

בעניין:

1. אל-שאער _____

תושב מצרים; _____
אזרח רומניה, דרכון מס' _____;
תושב הרשות הפלסטינית, ת.ז. _____.

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

ע"י ב"כ עוה"ד עידו בלום (מ.ר. 44538) ו/או יוסי וולפסון
(מ.ר. 26174) ו/או עביר ג'ובראן (מ.ר. 44346) 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 ידין עילם (מ.ר. 39475)

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 -

1. אלוף פיקוד דרום

2. שר הפנים

3. שר הביטחון

4. מתאם הפעולות בשטחים

5. ממשלת ישראל

6. 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 יאפשרו את חזרתו של העותר 1 לביתו ומשפחתו שבמצרים, מרצועת עזה, אליה נכנס לפני כשלושה חודשים לביקור משפחתי.

העותר אינו יכול לצאת למצרים דרך מעבר רפיח, הסגור לחלוטין מאז חודש יוני השנה. על כן מבקש העותר לצאת מרצועת עזה דרך מחסום ארז ומשם לנסוע למצרים – בין דרך גשר אלנבי, בין דרך מעבר ניצנה ובין בכל דרך אחרת.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**) הוא נתין פלסטיני, יליד השטחים הפלסטיניים הכבושים. בשנת 1989 עזב העותר את השטחים ונסע ללימודים ברומניה. בשנת 1992 נשא שם לאישה את גבי' _____ **אל-שאער**, אזרחית רומניה (דרכון מסי' _____). בעקבות נישואיהם קיבל העותר אזרחות רומנית. העותרים התגוררו ברומניה כשתיים-עשרה שנה, עד שנת 2001, אז עברו להתגורר במצרים, שם הם מתגוררים עד היום, בעיר עאשר מן רמדאן. העותר עובד כיום כמנהל חברה לנדל"ן וקרקעות חקלאיות במצרים.

העתק תעודת התושבות המצרית של העותר מצורף ומסומן **ע/1**.

העתקי אישורים על עבודתו של העותר במצרים מצורפים ומסומנים **ע/2-3**.

2. לעותר ארבעה ילדים: _____ בן הארבע-עשרה; _____ בן השלוש-עשרה; _____ בת השש ו _____ בת החמש. _____, _____ ו _____ נולדו ברומניה, ו _____ נולדה במצרים.

3. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט** או **המוקד**) היא עמותה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.

4. המשיב 1 הוא בעל השליטה האפקטיבית במעברים מהרצועה ואליה, מטעם מדינת ישראל, המשיבה 6.

5. המשיבים 1-2 אחראים על הוצאת היתרי כניסה לישראל לצורך כניסה לישראל. המשיב 2 הוא בעל הסמכות, אותה האציל למשיב 1.

6. המשיב 4 הנו האחראי על קביעת מדיניות הצבא בשטחים הכבושים, והוא מונה מטעם המשיב 3 לעקוב אחרי המצב ההומניטרי ברצועה.

7. המשיבה 5 (להלן: **הממשלה**) היא האחראית על פעולות ישראל ועל מדיניותה ככל הנוגע להסדרי חופש התנועה בכלל והסדרי היציאה לחו"ל בפרט.

העובדות ומיצוי ההליכים

8. העותר, פלסטיני יליד רפיח, מתגורר בחו"ל מזה כשמונה-עשרה שנה. הוא התגורר כשתיים-עשרה שנה ברומניה, ובשנת 2001 עבר עם משפחתו למצרים. הוריו של העותר ובני משפחה נוספים מתגוררים ברצועת עזה, ומאז עזב את השטחים הכבושים, המשיך לשמור על זיקה למוולדת. העותר מגיע עם משפחתו מדי כמה שנים לביקור אצל הוריו וקרוביו ברצועת עזה.

9. לרוב התאפשרו הביקורים בלא בעיות מיוחדות, אך בשנת 1997, עת ביקר ברצועה, נעצר העותר במעצר מינהלי. כעבור חודש ימים שוחרר. בבירור שערך אז עורך-דינו נמסר כי העותר נעצר בטעות, בשל "אי הבנה".

10. ביקורם הקודם של העותרים וילדיהם ברצועת עזה נערך בחודש יולי 2005. כאשר ביקשו אז העותרים לצאת את הרצועה ולשוב לביתם במצרים, דרך מעבר רפיח, נמנעה יציאתם במעבר.

