

בעניין:

1. _____ אלהרימי, ת.ז.
תושבת השטחים הכבושים
2. _____ אלהרימי, ת.ז.
תושבת השטחים הכבושים
קטינה, באמצעות אמה, העותרת 1
3. _____ אלהרימי, ת.ז.
תושב השטחים הכבושים
קטין, באמצעות אמו, העותרת 1
4. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.
ע"י ב"כ עוה"ד עידו בלום (מ.ר. 44538) ו/או יוסי וולפסון (מ.ר. 26174) ו/או עביר גיבוראן (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 ידין עילם (מ.ר. 39475) ו/או אלון מרגלית (מ.ר. 35932)
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 -

מפקד כוחות הצבא בשטחים הכבושים

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם, מדוע לא יתיר את מעברם של העותרת 1 ושני ילדיה הקטנים, העותרים 2 ו-3, מבית-לחם שבגדה המערבית לרצועת עזה, על מנת לבקר את בעלה ואביה (אביהם וסבם של העותרים 2 ו-3), אשר הורחקו על ידי המשיב לרצועת עזה בשנת 2002, במסגרת פרשת ההתבצרות בכנסיית המולד.

הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**) היא פלסטינית תושבת העיר בית-לחם שבגדה המערבית. היא נשואה מזה כעשר שנים למר _____ **אלהרימי** (ת.ז. _____). העותרים 2 ו-3 הם ילדיהם הקטנים: העותרת 2, _____, היא בת שש והעותר 3, _____, הוא פעוט בן שלוש.
2. במאי 2002 הורחקו בעלה של העותרת, _____, ואביה, מר _____ **אלהרימי** (ת.ז. _____), על ידי ישראל, מביתם שבבית-לחם אל רצועת עזה, במסגרת הסדר סודי בחסות בינ"ל, עם סיום פרשת התבצרותם של פלסטינים בכנסיית המולד בבית לחם.
3. המשיב הוא המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מארבעים שנה. המשיב הוא בעל הסמכות להתיר את מעברם של פלסטינים, דרך ישראל, מהגדה המערבית לרצועת עזה.

התשתית העובדתית

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 1999 (1) 7, 30 (1999)).

ביקורי בני משפחות מורחקי כנסיית המולד

4. ההסדרים הנוגעים לביקורי משפחות מורחקי כנסיית המולד ברצועת עזה, התגבשו במסגרת בג"ץ 10677/04 **אלעביאת נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (לא פורסם, 27.12.04) (להלן: **בג"ץ אלעביאת**). באותו מקרה דובר בזוג הורים מבוגרים, אשר ביקשו לבקר את בנם אשר גורש לרצועה במסגרת פרשת ההתבצרות בכנסיית המולד.
5. במסגרת העתירה התחייב המשיב לאפשר לבני משפחה של אדם שהורחק על-ידי רשויות הביטחון לרצועה, לבקרו בכפוף לכך כי אין מניעה ביטחונית פרטנית לביקור. הדברים עוגנו בפסק הדין, כדלקמן:

כל תושבי איו"ש, אשר קרובי משפחותיהם מדרגה ראשונה הורחקו לאזח"ע במסגרת ההבנות שהושגו בחסות בינ"ל בעקבות המצור על כנסיית המולד באפריל 2002, יוכלו להגיש בקשות פרטניות לבקר באזח"ע, אשר, בכפוף לאבחון פרטני של גורמי השב"כ והיעדר מניעה ביטחונית, ובכפוף להיעדר סגר כללי באיו"ש או באזח"ע המונע יציאה/כניסה גם של תושבים המחזיקים בהיתר תקף, תאושרנה. פניות מסוג זה יטופלו בהקדם, כפי שמתפללות כלל הפניות של תושבי האזור המבקשים לצאת לישראל.

העתק פסק הדין מיום 27.12.04 מצורף ומסומן ע/1.

6. יצוין, כי בשל נסיבותיו המיוחדות של העניין, התחייבות המדינה ניתנה על אף שלא הייתה זו תקופה פשוטה מבחינה ביטחונית, וזאת בלשון המעטה:

בסופו של חודש ספטמבר 2004 פתחה ישראל במבצע צבאי רחב היקף בתוככי רצועת עזה, אשר זכה לשם "מבצע ימי תשובה". המבצע החל בתגובה לירי מאסיבי של רקטות קסאם על העיר שדרות. למרבה האסון, אחת הרקטות אף פגעה והרגה שני ילדים בביתם שבשדרות.

