

בעניין:

1. גב' _____ **שעיבאת**
ת.ז. _____, תושבת הרשות הפלסטינית
2. גב' _____ **שעיבאת**
ת.ז. _____, תושבת הרשות הפלסטינית
3. _____ **שעיבאת**
ת.ז. _____, קטינה, באמצעות אמה העותרת 1
4. _____ **שעיבאת**
ת.ז. _____, קטין, באמצעות אמו העותרת 1
5. _____ **שעיבאת**
ת.ז. _____, קטינה, באמצעות אמה העותרת 1
6. _____ **שעיבאת**
ת.ז. _____, קטין, באמצעות אמו העותרת 1
7. _____ **שעיבאת**
ת.ז. _____, קטין, באמצעות אמו העותרת 1
8. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.**
ע"י ב"כ עוה"ד עביר ג'ובראן (מ.ר. 44346) ו/או יוסי וולפסון
(מ.ר. 26174) 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 ענת
קדרון (מ.ר. 37665) ו/או עידו בלום (מ.ר. 44538)
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:

- א. מדוע לא ישיב לפניות המוקד להגנת הפרט, העותרת 8, שעניינן הנפקת היתרי כניסה לישראל לצורך מעברם של העותרים 1-7 מבית סאחור שבגדה המערבית אל רצועת עזה, לביקור אצל אבי המשפחה, מר _____ שעיבאת, ממורחקי כנסיית המולד, וזאת בהתאם להתחייבות המשיב במסגרת בג"צ 10677/04 אלעביאת נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אשר עוגנה בפסק דין מיום 27.12.04.
- ב. מדוע לא ינפיקו לעותרים היתרי כניסה לישראל לצורך מעברם מבית סאחור לרצועה, לביקור ושהייה אצל אבי המשפחה, מר שעיבאת, המתגורר שם.

בקשה לדיון דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה, נוכח הפרידה הכפויה - מזה כתשעה חודשים - בין העותרים 1-7 השוהים בבית סאחור שבגדה המערבית, לבין אבי המשפחה השוהה ברצועה; ונוכח אי המענה ואי הטיפול בבקשת העותרים 1-7 – מזה כארבעה חודשים - לקבלת היתר כניסה לישראל לצורך מעברם לרצועה.

הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**), הנה פלסטינית מבית סאחור. בשנת 1990 נישאה העותרת למר _____ שעיבאת (ת.ז. _____). לבני הזוג נולדו ששה ילדים, העותרים 2-7.

העתק מחוזה הנישואין של בני הזוג מצורף ומסומן ע/1.

2. במאי 2002 הורחק מר שעיבאת על ידי ישראל מבית סאחור אל רצועת עזה, במסגרת הסכם בחסות בינ"ל, עם סיום פרשת התבצרותם של פלסטינים בכנסיית המולד בבית לחם.

3. המשיב הוא המחזיק בגדה המערבית בתפיסה לוחמתית מטעם מדינת ישראל. הוא בעל הסמכות להתיר את כניסתם של פלסטינים תושבי הגדה לישראל, לצורך מעברם לרצועת עזה. חשוב להדגיש כי על פי הדין החל בשטחים ועמדת המשיב ופסיקת בג"ץ, כל שנדרש המשיב לבחון לצורך מעבר בין הגדה לעזה, שהנן יחידה אינטגרלית אחת, הוא האם קיים סיכון ביטחוני משמעותי הנובע מהמעבר בתוך ישראל, מעבר הנדרש בשל חוסר הרציפות הטריטוריאלית בין שני חלקים אלו של השטח המוחזק. (ראו: בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל פ"ד נו (6) 352 (להלן: **פרשת עג'ורי**)).

התשתית העובדתית

מבוא

4. בין העותרים והמשיב אין מחלוקת בדבר עצם הזכות של בני משפחה של אדם שהורחק ע"י רשויות הביטחון לרצועה לבקרו, בכפוף לכך כי אין מניעה ביטחונית פרטנית לביקור. הדברים נמסרו בשם המשיב במסגרת בג"ץ 10677/04 _____ אלעביאת נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ועוגנו בפסק הדין מיום 27.12.04, 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 שמטופלות כלל הפניות של תושבי האזור המבקשים לצאת לישראל.

5. העותרים סבורים כי הסיטואציה בה אדם הורחק ע"י המדינה מביתו וממשפחתו לרצועת עזה, מטילה על המשיב חובה מיוחדת לאפשר את ביקורי המשפחות. סיכון ביטחוני, אם כרוך בביקורים כאלו, הוא בבחינת חלק בלתי נפרד מצרור בלתי-ניתן-להפרדה של תוצאות ההרחקה – צעד שהמשיב לקח על עצמו על יתרונותיו וחסרונותיו.

