

בעניין:

1. דגמש, ת.ז. _____
תושב השטחים הפלסטיניים הכבושים
2. דגמש, ת.ז. _____
תושבת השטחים הפלסטיניים הכבושים
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.
ע"י ב"כ עוה"ד עידו בלום (44538) ו/או 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 ידין עילם (מ.ר. 39475)
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. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית
2. אלוף פיקוד דרום
3. שר הפנים
4. 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 ינפיקו לעותר 1 היתר מעבר דרך ישראל לצורך מעברו לעיר יריחו שבגדה המערבית, שם מתגוררים אשתו, העותרת 2, ובנם הפעוט.

בקשה לדיון דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה, לאור הפרידה הכפויה בין העותר לבין אשתו ובנו הפעוט, **מזה כחצי שנה**, וסירובם הבלתי מנומק של המשיבים לאפשר את מעברו לגדה המערבית.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**) יליד 1980, הוא תושב הרשות הפלסטינית, המתגורר כיום ברצועת עזה.
2. העותרת 2 (להלן: **העותרת**), ילידת 1986, היא תושבת הרשות הפלסטינית, המתגוררת בעיר יריחו שבגדה המערבית.
3. העותרת 3 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא ארגון זכויות אדם שמושב בירושלים.
4. המשיבה 4 מחזיקה בשטחי הגדה המערבית ורצועת עזה תחת תפיסה לוחמתית. המשיב 1 הוא המפקד הצבאי, האחראי מטעמה על שטח הגדה המערבית.
5. המשיבים 2-3 אחראים על הוצאת היתרי מעבר דרך ישראל לצורך מעבר מרצועת עזה לגדה המערבית. המשיב 3 הוא בעל הסמכות, אותה האציל למשיב 2.

העובדות

6. העותרת, תושבת העיר יריחו, נכנסה ביום 19.8.03 לרצועת עזה, לשם ביקור קרובים המתגוררים שם.
7. בעת ביקורה, הכירה העותרת את העותר, וביום 30.8.03 באו השניים בברית נישואין בעזה. העתק חוזה הנישואין מצורף ומסומן **ע/1**.
8. לעותרים נולד בן, שמו _____ והוא פעוט בן שנה. העתק תעודת הלידה של _____ מצורף ומסומן **ע/2**.
9. ביום 8.2.07 יצאה העותרת את רצועת עזה ושהה עם בנה הפעוט לביתה ומשפחתה שבעיר יריחו, אותם עזבה כשלוש וחצי שנים קודם לכן. חזרתה לביתה שביריחו דרך ישראל הוסדרה באמצעות היתר שהוציאו המשיבים. העתק ההיתר מיום 8.2.07 מצורף ומסומן **ע/3**.
10. ביום 21.3.07 הגיש העותר, במת"ק הפלסטיני בעזה, בקשה לעבור לגדה המערבית, אל אשתו ובנו הפעוט. הבקשה הועברה לצד הישראלי, שם סורבה. העתק הבקשה מיום 21.3.07 שהועברה לצד הישראלי מצורף ומסומן **ע/4**.

מיצוי הליכים

11. ביום 13.6.07 פנה המוקד להגנת הפרט למוקד ההומניטרי שבמנהלת התיאום והקישור ברצועת עזה (להלן: **מת"ק עזה**), בבקשה להתיר את מעברו של העותר מרצועת עזה לגדה המערבית, דרך ישראל.

העתק הפנייה מיום 13.6.07 מצורף ומסומן ע/5.

12. ביום 8.7.07 התקבלה תשובת מת"ק עזה, לפיה "לא תותר כניסתו לישראל מהנימוקים הבאים: אי עמידה בקריטריונים עקב המצב הביטחוני".

העתק המכתב מיום 8.7.07 מצורף ומסומן ע/6.

הטיעון המשפטי

חובת המשיבים להבטיח את חייהם התקינים של העותרים

חייה של אוכלוסייה, כחיינו של יחיד, אינם שוקטים על השמרים אלא מצויים בתנועה מתמדת, שיש בה התפתחות, צמיחה ושינוי. ממשל צבאי אינו יכול להתעלם מכל אלה. אין הוא רשאי להקפיא את החיים.

