

בעניין:

1. _____ עאשור

ת.ז. _____

2.

ת.ז. _____, קטין, באמצעות אמו

3.

ת.ז. _____, קטין, באמצעות אמו

4.

ת.ז. _____, קטין, באמצעות אמו

5.

ת.ז. _____, קטינה, באמצעות אמה

6. **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 לביתה ולבן זוגה. העותרת נמצאת בישראל עם ארבעת ילדיה, העותרים 2-5. חזרתם לביתם בעזה, לאביהם, 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. העותרת 1 (להלן – **העותרת**) שוהה כרגע בישראל עם ארבעת ילדיה, העותרים 2-5, מבלי שניתן להם לחזור לביתם, לחיק משפחתם, לאבי המשפחה, הנמצאים ברצועה, ולשגרת חייהם. הרחקתם הכפויה של העותרים מביתם ומשפחתם פוגעת באופן קשה בזכויותיהם והיא יוצרת מצב הומניטרי קשה ומתמשך. הילדים מצויים כבר תקופה ארוכה ללא אביהם. הם משוחחים עמו בטלפון כל יום. הילדים רחוקים מביתם, מחבריהם ומבני דודם, אשר הם קשורים

אליהם מאוד. _____, בן ה-7, היה אמור להתחיל לימודיו בכתה ב' יחד עם חבריו בבית הספר ברפיח. במקום זה הוא נאלץ ללכת באופן זמני לבי"ס של אונר"א במזרח ירושלים. _____, בן ה-5, היה אמור ללכת לגן אך לא נמצא לו גן בירושלים. העותרת וילדיה חיים בצפיפות בבית אחיה, יחד עם משפחתו.

עוד על המצב ההומניטרי ר' **התצהיר המצורף**.

המשיב אינו מצדיק את מעשיו בטעם ביטחוני כלשהו. לטענת המשיב הוא מונע את כניסתם של העותרת עם ילדיה 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 השטח הכבוש וישראל 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 ייקשה על המשיב למצוא פתרון חלופי להבטחת הגעת העותרת לביתה שבדרום הרצועה.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרת הינה תושבת ירושלים, הנשואה לתושב עזה, מר _____ **ברבך** (ת.ז. _____) משנת 1993. לבני הזוג ארבעה ילדים, _____, בן ה-7, _____, בן ה-5, _____, בן ה-3 ו _____ בת השנה (העותרים 2-5). הילדים הנם תושבי רצועת עזה. העותרת, בת 24, נישאה בהיותה בת 13. לעותרת השכלה של 7 שנות לימוד בלבד.

2. העותרת 6 (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 בזכות לחיי משפחה של התושבים בשטח שבשליטתו. מכוח הכרזתו על שטח רצועת עזה כ"שטח צבאי סגור", אחראי המשיב על מתן היתרי כניסה ושהייה לאותם בני זוג ישראלים של תושבי הרצועה.

רקע: נוהל משפחות חצויות מאז אוקטובר 2000

4. "נוהל משפחות חצויות" הינו 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. עד אוקטובר 2000 נהגה גם העותרת לחדש את היתר הביקור, שניתן לה בהתאם ל"נוהל משפחות חצויות". במקביל שמרה העותרת על קשר עם בני משפחתה בישראל וביקרה אצלם 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 ונותרו 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 שנותרו 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, בדרך-כלל כצעד ענישתי לאחר פיגועים, ולא פורסמו. שוב ושוב התריעו אנשי המוקד להגנת הפרט בפני המשיב על הבעיות הרבות ביישום נוהל משפחות חצויות.

עניינה של העותרת

8. קשיי ההתמודדות הרבים של העותרת במהלך ארבע השנים האחרונות ממחישים היטב את הקושי הרב ביישום הנוהל, ואת הדילמות, שעמדו בפני נשים במצבה במהלך האינתיפאדה.

