

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין:

1. חסן, ת.ז. [REDACTED]

תושב כפר עקב

2. זלול, ת.ז. [REDACTED]

תושבת כפר עקב

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

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

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

העותרים

- נגד -

1. שר הביטחון

2. שר הפנים

3. משטרת ישראל

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

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

- מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים ומורה להם לבוא וליתן טעם:
1. מדוע לא יאפשרו לעותרים, תושבי השטחים הכבושים במקור, החיים כדין בישראל מכח הליך לאיחוד משפחות (להלן: גם **אחמ"ש**), תנועה חופשית ומעבר בשטחי ישראל;
 2. בפרט: מדוע לא תותר למחזיקי היתר אחמ"ש הנמצאים בישראל כדין תנועה חופשית בין שכונות ירושלים הנמצאות מאחורי גדר ההפרדה לבין שאר שכונות ירושלים;
 3. מדוע לא תוסר כל הגבלת תנועה המוטלת על אנשים המחזיקים בהיתרי אחמ"ש הנמצאים בישראל כדין;
 4. מדוע לא ייקבע כי בכל מצב חירום עתידי, לא תיפגענה זכויותיהם של אנשים המחזיקים בהיתרי אחמ"ש.

בקשה לקביעת דיון דחוף

5. העותרים הינם תושבי השטחים במקור, אשר חיים כדיון בישראל, עם משפחותיהם, ונמצאים בהליך של איחוד משפחות שמכוחו מחזיקים הם בהיתרי אחמ"ש.
6. היתר האחמ"ש מעניק להם זכות תנועה בתוך שטח מדינת ישראל, בנוסף לזכויות בסיסיות אחרות כמו עבודה וטיפול רפואי.
7. מאז התפרצות מגיפת הקורונה אנשים בעלי היתרי אחמ"ש אשר גרים בתחום המוניציפאלי של ירושלים, בשכונות הנמצאות מעבר לגדר ההפרדה, אינם מורשים לעבור את המחסומים המפרידים בין בין השכונות.
8. המניעה מוטלת בחוסר סמכות ופוגעת אנושות בחייהם ובזכויותיהם של מחזיקי ההיתרים.
9. גם לאחרונה, אחרי ההקלה יחסית בהגבלות התנועה במדינה, בעלי היתרי האחמ"ש עדיין אינם מורשים לעבור.
10. בעלי היתרי האחמ"ש מופרדים בכך בפועל מבני משפחותיהם (לבני המשפחה בעלי מעמד בישראל מותר לעבור) ונמנע מהם מימוש זכויותיהם על פי חוק, ללא כל בסיס בדין.
11. לאור מצוקת האוכלוסיה של בעלי היתרי האחמ"ש, אשר זכויותיהם מופרות על בסיס יומיומי, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע מועד לדיון דחוף בעתירה, ולמצער להורות למשיב להגיש את תגובתו המקדמית בהקדם, שכן ייתכן שזו תייתר את הדיון בעתירה.

פתח דבר

12. עתירה זו עניינה בהגבלת חופש התנועה של תושבי השטחים הכבושים במקור, החיים כדיון בישראל במסגרת הליך לאיחוד משפחות, שמכוחו הם מחזיקים בהיתרי מת"ק, המקנים להם זכויות בסיסיות כגון חופש תנועה, היתר עבודה וביטוח רפואי בישראל. המדובר הן בבני זוג והן בילדים של ישראלים, המצויים בהליך לאיחוד משפחות עימם.
13. במאמר מוסגר יצוין, כי העותרים ואחרים במצבם (להלן: בעלי היתר מת"ק) אינם נהנים מכלל הזכויות המוענקות לתושבי ואזרחי מדינת ישראל, מאחר שהחוק מונע את שדרוג מעמדם אפילו אם הם נמצאים בהליך לאיחוד משפחות מזה שנים רבות, להלן נסביר.
14. לאחרונה, ואחרי התפרצות נגיף הקורונה בעולם, ולאור אי הוודאות ששררה בכל העולם, קבוצה מוחלשת זו מצאה את עצמה נטולת זכויות מינימאליות, אשר להן היא זכאית כדיון.
15. כידוע, ברוב המוחלט של הזוגות הנמצאים בהליך לאיחוד משפחות, אחד מבני הזוג הוא ירושלמי. מטבע הדברים, משפחות רבות שכאלה גרות בשכונות שונות בירושלים, שחלקן נמצאות בתוככי התחום המוניציפאלי של ירושלים אך מעברה האחר של גדר ההפרדה. ויצוין כי משפחות אלה חייבות בתשלומי מסים רגילים, כולל תשלום ארנונה לעיריית ירושלים, עבור מגוריהם בשכונות אלה.
16. לצורך מעבר בין השכונות הנ"ל ויתר חלקי העיר ירושלים, נדרשים האנשים לעבור דרך מחסומים שונים המוצבים בכניסה לשכונות מגוריהם.

