

1. _____ אלעביאת

ת.ז. _____, בית לחם

בעניין:

2. _____ אלעביאת

ת.ז. _____, בית לחם

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

ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור (מ.ר. 37962) ו/או יוסי וולפסון

(מ.ר. 26174) ו/או מנאל חזאן (מ.ר. 28878) ו/או עדי

לנדאו (מ.ר. 29189) ו/או לינה אבו-מוך זועבי (מ.ר. 33775)

ו/או שירין בטשון (מ.ר. 32737) ו/או חוה מטרס-עירון

(מ.ר. 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ.ר. 37566)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200

טל: 6283555-02; פקס: 6276317-02

העותרים

- נ ג ד -

מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה למשיב, ומחייבו לבוא וליתן טעם מדוע לא ייתן לעותרים 1 ו-2 (להלן – **העותרים**) היתר כניסה לישראל לצורך מעבר מהגדה לרצועת עזה וחזרה, על מנת שיוכלו לבקר את בנם, _____ **אלעביאת** (ת.ז. _____) (להלן – ר'), אשר גורש מהגדה לרצועת עזה ביום 10.5.02.

עניינה של עתירה זו באם, אשר לא ראתה את בנה ונכדיה מזה שנתיים וחצי. המשיב מסרב לאפשר את מעברה יחד עם בן זוגה מהגדה לרצועה ובכך גוזר עליה פרידה ארוכה וקשה מבנה ומנכדיה.

ר' גורש מהגדה לרצועה ע"י הרשויות. הוא אינו שוהה שם מרצונו. נתון זה מטיל על המשיב חובה לאפשר לבני משפחתו לבקר מפעם לפעם. כך נוהג המשיב לגבי ביקורי כלואים, כך עליו לנהוג גם לגבי מי שמקום מגוריו תוחם.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרת 1 (להלן – **העותרת**) היא תושבת הגדה בת 57. העותר 2 (להלן – **העותר**) הוא בן זוגה של העותרת. הם נשואים משנת 1962 ומתגוררים בבית לחם. בנם, _____ אלעביאת,

גורש לעזה. העותרים הם הורים לארבעה ילדים וסבם וסבתם של 16 נכדים. ששה מנכדיהם הם ילדיו של בנם השלישי, ר' ואשתו, _____ עוידה (ת.ז. _____).

2. העותרת 3 (להלן – המוקד להגנת הפרט או המוקד) היא עמותה לזכויות אדם, שמושבה בירושלים, והעוסקת, בין היתר בזכותם של תושבי הגדה לשמור על קשרים משפחתיים וחיי משפחה עם קרוביהם ברצועת עזה ולהיפך.

3. המשיב הוא המחזיק, מטעם מדינת ישראל, בגדה המערבית. הוא המוסמך לתת לתושבי הגדה היתרי כניסה לישראל לצורך מעבר לרצועת עזה.

עניינם של העותרים

4. ביום 10.5.02 גורש ר' מבית לחם לרצועת עזה. גירושו התבצע כחלק מהסכם שנועד לסיים את פרשת התבצרותם של פלסטינים חמושים בכנסיית המולד בבית לחם, התבצרות שהחלה ביום 2.4.02. פרטיו של הסכם זה לא פורסמו מעולם.

5. עת גורש ר' לעזה הייתה אשתו בהריון מתקדם עם ילדם החמישי. היא נותרה עם ארבעת ילדיהם, בגילאי 8, 7, 5 ו-3 בגדה. מספר חודשים לאחר מכן, ביום 19.9.02, נולד בנם החמישי. שלושה חודשים לאחר הלידה עברו בת הזוג והילדים לרצועת עזה והתאחדו עם ר'. לפני 7 חודשים, ביום 14.3.04, נולד בנם השישי של בני הזוג. הילד לא זכה עדיין להכיר את סבתו, העותרת, אשר מצדה, טרם זכתה להחזיקו בידיה, לחבקו ולטפל בו.

6. העותרים, הוריו של ר', ואחיו, נותרו בביתם בגדה. לאחר זמן ביקשו לבקר את ר' ברצועת עזה.

