

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 (מ"ר 48783) ו/או עידו בלום (מ"ר 44538) ו/או יותם בן הלל (מ"ר 35418) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או ליאורה בכור (מ"ר 50217).
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 מתוקנת למתן צו על-תנאי

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מתאריך 3.6.09, מוגשת בזאת עתירה מתוקנת למתן צו על-תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא ולנמק, 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.

התשתית העובדתית

עניינה של העתירה

1. עניינה של העתירה בבקשותיהם של העותרים 1-6 (להלן: **העותרים**) לצאת מרצועת עזה לביקור בגדה המערבית ולשוב לביתם ברצועת עזה.
2. אמה של העותרת הלכה לעולמה בתאריך 21.9.08, לאחר שהייתה מאושפזת משך שבועיים ימים בבית החולים על ערש דווי.
3. מאז שאושפזה אמה של העותרת בבית החולים, וגם לאחר מותה, נמנעו המשיבים, שוב ושוב, מלטפל בבקשותיהם של העותרים לצאת מעזה לביקור בגדה.
4. ניסיונם של העותרים להגיע לפתרון מעשי שיהיה בו כדי לייתר את העתירה, נכשל אף הוא, כפי שיפורט בהמשך, לאור סחבת ממושכת, תשובות תמוהות וסירוב מוחלט לתת מענה ברור לבקשה נוספת (שלישית) שהעבירו העותרים במסגרת ההליך המשפטי המתנהל.
5. כיום, מנותקת בעל כורחה מבני משפחתה, משתוקקת העותרת לעמוד לצד אביה, אשר התאלמן בטרם עת ולצד אחיה ואחיותיה ושאר בני משפחתה האבלים על מותה של האם, לשהות במחיצתם ולחלוק עמם את רגשות האובדן.

הצדדים

6. העותרת 1, פלסטינית ילידת 1975, נולדה בטול כרם ומתגוררת כיום ברצועת עזה עם בעלה, העותר 2 וארבעת ילדיהם, העותרים 3-6.
7. העותרת 7 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה רשומה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
8. 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.
9. המשיב 2 הוא מתאם פעולות הממשלה בשטחים, הוא האחראי על יישום מדיניות ישראל בגדה המערבית וברצועת עזה, וממונה, בין היתר, על מינהלת התיאום והקישור לרצועת עזה.

העתירה המקורית

10. אמה של העותרת, הגב' _____ מלחם (ת"ז _____), הלכה לעולמה בתאריך 21.9.08, 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.

11. עם אשפוזה, 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.
העתק דו"ח רפואי מתאריך 7.9.08, עת אישפזה של הגב' מלחם, מצורף ומסומן ע/1.
12. שבועיים ימים חלפו מאז פנתה העותרת בבקשתה הדחופה, אשר הוגשה באמצעות הוועדה האזרחית בעזה, ובינתיים נפטרה האם, מבלי שעלה בידי העותרת לראותה. (בדיעבד טענו המשיבים כי הבקשה הגיעה לידיהם יום לפני פטירתה של האם, אולם ממילא אין מדובר בפרט משמעותי, כפי שיובהר בהמשך).
13. בתאריך 22.9.08, בעוד עניין בקשתם הראשונה של העותרים נותר תלוי ועומד בלא כל מענה, הועברה באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית ברצועת עזה, בקשה שנייה.
14. אמה של העותרת כבר לא הייתה אז בין החיים, והעותרת ביקשה לתאם את מעברה, עם בעלה וילדיה, לגדה המערבית באופן דחוף, על מנת שתוכל להיות בקרב בני משפחתה האבלים. אל הבקשה צורפה תעודת פטירה.
העתקים מתעודת הפטירה ומאישור הוועדה האזרחית על העברת הבקשה ביום 22.9.08 מצורפים ומסומנים ע/2-3.
15. בחלוף כשבועיים ימים ומשלא נתקבלה כל תשובה מטעם המשיב גם לבקשה השנייה, פנתה נציגת המוקד להגנת הפרט בתאריך 7.10.08 בטלפון אל המוקד ההומניטארי במת"ק עזה, בניסיון לברר מה עלה בגורל בקשותיהם של העותרים.
16. התשובה שקיבלה במספר שיחות טלפון עם גורמים שונים במת"ק עזה באותו יום, הייתה כי סטאטוס הטיפול בפנייה הוא "לא רלוונטי" – ללא כל הסבר נוסף וללא נימוק.
17. דהיינו, הפנייה מן הוועדה האזרחית התקבלה במת"ק ומופיעה ברישומים אך משום מה הופסק הטיפול בה.
18. לאור האמור, פנתה נציגת המוקד להגנת הפרט לסרן מוטי סטלוביץ, ס' רע"ן אג"מ מת"ק עזה, וביקשה להבין מדוע טרם הונפק לעותרים היתר המעבר כמבוקש.
19. תשובתו של סרן סטלוביץ הייתה תמוהה עוד יותר, שכן לא היה בה כל הסבר או נימוק באשר להפסקת הטיפול בשתי הבקשות. תשובתו היחידה של סרן סטלוביץ הייתה לאקונית ועל פיה העותרים "היו צריכים לפנות לוועדה האזרחית".
20. בתאריך 12.10.08 פנו העותרים, באמצעות המוקד להגנת הפרט, במכתב אל מת"ק עזה. במכתב תוארה שוב השתלשלות האירועים וצויין שוב, כי בזמן ההמתנה לטיפול המשיב בבקשת העותרת, נפטרה האם. כן צויין כי בעקבות פטירת האם, הועברה בקשה שנייה מטעם העותרים באמצעות הוועדה האזרחית. במכתב הודגש כי ההשתהות בטיפול בעניינם של העותרים, פוגעת באופן חמור בזכויותיהם המוגנות ועל כן נתבקש היתר המעבר מרצועת עזה לביקור בגדה בהקדם.

