

בעניין:

1. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר)
 2. גישה - מרכז לשמירה על הזכות לנוע (ע"ר)
 3. האגודה לזכויות האזרח בישראל
 4. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל
 5. ארגון אלדמיר לזכויות אדם
 6. אדמיר – ארגון לעניין אסירים וזכויות אדם, ראמללה
 7. יש דין - ארגון מתנדבים לזכויות אדם
 8. מרכז אלמיזאן לזכויות אדם
 9. מרכז ירושלים לסיוע משפטי וזכויות אדם
 10. מרכז עזה לבריאות הנפש
 11. המרכז הפלסטיני לזכויות אדם
 12. רופאים לזכויות אדם - ישראל
 13. שומרי משפט - רבנים למען זכויות אדם
- ע"י ב"כ עוה"ד עידו בלום (מ"ר 44538) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או ליאורה בכור (מ"ר 50217) ו/או אלעד כהנא (מ"ר 49009)

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 איזור הגדה המערבית
2. מפקד איזור רצועת עזה
3. מתאם פעולות הממשלה בשטחים
4. שר הפנים
5. שר הביטחון
6. סגן שר הביטחון
7. מדינת ישראל

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המורה למשיבים לבוא ולתת טעם:

- א. מדוע לא יבטלו את "נוהל טיפול בבקשות השתקעות תושבי רצועת עזה באיו"ש", המנוגד לדין, הן במהותו והן בפרוצדורה אותה הוא קובע;
- ב. מדוע לא יישמו בפועל את זכותם של תושבי השטחים הכבושים לחיי משפחה, ויקבעו כי קשרי משפחה – ובמיוחד קשרי משפחה בין בני-זוג ובין ילדים להוריהם – מהווים נימוק המצדיק התרת מעבר מרצועת עזה לגדה המערבית, לשם קיום חיי משפחה משותפים;
- ג. מדוע לא יטפלו בכל בקשה למעבר מרצועת עזה לגדה המערבית המועברת לידיהם, בלא תלות בזהותו או בתפקידו הפוליטי של מעביר הבקשה.

תוכן העניינים

3	מבוא
4	הצדדים
5	פרק א': הנוהל החדש
5	העתירות במסגרתן נתקבל הנוהל החדש
6	איחוד עתירות המעבר מעזה לגדה עם עתירות נוספות
7	הנוהל החדש והוראותיו
10	החלת הנוהל החדש ופניות העותרים
11	פרק ב': רקע – הסדרי התנועה בין רצועת עזה לגדה המערבית
11	הגדה המערבית ורצועת עזה כ"שטחים סגורים"
12	הסכם הביניים והסדר המעבר הבטוח
14	תוכנית ה"התנתקות"
17	הנפקתם הפתאומית של "היתרי שהייה" לפלסטינים בגדה – בלא כל שינוי חוקי, בלא עיגון ובלא פרסום
17	פרק ג': הטיעון המשפטי
18	פרק ג1: הנורמות המחייבות את המפקד הצבאי
19	חובות המפקד הצבאי לאור מעמדה המשפטי של רצועת עזה
21	פרק ג2: הפגיעה הגורפת בזכויות יסוד
21	(i) הזכות לחיי משפחה והלכת עדאלה
21	עניין עדאלה והאיסור על מעבר מעזה לגדה – ההבדלים
22	הלכת עדאלה – הזכות לחיי משפחה במקום המגורים
25	(ii) החובה לדאוג לטובתם של חסרי ישע: ילדים, קשישים וחולים
27	(iii) הזכות לחופש תנועה וזכות המעבר בין עזה לגדה
28	הזכות לחופש תנועה
29	זכות המעבר בראי המשפט הבינלאומי
33	פרק ג3: הפרת חובות המפקד הצבאי וחריגה קיצונית מסמכות
33	שיתוק החיים התקינים
33	הפקעת הזכות לחיי משפחה
35	פגיעה מכוונת באוכלוסייה אזרחית מתוך שיקולים זרים ופסולים
37	הפרת האיסור על ענישה קולקטיבית
37	אפליה פסולה
38	חריגה קיצונית מעקרון המידתיות
39	תכליתו של הנוהל ומבחן המידתיות הראשון
40	מבחן המידתיות השני
41	מבחן המידתיות השלישי ופגיעה גורפת בזכויות
43	סיכומם של דברים

מבוא

1. עתירה זו עוסקת בסוגייה עקרונית, אשר יש לה השלכה ישירה על חייהן של משפחות רבות, והיא מוגשת כהמשך ישיר לעתירות הפרטניות שהוגשו בסוגיה זו, כפי שיתואר בהמשך.
2. עניינה של עתירה זו בבני-משפחה, המבקשים לנהל חיי-אנוש נורמטיביים: חיים של זוגיות, פרנסה וגידול ילדים. כולם הם פלסטינים, תושבי השטחים הכבושים, בעלי אותה נתינות, רשומים באותו מרשם אוכלוסין ומחזיקים באותן תעודות זהות. בן-משפחה אחד מתגורר בגדה המערבית. משנהו ברצועת עזה.
3. מזה מספר שנים חוסמים המשיבים את האפשרות בפני משפחות כאלו מלקיים חיי משפחה בגדה המערבית.
4. לאחרונה הגיעו הדברים לשיא שטרם היה כמותו, עם פרסומו של נוהל חדש, שכותרתו "נוהל טיפול בבקשות השתקעות תושבי רצועת עזה באיו"ש" (להלן: **הנוהל החדש**).
5. **הנוהל החדש קוטע, באבחת קולמוס אחת, את מרקם החיים של תושבי השטחים בין עזה לבין הגדה. הוא מבטל זה-פקטור את זכותם של פלסטינים לחיי משפחה, תוך שהוא קורע משפחות, מפריד בין בני זוג, בין הורים לילדים, בין סבים לנכדים – ומהווה, למעשה, את המסמר האחרון בארון הקבורה של החיבור בין עזה לגדה והיותן יחידה טריטוריאלית אחת (ועתידן, אולי, כמדינה פלסטינית אחת).**
6. מדיניות המשיבים, כפי שהיא משתקפת בנוהל החדש, מבוססת על העמדה, לפיה קשר משפחתי כשלעצמו אינו מהווה עניין "הומניטארי" ואינו מצדיק את התרת כניסתם לגדה המערבית של תושבים פלסטינים, אשר מקום מגוריהם הרשום במרשם האוכלוסין הינו ברצועת עזה (אף אם המעבר אינו כרוך כלל בכניסה לישראל). למותר לציין כי מדובר בעמדה ובהגדרה של המושג "הומניטארי" המנוגדות לחלוטין לדין ההומניטארי עצמו.
7. הנוהל החדש מפרט סדרת דרישות, תנאים וקריטריונים, להתרת המעבר מרצועת עזה לגדה המערבית. הלכה למעשה, מציב הנוהל החדש שורת חסמים ומכשולים – הן בירוקרטיים והן מהותיים – בלתי עבירים כמעט, אשר מרוקנים מתוכן את האפשרות לקבלת היתר מעבר ובכך עוקרים מן היסוד את הזכות לחיי משפחה.
8. למעשה, הנוהל החדש הוא כה מחמיר וקיצוני, עד כי באופן אבסורדי, קל יותר כיום לנתין מדינה זרה לחיות עם בן משפחתו הפלסטיני בגדה המערבית – ואף לקבל לשם כך את אישור ישראל לקבלת מעמד קבע של תושב השטחים הכבושים – מאשר לפלסטיני, שהוא תושב השטחים מיום שנולד, שכתובתו הרשומה ברצועת עזה, לחיות עם בן משפחתו בגדה (בשנים האחרונות אישרה ישראל מתן מעמד קבע לעשרות אלפי זרים בנסיבות אלה. ראו, למשל, בג"ץ 5813/07 **צואפטה נ' מדינת ישראל** (לא פורסם; החלטה מיום 10.12.08)).

9. זאת ועוד, הנוהל אינו אלא חלק ממדיניות של מעבר חד-כיווני בין הגדה לרצועת עזה, המאפשרת מעבר בכיוון אחד בלבד: מעבר לצמיתות מהגדה לעזה. ישראל מפעילה לחץ כבד על פלסטינים מהגדה המערבית לעזוב את בתיהם לעד ולעבור להתגורר דרך קבע ברצועת עזה, כתנאי למימוש זכותם לחיי משפחה.

10. ברקע העתירה ניצב פסק-דינו של בית-משפט נכבד זה בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים (להלן: עניין עדאלה). כפי שייטען בפרוטרוט בהמשך, לאחר פסק-דין זה, לא ניתן לטעון, כי לעותרים לא עומדת הזכות למימוש זכות היסוד שלהם לחיי משפחה בגדה המערבית.

11. בפרק א' יתואר הנוהל החדש והכללים הקבועים בו; פרק ב' יציג סקירה של הסדרי התנועה בין רצועת עזה לגדה המערבית מבחינה חוקית ומעשית, מאז כיבוש השטחים ועד היום; בפרק ג' יובא הטיעון המשפטי, המוכיח כי הנוהל החדש מהווה חריגה קיצונית מכללי הדין הבינלאומי, הדין הישראלי, פסיקת בית המשפט והחקיקה הצבאית.

הצדדים

12. העותרים הם שלושה-עשר ארגוני זכויות אדם, ישראליים ופלסטיניים, הפועלים, בין היתר, כל אחד בדרכו, להגנה על זכויותיהם של תושבי השטחים הכבושים.

13. המשיב 1 הוא המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, מטעם המשיבה 7, מדינת ישראל, המחזיקה בשטחים תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מארבעים שנה. המשיב הוא בעל הסמכות להתיר את מעברם של פלסטינים אל הגדה המערבית וממנה.

14. המשיב 2 הוא המוסמך להתיר את מעברם בישראל של פלסטינים מרצועת עזה, על פי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 ומכוח הסמכת שר הפנים, המשיב 4 ובהסכמת שר הביטחון, המשיב 5 ("הסמכת מפקדי האזור" ו"הסמכה לתת היתר" מיום 19.1.09 (י"פ 5913 5.2.09, 2265)).

15. המשיב 3, מתאם פעולות הממשלה בשטחים, הוא האחראי מטעם המשיב 5, שר הביטחון, על יישום מדיניות ישראל בגדה המערבית וברצועת עזה, וממונה, בין היתר, על מינהלת התיאום והקישור לרצועת עזה. המשיב 3 הוא אשר קבע את הנוהל החדש.

16. המשיב 6, סגן שר הביטחון, הוא הממונה מטעם המשיב 5, שר הביטחון, על קביעת המדיניות הנוגעת למעבר בין רצועת עזה לגדה המערבית, והנוהל החדש נקבע בהתאם להנחיותיו.

פרק א': הנוהל החדש

העתירות במסגרתן נתקבל הנוהל החדש

17. במהלך שנת 2008 הגיש המוקד להגנת הפרט שלוש עתירות לבג"ץ, אשר הדיון בהן אוחד:
- בג"ץ 2905/08 אבו שנאר נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית;
 בג"ץ 3592/08 חמידאת נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית;
 ובג"ץ 3911/08 ברדויל נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית.
18. שלוש העתירות עסקו בנשים פלסטיניות, אשר ביקשו לעבור מרצועת עזה לגדה המערבית, על מנת להתגורר שם עם בני זוגן. בשלושת המקרים לא הציגו המשיבים כל מניעה ביטחונית ביחס למי מן העותרים.
19. בעניין אבו שנאר ובעניין חמידאת, דובר בנשים פלסטיניות מרצועת עזה, אשר ארוסיהן מתגוררים בגדה המערבית, אולם המשיבים סירבו לאפשר להן לעבור לגדה המערבית, על מנת שיוכלו להינשא לבחירי לבן ולחיות עמם.
- המשיבים, בתגובתם, לא הביאו כל הסבר ענייני או נימוק פרטני לסירוב, למעט אמירה כללית בדבר "מדיניות מצמצמת". עם זאת, הודיעו המשיבים כי יתירו לעותרות לעבור לגדה על מנת להינשא לבחירי לבן – אולם רק בתנאי שיפקידו ערובה בסך 20,000 ש"ח כדי להבטיח כי מייד עם תום טקס הנישואין, יעזבו את בעליהן הטריים וישובו לרצועת עזה.
- יצוין, כי שתי העתירות נמחקו לאחר שהעותרות עברו לגדה המערבית בנסיבות שאינן קשורות לעתירותיהן.
20. בעניין ברדויל, דובר באישה פלסטינית ושלושת ילדיה הקטנים, אשר ביקשו לעבור לגדה המערבית על מנת להתגורר עם אבי המשפחה, המתגורר בעיר רמאללה.
- המשיבים, בתגובתם, סירבו באופן מוחלט להתיר את המעבר. גם כאן לא הציגו כל הסבר ענייני פרטני לסירוב, למעט אמירה כללית בדבר החלטת ממשלת ישראל להטיל מגבלה על תנועת אנשים מהרצועה ואליה.
21. בעקבות הגשת העתירות, איחד בית המשפט הנכבד את הדיון בהן, ובהחלטתו מיום 11.6.08 (במסגרת בג"ץ 3592/08) הורה כי:
- לקראת מועד הדיון בשאלה העקרונית יגישו המשיבים תשובה המפרטת את הנוהל ביחס לבני זוג כאשר מדובר במי שחי בעזה ומבקש להתאחד עם בן זוגו באיו"ש ואת הנימוקים למדיניות שתגובש בנוהל.
22. ביום 8.12.08 התקיים דיון בעתירות, בסופו הורה בית המשפט הנכבד:

שמענו היום מפי נציגת המדינה כי מתגבש נוהל כתוב שיתייחס הן לדרך הגשת בקשת המעבר מרצועת עזה לאזור יהודה ושומרון והן לעניין קביעת הקריטריונים למתן ההיתר עצמו... הודעה מעדכנת תוגש לנו בתוך 90 ימים.

23. ביום 8.3.09 הגישו המשיבים הודעה מעדכנת מטעמם, אליה צורף הנוהל החדש שגובש, אשר נחתם באותו יום ממש, ונושא את הכותרת '**נוהל טיפול בבקשות השתקעות תושבי רצועת עזה באיו"ש**'. כפי שנראה להלן, בניגוד להנחית בית המשפט הנכבד, לפיה היה על המשיבים לפרט את הנוהל "ביחס לבני זוג כאשר מדובר במי שחי בעזה ומבקש להתאחד עם בן זוגו באיו"ש", הנוהל החדש קובע איסור מוחלט על איחוד שכזה בין בני זוג.

העתק הנוהל החדש, כפי שצורף להודעת המשיבים מיום 8.3.09, מצורף ומסומן ע/1.

24. יצוין שבמקביל לעתירה זו, מוגשת בקשה לתיקון עתירה ועתירה מתוקנת בעניין ברדויל, וזאת בין היתר בשל פרסום הנוהל וכן בשל שינוי בנסיבות העובדתיות.

25. מטבע הדברים, לאור העובדה שהנוהל החדש התגבש במסגרת אותן עתירות, הרי הוא לא היווה חלק מן הבסיס להן, ולא נתבקשו בהן סעדים הנוגעים לו, כפי שמתבקש בעתירה זו. למעשה, ניתן אף לומר, כי הנוהל החדש אינו רלבנטי כלל לאותן עתירות, שכן בעת שנבחנו בקשותיהן של העותרות לא היה נוהל זה בנמצא כלל ולא היווה חלק מהבסיס לבחינתן.

איחוד עתירות המעבר מעזה לגדה עם עתירות נוספות

26. בשלבים שונים, איחד בית המשפט את העתירות הנ"ל, עם שתי עתירות נוספות.

27. הראשונה היא בג"ץ 660/08 **עאמר נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, אשר מקורה בעתירת מעבר דומה לעתירות האמורות, אולם, כפי שיתואר מיד, עוסקת כיום בעניין שונה במהותו ובתכלית.

28. בעניין **עאמר**, הוגשה עתירה קודמת, דומה במהותה לעתירות המעבר הנ"ל (בג"ץ 2680/07). אולם, בשונה מעתירות המעבר, המשיבים התיירו את מעברה של העותרת לגדה המערבית במסגרת העתירה הקודמת, וזאת בהתאם להצעת בית המשפט אז, לפיה העותרת תוכל לשהות בגדה המערבית חודשיים ימים לאחר חתונתה, ובינתיים תפעל להסדרת המשך מגוריה שם.

