

בעניין:

1. _____ ג'בר, ת"ז _____
תושבת השטחים הכבושים
2. _____ ג'בר, ת"ז _____
קטינה, באמצעות אמה, העותרת 1
3. _____ ג'בר, ת"ז _____
קטין, באמצעות אמו, העותרת 1
4. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר**

ע"י ב"כ עוה"ד טל שטיינר (מ"ר 62448) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או ענת גונן, (מ"ר 28359) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או בילאל סביחאת (מ"ר 49838) ו/או עביר ג'בראן-דכוואר (מ"ר 44346) 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 לאיזור הגדה המערבית**
2. **מתאם פעולות הממשלה בשטחים**

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם, מדוע לא יתירו את מעברה של העותרת 1 מהגדה המערבית אל רצועת עזה, על מנת לסעוד את אביה החולה של העותרת 1, יחד עם ילדיה, העותרים 2-3, ואת חזרתם לביתם שבגדה המערבית לאחר מכן.

בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה. אביה המבוגר של העותרת סובל מסיבוכים שונים במעיו, שיפורטו להלן, בעקבותיהם אף נאלץ לעבור שורה של ניתוחים בבטנו. בנוסף, האב שבר את עצם הירך ומרותק למיטתו. מצבו של האב כבי רע והוא סובל מכאבים, ומכאן רצונה של העותרת לעמוד לצדו ולסעוד אותו, בהקדם האפשרי. **ביום 26.1.2014 הודיע המשיב כי בקשתה של העותרת למעבר לרצועה נדחתה על הסף, בלא שנבחנה לגופה, וזאת בשל כתובתה הרשומה בהעתק מרשם האוכלוסין הפלסטיני אשר בידי המשיב.**

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**) היא תושבת השטחים הכבושים, ילידת 1980, המתגוררת ברמאללה עם בעלה וילדיה, _____ בת ה-12 ו _____ בן ה-7, הם העותרים 2-3.
2. אביה של העותרת, מר _____ אבו כויד, ת"ז _____, מתגורר ברצועת עזה. לפני מספר שנים התפוצץ כיב תריסריון בכיס המרה של האב, והוא נאלץ לעבור ניתוח לכריתת כיס המרה. עקב סיבוכים שלאחר הניתוח, סובל האב מחסימות חלקיות של מעיו ומהדבקותם. ביום 18.11.2013 הובהל האב לבית החולים "שיפאא" שברצועה, לאחר שנפל מגובה ונחבט בגבו. מבדיקות שנערכו לו בבית החולים עלה כי הוא סובל משבר באגן הירכיים והוא אושפז לטיפול ומעקב. בעת שהייתו בבית החולים, החל האב לחוש כאבים עזים בבטנו, והוא הובהל לניתוח נוסף, בו התגלה כי הוא ממשיך לסבול מהדבקותיות בבטנו כתוצאה מן הניתוחים הקודמים, וכן מדימום בטני אחורי שנגרם עקב השבר באגן. האב שוחרר לביתו, הוא נתון לטיפול ומעקב רפואי, מרותק למיטתו, זקוק לעזרה בכל פעולות היומיום וסובל מכאבים.
העתק מסמך רפואי אודות האב מצורף ומסומן ע/1.
3. מטבע הדברים, מבקשת העותרת לבקר את אביה שברצועת עזה ולסעוד אותו בעת מחלתו. כפי שיפורט להלן, המשיב מצדו מסרב אף לבחון את בקשתה למעבר, וזאת כיון שמענה הרשום בהעתק מרשם האוכלוסין הפלסטיני אשר בידי המשיב הוא רצועת עזה.
4. יצוין כי העותרת, ילידת רצועת עזה, עברה לגדה המערבית עם נישואיה בשנת 2000, ובנתה את ביתה ברמאללה, שם גם נולדו שני ילדיה.
העתק חוזה הנישואין שנחתם ברמאללה בין העותרת ובעלה מצורף ומסומן ע/2;
העתק תעודת הלידה של העותרת 2 מצורף ומסומן ע/3;
העתק תעודת הלידה של העותר 3 מצורף ומסומן ע/4.
5. העותרת עברה לגדה המערבית דרך "המעבר הבטוח", שהיה פעיל באותה עת, באמצעות הכרטיס המגנטי שהונפק לתושבי השטחים, ולא נדרשה להוציא כל היתר מיוחד לשם כך.
6. במרוצת השנים הגישה העותרת בקשות חוזרות ונשנות לשינוי כתובתה במרשם האוכלוסין, לנציגי הוועדה האזרחית הפלסטינית – אך כל בקשותיה נדחו, בטענה שהצד הישראלי מסרב לשנות את כתובתה. לאחרונה הגישה העותרת בקשה לשינוי מען בשנת 2004.
7. על אף מדיניות המשיב, המנתקת בין חלקי השטחים, עשתה העותרת כל מאמץ לבקר את בני משפחתה שברצועת עזה, בעיתות מצוקה ובשמחות. לאחרונה ביקרה העותרת ברצועת עזה בחודש ינואר שנת 2013, לרגל חתונת אחיה. **מעברה של העותרת לרצועה וחזרתה לגדה נעשו באישורו המלא של המשיב.**
העתק מכתבו של המשיב מיום 13.1.2013, המאשר כי הונפקו לעותרת היתרים ליציאה לרצועת עזה וחזרה לגדה המערבית, מצורף ומסומן ע/5.

