

העותרות:

1. גב' רחמה מחמוד עבד אלחמיד קחוש, ת.ז. ****
2. אנאס צברי זאהי קחוש, ת.ז. **** (קטינה)
3. גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע (ע"ר)

כולן ע"י ב"כ עוה"ד נעם פלג (מ.ר. 40835) ו/או שרי בשי (מ.ר. 39167) ו/או פרופ' קנת מן (מ.ר. 10248)
"גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע"
רחוב החשמונאים 91, ת.ד. 20111
תל אביב, 61200
טלפון: 03-6244120; פקס: 03-6244130

- נגד -

המשיבים:

1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
2. אלוף פיקוד הדרום
3. שר הביטחון

כולם ע"י מחלקת בג"צים, פרקליטות המדינה
מרח' צלאח א-דין 29, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לקיום דיון מוקדם

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן צו על תנאי המופנה כנגד המשיבים, והמורה להם לבוא וליתן טעם כדלקמן:

מדוע לא יאפשרו לעותרות 1-2 להיכנס לרצועת עזה, בדרך של הנפקת היתר כניסה לישראל לצורך המעבר ממקום שהותם בגדה המערבית.

כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרות בעתירה זו, לרבות בשכ"ט עורך דין בצירוף מע"מ כדין.

א. בקשה לקיום דיון מוקדם

העותרות 1-2, אם וביתה הקטנה, שוהות בגדה המערבית ומנותקות כבר כשנה וארבעה חודשים מיתר בני משפחתם, בעלה של העותרת 1 וילדתה הקטנה, שהם אביה ואחותה של העותרת 2, הנמצאים ברצועת עזה.

כל בקשתן של העותרות 1-2 היא, שיותר להן לצאת מהגדה המערבית ולשוב לרצועת עזה. משכך, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע מועדים קצרים למסירת כתב תשובה, ובמידת הצורך להורות על קיום דיון בעל פה במועד מוקדם ככל הניתן.

ב. הצדדים לעתירה

1. העותרת 1 הינה אישה פלסטינית בת 35, אם לארבעה ילדים, הנמצאת כעת בגדה המערבית עם ביתה בת השלוש והמבקשת להגיע לרצועת עזה (להלן: "העותרת").
2. העותרת 2 הינה ביתה בת השלוש של העותרת 1 (להלן, ויחד עם העותרת 1: "העותרות").
3. העותרת 3 הינה עמותה ישראלית, שמטרתה לקדם את זכויות האדם בישראל ובשטחים הנתונים לשליטתה.
4. המשיב 1 הוא מי שמחזיק בגדה המערבית בתפיסה לוחמתית מטעם מדינת ישראל, והוא שאחראי על שמירת זכויותיהם של התושבים המוגנים באזור (להלן: המשיב).
5. המשיב 2 הוא מי שמחזיק ברצועת עזה בתפיסה לוחמתית, הוא בעל השליטה במעברים היבשתיים שבין רצועת עזה ובין מדינת ישראל, הוא בעל השליטה במים הטריטוריאליים של רצועת עזה והוא בעל השליטה במרחב האווירי של רצועת עזה, והוא שיכול להתיר את כניסתן של העותרות לרצועת עזה.
6. המשיב 3 הוא השר הממונה מטעם הממשלה על הצבא מכוח סעיף 2(ב) לחוק יסוד: הצבא.

ג. התשתית העובדתית

7. חייה של העותרת, אישה פלסטינית בת 35, ידעו תהפוכות רבים. את ילדותה ובגרותה בילתה בשכונת אלמטאר בקלנדיה, בבית הוריה, בו גם גרו אחיה וארבע אחיותיה. בשכונת אלמטאר הלכה העותרת לבית ספר יסודי, ושם גם הלכה לבית הספר התיכון "אלראם אלתאנוויה".
8. בשנת 1992 נישאה העותרת למר ***** מבית חנינה, תושב פלסטיני המחזיק גם באזרחות אמריקאית. כשנה וחצי לאחר חתונתם נסעו השניים לארצות הברית, ושם נולדו לעותרת שתי בנות: סמירה פראג (ילידת 1994) וחמדיה פראג (ילידת 1996).

