

בעניין: _____ מאשור, ת"ז _____ ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ואח'
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העוררים

- נ ג ד -

1. שר הפנים
2. רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול

באמצעות פרקליטי הלשכה המשפטית
רח' כנפי נשרים 15, ירושלים
טל: 02-5489888; פקס: 02-5489886

המשיבים

תגובת העוררים לכתב התשובה

בהמשך להחלטת בית הדין הנכבד מיום 24.7.2018 מתכבדים העוררים להגיש בזאת את תגובתם לכתב התשובה שהגישו המשיבים בהליך שבכותרת.

עיקרי טענות המשיבה בכתב התשובה

1. מעיון בכתב התשובה עולה כי טענות המשיבים בקליפת אגוז הינן:
 - בן משפחתם של העוררים ביצע פיגוע וקיים צורך בהרתעה כללית;
 - לשר הפנים הסמכות לשלול היתר שהייה אף מטעמי הרתעה גרידא.

עמדת העוררים בעניין האמור בכתב התשובה

2. להלן ומעבר לטענות שהועלו בכתב הערר, יתייחסו העוררים לאמור בכתב התשובה, נפנה לדברים כסדרם.

למשיבים אין כל סמכות לבטל את ההליך של העורר מטעמי הרתעה גרידא

3. בכתב התשובה מתחמקים המשיבים מטיעוני העוררים לעניין הדרישה הקיימת בהפנייה ברורה למקור סמכות חוקי מפורש שעל בסיסו ניתנה ההחלטה. לפיכך ישובו העוררים על עיקרי הדברים שנכתבו בכתב הערר.
4. לעמדת העוררים החוק היחיד שחולש על העניין דכאן הוא הוראת השעה. מושכלות ראשוניים הם כי לצורך פגיעה בזכויות יסוד יש להצביע על מקור סמכות חוקית מפורש מכוחו נעשית הפגיעה

ובעניינם של העוררים הפתיחה בהליך לביטול ההליכים בהם נטלו העוררים חלק ושליטת ההיתרים שניתנו מכוחם מטעמי הרתעת הרבים.

הדרישה להסמכה מפורשת לצורך פגיעה בזכויות יסוד היא מחויבת המציאות כיום לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, למעשה, אין מדובר בחידוש. כבר בשנותיו הראשונות של בית משפט זה הוא נמנע באופן ברור מהכרה בסמכויות עזר שכרוכות בפגיעה בזכויות אדם (ראו למשל: ע"פ 40/58 **היועץ המשפטי נ' זיאד**, פ"ד יב 1358 (1958)). אין צריך לומר שדרישה זו חזרה ואומצה מאז בהקשרים רבים אחרים, לרבות כאלה של אכיפת חוק (ראו למשל בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479 (2010)). (בג"ץ 5887/17 **אחמד ג' בארין ואח' נ' משטרת ישראל ואח'**).

וכן:

מקום שבו ההנחיות אינן נמצאות בדל"ת אמותיו של החוק המסמיך או שהן מגבילות זכויות יסוד ללא הסמכה מפורשת בחוק, דינן להיפסל (ראו: בג"ץ 355/79 **קטלן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד לד(3) 294 (1980); בג"ץ 337/81 **מיטרני נ' שר התחבורה**, פ"ד לז(3) 337 (1983); השוו עניין מנאע; ראו גם יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך ב 779 (1996); יואב דותן הנחיות מנהליות 180 (1996)).

(ההדגשות הוספו ב.א.).

5. אין ספק כי ההחלטה הנתקפת בערר דכאן פוגעת בזכויות יסוד. בבג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, שדן בעניין חוקתיותה של הוראת השעה, הועלה מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל לזכות חוקתית, כחלק מכבוד האדם המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

6. זאת ועוד. בבג"ץ 7803/06 אבו ערפה ואח' נ' שר הפנים נקבע, כי **החלטה הפוגעת בזכויות יסוד זורשת הסמכה חוקית מפורשת ומפורטת וכי בהסמכה כללית לא סגי**:

... וכי על מנת להוציא לפועל החלטה מינהלית דוגמת זו נושא דיונו נדרשת הסדרה חקיקתית מפורטת ומפורשת בחקיקה ראשית של הכנסת (שנתונה כמובן לביקורת חוקתית).

(סעי' 69 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן).

