

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ מג'ארי, ת"ז \_\_\_\_\_  
תושבת השטחים הכבושים
2. \_\_\_\_\_ מג'ארי, ת"ז \_\_\_\_\_  
קטין, באמצעות אמו, העותרת 1
3. \_\_\_\_\_ מג'ארי, ת"ז \_\_\_\_\_  
קטינה, באמצעות אמה, העותרת 1
4. \_\_\_\_\_ מג'ארי, ת"ז \_\_\_\_\_  
קטין, באמצעות אמו, העותרת 1
5. \_\_\_\_\_ מג'ארי, ת"ז \_\_\_\_\_  
קטין, באמצעות אמו, העותרת 1
6. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר**

ע"י ב"כ עוה"ד נמרוד אביגאל (מ"ר 51583) ו/או עידו בלום (מ"ר 44538) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או אלעד כהנא (מ"ר 49009) ו/או נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088)  
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**

**המשיבים**

### עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם, מדוע לא ישיבו לפניות העותרים ויתירו בדחיפות את מעברה של העותרת 1 מהגדה המערבית אל רצועת עזה, על מנת לקחת עימה את ילדיה הקטנים, שהתייתמו מאביהם, ואת חזרתה עימם לביתה בגדה.

### בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה.

לאחרונה נפטר גרושה של העותרת 1, ומאז פזורים ילדיה הקטנים, אשר חיו עם אביהם מאז התגרשו בני הזוג, בין קרובי משפחה ברצועת עזה, כל אחד בבית אחר, שם הם ממתניים לבואה של אימם. העותרת מבקשת להגיע בדחיפות לרצועת עזה ולקחת עימה את ילדיה, המתאבלים על מות אביהם וזקוקים לאימם.

חרף הדחיפות המובהקת ונסיבות העניין, משתהים המשיבים מזה כשבועיים ואינם משיבים לפניות העותרים אליהם.

כל האור מזמן הלך לו,  
אל תלכי פתאום גם את.  
בואי אמא, בואי אמא,  
בואי שבי איתי מעט.

בעצים מכה הרוח,  
וידייך כה חמות.  
אל תלכי, ספרי לי אמא  
איך באים החלומות.

אם פתאום מלאך יופיע,  
אל חדרי יבוא בלאט,  
בואי אמא, בואי אמא,  
ותיראי אותו גם את.

לא, איני פוחד בחושך,  
ואיני רועד בכלל.  
בואי אמא, בואי אמא,  
שבי איתי עד שאגדל.

(”בואי אמא”, קונסטנטין ואנשנקין, בתרגום לאה נאור).

## התשתית העובדתית

### הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**) היא תושבת הרשות הפלסטינית, ילידת 1977, אשר נולדה בקלקיליה שבגדה המערבית.
2. בשנת 1998 נישאה העותרת למר \_\_\_\_\_ מגיארי ז"ל, ת"ז \_\_\_\_\_ בני הזוג עברו להתגורר ברצועה בשנת 2001 ובמהלך נישואיהם נולדו להם שלושה ילדים, הם העותרים 2-4: \_\_\_\_\_ בן \_\_\_\_\_, 10- \_\_\_\_\_, בת ה-7 ו \_\_\_\_\_ בן ה-4 (להלן: **הילדים**).
3. ביום 25.11.10 התגרשו השניים, כשהעותרת בחודש השלישי להריונה עם בנה הרביעי. בעקבות הגירושין, עזבה העותרת את בית בעלה, ושבה לבית הוריה בגדה המערבית, שם מתגוררים כמעט כל בני משפחתה: אמה וששת אחיה. יצוין, כי בשל התמהמהות המשיבים בהסדרת מעברה לגדה הוגשה עתירה לבית משפט נכבד זה (בג"ץ 4213/11 **מג'ארי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית ואח'**). לאחר הגשת העתירה הותר מעברה של העותרת והעתירה נמחקה.
4. מאז חיה העותרת בבית הוריה שבקלקיליה, שם היא מגדלת את בנה הפעוט, \_\_\_\_\_ בן השלושה חודשים, הוא העותר 5.
5. ביום 25.7.11 נפטר גרושה של העותרת ממחלת לב. הילדים נותרו מיותמים מאביהם כשאמם רחוקה מהם, וכך נאלצו להתפזר בין קרובי משפחה שונים ברצועת עזה, שהסכימו לשכנם

בבתיים עד בוא אמם, כל אחד מהילדים בבית אחר, כשמצוקתם רבה, אבלם רב וגעגועיהם לאימם קשים מנשוא.

העתק תעודת הפטירה של אבי הילדים מצורף ומסומן ע/1.

העתק כתבה אודות הנסיבות העגומות של פטירת אבי המשפחה מאתר החדשות של מחנה הפליטים בורייג' מצורף ומסומן ע/2.

6. העותרת מבקשת להגיע לרצועה בדחיפות ולקחת את ילדיה הקטנים אל ביתה בגדה, שם יחיו יחדיו, שם תגדלם ותעניק להם בית חם.

7. העותרת 6 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.

8. המשיב 1 הוא המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה ארבעים וארבע שנים.

9. 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**

10. ביום 17.8.11 פנתה העותרת למשיבים, באמצעות הקישור הפלסטיני, וביקשה לאפשר את מעברה לרצועה, יחד עם בנה התינוק, הוא העותר 5.