8. העותרת 4 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.

9. המשיב 1 הוא המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה ארבעים ושש שנים.

10. המשיב 2, מתאם פעולות הממשלה בשטחים, הוא האחראי על יישום מדיניות ישראל בגדה המערבית וברצועת עזה, וממונה, בין היתר, על מנהלת התיאום והקישור לרצועת עזה.

מיצוי הליכים

11. ביום 5.1.2014 הגישה העותרת למשיבים, באמצעות הקישור הפלסטיני, בקשה לעבור דרך ישראל לרצועה, על מנת לבקר את אביה החולה, יחד עם ילדיה, ולחזור לאחר מכן לגדה.

12. ביום 12.1.2014 פנה המוקד להגנת הפרט למשיב, בשמה של העותרת, וביקש כי יותר מעברה מהגדה המערבית לרצועת עזה, לביקור אביה החולה. לפנייה צורף המסמך הרפואי הנזכר לעיל והמסומן ע/1.

העתק מכתב המוקד מיום 12.1.2014 מצורף ומסומן ע/6.

13. ביום 13.1.2014 מסרו נציגי הקישור הפלסטיני לעותרת כי בקשתה סורבה, כיון שאביה אינו מאושפז בבית החולים. לפיכך, התקשר נציג המוקד בו ביום אל סג"מ אלון כהן, קצין פניות הציבור במינהל האזרחי, וביקש לברר האם אכן סורבה בקשתה של העותרת. קצין פניות הציבור מסר כי בקשתה של העותרת לא סורבה, וביקש כי נציג המוקד ייצור איתו קשר שנית למחרת, על מנת לברר מצב הטיפול בבקשתה.

14. למחרת, ביום 14.1.2014, שוחחו שוב נציגי המוקד וקצין פניות הציבור. קצין פניות הציבור מסר כי על פי המידע שבפניו, כתובתה הרשומה של העותרת היא ברצועת עזה. נציג המוקד הטעים כי כתובתה הרשומה היא אמנם ברצועה – אך מגוריה בפועל של העותרת הינם בגדה המערבית מאז שנת 2000, וכן כי רק לפני כשנה אישר המשיב את מעברה של העותרת לרצועה, לחתונת אחיה, ואת חזרתה לגדה לאחר מכן.

15. ביום 15.1.2014 התקשר קצין פניות הציבור שנית, וביקש מנציג המוקד לשלוח שוב את הבקשה בעניין העותרת, וכך עשה נציג המוקד.

16. משלא התקבלה כל תשובה משך שבוע, פנה המוקד למשיב בשנית ביום 23.1.2014, וביקש כי מעברה של העותרת לרצועה יותר ללא דיחוי.

העתק מכתב המוקד מיום 23.1.2014 מצורף ומסומן ע/7.