במהלך המבצע נהרגו עשרות רבות של בני-אדם ונהרסו עשרות בתים. עיקר המבצע הסתיים בחודש אוקטובר 2004, אולם כוחות צבא גדולים המשיכו לפעול ברצועת עזה באופן אינטנסיבי גם לאחר מכן, וגם בעת מתן התחייבות המדינה בחודש דצמבר. בכל תקופת המבצע היה מחסום ארז סגור ברציפות, ובאמצע חודש דצמבר 2004 אף נסגר מעבר רפיח שבדרום הרצועה, בעקבות קרבות קשים באזור, במהלכם נהרגו חמישה חיילים.

למעשה, רק כשבוע קודם למתן ההתחייבות, הודיעה ישראל על פעילות צבאית רחבה ומשולבת באזור חאן יונס שברצועה, בעקבות ירי 50 רקטות קסאם בשבוע שקדם לכך, אשר פצעו 18 אזרחים וחיילים והרגו אדם אחד.

יש לזכור גם כי בחודש אוקטובר 2004 הלך לעולמו יאסר ערפאת, דבר שהגביר את חוסר הוודאות ואת חוסר הסדר שאפיינו גם קודם לכן את המתרחש ברצועת עזה.

עוד יצוין, כי גם מוקדם יותר באותה שנה, במהלך חודש מאי 2004, נערך מבצע צבאי רחב היקף ברצועת עזה – מבצע שכונה בשם "מבצע קשת וענף", אשר החל בעקבות קרבות קשים באזור "ציר פילדלפי" והריגתם של ששה חיילים בנגמ"ש בשכונת זיתון שבפאתי העיר עזה. גם במהלך מבצע זה נהרגו עשרות בני-אדם ונהרסו עשרות מבנים.

העתק הודעת משרד החוץ מיום 19.12.04 על הפעילות הצבאית ברצועת עזה במהלך חודש דצמבר 2004, מצורף ומסומן ע/2.

7. הנה כי כן, על אף הנסיבות הביטחונית הקשות והמורכבות, הכיר המשיב בייחודה של הסיטואציה בה גורש אדם על ידי הרשויות מביתו לרצועת עזה, והתחייב לאפשר לבני משפחותיהם של מורחקי כנסיית המולד לבקרו ברצועה, בכפוף למספר סייגים, כאמור לעיל.

מיצוי הליכים

8. בחודש ספטמבר 2006 יצאה העותרת עם שני ילדיה מרצועת עזה לביקור בני משפחתם שבבית-לחם.

9. סמוך לאחר מכן, פנתה העותרת למת"ק הישראלי בבית-לחם והגישה בקשה למעברה לרצועת עזה. הבקשה סורבה. במשך כשנה שבה העותרת והגישה בקשה אחר בקשה, אולם כל הבקשות סורבו בנימוק של "מניעה ביטחונית".

העתק "טופס טיפול בבקשה" מיום 13.11.07 מהמת"ק הישראלי בבית-לחם, המסרב לבקשת העותרת בשל "מניעה ביטחונית", מצורף ומסומן ע/3.

10. ביום 12.12.07 פנה המוקד להגנת הפרט ללשכת יועמ"ש המשיב, בבקשה להנפיק עבור העותרת וילדיה היתרי כניסה לישראל, על מנת שתוכל לבקר את בעלה ואביה ברצועת עזה. בפנייה הודגשה התחייבות המשיב במסגרת בג"ץ אלעביאת, להתיר לבני משפחותיהם של מורחקי כנסיית המולד לבקרם ברצועת עזה.

העתק המכתב מיום 12.12.07 מצורף ומסומן ע/4.

11. ביום 23.1.08 התקבלה תשובת יועמ"ש המשיב, המפנה לתגובת המדינה בבג"ץ 9283/07 ונטען בה כי:

בשל שינוי הנסיבות המהותי שחל לאחר שניתן פסק הדין בבג"צ אלעביאת, ההסדר עליו סוכם בבג"צ אלעביאת איננו רלוונטי עוד. זאת, בין היתר, מאחר שחל סגר כללי המונע מעבר תושבי האזור בישראל לשם ביקור בעזה.