17. בימים כתיקונם, הצגת היתר המת"ק שבחזקתו של בן הזוג המוזמן (תושב השטחים הכבושים) מספיקה כדי להעניק לו זכות לעבור דרך המחסומים הנ"ל.
18. מאז התפרצות נגיף הקורונה ועד היום, נמנע מעברם של בעלי היתר מת"ק בחלק מהמחסומים, לרבות מחסום קלנדיה (המפריד בין שכונת כפר עקב לשאר שכונות ירושלים) ומעבר אלזיתונה (המפריד בין דאחית אלבוסתאן לשאר שכונות ירושלים). מכאן העתירה.

התשתית העובדתית

הצדדים:

19. **העותר 1** (להלן: **מר חסן**), במקור משכס, מתגורר בכפר עקב החל משנת 2013. הוא נשוי לגב' [REDACTED] אבו אלחלאווה, נושאת ת.ז. [REDACTED] בני הזוג מקיימים מרכז חיים בירושלים. הם הגישו בקשה לאיחוד משפחות בחודש ינואר 2013 וקיבלו את אישור האחמ"ש הראשון בשנת 2015. מאז מר חסן מקבל היתרי מת"ק באופן סדיר. מר חסן עובד בנגריית "גל מטבחים" בעטרות, ועובר כל יום במחסום קלנדיה כדי להגיע לעבודתו.
20. הפעם האחרונה בה הותר למר חסן לעבור במחסום קלנדיה הייתה ביום 18.03.2020. מאז, בכל פעם שהוא מנסה לעבור, מונעים זאת ממנו בטענה שבעלי היתרי אחמ"ש אינם מורשים לעבור.
21. **העותרת 2** (להלן: **גב' דלול**) הינה תושבת כפר עקב המחזיקה בהיתר אחמ"ש, אותו היא מקבלת במסגרת הליך אחמ"ש מצד הוריה (הוריה תושבי מדינת ישראל). ההיתר האחרון שלה הינו בתוקף עד ליום 16.11.2020. גב' דלול, אשר סיימה לימודי משפטים, עובדת בירושלים ובמקביל עוברת הכשרה מקצועית (התמחות) בעריכת דין בירושלים. מאז התפרצות נגיף הקורונה מונעים ממנה לעבור במחסום קלנדיה אל שאר שכונות ירושלים למרות שהיא מחזיקה בהיתר אחמ"ש בתוקף.
22. **העותרת 3** (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**), היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים. בין היתר מטפלת העותרת 4 בהליכים לאיחוד משפחות בין פלסטינים תושבי קבע בישראל ובני משפחתם מהשטחים הכבושים.
23. לא למותר לציין שהעתירה מוגשת בשם של חלק מהפונים שפנו למוקד, אולם ישנם עוד אלפים כמותם. הפגיעה שפוגעת מניעה זו בכל אותם מוזמנים ובני משפחותיהם היא קשה ובלתי מידתית. כמעט כל משפחה כזו סובלת בשל כך מאי יכולת לקבל טיפול רפואי נחוץ, להגיע למקום העבודה, להעניק סיוע חירום לבני משפחה מהצד השני של החומה. מדיניותם הלא מוצהרת של המשיבים פוגעת אנושות בכל אלה.
24. **המשיב 1** הוא השר הממונה מטעם הממשלה על בטחון מדינת ישראל. בין היתר, הוא אחראי על מתאם פעולות הממשלה בשטחים (מתפ"ש), שהיא היחידה העוסקת בתיאום נושאים אזרחיים בין ממשלת ישראל, צה"ל, ארגונים זרים והרשות הפלסטינית. בנוסף, בתחום האזרחי, מתאם הפעולות בשטחים אחראי על תיאום בין משרדי הממשלה בישראל לבין המנהל האזרחי.

25. **המשיב 2** הינו האחראי על פי חוק לניהולו של משרד הפנים, שהינו אחד ממשרדי הממשלה המופקד, בין היתר, על השלטון המקומי, נושאי האזרחות והתושבות, תעודות זהות והנפקתן, אשרות כניסה ושהיה במדינת ישראל, וכל נושא הרישומים האישיים במדינת ישראל.

26. **המשיבה 3** היא חלק ממערכת הביטחון הישראלית, האמונה על אכיפת החוק, שמירה על הסדר הציבורי וביטחון הפנים של מדינת ישראל. בין היתר, היא אחראית על משמר הגבול, אשר אמון על המעברים המופעלים בתוך מדינת ישראל.

הקדמה ומיצוי הליכים

27. כאמור המוקד מטפל בין השאר, בזכויותיהם של תושבי ירושלים המזרחית אל מול הרשויות בישראל. בין כלל תושבי ירושלים המזרחית שהמוקד מטפל בעניינם, ישנם תושבים רבים המצויים בהליכי איחוד משפחות עם בני זוגם או ילדיהם מהגדה המערבית (להלן: **המוזמנים** או **בעלי היתר אחמ"ש**), ומתגוררים עימם בשכונות המצויות מעבר לחומת הפרדה, בין היתר כפר עקב, מחנה הפליטים שועפאט, ודאחית אלבוסתן, בתחומה המוניציפאלי של העיר ירושלים.

