

בית המשפט העליון

בג"ץ 6011/08

עמר חאלד בני עודה נ. מפקד צה"ל לאזור יהודה ו  
תאריך הגשה: 06/07/08

בבית המשפט העליון

בשכתו כבית משפט גבוה לצדק

1. בני עודה ת.ז.
2. בני עודה ת.ז.

ע"י ב"כ עוה"ד ת. יונס ו/או א. יונס ו/או פ. שלודי  
רח' אצפהאני, 17 ירושלים ת.ד. 66171  
טל: 02-6281419 פקס: 02-6284815

העותרים

נגד

מפקד צה"ל לאזור יהודה ושומרון  
ע"י פרקליטות המדינה

המשיב

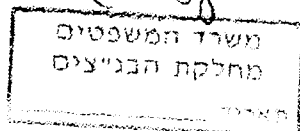
עתירה למתן צו על תנאי

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

- א. מדוע לא ישוחררו העותרים לביתם וחיק משפחותיהם בגדה המערבית.
- ב. מדוע לא יורה על ביטול צו הגירוש שהוצא כנגדם ביום 23 באוקטובר 2007.
- ג. מדוע לא נערכה כל ישיבה לצורך הפעלת ביקורת שיפוטית על צו הגירוש, בהתאם להתחייבויותיו, הוא המשיב, בפני בימ"ש נכבד זה במספר תיקים אשר קדמו לתיק זה.

בקשה למתן צו ביניים

מוגשת בזאת בקשה למתן צו ביניים המורה למשיב או מי מטעמו להימנע מגירוש העותרים משטחי הגדה המערבית עד למתן החלטה בעתירה זו.



### בקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על קביעת מועד לדיון דחוף בעתירה וזאת נוכח התקופה בה נתונים העותרים במעצר, הכל מבלי שתיערך בעניינם ביקורת שיפוטית כלשהי.

### נימוקי העתירה:

עניינה של עתירה זו הוא במעצרו ו/או החזקתם של העותרים במשמורת עקב צווי גירוש שהוצאו כנגדם, ללא מתן זכות לשימוע וללא כל ביקורת שיפוטית והכל תוך פגיעה בעותרים באופן אנוש ובלתי מידתי ומחייב שהרורם לאלתר.

מצ"ב העתק תצלומי מצווי הגירוש שהוצאו נגד העותרים – נספחים א' + ב'.

### צדדים, עובדות ומיצוי הליכים:

1. העותר מס' 1 יליד העיר שונה שבירדן כאשר מיום 11.3.08 הפך להיות אזרח

פלסטיני שנושא תעודת זהות המונפקת ע"י הרש"פ ומספרה כנ"ל.

מצ"ב העתק תצלומי מתעודת הזהות הנ"ל – נספח ג'.

2. העותר מס' 2 יליד העיר שונה שבירדן כאשר מיום 11.3.08 גם הוא הפך להיות

אזרח פלסטיני שנושא ת.ז. המונפקת ע"י הרש"פ ומספרה כנ"ל.

מצ"ב העתק תצלומי מתעודת הזהות הנ"ל – נספח ד'.

3. העותרים נכנסו לתחומי הרשות במהלך חודש נובמבר 1994 באמצעות אישור

כניסה כמלווים לאימם.

4. העותרים יחד עם שאר בני משפחתם מנהלים מאז שנת 1994 את מרכז הייהם

בכפר טמון שבנפת שכם והם אף למדו בבתי ספר באותו כפר.

5. מיד לאחר כניסתם לאזור ובמדוייק בשנת 1997 החלו בני משפחת העותרים, יחד

איתם, להשתקע בשטחי הרשות והם אף הגישו בקשה לאחמ"ש במגמה לממש

"פריבילגיה" זו.

מצ"ב העתק מאישור המעיד על הגעות הבקשה – נספח ה'.

6. בכוונה למימוש המטרה כנ"ל, קרו לחיות בשטחי הרשות. האנו בני המשפחה

לקנות לעצמם דירה המשמשת כיום בית לכל בני המשפחה.

