

בעניין:

1. _____ דאוד
ת"ז 080165129, תושבת ירושלים
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר
ע"י ב"כ עוה"ד נירית היים (מ"ר 48783) ו/או עידו
בלום (מ"ר 44538) ו/או עביר גיבוראן-דקואר (מ"ר
44346) ו/או יותם בן הלל (מ"ר 35418) ו/או חוה
מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר
37566) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065)
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. אלוף פיקוד הדרום
2. שר הביטחון
3. מדינת ישראל

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם, מדוע אינם משיבים לפניות העותרים אליהם זה למעלה מארבעה חודשים, ומדוע לא יתירו לעותרת 1 (להלן: העותרת) לצאת מישראל אל בעלה שברצועת עזה.

בקשה לדיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה.

העותרת היא תושבת ירושלים המזרחית, הנשואה לפלסטיני המתגורר ברצועת עזה, ושוהה ברצועה מכוח היתרי שהייה מתחדשים, בהתאם לנוהל המכונה "נוהל משפחות חצויות".

זה למעלה מארבעה חודשים משתהים המשיבים במתן מענה לפנייתה של העותרת, לשוב אל בעלה ברצועה.

עתירה זו מוגשת בשל אי מענה מצד המשיבים – אשר על אף הדחיפות הברורה הנובעת ממצבה של העותרת, הנמצאת הרחק מבעלה ועל אף שעניינה של העותרת מוכר למשיבים, לא השיבו לבקשתה.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרת, פלסטינית תושבת ירושלים, ילידת 1958, נשואה למר _____ דאוד (ת"ז _____), פלסטיני המתגורר ברצועת עזה.
2. העותרת נישאה לבעלה בשנת 2002 והתגרשה ממנו בשנת 2004. כשלושה חודשים לאחר מועד גירושה של העותרת מבעלה, שבה ונישאה לו מחדש.
העתק מחוזה הנישואין של בני הזוג משנת 2004 מצורף ומסומן **ע/1**.
3. מאז שנת 2002 שוהה העותרת ברצועת עזה עם בעלה, בהתאם לנוהל מיוחד המכונה "נוהל משפחות חצויות", מכוח היתרי שהייה מתחדשים המונפקים על ידי המשיבים, לשלושה חודשים בכל פעם.
4. בתאריך 21.3.2006 יצאה העותרת מרצועת עזה אל משפחתה בירושלים בפעם האחרונה. מאז ועד היום, כל ניסיונותיה לשוב אל בעלה עלו בתוהו.
5. למען הגילוי הנאות יצויין, כי בתאריך 1.5.07 נאלצה העותרת להגיש עתירה דומה לעתירה זו, בבקשה להתיר את כניסתה לרצועת עזה על מנת לשהות עם בעלה (בג"ץ 3804/07 **דאוד נ' אלוף פיקוד הדרום** (לא פורסם)).
6. העתירה הוגשה לאחר שהעותרת הגישה בשלושה מקרים נפרדים בקשות לתיאום כניסתה לרצועה ולאחר שכל אחת מבקשותיה נבחנה על ידי גורמי הביטחון ואושרה, הסתבר מאוחר יותר, במעבר ארז עצמו, כי המשיבים מונעים את כניסתה לרצועה.
7. בעקבות הגשת העתירה, הודיעו המשיבים כי קיימת מניעה ביטחונית להתיר את כניסתה של העותרת לרצועה. לעניין "התקלה" בשלושת המקרים הנפרדים, פעם אחר פעם, בהם מנעו את יציאתה לאחר שכבר קיבלה היתר מפורש לשהות ברצועה מסרו, כי "המשיבים פועלים לכך שתקלה זו לא תשוב על עצמה".
8. בעקבות הדיון בעתירה בתאריך 3.9.07, המליץ בית המשפט הנכבד לעותרים, לאחר שעיין בחומר החסוי, לחזור בהם מעתירתם, והעתירה נמחקה.
9. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט** או **המוקד**), היא עמותה לזכויות אדם המטפלת, בין השאר, בעניינם של ישראלים המבקשים לבקר את בני משפחותיהם ברצועת עזה.
10. המשיב 1, אלוף פיקוד הדרום (להלן: **המשיב**), מוסמך לאשר כניסת ישראלים לשטחי רצועת עזה מטעם המשיבה 3, מדינת ישראל, השולטת במעברים לרצועת עזה וממנה מזה למעלה מארבעים שנה.

