

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ דרויש  
ת.ז. \_\_\_\_\_, תושבת הרשות הפלסטינית
2. \_\_\_\_\_ דרויש  
ת.ז. \_\_\_\_\_, תושב הרשות הפלסטינית
3. \_\_\_\_\_ דרויש  
ת.ז. \_\_\_\_\_, תושבת הרשות הפלסטינית
4. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.**  
ע"י ב"כ סיגי בן ארי (ת.ז. 37566) ו/או עוה"ד עביר גיבראן  
(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 עידו  
בלום (מ.ר. 44538) 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

- נגד -

1. אלוף פיקוד הדרום
2. שר הפנים
3. שר הביטחון
4. מתאם הפעולות בשטחים
5. ממשלת ישראל
6. מדינת ישראל

המשיבים

### עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם, מדוע לא יטפלו בבקשתה של העותרת 1 ויאפשרו את יציאתה מעזה לירדן, בליווי הוריה, העותרים 2-3, על מנת להינשא שם לבחיר לבה, אזרח אוסטרי, ולהמשיך עימו לאוסטריה, שם הוא מתגורר ועובד.

### בקשה לדיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע מועד דחוף לשמיעת העתירה, לאור המועד הקרוב של טקס הכלולות, הקבוע ליום 6.6.2008.

זהו המועד החמישי שקובעים בני הזוג לעריכת טקס הכלולות. המועדים הקודמים בוטלו נוכח אי מענה המשיבים לבקשת העותרת לצאת מעזה לירדן.

העותרת, חרשת-אילמת, בת 35, התארסה בחודש יולי 2007 עם בחיר ליבה, חרש-אילם אף הוא, אזרח אוסטריה המתגורר ועובד שם.

מאז מנסה העותרת בלא הועיל לעבור מרצועת עזה לירדן, דרך ישראל, על מנת להינשא ולהתחיל בחייה המשותפים עם בחיר ליבה, בביתו שבאוסטריה.

ואולם, למרות הנסיבות החריגות, מסרבים המשיבים לטפל בבקשתה של העותרת לצאת מרצועת עזה, בקשה שהוגשה הן באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית והן בפנייה ישירה של העותרת, באמצעות המוקד להגנת הפרט.

רצונה ותקוותה של העותרת להביא ילדים לעולם ולגדלם יחד עם בחיר ליבה עלולים, נוכח גילה, שלא להתממש, אם לא יתאפשר לה במהרה לצאת מעזה ולהינשא.

## התשתית העובדתית

### הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**), ילידת 1973, תושבת הרשות הפלסטינית, מתגוררת באלשטי שבברצועת עזה. העותרת היא חרשת-אילמת מאז גיל שנתיים, עקב מחלה. בשל היעדר מסגרת חינוכית מתאימה ברצועה, נשלחה העותרת בגיל 4 לירדן, שם למדה במכון "אלסלט", בית ספר מיוחד של האו"ם לחירשים-אילמים. היא התגוררה בפנימייה של בית הספר ובזמני החופשות נסעה בהסעות מאורגנות לביקורים בעזה. במשך 10 שנים למדה העותרת במסגרת זו ובשנת 1987 חזרה להתגורר בעזה.

2. מאז חזרתה לעזה עוסקת העותרת בעיסוקים שונים. בתקופה הראשונה לאחר חזרתה היא עבדה במפעל לתפירה בעזה. בין השנים 1990 ועד 1992 השתתפה העותרת בקורסים שונים שניתנו ב"מרכז הפעילות לנשים" של האו"ם. בין השנים 1993 ועד 1996 עבדה העותרת כעוזרת למורה בעמותה ללימוד אילמים בעיר עזה. החל משנת 1997 עבדה במסגרת הסהר האדום בחאן יונס, כעוזרת למורה בבית ספר לאילמים. בינואר 2008 התפטרה העותרת מעבודתה בעקבות ארוסיה ותכניתה לנסוע לירדן ולהינשא.

3. ארוסה של העותרת, מר \_\_\_\_\_ הנדי, יליד 1970, נולד בכווית וגדל בירדן. העותר חרש-אילם אף הוא, למד גם הוא במכון "אלסלט" של האו"ם, שם נפגשו השניים. השניים התיידדו ידידות אמיצה, ולאחר חזרתה של העותרת לעזה, שמרו על קשר הדוק באמצעות הטלפון והאינטרנט. בשלב מאוחר יותר, הפך הקשר לאהבה, והשניים החליטו להתארס ולהתחתן. העותר הוא אזרח אוסטריה, מתגורר שם מזה 18 שנה ועובד בחברה לייצור מוצרי אלומיניום.