מעברה של העותרת בין עזה לגדה

6. בשנת 2003 קיבלה העותרת היתר כניסה לישראל לצורך מעברה מבית סאחור לעזה, לביקור ממושך אצל אבי המשפחה אשר הורחק לעזה בשנת 2002.

7. היות ומשפחת העותרת המשיכה להתגורר בבית סאחור, ולאחר שבקשותיה של העותרת לקבל היתר כניסה לישראל, לצורך מעברה לביתה בבית סאחור לא נענו, פנתה העותרת בשנת 2005 אל המוקד להגנת הפרט על מנת לקבל היתר כניסה לישראל לצורך ביקור אצל אביה חולה הלב בבית סאחור.

8. ביום 7.8.05 פנה המוקד להגנת הפרט אל יועמ"ש המשיב וביקש היתר כניסה לישראל לצורך מעברם של העותרת וילדיה מעזה לבית סאחור שבגדה המערבית.

ביום 14.9.05 התקבלה במשרד המוקד להגנת הפרט תשובה מלשכת יועמ"ש המשיב, לפיה אין מניעה ביטחונית לכניסת העותרת וילדיה לישראל לצורך המעבר לגדה המערבית. אולם, בשל הסגר שהוטל על הרצועה לא הונפק לעותרת וילדיה היתר כניסה לישראל, ולא עלה בידם לעבור באותה תקופה לרצועה.

העתק מהמכתב מ-7.8.05 מצורף ומסומן ע/2 ;
העתק ממכתב התזכורת מיום 18.8.05 מצורף ומסומן ע/3 ;
העתק ממכתב לשכת יועמ"ש המשיב שהתקבל במשרד המוקד להגנת הפרט ביום 14.9.05 מצורף ומסומן ע/4.

9. ביום 15.6.06 פנה המוקד להגנת הפרט פעם נוספת בעניינה של העותרת, בבקשה לקבלת היתר כניסה לישראל לצורך מעברם של העותרת וילדיה לביקור אצל אביה חולה הלב שבגדה.

ביום 4.7.06 התקבלה תשובה לפיה, בשל הסגר, לא מאושרות בקשות לכניסה לישראל אלא במקרים הומניטריים חריגים.

ביום 13.8.06 פנה המוקד להגנת הפרט אל לשכת יועמ"ש המשיב, בבקשה להנפיק לעותרת היתר כניסה לישראל לצורך ביקור אצל אביה בבית סאחור שבגדה המערבית.

ביום 17.8.06 התקבלה במשרד המוקד תשובה מטעם לשכת יועמ"ש המשיב, לפיה הונפק לעותרת היתר כניסה לישראל לצורך מעברה.

העתק ממכתב המוקד להגנת הפרט אל לשכת יועמ"ש המשיב מיום 15.6.06 מצורף ומסומן ע/5;

העתק ממכתב לשכת יועמ"ש המשיב אשר התקבל במשרד המוקד להגנת הפרט ביום 4.7.06 מצורף ומסומן ע/6;

העתק ממכתב המוקד להגנת הפרט אל לשכת יועמ"ש המשיב מיום 13.8.06 מצורף ומסומן ע/7;

העתק ממכתב מלשכת יועמ"ש המשיב אשר התקבל במשרד המוקד להגנת הפרט ביום 17.8.06 מצורף ומסומן ע/8.

10. מאז אוגוסט 2006 שוהים העותרת וילדיה, העותרים 2-7, בבית סאחור שבגדה המערבית. בקשותיה להיתר כניסה לישראל לצורך חזרתה, יחד עם ששת ילדיה, העותרים 2-7, אל בעלה שברצועה - סורבו.

מיצוי הליכים

11. בחודש אוקטובר 2006 פנתה העותרת למת"ק בית לחם והגישה בקשה להיתר כניסה לישראל לצורך מעברה יחד עם ילדיה אל הרצועה, אולם בקשתה סורבה על ידי המשיב.

12. ביום 23.1.07 פנתה העותרת אל מת"ק בית לחם והגישה בקשה להיתר כניסה לישראל לצורך מעברה לרצועה, אולם בקשתה סורבה על ידי המשיב באותו יום.

13. ביום 20.3.07 פנה המוקד להגנת הפרט אל לשכת יועמ"ש המשיב, וביקש להנפיק לעותרת היתר כניסה לישראל לצורך מעברה יחד עם ילדיה, העותרים 2-7, לרצועה.

העתק מהמכתב מיום 20.3.07 מצורף ומסומן ע/9.