העתק המכתב מתאריך 12.10.08 מצורף ומסומן ע/4.

21. למחרת יום הפנייה, בתאריך 13.10.08, שבה ופנתה נציגת המוקד להגנת הפרט טלפונית למוקד ההומניטארי, בניסיון נוסף להבין מדוע הפסיקו לטפל בעניינם של העותרים. אך שוב נמסרה התשובה הלאקונית והתמוהה: "על העותרים לפנות לוועדה האזרחית". ביאווה כי רב, ביקשה נציגת המוקד להגנת הפרט את הנימוקים לתשובה תמוהה זו במכתב.

22. במכתב תשובה מתאריך 13.10.08, לא הייתה כל התייחסות או מענה ענייני, אלא רק חזרה נוספת על התשובה הלאקונית, לפיה על העותרים לפנות "ראשית כל" לוועדה האזרחית הפלסטינית.

העתק מכתב התשובה מתאריך 13.10.08 מצורף ומסומן ע/5.

23. בתאריך 4.11.08 הוגשה העתירה המקורית, בה התבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי, לפיו יבואו המשיבים וינמקו מדוע לא יטפלו בפניות הדחופות מטעם העותרים אליהם ומדוע לא ינפיקו לעותרים 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.

ניסיונם של הצדדים לפתור את העתירה לגופה במסגרת ההליך המשפטי המתנהל

24. בעקבות הגשתה של העתירה ולאור דחיפות העניין, הורה בית המשפט הנכבד למשיבים להגיב בתוך 14 ימים.

25. בתאריך 20.11.08, תוך ניסיון למצוא פתרון מעשי לסוגייה, הודיעו המשיבים לעותרים כי אם תועבר באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית בקשה נוספת מטעם העותרים, הרי שהיא תטופל "במהירות האפשרית".

26. ואכן, מתוך תקווה כי יהיה בכך כדי לייצר את העתירה, הסכימו העותרים – תוך שמירה על טענותיהם העקרוניות – להעביר בקשה שלישית באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית.

27. לאור האמור, הגישו המשיבים בתאריך 24.11.08 בקשה להארכת מועד, בה ביקשו להגיש הודעה מעדכנת מטעמם, כדלקמן:

לעותרים נמסר, כי עליהם להעביר את בקשתם לישראל, באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית ואז זו תבחן לגופה. מטעם המשיבים נמסר גם כי כשתקבל בקשה בעניינם של העותרים מטעם הוועדה האזרחית הפלסטינית, יעשו כל מאמץ על מנת לטפל בבקשה במהירות האפשרית. לאור האמור, הודיעו העותרים למשיבים, תוך שמירה על טענותיהם העקרוניות, ועל מנת לפתור את עניינה של העתירה, כי ייפנו לוועדה האזרחית בהקדם, על מנת שזו תעביר את בקשתם למשיבים. בנסיבות אלה יבקשו המשיבים להגיש הודעה מעדכנת לבית המשפט הנכבד ביום 7.12.08; (ההדגשה הוספה נ.ה.).

28. אולם אז התברר, כי גם במסגרתו של ההליך המשפטי המתנהל, נמשך סיפור התעתועים בעניינם של העותרים. ניסיונותיהם של העותרים להעביר את בקשתם (השלישית) אל המשיבים נתקלו כולם במבוי סתום. לעותרים נמסר שוב ושוב, באמצעות נציגי הוועדה האזרחית הפלסטינית, כי המשיבים מסרבים - לעת הזו - לקבל בקשות.