9. בחודש ספטמבר 1999 שבה העותרת עם שתי בנותיה לגדה המערבית, ומר **** נשאר בארצות הברית. העותרת התגוררה בבית הוריה ועבדה כמוכרת בחנות בגדים ברמאללה.
10. כעבור כשלוש שנים, בחודש פברואר 2002, התגרשה העותרת ממר **** באמצעות פסק דין לגירושין, שניתן בבית הדין השרעי בירושלים.
11. זמן מה לאחר מכן, בחודש מאי 2003, נישאה העותרת למר צברי קחוש, בן דודה מצד אביה. חתונתם של בני הזוג נערכה ברמאללה, ושם הם התגוררו עד לשנת 2006.
12. בתקופה זו נולדו לעותרת שתי בנות נוספות: אמל (ילידת 2004) ואנאס (ילידת 2005), היא העותרת 2). מענן הרשום של שתי הבנות, כמו גם מענה, הוא בקלנדיה שבגדה המערבית.
13. הוריו של מר צברי קחוש מתגוררים ברצועת עזה, ובשנת 2006 החליטו בני הזוג לעבור לגור בסמוך להם. על פי השריעה, לא נהוג כי בנות ביולוגיות של אב אחד יגורו תחת אותה קורת גג עם גבר שאינו אביהם, הגם שהוא בן זוגה של אמם. ומשכך, ובשל אי הסכמת מר פראג (אבי הילדות) למגורים שכאלה, נותרו שתי הבנות הגדולות - סמירה פראג וחמדיה פראג - לגור אצל סבתם בגדה המערבית.
14. כחלק מהמעבר לרצועת עזה וכתנאי לכך, הוסכם בין בני הזוג כי העותרת תמשיך לבקר את בנותיה הבגירות בגדה המערבית מעת לעת.
15. ואכן, כחצי שנה לאחר שעברו לרצועת עזה, בתאריך 15 לנובמבר 2006, וכשגברו געגועיה של העותרת לבנותיה, יצאו העותרות מרצועת עזה דרך מעבר רפיח והגיעו לגדה המערבית. העותרות תכננו לבקר בגדה למשך מספר שבועות, ולאחר מכן לשוב לרצועת עזה.
16. ברם, עד היום, ולמרות ניסיונות חוזרים (שיפורטו בהמשך), לא עלה בידי העותרות לשוב לרצועת עזה.
17. וכך, רחוקה העותרת מבן זוגה ומביתה אמל בת הארבע כבר כשנה וחצי. וכך, רחוקה העותרת 2 מאביה ומאחותה הגדולה כבר כשנה וחצי. מיותר להכביר מילים על אודות הגעגועים, הבכי והקושי הרגשי הרב, שנלווה למציאות שהמשיבים כפו על העותרות. מציאות, שבעטייה פונות העותרות לבית משפט נכבד זה.

1.ג. ניסיונותיהן של העותרות לצאת מרצועת עזה

18. בראשית חודש ינואר 2007, כחודש וחצי לאחר שהגיעו לגדה המערבית, שמו העותרות את פעמיהן לגשר "אלנבי", בכוונה לצאת מהגדה המערבית ולהתחיל את המסע הארוך והיקר לרצועת עזה (דרך נמל התעופה ברבת עמון, משם בטיסה לנמל התעופה בקהיר ונסיעה למעבר רפיח). ברם, במעבר "אלנבי" נמסר להן כי הן אינן מורשות לעזוב את הגדה המערבית.
19. בצר להן, חזרו העותרות על עקבותיהן, לבית הוריה של העותרת.

20. אחרי כחצי שנה של המתנה ארוכה ומייאשת, החליטה העותרת לנסות שוב להגיע לרצועת עזה. בתאריך 17.7.2007 הגיעו העותרות פעם נוספת לגשר "אלנבי", בתקווה שהפעם יעלה בידן לצאת מהגדה המערבית. הפעם הותרה יציאתם מהגדה המערבית, אך כיון שבאותה העת המשיבים התנגדו לפתיחתו של מעבר רפיח, לא היתה לעותרות אפשרות לחזור לרצועת עזה. בתאריך 1.8.2007 שבו העותרות בחזרה לגדה המערבית, למודות אכזבה ואכולות געגועים.

21. משהתחוויר לעותרות כי המשיבים ממשיכים במדיניותם ומתנגדים לפתיחתו של מעבר רפיח, הרי שלעותרת נותרה רק דרך אחת לרצועת עזה, וזאת על ידי כניסה לישראל ודרכה לרצועה. על כן, בתאריך 23.12.2007 הגישה העותרת בקשה לקבלת היתר כניסה לישראל לצורך מעבר לרצועת עזה עבורה ועבור העותרת 2, במת"ק הפלסטיני בא-ראם. עוד באותו היום בקשתה "סורבה" על ידי סגן אסף דוד שלום, סגן מנהל נציגות א-אראם במת"ק, בנימוקים: "לא עומד בקריטריונים" ו"מסורב על פי הרשאות".