העתק דרכונו האוסטרי של מר הנדי מצורף ומסומן ע/1.

4. בשנים 1996, 1999 ו-2000 יצאה העותרת מעזה לירדן על מנת להיפגש עם בחיר ליבה. בכל אחת מהפעמים הללו בילו השניים בצוותא במשך חודש ימים.
5. בינואר 2008, משנפתח מעבר רפיח באופן זמני, נכנס העותר בליווי אביו לעזה, על מנת לפגוש ולהכיר את הוריה של העותרת ולבקש את ידה. לאחר שבוע ימים של שהייה בעזה, חזר העותר לביתו שבאוסטריה.
- העתק ההזמנה לטקס הכלולות של העותרת הקבוע ליום 6.6.2008 מצורף ומסומן ע/2.
6. העותרת 4 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה רשומה בישראל, שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים.
7. המשיב 1 הוא בעל השליטה האפקטיבית במעברים היבשתיים, הימיים והאוויריים מהרצועה ואליה, מטעם מדינת ישראל, המשיבה 6.
8. המשיבים 1-2 אחראים על תיאום יציאת פלסטינים מעזה לחו"ל.
9. המשיב 4 הוא האחראי על קביעת מדיניות הצבא בשטחים הכבושים, ומונה מטעם המשיב 3 לעקוב אחרי המצב ההומניטרי ברצועה.
10. המשיבה 5 היא האחראית על פעולות ישראל ועל מדיניותה ככל הנוגע להסדרי חופש התנועה בכלל והסדרי היציאה לחו"ל בפרט, מרצועת עזה דרך הים, האוויר והיבשה.

### מיצוי הליכים

11. בחודש נובמבר 2007 פנתה העותרת למשיבים, באמצעות הוועדה האזרחית של הרשות הפלסטינית, בבקשה לאפשר לה, בליווי הוריה, העותרים 2-3, לצאת מעזה לירדן לצורך נישואיה לבחיר ליבה. מספר פעמים ביקשה העותרת לברר מה עלה בגורל בקשתה ובכל פעם נענתה כי בקשתה הועברה לצד הישראלי אולם טרם נתקבל מענה.
12. לאחרונה נמסר לעותרת על ידי הוועדה האזרחית הפלסטינית, כי הצד הישראלי אינו מקבל ואינו מטפל בבקשות המועברות אליו באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית, למעט במקרים של פטירה.
13. מסמך בנוסח זה, מאת הוועדה האזרחית הפלסטינית, אשר נערך בשפה הערבית, חזר והדגיש כי הצד הישראלי אינו מקבל בקשות מהצד הפלסטיני כגון **חתונות, בתי משפט, שגרירויות וביקורים ומקבל בקשות אך ורק במקרים של מוות, וזאת החל מתאריך 16.1.08 ועד עתה** [תורגם מערבית].
- העתק המסמך מהוועדה האזרחית הפלסטינית על סירוב ישראל לטפל בבקשות המועברות על ידה מצורף כנספח ע/3.

14. ביום 8.4.08 פנתה העותרת באמצעות המוקד להגנת הפרט אל המוקד ההומניטרי במת"ק ארז, וביקשה לתאם את יציאתה מרצועת עזה לירדן לצורך נישואיה. במכתב הודגש כי **העותרת כבר פנתה שוב ושוב באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית ולא זכתה לכל מענה.** לפיכך, הוסיף המוקד, **תשובה המתנה טיפול בהעברת בקשה מתאימה באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית, תהיה חסרת טעם.**

העתק מכתב המוקד להגנת הפרט מיום 8.4.08 מצורף ומסומן ע/4.

15. למרות זאת, בו ביום, התקבל במשרד המוקד להגנת הפרט מכתב ממוקד פניות הצבור במת"ק ארז, שלא כלל כל זכר או התייחסות כלשהי למדיניות הצד הישראלי וסירובו לקבל בקשות מסוג בקשתה של העותרת, ובו נמסר כי "בהתאם לנוהלי העבודה שסוכם עם הרשות הפלסטינית, על תושב הרצועה המבקש להיכנס לישראל, לפנות ראשית כל לוועדה האזרחית של הרשות הפלסטינית [...] הבקשה מועברת ע"י הוועדה הפלסטינית לגורמי התיאום והקישור במת"ק ארז, על מנת שתיבחן על ידי הצד הישראלי וההחלטה בעניינה נמסרת לנציגי הרשות הפלסטינית באמצעות הפונה".