בג"ץ 2680/07 נמחק בהסכמה, וסמוך לאחר מכן הוגש בג"ץ 660/08 הנ"ל, אשר אינו עוסק עוד בסוגיית מעברה של העותרת לגדה – שכן עצם מעברה של העותרת הוסכם והותר כבר כאמור, אלא עוסק בבקשת העותרת כי המשיבים יעדכנו את כתובתה הרשומה של העותרת במרשם האוכלוסין, בהתאם למקום מגוריה בפועל, ויאפשרו לה לחיות חיי משפחה רגילים בביתה. במסגרת בג"ץ 660/08 ניתן צו ארעי האוסר על הרחקת העותרת מן הגדה המערבית.

29. לאחרונה, אוחדה עם העתירות האמורות לעיל עתירה שנייה, בג"ץ 6685/09 **קהוג' נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**, אשר עוסקת בסוגיה משיקה, הדומה במידת מה לעניינה של עתירת **עאמר**: גירוש פלסטינים המתגוררים בגדה המערבית לרצועת עזה, תוך הסתמכות על

כך שכתובתם רשומה בעזה – על אף שהם מתגוררים זה מכבר בגדה המערבית (לעיתים מזה עשרות שנים ולעיתים אף נולדו שם). העותרים סבורים כי מן הבחינה החוקית, אין כל פגם בשהייתם בגדה וכי השתקעותם בה נעשתה בהתאם לדין כפי שהיה בעת מעברם, ועל כן גירושם מהווה לא פחות מהרחקת כפייה, אשר אסורה באיסור חמור על פי המשפט הבינלאומי.

30. על כן, בצמוד לעתירה זו, הוגשה בקשה להפריד את הדיון בין עתירה זו ועתירות המעבר מעזה לגדה - אשר עוסקות במדיניות מניעת המעבר מעזה לגדה בעת הנוכחית, כמשתקף בנוהל החדש - לבין עתירת **עאמר** ועתירת **קהוג'י**, אשר עוסקות במדיניות גירושם של פלסטינים המתגוררים בגדה המערבית לרצועת עזה, תוך הסתמכות על כתובתם הרשומה ברצועה, ותוך סירוב לעדכן את כתובותיהם בהעתק מרשם האוכלוסין שבידי ישראל.

הנוהל החדש והוראותיו

31. הנוהל החדש מונע, הלכה למעשה, באופן כמעט מוחלט, מפלסטינים מעזה לעבור להתגורר בגדה המערבית. הוא מציב שורת תנאים קשים, המהווים מכשול כמעט בלתי עביר לשם מעבר מרצועת עזה לגדה המערבית.

32. נקודת המוצא של הנוהל – **המנוגדת בתכלית לדין הישראלי והבינלאומי** – הינה כי **"קשרי משפחה כשלעצמם אינם עולים כדי נימוק הומניטארי"**. הנוהל מונע למעשה את המעבר לחלוטין, אלא במקרים של חולים כרוניים, ילדים יתומים וקשישים במצב סיעודי, אשר יש להם קרובי משפחה מדרגה ראשונה בגדה, ואשר הוכיחו כי אין כל בן משפחה אחר (קרוב או רחוק), אשר מסוגל לטפל בהם ברצועת עזה. בקשות של בני זוג להתאחד עם יקיריהם, בקשות של ילדים לחיות עם הוריהם, בקשות של סבים וסבתות לבלות את שנות זקנתם עם ילדיהם ונכדיהם – כלל לא תיבחנה!

33. על פי הנוהל, הגורם היחיד אשר מוסמך לבחון בקשות של פלסטינים המתגוררים ברצועת עזה ל"השתקעות" בגדה המערבית, הוא מתאם פעולות הממשלה בשטחים, הוא עצמו (ס' 6 לנוהל).

34. אולם הנוהל גם קובע ומכתיב מיהו הגורם הפנים-פלסטיני אשר "רשאי" להעביר בקשות ואשר מידיו בלבד יהא המשיב 3 מוכן לקבל בקשות (ס' 6 לנוהל).

למעשה, מדובר באדם ספציפי אחד ויחיד: **מנכ"ל המשרד לעניינים אזרחיים ברשות הפלסטינית, מר חוסין אל-שייח - המכהן גם כמזכ"ל תנועת הפת"ח בגדה המערבית.**

יצוין, כי מר אל-שייח ומשרדו נמצאים ופועלים **בגדה המערבית**, ולא ברצועת עזה (שם נמצאים המבקשים לעבור ולהגיש בקשות בעניינם).

הנוהל מבהיר כי בקשות שיועברו על ידי אדם אחר כלשהו לא תיבחנה כלל.

35. לאחר מכן מפרט הנוהל מספר **תנאים מקדימים** (ס' 8-9 לנוהל):
36. **התנאי המקדמי הראשון** הינו **היעדר מניעה ביטחונית**. אולם לא מדובר רק בהיעדר מניעה ביטחונית ביחס למגיש הבקשה (דהיינו, אותו ילד יתום, קשיש סיעודי או חולה כרוני) – אלא אף בהיעדר מניעה ביטחונית לגבי האדם איתו הוא מבקש לחיות. עולה מכך, למשל, כי בקשתו של ילד יתום מאב, לעבור לחיות עם אמו בגדה תסורב על הסף, אם קיימות טענות ביטחוניות כלשהן ביחס ל**אמו** (שלמעשה אינה מבקשת דבר, אלא שיותר לבנה לחיות עמה).
37. **התנאי המקדמי השני** הינו, שמדובר בבני משפחה מקירבה ראשונה של אדם, המתגורר בגדה ואשר כתובתו הרשומה הינה בגדה, "אשר בעניינם קיימות נסיבות הומניטאריות **אובייקטיביות**, בגינן הם אינם יכולים להמשיך להתגורר בעזה, **והמענה לצרכיהם ההומניטאריים מצוי אך ורק באיו"ש**".
38. כפי שניתן להיווכח, מדובר בתנאים מצומצמים ומגבילים באופן קיצוני, ואף קשה להעלות על הדעת כמעט שיש מי שאכן יעמדו בהם.

אולם הנוהל אינו עוצר כאן:

39. על פי הנוהל, אפילו באותם מקרים ספורים אשר יצליחו לעמוד, אולי, בתנאים המקדימים, רוב הסיכויים שהמעבר לגדה המערבית **לא יאושר**, שכן לאחר עמידה בתנאים המקדימים, נדרש המבקש להיכלל באחת מתוך שלוש הקבוצות הבאות בלבד (ס' 10 לנוהל):
- חולים כרוניים;
 - ילדים יתומים (מתחת לגיל 16);
 - קשישים סיעודיים (מעל גיל 65).
40. אולם אפילו בכך לא מסתיים התהליך. שכן, **גם בהשתייכות לאחת משלוש הקבוצות אין די**.
41. לפי הנוהל, אין די בכך שהפונה מבקש לחבור לבן משפחתו מדרגה ראשונה בגדה (אביו, אמו, ילדיו וכו') – **אלא עליו להוכיח גם כי אין ברצועת עזה כל בן משפחה אחר (מכל קירבה שהיא) אשר יכול לטפל בו או לקחתו תחת חסותו!**
42. לאור האמור, ננסה לתאר את האופן בו יחול הנוהל, למשל, על ילד אשר התייתם מאביו ברצועת עזה, ומבקש לעבור לחיות עם אמו, המתגוררת בגדה:
- ראשית, בהנחה שאותו ילד יצליח להעביר את בקשתו באפיק היחידי הקיים (המצומצם באופן המעורר תחושה קשה של שרירותיות), הרי לאחר מכן יצטרפו גם הוא – וגם אמו בגדה – לעבור בדיקה ביטחונית מקיפה.

אולם אפילו אם יעמדו בכל התנאים האמורים, גם אז לא יאושר מעברו של הילד היתום אל אמו – אלא אם נוכח כי אין ברצועת עזה אף בן משפחה אחר – קרוב או רחוק – אשר מסוגל לקחתו תחת חסותו.

43. בנוהל מצהירים המשיבים במפורש (בס' 10), כי בכוונתם אף לבחון את "טיב והיקף הקשר הקיים עם ההורה תושב איו"ש ביחס למידת, טיב והיקף הקשר עם קרובי משפחה אחרים בעזה!"

מובן, שיהא זה בלתי מתקבל על הדעת שקציני צבא יכריעו באמצעות נוהל - הקובע קריטריונים שרירותיים – את גורלם של ילדים ויקבעו קביעות בדבר טיבו של הקשר המשפחתי הטוב ביותר לילד יתום, תחום אשר לא בכדי שמור לעובדים סוציאליים, פסיכולוגים ופקידי סעד. אין זאת, כי מדובר בתנאי אשר עוקר מיסודו את מושג "טובת הילד".

לא זו בלבד. היות שהמשיבים מונעים מפלסטינים המתגוררים ברצועת עזה לבקר בגדה המערבית ולהיפך, מרבית הסיכויים שלאותו ילד יתום אכן יש קשרים הדוקים יותר עם בן דודו, המתגורר ברצועת עזה, מאשר עם אימו, המתגוררת בגדה המערבית, אותה לא ראה מזה תקופה ארוכה.

44. על פי הנוהל, גם מי שיעמוד בכל התנאים המקדימים, ובכל הדרישות והקריטריונים המצטברים – לא יהיה רשאי להתגורר עם בני משפחתו בגדה, אלא יקבל "היתרי שהייה" זמניים ומתחדשים במשך שבע שנים, בכפוף לבדיקות חוזרות ונשנות של עמידה בכל התנאים והקריטריונים (ס' 13 לנוהל).

45. רק לאחר שבע שנים, יישקל מתן "היתר" ל"השתקעות" בגדה ולשינוי המען הרשום בהעתק מרשם האוכלוסין הפלסטיני שבידי ישראל (ס' 15 לנוהל).

46. כפי שניתן לראות, הנוהל אוסר באופן גורף על המעבר מרצועת עזה לגדה המערבית, לרבות שלא דרך ישראל, תוך שהוא מבהיר כי בקשות אשר אינן עומדות מראש ברשימת הקריטריונים הבלתי אפשרית כמעט – לא ייבחנו כלל.

47. כפי שיתואר להלן, הנוהל מבקש, למעשה, לשנות באופן קיצוני את המצב החוקי והמשפטי הקיים, ולנתק לחלוטין את הקשר בין בני משפחה שחלקם ברצועת עזה וחלקם בגדה המערבית. מדובר בפגיעה מוחלטת כמעט בזכות לחיי משפחה, באופן העומד בניגוד גמור לחובותיהם של המשיבים, על פי הדין הישראלי והבינלאומי.

החלת הנוהל ופניות העותרים

48. ביום 14.9.09 פנה המוקד להגנת הפרט למשיב 3, וביקש לבטל לאלתר את הנוהל, המנוגד לדין – הן במהותו והן בפרוצדורה אותה הוא קובע – ולקבוע תחתיו נוהל חדש, התואם את הדין, המבוסס על היות הזכות לחיי משפחה זכות יסוד הומניטארית ראשונה במעלה, ואשר נקודת המוצא שלו הינה כי קשרי משפחה מהווים נימוק המצדיק את התרת המעבר מרצועת עזה לגדה המערבית.
49. העתק מן המכתב נשלח, בין היתר, לסגן שר הביטחון, היועץ המשפטי לממשלה, פרקליטות המדינה והפרקליט הצבאי הראשי.
- העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב 3 מצורף ומסומן ע/2.
50. קרוב לשלושה חודשים לא קרה דבר. רק ביום 3.12.09 נתקבלה תשובה לאקונית מקצין פניות הציבור של המשיב 3, אשר מודיע כי מכיוון שהוגשו "מספר עתירות לבג"צ בנושא הנוהל שבנדון, אשר תלויות ועומדות בימים אלה בפני בית המשפט העליון", הרי ש"המענה לטענות המועלות במכתבכם יינתן במסגרת העתירות האמורות, ואין מקום להרחיב בנושא בשלב זה".
- העתק תשובת קצין פניות הציבור של המשיב 3 מיום 3.12.09 מצורף ומסומן ע/3.
51. בינתיים החלו העותרים לפנות אל המשיבים גם במקרים פרטניים, אשר בכולם נתקבלה התשובה כי הבקשות "אינן עומדות בקריטריונים". יצוין, כי במקרים רבים נחסמו הפונים כבר בשלב הראשון, משלא עלה בידם להגיש בקשה במסלול המצומצם והאישי כל כך הקבוע בנוהל. אולם ממילא מובן כי אין כל משמעות לעצם העברת הבקשות, שכן גלוי וברור כי רובם המוחלט של המקרים אינם אף מתקרבים לעמוד בכללים הבלתי אפשריים שמכתיב הנוהל.
52. כך, למשל, סורבה בקשתו של מר מוחמד בסאינה לעבור מרצועת עזה לגדה, כדי שיוכל לערוך את טקס נישואיו ולחיות עם בחירת לבו בעיר מגוריה, חברון. הבקשה סורבה בנימוק לאקונוי כי "אינה עומדת בקריטריונים".
- העתק תשובת מת"ק עזה מיום 14.1.10 בעניינו של מר בסאינה מצורף ומסומן ע/4.
53. באופן דומה, סורבו בקשותיהן של גב' נארימן שדיד וגב' סוזי אבו שעבאן. שתיהן ביקשו לעבור לגדה על מנת להינשא לבחירי לבן, עמם חתמו כבר על חוזה נישואין.
- העתק תשובת מת"ק עזה מיום 13.12.09 בעניינה של גב' שדיד מצורף ומסומן ע/5.
- העתק תשובת מת"ק עזה מיום 26.1.10 בעניינה של גב' אבו שעבאן מצורף ומסומן ע/6.
54. גורל דומה נפל בחלקם של בני משפחת עביט: מר כמאל עביט, תושב טולכרם, מצא עצמו לכוד ברצועת עזה משך שש שנים, לאחר שהגיע לשם לבקר את אביו החולה, ונסיונותיו הרבים לשוב לביתו בטולכרם עלו בתוהו. בינתיים, חלף הזמן, ומר עביט נישא ברצועה לגב' בסמה עביט ונולדו להם שני ילדים. לאחרונה, לאחר נסיונות אינספור לפנות אליהם, ולאחר שנים בהן היה לכוד ברצועה, הודיע מת"ק עזה סוף סוף כי אושרה בקשתו של מר עביט לשוב

לביתו בטולכרם – אולם אשתו וילדיו לא יוכלו לעבור ולהתגורר עמו, זאת מאחר ש"אינם עומדים בקריטריונים". מאז ממתין מר עביט בביתו שבטולכרם לשווא לבוא אשתו וילדיו הקטנים.

העתק תשובת מת"ק עזה מיום 27.1.10 בעניינם של בני משפחת עביט מצורף ומסומן ע/7.

55. בדומה לכך, גם מר סאאד ששניה, אף הוא מטולכרם שבגדה המערבית, שנכנס בשנת 2006 לרצועת עזה כדי לבקר את אחותו החולה. מאז, במשך שלוש שנים, סירבו המשיבים לאפשר את חזרתו לביתו שבטולכרם. בתקופה זו נישא מר ששניה לרעייתו, גבי מהא ששניה, והשניים הביאו לעולם את בנם הפעוט אחמד. גם כאן, לאחר שלוש שנים, הותר סוף סוף למר ששניה לחזור לביתו שבגדה, אולם בקשתם של רעייתו ובנו להצטרף אליו סורבה, "משום שאינה עומדת בקריטריונים". כיום נמצא מר ששניה בביתו שבגדה, בעוד רעייתו ובנו הפעוט נמצאים ברצועה.

העתק תשובת מת"ק עזה מיום 25.2.10 בעניינם של בני משפחת ששניה מצורף ומסומן ע/8.

56. מקרים נוספים זכו לתשובות דומות – כך, אפילו, כאשר מדובר במי שכבר יצאו את הרצועה, ומבקשים עתה להיכנס לגדה מירדן:

57. גבי ופאא צופי נישאה ברצועת עזה למר צובחי צופי, שהגיע לרצועה מן הגדה המערבית. הם התגוררו יחד תקופת מה עם בנותיהם הקטנות ברצועת עזה, אולם לפני כשלוש שנים נאלץ מר צופי לשוב לגדה, בין היתר לצרכי עבודה ופרנסה. **מאז לא התראו זה עם זה**. לאחרונה הגיעה גבי צופי עם ארבע בנותיה לירדן, וביקשה להיכנס לגדה. אולם, **על אף שהמשפחה אינה מבקשת כלל לעבור דרך ישראל**, נמסר מיועמ"ש גדמ"ע, ביום 28.1.10, כי ככל שכניסת המשפחה לגדה מתבקשת לצורך "השתקעות", הרי שעליה לפעול בהתאם לנוהל "השתקעות תושבי עזה באיו"ש".

