

- בעניין:
1. _____ אבריקה
 ת.ז. _____
 2. _____ אבריקה
 ת.ז. _____, קטין, באמצעות אמו, העותרת 1
 3. _____ אבריקה
 ת.ז. _____, קטינה, באמצעות אמה, העותרת 1
 4. **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: 02-6283555; פקס: 02-6276317
- העותרים

- נ ג ד -

מפקד כוחות הצבא ברצועת עזה

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לתת טעם מדוע לא יאפשר לעותרת 1, תושבת מזרח ירושלים, הנשואה לתושב עזה, לקבל היתר כניסה ושהייה ברצועת עזה בהתאם לנוהל משפחות חצויות, על מנת שתוכל לשוב ולהתגורר עם בן זוגה ושלושה מילדיהם, המצויים שם. העותרת נמצאת בישראל עם שניים מילדיה, העותרים 2 ו-3, ומצויה בחודש התשיעי להריונה. חזרתם של הילדים לביתם בעזה, לאביהם ולאחיהם, כרוכה בחזרתה של אמם.

בקשה לדיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה.

עניינה של עתירה זו במשפחה, אשר המשיב כופה עליה פרידה כואבת וממושכת, הנמשכת מזה כחודשיים וחצי. העותרת 1 (להלן – **העותרת**) שוהה עתה בישראל עם שניים מילדיה, העותרים 2 ו-3. המשיב לא מאפשר להם לחזור לביתם, לחיק משפחתם, לשלושת ילדיה האחרים של העותרת (ואחיהם של העותרים 2 ו-3), הנמצאים ברצועה, ולשגרת חייהם. הרחקתם הכפויה של העותרים ממשפחתם פוגעת באופן קשה בזכויותיה והיא יוצרת מצב הומניטרי בלתי נסבל ומתמשך. העותרת וילדיה נמצאים זמן ממושך בבית הוריה במחנה הפליטים שועפאט, וחיים שם כאורחים נטו ללון ובצפיפות רבה. העותרת מצויה בחודש התשיעי להריונה. אם יעמוד המשיב בסירובו,

תיאלץ העותרת ללדת בירושלים, הרחק מבן זוגה, אבי הילד, ולהשתחרר מבית-החולים לתנאים-לא-תנאים שמצפים לה בבית הוריה הצפוף.

העתק אישור רפואי על ההיריון מצורף ומסומן ע/1.

בנה של העותרת, _____, היה אמור להתחיל ללמוד בכתה א' אבל כרגע הוא נאלץ להישאר בבית סבתו ולא יכול ללמוד. הריחוק מאביו גורם לו להתפרצויות בכי, כפי שמצהירה העותרת:

"אני מתגעגעת מאוד לבן זוגי ולילדי. שני הילדים שאיתי מתגעגעים מאוד לאביהם ולאחיהם ולביתם. _____ בני בוכה הרבה ושואל אותי מתי נחזור הביתה. הוא מתעורר בלילה ומזכיר את אביו".

גם מצבם של הילדים שנותרו בעזה, שהם תלמידי בית-ספר, מושפע מהפירוד. בן-זוגה של העותרת עובד, וכפי שהיא מציינת –

"כשהילדים חוזרים מבית הספר הבית ריק. בן זוגי עושה מאמצים רבים לעשות את כל עבודות הבית וכל הטיפול בילדים, אבל ילדים זקוקים גם לאמא".

ר' בהרחבה התצהיר המצורף.

המשיב אינו מצדיק את מעשיו בטעם ביטחוני כלשהו. לטענת המשיב הוא מונע את כניסתם של העותרת וילדיה לעזה מאחר ובפעם הקודמת ששהתה ברצועה לא חידשה את היתר השהייה שלה בזמן ובכך "הפרה צו אלוף". הרחקת העותרת וילדיה ממשפחתם בעילה זו, במיוחד לאור הקשיים בחידוש היתרים, הקיימים בעזה בארבע השנים האחרונות, הינה צעד ענישה בלתי חוקי. איסור כניסת העותרת וילדיה לעזה הינו בלתי סביר ובלתי מידתי ומנוגד לחובת המשיב לנהוג באורח הומניטרי, ולכבד את הזכויות המשפחתיות של תושבי ישראל והשטח הכבוש כאחד.