[...]

ככל שלא יעלה בידי מרשיכם להצביע על טעם חריג והומניטארי אשר מצדיק את התרת כניסתם לישראל לצורך מעברם לרצועת עזה, הרי שעניינם איננו עומד בקריטריונים.

ככל שמרשתכם מבקשת להשתקע ברצועת עזה, אנא העבירו למשרדנו הבהרה בנושא.

העתק תשובת יועמ"ש המשיב מיום 22.1.08 מצורף ומסומן ע/5.

12. ביום 5.3.08 פנה המוקד להגנת הפרט פעם נוספת ליועמ"ש המשיב, בתשובה למכתבם מיום 22.1.08. בפנייה נאמר כי לאור העובדה שבתשובת היועמ"ש לא הועלו כל טענות ביטחוניות בעניינם של העותרים, נראה כי ככל שהיה טעם ביטחוני כבד משקל, אשר הצדיק את הרחקתם לרצועת עזה בשנת 2002, הרי טעם זה פג ואינו תקף עוד. בנסיבות אלה, מובן כי יש להתיר לעותרים 4 ו-5 לשוב לבתיהם שבגדה המערבית.

עם זאת, כל עוד נותרת בעינה ההחלטה על הגבלת מקום מגוריהם של בעלה ואביה של העותרת, התבקשו המשיבים להתיר לעותרת וילדיה לבקר את בעלה ואביה ברצועה.

ביחס ל"בקשת ההבהרה" שהציג יועמ"ש המשיב בסוף מכתבו, בנוגע לאפשרות "השתקעות העותרת ברצועה", נכתב כי:

נציין כי בקשתכם להבהיר האם מרשתי מבקשת "להשתקע ברצועת עזה" והרמיזה כי מעבר קבע של מרשתי לרצועת עזה עשוי להביא לתשובה חיובית לבקשה, הינה מקוממת ובלתי מתקבלת על הדעת. האם אתם מבקשים להביא לגירוש המשפחה כולה לרצועת עזה? האם על מרשתי לבחור בין גירוש "מרצון" לרצועה לבין ניתוק מבעלה ואביה וקריעת המשפחה?

עד מועד כתיבת שורות אלה לא התקבל מענה כלשהו למכתב זה.

העתק מכתב המוקד ליועמ"ש המשיב מיום 5.3.08 מצורף ומסומן ע/6.

הטיעון המשפטי

חזרה מהתחייבות שעוגנה בפסק-דין ו"שינוי נסיבות"

13. המשיבים מבקשים לחזור בהם מהתחייבותם, כפי שעוגנה בפסק-הדין בבג"ץ אלעביאת, לטענתם "בשל שינוי הנסיבות המהותי שחל לאחר שניתן פסק הדין בבג"צ אלעביאת... בין היתר, מאחר שחל סגר כללי המונע מעבר תושבי האזור בישראל לשם ביקור בעזה".

14. כידוע, לא בנקל יכולה רשות מינהלית לחזור בה מהתחייבותיה – על אחת כמה וכמה כשמדובר בהתחייבות אשר קיבלה תוקף של פסק-דין:

משניתן פסק דין חובה לקיימו כלשונו וכרוחו. החובה עולה מן הדין והיא ביטוי להכרח להסדיר חייה של חברה לפי נורמות בסיסיות המאפשרות קיומה של מסגרת מאורגנת בה שולט החוק...

אין להעלות על הדעת שהתחייבות של יושב ראש הכנסת בפני בית המשפט, אשר לה ניתן תוקף של פסק דין, לא תכובד...

אין צריך לומר כי אם לא יכובדו פסקי הדין לא יהיו תכלית וממשות לפעולות החקיקה ונמצאנו חותרים תחת יכולתן של רשויות השלטון לקיים ייעודן.

(בג"צ 5711/91 ח"כ פורז נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מו(1) 299, 307-308 (1991)).

דברים דומים נאמרו מפי השופט זמיר:

לפני קרוב לשנתיים ניתן על ידי בית משפט זה פסק דין בעתירה הראשונה, בו נרשמה הסכמתם של בעלי הדין...

קיום ההחלטה נדרש, לא רק כעניין של התנהגות ראויה מצד כל אדם המקבל התחייבות על עצמו, קל וחומר גוף ציבורי המקבל התחייבות על עצמו, אלא גם כעניין של חובה משפטית.