7. בקשתם של העותרים לאחמ"ש טופלה תקופה מה אולם ובשל פרוץ האינתיפאדה השניה (הנוכחית) הוקפא הטיפול בבקשה זו בטענה שאין מערך התיאום בין הרשות למדינת ישראל פעיל, חשוב להדגיש כי העיכוב נבע מסיבות טכניות והוחל לגבי כלל בקשות האחמ"ש מאותה תקופה ולא דווקא לעניין בקשתם של העותרים ובני משפחתם.
8. משפחת העותרים ע"י אמם לא זנחה את הטיפול בבקשת האחמ"ש עד אשר הצליחה סוף כל סוף לקבל תעודות זהות לכל בני משפחתה לרבות שני העותרים.
9. העותר מס' 1 נעצר ביום 25 למאי 2006, ביום 12 לדצמבר 2006 נגזר דינו והושת עליו עונש מאסר בפועל לתקופה של 18 חודשים.
10. העותר מס' 2 נעצר גם הוא תקופה קצרה לאחר מכן נעצר, נגזר דינו והושת עליו עונש מאסר לריצוי בפועל לתקופה של 12 חודשים.
11. העותר מס' 1 היה אמור להשתחרר ביום 21 לאוקטובר 2007 אולם רק ביום 25.10.07 נודע לעורך דינו מר מ. אבו אחמד כי הוצא נגדו צו גירוש, ואילו צו הגירוש עצמו נמסר בפועל לב"כ העותר ביום 29.10.07 במתקן הכליאה ניצן שברמלה.
12. מפליא לדעת כי העותר לא רק שלא קיבל הזדמנות להשמיע טענות כנגד צו הגירוש, אלא שהוא לא קיבל העתק מהצו ואף לא ידע על קיומו בכלל !!!
13. העותר מס' 2 סיים גם הוא את תקופת מאסרו, אולם רק באמצע חודש נובמבר נודע לעורך דינו מר אבו אחמד כי הוצא נגדו צו גירוש כאשר צו הגירוש עצמו נמסר לידי עורך דינו רק ביום .
14. חשוב להדגיש כבר בשלב זה כי המדובר בשני עותרים אשר נכנסו לאזור בליווי אמם בגילאים מאד צעירים, העותר מס' 1 היה בגיל 10 ביום כניסתו והעותר מס' 2 היה בגיל 8 ביום כניסתו לאזור.
15. העותרים יושבים באזור ומנהלים מרכז חיים שם מזה יותר מ- 12 שנים רצופות, כאשר בעקבות עזיבת בני המשפחה את ירדן ובואם לאזור לא נשארה להם כל זיקה לירדן.
16. העותרים ידגישו כי הם קיבלו מעמד אזרחים ירדניים כזכות אוטומטית היות והוריהם אזרחים ירדניים, הם לעולם לא פנו לרשויות בירדן בבקשה להעניק להם

מעמד אזרחים שם ... להבדיל מהמעמד שלהם בשטחי הרשות אשר נוצר עקב בקשה לאחמ"ש וכזונה ממש להשתקע באזור.

17. ביום 31 לאוקטובר 2007 הגיש העותר מס' 1 עתירה לבג"צ כנגד גירושו. פס"ד בעתירה ניתן ביום 26.3.08 וזו לשונו:

"בהמלצת בית המשפט משך ב"כ העותר את עתירתו, נוכח החומר הביטחוני שהוצג לבית המשפט, ממנו עולים קשריו של העותר עם הגא"פ. לעותר עשויה להיות טענה – השמורה לו – אם יתברר כי באופן אמיתי, ולא בשל אי שיתוף פעולה, אין מדינה המוכנה לקלוט אותו וכי אין לו כניסה לירדן" ... "העתירה נמחקת".

מצ"ב העתק מהעתירה, תגובת המשיב, וההחלטה – נספחים ו' + ז' + ח'.  
18. בעקבות העתירה וההחלטה שניתנה נודע לב"כ העותרים הקודם עו"ד אבו אחמד כי הם קיבלו תעודות זיהוי ואזרחות פלסטינית, על כן הוא עדכן את יועמ"ש איו"ש בנושא וטען כי המצב שונה מזה שהיה ערב הגשת העתירה שכן מדובר באזרחים פלסטיניים ולא ירדניים.

מצ"ב העתק מהפניה הנ"ל – נספח ט'.

19. תשובה מטעם יועמ"ש איו"ש מיהרה להגיע ביום 5 למאי 2008 בה צויין כי מתן מעמד הקבע לעותרים ניתן בטעות ... מעמדם של העותרים בוטל באזור יהודה ושומרון, קרי הם הפסיקו להיות אזרחים פלסטיניים ...!!!  
מצ"ב העתק מהתגובה הנ"ל – נספח י'.

