

1. ז חוסייני, ת"ז
2. מ חוסייני, ת"ז
3. , ת"ז , קטין (יליד 12.12.96)
4. , ת"ז , קטינה (ילידת 25.2.00)
5. , ת"ז , קטין (יליד 14.6.01)
6. , ת"ז , קטין (יליד 14.6.01)
העותרים מס' 3-6 באמצעות אמם, העותרת מס' 1
7. ד"ר א עאשור, ת"ז
8. ס עאשור, ת"ז
9. , ת"ז , קטינה (ילידת 5.8.86)
10. , ת"ז , קטינה (ילידת 30.9.88)
11. , ת"ז , קטין (יליד 17.8.90)
12. , ת"ז , קטינה (ילידת 24.7.94)
13. , ת"ז , קטין (יליד 19.12.96)
העותרים מס' 9-13 באמצעות אביהם, העותר מס' 7
14. ג מערוף, ת.ז.
15. נ יאגי, ת.ז.
16. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל (ע"ר)
17. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר)
ע"י עוה"ד יוסי וולפסון (מ.ר. 26174) ו/או מנאל חזאן ו/או לינה אבו-מוך
זועבי ו/או עדי לנדאו ו/או שירין בטשון ו/או חוה מטרס-עירון
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
וע"י עוה"ד ארנה כהן ו/או חסן ג'בארין ו/או מרואן דלאל ו/או סוהאד בשארה
ו/או גדיר ניקולא ו/או מוראד אל-סאנע ו/או עביר בכר
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
שכתובתם למסירת כתבי בי-דין בעתירה זו :
המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר,
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים 97200
טל': 6283555-02, פקס: 6276317-02

העותרים

- נגד -

אלוף פיקוד דרום

ע"י פרקליטות המדינה
מרח' סלאח א-דין 29 ירושלים,
טל' 6466590-02 פקס' 6466655-02

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המופנה אל המשיב והמורה לו לנמק:

- א. מדוע לא יתיר לעותרים מסי' 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14 ו-15, ולאזרחי ותושבי ישראל שלהם בני זוג ו/או ילדים המתגוררים בעזה, להיכנס לעזה לצורך ביקור בני זוגם ו/או ילדיהם וזאת ללא התניה על התקופה בה עליהם לשהות בעזה בלא לחזור לישראל;
- ב. מדוע לא יוכרז על בטלותה ו/או על ביטולה של ההוראה המתנה מתן ו/או הארכת תוקף היתר להיכנס לעזה לאזרח/תושב ישראל, לצורך ביקור אצל בן זוגו ו/או ילדיו, בהתחייבות לשהות בעזה שלושה חודשים רצופים, במהלכם לא ישוב לישראל.

בקשה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו ביניים המורה למשיב שלא להתנות מתן היתר כניסה לעזה לצורך ביקור משפחות לאזרח/תושב ישראל בהתחייבות לשהות בעזה שלושה חודשים רצופים ולא לשוב במהלכם לישראל, וזאת מהנימוקים הבאים:

- א. טעמיה של בקשה זו, הינם הטעמים המפורטים בעתירה, ובמיוחד על מנת למנוע פגיעה בלתי הפיכה כתוצאה מהפרדת אזרחי ותושבי ישראל ממשפחותיהם, ובכלל זה מבני/ות זוגם ו/או מילדיהם הקטינים.
- ב. הוצאת הצו לא תגרום נזקים כלשהם למשיב ו/או לכל צד שלישי, ואולם אי הוצאתו תגרום לנזקים חמורים ביותר ובלתי הפיכים לעותרים ולאחרים במצבם.
- ג. העתירה, על כל נספחיה, מהווה חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

בקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על קיום דיון דחוף בעתירה וזאת בשל הפגיעה הקשה ביותר של ההוראה נשוא העתירה בזכויות היסוד החוקתיות של העותרים.

ואלה נימוקי העתירה:

הרקע העובדתי

מבוא

1. עניינה של עתירה זו בהוראה שניתנה ע"י המשיב, המתייחסת לבני המשפחות החצויות, קרי אזרחי ותושבי ישראל הנשואים לתושבי רצועת עזה.
2. ההוראה מתנה הארכת היתר כניסה לעזה של בני המשפחות החצויות השוהים כעת בעזה, בהתחייבות לשהות בעזה שלושה חודשים רצופים ולא לשוב במהלכם לישראל.
3. ההוראה מונעת מבני המשפחות החצויות השוהים כעת בישראל, מלקבל היתר שיאפשר להם להיכנס לעזה על מנת לשהות עם משפחתם ולשוב לישראל.
4. על פי כתבה שפורסמה בעיתון "הארץ" ביום 5.5.04, מפי קצין הכפוף למשיב, הוראה זו ניתנה על מנת לצמצם את השימוש במחסום ארז. היות והמשיב לא השיב על פניות ב"כ העותרים, כפי שיפורט להלן, נאלצים העותרים להניח כי דברי הקצין עליהם דווח בכתבה משקפים את טעמי ההוראה.
רצ"ב העתק הכתבה, כנספח ע/1.
5. ההוראה נשוא העתירה מפלה לרעה באופן בוטה ביותר את תושבי ואזרחי ישראל, הנשואים לתושבי רצועת עזה ו/או שהינם הורים או ילדים של תושבי עזה, בכל הקשור לזכויותיהם החוקתיות לחיי משפחה, לכבוד, לשוויון ולפרטיות.
6. ההוראה נשוא העתירה הינה בלתי סבירה באופן קיצוני ביותר, תכליתה אינה ראויה, הינה גורפת ובלתי מידתית.
7. הוראה זו פוגעת הלכה למעשה, בעיקר בערבים אזרחי ישראל ותושבי קבע בה, שכן כידוע הם אלו אשר נישאים לפלסטינים תושבי רצועת עזה. יודגש, כי ההוראה אינה חלה על אזרחי ותושבי ישראל המבקשים להיכנס לרצועת עזה על מנת לבקר בהתנחלויות. על כן, ועל פי המבחן התוצאתי, המדובר באפליה על בסיס לאום אשר מגיעה כדי פגיעה בכבוד האדם.
8. הפגיעה בנסיבות העניין הינה קשה ביותר. היא חוצה משפחות, מפרידה בין הורים לילדים קטינים ובין איש לאשתו. היא כופה על בני משפחות אלו בחירות אכזריות ובלתי אנושיות.

