

בעניין:

1. _____ חמידאת
ת.ז. _____, תושבת הרשות הפלסטינית
2. _____ אחמד אבו זר
ת.ז. _____, תושבת הרשות הפלסטינית
3. _____ אבו זר
ת.ז. _____, תושב הרשות הפלסטינית
4. _____ חמידאת
ת.ז. _____, תושב הרשות הפלסטינית

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

ע"י ב"כ סיגי בן ארי (מ.ר. 37566) ו/או יוסי וולפסון (מ.ר. 26174) ו/או עביר גיבוראן (מ.ר. 44346) ו/או עידו בלום (מ.ר. 44538) ו/או יותם בן הלל (מ.ר. 35418) ו/או חוה מטרס-עירון (מ.ר. 35174) ו/או ידין עילם (מ.ר. 39475) ו/או אלון מרגלית (מ.ר. 35932)

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 דרום
3. שר הפנים
4. מדינת ישראל

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא יאפשרו את מעברה של העותרת 1 מרצועת עזה לגדה המערבית, שם מתגורר בן זוגה, העותר 4, ושם ייערך טקס כלולותיהם, וזאת באמצעות הנפקת היתר כניסה לישראל.
2. מדוע לא יאפשרו את מעברם של העותרים 2 ו-3, הוריה של העותרת 1, מרצועת עזה לגדה המערבית ובחזרה לרצועת עזה, על מנת שיוכלו להשתתף בטקס הכלולות של בתם שיתקיים בכפר צוריק שבגדה המערבית, וזאת באמצעות הנפקת היתר כניסה לישראל.

בקשה לדיון דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה לאור **המועד הקרוב של טקס הכלולות, שנקבע ליום 15.5.2008.**

העותרים 1 ו-4 חתמו על חוזה נישואין לפני **חמישה חודשים**, בחודש נובמבר 2007. מאז מנסה העותרת, בלא הועיל, לקבל היתר כניסה לישראל לצורך מעברה מרצועת עזה לגדה המערבית, שם

מתגורר בן זוגה ושם ייערך טקס כלולותיהם, שלאחריו יוכלו בני הזוג להתחיל את חייהם המשותפים ולקיים חיי זוגיות מלאים.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**), ילידת 1986, היא תושבת הרשות הפלסטינית, המתגוררת כיום בבית הוריה במחנה הפליטים חאן יונס שברצועת עזה.
2. העותר 4 (להלן: **העותר**), יליד 1978, הוא תושב הרשות הפלסטינית, המתגורר בצורף בנפת חברון שבגדה המערבית.
3. העותרים 3 ו-4 הם הוריה של העותרת 1, גם הם תושבי הרשות הפלסטינית המתגוררים ברצועת עזה.
4. העותר 5 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) הוא ארגון זכויות אדם שמושב בירושלים.
5. המשיבה 4 מחזיקה בשטחי הגדה המערבית ורצועת עזה תחת תפיסה לוחמתית. המשיב 1 הוא המפקד הצבאי, האחראי מטעמה על שטח הגדה המערבית.
6. המשיבים 2-3 אחראים על הוצאת היתרי כניסה לישראל לצורך מעבר מרצועת עזה לגדה המערבית. המשיב 3 הוא בעל הסמכות, אותה האציל למשיב 2.

העובדות ומיצוי ההליכים

7. בחודש אפריל 2007 הכירו העותרת והעותר, באמצעות הטלפון והאינטרנט, על ידי מכרים משותפים, והחליטו להינשא. בחודש נובמבר 2007 חתמו בני הזוג על חוזה נישואים בעזה. נוכח המצב הביטחוני ששרר אז ברצועה, נמנע מן העותר להגיע לחתימת החוזה והוא ייפה את כוחו של גיסו, המתגורר בעזה, לחתום על החוזה במקומו.
העתק חוזה הנישואין מצורף ומסומן ע/1.
8. חודש לאחר מכן, בדצמבר 2007, פנה העותר 3, אביה של העותרת, לוועדה האזרחית הפלסטינית בעזה בבקשה לתאם מול הצד הישראלי את מעברה של העותרת לגדה המערבית, על מנת שתוכל להתאחד עם בן זוגה ולממש את נישואיה. מאז שב ופנה לוועדה ונענה כי בקשתו עדיין בטיפול. בחודש ינואר נמסר לעותרת כי בקשתה לא הועברה כלל לטיפול הצד הישראלי היות והחל 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 ידיה מצורף כנספח ע/2.