9. משפחתה של העותרת מתגוררת ברפיח, בדרום הרצועה, בעוד שהארכת היתרי השהייה מתבצעת במחסום ארז, אשר בצפון הרצועה. מצב זה הקשה עד מאוד על העותרת, שכן מסע כזה כרוך בסיכון של ממש. הדרכים אינן בטוחות. הצבא הציב שלושה מחסומים בין ביתה של העותרת למחסום ארז. לעיתים היה הצבא מבתר את הרצועה לשלושה חלקים ומונע באופן מוחלט מעבר של פלסטינים מדרום הרצועה לצפונה. מספר פעמים הצליחה העותרת להגיע למחסום ארז אך לא הצליחה לחזור לביתה משום שהדרכים דרומה נחסמו. היא נאלצה לישון אצל מכרים או בבית מלון מספר ימים עד שיכלה לחזור לביתה. פעם אחת העבירה את הלילה במונית כדי לא להחמיץ את ההזדמנות שלמחרת ייפתח המחסום.

10. הגבלות התנועה הקשות לא היו בעייתה הבלעדית של העותרת. כבר ביום 11.10.00 פנה המוקד להגנת הפרט במכתב שהתריע בפני קשיי ההגעה של נשים רבות למת"ק ארז לצורך הארכת ההיתרים, עקב הגבלות התנועה. בעקבות המכתב 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/1-6/ע.

11. עד פברואר 2001 השתדלה העותרת ככל יכולתה לחדש את ההיתר, ומשפקע תוקף ההיתר יצאה את הרצועה יחד עם שני ילדיה ושבה לישראל. משביקשה, לאחר ביקור קצר, לחזור לביתה ברצועה במרץ 2001 נאמר לה, כי כניסתה מנועה עד שתספק מסמכים שונים (מסמכים המעידים על נישואיה ותרגומם לעברית). כמו כן הוטלו הגבלות כניסה לפי נוהל משפחות חצויות באותה עת. ביום 19.3.01 ביקש בא כוחה מהמוקד להגנת הפרט להסדיר את כניסתה. בעקבות מכתב זה הותרה כניסתה של העותרת ביום 17.4.01 לרצועה, היא קיבלה היתר לשלושה חודשים.

העתק המכתב מיום 19.3.01 מצורף ומסומן ע/7/ע.

12. עת שהייתה אמורה העותרת לחדש את היתר השהייה, היא אושפזה בבית החולים עקב סיבוכים בהריגה עם בנה השלישי, _____, אשר נולד ברצועת עזה ביום 16.10.01. לאור זאת לא חידשה את ההיתר בזמן.

13. 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/ע.

14. ביום 19.3.02 ביקשה העותרת לצאת מישראל. בשעה שהגיעה למחסום ארז נלקחה למשטרה והוחתמה על מסמך, ככל הנראה ערובה להתייצבותה בחקירה או במשפט על רקע אי חידוש ההיתרים. במהלך שהותה בישראל (אפריל 2002) בוטל לחלוטין נוהל משפחות חצויות. נשים אשר מצאו את עצמן באותה עת בישראל, כמו העותרת, שוב לא יכלו לחזור ליקריהן, נשים אשר שהו אותה עת ברצועה, שוב לא יכלו להאריך את היתריהן. המוקד פעל לביטול גזירה זו.

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

15. העותרת נפגעה אף היא מביטול הנוהל. ביום 5.5.02 ביקשה העותרת לחזור לביתה בעזה. היא הגיעה למחסום ארז אך לא נתנו לה להיכנס לרצועה והיא חזרה לירושלים. ביום 7.5.02 כתבה באת כוחה מהמוקד להגנת הפרט מכתב בעניין זה למנהלת מחלקת הבג"צים. ביום 12.5.02 נשלח מכתב תזכורת. ביום 15.5.02 נשלח מכתב בעניינה הספציפי

של העותרת ללשכת יועמ"ש רצועת עזה. באותו היום ניתן לעותרת היתר כניסה ושהייה לחודש ימים בלבד.

העתקי המכתבים מיום 7.5.02, 12.5.02 ו-15.5.02 מצורפים ומסומנים **ע/11-13**.

16. לאחר חזרתה שוב התקשתה העותרת לעמוד בדרישות המשיב עקב סיבוכים בהריגה עם בתה ____, אשר נולדה בעזה ביום 22.7.03.

17. באותה עת, קיץ 2003, שוב החליט המשיב לבטל את נוהל משפחות חצויות והופסק מתן ההיתרים. המוקד פעל להחזיר את הנוהל על כנו.

העתקי המכתבים בעניין זה מצורפים ומסומנים **ע/14-15**.

