

בעניין:

1. _____ ברדויל, ת"ז _____
2. _____ ברדויל, ת"ז _____
תושבי הרשות הפלסטינית
3. _____ ברדויל, ת"ז _____
4. _____ ברדויל, ת"ז _____
קטינים, באמצעות הוריהם, העותרים 1 ו-2
5. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר**
ע"י ב"כ עוה"ד אלעד כהנא (מ"ר 49009) ו/או עידו בלום (מ"ר 44538) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או ליאורה בכור (מ"ר 50217)
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 -

1. **מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**
 2. **אלוף פיקוד הדרום**
 3. **שר הפנים**
 4. **מדינת ישראל**
- המשיבים

עתירה מתוקנת למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה מתוקנת למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם, מדוע לא יאפשרו את מעברם של העותרים 1-2 וילדיהם הפעוטים, העותרים 3 ו-4, מרצועת עזה לגדה המערבית, באמצעות הנפקת היתר כניסה לישראל, כדי שיוכלו להתגורר יחדיו במקום מגוריו של אבי המשפחה, העותר 2, בגדה המערבית.

מבוא

עתירה זו עוסקת ברצונם הכה טבעי והכה מובן של בני זוג לחיות יחד, בארצם, עם ילדיהם. העותרים 1-2, הרשומים שניהם במרשם האוכלוסין הפלסטיני, ביקשו לחיות יחד בארצם ולהקים את ביתם המשותף במקום מגוריו של העותר 2, שבשטחי הגדה המערבית.

העותר מתגורר בגדה, ורעייתו, ברצועת עזה. משום כך, כל שהתבקש הוא אישור למעברה של העותרת, עם ילדיהם הקטנים, לבית העותר שבגדה, על מנת שיוכלו לחיות יחד. אלא שהמשיבים סירבו לקבל לידיהם את בקשת העותרים לעבור לגדה, ובקשה זו כלל לא נבחנה על ידם.

לאחר שהוגשה עתירה בנושא, הודיעו המשיבים כי בכוונתם לגבש נוהל, **שיסדיר את מעברם של בני זוג נשואים בין שני חלקי השטחים הכבושים**. אלא שלא זו בלבד שהמשיבים מבקשים להחיל נוהל זה – ואת המדיניות החדשה העומדת מאחוריו – באופן רטרואקטיבי על העותרים, כעת מתברר כי מדיניות זו **כלל אינה מאפשרת מעבר של בני זוג נשואים!**

עתירה זו מוגשת על מנת לאפשר לעותרים, שהקימו תא משפחתי יחדיו, להמשיך ולחיות כמשפחה, בארצם שלהם, ובמקום בו יבחרו.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**), ילידת 1986, פלסטינית תושבת הרשות הפלסטינית, מתגוררת בעיר עזה.
2. העותר 2 (להלן: **העותר**), יליד 1977, פלסטיני תושב הרשות הפלסטינית, מתגורר בענאתא שבנפת רמאללה בגדה המערבית. כפי שיתואר בהמשך, מאז חודש אוקטובר 2009 הוא שוהה ברצועת עזה עם משפחתו, בשל סירובם של המשיבים לאפשר את מעברם של רעייתו וילדיו לגדה. המשפחה כולה ממתינה ברצועה להתרת מעברם של העותרים 1, 3 ו-4 לגדה, על מנת שהעותר יוכל לשוב לביתו עם משפחתו.
3. העותרים 3 ו-4 הם ילדיהם הקטנים של העותרים 1 ו-2. העותרת 3, אסראא, היא בת שלוש וחצי. העותר 4, סאמי, הוא בן שנתיים וחצי.
4. העותרת 5 (להלן: **המוקד להגנת הפרט**) היא ארגון זכויות אדם הפועל להגנה על זכויותיהם של פלסטינים תושבי השטחים הכבושים.
5. המשיבים אחראים על הנפקת היתרי כניסה לישראל לצורך מעבר מרצועת עזה לגדה המערבית, וכן על שטחי הגדה המערבית.

העובדות ומיצוי ההליכים

נישואי העותרים 1-2 ברצועה

6. העותר, יליד עזה, עבר בשנת 2000 לרמאללה שבגדה המערבית, דרך המעבר הבטוח, באמצעות כרטיס מגנטי. לאחר כחודש החל העותר לעבוד בקביעות במתפרה באל-ראם. לאחר מספר חודשים של מגורים ועבודה בגדה, הודיע העותר לרשות הפלסטינית על שינוי מקום מגוריו ומענו הרשום עודכן בתעודת הזהות שלו.

7. בחודש אוקטובר 2002, בעקבות פטירת אביו, נכנס העותר לרצועת עזה. בחודש דצמבר 2002 הגיש העותר בקשה במת"ק הפלסטיני, על מנת לתאם את חזרתו לגדה. בקשתו סורבה. בשנת 2003, בעקבות בקשה נוספת שהגיש, קיבל היתר מעבר בישראל לצורך מעבר לגדה, התקף ל-24 שעות, ומכיוון שמכשיר הטלפון הנייד שלו היה מקולקל באותה עת, נודע לו על כך באיחור, לאחר שתוקף ההיתר פקע.

8. במהלך שהותו בעזה, הכיר העותר את העותרת והם התארסו וחתמו על חוזה נישואין ביום 28.3.2004. החתונה נערכה ביום 4.7.2004 ובני הזוג התגוררו יחד עד מרץ 2005, אז חזר העותר לביתו שבגדה.

למעשה, כפי שניתן לראות, התנהלות המשיבים היא שהביאה לכך שהעותר יקים את משפחתו ברצועת עזה. מדיניות המשיבים, הנמשכת גם כיום, לפיה אין לאפשר מעברם של פלסטינים המתגוררים ברצועה לגדה על מנת להתאחד עם בני זוגם, מתעלמת לחלוטין מאחריותם למצב שנוצר.

העתק חוזה הנישואין מצורף ומסומן ע/1.

חזרת העותר לביתו שבגדה וביקוריו ברצועה

9. בתחילת שנת 2005 הגיש העותר בקשה נוספת במת"ק הפלסטיני, המתין חודשיים למענה ולבסוף יצא ממצרים, דרך מעבר רפיח, ונכנס לגדה דרך גשר אלנבי, בחודש מרץ 2005.

10. בחודש נובמבר 2005 נכנס העותר לרצועה דרך מצרים, ובחודש ספטמבר 2006 נולדה בתם של העותרים, אסראא. בחודש פברואר 2007 חזר העותר לביתו שבגדה באמצעות היתר, בעקבות פנייה באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית. עם הגעתו לגדה, חזר לעבודתו במתפרה.