המצב שקדם להוראה נשוא העתירה

9. כידוע, בין מקצת מאזרחי ותושבי ישראל הערבים לבין תושבי עזה קיימת קרבת משפחה מדרגה ראשונה ובכלל זה בני זוג והורים וילדיהם.
10. החל משנת 1994 אסר המשיב כניסת ישראלים לשטח רצועת עזה, למעט להתנחלויות או באמצעות היתרים מיוחדים. ההיתרים ניתנו על-ידי המשיב במקרים חריגים ועל-פי קריטריונים שמעולם לא פורסמו, ונעשו צרים יותר ויותר עם השנים. מדיניות המשיב בעניין זה ניתנת ללימוד אך ורק על-פי הניסיון המצטבר, שכן המשיב נמנע מפרסום ברבים של הקריטריונים המנחים אותו ואף אינו נותן תשובות כתובות או מנומקות כאשר הוא מסרב ליתן היתר.
11. מזה תקופה ארוכה הנהיג המשיב מדיניות פסולה בכל מה שנוגע לכניסת ישראלים לרצועת עזה. לגבי כל מי שאינו כלול בקטגוריה של "משפחה חצויה" (כלומר בן-זוג של תושב הרצועה או ילדו הקטין) כמעט שלא ניתנים היתרים. רק כאשר קרוב משפחה מדרגה ראשונה מצוי במצב רפואי קריטי, שמגובה במסמך רפואי עדכני, ניתן לקבל היתר, או לצורך לוויה או חתונה של קרוב משפחה מדרגה ראשונה. גם במצבים אלו אין מתירים, ככלל, כניסת קרוב מדרגה שנייה (כגון, נכד של התושב החולה או אשתו של אותו קרוב מדרגה ראשונה שהותר לו להגיע ללוויה). במקרים בודדים הצליח המוקד להגנת הפרט להסדיר כניסת בני משפחה גם לאירועים משפחתיים מיוחדים נוספים. עניין מדיניות זו תלוי ועומד בפני בית-המשפט הנכבד בגדרן של העתירות בג"ץ 10034/03 ובג"ץ 1034/04.
12. חריג אחד עקבי היה למדיניות בתוך מדיניות נוקשה זו: מאז סגירת הרצועה ועד היום הקפיד המשיב לאפשר את חיי המשפחה של בני זוג וילדיהם. המשיב לא הגביל את כניסתם לעזה של תושבי ואזרחי ישראל הנשואים לתושבי/ות עזה, ונוהל הטיפול בהם, המכונה ע"י עובדי המשיב "נוהל משפחות חצויות", המשיך להיות מופעל למעט הפסקות קצרות מעת לעת, וגם בתקופות של מתח קשה. נוהל המשפחות החצויות היה בבחינת שמורת טבע של הומאניות יחסית. אכן, גם בני המשפחות החצויות נתקלו באינספור קשיים למימוש הזכאות להיכנס לרצועת עזה ואולם העיקרון לפיו יש לאפשר לבני המשפחות החצויות לקיים חיי משפחה נשמר לאורך השנים.
13. כעת פוגע המשיב גם בחלקת אלוהים קטנה זו של אלו שכל רצונם הוא להמשיך בשגרת חייהם הקשה ממילא, בהציבו בפניהם את הברירה האכזרית בין משפחתם לארצם, בין פירוד לבין טרנספר. מאז תחילת אפריל 2004 ועד היום, למעט מספר ימים, הנוהל שאיפשר את החיים המשותפים של המשפחות בוטל הלכה למעשה. באמצע מאי 2004 חודשה הפעלת הנוהל, ליומיים, ושוב בוטלה. גם באותם שני ימים בודדים בהם חודשה הפעלת הנוהל, הותנתה כניסתם של אזרחי ותושבי ישראל לרצועה בחתימה על התחייבות שלא לצאת את הרצועה במשך שלושה חודשים תמימים. נכון ליום כתיבת שורות אלו, אין כניסה של אזרחי ותושבי ישראל לרצועת עזה, גם אם מדובר במי שיש להם בני-זוג וילדים קטינים ברצועה. הארכת היתרים של מי ששוהים ברצועה מתאפשרת, ככל הנראה, מפעם לפעם, אך רק בכפוף להתחייבות שלא לצאת מהרצועה במשך שלושה חודשים רצופים.

העותרים

העותרים מס' 1-6

14. העותרת מס' 1 הינה אזרחית ישראל ותושבת חיפה. העותרת מס' 1 נישאה בשנת 1995 לעותר מס' 2, שהינו תושב עזה. לבני הזוג נולדו במהלך שנות נישואיהם 4 ילדים שהינם כולם אזרחי ישראל, הם העותרים מס' 3-6. העותרת הינה מדריכת טיולים במקצועה והינה כיום עקרת בית.

15. בקשתה של העותרת מס' 1 ליתן מעמד בישראל לבעלה, אשר הוגשה סמוך לאחר נישואיהם סורבה על ידי משרד הפנים. אי לכך העותרת מס' 1 וילדיה מתגוררים עם אבי המשפחה בעזה חלק ניכר מהזמן ובמקצתו שוהים בחיפה בבית משפחתה של העותרת מס' 1. יצוין, כי אביה של העותרת מס' 1 נפטר ואמה האלמנה הסובלת מבעיות בריאותיות, מתגוררת עם אחותה הרווקה של העותרת מס' 1 בחיפה. שלושה אחים נשואים של העותרת מס' 1 מתגוררים עם משפחותיהם בחיפה. לעותרת מס' 1 קשרים חמים וקרובים עם משפחתה וקשרים חברתיים בחיפה בה היא גדלה והתחנכה עד שנישאה בגיל 25.

16. שהייתם של העותרת מס' 1 וילדיה העותרים מס' 3-6 בעזה היו מכוח היתר כניסה לעזה, אותה היתה העותרת מס' 1 מקבלת במת"ק ארז. ההיתר ניתן לתקופה של חודש ימים, וניתן לחידוש.

17. בשבוע אשר קדם ליום 10.5.04, המועד בו עתיד היה ההיתר לפקוע, פנתה העותרת מס' 1 וביקשה להאריך את תוקפו. קצין בשם עאמר, מפקד "משרד ישראלים" במת"ק ארז, הודיע לה כי אין מחדשים כעת היתרים וכי עליה להמתין בעזה להודעה על חידוש הטיפול בעניין.

18. ביום 11.5.04 הודיעו מהמת"ק לעותרת מס' 1, כי עליה להגיע בדחיפות על מנת לחדש את ההיתר. משהגיעה למקום נדרשה לחתום על התחייבות שלא תיכנס לישראל במשך שלושה חודשים.

19. העותרת מס' 1 שוחחה עם הקצין עאמר אשר הסביר לה, כי אם לא תחתום על ההתחייבות לא ניתן יהיה להנפיק לה היתר והיא לא תוכל לשוב לעזה. היא ביקשה לשלוח באמצעות פקס את ההתחייבות עליה נדרשה לחתום לעורכת דינה, על מנת לקבל יעוץ משפטי, קודם שתחליט באם לחתום על ההתחייבות ואולם בקשתה סורבה. העותרת מס' 1 הקריאה את נוסח ההתחייבות טלפונית לעורכת דינה בזו הלשון:

הנדון: בקשה להיתר כניסה לרצועת עזה בני זוג ישראלים
על פי הצו בדבר סגירת האזור (רצועת עזה וצפון סיני) מס' 144
משנת התשכ"ח-1968
אני הח"מ (שם ומשפחה) נושאת ת"ז שמספרה _____
מצהיר ומתחייב בזאת כדלקמן:
הנני אזרח ישראלי/תושב ישראל.
הנני מבקש בזאת היתר כניסה לשטחי המועצה הפלסטינית באזור
חבל עזה (להלן: האזור) החל מיום _____ ועד ליום _____

לשם מגורים עם בן/בת זוגי (שם מרובע) _____
ת"ז _____, תושב/ת האזור, ועם יתר בני משפחתי
המתגוררים באזור.
ידוע לי כי על רקע המצב הבטחוני מתן היתר כניסה לאזור מותנה
בשהייתי באזור לתקופה שלא תפחת משלושה חודשים מיום
כניסתי לאזור.
ידוע לי ואני מסכים/מסכימה לכך שהתחייבותי זו מהווה תנאי
לכך שיותר לי להיכנס לאזור לשם מגורים עם בן/בת זוגי ובני
משפחתי ואלמלא התחייבות זו לא היתה מותרת כניסתי לאזור
למטרה האמורה.
ידוע לי כי יציאתי את האזור וכניסתי לישראל לפני תום שלושה
חודשים מיום כניסתי לאזור עלולות להביא לכך שלא תותר כניסתי
לאזור בשנית למטרה האמורה.
נמסר לי כי במקרה חירום שיחייבני לצאת את האזור לישראל
קודם לתום התקופה האמורה עלי לפנות באופן מיידי בכתב ובצרוף
המסמכים הרלבנטים אל משרד ישראלים במת"ק ארז בטלפון 08
-6741478 ופקס 08-6892552 על מנת לפרט את הנימוקים
המחייבים את יציאתי מהאזור חרף התחייבותי זו.
למען הסר ספק הובהר לי כי אין בעצם הפניה כאמור כדי לפטור
אותי מהתחייבותי זו.
אני מצהירה כי זהו שמי וזו חתימתי.

20. היות וילדי העותרת מס' 1 שהו באותה העת עם אביהם בעזה, היא נאלצה לחתום על ההתחייבות
על מנת לשוב לעזה. משביקשה להוסיף, לצד חתימתה, מספר מלים בדבר נסיבות החתימה הדבר
נאסר עליה ע"י הקצין כאמר. אף בקשתה לקבל העתק מההתחייבות עליה חתמה סורבה ע"י
הקצין כאמר.

21. העותרת מס' 1 קיבלה היתר שתוקפו לשלושה חודשים עד ליום 11.8.04.

22. ביום 12.5.04 פנתה העותרת מס' 16 בעניין העותרים מס' 1-6 אל סא"ל דיויד בנימין, היועץ
המשפטי של המשיב והבהירה כי להתחייבות עליה אולצה העותרת מס' 1 לחתום אין כל תוקף
חוקי.