28. היתר השהייה מקנה למי ששהותו בישראל אושרה והוא חי בה כדיון, אפשרות להמשיך ולקיים עם בני משפחתו את התא המשפחתי בישראל. אפשרות אמיתית לקיומו של תא משפחתי בישראל באופן סביר, חייבת לכלול בתוכה את הזכות לחיים, לחיי משפחה ולחופש תנועה למוזמן ולבני משפחתו על כל הכרוך בכך, שאם לא כן, היא ריקה מתוכן. 29. עם התפרצות נגיף הקורונה התחילו להתקבל במשרדי המוקד פניות רבות מתושבים הגרים בשכונות שונות בעיר ירושלים המצויות מאחורי גדר הפרדה, שמצאו עצמם בן לילה כלואים בשכונתם, ללא אפשרות לעבור לשאר חלקי העיר, למרות שהם מחזיקים בהיתר שהייה כדיון במדינת ישראל, אשר מאפשר להם תנועה חופשית בכל רחבי הארץ, כמוסבר לעיל.

30. על כן, ביום 24.03.2020 שלח המוקד פנייה בהולה לרמת"ק עוטף ירושלים במנהל האזרחי, והלין על מניעת מעברם של מחזיקי היתרי אחמ"ש במחסומים השונים בתוך העיר ירושלים וביקש להפסיק את ההתנהלות הנ"ל. בפנייה הוסבר, בין היתר, כי חובת כלל הרשויות האמונות על ירושלים המזרחית – ובכללן, המינהל האזרחי ומת"ק עוטף ירושלים – להגן על זכויות אלו, חלה בימים כתיקונם, ומקל וחומר בצוק העיתים, כאשר גורלם של אלפים רבים של תושבי המדינה ואזרחיה ובני משפחותיהם נתון בידיהן.

31. המוקד הסביר בפנייתו כי התפרצות נגיף הקורונה, מקימה חובה להגן על גישתם של כלל תושבי השכונות שבנדון לקבלת שירותים חיוניים שלהם הם זכאים, וכי זוהי אחריותו של המנהל האזרחי שלא למנוע בימים קשים אלו מאף אדם מעבר בין כלל חלקי העיר המזרחית – לרבות מעבר מהשכונות המצויות בצדה המזרחי של חומת הפרדה לצדה המערבי – לעיר המערבית בדרכו לקבלת שירותים חיוניים – כגון רכישת מזון, נסיעה לעבודה, קבלת שירותים רפואיים ועוד כיו"ב. וזאת, בין אם מדובר באזרחי ישראל ותושביה ובין אם לאו.

32. הפנייה כללה פניות פרטניות של פונים אשר נמנע מעברם במחסומים השונים בעיר ירושלים.

העתק מהפנייה מיום 24.03.2020 מצורף ומסומן ע/1.

33. ביום 29.03.2020 התקבל מענה מקצין פניות ציבור במנהל האזרחי, לפיו: "בקשותיהם של מרשיך הינם תנועה חופשית בתוך שטחה של העיר ירושלים, ולא באזור יהודה והשומרון, במעברים המופעלים על ידי משמר הגבול ומצויים באחריות משטרת ישראל. לאור האמור הנושא אינו בסמכות המנהל האזרחי".

העתק מתשובת המנהל האזרחי מיום 29.03.2020 מצורף ומסומן ע/2.

34. לאור התשובה שהתקבלה, פנה המוקד ביום 31.03.2020 למפקד מחוז ירושלים של המשיבה 3, וביקש לחדול מההתנהלות המונעת ממוזמנים בהליך לאחמ"ש, החיים בשכונות שבצדה המזרחי של חומת ההפרדה, גישה לשירותים חיוניים הקיימים בצדה המערבי של חומת ההפרדה, ומכל מניעת תנועה של מוזמנים בתוך העיר ירושלים.

העתק מהפנייה מיום 31.03.2020 מצורף ומסומן ע/3.

35. מאחר שלא התקבל כל מענה לפנייה לעיל, ביום 06.04.2020 שב המוקד ופנה למפקד מחוז ירושלים של משיבה 3, וציין כי לא קיבל מענה לפנייתו הקודמת. בנוסף לזאת, ציין המוקד, כי בהתאם לתקנות שעת החירום להגבלת תנועה שהותקנו לאחרונה, יש לאפשר חופש תנועה למי עושה את דרכו, בין היתר, למקום עבודתו, לטיפול רפואי, לתור אליו הוזמן במשרד הפנים וכיו"ב. אולם המציאות בשטח הראתה כי למחזיקי היתרים לא ניתן כלל לעבור, לא משנה לאיזו מטרה, וזאת בניגוד מוחלט לתקנות.