9. בני הזוג החליטו להמתין מעט בתקווה להתייצבות המצב וקבעו את מועד טקס הכלולות ליום 15.5.2008.

העתק ההזמנה לחתונה מצורף ומסומן ע/3.

10. ביום 3.4.2008 פנו העותרים באמצעות המוקד להגנת הפרט למוקד ההומניטרי שבמנהלת התיאום והקישור ברצועת עזה (להלן: **מת"ק עזה**), בבקשה להתיר את כניסתם של העותרים 1-3 לישראל, לשם מעברם מרצועת עזה לגדה המערבית. בפנייה צוין כי העותרת פנתה לוועדה האזרחית הפלסטינית זה מכבר וכי **"תשובה המתנה את הטיפול בבקשתה של מרשתנו בהעברת בקשה באמצעות הוועדה האזרחית תהיה חסרת טעם"**.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט מיום 3.4.2008 מצורף ומסומן ע/4.

11. למרות זאת, ביום 6.4.2008 התקבל מענה ממת"ק עזה ועל פיו יש לפנות ראשית כל לוועדה האזרחית של הרשות הפלסטינית. מובן כי לאור הודעת הוועדה על סירוב הצד הישראלי לקבל בקשות, דרישה זו מעמידה את העותרים בפני מבוי סתום.

העתק מענה מת"ק עזה שהתקבל ביום 6.4.2008 מצורף כנספח ע/5.

12. כך, בסירובם לבחון את הבקשה, מונעים המשיבים מהעותרים להתאחד ולהתחיל בחיי זוגיות ומשפחה משותפים, תחת קורת גג אחת.

הטיעון המשפטי

חובת המשיבים להפעיל את סמכותם ולבחון את בקשת העותרים

13. המשיבים אינם יכולים להתנער מסמכותם ולהימנע מבחינת בקשתם של העותרים. **סמכות מוענקת לרשות מינהלית על מנת שהרשות תפעיל אותה... זוהי החובה לפעול** (יצחק זמיר, הסמכות המינהלית, נבו 1996, עמ' 691).

האזרח הפונה לרשות זכאי לכך שהרשות תפעיל את סמכותה, ואם תמאן הרשות המינהלית לעשות כן, יתערב בית המשפט ויחייבה להפעיל את הסמכות (רענן הר זהב, המשפט המינהלי הישראלי, שנהב 1996, עמ' 104).

14. בהמ"ש פסק במקרים רבים כי הרשות אינה חייבת להיענות לבקשה אך חובה עליה לעיין ולהחליט בבקשה (בג"ץ 35/48 **ברסלב נ' שר המסחר והתעשייה**, פ"ד ב 33, עמ' 334; בג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר הפנים**, פ"ד לז (3) 29, 35).

בכל מקרה של סמכות חייבת הרשות לשקול בדבר, ואינה יכולה להימנע ממעשה בלא מחשבה תחילה (דברי השופט ברק בבג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר הפנים**, פ"ד לז (3) 29, פסקה 6 לדבריו).

15. החובה לפעול מתעוררת בשני מצבים. במצב אחד, הרשות מתבקשת על ידי גורם חיצוני להפעיל את סמכותה. כך, למשל, כאשר אדם מבקש לקבל מן הרשות רשיון עסק או רשיון נהיגה... במצב זה החובה לפעול מתעוררת שעה שהבקשה מוגשת לרשות (זמיר, עמ' 693).

