

בעניין:

1. _____ אלטייב

ת.ז. _____

2. _____ אלטייב

ת.ז. _____, קטין (יליד 24.6.2000), באמצעות אמו, העותרת 1

ע"י ב"כ עוה"ד יוסי וולפסון (מ.ר. 26174)

ו/או עדי לנדאו (מ.ר. 29189)

ו/או תמיר בלנק (מ.ר. 30016)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

רח' אבו עוביידה 4, ירושלים

טל: 6283555-02; פקס: 6276317-02

העותרים

- נ ג ד -

מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה

המשיב

עתירה לצו על-תנאי ולצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה לצו על-תנאי המופנה אל המשיב, והמורה לו ליתן טעם:

1. מדוע לא יתיר לעותרים להיכנס לשטחי רצועת עזה שבשליטת הרשות הפלסטינית, שם חי בן-זוגה של העותרת 1 (להלן: "העותרת") ואביו של העותר 2.
2. ומדוע לא יימנע מלהתנות את כניסת העותרים לשטחי רצועת עזה, כאמור, בהתחייבות מצד העותרת שלא להיכנס לישראל למשך תקופה מסוימת.

העתירה לצו ביניים

כסעד ביניים מתבקש בית-המשפט להורות כי העותרת תוכל לשהות ברצועה עד תום הדיון בעתירה, כאשר שאלת חזרתה לישראל תוכרע במסגרת עתירה זו.

הנימוקים לצו הביניים:

המשיב כבר הסכים לכניסתה של העותרת לרצועת עזה "בכפוף למתן התחייבות מצדה שלא להיכנס לתחום ישראל למשך תקופה של שנה." העותרת נכנעה לדרישה זו, אך בכפוף לטענה כי מדובר בדרישה לא חוקית ובניצול של מצב המצוקה בו היא נתונה.

הטענה המרכזית בעתירה הנוכחית היא, שהתנאי שהציב המשיב אינו חוקי, בהיותו עומד בניגוד לזכות היסוד של העותרת כאזרחית ישראלית להיכנס לישראל, זכות המעוגנת בסעיף 6(ב) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. התנאי אינו חוקי גם בהיותו שולל זכויות וחובות של העותרת ביחס לבני משפחתה אזרחי ישראל המתגוררים בה, לרבות ילדיה הקטינים מנישואין קודמים.

המחלוקת בין הצדדים בדבר חוקיות התנאי, יכול שתידון גם בעת שהעותרים מצויים בביתם ברצועת עזה. ממילא, אם יפסוק בית-המשפט הנכבד כי התנאי חוקי ותקף, יחייב הדבר את העותרים הן להלכה והן למעשה (שהרי לא יוכלו פיסית לחזור לישראל ללא שיתוף הפעולה של המשיב).

הנה כי כן: עניינו של המשיב לא ייפגע כהוא זה על-ידי מתן הצו.

לעומת זאת, בכל הנוגע לעותרים, כל יום שעובר והם רחוקים מהבית ברצועת עזה, מהווה עבורם מעמסה קשה. כמפורט בהמשך העתירה, כבר הביא הניתוק מהאב את העותר 2, פעוט בן שנתיים וחצי, למצב נפשי והתנהגותי קשה.

ואלה נימוקי העתירה:

העותרת ונסיבותיה המשפחתיות

1. העותרת היא אזרחית ישראלית ילידת יפו, בת 44.
2. היום העותרת נשואה בשנית, ובעלה תושב הרצועה.
3. בעלה הקודם של העותרת הוא אזרח ישראל ותושב יפו. הם נישאו בשנת 1979 והתגרשו בשנת 1997. בעלה לשעבר של העותרת השתחרר בחודש יוני האחרון מהכלא לאחר שריצה כשבע שנות מאסר בגין עבירות סמים. לעותרת ארבעה ילדים מהבעל לשעבר, כולם אזרחים ישראלים החיים ביפו, בבית הבעל לשעבר: _____, בת 22 ונשואה; _____, בת 17, _____, בת 16 ו _____ בן 12. העותרת ובעלה לשעבר הם אפוטרופסים במשותף של ילדיהם הקטינים.
4. בתה הגדולה של העותרת, _____, ילדה בחודש מאי את נכדתה הראשונה של העותרת, בשם _____, שאף היא אזרחית ישראלית ותושבת יפו.
5. לעותרת אמא ואחים בישראל, המתגוררים בוואדי ערא וביופו. אמה של העותרת היא בת ששים וארבע וסובלת מבעיות הבאות עם הגיל – לחץ דם גבוה ואלרגיות.
6. כאמור, העותרת התגרשה מבעלה הראשון, ונשואה לבעלה הנוכחי: _____ טייב, תושב עזה. בני הזוג נישאו ז"ז בתאריך 4.4.1998. לאחר שנים של חיים כאישה מוכה הצליחה העותרת לבסוף להקים בית עם אדם שאוהב ומכבד אותה.
7. ב-2000.6.24 נולד לבני הזוג בנם, הוא העותר 2. העותר 2 נולד בבית-החולים וולפסון בחולון, והוא – כאמו – אזרח מדינת ישראל. העותר 2 הוא היום פעוט בן שנתיים וחצי.
8. הנה כי כן: לעותרת ילדים מבעלה הראשון, אשר חיים בישראל, וילד מבעלה הנוכחי, שמקום מגוריו הטבעי יחד עם אמו ואביו בבית המשפחה ברצועת עזה.

