

בעניין:

1. דלול, ת"ז _____
תושבת ירושלים המזרחית
2. דלול, ת"ז _____
קטינה, באמצעות אמה, העותרת 1
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר

ע"י ב"כ עוה"ד אלעד כהנא (מ"ר 49009) ו/או עידו בלום (מ"ר 44538) 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 דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או ליאורה בכור (מ"ר 50217)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרות

- נ ג ד -

1. אלוף פיקוד הדרום
2. שר הביטחון
3. 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 יתירו את כניסתן של העותרת 1 ובתה הקטינה, העותרת 2, לרצועת עזה, על פי נוהל "משפחות חצויות".

בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה, נוכח הנתק הכפוי והממושך בין העותרת 1 לבין בעלה, ובין העותרת 2 לבין אביה, נתק העולה כדי שנתיים.

התשתית העובדתית

הצדדים לעתירה

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**) היא תושבת ירושלים המזרחית, בת 35. בשנת 2006 נישאה העותרת לבעלה, מר _____ דלול (ת"ז _____), הרשום במרשם האוכלוסין הפלסטיני. באותה עת היה בעלה של העותרת נשוי מבחינה פורמאלית לאחרת, אך השניים היו ועודם פרודים ומסוכסכים. לאחר נישואיהם התגוררו העותרת ובעלה יחד (וכמובן בנפרד מאשתו הראשונה). יובהר, כי בינו לבין אשתו האחרת אין כל קשר.

העתק הוכחת נישואין של בני הזוג אצל בית הדין השרעי – מצורף ומסומן ע/1.

2. במהלך נישואיהם התגוררו בני הזוג בשכונת ראס אל עמוד בירושלים. בחודש ינואר 2008 התלוננה בתו מנישואיו הראשונים של מר דלול על שנהג באלימות נגדה, ובעקבות תלונה זו הוא נעצר והוגש נגדו כתב אישום. אלא שבשלב זה התברר, כי תוקף ההיתר מכוחו שהה מר דלול בישראל (היתר שניתן לו מכוח נישואיו לאשתו הראשונה) פג זה מכבר, ובחודש אפריל 2008 הוא גורש לרצועת עזה, בה הוא שוהה עד היום.

3. בתקופת המעצר, התראתה העותרת עם בעלה פעמיים בלבד, ומאז גירושו – לפני קרוב לשנתיים – לא התראתה עמו כלל.

בחודש יולי 2008, שבעה חודשים לאחר מעצר בעלה ושלושה חודשים לאחר גירושו, נולדה לבני הזוג העותרת 2. היא מעולם לא ראתה את אביה, והוא מעולם לא ראה אותה.

4. העותרות התגוררו מאז הגירוש בבית אביה של העותרת, והוא שפירנס אותן. לפני כחודש נפטר האב, והותיר את העותרת שבורת לב וללא מפרנס.

5. העותרת 3 (להלן: **המוקד להגנת הפרט** או **המוקד**) היא עמותה העוסקת, בין היתר, בעניינם של ישראלים המבקשים לבקר את משפחותיהם ברצועת עזה.

6. המשיב 1, אלוף פיקוד הדרום (להלן: **המשיב**) מוסמך לאשר כניסת ישראלים לשטחי רצועת עזה מטעם המשיבה 3, מדינת ישראל, השולטת מזה למעלה מארבעים 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.

7. המשיב 2, שר הביטחון, הינו הגוף המוסמך לקבוע הנחיות ביטחוניות בכפוף למשפט החוקתי והמינהלי הישראליים ובאיזון עם חובותיו, תחת כללי המשפט ההומניטארי ומשפט זכויות האדם.

האיסור על מימוש חיי המשפחה של העותרות בישראל

8. חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, והחלטת הממשלה מס' 3598 אוסרים על ישראלים הנשואים לתושבי הרשות הפלסטינית לחיות עם בני זוגם בישראל. האפשרות היחידה העומדת בפניהם היא לחיות עם בני-זוגם בשטחי הרשות הפלסטינית, רצועת עזה בענייננו, או לכל הפחות לבקרים שם. בעת נישואיהם, שהה בעלה של העותרת בישראל מכוח היתר זמני, שתוקפו פג זה מכבר, שניתן לו מתוקף נישואיו לאשתו הראשונה. כיום, לא עומדת בפני בני הזוג אפשרות להתאחד בישראל.