16. העותרים פנו בבקשה לבעלי הסמכות, הם המשיבים, ובכך עוררו את חובתם לפעול. המשיבים מסרבים לעיין ולקבל החלטה בבקשה ובכך מתנערים מחובתם לפעול.

17. יתרה מכך, סירובם הגורף של המשיבים לדון בכל בקשה, למעט במקרים של פטירה, הינו שרירותי וחסר מידתיות. העיקרון המחייב בדיקת הנסיבות הקונקרטיות ופוסל איסורים גורפים חוזר שוב ושוב בפסיקתו של בית המשפט העליון:

החלטתה של רשות השידור בענין זה אינה יכולה להיות גורפת וכללית, אלא חייבת היא להיות מעוגנת בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.
(בג"ץ 399/85 כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מא(3) 255, 303).

18. בית המשפט פסל לא אחת סירוב קולקטיבי שאינו מבוסס על בדיקה אינדיבידואלית בשל חוסר מידתיות. כך למשל נפסל סירוב גורף להעניק תעודות עיתונאי לתושבי השטחים (בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית פ"ד נח(5) 40).

וראו גם: בג"ץ 243/82 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח' (פ"ד לז(1) 757, 781); דנג"ץ 4191/97 רקנט אפרים נ' בית הדין הארצי לעבודה, תק-על 2000(4), 587, עמ' 594; בג"ץ 6741/99 יקותיאל נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, 713-714.

חובת המשיבים להבטיח את זכויות האדם והחיים התקינים של העותרים

19. השינויים הרבים שחלו בשנים האחרונות בשטחים הכבושים – אם ברצועת עזה ואם בגדה 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"ץ 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).

20. 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 יקפידו 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 ושומרון, פ"ד לז' (4) 785, 805).

21. 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...

22. 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 הש' ברק בבג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן הנ"ל).

23. בהבטחת החיים התקינים יש משקל רב לחלופי 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"צ 69/81, אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לו (2) 197,
310-311).

24. המשיבים אינם רשאים להקפיד את זכותם של העותרים לחיי משפחה ולנתק את בני הזוג זו
מזה. פגיעה זו מנוגדת לחובתם לשמור על זכויות האדם של העותרים ולהבטיח את המשך
חיהם התקינים.

סמכותו של המפקד הצבאי: צרכי ביטחון וטובת האוכלוסייה

25. 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,
איפוא, את האינטרסים הבטחוניים החיוניים מזה, ולהגן על
האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית באיזור מזה.

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

26. המפקד הצבאי אינו רשאי לשקול שיקולים מדיניים, פוליטיים ואחרים, ומוגבל 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 האוכלוסייה 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 האוכלוסייה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכיו 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).

27. בענייננו, ההחלטה שלא לטפל כלל בבקשתם של העותרים ואחרים במצבם מנוגדת לחובותיו של המפקד הצבאי להבטיח את צרכי האוכלוסייה וטובתה. יתר על כן, המשויבים לא טענו לנימוק ביטחוני הנוגע לעותרים והמונע את עיון והפעלת שיקול דעת בנוגע לבקשתם.

זכותם של העותרים לבחירת בן זוג וקיום חיי משפחה

28. הזכות לחיי משפחה הינה זכות מוכרת ומוגנת במשפט הבינלאומי ההומניטארי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי.

סעיף 16 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם, 1948, קובע כי:

Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family.

[...]

The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.

ראו גם:

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.

הוראות אלו הינן חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי, בהיותן מעוגנות אף בפרקטיקה כללית, המקובלת בתורת דין ועולה מתוך עקרון כללי של המשפט, המוכר על ידי האומות בני תרבות. מכאן, כי חובת המדינה להבטיח מידה מירבית של קיום ההווייה המשפחתית, האפשרית בנסיבות המקרה, הינה חובה שבדין.

29. הזכות לחיי משפחה הועלתה על נס בפסיקתו של בית משפט נכבד זה כזכות אדם מרכזית ומהותית (ראה למשל: בג"צ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר תק-על 2006(2), 3564, עמ' 3569). כמו כן, מרבית שופטי ההרכב בבג"ץ 7052/03 בפרשת עדאלה סברו שהזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד האדם.