29. בהמשך לאמור וכעולה מן התגובה לעתירה, בתאריך 22.12.09 התקבלה סוף סוף בצד הישראלי בקשתם השלישית של העותרים.

30. אך דווקא כשסוף סוף הצליחו העותרים להעביר את הבקשה, שהייתה אמורה להביא, אולי, לפתרון הסוגייה, ובניגוד גמור לנכונותם קודם לכן למצוא פתרון מעשי לעניין – הגישו המשיבים ביום המחרת, בתאריך 23.12.09, תגובה לבית המשפט, בה ביקשו לדחות את העתירה על הסף.

התגובה לעתירה המקורית

31. בתאריך 23.12.08 הגישו המשיבים תגובה מטעמם לעתירה המקורית.

32. מן התגובה לעתירה המקורית התברר, כי כפי שחשדו העותרים, אכן עם היוודע למשיבים כי אמה של העותרת הלכה לעולמה, לקחו הם את בקשתה של העותרת ו"השליכוה לפח" – על דעת עצמם ומבלי לטרוח להודיע לעותרים על כך.

33. המשיבים אף הגדילו לעשות, כאשר זיכו את הבקשה השנייה ביחס דומה, וגם היא הושלכה לסל כלאחר יד, בלא כל הודעה או הסבר. בתגובתם, טענו המשיבים בדיעבד, כי עשו כן מכיוון ש"המועד המבוקש לביקור חלף" – **כאילו אבלות אינה אלא אירוע נקודתי חד פעמי חולף!**

34. ראו העתק הקטע הרלוונטי מסעיף 5 לתגובת המשיבים לעתירה המקורית:

שתי הבקשות הללו נדחו, האחת כיוון שיום לאחר הגשתה נפטרה אמה של העותרת, ועל כן טעמי הבקשה הפכו להיות לא רלוונטיים, והשנייה כיוון שהמועד המבוקש לביקור חלף טרם היה סיפק בידי המשיבים ובכלל זה גורמי הביטחון לבחון את הבקשה לגופה. משחלף המועד לביקור המבוקש, גם בקשה זו הפכה לא רלוונטית.

35. אך מובן הוא, כי התשובה לפיה "חלף המועד הרלוונטי" בעניין בקשותיהם של העותרים, אינה מתיישבת עם השכל הישר. שכן יהא זה אבסורד לטעון כי המשיבים באמת סברו שחשיבות הביקור ונסיבות האירוע הקשה שפקד את משפחתה של העותרת, לא היו עוד וחלפו.

36. הרעיון לפיו בקשתו של אדם לבקר את בן משפחתו הגוסס תושלך לפח עם מותו, כאילו בכך "נפתרה הבעייה" ו"התייתר העניין", הוא בלתי מתקבל על הדעת ועומד בניגוד לעקרונות היסוד של מינהל תקין ואף ליחסי אנוש בסיסיים ממש.

37. על האופן בו ראוי לנהוג במקרים כאלה ניתן ללמוד דווקא מהתנהלותם של המשיבים עצמם במקרה אחר:

38. לפני כשנתיים פנה המוקד להגנת הפרט בדחיפות למשיבים, בעניינו של תושב השטחים אשר אביו שכב על ערש דווי בבית חולים בירדן, והוא ביקש לבקר – אולם יציאתו סורבה בטענה שהוא "מנוע".

39. בדומה לענייננו, סמוך לאחר הגשת הבקשה, נפטר האב בבית החולים בירדן.

40. מובן כי הידיעה על מותו של האב לא גרמה אז למשיבים להשליך את הבקשה לפח – אלא להפך, לזרז את הטיפול. לאחר שלושה שבועות, במכתב ובו התנצלות על התמשכות זמן הטיפול, מסרו מי מגורמי המשיבים השונים, כי הוחלט (כמובן ללא צורך בהגשתה של בקשה נוספת) לאפשר את יציאתו לירדן.

העתק התכתובות מצורף ומסומן ע/7.

41. מחדליהם של המשיבים להתייחס בדחיפות, וליתן מענה ענייני ולגופם של דברים לבקשות העותרים אליהם, מתוך הבנה של הסיטואציה ההומניטארית המיוחדת, פגעו באופן אנוש בכבודם של העותרים, בציפייתם הכל כך מוצדקת של העותרים לקחת חלק באירועים הקשים שפקדו את משפחתם, מחלתה של אמה המנוחה של העותרת, והמפגש וההתייחדות עם בני המשפחה בעקבות מותה של האם.

טיפול המשיבים בבקשה השלישית: סחבת ממושכת, תשובות תמוהות וסירוב מוחלט לתת מענה ברור

42. מאז שנודע כי בקשתם השלישית של העותרים התקבלה "בצד הישראלי", פנו העותרים שוב ושוב אל המשיבים על מנת לברר את סטאטוס הטיפול בבקשה השלישית. מן המשיבים נמסר שוב ושוב כי הבקשה "בטיפול".

