

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ מצבח, ת"ז \_\_\_\_\_  
מירושלים המזרחית

2. 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 עביר גיבוראן-דקואר (מ"ר  
44346) ו/או יותם בן הלל (מ"ר 35418) ו/או חוה  
מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר  
37566) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065)  
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. אלוף פיקוד הדרום
2. שר הביטחון
3. מדינת ישראל

#### המשיבים

### עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא ישיבו לפניות העותרים אליהם מזה למעלה משלושה חודשים, ויתירו לעותר 1 (להלן: העותר) להיכנס מישראל לרצועת עזה, כדי לבקר את אמו החולה, הגב' \_\_\_\_\_ מצבח, המתגוררת שם.

ההיתר המבוקש הינו למשך שבוע ימים לפחות, זאת בהתחשב בזמן הרב הכרוך בכניסה והציאה מהרצועה והליך הבידוק הממושך במחסום ארז.

2. מדוע לא ישיבו בכתב לפניות המופנות אליהם, במהירות הראויה ובכל מקרה לא למעלה מארבעים וחמישה יום מיום הפנייה, בהתאם לדין.

### בקשה לדין דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דין דחוף לשמיעת העתירה, נוכח מצבה של האם החולה ואופיה ההומניטארי הברור של העתירה, ונוכח היעדר מענה ענייני מצד המשיבים לפניות העותרים אליהם זה למעלה משלושה חודשים.

## התשתית העובדתית

### הצדדים

1. העותר, תושב ירושלים, יליד 1964, אח מוסמך במקצועו.
2. אמו של העותר, הגב' \_\_\_\_\_ **מצב** (ת"ז \_\_\_\_\_), פלסטינית המתגוררת ברצועת עזה, היא אלמנה, בת ששים וארבע, אשר אובחנה כחולה בסרטן השד ובשנת 2006 עברה ניתוח לכריתת השד. בהמשך טופלה בכימותרפיה ובטיפול הורמונאלי. מאז ועד היום כיום סובלת מכאבים. כמו כן סובלת הגב' מצבח מיתר לחץ דם, היפותרודיזם והיא נוטלת תרופות.
- העתק דו"ח רפואי מבית החולים שיפא בעניין מצב הרפואי של גב' מצבח מצורף ומסומן **ע/1**.
3. בהתחשב במצבה הרפואי של הגב' מצבח, קיימת חשיבות מיוחדת בביקורו של העותר אצל אימו, גם בשל היותו אח מוסמך.
- העתק אישור מנהלת היחידה לאונקולוגיה גניקולוגית במרכז הרפואי שערי צדק, ירושלים, בדבר חשיבות ביקורו של העותר אצל אמו מצורף ומסומן **ע/2**.
4. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**), היא עמותה לזכויות אדם, העוסקת, בין היתר, בעניינם של ישראלים המבקשים לבקר אצל קרובי משפחה ברצועת עזה.
5. המשיב 1, אלוף פיקוד הדרום (להלן: **המשיב**), מוסמך לאשר כניסת ישראלים לשטחי הרצועה מטעם המשיבה 3, מדינת ישראל, השולטת בגבולותיה ובמעברים אליה מזה למעלה מארבעים שנה.
- בעבר החזיק המשיב בסמכות זו מכוחו של צו צבאי, אשר קבע את שטחי הרשות הפלסטינית ברצועת עזה כשטח צבאי סגור. כיום מפעיל המשיב את אותה סמכות בהתאם לפרשנותו של המשיב לסעיף 24 לחוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005.
6. המשיב 2, שר הביטחון, הינו הגוף המוסמך לקבוע הנחיות ביטחוניות לעניין הכניסה לרצועת עזה, בכפוף לכללי המשפט הבין לאומי, לעקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי ובאיזון עם משפט זכויות האדם.

### מדיניות המשיב: התרת כניסה לרצועת עזה לביקור הורה חולה

7. עיקר מדיניות המשיבים באשר לכניסת ישראלים לרצועת עזה הובא בתגובת המשיבים מיום 27.8.04 לעתירה עקרונית, שהגיש המוקד בעניין כניסת ישראלים לרצועת עזה (בג"צ 10043/03 אבאגיאן נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (לא פורסם)).

באותה עתירה התבקשו המשיבים, בדומה לעתירה זו, לאפשר כניסתו של תושב ישראל לרצועת עזה לצורך ביקור אצל אמו החולה, המתגוררת ברצועה. בעקבות העתירה התירו המשיבים את כניסתו של העותר לרצועה.

