

בעניין:

1. קבלאן, ת.ז. תושבת הרשות הפלסטינית
2. קבלאן, ת.ז. קטין, באמצעות אמו, העותרת 1
3. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.**

ע"י ב"כ עוה"ד עידו בלום (מ.ר. 44538) ו/או יוסי וולפסון (מ.ר. 26174) ו/או עביר ג'ובראן (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)

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 -

מפקד כוחות הצבא בשטחים הכבושים

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם:

- א. מדוע לא ינפיק לעותרת 1 ולבנה הקטן, העותר 2, היתרי כניסה לישראל לצורך מעברם מקלקיליה שבגדה המערבית לרצועת עזה, שם נמצא אבי המשפחה, חולה הכליות.
- ב. מדוע לא יימנע מהתניית מעברם של העותרים בהתחייבות שלא לשוב עוד לגדה המערבית.
- ג. מדוע לא יחדל ממדיניות הפעלת לחץ על פלסטינים מהגדה המערבית, לעבור להתגורר דרך קבע ברצועת עזה, ובכלל זאת מדוע לא יימנע מהתניית מעברם של פלסטינים מהגדה המערבית לרצועת עזה בהתחייבות שלא לשוב עוד לגדה.

בקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה, נוכח נסיבותיה ההומניטאריות הברורות, והנתק הכפוי על בני המשפחה מזה כשנה תמימה. בעלה של העותרת הוא חולה כליות, וממתין להשתלת כליה, אך על אף הנסיבות הקשות מתנה המשיב את מעברה של העותרת **בהתחייבות מצדה שלא תשוב עוד לעולם לביתה שבגדה.**

הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**) היא פלסטינית, תושבת קלקיליה שבגדה המערבית. העותרת נשואה מאז שנת 2002 למר _____ קבלאן (ת.ז. _____), המתגורר כיום ברצועת עזה, לאחר שהורחק לשם בכפייה בשנת 2005. עוד על כך בהמשך.
2. העותר 2 הוא בנם בן השלוש וחצי.
3. העותר 3 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) הוא ארגון זכויות אדם שמושב בירושלים.
4. המשיב הוא המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מארבעים שנה. המשיב הוא בעל הסמכות להתיר את מעברם של פלסטינים תושבי הגדה בישראל, לצורך מעברם לרצועת עזה.

התשתית העובדתית

המדיניות החד-כיוונית בין עזה לגדה והניסיון לנצל את מצוקתם של פלסטינים מהגדה על מנת לסלקם "בהסכמה" מהגדה לעזה

5. בעת האחרונה הגיעו למוקד להגנת הפרט פניות של פלסטינים מהגדה המערבית, אשר מבקשים לעבור לרצועת עזה מסיבות שונות – ביקור בני זוגם או ילדיהם, ביקור בני משפחה חולים ועוד.
- בכל המקרים קיבלו הפונים מן המשיב תשובה דומה: **מעברם יותר אך ורק אם יתחייבו שלא ישובו עוד לעולם לגדה.**
6. מקרים אלו מגלים מדיניות חדשה הננקטת על ידי המשיב: **מדיניות של הפעלת לחץ על פלסטינים מהגדה לעבור להתגורר ברצועת עזה, באמצעות ניצול מצוקתם על מנת לסחוט מהם "התחייבויות" שלא לשוב עוד לביתם שבגדה.**
7. במקרים דומים, טען המשיב כי ההתניה בדבר מעבר "חד-פעמי" נובעת מהקושי הכרוך, לכאורה, בהתרת המעבר הלך ושוב בין רצועת עזה לגדה. אולם מדיניות המשיב ביחס למעבר ההפוך – מעזה לגדה – מבהירה את מופרכותה של טענה זו:
- בכל הנוגע למעבר בכיוון ההפוך, דהיינו מרצועת עזה לגדה המערבית, מדיניות המשיב היא הפוכה לחלוטין: **פלסטיני המבקש לעבור מעזה לגדה נדרש להתחייב לשוב מיז עם תום הביקור לרצועת עזה, ולעיתים אף להפקיד סכומי כסף גדולים כערובה לחזרתו המיידית.**

8. כך, למשל, בעתירה שעניינה מעברה של פלסטינית מרצועת עזה לגדה המערבית עם הוריה, לשם השתתפות בחתונתה-שלה, הודיע המשיב כי:

המשיבים... אינם מתנגדים, לפני משורת הדין, לאפשר את מעברם של העותרים 1-3 מרצועת עזה לאיו"ש לצורך השתתפותם בטקס הכלולות של העותרת 1, וזאת בתנאי שיתחייבו – כולם – לשוב לרצועת עזה עם תום הטקס ובכפוף להפקדת ערובה בסך 20,000 ש"ח מטעם, לשם הבטחת חזרתם כאמור.