...כל גוף ציבורי חייב לקיים, לא רק חובה מכוח חוק או התחייבות מכוח חוזה, אלא גם התחייבות מינהלית שאינה מגיעה כדי חוזה. קל וחומר התחייבות שקיבלה גושפנקא של פסק דין.

(בג"ץ 1965/00 קוגל נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד נה(5) 150, 161-162 (2001)).

15. ואפילו לו לא הייתה התחייבות המדינה מעוגנת בפסק-דין, הרי על מנת שרשות מינהלית תוכל לחזור בה מהתחייבותה, עליה להראות – לכל הפחות – כי **שינוי הנסיבות והאינטרס הציבורי מחייבים את החזרה מההתחייבות**.

16. בענייננו, מלבד אמירות בעלמא בדבר "שינוי הנסיבות המהותי" לא מציגים המשיבים כל נימוק רציני המחייב את החזרה מההתחייבות.

17. למעשה, הטענה העובדתית הברורה היחידה שהציגו המשיבים, עליה הם מבססים את טענתם כי ההתחייבות לכאורה "אינה רלבנטית" עוד, היא הטענה כי – נכון לעת כתיבת המכתב – הוטל סגר על השטחים.

אך הלא "שינוי נסיבות" זה אינו שינוי נסיבות כלל!

הרי אפשרות קיומו של סגר הינה אפשרות שנצפתה והובאה בחשבון כבר בעת מתן ההתחייבות וזכתה להתייחסות פרטנית במסגרת ההתחייבות. זאת, לאור המצב הביטחוני הקשה כל כך ששרר אף אז והסגר המלא שהוטל בחודשים שקדמו למתן ההתחייבות.

18. יתרה מכך, הצגת הדברים באופן היוצר את הרושם שקיים, כביכול, קושי רב בהתרת ביקורי בני משפחות של מורחקי כנסיית המולד מעבר לביקורים המתאפשרים כעת, הינה מוגזמת ומופרזת, שכן יש לזכור כי מספרם הכולל של מתבצרי כנסיית המולד אשר הורחקו לרצועת עזה הוא **עשרים וששה** בלבד. (כך על פי תגובת המדינה מיום 24.3.03 במסגרת בג"ץ 10223/02 **פיש-ליפשיץ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נו(3) 517).

19. הטענה לפיה ביקור ברצועת עזה של כמה בני משפחה קרובים (שלא נובע מהם סיכון ביטחוני פרטני ומשמעותי) של מורחקי כנסיית המולד, מהווה מעמסה ביטחונית כבדת משקל עד כדי כך שעל אף החשיבות המיוחדת שבהם, לא ניתן לאפשרם כלל, היא בלתי סבירה בעליל.

20. יש לשוב ולהדגיש – גם כשניתנה ההתחייבות לא אפשרו המשיבים ביקורים חופשיים ברצועת עזה. גם אז היה המצב הביטחוני קשה ביותר. כאמור, בפועל היה מחסום ארז סגור לחלוטין במהלך המבצעים הצבאיים הגדולים שנערכו בתקופה שקדמה למתן ההתחייבות. למרות זאת, הבינו אז המשיבים כי בנסיבות המיוחדות בהן אנשים הורחקו על ידי הרשויות מביתם ומשפחתם, קיימת חובה מוגברת ומיוחדת לאפשר לבני משפחותיהם לבקרם – על אחת כמה וכמה כשמדובר בקבוצה קטנה והיקף מצומצם של ביקורים.

פגיעה בזכויות יסוד

21. החלטת המשיב לסרב לבקשת העותרים פוגעת קשות בזכויותיהם. הזכות לחיי משפחה, הכוללת את הזכות של הורים וילדים, סבים ונכדים ואחים לשמור על קשריהם המשפחתיים, היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. כנגד זכות זו מוטלת על המשיב החובה לכבד את התא המשפחתי.

22. 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.

23. וכבר נפסק כי:

ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות.
(בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים פ"ד נג' (2) 728, 787 (1999)).

ר' עוד: 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; סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית.

24. בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים, ובמיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין **עדאלה** (בג"צ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2), 1754 (2006)).

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.