רצ"ב העתק המכתב, כנספח ע/2.

23. אילוזה של העותרת מס' 1 לחתום על ההתחייבות שלא תיכנס לישראל במשך שלושה חודשים
כתנאי לחידוש היתר השהייה שלה בעזה משמעה ניתוקה הכפוי ממשפחת המוצא שלה, מחבריה
ושינוי מכלול שגרת החיים שלה ושל ילדיה הנוהגת מאז נישואיה.

בשולי הדברים יצוין, כי בשל נסיבות העניין כפי שפורטו לעיל, לא עלה בידי העותרת מס'
1 לחתום על תצהיר בפני עו"ד, ואי-לכך מוגש תצהירה בלא אימות חתימה. כך אף באשר
לייפויי הכוח של העותרים 1 ו-2.

העותרים מס' 7-13

24. העותר מס' 7 הינו אזרח ישראל, שהינו במקור תושב חיפה, המתגורר מזה שנים רבות בבאר שבע שם הוא עובד כרופא מרדים בבית חולים בבאר שבע.
25. העותר מס' 7 נישא בשנת 1983 לעותרת מס' 8, שהינה תושבת עזה. לבני הזוג נולדו במהלך שנות נישואיהם 5 ילדים שהינם כולם אזרחי ישראל, הם העותרים מס' 9-13.
26. בקשתו של העותר מס' 7 ליתן מעמד בישראל לעותרת מס' 8, אשר הוגשה לפני כשבע שנים, עודה תלויה ועומדת בפני משרד הפנים. העותרת מס' 8 וילדיהם של בני הזוג, העותרים מס' 9-13, מתגוררים בעזה.
27. מאחר והעותרת מס' 8 לא קיבלה מזה תקופה ארוכה היתר כניסה לישראל, המשפחה מתאחדת רק בעת ביקורי העותר מס' 7 בעזה.
28. העותר מס' 7 נוהג להגיע לעזה על מנת לבקר את משפחתו מעת לעת, וזאת בהתאם ליכולתו לרכוש מספר ימי חופש מעבודתו בבית החולים. בדרך כלל הוא נוסע לעזה למספר ימים מדי שבועיים או שלושה, שוהה עם אשתו וילדיו מספר ימים ואז שב לישראל ולעבודתו בבאר שבע.
29. ביקוריו של העותר מס' 7 בעזה הותנו בשנים האחרונות בקבלת היתר כניסה לעזה ממת"ק ארז, הפועל על פי הנחיות המשיב, ולאחרונה התקשה העותר מס' 7 יותר ויותר בקבלת היתר והדבר היה כרוך בהמתנה ובטרדה רבה.
30. הביקור האחרון של העותר מס' 7 אצל משפחתו בעזה התקיים בימים 19-21.2.04 ומאז לא ראה העותר מס' 7 את אשתו וילדיו, היות ומאז חודש מרץ 2004, על אף פניותיו החוזרות ונשנות, לא הצליח לקבל היתר כניסה לעזה.
31. ביום 2.5.04, עת פנה העותר מס' 7 פעם נוספת למת"ק על מנת להסדיר את כניסתו לעזה, כדי לבקר את אשתו וילדיו, הופתע העותר מס' 7 לשמוע, כי גם בעתיד, עת ישובו להנפיק היתרי כניסה לעזה, הרי שכל היתר כניסה לעזה לצורך ביקור משפחות יותנה בכך שהאזרח ישהה בעזה למשך שלושה חודשים רצופים.
32. ביום 5.5.04 פנתה העותרת מס' 16 בעניינם של העותרים מס' 7-13 אל סא"ל דיויד בנימין, היועץ המשפטי של המשיב לאזור עזה, וביקשה כי יורה על מתן היתר כניסה לעזה לעותר מס' 7 לצורך ביקור משפחתו, וזאת ללא הגבלה על זכותו לחזור לישראל.

רצ"ב העתק המכתב כנספח ע/3.

33. עד למועד הגשת עתירה זו לא נענה המכתב.

34. מניעת כניסתו של העותר מס' 7 לעזה משמעה ניתוקו הכפוי מאשתו ומילדיו הקטינים. אף אם המשיב יאפשר לו בעתיד להיכנס לעזה על פי ההסדר הקבוע בהוראה החדשה, הרי שבשל התנאי הכלול בה, של שהייה רצופה של שלושה חודשים בעזה, יהיה עליו לוותר על משרתו בבית החולים, על עיסוקו במקצועו כרופא מרדים, על שגרת חייו הנוהגת מזה שנים רבות, בתמורה ליכולתו לראות את משפחתו.

העותרת מס' 14

35. העותרת מס' 14, הינה אזרחית ישראלית. היא נישאה בשנת 1986 לא מערוף, תושב חאן יונס. העותרת מס' 14 הינה עקרת בית, ובן זוגה נגר.

36. לעותרת מס' 14 ולבן זוגה עשרה ילדים: בן 16 ולומד בישראל. האחרים צעירים יותר, ואלו מהם שהם בגיל בית-ספר לומדים ברצועת עזה. הצעירים שבילדים, ו הם תאומים בני שלוש. כל הילדים אזרחי ישראל.

37. מזה מספר שנים שהותם של העותרת מס' 14 וילדיה עם בן-זוגה בחאן יונס מוסדרת באמצעות היתרי כניסה לעזה מטעם המשיב. ההיתרים ניתנו לה תחילה לתקופה של חודש אחד בכל פעם, ולאחר מכן לתקופה של שלושה חודשים. ניתן היה להאריך את ההיתרים גם במחסום ארז עצמו. ההיתרים ניתנו תמיד כסדרם.

38. בתאריך 15.5.2004 יצאה העותרת מס' 14 מרצועת עזה עם תשעת ילדיה. היא היתה צריכה לטפל במספר עניינים הנוגעים לבנה הבכור הלומד בישראל.

39. בתאריך 17.5.2004 פנתה העותרת מס' 14 בעצמה למשרד ישראלים במת"ק ארז, אך נמסר לה שלא תוכל להיכנס לרצועת עזה.

40. בו ביום פנתה העותרת מס' 17 ליועץ המשפטי של המשיב בבקשה לאפשר את כניסתה לרצועת עזה ללא התניית הכניסה בהתחייבות לשהות ברצועה משך שלושה חודשים. במכתב הודגשה זכותה וחובתה המשפטית של העותרת להיכנס לישראל בכל עת שהדבר נחוץ לצורך הדאגה לענייניו של בנה הקטין. זכות וחובה אלו, שהם טבעיים באופיים, מעוגנים גם בחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, תשכ"ב-1962, ובסעיפים שונים בחוק העונשין, תשל"ז-1977.

רצ"ב המכתב כנספח ע/4.

41. עד למועד הגשת עתירה זו לא זכה המכתב לכל מענה.

העותרת מס' 15

42. העותרת מס' 15 היא תושבת ירושלים, ילידת 1966. בשנת 1992 היא נישאה לתושב רצועת עזה, ע יאגי.

לעותרת מס' 15 ולבן זוגה שישה ילדים, הרשומים במרשם האוכלוסין של רצועת עזה. בנה הבכור הוא בן 11. הצעירים, ו, הם תאומים בני שנתיים.

העותרת מס' 15 עובדת בפרויקט של ממשלת קנדה, ומרכזת את הפרויקט ברצועת עזה. מדובר בפרויקט לקידומו של נשים בחברה הפלסטינית, לרבות הכשרה מקצועית, העצמה ושינוי עמדות ביחס למעמד האישה בחברה.

43. העותרת מס' 15 נישאה בגיל 26, ויש לה מארג רחב של קשרים חברתיים בירושלים. אביה ואמה הם בשנות הששים לחייהם. אביה חולני. יש לו סכרת ושורה ארוכה של בעיות בריאות שקשורות לכך. יש לו בעיות ראייה. הוא עבר ניתוח בשל בעיית לב. בנוסף יש לה גם 7 אחים ואחיות בירושלים. גם במסגרת עבודתה צריכה העותרת להגיע לא פעם לסדנאות ולמפגשים מחוץ לרצועה.

44. בימים אלו מצויה העותרת מס' 15 בירושלים עם שני תינוקיה הצעירים (לשאר הילדים אין המשיב מאפשר להיכנס איתה לישראל). עליה להיכנס לרצועת עזה.