36. העתק מהפנייה נשלח לשר לביטחון פנים; ליועץ המשפטי של משטרת ישראל; למפקד מרחב קדם במשטרת ישראל; לראש עיריית ירושלים; ולמנהלת לשכת רשות האוכלוסין וההגירה, ירושלים המזרחית.

העתק מהפנייה מיום 06.04.2020 מצורף ומסומן ע/4.

37. ביום 19.04.2020 התקבלה תשובה מסגן יועץ משפטי מחוז ירושלים של המשיבה 3 לפיו המשיבה 3 יישמה במעברי הכניסה לירושלים את פקודת הסגר שהופצה מטעם המנהל האזרחי, בהמשך להחלטת שר הביטחון בנושא. פקודת הסגר כללה רשימת מקרים ואוכלוסיות חריגים לגביהם הותרה הכניסה במעברים, ובעלי היתרי אחמ"ש לא הופיעו בה.

38. אולם, כך נמסר בתשובה, לאחר פנייה מטעם המשיבה 3 למנהל האזרחי, הוספה קטיגוריה של מחזיקי היתרי אחמ"ש לרשימת מותרי המעבר (בכפוף להנחיות משרד הבריאות), וכיום "מאושר מעברם של בעלי היתר אחמ"ש במעברי עוטף ירושלים".

העתק מהתגובה מיום 19.04.2020 מצורף ומסומן ע/5.

39. ביום 20.04.2020 שב המוקד ופנה למשיבה 3 וציין כי המדיניות שצוינה במכתבה מיום 19.04.2020 הינה המדיניות הנכונה, אולם נראה כי מבחינת יישומה בשטח ישנן בעיות רבות, וכי אנשי הביטחון במחסומים אינם מודעים לחובה לאפשר מעבר למחזיקי היתרי אחמ"ש. בפנייה הובאו דוגמאות להתנהלות בשטח, והוצגה בקשה לחדד את הנהלים בפני השוטרים ואנשי הביטחון האחרים האמונים על מעברים במחסומים השונים.

העתק מהפנייה מיום 20.04.2020 מצורף ומסומן ע/6.

40. מאחר שלא התקבל כל מענה ענייני והולם, ושהאינדקציות מהשטח הראו כי המדיניות נשארה בעינה, ובעלי היתרי אחמ"ש עודם מנועים מלעבור במחסומים השונים, ביום 28.04.2020 פנה המוקד בפנייה מרוכזת למשיבה 3, לראש המנהל האזרחי של המשיב 1 ולראש עיריית ירושלים.
41. בפנייה פרש המוקד את השתלשלות העניינים מאז תחילת התפרצות נגיף הקורונה, את התשובות הסותרות את המציאות בשטח, ואת ההתנהלות השונה במחסומים השונים – במחסום של מחנה פליטים שועפאט, למשל, התירו את מעברם של בעלי היתרי אחמ"ש, ואילו במחסום קלנדיה המשיכו במניעת מעברם. על-כן, התבקשה תשובה עניינית ואחידה אשר תשקף את המדיניות בכל המחסומים.
העתק מהפנייה מיום 28.04.2020 מצורף ומסומן ע/7.
42. ביום 06.05.2020 התקבלה תשובה מטעם ס' יועמ"ש מחוז ירושלים של המשיבה 3, לפיו האחרונה מיישמת במעברי הכניסה לירושלים את פקודת הסגר שהופצה מטעם המנהל האזרחי, אשר לא החריגה את בעלי היתר אחמ"ש, והללו, ככלל, אינם מורשים להיכנס במעברים אלא בתיאום מראש עם המנהל האזרחי.
העתק מתשובת המשיבה 3 מיום 06.05.2020 מצורף ומסומן ע/8.
43. מאידך, ביום 11.05.2020 התקבלה תשובה קצין פניות הציבור במנהל האזרחי שהבהיר כי המעברים אליהם התייחסה פניית המוקד מצויים בשטח ישראל ומופעלים על ידי יחידת המעברים של משטרת ישראל ומג"ב עוטף ירושלים. מאחר שמדובר בתנועה בשטחה המונציפאלי של העיר ירושלים, פקודת הסגר אינה רלוונטית, שכן זו מסדירה מעבר מאזור יהודה והשומרון לישראל ולהפך, ולפיכך המנהל האזרחי אינו אחראי למדיניות הזו.
העתק מתשובת המנהל האזרחי מיום 11.05.2020 מצורף ומסומן ע/9.
44. עינינו הרואות, כי אין מדיניות ברורה לגבי מעבר בעלי היתר אחמ"ש במחסומים בתוך העיר ירושלים, ואם קיימת מדיניות כזו אז היא התקבלה בחוסר סמכות ודינה להתבטל. לא זו אף זו. התשובות שהתקבלו לפניות המוקד נוגדות זו את זו, דבר המעיד על שרירותיות וחוסר תיאום.

