

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין:

1. _____ אבו בלאל, ת"ז _____
2. _____ אבו בלאל, ת"ז _____
3. _____ אבו בלאל, ת"ז _____
קטין, באמצעות הוריו, העותרים 2-1
4. _____ אבו בלאל, ת"ז _____
קטין, באמצעות הוריו, העותרים 2-1
5. _____ אבו בלאל, ת"ז _____
קטין, באמצעות הוריו, העותרים 2-1
6. _____ אבו בלאל, ת"ז _____
קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 2-1
7. _____ אבו בלאל, ת"ז _____
קטין, באמצעות הוריו, העותרים 2-1
8. _____ אבו בלאל, ת"ז _____
קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 2-1
9. _____ אבו בלאל, ת"ז _____
קטין, באמצעות הוריו, העותרים 2-1

10. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר

ע"י ב"כ עוה"ד טל שטיינר (מ"ר 62448) 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) נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או נמרוד אביגאל (מ"ר 51583) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או בילאל סביחאת (מ"ר 49838)

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 -

אלוף פיקוד הדרום

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על-תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם, מדוע לא יאפשר לעותרת 1 לצאת את ישראל לרצועת עזה, יחד עם בעלה וילדיה, העותרים 2-9, על מנת לבקר את אמה החולה, בת השבעים ואחת, אותה לא ראתה מזה שש שנים.

ההיתר המבוקש הינו למשך שבוע ימים לפחות, זאת בהתחשב בזמן הרב הכרוך בכניסה וביציאה מהרצועה והליך הבידוק הממושך במחסום ארז, ובשל מצבה הרפואי של האם החולה.

בקשה לקביעת דיון מוקדם

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון מוקדם בעתירה. העותרת 1 מבקשת לראות את אמה החולה, הסובלת מלייפת ריאתית, מקוצר נשימה ושיעול ליחתי, וטופלה לאחרונה בבית החולים האירופי בעזה. לאם היסטוריה של אשפוזים חוזרים ונשנים בגין דלקת ריאות ומצוקה נשימתית והיא זקוקה לטיפול ותמיכת בני משפחתה ומעקב צמוד אחר מצבה.

ביום 17.12.12 הודיע המשיב על סירובו להתיר את יציאת העותרת ובני משפחתה לרצועה.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**), היא תושבת ישראל, בת 39, המתגוררת בשגב שלום עם בעלה, העותר 2, וילדיה, העותרים 3-9.
2. הגב' _____ תראבין, ת"ז 951925320 (להלן: **האם**), היא אמה של העותרת, אלמנה בת 74, המתגוררת ברצועת עזה. האם סובלת מלייפת ריאתית (מחלה בה מתרחש תהליך דלקתי והצטלקות של רקמת הריאה, הפוגעים בתפקודה), מקוצר נשימה ושיעול ליחתי. לאם היסטוריה של אשפוזים חוזרים ונשנים בגין דלקת ריאות ומצוקה נשימתית, ולאחרונה הייתה מאושפזת בבית החולים האירופי ברצועת עזה מיום 23.11.12 ועד יום 29.11.12. האם זקוקה לטיפול ותמיכת בני משפחתה ומעקב צמוד אחר מצבה.
העתק מסמך רפואי אודות האם מצורף ומסומן **ע/1**.
3. מטבע הדברים, העותרת חפצה לצאת מישראל לרצועת עזה על מנת לבקר את אמה, יחד עם בעלה וילדיה, לסייע לאם ולתמוך בה.
4. העותרת, אשר נולדה וגדלה ברצועת עזה, עברה לישראל עם נישואיה, בשנת 1998. בשל מדיניות המשיב, המגבילה את הכניסה לרצועת עזה, נגזר נתק קשה על המשפחה. כך, לא ראתה העותרת את משפחתה **מזה שש שנים**. העותרת פגשה את אמה בפעם האחרונה בשנת 2007, אז אישר המשיב עצמו את כניסתה לרצועה על מנת לתמוך באמה, שמצבה הרפואי היה דומה באופיו למצבה כיום. מאז הגישה העותרת למשיב מספר בקשות לכניסה לרצועת עזה לביקור אמה, אך לא קיבלה כל מענה לבקשותיה. נתק זה קשה במיוחד ככל שאמה מזקינה ומצבה הרפואי מידרדר והולך.
5. יצוין עוד, כי איש מהעותרים מעולם לא נחקר ולא נעצר.
6. העותרת 10 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה שמושבה בירושלים, הפועלת, בין היתר, בעניינם של ישראלים המבקשים לבקר את משפחותיהם ברצועת עזה.
7. המשיב, אלוף פיקוד הדרום (להלן: **המשיב**) מוסמך לאשר כניסת ישראלים לשטחי רצועת עזה מטעם מדינת ישראל, השולטת מזה למעלה מארבעים וחמש שנה בגבולותיה של רצועת עזה ובמעברים אליה.

