

1. תגובה, ת"ד 1  
2. תגובה לתגובה הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר

ע"י ב"כ עו"ד עביר גיורצמן-זכורר ו/או נאטר עוזיה ואח'י  
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

וכן ע"י ב"כ עו"ד עידו בלוט  
עירו בלוט, משרד עורכי-דין

שכתובתם לצורך המצאת כתבי בית-דין הינה:  
רח' אבו עוביזה 4, ירושלים  
טל': 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרות

- נ ג ד -

#### אלוף פיקוד הדרום

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים  
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים  
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיב

### תגובה מטעם העותרות

### לתגובה המקדמית מטעם המשיב

בשל לוח הזמנים הצפוף, ובכפוף למתן החלטה בבקשה להגשת תגובה שהוגשה אתמול, ה-  
10.7.2016, העותרות מתכבדות בזה להגיש תגובה מטעמן לתגובה המקדמית מטעם המשיב,  
כלדקמן:

1. המשיב, בתגובתו, מנסה לטשטש את העובדה כי לא מדובר בבקשה נקודתית להיכנס  
לרצועת עזה – כי אם בבקשתה של העותרת, המתגוררת עם בעלה וילדיה בעזה מזה כ-13  
שנה, להמשיך ולהתגורר בביתה עם משפחתה.
2. יצוין, כי המוקד להגנת הפרט מסייע מזה למעלה מעשרים שנה למאות נשים ישראליות  
השוהות ומתגוררות ברצועת עזה עם משפחותיהן, באמצעות היתרים. זוהי הפעם  
הראשונה אי פעם בה נתקל המוקד בהחלטה שלא להאריך או לחדש את היתר השהייה  
למי שמתגוררת ברצועה – החלטה שפירושה למעשה סילוקה מביתה והפרדתה  
ממשפחתה.

### החלטות המשיב פירושה גירוש העותרת מביתה וממשפחתה ופירוק התא המשפחתי

3. למרבה הצער, עולה הרששו כי המשיב מתייחס למקרה כמקרה סטנדרטי של "בקשת כניסה לרצועת עזה", ודרך התעלמות מוחלטת מכך שמדובר בהחלטה קיצונית וחסרת תקדוּי, שבה נדרשת אישה לעזוב את משפחתה וביתוה.
4. ודוק: החלטות המשיב אינה "שלא להתיר את כניסתם של העותרים לרצועת עזה" (כאמור למשל בטעיף 4 לתגובה; הטעות במקור). החלטת המשיב היא למעשה לחייב את העותרת לאסוף את מטלטליה, להיפרד מבעלה ומילדיה, ולעזוב את ביתה.
5. האמירות בתגובת המשיב כי "לא מצא לנכון לאשר את כניסת העותרת לרצועת עזה" (בסי' 21 לתגובה) וכי "לא נפל כל פגם בהחלטתו שלא לאשר את כניסת העותרת לרצועת עזה" (בסי' 22 לתגובה) וכן ההתייחסויות החוזרות ונשנות ל"כניסה לרצועת עזה" כמעט בכל אחד מסעיפי התגובה (ראו סעיפים 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21 ו-22) מעידות על חוסר הבנה בסיסית של נסיבות העניין ומשמעותה של החלטה הקיצונית – או למצער התעלמות בוטה מהן.
6. גם התשובה עובר להגשת העתירה (נספח ע/8) עסקה כביכול ב"בקשה ליציאה מישראל לרצועה" ונכתב בה כי "הוחלט כי לא תותר יציאתה של מרשתכם אל הרצועה".
7. בדומה לכך, גם הסתמכות המשיב לצורך ביסוס החלטתו, כביכול, על פסיקה העוסקת ב"ביקורים הומניטאריים" או "ביקורי קרובים" ברצועת עזה היא מופרכת ומעידה על שיקול דעת לקוי ומוטעה בעת קבלת החלטה הקשה.
8. חיי המשפחה של העותרת בביתה ברצועה, חייה עם בעלה ושמונת ילדיה, הנזק העצום שייגרם לבני המשפחה כולם מפירוק התא המשפחתי – כל אלה מתמצים בתגובת המשיב באמירה רפה על כך ש"במהלך השנים נהגה העותרת לשהות תקופות ארוכות ברצועת עזה" (סי' 5 לתגובה) וכי "בשים לב לכך שמדובר בבקשה לחידוש היתר קיים, נערך הליך בחינה נוסף" (אמצע סי' 7 לתגובה).
9. זאת ועוד, בניסיון לשוות למגוריה של העותרת ברצועת עזה עם משפחתה אופי של "שהייה ארעית", מתאר המשיב כי במועדים שונים לאורך השנים העותרת "שבה מעת לעת לשטחי מדינת ישראל, לעתים לתקופה בת מספר שעות..." ובהמשך מצוינים מועדים בהם "שבה לישראל לתקופה של מספר שעות על מנת לחדש את היתר שהייתה" (סי' 5 לתגובה). אותן "תקופות בנות מספר שעות", אינן אלה המקרים בהם הגיעה מביתה שברצועת עזה למחסום ארז, המתינה בשטח המעבר עצמו לחידוש היתר (דבר אשר למרבה הצער אורך מספר שעות), ומיד לאחר מכן חזרה לילדיה ולביתה שברצועה.

