

בג"ץ 5034/09
קבוע ליום 29.6.09

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין: _____ נבאבטה 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 הדרום

המשיב

בקשה מוסכמת להגשת תגובה מטעם העותרים

בית המשפט הנכבד מתבקש לאפשר לעותרים להגיש תגובה מטעמם, לתגובה המקדמית מטעם המשיב מיום 22.6.09.

ב"כ המשיב, עו"ד שויקה, הסכים באדיבותו לבקשה.

ולהלן התגובה:

1. עניינה של העתירה, בבקשת העותרים 1-4, כי המשיב יתיר את כניסתם לרצועת עזה, לשם השתתפותם בחתונותיהן של שתי אחיותיה של העותרת 1.
2. העתירה הוגשה לאחר שפניות העותרים אל המשיב לא נענו משך למעלה מחודש וחצי, על אף דחיפות העניין ובניגוד לחובתו על פי דין.
3. בתגובתו המקדמית, טען המשיב כי הוא מתנגד לכניסת העותרים לרצועת עזה – וזאת בשל טענות ביטחוניות הקיימות, לכאורה, כנגד בני משפחתה מדרגה שנייה של העותרת.
4. דהיינו, המשיב מבקש לפגוע קשות בכבודה וחירותה של העותרת, להגביל את זכותה לצאת מישראל ולהיכנס לרצועת עזה, ולפגוע בתוך כך באופן קשה בחיי המשפחה שלה ובזכותה לראות את אחיותיה ולקחת חלק בחתונותיהן, על אף העדר כל סכנה ביטחונית הנובעת מהעותרת עצמה – או אף מבני משפחתה מדרגה ראשונה!
5. עמדה זו היא בלתי מידתית, בלתי חוקתית, ועומדת בניגוד מוחלט לעקרונות היסוד של המשפט.

השימוש באמצעי מנע הפוגעים בכבודו וחירותו של אדם שלא נשקפת ממנו עצמו סכנה לביטחון המדינה

6. כאשר מדובר באיזון בין חירותו וכבודו של אדם לבין שיקולי ביטחון, הנחת היסוד הינה כי השימוש בכלים ואמצעים מניעתיים, הפוגעים בחירותו וכבודו של אדם מותר רק כאשר **ממנו עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה**.

7. 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. כדברי השופטת דורנר:

למפקד הצבאי שיקול-דעת רחב והוא יכול לבחור מבין אמצעי המניעה העומדים לרשותו את האמצעי האפקטיבי ביותר למניעת הסכנה לביטחון המדינה. יתר על כן, לצורך בחירת אמצעי זה רשאי המפקד גם לשקול שיקולים שבהרתעת הרבים, **ובלבד שמן האדם עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה**.

(בג"ץ 9534/03 אדריס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2003 (3) 82 (2003); ההדגשה הוספה).

8. בהתאם לעקרון זה, בית המשפט הנכבד דחה מכל וכל את הרעיון לפיו השתייכות משפחתית יכולה להוות חזקה לכך שאדם מסכן את ביטחון המדינה, וקבע כי תפיסה כזו תביא **למצב בלתי נסבל**:

מהכללתו של תא משפחתי בהגדרה של כוח כאמור... נמצא עצמנו מגיעים לתוצאה לפיה עומדת חזקה כנגד כל החברים בתא משפחתי זה – ילדים, נשים וטף – כי מסכנים הם את ביטחון המדינה, מעצם השתייכותם לתא המשפחתי, מצב בלתי נסבל לכל הדעות.

(עמ"ס 7750/08 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם; 23.11.08)).

9. כך ניסח המלומד קנת מאן את העקרון האמור:

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. Mann, *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)

10. המלומד פרופ' קרמניצר הדגיש את מקומו המרכזי של עקרון זה כאבן פינה של שלטון החוק וכלב לבו של כבוד האדם:

הרעיון הפוסל פגיעה מכוונת באנשים בלתי מעורבים הוא אחד מאבני הפינה של שלטון החוק בכל שיטות המשפט המתקדמות. את הרעיון אפשר לנסח באופן הזה: עיצומים (בין עונשיים ובין אחרים) לא יוטלו על אדם אלא על בסיס אשמתו או מסוכנותו האישית (להלן ייקרא ניסוח זה 'עקרון האחריות האישית') [...]

בלשון החוק של ימינו מדובר בלא פחות ולא יותר מאשר בלב לבו של כבוד האדם, אותו לב שבלעדיו אי אפשר, ולכן אין לפגוע בו.