המשיב והסדרת כניסת ישראלים לרצועת עזה

9. מאז כניסת הרשות הפלסטינית לרצועת עזה בשנת 1994 אוסר המשיב את כניסתם של ישראלים לשטחי הרשות. מטרת האיסור, כך לטענת המשיב, היא להגן על תושבי ישראל מסכנות האורבות להם מידי תושבי הרצועה הפלסטינים. אחד החריגים לאיסור הוא "נוהל משפחות חצויות", נוהל המאפשר לבני-זוג ישראלים של תושבי הרצועה לשהות בה, לצד בני-זוגם, יחד עם ילדיהם. שהיית בני-הזוג הישראלים בשטחי הרצועה נעשית באמצעות היתרים מטעם המשיב, המתחדשים מעת לעת.

מגורי העותרת ביפו וברצועה

10. נסיבותיה המשפחתיות של העותרת חייבו אותה לחלק את זמנה בין ילדיה בישראל לבין ביתה ובעלה ברצועת עזה. בשנים הראשונות לנישואיה הייתה העותרת מגיעה לישראל במהלך השבוע וחוזרת לרצועת עזה בסופי שבוע, לאחר שהייתה מבשלת מזון לכל סוף השבוע ושמה אותו במקרר ובתא ההקפאה – בהעדרה הייתה הבת הגדולה _____ מטפלת באחיה הקטנים. לאחר נישואיה של בתה הגדולה, צמצמה העותרת את תדירות הביקורים, והייתה מגיעה ליפו אחת לשבועיים לערך. הבת _____ המשיכה להתגורר בבית ולדאוג לאחיה. עם זאת, העותרת המשיכה להיות בקשר טלפוני יומיומי עם ילדיה, כדי לוודא שהכל כשורה. לאורך כל תקופה זו לא נתקלה העותרת ככלל בקשיים בכניסתה וביציאתה מעזה, למעט מכשולים בירוקרטיים אופייניים ותקופות בהן הוקפאה הכניסה והיציאה של כל בני-הזוג של תושבי הרצועה.

11. בחודש מרץ השנה הייתה בתה של העותרת בשלבים המתקדמים של ההריון. היה זה הריון קשה, שכלל משברים ואשפוזים, והעותרת נכנסה לישראל לסייע לבתה. בחודש מאי נולדה נכדתה של העותרת בלידה קשה.

12. בחודש מאי פנתה העותרת למשרד הישראליים במחסום ארז וביקשה היתר כניסה לרצועת עזה כמקובל. נמסר לעותרת טלפונית, כי כניסתה אושרה, וב-28.5.2002 בשעה 11:00 בבוקר לערך היא הגיעה בהתאם לכך למחסום ארז. אלא שבמחסום ארז לא הותר מעברה: במקום זאת, היא נדרשה להמתין, עם התינוק, עד שעות הערב. החיילים במחסום לא התחשבו בכך שהילד היה רעב, ולא היה לעותרת מזון עבורו. לבסוף היא נלקחה לשיחה עם איש שב"כ שנאמר לה שהוא מכונה נדב. אותו נדב תחקר את העותרת ארוכות בדבר בן-זוגה, עבודתו, חבריו, מקום מגוריהם, שכניהם וכדומה. הוא גם ביקש שתזכה את ביתה על-גבי צילום במחשב שהיה ברשותו. העותרת השיבה לשאלות ככל שיכלה. אז ביקש נדב לדעת אם תדווח על אנשים שיורים. העותרת השיבה, שיש בעזה משטרה ומדווחים למשטרה.