(בג"ץ 3592/08 **חמידאת נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, תגובה מקדמית מטעם המשיבים מיום 5.5.08, בפסקה 27).

הודעות דומות התקבלו במקרים נוספים, למשל בבג"ץ 2430/08 **אבו גאלי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית** ובג"ץ 2905/08 **אבו שנאר נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית** (העתירות עודן תלויות ועומדות בפני בית המשפט).

9. הנה כי כן, כאשר מדובר במי שמבקש לעבור מהגדה לרצועה, דורש המשיב התחייבות **שלא ישוב עוד לעולם** ואילו כאשר מדובר במי שמבקש לעבור בכיוון ההפוך – מהרצועה לגדה, דורש המשיב התחייבות **שישוב מיד**.

10. מדיניות זו מצטרפת למדיניות נוספת: מדיניות הרחקתם הכפויה מהגדה של פלסטינים אשר כתובתם רשומה ברצועת עזה – בלא קשר למקום מגוריהם האמיתי ותוך התעלמות מהעובדה שחיו בגדה שנים רבות ומכך כי ישראל היא המונעת מהם לעדכן את כתובתם הרשומה בהתאם לכתובתם האמיתית. כך קרה גם לבעלה של העותרת.

(ראו בעניין זה למשל: בג"ץ 3555/05 **נבאהין נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, בג"ץ 5463/06 **אפנדי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, בג"ץ 9386/07 **פיראני נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**). בכל המקרים דובר בפלסטינים מהגדה המערבית, אשר בשל כתובתם הרשומה גורשו מהגדה לרצועת עזה, או שנמנעה חזרתם משם. רק בעקבות העתירות התיר המשיב את שובם של העותרים לבתיהם בגדה, והעתירות נמחקו).

11. בכך הפך המשיב את המעבר בין עזה לגדה ל"שסתום חד כיווני", כשהמגמה ברורה: הפעלת לחץ וניסיון לכפות מעבר קבע של פלסטינים בכיוון אחד – החוצה מהגדה המערבית ולתוך רצועת עזה הסגורה והמסוגרת.

עניינם הפרטני של העותרים

גירושו של בעלה של העותרת לרצועת עזה

12. בעלה של העותרת, מר _____ קבלאן, הוא יליד עזה. בשנת 1998, כאשר פעל עוד המעבר הבטוח בין עזה לגדה בהתאם להסכם הביניים, עבר העותר עם הוריו ובני משפחה נוספים מעזה לקלקיליה. מאז, ניהל את חייו בקלקיליה. שם עבד, שם למד, שם הכיר את העותרת, שם נישאו ושם גם נולד בנם.

13. בשלב מסויים מר קבלאן פנה למשרד הפנים הפלסטיני בבקשה לעדכן את מענו הרשום לכתובתו הנכונה שבקלקיליה, אולם שם נמסר לו כי בשל הקפאה שמטילה ישראל על שינוי המען הרשום, לא ניתן לעשות זאת.

14. ב-20.5.05 שהה בעלה של העותרת בישוב טירה, בתחום מדינת ישראל. הוא ביקש להתפרנס ולפרנס את משפחתו. בשעות הבוקר נתקל בסיוור של שוטרים. הוא נלקח לתחנת המשטרה, והשוטרים ביקשו ממנו את תעודת הזהות. כשראו שהוא פלסטיני ביקשו להרחיקו מיידית לשטחים. לאור העובדה כי מענו הרשום הוא עזה ביקשו השוטרים להרחיקו מיידית לעזה.

השוטרים התעלמו לחלוטין מטענותיו של העותר בדבר מקום מגוריו ומבקשתו להיות מורחק לביתו שבקלקיליה ולא לעזה.