17. ביום 26.1.2014 הודיע קצין פניות הציבור טלפונית, כי בקשתה של העותרת למעבר נדחתה, וזאת כיוון שכתובתה הרשומה היא ברצועת עזה ולא בגדה המערבית. ביום 28.1.2014 התקבלה תשובה זו בכתב, בזו הלשון: "... בדיקתנו את פרטיה של מרשתך שבנדון העלתה כי הנ"ל תושבת עזה, אשר שוהה באיו"ש ללא היתר כדן מהמפקד הצבאי. על כן, בקשתה נדחתה, בלא שנבחנה לגופה [...] שלא בשולי הדברים, יצוין כי על מרשתך לצאת את האזור באופן מיידי. ככל שברצונה לשוב לעזה דרך ישראל, באפשרותה להגיש בקשה מתאימה בקישור הפלסטיני".

העתק מכתב המשיב מיום 28.1.2014 מצורף ומסומן ע/8.

18. יצוין מיד כי **תשובת המפקד הצבאי רצופה אי דיוקים והטעויות, ואף סוטה לחלוטין מהתחייבויות שנתן בפני בית משפט זה, ועוד על כך בהמשך.** בנסיבות אלה, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

א. מעברה של העותרת לגדה המערבית, ומעמדה בגדה

19. בתשובתו האחרונה, טען המשיב טענות שונות לגבי מעמדה של העותרת בגדה: ראשית, כי היות שמענה הרשום הוא ברצועת עזה – הרי שהיה עליה להוציא "היתר כדין לשהייתה בגדה", וכי בהיעדר היתר כזה, הרי שהיא בגדר "שוהה בלתי חוקית" בה. המשיב הוסיף וטען כי כי עקב כך, על העותרת לעזוב את ביתה לאלתר. להלן נוכיח כי טענות אלו שגויות אחת לאחת, ואינן עולות בקנה אחד עם התחייבויות המשיבים בפני בית משפט זה ועם המציאות בשטח.

20. ראשית, נזכיר כי העותרת עברה לגדה המערבית בשנת 2000 דרך המעבר הבטוח, בהצגת הכרטיס המגנטי שהונפק לתושבי השטחים, וללא כל דרישה להוצאת היתר מיוחד לשם כך. מהלך עניינים זה אינו חריג: על פי הסדרי המעבר הבטוח, שנקבעו במסגרת הסדרי הביניים והורחבו במסגרת "פרוטוקול המעבר הבטוח" שנחתם בשנת 1999, מאות אלפי פלסטינים תושבי רצועת עזה עברו בדרך זו לגדה המערבית; איש מהם לא נדרש להוציא היתר מיוחד לשם המעבר לגדה. אין ספק שנתונים אלו ידועים היטב למשיב.

העתק סעיף 10 לנספח הראשון להסכם הביניים מצורף ומסומן ע/9;

העתק פרוטוקול המעבר הבטוח מצורף ומסומן ע/10.

21. יתרה מכך, בשנים שחלפו מאז מעברה לגדה המערבית, שב והתיר המשיב את חזרתה של העותרת לגדה לאחר ביקוריה ברצועת עזה, לאחרונה בשנת 2013 (ראה נספח ע/5 לעיל). המשיב מעולם לא התנה את חזרתה של העותרת לביתה בהוצאת "היתר שהייה" כלשהו, ולא טען כי שהייתה בגדה איננה חוקית (שאם כן – מדוע התיר את חזרתה?).

22. **מכל האמור לעיל עולה כי העותרת שוהה בגדה המערבית, ביתה, על פי דין, בידיעתו ובאישורו של המשיב.**

23. עניינם של תושבי הגדה המערבית, שכתובתם הרשומה בהעתק מרשם האכלוסין הפלסטיני המצוי בידי ישראל הינה רצועת עזה, נידון בהרחבה במסגרת עתירה עקרונית שהגיש המוקד להגנת הפרט, בג"ץ 4019/10 **המוקד להגנת הפרט נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית** (להלן: **בג"ץ 4019/10 או העתירה העקרונית**). במסגרת העתירה, התחייב המשיב 1 כי:

לא יורחקו תושבי רצועת עזה שנכנסו לאיו"ש לפני סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה ("ההתנתקות מרצועת עזה") ב-12.9.2005, למעט אם קיימת הצדקה ביטחונית פרטנית להרחקתם.