### הפגיעה הקשה בזכויות יסוד הכרוכה מחיוב העותרת לעזוב את ביתה ומשפחתה

10. יפיע הז בריכו אשר נפסקו ויחס להוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו למקום אחר:

"נקודת המוצא העקרונית הינה כי הוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו הכפויה למקום אחר פוגעו קשות בכבודו, בחירותו וביקוינו. ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי של אדם, של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים... כמה זכויות אדם בסיסיות נפגעות בשל עקירתו הלא רצונית של אדם מביתו והעברתו למקום אחר" (בג"ץ 7015/02 ע'גורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 365, 352 (2002)).

11. עוד ראוי לציין, את שנפסק בעניין "חוף עזה" לגבי פגיעתו של חוק יישום תכנית ההתנתקות

בזכויות יסוד חוקתיות של מי שפוננו מכוחו מן ההתנחלויות ברצועת עזה:

"חוק יישום ההתנתקות פוגע בכבוד האדם של הישראלים המפונים. כבוד זה מוגן בסעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע:

'אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם'.

יישום ההתנתקות מנתק את הישראלי המפונה מביתו, מסביבתו, מבית הכנסת שלו ומבית הקברות שבו קבורים מתיו. הוא פוגע באישיותו. אכן, ביסוד כבוד האדם זכות חוקתית '...עומדת ההכרה, כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו...' (בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, בעמ' 827, מפי השופט ברק). באחת הפרשות עמד השופט מ' חשין על כך כי 'המשפט מכיר באוטונומיה של הפרט לגבש את רצונו כנראה לו על-פי 'טובתו': הפרט הוא המחליט על 'טובתו' שלו: 'טובתו' היא רצונו ורצונו הוא 'טובתו'. 'רצון' מפורש או משתמע כולל בחובו את טובתו של אדם, 'טובתו' של אדם נחבאת בין קפליו של רצונו' (דני"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, בעמ' 95-96). ברוח דומה עמד השופט אור על זכות יסוד של האדם לאוטונומיה, כלומר הזכות '...להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה' (ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמלי", חיפה [74], בעמ' 570). בהתייחסו לתוכנה של זכות זו קבע השופט אור:

'זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו – היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה; במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של כל פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדיר את אישיותו ואת חייו של הפרט...'

הזכות לאוטונומיה של הפרט אינה מתמצה במובן צר זה, של אפשרות בחירה. היא כוללת גם רובד נוסף – פיזי – של הזכות לאוטונומיה, הנוגע לזכויות של אדם כי יעבדו ל"פשוטו" (שם, בעמ' 570-571).

המקור המשפטי של זכות זו הוא בזכות החוקתית של כבוד האדם. כותב השופט אור:

'ההכרה בזכותו של אדם לאוטונומיה היא רכיב בסיסי בשיטת המשפט שלנו, כשיטת משפט של מדינה דמוקרטית... היא מהווה את אחד הביטויים המרכזיים לזכותו החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו' (שם, בעמ' 571) [...]

אכן, הפינוי הכפוי של הישראלים מהשטח המפונה פוגע בכבוד האדם שלהם. הוא פוגע בכבוד האדם של כל ישראלי מפונה.

הנה-כי-כן, פינוי הישראלים מהשטח המפונה פוגע במגוון זכויות אדם המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק. ביטוי לכך כי הוצאתו של אדם מסביבתו הטבעית מהווה פגיעה בכמה זכויות אדם נתן הנשיא ברק באחת הפרשות, בציינו:

'...הוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו הכפויה למקום אחר פוגעת קשות בכבודו, בחירותו ובקניינו. ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי של אדם, של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים...' (פרשת עגירי, בעמ' 365; ראו גם דברי השופט שטרסברג-כהן בע"א 8398/00 כץ נ' קיבוץ עין צורים, בעמ' 623).

המסקנה היא אפוא כי חוק יישום ההתנתקות פוגע בזכויות אדם המעוגנות בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם" (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 559-563 (2005)).