18. ביום 21.8.03 נפטרה אמה של העותרת. באותה עת, כאמור, היה מחסום ארז סגור למעבר ישראלים לגמרי. בזכות התערבות הצלב האדום נכנסה העותרת לישראל ללוויית אמה בירושלים יחד עם שניים מילדיה.

19. ביום 27.8.03 ביקשה העותרת לחזור בדחיפות לביתה ברצועה, שכן שנת הלימודים עמדה להתחיל. עקב הסגר המוחלט, לא נתאפשר לה לשוב לביתה. מדיניות הרשמית של המשיב הייתה, כי חרף הסגר יימשך נוהל משפחות חצויות כרגיל (מכתבו של עו"ד רויטמן ממחלקת הבג"צים מיום 13.8.03 - **ע/15**). למרות זאת, בפועל לא כיבדו את הנוהל ונשים, השייכות לאוכלוסיית המשפחות החצויות לא הוכנסו לרצועה.

20. ביום 31.8.03 כתבה באת כוחה של העותרת מהמוקד להגנת הפרט מכתב בעניינה לעו"ד רויטמן ממחלקת הבג"צים. ביום 7.9.03, לאחר שטרם הוסדרה כניסת העותרת לרצועה, כתבה באת כוחה מכתב נוסף. רק לאחר מכתבים אלו נכנסה לבסוף העותרת לרצועה ביום 14.9.03.

העתקי המכתבים מיום 31.8.03 ו-7.9.03 מצורפים ומסומנים **ע/16-17**.

21. 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/18-19**.

22. ביום 7.3.04 פג תוקף ההיתר האחרון שהיה לעותרת. העותרת ניסתה בכל מאודה לחדש את ההיתר. היא יצאה למחסום ארז אך עוכבה למספר שעות במחסום כפר דרום. לאחר שהותר לה לבסוף לעבור, נעצרה במחסום נוסף באזור צומת נצרים ושם מנעו את המשך מעברה והיא חזרה לביתה. למחרת היא הצליחה לעבור את כל המחסומים והגיעה לארז אך שם אמרו לה שיש סגר ושלא מחדשים היתרים. ביקשו ממנה לחזור לאחר 15 יום.

היא חזרה לאחר 15 יום אך עד אז כבר שונתה הפרוצדורה להארכת ההיתרים ולא נתנו לאף אחד להיכנס בלי תיאום דרך הרשות הפלסטינית. הפלסטינים ניסו לעזור לה אך הישראלים סרבו לקבלה. היא רצתה ללכת לבד למשרד ישראלים ולהסביר את מצבה אך הוזהרה כי יירו עליה.

23. 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/20-ע/21.

24. 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 חוסייני 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/22 ו-ע/23.

25. **מכל האמור עולה תמונת מצב עגומה, המסבירה כיצד הגיעה העותרת למצב של "הפרת צו אלוף". עם כל רצונה הטוב של העותרת, תנאי החיים ברצועה בארבע השנים האחרונות לא איפשרו לה לחדש באופן סדיר את היתרה.** בשל הקושי בהגעה למחסום ארז, הבעיות הרפואיות מהן סבלה, החשש כי שוב תתבקש לצאת לישראל ולא תוכל לחזור לביתה זמן רב ומטעמים נוספים – שינויי הנוהל התכופים, ביטולו מפעם לפעם, מצב הלחימה, החשש מאי חידוש ההיתר, חוסר ההתמצאות בנהלי המשיב, אי פרסומם הנהלים ושינוים, הסגר שהוטל והוסר לעיתים תכופות, חוסר ההתמצאות בסבך הבריורקרטית – בחרה העותרת, כמו אחרים במצבה, להישאר בחיק משפחתה ברצועה ללא היתר ולמלא אחר מחויבויותיה המוסריות והמשפטיות כלפי בן זוגה וילדיה.

