

בעניין:

1. אבו גאלי, ת"ז _____
תושב השטחים הכבושים
2. גאלי, ת"ז _____
תושבת השטחים הכבושים
3. אבו גאלי, ת"ז _____
תושבת השטחים הכבושים
4. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר**
- ע"ר 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד בילאל סביחאת (מ"ר 49838) 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 בנימין
אחסתריבה (מ"ר 58088) ו/או עביר גיזבראן-דכוור (מ"ר 44346)
ו/או נאסר עודה (מ"ר 68398)

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 יאפשרו את מעברם של העותרים 1-3 מהגדה המערבית אל רצועת עזה, על מנת שיוכלו לפגוש את בתם החולה של העותרים 1-2, היא אחותה של העותרת 3, אשר עברה ניתוח מעקפים בליבה, ואת חזרתם של העותרים לגדה עם תום הביקור.

בקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה. בתם של העותרים 1-2, היא אחותה של העותרת 3, עברה ניתוח מעקפים וחיווט מחדש של עצם החזה ביום 29.1.2015. הבת שוחררה לביתה לאחר כשבוע ימים, נמצאת במעקב רפואי והשגחה ועליה להימנע מכל מאמץ. מובן כי בנסיבות אלה, העותרים מעוניינים לפגוש את הבת החולה, לשהות לצדה ולתמוך בה. לאור האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע מועד לדיון דחוף בעתירה ולמצער, להורות למשיב להגיש את תגובתו המקדמית לעתירה בהקדם, שכן ייתכן שזו תייתר את הדיון בעתירה.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרים 2-1 הם בעל ואישה, תושבי השטחים הכבושים, בשנות השבעים לחייהם. לאחר נישואיהם חיו העותרים 2-1 ברצועת עזה, ובשנת 1968 העתיקו את מגוריהם לגדה המערבית, יחד עם שמונת ילדיהם. העותרת 3 הוא בתם של העותרים 2-1, ילידת 1973, המתגוררת אף היא עם משפחתה בגדה (להלן יחד: **העותרים**).

2. בתם של העותרים 2-1, היא אחותה של העותרת 3, הגב' ___ אבן גאלי, ת"ז ____, (להלן: **הבת**), מתגוררת עם משפחתה ברצועת עזה. בסוף חודש פברואר התאשפזה הבת ביחידה לטיפול נמרץ בבית החולים האירופי ברצועת עזה עקב כאבי חזה חריפים ומייסרים וביום 29.1.2015 עברה ניתוח מעקפים וחיווט מחדש של עצם החזה. הבת שוחררה לביתה לאחר כשבוע ונמצאת במעקב רפואי והשגחה ועליה להימנע מכל מאמץ.

העתק מסמך רפואי אודות מצבה של הבת מצורף ומסומן **ע/1**.

3. עניינם של העותרים מוכר למשיבים. בחודש ספטמבר שנת 2013 ביקשו העותרים להיכנס לרצועת עזה על מנת לבקר את הבת החולה, אשר סבלה מכאבים עזים בחזה ועברה צנתור איבחוני, אשר העיד כי הינה זקוקה לניתוח מעקפים. מעברם של העותרים הותר אז תוך כשמונה ימים והם פגשו את הבת החולה טרם כניסתה לניתוח המעקפים. עם זאת, באופן מתמיה, הפעם, כשמצבה הרפואי של הבת מידרדר והולך, ולמרות שעברה ניתוח מעקפים מסוכן נוסף תוך פחות משנה וחצי, קבע המשיב כי הבקשה לבקרה אינה עומדת בקריטריונים!

העתק האישור מיום 11.9.2013 מצורף ומסומן **ע/2**.

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

5. המשיב 1 הוא המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מארבעים ושבע שנים.

6. 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

7. ביום 3.2.2015 הגישו העותרים למשיבים, באמצעות הקישור הפלסטיני בג'נין, בקשה לעבור דרך ישראל לרצועת עזה, על מנת לבקר את בתם החולה, ולחזור לאחר מכן לגדה. לבקשתם צירפו העותרים את המסמך הרפואי הנזכר לעיל, המסומן **ע/1**.

8. ביום 24.2.2015 פנה המוקד להגנת הפרט למשיבים, באמצעות קצין פניות הציבור במינהל האזרחי, וביקש כי בקשתם של העותרים תאושר ומעברם לרצועה יוסדר בהקדם. לבקשה צורף המסמך הרפואי הנזכר לעיל, המסומן **ע/1**. במכתבו הדגיש המוקד את דחיפות הבקשה, לאור מצבה הקשה של הבת.

העתק פניית המוקד מיום 24.2.2015 מצורף ומסומן **ע/3**.