הטיעון המשפטי

הוראת השעה – רקע

45. בחודש מאי 2002 החליטה ממשלת ישראל להקפיא לחלוטין את ההליכים לאיחוד משפחות (להלן: **אחמ"ש**), בין תושבי ישראל לבני זוגם תושבי השטחים. בעקבות החלטה זו, סירב משרד הפנים לקבל בקשות חדשות לאחמ"ש והפסיק את הטיפול בבקשות לאחמ"ש שכבר הוגשו וטרם הוחלט בהן. בנוסף, עצר משרד הפנים את ההליכים לשדרוג מעמדם של תושבי השטחים שבקשתם לאחמ"ש כבר אושרה.
46. באוגוסט 2003 עוגנה הקפאת ההליכים לאחמ"ש עם בני משפחה תושבי השטחים בחוק האזרחות והכניסה לישראל, בהוראת השעה שצוינה לעיל ומוארכת בצו מדי תקופה, בפעם האחרונה הוארכה עד לחודש יולי 2020.

47. הוראת השעה קובעת בסעיף 2, כי שר הפנים לא ייתן לתושב האזור רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל וכן כי מפקד האזור לא ייתן לתושב האזור היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון באזור.
48. עם זאת, בחוק נקבעו חריגים לאיסור הנ"ל, המאפשרים בין השאר ליתן מעמד במדרג נמוך יותר ממעמד קבוע בו מחזיקים תושבי קבע ואזרחים, לנשים וגברים פלסטינים תושבי השטחים שנישאו לישראלים ואשר הגיעו לגיל 25 ו-35 בהתאמה, כמו גם למי שמתקיימים בעניינו נסיבות הומניטאריות מוצדקות.
49. כך, נוצרה מציאות בה פלסטינים רבים, שבקשותיהם לאחמ"ש עם בני משפחתם, תושבי ישראל ואזרחיה, אושרו, וחלק לא מבוטל מהם אף מתגוררים בירושלים וביתר חלקי המדינה, מקיימים בה מרכז חיים בכל מובן אפשרי, מתפרנסים בה, מולידים בה ילדים ואף מתבגרים. ברם, לדאבון הלב, לאותם תושבי השטחים המחזיקים בהיתרי שהייה, המתחדשים מידי שנה, אין כל אפשרות לשדרג את מעמדם ולחיות בביתם בביטחון מלא כפי שמתאפשר לבני זוג זרים של תושבי ישראל ואזרחיה. מציאות זו היא מנת חלקם של רבים, החיים כולם במצב של חוסר יציבות בסיסי וחוסר ביטחון אישי, משפחתי וסוציאלי. וכך, על אף שהם מתגוררים בישראל כדין במשך שנים על גבי שנים, מצבם הינו כעין "נוכחים נפקדים".
50. מדיניות זו יצרה אוכלוסיה שלמה של אנשים אשר מחזיקים בהיתרי אחמ"ש, היתר לשהייה בישראל שמעניק להם זכות מלאה לשהות בישראל, לעבוד ולקבל טיפול רפואי. בהתאם להיתר הנ"ל, מתנהלים חייהן של משפחות שלמות. כל בעלי היתר אחמ"ש מקפידים על ניהול מרכז חיים בישראל על מנת שלא לאבד את המעמד שקיבלו.
51. כאמור לעיל, העיר ירושלים כוללת שכונות שהן מעבר לגדר ההפרדה. רבות מהמשפחות של בעלי היתר אחמ"ש גרות בשכונות הנ"ל. היתר האחמ"ש מתיר להם לנוע בכל רחבי המדינה בחופשיות, ורק לאחרונה תנועתם הוגבלה ללא כל בסיס בחוק או בהוראות.
52. מעבר לאמור, המשפחות שמקיימות מרכז חיים בשכונות שמעבר לגדר, ביססו את חייהן שם בהסתמך על העובדה שהשכונות הנ"ל הינן חלק מהעיר ירושלים. לפיכך, הגבלת מעברם בעת הזו ובידולן של שכונותיהם משאר שכונות ירושלים מהווה בנוסף הפרה של עיקרון ההסתמכות.
53. במאמר מוסגר יצויין כי מדיניות של מניעת מעברם של אנשים הגרים מעבר לגדר ההפרדה, להבדיל מבעלי היתר אחמ"ש הגרים בשכונות הנמצאות מהעבר האחר של גדר ההפרדה, כמו, למשל, בית חנינא או שועפאט, מהווה אפליה פסולה. שכן ההיתר מעניק לכל אלו המחזיקים בהיתרי שהייה את אותן הזכויות, ואין זה מוצדק להיתר לחלקם לנוע בחופשיות (ככל הניתן ובהתאם להוראות משרד הבריאות) ולחלקם לא (ראה טיעון להלן)!
54. מדיניות המשיבים המונעת את מעברם במחסומים המוצבים בתוך העיר ירושלים, של בעלי היתרי אחמ"ש אשר מקיימים מרכז חיים בירושלים אינה סבירה ואינה מידתית, ועל כן דינה להתבטל לאלתר. נסביר.