העתק המכתב שהתקבל במשרד המוקד ביום 8.4.08 מצורף ומסומן ע/5.

16. המשיבים מסרבים מחד לקבל בקשות מהצד הפלסטיני במקרים כגון עניינה של העותרת, זאת בהתאם למסמך רשמי של הוועדה האזרחית הפלסטינית; ומאידך מתנים המשיבים את הטיפול בבקשת העותרת בפנייה בהתאם לנוהל, היינו פנייה באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית, נוהל שהמשיבים עצמם הקפידו והם שמחליטים מתי והאם להפשירו, ובאילו מקרים.

17. לאור התנהלות המשיבים וסירובם לטפל בבקשת העותרת או בבחינתה, הן באמצעות פנייה לוועדה הפלסטינית והן באמצעות פנייה ישירה למת"ק, לא נותרה בפני העותרת כל אפשרות, אלא לפנות בעתירה אל בית משפט נכבד זה.

## הטיעון המשפטי

### זכותה של העותרת לבחור בן זוג ולקיים חיי משפחה

18. הזכות לחיי משפחה הינה זכות מוכרת ומוגנת במשפט הבינלאומי ההומניטארי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי.

סעיף 16 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם, 1948, קובע כי:

**Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family.**

[...]

**The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.**

ראו גם :

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.

הוראות אלו הינן חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי, בהיותן מעוגנות אף בפרקטיקה כללית, המקובלת בתורת דין ועולה מתוך עקרון כללי של המשפט, המוכר על ידי האומות בני תרבות. מכאן, כי חובת המדינה להבטיח מידה מירבית של קיום ההוויה המשפחתית, האפשרית בנסיבות המקרה, הינה חובה שבדין.

19. הזכות לחיי משפחה הועלתה על נס בפסיקתו של בית משפט נכבד זה כזכות אדם מרכזית ומהותית (ראה למשל: בג"צ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר תק-על 2006(2), 3564, עמ' 3569). כמו כן, מרבית שופטי ההרכב בבג"ץ 7052/03 בפרשת עדאלה סברו שהזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד האדם.

**קשריו המשפחתיים של האדם הם במידה רבה טעם חייו (ראו**  
**Roberts v. United States Jaycees, 469 U.S. 609, 618-619**  
**1984).** מעטות הן ההחלטות המעצבות את חייו של אדם ומשפיעות  
 עליהן כהחלטה עם מי יקשור את גורלו ועם מי יקים את משפחתו.  
 (פרשת עדאלה, סעיף 32 לפסק דינו של הנשיא ברק (כתוארו אז)).

20. לא ניתן להכביר במילים באשר לחשיבותו ולמשמעותו של הקשר הזוגי בחייו של כל בן אנוש :

מטבעו של האדם, מטבע בריאתו ממש, לחפש לו את זוגו או את זוגתו,  
 עם יחיה את חייו, עם יקים את משפחתו. כך מזה עידן ועידנים וכך  
 גם בימינו אנו, חרף שינויים רבים אשר באו על דרכי האדם ועל  
 משפחתו. גם פעם וגם היום נאמר, כי "לא טוב היות האדם לבדו"  
 (בראשית ב', י"ח) ונכיר ברצונו העז של האדם למצוא "עזר כנגדו",  
 אשר גורלם ייקשר יחדיו.

על חיפושיו של האדם אחר "עזר כנגדו", אודות משמעות הקשר בינו ובין מושא אהבתו, נכתבו מילים כה רבות, עד כי נדמה, כי חלק הארי של היצירה האנושית מוקדש לבחינתו של קשר זה. נדמה שקולעים לעניין דבריו של המחזאי הקדום אריסטופאנס אודות קשר זה, המובאים על-ידי אפלטון:

"שאם נהיה יחידי האל ובני בריתו, נזכה למצוא איש איש את האהוב שהוא בשר מבשרו, דבר שבדורנו זוכים לו רק מועטים. . . [מדבר אני] בכללו של הדבר, בכל הגברים והנשים, ואומר שהמין האנושי יהיה מאושר, אם נביא את האהבה לכלל שלימות, ואם כל אחד יזכה לאותו אהוב שהוא בשר מבשרו, וישוב להוותו הקדומה. ואם זהו הטוב מכל, הרי שעכשיו, בהווה, יהא טוב מכל, מה שהוא קרוב לזה ביותר; היינו - שיזכה אדם באהוב לפי רוחו." (אפלטון, "המשתה", כתבי אפלטון, (מתרגם י' ג' ליבס, 1999, כרך ב') 116).