(דברי השופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון פ"ד לז(4) 785, 805).

13. המשיבים אינם יכולים להתעלם מכך שגם בעת עימות נמשכים החיים. גם בעת עימות זכאים תושבי השטחים לממש את חיי המשפחה שלהם ולחיות עם בני-זוגם וילדיהם. המשיבים אינם יכולים לדרוש מהעותרים להמתין בעניין מימוש חיי המשפחה שלהם, ולכפות עליהם ניתוק עד אשר ישרור שלום.

14. 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...

15. 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.

(סעיף 18 לפסק דינו של השי' ברק בבג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן הנ"ל)

16. בהבטחת החיים התקינים יש משקל רב לחלוף הזמן והשפעתו על האוכלוסייה:

אין המדובר דווקא על פעולה חד-פעמית אלא בחובה מתמשכת, וממילא אין לקיימה אלא בהתחשב בנסיבות, המשתנות מעת לעת, ותוך מתן תשומת לב ראויה לצרכים, שהזמן גרמם ומוסיף לגרמם עם חלוף העתים. הנסיבות בהן מדובר אינן ביטחוניות דווקא אלא גם נסיבות כלכליות, תברואתיות, תעבורתיות וכדומה.

[...]

משך הזמן... עשוי להשפיע על אופיים של הצרכים, וההכרח בביצוע התאמות והיערכות חדשה עשוי לגבור ככל שאורך הזמן רב יותר... במסגרת הפרשנות המשפטית לסימן 43 הודגשה על-כן לא אחת הזיקה בין יסוד הזמן לבין הלבוש, אותו ילבש קיום הוראותיו של סימן 43.

(בג"צ 69/81, אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לו (2) 197, 310-311).

17. המשיבים אינם רשאים להקפיא את חיי המשפחה של העותרים ולנתק את העותר מאשתו ובנו הפעוט. פגיעה קשה כזו אינה מידתית, אינה סבירה ומנוגדת לחובת המשיבים להבטיח את המשך החיים התקינים.

החלטת המשיבים בלתי סבירה ובלתי מידתית

18. סמכותם של המשיבים הינה להעניק היתר מעבר בישראל לצורך מעבר לגדה. השיקולים שצריכים להישקל הם שיקולי ביטחון טהורים. שיקולים אלו עניינם היחיד הוא במניעת סכנה עתידית (ראו: בג"צ 7015/02 עגורני נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 352, 370).

19. הצעד בו נקטו המשיבים נובע משיקולים שאינם ביטחוניים והנם בבחינת ענישה קולקטיבית. המשיבים פוגעים בכך בזכויות היסוד של בני הזוג, העותרים 1 ו-2 ללא נימוק המצדיק זאת, ואף תוך חריגה מהקווים המנחים להם התחייבו המשיבים בעבר, דהיינו, התרת המעבר במקרים הומניטאריים.

20. על המשיב לערוך איזונים בין השיקולים הרלוונטיים, ולהתייחס בכבוד ראש לניתוק הקשה הנכפה על בני המשפחה.

21. בעניינם של העותרים, אין ספק כי נפל פגם מהותי בשיקול הדעת של המשיבים: על כף אחת של המאזניים עומדים כל חייהם של בני הזוג, שאינם מהווים סיכון ביטחוני כלשהו, ומן הצד השני "קריטריונים" עלומים, המבוססים על שיקולים שהם במקרה הטוב היפותטיים ובמקרה הגרוע פסולים, ושאינן בהם כדי להצדיק פגיעה כה קשה בזכות לחיי משפחה, לכבוד ולחופש תנועה.

הפגיעה בזכויות העותרים

הפגיעה בכבודם של העותרים ובזכותם היסודית לאוטונומיה

22. בית המשפט הכיר בעבר בכך שכאשר מפקד צבאי מפעיל סמכויותיו כלפי פלסטינים תושבי השטחים, עליו לעשות זאת תוך כיבוד כבוד האדם.

בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין... אין לפגוע בחייו או בכבודו כאדם, ועל כבודו כאדם יש להגן... חובתו של המפקד הצבאי על פי הכלל הבסיסי היא כפולה: ראשית, עליו להימנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה'שלישית'; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. זו חובתו ה'חיונית'. (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות האדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 394).

23. הפגיעה בזכויותיהם של העותרים הינה קשה במיוחד. אין העותרים יכולים לחיות יחד כבעל ואישה תחת קורת גג אחת, אין הם יכולים לנהל משק בית משותף, אין הם יכולים לגדל יחדיו את ילדם ואין הם יכולים לעצב את חייהם ואת גורלם ביחד.

נקודת המוצא לדיון טמונה בהכרה בכך, שלכל 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" חיפה, תק-על(3)99 574, עמ' 595).

הפגיעה בחיי המשפחה של העותרים

הזכות לחיי משפחה

24. המשיבים פוגעים בזכותם של העותרים וילדיהם להתאחד בגדה. 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.

25. 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).

26. 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 ובחיה 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 נ' שר הפנים, תק-על 2006(2) 1754, 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 בפרשת עדאלה הנ"ל והיא ההלכה הפסוקה.

עקרון טובת הילד

27. 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.

28. בפסיקה 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 משהתרומם 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).

לעניין טובת הילד 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.

29. להיעדר האב השלכות מרחיקות לכת על התפתחות ילדיו. מחקרים מצביעים על קשר ישיר בין היעדרו של האב לבין קשיי התנהגות, דיכאון, הערכה עצמית נמוכה, הישגים ירודים, ואף בעיות קוגניטיביות, חברתיות ורגשיות אצל ילדיו.

ראו למשל :

Banger, D.M., & Eyberg, S.H.(2003). Father involvement in parent training: when does it matter? Journal of clinical child and adolescent psychology (32) 4 599-605.

Mackey, W.C.& Immerman, R.S.(2004). The foundation of the father to child relationship .The Mankind Quarterly1.

30. גם בפסיקה בתי-הדין לענייני משפחה מתוארות בהרחבה המשמעויות הקשות של היעדר אב, וההשלכות של היעדרו של האב על עתידו של הילד בטווח הקצר ובטווח הארוך: הידרדרות מוסרית-חברתית, פשיעה, בעיות נפשיות ופיזיולוגיות ואף התאבדויות.

ראו למשל :

תמ"ש (תל-אביב-יפו) 76760/01 ס"נ (קטינה) נ' כ' (ש"א), תק-מש 2004(3) ;

תמ"ש (תל-אביב-יפו) 87471/00 פלוני (קטין) נ' פלוני, תק-מש 2004(1), 49 ;

תמ"ש (תל-אביב-יפו) 43690/03 א. ה. נ' מ. מ. א. (קטינה) תק-מש 2006(4), 75.

31. טובתו המובהקת של הילד הינה לגדול במחיצת אביו ואמו במסגרת תא משפחתי יציב. נתק מאחד ההורים מהווה חוויה טראומטית המותירה צלקת בנפשו הרכה של ילד. זאת, במיוחד כשמדובר בפעוט ממש, אשר זקוק לטיפול מתמיד ולנוכחות קבועה של שני הוריו. ככל שחולף הזמן הנוק שנגרם לילדם של העותרים הולך ומחמיר, עד שהוא עלול להיות בלתי הפיך.

זכותו של העותר להורות

32. זכותו של הורה להחזיק בילדו ולגדלו היא בגדר זכות אדם טבעית וראשונית :

המסגרת המשפחתית אינה עומדת בצד המערכת החוקתית, אלא היא חלק אינטגרלי ממנה. במסגרת היחידה המשפחתית נתונות להורים זכויות המוכרות על ידי המשפט החוקתי ומוגנות על ידו. זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם.
(הנשיא שמגר בע"א 2266/93 פלונים נ' אלמוני, פ"ד מט(1), 221, עמודים 230-231).