7. במילים אחרות: ההודעה וההחלטה שניתנו בעניינם של העוררים, עניינן בפגיעה ישירה וקשה בזכויות יסוד. ככזו על המשיבים בראש ובראשונה להצביע על מקור הסמכות החוקית המפורש

והמפורט מכוחו הם פועלים. באם אין בנמצא הסמכה חוקית מפורשת ומפורטת המסמיכה את המשיבים לבטל הליכים מטעמי הרתעה גרידא, הרי שמדובר בהליך פסול מן היסוד הנעשה בחוסר סמכות מוחלט ושדינו – בטלות.

8. כאמור בכתב הערר, אין בנמצא כל מקור חוקי מפורש ומפורט המסמיך את המשיבים לבטל את הליך בו הם נטלו חלק, בעילה של הרתעת הרבים. לא בהוראת השעה החולשת על עניינו של העורר, ואף לא בחוק הכניסה לישראל התשי"ב-1952 – שלעמדת העוררים ממילא אינה נוגעת כלל ועיקר לעניינם של העוררים דנן, ולא בכל חקיקה אחרת. נבהיר.

ביטול וסירוב למתן מעמד: חוק הכניסה לישראל

9. סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל התשי"ב-1952 מעניק לשר הפנים סמכות רחבה לבטל מעמד, ברם, סמכות זו לביטול מעמד נתונה בכפוף לקיומם של שני תנאים מצטברים שנקבעו בגוף סעיף החוק שבנדון.

10. התנאי הראשון הוא שמדובר ברישיון ישיבה והתנאי השני, כי מדובר ברישיון ישיבה שניתן לאדם מכח חוק הכניסה לישראל.

11. בעניינם של העוררים מדובר במי שהיתרי השהייה ניתנו להם מכח הוראת השעה הקובעת את התנאים לסירוב לאישור בקשות של תושבי האיזור. לפיכך, ההסמכה המפורשת שניתנה לשר בחוק הכניסה לישראל ממילא אינה יכולה להוות, מקור סמכות לביטול הליכים בהם נוטלים חלק תושבי האיזור. הוראת השעה היא ההוראה הספציפית החולשת על עניינו של העורר.

הוראת השעה

12. ברם, אף הוראת השעה אינה מסמיכה את המשיבים לפעול בעניינם של העוררים כפי שפעלו. שכן, אין בה – כמו בחוק הכניסה לישראל – כל הסמכה מפורשת לפגוע בזכויות יסוד כה בסיסיות, לסרב לבקשות ולבטל הליכים מטעמי הרתעה גרידא.

13. סעי' 2 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: הוראת השעה קובע כי:

בתקופת תוקפו של חוק זה, על אף האמור בכל דין לרבות סעיף 7 לחוק האזרחות, שר הפנים לא יעניק לתושב אזור או לאזרח או לתושב של מדינה המנויה בתוספת אזרחות לפי חוק האזרחות ולא ייתן לו רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, ומפקד האזור לא ייתן לתושב אזור היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון באזור.

סעי' 3א (2) להוראת השעה קובע כי:

על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים, לפי שיקול דעתו –
לאשר בקשה למתן היתר לשהייה בישראל בידי מפקד האזור לקטין תושב האזור שגילו מעל 14 שנים לשם מניעת הפרדתו מהורהו המשמורן השווה כדין בישראל, ובלבד

שלא יוארך היתר כאמור אם הקטין אינו מתגורר דרך קבע בישראל.

סעי' 3ד להוראת השעה קובע כי:

לא יינתן היתר לשהייה בישראל או רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור, לפי סעיפים 3, 1א3, 3א(2), 3ב(2) ו-3(2)4, ולא יינתן רישיון לישיבה בישראל לכל מבקש אחר שאינו תושב אזור, אם קבע שר הפנים או מפקד האזור, לפי הענין, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי תושב האזור או המבקש האחר או בן משפחתם עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל; בסעיף זה, "בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובני זוגם. לענין זה, רשאי שר הפנים לקבוע כי תושב האזור או המבקש האחר עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל, בין השאר על סמך חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של תושב האזור או המבקש האחר מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.

14. הנה כי כן, בסעיפים אלו בהוראת השעה נקבעו התנאים הברורים למתן רישיונות והיתרים לתושבי השטחים הכבושים ולסירוב/וביטול של אותם רישיונות והיתרים. על פי סעי' 3ד לשר ניתנת הסמכות לסרב לבקשה כאשר מתושב האיזור, או מבן משפחתו מקרבה ראשונה מהשטחים, נובעת מניעה ביטחונית או פלילית של ממש. עם זאת וכאמור, על אף הסמכות הנתונה למשיבים, על החלטות לביטול הליכים מטעמים של מניעה ביטחונית, לעמוד בקפידה בתנאי פסקת ההגבלה ובתנאים הברורים שנקבעו לענין בפסיקה.