אין ספק כי השוטרים ידעו על מקום מגוריו האמיתי. הוא אף הסביר לשוטרים איך הגיע מהגדה ואיך יחזור לגדה והפציר בשוטרים כי יתירו לו לשוב לביתו שבקלקיליה. חרף הפצרותיו, החליטו השוטרים להרחיקו לעזה.

כעבור יומיים הוא נלקח לעזה, ומצא עצמו לכוד ברצועה, הרחק ממשפחתו וללא יכולת לחזור לביתו.

מיד לאחר גירושו לרצועה החל בניסיונות לשוב לגדה, אך נסיונותיו עלו בתוהו, והוא עודנו מתגורר בעזה.

15. בעלה של העותרת סובל מזה כשמונה שנים מאי-תפקוד כליות. מאז שגורש לרצועה הלך מצבו והידרדר, והוא נאלץ לעבור טיפולי דיאליזה תכופים. בחודש פברואר האחרון החמיר מצבו עוד יותר והוא אושפז בבית חולים ברצועה, שם קבעו הרופאים כי עליו לעבור השתלת כליה בהקדם.

העתק מסמך רפואי מצורף ומסומן ע/1.

ביקוריה הקודמים של העותרת אצל בעלה

16. לאחר שהעותרת הבינה כי המשיב לא יאפשר בנקל את שובו הביתה של בעלה, הגישה בקשה לבקרו ברצועה. בחודש אוקטובר 2005 עברה העותרת דרך ישראל לרצועה בהיתר מטעם המשיב, שהתה שם עם בעלה החולה במשך ארבעה חודשים, סעדה אותו וסייעה לו, ושבה לביתם שבקלקיליה.

בחודש ספטמבר 2006 ביקשה העותרת מהמשיב – וקיבלה – היתר נוסף לצורך מעברה לביקור בעלה ברצועה. הפעם שהתה שם העותרת כתשעה חודשים, בסיומם חזרה לקלקיליה.

מיצוי ההליכים

17. ביום 24.12.07 הגישה העותרת במת"ק הפלסטיני בקלקיליה בקשה לקבלת היתר כניסה לישראל, לשם מעברה מן הגדה לרצועה לביקור בעלה החולה. מהמת"ק נמסר לה כי הצד הישראלי הודיע כי **בקשתה תאושר רק אם תתחייב שלא לשוב עוד לביתה שבגדה**.

מובן כי העותרת לא יכולה היתה לקבל תנאי מקומם זה, ומסוף חודש דצמבר 2007 ועד סוף חודש מרץ 2008 שבה והגישה ארבע בקשות נוספות, בתקווה כי התשובה תשתנה. אך התשובה נותרה בעינה: **בקשתה תסורב, אלא אם תעזוב את ביתה לצמיתות ותתחייב שלא לשוב עוד**.

18. העותרת פנתה למת"ק הפלסטיני וביקשה מסמך כתוב בדבר תשובת הצד הישראלי. מהמת"ק נמסר לה טופס התשובה הישראלי. מדובר במסמך הנושא את הכותרת 'דו"ח מסורבים', מעוטר בפרחים ואיורים, ובו נכתב כי:

ככלל אין ביקורים לעזה ובמקרה דנן המבקשת הינה תושבת קלקיליה הנשואה לתושב עזה ומבקשת להכנס ולבקרו עקב מצבו. עקב חוסר הרשאה למטרה זו לא תאושר בקשתה.

ניתן לאשר היתר חד כיווני וחד פעמי לעזה, זאת במידה ותחליט להישאר ולחיות עם בעלה בעזה. לשם כך עליה לשנות את כתובתה לעזה ו/או להמציא התחייבות... פלס' כי ברצונה לחזור לעזה, לחיות שם, ולא לשוב לאיו"ש. [ההדגשה הוספה; ע.ב.].

העתק 'דו"ח המסורבים' מצורף ומסומן ע/2.

19. כאמור, אין זה המקרה היחיד בו נתקל המוקד להגנת הפרט במדיניות פסולה זו של המשיב. גם פלסטינים אחרים במצבה של העותרת, אשר ביקשו לעבור לבני-זוגם או ילדיהם ברצועת עזה, קיבלו תשובה דומה. (ראו, למשל, בג"ץ 6180/08 אמאם נ' מפקד כוחות הצבא בשטחים הכבושים (תלוי ועומד בפני בית המשפט)).

