

בעניין:

1. זהרה, ת"ז

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר  
– ע"ר 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או אהרון מיילס קורמן (מ"ר 78484) ומיסא אבו סאלח אבו עכר (מ"ר 52763)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר  
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200  
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

נגד

1. מפקד פיקוד העורף

2. שר הביטחון  
ע"י פרקליטות המדינה  
משרד המשפטים, ירושלים

המשיבים

### עתירה דחופה למתן צו על-תנאי

מוגשת בזאת עתירה דחופה למתן צו על תנאי שיורה למשיבים לבוא וליתן טעם:

- א. מדוע לא יכריז על בטלותן של תקנות 108-110 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, בשל קיומם של הסדרים עדכניים ומידתיים יותר.
- ב. מדוע לא יבטל את צו ההגבלה שהוצא כנגד העותר לפיו הוא לא יצא מבית הוריו לאחר השעה 20:00 בערב ועד לשעה 6:00 בבוקר

### ואלה נימוקי העתירה:

1. עניינה של העתירה הוא בהטלת צו דרקוני המגביל את תנועתו של העותר בשעות הלילה. צו זה הוצא על ידי המשיב מכוח תקנה 110 לתקנות ההגנה, מבלי שניתנה לעותר כל הזדמנות ריאלית להתמודד עם החלטת המשיב בטרם קבלתה.
2. החלטתו של המפקד הצבאי להוציא את צו ההגבלה, התקבלה בחוסר סמכות, שכן בכל הנוגע לתקנות 108-110 נמצאות חלופות אחרות בדברי חקיקה חדשים וספציפיים יותר מתקנות ההגנה הקדומות. כמו כן, החלטת המשיב התקבלה בלי שנערכו האיזונים הרלוונטיים בין זכויות העותר הנפגעות מהחלטה שמתקבלת במתכונת זו, לבין האינטרסים שלטענת המשיב, על מנת להגן עליהם, "נחוץ ויעיל" לקבלה.

## הצדדים

3. העותר 1 (להלן: **העותר**) הינו תושב עיסאויה בן 20 שנה. העותר הינו סטודנט שנה ב' לחשבונאות באוניברסיטת ביר זית. לחובת העותר אין עבר פלילי, אך במהלך שנת 2019 הוא נעצר 5 פעמים על ידי כוחות הביטחון הישראליים וכל פעם שוחרר בחלוף ימים ספורים לרוב לאחר החלטת שופט.
4. העותרת 2, המוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד**), היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
5. המשיב 1 (להלן: **המשיב**) הוא המפקד הצבאי מטעם מדינת ישראל, והוא שהוציא צו ההגבלה, מכוח תקנה 110 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: **תקנה 110**).
6. **המשיב 2** הוא שר הביטחון, האחראי בהתאם **לחוק יסוד: הצבא** מטעם ממשלת ישראל על המשיב ועל קביעת מדיניות בנושא? (להלן, עם המשיב: **המשיבים**).

## תמצית עובדתית

7. ביום 31.12.2019, הגיעו גורמי הביטחון (אנשי שב"כ, משטרה ומג"ב) אל בית משפחתו של העותר ומסרו לידיו הודעה על כוונת המשיב להוציא נגדו צו מעצר בית לילי. באותה הודעה היה רשום כי "ניתנת" לעותר האפשרות להגיש השגה עד יום 27.12.2019 עד שלושה ימים לפני מועד מסירתה לידיו(!). במסגרת ההודעה נמסרה פרפראזה האומרת כי "הנך פעיל טרור מרכזי בשכונת מגורך. במסגרת זו ידוע כי הנך מעורב בהפרות סדר ובידוי בקבוקי תבערה". העתק ההודעה על כוונת המשיב להוציא צו הגבלה, הנושאת את התאריך 24.12.2019 מצורפת ומסומנת **ע/1**.
8. כאמור לעיל, לחובת העותר אין עבר פלילי, אך במסגרת המעצרים הסיטוניים שעורכים כוחות הביטחון בעיסאויה הוא הספיק להיעצר 16 פעמים ולהשתחרר בהחלטת שופט, ימים ספורים אחרי המעצר.
9. ביום 2.1.2020, הגיע "קפטן אלי" איש השב"כ האחראי על אזור עיסאויה, אל בית משפחת העותר, ומשלא מצא אותו בבית, מסר לאביו זימון לעותר שיגיע לאסוף את הצו שהוצא נגדו, תוך איום מחוסר כל בסיס, כי אם בנו יפר את הצו ידאג לשלילת מעמדו בירושלים.
10. יום אחרי, ביום 3.1.2020 צו ההגבלה שהוטל על העותר מונע ממנו לצאת את ביתו בין השעות 20:00 בערב ועד 6:00 בבוקר. תוקף ההגבלה הינו לארבעה חודשים עד ליום 30.4.2020. העתק צו ההגבלה מיום 1.1.2020 מצורף ומסומן **ע/2**.
11. ביום 3.1.2020, בשעות הערב, וכאות מחאה על הוצאת צווים אלה, העותר יחד עם עוד חמישה צעירים שקיבלו צווים דומים, הגיעו אל פתח השכונה, שם נמצאים באופן קבוע כוחות הביטחון הישראליים, וביקשו כי יעצרו אותם כי אין בכוונתם לכבד את הצו הגורף והלא מוצדק שהוצא נגדם, כלומר העותר עם יתר הצעירים הסגירו את עצמם.

12. בעקבות האמור, השוטרים נענו לבקשתם, עצרו את העותר ויתר הצעירים, והם נלקחו לתחנת המשטרה ברחוב סלאח אלדין. יום למחרת, ביום 4.1.2020, שוחרר העותר בתנאים בהחלטת שופט ממעצרו.

העתק פרוטוקול הדיון והחלטת בית המשפט השלום בירושלים מיום 5.1.2020 מצורף ומסומן ע/3.

13. ביום 6.1.2020 נעצר העותר והוגש נגדו כתב אישום בגין הפרת צו ההגבלה עוד בטרם ניתנה לו אפשרות ריאלית לתקוף את הצו.