בחיפושו אחר בן-זוגו, בחייו המשותפים עמו, ביצירת משפחתם, מגשים האדם את עצמו, יוצר את זהותו, בונה מפלט ומגן מפני העולם. נדמה שדווקא בעולמנו הסוער והמורכב, מעטות הן הבחירות, אשר בהן מגשים האדם את רצונו החופשי, כמו בחירתו באדם עמו יחלוק את חייו.

נדמה שבימינו, מעטות הן הבחירות, אשר בהן מגשים אדם את רצונו החופשי, כמו בחירתו באדם עמו יחלוק את חייו, עמו יקים את משפחתו, עמו יגדל את ילדיו. בבחירת בן-זוגו, בקשירת קשר הנישואין עמו, מבטא האדם את אישיותו ומממש את אחד ממרכיביה המרכזיים של האוטונומיה האישית שלו. (פרשת עדאלה, סעיפים 1-3, 7 לפס"ד של כבוד השופט ג'ובראן).

21. מהותו וטבעו של הקשר הזוגי הוא מגורים משותפים תחת קורת גג אחת:

בלב ליבה של הזכות החוקתית לחיי משפחה ולנישואין, נמצאים החיים המשותפים, תחת קורת גג אחת. בפסיקה עניפה ועקבית, לא רק שראה בית-משפט זה בחיים המשותפים כמרכיב המרכזי של חיי המשפחה והנישואין, אלא שאף הגדיל לעשות וזיהה בין החיים המשותפים ובין קיומו של הקשר הזוגי...

עינינו הרואות, כי החיים המשותפים אינם אך מאפיין הנמצא בשולי היקפה של הזכות לחיי משפחה, אלא אחד ממרכיביה המהותיים ביותר של זכות זו, אם לא המהותי שבהם. משכך, הרי שפגיעה ביכולתו של אדם לנהל חיים משותפים יחד עם בן זוגו, הריהי למעשה

פגיעה במהותם של חיי המשפחתיים... ודוק: אין מדובר אך בפגיעה באחד ממובניה של הזכות החוקתית לקיום חיי משפחה, אלא בשלילתה המלאה של זכות זו וככזו יש לבחון אותה. (שם, ס' 9-10 לפסק דינו של השופט גיבוראן).

22. המשיבים פוגעים בזכותה של העותרת לחיי משפחה ולמעשה שוללים אותה לחלוטין, בכך שהם מונעים ממנה להתאחד עם בחיר ליבה, לחיות עימו בארצו ולהקים עימו משפחה. כל זאת ללא כל נימוק, ללא בחינת העניין, מבלי לקחת בחשבון את הנסיבות המיוחדות כל כך של המקרה. דהיינו, היותה חרשת אילמת שהצליחה, למרות נכותה, למצוא בן זוג, אף הוא חרש אילם, עימו היא יכולה לתקשר, לבנות משפחה ולחיות חיים מלאים באוסטריה, שם הוא מתגורר ועובד.

### הזכות לחופש תנועה ולאוטונומיה

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

זכות התנועה של האדם, כמאפיין מהותי של חירותו האישית, הוכרה כבר מקדמת דנא כזכות-על, בעלת עוצמה ומעמד מיוחד בין זכויות וחירויות היסוד של הפרט (בג"צ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פד"י ז' 534; בג"צ 190/57 אסיג נ' שר הבטחון, פד"י יב(1) 52, 55). זכות התנועה נגזרת מהיותו של אדם בן חורין, ומאופייה של המדינה כמדינה דמוקרטית, ומהיותנו חלק מהקהילה הבינלאומית, אשר במסגרתה זכות התנועה מוכרת כזכות אדם מינהגית.

במידרג זכויות היסוד של האדם, לזכות התנועה של הפרט עוצמה חוקתית גבוהה עד מאד... היא ניצבת ברף העליון במידרג זכויות האדם בישראל... חופש הרוח והחופש הפיסי של הפרט שואבים את כוחם זה מזה, ובהשתלבותם זה בזה הם מאגדים יחדיו את מרכיבי חירותו האישית של האדם. (בג"צ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1), 320, עמ' 322).

24. 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 המיוחדת לזכות לחופש התנועה.