7. בשנת 2003, לאחר שהחלימה העותרת מניתוח קשה, במהלכו הושתלה ברגלה פלטינה, פנו העותרים למת"ק בית לחם בבקשה לקבל היתר מעבר לרצועת עזה לביקור בנם. הבקשה סורבה בטלפון. נאמר לעותרת כי היא מנועה ביטחונית.

8. ביום 26.1.04 ניסו העותרים, יחד עם בתם בת ה-25, _____, אחותו של ר', לנסוע לרצועה דרך ירדן ומצרים. הם הגיעו לגשר אלנבי אולם החיילים במעבר איפשרו רק לעותר ול_____ לעבור ואילו העותרת התבקשה לשוב על עקבותיה. החיילים מסרו לה כי היא מנועה ביטחונית.

9. העותרת חזרה מושפלת לביתה. היא הגישה בקשה נוספת למת"ק אך שוב סורבה בנימוק של מניעה ביטחונית. התשובה ניתנה לה בטלפון. לעותרת אין עבר ביטחוני, מעולם לא נעצרה ולא נחקרה. העותרת חוששת כי היא נענשת על מעשיהם של אחרים.

10. העותר והבת המשיכו בדרכם מירדן למצרים ונכנסו דרך מעבר רפיח לרצועת עזה. הם שהו ברצועה בחברת ר' ומשפחתו עד יום 31.3.04, זמן קצר לאחר לידת בנם השישי, וחזרו לבית לחם באותה דרך.

11. בצר לה פנתה העותרת אל המוקד להגנת הפרט. ביום 25.4.04 פנה המוקד בשמה ובשם העותר ללשכת היועמ"ש בגדה בדרישה לאפשר לעותרים לבקר את בנם ברצועת עזה, ולחלופין, לאפשר לר' לבקר את הוריו בגדה. העותרת ביקשה לעבור במהלך שהותה ברצועה ניתוח נוסף בבית החולים אל-שיפא, שהיה מוכן לקבלה.

העתקי המכתב מיום 25.4.04 ונספח רפואי מצורפים ומסומנים ע/1 ו-ע/2.

12. ביום 30.5.04 נשלחה תזכורת ראשונה.

ביום 21.7.04 נשלחה תזכורת שנייה.

העתקי מכתבי התזכורת מצורפים ומסומנים ע/3 ו-ע/4.

13. ביום 2.8.04 נשלחה תזכורת שלישית.

העתקי המכתב מיום 2.8.04 ונספח רפואי שצורף אליו, מצורפים ומסומנים ע/5 ו-ע/6.

14. למרות המכתבים הדחופים והתזכורות החוזרות, טרם התקבלה תשובתו המנומקת של המשיב למעט מכתב לאקוני מיום 5.8.04 על קבלת פנייתנו (בכותרת מכתב זה נכתב בטעות "ביקור כלוא").

העתק מכתב זה מצורף ומסומן ע/7.

15. התעלמותו של המשיב מבקשת העותרת מעמידה אותה במצב קשה ובמצוקה. העותרת לא ראתה את בנה ר' ואת כלתה זמן רב ביותר והקשר שלה איתם מתמצה בשיחות טלפון. העותרת לא ראתה את נכדיה האהובים והדבר שובר את לבה. במיוחד קשה לה העובדה כי מעולם לא ראתה את נכדה הקטן, ואת אחיו ראתה רק שבועות ספורים לאחר לידתו ולא זכתה כלל לראותו גדל.

הטיעון המשפטי

פגיעה בזכויות יסוד

16. החלטת המשיב לסרב (באמצעות אי מענה) לבקשת העותרים פוגעת קשות בזכויותיהם. הזכות לחיי משפחה, הכוללת את הזכות של הורים וילדים, סבים ונכדים ואחים לשמור על קשריהם המשפחתיים, היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינ"ל. כנגד זכות זו מוטלת על המשיב החובה לכבד את התא המשפחתי.

17. 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. אין להחרים רכוש פרטי".

וכבר נפסק כי:

"ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות"
(בג"צ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 728, 787).

18. באחד המקרים תיארה השופטת פרוקצ'יה את הקשר בין הורים לילדיהם כזכות טבעית, "ערך בעל מעמד משפטי מן הדרגה הראשונה".

רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני פ"ד נו(4), 844, 872.