12. פסק הדין בעניין "חוף עזה" עסק בפינויים של ישראלים אשר התגוררו בהתנחלויות ברצועת עזה, ואשר פונו משם במסגרת תכנית ההתנתקות – בהתאם לאותו חוק עצמו עליו מבקש המשיב להסתמך גם עתה. בהקשר זה חשוב להדגיש:

13. בניגוד לפינוי המתנחלים, במקרה הנוכחי לא מדובר בפינוי של משפחות מן השטח המפונה כפי שהן והעברתן לתוך ישראל – כי אם בסילוקה של העותרת מביתה ומשפחתה, תוך קריעת התא המשפחתי. משכך, מעבר לכל האמור, קיימת בענייננו פגיעה הרסנית בזכות היסוד לחיי משפחה.

14. זאת, משום שבניגוד למתנחלים אשר פונו מן השטח, העותרת ובני משפחתה אינם רשאים להתגורר יחד בישראל, ונאסר עליהם לממש את הזכות לחיי משפחה בישראל.

15. כגמיר בעתירה, איסור זה, שישודו בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), הוסיף-2003, אושר על ידי בית המשפט הנכבד על דקת הקביעה וההחלטה לפיה "החוק אינו מונע מן-אזרחי ישראל להימשך לנ-זוג מהאזור, הוא גם אינו מונע מן-הזוג הישראלי לממש את זכותו לקיים חיי-משפחה באזור" (בג"ץ 7052/03 עזאלה נ' שר הפנים, כ"ד 10 לפסק דין של רוב השופט רובין (פורסם בנבו, 14.5.06)).

16. יוער, כי בעת יישום תכנית ההתנתקות התגוררה כבר העותרת ברצועת עזה. אלא שבניגוד למתנחלים, העותרת לא נדרשה אז לעזוב את ביתה ולא פונתה מן "השטח המפונה". גם אף אחד מבני המשפחות החצויות האחרות לא נדרש לכך.

### פגיעה קיצונית ובלתי מידתית בזכויות יסוד

17. כאמור, חיוב העותרת לעזוב את ביתה ומשפחתה ייפגע אנושות בזכויות היסוד של העותרת, של בעלה ושל ילדיה. הוא יוביל למעשה להרס המשפחה. משכך, **ההחלטה הנוכחית היא בלתי מידתית ובלתי סבירה באופן קיצוני.**

18. יודגש, כי בעבר ידע גם המשיב למצוא פתרונות יצירתיים אשר לקחו בחשבון שיקולים ביטחוניים שונים, תוך הימנעות מהרס התא המשפחתי. כך, למשל, בעקבות עתירה אשר הגישה עותרת בשנת 2009 (בג"ץ 10103/09), אישר המשיב את כניסתה לביתה ברצועת עזה בכפוף לכך ש"ככל שהעותרת תצא מרצועת עזה, לא תאושר בקשה נוספת שלה להיכנס לרצועת עזה במהלך השנה הקרובה, אלא אם תתעורר סיבה מיוחדת או חריגה שתצדיק זאת".

העתק מכתב ב"כ המשיב מיום 26.1.10 בבג"ץ 10103/09 מצורף ומסומן א'

19. יש לציין כי אפילו במקרים בהם דובר בשהיית פלסטינים בישראל, ובהתנגדות ביטחונית להמשך שהייתם עם משפחותיהם בישראל, קבע בית המשפט הנכבד במקרים מסויימים כי יש למצוא פתרונות אשר יימנעו את פירוקו של התא המשפחתי, כפי שנפסק בעניין דקה :

"לפנינו עותרת אשר קשרה את חייה בקשר הדוק למדינת ישראל ומקיימת בה עם בן זוגה הישראלי תא משפחתי מזה שנים רבות, כך שהחלטת המשיב עתידה לגרום לפירוקו תוך פגיעה קשה בעותרת, בן זוגה וילדיהם. בנסיבות מורכבות אלו, מסכימה אני עם חברתי כי האיזון הראוי בין מכלול השיקולים מחייב מציאת פתרון שיאפשר להתיר את שהייתה של העותרת בישראל בעת הזאת, תוך יצירת מסגרת שתסייע בהקטנת פוטנציאל הסיכון הביטחוני העקיף הטמון בהתרת שהייתה" (בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים 34 (פורסם בנבו, 22.2.10)).

### פגיעה בזכויות יסודיות בשל סכנה הנובעת מאחרים

20. על אף הטיית הקיצונית וההחלטות חוזרמטית והטרות החקדיים, לא הציג המשיב נימוקים של ממש להחלטתו, והטותיק ב"כיו אזה" כללית ומעורפלת בנו נטען כי "העותרת מצויה בקיפון ערכי עמלילס בהתאחדות בלתי מותרת".