בעבר החזיק בסמכות זו בהיותו הגורם הצבאי שפיקד מטעם ישראל על רצועת עזה ובהתאם לצו צבאי, שקבע את שטח רצועת עזה כשטח צבאי סגור. כיום הוא מפעיל את אותה סמכות בהתאם לפרשנותו לסעיף 24 לחוק ליישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005.

11. המשיב 2, שר הביטחון, הינו הגוף המוסמך לקבוע הנחיות ביטחוניות בכפוף למשפט החוקתי והמינהלי הישראליים ובאיזון עם משפט זכויות האדם.

נוהל "המשפחות הצויות"

12. על אזרחי ישראל ותושביה, הנשואים לבני זוג המתגוררים ברצועת עזה, חל נוהל שנהוג לכנותו "נוהל משפחות צויות". נוהל זה גובש באמצען של שנות התשעים, ולפיו בני זוג ממשפחות צויות יכולים לשהות עם משפחותיהם ברצועת עזה.

13. יש לזכור כי בני זוג ישראלים הנשואים לפלסטינים תושבי השטחים, אינם יכולים להיכנס להליך של איחוד משפחות עם בני זוגם בישראל, ואינם יכולים להתגורר עם משפחותיהם בישראל, וזאת בשל חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003. האופציה היחידה העומדת בפני אותם ישראלים היא לשהות ברצועת עזה – או לחלק את חייהם בין ביתם בישראל לבין בית משפחתם שברצועה.

14. המשיב התחייב במסגרת בג"ץ 10043/03 אבאגיאן נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (לא פורסם), כי:

נוכח הרצון להתחשב, במידת האפשר, בצרכיהם של תושבי הרשות הפלסטינית, כמו ברצונם של אזרחי ותושבי ישראל לבקר את קרוביהם המתגוררים באזח"ע... מותרת, בהעדר מניעה פרטנית, כניסתם לאזח"ע של ישראלים הנשואים לאדם המתגורר באזח"ע.

15. הסדרים אלו המשיכו להתקיים גם לאחר ביצוע תוכנית "ההתנתקות" - כאשר המשיב מחזיק בסמכות להתיר כניסת ישראלים לרצועת עזה, בהתאם לפרשנותו לסעיף 24 לחוק ליישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 - וממשיכים להתקיים עד היום.

16. לאחרונה שב ופרסם המשיב את הקריטריונים לכניסת ישראלים לרצועה, ובכלל זאת את הסדרי "המשפחות הצויות", כאמור לעיל.

העתק הודעת מת"ק עזה מיום 18.7.08 בדבר הקריטריונים לכניסת ישראלים לרצועה, מצורף ומסומן ע/2.

17. אף לאחר המבצע הצבאי ברצועת עזה ("מבצע עופרת יצוקה"), התירו המשיבים את כניסתן של נשים לרצועה במסגרת "נוהל משפחות צויות".

העתק היתר כניסה לרצועה למשך שלושה חודשים במסגרת "נוהל משפחות צויות" מתאריך 1.3.09, מצורף ומסומן ע/3.

העובדות ומיצוי הליכים

18. בתאריך 19.10.08 פנתה העותרת, באמצעות המוקד להגנת הפרט, במכתב אל משרד ישראלים אשר במת"ק עזה, וביקשה כי יונפק לה היתר כניסה לעזה במסגרת "נוהל משפחות חצויות". כמו כן ציינה העותרת בבקשתה, כי בני הזוג לא התראו למעלה משנתיים ועל כן ביקשה טיפול דחוף בבקשתה.

העתק הפניה מיום 19.10.08 מצורף ומסומן ע/4.

19. נציגת המוקד להגנת הפרט פנתה בטלפון אל משרד ישראלים בתאריכים 27.10.08 ו-17.11.08, בעניין פניית העותרת מיום 19.10.08 וביקשה לדעת מה מצב הטיפול בבקשה.

20. התשובה שקיבלה שוב ושוב הייתה כי הבקשה נמצאת בטיפול.

21. בתאריך 20.11.08 פנתה העותרת שוב למשרד ישראלים במת"ק עזה, הפעם במכתב תזכורת בו ביקשה טיפול דחוף בבקשתה שכן, אף על פי שחלף למעלה מחודש ימים, טרם התקבל כל מענה.

העתק הפניה מיום 20.11.08 מצורף ומסומן ע/5.