... לכל אדם זכות יסודית לאוטונומיה. זכות זו הוגדרה כזכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאוייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם

לבחירות אלה... זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו - היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה; במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדירות את אישיותו ואת חייו של הפרט. (ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", תק-על 99(3) 574, עמ' 595).

וראו:

בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם ואח' 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).

## חובות המשיבים ביחס לחופש התנועה של תושבי הרשות הפלסטינית הנמצאים

### ברצועת עזה

#### קיומה של סמכות מטיל חובה על המשיבים לבחון את בקשת העותרים

25. בעקבות האירועים שהתרחשו ברצועת עזה בחודש יוני 2006, סגרו המשיבים כמעט לחלוטין את המעברים לרצועת עזה, ובהם מחסום ארז, המשמש לכניסת ישראלים לרצועה.

26. בידי המשיבים נתונה הסמכות להתיר את יציאתם של פלסטינים מרצועת עזה לחו"ל. כבכל מקום בו ניתנת סמכות בידי רשות שלטונית, הרי גם בענייננו הפעלת סמכות זו כפופה לכללי המשפט המינהלי.

27. סמכות משמעה גם אחריות:

הלכה היא מלפנינו כי סמכות המוקנית לרשות מינהלית נושאת עימה אחריות המוטלת עליה לפעול באותם עניינים שבהם הוקנתה לה הסמכות.

(בג"ץ 7120/07 אסיף ינוב גידולים בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, תק-על 2007(4) 5065, 5094 (2007)).

28. ויפים לעניין זה דבריו של השופט חשין:

לא להתגאות בה ניתנה סמכות לרשות הציבור, וסמכות - כל סמכות - שלובה באחריות המוטלת על רשות הציבור להסדיר כיאות אותו תחום חיים שהסמכות פרושה עליו. אחריות פירושה למעשה הוא, חובה להפעיל את הסמכות הניתנת לרשות כל אימת שהנסיבות מחייבות הפעלתה של הסמכות.



[...]

ראו עוד דברי הנשיא שמגר בבג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, ולפיהם:

הקניית סמכות במקרה זנן מתלווה בחובה לשקול את הצורך בהפעלתה ... גם כאשר המחוקק לא קבע חובה להפעיל סמכות בדרך מוגדרת, נולדת וקמה יחד עם הקניית הסמכות גם החובה לשקול את עצם הצורך וההצדקה להפעלתה של הסמכות.

(רע"פ 7861/03 מדינת ישראל נ' המועצה האזורית גליל תחתון, תק-על 2006(2) 1437, 1443 (2006)).

29. המשיבים אינם יכולים להתנער מסמכותם ולהימנע מבחינת בקשת העותרים. **סמכות מוענקת לרשות מינהלית על מנת שהרשות תפעיל אותה... זוהי החובה לפעול** (יצחק זמיר, הסמכות המינהלית, נבו 1996, עמ' 691).

האזרח הפונה לרשות זכאי לכך שהרשות תפעיל את סמכותה, ואם תמאן הרשות המינהלית לעשות כן, יתערב בית המשפט ויחייבה להפעיל את הסמכות (רענן הר זהב, המשפט המינהלי הישראלי, שנהב 1996, עמ' 104).

30. ביהמ"ש פסק במקרים רבים כי הרשות אינה חייבת להיענות לבקשה אך חובה עליה לעיין ולהחליט בבקשה (בג"ץ 35/48 ברסלב נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ב 33, עמ' 334; בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 35).

בכל מקרה של סמכות חייבת הרשות לשקול בדבר, ואינה יכולה להימנע ממעשה בלא מחשבה תחילה (דברי השופט ברק בבג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, פסקה 6 לדבריו).

31. החובה לפעול מתעוררת בשני מצבים. במצב אחד, הרשות מתבקשת על ידי גורם חיצוני להפעיל את סמכותה. כך, למשל, כאשר אדם מבקש לקבל מן הרשות רשיון עסק או רשיון נהיגה... במצב זה החובה לפעול מתעוררת שעה שהבקשה מוגשת לרשות (זמיר, עמ' 693).

32. העותרים פנו בבקשה לבעלי הסמכות, הם המשיבים, ובכך עוררו את חובתם לפעול. המשיבים מסרבים לעיין ולקבל החלטה בבקשה ובכך מתנערים מחובתם לפעול.

