

בעניין:

1. _____ רישה, ת.ז. _____
תושבת הרשות הפלסטינית
2. _____ רישה, ת.ז. _____
תושב הרשות הפלסטינית
3. _____ רישה, ת.ז. _____
קטין, באמצעות אמו ואביו, העותרים 1, 2
4. _____ רישה, ת.ז. _____
קטין, באמצעות אמו ואביו, העותרים 1, 2
5. _____ רישה, ת.ז. _____
קטין, באמצעות אמו ואביו, העותרים 1, 2
6. _____ רישה, ת.ז. _____
קטינה, באמצעות אמה ואביה, העותרים 1, 2
7. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.**

ע"י ב"כ עוה"ד נירית היים (48783) ו/או עידו בלום
(מ.ר. 44538) ו/או עביר ג'ובראן-דקואר (מ.ר. 44346)
ו/או יותם בן הלל (מ.ר. 35418) ו/או חוה מטרס-
עירון (מ.ר. 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ.ר. 37566)
ו/או יוסי וולפסון (מ.ר. 26174)
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. **המפקד הצבאי לגדה המערבית**
2. **מתאם פעולות הממשלה בשטחים**

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על-תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא ולנמק:

- א. מדוע לא יטפלו בפניות הדחופות מטעם העותרים אליהם;
- ב. מדוע לא ינפיקו לעותרת 1 (להלן: **העותרת**), בעלה וילדיה, העותרים 2-6, היתרים לצורך מעברם מרצועת עזה לגדה המערבית, לביקור אביה של העותרת ושאר בני משפחתה, האבלים על מות אמה של העותרת, ולצורך שובם מהגדה המערבית לביתם שברצועת עזה.

בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה, נוכח היעדר טיפול ומענה ענייני מצד המשיבים לפניות העותרים אליהם, החל מן התקופה בה אמה המנוחה של העותרת שכבה על ערש דווי בבית החולים ובהמשך לכך, לאחר שאמה של העותרת הלכה לעולמה.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרת 1, פלסטינית ילידת 1975, נולדה בטול כרם ומתגוררת כיום ברצועת עזה עם בעלה, העותר 2 וארבעת ילדיהם, העותרים 3-6.
2. העותרת 7 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה רשומה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
3. המשיב 1 הוא המפקד הצבאי, האחראי על שטח הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בשטחי הגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה כארבעים שנה. המשיב 1 הוא בעל הסמכות להתיר את מעברם של פלסטינים אל הגדה וממנה.
4. המשיב 2, מתאם פעולות הממשלה בשטחים, הוא האחראי על יישום מדיניות ישראל בגדה המערבית וברצועת עזה, וממונה, בין היתר, על מינהלת התיאום והקישור לרצועת עזה.

עניינה של העתירה

5. אמה של העותרת, הגב' _____ מלחם (ת.ז. _____), הלכה לעולמה ביום 21.9.2008, כשהיא בת 62. שבועיים לפני מותה, הוגדר מצבה הבריאותי של הגב' מלחם "קריטי" והיא אושפזה בבית החולים ת'אבת ת'אבת בטול כרם, כשהיא מחוברת למכונות הנשמה.
6. עם אשפוז, ביקשה בתה, העותרת, לתאם את יציאתה מעזה לגדה המערבית באופן דחוף, יחד עם בעלה וילדיה הקטינים (העותרים 2-6), על מנת לבקר את אמה שם, ביודעה כי זו עשויה להיות הזדמנות אחרונה לראות את אמה בחיים.
7. בזמן ההמתנה לטיפול המשיב 2 (להלן: **המשיב**) בבקשתה, אשר הוגשה באמצעות הוועדה האזרחית בעזה, חלפו שבועיים ימים ובינתיים נפטרה האם, מבלי שעלה בידי העותרת לפגוש את אמה.
- מצ"ב העתק דו"ח רפואי מיום 7.9.08 עם אושפוז של הגב' מלחם בבית חולים והעתק תעודת פטירתה, מצורפים ומסומנים **ע/1** ו-**ע/2**.
8. המשיב טרם התייחס באופן ענייני לבקשות העותרים, זאת על אף פניות חוזרות ונשנות בכתב ובעל פה, גם באמצעות העותרת 7, על מנת להתיר את מעברם של העותרים 1-6 מעזה לגדה המערבית.