21. צוין, כי לפני מספר שנים עתרה לבית המשפט הנכבד בתה של העותרת (היחידה מבין תשעת ילדיה המתגוררת בישראל), בבקשה להיכנס לביקור ברצועת עזה (בג"ץ 5034/09 נבאבטה נ' אלוף פיקוד הדרום). בתגובה לעתירה טען אז המשיב כי לא ניתן לאפשר את הביקור משום ש"בני משפחתה של העותרת (שהיא בתה של העותרת הנוכחית) מדרגה שנייה מעורבים עמוקות בפעילות חבלנית עוינת". במהלך הדיון החסוי התברר כי חלק מן החומר אשר נטען כי הוא "חסוי" אינו חסוי כלל, וחלקו אף פורסם בתקשורת. אי לכך הורה בית המשפט הנכבד למשיב "לבחון את האפשרות ליתן פרוט גלוי נוסף של המניעים למניעת המעבר לרצועת עזה ולבחון אפשרות לפתרונות ביניים" (בג"ץ 5034/09, החלטה מיום 1.7.09). בעקבות זאת, הגיש המשיב הודעה מפורטת, אליה צורפו כ-35 עמודים של תמלילי הודעות משטרתיות. בהודעה נטען כי "קיים מידע לפיו דודה של העותרת (דהיינו אח-בעלה של העותרת הנוכחית), אחמד והבה, הסתייע בישראלים במטרה לבצע פעילות ביטחונית בתוך ישראל...".

22. חזקה על המשיב כי עמדתו הנוכחית מבוססת על טענות שונות בתכלית, שכן מידע גלוי זה לא פורט בתגובה הנוכחית. יחד עם זאת, עולה מן ה"פרפראזה" הדלה שהוצגה כי גם הפעם הבסיס להחלטה אינן פעולות אסורות או מסוכנות אשר בצעה העותרת, או פעילות או חברות של העותרת בארגון כלשהו, כי אם בעובדה כי העותרת מצויה ב"קשר" כלשהו עם אחרים, אשר הם "פעילים בהתאחדות בלתי מותרת" – התאחדות שהמשיב אף נמנע מאזכור שמה או טיבה.

23. כאשר מדובר באיזון בין חירותו וכבודו של אדם לבין שיקולי ביטחון, הנחת היסוד הינה כי השימוש בכלים ואמצעים, הפוגעים בחירותו וכבודו של אדם מותר רק כאשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה. תוצאות האיזון תהיינה שונות במקרים שונים, בהתאם לגודל והיקף הפגיעה של אותו אמצעי מנע בחירות ובהתאם לגודל הסכנה, אך נוסחת האיזון הבסיסית נותרת זהה, ועקרון היסוד נותר זהה.

כך ניסח המלומד מאן עקרון זה:

Under the Court's jurisprudence, the essence of a preventive sanction is that it is addressed to a proven source of danger – an individual against whom evidence of dangerousness has been presented and a determination of actual dangerousness made... It must be shown that the particular person presents a risk, a risk that his or her own actions will endanger the security of the area in the

future" (K. Maun, *Judicial Review Of Israeli Administrative Actions Against Terrorism: Temporary Deportation Of Palestinians From The West Bank To Gaza*, Middle East Review of International Affairs, Vol. 8, No. 1 (March, 2004), p. 31).

24. על פי עקרון זה, הפגיעה בהירונו של אדם שממנו עצמו לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה הינה בהפרת גלוי מידעית, בלא ונלות בגודל הסכנה והביטחונית, כלומר לא מדובר בשאלה של איזון "כמותי". כן נקבע, למשל, בעניין פגיעה בחירותו וכבודו של אדם בדרך של מעצר מינהלי:

"אכן, המעבר ממעצרו המינהלי של אדם שממנו נשקפת סכנה לביטחון המדינה למעצרו המינהלי של אדם שממנו לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אינו מעבר "כמותי", זהו מעבר "איכותי"..."

הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של בטחון המדינה מובילים לנקיטה בצעד זה... 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 אדם וכבודו לרמה חוקתית-על-חוקית" (דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1), 721, עמ' 743-744).

25. בית המשפט קבע כי אותה נוסחת איזון חלה על כל פגיעה בחירותו האישית של אדם:

"בנסיבות מיוחדות וחריגות, נוקטת המדינה אמצעי מנע שנועדו להגן על קיומה, על דרך הצבת מחסומים אשר יקשו על האדם להגשים את פשעו המתוכנן. מחסומים אלה מתבטאים, לא אחת, בהגבלת חירות האדם בהיקף כזה או אחר. הגבלת החירות האישית היא פגיעה כבדת משקל בזכות יסוד של הפרט. היא נסבלת רק מקום שחיוניותה הוכחה להשגת אינטרס ציבורי הכרחי וכבד-משקל.

