

בעניין:

1. _____ דאיה, ת"ז _____

תושבת ירושלים המזרחית

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

ע"י ב"כ עוה"ד נירית היים (מ"ר 48783) ו/או עידו בלום (מ"ר 44538) ו/או עביר גיבוראן-דקואר (מ"ר 44346) ו/או יותם בן הלל (מ"ר 35418) ו/או חוה מטריס-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 לעותרת 1 (להלן: **העותרת**) לצאת מישראל לרצועת עזה, שם מתגוררים בעלה וארבעת ילדיה.

בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה, נוכח ניתוקם הכפוי של העותרת מבעלה וילדיה ונוכח זכותן של העותרות לקבל מענה ראוי, תוך זמן סביר, לפניותיהן אל המשיבים.

יצויין כי בתה הבכורה של העותרת, הגב' _____ דאיה (ת"ז _____) בת העשרים, מטפלת כעת בשלושת אחיה הקטינים, ילדיה של העותרת, אך _____, המצויה בחודש התשיעי להריונה, זקוקה בעצמה לעזרת אמה העותרת, שכן מרוה צפויה ללדת, על פי הערכת הרופאים, בתאריך 26.6.09.

התשתית העובדתית

מבוא

1. עניינה של עתירה זו באי מענה לבקשת העותרת להיכנס לרצועת עזה, במסגרת "נוהל משפחות חצויות", והתמשכות הטיפול בפנייתה הרבה מעבר לזמן הסביר, על אף העובדה שמדובר בעניין הומניטארי מובהק.
2. שוב נאלץ המוקד להגנת הפרט לפנות לבג"ץ, בשל סחבת בטיפול גורמי המשיב 1 השונים בפנייה אליהם, על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בנסיבות הומניטאריות, המחייבות מתן מענה בתוך זמן סביר (ראו: בגץ 1045/09 **אבו עביד נ' אלוף פיקוד הדרום ואח'**; בג"ץ 2070/09 **מעירגי נ' אלוף פיקוד הדרום ואח'**; בג"ץ 4450/09 **מסרי נ' אלוף פיקוד הדרום ואח'**).

הצדדים

3. העותרת, תושבת ירושלים, ילידת שנת 1970, נשואה למר _____ דאיה (ת"ז _____), תושב הרשות הפלסטינית, המתגורר ברצועת עזה מאז שנת 1987.
העתק מחוזה הנישואין של בני הזוג מצורף ומסומן ע/1.
4. לעותרת ולבעלה ארבעה ילדים, כולם מתגוררים ברצועת עזה. הגדולה מביניהם, _____ בת-העשרים, מצויה בחודש התשיעי להריונה (הראשון) וזקוקה לעזרתה של אמה. הצעיר בין הילדים הוא _____, בן-שנים עשרה וחצי.
5. בתאריך 27.4.09 יצאה העותרת מן הרצועה, על מנת לבקר את בני משפחתה בירושלים.
6. לפני כשנה וחצי הוגשה עתירה דומה בעניינה של העותרת (בג"ץ 4006/08 **דאיה נגד אלוף פיקוד הדרום ואח'**) בנסיבות כמעט זהות. בקשתה של העותרת להיכנס לרצועת עזה בהתאם ל"נוהל משפחות חצויות", לא זכתה לכל מענה ולעותרת לא נותרה ברירה אלא לפנות אל בית המשפט הנכבד בעתירה. לאור הודעת המשיבים כי אינם מתנגדים לסעד המבוקש, ולאחר כניסתה של העותרת לרצועה, נמחקה העתירה בהסכמה.
7. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**), היא עמותה לזכויות אדם המטפלת, בין השאר, בעניינם של ישראלים המבקשים לבקר את בני משפחותיהם ברצועת עזה.
8. המשיב 1 (להלן: **המשיב**), אלוף פיקוד הדרום, מוסמך לאשר כניסת ישראלים לשטחי רצועת עזה מטעם המשיבה 3, מדינת ישראל, השולטת במעברים לרצועת עזה וממנה מזה למעלה מארבעים שנה.
בעבר החזיק בסמכות זו בהיותו הגורם הצבאי שפיקד מטעם ישראל על רצועת עזה ובהתאם לצו צבאי, שקבע את שטח רצועת עזה כשטח צבאי סגור. כיום הוא מפעיל את אותה סמכות בהתאם לפרשנותו לסעיף 24 לחוק ליישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005.

9. המשיב 2, שר הביטחון, הינו הגוף המוסמך לקבוע הנחיות ביטחוניות בכפוף למשפט החוקתי והמינהלי הישראליים ובאיזון עם משפט זכויות האדם.

נוהל "המשפחות החצויות"

10. על אזרחי ישראל ותושביה, הנשואים לבני זוג המתגוררים ברצועת עזה, חל "נוהל משפחות חצויות". הנוהל הנו האפשרות היחידה שקיימת היום לבני זוג, שאחד מהם אזרח או תושב ישראלי והאחר פלסטיני המתגורר ברצועת עזה, להתאחד ולקיים חיי משפחה.