מיצוי הליכים

9. עם אשפוזה של הגב' מלחם, אמה של העותרת, בבית החולים, פנתה העותרת אל המשיב באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית ברצועת עזה, כדי לתאם את מעברה לגדה המערבית יחד עם העותרים 2-6, על מנת שיוכלו לבקר אצל האם, בעודה בחיים.

10. ביום 22.9.08 הועברה, באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית ברצועת עזה, בקשה שנייה מטעם העותרת, לתיאום דחוף של מעברה מעזה לגדה המערבית, עם העותרים 2-6. אמה של העותרת, כבר לא הייתה אז בין החיים, והעותרים 1-6 ביקשו להשתתף בטקס הלוויה ועל כן לתאם את מעברם לגדה המערבית באופן דחוף. אל הבקשה צורפה תעודת הפטירה של האם.

העתק אישור הוועדה האזרחית על העברת הבקשה ביום 22.9.08 מצורף ומסומן ע/3.

11. ביום 7.10.08, משלא נתקבלה כל תשובה מטעם המשיב, פנתה נציגת המוקד להגנת הפרט בטלפון אל המוקד ההומניטארי במנהלת התיאום והקישור של המשיב בעזה (להלן: מת"ק עזה), לברר מה עלה בגורל הפנייה. התשובה שנתקבלה באותה שיחה הייתה כי סטאטוס הטיפול בפנייה הוא "לא רלוונטי". דהיינו, הפנייה מן הוועדה האזרחית התקבלה במת"ק ומופיעה ברישומים, אך מסיבה לא ידועה הוחלט בשלב כלשהו כי "אינה רלוונטית" עוד.

12. באותה שיחה ביקשה נציגת המוקד להגנת הפרט מנציגת המשיב במת"ק עזה, לברר מה פשר הגדרת סטאטוס "לא רלוונטי", תוך שימת הדגש על כך שהבקשה הדחופה מיום 22.9.08, הייתה בקשה דחופה – שנייה – אשר טרם טופלה על ידי המשיב וכי העותרים 1-6 מצפים לתיאום מעברם, כדי שיוכלו לשבת בקרב בני משפחתם בזמן האבל על האם המנוחה.

האם יכול להיות, שהידיעה על פטירת האם המנוחה, באמצעות בקשה שנייה מטעם העותרים 1-6, הפכה את בקשתם הראשונה ל"לא רלוונטית" וייתרה בעיני המשיב את המשך הטיפול בתיאום המעבר מעזה לגדה?

13. ביום 7.10.08 ערכה נציגת המוקד להגנת הפרט בירור חוזר בעניינם של העותרים 1-6, על מנת להבין מה הסטאטוס של הטיפול בבקשת העותרים. התשובה שקיבלה מסרן מוטי סטלוביץ, ס' רע"ן אג"מ במוקד ההומניטארי, הייתה: "היו צריכים לפנות לוועדה האזרחית". כך, אף על פי שנציגת המוקד להגנת הפרט הבהירה שוב, כי מדובר בשתי בקשות שאכן הועברו באמצעות הוועדה האזרחית. כזכור, מן המוקד ההומניטארי נמסר כי הפנייה אף מופיעה ברישומי המת"ק (תחת הכותרת התמונה "לא רלוונטי").

14. ביום 12.10.08 פנו העותרים במכתב אל מת"ק עזה, וביקשו את תיאום מעברם של העותרים 1-6 לביקור אביה של העותרת ושאר בני משפחתה האבלים.