קשריו המשפחתיים של האדם הם במידה רבה טעם חייו (ראו Roberts v. United States Jaycees, 469 U.S. 609, 618-619 (1984). מעטות הן ההחלטות המעצבות את חייו של אדם ומשפיעות עליהן כהחלטה עם מי יקשור את גורלו ועם מי יקים את משפחתו. (פרשת עדאלה, סעיף 32 לפסק דינו של הנשיא ברק (כתוארו אז)).

30. לא ניתן להכביר במלים באשר לחשיבותו ולמשמעותו של הקשר הזוגי בחייו של כל בן אנוש:

מטבעו של האדם, מטבע בריאתו ממש, לחפש לו את זוגו או את זוגתו, עמם יחיה את חייו, עמם יקים את משפחתו. כך מזה עידן ועידנים וכך גם בימינו אנו, חרף שינויים רבים אשר באו על דרכי האדם ועל משפחתו. גם פעם וגם היום נאמר, כי "לא טוב היות האדם לבדו" (בראשית ב', י"ח) ונכיר ברצונו העז של האדם למצוא "עזר כנגדו", אשר גורלם ייקשר יחדיו.

על חיפושיו של האדם אחר "עזר כנגדו", אודות משמעות הקשר בינו ובין מושא אהבתו, נכתבו מילים כה רבות, עד כי נדמה, כי חלק הארי של היצירה האנושית מוקדש לבחינתו של קשר זה. נדמה שקולעים לעניין דבריו של המחזאי הקדום אריסטופאנס אודות קשר זה, המובאים על-ידי אפלטון:

"שאם נהיה ידידי האל ובני בריתו, נזכה למצוא איש איש את האהוב שהוא בשר מבשרו, דבר שבדורנו זוכים לו רק מועטים. . . [מדבר אני] בכללו של הדבר, בכל הגברים והנשים, ואומר שהמין האנושי יהיה מאושר, אם נביא את האהבה לכלל שלימות, ואם כל אחד יזכה לאותו אהוב שהוא בשר מבשרו, וישוב להוותו הקדומה. ואם זהו הטוב מכל, הרי שעכשיו, בהווה, יהא טוב מכל, מה שהוא קרוב לזה ביותר; היינו - שיזכה אדם באהוב לפי רוחו." (אפלטון, "המשתה", כתבי אפלטון, (מתרגם י' ג' ליבס, 1999, כרך ב') 116).

בחיפושיו אחר בן-זוגו, בחייו המשותפים עמו, ביצירת משפחתו, מגשים האדם את עצמו, יוצר את זהותו, בונה מפלט ומגן מפני העולם. נדמה שדווקא בעולמנו הסוער והמורכב, מעטות הן הבחירות, אשר בהן מגשים האדם את רצונו החופשי, כמו בחירתו באדם עמו יחלוק את חייו.

נדמה שבימינו, מעטות הן הבחירות, אשר בהן מגשים אדם את רצונו החופשי, כמו בחירתו באדם עמו יחלוק את חייו, עמו יקים את משפחתו, עמו יגדל את ילדיו. בבחירת בן-זוגו, בקשירת קשר הנישואין עמו, מבטא האדם את אישיותו ומממש את אחד ממרכיביה המרכזיים של האוטונומיה האישית שלו.

(פרשת עדאלה, סעיפים 1-3, 7 לפס"ד של כבוד השופט ג'ובראן).

31. מהותו וטבעו של הקשר הזוגי הוא מגורים משותפים תחת קורת גג אחת:

בלב ליבה של הזכות החוקתית לחיי משפחה ולנישואין, נמצאים החיים המשותפים, תחת קורת גג אחת. בפסיקה עניפה ועקבית, לא רק שראה בית-משפט זה בחיים המשותפים כמרכיב המרכזי של חיי המשפחה והנישואין, אלא שאף הגדיל לעשות וזיהה בין החיים המשותפים ובין קיומו של הקשר הזוגי...

