

בית המשפט העליון
בג"ץ 1804/15
אבו גאנם נ. אלוף פיקוד העורף
תאריך הגשה: 11/03/15

בבית- המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

- בעניין: 1. אבו גאנם, ת.ז.
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר)

ע"י ב"ב עוה"ד לביב חביב ואחי
מבית חנינא החדשה, ת.ד. 21225, ירושלים 97300
טלפקס: 02-6263212, נייד 0524404477

העותרים

- נגד -

אלוף פיקוד העורף
ע"י פרקליטות המדינה

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה לצו על-תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לנמק מדוע לא יבוטל צו מתקן שהוציא נגד העותר מסי' 1 ביום 16.2.14 לפיו העותר "לא ייכנס לא ישהה ולא ימצא בשטח העיר ירושלים... אלא בביתו אליו הוא רשאי להגיע אך ורק בנסיעה על הציר המסומן על המפה המצורפת לצו מתקן זה."

תקע העובדתי

1. העותר מסי' 1 הינו תושב ירושלים, יליד 1977, נשוי ואב לשלושה, בני 5, 6 ו- 7 שנים. העותר מתגורר בירושלים, משפחתו חיה בירושלים, הוא עובד ומתפרנס בירושלים וכל מרכז חייו וחיי משפחתו בירושלים.
2. בנו של העותר, , בן חמש, סובל מאוטזם, מצבו הרפואי מורכב, ומחייב טיפול ומעקב רפואי של העותר ואשתו. מצ"ב אישור רפואי ומסומן ע-1.

3. העותרת מס' 2 היא עמותת רשומה, העוסקת מזה שנים ארוכות בהגנה על זכויות האדם.

4. ביום 4.12.14, הגיע כוח צבאי אל ביתו של העותר שבמזרח ירושלים, ובהיעדרו מסר צו לבני משפחתו החתום על ידי המשיב, אליו צורפה מפה (להלן: "הצו הראשון").

הצו שהוצא לפי תקנות 6, 108 ו-109 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, אסר מיידיית על העותר להיכנס או לשהות בירושלים בכלל, בגין הטענה כי הדבר "נחוץ להבטחת בטחון המדינה, שלומו של הציבור וקיומו של הסדר הציבורי", וזאת במשך שישה חודשים מיום 30.11.14. הצו התיר הגשת השגה תוך 7 ימים, וכן אפשר שימוע בעל פה.

העתק הצו מצ"ב ומסומן ע-2.

5. ביום 11.12.14 הגיש העותר באמצעות ב"כ השגה בה העלה את טענותי נגד הצו. ביום 22.12.14 התקיים שימוע בעל פה במתנה צבאי עופר שליד ירושלים, בו נכחו העותר וב"כ, השמיעו את טענותיהם וביקשו ביטול הצו.

העתק ההשגה מצ"ב ומסומן ע-3.

6. למען הגילוי הנאות, יצויין כי העותר, בשל מחלת בנו, הגיע לביתו לאחר הוצאת הצו לצורך ביקור בנו החולה, ונעצר על כך ושחרר למחרת. בנוסף, לאחר קיום השימוע נתבקש העותר להגיע לתחנת המשטרה, כנראה לצורך "השלמת" הליך השימוע, אולם לא קיבל זימון רשמי ולא התייצב.

7. ביום 16.2.15 ניתן מענה להשגה, בו הוחלט לצמצם את היקף הצו כך שמיום 22.2.15 יאסר על העותר להיכנס לשטח העיר ירושלים, אלא דרך ציר ספיציפי לצורך הגעה לביתו ושהייה בו וחזרה על עקבותיו אל מחוץ לירושלים, הוא הצו נשוא עתירה זו (להלן: "צו מתקן"). במענה צויין כי צמצום הצו נעשה על רקע מצבו הרפואי של בנו של העותר.

העתק המענה בצירוף הצו מצ"ב ומסומן ע-4 ו-ע-5 בהתאמה.

עתירה זו מכוונת נגד הצו המתקן הנ"ל, ומבקשת את ביטולו כליכ.

טיעון משפטי

זכות הטיעון:

8. זכות הטיעון אשר ניתנה לעותר בצו הראשון, לקתה במספר פגמים מהותיים, שמאיינים את כוחה, והופכים אותה לבלתי אפקטיבית בעליל. התנאים בה נדרש העותר לממש את זכותו, ולהתגונן בפני הצו, אינם עומדים בכללים שנקבעו בדין בכלל ובפסיקת בית המשפט העליון בפרט, כפי שיפורט להלן.

שימוע לאחר הפגיעה:

9. הצו נכנס לתוקף עם חתימתו. לפי פסיקת בית המשפט העליון, ככלל, על השימוע להיערך לפני ההחלטה, ולא לאחר הוצאתה לפועל. לא הוצג כל טעם מדוע היה צורך להרוג מכלל זה, ולגרש את העותר מביתו ולהרחיקו ממשפחתו, ולנתקו מעבודתו וסביבתו החברתית באופן מיידני, מבלי לאפשר לו זכות טיעון **בטרם** ייכנס הצו לתוקף.

צו סתום:

10. על השימוע להיות בהתאם לכללי הצדק הטבעי וחובת ההגינות של הרשות, הכוללים את זכות הנפגע לדעת מהי העילה לפגיעה בו ובזכויותיו. בצו לא צוינו עובדות ספציפיות כלשהן, אלא בעיקר צוטטו העילות והכותרות הכלליות המופיעות בתקנות ההגנה. בכך אין הצו עומד בתובה האלמנטארית ליידע את העותר מהן העובדות, לכאורה, המהוות את תבסיס להוצאת הצו.