העתק תשובת יועמ"ש גדמ"ע מיום 28.1.10 בעניינה של גבי צופי, מצורף ומסומן ע/9.

פרק ב': רקע – הסדרי התנועה בין רצועת עזה לגדה המערבית

הגדה המערבית ורצועת עזה כ"שטחים סגורים"

58. בשנת 1967, לאחר כיבוש השטחים, הוכרזו הגדה המערבית ורצועת עזה כ"שטחים סגורים".

59. הכרזה זו **לא חייבה החזקת היתר בכתב דווקא, לא הבחינה בין כניסה לגדה לבין שהייה בה ולא כללה כל מגבלה על "השתקעות"** – הן על פי לשונה והן כפי שיושמה.

60. על כל פנים, במשך כעשרים שנה הייתה ההכרזה על הגדה כשטח סגור במובנים רבים לאות מתה, שכן עד שנת 1988 היו קיימים היתרים כלליים, אשר איפשרו תנועה חופשית בין השטחים הכבושים לבין ישראל (היתר כניסה כללי (תושבי אזורים מוחזקים) (מס' 5) (יהודה והשומרון), תשל"ב-1972 והיתר יציאה כללי (מס' 5) (יהודה והשומרון), תשל"ב-1972).

61. בשנת 1988, לאחר פרוץ האינתיפאדה, התלה המפקד הצבאי את ההיתרים הכלליים בהוראה בדבר התלית היתר כניסה כללי (תושבי אזורים מוחזקים) (מס' 5) (הוראת שעה) (יהודה והשומרון), התשמ"ח-1988 (להלן: **ההוראה בדבר התלית היתרים**), אשר נעשתה מכוח סעיף 90 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל-1970.

62. עם זאת, כאמור, ההכרזה על הגדה המערבית כשטח סגור לא חייבה קבלת היתר כתוב, לא על פי לשונה – ולא על פי אופן יישומה בפועל. כך, מי שהגיע מעזה, והותר מעברו דרך ישראל, התיר לו המפקד הצבאי להיכנס לגדה המערבית בלא צורך בהיתר כלשהו. (לא מדובר בעניין חריג, שכן ברחבי השטחים הכבושים מצויים "שטחים סגורים" רבים, אשר כניסה אליהם או מעבר דרכם אינם מחייבים היתר בכתב).

63. זאת ועוד, בדומה לרובם המוחלט של הצווים, המכריזים על "שטחים סגורים", גם בהוראה זו אין כל מגבלה על "השתקעות" או "העתקת מקום מגורים".

64. **למעשה, וכפי שיתואר בהמשך, הנוהל החדש הוא ההוראה הכתובה היחידה והראשונה אי פעם – מאז כיבוש השטחים בשנת 1967 ועד היום – בה מופיעה מגבלה כלשהי על "השתקעות" פלסטינים בגדה המערבית!**

הסכם הביניים והסדר המעבר הבטוח

65. בשנת 1995 חל שינוי בתשתית הנורמטיבית. נקבעו הסדרי המעבר הבטוח, שעוגנו בהסכם הביניים ובהסכמים שבאו בהמשך לו. הסכם הביניים הוחל בשטחים הכבושים במנשרים צבאיים והפך להיות חלק מן הדין הפנימי בשטחים. (בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה פ"ד נט(2) 481, 521**; בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, תק-על 2005(3) 3333, 3344; בג"ץ 2717/96 **עלי נ' שר הביטחון**, פ"ד נ(2) 848, 855).

66. נקודת המוצא של הסכם הביניים, כמו גם ההסכמים שקדמו לו (הצהרת העקרונות מיום 13.9.93, הסכם עזה ויריחו, "הסכם קהיר" מיום 4.5.94) הייתה ההכרזה המשותפת, לפיה (בסעיף 11(1) להסכם):

The two sides view the West Bank and the Gaza Strip as a single territorial unit, the integrity of which will be preserved during the interim period.

67. בהתאם לכך, נקבעו הסדרי המעבר הבטוח, אשר מאפשרים תנועה בין הגדה והרצועה בשני אופנים: באמצעות כרטיס מעבר בטוח או באמצעות היתר כניסה לישראל. **ההגבלות המוטלות על המעבר עוסקות במשך השהייה בישראל, במסלול התנועה בתוך ישראל, ולגבי אנשים מסוימים מוגבל גם אופן התנועה (לשטל מאובטח בלבד). אין כל הגבלה על משך השהייה בחלק האחר של השטחים.**

68. בסעיף 1(2) לנספח הראשון בהסכם הביניים, בנוגע לסידורי ביטחון, התחייבה ישראל להימנע מלהעמיד מכשולים לגבי התנועה בין שני החלקים:

In order to maintain the territorial integrity of the West Bank and the Gaza Strip as a single territorial unit, and to promote their economic growth and the demographic and geographical links between them, both sides shall implement the provisions of this Annex, while respecting and preserving without obstacles, normal and smooth movement of people, vehicles and goods within the West Bank and between the West Bank and the Gaza Strip.

69. בסעיף 10 באותו נספח נקבעו כללים של **הסדר המעבר הבטוח**. הסדר זה נועד להסדיר את התנועה של פלסטינים בין שני החלקים ולהתגבר על חששה של ישראל מכניסה בלתי מבוקרת לשטחה הריבוני.

70. לאור זאת נקבעו שלושה מסלולי נסיעה בין רצועת עזה לגדה המערבית, שהתנועה בהם תותר במשך שעות האור של היממה. ככלל, התנועה נעשית באופן עצמאי, ועל הנוסע להגיע למקטע הגיאוגרפי האחר של השטחים בתוך זמן מוגבל. השימוש במעבר הבטוח נעשה באמצעות "כרטיס מעבר בטוח".

71. מי שהוגדרו כמנועי כניסה לישראל, יכולים לעשות שימוש במעבר הבטוח באמצעות שאטלים, מאובטחים בידי משטרת ישראל, שמופעלים פעמיים בשבוע.

72. סעיף קטן 2(b) קובע, כי היתרי כניסה לישראל יכולים לשמש את תושבי השטחים הכבושים במקום כרטיס מעבר בטוח.

73. הגיונם של ההסדרים עולה מתוכם: מטרתם להבטיח חופש תנועה בין החלקים, ללא מעורבות ישראלית, ותוך נקיטת אמצעים למזעור הסיכון הביטחוני של ישראל מעצם המעבר בתוך ישראל.

74. הסדר המעבר הבטוח קובע מגבלות על מסלול התנועה בין רצועת עזה לגדה המערבית, על משך הנסיעה במסלול הנ"ל ועל אופן הנסיעה במסלול.

75. ההסדר אינו קובע מגבלה כלשהי על משך השהייה של תושב פלסטיני באיזה חלק מחלקי השטחים הכבושים לאחר השלמת המעבר דרך ישראל.

76. **ההסדר אינו מחייב את מי שעבר מהרצועה לגדה (או להיפך) לשוב בתוך זמן נתון. ההסדר אינו כולל מנגנון שיאפשר הגבלה כזו על משך השהייה.** ההסדר אינו כולל מגבלה בנוגע למטרת הנסיעה, ואינו מחייב את הנוסע להצהיר על מטרת נסיעתו.

77. ביום 5.10.99 נחתם **פרוטוקול המעבר הבטוח**, אשר יישם את הכללים שנקבעו בהסכם הביניים, ובמיוחד את פתיחת קו השאטלים, דבר שאיפשר את השימוש במעבר הבטוח גם למנועי כניסה לישראל.

העתק פרוטוקול המעבר הבטוח מצורף ומסומן ע/10.

78. בסופו של דבר הופעל המעבר הבטוח במתכונתו המלאה שנה אחת בלבד. עם פרוץ האינתיפאדה השנייה הקפיאה ישראל באופן חלקי את המעבר הבטוח: חדלה הנפקת כרטיסי המעבר הבטוח והשאטלים המאובטחים בוטלו. התנועה חזרה להיות מבוססת על היתרי כניסה לישראל.

79. יודגש, כי גם עם הקפאת המעבר הבטוח, לא הוציא המשיב "היתר שהייה בגדה המערבית" למי שהוא תושב השטחים הכבושים. כפי שיתואר בהמשך, כך היה משך שנים רבות, ועד סוף שנת 2007.

80. תושבי השטחים שביקשו להגיע מחלק אחד של השטחים למשנהו, עשו זאת באמצעות "היתר כניסה לישראל" וההגבלה חלה אך ורק על השהייה בישראל. חזרתם לשטח האחר נעשתה באמצעות היתר כניסה חדש לישראל, או באמצעות ההיתר שכבר היה בידם, במקרה שתוקפו יותר מיום אחד. היו מי שעשו שימוש בהיתרים אלו לצורך כניסה זמנית לחלק האחר של השטחים והיו שהעבירו את מקום מגוריהם מחלק אחד למשנהו.

81. יש להדגיש, כמובן, כי אף האמור כאן רלבנטי רק למי שעבר דרך ישראל, ולא למי שעבר בדרך אחרת, למשל דרך מצרים וירדן, שאז לא נדרש להחזיק אף בהיתר כניסה לישראל.

82. כפי שנקבע בהסכמים, וכפי שנקבע בעניין **עג'ורי** (בבג"ץ 7015/02 **עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(6) 352 (2002) (להלן: **עניין עג'ורי**)), הסדר המעבר הבטוח יסודו בתפיסה המשותפת לכל הצדדים, לפיה הגדה המערבית ורצועת עזה מהוות יחידה טריטוריאלית אחת ואינטגרלית. ההסדר משקף את העיקרון העובר בהסכמים כחוט השני – שמירת האינטרסים של ישראל במעטפת של השטחים וצמצום מעורבותה בהתנהלותם הפנימית.

תוכנית ה"התנתקות"

83. ביום 12.9.05 יצאו כוחות הצבא הישראליים הקרקעיים משטחה של הרצועה. קדם לכך פינוי כל ההתנחלויות ובסיסי הצבא ברצועה. באותו יום הוציא אלוף פיקוד דרום מנשר בדבר סיום הממשל הצבאי. החקיקה הצבאית והצווים הצבאיים ברצועת עזה הוכרזו כבטלים.

84. עם זאת, מבחינה חוקית ומעשית נותרו פרוצדורות המעבר זהות כמעט. מי שביקש לעבור מן הרצועה לגדה נדרש לקבל היתר אחד בלבד - היתר כניסה לישראל, אשר מעתה הונפק מטעם שר הפנים, על פי סמכותו מתוקף חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.

85. יתרה מכך: ביום 16.11.05 נחתם הסכם בינלאומי בין ישראל לרשות הפלסטינית בדבר גישה ותנועה (להלן: **הסכם המעברים**), בחסות הקוורטט ומזכירת המדינה האמריקנית. הסכם המעברים התייחס בעיקר לשתי נקודות מרכזיות: פתיחת מעבר רפיח ופתיחת מעבר בטוח באמצעות שיירות לגדה המערבית.

86. לגבי מעבר רפיח נקבעו הסדרים מפורטים. נקבע כי המעבר ינוהל על ידי הפלסטינים בפקוח משקיפים אירופאים. **נקבע כי מעבר רפיח יהיה נקודת מעבר לכל מי שנושא תעודת זהות פלסטינית (בלי קשר למען הרשום)**. אדרבא, ישראל התחייבה לספק לפלסטינים את המידע הנחוץ לעדכון מרשם התושבים הפלסטיני, כדי שגם פלסטינים הנמצאים בחו"ל יוכלו לעבור במעבר רפיח:

Use of the Rafah crossing will be restricted to Palestinian ID card holders and others by exception in agreed categories with prior notification to the GOL and approval of senior PA leadership.

The PA will notify the GOL 48 hours in advance of the crossing of a person in the excepted categories – diplomats, foreign investors, foreign representatives of recognized international organizations and humanitarian cases.

העתק הסכם המעברים מצורף ומסומן ע/11.

87. ניתן לראות כי ההסדר מבחין בין פלסטינים תושבי הרשות הפלסטינית, לרבות אלו שמענם הרשום הוא בגדה המערבית, אשר זכאים לעבור באופן חופשי במעבר, לבין זרים, שנדרשים להיכנס רק לאחר תיאום עם ישראל. דהיינו, ההסכם רואה בכל תושבי הרשות הפלסטינית נתינים בעלי מעמד זהה ושווה, בלא תלות בכתובתם הרשומה במרשם או המקום בו הם מתגוררים בפועל – בין בעזה ובין בגדה.

88. ההסכם בנוגע לשיירות, אינו אלא גירסה חדשה שמבוססת על עקרונות המעבר הבטוח מהסכם הביניים: יפים לעניין זה דבריו מיום 16.11.05 (יום החתימה על הסכם המעברים) של ראש מנהלת המעברים במשרד הביטחון, מר בצלאל טרייבר, לוועדת הפנים של הכנסת:

המעבר יהיה לאחר בדיקה ביטחונית מלאה, ובשיירות מלוות על ידי מערכת ביטחונית, מאובטחות על ידי מערכת ביטחונית, כאשר אנחנו מקווים שנביא לידי כך שלא תהיה העברת חומרים מסוכנים או חומרי חבלה, חס וחלילה, ממקום אחד למקום שני... **מדובר בתנועה של כמה אוטובוסים ביום שיצאו מארז, יעברו בדיקה, אנשים יגיעו לתרקומיא, ככל הנראה, או למקום אחר, ירדו שם אנשים וייסעו למקומם ביהודה ושומרון. בבוא היום, כשירצו לחזור, יעלו על אוטובוסים בתרקומיא וייסעו לארז. האוטובוסים יהיו תחת בקרה ושליטה, כולל הנושא הביטחוני, וכולל כל מי שיעלה עליהם.** נכון הדבר גם לגבי סחורות - מדובר במספר משאיות שיעלו בין קרני לבין מקום אחר, וגם שם המשאיות יהיו תחת בקרה מלאה, לפני שהם ייצאו, או כאשר הם ייצאו. גם הסחורות יהיו בבקרה מלאה ומוחלטת. ילוו אותם רכבי ביטחון שיופעלו באחריות המערכת הביטחונית. אין כוונה כרגע לבנות כביש תחתי או כביש עילי, יש לנו מספר חלופות לכביש הגישה, ובהתאם למה שנסכם בימים הקרובים גם נפעיל את זה, כפי שסוכם.

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/pnim/2005-11-16.html>

89. על פי ההסכם, ישראל התחייבה לאפשר הפעלת שיירות מאובטחות של אוטובוסים ומשאיות שיובילו אנשים וסחורות בין עזה לגדה המערבית:

Link between Gaza and the West Bank: Israel will allow the passage of convoys to facilitate the movement of goods and persons.

90. ההסדרים המפורטים אמורים היו להיקבע על ידי הצדדים עד 15.12.05 אולם ישראל השתהה את ההסדר.

91. גם מבחינה הצהרתית לא חזרה בה ישראל מעולם באופן פורמאלי מהעמדה הבסיסית, הרואה בעזה ובגדה יחידה טריטוריאלית אחת, וגם מהבחינה המעשית ממשיכה לפעול בהתאם להסכם אוסלו ביחס לרצועת עזה (בכל הנוגע למרשם האוכלוסין ולהעברת בקשות, למשל).

92. הדבר בא לידי ביטוי גם באופן הצהרתי. כך, למשל, אפילו בסוף שנת 2007, לאחר תפיסת השלטון ברצועה על ידי תנועת החמאס, הבהיר ראש ממשלת ישראל כי:

בעזה חיים מיליון וחצי פלשתינאים. אתה חושב שאני מאמין שאפשר להפריד אותם מיתר הפלשתינאים? ... אנחנו לא מתכוונים להפריד בין עזה לבין יהודה ושומרון. אנחנו נילחם בחמאס, אם החמאס ימשיך בטרור, אבל אין לזה קשר לאנשים שחיים בעזה.

([http://www.mfa.gov.il/MFAHeb/Diplomatic+updates/Events/PM Olmer's interview with Al Arabiya news channel 2010-Jul-2007](http://www.mfa.gov.il/MFAHeb/Diplomatic+updates/Events/PM_Olmer+interview+with+Al+Arabiya+news+channel+2010-Jul-2007))

93. וגם שרת החוץ הדגישה:

האבחנה בין מתונים לקיצוניים ברשות הפלסטינית מקבלת ביטוי גם במונחים טריטוריאליים. אך אין מדיניות ישראלית ליצור פירוד בין הגדה המערבית ורצועת עזה, ואני יכולה להבטיח לך זאת.