במכתב תוארה שוב השתלשלות האירועים, צויין שוב, כי בזמן ההמתנה לטיפול המשיב בבקשת העותרת, נפטרה האם. המוקד הדגיש את הפגיעה החמורה בזכויות העותרים 1-6,

וציין כי המשך ההשתתפות בטיפול בעניינה של העותרת, בכל יום שחולף, אך מחמיר את הפגיעה.

העתק המכתב מיום 12.10.08 מצורף ומסומן ע/4.

15. ביום 13.10.08, בשיחת טלפון שיזמה נציגת המוקד להגנת הפרט עם מת"ק עזה, נמסרה לה התשובה: "על העותרים לפנות לוועדה האזרחית". לאור האמור ובייאוושה כי רב, ביקשה נציגת המוקד להגנת הפרט את התשובה במכתב.

העתק מכתב מת"ק עזה מיום 13.10.08 בעניינה של העותרת מצורף ומסומן ע/5.

16. לעותרים לא נותרה כל ברירה אלא לפנות לבית משפט נכבד זה בעתירה דחופה.

הטיעון המשפטי

17. אין, ולא יכולה להיות מחלוקת, בדבר אופייה ההומניטארי של פניית העותרים אל המשיב על גורמיו השונים. כיוצא בזאת, אין, ולא יכולה להיות מחלוקת, בדבר זכותם של העותרים 1-6 לצאת את רצועת עזה ולהיכנס לגדה המערבית. החובה המוטלת על המשיב לכבד את חיי המשפחה מחייבת זאת. האנושיות הבסיסית מחייבת זאת, בבחינת המובן מאליו שאינו טעון ראייה.

18. ואולם, המשיב נוהג כאילו זמנו בידו, תוך אדישות מוחלטת לכך שכל יום נוסף של עיכוב וסחבת מצידו, הוא יום נוסף של המתנה חסרת תוחלת לעותרים 1-6 ולמשפחתם, יום נוסף בו נגרמים להם סבל ועגמת נפש. לא מיותר להזכיר שוב כי, השתהותו של המשיב היא זו שמנעה מן העותרים להיפרד מאמה של העותרת ולחלוק לה כבוד אחרון לפני שהלכה לעולמה.

19. הפניות החוזרות של העותרים וניסיונותיהם לקבל מענה ענייני מהמשיב עלו בתוהו תוך כך שהמשיב נאחז בתשובתו לפיה "על העותרים לפנות לוועדה האזרחית", זאת על אף שפניות כאלו, באמצעות הוועדה האזרחית בהתאם לנוהלי עבודת המשיב, כבר הוגשו. הכל על מנת שלא לטפל בבקשות העותרים.

התנהלות כזו עומדת בהתנגשות חזיתית עם חובותיו של המשיב. לעניין חובות המשיב כרשות מינהלית יפים דבריו של הנשיא ברק בבג"צ עג'ורי :

נוסיף, כי בצד הכללים של המשפט הבינלאומי החלים בענייננו, חלים גם עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, כגון כללי הצדק הטבעי. אכן, כל חייל ישראלי נושא עימו בתרמילו הן את כללי המשפט הבינלאומי והן את כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי הנוגעים לעניין.

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

20. ככל רשות מינהלית, מוטלת על המשיב החובה לטפל ולדון בבקשות המופנות אליו בצורה עניינית ולגופו של עניין. כדבריו של כב' השופט זילברג, שנכתבו לפני כששים שנה:

קיימת חובה אחת, כללית, יסודית, המוטלת על כל רשות המדינה, והיא: שלא לקפח את האזרח, ושלא להפלותו לרעה לגבי קבלת שירות כלשהוא – מן השירותים שלכך נוצרה הרשות, ושיש בידה, במקרה הקונקרטי, לתתם...

לא יוכל הפקיד שלא לעיין כלל בבקשת האזרח או לעיין בה שטחית – ולזרוק אותה הסלה. שומה עליו על פקיד המדינה, לעיין בכובד ראש בכל בקשה המובאת לפניו, עד כמה שהיא נתונה בתחום סמכותו, ולהחליט בה.