ב"כ העותרים פנה אל פרקליטות המדינה בבקשה לברר את פשר מניעת היציאה, ועו"ד רייכמן מפרקליטות המדינה מסר אז כי מבדיקה שנערכה, "אין כל מניעה ליציאת מרשך... לחו"ל". ואכן, יומיים לאחר מכן התאפשר מעברו של העותר וחזרתו לביתו.

העתקים מפניית ב"כ העותרים מיום 4.9.05 ומתשובת פרקליטות המדינה מצורפים ומסומנים **ע/4-5**.

11. ביום 30.5.07 נכנסו העותרים וילדיהם לרצועת עזה לביקור נוסף אצל הורי העותר ושאר בני המשפחה המתגוררים שם.

12. כפי שיתואר בהמשך, באמצעו של חודש יוני נסגר מחסום ארז כמעט לחלוטין, בשל התפרצות האלימות ברצועת עזה (אם כי התאפשרה יציאתם של בעלי אזרחות זרה). בתחילת חודש יולי נפתח המעבר מחדש, וביום 10.7.07 הגיעו בני המשפחה למחסום ארז, בדרכם לשוב לביתם במצרים. בארז נמסר להם כי הם מנועים מלעבור. העותר ביקש לפנות לאיש שב"כ שהיה במקום, אך הלה סירב לשוחח עמו ורק מסר לו שוב כי בני המשפחה "מנועי יציאה".

13. ביום 9.8.07 פנה המוקד להגנת הפרט למוקד ההומניטרי במשרד התיאום והקישור לרצועת עזה (להלן: **מת"ק עזה**) ולמתאם הפעולות בשטחים, בבקשה להתיר את שובם של בני המשפחה מרצועת עזה לביתם במצרים. במכתב הודגש כי לימודיהם של ילדי העותרים בבתי הספר בשנת הלימודים הקרובה יחלו ביום 16.9.07.

העתקי המכתבים למוקד ההומניטרי במת"ק עזה ולמתאם הפעולות בשטחים מיום 9.8.07 מצורפים ומסומנים **ע/6-7**.

14. ביום 21.8.07 התקבלה תשובת מת"ק עזה, לפיה "הוחלט ע"י הגורם המוסמך לכך כי: לא תותר כניסתו לישראל: סיבות ביטחוניות".

העתק המכתב מיום 21.8.07 מצורף ומסומן **ע/8**.

15. בתוך כך, החלו המשיבים לאפשר את היציאה מרצועת עזה למצרים ממחסום ארז, באמצעות תיאום דרך הועדה האזרחית הפלסטינית, דרך מעבר ניצנה, כאשר הוועדה האזרחית מפרסמת את שמות המאושרים באמצעי התקשורת ברצועה.

16. ביום 4.9.07 התפרסמו שמותיהם של העותר ובני משפחתו ברשימת הרשאים לצאת דרך ארז ומעבר ניצנה. כשהגיעו בני המשפחה למחסום ארז, איפשרו המשיבים את מעברם של בת זוגו של העותר וארבעת ילדיהם, אך לעותר נמסר שוב כי הוא "מנוע מעבר" וכי עליו לשוב כלעומת שבא.

17. כך, העמידו המשיבים את בני המשפחה בפני דילמה בלתי אנושית: להישאר יחדיו לכודים ברצועת עזה הרחק מביתם, או להיפרד לזמן בלתי ידוע, ולאפשר לפחות לילדים לשוב לביתם ולחבריהם לתחילת שנת הלימודים בבתי-הספר. בדילמה קשה זו בחרו בני המשפחה באפשרות השנייה - אשתו של העותר וארבעת הילדים הקטנים נפרדו ממנו לשלום ויצאו בדרכם חזרה הביתה, בעוד העותר, אבי המשפחה, נותר לבדו מאחור.

מדיניות המשיבים ביחס ליציאת אזרחים זרים מרצועת עזה

18. בעקבות התפרצות האירועים ברצועת עזה והשתלטות החמאס בכוח על הרצועה ועל מנגנוני הרשות הפלסטינית, בחודש יוני 2006, סגרו המשיבים כמעט לחלוטין את המעברים לרצועת עזה, ובהם מחסום ארז, המשמש לכניסת ישראלים לרצועה.

ביטוי למצב הקשה ולמדיניות סגירת המעברים במהלך חודש יוני ניתן למצוא, למשל, בפסק הדין שניתן ביום 28.6.07, בבג"צ 5429/07 רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (לא פורסם).