9. קיומה של אפשרות זו היווה את הבסיס לטענת המדינה, במסגרת העתירה שעסקה בחוקיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2), 1754, להלן: **בג"ץ עדאלה**), כי מדובר בהוראה מידתית וחוקתית, כיוון שהיא אינה מונעת לחלוטין את הזכות לחיי משפחה, אלא מגבילה אותה בלבד, שכן ניתן לממשה בשטחים.

כדברי המשיבים:

[הוראת השעה] איננה מונעת התקשרות לחיי משפחה, איננה מונעת בחירה אוטונומית בבן הזוג, ואיננה מאיינת את הזכות לחיי משפחה מעיקרה, אלא היא אינה מאפשרת את מימושה של הזכות במדינת ישראל דווקא.

(בג"ץ **עדאלה**. הציטוט מתוך תגובת המשיבים מובא בסעיף 14 לפסק דינו של הנשיא ברק).

"נוהל משפחות חצויות"

10. על אזרחי ישראל ותושביה, הנשואים לבני זוג מרצועת עזה, חל נוהל שנהוג לכנותו "נוהל משפחות חצויות". נוהל זה גובש באמצען של שנות התשעים, ולפיו בני זוג ממשפחות חצויות יכולים לשהות ברצועת עזה בכפוף לקבלת היתרי כניסה מתחדשים.

11. הסדרים אלו המשיכו להתקיים גם לאחר ביצוע תוכנית "ההתנתקות" - כאשר המשיב מחזיק בסמכות להתיר כניסת ישראלים לרצועת עזה, בהתאם לפרשנותו לסעיף 24 לחוק ליישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005. לפני כשנה וחצי (לאחר תוכנית ההתנתקות ולאחר עליית החמאס והשתלטותו על רצועת עזה) שב ופרסם המשיב את הקריטריונים לכניסת ישראלים לרצועה, ובכלל זאת את הסדרי "המשפחות החצויות":

משפחה חצויה: תותר כניסת ישראלים הנשואים לתושב המתגורר באזח"ע למטרת ביקור בעל/אישה כאשר נשלחו תעודת נישואין, צילום ת"ז של הבעל, צילום ת"ז של האישה ומכתב המפרט את סיבת הבקשה כולל טלפון של מזמין הבקשה.

העתק הודעת מת"ק עזה מיום 18.7.08 בדבר הקריטריונים לכניסת ישראלים לרצועה, מצורף ומסומן ע/2.

12. גם בשנה האחרונה, ואף לאחר סיום המלחמה ברצועה (מבצע "עופרת יצוקה"), המשיך המוקד להגנת הפרט לקבל תשובות חיוביות לבקשותיהם של ישראלים לבקר את בני משפחתם ברצועה, בהתאם לקריטריונים האמורים. לעיתים ניתן ההיתר בעקבות פנייה בכתב ולעיתים רק לאחר עתירה לבית המשפט. כאמור, כיום הסדרים אלו הם האפשרות היחידה העומדת בפני העותרת ואחרים במצבם למימוש חיי המשפחה שלהם.

מיצוי הליכים

13. כאמור, העותרת לא התראתה עם בעלה מאז אפריל 2008. העותרת ניסתה להגיש בקשות שונות על מנת לבקר את בעלה, אולם ניסיונותיה עלו בתוהו. ביום 17.8.09 הגישה העותרת, באמצעות עורך דינה, בקשה להתיר את כניסתה לרצועה יחד עם בתה, העותרת 2.

העתק פניית ב"כ העותרת מיום 17.8.09 למשיב 1, מצורף ומסומן ע/3.

14. בקשה זו סורבה, וביום 31.8.09 פנתה העותרת בשנית על מנת לאפשר את כניסתה לרצועה עם בתה. ביום 8.9.09 ניתנה תשובת המשיב 1 לפנייה מיום 31.8.09, לפיה "לא תותר יציאתה מישראל לרצועת עזה בשל סיבות בטחוניות".

העתק תשובת המשיב מיום 8.9.09 מצורף ומסומן ע/4.

15. ביום 7.12.09, בחלוף כשלושה חודשים ממועד הסירוב, פנה המוקד להגנת הפרט ליועמ"ש המשיב 1 בבקשה לבחון מחדש את החלטתו, נוכח הפגיעה הקשה בעותרות, פגיעה המחמירה ככל שנוקף הזמן.

העתק פניית המוקד למשיב מיום 7.12.09 מצורף ומסומן ע/5.

16. ביום 17.12.09 פנה המוקד למשיב במכתב תזכורת.