הפגיעה הקשה באישה ובילדיה מחייבת לאפשר לה לחזור לביתה ברצועת עזה במהירות האפשרית. היה והמצב הביטחוני בצפון הרצועה יגביל את התנועה בדרכים שם, הרי שלא יקשה על המשיב למצוא פתרון חלופי להבטחת הגעת העותרת לביתה שבדרום הרצועה.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרת הינה תושבת ירושלים הנשואה לתושב עזה, מר _____ **אבריקה** (ת.ז. _____) משנת 1990. לבני הזוג חמישה ילדים, _____, בן ה-13, _____, בן ה-11, _____, בן ה-9, _____, בן ה-5 (**העותר 2**) ו- _____ בת ה-3 (**העותרת 3**). הילדים הנם תושבי רצועת עזה. בני הזוג, כאמור, מצפים בימים אלו לילדם השישי.

2. העותרת 4 (להלן – **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) הינה עמותה לזכויות אדם, שמושבה בירושלים, והעוסקת בין היתר בזכותם של תושבים ישראלים לקיים חיי משפחה עם בני זוגם הפלסטינים וילדיהם, המתגוררים ברצועת עזה.
3. המשיב מחזיק ברצועת עזה בתפיסה לוחמתית, והוא בעל הזכויות והחובות הנובעות מכך, לרבות החובה להימנע מפגיעה בחיי המשפחה של תושבי האזור הנתון לשליטתו. מכוח הכרותו על שטח רצועת עזה כ"שטח צבאי סגור", אחראי המשיב על הנפקת היתרי כניסה ושהייה לאותם בני זוג ישראלים של תושבי הרצועה.

רקע: נוהל משפחות חצויות מאז אוקטובר 2000

4. נוהל משפחות חצויות הנו נוהל שמטרתו להסדיר את שהייתם של ישראלים, בעלי משפחות ברצועת עזה, ברצועה. עד אוקטובר 2000 התקיים נוהל זה, ככלל, באופן סדיר. בני זוג, אשר ביקשו לחיות עם בני זוגם תושבי הרצועה, קיבלו מאת המשיב היתרים קבועים לשהייה ברצועה. היתרים אלו חודשו כל שלושה חודשים באמצעות משרד ישראלים במת"ק ארז.
5. גם העותרת השתדלה בעבר לחדש בזמן את היתר הביקור, שניתן לה בהתאם ל"נוהל משפחות חצויות". במקביל שמרה העותרת על קשר עם בני משפחתה בישראל וערכה אצלם ביקורים מפעם לפעם. בתום ביקורים אלו הייתה חוזרת לעזה ללא קושי, מפקידה את תעודת הזהות בכניסה לרצועה ומקבלת אותה לידה בחזרתה, כפי שנקבע בנוהל.
6. מאז חודש אוקטובר 2000, עקב אירועי האלימות, החלו שיבושים רבים ביישום הנוהל. עקב הגבלות התנועה הקשות, ביתור הרצועה, תקריות ירי רבות והפחד שאחז באוכלוסייה, נמנעו רבים מלהגיע למת"ק ארז לחידוש ההיתר ונתרו ללא היתר ברצועה. רבים, אשר שהו באותה עת ברצועה, נמנעו אף מלחזור לישראל במשך זמן רב. אחרים, אשר חזרו לישראל, לא הצליחו לחזור לעזה למשפחתם. חשש מגורל דומה המריץ את אלו שנתרו בעזה שלא לצאת לישראל, אף שפג תוקף ההיתר, פן יבולע להם.
7. הסיבה לאי חידוש ההיתרים אינה נעוצה בבעלי ההיתרים בלבד. אדרבא, המשיב תרם לכך תרומה ממשית באמצעות הסגרים, הכתרים, המחסומים, השינויים התכופים בנוהל משפחות חצויות והבירוקרטיה ביישומם. שינויים רבים אלו התקבלו באופן בלתי צפוי ושרירותי, בדרי"כ כצעד ענישתי לאחר פיגועים, ולא פורסמו. שוב ושוב התריעו אנשי המוקד להגנת הפרט בפני המשיב על הבעיות הרבות ביישום נוהל משפחות חצויות.
- 7.1. כבר ביום 11.10.00 פנה המוקד להגנת הפרט במכתב שהתריע בפני קשיי ההגעה למת"ק ארז לצורך הארכת ההיתרים עקב הגבלות התנועה.