19. **על אף סגירת המעברים, איפשרו המשיבים כל העת את יציאתם של בעלי אזרחות זרה מרצועת עזה.**

20. בדו"ח שהוצא על ידי משרד החוץ, תוארה מדיניותה של ישראל ביחס למעבר אותה עת (דהיינו בתקופה שבין 15-30 ביוני):

The **Erez crossing** is an international crossing open only for the passage of foreign and Palestinian employees of international organizations, diplomats, foreign journalists, **Palestinians with dual citizenship**, and urgent humanitarian cases. Approximately 350 foreign nationals and several hundred Palestinian refugees left the Gaza Strip; Red Cross doctors and medical equipment entered. [ההדגשה הוספה]

החלק הרלבנטי מתוך דו"ח משרד החוץ על הסיוע ההומניטארי לרצועת עזה, מצורף ומסומן **ע/9**.

את הדו"ח המלא ניתן למצוא באתר האינטרנט הרשמי של משרד החוץ, בכתובת:

<http://www.mfa.gov.il/MFA/Government/Communiques/2007/Humanitarian+supplies+transferred+to+the+Gaza+Strip+19-Jun-2007.htm>

21. גם בדו"ח מתאם הפעולות בשטחים (להלן: **המתפ"ש**) מיום 5.7.07, תוארו עיקרי מדיניות ישראל ביחס לאזרחים הנמצאים ברצועת עזה. התרת יציאתם של בעלי אזרחות זרה היא אחת הנקודות העיקריות במדיניות שנקבעה.

כך, תחת הכותרת "Civilian Policy in the G.S [Gaza Strip] – Key Measures", מופיע,

בין השאר: **Departure of foreigners and Palestinians with dual citizenship**.

העמודים הרלבנטיים מתוך דו"ח המתפ"ש מיום 5.7.07 מצורפים ומסומנים **ע/10**.

22. בהתאם למדיניות זו, על פי הנתונים שפורסמו בדו"ח המתפ"ש הנ"ל מיום 5.7.07, במהלך השבועיים בהם היה מחסום ארז סגור ככלל (דהיינו מאמצע חודש יוני ועד תחילת חודש יולי), איפשרו המשיבים את יציאתם של כ-400 בעלי אזרחות זרה מהרצועה דרך מחסום ארז.

23. בחלוף הזמן שככו מעט המהומות, ובתחילת חודש יולי, לאחר רגיעה מסוימת, שבו המשיבים ופתחו את מחסום ארז למעבר. תחילה התאפשר המעבר באופן מצומצם יחסית, וככל שחלף הזמן התאפשר מעברם של אנשים רבים יותר ויותר. כך, למשל, לפי דו"חות המתפ"ש¹, במהלך השבועיים שבין 11.8.07–29.7.07 התאפשר מעברם של למעלה משבעת אלפים בני-אדם במחסום ארז.

כמובן כי יציאתם של בעלי אזרחות זרה, שהתאפשרה כאשר היה המעבר סגור ככלל, נמשכה באופן רציף גם לאחר פתיחת המעבר.

24. מדיניות המשיבים ביחס למעבר בעלי אזרחות זרה הובאה גם בתגובה לעתירה בעניינה של רופאה פלסטינית, שביקשה לצאת מרצועת עזה ללימודים במצרים דרך גשר אלנבי (בג"צ 6475/07 אבו-לבן ואח' נ' אלוף פיקוד דרום ואח'). המדינה טענה אז כי במסגרת מדיניות המעבר המצומצמת בארז, "אפשרה ישראל את יציאתם לירדן, דרך גשר אלנבי, של בודדים מתושבי הרצועה. יודגש, כי הדבר נעשה רק עבור תושבים פלסטינים בעלי אזרחות זרה נוספת, בעיקר על בסיס בקשות רשמיות שהועברו מטעם שגרירויות זרות בישראל" (סעיף 27 לתגובת המשיבים).

העתק תשובת המשיבים בבג"צ 6475/07 מיום 29.7.07 מצורף ומסומן ע/11.