20. הנה כי כן, הדברים מפורשים וברורים: אין זה משנה כמה פעמים תשוב ותפנה העותרת למת"ק או לכל גורם אחר. הדרך היחידה בה יסכים המשיב להתיר לה ולבנה הקטן לשוב ולראות את בעלה, היא אם תואיל לארוז את חפציה ולהסתלק לצמיתות משטח הגדה המערבית.

21. ביום 22.5.08 פנה המוקד להגנת הפרט ליועמ"ש המשיב, בדרישה לחדול מן ההתניה הפסולה, לפיה על פלסטיני המבקש לעבור מהגדה לרצועה להתחייב להשאר ברצועה לצמיתות ולא לשוב עוד לביתו.

העתקים מן המכתב נשלחו לאלוף פיקוד המרכז, למתאם הפעולות בשטחים, ליועץ המשפטי לממשלה ולפרקליטות המדינה ונכתב בו, בין השאר, כי:

במקום להקל על סבלה [של העותרת], ולאפשר לה לבקר את בעלה, או לחלופין לאפשר לבעלה לבקר אותה, מערימה המערכת הצבאית קשיים ניכרים על מרשתי, ואף מנצלת את מצוקתה ומפעילה עליה לחץ רגשי, כדי שתעזוב את ביתה ותעבור להתגורר ברצועה. הצבת תנאי כזה הינה התניה בלתי סבירה ואף פסולה.

הזכות לחיי משפחה הינה זכות עליונה ומוגנת הן במשפט הישראלי והן במשפט הבינלאומי. חובתו של המפקד הצבאי היא להגן על זכויותיה של מרשתי. במקום זאת אנו רואים שימוש לרעה בסמכות, ואף ניסיון פסול להרחקת פלסטינים מהגדה, זאת בניגוד לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

העתק המכתב מיום 22.5.08 מצורף ומסומן ע/3.

עד מועד הגשת העתירה לא התקבל כל מענה למכתב.

הטיעון המשפטי

סמכויותיו וחובותיו של המפקד הצבאי

22. הנחת היסוד הינה כי סמכויות המפקד הצבאי הן זמניות מעצם מהותן. המפקד הצבאי אינו ריבון, אלא שליט זמני מכוח דיני המלחמה, וככזה הוא אינו רשאי לפעול ליצירת שינויים מהותיים בשטח הכבוש, אלא אם מדובר בפעולות לטובת האוכלוסייה המוגנת. בכלל זה, המפקד הצבאי אינו רשאי להוביל שינויים חקיקתיים, כלכליים – ובמיוחד דמוגרפיים.

וראו:

בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4) 785, 792 (1983);
 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 833-834 (2004);
 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481, 519 (2005);
 בג"ץ 351/80 חברת החשמל מחוז ירושלים נ' שר האנרגיה, פ"ד לה(2) 673, 692 (1981).

23. שיקול דעתו של המפקד הצבאי צר ומוגבל בין שני "קטבים מגנטיים": טובת האוכלוסייה מחד ושיקולי ביטחון מאידך:

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 צרכי הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב.

(בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4) 785, 793 (1983).

24. למעשה, על המפקד הצבאי מוטלת חובה אקטיבית לפעול להבטחת הסדר והחיים הציבוריים, ולדאוג לזכויותיהם של תושבי השטחים:

בתחום האחרון מופקד מפקד האיזור לא רק על שמירת הסדר והבטחון 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.

(בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח(3) 456, 443 (2004).

האיסור החמור על העברת-כפייה

25. סעיף 49 לאמנת ז'נבה אוסר באורח חמור על העברות-כפייה של אזרחים מוגנים:

Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive.

26. האיסור על העברה בכפייה הוא מהחמורים שבאמנה. הפרתו נחשבת להפרה חמורה, לפי סעיף 147 לאמנה. משמעות הדבר היא, שמי שביצע או ציווה לבצע העברה בכפייה של מוגנים נושא באחריות פלילית אישית בינלאומית למעשיו, וכל אחד מבעלי האמנה מחויב לחפש ולהעמיד לדין כל אדם כזה, ללא התחשבות באזרחותו.