13. נראה, שאיש השב"כ רצה להפוך את העותרת למשתפת פעולה. אולם לעותרת ילדים בעזה ובישראל, והיא אינה רוצה לסכן את חייה ואת חייהם. היא מבקשת להישאר נאמנה הן למדינתה והן לעמה. עמדתה היא שמי שאינו נאמן לעמו לא יוכל גם להיות נאמן למדינתו. כפי שגם הסבירה לאיש השב"כ, היא בוודאי איננה רוצה שאזרחים ישראלים ייפגעו. בת דודתה נפגעה בפיגוע וביתה ניצלה בנס מפיגוע אחר.

14. יצוין, כי בן-זוגה הנוכחי של העותרת הוא יליד מצרים, אשר נכנס לרצועת עזה בעקבות הקמת הרשות הפלסטינית. בן-הזוג עובד כשוטר בדרגת סמל ראשון. הוא מעולם לא נעצר בידי ישראל או הרשות הפלסטינית, ואף קיבל בעבר מספר היתרי כניסה לישראל, האחרון שבהם למספר ימים בחודש יוני 2000 לרגל לידת בנו בבית-החולים וולפסון בחולון.

15. כמפורט להלן, שורה של פניות לרשויות, בשמה של העותרת, לא הביאו לאישור כניסתה לרצועת עזה, והיא ממשיכה להיות לכודה בישראל עד עצם היום הזה.

מצוקתם של העותרים

16. מאז כניסתה האחרונה לישראל ועד שחרורו של בעלה-לשעבר מהכלא בחודש יוני, גרה העותרת עם בנה בביתו של הבעל-לשעבר יחד עם ילדיהם המשותפים. עם שחרורו של הבעל לשעבר מהכלא, ב-25.6.2002, שוב לא יכלה לגור בבית זה. בעלה לשעבר הוא אדם אלם, ומסוכן לגרושתו. שכנתה קיבלה אותה לביתה, ושם התגוררה עם בנה במשך כשלושה וחצי – ארבעה חודשים, עד אשר השכנה לא הסכימה להמשיך ולשכנה בביתה.

17. העותרת עברה להתגורר ברחובות, וישנה עם בנה בגן ציבורי. בהיותה ברחוב הייתה גם חשופה להצעות מצד גברים, שהבטיחו לסייע לה תמורת תמורה מינית. שני לילות היו העותרת ובנה ישנים בגן הציבורי, עד אשר בלילה השלישי הבחינה בהם תושבת יפו, זרה לעותרת, ומצבם נגע ללבה.

18. הזרה הכניסה את האם ואת בנה הפעוט לביתה ושיכנה אותם שם. כבר כחודש שהעותרת ובנה מתארחים בביתה של אותה אישה נדיבת לב, שהקצתה להם חדר קטן ובו שני מזרונים.

19. הפעוט, העותר 2, מצוי במצוקה קשה בשל הניתוק מהבית והאב בעזה. הוא נעשה תוקפני מאוד. הוא מכה ונושך ילדים אחרים, ומטיח את ראשו ברצפה. הוא מתעורר בבכי בלילות, ונרגע רק כשהוא מדבר בטלפון עם אביו. מצד שני, בזמנים אחרים הוא לא רוצה לדבר עם האבא וכועס עליו, כי לדבריו האבא לא רוצה אותו ולא בא אליהם. בגן ילדים אחד שהעותרת ניסתה להכניס את הפעוט אליו, סירבו לקבלו בשל האלימות שלו כלפי ילדים אחרים וכלפי עצמו. כרגע הילד במשפחתו, עם מספר קטן יותר של ילדים, אך גם שם ההחזקה שלו קשה מאוד.

20. _____, העותר 2, שואל הרבה על אביו ומדבר עליו הרבה. השבוע, למשל, הביאה לו העותרת לגו, והוא בנה בית ואמר "זה שלי ושל אבא", ואחר כך בנה בית נוסף ואמר "גם זה שלי ושל אבא". כשהוא שואל איפה אבא, העותרת משיבה לו (לפי עצת העובדת הסוציאלית), שאבא

בעבודה ועוד כמה ימים יראו אותו. היא מנסה לעודד אותו בדברים, אך הילד, אחרי התשובה הזו, משתתק.

21. לפני קצת יותר משבוע היו מסתכלים בטלוויזיה בתפילת הערב, והפעוט הבחין באדם שנראה דומה לאבא שלו. הוא התפרץ, והתחיל לבכות, ודרש את אבא שלו. המארכת של העותרים לקחה אותו בזרועותיה, חיבקה אותו והרגיעה אותו, ואחר-כך העותרת יצאה אתו לסיבוב בחוץ להרגיעו.

תאור של מצבו של העותר מצוי גם במכתבה של עו"ס גירייס רנין ממרכז הירש לגיל הרך ביפו מתאריך 2.9.2002, המצורף כנספח ע'1.