22. בתאריכים 1.12.08 ו-15.12.08, כאשר נציגת המוקד להגנת הפרט פנתה בטלפון אל משרד ישראלים בעניין פניית העותרת מיום 19.10.08 והתזכורת מיום 20.11.08, התשובה שקיבלה שוב ושוב הייתה כי הבקשה נמצאת בטיפול.

23. הנה כי כן, לאחר חודשיים וחצי של המתנה למענה מצד המשיב, תשובה בעניין בקשתה של העותרת במסגרת "נוהל משפחות חצויות" - אין, אף על פי שמהמשיב נמסר שוב ושוב כי הבקשה בטיפול.

24. בתאריך 26.1.09, לאחר שתם המבצע הצבאי ברצועת עזה ונדע כי המשיב מטפל שוב בבקשות כניסה לרצועה, פנתה העותרת שוב אל המשיבים על מנת לברר את סטאטוס הטיפול בבקשתה. במכתב תזכורת זה, הודיעה כי בקשתה מתאריך 19.10.08 טרם זכתה למענה, ועל כן ביקשה את המשיב ליתן מענה דחוף ובכתב לבקשתה.

העתק התזכורת מיום 26.1.09 מצורף ומסומן ע/6.

25. גם מכתב תזכורת זה לא הביא לקבלת מענה מהמשיבים (למעט הודעה לאקונית בשיחת טלפון שערכה נציגת המוקד להגנת הפרט בתאריך 25.2.09 עם משרד ישראלים במת"ק עזה, לפיה העניין "בטיפול").

26. חלפו למעלה מארבעה חודשים, ועל אף הנסיבות ההומניטאריות הברורות, העותרת עודנה ממתינה לסיום הטיפול בפנייתה, על מנת שתוכל להתאחד שוב עם בעלה ברצועה.

הטיעון המשפטי

חובת המשיב ליתן מענה ראוי לפניית המופנות אליו

27. כלל ידוע הוא כי "החובה לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשונים של מינהל תקין" (י' זמיר, הסמכות המינהלית (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 717).

וראו בעניין זה:

בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441, 451 (1994);
בג"ץ 7198/93 מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מח(2) 844, 853 (1994);
בג"ץ 5931/04 מזורסקי נ' מדינת ישראל – משרד החינוך, פ"ד נט(3) 769, 782 (2004);
בג"ץ 4212/06 Avocats Sans Frontiers נ' אלוף פיקוד דרום, תק-על 2006(2) 4751 (2006).

28. בהתאם לכך, קובע ס' 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 כי:

הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו - משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה...

29. וכבר נפסק כי כאשר מדובר בזכויות אדם מקבל מושג "הזמן הסביר" משמעות מיוחדת (בג"ץ 1999/07 גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006, תק-על 2007(2) 551, 569 (2007));

וכי בעניינים הנוגעים לזכויות אדם -

יש מקום לצפות להסדרה מהירה יותר של העניין [...] התמשכות פגיעה בזכויות אדם מחמירה לא פעם את היקף הפגיעה ותוצאתה עלולה להיות שחיקה של הזכות כמו גם פגיעה קשה ומתמשכת בפרט.

(בג"ץ 8060/03 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק-על 2006(2) 775, 780 (2006).

וראו גם: בג"ץ 10428/05 עליוה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, תק-על 2006(3) 1743, 1744 (2006); בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, תק-על 2007(1) 1999, 2009 (2007).

30. סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, מחדד חובה זו ומגדיר מסגרת זמנים ברורה, בקובעו כי חובה על עובד ציבור להשיב בכתב לפניית המופנות אליו לכל היותר בתוך ארבעים וחמישה יום. במקרים מסוימים, המנויים בחוק, נקבע כי אין חובה להשיב בתוך ארבעים וחמישה יום, אך בכל מקרה חובה להודיע למבקש בכתב בתוך ארבעים וחמישה יום את הטעמים לכך.

31. גם היועץ המשפטי לממשלה הבהיר בהנחיותיו – המחייבות את המשיבים – את החובה להשיב לפניית בהקדם האפשרי ולא יאוחר מארבעים וחמישה יום (הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה מס' 3.1004 – חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, סעיף ג.1).

הוראה מקבילה נקבעה גם בהוראות משרד הביטחון, המחייבות כמובן אף הן את המשיבים (הוראת משרד הביטחון מס' 10.06 – דפוסי התנהגות ציבורית והיבטים משפטיים בפעולות עובדי משרד הביטחון, סעיף 21).