ר' עוד: 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; סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית.

19. כפיית פרידה בין אם לבנה היא פגיעה בכבודם של האם והבן גם יחד, והיא מנוגדת לחוק יסוד: כבוד האדם.

תיחום מגורים אינו קרדום לפגיעה בכבוד האדם וגדיעת הקשרים המשפחתיים

20. בנם של העותרים הועבר מהגדה לרצועה בכפייה. הבסיס להגלייתו אינו ידוע מאחר ונעשה במסגרת הסכם סודי, במעורבות בינ"ל, ככל הנראה בין ממשלת ישראל והרשות הפלסטינית. תהא אשר תהא המסגרת הנורמטיבית לכך (עניין זה הוא מחוץ לגדרה של עתירה זו), ברור הוא שחירותו של בנם של העותרים הוגבלה הלכה למעשה ע"י הרשויות. מעמדו בפועל הוא כשל מי שהוצא נגדו **צו תיחום מגורים**, אשר מאפשר לו להתגורר ברצועת עזה בלבד.

21. הגבלה על חירותם של תושבי שטח מוחזק מותרת במשפט הבינ"ל ההומניטרי בנסיבות מסוימות (במסגרת של מעצר ומאסר, מעצר מינהלי ו"תיחום מגורים"). **במקביל להיתרים אלו קובע המשפט הבינ"ל ההומניטרי שורה של ערובות למזעור הפגיעה בחירות הפרט, ולמזעור השלכות של הפגיעה בזכויות אחרות של הפרט, של משפחתו ושל התלויים בו.**

22. צו "תיחום מגורים" הוא אחד הצעדים המשמעותיים אשר בהם נוקט המשיב מפעם לפעם. אמצעי זה הינו אמצעי מינהלי חמור ביותר, אשר פוגע באופן קשה בחירותו של התושב המוגן לבחור את מקום מגוריו ולהתנייד בחופשיות בשטח הכבוש. להגבלת זכויות אלו יש השלכות קשות: **תיחום המגורים מוציא את האדם מסביבתו המשפחתית והחברתית, ממקום עבודתו וממקורות פרנסתו. הוא עוקר אותו מביתו, מקרוביו ומחבריו. הוא פוגע בכבודו כאדם.**

"נקודת המוצא העקרונית הינה, כי הוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו הכפויה למקום אחר פוגעת קשות בכבודו, בחירותו ובקניינו. ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי של אדם, של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים" (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל פ"ד נו (6) 352, 365, להלן – פרשת עג'ורי).

23. לא בכדי הטיל בית המשפט הגבלות קשות על המשיב בטרם ינקוט ב"תיחום מגורים". בפרשת עג'ורי קבע בית המשפט, כי הוצאת צו תיחום מגורים חייבת להיות מטעמים צבאיים שעניינם ביטחון האזור בלבד. הוצאת הצו תיעשה ע"י גורם מוסמך, ניתן יהיה לערער על הצו וועדה מיוחדת תבחן את הצורך להאריך את הצו לפחות אחת לשישה חודשים.

עוד קבע בית המשפט כי צו תיחום מגורים יופעל רק כלפי אדם אשר נשקפת ממנו סכנה בהווה, כי לא יינתן צו תיחום מגורים לאדם תמים או קרוב משפחה או לצורך הרתעתו בלבד.

בנוסף קבע בית המשפט, כי צו תיחום מגורים יינתן רק על בסיס ראיות מינהליות "ברורות ומשכנעות, שאם לא יינקט האמצעי של תיחום מקום מגורים, קיימת אפשרות סבירה כי תהא נשקפת ממנו סכנה ממשית לפגיעה בביטחון האזור".

לבסוף קבע בית המשפט, כי תיחום המגורים יעמוד במבחן המידתיות.

24. אכן, לעיתים אין מנוס והמשיב נאלץ להוציא צו תיחום מגורים בשל צרכים ביטחוניים. אולם גם משהוצא הצו, על המשיב לכבד את עקרון העל במשפט הישראלי ובמשפט הבינ"ל, כי **נטילת חירותו של אדם אינה מתירה פגיעה בכבודו ובזכויותיו, לרבות בזכותו לחיי משפחה** :

"ביטוי לכך ניתן בסעיף 10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 ... ישראל היא צד לאמנה. על פי ההשקפה המקובלת הוראות סעיף 10 לאמנה משקפות משפט בינלאומי מנהגי... וזו לשון ההוראה :

"All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person"..."

(בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד נז(1) 385, 397).

ובקשר לעצירים מינהליים נאמר :

"חירותם של העצורים המינהליים נשללה מהם כדין. צלם האדם שבהם לא נשלל מהם" (בג"ץ 5591/02 יאסין נ' בן דוד פ"ד נז(1) 403, 411).

ביטוי נוסף לכך ניתן גם בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית אשר מטיל על המשיב **חובה** להגן על כבודם של התושבים המוגנים **בכל הנסיבות** :

"מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי, והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשה אלימות או איומי אלימות, ומפני עלבונות וסקרנות הרבים".

25. הנה כי כן, **תיחום המגורים מגביל את חירותו של אדם, אולם אין בו כדי לפגוע בכבודו ובזכותו לחיי משפחה ולשמירת קשריו המשפחתיים.**

חובתו המוגברת של המשיב כלפי מי שחירותו הוצרה על ידו

26. הבסיס הנורמטיבי להוצאת צו תיחום מגורים או צו מעצר מינהלי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית טמון באמנת ג'נבה הרביעית. סעיף 78 לאמנה קובע :

"הייתה המעצמה הכובשת סבורה שיש צורך, מטעמי הכרח של בטחון, לנקוט אמצעי בטחון כלפי מוגנים, רשאית היא, לכל היותר, ליחד להם מקום מגורים או לעצרם... מוגנים שייחדו להם מקום מגורים ושנדרשו, אפוא, לעזוב את בתיהם, ייהנו ממלוא היתרון של סעיף 39 לאמנה זאת".

27. סעיף 39 לאמנה, המוזכר בסעיף 78, מטיל על המשיב **חובה** לכלכל את האדם, אשר נגדו הוצא צו תיחום המגורים, ואת בני משפחתו, אם עקב תיחום המגורים נשללה מהם האפשרות לכלכל עצמם בכבוד. בפרשת עג'ור אף הצהיר המשיב, כי הוא מכיר בחובתו על פי סעיף 39 (שם, בעמ' 368).

28. ניתן ללמוד מכך לגבי התייחסותו של הדין ההומניטרי הבינ"ל **לאחריותו המוגברת של המפקד הצבאי כלפי תושבים אשר נקט נגדם בצעדים מגבילים, בשל צורכי ביטחון מוחלטים. הדין קובע בפירוש: הגבלת החירות – כן, פגיעה בפרנסה, בתנאי הקיום הבסיסיים ובכבוד – לא ולא.**

29. תיחום מקום המגורים לא אמור, לכאורה, לפגוע ביכולתם של אחרים (לרבות בני משפחה) לבקר את המתוחם, וממילא לא נמצא הוראות המתייחסות קונקרטיית לעניין זה. עם זאת, ניתן ללמוד על הזכות לביקור, ועל חובתו המוגברת של המשיב לאפשר ביקורים אלו, מעניינם של מי שנכלאו מאחורי סורג ובריח.

30. אחת החובות הבסיסיות ביותר של המשיב כלפי עצורים היא **החובה לאפשר ביקורי משפחה**. חובה זו הינה חובה מוגברת, הנובעת מההכרה כי נטילת החירות ע"י המשיב

מחייבת אותו להקפיד ביתר שאת על זכויות העצור, על מנת שלא יהפכו פלסטר. חובה זו כוללת בחובה גם את החובה לאפשר כניסת פלסטינים לישראל, אם העצור כלוא בבתי הכליאה בישראל. סעיף 116 לאמנת ג'נבה קובע:

"כל עציר רשאי לקבל מבקרים - בייחוד, אנשי משפחה קרובים - לעיתים מזומנות ובתדירות האפשרית. במידת האפשר, יתירו לעצירים לסור לבתיהם במקרים דחופים, ובייחוד - במקרים של מוות או מחלות אנושות בין אנשי משפחתם".