חוסר סמכות

55. כפי שהסברנו לעיל, מהמשיבים התקבלו תשובות מנוגדות. אין עוררין כי השכונות של כפר עקב ודאחית אלבוסתאן הינן חלק משכונות ירושלים. עם התפרצות נגיף הקורונה הותקנו **תקנות שעת חירום** (נגיף הקורונה החדש) (אזור מוגבל), תש"ף-2020, (להלן: **תקנות שעת חירום**), לפיהן ניתן להכריז על חלק מהשכונות כ"אזור מוגבל", בו נמנעות כניסה ויציאה מהשכונה, בנוסף למניעת תנועה בתוך השכונה.

56. ביום 12.04.2020 פרסמה הממשלה את ההחלטה על הכרזה על אזורים בעיר ירושלים "כאזור מוגבל" לפי תקנות שעות חירום. **ההחלטה החריגה במפורש את עוטף ירושלים כפר עקב, אזור התעשייה עטרות, בית חנינא, פסגת זאב ועוטף ירושלים שכונת השלום.**

57. לא זו אף זו. המשיבה 3, בתשובתה מיום 06.05.2020, הסבירה את המניעה של מעברם של בעלי היתר אחמ"ש, בכך שפקודת הסגר שהופצה מטעם המנהל האזרחי לא החריגה אותם. מאידך, המנהל האזרחי במכתבו מיום 11.05.2020 הסביר במפורש כי מאחר שמדובר בתנועה בתוך תחומה המוניציפאלי של העיר ירושלים פקודת הסגר אינה רלוונטית. מכאן עולה כי מניעת מעברם של בעלי היתרי אחמ"ש הינה חסרת כל סמכות ומנוגדת לדין.

הפגיעה בזכויות העותרים

הזכות לחיי משפחה

58. זכותם הבסיסית של העותרים, ושל אחרים המשתייכים לקבוצת האוכלוסייה שבעניינה מוגשת עתירה זו, לחיות בתא משפחתי יציב, כך שהסדרת מעמדם משרתת את הצורך הבסיסי של כל אדם באשר הוא לחיות בתא משפחתי שלם ויציב ולחוש תחושת קביעות, תוך זכאות לזכויות יסוד בסיסיות.

59. התפרצות נגיף הקורונה פגעה באורחות החיים בעולם, וגרמה לערעור המארג המשפחתי של המוני אדם. פגיעה מעבר למתוארת לעיל, בקבוצה מוחלשת של בעלי היתרי אחמ"ש – שחיהם המשפחתיים נתונים לבחינה כל שנה, והם מחויבים להוכיח קיומו של תא משפחתי ו"מרכז חיים" על מנת להמשיך ולהחזיק בהיתר – מהווה פגיעה בתא המשפחתי עצמו, ומעבר לראוי.

60. הפגיעה הנ"ל, בנוסף לעובדה שנעשית בחוסר סמכות, מהווה שלילה של זכויות בסיסיות, כגון חופש התנועה, טיפול רפואי ועבודה, וככזו היא עוברת את גבול הלגיטימיות.

61. הזכות לחיי משפחה היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. כנגד זכות זו מוטלת על המשיבים החובה לכבד את התא המשפחתי.

62. תקנה 46 לתקנות האג, המהווה דין בינ"ל מנהגי, קובעת:

יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומנהגי הפולחן.

63. גם במשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי, תחת כלל 105 למחקרו של הצלב האדום, מודגש:

Family life must be respected as far as possible.

(Henckaerts J.M. Doswald-Beck L. *Customary International Humanitarian Law*. Vol I: Rules. ICRC (2005). pp. 379-383)

ובית המשפט הנכבד פסק פעמים חוזרות ונשנות כי :

ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות.
(בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 728, 787).

ר' עוד :

סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית 1949 ;
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 לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948 ;
סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם 1950.

64. בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים, ובמיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין **עדאלה** (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2) 1754).

כך, למשל, כותב הנשיא (בדימוס) ברק, בסעיף 25 לפסק דינו :

חובתנו הראשונית והבסיסית לקיים, לטפח ולשמור על התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית - הלוא היא המשפחה הטבעית.
[...]

הקשר המשפחתי... 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 אדם.

65. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית, משמעה כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו – ורק משיקולים כבדי משקל.

(ii) הזכות לחופש התנועה

66. לכל אדם נתונה הזכות לנוע בתוך ארצו באופן חופשי. הזכות לחופש התנועה היא הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש יכולותיו וזכויותיו. הזכות לחופש התנועה נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי.