11. על פי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (כפי שתוקן ביום 15.7.2008) ועל פי החלטת הממשלה מס' 3598 מתאריך 15.6.2008, בני זוג ישראלים הנשואים לפלסטינים תושבי רצועת עזה, אינם יכולים להיכנס להליך של איחוד משפחות עם בני זוגם בישראל, ואינם יכולים להתגורר עם משפחותיהם בישראל. האופציה היחידה העומדת בפניהם היא לחלק את חייהם בין ביתם בישראל לבין בית משפחתם שברצועה.

12. לאורך השנים, היה "נוהל המשפחות החצויות" בבחינת שמורת טבע של הומאניות יחסית. אכן, גם בני "המשפחות החצויות" נתקלו באינספור קשיים למימוש הזכות להיכנס לרצועת עזה, ואולם העיקרון לפיו יש לאפשר לבני "המשפחות החצויות" לקיים חיי משפחה נשמר.

13. על הרציונל שמאחורי קיומו של הנוהל רב השנים ניתן ללמוד ממכתב יועמ"ש עזה למוקד להגנת הפרט מתאריך 9.11.04:

הרצון להגן על התא המשפחתי וטובת הילדים ולקיים חיי משפחה תקינים ככל האפשר עומד לנגד עיני רשויות צה"ל באזור. היותו של אחד מבני הזוג תושב ישראל, בעוד בן הזוג השני הינו תושב הרשות הפלסטינית, בוודאי שאיננה מקלה על קיום חיי משפחה תקינים, קל וחומר כאשר מעורבים ילדים במציאות זו.
לאור המודעות לקושי האמור לעיל, גובשו נהלי עבודה העוסקים במשפחות חצויות.

העתק המכתב מיום 9.11.04 מצורף ומסומן ע/2.

14. במסגרת בג"ץ 10043/03 אבאגיאן נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (לא פורסם), התחייב המשיב, כי בכל הנוגע לתושבי ישראל ואזרחיה, הנשואים לתושבי רצועת עזה ו/או שהינם הורים או ילדים של תושבי עזה, ובכל הקשור לזכויותיהם החוקתיות לחיי משפחה, לכבוד, לשוויון ולפרטיות:

נוכח הרצון להתחשב, במידת האפשר, בצרכיהם של תושבי הרשות הפלסטינית, כמו ברצונם של אזרחי ותושבי ישראל לבקר את קרוביהם המתגוררים באזח"ע... מותרת, בהעדר מניעה פרטנית, כניסתם לאזח"ע של ישראלים הנשואים לאדם המתגורר באזח"ע.

15. 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, ולאחרונה 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/3.

16. גם לאחר שנסיימה המלחמה ברצועת עזה בחודש ינואר 2009, "נוהל משפחות חצויות" המשיך לפעול, ובמסגרתו נכנסו בני זוג ישראלים וילדיהם אל רצועת עזה, חלקם בתיאום עם מת"ק ארז וחלקם, בשל התמשכות זמן הטיפול, במסגרת עתירה לבג"ץ.

העובדות ומיצוי הליכים

17. כאמור, העותרת מחלקת את חייה בין ביתה שברצועה, שם שוהים בן זוגה וילדיה, לבין ביתה שבירושלים, שם מתגוררים אמה, אחיה ואחיותיה וקרובי משפחה נוספים.

18. ביום 27.4.09 יצאה העותרת מהרצועה דרך מחסום ארז אל משפחתה בירושלים.

19. בתאריך 6.5.09 פנתה העותרת, באמצעות המוקד להגנת הפרט, בבקשה בכתב למשרד ישראלים במת"ק ארז וביקשה להיכנס לרצועה, שם מתגוררים בעלה וילדיה.

העתק הבקשה מתאריך 6.5.09 מצורף ומסומן ע/4.

20. משלא נתקבל כל מענה ענייני לפנייה, על אף דחיפותו הברורה של העניין, שלחה נציגת המוקד להגנת הפרט, בשמה של העותרת תזכורת בכתב, בתאריך 20.5.09 וביקשה כי יונפק לעותרת היתר שהייה ברצועה בהקדם האפשרי.

העתק מן המכתב מתאריך 20.5.09 מצורף ומסומן ע/5.

21. ואולם עד למועד הגשתה של העתירה, לא ניתן כל מענה ענייני לפניית העותרות – למעט הודעות לאקוניות בעל-פה כי העניין "בטיפול" – ולא ניתן ל"משפחה החצויה", כמתבקש על פי נהלי המשיב, לממש את זכותה להתאחד ולחיות יחדיו.

הטיעון המשפטי

החובה לפעול במהירות וביעילות והחובה ליתן מענה בכתב

22. המשיב משתהה במתן מענה לבקשת העותרת, זאת על אף האופי ההומניטארי של הבקשה ואף על פי שבקשתה עומדת באופן ברור בקריטריונים שקבע.