(מרדכי קרמניצר, "אי-) הלגיטימיות של הריסת בתי מחבלים - הערת פסיקה בעקבות פסק הדין בעניין הישאם אבו דהים נגד אלוף פיקוד העורף", **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (2009),

(www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/Breaking_the_News_94.aspx)

11. על פי עקרון זה, הפגיעה בחירותו של אדם שממנו עצמו לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה הינה **בהכרח בלתי מידתית**, בלא תלות בגודל הסכנה הביטחונית, כלומר לא מדובר בשאלה של איזון "כמותי". כדבריו של הנשיא (דאז) ברק 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 פלונים נ' שר הבטחון פ"ד נד(1) 721, 743-744 (2000)).

12. ובסוגייה דומה קבע בית המשפט כי:

הדרישה למסוכנות אינדיבידואלית לצורך מעצרו המינהלי של אדם, **מתחייבת כחלק מההגנה על הזכות החוקתית לכבוד ולחירות אישית**...

יצוין כי מסוכנותו האישית של העצור לביטחון המדינה נדרשת גם לפי עקרונותיו של המשפט הבינלאומי ההומניטארי. כך למשל, בפרשנותו לסעיפים 42 ו-78 לאמנת ג'נבה הרביעית, מדגיש פיקטה... את עיקרון-העל לפיו **המסוכנות נקבעת בהתאם לפעילותו האינדיבידואלית של אותו אדם**.

(ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.6.08), פסקאות 18-19 לפסק-דינה של כב' הנשיאה ביניש. ההדגשה הוספה).

13. בית המשפט קבע כי אותה נוסחת איזון חלה גם בפגיעה בחירותו של אדם בדרך של הטלת מגבלות על חופש התנועה שלו וזכותו לצאת מן הארץ:

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"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, 330 (2006). ההדגשה הוספה).

14. עקרון-על זה, לפיו אין משתמשים באמצעים המגבילים את חירותו של אדם אלא בשל סכנה הנובעת ממנו עצמו, בא לידי ביטוי בפסיקה בהקשרים שונים. בפסיקה הודגש כי עקרון זה אינו חל רק ביחס לנקיטת צעדים עונשיים (בבחנית "איש בחטאו יומת"), **אלא אף ביחס לצעדים מניעתיים**.

15. כך, למשל, נאמר לגבי צו פיקוח משטרתי על תנועותיו ומקום מגוריו של אדם, המגביל גם את זכותו לצאת מהארץ:

כאן המקום להדגיש, 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, 249-250 (1982); 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 עגורני נ' מפקד כוחות צה"ל תק-על 2002(3) 1021, 1030 (2002)).

16. גם בית הדין האירופי לזכויות-אדם קבע כי הטלת מגבלות על חופש התנועה של אדם חייבת להיעשות על בסיס ראיות כנגד אותו אדם ורק בשל סיכון הנובע ממנו עצמו – וכי לא ניתן להטיל מגבלות ומניעות על אדם רק בשל קשריו המשפחתיים:

The Court fails to see how the mere fact that the applicant's wife was the sister of a Mafia boss, since deceased, could justify such severe measures being taken against him in the absence of any other concrete evidence to show that there was a real risk that he would offend...

In conclusion, and without underestimating the threat posed by the Mafia, the Court concludes that the restrictions on the applicant's freedom of movement cannot be regarded as having been 'necessary in a democratic society.

(*Labita v. Italy* (Application No. 26772/95), judgment of 6 April 2000, para. 196-7)

17. המלומד Cole הדגיש כי נקיטת אמצעים שונים כנגד אדם לא על בסיס מעשיו שלו, אלא על בסיס קשריו וחשש ספקולטיבי עתידי (מה שהוא מכנה "הפרדיגמה המניעתית"), גורמת לפגיעה קשה ובסיסית בעקרון שלטון החוק ויסודותיו:

Whether in the context of material support, interrogation, detention or war-making, the preventive paradigm puts tremendous pressure on the values we associate with the rule of law. Designed to place enforceable constraints on state power, the rule of law generally reserves detention, punishment and military force for those who have been shown, on the basis of sound evidence and fair procedures, to have committed some wrongful act in the past that warrants the government's response. The... 'preventive paradigm', by contrast, justifies coercive action... on the basis of speculation about future contingencies, without either the evidence or the fair processes that have generally been considered necessary before the state imposes coercive measures on human beings.

When the state begins to direct highly coercive measures at individuals... based on necessarily speculative predictions about future behaviour, it inevitably leads to substantial compromises on the values associated with the rule of law – such as equality, transparency, individual culpability, fair procedures and checks and balances.

David Cole, *Terror Financing, Guilt by Association and the Paradigm of Prevention in the 'War on Terror'*, in COUNTERTERRORISM: DEMOCRACY'S CHALLENGE 233, 249 (Bianchi & Keller eds., 2008).