העתק הודעת הסירוב מתאריך 23.12.2007 מצ"ב ומסומן ע/1.

22. בתאריך 10.1.2008 פנתה גבי' מסאלחה-שבאיטה, רכזת פניות הציבור אצל העותרת 3, בשם העותרות לאל"מ שרון אפק, היועץ המשפטי לכוחות צה"ל בגדה המערבית, בבקשה להנפיק לעותרות היתר כניסה לישראל לצורך מעבר לרצועת עזה.

העתק מכתבה של גבי' מסאלחה שבאיטה מתאריך 10.1.2008 מצ"ב ומסומן ע/2.

23. בתאריך 23.1.2008 השיב סגן מתן סלומש בשם אל"מ אפק לפנייה זו. לדבריו, "לא מאושר מעבר תושבי איזור יהודה ושומרון לעזה מטעמי ביטחון מובהקים, אלא רק במקרים חריגים" (סעיף 2 למכתב). עם זאת, הוסיף סגן סלומש, כי "נבקשם להבהיר האם הגב' קחוש מתכוונת להעתיק את מרכז חייה יחד עם בעלה וילדיה (לרבות אלו המתגוררים כעת באיזור יהודה ושומרון) ברצועת עזה" (סעיף 3 למכתב).

העתק מכתבו של סגן סלומש מתאריך 23.1.2008 מצ"ב ומסומן ע/3.

24. בתאריך 24.1.2008 הוזמנה העותרת לפגישה במת"ק במחסום קלנדיה. באותה פגישה אדם בשם "אסף" שאל את העותרת מספר שאלות הנוגעות לחייה האישיים, ובתום השיחה הנחה את העותרת להגיש מחדש במת"ק הפלסטיני, את בקשתה לקבלת היתר כניסה לישראל לצורך מעבר לרצועת עזה.

25. העותרת עשתה כן, והגישה את הבקשה האמורה.

26. בחלוף שבועיים ימים, ומשלא התקבלה תשובה לבקשה מחודשת זו, פנה הח"מ בתאריך 4.2.2008 לסגן סלומש. הח"מ ציין בפני סגן סלומש, כי מדובר בקשה הומניטרית באופיה, לאור הניתוק שבין העותרת 2 לאביה ואחיה והניתוק של העותרת 1 מבן זוגה ובנותיה. הח"מ הוסיף, כי דרישת שינוי מרכז החיים אינה ממין העניין, שכן כך או אחרת, לעותרת –

כתושבת פלסטינית – קיימת הזכות לנוע בין שני חלקי היחידה הטריטוריאלית האחת – רצועת עזה והגדה המערבית.

העתק מכתבו של עו"ד פלג מתאריך 4.2.2008 מצ"ב ומסומן ע/4.

27. בחלוף שלושה שבועות נוספים, ומשלא התקבלה תשובה לפניה זו ומשעה שלעותרות לא הותר לצאת מהגדה המערבית, פנה הח"מ לסגן סולומש בתאריך 27.2.2008 במכתב תזכורת.

העתק מכתבו של עו"ד פלג מתאריך 27.2.2008 מצ"ב ומסומן ע/5.

28. בתאריך 4.3.2008 השיב סגן סולומש (במכתב הנושא את התאריך 28.2.2008) וטען, בין היתר, כי "במכתבם מיום 4.2.08 עולה, כי גברת קחוש אינה מתכוונת לקבוע את מרכז חייה ברצועה אלא בכוונתה להתעקש על מעברים חוזרים ונשנים בין הרצועה לאזור. נוכח האמור, אין בידי המפקד הצבאי להתיר את כניסתה לישראל לצורך מעברה לרצועה" (סעיף 3 לתשובה. ההדגשה לא במקור).

העתק מכתבו של סגן סולומש מתאריך 4.3.2008 מצ"ב ומסומן ע/6.

29. בתאריך 5.3.2008 השיב הח"מ לסגן סולומש. בתשובה זו עמד הח"מ על הזכות העקרונית של העותרות לנוע בחופשיות בין הגדה המערבית לרצועת עזה, וכן על חובתו של המפקד הצבאי של האזור לשמור על זכויות התושבים המוגנים שם ולפעול למימושו. עוד ציין הח"מ, כי מדובר בבקשה הומניטרית קונקרטית של העותרות, שעליה להישקל לגופה ואל למפקד הצבאי להיזקק להיפותזות בדבר תכונות אופי כגון "עקשנות", שעה שהוא עושה שימוש בסמכותו. הח"מ שב וביקש, כי יותר לעותרות לצאת מהאזור, להיכנס לישראל ומשם לרצועת עזה.