32. אף פקודות הצבא עצמו מחייבות מענה בכתב, בהקדם ולכל המאוחר בתוך 45 יום :

פקודת מטכ"ל 08.0101 - פניות גורמים אזרחיים - חובת מתן תשובה והנמקה, קובעת בסעיף 4, כי :

חייל שקיבל פנייה בכתב מגורם אזרחי, והוא מוסמך על-פי דין לטפל בנושא הפנייה, ישיב לפונה בהקדם, אך לא יאוחר מ-45 ימים מיום קבלת הפנייה.

33. יודגש, כי בנסיבות העניין, ולאור העובדה שעניינה של העותרת ובעלה מוכר כבר למשיב מזה זמן, ראוי ומתבקש היה כי המשיב ישיב לפניית העותרת תוך זמן קצר בהרבה מארבעים וחמישה יום.

אולם המשיב לא רק שלא פעל במהירות הראויה המתבקשת בנסיבות העניין – אלא אף המשיך בעיכובים ובסחבת עד אשר חרג אף מהזמן המקסימאלי המותר על פי הדין.

34. כבר לפני שלושים שנה הצביע כב' השופט שמגר (כתוארו אז) על תופעה פסולה וחמורה זו של התעלמות הרשויות מפניותיהם של אזרחים ואי מתן תשובות, תוך שהוא קובע כי יש לפעול בחומרה כנגד פקידי ציבור שאינם משיבים במועד :

אי-מתן תשובות לאזרח הפונה אל הרשות הוא בגדר רעה חולה ונפוצה במציאות שלנו, וככל הנראה לא ניתן לשרש תופעה זו, אלא אם יינקטו צעדים החלטיים ויעילים יותר מאלה הנוהגים עתה, לרבות נקיטת הליכים משמעותיים נגד פקידי הציבור שאינם משיבים במועד על פנייתו של אזרח... יש יסוד להניח כי תגובות כאמור, בלויית הדרכה והסברה נאותות יהיה בהן כדי להגביר את המודעות לחובת מתן-התשובה, המעוגנת בחוק ואשר מתחייבת גם בלעדי זאת מיחסי אנוש נאותים.

(בג"ץ 153/77 פרג' נ' עיריית פתח-תקה, פ"ד לא(3) 427, 432 (1977)).

למרבה הצער, נכונים הדברים גם כיום. דברים אלו אף מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בפנייה לרשות שיש לה השלכות מרחיקות לכת על זכויותיהם הבסיסיות ביותר של הפונים.

35. בית המשפט חזר ומתח במשך השנים ביקורת קשה על התנהלות של סחבת ממושכת בטיפול הרשות בפניות אזרחים. כב' השופט וינוגרד, למשל, הביע את מורת רוחו הרבה מהתנהלות כזו בציינו כי :

לעתים נדמה לי, שהאחראים על המינהל אינם רואים אלא את הניירת והתכניות ולא את האנשים שמאחורי הנושא, אשר התמשכות עניינם והעדך פתרון גורמים להם סבל רב ותסכול ומשבשים את כל אורחות חייהם.

(בג"ץ 636/86 נחלת ז'בוטינסקי נ' שר החקלאות, פ"ד מא(2) 701, 707 (1987)).

36. יפים לענייננו גם דבריו של כב' השופט לוי, המבטאים בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים את החומרה הרבה שבהתנהלות של סחבת, עיכובים ואי מתן מענה ענייני מצד הרשות:

המשיב אינו רשאי לנהוג בעותרים - כמוהם ככל פונה אחר - באופן בו הוא נוהג; המשיב אינו רשאי להותיר את עניינם תלוי ועומד בלא מענה ענייני... המשיב אינו רשאי להתיש את העותרים ללא תוחלת, לגרום להם להוצאות מיותרות ולעכב, אגב כך, את בירורו המהותי של עניינם. ואם נשתכחו מן המשיב טיבן של חובות בהן הוא חב, כי אז מחובתו של בית המשפט לשוב ולשנן באוזניו.

(בג"ץ 10399/04 בן אבדקול נ' משרד הפנים, תק-על 2005(3) 1608, 1609 (2005))

37. כך, על אף החובה הכללית לפעול במהירות, ועל אף החובה המפורשת – הן לפי חוק והן לפי פקודות הצבא, להשיב במהירות ראויה ולכל המאוחר בתוך 45 יום, נוהג המשיב כאילו רשאי הוא לעכב מתן החלטות כרצונו, תוך זלזול בפונים אליו והתעלמות מהממתנינים לתשובותיו – ותוך התעלמות מחובתו החוקית הברורה.