העתק פניית המוקד למשיב מיום 17.12.09 מצורף ומסומן ע/6.

17. בינתיים, ביום 9.12.09, נפטר אביה של העותרת, אצלו שהתה בזמן הפרידה מבעלה. מטבע הדברים מדובר באבדן טראגי, אשר הגביר את מצוקת העותרת והנכיה את חסרונו של בן זוגה בשעתה הקשה. ביום 22.12.09 פנה המוקד למשיב, בבקשה שהדבר יעמוד לנגד עיניו.

העתק פניית המוקד למשיב מיום 22.12.09 מצורף ומסומן ע/7.

18. רק ביום 27.12.09 התקבלה אצל המוקד תשובת יועמ"ש המשיב מיום 23.12.09, בה נמסר כי יועמ"ש המשיב 1 "אינו הגורם המתאים לטפל בפנייה", ועליה להיות מופנית למשרד ישראלים של המשיב 1.

העתק תשובת יועמ"ש המשיב מצורף ומסומן ע/8.

19. באותו יום פנה המוקד למשרד ישראלים, והעביר להם גם את פניותיו הקודמות בעניינן של העותרות. הפנייה נעשתה בהעתק למכתב שמוען ליועמ"ש המשיב, בו התבקש היועמ"ש לזרז את הטיפול בבקשה, מאחר שזו שכבה על שולחנו כשלושה שבועות כאבן שאין לה הופכין, במקום שתועבר ישירות לגורם הרלוונטי. יצוין, שמלכתחילה פנה המוקד ליועמ"ש המשיב משום שכך נהג לעשות בעבר במקרים דומים, ופניותיו זכו למענה ענייני מצד היועמ"ש.

העתק פניית המוקד למשיב 1 מיום 27.12.09 מצורף ומסומן ע/9.

20. רק ביום 24.1.10 התקבלה אצל המוקד תשובת מת"ק עזה מאותו יום, לפיה "הוחלט ע"י הגורמים המוסמכים כי לא תותר יציאתה לאור סיבות ביטחוניות".

העתק תשובת המת"ק למוקד מיום 24.1.10 מצורף ומסומן ע/10.

21. העותרת לא התראתה עם בעלה מזה שנתיים; בתה הקטנה לא זכתה לראותו מעולם. העותרת עודנה מתאבלת על אבדנו של אביה, וזקוקה מאד לתמיכתו, הנפשית והכלכלית, של בעלה. במצב זה, לעותרת לא נותר אלא לעתור לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

פגיעה בזכות לחיי משפחה ובטובת הילד

22. סירוב המשיב לתת לעותרת היתר כניסה מטעמו על מנת להיכנס לרצועה, מנתק את העותרת מבעלה, ואת בתה מאביה. הפרדת אישה מבן זוגה והפרדת ילדה מאביה, מהוות פגיעה בלב לבו של התא המשפחתי, החוסה תחת הגנת הזכות לחיי משפחה. הזכות לחיי משפחה היא זכות מוכרת ומקובלת במשפט הישראלי:

מדינת ישראל מכירה בזכותו של האזרח לבור לו בן-זוג כרצונו ולהקים עימו משפחה בישראל. ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות... והגם שאמנות אלו אינן מחייבות מדיניות זו-או-אחרת בנושא של איחוד משפחות, הכירה ישראל - הכירה ומכירה היא - בחובתה לספק הגנה לתא המשפחתי גם על דרך מתן היתרים לאיחוד משפחות. כך סיפחה עצמה ישראל לנאורות שבמדינות, אותן מדינות המכירות - בכפוף לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת-הציבור - בזכותם של בני-משפחה לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2), 728, 789).

23. 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)).

24. תקנה 46 לתקנות האג, המהווה דין בינ"ל מנהגי, קובעת כי:

יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומנהגי הפולחן.

25. 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 גינבה 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.

26. הזכות לחיי משפחה כוללת בחובה גם את הזכות של ילדים לגדול אצל הוריהם ואת הזכות של הורים לגדל את ילדיהם. זכות זו הוגדרה על ידי בית המשפט הנכבד **כזכות טבעית** (רע"א 669/00 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נד(3) 196).