14. ביום 14.1.2020 שוחרר העותר ממעצרו בתנאים, לאחר שמילא את התנאים שנקבעו בהחלטת בית המשפט מיום 6.1.2020.

העתק החלטת בית המשפט מיום 6.1.2020 מצורף ומסומן ע/4.

15. העותר הינו סטודנט באוניברסיטת ביר זית, ועובר להוצאת הצו עבד בבית מלון סאנט ג'ורג', בעיקר במשמרות ערב ולילה. הצו שהוצא נגדו מגביל את יכולתו להיות נוכח באוניברסיטה בשיעורים המאוחרים ועל האפשרות שלו ללמוד בספריית האוניברסיטה לאחר השיעורים, כי עליו להספיק להגיע לביתו לפני 20:00. זה אף מגביל אותו באפשרות להישאר לישון בביר זית בתקופת המבחנים כפי שנהג לעשות תמיד. כמו כן, ובעקבות הוצאת הצו הוא נאלץ להפסיק את עבודתו במלון סאנט ג'ורג'.

## הטיעון המשפטי

### תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 אל מול דברי חקיקה חדשים

16. סמכותו הלכאורית של המשיב בהטלת צווי ההגבלה על מספר תושבים בעיסאווייה, נעוצה בתקנה 110, ירושה בת 75 שנים מהמנדט הבריטי.

17. תקנות אלו מעניקות סמכויות מפליגות מסוגים שונים לרשות המבצעת, וכן מתיימרות לכוון התנהגות ככל שמדובר בהוראות העונשיות המצויות בהן. ברי לכל, שאין בתקנות גופן שום ניסיון לאזן בין צורכי ביטחון לבין זכויות אדם, והן מעניקות לשלטון שיקול דעת כמעט מוחלט ובלא מבחן, ואף אינן מקיימות כל מנגנון לביקורת נגד השימוש לרעה בסמכות הנטענת.

18. מדובר בתקנות שחוקקו על ידיו של שלטון ששלט על אוכלוסייה לא לו בשטחים שבשליטתו, ולמרות התמורות הרבות שחלו מני אז בעולמנו בכלל ובעולם המשפטי בפרט, מחליט המשיב בשנת 2020 לשלוף אחד מהכלים העונשיים שמעניקות תקנות אלו, ולהפעיל סמכותו לכאורה באופן גורף וללא כל הצדקה.

19. כן, התכלית של דבר החקיקה עשויה להשתנות עם שינוי הזמנים ועם השינויים שעוברים על החברה. היטיב לבטא זאת השופט חשין בפרשת אלעמרין:

”דברי חוק שהורתם ולידתם בתקופת המנדט – בהם תקנות ההגנה (שעת חירום) – פירוש אחד היה להם בתקופת המנדט ופירוש אחר נודע להם לאחר קום מדינה, והרי ערכיה של מדינת ישראל – מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית – שונים הם תכלית שינוי מערכי היסוד שבעל המנדט השליט בארץ. עקרונות היסוד שלנו – ובימינו – הם עקרונות היסוד של מדינת חוק דמוקרטית השוחרת חופש וצדק, ועקרונות אלה הם שייתנו רוח חיים בפירוש דברי חוק אלה ואחרים” (בג”צ 2722/92 אלעמרין נ’ מפקד כוחות צה”ל ברצועת עזה, פ”ד מו(3) 693, 705 (1992)).

20. ועמד על כך גם הנשיא ברק: ”תכלית שהייתה מתגבשת בתקופת המנדט אינה זהה לתכלית שבית-המשפט היה מגבש אותה לאחר קום המדינה (...). תכלית שהייתה מתגבשת עם קום המדינה אינה זהה לתכלית שבית-המשפט היה מגבשה בחלוף חמישים שנות עצמאות” (בג”צ 2390/96 קרסיק נ’ מדינת ישראל, פ”ד נה(2) 625, 713 (2001)).

21. כאמור, המאפיין של הוראות אלה הוא שהן מעניקות סמכויות מרחיקות לכת לרשות מינהלית ובהעדר כל ביקורת שיפוטית. עובדה זו מעלה את הצורך לבחון האם הענקת הסמכות למפקד הצבאי להוציא צווי הגבלה מכוח תקנות ההגנה וללא הליך שיפוטי מקדים, הינה חוקית.

22. הסמכות היא רחבה מדי, ואינה מוגבלת רק למקרים בהם יש הכרח בהוצאת הצו באופן מיידי, ושנית תוקף הצו אינו מוגבל לזמן הנדרש לשם פנייה לבית המשפט ולמעשה אינו מוגבל כלל בזמן.

23. שאלת ההצדקה בשימוש בתקנה 110 מתחדדת נוכח קיומם של ההסדרים הקבועים בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ”ו-1996, אשר מבטא את עמדתו העדכנית יותר של המחוקק בסוגיה זו.

24. במסגרת חוק המעצרים נקבעו, בין השאר, סמכויות להטלת מגבלות על אנשים כתנאי לשחרורם בערובה, כאשר אלו כוללות את כל סוגי המגבלות והחובות הקבועות בתקנות ההגנה: איסור כניסה לאיזור; הגבלת התנועה לאזור מסוים; הגבלה על קשרים עם אנשים נוספים; חובה על התייצבות בתחנת המשטרה.

25. ההבדל בין היקף הסמכויות שמכוח תקנות ההגנה והיקף הסמכויות שמעניק חוק המעצרים הוא שהאחרונות מתוחמות ומוגדרות יותר, מבחינת תנאי הפעלת הסמכות ותקופת תחולתן של המגבלות. הסמכות בחוק המעצרים מוענקת לקצין משטרה ולבית המשפט, ויש גם הבדל בין ההגבלות שיכול קצין להטיל לאלו שבית המשפט יכול להטיל, כאשר הראשונות פחות חמורות מאלו שבית המשפט יכול להטיל והן מותנות בקיומה של עילת מעצר והסכמת האדם שכנגדו מופנית ההגבלה בערובה.