בעבר החזיק בסמכות זו בהיותו הגורם הצבאי שפיקד מטעם ישראל על כוחות הצבא ברצועת עזה ובהתאם לצו צבאי, שקבע כי רצועת עזה הינה שטח צבאי סגור. כיום הוא מפעיל את אותה סמכות בהתאם לפרשנותו לסעיף 24 לחוק ליישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005.

מדיניות המשיב: התרת כניסה לרצועת עזה לביקור קרוב חולה

8. עיקר מדיניות המשיב באשר לכניסת ישראלים לרצועת עזה, הובא בתגובת המשיבים מיום 27.8.04 לעתירה שהגיש המוקד בעניין זה (בג"ץ 10043/03 אבאג'יאן 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 קרוב חולה. בעקבות העתירה התירו המשיבים את כניסתו של העותר לרצועה. המשיבים הודיעו אז, בין השאר, כי אף בתקופת העימות המזוין מאושרת ככלל כניסתם לרצועה של ישראלים, המבקשים לבקר קרוב משפחה בדרגה ראשונה בשל מחלה קשה, בהיעדר מניעה ביטחונית פרטנית.

9. הסדרים אלו המשיכו להתקיים לאחר ביצוע תוכנית ההתנתקות, וממשיכים להתקיים עד היום. ביום 18.7.08 פרסם המשיב "הבהרת קריטריונים לכניסת ישראלים לרצועה", כפי שאלו הוצגו בבג"ץ כמתואר לעיל. במסגרת פירוט הקריטריונים השונים, הודיע כי:

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/2.

10. במסגרת תגובת מתאם פעולות הממשלה בשטחים לעתירה לפי חוק חופש המידע, צורפו הקריטריונים העדכניים, נכון ליום 5.5.11, לעניין תנועה בין ישראל לרצועה. בין המקרים בהם מתאפשרת כניסה של ישראלים לרצועה, נמנית, שוב, יציאה לצורך ביקור קרוב חולה. העתק הודעת מתאם פעולות הממשלה בשטחים לעניין "מדיניות תנועת אנשים בין מדינת ישראל לרצועת עזה" מיום 5.5.11, מצורף ומסומן ע/3.

מיצוי ההליכים

11. ביום 3.12.12 פנה המוקד להגנת הפרט למשרד ישראלים במת"ק עזה בדחיפות, על מנת להתיר לעותרת ובני משפחתה לבקר את אמה. בשל נסיבות העניין, התבקש המשיב להנפיק לעותרת היתר כניסה לרצועת עזה בהקדם האפשרי.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב מיום 3.12.12 מצורף ומסומן ע/4.

12. בחלוף כשבועיים, ומשלא נתקבלה כל תשובה, פנה המוקד פעם נוספת למשיב ביום 16.12.12 וביקש מענה לפנייתו בדחיפות, בשים לב לנסיבות העניין.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט למשיב מיום 16.12.12 מצורף ומסומן ע/5.

13. ביום 17.12.12 התקבלה במוקד תשובת המשיב, לפיה הבקשה סורבה "עקב התנגדות ביטחונית". הא, ותו לא.

העתק תשובת המשיב מיום 17.12.12 מצורף ומסומן ע/6.

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

הטיעון המשפטי

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 מחוליו, והקל מעליו; וכל שאינו מבקר, כאילו שופך דמים. (רמב"ם, משנה תורה, הלכות אבל, פרק יד', הלכה ו').

א. זכות העותרת לחיי משפחה

15. 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, בענייננו.

16. העותרת מבקשת את מימוש לב-ליבה של הזכות לחיי משפחה: לראות את אמה החולה, אשר מצבה הרפואי מידרדר והולך, לאחר שלא ראתה אותה מזה שש שנים.

17. 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"צ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים** פ"ד נג(2) 728, 787).

18. 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.

19. יודגש כי 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).

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.

20. 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).

21. 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).

22. 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).

23. הזכות לחיי משפחה, הכוללת את הזכות של הורים וילדים לשמור על קשריהם, היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. מזכות זו נובעת החובה, המוטלת על המשיב, לכבד את קשרי המשפחה שבין העותר לאמו, ולא להערים קשיים על העותר בבואו לקיים את זכותו וחובתו לדאוג לאמו ולעמוד לצידה בעת מחלתה.

ב. הזכות לחופש התנועה

24. הזכות לחופש התנועה היא הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש יכולותיו וזכויותיו. הזכות לחופש תנועה נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי ומעוגנת היטב במשפט הישראלי.

ראו בעניין זה :

סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966 ;

סעיף 2 לפרוטוקול 4 לאמנה האירופית לזכויות האדם 1950 ;

סעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948 ;

בג"ץ 6358/05 ואנונו 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).