כתב תשובה מטעם המשיבים במסגרת בג"ץ 4019/10 מיום 23.10.2012 מצורף ומסומן ע/11.

24. בית המשפט חזר על התחייבות זאת של המשיבים, ובכפוף להתחייבות זאת נמחקה העתירה.

העתק פסק הדין בבג"ץ 4019/10 מיום 21.4.2013 מצורף ומסומן ע/12.

25. העותרת הינה תושבת הגדה המערבית מאז נישואיה בשנת 2000, קודם ל"מועד הקובע" אותו הגדיר המשיב בתשובתו במסגרת העתירה העקרונית. **מכאן, שגם טענת המשיב, לפיה על העותרת "לצאת את האזור באופן מייד" שגויה מן היסוד, סותרת את התחייבויותיו בפני בית המשפט, ומוטב היה שלא תיטען כלל.**

26. כיון שהעותרת שוהה כדין בגדה המערבית, בידעו ובאישורו של המשיב, ואין למשיב זכות להרחיקה מן האזור - הרי שמוטלת עליו החובה להבטיח את שגרת חייה התקינה, כמוה ככל תושב אחר של הגדה המערבית, תהא כתובתו אשר תהא. התניית הטיפול בבקשתה של העותרת בכתובתה הרשומה במרשם האוכלוסין, ודחיית בקשתה על הסף רק מטעם זה - אינה יכולה לעמוד.

ב. חובת המשיבים להבטיח את חייה התקינים של העותרת

27. כידוע, ביום כ"ט בנובמבר 2012 החליטה העצרת הכללית של האו"ם להעניק לפלסטין מעמד של מדינה משקיפה שאינה חברה באו"ם (החלטה מס' A/RES/67/19). ברור כי גם לאחר החלטת העצרת הכללית, ממשיך המפקד הצבאי לשאת בכל החובות החלות עליו על פי המשפט הבינלאומי, ככוח כובש המחזיק בשטח.

28. גם בעת עימות, נמשכים החיים. גם בעת עימות זכאים תושבי השטחים לממש את חיי המשפחה שלהם עם בני משפחתם. גם בעת עימות זכאי אדם לנוע בארצו, ולראות את מכרו ואת משפחתו:

חייה של אוכלוסייה, כחיו 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 השופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785 (1983), 805).

29. למשיבים חובה אקטיבית להגן על זכויותיהם של התושבים, ולהבטיח את חייהם התקינים. 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...** (ההדגשה הוספה).

30. 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.**

(בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 797 (1983); ההדגשה הוספה).

31. ובמקרה אחר נפסק כי :

במסגרת הפנמתם של הדינים ההומניטריים מן הראוי הוא כי יודגש, כי חובתו של המפקד הצבאי אינה מתמצית בהימנעות הצבא מפגיעה בחייהם וכבודם של התושבים המקומיים... חובתו היא גם "חיובית"... עליו להגן על חייהם וכבודם של התושבים המקומיים, הכל במגבלות הזמן והמקום.

(בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 407).

32. 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"ץ 69/81, אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לו (2) 197 (1983), 310-311).

ג. הפגיעה בזכויות העותרת

(i) הזכות לחיי משפחה

33. הזכות לחיי משפחה מאגדת בתוכה את השמירה על האלמנטים השונים מהם מורכב המרקם המשפחתי, הכוללים, בין היתר, תמיכה רגשית ועזרה פיזית, הגשמה עצמית וזהות. כך בדרך כלל וכך, ביתר שאת, בענייננו : אביה של העותרת נפל למשכב, וזקוק לעזרתה ותמיכתה של בתו. העותרת מצידה מבקשת לעמוד לצד אביה ולסעוד אותה במחלתו.

34. בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים, ובמיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין עדאלה. כך, למשל, כותב הנשיא ברק, בסעיף 25 לפסק דינו :

חובתנו הראשונית והבסיסית לקיים, לטפח ולשמור על התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית - הלוא היא המשפחה הטבעית...