26. רק בית המשפט מוסמך לקבוע תנאי שחרור בערובה ללא קיומה של עילת מעצר (וזאת רק בנסיבות מסוימות מוגדרות מראש), או ללא הסכמת המשוחרר בערובה.

27. יתרה מזו! חוק המעצרים קובע כי החלטה של קצין משטרה על שחרור בערובה ניתן לתקוף באמצעות ערר לבית המשפט וכי יש אפשרות לעיון חוזר אף בהחלטת בית המשפט. זה מעיד על כך שהמחוקק ראה בחומרה הגבלה מסוג זה אף כשהיא מגיעה במסלול של הליך שיפוטי הבוחן זאת, ואף כשהגבלה מלכתחילה היא מתונה יותר.

28. עוד יודגש, כי מעבר לקיומם של אמצעים מידתיים יותר במסגרת חוק המעצרים, יש לזכור כי מזה כשלוש שנים שהמחוקק נתן את דעתו בחוק עדכני וספציפי יותר, לכל ההתמודדות של הרשויות עם מקרים דומים. בשנת 2016 חוקק חוק המאבק הטרור, תשע"ו 2016 שעל פי דברי המחוקק, שם לעצמו כמטרה לקבוע הוראות בתחום המשפט הפלילי והמינהלי לרבות סמכויות אכיפה מיוחדות, לצורך מאבק בטרור וזאת לשם "מניעה וסיכול של עבירות טרור המבוצעות בידי ארגוני טרור או יחידים".

29. לפי הודעת המשיב על כוונתו להוציא צו ההגבלה נשוא העתירה, צוין בפרפראזה, בין היתר, כי "מדובר בפעיל טרור עממי". על אף שהמשמעות של טרור עממי אינה ברורה ולא ניתנה עד כה הדעת לגביה באופן המאפשר הבנה אמיתית של משמעותה, נראה שעם חקיקת חוק המאבק בטרור המחוקק ניסה להתמודד עם מקרים דומים, ואף קשים יותר, כך שאין כל הצדקה להפעלת תקנות מתקנות ההגנה, שלא אחת הובע הרצון לבטלן על ידי בית המשפט הנכבד.

30. בית משפט נכבד זה כבר נתן את דעתו לעניין תקנות ההגנה ועל זה שהגיע הזמן להחליפן בחקיקה עדכנית יותר. על כך נתן את דעתו כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין בבג"ץ 703/15 דרוויש נגד מפקד פיקוד העורף:

.. תקנות אלה אינן לתפארת מדינת ישראל; הן יציר כפיו של השלטון המנדטורי, ושימשו בידיו כלי להתמודדות עם מאבקו של היישוב היהודי לעצמאות. שנה זו היא שנת מלאת שבעים לתקנות אלה, והגיעה מזה עת רבה שעתן להתחלף בחקיקה ישראלית, וכך ראוי; זו תהא כפופה לביקורת שיפוטית יותר מאשר התקנות הללו, הכפופות לשמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו...

.. זו ההזדמנות לשוב ולהפציר בכנסת החדשה, המתחילה דרכה בשעה טובה, כי יתקבל חוק המאבק בטרור וניפרד מתקנות ההגנה.

31. תקנות ההגנה מפקידות בידי הרשות המבצעת שורה של סמכויות. לרוב הדברים, ובין היתר תקנה 110, אפשר למצוא ביטוי בחקיקה אחרת, כמו חוק המעצרים וחוק המאבק בטרור, אם כי ההגדרות בתקנות רחבות יותר והסנקציות חמורות יותר.

32. אין כל הצדקה לקיומם של שני הסדרים כל כך שונים העוסקים באותו נוש; האיזון בין השיקולים שלשם ההגנה עליהם מוטלות המגבלות והחובות, שהם דומים מאד בתקנות ההגנה ובחוק המעצרים, לבין החירויות הנפגעות עקב הטלת המגבלות והחובות.

33. יש להעדיף את ההסדר שנקבע בחוק המעצרים אשר משקף את האיזון שבחר המחוקק הישראלי, ואשר מבטא את רצונו במתן משקל מסוים לזכויות האדם העשוי להיפגע, הכפוף למגבלות, על פני האיזון שקבע המחוקק המנדטורי לפני למעלה מ-70 שנה, אשר לא נתן

משקל לקיומן של זכויות אלו שאיפשר פגיעה קשה בהן ללא בחינה מספקת של ההצדקה לכך.

34. הסמכות העיקרית הקבועה בתקנות ההגנה ואשר איננה אפשרית על פי חקיקה אחרת היא הטלת המגבלות על אדם על ידי רשות מינהלית ללא קיומה של עילת מעצר, כלומר שלא על סמך קיומו של יסוד סביר לחשד שהאדם ביצע עבירה ושהוא מסכן את אחד האינטרסים המוגנים. הבדל זה משקף את עמדת המחוקק לפיה לא ראוי לעשות כן.

### הפגיעה בזכות הטיעון ובזכות להליך הוגן

35. כאמור צווים מסוג זה מאפשרים להטיל על אדם מגוון רחב של מגבלות: מעצר וכליאה, איסור תנועה והרחקה מאזור המגורים. כל זה בהתבסס על מידע חסוי המוסתר מהעותר ומבא כוחו. הגבלת חירותו של אדם נעשית ללא שמוגש נגדו כתב אישום כלשהו, ההיפך הגמור מהמתחייב על פי זכותו החוקתית להליך הוגן.

36. ההתראה הקצרה בדבר הכוונה להטיל הצו נשוא העתירה, מעידה גם היא על הדרקוניות שלו. בהודעתו על כוונה להטיל את צו ההגבלה כנגד העותר, שמסר ביום 24.12.2019 בלילה, המשיב נתן לעותר אפשרות לטעון כנגד הוצאתו בכתב ועד ליום 27.12.2019 בשעה 14:00.