43. בתאריך 19.2.09, לאחר חודשיים בה נמצאת הבקשה כביכול "בטיפול", נמסר לפתע ממשרדה של ב"כ המשיבים, באמצעות הסטודנטית אלה, כי בקשת העותרים (השלישית) "סורבה בשל העובדה שהועברה באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית ברצועת עזה, שכן העותרים אשר מענם הרשום הוא בגדה המערבית צריכים היו להגיש את בקשתם באמצעות המת"ק בגדה".

44. למותר לציין כי מדובר בתשובה תמוהה, לאור הודעותיהם החוזרות ונשנות של המשיבים לפיהן על העותרים להעביר את בקשתם באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית. ולא רק זו אף זו, על פי מדיניותם המוצהרת של המשיבים, בקשות לתיאום מעבר במקרים כאלה ניתן לשלוח באמצעות שני אפיקים מקבילים, באמצעות המת"ק הגזרתי או באמצעות הוועדה האזרחית.

העתק מכתבו של קצין פניות הציבור במת"ק ארז, בדבר האפיקים להגשת בקשות מעבר בין רצועת עזה לגדה, מצורף ומסומן ע/6.

45. לא רק זו אף זו, לא ברור לאורה של תשובה תמוהה זו, מדוע נמנעו המשיבים מלמסור את עמדתם כאמור לעיל, משך תקופה כה ממושכת (חודשיים ימים). שהרי במסירת עמדתם בשלב מוקדם יותר, היו חוסכים עוגמת נפש מרובה ומאפשרים לעותרים לשקול את צעדיהם.

46. ימים ספורים אח"כ נתבקשה ב"כ המשיבים, על ידי ב"כ העותרים, להעלות את נימוקי הסירוב כפי שנמסרו לה על ידי הסטודנטית, על הכתב, אך ב"כ המשיבים עמדה על שלה ומסרה כי "תשובה בכתב תימסר רק מהמת"ק".

47. ב"כ העותרים פנתה למת"ק, אולם מפקדת המוקד ההומניטארי מסרה כי "התשובה תימסר לעותרים רק באמצעות פרקליטות המדינה".

48. למעלה מן הצורך יצויין, כי ממילא ניסיונותיהם של בני משפחתם של העותרים להגיש בקשות בשמם באמצעות המת"ק בגדה נכשלו שלוש פעמים: בספטמבר 2008, עת הייתה אמה של העותרת בין החיים נכשל ניסיונם להעביר את הבקשה בשם העותרים, שכן לבני המשפחה נמסר כי על העותרים להגיש את בקשתם באמצעות הוועדה האזרחית ברצועת עזה. במהלך התקופה לאחר הגשתה של העתירה, נכשל ניסיון נוסף להגיש בקשה כאמור והניסיון האחרון, בחודש פברואר 2009, נכשל אף הוא.

49. לאור האמור, ולאחר שגם בקשתם השלישית של העותרים הושלכה לפח מבלי ליתן כל תשובה בכתב או לכל הפחות נימוק מתקבל על הדעת לכך, התבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון לשמיעת העתירה בהקדם האפשרי.

גירסה שנייה באשר לגורלה של הבקשה: "הבקשה עדיין בטיפול"

50. לקראת הדיון שנקבע לתאריך 3.6.09, פנו לפתע מי מגורמי המשיבים השונים אל העותרת ואל בעלה, העותר 2, בשיחות טלפון, בהן מסרו - בניגוד להודעתם האחרונה - **כי עניינם של העותרים עודנו מצוי בטיפול**, כפי שיפורט להלן.

51. מדובר בשתי שיחות טלפון שערכו מי שהציגו עצמם כ"קצינים מארז" ואשר היו בידיהם פרטים רבים אודות העותרת ובעלה, העותר 2. השיחות נסבו בעיקרן על הסיבות והנסיבות שהובילו להגשת הבקשות לתיאום הביקור בגדה, שאלות הנוגעות לאורח חייהם של העותרים ברצועה, והצעות של מי מגורמי המשיבים השונים "לעזור" לעותרים, אם העותרים יהיו מוכנים "לעזור" לכוחות הביטחון הישראליים, והכל בתנאי שישמרו את פרטי השיחה בסוד.

52. לאורם של אירועים אלו, פנתה ב"כ העותרים במכתב מתאריך 1.6.09 אל ב"כ המשיבים והלינה על התנהלותם של המשיבים, על תוכנם ואופיים של הדברים שמסרו ועל הפנייה הישירה של המשיבים אל העותרים, שלא באמצעות באי כוחם. העתק המכתב מצורף ומסומן ע/8.

