

לישראל	ההגנה	צבא
הצבאית		הפרקליטות
והחקיקה	הייעוץ	מחלקת
העורף	לפיקוד המשפטי	הייעוץ
08-9784244		טל':
08-9784134		פקס:
29755	-	38
התשע"ה	בשבת	כו
2015	בפבראר	16



עו"ד לביב חביב

הנדון: מענה להשגה על צו איסור כניסה לירושלים בעניינו של אבו גנאם, ת.ז.

סימוכין: מכתבך מיום 11.12.2014

1. ביום 30.11.2014, חתם מפקד פיקוד העורף של צה"ל (להלן: "מפקד פקע"ר") על צו האוסר על מרשך, מר אבו גנאם 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 לצמצם את הצו כך שהחל מיום 22.2.2015 ייאסר על מרשך להיכנס לשטח העיר ירושלים, אלא דרך הציר המסומן במפה המצ"ב וזאת אך ורק לצורך הגעה לביתו ושהייה בו וכן לצורך חזרה על עקבותיו אל מחוץ לגבולות ירושלים, וזאת 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 פראפראזה המשקפת את תוכן המידע הסודי שלא ניתן לחשוף בעת הזאת.
7. נוסף, כי לאחר הוצאת הצו ולאחר השימוע שנערך לו, מרשך נעצר ע"י כוחות הביטחון לאחר שהפר את הצו ואותר בביתו שבירושלים. לא זו בלבד שהפרת הצו על ידי מרשך עולה כדי עבירה פלילית, הרי שיש בה גם כדי ללמד על כך שאינו בוחל בהפרת החוק, ולחזק את המסקנה בדבר מסוכנותו. למותר לציין כי הרחקת מרשך בצו אלוף, אין בה כדי למנוע נקיטת הליכים פליליים לרבות חקירה והעמדה לדין, ככל שיוחלט על כך ע"י הגורמים המוסמכים.

זכות הטיעון

8. באשר לטענה לפיה זכות הטיעון של מרשך נפגמה נוכח קיומו של השימוע בדיעבד וההימנעות מחשיפת החומר עליו מבוסס הצו, נציין כי המידע שנאסף בעניינו של מרשך מלמד על מסוכנותו ועל הדחיפות שבהרחקתו מירושלים. נוכח האמור, לא התאפשר ליתן למרשך שימוע בטרם חתם מפקד פקע"ר על הצו. הפרת הצו על ידי מרשך לאחר שהוצא, מחזקת, ולו בדיעבד, מסקנה זו.
9. כפי שנקבע לא אחת בפסיקה, על אף שדרך המלך היא לקיים שימוע בטרם מתקבלת החלטה, בנסיבות בהן יש צורך דחוף לתיתה ניתן לסטות מדרך המלך כאמור, ולאפשר שמיעת השגה אודות ההחלטה הנתקפת בדיעבד¹.
10. יתר על כן, כידוע לך וכפי שצויין לעיל, המידע עליו מבוסס הצו הינו סודי ולא ניתן לחושפו. יצויין, כי לעמדתנו, יש בפראפראזה שנמסרה לידך כדי ליתן תמונת רקע לעילה להוצאת הצו ומאפשרת להגיב לה, כפי שאף נעשה בפועל.
11. בהקשר זה נוסף כי בתי המשפט אישרו² לא אחת צווים אשר הוצאו על בסיס מידע סודי כאמור.
12. עוד, בטרם ניתנה תשובת מפקד פיקוד העורף להשגה, נעשו נסיונות מספר לזמן את מרשך למתן עדות בדבר החשדות המיוחסים לו, ואולם מרשך בחר שלא להתייצב

¹ ראה למשל בג"ץ 4348/10 נריה אופן נ' מפקד פיקוד העורף (מהמאגר המשפטי "נבו"); בג"ץ קוואסמה נ' שר הבטחון; בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבטחון;

² בג"ץ 4348/10, כמצויין לעיל.

למתן עדות ולהדוף את החשדות בגינן הוצא הצו בעניינו. במצב דברים זה נראה כי אין למרשך להלין אלא על עצמו.

התקנות מכוחו הוצא הצו - שרירות וקיימות

13. בהשגתך תקפת את התקנות מכוחם הוצא הצו בטענה כי הן ישנות, דרקוניות ולא ראויות לשימוש נוכח היותן פסולות, מפלות ומנוגדות לחוקי היסוד ולדין הבינלאומי.

14. מפקד פקע"ר לא מצא ממש בטענתך. התקנות הנדונות, הינן חקיקה ראשית שרירה וקיימת במדינת ישראל במשך כל שנות קיומה והשימוש בה ע"י רשויות מנהליות אושר לא אחת ע"י בית המשפט העליון³.