ההתכתבות עם הרשויות

22. לאחר שהושבה כלעומת שבאה במחסום ארז בחודש מאי, פנתה העותרת לתוכנית לסיוע משפטי קהילתי ביפו מיסודה של אוניברסיטת תל-אביב. עו"ד חרבון, מתוכנית הסיוע, פנתה בשם העותרת ללשכת היועמ"ש של המשיב בבקשה לאפשר את כניסת העותרת לעזה.

העתק מכתבה של עו"ד חרבון מתאריך 10.6.2002 מצורף כנספח ע'2.

23. עוזר היועמ"ש של המשיב אישר את קבלת הפנייה (בתאריך 23.6.2002), אך לא השיב לה לגופו של דבר.

העתק אישור קבלת הפנייה, מתאריך 23.6.2002, מצורף כנספח ע'3.

24. משחלפו למעלה מחודשיים וחצי פנתה עו"ד חרבון לפרקליטות המדינה (מחלקת הבג"צים) וביקשה כי ינחו את שלטונות הצבא להתיר את כניסת העותרים לרצועת עזה.

העתק המכתב מתאריך 29.8.2002 מצורף כנספח ע'4.

25. למרות הפנייה לפרקליטות המדינה לא נשלחה תשובת המשיב אלא בתאריך 3.10.2002.

התשובה יש בה כדי להפתיע:

... לאחר בדיקת המקרה עם גורמי הביטחון נבקש להודיע כי מטעמים ביטחוניים לא ניתן, לעת הזו, לאפשר את כניסת הנדונה לאזור.

עם זאת, גורמי הביטחון יהיו מוכנים לשוב ולבחון את המקרה, לאחר שיחת בירור עם בעלה של הנדונה... לשם כך, מוצע כי הנדונה תנחה את בעלה לסור למתחם הנפקת הכרטיסים המגנטיים שבמשרדי מנהלת התיאום והקישור באיזור, לאחר תאום בטלפון...

באף הח"מ עולה למקרא המכתב ריח של סחיטה. וגם אם אין סחיטה כאן, חוסר-ענייניות יש ויש, שהרי כניסתה של **העותרת** היא העניין הנדון. היא ולא מעשיו של **בן-זוגה**.

העתק מכתב התשובה מתאריך 3.10.2002 מצורף כנספח ע'5.

26. בשלב זה הועבר הטיפול בתיק לידי המוקד להגנת הפרט. בתאריך 24.10.2002 פנתה גבי ליבל מהמוקד להגנת הפרט לפרקליטות המדינה וביקשה את התערבותה בהחלטת המשיב. במכתבה הדגישה את הנזקים הנפשיים הקשים הנגרמים הן לעותרת והן לבנה העותר. היא אף צירפה את מכתבה של העובדת הסוציאלית מהמרכז לגיל הרך ביפו (נספח ע'1). היא ציינה את חובת המדינה להגן על התא המשפחתי ואת זכותו של הקטין להיות בחזקת שני הוריו. כעבור שבוע וחצי נשלחה תזכורת למכתב הראשון ובו עדכון על מצבה הנואש של המשפחה.

המכתבים מתאריך 24.10.2002 ומתאריך 4.11.2002 מצורפים כנספחים ע'6 ו-ע'7 בהתאמה.

27. בתאריך 7.11.2002 השיבה עו"ד גולומב, עוזרת ראשית לפרקליטת המדינה, למכתבים. אם במכתבו של עוזר היועמ"ש של המשיב הייתה נימה של סחטנות, הרי שנימה כזו (גם אם מכיוון אחר) ניכרת גם במכתב הנוכחי:

גורמי הביטחון מתנגדים למעבר של גב' אלטייב בין רצועת עזה לישראל. ההתנגדות מבוססת על שיקולים ביטחוניים, על יסוד חומר מודיעיני.

לאור זאת, נדחתה בקשתה של גב' אלטייב לקבלת היתר כניסה לרצועת עזה.

לאחר בחינה נוספת של מכלול נסיבות העניין, ובשים לב לטענות ההומניטריות במכתבך, מוכנים גורמי הביטחון לאפשר את כניסתה של גב' אלטייב לרצועת עזה, בכפוף למתן התחייבות מצידה שלא להיכנס לתחום ישראל למשך תקופה של שנה. לאחר חלוף תקופה זו, יישקל הנושא פעם נוספת, ותתקבל החלטה עדכנית בהתאם לנתונים ולנסיבות כפי שיהיו באותה עת.

העתק המכתב מתאריך 7.11.2002 מצורף כנספח ע'8.