20. בתשובתו הנ"ל של יועמ"ש איו"ש וגם בתשובתו שהופנתה מאוחר יותר לידי הח"מ, לא טרח הוא להסביר מיהו הגורם אשר קיבל את ההחלטה לבטל אזרחותם של העותרים? מתי קיבל אותו גורם את החלטתו? האם הודיע על ההחלטה לעותרים ונתן להם זכות להעלות טיעוני התנגדות? ...?

21. שוב פועל המשיב בחוסר הגינות כלפי אזרחים שניתונים תחת אחריותו ומקבל את החלטותיו בזלזול בערך האדם, זכותו לחופש וחמור מהכל זכותו האלמינטרית להשמיע טענות שיש בפיו כנגד ההחלטה האמורה.

22. כמו כן, לא הסביר המפקד הצבאי מהי סיבת הביטול ומדוע לא בוטל מעמדם של שאר בני המשפחה שקיבלו אף הם תעודות פלסטיניות באותו היום.

23. מכל מקום יטענו העותרים כי המפקד הצבאי אינו בעל סמכות לקבל כזו החלטה והחלטה מסוג זה ניתנת לגורמים המוסמכים ברשות הפלסטינית – זוהי סמכות בלעדית ומוחלטת, לפחות עפ"י הסכמי אוסלו.

#### הטיעון המשפטי

#### אחריות המפקד הצבאי במימוש זכויות האדם בשטחים הכבושים

24. המפקד הצבאי הוא האחראי למימוש זכויות האדם של תושבי השטחים ויושביהם: "במסגרת אחריותו לרווחת תושבי האזור, על המפקד לשקוד גם על מתן הגנה ראויה לזכויות אדם חוקתיות של תושבי המקום, במגבלות שהתנאים והגסיבות העובדתיות בשטח מקימות ... על מפקד האזור לעשות שימוש בסמכויותיו לשמירת הביטחון והסדר הציבורי באזור תוך הגנה על זכויות אדם" (הס' ג' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז, כ"ד נח(3), 443, עמ' 460 – 461 (להלן: פרשת הס).

25. אין משמעות לשאלת חוקיות ישיבתו של אדם באיזור:

"חובה זו (לדאוג לשלומם, בטחונם ורווחתם – ח"י) חלה עליו ביהס לכל התושבים, בלא אבחנה בדבר זהותם – יהודים, ערבים, או זרים. שאלת חוקיות ישיבתם באיזור של גרמי אוכלוסיה שונים אינה עומדת כיום להכרעה בפנינו. מעצם ישיבתם במקום נגזרת חובתמפקד האיזור לשמור על בטחון חייהם ועל זכויות האדם שלהם. הדבר משתלב בפו ההומניטרי שבאחריות הכח הצבאי בתפיסה הלוחמתית".

#### הזכות לחירות אישית והגנה עליה באמצעות ביקורת שיפוטית:

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

" החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, והיא גם, מבחינה מעשית, תנאי לזכויות 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 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, עמ' 263 – 264.

27. ההגנה המיוחדת על החירות האישית כזכות בעלת השיבות מיוחדת היא באמצעות

ביקורת שיפוטית על החלטת הרשות המנהלית:

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

28. שווה שלא כדן המוחזק במשמורת יובא בפני בית דין בהקדם האפשרי ולא

יאחר מ- 14 ימים 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 שווה בלתי חוקי יהלך חופשי ואפשר כי עובדה זו תמנע בעתיד את אפשרות הרחקתו מישראל.

לענין החוק החל בשטחי הגדה ראה נא:

הצו בדבר הוראות ביטחון (מס' 378) – יש להביא עצור בפני שופט תוך 8 ימים.

הצו בדבר עצורים מנהליים (מס' 1226) – יש להביא עצור מינהלי לביקורת שיפוטית בפני שופט בתוך 8 ימים מיום מעצרו.

הצו בדבר מעצרים בעת לחימה (מס' 1500) – הבאת עצור בפני ביקורת שיפוטית היתה תחילה 18 יום כאשר לאחר התיקון נהיתה 12 ימים, ואף יצוין כי תקופה של 12 יום זכתה לביקורת שיפוטית חרופה ע"י כב' הנשיא שמגר כתוארו דאז, (ראה נא: סג'דיה ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, עמ' 375).

#### העדר ביקורת שיפוטית

29. ביהמ"ש העליון בישראל ראה בחומרה רבה את העדר חובת הביקורת השיפוטית

בצי ואמר את דברו לא אחת ובפסקי דין שונים. המדינה מצידה התחייבה לקבוע בהקדם בצו הסדר של ביקורת שיפוטית על הגירוש והמעצר.