העתק מכתבו של עו"ד פלג מתאריך 5.3.2008 מצ"ב ומסומן ע/7.

30. בתאריך 12.3.2008 השיב סגן סולומש לפניה זו. בתשובתו שב וסירב (בשם המשיב) להתיר לעותרות לצאת מהאזור ולהגיע לרצועת עזה, וזאת בין היתר בשל "הצהרותיה של גברת קחוש בדבר רצונה לשוב לעזה לביקורים קצובי מועד, משליכים באופן ישיר על ההחלטה בעניינה. כאמור לעיל, במצב עניינים זה, בקשת מרשתכם נוגדת את מדיניות המפקד הצבאי ועל כן אין בידינו להיענות לבקשתכם" (סעיף 5 למכתב).

העתק מכתבו של סגן סולומש מתאריך 12.3.2008 מצ"ב ומסומן ע/8.

31. שעה שהמשיב עומד בסירובו להתיר לעותרות לצאת מהגדה המערבית, הרי שלא נותרה בידיהן ברירה אלא לפנות לבית משפט נכבד זה בבקשה לקבל סעד.

ד. הטיעון המשפטי

32. ההחלטה להגביל את תנועתן של העותרות ולא לאפשר להן לצאת מהגדה המערבית, התקבלה על ידי המשיבים בניגוד לדין החל עליהם ותוך רמיסת זכויותיהן המהותיות והדיוניות של העותרות.

1.ד. היות הגדה המערבית ורצועת עזה יחידה טריטוריאלית אחת

33. בקשתן של העותרות לצאת מהגדה המערבית ולהיכנס לרצועת עזה נסמכת, בין היתר, על היות שני חלקי שטח אלה יחידה טריטוריאלית אחת - יחידה טריטוריאלית שיש לאפשר בה חופש תנועה לתושבים פלסטיניים. טענה זו עולה בקנה אחד עם התחיבויות הבינלאומיות של מדינת ישראל, ההיסטוריה והאופי של האזור וקביעתו של בית המשפט הנכבד:

"שני האזורים הם חלק מארץ-ישראל (Palestine) המנדטורית. הם נתפסו בתפיסה לוחמתית על-ידי מדינת ישראל. מבחינה חברתית ופוליטית, נתפסים שני האזורים על-ידי כל הנוגעים בדבר כיחידה טריטוריאלית אחת..." (בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 369).

34. הכרה זו הינה בהתאם לסעיף 11 ל"הסכם ביניים ישראל-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה" (כתבי אמנה, 33, 1071) (להלן: "הסכם הביניים"), הקובע:

"שני הצדדים רואים בגדה המערבית וברצועת עזה יחידה טריטוריאלית אחת, ששלמותה ומעמדה יישמרו במשך תקופת הביניים".

הסכם הביניים עודנו בתוקף והוא מהווה חלק מהמשפט הפנימי החל ברצועת עזה ובגדה המערבית, בין היתר מכוח התחיקה הצבאית (מנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון) (מס' 7), התשנ"ו-1995; מנשר בדבר יישום הסכם הביניים (אזור חבל עזה) (מס' 5), התשנ"ו-1995; בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 481, בפסקה 11 לדעת הרוב).

35. על המשיבים לכבד את האינטגרליות של רצועת עזה והגדה המערבית, ולאפשר את מעברן של העותרות מהגדה המערבית לרצועת עזה. אינטגרליות זו גם באה לידי ביטוי בנסיבות חייהן של העותרות ובתכלית בקשתן, כפי שהונחה בפני המפקד הצבאי.

36. התעלמות המשיבים מהיות הגדה המערבית ורצועת עזה יחידה טריטוריאלית אחת והתעלמותו מנסיבות הבקשה שהונחה בפניו, הן שהביאוהו לקבלת ההחלטה הבלתי חוקית והבלתי סבירה.

2.ד. פגיעה בזכות לחופש תנועה

37. החלטת המשיבים שללה את זכותן של העותרות לחופש תנועה, ופגעה בה בניגוד לדין ובאופן בלתי מידתי.

38. הזכות לחופש תנועה הינה זכות יסוד של הפרט, והוכרה ככזו במשפט החוקתי הישראלי וכן במשפט זכויות האדם הבינלאומי. לזכות זו ישנה חשיבות הן בפני עצמה והן כמפתח למימוש זכויות אדם נוספות. על חשיבות זו עמד בית המשפט הנכבד עוד לפני שנות דור, כשקבע:

"חירות התנועה של האזרח מן הארץ אל מחוצה לה, היא זכות טבעית, מוכרת, כדבר המובן מאליו" (בג"צ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 536. ההדגשה הוספה).