15. דא עקא, לאור התנהלות המשיבים בעניינם של העוררים, נאלצים העוררים לשוב ולהזכיר מושכלות ראשונים ועקרונות בסיסיים להתנהלות התקינה של רשות מינהלית: שיקול הדעת המוקנה להם במסגרת הוראת השעה לסרב לבקשות מטעמים ביטחוניים, ורחב ככל שיהיה, עודנו כפוף לעקרונות היסוד של המשפט המינהלי. הסמכות לפגוע בזכויות יסוד חוקתיות יכול שיעשה אך ורק על פי אמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד ולפיכך ביטול היתר שהייה מכח סעי' 3ד להוראת השעה צריך כמובן לעמוד בדרישת המידתיות.

16. זאת ועוד. אף אם מדובר במניעה ביטחונית של ממש עדיין נדרשים המשיבים כידוע להצביע על קשר של התאמה בין שמירה על ביטחון המדינה ושלום הציבור לבין הסירוב לבקשה וביטול ההיתר. כמו כן הם נדרשים לנקוט באמצעי שפגיעתו תהא פחותה. ולסיכום הם נדרשים כי האמצעי של ביטול ההיתר יעמוד ביחס ראוי לתועלת שתצמח ממנו לביטחון הציבור ושלומו. עניינים אלו נקבעו בהלכת דקה שהובאה בכתב הערר (סעי' 33 ו-39 להלכת דקה). כמו כן נדרשים המשיבים על פי הפסיקה להצביע על סכנה ברורה הנובעת מהעוררים **ברמת הסתברות קרובה לוודאות!** עניינים אלו כולם, אינם מתקיימים בעניינם של העוררים ובני משפחתם האחרים כלל ועיקר ומשכך לפנינו החלטה פסולה שניתנה בחוסר סמכות ולחלופין בחריגה קשה ממנה.

