

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ אבו קוידר  
ת.ז. \_\_\_\_\_, מנבטים
2. \_\_\_\_\_ סלים  
ת.ז. \_\_\_\_\_, תושב הרשות הפלסטינית
3. 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 סיגי 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 מישראל אל רצועת עזה כדי לבקר את בן זוגה, העותר 2, המתגורר שם.
- ב. ולחלופין, מדוע לא יערכו שימוע לעותרת 1 אודות מניעת יציאתה מישראל אל רצועת עזה; ומדוע לא יקצבו בזמן את תקופת מניעת יציאתה מישראל לרצועה.

### בקשה לדיון דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה, נוכח הנתק הכפוי על בני הזוג, העותרים 1 ו-2, זה למעלה משנה.

## התשתית העובדתית

### הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**) ילידת 1978, הינה אזרחית ישראל, תושבת נבטים הסמוכה לבאר שבע.
2. העותר 2 (להלן: **העותר**) יליד 1980, הינו פלסטיני תושב הרשות הפלסטינית, המתגורר בח'אן יונס שברצועת עזה.
3. ביום 20.9.02 נחתם חוזה הנישואין בין העותרים 1-2.  
העתק מחוזה הנישואין מצורף ומסומן ע/1.
4. העותרת 3 (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 הרש"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" והקפאת נוהל איחוד משפחות בישראל

7. בני זוג ישראלים הנשואים לפלסטינים תושבי השטחים, אינם יכולים להיכנס להליך של איחוד משפחות בישראל, וזאת בשל חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003.
8. האופציה היחידה שנותרה בפני אותם זוגות הינה לחיות בשטחים הכבושים או שבן הזוג הישראלי יחלק את חייו בין ישראל לבין השטחים. יש לציין כי קיומה של אפשרות זו עמד בבסיס טענתה של המדינה בפני בית המשפט, במסגרת העתירה בעניין חוקיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל, כי החוק האמור מידתי וחוקתי, שכן אינו "מאייץ" את הזכות לחיי משפחה באופן מוחלט, אלא מגביל אותה בלבד. עוד על כך בהמשך.

9. 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.

10. 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.

11. 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.

12. 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.

13. לאחרונה החל המוקד להגנת הפרט לקבל יותר ויותר סירובים לבקשות בני זוג ממשפחות חצויות אשר מבקשים להתאחד עם בני זוגם הפלסטינים המתגוררים ברצועה.

כך למשל ביום 3.12.07 הוגשה עתירה שעוסקת באותו עניין (בג"ץ 10292/07) - אזרחית המדינה, ממשפחה חצויה, אשר כניסתה לרצועה לא הותרה בשל מניעה ביטחונית, זאת מבלי לערוך לה שימוע, ומבלי להסביר לה אודות המניעה הביטחונית.

14. הסירוב הינו לרוב בשל מניעה ביטחונית, שלא בהכרח קשורה לאחד מבני הזוג באופן ישיר. מניעת המפגש בין בני הזוג הינה ללא צו ואינה קצובה בזמן, דבר שהופך את מניעת המפגש בין בני הזוג לפגיעה מוחלטת בזכותם לחיי משפחה, ובזכויותיהם להורות ולכבוד.

15. כיום לא קיים הליך שימוע או הליך מינהלי בדבר מניעת המפגש בין בני הזוג, זאת על אף הפגיעה המוחלטת והחמורה בזכות לחיי משפחה.

## האפשרות להיכנס לרצועת עזה לאור האירועים האחרונים

16. 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).

17. 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

18. בשנת 2002 נישאו בני הזוג, העותרים 1 ו-2. בעקבות הקפאת ההליך של איחוד משפחות - בהתאם לחוק הכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 - האופציה היחידה שנשארה בפני העותרים 1 ו-2 על מנת לממש את זכותם לחיי משפחה הינה ביקורים של העותרת ברצועה בהתאם לנוהל משפחות חצויות. מאז מחלקת העותרת את חייה בין בן זוגה ברצועה לבין משפחתה בישראל.

19. העותרת נהגה לבקר ברצועה ולשהות שם באמצעות היתרי שהייה מתחדשים, וזאת בהתאם לנוהל "משפחות חצויות".

20. על המבקש לחדש את היתר שהייתו ברצועה לשגר פקס אל משרד ישראלים ואז להמתין לתשובה. מניסיונו היומיומי של המוקד להגנת הפרט, לא תמיד יש בידי משרד הישראלים תשובה או מידע אודות המועד לחידוש היתר עת מגיע מועד פקיעת ההיתר הקיים, אי לכך נאלצות נשים רבות ממשפחות חצויות להמתין מספר שבועות ברצועה ללא היתר בתוקף.