התנהלות זו היא בלתי סבירה, בלתי מיידתית ובלתי חוקית, וגורמת לפגיעה קשה בזכויותיהם של העותרת ובעלה.

הפגיעה בזכותה של העותרת לחיי משפחה

38. העותרת הינה אישה מבוגרת (ילידת 1958) המצויה בעל כורחה, הרחק מבעלה ובכך נפגעת בצורה אנושה זכותה לחיי משפחה.

39. בית המשפט הנכבד חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים, ובמיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין **עדאלה** (בג"צ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2) 1754 (2006)). כך, למשל, מתאר זאת כב' הנשיא ברק בפסק דינו:

הזכות לחיי משפחה, במובנה הרחב, מוכרת במשפט הישראלי. היא נגזרת מחיקוקים רבים, הקובעים הסדרים אשר מטרתם לשמור על התא המשפחתי, לעודדו ולטפח אותו... "אין קיום לחברה האנושית אלא אם כן שומרים כבבת העין על התא הראשוני שלה, הוא התא המשפחתי" (השופט מ' זילברג בע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1009, 1021). הוא "מוסד המוכר על ידי החברה כאחד היסודות שבחיי החברה" (הנשיא י' אולשן, שם, עמ' 1030).

(סעיף 25 לפסק דינו של הנשיא ברק).

40. וכב' המשנה לנשיא (בדימ') חשין מוסיף:

כולנו נסכים - כיצד נוכל אחרת - כי אדם, כל אדם, קנה זכות לנישואין ולקיומם של חיי משפחה. הברית בין איש ואשה, חיי המשפחה, נוצרו לפני היות המדינה ולפני שזכויות וחובות באו לעולם. תחילה היתה בבריאת האדם, ואדם הוא איש ואשה. ויברא אלהים את-האדם בצלמו, בצלם אלהים ברא אתו: זכר ונקבה, ברא אתם (בראשית, א, כז). וכך נבראו אדם וחווה. איש נזקק לאשה ואשה נזקקת לאיש: על-כן יעזב-איש את-אביו ואת-אמו וידבק באשתו והיו לבשר אחד (בראשית ב, כד). כך נכרתה ברית בין איש לאשה, ועם היוולד הילדים קמה ונהייתה המשפחה המורחבת. ובתוככי כל אלה נוצרה האהבה. וכך, ככל שהמדובר במשפחה, באה המדינה אל המוכן

ופרשה חסותה על מה שהכתיב לנו הטבע. החברה והמדינה קידשו את ברית האיש והאשה בנישואין, וכך נולדה הזכות לנישואין ולקיום של חיי משפחה. יאמרו הפילוסופים והוגי הדעות את אשר יאמרו; בסוף כל הסופות - נדייק: בתחילת כל התחילות - קיומה של המשפחה בה מאלוה ממעל, מן הטבע, מן המערך הגנטי של האדם, מעצם קיומו של החי. כך הוא ביחסים שבין איש ואשה וכך הוא ביחסים שבין הורים וילדיהם. וכפי שאמרנו במקום אחר (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 102):

משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בבנם, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש. זה יצר הקיום וההישרדות שבנו - "קול הדם", ערגת קדומים של אם לילדה - ומשותף הוא לאדם לחיה ולעוף. ... קשר זה חזק הוא מכל חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה...

הזכות לנישואין ולקיום של חיי משפחה, ובכלל אלה זכותו של קטין להיות עם הוריו, מהווה תשתית לקיומה של חברה. התא המשפחתי הוא תא היסוד של החברה האנושית, ועליו נבנית חברה ומדינה. אין פלא בדבר, אפוא, שהזכות לחיי משפחה הוכרה בקהילה הבינלאומית כזכות יסוד... הגם שזכות זו, הזכות לנישואין ולקיום חיי משפחה, לא זכתה להימנות מפורשות עם זכויות היסוד שהוכרו מפורשות בחוקי היסוד, נסכים כולנו - נסכים ונצהיר - כי נגזרת היא, נגזרת מן הראשונות במלכות היא, מכבוד האדם. והזכות לנישואין ולקיום חיי משפחה גוזרת מעצמה, כדבר הלמד מעניינו.