17. כמו כן חשוב להזכיר כי החלטה לסרב לבקשה או לבטלה מטעמים של מניעה בטחונית שכאמור אינה מתקיימת בעניינם של העוררים, צריכה להתקבל על בסיס בדיקה פרטנית אינדבדואלית שמטרתה לאתר סכנה ברורה וממשית הנובעת מהמבקש הקונקרטי שאת בקשתו ברצון המשיבים לבטל. מידתיות ההחלטה נגזרת אם כן מנסיבותיו הפרטניות של כל מבקש ומבקש. כאשר מדובר במניעה עקיפה בעניינו של מי ששוהה בישראל כדין זה מכבר, הדבר מורכב אף יותר. אמנם, קיימת בפסיקה התייחסות – כפי שמנסים המשיבים לטעון בסעי' 34-35 לכתב התשובה בעניינו של העורר – לשימוש באדם שלא מדעתו, אולם בעניינם של העוררים אין כל חשש שכן מקור המניעה, פאדי קונבר, אינו בן משפחתם מקרבה ראשונה, ובנוסף הוא כבר אינו בן החיים.
18. סיכומו של דבר. כמו בחוק הכניסה לישראל שאליבא דהעוררים ממילא אינו נוגע לעניינם, אף בהוראת השעה שהיא החקיקה החולשת על עניינם לא נמצאה כל סמכות חוקית מפורשת ומפורטת המסמיכה את המשיבים לפעול באופן הדראקוני בו פעלו בעניינם של העוררים.
19. המסקנה המתבקשת הינה אם כן, כי ההחלטה הנתקפת בערר אינה עוסקת בסיכון ביטחוני הנובע מהעוררים כלל ועיקר. ודוק: לו הייתה הרתעה נחשבת למניעה בטחונית מוצדקת, אזי היה על המשיבים לעשות שימוש בסעי' 3ד' הקבוע בהוראת השעה. העובדה כי ההחלטה אינה מתבססת על סעיף זה בהוראת השעה מעידה כי הרתעה אינה יכולה לשמש כמניעה בטחונית ועניינה לפיכך אינו אלא ענישה קולקטיבית למען יידעו וייראו.
20. זאת ועוד. לעמדת העוררים ההחלטה שעניינה הרתעה עוסקת בתועלת שלשיטת המשיבים ביכולתם להפיק מהרחקתם של העוררים מישראל, בהרתעתם של מפגעים פוטנציאליים עתידיים, עלומים ולא מוגדרים שמהם ולא מהעוררים, נובע הסיכון. העילה ההרתעתית העומדת בבסיס ההחלטה הינה אם כן הענשה של חפים מפשע שנעשה בהם שימוש ציני להעברת מסר ברור לאוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית באמצעות הרחקתם מישראל. זאת, למען יראו וייראו כל אלו שבכוונתם לבצע פיגוע כי ההשלכות של מעשיהם יפגעו אף בבני משפחתם מקרבה רחוקה, חפים מפשע שלא נובע מהם כל סיכון. הרחקתם של העוררים מישראל, אם כן, אינה התכלית של ההחלטה, אלא כלי בלבד להשגת תכלית שונה וזרה להליכי אחמ"ש.
21. בעניין ההרתעה, המשיבים מצהירים למעשה בריש גלי כי הם פועלים מחוץ לגדרי ד' אמותיו של החוק, וזאת כיוון שההודעה וההחלטה מתבססות על טענות – שאף הן כשלעצמן עודן טענות הוכחה – שאינן עוסקות בסיכון ביטחוני הנובע מהעוררים אלא בתועלת עתידית שתיתכן ואולי תצמח להם מהרחקתם מישראל, קרי: הרתעת הרבים בלבד ותו לא.
22. נוכח האמור, אין ספק כי עילה זו העומדת בבסיס ההחלטה שבנדון מנוגדת לחוק, לפסיקה להיגיון ולמוסר הבסיסי ולפיכך פסולה מעיקרא. במקרה דנן חובה היה על המשיבים להתעלם מחוות דעתם של גורמי הביטחון אשר אינה מעלה ואינה מורידה דבר. שכן, חוות דעת זו אינה אלא המלצה למשיבים לפעול מחוץ לגדרי החוק והפסיקה, בניגוד לדין, ומטעמים שהינם זרים במובהק לחקיקה לפסיקה ולנהלים הקיימים בהליכי אחמ"ש, ואם כן, אנה אנו באים.
23. זאת ועוד, גורמי הביטחון שמחוות דעתם מבקשים המשיבים להיבנות, כבר הוכיחו כי דעתם אינה נקייה, ככל שהעניין נוגע לעוררים דכאן. כזכור, במסגרת ההליך הפגום הקודם שניהלו

המשיבים כנגד המשפחה המורחבת של העוררים, נטען על ידי המשיבים בהתבסס על "חוות דעתם המקצועית" של אותם גורמי ביטחון שכיום טוענים להרתעה, כי לבני המשפחה המורחבת של העוררים זיקה לארגון דעא"ש וכן כי הם מעורבים בפעילות טרור. כידוע, בסופו של יום התברר כי להד"ם וכי מדובר בהטחת האשמות פרועה ובבחינת בעורבא פרח שהובילה את המשיבים לשנות חזית ואף לביטול ההליך מעיקרו.

24. ההחלטה אם כן, שאין לה כל בסיס חוקי מפורש ומפורט, כנדרש בפגיעה מסוג זה, מבקשת להשתמש בעוררים ולפגוע בהם כמי שלא נובע מהם כל סיכון ביטחוני, ישיר או עקיף, באופן אכזרי ביותר, תוך שהיא מסתמכת על חוות דעת של מי שכבר הוכח כי העלו בעבר טענות לא הוגנות ולא נכונות כנגד העוררים בניסיון לסייע למשיבים להצדיק את הרחקת העוררים מישראל. החלטה שכזו, הנעדרת כל בסיס חוקי ראוי ומאידך מתבססת על חוות דעת בעייתית שמבקשת לאפשר למשיבים לחרוג באופן בוטה מגדרי ד' אמותיו של החוק היא החלטה שיש לבטלה לאלתר. זאת ועוד. מטעמים אלו סבורים העוררים כי אף אין כל מקום לאפשר לאותם גורמים להציג את חוות דעתם בפני בית הדין הנכבד. שכן, כל עוד לא הוכח כי קיים בסיס חוקי מפורש ומפורט המשמיד את המשיבים לפעול באופן בו פעלו, אין זה משנה כלל ועיקר מה כוללת אותה חוות דעת מלומדת שמבקשים אותם גורמים להציג.