8. בפן הכללי, הודיעו המשיבים במסגרת אותה עתירה כי:

נוכח הרצון להתחשב, במידת האפשר, בצורכיהם של תושבי הרשות הפלסטינית, כמו גם ברצונם של אזרחי ותושבי ישראל לבקר את קרוביהם המתגוררים באזח"ע, מאפשר המשיב, אף בתקופת העימות המזוין, ובהעדר מניעה ביטחונית פרטנית, כניסתם לאזח"ע של קרובי משפחה מדרגה ראשונה המבקשים לבקר באזח"ע בשל קיומו של צורך הומניטרי חריג (חתונה, אירוסין, מחלה קשה, הלוויה וכיו"ב). כן מותרת, בהעדר מניעה ביטחונית פרטנית, כניסתם לאזח"ע של ישראלים הנשואים לאדם המתגורר באזח"ע (ההדגשה הוספה).

ההסדרים הנ"ל הוחלו גם על ילדים נלווים של המבקר, אשר טרם מלאו להם 18 שנה.

9. הסדרים אלו המשיכו להתקיים לאחר ביצוע תוכנית "ההתנתקות", ואף לאחר ההתפרצות האלימה ברצועת עזה בחודש יוני 2007.

10. בתאריך 18.7.08, פרסמו המשיבים "הבהרת קריטריונים לכניסת ישראלים לרצועה", כפי שאלו הוצגו בבג"ץ כמתואר לעיל. במסגרת פירוט הקריטריונים השונים, הודיעו כי:

בקשה הומאנית: תותר כניסת ישראלים למטרת ביקור מסיבה הומאנית (חתונה, אירוסין, מחלה קשה, הלוויה וכיו"ב). אך ורק למשפחה מקרבה ראשונה [...] נלווה/ בן זוג: תותר כניסתו של נלווה ובתנאי שהוא קרוב משפחתו מדרגה ראשונה של מי שהותרה כניסתו לרצועה - בן זוג או אחד הילדים עד גיל 18.

העתק הודעת מת"ק עזה מיום 18.7.08 בדבר הבהרת הקריטריונים לכניסת ישראלים לעזה מצורף ומסומן ע/3.

11. כך היה אף בעניינו של העותר, אשר בתאריך 24.12.07 נאלץ להגיש עתירה דומה לעתירה זו, בבקשה להתיר את כניסתו לביקור אמו חולת הסרטן (בג"צ 10941/07 מצבח נ' אלוף פיקוד דרום).

12. בעקבות העתירה הודיעו אז המשיבים כי החליטו להתיר את כניסתו של העותר לביקור אימו ברצועה. בהתאם לכך נכנס העותר בתאריך 3.2.08 לרצועה.

העתק הודעת ב"כ המשיבים מיום 10.1.08 מצורף ומסומן ע/4.

13. כידוע, לא רק בעניינו של העותר התירו המשיבים את הכניסה לרצועת עזה. גם במקרים אחרים הותרה הכניסה, כעניין שבמדיניות. כך בעת האחרונה, התירו המשיבים לישראלים להיכנס לביקור הוריהם החולים ברצועת עזה, בנסיבות זהות כמעט לעניינה של עתירה זו (ראו: בג"ץ 8694/08 אלחמאם נ' אלוף פיקוד הדרום ואח', בג"ץ 8182/08 אבו שהלה נ' אלוף פיקוד הדרום ואח').

## מיצוי ההליכים

14. בתאריך 6.11.08 פנה המוקד להגנת הפרט אל משרד ישראלים במת"ק עזה, בבקשה להתיר את כניסתו של העותר לרצועת עזה בהקדם האפשרי, על מנת שיוכל לבקר את אמו, לסייע לה ולתמוך בה.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט מיום 6.11.08 מצורף ומסומן ע/5.

15. נציגת המוקד להגנת הפרט פנתה בטלפון אל משרד ישראלים, בתאריכים 17.11.08, 1.12.08, 15.12.08 ו-25.09.09 בעניין פניית המוקד מיום 6.11.08 וביקשה לדעת מה מצב הטיפול בבקשה. התשובה שקיבלה שוב ושוב הייתה כי הבקשה נמצאת בטיפול.