בנוסף, לעותר לא הועברו הראיות ואו המידע המהווה בסיס להוצאת הצו. זהו פגם נוסף הפוגע בחוקיות הצו, ומונע הזדמנות אמיתית והגונה להשמיע את טענותיו ולהפריך את החשד הנטען נגדו כביכול.

11. פרטים מהותיים אלה, נעדרים מהצו, ובשל כך נמנעה מהעותר ההזדמנות האמיתית להתגונן בפני הצו, ולהפריך את החשדות נגדו. פגם זה יורד לשורשו של הצו, ולמעשה מאיין את זכות הטיעון!

צו פוגעני:

12. העותר יטען כי הן הצו הראשוני והן הצו המתקן אינם עומדים בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

13. העותר יטען כי עצם הוצאת הצו לפי תקנות ההגנה, שהן תקנות מנדטוריות שאין בהן כל הקפדה על זכויות אדם והליך ראוי, היא לכשעצמה חורגת מפסקת ההגבלה, ואינה מקיימת את תנאיה.

14. העותר יטען כי העובדה שלעותר לא ניתנה כל הזדמנות אמיתית להתגונן בפני הצו, לעיין בחומר העומד בבסיסו, לקבל מידע על מהות החשד ופרטיו, ולקבל הזדמנות אמיתית להתמודד עם החומר הסודי ולהפריכו, הופכת את הצו לבלתי סביר שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

15. הצו במתכונתו הראשונה, בטרם תוקן, היה תקף בפועל במשך **חודשיים וחצי**, במהלכם היה העותר מגורש מביתו, ונתון בהרחקה מהעיר ירושלים. הדבר פגע בו ובמשפחתו קשות, במיוחד נוכח מצבו הבריאותי המורכב של בנו שלהעותר. גם בכך, חרג הצו ממתחם הסבירות.

16. אולם גם לאחר תיקון הצו וצמצום תחולתו, נותר הצו פוגעני וראוי לבטלו. הצו עדיין פוגע בזכות לחופש תנועה של העותר, מונע מהעותר להתלוות לבנו לטיפולים רפואיים; הצו מונע מהעותר להגיע לעבודתו בירושלים; הצו למעשה פוגע בעותר פגיעה ממשית למרות הצמצום שנעשה בו, הן מבחינה משפחתית, הן מבחינה חברתית והן מבחינה כלכלית, תכל על סמך חומר סודי שלעותר לא ניתנה כל אפשרות לבחון אותו או להפריכו.

17. הזכות לחופש תנועה, הינה זכות, המוכרת במשפט הבינלאומי וזכתה למעמד של זכות יסוד חוקתית במשפט הישראלי (סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966; סעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; א' ברק, פרשנות במשפט (פרשנות חוקתית), עמ' 428; בג"צ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736, 755).

18. מעמד הבכורה של הזכות לחופש תנועה מאפשר פגיעה בה רק מקום שקיימת ודאות קרובה, כי מימושה של הזכות עשוי להביא לפגיעה קשה, רצינית וחמורה בביטחון הציבור (בג"ץ 6893/05 ח"כ לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 889. בענייננו, העותר יטען כי לא קיימת וודאות שכזו, ולא קיימות ראיות לכל פגיעה או סכנה אמיתית הנשקפת מהעותר, ובשל כך דין הצו להתבטל.

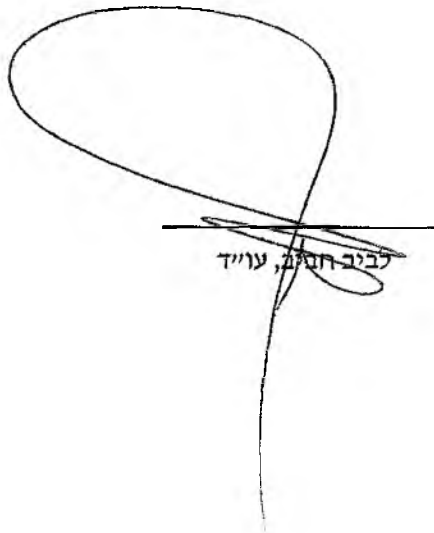
19. בנוסף, הצו כאמור פוגע גם **בזכות לפרנסה, ובגזרתה – בזכות לקיום בכבוד** (דנג"צ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ"ד(5) 330, 381; רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 573, 630; בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם), פסקה 15). גם בשל פגיעה בלתי מידתית זו ראוי לבטל את הצו.

20. אורכו של הצו, למשך 6 חודשים, גם הוא בלתי מידתי. הדברים אמורים ביתר שאת לאור העובדה כי הצו הוחל מיד, עוד בטרם ניתנה לעותר זכות טיעון, כאשר המענה להשגה ארך חודשיים וחצי במהלכם היה העותר מורחק מביתו וממשפחתו ומהעיר בה חי ומקיים מרכז חיים.

21. העותר יטען כי לחלופין, ובאם יש צורך בהגבלה כלשהי נגד העותר, דבר המוכחש מכל וכל, היה על המשיב להסתפק בחרחקת העותר ממקומות ספיציפיים, ולא להרחיקו ולהדיר את רגליו מכל העיר ירושלים, למעט מביתו.

22. העותר יטען כי היה על המשיב לפעול בדרכים המקובלות והפוגעניות פחות, ולנקוט בהליך משטרתי רגיל שניתן במסגרתו להטיל על העותר מגבלות.

מכל הטעמים הנ"ל מתבקש בית-המשפט הנכבד להוציא מתחת ידיו צו על-תנאי כמבוקש בראש העתירה, ולאחר שישמע את תשובת המשיב להופכם להחלטיים.



אבנר הרשקוביץ, עו"ד