עינינו הרואות, כי החיים המשותפים אינם אך מאפיין הנמצא בשולי היקפה של הזכות לחיי משפחה, אלא אחד ממרכיביה המהותיים ביותר של זכות זו, אם לא המהותי שבהם. משכך, הרי שפגיעה ביכולתו של אדם לנהל חיים משותפים יחד עם בן זוגו, הריהי למעשה פגיעה במהותם של חיי המשפחה... ודוק: אין מדובר אך בפגיעה באחד ממובניה של הזכות החוקתית לקיום חיי משפחה, אלא בשלילתה המלאה של זכות זו וככזו יש לבחון אותה. (שם, ס' 9-10 לפסק דינו של השופט ג'ובראן).

32. מימוש זכותו של אדם לבחור את בן זוגו ולחיות עימו חיי זוגיות ושיתוף תחת קורת גג אחת תלויה במימוש זכות נוספת שלו: זכותו להקים את ביתו בארצו, שאף היא זכות אדם יסודית הנוגעת לשורש מהותו של האדם. כדברי השופטת חיות:

הזכות העומדת לאדם לבחור את בן הזוג שעימו הוא חפץ להקים משפחה וכן הזכות העומדת לו להקים את ביתו במדינה שבה הוא חי, הן בעיני זכויות אדם מן המעלה הראשונה. הן מגלמות את תמצית הווייתו וכבודו של האדם באשר הוא אדם ואת חירותו כפרט במובן העמוק ביותר.

(פרשת עדאלה, סעיף 4 לפסק דינה של השופטת חיות).

33. 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).**

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

35. המשיבים פוגעים בזכותם של העותרים לחיי משפחה ולמעשה **שוללים אותה לחלוטין**, בכך שהם מונעים מבני הזוג לקיים חיי זוגיות ומונעים מהם להקים את ביתם 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. אך המשיבים, לא רק שאינם מעלים נימוקים ביטחוניים כבדי משקל - **הם אינם מעלים נימוקים ביטחוניים כלל ואינם טורחים אפילו לבחון את הבקשה ולהפעיל את שיקול דעתם.**

זכותם של העותרים לחופש תנועה ובחירת מקום מגוריהם בתוך ארצם

36. 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 2006(1), 320, עמ' 324).

וראו גם:

בג"צ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736, 754;
בג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האיזורי, פ"ד מח(2) 491, 506.

37. 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, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדירות את אישיותו ואת חייו של הפרט.

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

38. 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.

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

40. 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.

41. 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.

42. 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.**

43. לתושבי השטחים עומדת הזכות לשנות את מקום מגוריהם כראות עיניהם בתוך השטחים, לרבות בין רצועת עזה לגדה המערבית, המהוות יחידה טריטוריאלית אחת. זוהי זכותם 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' 2(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.

44. 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"ץ 448/85 עו"ד דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701; בג"ץ 4706/02 שיח סלאח ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695).

45. 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 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, פ"ד נו(6) 352, 367).

הפגיעה בזכויותיהם של העותרים 1 ו-4 היא קשה במיוחד. העותרים אינם יכולים לחיות יחד כבעל ואישה תחת קורת גג אחת על אף היותם נשואים. אין הם יכולים להקים בית משותף. אין הם יכולים לנהל משק בית משותף. אין הם יכולים לעצב את חייהם ואת גורלם המשותף.

זכות המעבר במדינה לעומת כניסה לשטחה של מדינה לצרכי עבודה או השתקעות

46. יש להבחין בין מעבר במדינה, במשך זמן קצוב וקצר, כפי שמתבקש במקרה של העותרים, לבין כניסה למדינה לצורך עבודה או השתקעות.

47. כבר בתנ"ך ניתן למצוא את הגישה, לפיה זכאים אנשים לבוא למדינה בדרישה הלגיטימית למעבר דרכה:

**אעברה בארצך, לא ניטה בשדה ובכרם, לא נשתה מי באר, בדרך המלך
נלך עד אשר נעבור גבולך (במדבר, כא 21).**

הסירוב לתביעה זו נתפס שם כשרירות לב ואף כמצדיק מלחמה.