27. הפרדתו הממושכת של הילד מביתו מנוגדת ללא ספק לטובתו, והיא סותרת את עקרון טובת הילד, שהוא עקרון על מחייב לא רק בערכאות שיפוטיות ומעין שיפוטיות, גם בשיקול הדעת שמפעילות רשויות השלטון. עקרון זה מחייב גם את רשויות הצבא:

אכן, טובת הקטין היא עקרון על. עקרון זה מעוגן בהוראת סעיף 3(1) לאמנת האומות המאוחדות בדבר זכויות הילד: "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה" ... לאמנה זו השפעה בישראל... בישראל מהווה עקרון טובת הילד "עקרון שאין למעלה הימנו" (השופט מ' זילברג בע"א 209/54 **סטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ט(1) 241, 251) (כבוד הנשיא ברק בע"א 10280/01 **ד"ר ירוס חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס"ד מיום 10.1.05).

פגיעה קיצונית ובלתי מידתית: "שיקולים ביטחוניים" ללא נימוקים וללא מסגרת זמן ידועה

28. החלטת המשיב ניתנה "לאור סיבות ביטחוניות". הא ותו לא. החלטה זו נמסרה לעותרות כשהיא אינה מנומקת ולו באופן חלקי. לא ידוע לעותרת האם החשש הביטחוני עולה ממנה או

מאדם אחר; לא ידוע לה, ולו באופן כללי, מהי אותה סכנה מפאתה אין היא יכולה להתראות עם בעלה. ודוק: גם כאשר היקף ההנמקה מוגבל בשל שיקולי ביטחון, עדיין אין בכך בהכרח כדי למנוע גילוי נימוקים באופן מוחלט.

פטור מגילוי נימוקים, עובדות או מסמכים כאשר הגילוי עלול לפגוע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה מקובל על המחוקק ועל בית המשפט בהקשרים שונים. ואם יש כאן מקום לתמיהה, אין זה בגלל עצם הפטור, אלא בגלל היקף הפטור. שכן, מצד אחד, סביר הדבר שעובד הציבור לא יהיה חייב לגלות נימוקים להחלטתו במידה שיהיה בכך כדי לפגוע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה. אולם, מן הצד השני, **אין בכך בהכרח כדי למנוע גילוי נימוקים באופן מוחלט. יש מקרים בהם שיקולים של ביטחון המדינה או יחסי החוץ שלה מונעים גילוי חלק מן הנימוקים, או מונעים ניסוח מסויים של הנימוקים, אך עדיין מאפשרים לתת הנמקה, ולו רק חלקית, שלא תפגע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה.**

(י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ב, תשנ"ו), בעמ' 917, הדגשים אינם במקור).

ועוד:

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.**

(י' דותן, "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים", **מחקרי משפטי יט** (תשס"ב) 5, 37, הדגשים אינם במקור)

29. כמו כן, בית משפט זה פסק בעבר כי ככל שהזמן נוקף והפגיעה נמשכת, הולכת וגדלה עוצמתה, והדבר צריך למצוא את ביטויו בהחלטת המשיב. וכפי שנפסק בהקשר אחר:

ככל שההגבלה נפרשת על פני היקף גיאוגרפי נרחב יותר, וככל ששאר תנאיה קשים יותר, **וזמן התמשכותה ארוך יותר, כך הולכת וגדלה עוצמת הפגיעה, והשיקול לבין הערך הנוגד הופך להיות קשה ומורכב יותר** (הדגשים אינם במקור).

(בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, פסקה 10 (2006)).

30. נזכיר, כי העותרת פנתה למשיב בחלוף כשנה וחצי מאז התראתה עם בעלה. החלטת המשיב בעניינה התקבלה בקיץ 2009, ומאז חלפה כחצי שנה נוספת. לגעגועים העזים ולקשיי הניתוק בינה לבין בעלה, התווספו גם תחושות האבל והאבדן שחוותה עם מות אביה. ברי, כי בכל אלו יש כדי להשפיע על האיזון.

סיכום

31. העותרות 1-2, תושבות ישראל, מופרדות מאבי המשפחה תקופה ארוכה; העותרת 2, פעוטה בת שנה וחצי, לא ראתה את אביה מעולם, והוא לא ראה את ילדתו. סירובו של המשיב להתיר את מפגש בני המשפחה בנסיבות כאלה, בלא כל נימוק מפורש וברור, תוך אמירות בעלמא בדבר שיקולי "ביטחון", פוגע פגיעה אנושה בתא המשפחתי, בלתי סבירה ובלתי מידתית בעליל

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

28 בינואר, 2010

אלעד כהנא, עו"ד
ב"כ העותרות

[ת.ש. 62928]