(<http://www.mfa.gov.il/MFAHeb/Diplomatic+updates/Events/Joint+press+conference+with+FM+Livni+and+US+Secy+of+State+Rice+190907.htm>)

94. גם לאחר המלחמה בעזה (מבצע "עופרת יצוקה") הצהיר שר הביטחון, כי על מנת להגיע להסדר קבע של שתי מדינות, הפיתרון הינו יצירת רצף טריטוריאלי בין שני חלקי הרשות הפלסטינית, באמצעות מנהרה שתחבר בין רצועת עזה ליהודה ושומרון (רמי שני, "ברק מציע: מנהרה בין עזה לגדה" וואלה! 2.2.09).

95. גם בכל הנוגע למשא ומתן בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית, נקודת המוצא – שאין עליה מחלוקת – הינה, שרצועת עזה והגדה המערבית, שתיהן יחדיו, מהוות את שטחי הרשות הפלסטינית וכי מעולם לא חל שינוי נורמטיבי בתפיסת יסוד זו.

הנפקתם הפתאומית של "היתרי שהייה" לפלסטינים בגדה – בלא כל שינוי חוקי, בלא עיגון ובלא פרסום

96. כאמור, משך שנים על שנים לא היו קיימים הלכה ולמעשה היתרים כלשהם לשם כניסתם או שהייתם של פלסטינים בגדה המערבית, ולא הייתה קיימת כל הבחנה מבחינה חוקית בין תושבי השטחים שכתובתם רשומה ביישוב כלשהו בגדה לבין תושבי השטחים, שכתובתם רשומה ביישוב כלשהו ברצועת עזה.

97. רק לקראת סוף שנת 2007 טיפל המוקד להגנת הפרט בכמה מקרים, במסגרתם התברר לפתע כי המשיב – בלא כל התראה מוקדמת, בלא כל פרסום, ובלא כל צו רשמי – הנפיק בפועל היתרים שעד אז לא נראו כמותם: "היתרי שהייה" עבור פלסטינים בגדה המערבית.

98. המוקד להגנת הפרט פנה למתאם הפעולות בשטחים, בבקשה לפי חוק חופש המידע, בניסיון להבין את פשר השינוי הפתאומי, מהותו, מועד תחילתו והבסיס החוקי לו.

99. מתשובת דובר המתפ"ש מיום 18.5.08, התברר כי המשיב החליט בהחלטה פנימית – בלא כל הליך פורמאלי, בלא כל שינוי בחקיקה הרלבנטית ובלא מתן כל פרסום להחלטתו – כי "החל מחודש נובמבר 2007 תושב רצועת עזה השוהה באיו"ש נדרש להחזיק בהיתר 'שהייה ביהודה ושומרון' וההיתר נועד למטרה זו בלבד".

עוד נכתב בתשובה, כי **היתר השהייה הראשון אי פעם הונפק רק בתאריך 25.12.07!**

העתקי פניית המוקד להגנת הפרט, ותשובת דובר מתאם הפעולות בשטחים מיום 18.5.08, מצורפים ומסומנים **ע/12-13**.

100. כיום מתברר, כי אותה החלטה פנימית (אשר עד היום לא פורסמה באופן רשמי ואף לא ידוע איך נתקבלה ועל ידי מי) לא הייתה אלא תחילתו של ניסיון להפוך על פיו את המצב המשפטי הקיים בשטחים – ניסיון אשר הגיע לשיאו בנוהל החדש, שם קיבל לראשונה ביטוי מפורש.

פרק ג': הטיעון המשפטי

101. בפתח הדברים יש להדגיש, כי אי חוקיותו של הנוהל נובעת בראש ובראשונה מנקודת המוצא שלו, דהיינו מן העמדה לפיה חיי משפחה כשלעצמם אינם מהווים עניין "הומניטארי". עמדה זו אינה רק חסרת כל בסיס, אלא מהווה סילוף וזילות מוחלטת של המושג "הומניטארי", כפי שהא מוגדר בהרחבה ובפרוטרוט במשפט ההומניטארי בדין הבינלאומי.

102. המושג "הומניטארי" אינו ביטוי סתמי וערטילאי שניתן "לנפנף" בו ולצקת לתוכו תוכן משתנה לפי רצון רגעי, שיקולים משתנים או אינטרסים צרים. המשפט ההומניטארי והחובות ההומניטאריות אינן בגדר מעשה חסד או צדקה הנעשים "לפנים משורת הדין".

103. הבסיס לדין ההומניטארי כולו הינו שגם בשעת עימות ובשעת מלחמה, לא ניתן להפקיר את זכויותיהם של אזרחים להחלטות שרירותיות התלויות ברצונם הטוב של הצדדים.

104. הדין ההומניטארי הוא בעל משמעות משפטית ומעשית ברורה, קובע זכויות ברורות ומטיל חובות חד משמעיות. נסיונם של המשיבים להגדיר מחדש מושג זה, תוך ריקונו מתוכן, אינו אלא הפרה בוטה של עקרונות היסוד ההומניטאריים (הנכונים), המחייבים את המשיבים.

105. נראה כי אין מנוס מלחזור בעניין זה למושכלות יסוד, ולהזכיר כי :

עיקרון בסיסי ומרכזי במשפט הבינלאומי ההומניטרי הנו כי אין לפגוע באנשים המצויים מחוץ למעגל הלוחמה... הרציונל שבבסיס עיקרון זה הנו כי יש להפחית, ככל האפשר, את הסבל והפגיעה באינטרסים הומניטריים הכרוכים במלחמה. מכוח רציונל זה פורשות האמנות המרכזיות את הגנתן על פרטים המצויים מחוץ למעגל הלוחמה – המכונים גם אנשים מוגנים (protected persons) ומטילות על הצדדים לסכסוך החמוש חובות נגטיביות ופוזיטיביות בנוגע להגנתם [...]

החלק השלישי של אמנת ג'נבה כולל את מרבית ההוראות המהותיות המעניקות הגנה לאנשים מוגנים... יש לכבד ולהימנע מלפגוע בגופם, בכבודם, בחיי המשפחה שלהם, בדתם ובמנהגיהם.

(ארנה בן-נפתלי ויובל שני, המשפט הבינלאומי: בין מלחמה לשלום, 177-159 (2006))

106. מובן כי נוהל או מדיניות, אשר יוצאים באופן מוצהר מתוך הקביעה ההפוכה – לפיה הימנעות מלפגוע בגופם, בכבודם, בחיי המשפחה שלהם, בדתם או במנהגיהם של אנשים מוגנים אינה מהווה עניין הומניטארי – הם פסולים מיסודם.

פרק 1ג: הנורמות המחייבות את המפקד הצבאי

107. שלוש מערכות נורמטיביות מחייבות את המפקד הצבאי.

ראשית, מחויב המפקד הצבאי לפעול בהתאם למשפט ההומניטארי הבינלאומי ודיני הכיבוש הכלולים בו.

שנית, המשיב מחויב לפעול גם בהתאם למשפט הבינלאומי של זכויות האדם, ובראש ובראשונה אמנות האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ובדבר זכויות חברתיות וכלכליות. כך נקבע בחוות-הדעת של בית-המשפט הבינלאומי לצדק בעניין חומת ההפרדה. גם בית-משפט נכבד זה בחן את פעולות המפקד הצבאי לפי נורמות אלו. (בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, תק-על 1)2008 (1)1213; בג"ץ 2150/07 אבו צפיה נ' שר הביטחון (טרם פורסם; 29.12.09); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 3)2005 (3)3333 סעיף 24; בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 1)2003 (1)937; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פ"ד נז(1)385).

בנוסף, כרשות ציבורית ישראלית נושא המפקד הצבאי בתרמילו את הנורמות של המשפט הציבורי הישראלי, ובכללן את המחויבות לזכויות האדם ואת האיסור לפגוע בהן פגיעה בלתי מידתית.

ראו, למשל: בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתאוניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785; בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807.

108. כנציג המעצמה הכובשת, מוטלת על המשיב החובה להבטיח בשטח הנתון למרותו את החיים הציבוריים התקינים (תקנה 43 לתקנות המצורפות לאמנת האג, 1907).

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 כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם.

(דברי השופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתאוניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 798; (להלן: עניין ג'מעית אסכאן).

109. ממשל צבאי צריך להיות קשוב לצרכים המשתנים של תושבי השטחים עליהם הופקד, ולשרת את האוכלוסייה בהתחשב בצרכים משתנים אלו ובתהפוכות החיים של הפרט ושל הציבור:

חיה 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. (עניין ג'מעית אסכאן, ע' 804, ההדגשה הוספה).

110. בכלל חובותיו, מוטל על המשיב –

לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה...

(תקנה 46 לתקנות האג).

כלל-יסוד זה חוזר על עצמו גם בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949) (להלן: **אמנת ג'נבה**):

מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך ארץ... לזכויותיהם המשפחתיות...

חובות המפקד הצבאי לאור מעמדה המשפטי של רצועת עזה

111. לשם הכרעה בעתירה זו, סבורים העותרים כי אין צורך להידרש לסוגיית מעמדה המשפטי של רצועת עזה – דהיינו, האם רצועת עזה מצויה תחת כיבוש אם לאו:

112. **ראשית**, ממילא אין מחלוקת כי הגדה המערבית עודנה מצויה תחת כיבוש ממושך, וכי המשיבים נושאים בחובות מלאות כלפי תושבי הגדה המערבית על פי דיני הכיבוש והמשב"ל ההומניטארי, ומחוייבים להגן על זכויותיהם ובתוך כך על זכותם לחיי משפחה.

113. **שנית**, כאמור לעיל, המשיבים ממילא נושאים בחובות כלפי פלסטינים המתגוררים ברצועת עזה מכוח **משפט זכויות האדם הבינלאומי**. (ראו גם Yuval Shany, The Law Applicable to

Non-Occupied Gaza: A Comment on *Bassiouni v. Prime Minister of Israel*,
 Hebrew University International Law Research Paper No. 13-09, pp.11-12
 ((2009)).

114. **שלישית**, גם בית המשפט העליון בפסיקתו, הדגיש כי מדינת ישראל עודנה נושאת בחובות כלפי פלסטינים המתגוררים ברצועת עזה, בין השאר **בכל הנוגע לתנועה במעברים** וכן כתוצאה מהתלות וההסתמכות שנוצרו משך ארבע עשורים:

החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה; **חובות אלה נובעות גם ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה**; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור.

(בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, תק-על 1217, 1213 (1)2008; ההדגשה הוספה).

115. ההלכה שעולה מכאן ברורה: שליטתה של ישראל בגבולותיה של רצועת עזה, לרבות שליטה בלעדית בכל המעברים בין רצועת עזה לבין הגדה המערבית, מטילה עליה חובות כלפי האוכלוסייה האזרחית, חובות אשר מתחזקות לאור התלות וההסתמכות שנוצרו בישראל מאז שנת 1967.

116. יש להזכיר כי למדינת ישראל שליטה נרחבת על היבטים רבים של החיים ברצועה. בין היתר, בנוסף לשליטתה במעברים ובמרחב הימי והאווירי של עזה, שולטת ישראל גם במרשם האוכלוסין הפלסטיני (ובתוך כך בכתובותיהם הרשומות של כלל תושבי השטחים – בין בעזה ובין בגדה).

117. אין זאת, כי המפתח לחיי המשפחה של תושבי השטחים מצוי באופן בלעדי בידיהם של המשיבים. כידוע, סמכות משמעה גם אחריות:

הלכה היא מלפנינו כי סמכות המוקנית לרשות מינהלית נושאת עימה אחריות המוטלת עליה לפעול באותם עניינים שבהם הוקנתה לה הסמכות.

(בג"ץ 7120/07 אסיף ינוב גידולים בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל תק-על 5094, 5065 (4)2007).

118. ויפיים לעניין זה דבריו של השופט חשין:

לא להתנאות בה ניתנה סמכות לרשות הציבור, וסמכות - כל סמכות - שלובה באחריות המוטלת על רשות הציבור להסדיר כיאות אותו תחום חיים שהסמכות פרושה עליו. אחריות פירושה למעשה הוא, חובה להפעיל את הסמכות הניתנת לרשות כל אימת שהנסיבות מחייבות הפעלתה של הסמכות.

(רע"פ 7861/03 מדינת ישראל נ' המועצה האזורית גליל תחתון תק-על 1443, 1437 (2)2006).

119. המשיבים הם המחזיקים בסמכות לאפשר – או למנוע – את המעבר בין רצועת עזה לגדה המערבית לשם קיומם של חיי משפחה, ועל כן נושאים גם בחובות הנובעות מכך.

פרק ג2: הפגיעה הגורפת בזכויות יסוד

(i) הזכות לחיי משפחה והלכת עדאלה

120. עניינה של עתירה זו יכול להיחתך בקלות, בהתאם להלכות שנקבעו בעניין עדאלה.
121. באותו עניין נדונה, כזכור, הוראת חוק שאסרה באופן גורף על הענקת מעמד בישראל לבני זוג מהשטחים הכבושים של אזרחי המדינה ותושביה.
- בית-המשפט נדרש לקבוע את היקף הזכות לחיי משפחה. האם היא כוללת את זכותו של אדם להקים את התא המשפחתי במקום נתינותו דווקא, כשנתונה לו האפשרות להתאחד עם בן משפחתו בארץ אחרת.
- עוד נדרש בית-המשפט לקבוע, אם ההגבלה הגורפת על זכות זו, כפי שנקבעה בחוק שנדון באותו עניין, היא הגבלה מידתית.
122. ראשית יש לעמוד על ההבדלים בין העניין הנוכחי לבין עניין עדאלה. לאחר מכן ננתח את ההלכות שנקבעו בעניין עדאלה וניישמן לענייננו.

עניין עדאלה והאיסור על מעבר מעזה לגדה – ההבדלים

123. מספר הבדלים בולטים קיימים בין ענייננו לבין עניין עדאלה.
- א. בראש ובראשונה, בעניין עדאלה, דובר על קבלת מעמד קבע בישראל – על כל המשתמע מכך, שכן דובר בבני זוג או הורים וילדים בעלי נתינות שונה, האחד אזרח ומשנהו זר, ועל כן הסעד המבוקש היה **מתן מעמד של נתינות** לבן המשפחה הזר.
- בענייננו מדובר בבני משפחה אשר כולם בעלי מעמד זהה, כולם מחזיקים באותן תעודות זהות, **כולם תושבי הרשות הפלסטינית, המבקשים להתגורר יחדיו בארצם.**
- ב. בעניין עדאלה, נקודת המוצא הייתה כי בן הזוג הישראלי, בכל מקרה, רשאי **לבקר** את בן זוגו, ילדו או הורהו הפלסטיני – כמובן בלא כל מגבלה על זכותו לשוב לישראל ולהתגורר בה (ואכן, מזה שנים קיים נוהל קבוע המתיר לישראלים הנשואים לפלסטינים המתגוררים בעזה, להיכנס לרצועת עזה כדי לבקר את בני-זוגם או לשהות עימם). **בענייננו קיים איסור גורף ונוקשה על ביקורים.**
- ג. בעניין עדאלה תקפו העותרים **הוראת חוק**, שמעמדה נוקשה, ובית-המשפט נזהר זהירות מירבית בטרם יתערב בה. בענייננו מדובר **בנוהל אדמיניסטרטיבי**, שלא עוגן בצו מסודר, שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות החוק הקיימות והדין הבינלאומי ושנתון לביקורת שיפוטית רחבה בהרבה.
- ד. בעניין עדאלה נקבעה המדיניות בידי הכנסת, דהיינו, בידי ה**ריבון**, שיש לו מרחב גדול לשיקול דעת בקביעת הסדרים חברתיים ומשפטיים. בענייננו, מדובר בהחלטה של **מפקד**

צבאי, שאין בידיו ולו גרגיר של ריבונות. המפקד הצבאי פועל אך ורק כנאמן, המחזיק בשטח באופן זמני, ומוגבל לטווח צר מאוד של שיקולים, הנעים במרחב המתח שבין צורכי ביטחון לבין טובת האוכלוסייה – ותו לא.

הלכת עדאלה – הזכות לחיי משפחה במקום המגורים

124. ההלכה החשובה ביותר שנקבעה בעניין עדאלה, ע"י רוב שופטי בית-משפט נכבד זה, היא שלאדם עומדת הזכות לחיי משפחה, ובכלל זאת עומדת לו הזכות, במקרה של זוגיות עם בן-זוג זר, להקים את התא המשפחתי במקום **מגוריו**. אין מציבים אדם בפני הברירה אם לחיות בביתו או עם בן-זוגו, ילדו או הורחו. עוד נקבע, שזכות זו, בהיקפה זה, היא זכות יסוד חוקתית.