(בג"ץ 35/48 ברסלב נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ב 330, 334 (1949)).

21. כב' השופט שמגר, גם הוא הדגיש את חובתו של עובד הציבור לסייע לאזרח הפונה אליו – ולא להטריחו ולשלחו הלוך ושוב:

הננו חוזרים ומדגישים בהקשר זה כי על עובד הציבור לסייע בידי האזרח הפונה אליו בלב פתוח ובנפש חפצה, ואין להטריחו ולהרחיקו ב-"לך ושוב", אם בירור או פתרון הבעיה יכול להיעשות על ידי פעולתו של עובד הציבור.

(בג"ץ 5489/91 פופ נ' רשות הרישוי, תק-על 92(2), 919 (1992)).

22. בית המשפט ביטא בעבר, בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים, את החומרה הרבה שבהתנהלות של עיכובים ואי מתן מענה ענייני מצד הרשות:

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

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

23. במקרה אחר מתחה כב' הנשיאה ד' ביניש ביקורת קשה על התנהלות של סחבת באמצעות דרישות להגשת בקשות חוזרות ונשנות:

אי אפשר להתעלם מהתנהלותם הבעייתית של המשיבים כלפי העותר, שהייתה כרוכה בסחבת בלתי-מוצדקת... כאשר רשות מינהלית מסוימת מתנהלת כלפי אזרח שבא עימה במגע או נזקק לשירותיה, באופן שבו התנהלו המשיבים כלפי העותר במהלך השנים כעולה מעובדות הפרשה שלפנינו, הדבר פוגע לא רק באינטרסים האישיים של האזרח הנפגע אלא אף באינטרס הציבורי הרחב הנוגע לאמון הציבור באותה רשות בפרט וברשויות המינהל במדינה בכלל.

במקרה הקונקרטי שלפנינו משמעותה המעשית של דרישה מן העותר כי יגיש בקשה חדשה ועדכנית... בלא שהמשיבים יכירו בכך שיש ליתן משקל לבקשותיו הקודמות ולפניותיו אליהם בעבר, הינה בבחינת מתן הכשר לדרך ההתנהלות שאפיינה את הטיפול בענייניו של העותר משך שנים, תוך מתן משקל אפסי לאינטרסים של העותר ולציפיותיו.

(בג"ץ 7373/02 פריש נ' שר הביטחון, תק-על 2007(2) 3979, 3985 (2007)).

24. אין צורך להכביר מילים נוספות לאור השתלשלות העניינים כפי שתוארה לעיל ולאור עמדתו של בימ"ש נכבד זה, כלפי התנהלות דומה לזו של המשיבים. בנקטו בכל דרך אפשרית על מנת להתנער מחובתו לטפל בפניותיהם של העותרים, פוגעת התנהלותו של המשיב קשות בזכויותיהם של העותרים ומנוגדת באופן קיצוני לחובותיו כרשות מינהלית.

חובת המשיבים להבטיח את חייהם התקינים של העותרים

חייה של אוכלוסייה, כחיינו של יחיד, אינם שוקטים על השמרים אלא מצויים בתנועה מתמדת, שיש בה התפתחות, צמיחה ושינוי. ממשל צבאי אינו יכול להתעלם מכל אלה. אין הוא רשאי להקפיא את החיים.

(דברי כב' השופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז' (4) 785, 805).

25. המשיבים אינם יכולים להתעלם מכך שגם בעת עימות נמשכים החיים. גם בעת עימות זכאים תושבי השטחים לממש את חיי המשפחה. המשיבים אינם יכולים לדרוש מהעותרים להמתין בעניין מימוש חיי המשפחה שלהם, ולכפות עליהם ניתוק עד אשר ישרור שלום.

26. תקנה 43 לתקנות האג, קובעת:

בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים...

