

בעניין:

אבו-מור ואח'

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

העותרים

- נ ג ד -

אלוף פיקוד דרום ואח'

המשיבים

תגובה מטעם העותרים לתגובת המשיבים

בהתאם להחלטת כבוד השופט אלון מיום 1.11.2007, מתכבדים העותרים להגיש תגובתם לתגובה המקדמית מטעם המשיבים, כדלקמן:

1. עניינה של העתירה בבקשת העותר 1, תושב ישראל, להיכנס לרצועת עזה, כדי לבקר את אשתו ובנו הפעוט בן השנה, העותרים 2 ו-3, המתגוררים שם.
2. לעמדת המשיבים, כפי שהובאה בתגובתם המקדמית, למשיב אין לכאורה כל זכות לבקר את בני משפחתו ברצועת עזה, ובשל "מניעה ביטחונית" מוצדק, לעמדתם, למנוע מהעותר לפגוש את אשתו ובנו הפעוט ולמעשה, לפרק את התא המשפחתי.

מדיניות המשיבים ביחס לכניסת ישראלים לרצועת עזה

3. על פי סעיף 24 לחוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, בידי אלוף פיקוד הדרום נתונה הסמכות להתיר כניסת ישראלים לרצועת עזה. ככלל מקום בו ניתנת סמכות בידי רשות שלטונית, הרי גם בענייננו הפעלת סמכות זו כפופה לכללי המשפט המינהלי:

גם כאשר מדובר על סמכות שבשיקול דעת, אין היא נטולת מסגרת נורמטיבית. על כל שימוש בשיקול דעת מינהלי חלים הכללים המקובלים בדבר סבירות, הגינות, תום לב, היעדר שרירות והפליה ואמות מידה כיוצא באלה...

גם אם הרשות ממאנת להפעיל סמכות שבשיקול דעת ניתן לבחון הימנעותה האמורה מפעולה לפי אמות המידה המקובלות בעת בחינתן של סמכויות סטטוטורית, היינו ניתן לבחון אם ההימנעות משימוש בסמכות נבעה משיקולים סבירים או שמא חייב מכלול הנסיבות את הפעלת הסמכות.

(בג"ץ 4540/00 אבו-עפאש נ' שר הבריאות, תק-על 2006(2), 2017, עמ' 2023; וראו גם בג"ץ 297/82, ברגר נ' שר הפנים, פד"י לז(3), 29).

4. המשיבים מציינים בתגובתם כי המדיניות הנוהגת הינה שלא להתיר ככלל כניסת ישראלים לרצועת עזה. אך ככל שמדובר בכניסת ישראלים לביקור בני-זוגם וילדיהם ברצועה, הרי שהמדיניות הנוהגת היא דווקא **להתיר** את הכניסה. ואכן, המשיבים מתירים למאות אזרחים ותושבים ישראלים, הנשואים לפלסטינים המתגוררים ברצועת עזה, להיכנס באופן שוטף ויומיומי לרצועת עזה – גם לאחר ביצוע "תוכנית ההתנתקות" וגם לאחר פרוץ האירועים האלימים ביוני 2007. על כן, כאשר החליטו המשיבים שלא להתיר את כניסתו של העותר לביקור זוגתו ובנו הפעוט, הרי הם עשו זאת **באופן חריג ובשונה מהכלל הנוהג במקרים כאלו**.

זכותו של העותר לבקר את בני משפחתו ברצועת עזה

5. המשיבים טוענים כי "חופש התנועה של העותר אינו כולל את הזכות להיכנס לשטח רצועת עזה". העותרים חולקים כמובן על קביעה זו וסוברים כי הזכות לצאת מישראל לכל מקום הינה חלק מחופש התנועה של כל אדם לעזוב את ארצו. אך מעבר לזכותו של העותר להיכנס לרצועת מכח זכותו הכללית לחופש תנועה, הרי **שזכותו להיכנס לרצועת עזה נובעת בראש ובראשונה מהזכות לחיי משפחה**. חופש התנועה בענייננו אינו אלא האמצעי למימוש הזכות העיקרית – הזכות לחיי משפחה, על כל הכרוך בה, ובכלל זה הזכות לבחירת בן הזוג והקמת תא משפחתי, הזכות להורות וטובת הילד.

6. והנה, על אף שהזכות לחיי משפחה היא הזכות המרכזית העומדת על הפרק, מתעלמים ממנה המשיבים בתגובתם, כאילו אין המדובר אלא בעניין שולי שאינו ראוי להתייחסות. אין מנוס מלהסיק כי המשיבים לא העניקו משקל ראוי לחיי המשפחה של העותרים עת ערכו את האיזון בין צרכי הביטחון לבין זכויות העותרים (ומתגובתם עולה הרושם כי אף לא שקלו זאת כלל). והלא העותר אינו מעוניין להיכנס לרצועת עזה סתם כך, אלא כדי לממש את זכותו הבסיסית כל כך - לראות את אשתו ואת בנו הקטן.