פסק הדין בעניין חטיב ערר 1806/16

25. לסיכום עניין טענת המשיבים לסמכותם לפגוע בחפים מפשע ללא שיש מקור סמכות חוקי מפורש ומפורט בנמצא יבקשו העוררים להפנות לפסק דינו של בית דין נכבד זה בערר (י-ם) 1806/16 **חטיב נ' משרד הפנים** מיום 23.5.2018 שערער עליו תלוי ועומד בבית המשפט לעניינים מינהליים – עמ"ן 11930-07-18.

26. פסק הדין דהתם עסק אף הוא בניסיון פסול של המשיבים להרחיק מישראל אשה חפה מפשע, אם לקטינים ששוהה בירושלים שנים רבות במסגרת הליכים לאיחוד משפחות בה היא נוטלת חלק עם תושב קבע, מטעמים שאינם מניעה בטחונית במשמעותה של הוראת השעה. כמו בעניין דכאן אף במקרה דהתם טענו המשיבים כי בסמכותם לפגוע בזכויות יסוד בהתבסס על טענה שאין לה מקור חוקי מפורש ומפורט בחקיקה ראשית וטענו ל"אחריות הורית" של האם על מעשי בנה.

27. בית הדין קיבל בהליך דהתם את טענות העוררים וקבע כי הרחקתה של אשה שכנגדה עצמה לא נטענה כל טענה בטחונית, מטעמים של אחריות הורית גרידא, היא החלטה פסולה מהיסוד בהיעדר הסמכה חוקית מפורשת ומפורטת לעניין.

יתרה מזו, אני סבור כי **בהעדר הסמכה מפורשת בחוק**, דהיינו, קביעת הסדר ראשוני המסמך את שר הפנים למנוע, או לשלול רישיון אשר ניתן על ידו... **אזי החלטת המשיב לשלול את רישיונה של העוררת (ואי הארכת רישיון בו החזיקה 12 שנה ברציפות כמוה כשלילתו) נעשתה בחוסר סמכות, או למצער, בחריגה מסמכות.**

28. זאת ועוד. במאמר משפטי שפורסם לאחרונה על ידי עו"ד ליבמן ששימש עד לא מכבר כראש יחידת הדין הבינלאומי (דב"א) בצבא, נקבע כי פסק דינו של בית הדין הנכבד בעניין האם, מוצדק, וכי השימוש בטענה לאחריות הורית כנגד חפים מפשע עולה אכן כדי ענישה קולקטיבית. המאמר מצ"ב ומסומן ע/4.

תקנה 119 תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945

29. העוררים ישובו ויתייחסו לעניין נוסף בכתב התשובה שממנו מבקשים המשיבים להיבנות לעניין הסמכות להשתמש בהרתעה, עניין שכבר זכה להתייחסות בכתב הערר.

30. כיום, קיים חריג אחד בו מונהגת מדיניות הרתעת הרבים באמצעות פגיעה במי שלא נטלו חלק במעשה שבגיניו מתבקשת ההרתעה, והוא, הריסת בתי מפגעים. כפי שיובהר להלן, לא זו בלבד שמדיניות פסולה זו של הריסת בתי משפחות מפגעים היא חריג שבעניינו קיימת הוראת חוק מפורשת ומפורטת ולפיכך מדובר בחריג שאין בו בכדי ללמד על הכלל, אלא שאף בעניינו של אותו חריג, קבע בג"ץ כללים וגבולות להפעלתו ועל זאת, נטושה מחלוקת עזה בבית משפט העליון בעניין השימוש בחריג הנ"ל.

31. תקנה 119 תקנות ההגנה (שעת-חירום) 1945, (להלן: תקנה 119) שמקורה בחקיקת המנדט הבריטי מהמאה הקודמת, מקנה למפקד הצבאי, בין השאר, את הסמכות המפורשת והמפורטת להחרים ולהרוס בתים שיושביהם או חלק מהם נאשמו או נחשדו בביצוע פעולה עוינת. זאת אף אם כתוצאה מאקט החרמת הבית והריסתו ייפגעו מי שאינם נוגעים בדבר.

32. בפסיקתו הענפה של בית המשפט העליון סביב השימוש בסמכות המוקנית למפקד הצבאי בתקנה 119, נקבע על ידי בית המשפט העליון זה מכבר כי תכליתה של התקנה היא הרתעתית (ר' בין השאר, בג"ץ 1125/16 **מרעי נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית**) (פורסם בנבו) (להלן: **עניין מרעי**). כמו כן אין מחלוקת כי על אף הסמכות המוקנית בתקנה 119 מדובר באמצעי חריף ביותר שיש לעשות בו שימוש רק בנסיבות חריגות ולאחר שקילת הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה ותוך הקפדה יתירה.