הזכות הנובעת מהאמנה עוגנה בתקנות המשיב בדבר מעצר מינהלי (תנאי החזקה במעצר מינהלי) אשר הותקנו מתוקף סמכותו לפי סעיף 87 לצו בדבר הוראות ביטחון תש"ל-1970. תקנה 11 (א)(1) קובעת:

"עציר יורשה לקבל מבקרים במקום שיקבע המפקד למשך חצי שעה כמפורט להלן:

(1) ביקור אחד של בני משפחה אחת לשבועיים. לעניין תקנה זו, "בן משפחה" – הורה, הורה הורה, בן זוג, צאצא, אח או אחות".

התקנות מצורפות ומסומנות ע/8.

ר' גם סעיף 12 לצו בדבר הפעלת מתקן כליאה (אזור הגדה המערבית)(מס' 29), תשכ"ז-1967, הקובע זכות של כלוא לביקור בני משפחה.

31. למשיב **חובה פוזיטיבית** לממש בפועל את זכויות העצירים:

"על המשיב לדאוג לכך כי יעמדו לרשות העצורים ספרים, עיתונים ומשחקים. כך קובעים הסטנדרטים המינימאליים. אין לסמוך בעניין זה על הצלב האדום. החובה היא חובתו של המשיב, ואין בה כדי לפגוע בביטחון (בג"צ המוקד להגנת הפרט הנ"ל, בעמ' 401).

חובה פוזיטיבית זו חלה גם על ארגון ביקורי משפחה וכל הנדרש להוצאתו לפועל של ביקור כזה.

32. הנה כי כן, חובתו של המשיב לכבד את חיי המשפחה, הקיימת בכל עת, ולגבי כל משפחה, היא **חובה מוגברת**, כאשר מגרש המשיב אדם מביתו, קורע אותו ממשפחתו, מגלה אותו למקום רחוק ומתחם את מקום מגוריו – ואין הבדל משמעותי לעניין זה להבחנה בין תיחום מקום מגוריו בתוך בית כליאה לבין תיחום מקום מגוריו לאזור מבודד ושמור היטב. בשני המקרים תלויים בני המשפחה לחלוטין במשיב על מנת לבקר את קרוב משפחתם ועל מנת לשמור על שלמות התא המשפחתי. כשם שלא ניתן לפגוש באסיר מחוץ לכותלי בית הכליאה, כך אין העותרים יכולים לפגוש את בנם מחוץ לרצועת עזה.

33. לאור זאת מוטלת על המשיב חובה מיוחדת ומוגברת לשמור על זכויותיו של ר' לקיום קשריו המשפחתיים באופן שוטף. קיימת עליו חובה מוגברת לכבד גם את זכותם של בני משפחתו, העותרים.

סבירות ומידתיות

34. המשיב חייב לקבל החלטות סבירות ומידתיות. מעבר לעובדה כי המשיב נמנע מלהכיר בחובתו המוגברת כלפי בנם של העותרים וכלפי העותרים, בשל הצעדים הכפויים בהם נקט נגדו – עניין שלכשעצמו הופך את החלטתו לבלתי סבירה - דומה כי שיקולים חשובים אחרים לא נשקלו כלל ע"י המשיב, במיוחד בעניינה של העותרת.

35. היה על המשיב להתחשב בעובדה כי העותרת מעולם לא נעצרה, ולא נחקרה ואין לה עבר ביטחוני.

36. היה על המשיב להתחשב בנסיבות ההומניטריות המיוחדות, במיוחד הפרידה הממושכת והכואבת בין העותרים לבנם ולנכדיהם והעובדה כי לעותרת נכד שהיא טרם הכירה.

37. לעניין המידתיות, אין זה מתפקידם של העותרים למצוא את הפתרון, אולם ברור כי על המשיב לנקוט באמצעי שיפגע בזכויותיהם במידה הפחותה ביותר. כך, למשל, אם סבור המשיב כי אין באפשרותו להיענות לבקשת העותרים יכול הוא להסדיר את הגעתו של הבן ר' לביקור משפחתי בגדה.

לאור כל האמור מתבקש בית המשפט להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיב להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט לפסוק לעותרים את הוצאותיהם ושכ"ט עו"ד.

24 בנובמבר, 2004

גיל גן-מור, עו"ד
ב"כ העותרים

ת.ש. 31822