33. העותרת אינה יכולה לשאת באחריות ולקיים את חובותיה כלפי ילדה הקטן לבדה, וזקוקה לעזרתו ותמיכתו של העותר, אבי המשפחה.
34. במניעת מעברו של העותר לביתו ומשפחתו, מונעים המשיבים מהעותר לממש את זכותו להורות ואבהות, לקיים את חובותיו כלפי בנו הפעוט, להיות לצד אשתו, העותרת, ויחד איתה לגדל את בנו.
35. העותר, אבי המשפחה, אינו יכול לקיים את חובותיו כלפי בנו הפעוט, כל עוד הוא רחוק ממנו. הוא אינו יכול לתמוך בו ולטפל בו. 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).

(ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1), 461, עמודים 466-465).

הפגיעה בחופש התנועה של העותרים

חופש התנועה בתוך השטחים

36. 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:

בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, פסקה 10;
בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם ואח' נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, פסקה 15;
בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האיזורי, תק-על 94(1) 1139, 1147.

37. 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.

38. 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.

39. 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.

40. חשוב לציין גם את סעיפים 41-43 (החלים בשטח מדינה המעורבת בקונפליקט) ו-78 (החל באזור כבוש). סעיפים אלו עוסקים בהגבלת חירות, על ידי מעצר או תיחום מקום המגורים. האמצעים הם דווקניים והשימוש בהם הוא דווקני. בא ללמדך, כי חופש התנועה של המוגנים בכל שאר הנסיבות היה חשוב מאוד למדינות החברות. רק במקום בו יש, ככלל, חובה לכבד את חופש התנועה, יש צורך לקבוע כללים מפורשים ודווקניים להגבלתו:

סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית מהווה הן מקור להגנה על זכותו של הנעבר והן מקור לאפשרות הפגיעה בזכות זו. דבר זה בא לידי ביטוי, בין השאר, בהוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית עצמה, הקובעת כי האמצעים הנקבעים על ידה הם האמצעים שהמעצמה הכובשת (כלומר, המפקד הצבאי) רשאית "לכל היותר" (at most) לבצע.
(בג"ץ 7015/02 עגירי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2002(3), 1021, עמ' 1027).

41. 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.

42. 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.

זכות המעבר דרך ישראל

43. העותר אינו מבקש להיכנס לישראל לשם שהייה בה. לעותר אין כל עניין או רצון לשהות בישראל. כל שהוא מבקש הוא לעבור בין שני חלקי ארצו, המפוצלים מבחינה גיאוגרפית, כאשר ישראל שוכנת ביניהם.

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

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

נרחיב מעט ביחס לזכות זו.

44. 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.

45. **המשפט הבינלאומי מכיר בקיומה זכות מעבר (right of transit passage) 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.

זכות המעבר קיימת גם במקום שאין יחסי קרבה. 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 של המלומד לאוטרפאכט בעניין זה מצורף ומסומן ע/7.

46. 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/7, 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 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).

47. 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 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'7, עמ' 340.

48. 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. 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.**

49. מתשובת המשיבים, על אף היותה לא מנומקת, אפשר ללמוד כי אין מדובר בענייננו בהתנגדות ביטחונית לקבלת היתר מעבר דרך ישראל, אחרת היו המשיבים מציינים בתשובתם כי הוחלט שלא לאפשר את המעבר בשל מניעה ביטחונית, כמו במקרים אחרים שהיו בטיפול המוקד להגנת הפרט, בהם הובעה התנגדות מטעמי ביטחון למעבר.
50. כל עוד אין מניעה ביטחונית פרטנית נגד מעברו של העותר בתוך ישראל, נחלש הבסיס עליו מבססים המשיבים את עמדתם והתנגדותם למעברו למשפחתו שבגדה דרך ישראל.