26. ביום 1.8.04 החליטה העותרת לצאת מהרצועה ולהיכנס לישראל על מנת לבקר אצל משפחתה. היא לקחה עמה את ארבעת ילדיה (בתחילה לא הסכימו לאפשר את יציאת בנה הגדול בן ה-7 אולם בסופו של דבר נאמר לה כי הוא יוכל לצאת עמה לישראל אך שזו הפעם האחרונה, כי הוא כבר גדול מידי). בעת יציאתה ממחסום ארז נלקחה לתחנת המשטרה. היא נשאלה מדוע לא חידשה את ההיתרים בזמן. העותרת הסבירה כי המצב הביטחוני הקשה מנע ממנה להגיע לארז מידי חודש בחודשו. השוטרים אמרו לה שמבחינתם, גם שיש בעיות ביטחון היא חייבת להגיע לחדש את ההיתר, וכי בעיות הביטחון אינן מעניינם. השוטרים החתימו את העותרת על ערובה בסך 3,000 ₪.

27. בתום הביקור ביקשה העותרת לשוב למשפחתה ופנתה ל"משרד ישראלים" במת"ק ארז בבקשה להיתר כניסה לרצועה, על פי נוהל משפחות חצויות. משלא התקבלה תשובה, פנו נציגי המוקד בשמה וביום 7.9.04 נמסר לגב' אריאנה ברוך מהמוקד, בטלפון, כי הבקשה מסורבת מאחר שהעותרת "הפרה צו אלוף" בכך שלא חידשה את ההיתרים במשך חמשת החודשים שקדמו ליציאתה לישראל. ב"משרד ישראלים" תמיד נותנים תשובות בעל-פה ולא בכתב.

28. בעקבות דברים אלו פנה בא כוח העותרת מהמוקד להגנת הפרט ביום 9.9.04 במכתב ליועמ"ש עזה, סא"ל דויד בנימין. במכתב ביקש בא כוחה את התערבותו בהחזרתה של העותרת וארבעת ילדיה לחיק משפחתם. ב"כ העותרת עמד בקצרה על הקשיים הנסיבתיים, אשר בגינם לא יכלה העותרת לחדש את היתר השהייה. משמכתב זה לא נענה נשלחה תזכורת ביום 20.9.04.

העתקי המכתב ומכתב התזכורת מצורפים ומסומנים ע/24 ו-ע/25.

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

הטיעון המשפטי

טעם זר ופסול בהפעלת סמכותו של המשיב

30. 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 בדיון. 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.

31. המשיב כלל אינו מסתתר מאחורי אצטלה ביטחונית, המצדיקה כביכול נקיטת צעדי מנע מנהליים. **באופן מפורש נמסר לעותרת, כי הסיבה היחידה להרחקתה מהרצועה היא משום ש"הפרה צו אלוף".**

32. 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.

33. 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.

34. 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 הבטחון פ"ד נו(2) 509, 515 ; בג"צ 10089/02 אלטייב נ' מפקד כוחות צה"ל תק-על 2003(1), 578).

35. 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.

36. 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 ראשוניות במשטר דמוקרטי החרד לזכויות האזרח" (שם, עמ' 782).

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

38. 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

39. 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.

40. 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.

41. 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.

42. 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 זיווגו 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 פלוגי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד לב(3) 421, 432).

43. 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). ארבעת ילדיה הקטנים של העותרת, המצויים עמה,

העותרים 2-5, 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.

44. המשיב מעולם לא ביקש את התייחסותה של העותרת לכך שלא האריכה את אשרת השהייה שלה ברצועה. לו עשה זאת היה ודאי מבין את מצב הדברים הבלתי אפשרי בה עמדה העותרת עם פרוץ אירועי האלימות באזור, הכול כפי שמפורט בסעיפים 6-25 לעתירה זו.

45. בנוסף לקה המשיב באדישות שהפגין כלפי המשמעות ההומניטרית הקשה של החלטתו - ילדים, אשר הם תושבי השטח הנתון לתפיסתו, אינם יכולים לראות את אביהם תקופה ממושכת ואינם יכולים לחזור לביתם; 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"צ 794/98 עובייד ואח' נ' שר הבטחון פ"ד נה(5) 769, 774).

46. 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 אלוף" – נסיבות אשר למשיב חלק ניכר בהן. בחינת שלל הטעמים והשיקולים יש בו להביא למסקנה אחת - שיקול הדעת שהפעיל המשיב בבחינת בקשתה של העותרת חרג ממתחם הסבירות.

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 אלוף" שביצעה העותרת בעבר. שנית – 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 העותרים ושכר טרחת עו"ד.

13 באוקטובר, 2004

גיל גן-מור, עו"ד
ב"כ העותרים

ת.ש. 15617