28. העותרת הושמה, אם כן, בפני ברירה בלתי-אפשרית. הוצע לה לשוב אל בן-זוגה וביתה ברצועה, להחזיר את בנה לחיים עם אביו ולהפסיק את ההידרדרות במצבו, לסיים את חיי חוסר הוודאות ואת התלות בחסדי זרים. אולם המחיר שהיא נדרשה לשלם כבד: להתנתק למשך שנה תמימה (לפחות!) מבנה בן ה-12 שביפו, משתי בנותיה הקטנות, מבתה האם הטרייה ומנכדתה, כמו גם מבני משפחתה שבצפון הארץ לרבות אמה המבוגרת. עבור מימוש זכותה לחיי המשפחה ברצועת עזה היא נדרשה לוותר על זכותה כאזרחית, להיכנס למדינת אזרחותה בכל עת.

29. מבין המצרים בחרה העותרת להסכים וליתן את ההתחייבות הנדרשת. במכתבה מ-7.11.2002 לעו"ד גולומב כותבת העותרת בין היתר:

עקב מצוקתי הגדולה לאחר שמונה חודשים בהם בני ואני לא נפגשנו עם בן זוגי, ואנו חיים ללא מקום מגורים קבוע בעיר יפו, בלית ברירה, אני מתחייבת לא להיכנס לישראל במשך שנה, אלא אם בית המשפט יחליט אחרת בענייני...

אדגיש, כי אני מוחה על התניית חזרתי לחיק בעלי בדרישה האכזרית כי אתחייב לא לראות את ילדי ומשפחתי במשך שנה ואולי למעלה מכך, תוך ניצול המצוקה בה אני ובני הקטן שרויים.

העתק מכתבה של העותרת, מתאריך 8.11.2002, מצורף כנספח ע'9.

מכתב זה הועבר לפרקליטות המדינה במצורף למכתב מטעם המוקד להגנת הפרט, מתאריך 11.11.2002. במכתב מוחה המוקד להגנת הפרט על ההתניה, ותיאר אותה כ"הפרה גסה של זכויות האזרח במדינת ישראל". כן, הצהיר המוקד להגנת הפרט כי בכונתו "לפנות לערכאות על מנת להביא התנייה בלתי חוקית זו המופנית כלפי אזרחים ישראלים לביקורת שיפוטית."

מכתב המוקד להגנת הפרט, מתאריך 11.11.2002, מצורף כנספח ע'10.

30. למכתבים אחרונים אלו השיבה פרקליטות המדינה כי "מתשובתכם שבנדון אנו מבינים כי ההצעה שהועלתה במכתבי מיום 7.11.02 איננה מקובלת עליכם". על כך השיב המוקד להגנת הפרט כי "במכתבך מהיום התעלמת מן העובדה שהגב' אלטייב התחייבה במכתבה אליך, גם אם בלית ברירה, לא להיכנס לשטח ישראל במשך שנה תמימה. כוונתה לפנות לערכאות לביטול רוע הגזירה אינה מפחיתה מהתחייבות זו. לכך השיבה עו"ד גולומב מפרקליטות המדינה כי אין לה מה להוסיף על האמור במכתביה הקודמים.

העתק מכתבה של עו"ד גולומב מ-13.11.02 מצורף כנספח ע'11.

מכתב המוקד להגנת הפרט מ-13.11.02 מצורף כנספח ע'12.

העתק מכתבה של עו"ד גולומב מ-17.11.02 מצורף כנספח ע'13.

ההנמקה המשפטית

הזכות להיכנס למדינה

31. כפי שראינו, אין המשיב מתנגד לשהייתה של העותרת ברצועת עזה, אלא אך ורק ליציאתה מרצועת עזה חזרה לישראל לביקור משפחה בישראל. באמצעות כתב ההתחייבות של העותרת מבקש המשיב להבטיח את מניעת כניסתה לישראל.

האפשרות למנוע כניסתו של אזרח למדינת ישראל, בין על בסיס הסכמתו ובין בדרך אחרת, היא במרכז עתירה זו.

32. סעיף 6(ב) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע את זכותו של כל אזרח ישראלי להיכנס לישראל:

כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל.

33. הפגיעה בזכות זו יכולה להיעשות אך ורק בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו. (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

34. החיקוק היחיד המוכר לח"מ ואשר אפשר מניעת כניסתו של אזרח לישראל היה תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, אשר עסקה בסנקציית הגירוש. תקנה זו בוטלה בישראל על-ידי סעיף 12 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979.

35. העיקרון לפיו אל לה למדינה לגרש את אזרחיה מבוסס גם במשפט הבינלאומי וכנראה שמדובר בכלל של המשפט הבינלאומי המינהגי.

ר' בסקירתו של מ"מ הנשיא ח' כהן בבג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(19) 617 בע' 639 ואילך.