125. דהיינו, משקלה של הזכות לחיי משפחה כה רב, עד כי החובה לאפשר את מימושה עשויה לעלות עד כדי הטלת החובה להעניק אזרחות לנתין זר.

126. שמונה שופטים החזיקו בעמדה זו.

כך הנשיא ברק בסעיף 27 לפסק-דינו :

הזכות לחיי המשפחה אינה מתמצית בזכות להינשא ולהוליד ילדים. הזכות לחיי משפחה משמעותה גם הזכות לחיי משפחה משותפים. זו זכותו של בן הזוג הישראלי לקיים את חיי משפחתו בישראל. זכות זו נפגעת אם אין מאפשרים לבן הזוג הישראלי לחיות חיי משפחה בישראל עם בן הזוג הזר. בכך נכפית עליו הבחירה בין הגירה מחוץ לישראל לבין ניתוק מבן זוגו. עמד על כך השופט מ' חשין בפרשת סטמקה. בפרשה זו נדונה מדיניות שר הפנים באשר להתאזרחותו של בן זוג זר בישראל. השופט מ' חשין מכיר ב"זכות-יסוד שקנה יחיד – כל יחיד – לנישואין ולהקמת משפחה" (עמ' 782). בפסק דינו מציין השופט מ' חשין :

מדינת ישראל מכירה בזכותו של האזרח לבור לו בן-זוג כרצונו ולהקים עימו משפחה בישראל. ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות... והגם שאמנות אלו אינן מחייבות מדיניות זו-או-אחרת בנושא של איחוד משפחות, הכירה ישראל - הכירה ומכירה היא - בחובתה לספק הגנה לתא המשפחתי גם על דרך מתן היתרים לאיחוד משפחות. כך סיפחה עצמה ישראל לנאורות שבמדינות, אותן מדינות המכירות - בכפוף לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת-הציבור - בזכותם של בני-משפחה לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה (בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728, 787).

והנשיא שב ומדגיש בסעיף 34 לפסק-דינו :

אכן, זכותו החוקתית של בן הזוג הישראלי – זכות הנובעת מגרעינו של כבוד האדם כזכות חוקתית – הינה "לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה".

הזכות נובעת גם מזכויות ההורים לגדל את ילדיהם ומזכויות הילדים להתפתח בחסותם של שני הוריהם כאחד. מבחינה זו -

לכיבוד התא המשפחתי יש, איפוא, שני היבטים. ההיבט האחד הוא זכותו של ההורה הישראלי לגדל את ילדו במדינתו. זוהי זכותו של ההורה הישראלי לממש את הורותו בשלמות, הזכות ליהנות מהקשר עם ילדו ולא להינתק ממנו. זוהי

זכותו לגדל את ילדו בביתו, במדינתו. זוהי זכותו של ההורה שלא תיכפה עליו הגירה מישראל, כתנאי למימוש הורותו. היא מבוססת על האוטונומיה והפרטיות של התא המשפחתי. זכות זו נפגעת אם אין מאפשרים לילדו הקטין של ההורה הישראלי לחיות עימו בישראל. ההיבט השני הוא הזכות של הילד לחיי משפחה. הוא מתבסס על ההכרה העצמאית בזכויות האדם של ילדים. זכויות אלה מוענקות בעיקרון לכל אדם באשר הוא אדם, לאדם הבגיר ולאדם הקטין. הילד "הוא בן אנוש בעל זכויות וצרכים משלו" (בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגים ואח' (טרם פורסם)). לילד הזכות לגדול בתא משפחתי שלם ויציב. טובתו מחייבת כי לא יופרד מהוריו וכי יגדל בחיק שניהם. אכן, קשה להפריז בחשיבות הקשר בין הילד לבין כל אחד מהוריו. ההמשכיות וההתמדה בקשר עם הוריו הם יסוד חשוב בהתפתחותם התקינה של ילדים. מנקודת ראותו של הילד, ניתוקו מאחד מהוריו אף עלול להיתפס כנטישה ולהשליך על התפתחותו הרגשית. אכן, "טובת הילדים מחייבת, כי יגדלו במחיצת אביהם ואמם במסגרת תא משפחתי יציב ואוהב, ואילו בפרידה של הורים כרוכה מידה של ניתוק בין אחד ההורים לילדיו" (רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה(2) 321, 331).

(סעיף 28 לפסק-הדין).

וכך השופטת (כתוארה אז) דורית ביניש, בסעיף 7 לפסק-דינה:

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

השופט ג'ובראן מסביר, בסעיף 7 לפסק-דינו, כי:

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. בהקמת משפחתו, מעצב האדם את הדרך בה הוא חי את חייו ובונה את עולמו הפרטי. לפיכך, בהגנה על הזכות לחיי משפחה, מגן המשפט על חירותו הבסיסית ביותר של האזרח לחיות את חייו כאדם אוטונומי, החופשי לבחור את בחירותיו.

ובסעיף 10 לפסק-דינו מסכם השופט ג'ובראן:

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 חייו המשפחתיים; שלילת יכולתו של אדם לקיים חיים משותפים בישראל עם בן זוגו הריהי שלילת זכותו לחיי משפחה בישראל. פגיעה זו יורדת לשורש מהותו של האדם כאזרח בן-חורין. ודוק: אין מדובר אך בפגיעה באחד ממובניה של הזכות החוקתית לקיום חיי משפחה, אלא בשלילתה המלאה של זכות זו וככזו יש לבחון אותה.

השופטת חיות קובעת בסעיף 4 לפסק-דינה כי:

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.

ואילו השופטת פרוקצ'יה מסכימה (בסעיף 1 לפסק-דינה) כי הזכות לחיי משפחה היא חלק מכבוד האדם, וכי זכות זו נפגעת כאשר לא מאפשרים לישראלי לממש זכות זו בארץ. וכך

כותבת השופטת בסעיף 6 לפסק-דינה:

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 הקניין, לחופש העיסוק, ואף לפרטיות ולצנעת הפרט. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם ואת התגלמות הגשמת עצמיותו.

השופט עדיאל קובע בסעיף 3 לפסק-דינו :

אשר לזכות לחיי משפחה, לאור קרבתה של זכות זו לגרעין הזכות לכבוד, מרכזיותה במימוש האוטונומיה של הפרט לעיצוב חייו ופסיקה קודמת של בית משפט זה אשר נזכרה בחוות דעתו של הנשיא, מקובל עלי שזכותו של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה בישראל יחד עם בן זוגו הזר, אכן נכללת בגדר הזכות לכבוד האדם כמשמעותה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

השופט ריבלין קובע בסעיף 8 לפסק-דינו :

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 (על הגבלת הזכות לנישואין כפגיעה בחרות ראו דברי השופט Warren בפסק-הדין המנחה בפרשת (Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967)). היא פוגעת אנושות בבסיס היכולת של האדם לטוות את סיפור חייו. המשפט הישראלי מכיר בזכותו של האזרח הישראלי לחיי-משפחה. הזכות לחיי-משפחה משמעותה גם הזכות לחיי-משפחה משותפים תחת קורת גג אחת. הזכות לחיי-משפחה אינה רק זכותם של ההורים. זוהי גם זכותו של הילד הנולד להוריו. הזכות לחיי-משפחה מוגנת היום איפוא בהוראות חוק-היסוד בהיותה חלק מזכות היסוד לחרות וחלק מזכות היסוד לכבוד.

בהמשך שולל השופט ריבלין את הניסיון להפריד את הזכות לחיי משפחה ל"גרעין" ול"פריפריה", כשהזכות לממש את חיי המשפחה מבלי להגר היא ב"פריפריה" של הזכות.

ואילו השופט לוי קובע (בסעיף 7 לפסק-דינו) :

שתי זכויות חוקתיות של בן הזוג הישראלי המבקש להתאחד כאן עם בן זוגו הפלסטיני, נפגעות מן ההסדר החקיקתי נושא העתירות שבפנינו, ושתיהן כאחת נגזרות מן הזכות לכבוד האדם, המנויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האחת היא זכותו של אדם לחיי משפחה, בה גלומות שתי זכויות-משנה, אשר דומה כי בלעדיהן אין בה ממש – זכותו היסודית של אדם להינשא לבחירת 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.

127. כידוע, בעניין עדאלה נדחתה בסופו של דבר העתירה, כיוון שחלק מן השופטים אשר סברו (כמו רוב השופטים) כי קיימת לכל אדם זכות בסיסית וחוקתית לחיי משפחה, סברו כי על אף חשיבותה ומרכזיותה של זכות זו, שיקולי ביטחון כבדי משקל עשויים בנסיבות מסוימות להתיר פגיעה בה אם זו מעוגנת בחקיקה ראשית.

128. ואם נקבע באופן ברור כל כך כי לנתין זר קיימת זכות לחיי משפחה במקום מגוריו של בן-זוגו – ואף לקבלת אזרחות לשם כך – קל וחומר כאשר מדובר בשני אזרחים מקומיים אשר מבקשים לחיות עם משפחתם בארצם.

(ii) החובה לדאוג לטובתם של חסרי ישע: ילדים, קשישים וחולים

129. נראה כי אין מנוס מלהזכיר בענייננו את החובה הבסיסית להגן על חסרי ישע, לפעול לטובתם ולדאוג להם – בין אם מדובר בילדים, בקשישים או בחולים. מדובר בעקרון יסודי ראשון במעלה, אשר אמור להיות כמעט בבחינת מובן מאליו, אך המשיבים רומסים אותו ברגל גסה.

130. עניינם של חסרי ישע הוא אולי מן הסוגיות הרגישות והעדינות ביותר שבפעולת הרשות, אשר גם בתי המשפט מקפידים לגעת בהן בכפפות של משי ובזהירות אין קץ, בהדגישם שוב ושוב את החשיבות העצומה שבדאגה הכנה לטובתם של ילדים, קשישים וחולים.

131. לא בכדי, גם על פי המשפט הבינלאומי קיימת חובה מיוחדת לדאוג לזקנים ולחולים ולהגן עליהם. כך נוסח עקרון מנהגי זה:

The elderly, disabled and infirm affected by armed conflict are entitled to special respect and protection.

(J. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (Vol. 1, 2005) p. 489).

132. כידוע, 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.

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 משתרום 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).

133. גם לגבי קשישים הדגיש בית המשפט את החובה הבסיסית לדאוג להם ולסייע בידם – חובה אשר מוטלת על כתפי החברה בכלל ועל כתפיהם של בני המשפחה הקרובים בפרט:

אם בעבר היו עיני הכל נשואות אל זקני השבט והם זכו להכרה ולהערכה על ניסיונם ועל תרומתם לחברה, הרי שכיום יש וקשישים נחקים אל קרן זווית ולעיתים אף הקרובים להם, עצמם ובשרם, אינם נרתמים לסייע להם, דווקא בשנים בהם גופם דאב ותפקודם הכללי אינו כשהיה. במצב זה, אז כהיום, מחויבת החברה לדאוג לקשישים שבה מתוך כבוד, חמלה, חסד והכרת תודה על הטובה שתרמו לחברה בימי חוסנם.

(ע"א 4377/04 גורן-הולצברג נ' מירז, תק-על 2007 (3) 848, 871).

134. יפים לעניין זה דבריו של המשנה לנשיא מנחם אלון על חובת כיבוד אב ואם:

הקשר בין ילד להוריו ומצוות כיבוד הורים יסוד מוסד ועקרון מקודש הם במורשת ישראל מקדמת דנא, ובכל חברה אנושית בת תרבות; והוא הדיבר החמישי שבעשרת הדיברות: "כבד את אביך ואת אמך" (שמות, כ, יב; דברים, ה, טז). וכל כך למה? על שום ש"שלושה שותפין הן באדם: הקדוש ברוך הוא, ואביו ואמו" (קידושין ל, ב).

וצא ולמד עד היכן מגעת חובת כיבוד אב ואם בעיניהם ובמעשיהם של חכמים. וכך מסופר על רבי טרפון (מגדולי התנאים שבמאה הראשונה לספירה):

"רבי טרפון היתה לו אם זקנה. כל אימת שביקשה לעלות על יצועה, גחן בפניה ועלתה, וכל אימת שיורדת היתה מיצועה, התכופף ונחתה עליו. יום אחד השתבח בבית המדרש במעשיו. אמרו לו: עדיין לא הגעת לחצי כיבוד. כלום זרקה ארנקי בפניך לים ולא הכלמתה?" (קידושין, לא, ב, בתרגום לעברית).

(ע"א 1482/92 הגר נ' הגר פ"ד מז(2) 793, עמ' 811-812).

135. שוב ושוב הדגיש בית המשפט בפסיקותיו את מורכבותן ורגישותן של הכרעות הנוגעות לחסרי ישע – ובמיוחד לילדים – בציינו כי מדובר במלאכה "הקשה כקריעת ים סוף", אשר "מחייבת בחינה של עניינים עדינים ומורכבים הנוגעים לנפש האדם" ועל כן בית המשפט עצמו יתקשה להכריע בה בלא מעורבותם ודעתם של מומחים ואנשי מקצוע:

המושג "טובת הקטין" הינו מושג כללי ורחב, ובתי המשפט נדרשים מעת לעת לצקת בו תוכן ולעצב קריטריונים לצורך יישומו במקרה הקונקרטי העומד לדיון [...]

מוטלת על בית המשפט בכל פעם מחדש מלאכה הקשה כקריעת ים סוף (השוו: בע"מ 377/05 פלונית ופלוני נ' ההורים המיועדים לאימוץ הקטין (טרם פורסם) בפסקה 37). אכן, כל מקרה ומקרה מקפל סיפור חיים משלו, ובכל מקרה ומקרה נפרשת בפני בית המשפט מערכת יחסים שהיא ייחודית לבעלי הדין הניצבים בפניו כמשפחה במחלוקת. ההכרעה בשאלה מהי "טובת הקטין" במקרה הקונקרטי מחייבת בחינה של עניינים עדינים ומורכבים הנוגעים לנפש האדם, ובהם, כאמור, הקשר בין ילדים להוריהם וחוסנו הנפשי של כל אחד מבני המשפחה להתמודד עם מצבים שהחיים מזמנים לו...

לצורך הכרעה ב"דיני נפשות" אלה, נדרש בית המשפט כדבר שבשגרה לעזרתם של מומחים לדבר, שיסייעו בידו באיסוף הנתונים, בעריכת מבדקים ובחיווי דעה מקצועית. חשיבותו של כלי עזר זה לצורך הכרעה בשאלת טובתו של הקטין שעניינו עומד על הפרק, כבר הוטעמה בעבר בדבריו של בית משפט זה בבג"ץ 5227/97 דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול פ"ד נה(1) 453, 462 (להלן: עניין דויד), אשר קבע כי:

על דרך הכלל - וברובא-דרובא של המקרים - לא יקבע בית-משפט טובת הילד מהי עד אשר יונחו לפניו חוות דעתם של מומחים - מומחים לבריאות הגוף ובעיקר מומחים לבריאות הנפש, קרי: רופאים, פסיכולוגים, פסיכיאטרים - בשאלה מה

היא טובת הילד ומה היא רעתו, מה ייטיב לילד ומה ירע לו. טובתו של ילד אינה מושג תיאורטי. לעניינה נדרש בית-המשפט לקביעת ממצאים-שבעובדה. ממצאים אלה בית-משפט לא יוכל לקובעם - על דרך הכלל - אלא אם יובאו לפניו ראיות; וראיות לענייננו פירושו הינו - בעיקרם של דברים - חוות-דעת של מומחים...

אבחון מצבו הנפשי והגופני של אדם - לרבות השפעת סביבתו הקרובה על מצבו הנפשי והגופני - הינו עניין לאנשי המקצוע לענות בו; ואני מתקשה לראות כיצד יוכל בית-משפט להכריע בשאלת הטובה והאינטרס של קטין בלא שיעזר בחוות דעתם של מומחים לדבר. המומחים יאספו את הנתונים שלעניין, ינתחו ויעבדו אותם, ויציגו לפני בית-המשפט, או בית-הדין, את כל אלה לרבות את חוות דעתם המקצועית.

(בע"מ 9358/04 פלונית נ' פלוני, תק-על 2005(2) 2893, 2897).

136. והנה, את אשר בית המשפט חושש מלהתערב בו, ומותיר לאנשי מקצוע מובהקים, בהדגישו את הזהירות, הרגישות והקושי הכרוכים בכך – מבקשים המשיבים למסור לידיהם של קציני צבא, באמצעות נוהל אשר מתעלם במובהק משיקולים של טובת הילד, הקשיש או החולה.