גם המכונן בישראל הכיר בחשיבותה של זכות זו, ועיגנה מפורשות בסעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו בעניין זה: אהרן ברק, פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (נבו, 1994), 428-429).

39. עם כינון חוק היסוד, המשיך בית המשפט הנכבד ליתן לזכות זו מעמד בכורה, בעומדו על חשיבותה לחירותו של האדם ועל כך, שהגבלתה פוגעת באפשרות של אדם לחיות את חייו ופוגעת ביכולתו לממש זכויות אדם נוספות (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 59; בג"צ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695).

40. בהיותו עקרון יסוד של המשפט הישראלי, על חופש התנועה להוות שיקול מרכזי בשיקוליו של המפקד הצבאי, בבואו להכריע בעניינין של העותרות.

41. הזכות לחופש תנועה הינה זכות יסוד המוכרת גם במשפט זכויות האדם הבינלאומי, והזכות לצאת מטריטוריה כלשהי – הינה אבן יסוד במשפט הבינלאומי.

סעיף 13(2) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם קובע:

"כל אדם זכאי לעזוב כל ארץ, לרבות ארצו ולחזור אל ארצו."

סעיף 12(2) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות קובע:

"כל אדם בן חורין לעזוב כל ארץ שהיא, לרבות ארצו הוא."

ההכרזה לכל באי עולם מחייבת את מדינת ישראל, לאור ההשקפה הרווחת לפיה היא משקפת הוראות של המשפט הבינלאומי המנהגי (אורנה בן נפתלי ויובל שני "המשפט הבינלאומי – בין מלחמה לשלום" (רמות 2006), 208) וכל זאת בהעדר חקיקה נוגדת (אדרבא, גם המכונן הכיר בזכות יסוד זה) וכן על פי חזקת ההתאמה (בג"צ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 945, 966).

על המשיב לממש זכות זו של אלו הנתונים לשליטתו, ולא להגבילה.

42. בית המשפט הנכבד עמד במשך השנים שוב ושוב על חובתה של רשות, המבקשת להגביל את חופש התנועה של אדם, לעשות כן רק שעה שאינטרסים כבדי משקל אחרים מונחים על כך המאזניים. באותם מקרים בהם הרשות מחליטה לעשות כן, עליה לצמצם למינימום האפשרי

את הפגיעה בזכויות הפרט, באופן שיהלום את האינטרס הבטחוני ולא יותר:

"כל מידה של פגיעה בחופש התנועה חייבת להיות תולדה של העמדת שני הערכים, זה מול זה, ושל השכנוע, כי הפגיעה אכן מתחייבת למען השגת

המטרה הביטחונית הספציפית שהיא באה למנוע. משמעות הדבר, כי חייב להיות קשר ישיר בין האמצעי שננקט לבין מידת הסכנה הנשקפת מן האיש שכנגדו הוצא צו ההגבלה. מידת הסכנה נלמדת מן הראיות המצויות לפני מוציא הצו, אשר עליו להשתכנע, כי הן מחייבות את ההגבלה, בהיותן חד-משמעיות ומשכנעות לקיומה של אותה סכנה". (בג"צ 672/87 עתאמללה נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מב(4) 708, 710. ההדגשה הוספה).

בענייננו לא הוצא כל צו הגבלה, לא נטען לקיומה של סכנה כלשהי מצד אם ובתה, המבקשות להגיע לבית אבי המשפחה ברצועת עזה, וממילא שלא נעשה איזון, קל וחומר לא איזון ראוי, בין זכויותיהן של העותרות לבין צורך ביטחוני קונקרטי. גם מטעם זה, דין החלטת המשיבים הוא בטלות.

43. העותרות יטענו, כי המשיב לא נתן את המשקל הראוי לזכותה של העותרת לחופש תנועה, הטיל עליה הגבלה מוחלטת ובלתי מוגבלת בזמן, בשל קיומה לכאורה של סכנה כלשהי מצד העותרת. סכנה שהעותרת מכחישה מכל וכל.

3.4. פגיעה בזכותן של העותרות לחיי משפחה

44. מתן היתר לעותרות לצאת מהגדה המערבית והגעתן לרצועת עזה תעלה בקנה אחד עם מימוש זכותן לחיי משפחה, זכות שהמשיבים מונעים מהעותרות לממש מזה שנה ושלושה חודשים.