הצורך באיזון דומה עולה בשיטתנו בהקשר למעצרים מינהליים... איזון זה מניח... כי ניתן לאפשר - במדינה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון - מעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה... הטעמים לעמדה זו הם שניים: ראשית, הפגיעה של מעצר מינהלי בחירות ובכבוד של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה היא קשה... שכן היא פוגעת בחירותו של אדם - חירות המוגנת בישראל ברמה חוקתית-על-חוקית - בלא משפט ובלא פסק-דין" (בג"צ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1), 320, עמ' 330. ההדגשות הוספו).

26. עקרון-על זה, לפיו אין משתמשים באמצעייה המגבילים את חירותו של אדם אלא בשל סכנה הנובעת ממנו עצמו, בא לידי ניטוי בפסיקה בהקשרים שונים. בפסיקה הודגש כי עקרון זה אינו חל רק ויחוט לנקיטת אצדים עונשיים (בבחירת "איש וזכאיא יומת"), אלא אף ביחס לצעדים מניעוניים. כך, למשל, נאמר לגבי צו פיקוח משטרת על תנועותיו ומקום מגוריו של אדם:

"כאן המקום להזגיש, לשם הסרת כל ספק, כי הסמכות, שתחומיה הותוו בתקנה 110, איננה יכולה להיות מופעלת כדי לענוש את פלוני על מעשיו בעבר או כדי לשמש תחליף להליכים פליליים. הסמכות היא מניעתית, היינו פנייה אל העתיד, ואין לעשות בה שימוש, אלא אם כן מתחייב הדבר כדי למנוע סכנה צפויה..."

לא ניתן היה להפעיל את הסמכות 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..." (בג"ץ 554/81 בראנסה נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד לו(4), 247, עמ' 250-249. ההדגשות הוספו).

וכך גם לגבי תיחום מקום מגוריו של אדם:

"נמצא, כי ביסוד הפעלת שיקול הדעת בדבר תיחום המגורים מונח השיקול הבא למנוע סכנה מהאדם שאת מגוריו מבקשים לתחס. אין לתחום מקום מגורים של אדם תמים שממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה... 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 לתחס את מקום מגוריו. לא ניתן לתחס את מקום מגוריו של בן משפחה תמים שלא שיתף פעולה עם פלוני, או של בן משפחה לא תמים אשר לא נשקפת ממנו סכנה לאזור [...]."

מאופיינו כמדינה דמוקרטית שוחרת חופש וחירות מתבקשת המסקנה כי אין תוחמים את מקום מגוריו של אדם אלא אם אותו איש בעצמו, במעשיו שלו, מהווה סכנה לביטחון המדינה... ודוק: מטרת התיחום אינה הענשה. מטרתה מניעה. היא לא נועדה להעניש את מי שמקום מגוריו תוחם. היא נועדה למנוע ממנו מלהמשיך ולהוות סיכון ביטחוני" (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2002(3), 1021, עמ' 1030).

27. למעשה, המקרה היחיד בו נקבע כי ניתן לשקול סכנה ביטחונית הנובעת לא רק מהאדם עצמו אלא אף מבן משפחתו מדרגה ראשונה, הינו ביחס לשיקולי שר הפנים בעניין הענקת מעמד ואזרחות בישראל. שכן לא מדובר בשימוש באמצעי מנע המגבילים את חירותו של



אדנה, אלא בהעניקת מעמד מיוחד בעל משמעויות רבות וגרחבות (לעניין מעמדה המיוחד של הזכות לאזרחות ראו למשל: בג"צ 3648/97 טטמקה נ' שר הפנים, פ"ד (ג) 728, 790; בג"צ 2597/99 וז'ריגז-טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נט(6), 721, עמ' 757-756; בג"צ 8093/03 ארטמייב נ' נשוי' הפנים, פ"ד נט(4), 577, עמ' 584).

בית המשפט עמד על ההבחנה בהקשר זה בין הענקת מעמד בישראל לבין השימוש באמצעי מנע בפרשת אמארה:

"יש לזכור כי ענייננו בהענקת מעמד חוקי בישראל. אין המדובר בשימוש בסנקציות או באמצעי מנע נגד תושבי האזור, כגון מעצרים מינהליים ותיחום מקום מגורים... נוכח אופיים המיוחד פסקנו לא פעם כי ניתן לנקוט בהם רק כלפי מי שהוא עצמו מהווה סיכון לבטחון... לא כך בעניין אי מתן מעמד חוקי בישראל לתושב האזור" (בג"צ 2028/05 אמארה נ' שר הפנים, תק-על 2006(3), 154, עמ' 159).