11. במחצית שנת 2007 פנה העותר למשיב 1, באמצעות המת"ק הפלסטיני ברמאללה, בבקשה לעבור מהגדה לרצועה, מאחר שרעייתו הייתה באותה עת בהריון וסבלה מכאבים חזקים בבטן ובגב התחתון. בקשתו סורבה. בעקבות הסירוב פנה המוקד להגנת הפרט בשמו של העותר ליועמ"ש המשיב 1 ובקשתו נענתה בחיוב.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט מיום 1.7.2007 מצורף ומסומן ע/2.

העתק מענה יועמ"ש המשיב מיום 25.7.2007 מצורף ומסומן ע/3.

12. כך, ביום 29.7.2007 נכנס העותר לרצועת עזה וביום 8.8.2007, מכיוון שנדרש לשוב לעבודתו במתפרה בהקדם, חזר לביתו בגדה, באמצעות היתר שהונפק לו בעקבות פנייתו לוועדה האזרחית הפלסטינית. בחודש אוקטובר 2007 נולד בנם של העותרים, סאמי.

קריעת המשפחה

13. בחודש דצמבר 2007 פנה העותר למשיב 1, באמצעות המת"ק הפלסטיני באל-ראם, בבקשה לבקר את משפחתו ברצועה. מספר ימים אחר כך קיבל מענה כי בקשתו סורבה. סיבת הסירוב: "לא עומד בקריטריונים". על טופס המענה נרשם בכתב יד בשפה הערבית כי "אין היתרים לעזה".

העתק מענה המשיב 1 מיום 16.12.2007 מצורף ומסומן ע/4.

14. במקביל, פנתה העותרת לוועדה האזרחית הפלסטינית בעזה, בבקשה לאפשר לה ולשני ילדיה לעבור אל אבי המשפחה בגדה המערבית. בראשית ינואר 2008 נמסר לה מהוועדה כי בקשתה לא הועברה כלל לצד הישראלי, היות שהחל מיום 16.1.2008 ישראל אינה מוכנה לקבל ולטפל בכל בקשה המועברת על ידי הוועדה האזרחית הפלסטינית, למעט במקרים של פטירה.

העתק אישור מהוועדה האזרחית הפלסטינית על סירוב ישראל לטפל בבקשות המועברות על ידה מצורף כנספח ע/5.

מיצוי הליכים

15. עקב כך פנה המוקד להגנת הפרט ביום 13.3.2008 למוקד ההומניטארי במת"ק עזה, בבקשה לאפשר את מעברם של העותרת ושני ילדיה מרצועת עזה אל אבי המשפחה בגדה המערבית, באמצעות היתר כניסה לישראל. במכתב צוינה העובדה כי לעותרת נמסר מהוועדה האזרחית הפלסטינית, כי בקשתה לא הועברה לצד הישראלי היות שהאחרון מסרב לקבל פניות של פלסטינים ליציאה מעזה, למעט במקרי פטירה.

העתק פניית המוקד מיום 13.3.2008 מצורף ומסומן ע/6.

16. בו ביום התקבל מענה ממת"ק עזה ועל פיו "על תושב הרצועה המבקש להיכנס לישראל לפנות ראשית כל לוועדה האזרחית של הרשות הפלסטינית", תוך התעלמות מוחלטת מאשר צוין בפניית המוקד – כי העותרת פנתה זה מכבר באמצעות הוועדה האזרחית.

העתק מענה מת"ק עזה מיום 13.3.2008 מצורף ומסומן ע/7.

17. יצוין, כי במשך זמן רב נהג מת"ק עזה להתעלם מפניות המוקד להגנת הפרט (וארגוני זכויות אדם אחרים), כל עוד לא הועברה אליו בקשה מידי הוועדה האזרחית של הרשות הפלסטינית – בקשה שלא יכולה הייתה לעבור ללא הסכמת הצד הישראלי לקבלה. בכך למעשה ניצבו

העותרים, כמו פונים רבים אחרים שהמוקד טיפל בעניינם, בפני מצב בלתי אפשרי, בו לא ניתן כלל לקדם את הטיפול בבקשותיהם.

עוד יצוין כי כיום, במקרים בהם קיימת בעיה בקשר עם הוועדה האזרחית הפלסטינית, ניתן לדווח על כך למשיבים והם פועלים לפתרון העניין הפרטני.

מעבר העותר לרצועה

18. בכל אופן, סירובם דאז של המשיבים לבחון את בקשת העותרים, הוביל להגשת עתירה בעניינם, במטרה לאפשר את מעברם של העותרים 1, 3 ו-4 לגדה (בג"ץ 3911/08). בינתיים, בחודש אוקטובר 2009, לא עמד עוד העותר 2 בגעגועים לרעייתו וילדיו, ונכנס לרצועת עזה. כיום, מתבקשת גם חזרתו, יחד עם משפחתו.

שימת לב בית המשפט מופנית להתנהלות המשיבים, שעל אף שהיה ידוע להם על קיומה של עתירה תלויה ועומדת בבקשה לאפשר את התאחדות המשפחה בשטחי הגדה, ניצלו את מצוקתו הקשה של העותר **והתנו את מעברו בחתימתו על התחייבות שלא לחזור לשטחי הגדה**.

יודגש, כי מובן של"התחייבות" כזו, אשר נחתמה תוך ניצול לחצו ומצוקתו של העותר, היא חסרת כל תוקף של ממש.

19. נראה כי לא יהיה זה מופרך לטעון, שמעשי המשיבים – מניעת חיי המשפחה בגדה ובמקביל, החתמה על התחייבויות להעתקת מגורים לרצועה – הם שני צדדים של אותה מדיניות, שתוצאותיה הן העברה כפויה של פלסטינים מהגדה לרצועה.

הגשת העתירה המקורית

20. ביום 1.5.08 הוגשה עתירה בשם העותרים, בה התבקש צו על תנאי "המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא יאפשרו את מעברם של העותרת 1 וילדיה הפעוטים, העותרים 3 ו-4, מעזה לגדה המערבית, באמצעות הנפקת היתר כניסה לישראל, כדי שיוכלו להתאחד עם אבי המשפחה, העותר 2, המתגורר בגדה המערבית". באותו יום ניתנה החלטת בית המשפט, לפיה על המשיבים להגיב תוך 30 יום.

21. לאחר הארכות מועד, הוגשה תגובת המשיבים ביום 12.6.08. בתגובתם ביקשו המשיבים לדחות את העתירה על הסף, "מכיוון שהוועדה האזרחית הפלסטינית לא העבירה לצד הישראלי כל בקשה בעניינם של העותרים 1, 3 ו-4". כך או כך, דומה כי בסופו של דבר לא היה צורך להידרש למחלוקת הזו, היות שהמשיבים בחנו את הבקשה לגופה ודחו אותה.