"מן המפורסמות הוא כי האמצעי הטמון בהוראת תקנה 119 אמצעי חריף וחמור הוא וכי השימוש ייעשה רק לאחר שקילה ובדיקה קפדניים ורק בנסיבות מיוחדות..." (בג"ץ 361/82 **חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון**, פ"ד לו(3) 439, 443 (1982), להלן: **ענין חמרי**).

(סעי' 9 לפס"ד של כב' השופט מזוז בעניין מרעי).

33. בנוסף חשוב לציין כי אף לאותה סמכות **מפורשת**, חריגה ומרחיקת לכת הקבועה בתקנה 119 המאפשרת פגיעה בחפים מפשע מטעמי הרתעה, הציב בג"ץ גבולות ברורים בין השאר לעניין השיהוי שבין המעשה שבגיניו מתבקשת ההרתעה לבין מועד הפעלתה (ור' לעניין זה פסק דין בג"ץ 6745/15 **אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית**) במילים אחרות: אף לחריג החוקי היחיד המפורש היחיד הקיים כיום בישראל בדמות תקנה 119, הוצבו גבולות ברורים ביותר בשל הדראקוניות הטבועה במהלך זה.

34. הנה כי כן, הטעם לכך שקיימת אפשרות חריגה ובודדה, לשימוש בעילת ההרתעה להריסת בתים, נעוץ במקור חוקי מפורש – בעייתי ככל שיהיה – המסמיך את המפקד הצבאי לנהוג כזאת. למותר לציין, כי בניגוד לעניין דהתם, בעניינן של החלטות לסרב לבקשות לאחמ"ש או לבטלן, אין בנמצא כל מקור חוקי המסמיך את המשיבים לנקוט בצעדים כה דראקוניים הפוגעים באופן אנוש בזכויות יסוד של חפים מפשע מטעמי הרתעה גרידא.

35. זאת ועוד. כאמור לעיל, הגם שלעת הזאת, מסורה למפקד הצבאי אמנם הסמכות להפעיל את תקנה 119 להחרים ולהרוס בתים של מפגעים, הרי שאין מדובר בסוף פסוק. סביב שאלת חוקיות השימוש במדיניות הריסת הבתים מטעמי הרתעה על בסיס תקנה 119, ניטשת מחלוקת עזה בין שופטי בית משפט העליון, כאשר שבעה מתוכם הטילו ספיקות כבדים בחוקיותה של מדיניות זו. (להרחבה בעניין זה ר' את מאמרם של גיא הרפז ועמיחי כהן "הריסת בתים בביקורת בג"ץ: יש (בית) שופטים בירושלים" משפט וממשל י"ט תשע"ח)

לינק למאמר מצ"ב

<http://weblaw.haifa.ac.il/he/Journals/lawGov/Volume19/%D7%92%D7%99%D7%90%20%D7%94%D7%A8%D7%A4%D7%96%20%D7%95%D7%A2%D7%9E%D7%99%D7%97%D7%99%20%D7%9B%D7%94%D7%9F.pdf>

36. מן המקובץ עולה, כי החריג היחיד הקיים בדיון הישראלי המאפשר פגיעה בחפים מפשע מטעמי הרתעה גרידא, הינו הריסת בתי מפגעים. ברם, לא זו בלבד שחריג בודד זה מתאפשר אך ורק בשל קיומו של מקור חוקי מפורש המסמיך את המפקד הצבאי לנקוט בצעד דראקוני זה תוך שמירה על גבולות ברורים, אלא שאף על חוקיותה של המדיניות דהתם ניטשת מחלוקת עזה בפסיקה. הנה כי כן, ומעבר לעובדה כי לא נמצא מקור חוקי מפורש ומפורט המאפשר להשתמש בחפים מפשע ככלי להשגת מטרה שונה בתכלית ממניעת סיכון ביטחוני הנובע מהם, אין ספק כי תקנה 119 על גבולותיה והמחלוקת העזה שניטשת לגבי השימוש בה היא חריג שבחריגים שאין להקיש ממנו לכל עניין אחר. לפיכך אף הפסיקה העוסקת בהריסות בתים שמביאים המשיבים בכתב התשובה כתנא דמסייעא לעמדתם אינו ממן העניין ואין ללמוד ממנו לעניין דכאן.