53. בתשובה מסרה ב"כ המשיבים בתאריך 2.6.09 בשעות הצהריים, כי מבירור שערכה עולה כי "הדברים אינם מוכחשים" וכן מסרה, כי למשיבים נמסר ע"י ב"כ, לא לפנות באופן ישיר אל העותרים.

גירסה שלישית באשר לגורלה של הבקשה: "הבקשה סורבה בינואר בשל הסגר"

54. לאור יצירת הקשר הישיר עם העותרת ובעלה, העותר 2, על ידי מי גורמי המשיבים השונים, נערך שוב בירור בעניין בקשתם של העותרים במוקד ההומניטארי אשר במת"ק ארז.

55. אולם הפעם נמסר מן המוקד ההומניטארי כי בקשתם של העותרים סורבה בכלל בחודש ינואר "לאורו של הסגר על רצועת עזה".

56. יובהר, כי הנימוק בדבר "הסגר על רצועת עזה" נמסר בפעם הראשונה, שכן כזכור, רק בחודש פברואר 2009 נמסר כי הבקשה סורבה, בנימוק שונה (בטענה המוזרה שהבקשה הועברה שלא באפיק המתאים לכאורה).

הדיון בעתירה וגירסה רביעית באשר לגורלה של הבקשה: "הבקשה סורבה בשל אי עמידה בקריטריונים"

57. בתאריך 3.6.09 התקיים הדיון בעתירה המקורית.

58. במהלך הדיון מסרה ב"כ המשיבים גירסה רביעית באשר לבקשה השלישית, ולפיה הבקשה סורבה עקב "אי עמידה בקריטריונים", לאור העובדה שמדובר "בביקור משפחתי רגיל" להבדיל מ"ביקור אבל".

59. כאמור, תשובה ונימוק אלו נמסרו במעמד הדיון בפעם הראשונה, אך השימוש בהם מורה כי מדובר במעין שיטה החוזרת על עצמה – מחדלים בטיפול ומשיכת זמן הרבה מעל ומעבר לסביר, ולבסוף העלאת הטענה חסרת הבסיס כי "העניין איננו רלוונטי".

60. במהלך הדיון מתח בית המשפט הנכבד ביקורת על סירובם העקבי של המשיבים לתת תשובות ברורות לעותרים, וכן על כך שהמשיבים לא טרחו להגיש הודעת עדכון לבית המשפט ולפרט את השתלשלות העניינים ואת עמדתם הנוכחית.

61. כבי' השופטת נאור אף תהתה מדוע כיום, לאור הנסיבות, לא ניתן עדיין להתייחס למקרה כאל "ביקור אבל" – דהיינו ביקור מסוג העומד בקריטריונים הקבועים על ידי המשיבים.

62. בסופו של הדיון הורה בית המשפט הנכבד, כי לאור האירועים שאירעו מאז הגשתה של העתירה המקורית ולאור העובדה שהמדינה לא הגישה הודעת עדכון, תוגש במסגרת התיק עתירה מתוקנת, אשר לה תינתן תשובה מסודרת מטעם המשיבים.

הטיעון המשפטי

הפרת חובת המשיבים לפעול על פי עקרונות המשפט המינהלי

63. אין, ולא יכולה להיות מחלוקת, בדבר אופיה ההומניטארי של פניית העותרים אל המשיבים על גורמיהם השונים. כיוצא בזאת, אין, ולא יכולה להיות מחלוקת, בדבר זכותם של העותרים לצאת את רצועת עזה ולהיכנס לגדה המערבית. החובה המוטלת על המשיבים לכבד את חיי המשפחה, מחייבת זאת. האנושיות הבסיסית מחייבת זאת, בבחינת המובן מאליו שאינו טעון ראיה.

64. ואולם, המשיבים נהגו כאילו זמנם בידם, תוך אדישות מוחלטת לכך שכל יום נוסף של עיכוב וסחבת מצידם, הוא יום נוסף של המתנה חסרת תוחלת לעותרים ולמשפחתם, יום נוסף בו נגרמים להם סבל ועגמת נפש. לא מיותר להזכיר שוב כי, השתהותם של המשיבים והימנעותם שלא כדין ליתן מענה לבקשות ולפניות שהופנו אליהם, הם אלו שמנעו מן

העותרים להיפרד מאמה של העותרת ולחלוק לה כבוד אחרון, לפני שהלכה לעולמה והם שמנעו מן העותרים להתייחד עם בני משפחתם עקב מותה.