עוד נטען בהקשר זה, כי כלל לא הוגשה בקשה ל"היתר" "השתקעותם" של העותרים בגדה. אלא שעם הזמן התברר, שכלל לא קיימים נהלים הנוגעים להגשת בקשה כזו; שהיתרים כאמור כלל לא קיימים בפועל; ולמעשה, שהיתרים כאמור מעולם לא נדרשו. רק בחודש

נובמבר 2008 התקיימה ישיבה ראשונה, בה נקבעו עיקרי המדיניות שתגובש מאוחר יותר לנוהל כאמור. למעשה, יום לפני מועד הגשת התגובה, 11.6.08, התקיים דיון בבג"ץ 3592/08 **חמידאת נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית** (שנמחק בינתיים), בו נקבע כי המשיבים יגישו "תשובה המפרטת את הנוהל ביחס לבני זוג כאשר מדובר במי שחי בעזה ומבקש להתאחד עם בן זוגו באיו"ש ואת הנימוקים למדיניות שתגובש בנוהל".

כמו כן, עמדת המשיבים הייתה כי יש לדחות את העתירה גם לגופו של עניין, שכן העותרים זקוקים להיתר שיאפשר את שהייתם בגדה. עם זאת, העתירה נסבה אודות **מעברם** של העותרים, דרך ישראל.

22. ביום 16.6.08 ניתנה החלטת בית המשפט לפיה העתירה תידון בפני הרכב. ביום 22.10.08 הוחלט לאחד את העתירה עם עתירות נוספות, בג"ץ 660/08, בג"ץ 2387/08 (שבמועד הדיון הוחלט לדון בו בנפרד ומאז התקבלה העתירה), בג"ץ 2905/08 (שמחיקתו התבקשה בינתיים) ובג"ץ 3592/08 (שכאמור, נמחק בינתיים).

ביום 2.12.08 הוגשה הודעת המשיבים בנוגע לנוהל שהתגבש על ידם באותה עת. בשלב זה התברר, כי בניגוד לטענות המשיבים בדבר קיומם של נהלים ומדיניות, התקיימה ישיבה ראשונה בנושא רק בחודש 2008 – כחצי שנה לאחר הגשת העתירה! זאת ועוד: על אף שהחלטת בית המשפט מיוני 2008 (בג"ץ 3592/08) הורתה למשיבים לגבש את הנוהל ביחס לבני זוג, התברר שהמדיניות כלל לא מתייחסת לבני זוג, ולשיטת המשיבים, חיי משפחה אינם שיקול הומניטארי.

23. בדיון מיום 8.12.08 הצהירה ב"כ המדינה, כי על פניו, עוד בטרם גיבש הנוהל, דין העתירה להידחות, מכיוון שאינה נכנסת לגדר המדיניות. בהחלטת בית המשפט מאותו יום נקבע, כי המשיבים יעדכנו את בית המשפט בדבר הנוהל, וכי לעותרים שמורה זכות תגובה.

24. ביום 8.3.09 הוצג לראשונה "נוהל טיפול בבקשות השתקעות תושבי רצועת עזה באיו"ש" (להלן: **הנוהל**), למעלה משנה לאחר הגשת הבקשה להתיר את מעבר העותרת וילדיה לגדה. כפי שציינה ב"כ המשיבים בדיון, נוהל זה כלל אינו נוגע לעותרים, מכיוון שקשרי משפחה ונישואין כלל לא מוכרים בו כמקרה חריג והומניטארי, ומכיוון שבקשתם סורבה ממילא עוד קודם לקביעתו של הנוהל.

25. בשל מורכבותו של הנוהל, על הוראותיו המהותיות והדינוניות ועל שאלת תחולתו על העותרים, ובשל השינויים העובדתיים שחלו כמפורט לעיל לאחר הגשת העתירה, סברו העותרים כי יש טעם להגיש עתירה מתוקנת, אשר תכלול בצורה מסודרת את כלל טענותיהם. בקשה לתיקון העתירה מוגשת יחד עם עתירה זו.

לפני טיעון משפטי – מצב העותרים מבחינה משפטית כיום

א. מצב הטיפול בבקשת העותרים

26. כאמור, העתירה המקורית הוגשה לאחר שהמשיבים סירבו לקבל לידם את בקשת העותרים, שפעלו כנדרש והעבירו אותה לידיהם באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית. חלק נכבד מתגובות המשיבים, לכל אורך הדרך, התייחס לכך שכלל לא הוגשה בקשה.

27. בעתירתם המקורית עמדו העותרים על כשלי המשיבים, בסירובם לבחון את בקשת העותרים. התנהלות המשיבים יצרה מצב בו, על אף שלמשיבים אחריות כלפי תושבי השטחים הכבושים המצויים ברצועה (בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, 30.1.08, סי' 12 לפסק הדין), המשיבים נמנעו מהפעלת סמכויותיהם, בנימוק המיתמם שלא הועברה לידיהם כלל בקשה – כאשר הם אלו שסירבו לקבלה לידיהם.

28. אלא שכיום אין עוד צורך להכריע בשאלה זו, שכן בקשת העותרים נבחנה לגופה. בתגובת המשיבים מיום 2.12.08 נאמר, כי עמדתם "לפיה אין מקום להתיר את השתקעותן של העותרות באיו"ש, היא סבירה ביותר" (סעיף 80 לתגובתם). גם בהודעתם מיום 9.3.09, לאחר החלטת בית המשפט מיום 8.12.08, נאמר כי "כעולה מן הנוהל, בקשות ההשתקעות נושא העתירות דן אינן נכללות בגדר המקרים החריגים ההומאניטריים אשר פורטו בנוהל. בהתאם, עמדת המשיבים היא, כי עניינם של העותרים אינו עולה כדי מקרה הומניטארי חריג, אשר בו יתירו המשיבים השתקעות באיו"ש" (סעיף 5 להודעה).

ב. בחינת ההחלטה בעניין מעברן של העותרות במועד הגשת העתירה

29. אין חולק על כך שלמשיבים סמכות להתיר או למנוע מעבר בשטחה של מדינת ישראל. עם זאת, החלטות המשיבים צריכות להינתן לגופו של עניין, בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה. עניינו של מי שמבקש לבקר מכר רחוק, אינו עניינו של מי שזקוק לטיפול רפואי או שמעוניין לחיות עם בן זוגו, ילדיו הקטנים או הוריו.

30. כיום, מוסדרת מדיניות המשיבים בנוגע למעבר מהרצועה לגדה בנוהל האמור. לטענת העותרים, הנוהל, בהוראותיו המונעות כליל חיי משפחה מאנשים רבים, פוגע פגיעה אנושה בזכות לחיי משפחה. עם זאת, אף אם הנוהל היה מוצא בסמכות, ואף אם הוראותיו היו סבירות ומידתיות, ספק רב אם ניתן היה להחילו על העותרים בהליך זה.

31. בעת הגשת בקשות העותרים, טרם גובשה המדיניות האמורה. העותרים זכאים כי עניינם ייבחן לפי המדיניות שהייתה קיימת באותה עת. ואכן, העותרים ביקשו במהלך הדיונים האמורים, כי יובא בפניהם הנוהל הרלבנטי להתרת מעבר מהרצועה לגדה. אלא שאז התברר, כי נוהל זה לא קיים כלל!