העתק המכתב מצורף ומסומן ע/2.

7.2. בעקבות מכתב זה הודיעה מפקדת משרד ישראלים במת"ק עזה, סג"מ בן-יתח, כי עקב הנסיבות יוארך אוטומטית היתר השהייה של ישראלים השוהים ברצועה לפי נוהל משפחות חצויות. מידע זה הופץ ע"י המוקד בקרב אוכלוסייה זו ואולם לאחר מספר ימים חזרה בה סג"מ בן-יתח והודיעה, כי לא תהיה הארכה אוטומטית של ההיתרים, וכי מי שיבקש להאריך את ההיתר יצטרך להגיע לארז או לשלוח פקס למת"ק עם בקשה להארכת ההיתר ובקשתו תישקל.

העתקי המכתבים בעניין זה מצורפים ומסומנים **ע/3-7/ע**.

7.3. בחודש ינואר 2002 הוחלט לקצר את תוקף ההיתרים הניתנים במסגרת נוהל משפחות חצויות משלושה חודשים לחודש אחד.

העתק מכתב בעניין זה מיום 24.1.02 מצורף ומסומן **ע/8**.

7.4. במהלך חודש אפריל 2002 בוטל לחלוטין נוהל משפחות חצויות. נשים אשר מצאו את עצמן באותה עת בישראל, שוב לא יכלו לחזור ליקיריהן, נשים אשר שהו אותה עת ברצועה, שוב לא יכלו להאריך את היתריהן. רק בעקבות המכתב של המוקד בעניין זה הוחלט בסוף חודש מאי לקיים את הנוהל. כמו כן, הוחלט לאפשר לנשים ששהו בגדה בתקופה זו לפנות למת"ק ולחדש את ההיתרים.

העתקי המכתבים בעניין זה מצורפים ומסומנים **ע/9-10/ע**.

7.5. בחודש יולי 2003 שוב החליט המשיב לבטל את נוהל משפחות חצויות והופסקה הנפקת ההיתרים. ביום 13.8.03, בעקבות מכתבו של המוקד בעניין זה, הודיע ב"כ המשיב, כי נוהל משפחות חצויות מופעל כרגיל.

העתקי המכתבים בעניין זה מצורפים ומסומנים **ע/11-12/ע**.

7.6. בחודש ינואר 2004 שוב בוטל הנוהל ולמוקד להגנת הפרט הגיעו תלונות רבות על אי מתן היתרים. ביום 26.1.04, בעקבות מכתבו של המוקד בעניין זה, הודיע סגן יועמ"ש אזור עזה כי הנוהל מתקיים. הוא הכחיש כי הנוהל הופסק בתקופה האמורה.

העתקי המכתבים בעניין זה מצורפים ומסומנים **ע/13-14/ע**.

7.7. בחודש אפריל 2004 שוב בוטל נוהל משפחות חצויות. בעקבות מכתבו של המוקד בעניין זה, הודיע היועמ"ש של אזור עזה, סא"ל דויד בנימין, כי הוחלט להשהות את הנוהל לאור הנסיבות הביטחוניות באותה עת.

העתקי המכתבים בעניין זה מצורפים ומסומנים **ע/15-16/ע**.

7.8. משחודש נוהל משפחות חצויות במאי 2004, שב ושינה המשיב את הוראות הנוהל – הפעם דרש, כי בן הזוג הישראלי יחתום בכניסתו לרצועה על התחייבות, לפיה לא יצא

מהרצועה במשך שלושה חודשים. נגד השינוי בנוהל הוגשה עתירה לבג"צ (בג"צ 5076/04 תוסייני ואח' נ' אלוף פיקוד דרום). יום לאחר הגשת העתירה הוציא המשיב הוראה נוספת, לפיה אזרחים ישראלים השוהים ברצועה במסגרת נוהל משפחות חצויות לא יוכלו עוד לחדש את היתרי השהייה, וכי יש להורות להם לעזוב את הרצועה לישראל. בעניין זה הגישו העותרים בבג"צ 5076/04 בקשה לצו ביניים נוסף. בעקבות העתירה חזר בו המשיב והשינויים בנוהל בוטלו.