18. למעשה, המקרה היחיד בו נקבע בחוק כי ניתן לשקול סכנה ביטחונית הנובעת לא רק מהאדם עצמו אלא אף מבין משפחתו **מדרגה ראשונה**, הינו ביחס לשיקולי שר הפנים בעניין **הענקת מעמד ואזרחות בישראל**, שכן לא מדובר בשימוש באמצעי מנע המגבילים את חירותו של אדם, אלא בהענקת מעמד מיוחד בעל משמעויות רבות ונרחבות.

(לעניין מעמדה המיוחד של הזכות לאזרחות, ראו למשל: בג"צ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים** פ"ד נג(2) 728, 790; בג"צ 2597/99 **רודריגז-טושביים נ' שר הפנים** פ"ד נט(6) 721, 756-757; בג"צ 8093/03 **ארטמייב נ' משרד הפנים** פ"ד נט(4) 577, 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"ץ 2028/05 **אמארה נ' שר הפנים** תק-על 2006(3) 154, 159 (2006)).

יודגש כי אף בתחום זה נעשה הדבר מכוח חקיקה ראשית ומפורשת (ס' 3ד' לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003), וכי על חקיקה זו נמתחה ביקורת לא מעטה (ראו למשל: גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" **משפט וממשל** ח 644, 686 (תשס"ה)).

אולם, אפילו במקרה חריג ומיוחד זה נקבע במפורש כי מדובר אך בסכנה הנובעת מבני משפחה מדרגה ראשונה בלבד!

19. המשיב אם כן, אינו רשאי להטיל מגבלות ומניעות הפוגעות בחירותה ובכבודה של העותרת, אלא בשל סכנה הנובעת ממנה עצמה – על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בסכנה הנובעת מבני משפחה מדרגה שנייה.

20. יתרה מכך, המשיב אף מבקש להמשיך ולעקור את עקרון חזקת החפות מן השורש ממש, בטענו כי לשם פגיעה בכבודו וחירותו של אדם, ולשם הטלת סנקציות ומגבלות קשות – די אפילו בקיומה של אפשרות כי יעשה שימוש באדם כלשהו למטרות פסולות בלא ידיעתו ובלא הסכמתו!

אין זאת, כי הגדרה זו פותחת פתח עצום ורחב להטלת מניעות ומגבלות על כל אדם באשר הוא. הלא על כל אדם, כמעט, ניתן לטעון שאפשר "לעשות בו שימוש" בלא ידיעתו ובלא הסכמתו. וכי כיצד ניתן להפריך טענה כזו?

סיכומם של דברים

21. משמעות קבלת עמדת המשיב הינה פגיעה מכוונת ורחבת היקף, בחירותם וזכויותיהם של עשרות רבות של אנשים חפים מכל פשע, על לא עוול בכפם, אך ורק בשל קרבה משפחתית רחוקה.

22. יפים לענייננו דבריו של כבי' השופט (כתוארו אז) מנחם אלון:

ובוא וראה כמה זהירים אנו, וכמה חוששים אנו, שלא לפגוע, חס ושלום, באף אחת מהחירויות למיניהן... לא בכולן ולא במקצתן, ומחמירין אנו עם כל מי שבא לפגוע בהם, אם פגיעת ודאי ואם פגיעת ספק ושוקלים אנו היטב היטב איזון האינטרסים שבין חירויות-ערכים אלה לבין ערכי יסוד של בטחון, שלום הצבור וכיוצא באלה. והרי חרות האדם בגופו - אביהן-מולידן של כל חירויות אלה הוא. הכלל הגדול שבמערכת משפטנו ובעולמה של יהדות כי כל אדם חף מפשע עד שלא יורשע בדין וכי כל אדם בחזקת כשרות...

זכותו של אדם לחירות אישית מאבני היסוד היא במשפט העברי, וכלל גדול בו הוא כי כל אדם בחזקת כשרות עד שלא יוכח ההיפך ותורע חזקתו.

(בי"ש 15/86 מדינת ישראל נ' צור, פ"ד מ(1), 706, 713 (1986)).

23. כאמור בעתירה, במקרה זה אין צורך להרבות בדברים לעניין זכותה של העותרת להשתתף בחתונותיהן של אחיותיה והחשיבות הרבה שבנוכחותה בימי שמחתן, כחלק אינהרנטי מן הזכות לחיי משפחה.

24. המשיב אינו רשאי לפגוע פגיעה כה קשה בכבודה וחירותה של העותרת, ובזכותה היסודית לחיי משפחה, בהעדר כל סכנה ביטחונית הנובעת ממנה עצמה. פגיעה כזו מפרה את עקרונות היסוד של המשפט, אינה מידתית ואינה חוקתית.

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