36. הזכות החוקתית להיכנס לישראל היא זכות שניתנת להגבלה אך ורק בהתאם לפסקת ההגבלה שבחוק היסוד. הגבלה שיסודה ב"חוזה" בין האזרח לבין המדינה, המתנה על הוראות חוק מעין זה, ומגבילה את חופש הכניסה למדינה מעבר לסמכות הקיימת בחוק, בטלה.

והשוו, לעניין הזכות לצאת את הארץ: בש"פ 962/01 רבינוביץ נ' מ"י, פ"ד נה(3) 529, 533 מול האותיות ה-ו.

37. קל וחומר, שלא ניתן להגביל את הזכות באמצעות חוזה שנחתם תוך ניצול מצוקתה של העותרת, ושלא מרצונה החופשי והאמיתי.

38. סוף דבר: לא קיימת במשפט הישראלי הסמכה, למאן דהו, למנוע את כניסתו של אזרח ישראלי לתחום המדינה. התנאי שהוצב בפני העותרת, ושמשמעותו כפיית גירוש זמני עליה ועל בנה, הוא בלתי חוקי ובלתי חוקתי. אסור היה להציגו מלכתחילה, ומשהעותרת נכנעה לו, הרי הוא בטל ומבוטל.

המחוקק הישראלי ביטל את סנקציית הגירוש לפני למעלה מעשרים ושלוש שנים, ולא ייתכן שהמשיב יחזיר את הסנקציה בדלת האחורית על-ידי התניית חיי המשפחה של העותרת בגזירת גלות.

הזכות לחיי משפחה וחובת המשיב להגן עליהם

39. לעותרת זכות לקיום חיי המשפחה שלה – הן בתא המשפחתי שהקימה בעזה, והן עם ילדיה ומשפחתה בישראל.

40. הזכות לחיי משפחה היא מזכויותיו היסודיות של כל אדם. זהו הביטוי השלם לאישיותו של הפרט, המממש את עצמו בתוך התא החברתי ובמסגרת מערכות היחסים המשפחתיות. עבור החברה המשפחה היא היחידה היסודית הבונה אותה. המשפחה היא גם קן הגידול, המספק סביבה מוגנת לילדים. לא פלא, שהן הדין הפנימי בישראל והן הדין הבינלאומי מבקשים להגן על התא המשפחתי. ההגנה על התא המשפחתי אינה מתמצית באיסור על התערבות המדינה בתא המשפחתי, אלא מטילה על המדינה את החובה האקטיבית להגן עליו.

41. המשפט הישראלי מכיר בערך המרכזי של חיי משפחה תקינים, הראוי להגנת החברה. ערך זה בא לידי ביטוי בהוראות חוק רבות, שמטרתן להגן על המשפחה, שלמותה ויחסי האמון בין בני הזוג (למשל, סעיף 3 לפקודת הראיות [נ"ח], התשל"א-1971; סעיפים 14, 15 ו-18 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ח-1962; סעיף 4 לחוק השבות, התש"י-1950 וסעיפים 7 ו-8 לחוק האזרחות, התש"י-1952). החשיבות העליונה של התא המשפחתי בחברתנו מודגשת בפסקי דין רבים:

[...] שמירה על שלמות המשפחה מהווה חלק מתקנת הציבור בישראל. התא המשפחתי הינו 'התא הראשוני... של החברה האנושית' (השופט חשין בע"א 238/53 כהן ואח' נ' י"מ); הוא 'מוסד המוכר על ידי החברה כאחד היסודות שבחיי החברה' (הנשיא אולשן בע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון ואח'). שמירתו של מוסד המשפחה הינו חלק מתקנת הציבור בישראל. זאת ועוד: במסגרת התא המשפחתי שמירה על מוסד הנישואין הינו ערך חברתי מרכזי, המהווה חלק מתקנת הציבור בישראל.

(כב' השופט ברק, כתארו אז, בבג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז(1) 749, 783)

42. הזכות לחיי משפחה נתפסת כזכות חוקתית טבעית:

זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם [...]. זכות זו באה לידי ביטוי בפרטיות ובאוטונומיה של המשפחה: ההורים אוטונומיים בקבלת החלטות בכל הנוגע לילדיהם – חינוך, דרך חיים, מקום מגורים וכדומה, והתערבות החברה והמדינה בהחלטות אלה היא בבחינת חריג שיש ליתן טעם להצדיקו [...]. גישה זו שורשיה בהכרה כי המשפחה היא 'התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה הווה ויהיה היסוד המשמש והמבטיח את קיומה של החברה האנושית' (השופט אלון (כתוארו אז) בע"א 488/77 פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 434). (כב' הנשיא שמגר בע"א 2266/93 פלוני, קטין ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 236-235)

43. חובת המדינה להעניק הגנה אקטיבית למשפחה באה לידי ביטוי בהוראות המשפט הבינלאומי. כך, למשל, קובע סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כי:

יש להעניק הגנה וסיוע רחבים ככל האפשר למשפחה, שהיא יחידת היסוד הטבעית של החברה, במיוחד לשם כינונה וכן כל זמן שהיא נושאת באחריות לטיפול בילדים תלויים וחינוכם...