27. המלומד Roch, במאמרו על העברות-הכפייה אשר בוצעו ביוגוסלביה, מדגיש כי **האיסור מתייחס לכל העברה של קבוצות או יחידים מביתם בניגוד לרצונם – בין בכוח, ובין באמצעי לחץ וכפייה אחרים:**

Forced displacement takes one of two forms. In its direct form an occupying force may merely round up specific groups of individuals, transport them to their nation's border and force them across. However, other, equally blatant methods, such as "voluntary" resettlement, are also carried out.

[...]

Regardless of which method the perpetrator chooses, the effect is the same: individuals or groups of individuals are removed from their homes and *Heimatslaander* against their own free will.

(Michael P. Roch, *Forced Displacement in the Former Yugoslavia: A Crime Under International Law?*, 14 DICKINSON JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 6, 18 (1995-1996)).

28. גם בחוקת בית-הדין הפלילי הבינלאומי נקבעו גירוש והעברת-כפייה כפשע מלחמה, שבית-הדין מוסמך לדון בו (סעיף 8(a)(vii)). העברת-כפייה מהווה גם פשע נגד האנושות לפי חוקת בית-הדין, וזאת כאשר היא נעשית במסגרת מדיניות שיטתית. בהקשר זה היא הוגדרה שם (בסעיף 7(d)(2)): כ:

Forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law.

29. הטריבונל הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר (ICTY), בדונו בעניין מילושביץ, הבהיר כי כשמדובר בהעברת-כפייה או גירוש השאלה היא האם סביר היה לצפות שכתוצאה מפעולות הנאשם יעזוב אותו אדם את ביתו:

In relation to forcible transfer or deportation there must be evidence of an intent to transfer the victim from his home or community; it must be established that the perpetrator either directly intended that the victim would leave *or that it was reasonably foreseeable that this would occur as a consequence of his action.*

(Payam Akhavan, *Reconciling crimes against humanity with the laws of war: human rights, armed conflict, and the limits of progressive jurisprudence*, JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 2008, 21)

30. הדברים חדים וברורים: המשיב אינו רשאי לפעול לשינויים דמוגרפיים בשטח הכבוש. המשיב אינו רשאי להפעיל לחץ בדרך כלשהי על פלסטינים לעזוב את בתיהם בגדה המערבית ולעבור להתגורר ברצועת עזה – או בכל מקום אחר.

התנהלות כזו עומדת בהתנגשות חזיתית עם חובותיו וסמכויותיו כמפקד צבאי בשטח כבוש, ומנוגדת לאיסורים החמורים ביותר במשפט הישראלי והבינלאומי.

מדיניות המשיב פוגעת קשות בזכויות העותרים

הזכות לחיי משפחה

31. הזכות לחיי משפחה, הכוללת את הזכות של הורים וילדים, סבים ונכדים ואחים לשמור על קשריהם המשפחתיים, היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. כנגד זכות זו מוטלת על המשיב החובה לכבד את התא המשפחתי.

32. 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.

33. וכבר נפסק כי:

ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות.
(בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 728, 787 (1999)).

ר' עוד: 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; סעיף 27 לאמנת גינבה הרביעית.

34. בית המשפט העליון 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, כותב הנשיא 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.

35. המשיב פוגע קשות בזכותם של העותרים ומשפחתם לחיי משפחה, בכך שהוא מציב תנאים דרקוניים כדי לאפשר להם לשמור על התא המשפחתי. אך החמור מכל הוא, שהמשיב מנצל את חיי המשפחה של העותרים ואת הקושי העצום הכרוך בפיצול המשפחה, על מנת ללחוץ על המשפחה כולה לעזוב את הגדה ולעבור להתגורר ברצועת עזה.

טובת הילד

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

37. בפסיקה הודגש לא אחת, כי כאשר דנים בטובת הילד יש לתת משקל רב ביותר לשיקול זה. עקרון טובת הילד הינו שיקול נוסף שעל המשיב להתחשב בו עת הוא דן בבקשתה של העותרת.

חשובים לענייננו דבריו של כב' השופט זילברג :

מבחן טובת הילדים הוא עקרון שאין למעלה הימנו... הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר. כי משהתרומם המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית - ובתפיסה מודרנית זו נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים - כי הילד אינו "אובייקט" של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים, אלא הוא עצמו "סובייקט", הוא גופו "בעל-דין", בשאלה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף מסיבות שהוא.