45. הזכות לחיי משפחה זכתה להכרתו של בית המשפט הנכבד כזכות יסוד. כך כתב המשנה לנשיא (בדימוס) חשין:

"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 בבריאית האדם, ואדם הוא איש ואשה. וַיִּבְרָא אֱלֹהִים אֶת-הָאָדָם בְּצַלְמוֹ, בְּצֶלֶם אֱלֹהִים בָּרָא אֹתוֹ: זָכָר וּנְקֵבָה, בָּרָא אֹתָם (בראשית, א, כז). וכך נבראו אדם וחווה. איש נזקק לאשה ואשה נזקקת לאיש: עַל-כֵּן יַעֲזֹב-אִישׁ אֶת-אָבִיו וְאֶת-אִמּוֹ וְדָבַק בְּאִשְׁתּוֹ וְהָיוּ לְבֶשֶׁר אֶחָד (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 ולקיומם 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. ...

הזכות לנישואין ולקיומם 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. כך גם במשפט ישראל. ראו והשוו: פרשת סטמקה, 782, 787; אמנון רובינשטיין, "הזכות לנישואין", עיוני משפט ג' (תשל"ג-1973), 433; ראו עוד: סעיף 16(1) להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, 1948; סעיף 12 לאמנה האירופית על זכויות אדם; סעיף 2.23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966. 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, זכותו של אזרח ישראל להתגורר עם בני משפחתו בישראל, וחובתה של המדינה כלפי האזרח לאפשר לו לממש זכותו לחיות עם בני משפחתו בישראל. פרשת סטמקה, שם. עד כאן - הזכות לנישואין והזכות העקרונית הקנויה לאזרח ישראל לחיות עם משפחתו בישראל". (בג"צ 7052/03 עדאללה נ' שר הפנים (ניתן ביום 14.5.2006), פסקאות 46-47 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימוס) חשין. ההדגשה הוספה).

46. סעיף 10(1) לאמנה בדבר זכויות הילד קובע מפורשות:

"בהתאם למחויבותן של מדינות חברות על פי סעיף 19(1), תטופל בקשתו של

ילד או של הוריו להיכנס למדינה חברה או לצאת ממנה לשם איחוד משפחה

בידי מדינות חברות בצורה חיובית, אנושית ומזורזת..." (ההדגשה הוספה)

וראו גם סעיף 9 לאמנה בדבר זכויות הילד (כ"א 1038, עמוד 221).

החלטת המשיבים אינה עולה בקנה אחד עם חובתם כלפי העותרת 2 סעיף זה. המשיבים אינם ממלאים אחר חובתם לאפשר לעותרת 2 לשוב ולהתגורר עם אביה ואחיה, כמשפחה אחת.

4.ד הפרת החובה לפעול בהתאם לעקרון טובת הילד

47. האמנה בדבר זכויות הילד קובעת את עקרון טובת הילד בסעיף 13(1):

"בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוצאלית

ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי המשפט, רשויות מינהל או גופים

תחקיטיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה" (ההדגשה הוספה).

עקרון זה חל על כל רשויות השלטון בישראל והינו עקרון יסוד בפסיקתו של בית משפט נכבד זה (ראו, בין היתר, ע"פ 2266/93 פלונני נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221 248, דנ"א 7015/94 היועמ"ש נ' פלונני, פ"ד נ(1) 48 (פסק דינה של כבוד השופטת דורנר) וכן תמר מורג, פסיקת בתי המשפט שלאחר הצטרפות ישראל לאמנה בדבר זכויות הילד – האמנם עידן חדש?, המשפט (22), 21, 23-26).

48. דומה שחובת המשיבים לפעול על פי עקרון זה נשתכחה מליבם, והם לא שתנו ליבם למהות ותוכן הבקשות שהופנו אליהם, וזאת בשל מדיניותם הגורפת.

5.ד פעולת המשיבים מנוגדת לחובתם לפעול במידתיות, בסבירות ולא בשרירותיות

49. החלטת המשיבים פוגעת קשות בזכויות האדם של העותרות. על המשיבים מוטל הנטל להראות, כי פעולתם עומדת במבחני המידתיות ועל כן חוקית (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק; בג"צ 4541/91 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94, 136; בג"צ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל (ניתן ביום

14.12.2006), פסקה 41 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק. להלן: "פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים".

50. החלטת המשיבים לאסור על פלוני לצאת מהגדה המערבית או להיכנס לרצועת עזה אינה ניתנת בחלל משפטי ריק, אלא כפופה לחובות מכוח המשפט המנהלי והחוקתי הישראלי, ובמיוחד לחובתם לנהוג בסבירות ולא בשרירותיות (פרשת ג'מעית אסכאן; בג"צ 2065/04 בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807; בג"צ 278/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 437-450; בג"צ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1).