45. הקשיים הפרוצדורליים שהנהיג המשיב בנוגע לאפשרות הכניסה לרצועת עזה כבר הביאו לצמצום כניסותיה של העותרת לישראל: לעולם אין לדעת כמה זמן ייקח למשיב לאשר את הכניסה לרצועה. עם זאת, הצרכים של העותרת (לבקר את משפחתה, לרבות אביה שמצבו לא יציב; להתראות עם חבריה ולהגיע למפגשי עבודה וסדנאות) אינם יכולים ליפול במסגרת הסד של כניסה אחת לישראל כל שלושה חודשים.

46. בתאריך 24.5.2004 פנה ב"כ העותרים ללשכת היועמ"ש של המשיב, בבקשה לאפשר את כניסת העותרת 15 לרצועה, ללא התניית ההיתר בהתחייבות שלא תשוב לישראל לתקופה כלשהי.

רצ"ב המכתב כנספח ע/5.

47. עד למועד הגשת העתירה לא זכה המכתב לכל מענה.

העותרת 16

48. העותרת מס' 16 הינה עמותה לזכויות אדם, הרשומה כדין בישראל, אשר נוסדה בנובמבר 1996 כמרכז משפטי עצמאי הפועל לקידום זכויות האדם בכלל והמיעוט הערבי בפרט. מטרתה המרכזיות הינן השגת זכויות שוות, והגנה על הזכויות הקולקטיביות של המיעוט הערבי במדינת

ישראל בתחומים שונים ובהם: זכויות בקרקע, זכויות אזרחיות, זכויות פוליטיות, זכויות תרבותיות, זכויות חברתיות, זכויות כלכליות, זכויות דתיות, זכויות נשים וזכויות אסירים.

העותרת מס' 17

49. העותרת מס' 17 (להלן: "המוקד להגנת הפרט") הינה עמותה לזכויות אדם, הרשומה כדין בישראל ומושבה בירושלים, העוסקת, בין היתר, בענייניהם של ישראלים המבקשים לבקר קרובי משפחה בשטחי רצועת עזה.

פניות אל המשיב

פניות העותרת מס' 17

50. בתאריך 4.4.2004 נודע למוקד להגנת הפרט לראשונה על ביטולו של נוהל המשפחות החצויות. בו ביום פנה ב"כ העותרים לפרקליטות המדינה בדרישה לחדש את הנוהל באופן מיידי.

רצ"ב המכתב כנספח ע/6.

51. בתאריך 5.4.2004 השיב היועץ המשפטי של המשיב, כי "לא התקבלה החלטה על ביטול הנוהל האמור אלא על השהייתו הזמנית בלבד לאור הנסיבות הבטחוניות של העת הזו. הצורך בהמשך השהייתו של הנוהל ייבחן מחדש בימים הקרובים".

רצ"ב העתק המכתב כנספח ע/7.

52. בתאריך 13.5.2004 נמסר למוקד להגנת הפרט טלפונית, כי הנוהל חודש. הודעה כתובה לא ניתנה, והדבר אף לא פורסם ברבים על-ידי המשיב. חידוש הנוהל החזיק מעמד לא יותר מאשר עד סוף אותו השבוע.

53. בתאריך 18.4.2004, בעקבות ההתנקשות בד"ר רנתיסי ובעקבות פיגוע במחסום ארז, נמסר למוקד להגנת הפרט, כי לא יהיה מעבר כלשהו במחסום ארז, ובכלל זה בוטל נוהל המשפחות החצויות. כרגיל, נמסר המידע על-פה בלבד.

54. בתאריך 22.4.2004 פנתה העותרת מס' 17 אל פרקליטות המדינה ודרשה לחדש באופן מיידי את התנועה דרך מחסום ארז ולחדש את נוהל המשפחות החצויות. בפניה הודגש, כי בעיות במערכת הבידוק אינן מצדיקות השבתה של המחסום, ממש כשם שאותן בעיות לא הביאו להשבתת כל שגרת החיים בישראל – שאותם אמצעי בידוק משמשים בה להגנת כל מעברי הגבול והמוסדות השונים.

רצ"ב המכתב כנספח ע/8.

55. פרקליטות המדינה העבירה את הטיפול בפנייה ליועץ המשפטי של המשיב, וביקשה את טיפולו בדחיפות תוך מתן תשובה ישירות לפונה.

רצ"ב המכתב כנספח ע/9.

56. יודגש, כי מאוחר יותר מסר סגן היועץ המשפטי של המשיב לב"כ העותרים טלפונית, כי מתקני הבידוק במחסום ארז שופרו כדי לפתור את הבעיה שהתגלתה בהם.

57. בתאריך 2.5.2004 נמסר למוקד להגנת הפרט לראשונה על ההוראה, לפיה תושבי ואזרחי ישראל הנשואים לתושבי עזה יוכלו להיכנס לרצועה רק אם יתחייבו שלא לשוב לישראל משך שלושה חודשים. ההודעה נמסרה, כרגיל, במסגרת שיחה טלפונית שיזם המוקד להגנת הפרט עם מפקד "משרד ישראלים" במת"ק ארז.

בו ביום פנתה העותרת מס' 17 במכתבים אל פרקליטות המדינה ואל היועץ המשפטי של המשיב. במכתב לפרקליטות המדינה נדרש חידושו של נוהל המשפחות החזויות ללא ההתניה הבלתי-חוקית לשהייה כפויה ברצועה במשך שלושה חודשים. במכתב ליועץ המשפטי של המשיב הודיעה העותרת מס' 17 על עמדתה, לפיה התחייבות של ישראלית שלא להיכנס לישראל משך שלושה חודשים איננה חוקית והיא בטלה ומבוטלת וחסרת כל תוקף משפטי, וכי:

"ההתחייבות עליה אתם מבקשים להחתיים את הנשים, משמעה ויתור על זכויות אדם קוגנטיות, שאינן ניתנות להתניה... האופי הטורנספריסטי של הדרישה מעמיד אותה בסתירה עמוקה לא רק לחוק הישראלי אלא גם לתקנת הציבור בישראל".

רצ"ב המכתבים כנספחים ע/10 ו-ע/11.

58. עד ליום 10.5.2004 לערך לא הופעל הנוהל, ולא הותרה כניסתם לרצועת עזה של תושבי ואזרחי ישראל הנשואים לתושבי הרצועה. מהמידע שבידי העותרות עולה, שב-10.5.2004 לערך החל המשיב להפעיל את הנוהל המאפשר כניסה לרצועה תוך התנייתה בהתחייבות שלא לצאת את הרצועה במשך שלושה חודשים. הנוהל הופעל גם בתאריך 11.5.2004.

59. בתאריך 12.5.2004 נמסר למוקד להגנת הפרט טלפונית שהנוהל שוב הושעה בעקבות תקרית צבאית שהתחוללה ברצועה בה נהרגו שישה חיילים ישראלים. מאז אין המשיב מאפשר כניסה כלשהי (מותנית או בלתי-מותנית) של תושבי ואזרחי ישראל הנשואים לתושבי רצועת עזה. בחלק מהתקופה, למיטב ידיעתם של העותרים, טופלו בקשות של מי שנמצאות ברצועה לחידוש ההיתרים שבידיהן.

60. תשובות למכתביה של העותרת מס' 17 (נספחים ע/8-ע/11) לא התקבלו עד שעת כתיבת שורות אלו. גם הבקשות (בעל-פה ובכתב) לקבל את נוסח ההתחייבות שניסח המשיב לא נענו.

פניות העותרת מס' 16

61. לעותרת מס' 16 נודע לראשונה ביום 5.5.04 על הוראת המשיב, נשוא העתירה. בו ביום פנתה העותרת מס' 16 במכתב דחוף ליועץ המשפטי של המשיב בו דרשה את ביטולה המיידית של ההוראה ואת התערבותו למען יותר לאזרחי ישראל ותושביה לבקר את משפחתם ברצועת עזה בלא הגבלות על זכותם לשוב לישראל. במכתב היא התריעה על חוסר החוקתיות של ההוראה, ועל חומרת פגיעתה בזכויות יסוד של אזרחי ישראל הנשואים לתושבי רצועת עזה. כמו כן ביקשה לקבל העתק של ההוראה.

