

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ אלנקיב

ת.ז. \_\_\_\_\_, מלוד

2. \_\_\_\_\_ אלצבאג

ת.ז. \_\_\_\_\_, מח'אן יונס

תושב הרשות הפלסטינית

3. \_\_\_\_\_ אלצבאג

ת.ז. \_\_\_\_\_ קטין, באמצעות הוריו העותרים 1 ו-2

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

ע"י ב"כ עוה"ד עביר ג'ובראן (מ.ר. 44346) ו/או עידו בלום (מ.ר.

44538) ו/או יותם בן הלל (מ.ר. 35418) ו/או חוה מטרס-עירון

(מ.ר. 35174) ו/או סיגיי בן-ארי (מ.ר. 37566) ו/או ידין עילם

(מ.ר. 39475) ו/או אלון מרגלית (מ.ר. 35932)

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 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:

א. מדוע לא יאפשרו את יציאתה של העותרת 1 יחד עם בנה הפעוט, העותר 3, מישראל אל

רצועת עזה כדי לבקר את בן זוגה ואב בנה, העותר 2, המתגורר שם.

ב. ולחלופין, מדוע לא יערכו שימוע לעותרת 1 אודות מניעת יציאתה מישראל אל רצועת עזה;

ומדוע לא יוציאו לשם מניעת היציאה מישראל לרצועה צו מפורש וקצוב בזמן.

### בקשה לדיון דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה, **נוכח הנתק הכפוי על בני המשפחה מזה**

**כשנה.**

## התשתית העובדתית

### הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**) ילידת 1966, הינה אזרחית ישראל, תושבת העיר לוד.
2. העותר 2 (להלן: **העותר**) יליד 1968, הינו פלסטיני תושב הרשות הפלסטינית, המתגורר בח'אן יונס שברצועת עזה.
3. ביום 7.4.01 חתמו העותרים 1 ו-2 על חוזה נישואין בעיר לוד. ביום 29.8.02 נולד לבני הזוג בנם \_\_\_\_\_, העותר 3.  
העתק מחוזה הנישואין מצורף ומסומן ע/1.
4. העותרת 4 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה לזכויות אדם, שמושבה בירושלים, והעוסקת, בין היתר, בענייניהם של ישראלים המבקשים לבקר אצל קרובי משפחה בשטחי רצועת עזה.
5. המשיב 1, אלוף פיקוד דרום (להלן: **המשיב**) מוסמך לאשר כניסת ישראלים לשטחי רצועת עזה בכפוף להנחיות הביטחוניות של המשיב 2. בעבר החזיק בסמכות זו בהיותו הגורם הצבאי שפיקד מטעם ישראל על כוחות הצבא ברצועת עזה ובהתאם לצו צבאי, שקבע את שטחי הרשי"פ ברצועת עזה כשטח צבאי סגור. כיום הוא מפעיל את אותה סמכות בהתאם לפרשנותו לסעיף 24 לחוק ליישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005.
6. המשיב 2, שר הביטחון, הינו הגוף המוסמך לקבוע הנחיות ביטחוניות בכפוף למשפט החוקתי והמינהלי הישראליים ובאיזון עם משפט זכויות האדם.

### "נוהל משפחות חצויות"

7. על אזרחי ישראל ותושביה הנשואים לבני זוג מרצועת עזה, חל נוהל שנהוג לכנותו "נוהל משפחות חצויות". נוהל זה גובש באמצען של שנות התשעים, ולפיו בני זוג ממשפחות חצויות יכולים לשהות ברצועת עזה בכפוף לקבלת היתרי כניסה מתחדשים.

8. על הרציונל שמאחורי קיומו של הנוהל רב השנים ניתן ללמוד ממכתב יועמ"ש עזה למוקד להגנת הפרט מיום 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.

9. המשיב התחייב במסגרת בג"ץ 10043/03 אביגיאן נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, כי:

נוכח הרצון להתחשב, במידת האפשר, בצרכיהם של תושבי הרשות הפלסטינית, כמו ברצונם של אזרחי ותושבי ישראל לבקר את קרוביהם המתגוררים באזח"ע, מאפשר המשיב, אף בתקופת העימות המזוין, ובהעדר מניעה ביטחונית פרטנית, כניסתם לאזח"ע של קרובי משפחה מדרגה ראשונה המבקשים לבקר באזח"ע בשל קיומו של צורך הומניטרי חריג (חתונה, אירוסין, מחלה קשה, הלוויה וכיו"ב). כן מותרת, בהעדר מניעה פרטנית, כניסתם לאזח"ע של ישראלים הנשואים לאדם המתגורר באזח"ע.