במאמר מוסגר יש לציין, כי ביהמ"ש דחה אז את העתירה, תוך שהוא מסתמך על טענות המדינה על כך שלאור המצב הביטחוני, אין כל אפשרות לפתוח את מחסום ארז למעברה של העותרת, וכי המעבר סגור ככלל ונפתח רק במקרים חריגים תוך סיכון חיי חיילים ואזרחים – זאת, על אף שבדו"חות המתפ"ש מאותה התקופה צויין במפורש כי מחסום ארז היה פתוח וכי התאפשר בו מעברם של מאות בני אדם. ואכן, בניגוד גמור לטענות המדינה בדבר המצב העובדתי, אשר אינו מאפשר להתיר את מעבר העותרת, למחרת יום מתן פסק הדין התקבל ממת"ק עזה היתר יציאה עבור העותרת.

25. מכל האמור עולה באופן חד-משמעי כי המשיבים איפשרו ומאפשרים, ככלל, את יציאתם של פלסטינים בעלי אזרחות כפולה מרצועת עזה, וכי העותר – שאינו רק בעל אזרחות כפולה, אלא אף מתגורר מחוץ לשטחים מזה שנים רבות - עומד באופן חד-משמעי בקריטריונים אותם קבעו המשיבים במסגרת מדיניות המעבר במחסום ארז, ועומד אפילו בקריטריונים שהיו קיימים עת היה מחסום ארז סגור.

¹ על-פי דו"חות יומיים של מתאם הפעולות בשטחים אודות המצב ברצועת עזה. את הדו"חות המלאים ניתן למצוא באתר מתאם הפעולות בשטחים: <http://www1.idf.il/MATPASH>

הטיעון המשפטי

הפגיעה בזכויות העותר

הזכות לחופש תנועה, ליציאה לחו"ל ולשיבה לארץ המגורים

26. הזכות לחופש התנועה היא הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש יכולותיו וזכויותיו. הזכות לחופש תנועה נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי.

וראו:

בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, פסקה 10 ;
 בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם ואח' נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, פסקה 15 ;
 בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האיזורי, תק-על 1994(1) 1139, 1147.

27. הזכות לחופש התנועה היא המנוע שמניע את מארג זכויותיו של האדם, המנוע שמאפשר לאדם לממש את האוטונומיה שלו, את בחירותיו. כאשר מגבילים את חופש התנועה נפגע אותו "מנוע" וכתוצאה מכך חלק מהאפשרויות והזכויות של האדם חדלות מלהתקיים. כבודו כאדם נפגע. מכאן החשיבות הרבה המיוחדת לזכות לחופש התנועה.

28. חלק מרכזי בזכות לחופש התנועה היא זכותו של אדם לשוב לארץ מגוריו:

**זכותו של אדם לצאת מארץ מגוריו ולחזור אליה היא "זכות טבעית".
 היא אחת מזכויות היסוד של האדם. הגבלתה של הזכות פוגעת
 פגיעה חמורה בזכויותיו.
 (בג"ץ 4706/02 ראיד סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695, 704 ; וראו
 גם: בג"ץ 448/85 כמאל דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2), 701).**

29. הזכות לחזור לארץ המגורים הוכרה כזכות יסוד אף במספר ניכר של אמנות והצהרות בין-לאומיות. ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948) קובעת בסעיף 13:

כל אדם זכאי לעזוב כל ארץ, לרבות ארצו ולחזור אל ארצו.

30. האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966) קובעת בסעיף 12 כי אין למנוע באופן שרירותי את שובו של אדם לארצו:

1. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

[...]

4. No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country.

ביחס לעקרון זה ציינה הוועדה האחראית על יישום האמנה כי :

The Committee considers that there are few, if any, circumstances in which deprivation of the right to enter one's own country could be reasonable.

(Hunan Rights Committee, General Comment 27, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 of 2 November 1999).

31. אין צורך להכביר מילים בדבר ההשלכות הקשות של הפגיעה בזכותו של העותר לשוב לארצו ולמשפחתו. היא פוגעת בזכותו של העותר לפרנסה וחופש העיסוק, מונעת ממנו לפרנס את משפחתו וכופה עליו להיסמך על שולחנם של קרובים ומכרים ברצועת עזה. היא כוללת את העותר הרחק מביתו, מחבריו, ממכריו וממקום עבודתו, והנורא מכל – הרחק מבת זוגו וארבעת ילדיו. היא פוגעת פגיעה אנושה בחיי המשפחה של העותר, באשתו ובילדיו.

הזכות לחיי משפחה

32. המשיבים פוגעים בזכותם של בני המשפחה להתאחד בארצם. הזכות לחיי משפחה הינה זכות מוכרת ומוגנת במשפט הבינלאומי ההומניטרי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי.