רצ"ב העתק המכתב כנספח ע/12.

62. באותו היום פנתה העותרת מס' 16 במכתב נוסף אל היועץ המשפטי של המשיב בעניינם של העותרים מס' 7-13.

ראו נספח ע/3 לעיל.

63. בין הימים 6.5.04 וה-11.5.04 פנתה העותרת מס' 16 טלפונית מספר רב של פעמים אל משרדו של היועץ המשפטי של המשיב, על מנת לברר מה עלה בגורל פניותיה. עוזרו של היועץ המשפטי ענה, טלפונית, כי הנושא עדיין בטיפול, כי ההוראה טרם נכנסה לתוקף וכי ההוראה עודה בעיצומו של תהליך התייעצות.

64. לאחר שנודע לה על ישום ההוראה ביום 12.5.04, פנתה העותרת מס' 16 במכתב תזכורת, בו הפנתה אף אל עניינם של העותרים מס' 1-6. במכתב זה התריעה בין היתר, כי להתחייבות עליו הוחתמה העותרת מס' 1 אין כל תוקף חוקי.

ראו נספח ע/2 לעיל.

65. תשובות למכתביה של העותרת מס' 16 (נספחים ע/2, ע/3 ו-ע/12) לא התקבלו עד שעת כתיבת שורות אלו. גם הבקשות (בעל-פה ובכתב) לקבל את נוסח ההתחייבות שניסח המשיב לא נענו.

הנה כי כן הוראתו של המשיב נוהגת היא בפועל, בניגוד לטענת עוזרי המשיב, ופוגעת פגיעה אנושה בעותרים, ובשאר בני המשפחות החצויות, ללא כל הצדקה עניינית.

הטיעון המשפטי

מבוא

66. עניינה של עתירה זו בהוראה מפלה, שרירותית, גורפת, נעדרת קריטריונים, בלתי סבירה ובלתי מידתית אשר מפירה באופן חמור ביותר את זכויות היסוד החוקתיות של העותרים מס' 1-15 לחיי משפחה, לכבוד ולשוויון, המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובמשפט הבינלאומי; את זכותם החוקתית של העותרים מס' 1, 3-6, 7, 9-13, 14 ו-15 להיכנס לישראל; וכן את הוראות המשפט ההומניטרי החל על המשיב בהקשר לעותרים מס' 2 ו-8.

ההוראה מפירה את הזכות להיכנס לישראל

67. זכותו של אדם להיכנס למדינת נתינותו היא זכות יסוד. היא עומדת בבסיס המשטר המדיני המודרני - בבסיס חלוקתו של העולם למדינות שלכל אדם צריך שתהיה זיקה למי מהן. הזיקה בין אדם למדינת נתינותו היא הבסיס עליו מושתתות שורה ארוכה של זכויות יסודיות, ויכולתו של אדם להיכנס למדינת נתינותו היא תנאי מעשי למימושן.

68. הזכות של כל אדם להיכנס למדינת נתינותו מעוגנת בסעיף 12(4) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות:

"לא תישלל באורח שרירותי מאיש הזכות להיכנס לארצו הוא".

המשפט הבינלאומי מתיר למדינות לגרש משטחן זרים – אך אוסר עליהן לגרש משטחן את אזרחיהן ותושביהן ומחייבן לקבל אותם ולאפשר להם להיכנס לשטחן בכל עת.

לעניין זה ראו את הסקירה המפורטת של השופט ח' כהן בבג"ץ 698/80 קוואסמה ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לה(1) 617, 639-647.

69. זכותו של נתין המדינה לשהות בתוכה מעוגנת בסעיף 6(ב) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואם תאמר שיש לפרש את הסעיף פרשנות צרה, שאינה חלה על תושבי קבע של המדינה, הרי שזכותם של אלו מעוגנת בחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952.

70. הפגיעה בזכות יסוד זו תיתכן רק על-פי סמכות מפורשת בחוק, לתכלית ראויה ובהתאם למבחן המידתיות. הוראת המשיב לא עומדת אף באחד מתנאים אלו.

71. קריאת נוסח ההתחייבות (המובאת כלשונה בפסקה 19 לעיל) שהוכנה ע"י המשיב ואשר אותה ניסה להסתיר מפני העותרות מס' 16 ו-17, מלמדת שהמשיב מודע היטב לאי-חוקיות שבתנאי שהציב וכי הוא ניסה להסוותה ולהכשירה באמצעות להטוטנות לשונית ומשפטית. המשיב כביכול איננו אוסר על תושבי ואזרחי ישראל הנשואים לתושבי עזה להיכנס לישראל, אלא "רק" מאלצם

להתחייב שלא לעשות כן, תוך הבהרה שאם ינצלו את זכותם זו, הם עתידים לאבד את האפשרות להתראות עם בני זוגם וילדיהם. על כך נאמר בהקשר אחר:

"השאלה, אם החלטה של רשות מהווה פגיעה בחופש העיסוק, צריכה להיבחן באופן מהותי ולא פורמאלי. פגיעה בחופש העיסוק אינה מתרחשת רק כאשר רשות מגבילה ישירות את הזכות לעסוק בכל עבודה או משלח-יד, למשל על-ידי הטלת איסור על העיסוק או דרישת רישיון. גם שלילה בפועל של האפשרות לעסוק בעבודה או במשלח-יד מסוימים מהווה פגיעה בחופש העיסוק".

בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, 681.

72. הוויתור ה"וולונטרי" כביכול על זכות הכניסה לישראל איננו וולונטרי כלל וכלל, ואולם אף אם היה נעשה בתנאים של הפעלת רצון חופשי, הוא לא היה עומד במבחני החוקיות. גם חוזה שכל כולו מתחום המשפט הפרטי עשוי להיות בטל בהיותו מנוגד לתקנת הציבור אם יש בו פגיעה בזכויות אדם של מי מהמתקשרים.

ראו, למשל: א' ברק, **פרשנות במשפט – כרך שלישי: פרשנות חוקתית** (ירושלים, נבו, 1994) 690-691.

73. על אחת כמה וכמה, שרשות ציבורית, שהמחוקק לא נתן לה את הסמכות להגביל זכות אדם חוקתית מוגנת, אינה יכולה לעקוף את היעדר הסמכות באמצעות החתמתו של אדם על התחייבות המתנה על זכויות מוקנות שאופיין קוגנטי. מתן אפשרות לרשות מינהלית לרכוש סמכות באמצעי שכזה שם ללעג ולקלס את עצם עקרון שלטון החוק.

74. כל פגיעה בזכות יסוד – ישירה או עקיפה – טעונה הסמכה מפורשת בחוק, ובאין כזו, אין לה תוקף. כך, נקבע לאחרונה בהקשר אחר:

"מדיניותה של רשות מינהלית, השוללת עיסוק מסוים או המגבילה אותו באופן חמור, תיחשב לפגיעה בחופש העיסוק... ממילא, חייבת הפגיעה לעמוד בתנאים שנקבעו בפסקת ההגבלה שבסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, שראש וראשון להם הוא כי הפגיעה תהיה בחוק או לפי הסמכה מפורשת בו. באין חוק, וכך המצב בענייננו, לא ניתן היה לפגוע בזכות העותרות... מכוח נהל שהתקבל על-ידי רשות מינהלית".

בג"ץ 2921/03 קאופמן ואח' נ' ד"ר אמיר שנון ואח' (טרם פורסם).

75. הלכה למעשה, משמעותה של ההוראה היא הרחקתם מישראל של תושבי המדינה ואזרחיה.

76. לא זו אף זו, חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, חוסם את האפשרות של בן-הזוג העזתי להיכנס לישראל, ומגביל את אפשרות המפגש בין בני הזוג ואת אפשרות ניהול התא המשפחתי לתחומי רצועת עזה בלבד. דווקא על רקע חוק זה מתחדדת אף יותר העובדה, שמשמעות ההוראה הינה גזירת גלות על בן הזוג הישראלי. מדובר, אם כן, בהוראה טרנספריסטית מובהקת, המנוגדת לערכי חוקי היסוד.