21. בחודש נובמבר 2006 פקע תוקף ההיתר בו החזיקה העותרת 1. אולם, ימים לפני פקיעת ההיתר, שיגרה העותרת כהרגלה בקשה בפקס אל משרד ישראלים לחידושו.

22. העותרת הקפידה לעקוב אחרי בקשתה ולטלפן אל משרד ישראלים על מנת להתעדכן במצב הטיפול, וחיילים במשרד ישראלים בדרך כלל השיבו לה כי בקשתה עודנה בטיפול. בחודש ינואר 2007 הודיע חייל במשרד ישראלים לעותרת, כי יש הנחיה חדשה במת"ק, לפיה על כל מי שמבקשת לחדש את היתר שהייתה להיכנס לרצועה, להציג תעודת מעבר בתוקף או דרכון ישראלי, ועל כן על העותרת להציג דרכון תקף לצורך המשך הטיפול בפנייתה.

23. היות והיה מדובר בהנחיה חדשה, והיות והעותרת לא החזיקה בדרכון ישראלי תקף באותה עת, פנתה בחודש ינואר 2007 למחסום ארז על מנת להיכנס אל ישראל ולקבל דרכון. שוטר במחסום ארז חקר אותה על התקופה בה שהתה ללא היתר בתוקף. העותרת הסבירה לשוטר

כי היא הגישה בקשה לחידוש היתר שהייתה ברצועה, וכי תמיד נמסר לה כי עניינה בטיפול, ורק כשידעה על ההתניה החדשה בעניין הצגת הדרכון כתנאי לחידוש היתר, פנתה לצאת מהרצועה כדי לקבל דרכון ישראלי. השוטר במחסום ארז שיחרר אותה והתיר לה להיכנס לישראל, והודיע לה כי אם לא תציג דרכון ישראלי, לא תוכל להיכנס שוב לרצועה.

24. העותרת יצאה אל באר שבע, שם הונפק לה דרכון ישראלי. העותרת כהרגלה שיגרה פקס אל משרד ישראלים וביקשה לתאם את כניסתה לרצועה. בתשובה נמסר לה ממשרד ישראלים כי הינה מנועת כניסה לרצועה מטעמי ביטחון. העותרת לא קיבלה פירוט כלשהו אודות המניעה הביטחונית.

25. יצוין, כי לאחר התכתבויות של המוקד להגנת הפרט מול ראש מת"ק עזה, משרד הפנים, אלוף פיקוד דרום ומתאם הפעולות בשטחים, בוטלה ההנחיה בדבר הצגת דרכונים ישראלים או תעודת מעבר לצורך כניסה לרצועה ושהייה בה.

העתק מכתב המוקד מיום 1.2.07 לדוברת משרד הפנים מצורף ומסומן ע/4;  
העתק מכתב המוקד מיום 1.2.07 לרמת"ק עזה מצורף ומסומן ע/5;  
העתק מכתב המוקד מיום 11.2.07 למתאם הפעולות בשטחים מצורף ומסומן ע/6;  
העתק מכתב מפקדת פיקוד הדרום מיום 19.2.07 בעניין ביטול ההנחיה מצורף ומסומן ע/7.

26. העותרת המשיכה לשגר בקשות אל משרד ישראלים ותמיד קיבלה תשובה אודות סירוב ביטחוני. העותרת פנתה אל עו"ד נוואף קוידר ושיגרה באמצעותו מספר בקשות, אלא שהתשובה נותרה בעינה, בשל טענה בדבר מניעה ביטחונית.

27. ביום 28.11.07 פנה המוקד אל משרד ישראלים, וביקש להנפיק לעותרת 1 היתר שהייה ברצועה, על מנת שתוכל לחזור לחייה הנורמאליים ולבקר את בעלה המתגורר שם.

העתק מהמכתב מיום 28.11.07 מצורף ומסומן ע/8.

28. ביום 5.12.07 התקבל במשרד המוקד מכתב ממשרד ישראלים – מנהלת התיאום והקישור במחסום ארז, לפיו "לא תותר יציאה [של העותרת] מישראל לשהייה ברצועת עזה מהסיבות הבאות: **התנגדות ביטחונית**".

העתק מהמכתב מיום 5.12.07 מצורף ומסומן ע/9.