37. עוד מסר המשיב במסגרת הודעתו פרפרזה עמומה האומרת את הנ"ל: "הנך פעיל טרור עממי מרכזי בשכונת מגורייך. במסגרת זו ידוע כי הנך מעורב בהפרות סדר ובידוי בקבוקי תבערה". ידיעה מסוג זה אמורה להגיע למסלול של הליך פלילי והגשת כתב אישום. אך נראה שלמשיב אין מספיק ראיות הקושרות את העותר למעשים המיוחסים לו לכאורה, במסגרת הפרפרזה, ורף הראיות לא יצלח המבחן השיפוטי.

38. יודגש, כי היסטוריית המעצרים של העותר, מעצרים של ימים ספורים שהביאו לשחרורו בהחלטת שופט, מחזקים את הטענה לפיה המשיב רצה לעקוף את בית המשפט ומצא את הדרך כיצד להטיל עליו הגבלות בלי התערבותו של בית המשפט, כמתואר לעיל.

39. הרגישות הכרוכה בפגיעה בזכויות מסוג זה ובאמצעי זה מחייבת כי הזהירות וההקפדה לא תתמצינה אך למישור המהותי. בהקשר זה מתחייבת הקפדה גם על עניינים של נראות. לפיכך, מתן ימים ספורים להגשת טענות בכתב כנגד כוונת המשיב להטיל את צו ההגבלה, אינה עומדת כלל וכלל במבחן הנראות.

40. זכות הטיעון מהווה חלק בלתי נפרד מכלל הצדק הטבעי המחייב כי רשות מינהלית לא תפגע באדם אלא אם נתנה לו קודם לכן הזדמנות נאותה להשמיע טענותיו בפניה. לעניין זה ר' י' זמיר, **הסמכות המינהלית**, ב 793 (תשנ"ו), וכן בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח'**, תק-על 2005(2), 2595, ס' 420:

**נסכים, כמובן, כי זכותו של היחיד להשמיע את טענותיו לפני הרשות בטרם תתקבל החלטה העלולה לפגוע בו – זכות נעלה היא, זכות היא שיסודה בהגינות הנדרשת ביחסי אנוש, והיא עמנו מקדמת דנא.**

41. עוד יודגש כי כחלק אינהרנטי מהליך השימוע מוטלת על המשיבים חובה למסור לעותרים את מלוא המסמכים והמידע עליהם נשענת החלטתם. כך למשל קבע כב' הנשיא (בדימו') א' ברק במסגרת רע"א 291/99 ד.ג.ד. אספקת אבן ירושלים נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד נח(4) : 232, 221

זכותו של הפרט לעיין במסמכים המוחזקים בידי הרשות המינהלית ואשר שימשו אותה להחלטה בעניינו, היא ממושכלות היסוד של המשטר הדמוקרטי. זוהי "זכות העיון הפרטית", הנגזרת בעיקר מזכות הטיעון ומחובת המינהל לפעול בשקיפות. אכן, "הכלל העולה מן הפסיקה הוא, כי מסמכים שנתקבלו על ידי רשות ציבורית תוך שימוש בסמכות שהוענקה לה על פי דין, צריכים להיות גלויים ופתוחים לפני הצד הנוגע בדבר."

42. חרף האמור, החלטת המשיב נמסרה באופן מזורז ומבלי שהציג שנסקלו כהלכה מלוא השיקולים הנדרשים לקבלתה.

43. בנסיבות העניין שלילת זכות הטיעון והשימוע מהווה פגם חמור ומהותי היורד לשורשו של ההליך המינהלי, ודי בטעם זה כדי להצדיק את ביטול הצו.

44. לאור האמור, העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד להורות למשיבים להמציא מיידית לב"כ העותרים את כל החומר המבסס את החלטתם, ולאפשר לעותרים לתקן את עתירתם או לטעון טענות חדשות שלא באו לידי ביטוי בעתירה זו, לאחר שיתקבל מלוא החומר שמבסס את ההחלטתו בעניינו של העותר.

### ענישה קולקטיבית

45. האיסור על ענישה קולקטיבית הוא ממושכלות היסוד של המשפט:

חלילה לך מלעשות כדבר הזה להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע?  
חלילה לך! השופט כל הארץ לא יעשה משפט!  
בראשית יח 25

46. האיסור על ענישה קולקטיבית מצא את ביטויו במשפט הבינלאומי המנהגי. סעיף 50 לתקנות המצורפות לאמנה בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה (האג, 1907) קובע:

No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they can not be regarded as jointly and severally responsible.

ואילו סעיף 33 לאמנת זינווה הרביעית קובע קטגוריאלי: :

No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited...Reprisals against protected persons and their property are prohibited.

47. וכך בא הדבר לידי ביטוי בפסיקת בית-משפט נכבד זה :

הפגיעה בחירות ובכבוד במעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה, היא קשה ביותר, עד כי הפרשן אינו רשאי להניח כי החוק נועד להשיג פגיעה קשה זו...

אכן, המעבר ממעצרו המינהלי של אדם שממנו נשקפת סכנה לביטחון המדינה למעצרו המינהלי של אדם שממנו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אינו מעבר "כמותי". זהו מעבר "איכותי". המדינה עוצרת, באמצעות הרשות המבצעת, אדם שלא ביצע כל עבירה, ואשר אין נשקפת ממנו כל סכנה, וכל "חטאו" בהיותו "קלף מיקוח". הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של ביטחון המדינה מובילים לנקיטת צעד זה. כבר עמד חברי השופט מ' חשין על כך לעניין תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, תפיסת היסוד הינה כי "איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת... אין עונשין אלא אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו" (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז – עוזי דיין, פ"ד 651 (2) נא(654). גישה דומה יש לנקוט לעניין מעצר מינהלי. איש בעונו ייעצר ואיש בחטאו יוחזק במעצר מינהלי. אין עוצרים במעצר מינהלי אלא את מי שעצמו, במעשיו שלו, מהווה סכנה לביטחון המדינה. כך במצב הדברים שקדם לחקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך בוודאי לאחר שחוק יסוד זה נחקק, והעלה את חירותו של האדם ואת כבודו לרמה חוקתית-על-חוקית... דברי כב' הנשיא בדנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741-742.