33. יתרה מכך, סירובם הגורף של המשיבים לדון בכל בקשה, למעט במקרים של פטירה, הינו שרירותי וחסר מידתיות. העיקרון המחייב בדיקת הנסיבות הקונקרטיות ופוסל איסורים גורפים חוזר שוב ושוב בפסיקתו של בית המשפט העליון:

החלטתה של רשות השידור בענין זה אינה יכולה להיות גורפת וכללית, אלא חייבת היא להיות מעוגנת בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

בג"ץ 399/85 כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד  
מא(3) 255, 303.

34. בית המשפט פסל לא אחת סירוב קולקטיבי שאינו מבוסס על בדיקה אינדיבידואלית בשל חוסר מידתיות. כך למשל נפסל סירוב גורף להעניק תעודות עיתונאי לתושבי השטחים (בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית פ"ד נח(5) 40).

וראו גם: בג"ץ 243/82 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח' (פ"ד לז(1) 757, 781);  
דנג"ץ 4191/97 רקנט אפרים נ' בית הדין הארצי לעבודה, תק-על 2000(4), 587, עמ' 594;  
בג"ץ 6741/99 יקותיאלי נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, 713-714.

35. המפתח ליציאתה של העותרת לחו"ל מצוי בידי ישראל. הפתרון ליציאתה ריאלי, ואף ננקט במקרים דומים בעבר הרחוק והקרוב. המשיבים מחזיקים בסמכות להחליט אם פתרון זה יינתן לעותרת, ומקיומה של הסמכות נובעת החובה להפעיל שיקול דעת, ולהפעילו בסבירות.

#### חובות המשיבים על פי הדין הבינלאומי והפנימי

36. אין צורך בגדרה של עתירה זו לבחון לעומק את מעמדה של רצועת עזה. די לנו בכך כי בכל האמור בחופש התנועה מתוך רצועת עזה ואליה שולטת ישראל שליטה מלאה ואפקטיבית, וכי אין כוח אחר היכול להוציא סמכויות בתחום זה לפועל, בכדי לקבוע כי על ישראל מוטלת חובה ברורה כלפי האוכלוסייה ברצועה בכל הכרוך בתחום זה.

37. גם כב' הנשיאה בנייש ציינה לאחרונה כי:

**החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה... נובעות גם ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבניה לבין רצועת עזה.**

(בג"ץ 9132/07 ג'בר אלבסיוני אחמד נ' ראש הממשלה, תק-על 2008(1)  
1213, 1217 (2008)).

38. המשפט ההומניטארי הבינלאומי מבסס את הזכות לחופש התנועה ואת הזכויות החשובות האחרות שתלויות בה, על מחויבות המשיבים למנוע פגיעה באוכלוסייה האזרחית. חובה זו איננה מצומצמת למצב המיוחד של שטח כבוש בלבד.

39. דיני זכויות האדם הבינלאומיים רלוונטיים אף הם לענייננו. על פי דינים אלו לכל אדם נתונה הזכות לעזוב כל ארץ – לרבות ארצו.

סעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם, 1948 קובע:

**Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country.**

וראו גם: סעיפים 12 ו-17 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966; סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966.

40. נוסף על המשפט הבינלאומי, נושאים עמם המשיבים בתרמילם את כללי היסוד של המשפט המינהלי והחוקתי הישראלי – בלא קשר למעמדו של השטח המדובר. המשיבים נושאים, בין השאר, את עקרונות היסוד הנוגעים לחופש התנועה, ואת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, על פיו הם מחויבים לנהוג ביחס לכל אדם. טול מאדם את הזכות לנוע ופגעת בכבודו כאדם.

### זכות המעבר דרך ישראל

41. העותרת אינה מבקש להיכנס לישראל לשם שהייה בה. לעותרת אין כל עניין או רצון לשהות בישראל. כל שהיא מבקשת הוא לעזוב את ארצה ולצאת לחו"ל על מנת להינשא ולחיות את חייה. מכורח הנסיבות הדרך היחידה כיום לעשות זאת הינה באמצעות מעבר דרך ישראל.

**הזכות העומדת על הפרק אינה, אם כן, זכות הכניסה לישראל - אלא זכות המעבר דרכה.**

42. **זכות המעבר (The Right of Transfer/Transit)** מוכרת במשפט הבינלאומי ושונה באופן מהותי מזכות הכניסה.

נרחיב מעט ביחס לזכות זו.

43. כבר בתנ"ך ניתן למצוא את הגישה, לפיה זכאים אנשים לבוא למדינה בדרישה הלגיטימית למעבר דרכה:

**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.

44. **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), וכשאינן בו כדי לפגוע במדינה הנעברת. המעבר יכול שיהיה בתנאים שמטרתם להגן על אינטרסים לגיטימיים של המדינה הנעברת.