51. דרישת המידתיות מבטאת את סלידתו של המשפט הישראלי מפגיעה בזכויות אדם ואת ההבנה, כי אין זכויות אדם מוחלטות, ושלעולם יש לבצע איזון בין זכויות הרלבנטיות למציאות מסוימת לבין אינטרסים אחרים.

52. מבחן המידתיות אינו רק חלק מהמשפט החוקתי הישראלי, אלא מהווה "עקרון כללי במשפט" (פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים, פסקה 41 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק). החובה לפעול באופן מידתי חלה על המשיבים תחת מערכות דינים שונות, ובכללן המשפט הבינלאומי המנהגי, דיני התפיסה הלוחמתית ודיני המלחמה.

53. החלטת המשיבים הנובעת מ"עקשנותה" של העותרת, ובעצם בשל מדיניות בלתי חוקית האוסרת על מעבר בין הגדה המערבית לרצועת עזה, אינה סבירה ואינה מידתית. החלטה זו אינה עומדת באף לו אחד מ-3 מבחני המשנה של דרישת המידתיות. גם בגין דה, דינה של ההחלטה הוא פסלות.

6.4. הפרת עקרון החוקיות

54. סמכותו של המשיב בהיותו הכוח הכובש בגדה המערבית, כפופה לדיני התפיסה הלוחמתית במשפט הבינלאומי, ובמיוחד לתקנות האג בדבר הדינים והמנהגים של המלחמה ביבשה 1907 (להלן: "תקנת האג") ולאמנת ז'נבה הרביעית משנת 1949 (להלן: "אמנת ז'נבה").

55. למשיב אין סמכות אלה זו שהדין מקנה לו, ובהיותו רשות מרשויות המדינה הינו כפוף לעקרון היסוד של המשפט והוא עקרון החוקיות. דהיינו, כל פעולה שהמשיב מבקש לבצע, עליו להצביע על המקור החוקי המסמיך אותו לעשותה. בהעדר מקור חוקי זה, הרי שדינה של הפעולה הינו בטלות.

56. מקור סמכותו של המשיב להגביל את תנועותיהן של העותרות אל מחוץ לאזור מצוי בפרק ה' לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה ושומרון) (צו מספר 378). הצו קובע, כי כאשר המשיב מבקש לעשות שימוש בסמכותו ולהגביל את זכויותיהם של תושבי האזור, עליו לעשות זאת על ידי הוצאת צו פיקוח מיוחד. צו זה, נקבע, יוצא רק אם המפקד הצבאי "סבור כי הדבר הכרחי בגלל טעמי ביטחון החלטיים" (סעיף 84א לצו בדבר הוראות ביטחון). הצו כולל גם הגנות דיוניות, שמטרתן הבטחת זכויותיו של התושב המוגן, לרבות קיומה של ועדת ערר ומתן זכות שימוע לתושב המוגן.

57. כלפי העותרות לא הוצא צו כאמור, וממילא לא קוים הליך שימוע ו/או הליך ערר.

58. החלטת המשיב נעשתה בניגוד לדין החל עליו, ודינה הוא אחד – בטלות.

ד.7. על "הסכנה" במעבר העותרות מהגדה המערבית לרצועת עזה

59. המשיב טוען, כי שלילת זכויותיהן של העותרות נובעת מ"סיכון בטחוני ממשי במעברים חוזרים ונשנים בין איו"ש לרצועת עזה. מדיניות המפקד הצבאי אינה מאפשרת מעברים דנ" (סעיף 5 לע/8).

60. המשיב מנסה לתלות את חוקיות מדיניותו בטענה של "סיכון בטחוני ממשי" הכרוכה במעברו של כל אדם בין רצועת עזה לגדה המערבית. יהא זה ילד, תהא זו אמה, יהיו נסיבות חייהן אשר יהיו – המשיב יסרב כלל בלי לבדוק את בקשתן. ומשום מה? בשל סיכון בטחוני. על מה וממה נובע הסיכון הבטחוני? לא מפרט המשיב. מי מסוכן? כל אדם שרוצה לעבור.

61. מדיניות זו לוקחת למחוזות קיצוניים ובלתי חוקיים את הטענה הבטחונית, ובוודאי

שאינה עומדת במבחני החוק והדין, באשר לחובה להפעיל שיקול דעת ולפעול בסבירות

ובמידתיות. מדיניות זו מתעלמת מזכויותיהם של התושבים המוגנים ומתעלמת מנסיבותיה של כל בקשה ובקשה, ומקימו או אי קימו של מידע בטחוני פרטני על אודות המבקש. ובעניינו, מתעלמים המשיבים מנסיבות חייהן של העותרות.