28. יש להדגיש, כי מדובר בענייננו בהחלטה הדומה אולי מבחינת השלכותיה ל"תיחום מגורים" – ולמעשה אף חריפה יותר, שכן במקרה של "תיחום מגורים" אין כל מניעה כי כל בני המשפחה הקרובה יצטרפו למי שאת מקום מגוריו תחמו, ואין פירוש הדבר בהכרח הרס התא המשפחתי.

### **התפרקות המשיב מסמכותו והעברת ההחלטה לגורמי הביטחון**

29. מתגובת המשיב עולה היבט חמור נוסף של התנהלות המשיב: מן התגובה עולה הרושם כי המשיב התפרק למעשה מסמכותו ומחובתו להפעיל שיקול דעת, ומסר את הפעלת שיקול הדעת וקבלת ההחלטה לידי גורמי הביטחון (דהיינו שירות הביטחון הכללי).

30. כפי שמתואר בסעיף 7 לתגובה, עניינה של העותרת לא רק נבחן על ידי גורמי הביטחון על מנת לייעץ למשיב או לתת לו חוות דעת בהיבט הבטחוני, אלא אף הבחינה הנוספת ושיקול הדעת הנוגע לכלל נסיבות המקרה, ובעיקר העובדה שמדובר בעותרת המתגוררת ברצועת עזה, נעשתה אף היא על-ידי גורמי הביטחון: "עניינה של העותרת הועבר לבחינת גורמי הביטחון, לשם ביצוע בדיקה פרטנית בעניינה, אשר השיבו ביום 18.4.16, כי הם מתנגדים למתן היתר... בשם לב לכך שמדובר בבקשה לחידוש היתר קיים, נערך הליך בחינה נוסף על-ידי גורמי הביטחון אשר הודיעו, ביום 24.4.16, כי יש לעמוד על ההתנגדות הביטחונית. משכך, הוחלט על סירוב בקשת העותרת לחידוש היתר השהייה שלה".

31. אף במכתב אשר שלח ב"כ המשיב לב"כ העותרים לאחר הגשת העתירה, בו מסר בתמצית את עמדת המשיב, כתב ב"כ המשיב בפשטות כי:

"הריני להודיעך, כי על פי הנמסר מגורמי הביטחון, לעת הזו, עודנה קיימת מניעה ביטחונית לחידוש היתר השהייה של העותרת ברצועת עזה. זאת, בהתבסס על מידע מודיעיני עדכני המצוי בידי גורמי הביטחון בעניינה של

העותרת, לפיו העותרת מצויה בקשר עדכני עם פעילים בהתאחדות בלתי מיוזרת" (ההדגשה הוספה).

32. מוגן, אם כן, כי מדובר בעגודה אשר נשקלה ונקבעה מתחילתה ועד סופה על ידי "גורמי הביטחון".

העתק מכתב ב"כ המשיב מיום 5.6.16 מצורף ומסומן ב'

33. בכל הכבוד, שיקול דעתו של המשיב אינו יכול להתמצות בציטוט עמדת גורמי הביטחון על קיומה של "מניעה ביטחונית". לא השב"כ הוא המוסמך להחליט האם "יש" או "אין" לעמוד על ההתנגדות לכניסתה של העותרת לרצועת עזה. המשיב הוא היחיד המוסמך לשקול זאת, ואשר עליו – ולא על שירותי הביטחון – היה לשקול את העובדה שמדובר "בבקשה לחידוש היתר קיים", כלומר בעותרת המתגוררת עם משפחתה ברצועה ואשר סירוב לאפשר זאת יוביל להרס התא המשפחתי ולפגיעה במשפחה כולה.

34. ראוי לציין עוד, כי תגובת המשיב אינה נתמכת בתצהירו של בעל הסמכות עצמו – אלוף פיקוד הדרום – ואף אינה נתמכת על ידי בעל תפקיד כלשהו בפיקוד הדרום כלל.