25. המשיב התחייב לאפשר לבני משפחות מורחקי כנסיית המולד לבקדם ברצועת עזה, בכדי לאפשר להם לשמור על מרקם חיי המשפחה שלהם. בסרבו עתה לאפשר את הביקור, פוגע המשיב אנושות בחיי המשפחה של העותרים.

תיחום מגורים אינו קרדום לפגיעה בכבוד האדם וגדיעת קשרים משפחתיים

26. בעלה ואביה של העותרת הועברו מהגדה לרצועה בכפייה. הבסיס להגלייתם אינו ידוע מאחר ונעשה במסגרת הסכם סודי, במעורבות בינ"ל, ככל הנראה בין ממשלת ישראל והרשות הפלסטינית. תהא אשר תהא המסגרת הנורמטיבית לכך (עניין זה הוא מחוץ לגדרה של עתירה זו), ברור הוא שחירותם של בעלה ואביה של העותרת הוגבלה הלכה למעשה ע"י הרשויות. מעמדם בפועל הוא כשל מי שהוצא נגדו **צו תיחום מגורים**, אשר מאפשר לו להתגורר ברצועת עזה בלבד.

27. הגבלה על חירותם של תושבי שטח כבוש מותרת במשפט הבינ"ל ההומניטרי בנסיבות מסוימות (במסגרת של מעצר ומאסר, מעצר מינהלי ו"תיחום מגורים"). **במקביל להיתרים אלו קובע המשפט הבינ"ל ההומניטרי שורה של ערובות למזעור הפגיעה בחירות הפרט, ולמזעור השלכות של הפגיעה בזכויות אחרות של הפרט, של משפחתו ושל התלויים בו.**

28. "תיחום מגורים" הוא אחד הצעדים הקשים אשר בהם נוקט המשיב מפעם לפעם. אמצעי זה הינו אמצעי מינהלי חמור ביותר, אשר פוגע באופן קשה בחירותו של התושב המוגן לבחור את מקום מגוריו ולהתנייד בחופשיות בשטח הכבוש. להגבלת זכויות אלו יש השלכות קשות: **תיחום המגורים מוציא את האדם מסביבתו המשפחתית והחברתית, ממקום עבודתו וממקורות פרנסתו. הוא עוקר אותו מביתו, מקרוביו ומחבריו. הוא פוגע בכבודו כאדם.**

נקודת המוצא העקרונית הינה, כי הוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו הכפויה למקום אחר פוגעת קשות בכבודו, בחירותו ובקניינו. ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי של אדם, של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים.

(בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל פ"ד נו (6) 352, 365 (2002), להלן: **פרשת עג'ורי**).

29. לא בכדי הטיל בית המשפט הגבלות קשות על המשיב בטרם ינקוט ב"תיחום מגורים". בפרשת עג'ורי קבע בית המשפט, כי הוצאת צו תיחום מגורים חייבת להיות מטעמים צבאיים שעניינם ביטחון האזור בלבד. הוצאת הצו תיעשה ע"י גורם מוסמך, ניתן יהיה לערער על הצו וועדה מיוחדת תבחן את הצורך להאריך את הצו לפחות אחת לשישה חודשים.

עוד קבע בית המשפט כי צו תיחום מגורים יופעל רק כלפי אדם אשר נשקפת ממנו סכנה בהווה, כי לא יינתן צו תיחום מגורים לאדם תמים או קרוב משפחה או לצורך הרתעתי בלבד.

בנוסף קבע בית המשפט, כי צו תיחום מגורים יינתן רק על בסיס ראיות מינהליות "ברורות ומשכנעות, שאם לא יינקט האמצעי של תיחום מקום מגורים, קיימת אפשרות סבירה כי תהא נשקפת ממנו סכנה ממשית לפגיעה בביטחון האזור".

לבסוף קבע בית המשפט, כי על תיחום המגורים לעמוד במבחן המידתיות.

30. אכן, לעיתים אין מנוס והמשיב נאלץ להוציא צו תיחום מגורים בשל צרכים ביטחוניים. אולם גם משהוצא הצו, על המשיב לכבד את עקרון העל במשפט הישראלי ובמשפט הביני"ל, כי **נטילת חירותו של אדם אינה מתירה פגיעה בכבודו ובזכויותיו, לרבות בזכותו לחיי משפחה :**

ביטוי לכך ניתן בסעיף 10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966... ישראל היא צד לאמנה. על פי ההשקפה המקובלת הוראות סעיף 10 לאמנה משקפות משפט בינלאומי מנהגי... וזו לשון ההוראה :

"All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person...".

(בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד נז(1) 385, 397 (2002)).

ביטוי נוסף לכך ניתן בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, אשר מטיל על המשיב **חובה** להגן על כבודם של התושבים המוגנים **בכל הנסיבות :**

מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי, והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשה אלימות או איומי אלימות, ומפני עלבונות וסקרנות הרבים.

31. הנה כי כן, **תיחום המגורים מגביל את חירותו של אדם, אולם אין בו כדי לפגוע בכבודו ובזכותו לחיי משפחה ולשמירת קשריו המשפחתיים.**

חובתו המוגברת של המשיב כלפי מי שחירותו הוצרה על ידו ובני משפחתו

32. הבסיס הנורמטיבי להוצאת צו תיחום מגורים או צו מעצר מינהלי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית טמון באמנת ג'נבה הרביעית. סעיף 78 לאמנה קובע :

הייתה המעצמה הכובשת סבורה שיש צורך, מטעמי הכרח של בטחון, לנקוט אמצעי בטחון כלפי מוגנים, רשאית היא, לכל היותר, ליחד להם מקום מגורים או לעצרם... מוגנים שייחדו להם מקום מגורים ושנדרשו, אפוא, לעזוב את בתיהם, ייהנו ממלוא היתרון של סעיף 39 לאמנה זאת.

33. סעיף 39 לאמנה, המוזכר בסעיף 78, מטיל על המשיב **חובה** לכלכל את האדם, אשר נגדו הוצא צו תיחום המגורים, ואת בני משפחתו, אם עקב תיחום המגורים נשללה מהם האפשרות לכלכל עצמם בכבוד. בפרשת עגירי אף הצהיר המשיב, כי הוא מכיר בחובתו על פי סעיף 39 (שם, בעמ' 368).

34. ניתן ללמוד מכך לגבי התייחסותו של הדין ההומניטרי הביני"ל **לאחריותו המוגברת** של המפקד הצבאי כלפי תושבים אשר נקט נגדם בצעדים מגבילים, בשל צרכי ביטחון מוחלטים. הדין קובע בפירוש: הגבלת החירות – כן, פגיעה בזכויות יסוד אחרות ובכבוד – לא ולא.

כפי שמתאר זאת המלומד פיקטה :

There are a great many measures, ranging from comparatively mild restrictions... to harsher provisions such as a prohibition on any change in place of residence without permission, prohibition on access to certain areas, restrictions of movement, or even assigned residence and internment (which... are the two most severe measures a belligerent may inflict on protected persons)...

What is essential is that the measures of constraint they [the Parties] adopt should not affect the fundamental rights of the persons concerned. As has been seen, those rights must be respected even when measures of constraint are justified.

(J. S. Pictet, Commentary – IV Geneva Convention (1958), 207).

35. ניתן ללמוד על הזכות לביקור, ועל חובתו המוגברת של המשיב לאפשר ביקורים אלו, גם מעניינם של מי שנכלאו מאחורי סורג וברית.

אחת החובות הבסיסיות ביותר של המשיב כלפי עצורים היא **החובה לאפשר ביקורי משפחה**. חובה זו הינה חובה מוגברת, הנובעת מההכרה כי נטילת החירות ע"י המשיב מחייבת אותו להקפיד ביתר שאת על זכויות העצור, על מנת שלא יהפכו פלסטר. חובה זו כוללת בחובה גם את החובה לאפשר כניסת פלסטינים לישראל, אם העצור כלוא בבתי הכליאה בישראל. סעיף 116 לאמנת ג'נבה קובע:

כל עציר רשאי לקבל מבקרים - בייחוד, אנשי משפחה קרובים - לעיתים מזומנות ובתדירות האפשרית. במידת האפשר, יתירו לעצירים לסור לבתיהם במקרים דחופים, ובייחוד - במקרים של מוות או מחלות אנושות בין אנשי משפחתם.

הזכות הנובעת מהאמנה עוגנה גם בתקנות המשיב בדבר מעצר מינהלי (תנאי החזקה במעצר מינהלי) אשר הותקנו מתוקף סמכותו לפי סעיף 87 לצו בדבר הוראות ביטחון תש"ל-1970.