העתק מתגובת המשיב בבג"ץ 10043/03 מיום 27.8.04 מצורף ומסומן ע/3.

10. 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.

## האפשרות להיכנס לרצועת עזה לאור האירועים האחרונים

11. בעקבות התפרצות האירועים ברצועת עזה 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).
12. בחלוף הזמן, שבו המשיבים ופתחו את מחסום ארז למעבר. אף על פי שבשלב הראשון התאפשר ככלל המעבר באופן מצומצם ביותר (מקרים רפואיים, זרים שנלכדו ברצועה וכד'), אפשרו המשיבים כבר מהרגע הראשון את מעברם של בני-זוג ממשפחות חצויות, לרבות כניסה ויציאה של בני זוג ממשפחות חצויות וחידוש היתרי שהייתם ברצועה.

## ביקוריה הקודמים של העותרת ברצועה

13. בשנת 2001 נישאו בני הזוג, העותרים 1 ו-2 בעיר לוד. החל משנת 2003 - עקב אי חידוש היתר השהייה של העותר בישראל - החלה העותרת לבקר את בעלה יחד עם בנה ברצועה.
14. העותרת נהגה לבקר ברצועה ולשהות שם באמצעות היתרי שהייה מתחדשים, וזאת בהתאם לנוהל "משפחות חצויות".
15. בשנת 2006 הגישה העותרת בקשה לאיחוד משפחות עבור בעלה, אך בקשתה סורבה. בשל הסיור לבקשה ובשל חוק הכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, הדרך היחידה שנותרת לעותרת ובנה על מנת להתאחד עם אבי המשפחה, ולממש את זכותם לחיי משפחה, הינה לבקר את אבי המשפחה ברצועה.
16. הביקור האחרון של העותרת יחד עם בנה, העותר 3, ברצועה, נערך בסוף נובמבר 2006. העותרת קיבלה היתר שהייה ברצועה, התקף לחודש ימים. לפני פקיעת תוקף ההיתר, כהרגלה, פנתה העותרת אל מחסום ארז וביקשה לחדש את ההיתר. פקידים ממשדד ישראלים הודיעו לה כי בהתאם לנוהל, היא חייבת לשלוח בקשה באמצעות פקס אל משרד ישראלים (האחראי על הנפקת היתרים) במחסום ארז, והאחרון יטפל בבקשתה וייצור איתה קשר לצורך תיאום מועד לחידוש ההיתר בצד הישראלי במחסום ארז.
17. העותרת שלחה שתי בקשות באמצעות פקס אל משרד ישראלים, אך מעולם לא קיבלה תשובה כלשהי. לבסוף יצרה העותרת, מיוזמתה, קשר טלפני עם משרד ישראלים, וחייל בשם נדב מסר לה כי בקשתה עדיין בטיפול וכי "אין לה מה לדאוג". נדב הרגיע את מרשתי באומר כי גם אם יפוג תוקפו של היתר השהייה שלה, לא יגרום הדבר לבעיה כלשהי.
18. בשל העיכוב הרב בטיפול בפנייתה של העותרת, היות ועברו כ-20 ימים מאז פג תוקף ההיתר בו החזיקה והיות וההבטחות של משרד ישראלים באשר לזימונה הקרוב לצורך חידוש היתר שהייתה לא התממשו, החליטה העותרת לעזוב את הרצועה ולצאת לישראל, יחד עם בנה.

19. מאז חודש מאי ועד חודש ספטמבר השנה, שלחה העותרת מספר פקסים אל משרד ישראלים, וביקשה להיכנס לרצועה יחד עם בנה, העותר 3, לצורך ביקור אצל בעלה השוהה שם, אותו לא ראתה מזה מספר חודשים.

20. העותרת המשיכה לעקוב ולברר עם משרד ישראלים אודות בקשותיה, ותמיד נענתה כי פנייתה בטיפול.

21. ביום 13.9.07 שיגרה מרשתי את הפקס האחרון אל משרד ישראלים, ובו שוב ביקשה להיכנס אל רצועת עזה. מבירור מול חיילת שם נמסר לעותרת כי בקשתה סורבה מסיבה ביטחונית.