ההוראה מפירה את הזכות לקיים חיי משפחה ואת זכות הילד לחיות בחיק משפחתו

77. ההוראה נשוא העתירה מפירה את הזכות החוקתית של העותרים לקיים חיי משפחה, ואת זכות הילד לחיות בחיק משפחתו, ובכלל זה את האיסור להתערב בתא המשפחתי באופן שרירותי ואת החובה להגן עליו, זכויות המוכרות ומוגנות במשפט הישראלי, במשפט הבינלאומי ובמשפט ההומניטרי.

78. המשפט הישראלי הכיר בזכות היסוד לחיי משפחה, בזכות ההורים לגדל את ילדיהם, בזכות הילד לחיות בחיק משפחתו, ובחשיבות המרכזית של התא המשפחתי בחברה הישראלית. הוראות ספציפיות נקבעו בחוקים שונים, שנועדו להגן על היבטיה השונים של הזכות לחיי משפחה ובפרט בזכותו של הילד לחיות בחיק משפחתו. יפים לענייננו דברי כב' השופט חשין בפרשת סטמקה:

"מדינת ישראל מכירה בזכותו של האזרח לבור לו בן-זוג כרצונו ולהקים עמו משפחה בישראל. ישראל מחוייבת להגנת התא המשפחתי... ישראל - הכירה ומכירה היא - בחובתה לספק הגנה לתא המשפחתי גם על דרך מתן היתרים לאיחוד משפחות. כך סיפחה עצמה ישראל לנאורות שבמדינות, אותן מדינות המכירות - בכפוף לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת הציבור - בזכותם של בני משפחה לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה".

בג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נג (2) 728, 781-782.

ראו גם:

בג"ץ 754/83 רנקין ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד לח (4) 113, 117;

בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין ואח', פ"ד מז (1) 749, 783;

בג"ץ 2266/93 פלוני ואח' נ' פלוני, פ"ד מט (1) 221, 235.

79. המשפט הבינלאומי, ובכלל זה אמנות בינלאומיות רבות שישראל הינה צד להן, מכיר במפורש בזכות לחיי משפחה, אוסר על התערבות שרירותית בה ומטיל חובה על המדינה להגן עליה:

ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם קובעת בסעיף 12:

"No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks".

ובסעיף 16(3):

"The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State".

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, משנת 1966, אשר ישראל הצטרפה אליה ביום 19/12/66 ואישררה ביום 3/10/91, קובעת בסעיף 10(1):

“The widest possible protection and assistance should be accorded to the family, which is the natural and fundamental group unit of society, particularly for its establishment and while it is responsible for the care and education of dependent children...”

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, משנת 1966, אשר ישראל הצטרפה אליה ביום 19.12.66 ואישררה ביום 3.10.91, קובעת בסעיף 17:

“(1) No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

(2) Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks”.

ובסעיף 23(1):

“The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State”.

האמנה בדבר זכויות הילד, משנת 1989, אשר ישראל הצטרפה אליה ביום 3.7.90 ואישררה ביום 3.10.91, מציינת בפתיח לה, בין היתר, כי:

“...convinced that the family, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children, should be afforded the necessary protection and assistance so that it can fully assume its responsibilities within the community...

Recognizing that the child, for the full and harmonious development of his or her personality, should grow up in a family environment, in an atmosphere of happiness, love and understanding”.

ה- Declaration on the Human Rights of Individuals Who are Not Nationals of the Country in which They Live משנת 1985, קובעת בסעיף 5(1)(b):

“The right to protection against arbitrary or unlawful interference with privacy, family, home or correspondence”.

80. זכות היסוד לחיי משפחה במשפט הבינלאומי מטילה על המדינה חובה לאפשר לבני/ות זוג של אזרחים לקבל מעמד במדינה והגנה מיוחדת ניתנת לזכות הילד לחיות בחיק משפחתו ובמיוחד עם הוריו. כך האמנה בדבר זכויות הילד, קובעת מפורשות בסעיף 10(1):

“In accordance with the obligation of States Parties under article 9, paragraph 1, applications by a child or his or her parents to enter or leave a State Party for the purpose of family reunification shall be dealt with by States Parties in a positive, humane and expeditious manner. States Parties shall further ensure that the submission of such a request shall entail no adverse consequences for the applicants and for the members of their family”.

ראו גם את הוראות סעיפים 2, 3, 5, 7, 9, 16 ו-18 לאמנה בדבר זכויות הילד.

באשר לסעיף 3 לאמנה בדבר זכויות הילד, לפיו טובת הילד תהיה שיקול ראשון במעלה בכל הפעולות הנוגעות לילדים, ראו:

דני"א 7015/94 י"מ נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 66.

בג"ץ 5227/97 דוד נ' בית הדין הרבני העליון [טרם פורסם], סעיף 10 לפסק דינו של כבוד השופט חשין.

באשר לסעיף 7 לאמנה בדבר זכויות הילד, הקובע, כי לילד תהא הזכות להיות מטופל על-ידי הוריו, ראו:

ע"א 3077/90 פלונית ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593.

81. לא זו אף זו, גם במשפט ההומניטרי, החל במישור החובות של המשיב, ככוח הכובש, כלפי העותרים מס' 2 ו-8, בהיותם תושבי אזור כבוש, מוכרת החובה להגן על חיי המשפחה והאיסור על התערבות שרירותית בה. כך לדוגמא, מורה תקנה 46 לתקנות אמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה משנת 1907, ובדומה הוראת סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949.

ההוראה מפירה את הזכות לשוויון ואת כבוד האדם

82. ההוראה נשוא העתירה פוגעת בזכות לשוויון ובכבוד האדם.

83. ההוראה מפלה בין בני משפחות חצויות המבקשים להיכנס לעזה, שהינם רובם ככולם ערבים, לבין מי שמבקש להיכנס לעזה על מנת לבקר מתנחלים, שהינם רובם ככולם יהודים. לנוכח תוצאתה המובהקת החלה על האזרחים והתושבים הערבים בישראל שלהם בני זוג ואו ילדים

המתגוררים בעזה, ברי כי ההוראה מפלה על בסיס לאום.

84. הלכה פסוקה היא, כי האפליה נבחנת לפי התוצאה שלה, ובמקרה דנן, ובהתאם למבחן זה, ברור, כי המדובר בהפליה על רקע לאום. לעניין המבחן התוצאתי קבע השופט חשין בעניין שדולת הנשים, כי:

"נזכור עוד זאת, כי עקרון השוויון צופה פני התוצאה: תהא כוונתו של אדם טהורה וזכה ככל-שתהא, אם התוצאה המתקבלת ממעשהו תוצאת-הפליה היא, ייפסל מעשהו כלא-היה".

ראו עוד:

בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב (3) 630, 654.

בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד (2) 164, 176.

בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב יפו, פ"ד מב (2) 309, 334.

בג"ץ 205/94 עקיבא נוף נ' מדינת ישראל- משרד הביטחון, פ"ד נ (5) 449, 465-464.

85. יודגש, כי איסור האפליה, לרבות איסור האפליה בהקשר של התאזרחות בני זוג, מופיע באמנות בינלאומיות, ובכללן אמנות אשר ישראל הינה צד להן.

ראו, למשל:

סעיף 3(1) להכרזה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית.

סעיף 3 לאמנה בדבר אזרחות של נשים נשואות משנת 1957, אשר מדינת ישראל הצטרפה אליה ביום 12.3.1957 ואישררה אותה ביום 7.6.1957.