7. אין צורך להכביר מילים אודות חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה, המהווה אחת מזכויות האדם היסודיות והמרכזיות ביותר. זכות שהועלתה על נס בפרשת עדאלה (בג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, תק-על 2006(2), 1754), כזכות אדם ראשונה במעלה, אשר בכדי לפגוע בה נדרשים נימוקים ביטחוניים משמעותיים וכבדי משקל במיוחד.

ראוי להזכיר בעניין זה כי בפרשת עדאלה טענו המשיבים כי הוראת השעה, האוסרת על איחוד משפחות של ישראלים עם בני זוגם הפלסטינים בישראל, "איננה מונעת התקשרות לחיי משפחה, איננה מונעת בחירה אוטונומית בבן הזוג, ואיננה מאיינת את הזכות לחיי משפחה מעיקרה, אלא היא אינה מאפשרת את מימושה של הזכות במדינת ישראל דווקא" (סעיף 14 לפסק דינו של הנשיא ברק בפרשת עדאלה).

ואכן, בשל חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, העותר אינו יכול להביא את בני משפחתו לארצו ולחיות יחד עמם בישראל, ונאלץ לבקרו ברצועת עזה. עתה מבקשים המשיבים לאסור על העותר גם אפשרות זו ובכך, כדבריהם, אכן לאיין את הזכות לחיי משפחה מעיקרה.

הטענה בדבר "המניעה הבטחונית"

8. כאמור, לשם פגיעה בזכות לחיי משפחה, נדרשים נימוקים ביטחוניים משמעותיים וכבדי משקל. מובן כי גם אז על הפגיעה להיעשות באופן מידתי ומצומצם ככל האפשר.
9. על פי טענת המשיבים, ההצדקה להרס חיי המשפחה של העותרים ולחריגה מהכלל, לפיו מתירים כניסת ישראלים לביקור בני-זוגם וילדיהם ברצועת עזה, הינה קיומה של "מניעה ביטחונית" ביחס לעותר, הנובעת לטענתם מ"קשרי בני משפחתו לפעילי טרור".
10. מטענת המשיבים עולה, אם כן, כי למשיבים אין כל טענות ביטחוניות כלפי העותרים עצמם. מתברר כי המניעה הביטחונית הנובעת לכאורה מן העותר – אינה נובעת ממנו כלל. ההפך הוא הנכון: מתשובת המשיבים עולה כי לעותר אין יד ורגל בפעילות כלשהי, המהווה סכנה ביטחונית (גם יש להניח כי אילו העותר, שהוא תושב ישראל, היה מעורב בפעילות אסורה כלשהי, הרי היה נעצר ונחקר מיד). מהתשובה עולה אף כי זוגתו של העותר אינה מעורבת בפעילות כזו. למעלה מכך – על פי עמדת המשיבים אפילו בני משפחתו של העותר אינם מעורבים ב"פעילות טרור" כלשהי!
11. טענתם של המשיבים מרחיקה הרבה מעבר לכך – מעבר למעשיו של העותר, מעבר למעשיה של זוגתו ואף מעבר למעשי בני משפחתו. הטענה הינה כי העותר קשור לבני-משפחה, אשר קשורים לאנשים אחרים – אשר הם אלו המעורבים בדרך כלשהי ב"פעילות טרור", כהגדרתם. כך, על סמך טענה מרחיקת לכת זו, מבקשים המשיבים לנתק בין העותר לבין אשתו ובנו הפעוט ולנפץ לרסיסים את התא המשפחתי.
12. פגיעה כזו בעותרים מנוגדת בתכלית לכלל הידוע, על פיו אין פוגעים באדם על חטאו של אחר. כדבריו של השופט חשין:

נטעתי עצמי בעקרון-יסוד במשפט, וממנו - כך אמרתי - לא אנוע לא הימין ולא השמאל. ואותו עקרון-יסוד כולנו ידענו ושנינו מאז היותנו: איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת. וכדבר הנביא:

"הנפש החוטאת היא תמות בן לא ישא בעוון האב ואב לא יישא בעוון הבן, צידקת הצדיק עליו תהיה ורישעת הרשע עליו תהיה" (יחזקאל יח כ). אין עונשין אלא -אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו. זו תורת משה והוא הכתוב בספר תורת-משה: "לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות כי אם איש בחטאו ימות" (קרי: יומת) (מלכים ב יד ו).

[...] ערכים שהם ערכינו, ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכונו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה.