25. המשיב פוגע פגיעה קשה בחופש התנועה של העותרת, בכך שהוא מונע ממנה להיכנס לרצועת עזה ולפגוש את אמה. הפגיעה בחופש התנועה משמעה בענייננו פגיעה אנושה במרקם חיי המשפחה של העותרת.

26. 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 נפגעות ואף חדלות מלהתקיים. מכאן החשיבות הרבה המיוחדת לזכות לחופש התנועה.

ג. חובת המשיב לנמק החלטתו כחלק אינהרנטי מזכותה של העותרת לשימוע

27. המשיב לא נימק את סירובו לאפשר את כניסת העותרת לרצועה, והסתפק באמירה כללית ולקונית ביותר למניעת כניסתה: "לא תותר יציאתם של מרשכם אל הרצועה עקב התנגדות ביטחונית" - הא ותו לא.

28. העותרת, אשר זכויותיה הוגבלו בעקבות החלטת המשיב, זכאית לכך כי ההחלטה בעניינה תתקבל בדרך מינהלית תקינה וכי המשיב יחשוף את הטעם להגבלת זכותה זו, והרציונאל הוא ברור: **ללא פירוש טעם הסירוב, לא יוכל אדם שנפגע מן ההחלטה לכפור בטענות שעומדות כנגדו וזכויותיו המוגנות עלולות להיות מוגבלות ללא כל ביקורת או מבחן.**

גם בהחלטה סטנדרטית, אין די בכך שהרשות תנמק את החלטתה באופן כללי וסתמי תוך ציון "הכותרת" של טעמיה וללא התייחסות עניינית וספציפית לנסיבות המקרה הנידון. דהיינו, בהודעה בנוסח "בקשתך נדחתה מטעמי ביטחון" – לא סגי.

(יואב דותן, "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים", מחקרי משפט יט 5, 37 (תשס"ב)).

29. חובת ההנמקה איננה חלה רק מתוקף נוהל כזה או אחר, ולא מדובר בעניין פורמלי: מדובר בחובה החולשת על יסודות המשפט המינהלי כחלק בלתי נפרד מזכות השימוע וזכותו של אדם לדעת מהן טענות הרשות ולהביא את עמדתו בפניה.

30. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) ברק:

המקרה שלפנינו מדגים יפה את החשיבות הרבה שיש ליחס לשמירה קפדנית של הכללים בדבר זכות השמיעה. משלא ניתנה לעותר האפשרות לשמוע את התלוות נגדו ולהשמיע את תגובתו שלו, התגבשה בו ההכרה, כי שיקולי הרשויות הם פסולים ומפלים, והאמון שלו כאזרח באמינות השלטון התערער.

מצב דברים זה באים הכללים בדבר זכות השמיעה למנוע, שכן הם מכוונים לא רק לכך שהלכה למעשה ייעשה צדק עם הנפגע, אלא הם מכוונים גם להבטיח את האמון של הציבור בפעילותם התקינה של השלטונות...

זכות זו אין משמעותה אך הליך פורמלי של הזמנה ושמיעה. זכות השמיעה משמעותה הזכות לשמיעה הוגנת (בג"ץ 598/77, בעמ' 168). זכות זו משמעותה מתן הזדמנות נאותה להגיב על מידע שנתקבל, והעשוי להשפיע על ההחלטה בענייניו של העותר (ראה: בג"ץ 361/76).

על-כן, אין מקיימים כהלכתה את זכות השמיעה, אם אין מפנים את תשומת לבו של הפונה למידע, שנתקבל בעניינו, ומאפשרים לו להגיב עליו כראוי.

(בג"ץ 656/80 אבו רומי נ' שר הבריאות, פ"ד לה(3) 185, 190 (1981)).

31. זכות בסיסית זו, המטילה חובות ברורות, מעוגנת גם במשפט הבינלאומי (ר' סעיפים 1, 2 ו-7 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם; סעיפים 27 ו-147 לאמנת ג'נבה הרביעית; סעיפים 2, 4 ו-14 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות; סעיף 2 לאמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות; סעיפים 6 ו-13 לאמנה האירופית לזכויות אדם; ועוד).

32. לאור האמור, מבקשים גם העותרים לשמור את הזכות להשלים את טיעוניהם בהמשך, ככל שיהא צורך בכך לאחר שיציג המשיב את נימוקיו.

סיכום של דברים

33. העותרת מעוניינת לצאת לרצועה כדי לבקר את אמה הקשישה והחולה, הזקוקה לעזרה ולתמיכה.

34. בסירובו להתיר את יציאתה, פוגע המשיב פגיעה קשה בזכותה של העותרת לחיי משפחה, זכות יסוד חוקתית העומדת לעותרת.

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 העותרות ושכ"ט עו"ד.

23 בינואר, 2013

טל שטיינר, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 72284]