137. היעלה על הדעת כי גורמי ביטחון וקציני צבא יהיו הם אשר יכריעו בגורלם של חסרי ישע? היעלה על הדעת כי נוהל ביטחוני-בירוקרטי הוא אשר יקבע עם מי מהוריו יחיה ילד? מי יטפל באם המשפחה הקשישה? מי יסעד את האח החולה?

אין זאת כי מדובר בביטול מוחלט של מושג טובת הילד והדאגה לחסרי ישע ובהתערבות גסה באוטונומיה המשפחתית של תושבי השטחים.

האם יש צורך להזכיר למשיבים כי גם תושבי השטחים (אשר המשיבים אמונים על שמירת זכויותיהם!) הם בני אדם, שלהם משפחות, הורים, ילדים ובני זוג?

(iii) הזכות לחופש תנועה וזכות המעבר בין עזה לגדה

138. נקודת המוצא – המשפטית, החוקית והמעשית – הינה כי רצועת עזה והגדה המערבית הינן יחידה טריטוריאלית אחת ויחידה.

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

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);

בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, תק-על 2006(2) 1754 (2006).

139. גם תוכנית ההתנתקות לא שינתה מציאות משפטית בסיסית זו. כאמור, בהסכם אוסלו התחייבה ישראל לראות בעזה ובגדה יחידה טריטוריאלית אחת ויחידה, ואף נקבע כי עד

לסיומו של התהליך לא יהיה בדבר כדי לשנות את מעמדן זה. ישראל מעולם לא חזרה בה באופן רשמי מעמדה זו, ואף ממשיכה לפעול בפועל בהתאם להסכם אוסלו גם ביחס לרצועת עזה (בכל הנוגע למרשם האוכלוסין ולהעברת בקשות, למשל).

140. לאור האמור, העקרון הבסיסי לפיו עזה והגדה מהוות יחידה טריטוריאלית אחת עודנו על מכונו במובן המשפטי, החוקי ואף המעשי – במובן זה שכל מדיניות וכל החלטה יש לבחון לאורו של עקרון זה, תוך הקפדה על כך שכל חריגה ממנו תהא במידה ההכרחית והנקודתית, המצומצמת ביותר, ורק כאשר מדובר בשיקולי בטחון נקודתיים וצרים, על מנת שלא לסכל באופן בלתי הפיך את עקרון יסוד זה.

141. מובן, כי אפילו אם ניתן להגביל במידת מה את המעבר בין הרצועה והגדה לאור נסיבות קונקרטריות ובהתאם לשיקולים ביטחוניים פרטניים ונקודתיים, הרי המרחק רב מכאן ועד לפגיעה קיצונית, שיטתית וגורפת בזכויות יסוד, ולמדיניות אשר יש לה השלכות מרחיקות לכת על תושבי השטחים (מבחינה אישית פרטנית – אך גם מבחינה דמוגרפית וחברתית כוללת), ואשר מרוקנת מתוכן את היות עזה והגדה יחידה אחת – בטווח הקצר וגם בטווח הארוך.

הזכות לחופש תנועה

142. הזכות לחופש התנועה היא זכות אדם מרכזית ומהותית, הנובעת מההכרה בכבוד האדם וחירותו. חופש התנועה הוא הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש יכולותיו וזכויותיו.

ההגנה החוקתית על חופש התנועה מגלמת את עוצמתה של הזכות לאוטונומיה של הרצון האישי, ומשתלבת בהכרה בכבוד האדם, המהווה מקור זכויותיו של הפרט לחירות הרוח והגוף... אף שזכותו של הפרט לחופש תנועה בתוך גבולות המדינה לא מצאה את ביטויה הסטטוטורי בחוק היסוד בשונה מחופש היציאה והכניסה לישראל, היא מוכרת בהלכה הפסוקה כזכות חוקתית מכוח ההכרה הכללית בחירותו האישית של האדם, ובנגזר מכבודו כאדם... במדרג זכויות היסוד של האדם, לזכות התנועה של הפרט עוצמה חוקתית גבוהה עד מאד... היא ניצבת ברף העליון במדרג זכויות האדם בישראל... לחופש התנועה מעמד חוקתי הדומה בעוצמתו לחופש הביטוי.

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

143. 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.

144. 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.

145. לא בכדי נחשבת הזכות לחופש התנועה זכות אדם, הנמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי:

חופש התנועה מוכר כזכות יסוד גם במשפט הבינלאומי. חופש התנועה הפנים-מדינתית מעוגן בשורה ארוכה של אמנות והכרזות בינלאומיות בדבר זכויות אדם... נראה כי הוא מעוגן גם במשפט הבינלאומי המנהגי.

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

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

146. הזכות לחופש התנועה מעוגנת גם בדין ההומניטארי הבינלאומי. אמנת ג'נבה הרביעית מקבעת את חופש התנועה כזכות יסוד של מוגנים, בין בשטח כבוש ובין אם באזור קונפליקט. סעיף 27 לאמנה קובע כי מוגנים יהיו זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך ארץ לכבודם.

147. חשוב לציין גם את סעיפים 41-43 (החלים בשטחה של מעצמה המעורבת בסכסוך) ו-78 (החל באזור כבוש). סעיפים אלו עוסקים בהגבלת חירות, על ידי מעצר או תיחום מקום המגורים. האמצעים הם דווקניים והשימוש בהם הוא דווקני. בא ללמדך, כי חופש התנועה של המוגנים בכל שאר הנסיבות היה חשוב מאוד למדינות החברות. רק במקום בו יש, ככלל, חובה לכבד את חופש התנועה, יש צורך לקבוע כללים מפורשים ודווקניים להגבלתו:

סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית מהווה הן מקור להגנה על זכותו של הנעבר והן מקור לאפשרות הפגיעה בזכות זו. דבר זה בא לידי ביטוי, בין השאר, בהוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית עצמה, הקובעת כי האמצעים הנקבעים על ידה הם האמצעים שהמעצמה הכובשת (כלומר, המפקד הצבאי) רשאית "לכלל היותר" (at most) לבצע.

(בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 367).

148. 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.

זכות המעבר בראי המשפט הבינלאומי

149. מטבע הדברים, לא מדובר במי שמבקשים להיכנס לישראל לשם שהייה בה. ההיפך הוא הנכון: מדובר במי שאין להם כל עניין או רצון לשהות בישראל. כל שהם מבקשים הוא לעבור

בין שני חלקי ארצם, המפוצלים מבחינה גיאוגרפית, כאשר ישראל שוכנת ביניהם, על מנת לחיות עם בני משפחתם. **הזכות העומדת על הפרק אינה, אם כן, זכות הכניסה לישראל - אלא זכות המעבר.**

150. כבר בפתח הדברים יש להדגיש כי פגיעתו של הנוהל במימושה של זכות המעבר היא נרחבת וקיצונית במיוחד – שכן המשיבים אינם מגבילים את זכות המעבר בין חלקי השטחים רק כאשר היא כרוכה במעבר בשטח ישראל – אלא אף כשהדבר אינו כרוך כלל במעבר דרך ישראל, למשל, כאשר מדובר במי שעובר מרצועת עזה, דרך מצרים וירדן, לגדה.

151. **זכות המעבר (The Right of Transfer/Transit)** מוכרת במשפט הבינלאומי ושונה באופן מהותי מזכות הכניסה.

נרחיב מעט ביחס לזכות זו.

152. 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.

153. **המשפט הבינלאומי מכיר בקיומה של זכות מעבר (right of transfer) שיש בה משום הגבלה על עיקרון הריבונות.** מדינה מחויבת לאפשר מעבר בתחומה 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.

154. המלומד אופרטי מציין בספרו כי:

Jurists over the past six decades have definitely favored the view that States whose economic life and development depend on transit can legitimately claim it.

(K. Uprety, *The Transit Regime for Landlocked States: International Law and Development Perspectives* (The World Bank, 2006), p. 29).

כאשר מדובר במובלעת, זכות המעבר היא בעלת תוקף מנהגי ונובעת באופן טבעי מעצם קיומה של המובלעת. המלומד פאראן מבסס זאת, בין השאר, על העיקרון המשפטי לפיו חזקה על המעניק משהו כי העניק גם את הדבר שבלעדיו ההעניקה היא חסרת ערך (*cuicumque aliquis auid concedit concedere videtur et id sine quo res ipsa non potuit*).

כדבריו של 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., International Enclaves and the Question of State Servitudes, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.4, No. 2. (Apr. 1955) 294, pp. 304).

155. 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 מפוצלות מבחינה גיאוגרפית** (כמו השטחים הפלסטיניים).

156. במאמרו המקיף של המלומד לאוטרפאכט על זכות המעבר הוא מתאר אותה באופן הבא :

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).

157. 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 לאוטפראכט:

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).

158. גישה זו משתקפת באמנות שעיגנו 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.

159. בסקירה ההיסטורית שעורך המלומד פאראן במאמרו לעיל, הוא מתאר את כיבושן של ליביה (המובלעת הגרמנית בצרפת) ובארלה-הרטוג (המובלעת הבלגית בהולנד) בזמן מלחמת העולם השנייה, ומדגיש את **חובותיה של מעצמה כובשת** לאפשר אקטיבית את מימוש זכות הקשר והמעבר בין המובלעת לבין יתר חלקיה של אותה מדינה ומדינות אחרות:

The continued recognition of the special position of Llvia and Baarle-Hertog by such invaders as Napoleon and Hitler demonstrates clearly that **even a military occupying Power feels that it must respect the rights implied in the existence of such enclaves**. The most important of these implied rights we believe to be that of free transit and communication with the main territory of the state or, in the case of the full state enclave, with other states.

(עמ' 304; ההדגשה הוספה).

160. בענייננו, כאמור, באה זכות המעבר לידי ביטוי אף בהסכמים מפורשים ומפורטים (הסכם הביניים, פרוטוקול המעבר הבטוח, הסכם המעברים). גם אם הסדרים מלאים ומפורטים אלו הושהו, בוודאי שאין בכך כדי לשלול באופן מוחלט את זכות המעבר – **במיוחד כשעל הכף ניצבות זכויות יסוד מרכזיות ובעלות משקל עצום, כמו הזכות לחיי משפחה**.

161. זאת ועוד, החומרה של שלילת זכות המעבר באה לידי ביטוי באופן חריף במיוחד בכך שהנוהל אינו נוגע רק למעבר דרך ישראל, אלא מגביל את זכות המעבר בין עזה לגדה בכל דרך שלא תהא, אף אם הדבר אינו כרוך במעבר דרך שטח ישראל, אלא דרך ירדן.

פרק ג3: הפרת חובות המפקד הצבאי וחריגה קיצונית מסמכות

שיתוק החיים התקינים

162. חיי חברה תקינים בעולם מודרני מחייבים תנועה של אנשים. אין קיום לחברה ללא תנועת בני-אדם: בני-זוג המבקשים זה את קרבתה של זו; בעל ואישה אשר עוברים להתגורר יחדיו; הורים המגיעים לבקר את בניהם ובנותיהם, נכדיהם ונכדותיהם; מכרים המגיעים לביקור קרוביהם; ועוד ועוד.

האיסור הגמור כמעט על מעבר מעזה לגדה לא הוגבל לתקופה קצרה או מתוחמת בזמן. ההיפך הוא הנכון: האיסור צופה פני עתיד למשך שנים. מדובר, הלכה למעשה, בקריעת החברה הפלסטינית בין הגדה המערבית ורצועת עזה.

הפקעת הזכות לחיי משפחה

163. ההשלכות של מדיניות המשיב הן הרסניות, במיוחד במה שנוגע לחיי המשפחה של תושבי השטחים.

164. כפי שראינו, הזכות לחיי משפחה היא מהזכויות שהמשיב מחויב לכבד לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. במקביל, מוטלת עליו החובה לכבד את הזכויות המשפחתיות של תושבי השטחים ולסייע לתא המשפחתי, מכוח המשפט הישראלי ומכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי. חלק מהותי מגרעין הזכות לחיי משפחה הוא זכותו של אדם לקיים את התא המשפחתי שלו במקום בו הוא חי.

כלשונו של כב' השופט לוי בעניין עדאלה, אין ממש בזכות לחיי משפחה אם היא אינה כוללת את זכותו של האדם שיינתן לו ולבני משפחתו לקיים את חייהם בצוותא אף מבחינת מיקומו הגיאוגרפי של התא המשפחתי, אותו הם בחרו לעצמם.

165. המשיב, במקום לסייע למשפחה, בהיותה התא היסודי של החברה, משסע משפחות וקורע אותן.

פלסטינים המתגוררים בגדה המערבית, שבחירי לבם נמצאים ברצועת עזה, אינם יכולים להינשא ולהקים תא משפחתי בגדה.

תושבי השטחים מהגדה, הנשואים כבר לתושבי השטחים מעזה, אינם יכולים לחיות בגדה עם בני זוגם. הם עומדים בפני הברירה לעזוב את ביתם, או לחיות בניתוק.

הילדים במשפחות שכאלו יסבלו והתפתחותם תיפגע, תהא החלטת הוריהם אשר תהא. במקרים רבים הם יחיו אצל הורה אחד בלבד, כשהקשר עם ההורה האחר מסתכם בשיחות טלפון.

166. הזכויות המשפחתיות של התושבים המוגנים הם מהעניינים שמקבלים משקל גובר, ומיוחד בכיבוש ארוך טווח.

במקביל להתמשכות הכיבוש, נטווה סיפור חייהם של בני-האדם החיים תחת כיבוש. וסיפור חייו של אדם הוא גם סיפור חייו המשפחתיים. חיים אלו נמשכים. הם אינם קופאים על שמריהם: אנשים מתחתנים ומתגרשים, נולדים, מתבגרים, מזדקנים ונפטרים, מולידים ילדים ומגדלים אותם, מתמודדים יחד ולחוד עם טראומות משפחתיות ומבקשים לחלוק את השמחות עם קרוביהם, מסתכסכים עם משפחותיהם ומשלימים אתן. התנועה ממקום למקום היא חלק בלתי נפרד מפרקים אלו בסיפור חייו של אדם.

המשיב מתעלם מהדינמיקה הזו של חיי אנוש. הוא מקפיא את אפשרות המעבר בין חלקי השטחים. הוא מנסה להקפיא את החיים. הוא מועל בחובותיו.

מרחב שיקול הדעת של מפקד צבאי ותכליתו של הנוהל החדש

167. שיקול הדעת של המשיב אינו כשיקול דעתו של ריבון. הוא כפוף לשני "קטבים מגנטיים" בלבד - הקוטב של טובת האוכלוסייה והקוטב של שיקולי הביטחון של הכוח הכובש:

ראינו, כי 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 צרכי הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב. (עניין ג' מעיית אסכאן, ע' 794-795).

טעמי הנוהל החדש אינם מצויים בין שני קטבים מגנטיים אלה. יוזכר, כי היעדר מניעה ביטחונית הינו ממילא תנאי מקדמי לנוהל כולו – דהיינו, מלכתחילה מדובר במקרים בהם אין כל טענה ביטחונית כנגד המבקשים.

168. יודגש, כי בהליכים והפניות שעסקו בעניין זה עד היום, לא הוצג על ידי המשיבים כל הסבר כיצד ומדוע נוהל זה הכרחי מטעמי ביטחון, ולא הונחה כל תשתית עובדתית לכך.

169. היעדרו של רציונל ביטחוני של ממש בנוהל החדש, עולה בבירור מתוך עמדת המשיבים בעתירות במסגרתן התקבל הנוהל. כזכור, באותן עתירות לא הועלתה טענה ביטחונית כלשהי כלפי מי מן העותרים. יתרה מכך: בעניין עאמר הסכימו המשיבים למעברה של העותרת לגדה ואף להוצאתו של צו ביניים, אשר יאפשר את המשך מגוריה של העותרת בביתה שבגדה המערבית, ובעניין אבו שנאר וחמידאת הסכימו המשיבים לעצם מעברן של העותרות הלוח וחזור בין עזה לבין הגדה המערבית – והתנגדו רק להמשך מגוריהן בגדה המערבית.

פגיעה מכוונת באוכלוסייה אזרחית מתוך שיקולים זרים ופסולים

170. אין זאת, כי עניינו של הנוהל החדש הוא במערכת היחסים הפוליטית בין המשיב, הרשות הפלסטינית, ארגון הפת"ח וארגון החמאס, כאשר משפחות – הורים וילדים – מהווים קלף מיקוח במערכת יחסים זו.