30. בפס"ד מיום 14.12.05 בבג"צ 2737/04 כפארנה נ' מפקד אזור חבל עזה ואח', תק-על 2004(4), 2040, נאמר ע"י שופטי ביהמ"ש העליון כדלקמן:

"מבקשים אנו לחזור ולהדגיש את שאמרנו גם לבאי כח הצדדים בדיון בפנינו: ראוי למדינה כי תקדים ותפעל ליצירת מנגנון של ביקורת שיפוטית "פנימית" – בצד ביקורתו של בימ"ש זה – על החזקתם של מורחקים מכח תחיקת הביטחון באזור ... ככל הליך של שלילת חירות, אף החזקת מורחקים כאלה ראוי שתבוצע לפי כללים בהירים ומוגדרים, ושתהא נתונה לביקורת שיפוטית עיתית".

31. ואילו המדינה התחייבה בדצמבר שנת 2005 בפני ביהמ"ש העליון כדלקמן:

"... קביעתם של הסדרים של ביקורת שיפוטית היא ראויה ומתחייבת על פי עקרונות המשפט הבינלאומי המינהגי ... ואמנם, כפי שמסר המשיב, המדינה פועלת ליצירתו של כהקדם 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).

32. הבטחה דומה להבטחה הנ"ל ניתנה ע"י המדינה ביולי 2006 "אנו חוזרים על המשאלה כי קביעתו של מנגנון הביקורת השיפוטית תושלם מהרה..." – בג"צ 4887/06 עודה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', תק-על 2006(3), 709, עמ' 711.

### הפרת כללי הצדק הטבעי

33. הפעל סמכות המפקד הצבאי באזור חייבת לקיים את עקרונות המשפט המנהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית שלעובד ציבור ובכלל זאת מתן מענה תוך זמן סביר והתנהלות על פי כללי הצדק הטבעי, ההגיונית השלטונית והסבירות המנהלית.

34. בימ"ש עליון רואה בשימוע המוקדם בתחום המשפט המנהלי את אחד מכללי המשפט הצדק הטבעי (בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים פד"י י"ב 1493, עמ' 1503, בג"ץ 290/65 אלהגר נ' ראש עיריית רמת גן פד"י כ(1), 29 עמ' 33).

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

### מן הכלל אל הפרט:

36. זכותם החוקתית של העותרים לחירות אישית וזכותם להליך הוגן נשללה מהם ע"י המשיב. זהו אותו משיב אשר מוטלת עליו החובה להגן על זכויותיהם של העותרים כתושבי שטח הנמצא בתפיסה לוחמתית.

37. שלילת חירותם של העותרים נעשתה בדרך של מעצר – האמצעי הפוגעני והקשה ביותר של שלילת חירות. לא רק זאת אלא שהמעצר נעשה בידי רשות מינהלית, עובדה המחמירה את דרגת הפגיעה בזכותם של העותרים ומחייבת הגנה מיוחדת בדמות ביקורת שיפוטית רחבה ומהותית.

38. לעותרים לעולם לא ניתנה הזכות להשמיע טענותיהם בנוגע לצווי הגירוש אשר הוצאו כנגדם, בכך הפר המשיב בבוטות את כללי הצדק הטבעי ואת זכותם להשמעת טענותיהם בפני הרשות הפוגעת.

39. ההגנה המיוחדת שיש לתת למי שנעצר בידי הרשות המנהלית נשללה מן העותרים. לא נערכה כל ביקורת שיפוטית על מעצרו, לא נבחנה סבירות ומידתיות הצו שהוביל למעצר ובכלל זה לא נבחנה הלופה אחרת שיכולה למזער את הנזק שנגרם כתוצאה ממנו .... כך נמנע שכלול מעצרו של העותרים וגיבוש חוקיותן של צווי הגירוש נגדם. כך נהג המשיב בניגוד לעקרונות היסוד של המשפט הישראלי ובניגוד לדין הבינלאומי.

### העדר מדינה המוכנה לקלוט את העותרים:

40. העותרים הפכו ביום 11 למרץ 2008 לתושבי האזור, להם הונפקו תעודות זהות מטעם הרשות יחד עם בני משפחתם.