14. ביום 3.5.07 שלח המוקד להגנת הפרט תזכורת אל לשכת יועמ"ש המשיב.

העתק מהמכתב מיום 3.5.06 מצורף ומסומן ע/10.

15. יותר מארבעה חודשים עברו מאז פנייתו הראשונה של המוקד בעניינם של העותרים 1-7, ושום התייחסות לא התקבלה מטעמו של המשיב או לשכותיו.

בינתיים ממשיכים העותרים 1-7 לשהות בכפייה בבית סאחור שבגדה המערבית, הרחק מאבי המשפחה השוהה ברצועה, אשר לא פגש את משפחתו וילדיו מזה תשעה חודשים תמימים.

הטיעון המשפטי

אי מענה

16. פניותיה של העותרת באמצעות המוקד להגנת הפרט לא נענו על ידי יועמ"ש המשיב מזה כארבעה חודשים. המשיב בכובעו כרשות מינהלית הפר את חובותיו הבסיסיות המוטלות עליו, לטפל ולענות לבקשות המופנות אליה תוך זמן סביר, ובהתאם לדחיפות של כל מקרה.

חובתה של הרשות המינהלית לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשונים של מינהל תקין (יי זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 717).

17. כלל ידוע הוא כי חובתה של רשות מינהלית לטפל בפניות שהופנו אליה בהגינות ובהתאם לנסיבות המקרה, ולעמוד בלוח זמנים סביר: "על רשות מוסמכת לפעול בסבירות. סבירות משמעה גם עמידה בלוח זמנים סביר" (דבריו של השופט לוין בבג"צ 6900/93 המכון להכשרת טוענות בית הדין נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441, 451). "חובת המהירות הראויה, המוטלת על הרשות המינהלית, אינה אלא חובת התנהגות סבירה" (בג"צ 7198/93 מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מח(2) 844, 853).

18. ארבעה חודשים עברו מאז פנייתו הראשונה של המוקד להגנת הפרט אל יועמ"ש המשיב. עמדתו של המשיב בעניין מתן היתר הכניסה לישראל עבור העותרים לא נתקבלה, על אף התזכורות בכתב ועל פה.

הפגיעה בזכויותיהם של העותרים 7-1

הזכות לכבוד ולחיי משפחה

19. זכותם של העותרים 7-1 להתאחד עם אבי המשפחה ברצועה נפגעה קשות. הזכות לחיי משפחה הינה זכות מוכרת ומוגנת במשפט הבינלאומי ההומניטרי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי.

ראו:

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.

20. זכותם של העותרים 6-1 לחיי משפחה נפגעת מדי יום. המשפחה הטבעית היא היחידה הבסיסית של החברה שמחויבים להגן עליה:

התא החברתי היסודי והקדום **ביותר** בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמש והמבטיח את קיומה של החברה האנושית (השופט אלון בע"א 488/77, בעמ' 434).

21. הפגיעה בחיי המשפחה היא פגיעה העולה כדי פגיעה בכבודו של העותר כאדם. עמד על כך הנשיא ברק בפרשת עדאלה:

הקשר המשפחתי, והגנה עליו ועל מרכיביו הגרעיניים (בני הזוג וילדיהם), מונח ביסוד המשפט הישראלי. למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחיייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של האדם.

[...]

קשריו המשפחתיים של האדם הם במידה רבה טעם חייו... מעטות הן ההחלטות המעצבות את חייו של אדם ומשפיעות עליהן כהחלטה עם מי יקשור את גורלו ועם מי יקים את משפחתו. כך גם ביחס לזכותם של ההורים לגדל את ילדיהם...

הנה כי כן, מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת (בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל העותרים ואח' נ' שר הפנים, תק-על 1754 (2)2006, פסקאות 25, 30-34 לפסק דינו של הנשיא).

ההכרה בזכות לחיי משפחה כזכות מוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התקבלה על ידי רוב השופטים והיא ההלכה הפסוקה.

עקרון טובת הילד

22. קיומה של האמנה הבינלאומית לזכויות הילד (1989), אשר אושררה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, וחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חיזקו את מעמדו של הילד כנושא זכויות עצמאי, וכאישיות עצמאית במשפט.