171. מדיניות המשיבים מיועדת על-פניה להעניש את האוכלוסייה על הבחירה בחמאס; לפגוע באיכות החיים של התושבים; להמאס עליהם את חייהם, להפעיל על בני המשפחה המתגוררים בגדה לחץ לעזוב את בתיהם ולעבור לצמיתות לרצועה, כתנאי למפגש עם יקיריהם – והכל על מנת להפעיל לחץ פוליטי על ממשלת החמאס בעזה.

מדובר למעשה באסטרטגיה אותה מתארת המדינה (בהקשר אחר) כאסטרטגיה של "עימות מוגבל". כך למשל, במסמך של חטיבת תוה"ד באגף המבצעים של צה"ל, נכתב כי:

מצב העימות המוגבל הוא בעל תכלית פוליטית, והכרעתו מושגת באמצעות שינוי תודעתי בחברה ובקרב לוחמיה, ע"י 'הוגעה' ממושכת ולא באמצעות הכרעה והרתעה ע"י בעל העוצמה הצבאית (כנהוג במלחמה).

ובהמשך:

האסטרטגיה הנקוטה בעימות מוגבל הינה ה'הוגעה' (התשה פיזית ונפשית). ההוגעה שוחקת בהדרגה את נחישות החברה ולוחמיה באמצעות תהליך מתמשך של פגיעה פיזית, כלכלית ונפשית.

(מודל הכרזת אזורי עימות באיו"ש ובאזח"ע", פברואר 2006, ע' 15-16. צורף לתגובת המדינה בבג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון).

172. למעשה, ישראל הודתה במפורש כי היא משתמשת בסוגיית המעבר כ"מנוף אזרחי" ליצירת לחץ על ממשלת החמאס. ראו, למשל, הדיווח בתקשורת על החלטת הקבינט מיום 18.9.07:

הקבינט החליט פה אחד לאשר סנקציות כלכליות האמורות לפגוע באוכלוסייה הפלשתינית ברצועה, ולהפעיל "מנופים אזרחיים" על שלטון חמאס...

פעילות המעברים בין ישראל לרצועה, הפועלים כיום באופן חלקי בלבד ומשמשים בעיקר להעברת מזון ותרופות, תצומצם עוד יותר... בנוסף, תמנע ישראל כליל את תנועת האנשים מהרצועה ואליה.

(ברק רביד "התגובה לקסאם: פגיעה באספקת חשמל" הארץ 19.9.2007; ברק רביד, שלמה שמיר, מזל מועלם והסוכנויות "צעדי ענישה נגד האוכלוסייה האזרחית ברצועה – מזכ"ל האו"ם: ניתוק שירותים בעזה מנוגד לחוק הבינ"ל ומעניש את הסובלים ממילא" הארץ 19.9.2007; ההדגשה הוספה).

173. דברים ברוח זו נאמרו בהזדמנויות נוספות ע"י גורמים שונים במערכת הביטחון, כפי שדווח, למשל, בתקשורת ביום 17.1.08:

שר הביטחון אהוד ברק הורה היום (חמישי) לצה"ל ולמתאם פעולות הממשלה בשטחים לסגור לחלוטין את מעברי הגבול מישראל לרצועה... ובכך ליצור לחץ על ממשלת חמאס [...]

במערכת הביטחון אומרים, כי פעולה זו היא המשך ישיר לפעולות צה"ל בימים האחרונים. המטרה היא הפעלת לחץ מסיבי מכיוון תושבי הרצועה על ממשלת חמאס...

(יהושע בריינר "ברק הורה להטיל מצור על עזה" וואלה! 17.1.08; ההדגשה הוספה).

174. השר לביטחון פנים, אבי דיכטר, חזר על הדברים במפורש ביום 18.3.09, לאחר סיום המלחמה בעזה וכשלוך המו"מ בעניין גלעד שליט:

ברור לי שמבצע 'עופרת יצוקה' היה מנוף שהיה צריך לעשות בו שימוש גדול יותר... היינו צריכים לנצל אותו יותר טוב ולא ניצלנו מספיק, עכשיו נצטרך מנופים אחרים. המעברים הם מנוף אחד מתוך סדרה של מנופים, שאנחנו הנמצאים בעסק הזה יודעים להפעיל אותם.

(רוני סופר "דיכטר: מדובר בדרעק של הדרעק של המחבלים" YNET 18.3.09; ההדגשה הוספה).

175. מדובר באסטרטגיה בלתי חוקית בעליל. כל עניינם של דיני המלחמה הוא ליצור הפרדה בין הכוחות הלוחמים לבין האוכלוסייה האזרחית, ולהגן על האזרחים מפני תוצאותיה ההרסניות של המלחמה. אזרחים אינם יעד לגיטימי לכוחות הצבא. פגיעה עקיפה באזרחים היא לעתים אמנם בלתי-נמנעת, אולם פגיעה מכוונת באזרחים אסורה.

176. זאת ועוד, מדיניות המשיבים והנוהל החדש מפירים את חובתו הבסיסית והיסודית של המפקד הצבאי בשטח הכבוש, לשמור על מרקם החיים התקינים בשטחים.

המשיבים לא רק שאינם מאפשרים שמירה על מרקם החיים בשטחים – אלא מבקשים לפגוע במכוון ובאופן קיצוני במבנה חברתי, המשפחתי והדמוגרפי בשטחים, תוך גרימת נזק מתמשך ובלתי הפיך, הן לתושבי השטחים באופן פרטני, והן למרקם החיים של אוכלוסיית השטחים ככלל.

177. עוד יצוין, כי לאור קיצוניותו ושרירותיותו של הנוהל החדש, על אף שמדובר במקרים אשר מלכתחילה וכתנאי מקדמי אינם מעוררים סיכון ביטחוני, מתעורר ועולה החשש כי בין השיקולים של המפקד הצבאי מצויים גם **שיקולים דמוגרפיים** – לא שיקולים דמוגרפיים לגיטימיים, הנוגעים ליכולת ההכלה של השטח הכבוש בהתחשב במשאבים הזמינים בו, אלא שיקולים דמוגרפיים פסולים, הנוגעים ל"מאזן הדמוגרפי" בין יהודים לפלסטינים בשטחי הגדה המערבית – כאילו "ויתרה" ישראל על שאיפותיה הדמוגרפיות ביחס לרצועת עזה, אולם עומדת עליהן בתוקף כשמדובר בגדה המערבית.

חשש זה מתגבר לנוכח מדיניותם הכוללת של המשיבים, אשר יוצרת מכבש לחצים על תושבי השטחים המתגוררים בגדה, לעזוב את בתיהם ולעבור לצמיתות לרצועת עזה, כתנאי למימוש זכותם לחיי משפחה.

אפשר לתמוה כיצד שיקולים שכאלה ממשיכים להוות כוח מניע חזק בעידן שבו מדיניותה הרשמית של ישראל היא מדיניות של הפרדה בין ישראל לבין השטחים, ולא אמור להיות לה שום עניין בגודל האוכלוסייה הפלסטינית בגדה המערבית. נראה כי מוסכם כבר וידוע – אם

לשפוט על פי אמרותיהם והצהרותיהם של קברניטי המדינה – כי עיקר השטחים הכבושים יהפוך, ולא בעתיד הרחוק, למדינה פלסטינית עצמאית, שתכלול את הגדה המערבית ורצועת עזה כאחד. מדוע, אם כן, עמידה זו של המשיבים על חסימת כל מעבר לגדה המערבית מרצועת עזה, תוך פגיעה קשה בחיי המשפחות?

הפרת האיסור על ענישה קולקטיבית

178. אין זאת, כי הנוהל, אשר מוחל באופן גורף על כל פלסטיני המתגורר ברצועה באשר הוא ופוגע בכל משפחה פלסטינית אשר מצאה עצמה מפוצלת בין עזה לגדה, מהווה הפרה של עקרון היסוד האוסר על הטלת סנקציות קולקטיביות.

179. תקנה 50 לתקנות האג קובעת כי :

No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they cannot be regarded as jointly and severally responsible.

180. בדומה לכך, קובע סעיף 33 לאמנת גינבה הרביעית כי :

Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited.

181. גם סעיף 2(75) לפרוטוקול הראשון לאמנות גינבה קובע כי :

The following acts are and shall remain prohibited at anytime and in any place whatsoever, whether committed by civilian or by military agents...

(d) collective punishments.

הפרשנות לפרוטוקול מבהירה כי במונח "ענישה קולקטיבית" הכוונה היא לכל סנקציה או הטרדה מסוג כלשהו: פליליות, אדמיניסטרטיביות, משטריות וכדומה (*Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Y Sandoz et al. eds., Geneva, 1987, 874).

אפליה פסולה

182. בעוד על האוכלוסיה הפלסטינית בגדה המערבית וברצועת עזה מוחל הנוהל, המגביל באופן קיצוני, גורף ומוחלט כמעט את זכותם של פלסטינים המתגוררים בגדה המערבית להתגורר שם עם בני משפחתם הקרובים ביותר – הרי שנוהל זה אינו מוחל על מתנחלים ישראלים, אשר באותה עת מממש רשאים להתגורר ברחבי הגדה המערבית ולהביא לשם את כל בני משפחותיהם, קרוביהם וחבריהם, באין מפריע ובלא כל מגבלות: בלא כל תלות במהות הקירבה המשפחתית, בלא צורך בהיתרים או אישורים, בלא "קריטריונים" למיניהם.

183. האירוניה שבהתנהלות זו בולטת במיוחד, לאור העובדה שבניגוד לתושבי השטחים הכבושים, אשר אין כל הוראה חוקית או צו כלשהו אשר מגביל את מגוריהם ושהייתם בגדה המערבית (בין אם באו מעזה ובין אם מהגדה, ותהא כתובתם הרשומה אשר תהא), הרי שמתוקף ההכרזה הכללית על הגדה המערבית כ"שטח סגור" משנת 1967, קבע המפקד הצבאי בצו מפורש כי קבוצת אנשים מסוימת ויחידה אכן נדרשת במפורש לקבל "תעודת היתר אישית" על מנת "להעתיק את מקום המגורים לאזור באופן קבוע": **ישראלים**.

184. הצו המסדיר את תנועתם של ישראלים לתוך הגדה המערבית (היתר כניסה כללי (מס' 5) (תושבים ישראלים ותושבי חוץ) (יהודה והשומרון), תש"ל-1970) קובע בסעיף 2(6) כי אחד התנאים לכניסת **ישראלים** לאזור הוא:

אין להעתיק את מקום המגורים לאזור באופן קבוע או ארעי אלא על-פי תעודת היתר אישית שניתנה על-ידי מפקד צבאי.

העתק היתר כניסה כללי (מס' 5) (תושבים ישראלים ותושבי חוץ) (יהודה והשומרון), תש"ל-1970 מצורף ומסומן ע/14.

185. למותר לציין, כי ככל הידוע לעותרים, אין אף לא מתנחל ישראלי אחד בשטחים הכבושים, אשר החזיק או מחזיק ב"תעודת היתר אישית" לשם העתקת מקום מגוריו לשטחים, והאירוניה בולטת:

הנוהל החדש מטיל מגבלות קיצוניות על שהייתם ומגוריהם בשטחים של פלסטינים - התושבים המקוריים של השטחים, שהם גם תושבים מוגנים על פי הדין הבינלאומי, ואשר אין בעניינם כל הוראה חוקית המגבילה זאת - ואינו חל על המתנחלים, ששהייתם ומגוריהם בגדה המערבית עומדים בניגוד גמור לדין הבינלאומי ואשר נדרשים במפורש - על פי החקיקה הצבאית - להחזיק בהיתרי שהייה ולקבל היתרי השתקעות אישיים בכתב.

חריגה קיצונית מעקרון המידתיות

186. מעבר לכל האמור, הרי שהמשיבים מחוייבים לפעול **בהתאם לעקרון המידתיות**. אולם המשיבים, בנוהל שקבעו, מפירים באופן בוטה וחמור את חובתם לפעול במידתיות.

עקרון המידתיות הפך לעיקרון כללי של דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי... השימור הנרחב בעקרון המידתיות בפרקטיקה מלמד שיש קשר הכרחי בין תכליתן של אמנות זכויות האדם ככלי לקידום זכויות אדם בסיסיות לבין הצורך לוודא שהגבלת זכויות אדם תהא תמיד מידתית, קרי תאזן כראוי בין כל האינטרסים והזכויות של הנוגעים בדבר.

אם כך, **יש לקרוא את עקרון המידתיות לתוך כל מסגרת המגבילה זכויות אדם בעקרון-על התוחם את גבולות המגבלה**.

(יובל שני, השימוש בעקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי (2009); ההדגשה הוספה).

187. בית המשפט התייחס בהרחבה לעקרון המידתיות ואופן החלתו, בפסק הדין שניתן לאחרונה בבג"ץ 2150/07 אבו צפייה נ' שר הביטחון (טרם פורסם; 29.12.09) (להלן: **פרשת כביש** : (443):

על-פי עקרון המידתיות, ניתן להגביל את חירותו של הפרט כדי להגשים מטרות ראויות, ובלבד שההגבלה הינה מידתית (עניין בית סוריק, בעמ' 837). עקרון המידתיות שואב את כוחו מהמשפט הבינלאומי כמו גם מעקרונות היסוד של המשפט הציבורי הישראלי (עניין מראעבה, בעמ' 507). כדי לעמוד בתנאי המידתיות, על המפקד הצבאי הנטל להראות כי קיימת התאמה בין האמצעי הננקט על-ידו לבין המטרה (מבחן המשנה הראשון של המידתיות); כי האמצעי הננקט הוא זה שפגיעתו בפרט היא הפחותה מבין החלופות האפשריות (מבחן המשנה השני); ושקיים יחס ראוי בין הפגיעה בחירויות הפרט הנובעות מן השימוש באמצעי, לבין התועלת שתצמח מהפעלתו (מבחן המשנה השלישי, הידוע גם כ"מבחן המידתיות במובן הצר") (עניין מוראר, פסקה 18; כן ראו עניין בית סוריק, בעמ' 840).

[...]

בגדרי מבחן המשנה הראשון, נבחן, כאמור, האם קיים קשר רציונאלי בין האמצעי שננקט – סגירת הכביש לתנועת כלי רכב פלסטיניים, וכפועל יוצא, הגבלת חופש התנועה של תושבי האזור הנתונים לתפיסה לוחמתית, לבין המטרה – שמירה על ביטחון המדינה ואזרחיה וביטחון האזור [...]

בגדרי מבחן המשנה השני, נדרש כי האמצעי הננקט הוא בעל הפגיעה הפחותה בפרט מבין קשת האפשרויות של האמצעים המתאימים [...]

בגדרי מבחן המשנה השלישי יש להראות שנקיטת האמצעי הנדון תעמוד ביחס ראוי לתועלת שתצמח מהפעלתו. בלשונו של הנשיא א' ברק:

"מבחן משנה זה בוחן את התועלת מול הנזק ... על-פיו, החלטה של הרשות השלטונית צריכה לקיים איזון סביר בין הצרכים של הכלל לבין הפגיעה בפרט. מטרת הבדיקה היא לבחון אם חומרת הפגיעה בפרט והטעמים המצדיקים אותה הם ביחס ראוי זה לזה. הערכה זו נעשית על רקע המבנה הנורמטיבי הכללי של מערכת המשפט, המכיר בזכויות האדם ובצורך להבטיח את צורכיהם ואת רווחתם של התושבים המקומיים, והשומר על 'כבוד המשפחה וזכויותיה' ... כל אלה מוגנים במסגרת הדינים ההומניטאריים של תקנות האג ... ושל אמנת ג'נבה הרביעית" (עניין בית סוריק, בעמ' 850).

וכפי שנקבע בעניין עדאלה:

"מבחן משנה זה קובע, איפוא, מבחן ערכי המבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים הנוגדים זה את זה.... הוא משקף את התפיסה כי ישנן פגיעות בזכויות האדם שהן כה חמורות, שאין לאפשר את פגיעתן בחוק, גם אם תכליתו של החוק ראויה, הסדריו רציונליים ואין בנמצא אופציה סבירה הפוגעת בהם פחות. הערכת האיזון בין עוצמת הפגיעה בזכות האדם לעוצמת האינטרס הציבורי הפוגע בזכות נעשית על רקע מכלול ערכיה של שיטת המשפט" (שם, פסקה 75).

(פסקאות 29-32 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).

188. בענייננו מדובר בנוהל שחורג באופן קיצוני מעקרון המידתיות:

תכליתו של הנוהל ומבחן המידתיות הראשון

189. כאמור לעיל, על פניו דומה שהנוהל לא נועד אלא להגשים תכליות פסולות – הנגועות ומונעות משיקולים זרים פוליטיים ואולי אף דמוגרפיים.