9. למעלה משבועיים חלפו ותשובה – אין, ולכן פנה המוקד ביום 12.3.2015 בשנית למשיבים, חזר והדגיש את דחיפותה של הבקשה ואת מצבה הקשה של הבת, וביקש להתיר את מעברם של העותרים מהגדה המערבית לרצועת עזה בדחיפות.

העתק פניית המוקד מיום 12.3.2015 מצורף ומסומן ע/4.

10. חודש נוסף חלף ותשובה - אין, ולכן פנה המוקד ביום 12.4.2015 בשלישית למשיבים, הדגיש שוב את דחיפותה של הבקשה, ציין כי חלפו למעלה מחודשיים מיום הגשת הבקשה לראשונה וביקש מענה לפנייתו בדחיפות.

העתק פניית המוקד מיום 12.4.2015 מצורף ומסומן ע/5.

11. ביום 22.4.2015 פנה המוקד להגנת הפרט ברביעית למשיבים, וביקש שוב כי יתאפשר מעברם של העותרים מהגדה המערבית לרצועת עזה. בשל נסיבות העניין, התבקשו המשיבים לאפשר את כניסת העותרים לרצועת עזה בדחיפות. בפנייתו הודיע המוקד כי אם לא תתקבל תשובה עד ליום 29.4.2015, תישקל פנייה לערכאות.

העתק פניית המוקד מיום 22.4.2015 מצורף ומסומן ע/6.

12. ביום 26.4.2015 התקבלה תשובה מטעם המשיבים, שהתאריך הנקוב בה הוא 24.3.2015, בה הם מוסרים כי במערכת הממוחשבת של המינהל האזרחי לא קיימת בקשה בשמה של העותרת 3 וכי הבקשות הקיימות במערכת הממוחשבת בשם של העותרים 1-2 הן בקשות לביקור משפחתי רגיל ולא צורך אליהן מסמך רפואי, ועל כן הבקשות סורבו. במכתבם ממשיכים המשיבים ומוסרים, כי "לפנים משורת הדין, מבחינת המסמכים אשר צורפו לפנייתך (פניית המוקד בשם של העותרים, ב.ס.), עלה כי החולה השתחררה לביתה בתאריך 4.2.2015. מהמסמכים לא עלתה כל אינדיקציה לכך שנשקפת לחולה סכנת חיים, או שהיא נדרשת לאשפוז כלשהו". במכתבם מגדילים המשיבים לעשות וטוענים כי "מקרה זה אינו עומד בקריטריונים, ועל כן נראה כי לו הייתה מוגשת בקשה תקינה, יש להניח כי היא הייתה מסורבת".

העתק התשובה מיום 24.3.2015 מצורף ומסומן ע/7.

13. כאמור, הבת הינה חולת לב אשר עברה ניתוח מעקפים מסוכן וחיווט מחדש של עצם החזה. על כן, קשה מאוד להבין איך מצבה של הבת אינו חמור דיו, לשיטת המשיבים, על מנת לעמוד ב"קריטריונים" למעבר, במיוחד לאור העובדה כי בשנת 2013 אושר מעבר העותרים על מנת לראות את הבת החולה, אשר עברה ניתוח מעקפים, ללא התערבות שיפוטית.

14. יצוין, כי במקרים דומים בהם טיפל המוקד, אושר מעבר העותרים לאחר הגשת עתירה לבית משפט נכבד זה (בג"ץ 2204/13 __ תואבתה נ' המפקד הצבאי, בג"ץ 537/15 __ סלימאן נ' המפקד הצבאי).

15. בנסיבות אלה, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

16. 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.

א. חובת המשיבים להבטיח את חייהם התקינים של העותרים

17. למשיבים חובה אקטיבית להגן על זכויותיהם של התושבים, להבטיח את חייהם התקינים ולשמור על זכויותיהם. 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, ב.ס.).

18. 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, ב.ס.).

19. החובה לפעול לפי הכללים המינהליים של סבירות והגינות, המקור השלישי המחייב את פעילות זרועות המדינה בשטח כבוש, או בעת שהיא מפעילה סמכויותיה מחוץ לשטח המדינה או שתוצאות הפעלת הסמכות הן מחוץ לשטח המדינה, מקורה בנורמות מהמשפט הציבורי הישראלי:

בצד ההוראות של המשפט הבינלאומי, חלים על פעולות המפקד הצבאי "עקרונותיו של המשפט המינהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור"... על כן חלים על המפקד הצבאי כללי ההגינות המהותית והדיונית (כגון מתן זכות שמיעה לפני הפקעה, תפיסה או פעולה שלטונית אחרת); החובה לנהוג בסבירות וכללי המידתיות... אכן, "כל חייל ישראלי נושא עימו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי והמינהגי, שעניינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי"

(בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואחרים נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח(5) 807, 828).