העתק מכתב בנדון והעתק הבקשה לצו ביניים נוסף מצורפים ומסומנים ע/17 ו-ע/18.

עניינה של העותרת

8. העותרת התקשתה להתמודד עם הבירוקרטיה הישראלית עוד לפני פרוץ האינתיפאדה, קל וחומר לאחריה. מאז פרוץ אירועי האלימות באזור התרבו הקשיים עמם הייתה העותרת צריכה להתמודד, והיא לא הצליחה לחדש את ההיתרים בזמן ובאופן קבוע.

9. משפחתה של העותרת מתגוררת בתל אל-סולטאן ליד רפיח, בדרום הרצועה בעוד שאישור היתרי השהייה צריך היה להתבצע במחסום ארז, אשר בצפון הרצועה. מצב זה הקשה עד מאוד על העותרת, שכן מסע כזה כרוך בסיכון של ממש. בדרך שורה של מחסומים, ופעמים רבות ביתר הצבא את הרצועה כך שמעבר מדרום הרצועה לצפונה נחסם לגמרי. לעיתים קרובות התבצע ירי באזור שליד ביתה והיא פחדה לצאת לחדש את ההיתרים. כל יציאה מרפיח לארז כרוכה באי-ודאות, אפילו לגבי ההגעה לארז, וברור עד כמה הדבר מרתיע עבור אישה הצריכה לעשות את הדרך עם ילדים פעוטים.

10. מטעמים אלו ומטעמים נוספים – שינויי הנוהל התכופים, ביטולו מפעם לפעם, החשש מאי חידוש ההיתר, החשש מגירוש, חוסר ההתמצאות בנהלי המשיב, אי פרסומם של הנהלים ושינוים, הסגר שהוטל והוסר לעיתים תכופות, חוסר ההתמצאות בסבך הבירוקרטיה – בחרה העותרת, כמו אחרים במצבה, להישאר בחיק משפחתה ברצועה זמן רב ללא היתר, ולמלא אחר מחויבויותיה המוסריות והמשפטיות לבן זוגה וילדיה.

11. כך, למשל, בשנת 2002 לא חידשה את ההיתר במשך כמה חודשים, בסופן יצאה לישראל. לאחר מכן הצליחה לקבל היתר חדש אך שוב לא הצליחה לעמוד בתנאי הרישיון ולחדש את ההיתר בזמן. בקיץ 2003 שוב יצאה לביקור בישראל. משחזרה העותרת לעזה בסוף ביקור זה, קיבלה היתר ושוב לא הצליחה לחדשו בזמן. למעשה היה זה ההיתר האחרון של העותרת. היתר זה ניתן ביום 3.7.03 והיה בתוקף, ככל הנראה, לחודש אחד בלבד.

12. ביום 8.7.04 החליטה העותרת לצאת לישראל חרף חששה מיחס השלטונות הישראליים אליה. אמה המבוגרת של העותרת נפלה במקלחת ונפצעה בראש. העותרת ביקשה לסייע לה בתקופת ההחלמה. העותרת לקחה עמה את שני ילדיה הקטנים, העותרים 2 ו-3. המשיב אינו מאפשר לילדים בגילם של ילדיה הגדולים של העותרת (9, 11 ו-13) להתלוות לאמותיהן בכניסתן לישראל.

13. משהגיעה למעבר ארז נלקחה לחקירה ע"י המשטרה. העותרת נשאלה מדוע לא חידשה את ההיתרים בזמן והפרה צו אלוף. העותרת הסבירה לשוטרים, כי המצב הביטחוני מנע ממנה להגיע מביתה בתל אל-סולטאן בדרום הרצועה למעבר ארז בצפון הרצועה. השוטרים לא קיבלו את הסבריה. הם איימו עליה כי לא יתנו לה להיכנס בעתיד לרצועה.