הקשר המשפחתי... מונח ביסוד המשפט הישראלי. למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם

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

ובהקשר אחר נאמר כי :

ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות.

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

35. תקנה 46 לתקנות האג, המהווה דין בינ"ל מנהגי, קובעת :

יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומנהגי הפולחן.

36. יודגש כי גם במשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי, הזכות לחיי משפחה מהווה זכות יסוד :

Family life must be respected as far as possible.

(Henckaerts J.M. Doswald-Beck L. Customary International Humanitarian Law. Vol I: Rules. ICRC (2005). pp. 379-383).

ראו עוד :

סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית 1949 ;
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 לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948 ;
סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם 1950.

37. הזכות לחיי משפחה היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. נובעת מזכות זו החובה, המוטלת על המשיב, לכבד את קשרי המשפחה שבין העותרת ואביה.

38. בבחינת המידתיות והסבירות של הגבלת זכותה של העותרת לחופש תנועה, יש לתת משקל גם למשך הזמן בה מוגבלת זכות זו :

לעניין עוצמתה של הפגיעה בזכות – או "מידתיותה" של הפגיעה – יש לשקול גם את משך הזמן של ההגבלה. ככל שמשך הזמן של ההגבלה ארוך יותר, גדלה עוצמת הפגיעה. לא הרי הגבלה על זכות היציאה מן הארץ למספר ימים כהגבלה למספר חודשים או אפילו שנים.

(בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695 (2002) ;

וראו גם : בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, 331 ; ובג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, 1127.

(ii) חופש התנועה

39. לכל אדם נתונה הזכות לנוע בתוך ארצו באופן חופשי. הזכות לחופש התנועה היא הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש יכולותיו וזכויותיו. הזכות לחופש התנועה נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי.

ראו :

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

40. 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 המיוחסת לזכות לחופש התנועה.

41. כאשר מגבילים אדם מלנוע בתוך שטח המדינה או הישות בה הוא מתגורר, פוגעים בחייו החברתיים, פוגעים בחייו התרבותיים ובזכויות האדם שלו, פוגעים בחופש הבחירה שלו.

42. הזכות לחופש התנועה מעוגנת 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.

43. 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 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 "לכל היותר" (at most) לבצע.

(בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2002(3), 1021, עמ' 1027).

44. משפט זכויות האדם הבינלאומי אף הוא מקור מחייב המעגן את חופש התנועה כזכות אדם בסיסית. כך קובע סעיף 12(א) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, אשר ישראל חתמה עליה ואשררה אותה:

אדם הנמצא כחוק בתוך שטחה של מדינה זכותו, בתוך שטח זה, לנוע ולבחור את מקום מגוריו באורח חופשי.

45. 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.

46. המשיבים, ככל רשות מינהלית, נושאים בתרמילם את עקרונות היסוד של המשפט הישראלי בכל פעולותיהם, ובתוך כך את עקרון היסוד של חופש התנועה:

למשפט הישראלי אין אמנם תחולה ישירה באזור, אך בית משפט זה מחיל את עקרונות היסוד שלו על המפקד הצבאי באזור ועל פיקודיו מכוח הסמכות הפרסונלית, בהיותם נמנים על רשויות המדינה ופועלים שם בשירותה... ממש כמו שהוא מחיל עליהם את כללי המשפט המינהלי.

(בג"ץ 3940/92 ג'ראר נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד מז(3) 298, 304-305 (1993)).

ראו גם: 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.

ולעניין תחולת חופש התנועה בשטחים:

כבר קבענו פעמים רבות כי חופש התנועה הנו מחירויות היסוד של האדם, וכי חובה לעשות כל מאמץ על-מנת לקיימו גם בשטחים המוחזקים על-ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית (ראו, למשל: בג"ץ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם, 22.10.2009, להלן: עניין דיר סאמט); בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736 (2005)).

(בג"ץ 2150/07 אבו צפייה ואח' נ' שר הביטחון, תק-על 2009(4), 4474 (2009)).