48. בעוד שדעת רוב שופטיו של בית-משפט נכבד זה פירשה את הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, כמאפשרות פעולות הרתעה הפוגעות בחפים מפשע, הרי שההסמכות לפי תקנה 112 (בנוגע לגירוש) והסמכות לפי תקנה 110 (בנוגע לצווי הגבלה) פורשו כמשתרעות אך ורק על אותו אדם שמעשיו הוא עלולים לסכן את ביטחון האזור:

אכן מודגש בעתירות מהסוג הנדון על-ידי נציגי שני הצדדים, כי אין המשיב רשאי להשתמש בסנקציה זו של הוצאת צווי גירוש רק במטרה להרתיע אחרים. צו כזה הינו לגיטימי רק אם מוציא הצו משוכנע, כי האדם המיועד לגירוש מהווה סיכון לביטחון האזור, וכי אמצעי זה נראה בעיניו חיוני לצורך ניטרולה של סכנה זו. בג"ץ 814/88 נסראללה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(2) 271, 265. סמכות הגירוש היא מניעתית, פניה אל העתיד, והיא באה למנוע סכנה של ממש הצפויה לאזור מן המגורש, שלא ניתן למונעה בדרך אחרת, אלא על דרך גירוש. בג"ץ 1361/91 מסלם נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מה(3) 444, 456. סיכומה של נקודה זו, לא ניתן היה להפעיל את סמכות על-פי תקנה 110, אלא אם כן היה במכלול הראיות, שהובאו לפני המפקד הצבאי, כדי להצביע על סכנה, הצפויה מן העותר בעתיד, אם לא יינקטו הצעדים, שנועדו להגביל את פעולתו ולמנוע חלק נכבד מן הנזק הצפוי ממנו, וראיות כאלה אכן היו לפני המפקד הצבאי. בג"ץ 554/81 בראנסה נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד לו(4) 247, 250.

49. כבר למעלה מחצי שנה ששכונת עיסאווייה עדה לפשיטות הנרחבות של כוחות הביטחון הישראלי המופנות במיוחד כלפיה. נראה שמפקד מחוז ירושלים, ניצב דורון ידיד, באמצעות המכונה "קפטן אלי" איש השב"כ האחראי על איזור עיסאווייה, לקחו על עצמם את "הפרויקט" ובפשיטות שנעשות תחת חסותם, כוחות הביטחון מתפרצים למוסדות חינוך, סוגרים חנויות ומבצעים מעצרים בסיטונות שמעטים מהם מובילים לכתבי אישום. זהו המצב גם בעתירה זו. היסטוריית המעצרים של העותר, 16 מעצרים, שבאף אחד מהם לא הוגש נגדו כתב אישום והוא שוחרר לכל היותר לאחר ימים ספורים בהחלטת שופט, מדברים בעד עצמם.



50. החיכוך היזום והאינטנסיבי והגדלת הלחץ על תושבי השכונה מעצים את מעגל האיבה. במקום לשנות את מדיניות היד הקשה והענישה הקולקטיבית, שלא אחת הוכיחה את כשלונה, המשיבים ומי מטעמם, החליטו להרחיב חזית ולשלוף אמצעי דיכוי קדום שנשכח, ולא בכדי.

51. הפעילות של כוחות הביטחון הישראליים בעיסאווייה, ממשיכה באותו אופן ואף מחריפה מבלי שנערכת כל הערכה לגבי יעילותה. באמצעי התקשורת תועד לא אחת שחיילים הנשלחים לפעול בשכונה אמרו שמדובר בהתגרות מכוונת כלפי האוכלוסייה. במקום לבחון דרכים יעילות יותר, ומתוך רצון לנקום ולפעול ביד קשה ממשיכים המשיבים באותו אופן ולצורך זה הם שולפים את הכלי הקדום של צווי ההגבלה, כלי נוח והמאפשר עקיפה של התנאים הקשוחים שבהליך הפלילי, וזאת על אף ההפרות הקשות שמלוות אותו בזכויות יסוד של האדם.

52. צעד זה מעלה חשש כבד לענישה קולקטיבית האסורה בתכלית על פי הוראות המשפט הבינלאומי, ולפגיעה בלתי מידתית ושלא לצורך בזכויות יסוד על פי אותו דין.

53. פעילויות המכוונות להפעלת לחץ ולהפחדת האוכלוסייה הן פסולות מכל וכל. ביצוע פשיטות תכופות ומעצרי שווא בכמויות בלתי נתפסות, והפעלת סעיף קדום זה, שלא הופעל מזה שנים רבות ורק במקרים מאד ספציפיים, מעלות חשש כי פעולות אלו אינן נובעות מהצורך הקבוע בסעיף 108 לאותן תקנות.

54. היד הפכה להיות קלה על ההדק. ככלל נראה כי הצעדים שננקטו, בהיקף בו ננקטו, אינם משרתים צורך ביטחוני שיכול להצדיק את הפגיעה לה גרמו. צעד זה גרם ועוד גורם לפגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד של העותר ואחרים במצבו, לרבות זכותם לחופש תנועה ולחופש העיסוק.

55. הטלת תנאים מגבילים על קבוצת בחורים צעירים רק בשל היותם תושבי עיסאווייה, כאשר בבסיס הטלתם עומדים שיקולים זרים, וניסיון לעקוף את השופטים השונים שהורו על שחרורם פעם אחר פעם, מההוה הפרה חמורה של האיסור על ענישה קולקטיבית.

56. קשה שלא לתמוה אם אכן צורך ביטחוני מיידי והכרחי הוא שהוביל להטלת המגבלה והפעלת התקנה. מדובר בכלי ענישתי שננקט בו נגד קבוצה של צעירים ללא משפט. השימוש הנרחב בצווים מכוח תקנה 110 אינו עומד באמות המידה של כללי הצדק הטבעי, ואף לא של המשפט הישראלי והבינלאומי יחדיו.