14. בתום הביקור ביקשה העותרת לשוב למשפחתה ופנתה ל"משרד ישראלים" במת"ק ארז, בבקשה להיתר כניסה לרצועה על פי נוהל משפחות חצויות. משבקשה זו לא נענתה פנתה למוקד להגנת הפרט, אשר נציגתו פנתה שוב אל "משרד ישראלים". ביום 15.8.04 נמסר לגב' אריאנה ברוך מהמוקד, בטלפון, כי הבקשה מסורבת מאחר שהעותרת "הפרה צו אלוף" בכך שלא חידשה את ההיתרים בזמן. ב"משרד ישראלים" לעולם אין משיבים לפניות בכתב.

15. בעקבות דברים אלו פנה בא כוח העותרת מהמוקד להגנת הפרט ביום 24.8.04 במכתב ליועמ"ש עזה, סא"ל דויד בנימין. במכתב ביקש בא כוחה את התערבותו בהחזרתה של העותרת לחיק משפחתה. ב"כ העותרת עמד בקצרה על הקשיים הנסיבתיים, אשר בגינם לא יכלה העותרת לחדש את היתר השהייה. משמכתב זה לא נענה, נשלחה תזכורת ביום 6.9.04.

העתקי המכתב ומכתב התזכורת מצורפים ומסומנים ע/19 ו-ע/20.

16. מכתבים אלו לא נענו עד יום הגשת עתירה זו.

הטיעון המשפטי

טעם זר ופסול בהפעלת סמכותו של המשיב

17. מתוקף היותו הריבון בשטחים מוסמך המשיב להעניק או לא להעניק היתרי שהייה בשטח הכבוש אולם אין בסמכותו לנצל את הסמכות, שניתנה לו על מנת להבטיח את הביטחון בשטח, כדי להעניש את העותרת ללא משפט ולהפר את עקרון היסוד שאין ענישה אלא בדין. מבלי לקבוע אם עברה העותרת עבירה כלשהי, אם סבר המשיב כי העותרת עברה עבירה של הפרת צו אלוף, יכול היה להעמידה למשפט. אין בסמכותו להעניש את העותרת באמצעות אמצעי מינהלי חמור כל כך כמו מניעת כניסתה לרצועה וכפיית פרידה ממושכת מבני משפחתה.

18. המשיב כלל אינו מסותר מאחורי אצטלה ביטחונית, המצדיקה כביכול נקיטת צעדי מנע מינהליים. באופן מפורש נמסר ע"י המשיב, כי הסיבה היחידה להרחקת העותרת מהרצועה היא משום ש"הפרה צו אלוף".

19. טעמו זה של המשיב – טעם פסול הוא מכל וכל. סמכויותיו המינהליות של המשיב, לרבות הסמכות להגביל את הכניסה לשטח שבפיקודו, הן סמכויות צופות פני עתיד, אשר צריכות להיסמך על שיקולי ביטחון טהורים, במטרה למנוע סכנות עתידיות (ר' בג"צ

7015/02 עגיורי נ' מפקד כוחות צה"ל פ"ד נו(6) 352, 370; בג"צ 253/88 סג"דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 821). הצעד של מניעת שובה של העותרת לביתה, לעומת זאת, צופה פני עבר, נסמך על שיקולים שאינם ביטחוניים, וכל מטרתו להעניש את העותרת.

20. זאת ועוד, בניגוד לצעדים מינהליים (כמו מעצר מינהלי, גירוש ותיחום מגורים), אשר הנם מוגבלים בזמן ומחייבים מתן זכות טיעון וזכות שימוע לאדם אשר נגדו הם מופנים, הצעד בו נקט המשיב נגד העותרת אינו מוגבל בזמן, העותרת לא הוזמנה לשימוע ולא ניתן לה לטעון להגנתה. החקירה הזריזה שנערכה לה במעבר ארז היא חקירה משטרתית, ואינה חקירה מטעמו של המשיב. אין היא יכולה להיחשב כשימוע בעניין מניעת כניסתה לעזה, שכן הדבר לא עמד על הפרק באותה עת.

21. בעבר דן בית המשפט בטעמיו של המשיב להגביל כניסת ישראלים לרצועה. כך, למשל, הכיר בית המשפט בסירוב, שטעמו בדאגת המשיב לביטחונם של ישראלים הנכנסים לרצועה או מטעמי ביטחון מוחלטים, כמו החשש מניצול ההיתר למתן שירותים לגורמים עוינים (ר', למשל, בג"צ 9293/01 חה"כ מוחמד ברקה ואח' נ' שר הביטחון פ"ד נו(2) 509, 515; בג"ץ 10089/02 אלטייב נ' מפקד כוחות צה"ל תק-על 2003(1), 578).