190. כל שנטען בנוהל בעניין זה, הוא שהוא נקבע "על רקע המצב הביטחוני", אולם המשיבים לא הבהירו עד עתה מהם בדיוק אותם נימוקים "ביטחוניים" לכאורה. דהיינו, מהי המטרה העומדת בבסיס הנוהל ומהו הקשר בין המטרה האמורה לבין האמצעי – פגיעה גורפת במשפחות ובתושבי השטחים הכבושים, שאינם חשודים ואינם מסכנים את ביטחוננו של איש.

191. מבחן המשנה הראשון של המידתיות דורש, שיתקיים קשר רציונאלי בין האמצעי שנקט לבין המטרה, אותה מבקשים להשיג.

192. וכבר נפסק ש :

מבחן הקשר הרציונלי אינו מבחן של קשר סיבתי טכני גרידא בין אמצעי לתכלית. גם כאשר שימוש באמצעי כלשהו עשוי להוביל להשגת המטרה המבוקשת עדיין אין משמעות הדבר כי מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי לתכלית וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית. הדגש במבחן הקשר הרציונלי הוא על היותו של הקשר רציונלי. משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר הגיון.

(בג"ץ 9593/04 ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, תק-על 2006 (2) 4362, 4375).

193. בענייננו מדובר באיסור שרירותי גורף, אשר חוסם באופן מוחלט כמעט את האפשרות לעבור מרצועת עזה לגדה המערבית ופוגע אנושות בחיי המשפחה של תושבי השטחים הכבושים – איסור אשר אינו תלוי כלל במידת הסיכון הביטחוני הנובעת מאדם זה או אחר, אלא ברשימת "קריטריונים" שרירותית לחלוטין.

מבחן המידתיות השני

194. מבחן המשנה השני של המידתיות דורש, שייבחר האמצעי, שפגיעתו הינה הקטנה ביותר. ברקע מבחן זה, יש לזכור כי בכל מקרה מתחייבת החלטה מושכלת ומאוזנת בדבר הסיכונים שיש ליטול, גם כאלה הנדרשים לשם ההגנה על זכויות האדם. עמדה על כך השופטת ביניש (כתוארה אז) בציינה :

לצערנו, דומה כי ההתמודדות בין ערך הביטחון לבין מידת הפגיעה בזכויות אדם לשם קיום הביטחון תלויה אותנו עוד שנים ארוכות. דווקא משום כך עלינו להקפיד על איזונים ראויים ומידתיים בכל הנוגע לפגיעה בזכויות לצורכי ביטחון. שיטת משטר המבוססת על ערכי הדמוקרטיה, אינה יכולה להרשות לעצמה נקיטת אמצעים שיתנו לאזרחי המדינה ביטחון אבסולוטי. מציאות של ביטחון אבסולוטי אינה קיימת בישראל ואף לא בשום מדינה אחרת. אשר על כן מתחייבת החלטה מושכלת ומאוזנת בדבר יכולתה של המדינה ליטול על עצמה סיכונים לשם הגנה על זכויות האדם.

(עניין עדאלה לעיל, פסקה 9 לפסק-דין של השופטת ביניש).

195. השאלה היא, אם כן, לא אם ניתן להשיג את המטרה במלואה באמצעי חלופי, אלא – אם האמצעים החלופיים, העומדים לרשות המשיבים, שאינם כוללים את האמצעי הפוגעני של שילוח גורפת של חופש התנועה, משיגים את מרבית היעדים, שהמשיבים הציבו לעצמם (ואשר עד עתה נותרו בגדר נעלם)? (ראו: מ' כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות" משפט וממשל ט (תשס"ו) 297, 317-318). נטל ההוכחה בעניין זה מוטל, כאמור, על המשיבים.

מבחן המידתיות השלישי ופגיעה גורפת בזכויות

196. ענייננו בפגיעות קשות בזכויות יסוד בעלות מעמד ועוצמה גבוהים ביותר. מדובר בפגיעות גורפות, רחבות, הפוגעות באופן אנוש בחיי המשפחה של אנשים רבים. הנוהל מפריד בין בני זוג, בין הורים לילדיהם, קורע משפחות ובהיבט רחב יותר, פוגע במרקם החברתי והדמוגרפי של תושבי השטחים הכבושים.

197. הלכה ידועה היא, שפגיעה בזכויות באופן גורף, ושלא על בסיס בדיקה פרטנית של כל מקרה ומקרה, היא (לפחות לכאורה) פסולה וחשודה בחוסר מידתיות.

198. סקירה מקיפה וממצה על דינם של הסדרים גורפים מצויה בפסק-דינו של הנשיא ברק, בעניין עדאלה, בסעיפים 69-73. הנשיא מציין, בין היתר:

הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון (ראו פרשת בן-עטיה, עמ' 15; פרשת סטמקה, עמ' 779). באחת הפרשות נדון הסדר גורף שמנע צירוף לשורות המשטרה של מועמדים מעל גיל שלושים וחמש. נקבע כי ההסדר אינו מקיים את הדרישה לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה שבמבחן המידתיות. בפסק דיני ציינתי כי:

המעביד יתקשה לקיים את 'מבחן הפגיעה הקטנה יותר', אם אין לו נימוקים כבדי משקל, שיש בהם כדי לשכנע כי מבחן אינדיבידואלי ימנע הגשמתה של המטרה הראויה אותה הוא מבקש להגשים (בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים, פ"ד נח(2), 358, עמ' 367).

בפרשה אחרת נפסלה הוראה לפיה אין ליתן תעודות עיתונאים לאנשי תקשורת פלסטינים. בפסק דינה ציינה השופטת ד' דורנר:

סירוב ללא כל בדיקה אינדיבידואלית להעניק תעודת עיתונאי, בשל מסוכנות אינהרנטית של כל העיתונאים הפלסטינים תושבי האזור - לרבות אלה הזכאים להיכנס לישראל ולעבוד בה - הוא האמצעי הפוגעני ביותר האפשרי. אמצעי זה פוגע בצורה חזקה באינטרס לעיתונות חופשית, שניתן היה למנוע על-ידי בדיקות ביטחוניות אינדיבידואליות מוצדקות להפגת הסכנה הביטחונית האישית הנובעת מתושבי האזור, ככל שסכנה כזאת קיימת מתושבים שעמדו בהצלחה בבדיקות הנדרשות לקבלת היתרי כניסה לישראל ועבודה בה (פרשת סייף, עמ' 77).

199. הנשיא מוסיף ומביא שם גם מהמשפט המשווה:

הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות. כך הדבר במשפטנו שלנו. כך הדבר במשפט המשווה... זוהי הגישה המקובלת בבית הדין האירופי לזכויות האדם. כך למשל, בפרשת Campbell v. United Kingdom, v (15 EHRR 137 (1993)) נפסק, כי חוק בריטי המתיר באופן גורף את בחינתם של דברי הדואר אותם מקבלים אסירים מעורכי דינם מפר את הזכות לפרטיות הקבועה בסעיף 8 לאמנה האירופית. נקבע, כי לצורך הגשמתה של התכלית הביטחונית שעמדה בבסיס החוק, די בבדיקות המתבססות על חששות אינדיבידואליים. כך הדבר גם במשפט הקהיליה האירופית. הדירקטיבה האירופית אשר מעגנת את זכותם של אזרחי המדינות החברות לאיחוד משפחות מאפשרת, בנסיבות מסוימות, חריגה

מהוראותיה, אך זאת בתנאי שהפגיעה בזכות תהיה מידתית ומבוססת על איום אינדיבידואלי ממשי ומוחשי (סעיף 27(2)):

Measures taken on grounds of public policy or public security shall comply with the principle of proportionality and shall be based exclusively on the personal conduct of the individual concerned. ... The personal conduct of the individual concerned must represent a genuine, present and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society. Justifications that are isolated from the particulars of the case or that rely on considerations of general prevention shall not be accepted.

וכך גם במשפט החוקתי האמריקאי :

המשפט החוקתי האמריקאי מכיר בדרישת המידתיות במובן האמצעי שפגיעתו פחותה כתנאי לחוקתיותה של פגיעה בזכות יסוד. פגיעות בזכויות יסוד חוקתיות (כגון חופש הביטוי, חופש הדת, חופש התנועה, ואיסור ההפליה) עשויות להיות חוקתיות, ובלבד שתעמודנה בדרישות ה"ביקורת הקפדנית" (strict scrutiny). בין מרכיביה של ביקורת זו מצויה הדרישה לפיה, מבין הדרכים האפשריות להגשמת התכלית הציבורית, על המדינה לבחור באמצעי שפגיעתו בזכות היא המועטה ביותר (least restrictive) (ראו L. Tribe, American Constitutional Law (2nd ed. 1988), 1037-8, 1451-1482; E. Chemerinsky, Constitutional Law (1997), 532). בפרשו דרישה זו, קבע בית המשפט העליון כי תנאי לקיומה של דרישת הפגיעה המועטה ביותר היא שהפגיעה בזכות היסוד תהיה על בסיס בחינה אינדיבידואלית (individualized considerations), ולא תבסס על איסור גורף (flat ban).

200. דברים דומים נקבעו, בהסכמת תשעה שופטים, בפרשת התיקון לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, בסעיף 37 לפסק-הדין). גם בעניין זה לא היו דברים אלו במחלוקת בין שופטי בית-המשפט.

כך, למשל, קובע המשנה לנשיא (בדימוס), חשין, כי :

פגיעה קולקטיבית תוצאתה היא קשה ופוגענית, וראוי לה למדינה דמוקרטית כי תימנע מאחוז בה. (סעיף 115 לפסק-דינו).

ואילו השופטת נאור כותבת בסעיף 20 לפסק-דינה :

איני חולקת על דברי חברי הנשיא לפיהם "הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות" (פיסקה 70 לפסק דינו של הנשיא). ככלל מקובל עלי, כי פגיעה בזכות יסוד תהיה חשודה בחוסר מידתיות אם היא נעשית על בסיס גורף ולא על בסיס של בחינה אינדיבידואלית.

201. צעדים גורפים, שאינם מבוססים על בדיקה אינדיבידואלית, לוקים אינהרנטית גם במימד של דה-הומניזציה. רומזת על כך, בעניין עדאלה, כבוד השופטת פרוקצ'יה, בדבריה על פרשת כליאתם במחנות של אזרחים אמריקאים ממוצא יפני :

פסיקת רוב שופטי בית המשפט העליון האמריקני בעניין Korematsu נחשבת בעיני רבים לאחת מן האפיזודות האפלות ביותר בהיסטוריה החוקתית של מדינות המערב...

הנסיבות באותה פרשה שונות בתכלית מאלה העולות בענייננו, אך הרוח המנשבת ברקע התפיסה החוקתית שהוחלה שם בדעת הרוב אינה זרה לטענות שנשמעו מפי המדינה בסוגיה שלפנינו. נישמר אנו מעשיית טעויות דומות. נימנע מפגיעה גורפת בציבור שלם החי בתוכנו הראוי להגנה חוקתית על זכויותיו; נגן על בטחון חיינו באמצעות אמצעי פיקוח אינדיבידואליים גם אם יש בכך כדי להעמיס עלינו מעמסה נוספת, ואפילו אם משמעות הדבר הותרת שוליים מסוימים של הסתברות לסיכון. נגן בכך לא רק על חיינו אלא גם על ערכי חיינו (בג"צ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70, 77). (סעיף 21 לפסק-דינה).

202. יתרה מכך: לא מדובר בנוהל זמני-רגעי המונע משיקולים ביטחוניים נקודתיים, אלא **בנוהל גורף, רחב וארוך טווח**, אשר נועד לחול משך שנים רבות (קובע תהליך של שבע שנים) ואשר גם החלתו בטווח הקצר עלולה לגרום לנזק בלתי הפיך לתושבי השטחים ולחיי המשפחה שלהם; להביא לשינויים דמוגרפיים, חברתיים, תרבותיים, כלכליים בשטחים בכלל; ולפגוע באופן בלתי הפיך בעקרון היסוד, לפיו עזה והגדה היו ועודם – מן הבחינה העקרונית המשפטית – יחידה טריטוריאלית אינטגרלית.

203. כאמור, מדובר בנוהל אשר עולה הרושם כי אינו אלא חלק ממדיניות רחבה, המונעת משיקולים **פוליטיים**, ואשר נועדה להשתמש במכוון באוכלוסייה האזרחית ובפגיעה בזכויותיה – ובתוך כך בזכות לחיי משפחה ובהפרדה של בני-זוג ושל הורים מילדיהם – **כמנוף לחץ פוליטי** על ממשלת החמאס. כאמור, קשה להימנע גם מן החשש כי מעורבים בעניין אף שיקולים דמוגרפיים פסולים.

204. יפים דבריו של כב' השופט לוי **בפרשת כביש 443** בהקשר זה:

עשייה שתכליתה מאמץ של בלימה, ועשויה לפיכך להצדיק פעולה חריפה גם אם ארעית, אפשר שתיתפש כבת תחולה מופרזת משנתברר כי קנתה לעצמה שבת ונעשתה לדבר קבע. ואף כי לעולם אין לדעת מראש, בטרם בחינתו של מכלול הנסיבות, מה תשמיע הפעלתם של מבחני המידתיות, הרי ניתן לומר כי, דרך כלל, נקיטתו של אמצעי גורף היא "חשודה" מן הבחינה החוקתית.

צעדים מוחלטים דורשים, אף יותר מן הרגיל, הנמקה מבוססת שבכוחה לשכנע בדבר הצידוק שבנקיטתם. זאת, בשל הסתירה המובנית בין פעולה באורח גורף לבין הגנה על זכויות (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, בפסקה 21 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (טרם פורסם, 14.5.06)).

סיכומם של דברים

205. המשיב אינו רק מופקד על התפקוד התקין של המינהל בשטחים – הוא גם מהווה רשות מינהלית בפני עצמו.

206. בכובעו כרשות מינהלית, מוגבל שיקול דעתו של המשיב לשיקולים ענייניים בלבד. עליו לתת את דעתו על זכות היסוד לחיי משפחה. עליו לשים כנר לרגליו את פסיקת בית-משפט נכבד זה, לפיה הזכות לחיי משפחה כוללת את הזכות של אדם לקיים בארצו חיי משפחה משותפים

עם בחיר לבו. הוא רשאי לשקול כנגד שיקול זה סיכונים שאדם פלוני עשוי ליצור לביטחון האזור, אם ייכנס אליו. אין הוא רשאי לנקוט איסורים גורפים.

207. ומדוע מסרב המשיב לטפל בבקשות שאינן מועברות על ידי הגורם הפוליטי המסוים? ומהו הטעם לסירוב של המשיב להפעיל שיקול דעת כלל – אלא במקרים שהם מלכתחילה חריגים שבחריגים, קיצוניים שבקיצוניים? טעם זה הוא טעם פסול. טעם שריח של ענישה קולקטיבית עולה ממנו. טעם של הפיכת חיי המשפחה של אדם לקלף מיקוח במשא ומתן מדיני. טעם העומד בניגוד לחובותיו של המשיב על-פי המשפט ההומניטארי הבינלאומי ועל-פי משפט זכויות האדם – הישראלי והבינלאומי כאחד.

208. וזאת נזכור: זכויות האדם אסור להן להיות שבועות כבנות ערובה בידיהם של מהלכים מדיניים.

אין תחולה לדוקטרינה של חוסר שפיטות מוסדית במקום שהכרה בה עשויה למנוע בחינה של פגיעה בזכויות אדם.

(בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 50).

וגם זאת נזכור:

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.

(עניין עדאלה, פסקה 21 לפסק דינו של הנשיא ברק).

209. המשיבים נושאים באחריות כלפי תושבי השטחים – כלפי הנשים והגברים, ההורים והילדים. אנשים אלו, בשר ודם, אין להתייחס אליהם כאל כלי משחק על-גבי לוח שחמט דמיוני שמשחקים אותו דיפלומטים באולמות ספוני עץ בושינגטון או באוסלו.

על המשיבים להתייחס אל חיי המשפחה של תושבי השטחים לא כאל יעד מבוצר או מעבדת נפץ, אובייקט לגיטימי להתקפה. עליהם להביט בעיני הפונים אליו לא דרך כוונת הרובה אלא במשקפי החוק והמצפון.

מכל הטעמים הללו מתבקש בית-המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי, כמבוקש בראש העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפוך את הצו על-תנאי להחלטי ולחייב את המשיבים בהוצאות העותרים ושכ"ט דין.

ירושלים, 15.3.2010

עידו בלום, עו"ד
ב"כ העותרים

(ת.ש. 37230)