86. בפרשת האגודה לזכויות האזרח בישראל הדגיש כב' השופט זמיר את חשיבות עיקרון השוויון, שתוקפו אוניברסלי, והצביע על החשיבות המיוחדת של עיקרון השוויון כאשר מדובר באפליה על רקע לאום, והצורך בהנהגת שוויון בין ערבים ליהודים לאור מערכת היחסים הייחודית בין שתי הקהילות בארץ. כב' השופט זמיר קבע, כי:

"עקרון השוויון במובן זה הוא נשמת הדמוקרטיה. הדמוקרטיה דורשת לא רק קול אחד לכל אחד בעת הבחירות, אלא גם שוויון לכל אחד בכל עת. המבחן האמיתי לעקרון השוויון נעוץ ביחס כלפי מיעוט: דתי, לאומי או אחר. אם אין שוויון למיעוט, גם אין דמוקרטיה לרוב... כך גם בנוגע לשאלת השוויון כלפי ערבים... אמנם במישור המשפטי אין הבדל עקרוני בין שאלת השוויון כלפי האוכלוסיה הערבית לבין שאלת השוויון כלפי קבוצה אחרת. במישור זה שאלת השוויון היא שאלת השוויון כלפי מיעוט דתי או לאומי, יהיה אשר יהיה. גם זאת היא שאלה אוניברסלית. אף יש לה תשובה אוניברסלית. התשובה היא כי מיעוט דתי או לאומי,

ובמיוחד מיעוט כזה, זכאי לשוויון. אולם במישור המעשי במדינת ישראל נודעת משמעות מיוחדת לשאלת השוויון כלפי ערבים. שאלה זאת כרוכה במערכת יחסים מורכבת שהתפתחה בין יהודים לבין ערבים בארץ זאת במשך תקופה ארוכה. אף-על-פי-כן, ואולי דווקא בשל כן, יש צורך בשוויון. השוויון חיוני לחיים משותפים. טובת החברה, ובחשבון אמיתי טובתו של כל אחד בחברה, מחייבות לטפח את עקרון השוויון בין יהודים לבין ערבים. מכל מקום, זוהי מצוותו של המשפט, ולכן זו חובתו של בית-המשפט".

בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד נח (5) 15, 28.

87. הפגיעה בשוויון במקרה זה חמורה ביתר שאת, בהיותה פוגעת בקבוצה על בסיס "חשוד", ועל כן היא פוגעת בזכות החוקתית לכבוד. הפגיעה חמורה במיוחד משום שבהוראה שלו מדביק המשיב לערבים אזרחי ישראל ותושביה תווית קולקטיבית של "אויבים", וגורם, הלכה למעשה לטרנספר שלהם משטח המדינה. בכך מחזק המשיב סטריאוטיפים חברתיים מסוכנים, ומפעיל מדיניות המזוהה עם גורמים גזעניים הפוגעים בזכויותיו של המיעוט הערבי בישראל. בפרשת מילר עמדה כב' השופטת דורנר על משמעות האפליה מכוח ההשתייכות הקבוצתית של המופלה, ועל הפגיעה המשפילה של אותה אפליה בכבודו של המופלה:

"לא כך הדבר בסוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה".

בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, מט (4) 94, 132.

88. על הקשר בין כבוד האדם והפליה על רקע קבוצתי עמד כב' השופט חשין בפרשת שדולת הנשים השנייה לאמור:

"הפלייתה של אישה – באשר אישה היא – הנה הפליה גנרית... אם יעדיף לוי את ראובן באשר גבר הוא – או יפסול את לאה באשר אישה היא – תהא זו הפליה גנרית ולא הפליה פרטיקולרית. דוגמה נוספת להפליה גנרית היא הפלייתו של אדם מחמת צבע עורו או מחמת גזעו. הפליה גנרית, כפי שכבר נאמר, הינה הפליה הפוצעת אנושות בכבוד האדם. אין לו לאדם שליטה על מינו (נקבה או זכר) על צבע עורו (שחור, צהוב או לבן), על שלמות גופו (נכה או שלם בגופו). האדם עשה בחייו את כל שביכולתו כדי לרכוש חוכמה ודעת, להיות אדם טוב ומיטיב, נוח לבריות וישר-דעת. והנה נדחה הוא מפני אחרים אך בשל אותו מאפיין שאין לו שליטה עליו, מאפיין גנטי או אחר".

בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב (3), 630, 658-659.

ראו גם: בג"ץ 6845/00 נ'ב ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה, תק-על 2002 (3) 1867, 1874-1875.

89. הנה כי כן, בהתאם למבחן התוצאתי מדובר בהפליה האזרחים והתושבים הערבים על רקע קבוצתי אשר מהווה פגיעה בזכות לשוויון כזכות יסוד ועולה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד.

90. ההוראה מפרה את הזכות לכבוד אף בהיותה פוגעת ביכולת בני המשפחות החצויות לקיים חיי משפחה. השייכות למשפחה הינה חלק מה"אני" של האדם וככזו הינה חלק מכבוד האדם. עמדה על כך כב' השופטת בייניש בפרשת פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה:

"בעידן בו "כבוד האדם" הינו זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו... אף הוריו וילדיו של אדם הם חלק מאישיותו, חלק מ"האני" האישי, המשפחתי והחברתי שלו".

ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא (1) 160, 175-176.

91. העותרים יטענו, כי ההוראה פוגעת בזכות לכבוד של האזרחים והתושבים הערבים שלהם בני זוג ו/או ילדים המתגוררים בעזה, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ההוראה אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה

92. על ההוראה, בהיותה פוגעת בזכויות המוגנות על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לעמוד בתנאים המצטברים הקבועים בסעיף 8 לחוק היסוד (להלן: פסקת ההגבלה). כפי שיפורט להלן, ההוראה אינה עומדת בתנאים אלו.

ההוראה פוגעת בזכויות אדם ללא הסמכה מפורשת בחוק

93. פסקת ההגבלה מחייבת כי כל פגיעה בזכות מוגנת תיעשה בחוק או מכח הוראה מפורשת בו. יפים לעניין זה דברי כב' הנשיא ברק בפרשת רובינשטיין:

"הפגיעה בזכויות האדם, אפילו היא מקדמת את ערכיה של המדינה, אפילו היא לתכלית ראויה, ואפילו היא שלא מעבר למידה הדרושה - צריכה להיקבע בחוק הקובע את ההסדרים הראשוניים ואין להסתפק בהסמכתה הפורמלית של הרשות המבצעת למעשה חקיקה. הנה כי כן, הדרישה כי החקיקה הראשית תקבע את ההסדרים הראשוניים וחקיקת המשנה או הוראות המינהל יעסקו אך בהסדרי הביצוע מעוגנת בצורך להגן על חירותו של הפרט. אמת, במשטר דמוקרטי יש לא פעם צורך - למען הגשמת אינטרס הכלל - בפגיעה בזכויות הפרט. עם זאת, דרישה היא כי פגיעה זו, אפילו מוצדקת היא, תיקבע בחקיקה הראשית, ולא תימסר לידיה של הרשות המבצעת עצמה".

בג"ץ 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הבטחון, פ"ד נב (5) 481, 516-517;

בג"ץ 3939/99 קיבוץ שדה נחום נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו (6) 25, 62-63;

בג"ץ 4054/95, 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נג (4) 817, 832-833.

94. ההוראה נשוא העתירה, על אף היותה פוגעת בזכויות אדם, אינה מעוגנת בחוק ואין בנמצא דבר חקיקה המתיר מפורשות למשיב לפגוע בזכויות אדם כפי הוראה זו.

ההוראה הינה לתכלית לא ראויה בהיותה פוגעת בערכי יסוד

95. פסקת ההגבלה מתנה פגיעה בזכויות המוגנות בכך שהתכלית של הפגיעה תהא ראויה. ואולם תכליתה של ההוראה נשוא העתירה, כפי שהעותרים, אשר מכתביהם למשיב נותרו ללא מענה, לומדים מדברים שנאמרו ע"י נציגי המשיב בשיחות טלפוניות עם ב"כ העותרים ובפרסומים בתקשורת, אינה ראויה. כך, ביום 5.5.04 התפרסמה ידיעה בעיתון "הארץ" (נספח ע/1), בה דווח על דברים שאמר קצין במת"ק ארז לעיתון "הארץ", ולפיהם תכלית ההוראה הינה "למנוע עומס ותנועה המונית במחסום ארז, כי מדובר במספר לא מבוטל של ישראלים שיש להם קשרי משפחה בעזה". דברים דומים נאמרו ע"י עוזרי המשיב אף לב"כ העותרים בשיחותיהם הטלפוניות, כפי שפורט לעיל בפרק העובדתי של העתירה.