22. ברור שטעמים אלו אינם מתקיימים בעניינה של העותרת, ואף המשיב לא טען כי קיימים טעמים מעין אלו בעניינה. הטעם היחיד שהציג המשיב הוא הפרת תנאי ההיתר. המשיב אף לא טען, כי עצם הפרת תנאי ההיתר בעבר נוצל לפגיעה בביטחון, או שיש בכך מימד ביטחוני.

23. בעבר דן בית המשפט בעניין דומה בבג"צ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 728 (להלן – פרשת סטמקה). באותו עניין דן בית המשפט בעניינם של בני זוג זרים של ישראלים, אשר הפרו את תנאי רישיון השהייה שלהם בישראל. בית המשפט אסר על משרד הפנים לכפות פרידה ממושכת על אותם זוגות על ידי גירוש בן הזוג הזר מישראל, וקבע כי אין לפגוע בזכותם לחיי משפחה:

"מדיניות משרד הפנים לעניינם של זרים שנישאו לישראלים בעוד הם (הזרים) שוהים בארץ שלא-בהיתר, הינה מדיניות שאינה עומדת במיבחן המידתיות והרי היא פסולה ובטלה. דרישת משרד הפנים - כמדיניות עקרונית - כי בן-הזוג הזר יעזוב את הארץ למספר חודשים עד אשר תיבדק כנות הנישואין, הינה מדיניות שאינה עולה בקנה אחד עם מושכלות ראשוניים במשטר דמוקרטי החרד לזכויות האזרח" (שם, עמ' 782).

24. ניתן ללמוד כי בית המשפט אינו רואה בהפרת תנאי רישיון שהייה טעם, אשר בפני עצמו יכול להצדיק הרס משפחות.

25. על כן הטעם של "הפרת צו אלוף" כטעם יחיד, הנו טעם פסול. משמעותו היא הרת אסון לגבי העותרת ומשפחתה.

החלטת המשיב פוגעת בעותרת באופן קשה ובלתי מידתי

26. די בטעם הפסול שבו בחר המשיב להסביר את הפרידה שהוא כופה על העותרת ממשפחתה על מנת להעביר את נטל ההוכחה לכתפיו, ולהורות לו לבוא וליתן טעם למעשיו. אולם, לא ניתן שלא לתאר בקצרה את הפגיעה הקשה בעותרת ובמשפחתה, פגיעה, אשר גם אם יציג המשיב טעם ענייני להחלטתו, היא בלתי מידתית ובלתי סבירה.

27. המשיב החליט למנוע את כניסתה של העותרת לרצועה, בכך הוא פוגע בזכותה לחופש התנועה. פועל יוצא של הגבלת תנועה זו הינה פגיעה קשה של העותרת בזכותה לקיום חיי משפחה. פגיעה זאת מתעצמת, שכן כניסתו של בן זוגה העזתי של העותרת לישראל הינה אסורה ואין באפשרותו לקבל מעמד כלשהו בישראל לאור התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ד-2003 (עתירה בעניין זה תלויה ועומדת בבג"צ 8099/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים). לאור זאת, מניעת כניסתה של העותרת לעזה גוזרת על משפחתה של העותרת נתק מוחלט, ולמעשה, הרס התא המשפחתי.

28. הזכות לחיי משפחה, הכוללת בין היתר את הזכות לקיים משק בית משותף, הזכות של הורים להורות וזכותם של ילדים לקשר אמהי או אבהי, היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינ"ל. פגיעה בזכות לחיי משפחה פוגעת בכבודו של אדם ומנוגדת לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו לעניין זה:

סעיף 12 וסעיף 16(3) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948; סעיף 17 ו-23(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966; סעיף 10 (1) לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966; האמנה בדבר זכויות הילד, 1989; סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם; פרשת סטמקה, בעמ' 787.