ראו :

סעיף 46 לתקנות האג ;
 סעיף 27 לאמנת ג'נבה 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 ;
 בג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נג' 728, 787.

33. המשפחה הטבעית היא היחידה הבסיסית של החברה שמחויבים להגן עליה :

התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמש והמבטיח את קיומה של החברה האנושית. (השופט אלון בע"א 488/77, בעמ' 434).

הפגיעה בחיי המשפחה היא פגיעה העולה כדי פגיעה בכבודו של העותר כאדם. ההכרה בזכות לחיי משפחה כזכות מוגנת על ידי חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו, התקבלה בפרשת עדאלה על ידי רוב השופטים והיא ההלכה הפסוקה. עמד על כך הנשיא ברק באותה פרשה :

הקשר המשפחתי, והגנה עליו ועל מרכיביו הגרעיניים (בני הזוג וילדיהם), 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 האדם.

[...]

קשריו המשפחתיים של האדם הם במידה רבה טעם חייו... מעטות הן ההחלטות המעצבות את חייו של אדם ומשפיעות עליהן כהחלטה עם מי יקשור את גורלו ועם מי יקים את משפחתו. כך גם ביחס לזכותם של ההורים לגדל את ילדיהם...

הנה כי כן, מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת.
(בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל העותרים ואח' נ' שר הפנים, תק-על 2006(2) 1754, פסקאות 25, 30-34 לפסק דינו של הנשיא).

הפגיעה בילדי העותר ועקרון טובת הילד

34. 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.

35. בפסיקה הודגש לא אחת, כי כאשר דנים בטובת הילד יש לתת משקל רב ביותר לשיקול זה. עקרון טובת הילד הינו שיקול נוסף שעל המשיבים להתחשב בו עת הם דנים בבקשתו של העותר לצאת מרצועת עזה ולשוב לביתו, ולאשתו וילדיו במצרים.

חשובים לענייננו דבריו של כב' השופט זילברג:

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, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני "זכות" של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו.
(ע"א 209/54 פרנץ שטיינר נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ט(1), 241, עמ' 251-252).

ראו גם:

בג"ץ 40/63 לורנץ נ' ראש ההוצל"פ, פ"ד נז(3) 1709, 1717;
ע"א 549/75 פלונים נ' היועץ המשפטי, פ"ד ל(1) 465, 459;
ע"א 266/93 פלונים נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 271-272.

36. להיעדר האב השלכות מרחיקות לכת על התפתחות ילדיו. מחקרים מצביעים על קשר ישיר בין היעדרו של האב לבין קשיי התנהגות, דיכאון, הערכה עצמית נמוכה, הישגים ירודים, ואף בעיות קוגניטיביות, חברתיות ורגשיות אצל ילדיו. לא בכדי טוען הפסיכולוג פרופ' חיים עומר כי "אובדן של הורה, אפילו בילדות המאוחרת, עשוי להיות הרסני" (ח' עומר, שיקום הסמכות ההורית (מודן הוצאה לאור, 2000) עמ' 13).

וראו מחקרים שפורסמו בעניין זה :

Banger, D.M., & Eyberg, S.H.(2003). Father involvement in parent training: when does it matter? Journal of clinical child and adolescent psychology (32) 4 599-605.

Mackey, W.C.& Immerman, R.S.(2004). The foundation of the father to child relationship . The Mankind Quarterly1.

37. גם בפסיקת בתי-הדין לענייני משפחה מתוארות בהרחבה המשמעויות הקשות של היעדר אב, וההשלכות של היעדרו של האב על עתידם של ילדיו בטווח הקצר וגם בטווח הארוך : הידרדרות מוסרית-חברתית, פשיעה, בעיות נפשיות ופיזיולוגיות ועוד.

ראו למשל :

תמ"ש (תל-אביב-יפו) 76760/01 ס"נ (קטינה) נ' כ' (ש') א, תק-מש 2004(3);
תמ"ש (תל-אביב-יפו) 87471/00 פלוני (קטין) נ' פלוני, תק-מש 2004(1), 49;
תמ"ש (תל-אביב-יפו) 43690/03 א. ה. נ' מ. מ. א. (קטינה) תק-מש 2006(4), 75.