32. לפיכך, טוענים העותרים, כי עניינם צריך להיבחן במנותק משאלת הנוהל הנוכחי, שגובש לאחר הגשת העתירה, לגופו, נוכח נסיבות המקרה, ותוך ביצוע האיזונים הראויים.

33. להלן יטענו העותרים, לגבי החלטת המשיבים, כי מדובר בהחלטה לא סבירה באופן קיצוני ובלתי מידתית. למעלה מן הצורך – לאור האמור לעיל – יתייחסו העותרים גם לפגיעה הקשה בזכותם לחיי משפחה, לאור המדיניות המעוגנת בנוהל.

הטיעון המשפטי

א. חובת המשיבים להבטיח את זכויות האדם והחיים התקינים של העותרים

34. השינויים הרבים שחלו בשנים האחרונות ברצועת עזה ובגדה המערבית, אם בעקבות חתימת הסכמים ואם בעקבות טרור ואלימות - אינם יכולים להוות עילה להפרת זכויות האדם של התושבים החיים בהם. כדברי הנשיא (כתוארו אז) ברק:

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.
(בג"צ 7052/03, עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הפנים, תק-על 2006(2), (להלן: פרשת עדאלה) 1754, פסקה 21 לפסק דינו).

35. המשיבים אינם יכולים להתעלם מכך שגם בעת עימות נמשכים החיים. גם בעת עימות זכאים תושבי אזור העימות לממש את זכותם לחיי המשפחה – להתאהב, להינשא, לחיות עם בן הזוג תחת קורת גג אחת, להוליד ילדים ולגדלם בצוותא. המשיבים אינם יכולים לצפות כי תושבי השטחים יקפואו את חיי המשפחה שלהם לנוכח העימות. הם אינם יכולים לכפות ניתוק על זוג העותרים הטרי ולמנוע מהם לחיות את חייהם המשותפים עד אשר ישרור שלום באזורנו.

חייה של אוכלוסייה, כחיינו של יחיד, אינם שוקטים על השמרים אלא מצויים בתנועה מתמדת, שיש בה התפתחות, צמיחה ושינוי. ממשל צבאי אינו יכול להתעלם מכל אלה. אין הוא רשאי להקפיא את החיים.
(דברי השופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 805).

36. תקנה 43 לתקנות האג, קובעת:

בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים...

37. החובה להבטיח את הסדר והחיים התקינים ולפעול למען צרכי החברה חלה על כל תחומי החיים האזרחיים:

הרישא של תקנה 43 לתקנות האג מעניק לממשל הצבאי סמכות ומטיל עליו חובה להחזיר ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים... אין התקנה מגבילה עצמה להיבט מיוחד של הסדר והחיים הציבוריים. היא משתרעת על הסדר והחיים הציבוריים בכל היבטיהם. על-כן חלה סמכות זו - בצד ענייני ביטחון וצבא - גם על נסיבות "אזרחיות" רב-גוניות, כגון נסיבות כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם.

(סעיף 18 לפסק דינו של השי' ברק בבג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן הנ"ל).

38. בהבטחת החיים התקינים יש משקל רב לחלוף הזמן והשפעתו על האוכלוסייה:

אין המדובר דווקא על פעולה חד-פעמית אלא בחובה מתמשכת, וממילא אין לקיימה אלא בהתחשב בנסיבות, המשתנות מעת לעת, ותוך מתן תשומת לב ראויה לצרכים, שהזמן גרמם ומוסיף לגרמם עם חלוף העתים. הנסיבות בהן מדובר אינן ביטחוניות דווקא אלא גם נסיבות כלכליות, תברואתיות, תעבורתיות וכדומה.

[...]

משך הזמן... עשוי להשפיע על אופיים של הצרכים, וההכרח בביצוע התאמות והיערכות חדשה עשוי לגבור ככל שאורך הזמן רב יותר... במסגרת הפרשנות המשפטית לסימן 43 הודגשה על-כן לא אחת הזיקה בין יסוד הזמן לבין הלבוש, אותו ילבש קיום הוראותיו של סימן 43.

(בג"ץ 69/81, אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לו (2) 197, 310-311).

39. המשיבים אינם רשאים להקפיא את זכותם של העותרים לחיי משפחה ולנתק את בני הזוג זו מזו. פגיעה זו מנוגדת לחובתם לשמור על זכויות האדם של העותרים ולהבטיח את המשך חייהם התקינים.

ב. סמכותו של המפקד הצבאי: צרכי ביטחון וטובת האוכלוסייה

40. שיקול דעתם של המשיבים, בוודאי זה של המשיב 1, הוא מוגבל. עליהם לשקול מחד את צרכי הביטחון ומאידך את צרכי האוכלוסייה המקומית וזכויותיה ולאזן בין השניים:

אמנת האג מסמיכה את מפקד האיזור לפעול בשני תחומים מרכזיים: האחד - הבטחת האינטרס הבטחוני הלגיטימי של המחזיק בשטח, והשני - הבטחת צרכיה של האוכלוסייה המקומית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית... הצורך האחד הוא צבאי והאחר הוא צורך אזרחי-הומניטרי. הראשון מתמקד בדאגה לביטחון הכח הצבאי המחזיק במקום, והשני - באחריות לקיום רווחתם של התושבים. בתחום האחרון מופקד מפקד האיזור לא רק על שמירת הסדר והביטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם, ובמיוחד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטריים שחובה על המפקד לשקול. על פי תקנה 43 לאמנת האג, על הכח השולט בשטח מוחזק רובצת האחריות לנקוט בכל האמצעים שברשותו לשקם, ולהבטיח, אפוא, במידת האפשר סדר ציבורי וביטחון באיזור, תוך כיבוד המשפט התקף באיזור במידת הניתן. בביצוע תפקידו בשמירת הסדר והביטחון, על מפקד האיזור להבטיח, אפוא, את האינטרסים הבטחוניים החיוניים מזה, ולהגן על האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית באיזור מזה.

(בג"ץ 10356/02 הס' נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נח(3) 443, 455-456).

41. המפקד הצבאי אינו רשאי לשקול שיקולים מדיניים, פוליטיים ואחרים, ומגבל לשיקולי ביטחון במובנם הצר. כל שיקול אחר אשר ישקול המפקד הצבאי יהווה שיקול זר:

שיקוליו של המפקד הצבאי הם בהבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו באזור מזה והבטחת האינטרסים של האוכלוסיה האזרחית באזור מזה. אלה כאלה מכוונים כלפי האזור. אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסיה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב.
(בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל פ"ד לז(4) 785, 793-794).