45. המלומד אופרטי מציין בספרו כי:

**Jurists over the past six decades have definitely favored the view that States whose economic life and development depend on transit can legitimately claim it. (K. Uprety, The**

*Transit Regime for Landlocked States: International Law and Development Perspectives* (The World Bank, 2006), p. 29).

כאשר מדובר במובלעת, זכות המעבר היא בעלת תוקף מנהגי ונובעת באופן טבעי מעצם קיומה של המובלעת. המלומד פאראן מבסס זאת, בין השאר, על העיקרון המשפטי לפיו חזקה על המעניק משהו כי העניק גם את הדבר שבלעדיו ההעניקה היא חסרת ערך. כדבריו של פאראן:

**The law would not recognize the right of state A to a detached piece of its territory enclaved in state B's unless it was possible for state A to use that right. The existence of a right implies its exercise: without a right of free communication the rights of a state to its exclaves would be incapable of exercise and therefore nugatory. Hence there is no need for an express treaty between the two states concerned to give such a right: it is implicit in the very existence of the enclave. If a treaty is made, it may well regulate the exercise of this international way of necessity: but in its absence the right of way will still exist, for the necessity is still in being.** (d'Olivier Farran, C., International Enclaves and the Question of State Servitudes, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.4, No. 2. (Apr. 1955) 294, pp. 304).

46. זכות המעבר קיימת גם במקום שאין יחסי קירבה. 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 מפוצלות מבחינה גיאוגרפית** (כמו השטחים הפלסטיניים).

47. במאמרו המקיף של המלומד לאוטרפאכט על זכות המעבר הוא מתאר אותה באופן הבא:

**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.** (E. Lauterpacht, *Freedom of Transit in International Law, Transactions of the Grotius Society*, Vol. 44 (1958), pp. 313-356, p. 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 מבהיר כיצד אותו היגיון יושם בנוגע לנתיבים ימיים.

בין האמנות המודרניות והרחבות יותר מבחינת מספר הצדדים להן, ניתן להזכיר את האמנה בדבר הים הפתוח (1958) (סעיף 3, בדבר זכות גישה לים של מדינות ללא חוף ים); האמנה בדבר הים 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).

48. זכות המעבר מותנית, כאמור, בהיעדר פגיעה במדינה הנעברת. לצורך זה יכולה הזכות להיות מותנית בתשלומים על הוצאות הכרוכות בעצם המעבר; בדרישות כגון הסגר למניעת הפצת מחלות, וכיוצא באלו. באשר לשיקולי ביטחון, כותב לאוטרפאכט:

**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.** (שם, עמ' 340)

49. גישה זו משתקפת באמנות שענינן 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.

## השיקול ההומניטרי

50. מעל הכל מדובר בעניין הומניטרי שבו השיקולים ההומניטריים הם שיקולים כבדי משקל. העותרת בעלת מוגבלויות, מבוגרת יחסית, המבקשת להינשא ולבנות תא משפחתי עם בחיר ליבה, הסובל מאותן מוגבלויות.

מניעת מימוש הקשר הזוגי הזה עלול להביא לכך שהעותרת לא תינשא לעולם, לא תוכל להקים משפחה ותיוותר בגפה כל חייה. המעשה האנושי והמתבקש במקרה זה הוא לאפשר את יציאת העותרת מעזה על מנת שתוכל לממש את שאיפתה האנושית – למצוא בן זוג מתאים ולהקים לה בית משלה.

51. הטעמים ההומניטריים אינם לפנים משורת הדין:

**הטעמים ההומניטריים הינם חלק מן הדין, וקיימת חובה להביאם בחשבון** (בג"צ 5504/03 כחלות ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', החלטת כבוד הרשם שחם, מיום 24.6.04).

**מדינת ישראל הינה מדינת חוק; מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים.** (בג"ץ 794/98 עובייד ואח' נ' שר הביטחון פ"ד נה(5) 769, 774).

## סיכומם של דברים

איך זה "לשמוע" את היד?

אתה צריך להיות חירש כדי להבין

...

איך זה להיות חירש ובודד

בחבורות ההן, שכולם שם מסוגלים לשמוע

ואתה רק יכול לנחש שאתה בכיוון

ואין מי שיעזור לך בשפת הסימנים,

ואתה מנסה לשרוד עם מילים ושיר?