41. העותרים כאמור הם פלסטיניים שנולדו בירדן ומכח זאת הם קיבלו מעמד אזרחים ירדניים, אולם ובעקבות קבלתם תעודות זהות של הרשות הפלסטינית ניתן לראות בהם כמי שחדל להיות אזרחי ירדן וזאת כיוון שעם קבלת תעודה זרה הם ויתרו על אזרחותם הירדנית.

42. בהתאם לסע' 5 לחוק האזרחות הירדני – חוק מס' (6) לשנת 1954 : "המלך זכאי להסמיך את הממשלה להעניק אזרחות ירדנית לכל זר\* אשר הגיש תצהיר בכתב בו הוא מציין כי הוא בוחר באזרחות הירדנית, בתנאי שהוא יוותר על כל אזרחות אחרת שבידו".

\* זר :- מוגדר כ: "כל ערבי נולד בממלכה הירדנית ההאשמית או בחלק הנאנס (כבוש) מפלסטין אשר הגר מהארץ או יצא ממנה, כמו גם הילדים אשר נולדו לאותו אדם בלי קשר למקום היוולדם".

43. ואילו סע' 4 לאותו חוק הנ"ל קובע כי "כל ערבי המתגורר בדרך כלל בממלכה הירדני ההאשמית תקופה שלא תפחת מחמש עשרה שנה ברציפות זכאי לקבל אזרחות ירדנית בהחלטת הממשלה, אשר מסמיכה את שר הפנים, וזאת במידה והוא מוותר בכתב על אזרחותו המקורית וחוקי מדינתו מרשים לו לעשות זאת".

מצ"ב העתק מחוק האזרחות הירדני , מסומן כנספח "ק".

44. מסקנה מתחייבת מכל המקובץ היא כי לעותרים אין מדינה שיכולה לקלוט אותם מלבד הרשות הפלסטינית עובדה שמובילה אוטומטית לריקון צו הגירוש מתוכנו ומהמטרה לה נועד. החזקה במשמורת אין משמעה מניעת ו/או ניטרול סכנה הנובעת משהרור המגורש אלא אמצעי לכיצוע הגירוש כשאין אמצעי אחר. לצורך ניטרול סכנה ישנם ערוצים אחרים שמדינת ישראל מודעת היטב להן.

איזון זכותם של העותרים אל מול האינטרס והביטחון הציבורי:

45. יבוא המשיב ויטען כי חובתו להגן על זכויותיהם של העותרים ושאר תושבי איו"ש אינה מוחלטת ואף יש לאזנה מול אינטרסים מנוגדים, שהם בגדר חובתו. כאן המקום לומר כי שלילת זכותו של אדם להירות באמצעות מעצר ע"י רשות מנהלית באה כלשון הפסיקה בכדי להגן על הביטחון מפני סכנה "קרובה לוודאי".

"לעיתים הגנה זו מחייבת הכרעה בין זכויות אדם מנוגדות. הכרעה כזו מחייבת איזון העומד במבחן החוקתי, קרי קיומה של תכלית ראויה ומידתית בפגיעה בזכות האחת כדי לאפשר מימושה של זכות האחרת ... ההגנה על בטחון החיים היא תנאי למימוש זכויות הפרט ולפיכך הגנה זו גוברת על הזכות החוקתית, מקום שקיימת הסתברות ראויה, במובן "ודאות קרובה", כי מימוש הזכות עלול להביא לפגיעה קשה בשלום הציבור" (פרשת הס, 460-461).

ראו גם: עמ"מ 8607/04 פזימה נ' מ"י, פ"ד נט(3) 258, עמ' 262-264.

בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף יאיר נוה ואח', תק-על 2006(1) 320.

46. בתגובתה של ב"כ המשיב לעתירה שהוגשה בשמו של עותר מס' 1 נאמר בזו הלשון: "בידי גורמי הביטחון מידע מודיעיני חסוי המצביע על מעורבותו של העותר בפעילות גא"פ ומעורבותו בנסיון פיצוץ מטען. כמו כן קיים מידע מודיעיני חסוי על כך כי הוצע לעותר לבצע פיגוע התאבדות (אך העותר סירב לכך)".

47. ראשית יטען העותר 1 כי דינו כבר נגזר והוא ריצה עונש של 18 חודשי מאסר חרף מעורבותו בעבירות לעיל ואילו ההצעה שהופנתה אליו בכדי שיבצע פיגוע התאבדות, דבר המוכחש בזאת, והסירוב שלו לשתף פעולה, אליבא ד'כ המשיב מדבר בעד עצמו ...