35. התפרקותו של בעל הסמכות מסמכותו ו"העברתה" לגורמים אחרים היא פסולה וחמורה, קל וחומר כאשר מדובר בהעברה מרשות אחת לרשות אחרת – ובאופן מיוחד כאשר מדובר בהחלטה הכרוכה בפגיעה קשה בזכויות אדם. כפי שנפסק ביחס למעצרים מינהליים, ויפה לענייננו, במיוחד לאור הפגיעה הקיצונית בזכויות היסוד של העותרת ובני משפחתה:

"בית המשפט הפנה את תשומת הלב לכך שיש להקפיד על כך שהחומר יונח בפני הגורם המחליט מבלי שהחלטה תתקבל כביכול מראש, והנחה כי הדבר יטופל. עוד ציין כי אין פגם בכך שלחומר תצורף המלצה מטעם צה"ל או שירות הביטחון הכללי, או מטעם שניהם גם יחד, לצורך החלטת המפקד הצבאי.

כפי שפורט, מעמדת המשיבים לפנינו עולה כי הערה זו של בית המשפט טרם הופנמה, ועל כך יש לא רק להצר אלא גם לתמוה.

משום הפגיעה בזכויות יסוד הטבועה במעצר המנהלי... נדרשת זהירות והקפדה יתרה בטיפול בנושא זה, תוך הקפדה בקלה כבחמורה. בראש ובראשונה מתחייבות זהירות ובחינה קפדנית בעת הפעלת שיקול הדעת במישור המהותי, על ידי הגורם המוסמך – המפקד הצבאי. נדרש כי הוא יפעיל את שיקול דעתו באופן עצמאי על בסיס המידע הקיים ולאחר שהונחו בפניו המלצות הגורמים הרלוונטיים. ואולם זהירות ובחינה מדוקדקת נדרשת מכל החוליות המעורבות בהליך המעצר המנהלי: היא נדרשת מגורמי שירות הביטחון הכללי המעבירים את עניינו של הנחקר לתביעה הצבאית; היא נדרשת מגורמי התביעה הצבאית בעת ההחלטה האם לפנות בבקשה

להוצאות צו מנהלי מנהמפקד הוצבאי; היא נדרשת מכל גורם שהמלצתו או חיונה דעונו באשר למעצר המנהלי המבוקש מונחת בפני המפקד הוצבאי. כנעובן שזו היא נדרשת גם מן וערכאות השיפוטיות שאליהן מובא הצו לביקורת שיפוטית. בהליך שתוצאתו שלילת חירותו של אדם אין מקום לחותמות גומי, כמו-גב וגבל עניין חשוב אחר. כל חוליה בשרשרת ממלאת תפקיד מהותי וחשוב" (בג"ץ 6600/13 ע'אנם נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם בבנו, 20.10.13)).

36. לפני חודשים ספורים מתח בית המשפט הנכבד ביקורת אף על קבלת החלטות על-ידי המפקד הצבאי תוך הסתמכות בלעדית על "פרפראזות" מצומצמות המוצגות לו על-ידי גורמי הביטחון, מבלי לבחון את הדברים בעצמו:

"מהערות בא כוח המשיב עולה כי הרשות המוסמכת נסמכת בהחלטותיה על פרפראזות שמציגים לה גורמי הביטחון ואין היא נחשפת למידע המודיעיני עצמו... הערנו בדיון כי אין די בכך; כי יש להניח לפני הרשות את התשתית הנדרשת להחלטה תוך התייחסות ישירה למידע המודיעיני; וכי אין להסתפר בפרפראזה גרידא. בא כוח המשיב הודיע לנו כי סוגיה זו תיבדק לעומקה והנחתנו היא כי כך ייעשה וכי תוצאות הבדיקה יובאו לפני מנהלת מחלקת הבג"צים ופרקליט המדינה" (בג"ץ 679/16 מחרוק נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (לא פורסם, 1.2.16)).

37. וכפי שנפסק ביחס לחובתה של רשות מינהלית להפעיל סמכותה בעצמה, והחומרה שב"העברתה" של הסמכות לגוף מינהלי אחרי:

"שומה היה על שר הפנים בכבודו ובעצמו, ובלשון מפורשת וברורה, לקבוע מי הם אלה ואילו הם הזכאים לקבל הנחה על-פי החלטתה של רשות מקומית. תחת זאת נמצא לנו כי שר הפנים הסמיך רשויות מקומיות להעניק הנחה לקבוצות אוכלוסיה... במילים אחרות, השר התנצל את סמכותו; השר פָּרַק מעל עצמו את עול הקביעה המהותית מי הם אלה ואילו הם שיזכו להנחות בתשלום ארנונה; השר "העביר" למשרד הדתות את סמכותו לקבוע את בעלי הזכות [...].

אם כך ככלל, לא-כל-שכן שבהעבירו את סמכותו כפי שהעבירה, איבד שר הפנים שליטה – בידעין ובכוונת-מכוון – על דרכי הפעלתה של הסמכות, הואיל ואין הוא מוסמך ליתן הוראות לשר הדתות ואף אין הוא מוסמך לשנות החלטות שעושה שר הדתות.