29. ביום 2.1.08 שיגרה הח"מ מכתב אל משטרת גבולות וביקשה לדעת האם קיים כנגד העותרת צו עיכוב יציאה מהארץ. מבירור טלפוני מול משטרת גבולות נמסר על פה כי אין כנגד העותרת צו עיכוב יציאה מהארץ.

העתק מהמכתב מיום 2.1.08 אל משטרת גבולות מצורף ומסומן ע/10.

## הטיעון המשפטי

### הפגיעה בזכויותיהם של העותרים

#### הזכות לחופש התנועה

30. 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:

סע' 6 (א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלון פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, פסקה 10 (2006); בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם ואח' נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, פסקה 15 (2005); בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האיזורי, תק-על 1994(1) 1139, 1147 (1994).

31. 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 המיוחסת לזכות לחופש התנועה.

32. המשיבים פוגעים פגיעה קשה בחופש התנועה של העותרת, בכך שהם מונעים ממנה להיכנס לרצועת עזה ולפגוש את בעלה. הפגיעה בחופש התנועה משמעה בענייננו פגיעה קשה ביותר במרקם חיי המשפחה של העותרים.

33. 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 לגליטימציה 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 לגליטימיות 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 דין, 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 2006(1), 320, 326 (2006)).

34. 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**

35. 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.

36. 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 (1999)).

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 ג'נבה הרביעית.

37. 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), 754 (2006)).

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 ובחיה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם.

38. הזכות לשמירה על מרקם חיי המשפחה קיימת גם (ואולי במיוחד) כאשר אחד ההורים גר בנפרד.

39. 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.

40. יחד עם זאת, וכפי שהובהר על ידי הנשיא (בדימוס) ברק, הנחת היסוד הייתה כי אין בחוק האזרחות כדי לפגוע בחופש הבחירה של בן הזוג הישראלי להינשא עם פלסטיני תושב השטחים ולחיות יחד איתו בשטחים או לבקרו שם. 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 (בג"צ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הפנים ואח', תק-על 2006(2), 1754 עמ' 1778 (2006)). (ההדגשה שלי ע.ג.).

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

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

42. 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).

43. 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 יחדיו – או לכל הפחות להפגש - ברצועה.



44. 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.

45. 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 בעניינה.

46. המשיבים פוגעים קשות בזכותם של העותרים לחיי משפחה בכך שהם מנתקים את בני המשפחה, בני זוג, זה מזה.

### הזכות לשימוע

47. זכות הטיעון או השימוע עומדת לכל מי שמעמדו עלול להיפגע כתוצאה מהחלטת רשות מינהלית. לעותרים 1-2 לא ניתנה הזכות להשמיע את דבריהם, הם לא הוזמנו לחקירה כלשהי, ואף לא הוצא נגד העותרת צו עיכוב יציאה מהארץ.

48. המשיבים פוגעים בצורה קשה ובוטה בזכותם של העותרים 1-2 לחיי משפחה, תוך התעלמות מוחלטת מזכותם להשמיע את דבריהם אודות אותה מניעה ביטחונית.

49. זכות השימוע הינה זכות חשובה בהליך קבלת ההחלטות על ידי רשות מינהלית, 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 (1979)).

50. 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

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

52. 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 מטרותיה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא. זה מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות 'במובן הצר'). ... רק אם שלושת המבחנים משנה אלה מתקיימים ניתן לומר כי האמצעי שנקט על-ידי הרשות השלטונית בהגשמת מטרותיו הוא מידתי. (בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 839–840 (2004)).

53. המשיבים אינם עומדים במבחן המידתיות. לא ברור מה הסיכון שבכניסת העותרת לרצועה, במיוחד לאור זאת 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-2, לתקופה בלתי מוגבלת.

## לסיכום

54. נדמה כי בעתירה זו אין צורך להרבות בדברים לעניין זכותה של העותרת לבקר את בן זוגה ולהיות בקרבתו, ולעניין זכותו של העותר לקרבתה של זוגתו. מדובר במקרה הנופל באופן מובהק בגדר הקריטריונים אותם קבעו המשיבים לכניסת ישראלים לרצועת עזה.

בית המשפט הנכבד מתבקש את ייפוי הכוח של העותר 2 אשר ניתן בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין באת כוחו.

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.

7 בינואר, 2008

עביר ג'ובראן, עו"ד

ב"כ העותרים

[ת.ש. 53044]