42. בענייננו, החלטת המשיב 1 מנוגדת לחובותיו של המפקד הצבאי להבטיח את צרכי האוכלוסיה וטובתה. יתר על כן, המשיבים לא טענו לנימוק ביטחוני הנוגע לעותרים והמונע את עיון והפעלת שיקול דעת בנוגע לבקשתם.

ג. זכותם של העותרים לבחירת בן זוג וקיום חיי משפחה

משפט הטבע הוא, שילד יגדל בבית אביו ואימו: הם שיאהבו אותו, הם שיאכילו וישקו אותו, הם שיחנכו אותו, הם שיעמידו אותו על רגליו עד אם גדל והיה לאיש. זו זכותם של אב ואם, וזו זכותו של הקטין... זכותם זו של אם ושל אב היתה ונתקיימה לפני היות חוק וחוקה. משפט הטבע הוא, המשפט שבלבבנו פנימה. וגם אם ייאמרו הדברים בחוק או בחוקה, לא יהיו הם אלא הד ובת-קול לאותה זכות מן-הטבע. זכות זו מי תהום-רבה יתנו בה חיים, והם שיקיימו את יער המשפט הצומח עליהם. ומשפט המדינה יילך בעקבות משפט הטבע.
(ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, עמ' 156-157).

43. המשיבים פוגעים בזכותם של העותרים להתגורר יחדיו. הזכות לחיי משפחה הינה זכות מוכרת ומוגנת במשפט הבינלאומי ההומניטארי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי.

ראו:
סעיף 46 לתקנות האג;
סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית;
סעיף 10 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966;
סעיפים 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966;
סעיף 12 וסעיף 16(3) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948;
סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם;
בג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 787.

44. המשפחה הטבעית היא היחידה הבסיסית של החברה שמחויבים להגן עליה:

התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמש והמבטיח את קיומה של החברה האנושית.
(השופט אלון בע"א 488/77, פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, עמ' 434).

45. הפגיעה בחיי המשפחה היא פגיעה העולה כדי פגיעה בכבודו של העותר כאדם. עמד על כך הנשיא ברק בפרשת עדאלה:

הקשר המשפחתי, והגנה עליו ועל מרכיביו הגרעיניים (בני הזוג וילדיהם), מונח ביסוד המשפט הישראלי. למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של האדם.

[...]

קשריו המשפחתיים של האדם הם במידה רבה טעם חייו... מעטות הן ההחלטות המעצבות את חייו של אדם ומשפיעות עליהן כהחלטה עם מי יקשור את גורלו ועם מי יקים את משפחתו. כך גם ביחס לזכותם של ההורים לגדל את ילדיהם...

הנה כי כן, מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת.

(בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל העותרים ואח' נ' שר הפנים, תק-על 2006 (2) 1754, פסקאות 25, 30-34 לפסק דינו של הנשיא).

ההכרה בזכות לחיי משפחה במקום מגוריו של אדם כזכות מוגנת על ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התקבלה על ידי רוב השופטים והיא ההלכה הפסוקה.

46. השופט לוי הדגיש בפסק דינו כי הזכות לחיי משפחה משמעה גם החופש לבחור את מיקומו של התא המשפחתי:

זכותו היסודית של אדם להינשא לבחיר/ת לבו על-פי רצונו והשקפתו, וזכותו כי יינתן לו ולבני משפחתו לקיים את חייהם בצוותא אף מבחינת מיקומו הגיאוגרפי של התא המשפחתי, אותו הם בחרו לעצמם. (פרשת עדאלה, סעיף 7 לפסק דינו של השופט לוי).

47. ואם כך נקבע בפרשת עדאלה, ביחס לנתין המדינה המבקש להקים תא משפחתי עם נתין זר בישראל - קל וחומר כאשר מדובר בשני תושבים של אותה ישות, אשר מבקשים להקים משפחה יחדיו בארצם, ובענייננו - שני פלסטינים תושבי הרשות הפלסטינית.

48. המשיבים פוגעים פגיעה אנושה בזכותם של העותרים לחיי משפחה, בכך שהם מונעים מבני הזוג לקיים חיי זוגיות, לגדל את ילדיהם בצוותא, ולקיים את התא המשפחתי במקום בו בחרו לכך. כדי לפגוע בצורה קשה כל כך בזכות לחיי משפחה, על המשיבים לכל הפחות להציג נימוקים ביטחוניים כבדי משקל אשר יש בהם, אולי, כדי להצדיק את שלילתה של זכות חשובה ובסיסית זו.

49. גם הנוהל, אותו מבקשים המשיבים להחיל על העותרים, מתעלם לחלוטין מזכותם של העותרים לחיי משפחה. חיי נישואין, זכותם של הורים לגדל את ילדיהם וזכותם של ילדים לגדול עם הוריהם, כלל לא עומדים בתנאי הסף הקבועים בנוהל לצורך מעבר לגדה. ברי כי בכך הנוהל כלל אינו תואם את ההלכה שנפסקה בפרשת עדאלה, ואף לא את החוק הבינלאומי ההומניטארי.

50. לעניין זה נבהיר, כי עמדת המשיבים מהווה סילוף וזילות מוחלטת של המושג "הומניטארי", כפי שהוא מוגדר בהרחבה ובפרוטרוט במשפט ההומניטארי בדין הבינלאומי.

51. המושג "הומניטארי" אינו ביטוי סתמי וערטילאי, שניתן "לנפנף" בו ולצקת לתוכו תוכן משתנה לפי רצון רגעי, שיקולים משתנים או אינטרסים צרים. המשפט ההומניטארי והחובות ההומניטאריות אינן בגדר מעשה חסד או צדקה, הנעשים "לפנים משורת הדין".

52. הבסיס לדין ההומניטארי כולו הינו שגם בשעת עימות ובשעת מלחמה, לא ניתן להפקיר את זכויותיהם של אזרחים להחלטות שרירותיות התלויות ברצונם הטוב של הצדדים.

53. הדין ההומניטארי הוא בעל משמעות משפטית ומעשית ברורה, קובע זכויות ברורות ומטיל חובות חד משמעיות. ניסיונם של המשיבים להגדיר מחדש מושג זה, תוך ריקונו מתוכו, אינו אלא הפרה בוטה של עקרונות היסוד ההומניטאריים (הנכונים), המחייבים את המשיבים.

54. נראה כי אין מנוס מלחזור בעניין זה למושכלות יסוד, ולהזכיר כי:

עיקרון בסיסי ומרכזי במשפט הבינלאומי ההומניטרי הנו כי אין לפגוע באנשים המצויים מחוץ למעגל הלוחמה... הרציונל שבבסיס עיקרון זה הנו כי יש להפחית, ככל האפשר, את הסבל והפגיעה באינטרסים ההומניטריים הכרוכים במלחמה. מכוח רציונל זה פורשות האמנות המרכזיות את הגנתן על פרטים המצויים מחוץ למעגל הלוחמה – המכונים גם אנשים מוגנים (protected persons) ומטילות על הצדדים לסכסוך החמוש חובות נגטיביות ופוזיטיביות בנוגע להגנתם [...]