11. ביום 21.8.11 פנה המוקד להגנת הפרט לקצין פניות הציבור במינהל האזרחי, וביקש כי יינתן לעותרת ובנה היתר כניסה לישראל בהקדם האפשרי וכן לחזרתה עם ארבעת ילדיה לגדה, בשל הנסיבות, לפניית המוקד צורפה תעודת הפטירה של אבי הילדים. המוקד ציין, כי נוכח דחיפות הבקשה, אם לא יינתנו ההיתרים עד ליום 28.8.11, תישקל פנייה לערכאות.

העתק פניית המוקד מיום 21.8.11 מצורף ומסומן ע/3.

12. חרף דחיפות הבקשה, עד היום, מזה כשבועיים מיום הגשת הבקשה הראשונה, טרם נתקבלה כל תגובה מטעם המשיבים.

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

### **הטיעון המשפטי**

#### **א. הזכות לחיי משפחה, טובת הילד, וזכות העותרת להורות**

14. הזכות לחיי משפחה מאגדת בתוכה את השמירה על האופי האינהרנטי הטמון במרקם הייחודי של המשפחה, בין היתר תמיכה, עידוד מוראלי ועזרה פיזית, הגשמה עצמית, זהות. כך בדרך כלל וכך, ביתר שאת, בנסיבות העגומות נשוא עתירה זו, ולנוכח הקרע שנוצר בין העותרת לילדיה הקטנים, שנותרו מיותמים מאב וללא תא משפחתי.

15. 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 נגד (2) 728, 787).

16. 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.

17. 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).

ר' 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.

18. 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.

19. 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 בבקשת העותרת וילדיה לפגוש בבעל, אבי הילדים ובבן הבכור, מ', הנמצאים ברצועה. 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 פרנץ 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.

20. בענייננו, טובת הילדים לחיות עם אמם זועקת לשמים, ומצוקתם בימים נוראים אלה ברורה מאליה. נראה שאין צורך להרחיב בעניין טובת ארבעת ילדיה של העותרת, שנותרו מיותמים מאביהם בעזה, בני 4-10, לחיות עם אמם ואחיהם התינוק.

21. אין ספק בדבר הנזק האדיר שנגרם לילדי העותרת מאז נפטר אביהם, והם חיים בנפרד זה מזה, ללא תא משפחתי וללא הורה. נזק זה הולך ומחמיר עם כל יום בו נמנע המשיב מליתן את ההיתרים הנחוצים לעותרת לקחת אותם לביתה. וכדברי כבוד השופטת סביונה רוטלוי בת"א 1034/01 במסגרת ערעור על החלטת נזקקות :

כבר הודגש ע"י הרכב ביהמ"ש המחוזי בת"א, שבו נטלתי חלק, לא אחת, כי הזכות של ילדים לקשר עם שני ההורים הינה זכות בסיסית של קטינים המודגשת גם באמנה בדבר זכויות הילד 1989 (כתבי אמנה 1038 כרך 31 עמ' 221 בסעיפים 2) 10 (2), 9, 7, ו-18 [...] יחסים עם הורים הם בעלי חשיבות רבה בהתפתחות הרגשית, אישית וקוגניטיבית וקיים תיעוד ספרותי רב. הממצאים מראים שילדים שנמנעים מהם יחסים משמעותיים עם אחד מהוריהם נמצאים בסיכון פסיכולוגי רב יותר.

(ת"א 1034/01 (לא פורסם), הובא בתמ"ש (תל-אביב) 76880/99 פלוני נ' פלונית, תק-מש 2003(3), 93 (2003)).

22. זאת, קל וחומר בענייננו, שכן ילדי העותרת נותרו אף ללא אביהם וכל שנותרה להם היא אמם.

23. לצד זכותם של הילדים לחיות עם אימם, לקבל חינוך ראוי, דאגה, חום, תשומת לב ותא משפחתי אוהב, ניצבות זכותה וחובתה של העותרת, אמם, לספק את אותם צרכים לילדיה.

ראו :

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

24. המשיב מונע מהעותרת לממש את זכותה להורות ואמהות, לקיים את חובותיה כלפי ילדיה, ולגדלם בביתה.

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 (בי"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).

## **ב. חובת המשיבים להבטיח את חייהם התקינים של העותרים**

25. 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).

26. 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'מעייט אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 797 (1983); ההדגשה הוספה).

### ג. המעבר מהגדה המערבית לרצועת עזה

27. 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.

28. 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.

29. 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).

30. 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.

31. היקף השליטה הישראלית על רצועת עזה והגדה הוא שמחייב את העותרת באישור המשיבים. מכך, 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 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, 30.1.08, ס' 12 לפסק הדין. ההדגשות הוספו).

32. ודוק: העותרת אינה מבקשת לשהות בישראל, אלא אך לעבור דרכה ולקחת את ילדיה מהרצועה, בשל כורח הנסיבות שנכפו עליהם.

**סיכומם של דברים**

33. העותרת מבקשת לעבור דרך ישראל לרצועת עזה, ולקחת משם חזרה לביתה את ילדיה הרכים בשנים, שנותרו מיותמים מאביהם, כשהם מפוזרים בין בתי קרובים שונים וזקוקים לה. מדובר במימוש בסיסי של הזכות לחיי משפחה, כשטובת הילדים זועקת לשמים.

34. הימנעות המשיבים ממתן מענה מונע את מעברה של העותרת ופוגע בזכותה לחופש תנועה בארצה ובזכויות שמימושן תלוי בה, ובראשן הזכות לחיי משפחה.

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 העותרות לבין באי כוחן.

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.

---

נמרוד אביגאל, עו"ד  
ב"כ העותרים

1 בספטמבר 2011  
[ת.ש. 39059]