16. בתאריך 26.1.09 פנה המוקד במכתב תזכורת למשרד ישראלים במת"ק עזה, והודיע כי בקשת העותר נמצאת בטיפול זה כבר למעלה מחודשיים ועל כן נתבקש היתר לכניסת העותר לרצועת עזה ללא שיהוי.

העתק התזכורת מיום 26.1.09 מצורף ומסומן ע/6.

17. ואולם, אף על פי שחלפו למעלה משלושה חודשים מאז פנו העותרים למת"ק עזה, עדיין נמנעת מן העותר הזכות והחובה לדאוג לאמו בשעתה הקשה. עיקרה של המניעה כאמור, הרי שהוא טמון בשיהוי המשיב בטיפול בבקשתו.

## הטיעון המשפטי

### חובת המשיבים להשיב לפניית במהירות ראויה

18. המשיבים משתהים זה למעלה משלושה חודשים בטיפול בבקשת העותר. זאת על אף האופי ההומניטארי של הבקשה ועל אף העובדה כי העותר – שעניינו מוכר למשיבים מזה זמן רב – עומד באופן ברור בקריטריונים שקבעו המשיבים, ובהתאם לכך אף קיבל היתרים בעבר.

19. כלל ידוע הוא כי "החובה לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשוניים של מינהל תקין" (י' זמיר, הסמכות המינהלית (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 717).

וראו בעניין זה:

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

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

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

בג"צ 4212/06 Avocats Sans Frontieres נ' אלוף פיקוד הדרום, תק-על 2006(2) 4751 (2006).

20. 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....

21. 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 לפניית 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.

22. גם היועץ המשפטי לממשלה הבהיר בהנחיותיו – המחייבות את המשיבים – את החובה להשיב לפניית בהקדם האפשרי ולא יאוחר מארבעים וחמישה יום (הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה מס' 3.1004 – חוק לתיקון סדרי 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).

23. אף פקודות הצבא עצמו 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....

24. יודגש, כי בנסיבות העניין, ולאור העובדה שעניינו של העותר ואמו החולה מוכר כבר למשיב מזה זמן רב, ראוי ומתבקש היה כי המשיב ישיב לפניית העותר תוך זמן קצר בהרבה מארבעים וחמישה יום.

אולם המשיב לא רק שלא פעל במהירות הראויה המתבקשת בנסיבות העניין – אלא אף המשיך בעיכובים ובסחבת עד אשר חרג מהזמן המקסימלי המותר על פי הדין.

25. כך, על אף החובה הכללית לפעול במהירות, ועל אף החובה המפורשת – הן לפי חוק והן לפי פקודות הצבא להשיב במהירות ראויה ולכל המאוחר בתוך 45 יום, נוהג המשיב כאילו רשאי

הוא לעכב מתן החלטות כרצונו, תוך זלזול בפונים אליו והתעלמות מהממתינים לתשובותיו – ותוך התעלמות מחובתו החוקית הברורה.

התנהלות זו היא בלתי סבירה, בלתי מידתית ובלתי חוקית, וכמובן גורמת לפגיעה קשה בזכויותיהם של העותר ואמו החולה.

### **הזכות לחופש התנועה**

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

וראו:

בג"ץ 6358/05 ואנוני 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).

27. 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.

28. המשיבים פוגעים בחופש התנועה של העותר, בכך שהם מונעים ממנו להיכנס לרצועת עזה ולסעוד את אמו חולת בשעתה הקשה. הפגיעה בחופש התנועה משמעה בענייננו פגיעה קשה ביותר במרקם חיי המשפחה של העותר ובחייה של האם החולה.

### **הזכות לחיי משפחה**

29. 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.

30. 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.

וכבר נפסק 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 (1999)).

ראו 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.

31. בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים, ובמיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין **עדאלה** (בג"ץ 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.

32. חלק מהזכות לחיי משפחה היא זכותו וחובתו של כל אדם לדאוג להוריו המבוגרים. יפים לעניין זה דבריו של המשנה לנשיא מנחם אלון (כתוארו אז) על חובת כיבוד אב ואם:

הקשר בין ילד להוריו ומצוות כיבוד הורים יסוד מוסד ועקרון מקודש הם במורשת ישראל מקדמת דנא, ובכל חברה אנושית בת תרבות; והוא הדיבר החמישי שבעשרת הדיברות: "כבד את אביך ואת אמך" (שמות, כ, יב; דברים, ה, טז). וכל כך למה? על שום ש"שלושה שותפין הן באדם: הקדוש ברוך הוא, ואביו ואמו" (קידושין ל, ב).