23. בפסיקה העליונה הודגש לא אחת, כי כאשר דנים בטובת הילד יש לתת משקל רב ביותר לשיקול זה. עקרון טובת הילד הינו שיקול נוסף שעל המשיבים להתחשב בו עת הם דנים בבקשתו של העותר להיכנס לישראל לצורך מעברו לביתו בגדה המערבית. חשובים לענייננו דבריו של כב' השופט זילברג:

מבחן טובת הילדים הוא עקרון שאין למעלה הימנו... הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר. כי

משהתרום המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית - ובתפיסה מודרנית זו נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים - כי הילד אינו "אובייקט" של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים, אלא הוא עצמו "סובייקט", הוא גופו "בעל-דין", בשאלה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף מסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני "זכות" של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו (ע"א 209/54 פּרנץ שטיינר נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ט(1), 241, עמ' 251-252).

ראו גם:

בג"ץ 40/63 לורנץ נ' ראש ההוצל"פ, פ"ד נז(3) 1709, 1717;
ע"א 549/75 פלונים נ' היועץ המשפטי, פ"ד ל(1) 459, 465;
ע"א 266/93 פלונים נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 271-272.

24. טובת הילדים הינה לגדול במחיצת אביהם ואמם במסגרת תא משפחתי יציב. אין ספק בדבר הנזק שנגרם לילדים, העותרים 7-2, עת הורחק אביהם מהגדה המערבית לרצועת עזה. נזק שנגרם ופגע בשגרה של כל בני המשפחה, היות שנאלצו לשנות את מקום מגוריהם ואת בתי ספרם, את סביבתם החברתית המוכרת. נזק זה הולך ומחמיר עוד יותר עם מניעת ביקורם של העותרים ברצועת עזה – מדובר בנזק נפשי וחומרי כאחד, שעלול להיות בלתי הפיך.

זכותו של אביהם המגורש של העותרים 7-2 להורות

25. זכותם של הילדים לקבל חינוך ראוי, אהבה, חום ותשומת לב מהוריהם; כנגד זכויות אלו קיימות חובות ההורים לספק את אותם צרכים לילדיהם.

ראו:

ע"א 2266/93 פלונים נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221, עמ' 237-238.

26. העותרים 7-2 אינם מפסיקים לשאול את אמם העותרת, מתי יוכלו להיפגש עם אביהם; העותרת אינה יכולה לשאת יותר באחריות ולקיים את חובותיה כלפי ילדיה לבדה, וזקוקה לעזרתו ותמיכתו של בעלה, אבי המשפחה.

27. במניעת מעברם של העותרים 7-1, מונע המשיב מאבי העותרים 7-2, המגורש, לממש את זכותו להורות ואבהות, לקיים את חובותיו כלפי ילדיו, להיות לצד אשתו, העותרת, ויחד איתה לגדל את ילדיו.

28. אבי המשפחה אינו יכול לקיים את חובותיו כלפי ילדיו, העותרים 7-2, כל עוד הם רחוקים ממנו ואינם מבקרים אצלו. הוא אינו יכול לתמוך בהם או לתקשר איתם ישירות. המשיב פגע, וממשיך לפגוע, בזכותו המשפטית להורות, ומונע ממנו לטפל במשפחתו.

במסגרת יחידה זו מוטלת על כל אחד מההורים החובה לדאוג לבריאותו ולרווחתו (הפיסיות והנפשיות) של ילדם הקטין (ע"א

845/76 ; ע"א 137/81 (ב"ש 705/82)). יחד עם זאת, יש להם להורים גם זכויות. "אין חולק על כך כי זיקתו של ההורה לילדו אינה רק בגדר חובה אלא גם בגדר זכות" (ע"א 436/76, בעמ' 243). מהותה של זכות זו היא, כי את החובות כלפי הילד הקטין רשאים למלא ההורים - הם ולא זולתם. זכותו המשפטית של ההורה היא כי הוא, ולא אחר, יקיים את החובות כלפי ילדו [...] זכות זו של ההורים היא זכות קונסטיטוציונית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי - "קול-הדם" בלשונו של מ"מ הנשיא, השופט חשין, בע"א 50/55, בעמ' 799 - שבין הורים לילדיהם [...] זכות זו של ההורים אינה זכות קניין או מעין קניין. היא אך ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדים. "אין לך נכס היקר לאדם יותר מן הקשר הנפשי בין הורים וילדם הטבעי, שבו הם רואים את פרי אהבתם, עצמם ובשרם, ואת דור ההמשך הנושא בחובו את מטענם התורשתי" (השופטת בן-פורת בע"א 488/77, בעמ' 411). מציאות משפטית מיוחדת זו של זכות וחובה הכרוכות זו בזו מצאה את ביטויה בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, אשר קובע, כי אפוטרופסות ההורים כוללת בחובה את "החובה והזכות" לדאוג לצורכי הקטין (סעיף 15. ראה ע"א 549/75, בעמ' 463). (ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1), 461, עמ' 465-466).