(ע"א 209/54 שטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ט(1) 241, 251 (1955)).

על עקרון טובת הילד ראו גם :

בג"ץ 40/63 לורנץ נ' ראש ההוצל"פ, פ"ד יז(3) 1709, 1717 (1963);

ע"א 549/75 פלונים נ' היועץ המשפטי, פ"ד ל(1) 465, 459 (1975);

ע"א 2266/93 פלונים נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221, 271-272 (1995).

38. טובת הילד הינה לגדול במחיצת אביו ואמו, במסגרת תא משפחתי יציב ככל האפשר. נתק ממושך מאחד ההורים מהווה חוויה טראומטית, המותירה צלקת בנפשם הרכה של ילדים. ככל שחולף הזמן הנזק שנגרם לבנם הפעוט של העותרת ובעלה הולך ומחמיר, עד שהוא עלול להיות בלתי הפיך. המשיב אינו רשאי להפוך את הנתק הקשה בין הבן הפעוט לאביו החולה לאמצעי לחץ, בכדי לכפות על העותרת לעזוב את ביתה ולעבור להתגורר בעזה.

הזכות לכבוד ולחופש תנועה

39. לפלסטינים תושבי הרשות הפלסטינית הזכות לחופש תנועה בין חלקי ארצם, ובכלל זה בין רצועת עזה לגדה המערבית, משום היותם יחידה טריטוריאלית אחת.

ראו לעניין הכרת מדינת ישראל ברצועת עזה והגדה כיחידה טריטוריאלית אחת :

סעי' 5 ל"הצהרת העקרונות" מיום 13.9.93, החתומה על ידי ישראל ואש"ף ;

סעי' 23(6) להסכם עזה יריחו, "הסכם קהיר", שנחתם על ידי ישראל ביום 4.5.94 ;

סעי' 11(1) להסכם הביניים, שנחתם על ידי ישראל בבית הלבן ביום 28.9.95 ;

סעי' 1(2) לנספח הראשון בהסכם הביניים, סידורי ביטחון ;

המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (מנשר מס' 7) ;

הסכם המעברים בין מדינת ישראל לרשות הפלסטינית מיום 15.11.05 ;

בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2002(3), 1021 (2002).

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

ראו לעניין הזכות לחופש תנועה :

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

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

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

41. 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 שמייחסים לזכות לחופש התנועה.

42. כאשר מגבילים אדם מלנוע דרך קבע לשטחים אינטגרליים נרחבים 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.

43. 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.

44. 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.

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

45. אורח חייהם של העותרים, כבודם, זכותם לפרטיות ולאוטונומיה נפגעו באופן קשה כתוצאה מהחלטת המשיב לא לאפשר את מעברם לעזה דרך ישראל.

46. המשיב פוגע באופן קיצוני ופסול בחופש התנועה של העותרים - בכך שהוא מנצל את העובדה שהעותרים נדרשים לעבור דרך ישראל על מנת להגביל את חופש התנועה שלהם בין חלקי ארצם, ובכך שהוא מנצל את שליטתו המוחלטת בתנועה בין הגדה לרצועת עזה על מנת "לעודד" - באמצעי לחץ - את תנועתם של פלסטינים בכיוון אחד: מהגדה לתוך רצועת עזה.

סיכום של דברים

47. כל שמבקשת העותרת הוא לעבור יחד עם בנה דרך ישראל, ולשוב לראות את בעלה החולה ברצועת עזה. למשיב אין כל טענה ביטחונית כלפי העותרת והוא אף נכון להתיר את המעבר, אך הוא מנצל את מצוקת המשפחה ואת התלות המוחלטת שלה בו למימוש חיי המשפחה, בכדי לחייב את העותרת - כמו גם פלסטינים אחרים במצבה - להסתלק לצמיתות מן הגדה המערבית.

מדיניות כזו פסולה מכל וכל, חורגת מכל מתחם של סבירות ומידתיות, מתנגשת חזיתית עם האיסורים החמורים ביותר על פי המשפט הבינלאומי וסותרת את מהות תפקידו של המשיב כמפקד השטח הכבוש.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד בגדה המערבית ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הוא ניתן בפקס, 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 המשיב, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

עידו בלום, עו"ד
ב"כ העותרים

24 ביולי, 2008

(ת.ש. 55519)