22. העותרת ביקשה לקבל פרטים אודות אותו סירוב ביטחוני, אך החיילת טענה כי לא מופיעים אצלה נימוקים או הסברים לסירוב.

23. יצוין, כי בחודש ספטמבר השנה קיבלה העותרת שיחת טלפון מחייל בשם אבי ממשרד ישראלים, שבה הודיע לה כי היא חייבת לעזוב את הרצועה היות ופג תוקפו של היתר השהייה שלה. העותרת הודיעה לאבי ממשרד ישראלים, כי היא אינה נמצאת ברצועה, אותה עזבה לפני מספר חודשים, וכי היא מנסה כיום לתאם את חזרתה לשם.

24. מבירור טלפוני של נציג המוקד להגנת הפרט, ביום 17.9.07 עם משרד ישראלים, נמסר כי בקשתה של העותרת אכן סורבה "ביטחונית".

25. ביום 15.10.07 פנה נציג המוקד להגנת הפרט, מר שגב, אל משרד ישראלים במנהלת התיאום והקישור במחסום ארז, וביקש להנפיק לעותרת היתר כניסה ושהייה ברצועה.

העתק מהמכתב מיום 15.10.07 מצורף ומסומן ע/4.

26. ביום 28.10.07 התקבל במשרד המוקד להגנת הפרט מכתב ממשרד התיאום והקישור במחסום ארז, לפיו הוחלט כי "לא תותר יציאה מישראל לשהייה ברצועת עזה מהסיבות הבאות: "התנגדות ביטחונית".

העתק מהמכתב מיום 28.10.07 מצורף ומסומן ע/5.

## הטיעון המשפטי

### **מבוא**

27. בני זוג ישראלים הנשואים לפלסטינים תושבי השטחים, אינם יכולים להיכנס להליך של איחוד משפחות בישראל, וזאת בשל חוק הכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003.
28. האופציה היחידה שנשארה בפני אותם זוגות הינה לחיות בשטחים הכבושים או שכן הזוג הישראלי יחלק את חייו בין ישראל לבין השטחים.
29. לאחרונה החל המוקד להגנת הפרט לקבל יותר ויותר סירובים לבקשות בני זוג ממשפחות חצויות אשר מבקשים להתאחד עם בני זוגם הפלסטינים המתגוררים ברצועה.
30. הסירוב הינו לרוב בשל מניעה ביטחונית, שלא בהכרח קשורה לאחד מבני הזוג באופן ישיר. מניעת המפגש בין בני הזוג הנה ללא צו ואינה קצובה בזמן, דבר שהופך את מניעת המפגש בין בני הזוג לפגיעה מוחלטת בזכותם לחיי משפחה, ובזכויותיהם להורות וכבוד.
31. כיום לא קיים הליך שימוע או הליך מינהלי בדבר מניעת המפגש בין בני הזוג, זאת על אף הפגיעה המוחלטת והחמורה בזכות לחיי משפחה.

## הפגיעה בזכויותיהם של העותרים

### הזכות לחופש התנועה

32. 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:

- סעי' 6 (א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; 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.

33. 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.

34. המשיבים פוגעים פגיעה קשה בחופש התנועה של העותר, בכך שהם מונעים ממנו להיכנס לרצועת עזה ולפגוש את אשתו ובנו הפעוט. הפגיעה בחופש התנועה משמעה בענייננו פגיעה קשה ביותר במרקם חיי המשפחה של העותרים.

35. פסיקת בית-המשפט העליון הדגישה כי גם כאשר קיימת **מניעה ביטחונית כנגד אדם מסוים**, והכוונה למניעה אישית שקשורה אליו באופן ספציפי ולא לקרוביו, עדיין על הרשות המוסמכת לקיים את נוסחת האיזון בין הפגיעה בזכויות הפרט לבין שיקולי הביטחון, והחשש צריך להיות "חשש כן ורציני" מפני פגיעה בביטחון כתנאי ראשוני ובסיסי ללגיטימציה של הפגיעה בזכויות הפרט, על כל ההשלכות שנובעות מאותן פגיעות:

בחינת מידת הלגיטימיות שבפגיעה בזכות החוקתית נסב על מידתיות הפגיעה, ועל השאלה האם הפגיעה אינה עולה על הנדרש. בנסיבות של התנגשות בין זכות התנועה של הפרט לבין ביטחון הציבור, מימד הבחינה הראשון נסב על השאלה האם, מלכתחילה, מדובר בסיכון ביטחוני בעל אופי המצדיק הגבלת חופש כלשהי; שהרי לא כל חשש ביטחוני, יהא אשר יהא, יצדיק פגיעה בזכות חוקתית של הפרט. בענין זה השתרשה נוסחת איזון הנשענת על קיומו של "חשש כן ורציני" לפגיעה בביטחון כתנאי ראשוני ללגיטימיות של פגיעה בזכות הפרט.