27. החובה להבטיח את הסדר והחיים התקינים ולפעול למען צרכי החברה חלה על כל תחומי החיים האזרחיים:

הרישא של תקנה 43 לתקנות האג מעניק לממשל הצבאי סמכות ומטיל עליו חובה להחזיר ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים... אין התקנה מגבילה עצמה להיבט מיוחד של הסדר והחיים הציבוריים. היא משתרעת על הסדר והחיים הציבוריים בכל היבטיהם. על-כן חלה סמכות זו - בצד ענייני ביטחון וצבא - גם על נסיבות "אזרחיות" רב-גוניות, כגון נסיבות כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם.

(סעיף 18 לפסק דינו של כב' השופט ברק בבג"ץ ג'מעית אסכאן הנ"ל).

28. בהבטחת החיים התקינים, יש משקל רב לחלוף הזמן והשפעתו על האוכלוסייה:

אין המדובר דווקא על פעולה חד-פעמית אלא בחובה מתמשכת, וממילא אין לקיימה אלא בהתחשב בנסיבות, המשתנות מעת לעת, ותוך מתן תשומת לב ראויה לצרכים, שהזמן גרמם ומוסיף לגרמם עם חלוף העתים. הנסיבות בהן מדובר אינן ביטחוניות דווקא אלא גם נסיבות כלכליות, תברואתיות, תעבורתיות וכדומה.
[...]

משך הזמן... עשוי להשפיע על אופיים של הצרכים, וההכרח בביצוע התאמות והיערכות חדשה עשוי לגבור ככל שאורך הזמן רב יותר... במסגרת הפרשנות המשפטית לסימן 43 הודגשה על-כן לא אחת הזיקה בין יסוד הזמן לבין הלבוש, אותו ילבש קיום הוראותיו של סימן 43.

(בג"צ 69/81 **אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון**, פ"ד לז (2) 197).

29. במסגרת חובה זו רשאים המשיבים לשקול אך ורק שני סוגים שיקולים: שיקולי ביטחון מחד, וטובת האוכלוסייה המוגנת מאידך. כל שיקול אחר הינו בגדר שיקול זר.

על המפקד הצבאי של שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית למצוא איזון בין צרכי הצבא מזה לבין צרכי התושבים המקומיים מזה. במסגרת איזון עדין זה אין מקום למערכת שיקולים נוספת, שעניינה שיקולים מדיניים.

(בג"צ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5) 807).

30. במתחם האיזון בין צרכי הביטחון לצרכי האוכלוסייה, מוטלת על המפקד הצבאי חובה להגן על זכויותיהם של התושבים ולהעמיד לנגד עיניו את זכויות האדם שלהם:

אמנת האג מסמיכה את מפקד האיזור לפעול בשני תחומים מרכזיים: האחד - הבטחת האינטרס הבטחוני הלגיטימי של המחזיק בשטח, והשני - הבטחת צרכיה של האוכלוסייה המקומית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית... הצורך האחד הוא צבאי והאחר הוא צורך אזרחי-הומניטרי. הראשון מתמקד בדאגה לביטחון הכח הצבאי המחזיק במקום, והשני - באחריות לקיום רווחתם של התושבים.

בתחום האחרון מופקד מפקד האיזור לא רק על שמירת הסדר והביטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם, ובמיוחד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטריים שחובה על המפקד לשקול... בשיקוליו, על המפקד להתרכז בצרכיו של האיזור, ואל לו לשים לנגד עיניו את שיקוליה של המדינה שמכוח תפיסתה הצבאית את השטח מפעיל הוא את סמכויותיו.

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

31. מתשובות המשיב עולה בבירור כי מניעת מעבר העותרים 1-6 מרצועת עזה לגדה המערבית, אינה מבוססת על מידע ביטחוני כלשהו, שכן במקרים בהם הייתה מניעה ביטחונית ציינו זאת המשיבים במפורש. מניעת המעבר במקרה זה, מבוססת כל כולה, על מחדליו של המשיב לטפל באופן ענייני וראוי, בבקשות העותרים אליו.