38. טובת הילדים הינה לגדול בארצם במחיצת אביהם ואמם. נתק מאחד ההורים מהווה חוויה טראומטית המותירה צלקת בנפשם הרכה של הילדים, הזקוקים לנוכחות קבועה של שני הוריהם. ככל שחולף הזמן הנזק שנגרם לילדים הולך ומחמיר, עד שהוא עלול להיות בלתי הפיך.

זכותו של העותר להורות

39. זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם היא בגדר זכות אדם טבעית וראשונית :

המסגרת המשפחתית אינה עומדת בצד המערכת החוקתית, אלא היא חלק אינטגרלי ממנה. במסגרת היחידה המשפחתית נתונות להורים זכויות המוכרות על ידי המשפט החוקתי ומוגנות על ידו. זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם.
(הנשיא שמגר בע"א 2266/93 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מט(1), 221, עמ' 230-231).

40. בהתאם לכך קובע חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, בסעיף 15 כי :

אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו.

41. העותרת אינה יכולה לשאת באחריות ולקיים את חובותיה כלפי ילדיה לבדה, וזקוקה לעזרתו ותמיכתו של העותר, אבי המשפחה והמפרנס היחיד.

42. במניעת שובו של העותר לביתו מונעים המשיבים מהעותר מלממש את זכותו להורות ואבהות, לקיים את חובותיו כלפי ילדיו, להיות לצד אשתו ויחד עמה לגדל את ילדיו.

אין חולק על כך כי זיקתו של ההורה לילדו אינה רק בגדר חובה אלא גם בגדר זכות... מהותה של זכות זו היא, כי את החובות כלפי הילד הקטין רשאים למלא ההורים - הם ולא זולתם. זכותו המשפטית של ההורה היא כי הוא, ולא אחר, יקיים את החובות כלפי ילדו [...]. זכות זו של ההורים היא זכות קונסטיטוציונית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי - "קול-הדם"... שבין הורים לילדיהם [...]. זכות זו של ההורים אינה זכות קניין או מעין קניין. היא אך ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדים. "אין לך נכס היקר לאדם יותר מן הקשר הנפשי בין הורים וילדם הטבעי, שבו הם רואים את פרי אהבתם, עצמם ובשרם, ואת דור ההמשך הנושא בחובו את מטענם התורשתי" (השופטת בן-פורת בע"א 488/77, בעמ' 411). (ע"א 577/83 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461, עמ' 465-466).

43. העותר, אבי המשפחה, אינו יכול לקיים את חובותיו כלפי ילדיו הקטנים, כל עוד הם רחוקים ממנו. הוא אינו יכול לתמוך בהם ולטפל בהם. המשיב פוגע בזכותו המשפטית להורות, ומונע ממנו לטפל במשפחתו.

סיכום

44. המשיבים אינם רשאים "לכלוא" אנשים ומשפחות ברצועת עזה – על אחת כמה וכמה כשמדובר באזרחים זרים המבקשים לשוב לארצם. כאמור, העותר עזב את השטחים לפני כשמונה-עשרה שנה. המשיבים אינם רשאים לנצל את היותו של העותר בעל מעמד כתושב הרשות הפלסטינית בכדי למנוע את שובו לארצו ולמשפחתו בלא כל נימוק ממשי.

45. העותר נופל באופן מובהק בקריטריונים שקבעו המשיבים עצמם ליציאה מרצועת עזה. המשיבים אינם טורחים להצביע על נימוק כלשהו אשר יסביר את היחס השונה לעותר ואת הפגיעה הקשה כל כך בו, ומסתפקים באמירה לקונית בעלמא בדבר "סיבות בטחוניות".

46. החלטתם של המשיבים למנוע את שובו של העותר לביתו ומשפחתו שבמצרים היא בלתי סבירה ובלתי מידתית, ומביאה לפגיעה קשה בזכויותיהם של בני המשפחה. החלטתם של המשיבים פוגעת בחופש התנועה של העותר ובזכותו הבסיסית כל-כך לשוב לארצו ולביתו, היא פוגעת בזכותם של בני המשפחה לחיי משפחה, בזכותו של העותר לפרנס את משפחתו ולטפל בילדיו לצד זוגתו, ובזכותם של זוגתו וילדיו לקרבתו של אבי המשפחה.

עתירה זו נתמכת בתצהיר וייפוי כוח שנחתם בפני עו"ד ברצועת עזה ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הוא ניתן בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין באת כוחו.

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 העותרים ושכ"ט עו"ד.

17 בספטמבר, 2007

עידו בלוס, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 39159]