...

בבחינת מידתיות הפגיעה בזכות הפרט יש לייחס משקל, בראש וראשונה, לעוצמתם היחסית של הערכים המתחרים, ולמשקלם היחסי זה מול זה. נוסחת האיזון ודרך מימושה מושפעת מטיבם של הערכים המתחרים (פרשות דיין, שם, עמ' 475; דאהר, עמ' 708; עירית בית לחם, שם, פסקה 16). (בג"צ 6358/05 מרדכי ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף יאיר נווה ואח', תק-על 12006(1), 320, 326).

36. המשיבים לא שקלו בצורה נכונה, ככל הנראה, את כלל השיקולים הרלוונטיים, במיוחד לאור החקיקה הישראלית בעניין איחוד משפחות, שאינה משאירה חלופות או אפשרויות אחרות לשם ריכוך הפגיעה בזכותה של העותרת ובעלה לחיי משפחה ולכבוד.

### **פגיעה מוחלטת בזכות לחיי משפחה, מניעת המפגש לצמיתות בין העותרת לבעלה נוכח החקיקה הישראלית**

37. הזכות לחיי משפחה, הכוללת את הזכות של הורים וילדים, סבים ונכדים ואחים לשמור על קשריהם המשפחתיים, היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. כנגד זכות זו מוטלת על המשיב החובה לכבד את התא המשפחתי.

38. תקנה 46 לתקנות האג, המהווה דין בינ"ל מנהגי, קובעת:

**יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומנהגי הפולחן.**  
וכבר נפסק כי:

**ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות.** (בג"צ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 728, 787).

ר' עוד: 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; סעיף 27 לאמנת גינבה הרביעית.

39. בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים, ובמיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין **עדאלה** (בג"צ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים, תק-על 2006(2), 1754).

כך, למשל, כותב הנשיא ברק, בסעיף 25 לפסק דינו:

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.

40. הזכות לשמירה על מרקם חיי המשפחה קיימת גם (ואולי במיוחד) כאשר אחד ההורים גר בנפרד. כך, למשל, מטיל סעיף 9(3) לאמנה בדבר זכויות הילד חובה לכבד את זכות הילד שחי בנפרד מהורהו לשמור על "יחסים אישיים ומגע ישיר עם שני ההורים על בסיס סדיר".

41. גם בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע כי הקשר בין ההורים לילדיהם הקטינים, הכולל במונח "חיי משפחה", אינו נפסק גם כאשר בני הזוג אינם גרים יחדיו מסיבה כלשהי:

**From the moment of the child's birth and by the very fact of it, there exists between him and his parents a bond amounting to 'family life', even if the parents are not then living together.**  
(Berrehab v. the Netherlands 138 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 14 (1998)).

וראו גם: יובל מרין, "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בינלאומי ומקומי", זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל (יורם רבין ויובל שני, עורכים) רמות, תשס"ה (2004), 663.

42. נוכח החלטת הממשלה 1813 וחקיקת חוק הכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, נקבעה מדיניות חדשה, לפיה נשללה זכותם של בני הזוג הישראלים הנשואים לפלסטינים תושבי השטחים, לאיחוד משפחות.

43. יחד עם זאת, וכפי שהובהר על ידי הנשיא (בדימוס) ברק, אין בחוק האזרחות כדי לפגוע בחופש הבחירה של בן הזוג הישראלי להינשא עם פלסטיני תושב השטחים. וכי קיימת עדיין האופציה של הבן הזוג הישראלי לחיות או לבקר את בן זוגו בשטחים. וכדבריו:



כבוד האדם כזכות חוקתית משתרעת על זכותו של ישראלי להקים תא משפחתי ולממשו בישראל. האם חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכות זו? **בוודאי שחוק האזרחות והכניסה לישראל אינו מונע מבן זוג ישראלי להינשא לבן זוגו מהאזור. החופש להינשא נשמר.** זאת ועוד: לרוב אין מונעים מבן הזוג הישראלי לעבור לאזור ("כל אדם חפשי לצאת מישראל": סעיף 6(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). בכך הוא רשאי, כמובן, לממש את זכותו לקיום התא המשפחתי מחוץ לישראל. אני מניח - בלא שנמסרו לנו לעניין זה כל פרטים - כי במרבית המקרים יקבל בן הזוג הישראלי היתר מהמפקד הצבאי להיכנס לאזור. אשר לרשויות הפלסטיניות, לא נמסר לנו כי הן מערימות קשיים בעניין זה. נמצא, כי השאלה העיקרית הניצבת בפנינו היא שאלת המימוש של חיי התא המשפחתי בישראל. (בג"צ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הפנים ואח', תק-על 2006(2), 1754 עמ' 1778). (ההדגשה שלי ע.ג.).

44. **לאחרונה** מגיעות לפתח בית המשפט הנכבד יותר ויותר עתירות שעוסקות בעניין מניעת המפגש בין ישראלים לבין בני זוגם הפלסטינים המתגוררים בשטחים, אשר בהתאם לחוק האזרחות והכניסה לישראל נשללה אפשרותם לקבלת איחוד משפחות בישראל.

**כתוצאה מהמניעה, נשללות מאותם בני זוג - ובאופן מוחלט - זכויותיהם לחיי משפחה, לכבוד, לחופש תנועה ולהורות.**

ההחלטה על מניעת המפגש במקרה זה, בדומה למקרים אחרים, מתבצעת ללא שימוע, ובדרך כלל בטענה שקיים חומר ביטחוני חסוי שמונע קיום המפגש.

החומר הביטחוני פעמים רבות אינו קשור ישירות לאחד מבני הזוג, אלא לקרובי משפחה או מכרים אשר מכירים אנשים שקשורים לפעילים מסוימים.

חמור מכך, מניעת המפגש בין בני הזוג והקפאת הזכות לחיי משפחה אינה קצובה בזמן, ויכולה להימשך לנצח. דבר שמשמעותו פירוק ואף חיסול התא המשפחתי.

45. יש לציין, וכדברי כבוד השופט ברק, כי זכותו של בן הזוג הישראלי לבקר או לחיות יחד עם בן הזוג הפלסטיני בשטחים, נובעת מסעיף 6(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היינו מזכותו לצאת את ישראל. הגבלת זכות זו חייבת להיות בהתבסס על מידע ישיר נגד בן הזוג הישראלי (ראו פסקה 35 לעיל).

46. מהאמור לעיל ניתן לומר באופן חד משמעי, כי הדרך היחידה העומדת כיום לבני זוג, שאחד מהם מחזיק בתעודת זהות ישראלית והאחר הינו תושב הרשות הפלסטינית המתגורר ברצועה, הינה לחיות ברצועה.

47. מניעת כניסתה של העותרת לרצועה, הינה המסמר האחרון בארון הקבורה של הזכות לחיי משפחה בין העותרת לבעלה. כיום אין בפני העותרת ובעלה כל דרך לקיים את זכותם לחיי משפחה - הבעל אינו יכול להיכנס לישראל ואילו העותרת מנועה מלהיכנס לרצועה. הפגיעה כאן בתא המשפחתי הינה מהותית ומוחלטת.

48. המשיבים לא בחנו בהחלטתם, ככל הנראה, את עומק הפגיעה בזכותם של העותרת ובעלה לחיי משפחה, פגיעה שאינה מידתית או מוגבלת בזמן. וחמור מכול, לעותרת לא נמסר מהי מהות המניעה הביטחונית שהוטלה בעניינה.

49. המשיבים פוגעים קשות בזכותם של העותרים לחיי משפחה בכך שהם מנתקים את בני המשפחה זה מזה – אישה מבעלה ואב מבנו הקטן.

### **הזכות לשימוע**

50. זכות הטיעון או השימוע עומדת לכל מי שמעמדו עלול להיפגע כתוצאה מהחלטת רשות מינהלית. לעותרים 1-3 לא ניתנה הזכות להשמיע את דבריהם, הם לא הוזמנו לחקירה כלשהי, ואף לא הוצא נגד העותרת צו עיכוב יציאה מהארץ.

51. המשיבים פוגעים בצורה קשה ובוטה בזכותם של העותרים 1-3 לחיי משפחה; תוך התעלמות מוחלטת מזכותם להשמיע את דבריהם אודות אותה מניעה ביטחונית.