(סעיפים 46-47 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימי) חשין).

41. וכב' השופטת (כתוארה אז) בייניש:

נראה בעיניי כי אין מחלוקת של ממש בשאלת עצם קיומה של הזכות לקיום חיי משפחה במובנה הגרעיני והמצומצם של הזכות הבסיסית של האדם לבחור בבן-זוגו או בבת-זוגו לחיים ולממש את קיום התא המשפחתי...

הזכות לממש את האוטונומיה של הרצון החופשי על דרך של הקמת תא משפחתי על פי בחירתו של האדם ומימושו במסגרת של חיים משותפים היא עצמה נגזרת מכבוד האדם...

זכות היסוד של האדם לבחור בבן-זוגו ולהקים עימו תא משפחתי במדינתו, היא חלק מכבודו ומתמצית אישיותו של האדם...

(סעיפים 6-7 לפסק דינה של כב' השופטת בייניש).

42. וכב' 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.

(סעיף 4 לפסק דינה של כב' השופטת חיות).

43. ויפים גם דבריה של כב' השופטת פרוקצ'יה:

זכות האדם למשפחה היא מיסודות הקיום האנושי. קשה לתאר זכויות אנוש שתשווינה לה בחשיבותן ובעוצמתן. היא משלבת בתוכה את הזכות להורות ואת זכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים. יחדיו הן יוצרות את הזכות לאוטונומיה של המשפחה...

בצד זכות האדם להגנה על חייו ועל קדושת חייו, ניתנת הגנה חוקתית לזכות האדם לממש את משמעות החיים ואת טעם החיים. הזכות למשפחה היא טעם החיים שבלעדיו נפגעת יכולתו של אדם להגיע לידי הגשמה עצמית ומימוש עצמי. בלא הגנה על הזכות למשפחה, נפגע כבודו של האדם, נגרעת זכותו לאוטונומיה אישית, ונמנעת ממנו היכולת לקשור את גורלו עם בן זוגו

ועם ילדיו ולקיים חיים מתוך שותפות גורל עימם. בין זכויות האדם, ניצבת זכותו של אדם למשפחה במידרג העליון. היא קודמת בחשיבותה לזכות הקנין, לחופש העיסוק, ואף לפרטיות ולצינעת הפרט. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם ואת התגלמות הגשמת עצמיותו.
(בסעיף 6 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה).

44. וכב' השופטת נאור מדגישה כי :

הזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית הנגזרת מן הזכות החוקתית לכבוד האדם.
(בסעיף 4 לפסק דינה של כב' השופטת נאור).

45. וכב' השופט ריבלין (כתוארו אז) :

הזכות לממש את חיי המשפחה היא זכות יסוד. שלילתה פוגעת בכבוד האדם. שלילתה פוגעת באוטונומיה של הפרט להינשא על-פי רצונו ולהקים משפחה - ממילא פוגעת היא בחרות. פגיעה זו בחרות קשה לא פחות מאשר הפגיעה בכבוד האנושי... היא פוגעת אנושות בבסיס היכולת של האדם לטוות את סיפור חייו.
(בסעיף 8 לפסק דינו של כב' השופט ריבלין).

46. אכן, הדברים ברורים וידועים, ואמרותיהם של השופטים הנכבדים אך מכריזות על הידוע ומניפות על נס את שהינו כמעט בבחינת מובן מאליו.

47. בכל זאת ראו העותרים לשוב ולהזכיר ולצטט בהרחבה מדבריהם של השופטים הנכבדים, שכן נראה כי אותו מובן מאליו, אותה זכות טבעית, אותה "תשתית לקיומה של החברה", חמקה באופן מוחלט מעיניו של המשיב, אשר בסרבו ליתן מענה לבקשתה של העותרת, מונע למעשה את קיום חיי הנישואין של העותרת, כמו גם, את מימושן של זכויותיה היסודיות במסגרת התא המשפחתי הגרעיני.

הזכות לחופש התנועה

48. הזכות לחופש התנועה היא הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש יכולותיו וזכויותיו. 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 האדם נפגעות ואף חדלות מלהתקיים. מכאן החשיבות הרבה המיוחדת לזכות לחופש התנועה.

ראו בעניין זה :

בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, פסקה 10 (2006);

בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, פסקה 15 (2005);

בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האיזורי, תק-על 94(1) 1139, 1147 (1994);

בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997).