32. המשיב פוגע בכך בזכויות היסוד של העותרים 1-6, בכבודם ובזכותם לשמירה על המרקם המשפחתי, ללא נימוק המצדיק זאת. על המשיב לערוך בדק בית ולהתייחס בכובד ראש למצב הקשה הנכפה כעת על העותרים 1-6 ובני משפחתם.

זכותם של העותרים לחיי משפחה

אין לו לאדם קשר נפשי חזק מהקשר שלו לבני משפחתו הקרובים. והקשר של אדם לילדיו ולבן-זוגו הוא החזק מכל. כך הם קשריה של אם לילדיה וכך הם קשריו של אב לילדיו. זה משפט הטבע, משפט שהוא חזק ונעלה מכל משפט.

(בג"ץ 4365/97 **פלוני נ' שר החוץ**, תק-על(1)99, (7).

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

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

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

ראו גם:

סעיף 46 לתקנות האג;

סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית;

סעיף 10 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966;

סעיפים 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966;

סעיף 12 וסעיף 16(3) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948;

סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם;

בג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 787.

34. הפגיעה בחיי המשפחה היא פגיעה העולה כדי פגיעה בכבודם של העותרים 1-6 כבני אדם.

(ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל העותרים ואח' נ' שר הפנים, תק-על 2006(2) 1754, פסקאות 25, 30-34 לפסק דינו של הנשיא ברק, ההכרה בזכות לחיי משפחה כזכות מוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התקבלה על ידי רוב השופטים והיא ההלכה הפסוקה.)

35. העותרת מתגוררת ברצועת עזה, עם בעלה וילדיה, העותרים 2-6. בתאריך 21.9.08 הלכה אמה

של העותרת לעולמה, לאחר שבועיים ימים, בהם הייתה מאושפזת במצב קשה בבית חולים בגדה המערבית. רצונה של העותרת, לבקר אמה החולה, יחד עם בעלה וילדיה, ובהמשך לכך לאחר שנפטרה האם, להשתתף בטקס הלוויה ובישיבת האבל, מהווה חלק בלתי נפרד מזכותם הטבעית של העותרים 1-6, לחיי משפחה.

הציפייה של כל אדם לקחת חלק באירועים בעלי משמעות מיוחדת בחייהם ובמותם של קרובי משפחתו היא טבעית, ומובנת מאליה. ההשתתפות באירועי שמחה כבאירועי אבל של בני משפחה קרובים היא חלק ממיוש הציפייה של האדם לחיי משפחה, בין בהיקפה הגרעיני, ובין בהיקפה הרחב. ציפייה זו נקשרת גם לאמונה ולמנהגי הדת.

רע"ב 844/07 - בנימין רביזדה נ' שירות בתי הסוהר ואח', תק-על 2007(1), 1161.

36. מחדלו של המשיב, על גורמיו השונים, להתיר מעברם של העותרים 1-6 מרצועת עזה אל הגדה

המערבית במקרה דנן, כמו גם מחדלו של המשיב על גורמיו השונים, להתייחס באופן ענייני ולגופם של דברים, במסגרת הבקשות שהופנו אליו על ידי העותרים, פגעו בצורה אנושה בזכותם החוקתית של העותרים 1-6 לחיי משפחה.

הזכות לחופש תנועה

הזכות לכבוד, לחופש תנועה ולאוטונומיה

37. לתושבי השטחים עומדת הזכות לנוע כראות עיניהם בתוך השטחים, לרבות בין רצועת עזה לגדה המערבית, המהוות יחידה טריטוריאלית אחת. זוהי זכותם המהותית והיסודית.