23. כלל ידוע הוא כי "החובה לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשונים של מינהל תקין" (י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 717). וראו בעניין זה:

בג"ץ 6300/93 **המכון להכשרת טוענות נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מח(4) 441, 451 (1994);
בג"ץ 7198/93 **מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר**, פ"ד מח(2) 844, 853 (1994);
בג"ץ 5931/04 **מזורסקי נ' מדינת ישראל – משרד החינוך**, פ"ד נט(3) 769, 782 (2004);
בג"ץ 4212/06 **Avocats Sans Frontiers נ' אלוף פיקוד דרום**, תק-על 2006(2) 4751 (2006).

24. בהתאם לכך, קובע ס' 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, כי:

הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו - משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה...

25. וכבר נפסק כי כאשר מדובר בזכויות אדם מקבל מושג "הזמן הסביר" משמעות מיוחדת (בג"ץ 1999/07 **גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006**, תק-על 2007(2) 551, 569 (2007));

וכי בעניינים הנוגעים לזכויות אדם -

יש מקום לצפות להסדרה מהירה יותר של העניין [...] התמשכות פגיעה בזכויות אדם מחמירה לא פעם את היקף הפגיעה ותוצאתה עלולה להיות שחיקה של הזכות כמו גם פגיעה קשה ומתמשכת בפרט.

(בג"ץ 8060/03 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, תק-על 2006(2) 775, 780 (2006)).

וראו גם: בג"ץ 10428/05 **עליוה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, תק-על 2006(3) 1743, (2006); בג"ץ 4634/04 **רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים**, תק-על 2007(1) 1999, (2007).

26. הנה כי כן, על אף החובה להשיב במהירות ראויה תוך הקדשת מאמץ להימנע מפגיעה בזכויות, נוהג המשיב כאילו רשאי הוא לעכב מתן החלטות כרצונו, תוך זלזול בפונים אליו והתעלמות מהממתינים לתשובותיו.

התנהלות זו הינה בלתי סבירה ובלתי מידתית, וגורמת לפגיעה קשה בזכויותיה של העותרת.

הזכות לחיי משפחה, הזכות להורות ועקרון טובת הילד

27. המשיב, תוך שהפך את חובתו הברורה לפעול בתוך זמן סביר – בהתעלמו מפניותיה של העותרת ובקשותיה להיכנס לרצועת עזה, שם מתגוררים בעלה וילדיה, מגביל את זכותה לחיי משפחה ולחיי אישות, פוגע בחובתה ובזכותה של העותרת כהורה לארבעה ילדים, 3 מהם ילדים קטינים ובת אחת בהריון מתקדם, להיות לצדם של ילדיה.

28. התנהלות כזו עומדת בהתנגשות חזיתית עם חובותיו של המשיב, לכבד את עקרונות היסוד של המשפט הישראלי, כללי הצדק הטבעי וכללי המשפט הבינלאומי.

29. 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:

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 גינבה 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.

30. הזכות לחיי משפחה הנה זכות מוכרת במשפט הישראלי:

אין לו לאדם קשר נפשי חזק מהקשר שלו לבני משפחתו הקרובים. והקשר של אדם לילדיו ולבן-זוגו הוא החזק מכל. כך הם קשריה של אם לילדיה וכך הם קשריו של אב לילדיו. זה משפט הטבע, משפט שהוא חזק ונעלה מכל משפט.

(בג"ץ 4365/97 פלוני נ' שר החוץ, תק-על 199(1), 7 (1999)).

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"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, תק-על 2006(2) 1754 (2006)).

31. פעמים חוזרות ונשנות קבע בית משפט נכבד זה כי:

ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות.

(בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 728, (1999)).

32. גם עקרון טובת הילד הינו שיקול שעל המשיב להתחשב בו, עת הוא מטפל בבקשתה של

העותרת להיכנס לרצועת עזה במסגרת "נוהל משפחות חצויות":

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.

(ע"א 209/54 שטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ט(1) 241, 251 (1955)).

על עקרון טובת הילד, ראו גם :

בג"ץ 40/63 לורנץ נ' ראש ההוצל"פ, פ"ד יז(3) 1709, 1717 (1963);
ע"א 549/75 פלונים נ' היועץ המשפטי, פ"ד ל(1) 459, 465 (1975);
ע"א 2266/93 פלונים נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221, 271-272 (1995).

33. 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 והיא מחייבת את המשיב בפעולותיו.

34. בכל יום שחולף בלא שניתן מענה ענייני וראוי לבקשותיה של העותרת להיכנס לרצועת עזה, נפגעת גם טובתם של ילדיה החיים ברצועה, 3 ילדים קטינים, בין הגילאים שתיים עשרה וחצי ושבע עשרה וחצי ובת בת עשרים, המצויה בהריון מתקדם וזקוקה לעזרתה של אמה.

סיכומם של דברים

35. בשל התמשכות הטיפול בעניינה, טרם קיבלה העותרת כל תשובה בכתב לבקשתה.

36. הקריטריונים והערכים המונחים ביסוד "נוהל משפחות חצויות" - חלקת אלוהים אחרונה לקיומם של חיי משפחה לעותרת ובעלה - מחייבים את המשיב להיעתר בלא דיחוי לבקשתה להתיר את הכניסה לרצועת עזה.

37. 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 העותרות ושכ"ט עו"ד.