החלק השלישי של אמנת ג'נבה כולל את מרבית ההוראות המהותיות המעניקות הגנה לאנשים מוגנים... יש לכבד ולהימנע מלפגוע בגופם, בכבודם, בחיי המשפחה שלהם, בדתם ובמנהגייהם.

(ארנה בן-נפתלי ויובל שני, המשפט הבינלאומי: בין מלחמה לשלום, 159-177 (2006))

מובן כי נוהל או מדיניות, אשר יוצאים באופן מוצהר מתוך הקביעה ההפוכה – לפיה הימנעות מלפגוע בגופם, בכבודם, בחיי המשפחה שלהם, בדתם או במנהגייהם של אנשים מוגנים אינה מהווה עניין הומניטארי – הם פסולים מיסודם.

ד. עקרון טובת הילד

55. עמדת המשיבים הביאה לפגיעה מתמשכת בילדים הקטנים, שנאלצו לשהות בנפרד מאביהם מולידם. עמדה זו היא שהביאה לבסוף את העותר לכדי ייאוש ולמעברו לרצועה. עמדת המשיבים מביאה לכך שחזרתו של העותר לביתו מותנית בהותרת ילדיו מאחור, ובכך למעשה שבה ופוגעת בטובת הילדים, בניגוד מוחלט לעקרון טובת הילד.

56. החתימה על האמנה הבינלאומית לזכויות הילד (1989), אשר אושררה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, וחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חיזקו את מעמדו של הילד כנושא זכויות עצמאיות, וכאישיות עצמאית במשפט.

וכך נאמר בסעיף 13(1) לאמנה:

בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה.

57. טובת הילד היא שיקול מכריע בכל החלטה מינהלית, אשר יש בה השפעה על זכויותיהם ומצבם הבריאותי או הנפשי של ילדים.

מן המפורסמות היא, כי בכל עניין הנוגע לקטין, טובתו של הקטין מהווה שיקול מרכזי במערך השיקולים שעל-פיהם יש להכריע בעניינו (ע"א 10280/01 ד"ר ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד נט(5) 64, פיסקה 14).

ר' בעניין זה גם את סעיף (1)3 לאמנה בדבר זכויות הילד, 1989.

58. לניתוק הכפוי מהאב השלכות מרחיקות לכת על התפתחות ילדיו. מחקרים מצביעים על קשר ישיר בין היעדרו של האב לבין קשיי התנהגות, דיכאון, הערכה עצמית נמוכה, הישגים ירודים, ואף בעיות קוגניטיביות, חברתיות ורגשיות אצל ילדיו.

ראו למשל:

Banger, D.M., & Eyberg, S.H.(2003). Father involvement in parent training: when does it matter? Journal of clinical child and adolescent psychology (32) 4 599-605.

Mackey, W.C.& Immerman, R.S.(2004). The foundation of the father to child relationship . The Mankind Quarterly1.

59. על המשיבים לשקול את עקרון טובת הילד, על פיו טובת הילדים הינה לגדול במחיצת אביהם ואמם במסגרת תא משפחתי יציב. נתק מאחד ההורים מהווה חוויה טראומטית, המותירה צלקת בנפשם הרכה של ילדים. זאת במיוחד כשמדובר בפעוטות ממש, אשר זקוקים לטיפול מתמיד ולנוכחות קבועה של שני הוריהם.

60. שוב ושוב הדגיש בית המשפט בפסיקותיו את מורכבותן ורגישותן של הכרעות הנוגעות לחסרי ישע – ובמיוחד לילדים – בציינו כי מדובר במלאכה "הקשה כקריעת ים סוף", אשר "מחייבת בחינה של עניינים עדינים ומורכבים הנוגעים לנפש האדם" ועל כן בית המשפט עצמו יתקשה להכריע בה בלא מעורבותם ודעתם של מומחים ואנשי מקצוע:

המושג "טובת הקטין" הינו מושג כללי ורחב, ובתי המשפט נדרשים מעת לעת לצקת בו תוכן ולעצב קריטריונים לצורך יישומו במקרה הקונקרטי העומד לדיון [...]

מוטלת על בית המשפט בכל פעם מחדש מלאכה הקשה כקריעת ים סוף (השוו: בע"מ 377/05 פלונית ופלוני נ' ההורים המיועדים לאימוץ הקטין (טרם פורסם) בפסקה 37). אכן, כל מקרה ומקרה מקפל סיפור חיים משלו, ובכל מקרה ומקרה נפרשת בפני בית המשפט מערכת יחסים שהיא ייחודית לבעלי הדין הניצבים בפניו כמשפחה במחלוקת. ההכרעה בשאלה מהי "טובת הקטין" במקרה הקונקרטי מחייבת בחינה של עניינים עדינים ומורכבים הנוגעים לנפש האדם, ובהם, כאמור, הקשר בין ילדים להוריהם וחוסנו הנפשי של כל אחד מבני המשפחה להתמודד עם מצבים שהחיים מזמנים לו...

לצורך הכרעה ב"דיני נפשות" אלה, נדרש בית המשפט כדבר שבשגרה לעזרתם של מומחים לדבר, שיסייעו בידו באיסוף הנתונים, בעריכת מבדקים ובחיווי דעה מקצועית. חשיבותו של כלי עזר זה לצורך הכרעה בשאלת טובתו של הקטין שעניינו עומד על הפרק, כבר הוטעמה בעבר בדבריו של בית משפט זה בבג"ץ 5227/97 דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול פ"ד נה(1) 453, 462 (להלן: עניין דויד), אשר קבע כי:

על דרך הכלל - וברובא-דרובא של המקרים - לא יקבע בית-משפט טובת הילד מהי עד אשר יונחו לפניו חוות דעתם של מומחים - מומחים לבריאות הגוף ובעיקר מומחים לבריאות הנפש, קרי: רופאים, פסיכולוגים, פסיכיאטרים - בשאלה מה היא טובת הילד ומה היא רעתו, מה ייטיב לילד ומה ירע לו. טובתו של ילד אינה מושג תיאורטי. לעניינה נדרש בית-המשפט לקביעת ממצאים-שבעובדה. ממצאים אלה בית-משפט לא יוכל לקובעם - על דרך הכלל - אלא אם יובאו לפניו ראיות וראיות לענייננו פירושו הינו - בעיקרם של דברים - חוות-דעת של מומחים...

אבחון מצבו הנפשי והגופני של אדם - לרבות השפעת סביבתו הקרובה על מצבו הנפשי והגופני - הינו עניין לאנשי המקצוע לענות בו; ואני מתקשה לראות כיצד יוכל בית-משפט להכריע בשאלת הטובה והאינטרס של קטין בלא שיעזר בחוות דעתם של מומחים לדבר. המומחים יאספו את הנתונים שלעניין, ינתחו ויעבדו אותם, ויצגו לפני בית-המשפט, או בית-הדין, את כל אלה לרבות את חוות דעתם המקצועית.