20. אופן הפעלת הסמכות במקרה דנן נעשה בחוסר סבירות, חוסר הגינות ואף שרירות לב. נזכיר, כי על רשות ציבורית מוטלת החובה לפעול:

בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב. אסור לה למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב או להימצא במצב של ניגוד ענינים. עליה לקיים את כללי הצדק הטבעי. קיצורו של דבר עליה לפעול בהגינות.

(בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 746).

21. חובת ההגינות המוטלת על רשויות המינהל היא חובה מחמירה:

חובת ההגינות המינהלית – שיסודה במעמדה של הרשות כנאמנה כלפי הציבור – מחמירה יותר מחובת תום הלב הנדרשת מן הפרט. המידה המחמירה חלה בין אם פועלת הרשות בתחום המשפט האזרחי ובין אם היא פועלת בתחום המשפט ציבורי.

(בג"ץ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853, 860).

22. במסגרת תגובת מתאם פעולות הממשלה בשטחים לעתירה לפי חוק חופש המידע, צורפו הקריטריונים העדכניים, נכון ליום 5.5.11, לעניין תנועה בין ישראל לרצועה. באותה תגובה, ישנה התייחסות למעבר של פלסטינים הגרים בגדה המערבית לרצועת עזה (חלק ב סעי' 10) בין המקרים בהם מתאפשרת כניסה של תושבי הגדה לרצועה, נמנית: "יציאה לצורך ביקור קרוב משפחה מדרגה ראשונה החולה במחלה קשה".

העתק הודעת מתאם פעולות הממשלה בשטחים לעניין "מדיניות תנועת אנשים בין מדינת ישראל לרצועת עזה" מיום 5.5.11, מצורף ומסומן ע/8.

23. כאמור, בתם של העותרים עברה ניתוח מעקפים בליבה. מכאן שאף לפי הקריטריונים שקבע המשיב – יש לאפשר את מעברם של העותרים לרצועת עזה, על מנת שיוכלו לבקר את בתם.

24. בנסיבות העניין, התמהמהותו של המשיב מלענות לבקשתם העותרים, מונעת את מעברם לרצועה ופגישתם עם בתם, ובכך הוא פוגע בצורה קיצונית בזכויותיהם של העותרים.

ב. המעבר מהגדה המערבית לרצועת עזה

25. 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 – כעיקרון 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).

26. יצוין, כי השינויים 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.

27. היקף השליטה הישראלית על רצועת עזה והגדה הוא שמחייב את העותרת באישור המשיבים. מכאן, שלמשיבים יש חובות של ממש כלפיה. 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 ממיזת 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). ההדגשה הוספה, ב.ס.).

28. ודוק: העותרים אינם מבקשים לשהות בישראל, אלא אך לעבור דרכה ולבקר את הבת החולה, בשל כורח הנסיבות שנכפו עליהם.

29. **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), וכשאינו בו כדי לפגוע במדינה הנעברת. המעבר יכול שיהיה בתנאים שמטרתם להגן על אינטרסים לגיטימיים של המדינה הנעברת.

30. 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).

31. 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 (*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).

32. 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).

33. 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).

34. 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.

35. 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.

ג. חופש התנועה

36. 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, 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 האזורי, תק-על 194(1) 1139, 1147.

37. 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.

38. 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. 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.

39. 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.

40. 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).

41. 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.

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

ד. הזכות לחיי משפחה

ביקור חולים מצוה על הכול – אפילו גדול, מבקר את הקטן. ומבקרין פעמים הרבה ביום; וכל המוסיף, משובח – ובלבד, שלא יטריח. כל המבקר את החולה, כאילו נטל חלק מחולייו, והקל מעליו; וכל שאינו מבקר, כאילו שופך דמים.

(רמב"ם, משנה תורה, הלכות אבל, פרק יד, הלכה ו').

43. 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: בתם של העותרים, חולת לב, נאלצה לעבור ניתוח מעקפים בליבה. העותרים מבקשים לעמוד לצד בתם לאחר הניתוח, לסעוד אותה ולעזור לה לשוב לאיתנה. מדובר במימוש לב-לבה של הזכות לחיי משפחה.

44. 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).

45. 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.

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

Family life must be respected as far as possible.

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.

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

48. 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' אלון פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, 331 ; ובג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, 1127).

סיכומם של דברים

49. העותרים 1-2 מבקשים לפגוש את בתם, היא אחותה של העותרת 3, ולעזור לה לשוב לאיתנה לאחר הניתוח הקשה שעברה. מדובר במימוש בסיסי של הזכות לחיי משפחה.

50. בהתנהלותו, מונע המשיב את מעברם של העותרים לרצועת עזה, פוגע בזכותם לחופש תנועה בארצם ובזכויות שמימושן תלוי בה, ובראשן הזכות 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 העותרים לבין באי כוחם.

7 במאי, 2015

בילאל סביחאת, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 64458]