65. הפניות החוזרות של העותרים וניסיונותיהם לקבל מענה ענייני מהמשיבים עלו בתוהו, תוך כך שהמשיבים נאחזו בתשובתם לפיה "על העותרים לפנות ראשית כל לוועדה האזרחית", זאת על אף שפניות כאלו, באמצעות הוועדה האזרחית, בהתאם לנוהלי העבודה של המשיבים, כבר הוגשו. הכל על מנת שלא לטפל בבקשות העותרים.

66. ניסיונם של הצדדים לפתור את העתירה לגופה במסגרתו של ההליך המשפטי המתנהל, היה אף הוא, למצער, בעוכריהם של העותרים, שכן שוב נפלו העותרים אל תוך מלכודת הסחבת והתמשכות זמן הטיפול בעניינם על ידי המשיבים, כאשר בסופו של דבר, כל נימוק משתנה או מתחלף, שימש את המשיבים כעילה לסירוב לבקשה.

התנהלות כזו עומדת בהתנגשות חזיתית עם חובות המשיבים. לעניין חובות המשיבים 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"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2002(3), 1021 (2002)).

67. וככל רשות מינהלית, מוטלת על המשיבים החובה לטפל ולדון בבקשות המופנות אליהם 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"צ 35/48 ברסלב נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ב 330, 334 (1949)).

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

69. 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 (2005)).

70. 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 בעניינו 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)).

71. אין צורך להכביר מילים נוספות לאור השתלשלות העניינים כפי שתוארה לעיל ולאור עמדתו של בימ"ש נכבד זה, כלפי התנהלות דומה לזו של המשיבים. בנקטם בכל דרך אפשרית על מנת להתנער מחובתם לטפל בפניותיהם של העותרים, פוגעת התנהלותם של המשיבים בזכויותיהם של העותרים ומנוגדת באופן קיצוני לחובותיהם כרשות מינהלית.

החובה לפעול במהירות וביעילות והחובה ליתן מענה בכתב

72. העותרים החלו לפעול לתיאום המעבר מיד עם אשפוזה של אמה של העותרת, עקב מצבה הבריאותי הירוד שהוגדר אז "קריטי". בהמשך לכך העבירו את בקשתם לאפשר את המעבר גם לאחר מות אמה של העותרת. אך בקשותיהם החוזרות נותרו ללא כל מענה.

73. מן האמור ניתן להסיק, כי נציגי המשיבים השונים לא שמו לנגד עיניהם את החשיבות הרבה שבאבחון בקשתם של העותרים ואת הדחיפות העומדת בבסיסה, וכיוצא בזאת לא שמו לנגד עיניהם את הפגיעה הקשה בזכויותיהם המוגנות.

74. כפי שתואר לעיל, גם הטיפול בבקשתם השלישית של העותרים, אשר הועברה במסגרת ההליך המשפטי המתנהל, תוך הבטחה כי הבקשה תטופל במהירות, נמשך מעל ומעבר לזמן הסביר.

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

בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441, 451 (1994);

בג"ץ 7198/93 מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מח(2) 844, 853 (1994);

בג"ץ 5931/04 מזורסקי נ' מדינת ישראל – משרד החינוך, פ"ד נט(3) 769, 782 (2004);

בג"ץ 4212/06 **Avocats Sans Frontiers** נ' **אלוף פיקוד זרום**, תק-על 2006(2) 4751 (2006).

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

וכי בעניינים הנוגעים לזכויות אדם -

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

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

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

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

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

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

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

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

79. אף פקודות הצבא עצמן מחייבות מענה בכתב, בהקדם ולכל המאוחר בתוך 45 יום:

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

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

בסעיף 6.א. לפקודה נקבע כי:

מקום בו קיימת הצדקה לעיכוב מתן התשובה לפונה על-פי סעיף 5 לעיל - יודיע החייל לפונה, בכתב ובהקדם (אך לא יאוחר מ-45 ימים, מיום קבלת הפנייה), את הסיבה לעיכוב במתן התשובה....

80. כך, על אף החובה הכללית לפעול במהירות, תוך הקדשת מאמץ להימנע מפגיעה בזכויות, ועל אף החובה המפורשת – הן לפי חוק והן לפי פקודות הצבא להשיב לכל המאוחר בתוך 45 יום, נהגו המשיבים- שוב ושוב ושוב - כאילו רשאים הם לעכב מתן מענה, תוך התעלמות מהממתנינים לתשובותיהם.

התנהלות זו הינה בלתי סבירה ובלתי מידתית, וגורמת לפגיעה קשה בזכויותיהם של העותרים.