וראו גם סעיף 23(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; סעיף 16(3) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם; סעיף 18(1) וסעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם וסעיף 6(1) לחוק היסוד הגרמני.

44. יסוד ראשוני לחיי משפחה תקינים הוא אפשרות בני המשפחה לחיות יחד תחת קורת גג אחת. בהעדר תנאי יסודי זה מתמוטטות כבניין קלפים כל הזכויות האחרות – לאינטימיות

משפחתית ולתמיכה הדדית כלכלית ורגשית. במשפחות פרודות, כגון משפחתה של העותרת בישראל, עדיין עושה המשפט מאמצים גדולים כדי לאפשר את קיומם של קשרי המשפחה והתמיכה ההדדית, אף בהעדר קורת גג משותפת. אילוץ העותרת להתנתק בין ממשפחתה בישראל ובין ממשפחתה בעזה משמעותו שיסוע המשפחה תוך פגיעה אנושה בבני המשפחה ופירור יסודות החברה.

טובת הילדים

45. החלטת המשיב היא בעלת השלכות שליליות בייחוד בנוגע לילדי העותרת. ההידרדרות הקשה במצבו של העותר 2, בנה הפעוט של העותרת, תוארה בפרוטרוט לעיל. מנגד, גם ילדיה של העותרת ביפו זקוקים לדאגתה ולמגע עמה.

46. העקרונות של טובת הילד וזכויות הילד, הם עקרונות מושרשים במשפט הישראלי.

ראו, למשל, את הסקירה ע"י כב' הנשיא שמגר, בע"א 2266/93 פלוני, קטיין ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221.

47. העיקרון של טובת הילד הונח גם כעיקרון מרכזי באמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד משנת 1989, המהווה מקור השראה פרשני עבור בית-משפט נכבד זה.

48. סעיף (1)3 לאמנה בדבר זכויות הילד מורה:

בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה.

הוראה זו של האמנה צוטטה על-ידי בית-משפט זה בדנ"א 7015/94 י"מ נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48 בע' 66 (על-ידי כבוד השופטת דורנר) ובבג"צ 5227/97 דוד נ' בית הדין הרבני העליון (תק-על 98(3) 443) בסעיף 10 לפסק דינו של כבוד השופט חשין.

סעיף 7 לאמנה בדבר זכויות הילד קובע, כי לילד תהא הזכות להיות מטופל על-ידי הוריו. סעיף זה מצוטט בפסיקה של בית משפט זה ע"י כבוד השופט חשין בע"א 3077/90 פלונית ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593.

באותה רוח קובע סעיף (1)9 לאמנה:

המדינות החברות יבטיחו כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם [...]

סעיף (2)10 לאמנה ממשיך ומורה:

ילד אשר הוריו מתגוררים במדינות שונות תהיה לו הזכות לקיים על בסיס סדיר, בלתי אם בנסיבות יוצאות מהכלל, קשרים אישיים ומגעים ישירים עם שני הוריו גם יחד. למטרה זו ובהתאם למחויבותן של המדינות החברות לפי סעיף 9, ס"ק 2, יכבדו המדינות החברות את זכותו של הילד ושל הוריו לצאת מכל ארץ שהיא, לרבות הארץ שלהם, ולהיכנס לארץ שלהם. הזכות לצאת מארץ כלשהי תהא כפופה רק למגבלות הנקבעות בחוק והנחוצות לשמירה על בטחון לאומי, סדר ציבורי (תקנת הציבור), בריאות או מוסר ציבוריים, או זכויות וחירויות הזולת, והעולות בקנה אחד עם זכויות אחרות המוכרות באמנה זו.

49. בהחלטתו של המשיב לאלץ את העותרת להיפרד מילדיה ביפו או להפריד את בנה מאביו בעזה, הפר המשיב את הוראות האמנה לזכויות הילד, והתעלם מהשיקול של טובת ילדיה של העותרת, שצריך היה להנחותו כשיקול ראשון במעלה.