52. זכות השימוע הינה זכות חשובה בהליך קבלת ההחלטות על ידי רשות מנהלית, במיוחד לאלו שזכותם עלולה להיפגע או שתיפגע כתוצאה מאותה החלטה מינהלית.

**זכות יסוד של האדם בישראל היא, כי רשות ציבורית, הפוגעת במעמדו של אדם, לא תעשה כן, בטרם תעניק לאותו אדם את ההזדמנות להשמיע את דעתו. לעניין זכות יסוד זו, אין נפקא מינה, אם הרשות הציבורית פועלת מכוח חיקוק או מכוח הנחיה פנימית או מכוח הסכם. אין גם כל חשיבות לשאלה, אם הסמכות המופעלת היא שיפוטית, כעין שיפוטית או מינהלית, ואם שיקול הדעת, הניתן לאותה רשות, הוא רחב או צר. בכל מקרה, בו רשות ציבורית מבקשת לשנות את מעמדו של אדם, עליה לפעול כלפיו בהגינות, וחובה זו מטילה על הרשות את החובה להעניק לאותו אדם את ההזדמנות להשמיע את דעתו. (בג"צ 654/78, ריבה גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד לה(2) 649, עמ' 654-655).**

53. עד עצם היום הזה, אין לעותרים שמץ של מידע באשר לסיבת המניעה הביטחונית, וכתוצאה מהאיום של פרידה כפויה וממושכת, בני המשפחה נמצאים במצב של אי ודאות וחששות כבדים.

### **אי עמידה במבחן המידתיות**

54. החלטת המשיבים פוגעת באופן מוחלט בזכותם של העותרים לחיי משפחה. ונשאלת השאלה, האם החלטת המשיבים, לרבות המשיב 1, עומדת במבחן המידתיות.

55. בעניין בית סוריק, נקבע כי:

**"עקרון המידתיות קובע כי החלטה של רשות מינהלית היא כדין רק אם האמצעי השלטוני אשר ננקט לשם הגשמתה של התכלית השלטונית הוא במידה הראויה. העיקרון של מידתיות מתרכז אפוא ביחס בין המטרה שמבקשים להגשים לבין האמצעים הננקטים להגשמתה ... נקבעו שלושה מבחני משנה עקרוניים, המעניקים תוכן קונקרטי לעקרון**

**המידתיות ... מבחן המשנה הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת צריך להיות גזור להשגת המטרה אשר הרשות המינהלית מבקשת להשיגה. האמצעי שנקט המינהל צריך להוביל באופן רציונלי להגשמתה של המטרה. זהו מבחן האמצעי המתאים או האמצעי הרציונלי. מבחן המשנה השני קובע כי האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. מבין מגוון האמצעים שניתן לנקוט להגשמת המטרה יש לנקוט אותו אמצעי שפגיעתו פחותה. זהו מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. מבחן המשנה השלישי קובע כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת להגשמת מטרתה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא. זה מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות 'במובן הצר'). ... רק אם שלושת מבחני משנה אלה מתקיימים ניתן לומר כי האמצעי שנקט על-ידי הרשות השלטונית בהגשמת מטרתו הוא מידתי". (בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 839-840).**

56. המשיבים אינם עומדים במבחן המידתיות, כך שלא ברור מה הסיכון שבכניסת העותרת לרצועה, במיוחד לאור כך שבמחסום ארז הותקנו מכונות שיקוף ואמצעים מתקדמים לבדיקת העוברים ושבים. הוסף על כך, המשיבים נוקטים באמצעי הקשה ביותר, לצורך מניעת המפגש בין העותרים 1 ו-3 לבין אבי המשפחה, העותר 2, לתקופה לא מוגבלת.

## לסיכום

57. נדמה כי בעתירה זו אין צורך להרבות בדברים לעניין זכותה של העותרת לבקר את בעלה יחד עם בנה, העותר 3, ולהיות בקרבתו, ולעניין זכותו של העותר לקרבתם של זוגתו ובנו הקטן. מדובר במקרה הנופל באופן מובהק בגדר הקריטריונים אותם קבעו המשיבים לכניסת ישראלים לרצועת עזה.

לאור האמור, מתבקש בית המשפט להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת המשיבים לעשותו למוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט לפסוק לטובת העותרים הוצאות ושכ"ט עו"ד.

3 בדצמבר, 2007

עביר ג'ובראן, עו"ד

ב"כ העותרים

[ת.ש. 52469]