29. הזכות לחיי משפחה כוללת בחובה את חובתה של המדינה שלא להתערב בתא המשפחתי ולא לכפות פרידה כואבת בין בני הזוג ובין הורים וילדיהם. בפרשת סטמקה, המוזכרת לעיל, קבע השופט חשין:

"הפגיעה בכבודם של בני-הזוג ובאחדות המשפחה, לא יהיה זה ראוי כי נקל בה ראש. ופרידת האוהבים, כיצד תקל זו בעינינו? השכחנו את כאבה של דסדמונה שעה שהדוכס ציווה את אותלו לצאת וללחום בקפריסין?" (שם, עמ' 780).

בעניין הפרדתו של ילד מהוריו אמר השופט אלון:

"חכמים אמרו שקשה זיווג של אדם כקריעת ים סוף (סוטה, ב, א, ורש"י, שם). ואם בזיווגם ובשיתופם של בני-אדם כך, קל וחומר בניתוקם ו"בקריעתם" זה מזה שקשים גם קשים הם כקריעת ים סוף" (ע"א 488/77 פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד לב(3) 421, 432).

30. הצעד בו נקט המשיב פוגע גם בזכויות בני משפחתה של העותרת כתושבים מוגנים בשטח הנתון לשליטה לוחמתית על פי הדין ההומניטרי הבינ"ל (תקנה 46 לתקנות אמנת האג; סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית). שני ילדיה הקטנים של העותרת, המצויים עמה, העותרים 2 ו-3, הנם תושבים מוגנים. מעבר לפגיעה הקשה בזכותם כי המשיב לא יפגע בחיי המשפחה שלהם, הרי שהותרתם בכפייה בישראל מהווה גם גירוש פסול של תושב מוגן לפי סעיף 49 לאמנת ג'נבה.

31. המשיב מעולם לא ביקש את התייחסות העותרת לכך שלא האריכה את אשרת השהייה שלה ברצועה. לו עשה זאת היה ודאי מבין את מצב הדברים הבלתי אפשרי בו עמדה העותרת עם פרוץ אירועי האלימות באזור, הכול כפי שמפורט בסעיפים 4-14 לעתירה זו.

32. בנוסף לקה המשיב באדישות שהפגין כלפי המשמעות ההומניטרית הקשה של החלטתו - ילדים, אשר בשטח הנתון לתפיסתו, אינם יכולים לראות את אמם ואחיהם הקטנים תקופה ממושכת. הילדים הקטנים המצויים עם העותרת אינם יכולים לראות את אביהם ואת אחיהם הגדולים; פרידה כפויה בין בני זוג אוהבים; הרס המשפחה.

"מדינת ישראל הינה מדינת חוק; מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים" (בג"ץ 794/98 עובייד ואח' נ' שר הבטחון פ"ד נה(5) 769, 774).

33. הנה כי כן אל מול טעמו הזר של המשיב עומדת הפגיעה הקשה והממושכת בעותרת ובמשפחתה והפגיעה ההומניטרית הקשה. כמו כן עומדות הנסיבות המיוחדות אשר הביאו את העותרת למצב של "הפרת צו אלון" – נסיבות אשר למשיב חלק ניכר בהן. בחינת שלל הטעמים והשיקולים יש בו להביא למסקנה אחת - שיקול הדעת שהפעיל המשיב בבחינת בקשתה של העותרת היה מוטעה.

סיכום

על שני אדנים נתמכת עתירה זו; ראשית – כי שגה המשיב, בהפעילו סמכות מינהלית שהשפעתה על זכויות העותרת כה מרחיקת לכת, כצעד ענישתי בלתי חוקי על "הפרת צו אלון" שביצעה העותרת בעבר. שנית – כי אף אילו היו למשיב טעמים אחרים עת סרב לבקשת העותרת, שגה המשיב בשיקול דעתו באופן החורג ממתחם הסבירות והמידתיות. די בכל אחת מעילות משפטיות אלו להביא לביטולה של החלטת המשיב.

על כן מתבקש בית המשפט להוציא צו על תנאי כמבוקש בכותרת העתירה ולאחר שמיעת תשובת המשיב להפוך צו זה לצו מוחלט ולהטיל על המשיב את הוצאות העותרות ושכר טרחת עו"ד.

11 באוקטובר, 2004

גיל גן-מור, עו"ד
ב"כ העותרים

ת.ש. 34275