(בע"מ 9358/04 פלונית נ' פלוני, תק-על 2005(2) 2893, 2897).

61. גם שיקול זה כלל אינו נכלל בנוהל אותו מבקשים המשיבים להחיל על העותרים. את אשר בית המשפט שומר מכל משמר ודורש בחינה של אנשי מקצוע מובהקים, בהדגישו את הזהירות, הרגישות והקושי הכרוכים בכך – מבטלים המשיבים באחת בנוהל, אשר **מתעלם במובהק משיקולים של טובת הילד.**

ה. זכותו של העותר להורות

62. בהמשך לכך, הניתוק הכפוי והממושך בין העותר לילדיו הקטנים פגע גם בזכותו שלו להורות, זכות הכוללת את זכותו לגדל את ילדיו. אמנם מאז עבר העותר בייאושו לרצועה, שוב אין העותר וילדיו מופרדים זה מזה, אולם עמדת המשיבים דורשת מהעותר לוותר על קשר עם ילדיו כתנאי לחזרתו לביתו, ובכך לאיין את זכותו להורות.

63. זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם היא בגדר זכות אדם טבעית וראשונית:

המסגרת המשפחתית אינה עומדת בצד המערכת החוקתית, אלא היא חלק אינטגרלי ממנה. במסגרת היחידה המשפחתית נתונות להורים זכויות המוכרות על ידי המשפט החוקתי ומוגנות על ידו. זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם. (הנשיא שמגר בע"מ 2266/93 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מט(1), 221, עמ' 230-231).

64. העותרת אינה יכולה לשאת באחריות ולקיים את חובותיה כלפי ילדיה לבדה, וזקוקה לעזרתו ותמיכתו של העותר, אבי המשפחה, שנמצא עתה יחד עם משפחתו. במניעת מעברם של העותרת וילדיה לבית אבי המשפחה שבגדה המערבית, מונעים המשיבים מהעותר לממש את

זכותו להורות ואבהות, לקיים את חובותיו כלפי ילדיו, להיות לצד אשתו, העותרת, ויחד איתה לגדל את ילדיהם.

65. העותר, אבי המשפחה, אינו יכול לקיים את חובותיו כלפי ילדיו הקטנים, אם אלו יהיו רחוקים ממנו. הוא אינו יכול לתמוך בהם ולטפל בהם. המשיב פגע, וממשיך לפגוע, בזכותו המשפטית להורות, ומונע ממנו לטפל במשפחתו.

במסגרת יחידה זו מוטלת על כל אחד מההורים החובה לדאוג לבריאותו ולרווחתו (הפיסיות והנפשיות) של ילדם הקטין (ע"א 845/76; ע"א 137/81 (ב"ש 705/82)). יחד עם זאת, יש להם להורים גם זכויות. "אין חולק על כך כי זיקתו של ההורה לילדו אינה רק בגדר חובה אלא גם בגדר זכות" (ע"א 436/76, בעמ' 243).

מהותה של זכות זו היא, כי את החובות כלפי הילד הקטין רשאים למלא ההורים - הם ולא זולתם. זכותו המשפטית של ההורה היא כי הוא, ולא אחר, יקיים את החובות כלפי ילדו [...] זכות זו של ההורים היא זכות קונסטיטוציונית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי - "קול-הדם" בלשונו של מ"מ הנשיא, השופט חשין... שבין הורים לילדיהם [...] זכות זו של ההורים אינה זכות קניין או מעין קניין. היא אך ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדים. "אין לך נכס היקר לאדם יותר מן הקשר הנפשי בין הורים וילדם הטבעי, שבו הם רואים את פרי אהבתם עצמם ובשרם, ואת דור ההמשך הנושא בחובו את מטענם התורשתי".

(ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1), 461, עמ' 465-466).

1. זכותם של העותרים לחופש תנועה ובחירת מקום מגוריהם בתוך ארצם

66. הזכות לחופש התנועה היא הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש יכולותיו וזכויותיו. הזכות לחופש התנועה נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי.

זכות התנועה של האדם, כמאפיין מהותי של חירותו האישית, הוכרה כבר מקדמת דנא כזכות-על, בעלת עוצמה ומעמד מיוחד בין זכויות וחירויות היסוד של הפרט (בג"צ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פד"י ז' 534; בג"צ 190/57 אסיג נ' שר הבטחון, פד"י יב(1) 52, 55). זכות התנועה נגזרת מהיותו של אדם בן חורין, ומאופייה של המדינה כמדינה דמוקרטית, ומהיותנו חלק מהקהילה הבינלאומית, אשר במסגרתה זכות התנועה מוכרת כזכות אדם מינהגית.

במידרג זכויות היסוד של האדם, לזכות התנועה של הפרט עוצמה חוקתית גבוהה עד מאד... היא ניצבת ברף העליון במידרג זכויות האדם בישראל... חופש הרוח והחופש הפיסי של הפרט שואבים את כוחם זה מזה, ובהשתלבותם זה בזה הם מאגדים יחדיו את מרכיבי חירותו האישית של האדם.

(בג"צ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על(1)2006, 320, עמ' 324).

וראו גם:

בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736, 754;

בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האיזורי, פ"ד מח(2) 491, 506.

67. הזכות לחופש התנועה היא המנוע שמניע את מארג זכויותיו של האדם. המנוע שמאפשר לאדם לממש את האוטונומיה שלו, את בחירותיו. כאשר מגבילים את חופש התנועה נפגע אותו "מנוע" וכתוצאה מכך חלק מהאפשרויות והזכויות של אדם חדלות מלהתקיים. כבודו כאדם נפגע. מכאן החשיבות הרבה המיוחסת לזכות לחופש התנועה.

... לכל אדם זכות יסודית לאוטונומיה. זכות זו הוגדרה כזכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאוייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה... 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 פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במונח זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדירות את אישיותו ואת חייו של הפרט.

(ע"א 2781/93, דעקה נ' בית החולים "כרמל", תק-על (3)99, 574, עמ' 595).

68. כאשר מגבילים אדם מלנוע בתוך שטח המדינה או הישות בה הוא מתגורר, פוגעים בחייו החברתיים, פוגעים בחייו התרבותיים ובזכויות האדם שלו, פוגעים בחופש הבחירה שלו. אותו אדם מוגבל בשאלות המהותיות ביותר של חייו: היכן יתגורר, עם מי יחלוק את חייו, היכן ילמדו ילדיו, איפה יקבל טיפול רפואי, מי יהיו חבריו, היכן יעבוד, במה יעסוק והיכן יתפלל.

69. הזכות לחופש התנועה ובחירת מקום המגורים מעוגנת גם בדין ההומניטארי הבינלאומי.