בעניין זה יפים דבריו של בית המשפט הנכבד בבג"צ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח (5) 70 (להלן: "פרשת סייף"), שם פסל בית המשפט את הניסיון ליחס תכונות אנהרנטיות של "מסוכנות" לכל אדם, אך ורק משום היותו פלסטיני:

"הסירוב הטוטלי להעניק תעודות עיתונאי לפלסטינים תושבי האזור ... מלמד כי מלאכת האיזון בין שיקולי הביטוי והמידע לשיקולי הביטחון לא נעשתה כלל, ועל-כל-פנים האיזון שנעשה אינו כדן ...

"סירוב ללא כל בדיקה אינדיווידואלית להעניק תעודת עיתונאי בשל מסוכנות אינהרנטית של כל העיתונאים הפלסטינים תושבי האזור – לרבות אלה הזכאים להיכנס לישראל ולעבוד בה – הוא האמצעי הפוגעני ביותר האפשרי." (פרשת סייף, בעמ' 77. ההדגשות הוספו).

ובהמשך:

"אכן, לעולם ניתן לטעון כי עצם היותו של עיתונאי פלסטיני תושב האזור יוצרת סיכון בטחוני מיוחד אם אותו עיתונאי יחזיק בתעודת עיתונאי ... עם זאת סיכון מיוחד זה הינו קלוש ותאורטי, ואין בו כדי להצדיק פגיעה ודאית באינטרסים המוגנים לביטוי ולמידע חופשיים ..." (עמ' 78. ההדגשות הוספו).

62. העותרות מכירות בכך, שבנסיבות הקיימות באזורינו קיימות סכנות לביטחון האזרחים והמדינה, וכי ישנם גורמים המבקשים לפגוע בביטחון זה. גורמים, מיותר לציין, שהעותרות אינן נמנות עליהן. אך לאורך כל שנות קיומה דגלה מדינת ישראל בעקרון, שהסכנה לפגיעה בביטחון אינה מצדיקה לבדה פגיעה מוחלטת בחירות הפרט (למשל בזכות לנוע) או בזכות

הפרט (למשל בזכות לחיי משפחה), מבלי שיערך איזון ראוי בין רמת הסיכון לבין התועלת, אשר לכאורה תצמח מהפעולה (ראו לעניין זה פסק הדין בבג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807). בעניין דנן המשיבים מסתמכים על הערכות כלליות והתייחסות לסיכון תיאורטי, כדי להפר את זכויותיהם של העותרות באופן גורף.

63. יתר על כן, על המשיב לבחון את הבקשה הספציפית העומדת בפניו והיא בקשתם של אם ובתה להגיע לבית המשפחה ברצועת עזה. זו הבקשה שיש לבחון ורק אותה. **אפשרות של בקשה עתידית נוספת לעבור בין הגדה המערבית לבין רצועת עזה, ולהפך, אינה שיקול שיכול להישקל.** בקשה עתידית שכזו, אם תגיע, צריכה להישקל באותו המועד ובהתאם למדיניות שתחול אז.

ה. סיכום

64. בגדרי עתירה זו, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים להתיר לאם ולביתה בת השלוש לשוב ולחיות עם יתר בני משפחתם – אבי הילדה ואחותה הגדולה. במשך שנה ושלושה חודשים לא ראו בני משפחת קחוש זה את זו, כשכל אותה העת הדרך הפיזית לחזרתם הביתה היתה פתוחה.

65. המשיבים, בהינף קולמוס ובאופן בלתי חוקי, מנעו זאת מהעותרות. פעם בהטבעת חותמת "מסורב" על בקשתם ופעם במשלוח מכתבים לבאי כוחן, בה עמדו על אופיה "העקשני" של העותרת.

66. הדין החל על פעולות המשיבים ברור וידוע, והמשיבים לא פעלו בגדרו. החלטת המשיבים פסולה הן בהיותה בלתי חוקית והן בשל פגיעתה הבלתי מידתית והבלתי סבירה בזכויותיהן של העותרות.

67. עתירה זו נתמכת, בין היתר, בייפוי כוח ובתצהיר עליהם חתמה העותרת בפני עורך דין ברמאללה, ושנשלחו לח"מ בתיאום טלפוני. בשל הקושי בקיום מפגשים בין עורכי דין ישראלים לבין העותרת, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל מסמכים אלה.

68. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש, ולאחר קבלת תגובת המשיבים, להופכו למוחלט.

נעם פלג, עו"ד
ב"כ העותרות

31.3.20083

כד' באדר ב', התשס"ח