36. בהתאם לכך, חזר בית המשפט וקבע כי אין להגביל את זכויותיהם של אסירים – בין השאר ביחס לביקורי משפחות – מלבד המגבלות המתחייבות באופן אינהרנטי מעצם הכליאה:

הענישה הפלילית הכרוכה במאסר לא נועדה, כשלעצמה לפגוע במישרין בזכותו של העבריין לחיי משפחה ולהורות. עם זאת, ברי, כי היכולת הפיזית לקיים חיי משפחה סדירים ולממש בכך את הזכות למשפחה, נמנעת ממנו כפועל יוצא משלילת חירותו האישית, הכרוכה במאסר... אולם גם בהינתן הגבלה אינהרנטית זו למאסר, קיומה של זכות אדם למשפחה ולהורות מחייבת צמצום היקף הפגיעה בה ככל הניתן, ובגבולות ההכרחיים בלבד, כגון בדרך של מתן היתרים מבוקרים לביקורי משפחות אצל אסירים, יציאה לחופשות בהתקיים תנאים מוגדרים, העמדת אמצעים המאפשרים התייחדות בין בני זוג, וכיוצא באלה. בכך, נשמרת מידתיות הפגיעה בזכות האדם, המתחייבת באורח מובנה מעצם שלילת החירות הנילוית למאסר.

(בג"צ 2245/06 **דוברין נ' שרות בתי הסוהר**, תק-על 2006(2) 3564, 3573 (2006)).

37. הנה כי כן, חובתו של המשיב לכבד את חיי המשפחה, הקיימת בכל עת, ולגבי כל משפחה, היא **חובה מוגברת**, כאשר מגרש המשיב אדם מביתו, קורע אותו ממשפחתו, מגלה אותו למקום רחוק ומתחם את מקום מגוריו – ואין הבדל משמעותי לעניין זה להבחנה בין תיחום מקום מגוריו בתוך בית כליאה לבין תיחום מקום מגוריו לאזור מבודד ושמור היטב. בשני המקרים תלויים בני המשפחה לחלוטין במשיב על מנת לבקר את קרוב משפחתם ועל מנת לשמור על שלמות התא המשפחתי. כשם שלא ניתן לפגוש באסיר מחוץ לכותלי בית הכליאה, כך אין העותרת יכולה לפגוש את בעלה ואביה מחוץ לרצועת עזה.

38. לאור זאת, מוטלת על המשיב חובה מיוחדת ומוגברת לשמור על זכויותיהם של בעלה ואביה של העותרת לקיום קשריהם המשפחתיים באופן שוטף. קיימת עליו חובה מוגברת לכבד גם את זכותם של בני המשפחה, העותרים.

סיכומם של דברים

39. המשיב חייב לקבל החלטות סבירות ומידתיות. מעבר לעובדה כי המשיב נמנע מלהכיר בחובתו המוגברת כלפי בעלה ואביה של העותרת, בשל הצעדים הכפויים בהם נקט נגדם – עניין שלכשעצמו הופך את החלטתו לבלתי סבירה - דומה כי שיקולים חשובים אחרים לא נשקלו כלל ע"י המשיב.

סירובו של המשיב לאפשר את הביקור הוביל לכך שמזה שנה וחצי מופרדים בני משפחה זה מזה. אשה מנותקת מבעלה ואביה. ילדים גדלים כיתומים ואינם יכולים לראות את אביהם וסבם – והאב והסב נאלצים לחיות בבידוד מוחלט מבני משפחתם הקרובים.

40. לאחר שהמשיב הרחיק את בעלה ואביה של העותרת מביתם שבגדה המערבית לרצועת עזה, הוא הכיר בכך שעל אף הקשיים הביטחוניים הרבים, מוטלת עליו חובה מוגברת ומיוחדת לאפשר לבני משפחתם לבקרם. התחייבות זו עוגנה בפסק דינו של בית המשפט בבג"ץ אלעביאת. עתה מסרב המשיב להתיר אף ביקורים אלו ומבקש לקרוע לחלוטין את המרקם המשפחתי. פגיעה קשה זו אינה סבירה ואינה מידתית.

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 ניתן 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 המשיב, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.