70. אמנת גינבה הרביעית מקבעת את חופש התנועה כזכות יסוד של מוגנים, בין בשטח כבוש ובין בשטח מדינת אויב. סעיף 27 לאמנה קובע כי מוגנים יהיו זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך ארץ לכבודם.

71. ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם 1948 קובעת בסעיף 13:

Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each State.

בהתאם לכך קובעת גם ההכרזה האמריקאית בדבר זכויות וחובות האדם 1948 בסעיף 8 כי:

Every person has the right to fix his residence within the territory of the state of which he is a national, to move about freely within such territory and not to leave it except by his own will.

72. האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966, קובעת בסעיף 12:

Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

73. לתושבי השטחים עומדת הזכות לשנות את מקום מגוריהם כראות עיניהם בתוך השטחים, לרבות בין רצועת עזה לגדה המערבית, המהוות יחידה טריטוריאלית אחת. זוהי זכות המהותית והיסודית.

ראו לעניין הכרת מדינת ישראל ברצועת עזה והגדה כיחידה טריטוריאלית אחת: סעי' 5 ל"הצהרת העקרונות" מיום 13.9.93, החתומה על ידי ישראל ואש"ף; סעי' 23(6) להסכם עזה יריחו, "הסכם קהיר", שנחתם על ידי ישראל ביום 4.5.94; סעי' 11(1) להסכם הביניים שנחתם על ידי ישראל בבית הלבן ביום 28.9.95; סעי' 1(2) לנספח הראשון בהסכם הביניים, סידורי ביטחון; המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (מנשר מס' 7); הסכם המעברים בין מדינת ישראל לרשות הפלסטינית מיום 15.11.05; בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2002(3), 1021; בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל העותרים ואח' נ' שר הפנים, תק-על 2006(2) 1754.

74. אכן, הזכות לחופש תנועה, ככל זכות, ניתנת להגבלה. האמנות השונות קובעות כי שיקולי ביטחון מהווים עילה להגבלת זכות זו. אולם, נקבע בפסיקה כי על מנת להגביל זכות זו יש צורך לעמוד לפחות במבחן "החשש הכן והרציני" לפגיעה בביטחון, אם לא במבחן חמור יותר של "סכנה ממשית לביטחון המדינה" (בג"צ 448/85 עו"ד דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701; בג"צ 4706/02 שיח סלאח ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695).

75. חשוב לציין בהקשר זה את סעיפים 41-43 (החלים בשטח מדינה המעורבת בקונפליקט) ו-78 (החל באזור כבוש) לאמנת ג'נבה. סעיפים אלו עוסקים בהגבלת חירות, על ידי מעצר או תיחום מקום המגורים. האמצעים הם דרקוניים והשימוש בהם הוא דווקני. בא ללמדך, כי חופש התנועה של המוגנים ביתר הנסיבות היה חשוב למדינות החברות. רק במקום בו יש, ככלל, חובה לכבד את חופש התנועה, יש צורך לקבוע כללים מפורשים ודווקניים להגבלתו:

סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית מהווה הן מקור להגנה על זכותו של הנעבר והן מקור לאפשרות הפגיעה בזכות זו. דבר זה בא לידי ביטוי, בין השאר, בהוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית עצמה, הקובעת כי האמצעים הנקבעים על ידה הם האמצעים שהמעצמה הכובשת (כלומר, המפקד הצבאי) רשאית "לכל היותר" (at most) לבצע.
(בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 367, 352).

76. הפגיעה בזכויות העותרים היא קשה במיוחד. העותרים אינם יכולים לחיות יחד כמשפחה תחת קורת גג אחת, לקיים תא משפחתי יציב ונורמלי, לעצב את חייהם ואת גורלם המשותף.

סיכום: החלטת המשיבים בלתי סבירה ובלתי מיזתית

77. הפגיעה בזכויותיהם של העותרים, ללא כל תכלית, ועל בסיס מדיניות גורפת, עומדת בסתירה למושכלות יסודיות של השיטה המשפטית, לפיהן הפגיעה בזכויות אדם מוגנות צריכה להיעשות אך ורק לתכלית ראויה ובמידה שאיננה עולה על הנדרש.

78. סמכותם של המשיבים הינה להעניק היתר מעבר בישראל לצורך מעבר לגדה. השיקולים שצריכים להישקל הם שיקולי ביטחון טהורים. שיקולים אלו עניינם היחיד הוא במניעת סכנה עתידית (ראו: בג"צ 7015/02 **עגורני נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד נו(6) 352, 370).

79. הצעד בו נקטו המשיבים, אשר אינו נובע משיקולים ביטחוניים, הוא בבחינת **ענישה קולקטיבית**. המשיבים פוגעים בכך בזכויות היסוד של בני הזוג, העותרים 1 ו-2, ללא נימוק המצדיק זאת, ואף תוך חריגה מהקווים המנחים להם התחייבו בעבר, דהיינו, התרת המעבר במקרים הומניטאריים.

80. ההיתר היחיד שנדרש לעותרת וילדיה הינו היתר שיאפשר מעבר בישראל. מדובר במעבר מרצועת עזה לגדה, מעבר הנמשך כשעה עד שעתיים בלבד. היתר כזה ניתן לעיתים אף למי שיש כנגדו מניעה ביטחונית, היות ופוטנציאל הסיכון הטמון במעבר הקצר הינו נמוך וניתן לצמצמו בקלות יחסית באמצעים שונים. כאמור, ההבדל בין היתר כניסה לישראל לצורך שהייה למטרת עבודה, או לכל מטרה אחרת, לבין היתר מעבר בישראל, הינו קריטי ואף ממנו נגזרים חוסר הסבירות וחוסר המידתיות שבהחלטת המשיבים.

לחלופין, ככל שייקבע כי העותרים כפופים לנוהל, הרי שעל הנוהל לעמוד בהוראות החוק הבינלאומי והמשפט המינהלי הישראלי, ולהכיר בעניינם של העותרים כמקרה הומניטארי המצדיק את מעברם לגדה. בנוסף, על הנוהל להביא בחשבון את העובדה שבקשת העותרים, והעתירה המקורית בעניינם, הוגשו לפני פרסומו ואף לפני תחילת גיבושו.

81. כאמור, המשיבים אינם יכולים להקפיא את חיי המשפחה של העותרים. חיי אדם וחיי משפחה, מטבעם, ממשיכים להתקיים. גם בתקופות עימות ממשיכים בני זוג להינשא, להקים משפחות, להוליד ילדים ולגדלם. לא רק שהמשיבים אינם יכולים להתעלם מכך, אלא אף חובתם לעשות כל שביכולתם על מנת לאפשר את המשכם של חיים תקינים.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד ברצועת עזה ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת יפויי הכוח שאף הם ניתנו בפקס ובתיאום טלפוני, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותרים לבין באי כוחם.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיבים, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

15 במרץ 2010

אלעד כהנא, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 50842]