48. המשפט הבינלאומי מכיר בקיומה של זכות מעבר (right of transfer) שיש בה משום הגבלה על עיקרון הריבונות. מדינה מחויבת לאפשר מעבר בתחומיה לנתינים זרים המבקשים להגיע למדינה אחרת. זכות המעבר מתקיימת כשהמעבר נחוץ (גם אם קיימות חלופות), וכשאין בו כדי לפגוע במדינה הנעברת. המעבר יכול שיהיה בתנאים שמטרתם להגן על אינטרסים לגיטימיים של המדינה הנעברת.

49. זכות המעבר נובעת באופן טבעי מעצם קיומה של מובלעת. כפי שמתאר זאת המלומד דיאוליביה פאראן:

The law would not recognize the right of state A to a detached piece of its territory enclaved in state B's unless it was possible for state A to use that right. The existence of a right implies its exercise: without a right of free communication the rights of a state to its exclaves would be incapable of exercise and therefore nugatory. Hence there is no need for an express treaty between the two states concerned to give such a right: it is implicit in the very existence of the enclave. If a treaty is made, it may well regulate the exercise of this international way of necessity: but in its absence the right of way will still exist, for the necessity is still in being. (d'Olivier Farran, C. (1955) International Enclaves and the Question of State Servitudes,

International and Comparative Law Quarterly, 4(April) 297,
pp. 304).

זכות המעבר קיימת גם במקום שאין יחסי קרבה. מקרים קלאסיים, שעל הרקע שלהם התפתח עקרון זכות המעבר, הם המקרים של **מדינות ללא גישה לים** (כגון שווייץ או מדינות הקווקז), **מובלעות** המוקפות במדינה אחרת (כגון מערב ברלין עובר לאיחוד גרמניה ומובלעת הר הצופים בשנים 1948-1967) ו**מדינות שמפוצלות מבחינה גיאוגרפית** (כמו השטחים הפלסטיניים).

50. וכך מתאר לאוטרפאכט את זכות המעבר:

On that view, there exists in customary international law a right to free or innocent passage for purposes of trade, travel and commerce over the territory of all States –a right which derives from the fact of the existence of international community and which is a direct consequence of the interdependence of States.

(E. Lauterpacht, Freedom of Transit in International Law, *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 44 (1958), pp. 313-356, p. 320).

את האופי המינהגי של זכות המעבר מבסס לאוטרפאכט על כתבי מלומדים מגרוטיוס ועד ימינו, כמו גם על הפרקטיקה של המדינות. הוא מוכיח שעקרון היסוד של חופש המעבר חוזר בצורה אחידה באינספור אמנות דו-צדדיות ורב-צדדיות (האמנות המוקדמות ביותר שהוא מזכיר הן מהמאה האחת-עשרה), שהסדירו את היישום הקונקרטי שלו בהקשרים שונים: במעבר בנהרות ונתיבי מים או במעבר קרקעי בשטחיהן של מדינות שונות. הוא מראה כיצד אותו היגיון יושם בנוגע לנתיבים ימיים.

בין האמנות המודרניות והרחבות יותר מבחינת מספר הצדדים להן, ניתן להזכיר את האמנה בדבר הים הפתוח (1958) (סעיף 3, בדבר זכות גישה לים של מדינות ללא חוף ים); האמנה בדבר הים הטריטוריאלי והאזור הסמוך (1958) (סעיפים 14-24 בדבר מעבר תמים במים טריטוריאליים), אמנת האו"ם על המשפט הימי (1982) (סעיף 125 על זכות הגישה לים וחופש המעבר) והסכם GATT (סעיף V בדבר זכות המעבר).