הזכות לחופש תנועה וזכותה של העותרת לצאת מארצה

49. חלק מרכזי בזכות לחופש התנועה היא זכותו של אדם לצאת מארצו :

זכותו של אדם לצאת מארץ מגוריו ולחזור אליה היא "זכות טבעית". היא אחת מזכויות היסוד של האדם. הגבלתה של הזכות פוגעת פגיעה חמורה בזכויותיו.

(בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695, 704 (2002)).

50. יפים לענייננו גם דבריו של כב' השופט בך, בפרשת דאהר :

הגבלת חופש תנועתו של אזרח במוכן זה, שנאסרת עליו היציאה מתחום המדינה לארצות אחרות, הינה פגיעה חמורה בזכויות הפרט, ומי כמו הציבור הישראלי חייב, מטעמים מובנים וידועים, להיות רגיש לנושא זה.

השופט זילברג נתן ביטוי לאותה תחושה בקובעו בפסק הדין בבג"צ 111/53, קאופמן נ. שר הפנים ואח', פ"ד ז' 534, עליו הסתמכה גם חברתי הנכבדה, המשנה לנשיא, לאמור :

"חירות התנועה של האזרח מן הארץ אל מחוצה לה, היא זכות טבעית, מוכרה, כדבר מובן מאליו...".

(בג"צ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701, 712 (1986)).

51. זכות זו קיימת גם בזמן מלחמה, כפי שקובע סעיף 35 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949):

All protected persons who may desire to leave the territory...may be entitled to do so.... The applications of such persons to leave shall be decided in accordance with regularly determined procedures and the decision shall be taken as rapidly as possible...if any such person is refused to leave the territory he shall be entitled to have such refusal reconsidered... [emphasis added].

המלומד פיקטה מבהיר בפרשנותו כי :

It should be noted that the right to leave the territory is not in any way conditional, so that no one can be prevented from leaving as a measure of reprisals...It is therefore essential for States to safeguard the basic principal by showing moderation and only invoking these reservations when reasons of the utmost urgency so demand. [emphasis added].

(Pictet J.S. Commentary: IV Geneva Convention – Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. P. 235-236 (Geneva, 1958)).

52. בנוסף, הזכות לעזוב את ארץ המגורים ולשוב אליה הוכרה כזכות יסוד אף במספר ניכר של אמנות והצהרות בין-לאומיות. ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948) בסעיף 13, והאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966) בסעיף 12(2).

הגבלת חופש התנועה באיזון עם שיקולי ביטחון

53. היה ובמקרים חריגים נדרש שיקול דעת הרשות על מנת להצר את תחולת חופש התנועה וזכותו של אדם לצאת מארצו באיזון עם שיקולי ביטחון, עיקרון היסוד הנו כי שימוש בכלים ואמצעים מניעתיים הפוגעים בחירותו ובכבודו של אדם, מותר רק כאשר מאותו אדם עצמו נשקפת סכנה.

54. כבר נאמר על ידי בית המשפט הנכבד כי תוצאות האיזון, בין חירותו וכבודו של אדם לבין שיקולי ביטחון, תהיינה שונות במקרים שונים, בהתאם לגודל והיקף הפגיעה של אותו אמצעי מנע בחירות ובהתאם לגודל הסכנה. עם זאת נאמר, כי נוסחת האיזון הבסיסית נותרת זהה, ועיקרון היסוד נותר זהה.

כדברי השופטת דורנר :

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

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

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

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

(עמ"ם 7750/08 **פלוני נ' מדינת ישראל** (לא פורסם; 23.11.08); ההדגשה הוספה).

56. כך ניסח המלומד קנת מאן את העיקרון האמור :

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

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

57. המלומד פרופ' קרמניצר הדגיש את מקומו המרכזי של עיקרון זה כחלק מעיקרון שלטון החוק:

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

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

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

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

58. על פי עיקרון זה, הפגיעה בחירותו של אדם שממנו עצמו לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה הינה בהכרח בלתי מידתית, בלא תלות בגודל הסכנה הביטחונית, כלומר לא מדובר בשאלה של איזון "כמותי". כדבריו של הנשיא ברק בעניין פגיעה בחירותו וכבודו של אדם בדרך של מעצר מינהלי:

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

הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של בטחון המדינה מובילים לנקיטה בצעד זה... אין עוצרים במעצר מינהלי אלא את מי שעצמו, במעשיו שלו, מהווה סכנה לביטחון המדינה. כך במצב הדברים שקדם לחקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך בוודאי לאחר שחוק יסוד זה נחקק, והעלה את חירותו של אדם וכבודו לרמה חוקתית-על-חוקית.

(דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הבטחון פ"ד נד(1) 721, 743-744 (2000); ההדגשה הוספה).

59. ובסוגיה דומה קבע לאחרונה בית המשפט כי:

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

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

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

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

בנסיבות מיוחדות וחריגות, נוקטת המדינה אמצעי מנע שנועדו להגן על קיומה, על דרך הצבת מחסומים אשר יקשו על האדם להגשים את פשעו

המתוכנן. מחסומים אלה מתבטאים, לא אחת, בהגבלת חירות האדם בהיקף כזה או אחר. הגבלת החירות האישית היא פגיעה כבדת משקל בזכות יסוד של הפרט. היא נסבלת רק מקום שחיוניותה הוכחה להשגת אינטרס ציבורי הכרחי וכבד-משקל.

הצורך באיזון דומה עולה בשיטתנו בהקשר למעצרים מינהליים... איזון זה מניח... כי ניתן לאפשר - במדינה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון - מעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה... הטעמים לעמדה זו הם שניים: ראשית, הפגיעה של מעצר מינהלי בחירות ובכבוד של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה היא קשה... שכן היא פוגעת בחירותו של אדם - חירות המוגנת בישראל ברמה חוקתית-על-חוקית - בלא משפט ובלא פסק-דין.

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

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

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

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

לא ניתן היה להפעיל את הסמכות על-פי תקנה 110, אלא אם כן היה במכלול הראיות, שהובאו לפני המפקד הצבאי, כדי להצביע על סכנה, הצפויה מן העותר בעתיד, אם לא יינקטו הצעדים, שנועדו להגביל את פעולתו ולמנוע חלק נכבד מן הנזק הצפוי ממנו...

(בג"ץ 554/81 בראנסה נ' אלוף פיקוד המרכז פ"ד לו(4) 247, 249-250 (1982); ההדגשה הוספה).

62. המלומד Cole הדגיש כי נקיטת אמצעים שונים כנגד אדם בגין החשש הספקולטיבי העתידי (מה שהוא מכנה "הפרדיגמה המניעתית") יחד עם נקיטת אמצעים שונים כנגד אדם לא על בסיס מעשיו שלו, אלא על בסיס קשריו החברתיים או המשפחתיים, גורמת לפגיעה קשה ובסיסית בעיקרון שלטון החוק ויסודותיו:

The Supreme Court [*NAACP v Claiborne Hardware*, 458 US 886, 932 (1982)-(N.H)], has declared guilt by association 'alien to the traditions of a free society and the First Amendment itself'. It violates both the Fifth Amendment, which requires that guilt must be personal, and the First Amendment, which guarantees the right of association.[...]

Whether in the context of material support, interrogation, detention or war-making, the preventive paradigm puts tremendous pressure on the values we associate with the rule of

law. Designed to place enforceable constraints on state power, the rule of law generally reserves detention, punishment and military force for those who have been shown, on the basis of sound evidence and fair procedures, to have committed some wrongful act in the past that warrants the government's response [...]

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

A lot may have changed after 11 September 2001, but not the need to respond to wrongdoers within the framework of the rule of law.

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

סיכומם של דברים

63. המשיבים פעלו באופן בלתי מידתי ובלתי סביר – תוך שהם מפירים את חובתם הברורה לפעול במהירות הראויה – בהתעלמם מפניות העותרת בבקשתה לעמוד לצד בעלה, ובכך לממש את הזכות הבסיסית ביותר לחיי משפחה.

64. המשיבים פוגעים קשות בזכותם של העותרת ובעלה לחיי משפחה ולחיי אישות בכך שהם מנתקים אותם זה מזה ומאלצים אותם להמתין זמן בלתי סביר לקבלת ההחלטה בעניינם.

65. המשיבים נוהגים כאילו זמנם בידם, תוך אדישות מוחלטת לכך שכל יום נוסף של עיכוב וסחבת מצדם הוא יום נוסף של המתנה מורטת עצבים, יום נוסף בו נאלצת העותרת לחיות בגפה ללא בעלה.

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 העותרות ושכ"ט עו"ד.

נירת היים, עו"ד

ב"כ העותרים

9 במרץ, 2009

[ת.ש. 48091]