57. מכל מקום, ואף אם בית המשפט יכיר בסמכותו של המשיב להטיל צווי הגבלה מכוח תקנה 110, יש להגבילה רק במטרה למנוע סכנה עתידית ובנסיבות חריגות של **הכרח ביטחוני**. בהודעה ובצו שמסר המשיב לידי העותר, לא ניתן ללמוד שזהו המצב.

58. על המשיב להיצמד ולהיות כפוף לכלל הבסיסי, כי אין נוקטים צעדים הפוגעים בחירותו של אדם אלא אם זה נעשה במסגרת הליך פלילי הוגן שבו מקבל החשוד מלוא ההזדמנות להתגונן.

59. סמכותו של המשיב להפעיל סנקציה זו, מצויה בתקנה 110 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: תקנה 110). העותרים יטענו, כי תקנה 110 עומדת בניגוד לנורמות המחייבות אותו ועל כן אל לו לעשות בה שימוש. אם עשה שימוש בסמכות הנתונה לו ע"פ התקנה, עליו לפעול במסגרת שיקול הדעת ולעמוד במבחני המידתיות. במקרה דנן, פעל המשיב בניגוד לכל אלה ועל כן דין החלטתו להתבטל.

### הזכות לחופש תנועה, הזכות לחופש עיסוק ופרנסה בכבוד והזכות לחינוך

60. הזכות לחופש תנועה נעוצה בכך שחופש התנועה הוא הכוח המניע את מארג זכויותיו של האדם, והגבלתו גוררת אחריה בהכרח פגיעה בזכויות אדם נוספות הנוגעות לכל תחומי החיים. וכאן, הפגיעה החמורה בזכויות העותר לעבודה ופרנסה ולחינוך ורכישת השכלה גבוהה היא התוצאה הישירה והבלתי נמנעת מהגבלת תנועתו.

61. במשפט המנהלי-חוקתי הישראלי, הזכות לחופש תנועה מעוגנת בסעיף 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מוכרת כזכות יסוד בסיסית, אשר "עומדת בשורה הראשונה של זכויות האדם" ומצויה "ברמה הגבוהה ביותר במידרג הזכויות בישראל" (בג"ץ 1890/03 **עיריית בית לחם נ' מזינת ישראל**, פ"ד נט(4) 754, 736 (2005) (אשר מצטט את דברי הנשיא ברק (בדימוס) בבג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 51, 53 (1997))).

62. במשפט זכויות האדם הבינלאומי הזכות לחופש תנועה מעוגנת, בין היתר, בסעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948); בסעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966), כ"א 1040, אשר נחתמה על ידי ישראל בשנת 1966 ואושרה על ידיה בשנת 1991; ובסעיף 2 לפרוטוקול הרביעי לאמנה להגנת זכויות אדם וחירויות יסוד (1963).

63. בתחום הדין ההומניטרי הבינלאומי, שמירה על זכויות וחירויות יסודיות – וביניהן הזכויות לחופש התנועה, חופש העיסוק, ופרנסה בכבוד – מהווה חלק מחובותיה הבסיסיות – הן האקטיביות והן הפסיביות – של המעצמה הכובשת כלפי האוכלוסייה המוגנת, בהינתן העובדה שהעותר הינו תושב מוגן, בעקבות סיפוחה של מזרח ירושלים בשנת 1967. עובדה זו הופכת את המשיבים כבעלי **חובה אקטיבית** להגן על זכויותיהם של התושבים.

64. חופש העיסוק נגזר מזכותו של כל אדם לפתח את אישיותו, לעצב את חייו ולקדם את מעמדו החברתי. כפי שכבר נאמר על ידי בית המשפט העליון:

הזכות לחופש עיסוק מאפשרת לאדם לבחור היכן ישקיע את הונו האנושי. בחירה זו מושפעת משיקולים מגוונים. . . . פגיעה בחופש העיסוק מתקיימת לא רק כאשר נמנעת מהעובד לחלוטין הזכות לבחור את מעבידו, אלא גם כאשר זכות הבחירה שלו נפגעת, ואפילו בעקיפין. . . . 'אכן, חופש העיסוק הוא החירות של הפרט להגשים את אישיותו ולתרום את תרומתו לחברה על-ידי השקעת מאמציו בעיסוק, במלאכה או במשלח-יד. חירות זו נפגעת אם הסדרים (נורמטיביים או פיזיים) מונעים ממנו – במישרין או בעקיפין – מלפעול על-פי רצונו ויכולתו'.

(בג"ץ 8111/96 **הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ**, פ"ד נח(6) 481, 542-543 (2004) (אשר מצטט את דברי הנשיא (בדימוס) ברק בפסק דינו בבג"ץ 5936/97 **לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד נג(4) 673, 693 (1999))).

65. זכויות העותר לחופש העיסוק ולפרנסה בכבוד מעוגנות היטב גם במשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובייחוד בסעיף 6 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966), כ"א 1037 (להלן: האמנה בדבר זכויות כלכליות), אשר נחתמה על ידי מדינת ישראל בשנת 1966 ואושרה על ידיה בשנת 1991. שם, נקבע כי:

[T]he right to work . . . includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts . . . . The steps to be taken by a State Party to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include technical and vocational guidance and training programmes, policies and techniques to achieve steady economic, social and cultural development and full and productive employment under conditions safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual.

66. בפרשנותה לסעיף 6 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, מבהירה ועדת האו"ם בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות כדלהלן:

The right to work is a fundamental right, recognized in several international legal instruments. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), as laid down in article 6, deals more comprehensively than any other instrument with this right. **The right to work is essential for realizing other human rights and forms an inseparable and inherent part of human dignity.** Every individual has the right to be able to work, allowing him/her to live in dignity. **The right to work contributes at the same time to the survival of the individual and to that of his/her family, and insofar as work is freely chosen or accepted, to his/her development and recognition within the community. . . . The right to work, as guaranteed in the ICESCR, affirms the obligation of States parties to assure individuals their right to freely chosen or accepted work,** including the right not to be deprived of work unfairly. **This definition underlines the fact that respect for the individual and his dignity is expressed through the freedom of the individual regarding the choice to work, while emphasizing the importance of work for personal development as well as for social and economic inclusion.**

(U.N. Econ. & Soc. Council [ECOSOC], Comm. on Econ., Soc. & Cultural Rts., General Comment No. 18: The Right to Work (Art. 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), ¶¶ 1, 4, U.N. Doc. E/C.12/GC/18 (6 Feb. 2006) (emphasis added)).