81. לאור האמור אף נוצר מצב בלתי מתקבל על הדעת לפיו העותרים נאלצו לפנות אל בית המשפט הנכבד על מנת לקבל מענה לפנייתם. ולעניין זה ראו דבריו של כב' השופט אוקון:

המשיבים הופכים את בית המשפט לסניף משנה שלהם: דלפק קבלה ומזכירות גם יחד. אילו היה מדובר בהטלת עומס עבודה על בית המשפט, ניתן היה לעבור על מחדלים אלה בלא כלום. ניתן לחשוב גם שיש דגמים מוצלחים יותר מאשר שיעבוד פרקליטות מחוז לטפול בבקשות המופנות אל משרד הפנים, והפיכתה לסדרנית עבודה של משרד זה. אולם, בפועל המשיבים מכבידים על העותרים, גורמים להם להוצאות מיותרות בעניינים של מה בכך, ומשאירים את ענייניהם תלויים ועומדים בלא מענה ממשי וענייני....

חובתו של בית המשפט היא לדאוג לעיגון עיקרון השירות, והכפפתן רשויות המדינה אליו... עקרון זה מחייב גישה רצינית לפניית הפרט, מניעת התעמרות, הטמעת ערכי שיוויון, ושירוש זכויות יתר של בעלי כוח שלטוני או כוח אחר. זכויות הפרט אינן מסתיימות במתן הצהרות חגיגיות. זכויות הפרט הן חומר של יום יום. אם הזכויות לא יעמדו במבחן המעשה, הן יהפכו עד מהרה למטבעות שחוקים המוטלים הלך ושוב, תוך יצירת אשליה חולפת של כיבוד זכויות, המתפוגגות בשל מחסומים בירוקרטיים בלתי עבירים, המוצבים על כל צעד ושעל.

(עת"מ (ירושלים) 769/04 אבו מיאלה נ' משרד הפנים (לא פורסם), 14.10.04).

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'מעייט אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785 (1983)).

82. 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.
83. מתשובות המשיבים עולה בבירור כי מניעת מעברם של העותרים 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 מחדלם של המשיבים לטפל באופן ענייני וראוי, בבקשות העותרים אליהם וליתן להן מענה ראוי, כדין.
84. מתשובותיהם של המשיבים לבקשה השלישית, אשר הועברה במסגרתו של ההליך המשפטי המתנהל, ניכר, כי המשיבים שוב עושים כל שלא ידם על מנת להימנע מלטפל בעניינם של העותרים. על כך מעידות התשובות השונות, הסותרות, והנימוקים המתחלפים שמסרו המשיבים, כפי שתואר לעיל.
85. המשיבים פוגעים בכך בזכויות המוגנות של העותרים, בכבודם ובזכותם לשמירה על המרקם המשפחתי, ללא נימוק המצדיק זאת. על המשיבים לערוך בדיק בית ולהתייחס בכובד ראש למצב הקשה הנכפה כעת על העותרים ובני משפחתם.

זכותם של העותרים 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 ממימוש 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 12007(1), 1161 (2007)).

86. רצונם של העותרים, לבקר את בני משפחתם לאחר שנפטרה האם, להתאחד עמם על מנת לחלוק ברגשי האובדן והאבל, מהווה חלק בלתי נפרד מזכותם הטבעית של העותרים לחיי משפחה.
87. השייכות למשפחה הינה חלק מה"אני" של האדם וככזו הינה חלק מכבודו. עמדה על כך כב' השופטת (כתוארה אז) בייניש בפרשת פלוני :

בעידן בו "כבוד האדם" הינו זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו...

(ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1), 160, (1997); ההדגשה הוספה).

88. כאשר נמנעת הזכות לחיי משפחה, נפגעים מאפייניה החשובים כל כך, כגון: תמיכה, עידוד מוראלי ועזרה פיזית, הגשמה עצמית, זהות וכתוצאה מכך מופרת בצורה קשה זכותו של אדם לכבוד.

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 199(1), 7 (1999)).

89. הזכות לחיי משפחה כוללת את הזכות של הורים וילדים, אחים, דודים ובני-דודים, אחיינים וסבים, לשמור על קשריהם המשפחתיים. בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים בקובעו כי:

חובתנו הראשונית והבסיסית לקיים, לטפח ולשמור על התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית - הלוא היא המשפחה הטבעית. [...] הקשר המשפחתי... מונח ביסוד המשפט הישראלי. למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם.

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

90. המשפחה הטבעית היא היחידה הבסיסית של החברה עליה מחויבים להגן. ראו דברי כב' השופט אלון:

התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמש והמבטיח את קיומה של החברה האנושית.

(ע"א 488/77 פלוני נגד היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3), 421, (1978)).

ראו גם דברי כב' השופט חשין:

אין לו לאדם קשר נפשי חזק מהקשר שלו לבני משפחתו... זה משפט הטבע, משפט שהוא חזק ונעלה מכל משפט.

(בג"ץ 4365/97 פלוני נ' שר החוץ, תק-על 199(1), 7 (1999)).