47. אך באחרונה עמד בית משפט נכבד זה על מעמדה של זכות היסוד לחופש תנועה בתוך המדינה:

זכות נוספת המשמשת תכלית כללית לכל דבר חקיקה במדינת ישראל, הינה זכותו של הפרט לחופש תנועה בתוך המדינה, המהווה זכות יסוד בשיטתנו (בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736, 754 (2005); בג"ץ 5016/96 חורב נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 1, 58 (1997) (להלן: עניין חורב); יפה זילברשץ "על חופש התנועה הפנים מדינתית", משפט וממשל ד' 793 (תשנ"ח)). הגם שבשונה מן הזכות לצאת מישראל ולהיכנס אליה, אין בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוראה מפורשת באשר לחופש התנועה בתוך גבולות המדינה, אין לראות בכך הסדר שלילי

(פרשנות חוקתית, עמ' 429). כפי שנפסק בענין חורב, העיקרון החוקתי - הנגזר מכבוד האדם - בדבר האוטונומיה של הרצון הפרטי ופיתוח אישיותו של כל פרט, טומן בחובו את גם את חירותו של הפרט לנוע למחוז חפצו בלא הפרעה (שם, בעמ' 59; ראו גם בג"ץ 672/87 עתאמללה ו נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מב(4) 8 (1989)). זכות זו עומדת בשורה הראשונה של זכויות האדם ובמקום גבוה במדרג הזכויות (עניין חורב, בעמ' 51).

(בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, תק-על 2010(4), 2797 (2010), פסקה 40).

ד. המעבר מהגדה המערבית לרצועת עזה

48. רצועת עזה והגדה המערבית הן יחידה משפטית אחת. הדבר מעוגן בחקיקה הצבאית: מנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון), (מס' 7), התשנ"ו-1995, עיגן את הסכם הביניים בין ישראל לאש"ף ("הסכם אוסלו"), אשר קובע – כעקרון יסוד – כי הגדה והרצועה מהוות שני חלקים של יחידה טריטוריאלית אחת. הדבר אף עוגן בפסק דינו של בית משפט נכבד זה (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 352).

49. יצוין, כי אף שינויים שחלו בהיקף השליטה הישראלית ברצועת עזה, לא השפיעו על היותם של שני חלקים אלו יחידה טריטוריאלית אחת. ואכן, ההיסטוריה מכירה בדוגמאות רבות למדינות שחלקן היה כבוש וחלקן לא, וללא קשר לשאלת היקף הכיבוש, נותרו ללא ספק מדינה אחת.

50. היקף השליטה הישראלית על רצועת עזה והגדה הוא שמחייב את העותרות באישור המשיבים. מכאן, שלמשיבים יש חובות של ממש כלפיהן. חובות אלו הוכרו בפסיקת בית משפט זה, ונקבע כי לישראל חובות מיוחדות החלות על תושבי רצועת עזה. כפי שפסק בית משפט זה:

בנסיבות שנוצרו, 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, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו תלות כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל.

(בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, ס' 12 לפסק הדין (לא פורסם), 30.1.08). (ההדגשות הוספו).

51. ודוק: העותרת אינה מבקשת לשהות בישראל, אלא אך לעבור דרכה ולהגיע לבית אביה ברצועה, בשל כורח הנסיבות שנכפו עליה.

52. **המשפט הבינלאומי מכיר בקיומה של זכות מעבר (The Right of Transfer/Transit)** 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.

53. המלומד אופרטי מצייין 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).

54. 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 ההענקה 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).

55. 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).

56. 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 לאוטרפאכט :

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).

57. 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.

58. 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.

סיכום של דברים

59. העותרת מבקשת לעבור לרצועת עזה, יחד עם ילדיה, על מנת לבקר את אביה החולה, ולשוב לאחר מכן לביתה שבגדה המערבית. בהודעתו של המשיב, כי בקשתה של העותרת נדחית על הסף, רק בשל כתובתה במרשם האוכלוסין – מונע המשיב מהעותרת לראות את אביה, ובכך פוגע בזכותה לחופש תנועה ובזכותה לחיי משפחה.

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 המשיבים את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד בגדה המערבית ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הוא נשלח בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותרת לבין באי כוחה.

5 בפברואר, 2014

טל שטיינר, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 64438]