(בג"צ 2006/97 אבו פארה נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2), 651, עמ' 654-655).

וראו גם:

בג"צ 7015/02 עגירי נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2002(3), 1021, עמ' 1030 ;
 בש"פ 4920/02 פדרמן נ' מדינת ישראל, תק-על 2002(2), 2130, עמ' 2131 ;
 בג"צ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מו(3), 693, עמ' 706-707.

סבירות ומידתיות

13. קבלת העמדה לפיה ניתן לפגוע אנושות בזכויותיו של אדם בשל מעשיהם של אחרים היא בלתי סבירה ובעלת משמעויות מרחיקות לכת – במיוחד כאשר מדובר בקירבה שאין בה קשר ישיר, ובפגיעה קשה כל כך בזכות מרכזית כמו הזכות לחיי משפחה.

14. יש להניח כי אם הולכים רחוק מספיק ניתן לקשר כמעט כל אדם – במיוחד במקום צפוף כרצועת עזה – לאדם שהוא לכאורה "פעיל טרור". ההסתמכות על קשרים רחוקים ובלתי ישירים כנימוק לגיטימי לפגיעה קשה בזכויות, עד כדי פירוק משפחות, היא בלתי מידתית ובלתי סבירה בעליל. התוצאה של מהלך כזה היא יצירת מעגלים רחבים ועצומים של אנשים אשר זכויותיהם נפגעות, אף שהם עצמם **תמימים** ואינם מעורבים בכל "פעילות טרור" ואף אין להם קשר ישיר למישהו המעורב בפעילות כזו.

15. לשם המחשת היקף הפגיעה, ננסה לתאר את מעגל האנשים סביב אדם שהוא "פעיל טרור", כהגדרת המשיבים, ואשר לעמדתם ניתן לפגוע בזכויותיהם רק בשל מעשיו של אותו פעיל. נניח כי לפעיל יש חמישה ילדים ועשרים נכדים. יש לו גם חמישה אחים ועשרים אחיינים, חמישה דודים ועשרים בני דודים, שגם להם ילדים משלהם. כמובן שהיקף המניעה חל גם על בני זוגם של כל הקרובים. והנה הגענו למעגל של **למעלה ממאה בני-אדם – ואולי אף כמה מאות – אשר המשיבים מבקשים לפגוע בזכויותיהם בלא כל אשמה מצדם.**

16. **אך המשיבים אינם עוצרים כאן.** המשיבים ממשיכים ומרחיקים לכת, ומבקשים להרחיב את היקף המעגל גם לבני משפחתו של כל אדם אשר "קשור" לאותו פעיל. אם נניח שאדם "קשור" בדרכים שונות לפחות לכמה עשרות בני אדם, נגיע למסקנה כי סביב כל אדם המעורב לכאורה ב"פעילות טרור" **מבקשים המשיבים ליצור מעגל של אלפי בני אדם תמימים, אשר ניתן לפגוע אנושות בזכויותיהם, עד כדי קריעת משפחותיהם וניתוקם המוחלט מאחיהם, הוריהם ואפילו ילדיהם.**

מדובר בפגיעה קולקטיבית קשה וגורפת, בלתי סבירה ובלתי מידתית, המהווה הפרה קיצונית של הכלל הבסיסי והעקרוני על פיו אין פוגעים באדם על חטאו של אחר.

17. ויפים לענייננו דבריו של הנשיא ברק בפרשת עדאלה (בסעיף 21 לפסק דינו):

אין אפשרות לקיים הבחנה חדה בין מעמד זכויות האדם בעת לחימה ומעמדן בעת שלום. קו הגבול בין טרור לרגיעה הוא דק. כך בכל מקום. כך בוודאי בישראל. אין אפשרות לקיים אותו לאורך זמן. עלינו להתייחס לזכויות האדם ברצינות הן בעת לחימה והן בעת רגיעה. עלינו להשתחרר מהאמונה התמימה, כי עם חלוף הטרור ניתן להשיב את מחוגי השעון אחורה.

סיכומם של דברים

18. מניעת ביקורו של העותר ברצועת עזה משמעותה ניתוק מוחלט בין בני המשפחה, בין בעל לאשתו, ובין אב לבנו הפעוט – ולמעשה קריעת התא המשפחתי לגזרים. פגיעה אנושה כזו בחיי המשפחה של העותרים, במיוחד לאור נימוקים ביטחוניים אשר גם לעמדת המשיבים, לעותרים עצמם אין בהם יד ורגל, היא קיצונית ביותר, בלתי סבירה ובלתי מידתית.

לאור האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי, כמבוקש בעתירה.

עידו בלום, עו"ד

ב"כ העותרים

8 בנובמבר, 2007

[ת.ש. 50421]