96. תכלית ההוראה הינה אם כן להפחית את העומס במחסום ארז, קרי להפחית את כמות האנשים העוברים בו ובכך להקל את עבודת נציגי המשיב אשר תפקידם לבדוק את העוברים במחסום ארז. הלכה פסוקה היא, כי נוחות מינהלית לא יכולה להצדיק הפרת זכויות אדם. כך, בפרשת תאטרון ארצי לנוער, פסק השופט זמיר:

"מסתבר כי במצב הקיים יש מידה רבה של נוחות בעבור משרד החינוך, שהוא יכול לחלק את התמיכה מתוך בסיס התקציב לקבוצה סגורה של תאטרונים ותיקים, לפי דפוסים קיימים. אך ברור כי נוחות כזאת אינה יכולה לפטור את המשרד מן החובה לחלק את התמיכה בין התאטרונים באופן שוויוני".
בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות ואח', פ"ד נא (4) 259, 286;

ובדומה בפרשת נוף:

"המשאבים שהיו נחוצים לסיפוקו של אותו צורך במלואו, מוטל על הרשות לקבוע אמות-מידה להקצאת משאביה. אך אמות-מידה אלה חייבות להיות שוויוניות; ובשום מקרה אין בקיומם של אילוצים תקציביים כדי להצדיק קביעת אמות-מידה המפרות את שורת השוויון".

בג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הבטחון, פ"ד נ (5) 449, 463.

ראו גם:

בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב (2) 309, 338;

בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט (4) 94, 113, 122, 144;

עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ (4) 136, 170;

א' ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי, נבו, תשנ"ד) 526.

97. ויודגש, כי בהיות ההוראה מפלה, ובמיוחד בהיותה מפלה על בסיס שייכות קבוצתית, הרי שהיא אינה לתכלית ראויה ואינה הולמת את ערכי היסוד ובראשם עקרון השוויון.

הנה כי כן ברי, כי ההוראה אינה עומדת בשני התנאים הראשונים לפסקת ההגבלה, בהיותה פוגעת בזכויות אדם ללא הסמכה בחוק והיה אינה לתכלית ראויה. די בכל אחד מאלו בכדי להביא למסקנה כי ההוראה הינה בלתי חוקתית ולקבוע כי הינה בטלה מעיקרה.

ואולם, מבלי לפגוע באמור לעיל, העותרים יוסיפו ויטענו, כי ההוראה אף אינה עומדת במבחן המידתיות, בהיותה פוגעת באופן קיצוני, גורף ולא פרופורציונלי בזכויות יסוד שבלבית זכויות האדם.

ההוראה אינה מידתית

98. על ההוראה נשוא העתירה, בהיותה פוגעת בזכויות מוגנות, לעמוד במבחן המידתיות הקבוע בפסקת ההגבלה. כפי שנפסק ע"י כב' השופט חשין בפרשת סטמקה, הקפדה מחמירה בעילת המידתיות נדרשת בנסיבות העניין, שהרי מדובר בהוראה שעוצמת הפגיעה שלה בזכויות העותרים הינה גבוהה:

"בהחילנו את עילת המידתיות נזכור עוד זאת, כי כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמת הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות".

בג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נג (2) 728, 777.

99. שלושה מבחני משנה למבחן המידתיות, וההוראה אינה עומדת אף לא באחד מהם, כפי שיפורט להלן:

מבחן הקשר הרציונלי

100. היות והתכלית שביסוד ההוראה הינה בלתי ראויה, אינה מקיימת את ערכי היסוד ונוגדת את ההלכה הפסוקה האוסרת על פגיעה בזכויות אדם מטעמים של נוחות מינהלית, הרי שבהכרח לא מתקיים מבחן הקשר הרציונלי.

101. לא זו אף זו, ההוראה בהיותה גורפת אינה מקיימת מבחן זה, שהרי מדיניות גורפת הינה בהכרח חלה גם באופן שאינו מקדם את התכלית. על היות ההוראה גורפת נרחיב להלן במבחן השני.

102. יתר על כן, המשיב מבחין בין בני משפחות חצויות השהים כעת בעזה, אשר את כניסתם לעזה הוא מתנה בחתימה על התחייבות לשהות בעזה שלושה חודשים, לבין בני משפחות חצויות אשר באופן מקרי שוהים כעת בישראל, אשר את כניסתם לעזה הוא מונע לחלוטין. אבחנה זו של המשיב, אשר הינה בלתי סבירה באופן קיצוני, שהרי אין כל הבדל ענייני בין שתי הקבוצות, לא מקיימת את מבחן הקשר הרציונלי.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

103. ההוראה אינה מקיימת מבחן זה וזאת אף לו התכלית שביסודה היתה ראויה וזאת בשל היותה גורפת ומוחלת על כל תושבי ואזרחי ישראל שנשואים לתושבי רצועת עזה, ללא כל בדיקה אינדיבידואלית. הוראה המוחלת באופן גורף הינה בהגדרתה האמצעי הפוגעני ביותר האפשרי.
104. על החלטה גורפת מעין זו נפסק רק לאחרונה על-ידי בית-משפט נכבד זה :

"סירוב ללא כל בדיקה אינדיבידואלית להעניק תעודת עיתונאי, בשל מסוכנות אינהרנטית של כל העיתונאים הפלסטינים תושבי האזור – לרבות אלו הזכאים להיכנס לישראל ולעבוד בה – הוא האמצעי הפוגעני ביותר האפשרי. אמצעי זה פוגע בצורה חזקה באינטרס לעיתונות חופשית, שניתן היה למנוע על-ידי בדיקות בטחוניות אינדיבידואליות מוצדקות להפגת הסכנה הבטחונית האיטית הנובעת מתושבי האזור, ככל שסכנה כזאת קיימת... אכן, לעולם ניתן לטעון כי עצם היותו של עיתונאי פלסטיני תושב האזור יוצרת סיכון בטחוני... עם זאת סיכון מיוחד זה הינו קלוש ותאורטי, ואין בו כדי להצדיק פגיעה ודאית באינטרסים המוגנים..."

בג"ץ 5627/02 סייף ואח' נ' לשכת העיתונות הממשלתית ואח', טרם פורסם.

105. סירוב גורף לדון בבקשות, ללא קשר לנסיבות הקונקרטיות של המבקש, הוא פסול. העיקרון המחייב בדיקה אינדיבידואלית והפוסל איסורים גורפים, נקבע לא אחת בפסיקה.

ראו:

בג"ץ 243/82 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח' (פ"ד לז(1) 757, 781);

דנג"ץ 4191/97 רקנט אפרים נ' בית הדין הארצי לעבודה, תק-על 2000(4), 587, עמ' 594 ;

בג"ץ 6741/99 יקותיאל נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, 714-713.

106. קרי, המשיב לא רק שלא בחר באמצעי הפוגע במידה פחותה, אלא בנסיבות העניין בחר באמצעי שפגיעתו הינה פוגענית באופן קיצוני.

מבחן הפרופורציונליות

107. ההוראה מטילה על כף המאזניים האחת זכויות חוקתיות ויסודיות של תושבי ואזרחי ישראל ושל תושבי האזור כאחד: הזכות למימוש עצמי במסגרת של תא משפחתי; הזכות והחובה לטפל בילדים וזכותם של הילדים לטיפול בידי שני הוריהם; והזכות האלמנטרית לנוכחות פיסית בארץ הנתניו. זכויות אלו נפגעות ונרמסות באופן ברור וודאי בעקבות ההוראה נשוא העתירה. בו בזמן, על הכף השנייה של המאזניים מצויים ערכים שטרם הובהרו, ושבמקרה הטוב הסיכון לפגיעה בהם קלוש ותאורטי. פגיעה שכזו בזכויות העותרים היא בלתי פרופורציונלית.

108. עוצמת הפגיעה בזכויות היסוד ובזכויות החוקתיות של בני המשפחות החצויות אינו מתאזן עם תכלית ההוראה כמפורט לעיל, אותה יכול היה המשיב להשיג באמצעות אמצעים אחרים, שאינם פוגעים בזכויות יסוד, כמו תוספת תקני בודקים במחסום ארז, שיפור המכשור הטכנולוגי המשמש את הבודקים במחסום ארז או שיפור התנאים הפיזיים בו.

109. לאור כל האמור לעיל, דין הוראת המשיב להיפסל ולהתבטל.

מכל הטעמים הללו מתבקש בית-המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי וצו ביניים כמבוקש בכותרת העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיב להפוך את הצו על-תנאי למוחלט ולהטיל על המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

ירושלים ושפרעם, 30 במאי 2004

ארנה כהן, עו"ד

יוסי וולפסון, עו"ד

באי כוח העותרים