זכות המעבר לעומת זכות הכניסה

51. ההבדלים העיקריים בין זכות המעבר לבין זכות הכניסה נובעים מזמן השהייה וממטרת הכניסה.
52. כאשר מדובר במעבר **זמן השהייה** הנדרש הוא קצר. זהו הזמן הקצר ביותר ההכרחי לשם גמיעת המרחק הנדרש בחציית חבל הארץ הרלבנטי. ביחס **למטרת הכניסה**, במקרה של מעבר אין לעובר כל עניין במדינה הנעברת, ומטרתו היחידה הינה להגיע למחוז חפצו מחוץ בצידה השני - המעבר הינו האמצעי בלבד, ולא המטרה. זאת כמובן, בשונה מכניסה, כאשר מטרתו של הנכנס היא עצם השהייה במדינה, ולעיתים אף מגורים או עבודה בה. ממילא, למעבר, להבדיל מכניסה רגילה, השלכות מינימליות ביותר על האינטרסים הלאומיים של המדינה הנעברת.
53. להבדל באופיין של שתי הזכויות השלכות משמעותיות על רמת סיכון הביטחוני הפוטנציאלי הנובע מכל אחת מהן, ובתוך כך גם על האפשרות לצמצם את הסיכון ולפקח עליו.
54. להבדיל מכניסה לשם שהייה, המעבר מעורר סיכון ביטחוני קטן בהרבה. בנוסף לכך, כאשר מדובר במעבר, קל יחסית למדינה הנעברת לצמצם את הסיכון הביטחוני כמעט לחלוטין, באמצעות התניית תנאים ביחס למעבר. היא יכולה, למשל, לחייב נתיב מעבר מסויים, להעלות דרישות ביטחוניות שונות ואף לפקח באופן צמוד על ביצוען. יש להזכיר כי **בענייננו לא הצביעו המשיבים על סיכון ביטחוני כלשהו הנובע ממעברו של העותר דרך ישראל.**
55. ניתן לראות כי היקפה של זכות המעבר רחב מהיקפה של זכות הכניסה לשם שהייה, ועל כן נדרשים נימוקים בעלי משקל רב יותר בכדי לפגוע בה.
56. בענייננו לא רק שהמשיבים לא הציגו נימוקים בעלי משקל, אלא שהמשיבים לא נימקו כלל את החלטתם, והסתפקו באזכור "קריטריונים" עלומים ובאמירה בעלמא בדבר "המצב הביטחוני".

לסיכום

57. המשיבים אינם יכולים להתייחס לעותר כתייר או כאזרח מדינה זרה המבקש להיכנס לישראל, הן בשל היותו פלסטיני תושב השטחים הכבושים על-ידי המשיבים, והן בשל העובדה שהזכות אותה מבקש העותר לממש הינה זכות המעבר בלבד.

58. המשיבים פעלו באופן בלתי מידתי ובלתי סביר, בסירובם הבלתי מנומק לאפשר לעותר לעבור למשפחתו שבגדה. מחד, לא הציגו המשיבים כל טעם ענייני למניעת המעבר ונתלו בקריטריונים בלתי מוגדרים ואמירות בעלמא, ומאידך, לא שקלו כדין את הפגיעה הקשה בעותרים ובבנם הפעוט.

59. המשיבים אינם יכולים להקפיד את חיי המשפחה בשטחים הכבושים. חיי אדם וחיי משפחה, מטבעם, ממשיכים להתקיים. גם בתקופות עימות ממשיכים בני זוג להינשא, להקים משפחות ולהוליד ילדים. ילדים ממשיכים להזדקק להוריהם, והורים ממשיכים להזדקק לילדיהם. לא רק שהמשיבים אינם יכולים להתעלם מכך, אלא שאף חובתם לעשות כל שביכולתם על מנת לאפשר את המשכם של חיים תקינים.

כדבריו של הנשיא ברק:

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. (סעיף 21 לפסק דינו של הנשיא ברק, בפרשת עדאלה הנ"ל).

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד ברצועת עזה ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת יפויי הכוח שאף הם ניתנו בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין באי 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.

12 באוגוסט 2007

עידו בלום, עו"ד

ב"כ העותרים

[ת.ש. 49701]