בבסיס ההחלטה עומדים שיקולים זרים

37. כאמור, העוררים שלא עוולו ולא פשעו, ואשר ההחלטה להרחיקם אינה אלא כלי להשגת מטרה שונה בתכלית מסיכון ביטחוני הנובע מהם, נענשים בגין מעשיו שלאחר תוך ניסיון להפיק תועלת הרתעתית לא ודאית כנגד מפגעים פוטנציאליים עתידיים.

38. לעמדת העוררים שיקולים הרתעתיים אלו ייתכן והינם חשובים למשיבים מבחינה ציבורית ותקשורתית, אך בכל הנוגע להליכים מכוחם חיים העוררים בישראל, מדובר בשיקולים זרים מובהקים.

39. מעבר לצורך נשוב ונדגיש כי בית המשפט העליון כבר עמד בעבר על כך שאין לקבל החלטה הפוגעת בזכות יסוד של אדם רק בשל רצון ליצור הרתעה כלפי מפגעים פוטנציאליים עתידיים. בפרשה שעסקה בתיחום מגוריו של אדם בשטח הנמצא תחת כיבוש, קבע כבי הנשיא א' ברק כי

לא ניתן לתחם את מקום מגוריו של אדם, ממנו לא נשקפת כל סכנה, רק משום שהדבר יביא להרתעתם של אחרים:

נמצא, כי ביסוד הפעלת שיקול הדעת בדבר תיחום המגורים מונח השיקול הבא למנוע סכנה מהאדם שאת מגוריו מבקשים לתחם. **אין לתחום מקום מגורים של אדם תמים שממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה, אך משום שתיחום מקום מגוריו יביא להרתעתם של אחרים.** כמו כן, אין לתחום מקום מגורים של מי שאינו תמים ופעל פעולות הפוגעות בביטחון, כאשר בנסיבות העניין שוב לא נשקפת ממנו כל סכנה. על כן, אם פלוני ביצע פעולות טרור, ותיחום מגוריו יפחית את הסכנה הנשקפת ממנו, ניתן לתחם את מקום מגוריו. **לא ניתן לתחם את מקום מגוריו של בן משפחה תמים שלא שיתף פעולה עם פלוני, או של בן משפחה לא תמים אשר לא נשקפת ממנו סכנה לאזור. זאת, גם אם יוכח כי תיחום מקום המגורים של בן המשפחה עשוי להרתיע מחבלים אחרים מביצוע פעולות טרור** (בג"ץ 7015/02 עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', תק-על 2002(3), 1021, עמ' 1029) (ההדגשות הוספו, ב.א.).

40. בנוסף יודגש, כי ההחלטה על ביטול ההליך בו נוטלים חלק העוררים ושליחת ההיתרים שניתנו לעורר בנסיבות המפורטות לעיל, היא ענישה קולקטיבית המנוגדת לאחד מכללי הצדק הבסיסיים ביותר – האיסור על הענשת אדם בשל מעשים שביצע אדם אחר. כלל זה עומד בבסיס של כל שיטת משפט ושורשיו נטועים עמוק גם במקורותינו.

41. מן המקובץ עולה כי מעבר לכך כי אין למשיבים כל הסמכה לפגיעה בזכויות יסוד של חפים מפשע מטעמי הרתעה, השימוש בעילת ההרתעה הוא בנוסף אף שיקול זר במובהק להליכים בהם נוטלים העוררים חלק. שקילה טהורה של השיקולים הרלוונטיים בהתאם לקבוע בהוראת השעה ובפסיקה, הייתה לעמדת העוררים מביאה בהכרח למסקנה הברורה מאליה. על אף מעורבותו בפיגוע של בן משפחתם מדרגה שנייה ושלישית – הרי שכנגד העוררים דכאן לא עומדת כל מניעה ביטחונית פרטנית ישירה או עקיפה ולפיכך יש לבטל את ההחלטה ולהמשיך ולאשר את בקשתם כמקדמת דנא.

42. באשר לנפקות שקילתו של שיקול זר, עמדת הפסיקה ברורה. כבר לפני למעלה משלושה עשורים קבע השופט י' כהן, כי בבחינת מעשה הרשות יש לבחון "האם הייתה לשיקול הפסול או למטרה הפסולה השפעה ממשית על מעשה הרשות, ואם כך היה הדבר, הרי יש לפסול את מעשה הרשות" (בג"ץ 392/72 אמה ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה פ"ד כז(2), 764, 773).