ראו :

בג"ץ 6358/05 **ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף**, תק-על 2006(1) 320, פסקה 10 ;
בג"ץ 1890/03 **עיריית בית לחם ו-21 אח' נ' מדינת ישראל**, תק-על 2005(1) 1114, פסקה 15 ;
בג"ץ 3914/92 **לב נ' בית הדין הרבני האזורי**, תק-על 94(1) 1139, 1147.

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.

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.

69. הזכות לחופש התנועה מעוגנת גם בדין ההומניטארי הבינלאומי. אמנת ג'נבה 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.

70. חשוב לציין גם את סעיפים 41-43 (החלים בשטח מדינה המעורבת בקונפליקט) ו-78 (החל באזור כבוש). סעיפים אלו עוסקים בהגבלת חירות, על ידי מעצר או תיחום מקום המגורים. האמצעים הם דווקניים והשימוש בהם הוא דווקני. בא ללמדך, כי חופש התנועה של המוגנים בכל שאר הנסיבות היה חשוב מאוד 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, תק-על 2002(3), 1021, עמ' 1027).

71. משפט זכויות האדם הבינלאומי אף הוא מקור מחייב המעגן את חופש התנועה כזכות אדם בסיסית. כך קובע סעיף 12(א) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, אשר ישראל חתמה עליה ואשררה אותה:

אדם הנמצא כחוק בתוך שטחה של מדינה זכותו, בתוך שטח זה, לנוע ולבחור את מקום מגוריו באורח חופשי.

72. סעיף 12 הנ"ל הוא מקור מחייב. כמקור לפרשנות ראו גם סעיף 13 להכרזה האוניברסאלית על זכויות האדם וסעיף 2 לפרוטוקול הרביעי מ-1963 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם.

הפגיעה בזכות חוקתית – האם היא מידתית?

73. מאחר שכפי שהוסבר לעיל, הזכויות לחיי משפחה ולחופש תנועה נחשבות לזכויות חוקתיות, הפגיעה בהן אמורה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומשיקולים כבדי משקל.

ככל שהזכות הנפגעת הינה בעלת משקל רב יותר, וככל שהפגיעה בה קשה יותר, כך נדרש קיומו של אינטרס ציבורי נוגד בעל עוצמה גדולה יותר כדי להצדיק את הפגיעה, שאם לא כן, עשויה הפגיעה להיחשב בלתי-מידתית. נדרש מיתאם בין עוצמת זכות היסוד לבין משקלו של האינטרס הציבורי הנוגד כדי להצדיק פגיעה בזכות.

בג"ץ 7444/03 בלאל מסעוד דקה נ. שר הפנים (פורסם בנבו).

74. כל פגיעה בזכות יסוד אמורה לעמוד בתנאי המידתיות:

בעניין זה פותחו שלושה מבחני משנה: מבחן הקשר הרציונלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות (במובן הצר). לענייננו, נדרש קשר של התאמה בין המטרה של שמירה על בטחון המדינה ושלום הציבור לבין אי מתן

היתר שהייה; נדרש כי האמצעי הננקט – פגיעתו תהא פחותה; לבסוף, נדרש כי האמצעי של אי מתן היתר שהייה יעמוד ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממנו לביטחון המדינה ושלוש הציבור.

בג"ץ 2028/05 חסן אמארה נ. שר הפנים (פורסם בנבו)

מבחן הקשר הרציונאלי

75. כאמור לעיל, מניעת מעברם של בעלי היתרי האחמ"ש מהווה פגיעה בזכותם לחיי משפחה ובזכותם לחופש תנועה. במצב חירום שכל המדינה נקלעה אליו, הכללים שנאכפו כדי להתמודד עם מצב החירום היו ברורים, וכפי שצינו לעיל, לא הוטל סגר על השכונות הרלוונטיות (כולל על בעלי היתרי האחמ"ש המתגוררים בשכונות הללו כדון), כך שהמניעה נעשתה ללא סמכות. לא זו אף זו, אם ה"סגר" החלקי נאכף רק לגבי בן המשפחה שמחזיק בהיתר אחמ"ש, לעומת בני משפחתו, שלהם מותר לעבור ולנוע בתוך ישראל בחופשיות, אזי "הסכנה" כביכול, אינה מנוטרלת כלל.

76. עצם העובדה שרק בן המשפחה שמחזיק בהיתר אחמ"ש מנוע מלעבור מעיד על שרירות מוחלטת, נעדרת קשר רציונאלי בין הצעד למטרה הלכאורית.

