ההדגשה שלי, ס.ב.א.).**

וראו גם:

עמ"מ 8607/04, \_\_\_\_\_ פחימה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 258, עמ' 262-264; בג"צ 6358/05 \_\_\_\_\_ ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף יאיר נווה ואח', תק-על 2006(1) 320; בג"צ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701; בג"ץ 253/88 סג'דיה ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב 801, עמ' 821.

42. ואולם, במקרה שלנו, אין כל חשד ביטחוני כנגד העותר. ככל הידוע לנו, אין המשיב טוען כי מעצרו של העותר נועד למנוע סכנה קרובה לוודאי לפגיעה בביטחון הציבור ולא ניתן לאזן את הפגיעה הקשה בזכותו של העותר לחירות אישית ולהליך הוגן נוכח האינטרס הביטחוני. ועל כך נאמר:

**מעצרים שאינם מבוססים על חשש כי העצור מסכן או עלול לסכן את שלום הציבור או הביטחון - הם שרירותיים, ואין המפקד הצבאי מוסמך להורות עליהם (פרשת מרעב, עמ' 366).**

43. לו התקיימה ביקורת שיפוטית בעניינו של העותר, היתה נבחנת השאלה כיצד, אם בכלל, ניתן לעצור את העותר בהיעדרם של טעמי ביטחון החלטיים.

44. יבוא המשיב ויטען כי אף אם אין בעניינו של העותר טעמי ביטחון הכרחיים, קיימים טעמים של שמירה על הסדר הציבורי, שאחד ממרכיביו הוא הרחקתם של חסרי מעמד מן השטחים.

45. האמנם תשרת הרחקתו של העותר את האינטרסים של שמירת החיים הציבוריים התקינים בשטחים? מדובר באדם נורמטיבי, שגדל והתחנך בבתי הספר בשטחים, מעורה בחברה ובתרבות בשטחים ולומד מקצוע שהוא נדרש בשטחים. אין טענה שהשהות שלו, או של אנשים כמוהו בשטחים, מביאה תוצאות 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.

46. 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 האוכלוסיה המקומית... מובן זה של עקרון המידתיות חל גם לעניין הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי, באזור הנתון לתפיסה לוחמתית (בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואחרים נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח(5), 807, עמ' 838) (להלן: פרשת בית סוריק).**

47. 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, פס' 40-41; בג"צ 6358/05, מרדכי ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף יאיר נווה ואח', תק-על 2006(1), 320, עמ' 326; בג"צ 6336/04, מוסא ואח' נ' ראש הממשלה ואח', תק-על 2006(1), 283, עמ' 285). רק אם שלושת המבחנים מתקיימים, ניתן לומר כי האמצעי שנקט על ידי הרשות הוא מידתי.

48. השאלה שיש לשאול במסגרת מבחן המידתיות הראשון – מבחן האמצעי המתאים למטרה – היא, האם 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"צ 1468/90, גדעון בן ישראל נ' שר הפנים ואח', פ"ד מד(4), 149, עמ' 151-152 (ההדגשה שלי, ס.ב.א.), (להלן: פרשת בן ישראל).

49. הפסיקה חוזרת וקובעת כי כאשר ההרחקה אינה ברת ביצוע לא ניתן להמשיך ולהחזיק את מי שהוצא נגדו צו גירוש במעצר:

**כאשר לא נראה שמתקיים הליך של הרחקה, כאשר הליך ההרחקה נכשל נשמט הבסיסי להחזקה במשמורת** (פרשת פלוני, נספח ע/3, עמ' 2).

50. בפרשת בן ישראל דובר בעותר השווה 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 סרבנותו להיות מגורש לארצות הברית, הורה השופט על שחרורו ממעצר מן הטעם שאמצעי המעצר אין בו בכדי 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, כשאינן 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).

51. בפרשת טאיי (בג"צ 4702/94, 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 עיראקיים שהסתננו לישראל.

52. בענייננו של העותר נעשה לפני כשנתיים נעשה ניסיון לגרשו לירדן, ניסיון שלא צלח בשל התנגדות שלטונות ירדן לקבלו. כעת, אין כל הערכה או צפי לאפשרות לממש בעתיד לעין את גירושו ובמשך שנתיים לא נעשה כל צעד לקידום הרחקתו. לפיכך, מכיוון שלא נראה כל פתרון באופק שיביא לסיום המעצר באמצעות הרחקה, אין האמצעי שנבחר מסייע להגשמת המטרה.

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

54. בנוסף לכך מבחן המידתיות השלישי – התועלת שמצמיח המעצר גבוהה מהפגיעה שנגרמת לעותר – אינו מתקיים אף הוא. על כף אחת של המאזניים עומדת הזכות לחירות האישית,

זכות חקיקתית בעלת חשיבות עליונה במדרג זכויות האדם, דבר המעצים את משקלה באיזון הכולל. בסמוך לה ניצבות גם הזכות לחיי משפחה, לחינוך, לכבוד ולביטוי אישי, הנמנעות מן העותר ואת משקלן של כל הזכויות הללו מכפילה עובדת היותו של העותר עצור שלוש שנים תמימות. ממול, ניצב על כף המאזניים אינטרס המשיב להרחיק מן השטחים תושבים חסרי מעמד.

כך, גם אם יצמיח מעצרו של העותר את התועלת שמבקש המשיב להשיג, שהיא הרחקתו של העותר מן השטחים, דבר שכאמור עומד בספק רב, הרי שזו בטלה בששים נוכח הפגיעה האנושה, הבלתי נתפסת והבלתי נסבלת, שפוגע המעצר בעותר, שכל חטאו הינו שנכנס לשטחים עם אימו, בהיותו קטין, מבלי שנשאל לדעתו והמשיך לחיות חיים נורמטיביים בקרב בני משפחתו ומכריו.

כך, נכשל המשיב גם במבחן המידתיות השלישי.

55. לסיכום, מעצרו בן שלוש השנים של העותר, ללא מתן זכות שימוע וללא קיום ביקורת שיפוטית כלשהי, כאשר כנגד העותר אין כל חשד ביטחוני ובנסיבות בהן השימוש במעצר אינו מוביל למטרה ופוגע באופן אנוש ובלתי מידתי בעותר – כל אלה וכל אחד לחוד מהווים עילות לשחרורו של העותר לאלתר ממעצרו.

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

**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.**