48. הסירוב של העותר לשתף פעולה יחד עם הלקח שהוא בהחלט למד עקב תקופת המאסר הממושכת משמיטים את היסוד לחשוב כי המדובר באדם שנשקפת ממנו סכנה במובן של "ודאות קרובה", על אחת כמה וכמה כאשר קיימים אמצעים אחרים שיכולים לנטרל סכנה כזו גם אם היא היתה קיימת.

49. אי קיום ביקורת שיפוטית לצורך בחינת מידתיות צו הגירוש מצד אחד ואי בחינה אמצעים נוספים שיש בהן כדי לנטרל כל סכנה שנשקפת מהעותרים, דבר המוכחש בשנית, הינה כשלעצמה סיבה מספקת כי ביהמ"ש הנכבד יורה על ביטול הצו בשל חוסר סבירות.

50. שאלת המידתיות ומענה לשאלת חלופות אחרות שיש בכוחן להשיג את המטרה

הרצויה נבחנות לאור מבחני משנה כדלהלן:

"(א) האם האמצעי שנבחן 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  
בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח(5), 807, פס' 34. וכן (פרשת הס).

51. העובדה כי ירדן אינה יכולה בשום פנים ואופן לקלוט את העותרים והעדר יעד אחר לגירושם משאיר את צו הגירוש חסר משמעות כאשר המשמעות היחידה שיכולה להיות היא סגירת העותרים מאחורי סורג וברית ותו לו.

52. כאן המקום להזכיר כי הסמכות לעצור היא סמכות נלווית כאשר יסוד אחד יכול לעמוד מאחוריה והוא הבטחת יציאתם של העותרים ומניעת הימלטותם מאימת הגירוש כשגירוש זה ניתן בכלל לבצע אותו.

53. כרגע ובמצב דברים כפי שנשטה בפני כב' ביהמ"ש, המטרה היחידה אשר יכולה לעמוד מאחורי צווי הגירוש הנוכחיים היא עונשית אשר באה בכדי לשרת מטרת כפיה.

54. הפסיקה, חוזרת וקובעת כי כאשר ההרחקה ו/או הגירוש אינו בר ביצוע לא ניתן להמשיך ולהחזיק מי שניתן נגדו צו גירוש במעצר.

55. בבג"צ 1468/90 גדעון בן ישראל נ' שר הפנים ואח' פ"ד מד(4), 149, עמ' 151-152, נקבע כי:

"בענייננו חוזר העותר ומצהיר, שאין בכוונתו להסכים לגירושו לארה"ב, ולפי העובדות שלפנינו, אין גירושו של העותר בניגוד לרצונו אפשרי בשלב הנראה לעין בשל כך, שאין מדינה המוכנה לקלוט אותו. המשך החזקתו של העותר בנסיבות אלה במעצר פירושו המעשי הוא המשך 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."

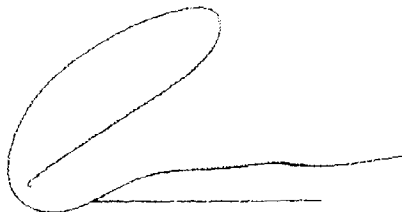
56. צווי הגירוש הוצאו ב- 23 לאוקטובר 2007 קרי לפני יותר משבעה חודשים כאשר מאז לא נקט המשיב בשום צעד בכדי לממש צו זה, הכל כאשר העותרים נתונים במעצר בלי כל סיבה מוצדקת לכך.

57. לפיכך, מכיוון שלא נראה כל פתרון באופק שיביא לסיום המעצר באמצעות הרחקה / גירוש נהפוך הוא העניין יכול להימשך שנים ואף לזמן בלתי מוגבל, אין האמצעי שנבחר מסייע להגשמת המטרה.

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

59. סוף דבר, מעצרם של העותרים, ללא מתן זכות שימוע וללא קיום ביקורת שיפוטית כלשהי, כאשר מדובר בתושבי איו"ש ומחזיקי תעודות זיהוי מטעם הרשות דבר המבטל אוטומטית את אזרחותם הירדנית, בנסיבות אלו השימוש במעצר אינו מוביל למטרה ופוגע באופן אנוש ובלתי מידתי בעותרים ומהווה סיבה מספקת ולגיטימית לשחרורם.

לאור כל האמור מתבקש להוציא צו על תנאי כמבוקש ברישא של עתירה זו, ולאחר שמועת תשובת המשיב, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש כב' ביהמ"ש להשית על המשיב הוצאות ושכ"ט כדין.



חוסאם יונס. עו"ד