אצילת סמכות ששר הפנים נדרש לה, אצילה היא מגוף שלטוני אחד – משרד הפנים – אל גוף שלטוני אחר – משרד הדתות – ולאצילה מעין זו נודעת חומרה יתרה. השופט-המחבר זמיר מכנה בספרו אצילה מעין-זו "אצילה

אופקית", ומנותח הוא עליה ביקורת קשה. וכך אומר השופט-המחבר זמיר, בין שאר דבריו (שם (כ"ן ב), בעמ' 574):

ראשית, קשה ליישב אותו עם לשון הרוק המסמך... שנית, כאשר הרשות המוסמכת אוצלת את הסמכות במסגרת אותו ארגון מינהלי שבראשו היא עומדת, ניוון להניח שקיימת קירבה רבה בין האוצל לבין הנאצל בנוגע למטרות, למזיניו ולשיקולים הכרוכים בהפעלת הסמכות. הנחה זו מתרופפת כאשר הסמכות יוצאת מאותו ארגון מינהלי ועוברת אל ארגון מינהלי אחר. מבחינה מעשית, יש בכך כדי להשפיע על האופן והתוצאה של הפעלת הסמכות. לכן יש יסוד לומר כי אצילה כזאת אינה תואמת את כוונת החוק. שלישי, אף אם מבחינה משפטית האוצל מקיים שליטה על הנאצל... סביר להניח כי מבחינה מעשית נפגמת השליטה של האוצל על הסמכות... ורביעית, אצילה אופקית יוצרת סכנה של ביזור מוגזם של הסמכות: בשל שיקולים ולחצים אלה או אחרים, הסמכות עלולה להצמיח שלוחות במקומות משונים וסמויים, באופן שיכביד על השליטה בידי בעל הסמכות וגם על הביקורת הציבורית.

לולא אמר השופט-המחבר זמיר דברים אלה – אמרתים אנוכי [...]

בעשותו את שעשה – שמא נאמר בחודלו כפי שחדל – חרג שר הפנים מסמכותו: הוא התנצל את סמכותו; הוא התפרק מעול שהוטל על שכמו; הוא אצל מסמכותו לזולת בלא שהוסמך לדבר; הוא לא עשה את שהוסמך לעשות, ומה שעשה הוא לא הוסמך לעשותו" (בג"ץ 6741/99 יקותיאל נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, 692-697 (2001)).

### סיכומם של דברים

38. אולי יותר מכל, תגובתו של המשיב היא מדאיגה.

39. עולה ממנה כי המשיב לא שקל כראוי את נסיבות העניין ואת ההשלכות הרוות האסון של החלטתו על העותרת ובני משפחתה. ניסיונו של המשיב לגמד ולטשטש את משמעות העניין, וההתייחסות החוזרת לעניין כאילו מדובר בבקשה נקודתית "להיכנס" לרצועת עזה, וההשוואה למקרים הנוגעים ל"ביקורי קרובים", מעידים למרבה הצער על שיקול דעת לקוי.

40. ההסתמכות הבלעדית על החלטת השב"כ כי קיימת "מניעה בטחונית", והעובדה כי שיקול מכלול הנסיבות נעשה אף הוא על ידי גורמי הביטחון, מעידים פעם נוספת על שיקול דעת לקוי, ולמעשה על התפרקות המשיב מסמכותו ומחובתו להפעיל את שיקול דעתו.

41. הסתפקות המשיב ב"פרפראזה" כללית ודלה, שאינה אומרת כמעט דבר, אינה ראויה נוכח חומרתה וקיצוניותה של החלטה, וממילא אינה מאפשרת לעותרת להתגונן כראוי. יחד עם

זאת, גם הפרפראזה אינה מייחסת לעותרו עצמה פעילות בלתי רגונית כלשהי, אלא מסתמכת על הקשר של העותרת עם אנשים אשר הם הפעילים על פי הנטען בהתאחדות בלתי מווררת. כאמור לעיל, בענין נטען המשיב כי בן משפחה של העותרו מעורב בפעילות ביטחונית.

42. בשורה התחונונה, פירושה של החלטת המשיב היא פגיעה בזכויות היסוד הראשוניות ביותר והמרכזיות ביותר. היא גוזרת למעשה את פירוקו של התא המשפחתי, את סילוקה של אם המשפחה מביתה, והפרדתה מבעלה ומשמונת ילדיה. היא אינה סבירה, אינה מידתית ואינה יכולה לעמוד.

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

  
 עידו בלום, עו"ד  
 ב"כ העותרות

11 ביולי 2016