אתה צריך להיות חירש כדי להבין

איך זה ללכת בדרכי החיים

ולפגוש זר שפצה את פיו

וזרמו מילותיו במהירות ובקצב

ואינך מסוגל להבינו מלהביט בפניו  
 כי הוא חדש בשבילך ואתה מאבד את הכיוון  
**אתה צריך להיות חירש כדי להבין**

איך זה להיות כלול  
 להיות בזריזות במרכז העניינים,  
 לתקשר בשמחה ובקלות,  
 עם מילים שנוצרות בתנועות הידיים  
 להיות אדם חופשי בעולם, בלי להיות תלוי באחרים  
**אתה צריך להיות חירש כדי להבין**

איך זה "לשמוע" את היד?  
**אתה צריך להיות חירש כדי להבין**

(ויליאם מאדסון, 1971)

52. העותרת מבקשת להינשא, להקים משפחה, לא להיות עוד בודדה בעולם של קולות. היא מבקשת להינשא לאדם שיכול לתקשר עימה בתנועות הידיים, למי שיודע איך זה "לשמוע" את היד. היא מבקשת להרות ולגדל עימו את ילדיהם המשותפים. מפאת גילה של העותרת, השיהוי במענה המשיבים מהווה איום מוחשי על אפשרותה להרות ולהפוך לאם.

53. המשיבים אינם יכולים להקפיא את חיי המשפחה של העותרת. חיי אדם וחיי משפחה, מטבעם, ממשיכים להתקיים. גם בתקופות עימות ממשיכים בני זוג להינשא, להקים משפחות ולהוליד ילדים. לא רק שהמשיבים אינם יכולים להתעלם מכך, אלא אף חובתם לעשות כל שביכולתם על מנת לאפשר את המשכם של חיים תקינים, בוודאי בנסיבות המיוחדות של העותרת.

54. חופש התנועה של העותרת אינו עוד זכות ככל זכות אחרת, שכן חופש התנועה הוא המפתח להגשמת זכויותיה הבסיסיות כאדם: הזכות לחיי משפחה, חופש העיסוק, הזכות לטיפול רפואי, הזכות לחינוך, הזכות לפולחן ועוד. זכותו של אדם לעזוב את ארצו ולצאת לחו"ל היא כה מהותית וחשובה, עד כי הגבלתה צריכה להיעשות רק מטעמים פרטניים כבדי משקל, ואין כל אפשרות להקפיאה כליל לתקופה ממושכת.

ויפים לענייננו דבריו של הנשיא (דאז) ברק בפרשת עדאלה:

אין אפשרות לקיים הבחנה חדה בין מעמד זכויות האדם בעת לחימה ומעמדן בעת שלום. קו הגבול בין טרור לרגיעה הוא דק. כך בכל מקום. כך בוודאי בישראל. אין אפשרות לקיים אותו לאורך זמן. עלינו להתייחס לזכויות האדם ברצינות הן בעת לחימה והן בעת רגיעה. עלינו להשתחרר מהאמונה התמימה, כי עם חלוף הטרור ניתן להשיב את מחוגי השעון אחורה (בג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים תק-על 2006(2) 1754, 1766 (2006)).

55. המשיבים אינם רשאים לנצל את שליטתה האפקטיבית של ישראל על דרכי הכניסה והיציאה אל ומרצועת עזה, בכדי לנעול את השערים ולהותירה סגורה ומסוגרת. המשיבים יכולים וחייבים למצוא פתרונות אשר יאפשרו תנועה מן הרצועה על מנת למצוא פתרון לצרכיה ולמצוקה של האוכלוסייה האזרחית ברצועה. חלק מהפתרונות כבר מוכרים וכבר יושמו בעבר וניתן לחשוב על פתרונות נוספים ומגוונים. סמכות – ובמיוחד סמכות בלעדית – משמעה גם אחריות. מאחריות זו אין המשיבים רשאים להתנער.

56. בעניינה של העותרת, אין ספק כי נפל פגם מהותי בשיקול הדעת של המשיבים: על כף אחת של המאזניים עומדים אושרה ועתידה של העותרת, ומן הצד השני קריטריונים בלתי ברורים המבוססים על שיקולים שהם במקרה הטוב היפותטיים ובמקרה הגרוע פסולים, ושאינן בהם כדי להצדיק פגיעה כה קשה בזכות לחיי משפחה, בזכות להורות, לכבוד ולחופש תנועה.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד ברצועת עזה 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 העותר לבין באת כוחו.

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 המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.