הזכות לכבוד, לחופש תנועה ולאוטונומיה בשטחים

29. לפלסטינים תושבי הרשות הפלסטינית הזכות לחופש תנועה בגדה המערבית ורצועת עזה, המהוות יחידה אינטגרלית אחת.

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);

הסכם המעברים בין מדינת ישראל לרשות הפלסטינית מיום 15.11.05;

בג"ץ 7015/02 עגירי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2002(3), 1021;

בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל העותרים ואח' נ'

שר הפנים, תק-על 2006(2) 1754.

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

ראו לעניין הזכות לחופש תנועה:

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 האיזורי, תק-על 94(1) 1139, 1147.

31. 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 שמייחסים לזכות לחופש התנועה.

32. 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.

33. 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.

34. 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.

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

36. אורח חייהם של העותרים, כבודם, זכותם לפרטיות ולאוטונומיה נפגעו באופן קשה כתוצאה מהחלטת המשיב לא לאפשר את מעברם לעזה דרך ישראל. (ראו: ע"א 2781/93 מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, תק-על 99(3) 574, עמ' 595).

37. בית המשפט הנכבד הכיר בעבר בכך שכאשר מפקד צבאי מפעיל סמכויותיו כלפי פלסטינים תושבי השטחים, עליו לעשות זאת תוך כיבוד כבוד האדם. (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 394).

זכות המעבר במדינות במשפט הבינלאומי ובאמנות

38. קבלת היתר כניסה לישראל, הנה בבחינת כרטיס המעבר בין רצועת עזה והגדה המערבית, בין חלקי השטח האינטגרלי. 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), וכשאין בו כדי לפגוע במדינה הנעברת. המעבר יכול שיהיה בתנאים שמטרתם להגן על אינטרסים לגיטימיים של המדינה הנעברת.

זכות המעבר קיימת גם במקום שאין יחסי קרבה, כמו בין ישראל והפלסטינים. 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) ו**מדינות שמפוצלות מבחינה גיאוגרפית** (כמו השטחים הפלסטיניים).

העתק ממאמרו המקיף בעניין, של המלומד לאוטרפאכט, מצורף ומסומן ע/11.

39. וכך מתאר לאוטרפאכט את זכות המעבר:

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.

ראו ע/11, עמ' 320.

את האופי המינהגי של זכות המעבר מבסס לאוטרפאכט על כתבי מלומדים מגרוטיוס ועד ימינו, כמו גם על הפרקטיקה של המדינות. 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 היס הפתוח (1958) (סעיף 3, בדבר זכות גישה לים של מדינות ללא חוף ים); האמנה בדבר היס 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).

כבר בתנ"ך ניתן למצוא את הגישה, לפיה זכאים אנשים לבוא למדינה בדרישה הלגיטימית **"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.

40. זכות המעבר מותנית, כאמור, בהיעדר פגיעה במדינה הנעברת. לצורך זה הזכות יכולה 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.

ראו ע'11, עמ' 340.

41. 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.

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**.

42. העותרים 7-1 השתמשו בכרטיס המעבר, היינו היתר הכניסה לישראל, לצורך מעברם מעזה לבית סאחור לביקור אצל אביה החולה של העותרת, והיום הם מבקשים להשתמש בכרטיס המעבר שוב, לצורך מעברם לביתם שברצועה, עם אבי המשפחה.

ולסיכום

43. העותרים 7-1 לא ראו את אבי המשפחה מזה תשעה חודשים. כיום הם שוהים בעל כורחם בבית סאחור שבגדה מערבית, זאת לאחר שפניותיהם בבקשות לקבלת היתר כניסה לישראל לא נענו על ידי המשיב, או סורבו.

44. פניותיו של המוקד להגנת הפרט אל יועמ"ש המשיב לא נענו, על אף הזמן הרב שעבר ולמרות הפגיעה הקשה בזכותם של העותרים 7-1 לכבוד ולחיי משפחה, והשפעת הפרידה הכפויה על העותרים הקטיניים 7-3.

המשיב פעל בניגוד לעקרונות המשפט המינהלי וחרגו ממסגרת הזמן הסביר לטיפול בבקשת העותרים 7-1, שפנו אליו באמצעות המוקד להגנת הפרט. במקרה זה הפר המשיב בהתנהלותו את התחייבותו בבג"ץ 10677/04 אלעביאת, והתעלם מעיקרון טובת הילד, היינו טובתם של העותרים הקטיניים 7-3 אשר לא ראו את אביהם מזה תשעה חודשים, וזכויות העותרים 7-1 לחיי משפחה, לכבוד ולחופש תנועה.

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 באת 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.