האמצעי שפגיעתו פחותה

77. המבחן השני בגדרו בוחנים מעשה מינהל על מנת לבחון עמידתו בכללי פסקת ההגבלה הינו מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – על פיו פגיעת האמצעי שנבחר היא הפגיעה המינימלית בזכות, כאשר התכלית של המדיניות מושגת כמובן. לא צריך להכביר מילים לגבי הפגיעה שזועקת לשמים בחיי המשפחה ובזכויות יסודיות נוספות (הזכות לחופש תנועה, שהפגיעה בה מובילה לפגיעה בזכות לחופש העיסוק ובזכות לקבלת טיפול רפואי), כתוצאה מהחלטת המשיב. מדובר בפגיעה גורפת וטוטאלית בזכויות הללו, אין כל ספק שלא מדובר כאן באמצעי שפגיעתו פחותה. כפי שצינו לעיל, רק בן המשפחה שמחזיק בהיתר אחמ"ש מנוע מלעבור את המחסום, להבדיל משאר משפחתו שגרים איתו באותו בית ומותר להם לעבור. כך שגם המטרה שאותה פגיעה אמורה להשיג כלל אינה מושגת.

78. מאחר שהתכלית מאחורי המניעה, או הערך המוגן, הינם עמומים, וההסתברות לפגיעה בהם אינה ידועה, ומאידך הפגיעה היא כל כך ברורה, יטענו העותרים כי המשיב לא עמד בחובה הנ"ל.

מבחן המידתיות במובן הצר

79. המבחן השלישי של המידתיות הינו מבחן המידתיות במובן הצר. על פיו, חייב להתקיים יחס ראוי בין התועלת שבקידום התכלית לבין הפגיעה בזכות. כפי שהעלינו לעיל, הפגיעה בזכות ברורה וזועקת לשמים, מאידך התכלית הינה עמומה ולא ברורה כלל.

80. לאור כל האמור לעיל, המסקנה המתבקשת הינה כי ההחלטה של מניעת מעברם של בעלי היתרי אחמ"ש אינה מידתית ומהווה הפליה לרעה (ראה להלן) ופגיעה קשה בזכויות יסוד.

הפליה אסורה

81. השוויון הוא מאבני היסוד של ערכי הדמוקרטיה, ושל כל מדינה מתקדמת, כמו ישראל. שוויון הוא מרכיב מרכזי לא רק של שלטון החוק הפורמאלי אלא גם של שלטון החוק המהותי, הדורש כי החוק עצמו ישרת את ערכי היסוד של מדינה מתוקנת.
- הזכות לשוויון טומנת בחובה שני היבטים, הראשון - הזכות להיות שווה בפני החוק; והשני - איסור על הפליה מטעמים של השתייכות לגזע, לקבוצה אתנית, למין, לדת או ללאום.
82. עקרון השוויון עוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כנגזרת של הזכות לכבוד, כזכות על חוקתית, שהפגיעה בה תתאפשר רק במגבלות הקבועות בחוק היסוד. ראה אהרן ברק, **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית**, (תשנ"ד) 421; בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ', פ"ד מח(5) 749, 760; בג"ץ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מח(5) 501, 521–522;
83. אבחנה על בסיס קבוצתי, שאינה מבוססת על שוני רלוונטי, הינה הפליה ולפיכך פסולה. בית משפט נכבד זה הדגיש את הכלל הברור בעניין ההפליה על בסיס לאום או דת:
- התרגום המעשי של תפיסות יסוד אלה באשר לשוויון הינו, כי תכליתה (הכללית) של כל חקיקה הינה להבטיח שוויון בין בני האדם בלא הפליה על בסיס של דת או לאום. טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול 'חשוד' והוא לכאורה טיפול מפלה.
- בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נד(1) 258, 278.

84. די בכך, אפוא, שהרשות המנהלית מבססת הבחנה בין בני אדם על יסוד שיקולים זרים

כדי שההבחנה הזאת תוגדר כאפליה פסולה. מניעת מעברם ותנועתם של בעלי היתרי אחמ"ש הגרים מעבר לגדר ההפרדה, בתוך שטחיה של מדינת ישראל, ובפרט בתוך התחום המונציפאלי של העיר ירושלים – לעומת התרת תנועתם של בעלי היתרי אחמ"ש הגרים בשכונות שבתוך גדר ההפרדה – מהווה הפרה של עיקרון השוויון והלכה למעשה אפליה אסורה.

85. בנוסף לפגיעה בחופש התנועה, כליאתם של בעלי היתרי אחמ"ש בתוך שכונות הנמצאות מעבר לגדר ההפרדה ומניעת הגעתם לטיפול רפואי או לעבודה, מהווה פגיעה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

סיכומם של דברים

86. העותרים ואחרים במצבם חיים כדין בישראל מזה שנים רבות, כשבידיהם היתרי שהייה כדין. למרות זאת, תנועתם בתוך שטח מדינת ישראל נמנעת עתה משיקולים זרים וללא כל בסיס חוקי.

87. הנה כי כן, מכל הטעמים האמורים לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לצו על תנאי, להפכו למוחלט ולחייב את המשיבים בתשלום הוצאות משפט.

19 במאי 2020

מאיסא אבו סאלח אבו עכר, עו"ד