67. גם הזכות לחינוך ולרכישת השכלה הוכרה כזכות יסוד הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי. יפים לענייננו דבריה של כב' השופטת פרוקצ'יה:

הזכות לחינוך הוכרה במשפטנו כזכות יסוד המוקנית לכל אדם. הזכות לחינוך הובטחה במגילת העצמאות, והיא מעוגנת באמנות שונות במשפט הבינלאומי

שישראל אשררה או שהיא צד להן, וכן במשפט הבינלאומי המנהגי (סעיף 26 בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948); סעיף 13 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966); סעיפים 28 ו-29 לאמנה בדבר זכויות הילד (1989);

Y. Dinstein, "Cultural Rights", 9 Israel Yearbook on Human Rights (1979) 58 – 213, 203 (4) נו"ד פ"ד שר החינוך, בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עילית נ' שר החינוך, פ"ד נו"ד (4) 203, 213 – 58 (1979) 215 ((2002)). הזכות לחינוך מעוגנת בדברי חקיקה שונים בספר החוקים הישראלי. הזכות לחינוך אינה זכות חדשה עמנו, והיא נטועה עמוק בערכי היהדות ובמורשת ישראל. חשיבותה המכרעת של הזכות לחינוך נובעת מחיוניות החינוך למימוש זכויות האדם כפרט ולמיצוי האוטונומיה האישית שלו, כגורם המפתח את אישיותו ואת יכולותיו, ונותן בידי כוחות התמודדות ואפשרות לממש שוויון הזדמנויות בחברה בה הוא חי בנערותו ובבגרותו. הזכות לחינוך מקרינה על זכויות יסוד אחרות של האדם, כגון חופש הביטוי וחופש העיסוק. . . . [החינוך] הוא תנאי חיוני למימוש העצמי של הפרט, ולקיום חיי חברה תקינים.

(בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד סב(4) 571, פסי 51 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008) (אזכורים, פרט אחד, הושמט)).

68. לעניין מקורותיה וחשיבותה של זכות היסוד לחינוך, ראו גם:

סעיף 26 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948);

סעיף 13 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966);

U.N. Econ. & Soc. Council [ECOSOC], Comm. on Econ., Soc. & Cultural Rts., General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), U.N. Doc. E/C. 12/1999/10 (8 Dec. 1999);

בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 843-842 ((2002));

בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2006(1) 2562, 2569;

בג"ץ 6914/06 ארגון הורים ארצי נ' מדינת ישראל, תק-על 2007(3) 2525, 2532-2531;

בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203, 213-215 ((2002)).

69. "לא ניתן להפריז בחשיבותה" של הלמידה והחינוך לקידומו האישי של האדם, או במקומם

המרכזי בחייה התקינים של חברה מודרנית (בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר

החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 24 ((1996)). כלשונו של בית המשפט העליון:

**מדובר באחת הפונקציות החשובות ביותר של הממשלה והמדינה. החינוך הוא חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי חופשי, חי ומתפקד. הוא מהווה יסוד הכרחי למימושו העצמי של כל אדם. הוא חיוני להצלחתו ולשגשוגו של כל פרט ופרט. הוא חיוני לקיומה של חברה, שבה חיים ופועלים אנשים המשפרים את רווחתם ותורמים, בתוך כך, לרווחתה של הקהילה כולה.**

(שם (הדגשה הוספה)).

70. החשיבות של חינוך והזכות לו בחייה של חברה מודרנית גם הודגשה בפרשת המרכז

לפלורליזם יהודי, שם נקבע כי:

מימוש הזכות לחינוך נועד להשיג תכליות חברתיות. . . . החינוך הוא אמצעי חשוב לקידום ערכים דמוקרטיים חופשיים. הוא תנאי חיוני למימוש העצמי של הפרט, ולקיום חיי חברה תקינים. . . . החינוך, לבד מחשיבותו כזכות מהותית

של האדם, נושא עמו חשיבות גדולה גם מנקודת מבטה של החברה בכללותה. 'החינוך מעצב את פני החברה וקובע את דמותה, לא רק מבחינת הישגי הידע והמומחיות הנרכשים, אלא גם בעיצוב התשתית הערכית והמוסרית המאפיינת אותה'.

(פרשת **המרכז לפלורליזם יהודי**, הנ"ל, פסי' 51, 54 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008)).

71. לאור החשיבות העליונה של הזכות לחינוך בחייו של האדם ובחייה של החברה, סעיף 50 לאמנת ג'נבה הרביעית מטיל חובה על המעצמה הכובשת להבטיח את תפקודה התקין של מערכת החינוך בשטח הכבוש:

The Occupying Power shall, with the co-operation of the national and local authorities, facilitate the proper working of all institutions devoted to the care and education of children.

72. לעניין הזכות לחינוך במסגרת תחולתו של משפט זכויות האדם וחובותיה האקטיביות של המעצמה הכובשת בסוגיה זו ראו גם:

Jonathan Thompson Horowitz, The Right to Education in Occupied Territories: Making More Room for Human Rights in Occupation Law, 7 Y.B. Int'l Humanitarian L. 233 (2004);

Elisabeth Mottershaw, Economic, Social and Cultural Rights in Armed Conflict: International Human Rights Law and International Humanitarian Law, 12 Int'l J. Hum. Rts 449 (2008);

Noam Lubell, Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict, 87 Int'l Rev. Red Cross 737 (2005)

73. העותר אינו יכול לנוע בחופשיות בשעות הערב, דבר הפוגע ביתר זכויותיו בצורה אנושה. מקום עבודתו נגזל ממנו הקשיים שהוצבו בפניו לנוע מן ואל האוניברסיטה פוגעים ביכולתו להצליח.