91. פעמים חוזרות ונשנות פסק בית משפט נכבד זה, כי ישראל מחויבת להגן על הזכות לחיי משפחה אף מכוחו של המשפט הבינלאומי. ראו דברי כב' השופט חשין:

ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות.

(בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 728 (1999)).

92. 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.

93. מחדלם של המשיבים, לאפשר את מעברם של העותרים מרצועת עזה אל הגדה המערבית במקרה דנן, כמו גם מחדלם של המשיבים, להתייחס באופן ענייני ולגופם של דברים, במסגרת הבקשות שהופנו אליהם על ידי העותרים, פגעו בצורה אנושה בזכותם המוגנת של העותרים לחיי משפחה.

הזכות לחופש תנועה

הזכות לכבוד, לחופש תנועה ולאוטונומיה

94. 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 (2002);

בג"ץ 9586/03 סואלמה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נח(2) 342 (2003).

ראו לעניין זה, גם לאחר "תוכנית ההתנתקות":

הסכם המעברים בין מדינת ישראל לרשות הפלסטינית מיום 15.11.05.

95. 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 (2006);

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

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

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

96. 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.

97. 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.

98. 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.

99. חשוב לציין גם את סעיפים 41-43 לאמנת ג'נבה הרביעית (החלים בשטח מדינה המעורבת בקונפליקט) וסעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית (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 באמנה. 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 עגירי לעיל, עמ' 1027).

100. 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.

101. 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.

102. העותרים סבורים כי אין כל בסיס למניעת מעברם מן הרצועה לביקור אביה של העותרת, אחיה ואחיותיה בגדה, על אחת כמה וכמה כאשר הם מבקשים לעבור בין שני חלקי ארצם, ומטרתם היא התכנסות המשפחה באבל על מות אמה של העותרת אשר הלכה לעולמה בטרם עת בשל מחלה קשה.

103. במקרה של העותרים לא נלקחו בחשבון מידת הפגיעה בזכותם לחופש תנועה וכל הזכויות הנלוות לה, ולא נעשה איזון ראוי בין החלטת המשיבים לבין עצמת הפגיעה בעותרים, עם הגבלת זכותם זו.

המעבר דרך ישראל

104. העותרים 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.

105. זכות המעבר (The Right of Transfer/Transit) מוכרת במשפט הבינלאומי ושונה באופן מהותי מזכות הכניסה. נרחיב מעט ביחס לזכות זו.

106. 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.

107. 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.

108. 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).

109. 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 (cuicunque 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).

110. 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).

111. 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).

112. 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).

113. גישה זו משתקפת באמנות שעניגו 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.

114. 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

115. 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.

116. 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.
117. ניתן לראות כי היקפה של זכות המעבר רחבה מהיקפה של זכות הכניסה לשם שהייה, ועל כן נדרשים נימוקים בעלי משקל רב יותר בכדי לפגוע בה.

סיכומם של דברים

118. משיכת הזמן שוב ושוב והמחדל בטיפול בשתי הבקשות הראשונות, "שנעלמו", והמשיבים לא הודיעו על כך דבר, לא שינו את הנסיבות. גם הסחבת שנקטו הגורמים השונים של המשיבים, בטיפול בבקשה השלישית, לא שינו את הנסיבות. העותרים עומדים על זכותם להתאבל בקרב בני המשפחה, זכות אשר נשללה מהם משך תקופה ממושכת, והכל בשל הסחבת שנקטו הגורמים השונים של המשיב, בטיפול בעניינם.
119. החשיבות העצומה לקיום מפגשם של העותרים עם אביה של העותרת, אחיה ואחיותיה ושאר בני משפחתם, עקב מות אמה של העותרת - גם היום - עומדת בעינה. **אבל בקרב בני המשפחה, התייחדות שלא מומשה, אינם בני תאריך או מועד!**
120. לא יעלה על הדעת כי השתהות כה ארוכה מצד המשיבים בטיפול בבקשותיהם של העותרים, וההתעלמות מחובתם של המשיבים להתייחס לפניית העותרים לגופן, בתוך זמן סביר ובאופן ענייני, תשמש את המשיבים כעת בנימוק חסר בסיס, נימוק שאינו מתיישב עם השכל הישר, לפיו בשל העיכוב הממושך, עניינם של העותרים "איננו רלוונטי".
121. הזכות לקשר המשפחתי המונחת ביסוד בבקשותיהם של העותרים, היא מן הזכויות המרכזיות ביותר בחייו של אדם, והיא ראויה להגנה משמעותית.
- עתירה זו נתמכת בתצהירים שנחתמו בפני עו"ד ברצועה ונשלחו לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהירים אלו, 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.