וצא ולמד עד היכן מגעת חובת כיבוד אב ואם בעיניהם ובמעשיהם של חכמים. וכך מסופר על רבי טרפון (מגדולי התנאים שבמאה הראשונה לספירה):

"רבי טרפון היתה לו אם זקנה. כל אימת שביקשה לעלות על יצועה, גחן בפניה ועלתה, וכל אימת שיורדת היתה מיצועה, התכופף ונחתה עליו. יום אחד השתבח בבית המדרש במעשיו. אמרו לו: עדיין לא הגעת לחצי כיבוד. כלום זרקה ארנקי בפניך לים ולא הכלמתה?" (קידושין, לא, ב, בתרגום לעברית).

(ע"א 1482/92 **הגר נ' הגר פ"ד מז**(2) 793, 811-812 (1993)).

33. על פי המשפט הבינלאומי קיימת חובה מיוחדת לדאוג לזקנים ולחולים ולהגן עליהם. כך נוסח עקרון מנהגי זה:

The elderly, disabled and infirm affected by armed conflict are entitled to special respect and protection.

(J. Henckaerts and L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law (Vol. 1, 2005) p. 489).

34. החשיבות שבשמירה על קשר הדוק עם בני המשפחה ותמיכת המשפחה הקרובה כאשר מדובר בזקנים, באה לידי ביטוי גם בהחלטות האו"ם:

Older persons should benefit from family and community care and protection in accordance with each society's system of cultural values.

(United Nations Principles for Older Persons, G.A. Res. 46/91, U.N. GAOR, 46th Sess., 74th plen. mtg., Annex 1, U.N. Doc. A/RES/46/91 (1991), Article 10)

The General Assembly... urges the support of national initiatives on ageing in the context of national cultures and conditions, so that... families are supported in providing care and all family members are encouraged to cooperate in caregiving.

(Proclamation on Ageing, G.A. res. 47/5, 47 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 13, U.N. Doc. A/47/49 (1992), Article 2.k).

35. המועצה האירופית אף היא הדגישה את מקומם החשוב של הזקנים במסגרת המשפחתית:

The social importance of the elderly in family life cannot be underestimated. The family is the basic structure in which the individual traditionally learns his or her social role, receiving a human heritage from his or her elders... Respect and care for the elderly are key elements in this quest.

(The Council of Europe, Recommendation 1428 (1999): The future of senior citizens: protection, participation and promotion, Para. 5).

36. המשיבים פוגעים קשות בזכותם של העותר ואמו החולה לחיי משפחה בכך שהם מאלצים את העותר להמתין זמן רב לתשובתם, ובכך שהם מונעים מהעותר את מימוש זכותו וחובתו לדאוג לאמו בעת מחלתה הקשה.

## **סיכומם של דברים**

37. נדמה כי בעתירה זו אין צורך להרבות בדברים לעניין זכותו של העותר לבקר אצל אמו ולסעוד אותה בשעתה הקשה, ולעניין זכותה של האם לקרבתו של בנה.

38. מדובר במקרה הנופל באופן מובהק בגדר הקריטריונים אותם קבעו המשיבים לכניסת ישראלים לרצועת עזה. בהתאם לקריטריונים אלה, התירו המשיבים את כניסתו של העותר בעבר ואת כניסתם של ישראלים לרצועה במקרים דומים – גם בעת האחרונה – וכך עליהם לנהוג גם עתה.

39. המשיבים פעלו באופן בלתי מידתי ובלתי סביר – תוך שהם מפירים את חובתם הברורה על פי חוק, ומתעלמים מהוראות והנחיות מפורשות וחד-משמעיות המחייבות אותם ומפסיקתו של



בית משפט נכבד זה – בכך שלא השיבו במשך שלושה חודשים לפניות העותר, בבקשתו לממש את הזכות הבסיסית ביותר לחיי משפחה.

המשיבים נוהגים כאילו זמנם בידם, תוך אדישות מוחלטת לכך שכל יום נוסף של עיכוב וסחבת מצדם הוא יום נוסף בו נמנעת פגישתם של בני המשפחה, יום נוסף של המתנה חסרת תוחלת, יום נוסף של ציפייה וגעגועים.

מכל הטעמים האלו, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי כמבוקש בראש העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיב להופכו למוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להטיל על המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

---

נירית היים, עו"ד

ב"כ העותרים

26 בפברואר, 2009

[ת.ש. 7580]