מידתיות הצו

15. בהשגתך טענת, כטענה חלופית, כי כיוון שעיקר הפעילות הנטענת נגד מרשך מתקיימת בסמוך למסגד אל אקצא, ניתן היה להסתפק בהרחקתו מהעיר העתיקה בירושלים וכי לפיכך הרחקתו מכל אזור ירושלים לוקה בהעדר סבירות ומידתיות.

16. לאחר בחינת הדברים, מצא מפקד פקע"ר כי היקף ההרחקה של מרשך, הן במימד הגיאוגרפי והן במימד הזמן – מתחייב נוכח טיב המידע בעניינו והסכנה הנובעת ממנו. מפקד פקע"ר השתכנע כי צמצום הצו לשטחי העיר העתיקה בלבד לא ישג את המטרה הביטחונית שלשמה הוצא הצו מלכתחילה.

שיפוי בגין נזקי הצו

17. בהשגתך טענת, כי ככל שיוותר הצו על כנו יהיה מקום לשפות את מרשך בגין נזקיו בהתאם לאמנת ג'ינבה הרביעית ולחובת ההגינות.

18. לאחר בחינת הדברים, מצאנו, כי אין למפקד פקע"ר צורך להכריע באשר לתחולתה של אמנת ג'ינבה הרביעית על עניינו של מרשך ובאשר להיקף החובה המוטלת מכוחה על גורמי הביטחון לשאת בהוצאות מרשך בגין ההרחקה. זאת, כיוון שלא הרמת את הנטל הראשוני להצביע על כך שעל גורמי הביטחון לשאת בהוצאות מרשך כאמור, ואף לא עמדת על היקפן של הוצאות אלה. עמדת מפקד הפיקוד בנוגע לחובה הנטענת, תיבחן, ככל שתועבר בקשה מפורטת בעניין.

³ התקנות הן חקיקה ראשית מנדטורית, שעם הקמת המדינה הפכו לחלק מהמשפט הישראלי, בהתאם לסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח – 1945. לעניין זה ראה למשל: בג"ץ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף (2003); בג"ץ 5211/04 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף (2004); בג"ץ 6893/05 ח"כ לוי נ' ממשלת ישראל (2005)

19. מכל מקום, עניין זה ודאי שאינו משליך על עצם ההרחקה, שהיא, כאמור, ניתנה בסמכות וכדין.

הפגיעה בזכויות מרשד - מידתית ומחויבת במציאות

20. באשר לטענה לפיה הצו פוגע באופן משמעותי במרשד ובזכותו לקיים חיי משפחה וחברה תקנים, לפרנס בכבוד את משפחתו כפי שאף הדגמת במהלך השימוע שנערך בעניינו של מרשד, אציין, כי לא נעלמה מעיניו של מפקד פקע"ר הפגיעה בשגרת חייו של מרשד ובזכויותיו ואולם, מפקד פקע"ר שוכנע כי פגיעה זו הכרחית נוכח הסיכון הנשקף ממרשד לביטחון המדינה ולסדר הציבורי.

21. ואולם לאחר איזון בין הסכנה הנשקפת ממרשד ובין הטעם ההומנטרי הקשור במצבו הרפואי של בנו של מרשד וכן חלופי הזמן מאז הוצאת הצו, מצא מפקד פקע"ר לצמצם את הצו כך שהחל מיום 22.2.2015 **תיאסר על מרשד הכניסה לשטח העיר ירושלים, אלא דרך הציר המסומן במפה המצ"ב וזאת אך ורק לצורך הגעה לביתו ושהייה בו וכן לצורך חזרה על עקבותיו אל מחוץ לגבולות ירושלים.**

סיכומו של דבר

22. נוכח האמור לעיל, לאחר שבחן את השגתך, החליט מפקד פקע"ר, לצמצם את היקף הצו, כך **שהחל מיום 22.2.2015 ייאסר על מרשד להיכנס לשטח העיר ירושלים, אלא דרך הציר המסומן במפה המצ"ב וזאת אך ורק לצורך הגעה לביתו ושהייה בו וכן לצורך חזרה על עקבותיו אל מחוץ לגבולות ירושלים.** כפי שצוין החלטה זו נתקבלה על רקע מצבו הרפואי המורכב של מרשד וזאת על אף שכלל הטענות המשפטיות שנטענו נדחו.

23. זה המקום להדגיש כי ככל שמפקד פיקוד העורף יסבור, בהתבסס על מידע שיובא בפניו, כי ההקלה האמורה משמשת את מרשד לפגיעה בביטחון המדינה, שלום הציבור או הסדר הציבורי, לא יהיה מנוס אלא לבטלה לאלתר. הדברים נכונים אף במקום בו יופר הצו ע"י מרשד.

ב ב ר כ ה,

אפרת פריאנטה
יועמ"ש
מחלקת הייעוץ

רס"ן
פקע"ר
והחקיקה

לוט:

צו אלוף מתקן ומפה