ראו לעניין הכרת מדינת ישראל ברצועת עזה והגדה כיחידה טריטוריאלית אחת:
סעי' 5 ל"הצהרת העקרונות" מיום 13.9.93, החתומה על ידי ישראל ואש"ף;
סעי' 23(6) להסכם עזה יריחו, "הסכם קהיר", שנחתם על ידי ישראל ביום 4.5.94;
סעי' 11(1) להסכם הביניים שנחתם על ידי ישראל בבית הלבן ביום 28.9.95;
סעי' 1(2) לנספח הראשון בהסכם הביניים, סידורי ביטחון;
המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (מנשר מס' 7);
בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2002(3), 1021;
בג"ץ 9586/03 סואלמה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נח(2) 342.

ראו לעניין זה, גם לאחר "תוכנית ההתנתקות":
הסכם המעברים בין מדינת ישראל לרשות הפלסטינית מיום 15.11.05.

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

ראו:
בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, פסקה 10;
בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם ו-21 אח' נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, פסקה 15;
בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האיזורי, תק-על 94(1) 1139, 1147.

39. הזכות לחופש התנועה היא המנוע שמניע את מארג זכויותיו של האדם, המנוע שמאפשר לאדם לממש את האוטונומיה שלו, את בחירותיו. כאשר מגבילים את חופש התנועה נפגע אותו "מנוע" וכתוצאה מכך חלק מהאפשרויות והזכויות של האדם חדלות מלהתקיים. כבודו כאדם נפגע. מכאן החשיבות הרבה המיוחדת לזכות לחופש התנועה.

40. 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.

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

42. חשוב לציין גם את סעיפים 41-43 (החלים בשטח מדינה המעורבת בקונפליקט) 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 ללמד, כי חופש התנועה של המוגנים בכל שאר הנסיבות היה חשוב מאוד למדינות החברות. רק במקום בו יש, ככלל, חובה לכבד את חופש התנועה, יש צורך לקבוע כללים מפורשים ודווקניים להגבלתו.

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

(בג"ץ עגורי לעיל, עמ' 1027).

43. 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.

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

45. בית המשפט הנכבד הכיר בעבר בכך שכאשר מפקד צבאי מפעיל סמכויותיו כלפי פלסטינים תושבי השטחים, עליו לעשות זאת תוך כיבוד כבוד האדם.

בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין... אין לפגוע בחייו או בכבודו כאדם, ועל כבודו כאדם יש להגן... חובתו של המפקד הצבאי על פי הכלל הבסיסי היא כפולה: ראשית, עליו להימנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה'שלישית'; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. זו חובתו ה'חיובית'.

(בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות האדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385).

זכות המעבר דרך ישראל

46. העותרים 1-6 אינם מבקשים להיכנס לישראל לשם שהייה בה. לעותרים אין כל עניין או רצון לשהות בישראל. כל שהם מבקשים הוא לעבור בין שני חלקי ארצם, המפוצלים מבחינה גיאוגרפית, כאשר ישראל שוכנת ביניהם.

הזכות העומדת על הפרק אם כן, אינה זכות הכניסה לישראל - אלא זכות המעבר דרכה.

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

נרחיב מעט ביחס לזכות זו:

48. 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.

49. 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), וכשאינן בו כדי לפגוע במדינה הנעברת. המעבר יכול שיהיה בתנאים שמטרתם להגן על אינטרסים לגיטימיים של המדינה הנעברת.

50. 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).

51. 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).

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).

52. זכות המעבר קיימת גם במקום שאין יחסי קירבה. 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) ומדינות שמפוצלות מבחינה גיאוגרפית (כמו השטחים הפלסטיניים).

53. 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 הנוהגת של מדינות. 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).

54. 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).

55. גישה זו משתקפת באמנות שעייגנו 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.