### עקרון המידתיות

אחד מאותם עקרונות יסוד המאזנים בין המטרה הראויה לבין האמצעים להגשמתה הוא העיקרון של מידתיות (proportionality). על-פיו, ניתן להגביל את חירותו של הפרט כדי להגשים מטרות ראויות, ובלבד שההגבלה הינה מידתית. גישה זו חוצה את כל ענפי המשפט. (ראו: ז' סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" [55]; י' זמיר "המשפט המינהלי של ישראל. (סעי' 36 ו-38 מתוך פסק הדין בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל) (פורסם בנבו).

74. גם אם יסבור בית משפט נכבד זה כי באמור עד כה אין די בכדי לקבוע כי תקנה 110 והמדיניות שהתחיל בהפעלתה מחדש מכוחה אינן חוקיות, הרי שבנוסף לאמור עד כה, תקנה 110 אינה עומדת לעמדת העותרים בעקרון הפורפוזיציונאליות המקובל במשפט הבינלאומי, ואף לא בעקרון המידתיות הנדרש בהתאם למשפט הישראלי המינהלי חוקתי. נסביר.

75. בהתאם לפסיקתו רבת השנים של בית משפט נכבד זה, תוקפן של תקנות ההגנה ככלל נשמר גם לאחר חקיקת חוקי היסוד. עם זאת נקבע זה מכבר, כי למרות האמור, יש לפרש אותן ברוח הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
76. להלן יצביעו העותרים על כך שהמדיניות עצמה עומדת בסתירה מוחלטת לעקרון המידתיות והיא אינה צולחת אף אחד משלושת מבחני המשנה שנקבעו לבחינת העניין.
77. כאמור לעיל תקנות ההגנה אינן מתיימרות להציג איזונים הקשורים למניעת פגיעה מיותרת בזכויות אדם. המידתיות והאיזון הם עקרונות-על החולשים על מרחב שיקול הדעת של המשיב. כך בדרך כלל, וכך במקרה של הפעלת סמכות חריגה זו הגורמת לפגיעה במי שעומדת לטובתו חזקת החפות.
78. הצו אינו עומד במבחני המידתיות כפי שנקבעו. **מבחן התאמת האמצעי למטרה**: האם הוצאת הצו משיגה בהסתברות סבירה, את התכלית הראויה הנטענת? הדרישה בתקנות ההגנה היא שהצו יהיה "נחוץ ויעיל" לאחד האינטרסים המוגנים, כפי שתקנה 108 קובעת: "הבטחת שלומו של הציבור, הגנתה של ישראל, קיומו של הסדר הציבורי או דיכויים של התקוממות, מרד או מהומה".
79. דרישה זו יש לפרש כמחייבת תרומה משמעותית של הוצאת הצו לאחד מהאינטרסים המוגנים בתקנה, ואין להסתפק בכך שהצו מועיל לקידומו בכל מידה שהיא.
80. **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**: האם קיימים אמצעים אחרים המאפשרים את השגת המטרה הנטענת תוך פגיעה קלה יותר? כאמור לעיל, נמצאים הסדרים אחרים בחקיקה הישראלית שעשויים ליתן מענה פוגעני פחות. נראה שהמשיב בחר בשימוש בתקנות ההגנה בניסיון לעקוף את ההגבלות שהחקיקה העדכנית יותר הציבה בפניו ומנעה ממנו לצלוח אותן.
81. **מבחן המידתיות במובן הצר**: לעמדת העותרים, החלטת המשיב שכנגדה מוגשת עתירה זו, אף אינה צולחת את המבחן האחרון שבמסגרתו יש לבחון האם נזקי ההחלטה שהמשיב נתן עומדים ביחס ראוי לתועלת שתצמח מהפגיעה בעותר. כאמור, מחד אין חולק על הפגיעה הוודאית והאנושה בזכויות יסוד שונות שהחלטת המשיב מסבה לעותר. לעומת זאת, התכלית המיוחלת הנטענת לא נבחנה ונראה שלא ניתן לבחון אותה. משכך, ברי כי מבחן זה לא נערך על ידי המשיב ואילו היה עורך אותו ההחלטה לא הייתה צולחת אותו. השגת התכלית נשענת על השערות בלבד, כאשר מנגד הוא משתק את חייו של בחור צעיר בתחילת חייו, שכל שהוא מבקש זה ללמוד בלי הפרעה ולאפשר להתפרנס בכבוד.
82. גם אורכו של הצו, למשך 4 חודשים, אף הוא בלתי מידתי. הדברים אמורים ביתר שאת לאור העובדה כי הצו הוחל מיד, עוד בטרם ניתנה לעותר זכות טיעון ראויה.
83. לסיכום העותרים יטענו כי הצו ניתן בחוסר סמכות, שכן תקנות ההגנה ככל, וסעיפים 110-108 בפרט, אינם תקפים יותר, נוכח קיומם של הסדרים עדכניים יותר המשקפים את רצונו של המחוקק.

84. לחילופין, יטענו העותרים, כי אף אם בית המשפט הנכבד יימנע מלהכריז על ביטולן של תקנות ההגנה הרלוונטיות לעניין עתירה זו, כי ההליך שנקט בו המשיב בעניינו של העותר הוא הליך לא הוגן, בלתי סביר ובלתי מידתי. לאור האמור מתבקש בית המשפט הנכבד להתערב בעניינו של העותר ולקבוע כי באופן הפעלת הסמכות של המשיב נפלו פגמים קשים הדורשים את ביטולו.

85. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מתחת ידיו צו על תנאי כמבוקש בראש העתירה, ולאחר שישמע את המשיבים להפכו לחלוט.

13 בפברואר, 2020

---

נדיה דקה, עו"ד  
ב"כ העותרים

[ת.ש. 109575]