43. משכך והואיל ונחזה כי השיקולים העומדים ביסוד הכוונה לסרב לבקשתם של העוררים הינם שיקולי נקמה, ענישה והרתעה, הרי שמדובר בשקילת שיקולים זרים שלא כדין.

פגיעה בזכותם של העוררים לכבוד ולחיי משפחה

44. ההחלטה של המשיבים לעשות שימוש בעוררים ככלי – לתכלית הרתעתית, תכלית זרה להליכים בהם הם נוטלים חלק ולחקיקה ולפסיקה החולשת על עניינם – ולצד הפגיעה הקשה בזכותם לחיי משפחה ההחלטה פוגעת בנוסף פגיעה קשה ואנושה בזכותם של כל בני משפחת העוררים לכבוד ולאוטונומיה. כאמור, העוררים, כפרטים, לא עוולו ולא חטאו אולם המשיבים גמרו אומר להענישם על חטאי אחרים.

מסע הפחדה והשחרת פני העוררים ובני משפחתם

45. לקראת סיום יבקשו העוררים למחות על התנהלותם הפסולה של המשיבים. תחת שיתנהלו לכל הפחות במסגרת ההליך הנוכחי בעניינם כדין, הם ממשיכים גם עתה במסע הפחדה והשחרה של פני העוררים ובני משפחתם כמי שתומכים כביכול בטרור ובפרט במעשי בן משפחתם פאדי קונבר, ולא היא. בכל הכבוד, לנתונים הכלליים המובאים על ידי המשיבים בכתב התשובה כתנא דמסייעא לעמדתם, אין קשר לעניינם הפרטני והאינדבדואלי של העוררים דכא,ן שכאמור לית מאן דפליג שלא נובעת מהם כל סכנה ממשית ברמת הסתברות הקרובה לוודאות. שאם לא כן, חזקה על המשיבים שהיו עושים שימוש בסעי' 3ד להוראת השעה.

46. למותר לציין, כי בעולם מתוקן היו המשיבים וגורמי הביטחון מקפידים לבחון את בקשתם להמשך אישור שהייתם של העוררים בישראל בלב פתוח ונפש חפצה. עוד יודגש, כי בניגוד למשיבים ולגורמי הביטחון – שעל חוות דעתם המלומדת מתבססת ההחלטה – ששינו את טענותיהם כנגד העוררים ועתה שבים ומטיחים בהם טענות קשות שאין להם כל שחר, העוררים לעומתם שבו והבהירו באופן סדור ואמין לאורך ההליכים שנוהלו כנגדם, כי הם מתנגדים נחרצות למעשה של בן משפחתם פאדי. לא בכדי נתלית המשיבה באופן פסול בדברים של אחותו של פאדי, שאינה חלק מההליכים המנוהלים כנגד העוררים, דברים שאף הם הוצאו לעמדת העוררים מהקשרם. עניין זה מעיד אף הוא על הכשלים בו נגועים ההליכים שמנהלים המשיבים וגורמי הביטחון כנגד העוררים נראה שהמשיבים וגורמי הביטחון אינם בוחלים בשום אמצעי על מנת להכשיר את הרחקתם של העוררים מישראל ובבחינת "המטרה מקדשת את האמצעים". כך בין השאר, אין למשיבים ולגורמים כל בעיה להטיח בעוררים טענות בדבר השתייכות לארגון דעאש, אין להם כל בעיה לפעול בחוסר סמכות ולחלופין תוך חריגה קשה ממנו ולהעניש חפים מפשע באופן קולקטיבי למען יראו אחרים וייראו ולטעון כי יש להם סמכות לפעול כן ואין להם כל בעיה לטעון כי למעשה הם תומכים במעשה פאדי על אף שלעניין אין תימוכין במציאות.

סיכום

47. לאור כל האמור, שבים העוררים על בקשתם מבית הדין הנכבד לקבל את הערר ולהורות למשיבים לבטל לאלתר את החלטתם הפסולה שבנדון. כמו כן מתבקש בית הדין הנכבד להשית על המשיבים את הוצאות העוררים ושכ"ט עו"ד.

ירושלים, 9 אוגוסט 2018

בנימין אחסתרובה, עו"ד
ב"כ העוררים

(ת.ש. 96771)