56. הוראות רלוונטיות מצויות באמנת ניו-יורק בדבר המעבר והסחר של מדינות הכלואות ביבשה (1965) (הנוסח המלא של האמנה מצוי ב-

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

Article 12 - Exceptions in case of emergency

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

Article 13 - Application of the Convention in time of war

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

זכות המעבר לעומת זכות הכניסה

57. זכות המעבר וזכות הכניסה הן זכויות שונות ונפרדות באופן מהותי – הן מבחינה משפטית והן מבחינה מעשית. כאשר מדובר במעבר משך השהייה הנדרש הוא קצר. זהו הזמן הקצר ביותר ההכרחי לשם גמיעת המרחק הנדרש בחציית חבל הארץ הרלבנטי. ביחס למטרת הכניסה, במקרה של מעבר אין לעובר כל עניין במדינה הנעברת, ומטרתו היחידה הינה להגיע למחוז חפצו, בצידה השני - המעבר הינו האמצעי בלבד, ולא המטרה. זאת כמובן, בשונה מכניסה, כאשר מטרתו של הנכנס היא עצם השהייה במדינה, ולעיתים אף מגורים או עבודה בה.

58. להבדל באופיין של שתי הזכויות, השלכות משמעותיות על רמת סיכון ביטחוני פוטנציאלי הנובע מכל אחת מהן, כמו גם על האפשרות לצמצם את הסיכון. להבדיל מכניסה לשם שהייה, המעבר מעורר סיכון ביטחוני קטן בהרבה. בנוסף לכך, כאשר מדובר במעבר, קל יחסית למדינה הנעברת לצמצם את הסיכון הביטחוני כמעט לחלוטין, באמצעות התניית תנאים ביחס למעבר. היא יכולה, למשל, לחייב נתיב מעבר מסוים, להעלות דרישות ביטחוניות שונות ואף לפקח באופן צמוד על ביצוען.

59. ניתן לראות כי היקפה של זכות המעבר רחב מהיקפה של זכות הכניסה לשם שהייה, ועל כן נדרשים נימוקים בעלי משקל רב יותר בכדי לפגוע בה.

סיכומם של דברים

60. כל שביקשו העותרים 1-6, הוא לעבור דרך ישראל כדי לחלוק כבוד אחרון לגבי מלחם, אמה של העותרת והסבתא של העותרים 3-6. בכל יום שחולף, ללא מענה ענייני מן המשיב על גורמיו השונים, כשהם רחוקים מאביה של העותרת, אשר התאלמן בטרם עת, ורחוקים מבני המשפחה המתאבלים על מות אמה של העותרת, אך מתעצמת הפגיעה בהם באופן בלתי סביר ובלתי מידתי.

61. נראה כי המשיב, עושה כל שלא ידו על מנת להתחמק מטיפול ראוי בבקשתם של העותרים 1-6, לעבור דרך ישראל על מנת להיכנס לגדה המערבית לביקור משפחתם האבלה.

תחילה, התעלם המשיב, על גורמיו השונים, מן הבקשה לתיאום המעבר בזמן שאמה של העותרת הייתה בין החיים, כשבועיים לפני מותה. בהמשך התעלם המשיב, על גורמיו השונים, מן הבקשה שהוגשה לתיאום המעבר דרך ישראל אל הגדה המערבית, לאחר פטירת אמה המנוחה של העותרת, כשביקשו העותרים 1-6, להשתתף בטקס הלוויה ואח"כ לממש את זכותם להשתתף בטקסי האבל, עם אביה של העותרת ויתר בני משפחתם.

62. בשל השתהות המשיב, לא נפרדו העותרים 1-6 מן הגבי מלחם, האמא והסבתא, ונשללה מהם הזכות להשתתף בטקס הלוויה. בכל יום שחולף, נשללת מהם הזכות לשבת בקרב בני המשפחה, האבלים על מותה.

63. השתהות כה ארוכה מצד המשיב והתעלמות מן החובה להתייחס לפניית העותרים לגופן, תוך זמן סביר ובאופן ענייני, חורגות ממתחם הסבירות ופוגעות באופן חמור בחיים ובזכויות יסוד.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד ברצועה ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפויי הכוח שאף הם ניתנו בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותרים לבין באי כוחם.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיבים, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

נירית היים, עו"ד
בי"כ העותרים

04 בנובמבר, 2008

[ת.ש. 38293]