התכלית המסופקת

50. עמדת המשיב בעניין כניסת העותרים לעזה לוקה בחוסר עקביות. פעם אחת נמסר לעותרת כי כניסתה מותרת, אולם היא הושבה כלעומת שבאה לאחר שסירבה להסכים להיות משתפת פעולה. בהמשך נמסר כי הסירוב לאפשר את כניסתה לעזה יישקל מחדש אם בעלה יגיע לבירור. לאחר מכן הותנתה כניסתה לרצועה בהישארותה שם למשך שנה.

51. כל הטעמים (המפורשים והמשתמעים) מסירובים אלו אינם עולים בקנה אחד עם הרציונל שמאחורי ההגבלה על כניסת ישראלים לשטחי הרשות הפלסטינית. לטענת המשיב, מניעת כניסתם של ישראלים לשטחי הרשות הפלסטינית נובעת מדאגתו של המשיב שמא יאוונה להם רע מידי הפלסטינים. זוהי העמדה שהציג המשיב בבג"ץ 9293/01 ברקה ואח' נ' שר הביטחון ואח' (פ"ד נו(2) 509). באותו עניין קבע בית-המשפט כי הסכנה לעותרים באותו עניין, לא הייתה אך ורק בגדר סכנה אישית (שהגבלת תנועתם בשלה תהווה אקט פטרנליסטי):

אם ייפגע מי מן העותרים – שהם חברי כנסת – עלול להיגרם נזק רב למדינה. כך, לא רק בנזק שייגרם לעותרים עצמם – שעלול להיות ממשי וחמור – אלא גם בנזק לביטחון המדינה עצמה. במונח זה, הסכמתם של העותרים ליטול על עצמם את הסיכון אינה מועילה ואינה מורידה.
(סעיף 9 לפסק-הדין).

שיקול מרכזי שהוביל באותו עניין למסקנה שיש חשש שהעותרים ייפגעו היה היותם חברי-כנסת:

דווקא היות העותרים חברי-כנסת היא העומדת ביסוד הסיכון הביטחוני הכרוך בכניסתם לשטחי הרשות הפלשתינאית.
(סעיף 11 לפסק-הדין)

בית-המשפט אף ציין, כי בידי הרשויות מידע אודות כוונה לפגוע באישי ציבור ישראלים.

52. בעניינם של העותרים ברור לכול שאין נשקפת להם סכנה כלשהי בעזה, והדבר עולה גם מהסכמת המשיב לשהייתם ברצועה משך שנה רצופה.

53. לעומת זאת, ייתכן שהמשיב סבור שתנועתה של העותרת בין ביתה בעזה ומשפחתה בישראל עשויה לסכן את הביטחון. לסברה זו, אם היא קיימת, אין בסיס ויסוד. על-כל-פנים, על-פניו נראה שהמשיב אינו סבור שעצם שהייתה של העותרת בעזה מסוכנת לביטחון, ואילו את כניסתה לישראל אין הוא רשאי למנוע בהיותה אזרחית ישראלית.

54. העותרים יטענו, כי כל פגיעה בזכויות היסוד של העותרת וילדיה ובעקרונות של טובת הילד והגנת המשפחה צריכים לעמוד ברף גבוה הן מבחינת היסוד הראייתי והן מבחינת מבחן המידתיות. קשה להאמין שעמדת המשיב בענייננו עומדת במבחנים אלו.

סוף דבר

רק על עצמי לספר ידעתי,
צר עולמי כעולם נמלה.
גם מסעי מאסתי כמוה
ורב וכבד מכתפי הדלה.

גם את דרכי כדרכה אל צמרת,
דרך מכאוב ודרך עמל,
יד ענקים זדונה ובוטחת
יד מתבדחת שמה לאל...

55. במשך שנים חייתה העותרת כאישה מוכה בצל בעל אלים. כעת הצליחה לבנות לעצמה חיים משפחתיים לצד בעל אוהב ומכבד, וילדה עמו ילד. בא המשיב ותובע ממנה לבחור בין קריעה מחיים חדשים אלו לבין קריעה מילדיה ומשפחתה שבישראל. מעבר לכל הטענות שבחוק

ובמשפט, מעבר לכל השפה - המרוחקת לעתים - של זכויות, עקרונות ומידתיות, הרי שהאנושיות הבסיסית מחייבת לאפשר לה לחיות עם בנה ובעלה ברצועת עזה ולהגיע מפעם לפעם לישראל לדאוג לילדיה ולהתראות עם משפחתה שכאן, בארץ אזרחותה.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו-על-תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיב, לעשותו למוחלט, ולחייב את המשיב בתשלום הוצאות משפט.

ירושלים, כג כסלו תשס"ג; 28 בנובמבר, 2002

יוסי וולפסון, עו"ד
ב"כ העותרים