51. זכות המעבר מותנית, כאמור, בהיעדר פגיעה במדינה הנעברת. לצורך זה יכולה הזכות להיות מותנית בתשלומים על הוצאות הכרוכות בעצם המעבר; בדרישות כגון הסגר למניעת הפצת מחלות, וכיוצא באלו. באשר לשיקולי ביטחון, כותב לאוטרפאכט:

In terms of the problem of transit, there is room for the view that States are not entitled arbitrarily to determine that the enjoyment of a right of transit is excluded by considerations of security. What they may do is, by reference to the factor of security, to indicate one route of transit in preference to another or, possibly, to allow the use of the route subject only to certain conditions. But it must be doubted whether the discretion of the State stretches beyond this. (שם, עמ' 340)

גישה זו משתקפת באמנות שעניגנו בנסיבות קונקרטיות את העיקרון הכללי של זכות המעבר. זכות המעבר אינה חדלה מלהתקיים בעת חירום, ואף לא בעת מלחמה, אולם ניתן להגביל אותה בהתאם לנסיבות. ההגבלה צריכה להיות מינימאלית ככל הניתן – הן מבחינת היקפה והן מבחינת משכה. הוראות רלוונטיות מצויות באמנת ניו-יורק בדבר המעבר והסחר של מדינות הכלואות ביבשה (1965) (הנוסח המלא של האמנה מצוי ב-

<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1972/4.html>

Article 12 - Exceptions in case of emergency

The measures of a general or particular character which a Contracting State is obliged to take in case of an emergency endangering its political existence or its safety may, in exceptional cases and for as short a period as possible, involve a deviation from the provisions of this Convention on the understanding that the principle of freedom of transit shall be observed to the utmost possible extent during such a period.

Article 13 - Application of the Convention in time of war

This Convention does not prescribe the rights and duties of belligerents and neutrals in time of war. The Convention shall, however, continue in force in time of war so far as such rights and duties permit.

השיקול ההומניטרי

52. מעל הכל מדובר בעניין הומניטרי שבו השיקולים ההומניטריים הם שיקולים כבדי משקל. מדובר בזוג נשוי המבקש להתאחד ולבנות את חייו.

53. הטעמים ההומניטריים אינם לפנים משורת הדין :

הטעמים ההומניטריים הינם חלק מן הדין, וקיימת חובה להביאם בחשבון.

(בג"צ 5504/03 כחלות ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', החלטת כבוד הרשם שחם, מיום 24.6.04).

מדינת ישראל הינה מדינת חוק; מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים.

(בג"ץ 794/98 עובייד ואח' נ' שר הביטחון פ"ד נה(5) 769, 774).

סיכום: החלטת המשיבים בלתי סבירה ובלתי מידתית

54. הפגיעה בזכויותיהם של העותרים ואחרים במצבם, 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.

55. 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 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 352, 370). הסירוב לטפל בבקשת העותרים אינו מבוסס על שיקולי ביטחון ואינו יכול להיות מבוסס על שיקולי ביטחון שהרי עניינם של העותרים לא נבחן פרטנית.

56. הצעד בו נקטו המשיבים, אשר אינו נובע משיקולים ביטחוניים, הנו בבחינת ענישה קולקטיבית. המשיבים פוגעים בכך בזכויות היסוד של בני הזוג, העותרים 1 ו-4, ללא נימוק המצדיק זאת, ואף תוך חריגה מהקווים המנחים להם התחייבו המשיבים בעבר, דהיינו, התרת המעבר במקרים הומניטאריים.

57. ההיתר היחיד שנדרש לעותרת הינו היתר שיאפשר מעבר בישראל. מדובר על מעבר מרצועת עזה לגדה, מעבר הנמשך כשעה 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.

58. היה על המשיבים לבחון את בקשת העותרים ולערוך איזונים בין השיקולים הרלוונטיים, ולהתייחס בכובד ראש לניתוק הקשה הנכפה על בני הזוג ולפגיעה האנושה בזכותם להקים יחדיו תא משפחתי ובזכותם לאוטונומיה.

59. 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 ולהוליד ילדים. 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 ייפויי 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.

17 באפריל 2008

סיגי בן ארי, עו"ד
ב"כ העותרים

(ת.ש. 55223)