

בעניין:

1. _____ אבו-מור, ת.ז. _____
תושב ישראל, מרחובות
2. _____ אבו-מור, ת.ז. _____
תושבת הרשות הפלסטינית, מרפיח
3. _____ אבו-מור, 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 עידו בלום (מ.ר. 44538) ו/או יוסי וולפסון (מ.ר. 26174)
ו/או עביר ג'ובראן (מ.ר. 44346) ו/או יותם בן הלל (מ.ר. 35418)
ו/או חוה מטרס-עירון (מ.ר. 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ.ר. 37566)
ו/או ידין עילם (מ.ר. 39475)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

1. אלוף פיקוד דרום
2. שר 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 מדוע לא ישיבו לפניות העותרים אליהם ויאפשרו לעותר 1 להיכנס מישראל לרצועת עזה, כדי לבקר את אשתו ובנו, העותרים 2 ו-3, המתגוררים שם.

בקשה לדיון דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה, נוכח הנתק הכפוי על בני המשפחה מזה חצי שנה, ונוכח התעלמותם המתמשכת של המשיבים מפניות העותרים אליהם, מזה קרוב לשלושה חודשים, על אף אופיה ההומניטארי של הבקשה.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**), יליד 1977, הוא תושב ישראל ומתגורר בעיר רחובות.
 העותר נישא ביום 20.4.04 לעותרת 2 (להלן: **העותרת**), ילידת 1986, תושבת הרשות הפלסטינית המתגוררת ברפיח שברצועת עזה.
 העתק אישור הנישואין בבית הדין השרעי בבאר-שבע מצורף ומסומן **ע/1**.
2. העותר 3, בנם של העותרים 1 ו-2, הוא פעוט בן פחות משנה.
 העתק תעודת הלידה של העותר 3 מצורף ומסומן **ע/2**.
3. העותרים התגוררו יחדיו ברצועת עזה מספר חודשים, מספטמבר 2005 ועד מאי 2006, אך בסופו של דבר חזר העותר להתגורר ולעבוד בישראל מסיבות כלכליות של פרנסת המשפחה, בעוד העותרת ובנם הקטן נותרו ברצועת עזה. על אף המגורים המרוחקים, שומרים בני המשפחה על קשר קבוע באמצעות ביקורים תכופים של העותר ברצועת עזה – פעם בחודש במוצע, לאחרונה בחודש ינואר 2007.
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/3.

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/4.

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

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

12. בחלוף הזמן שככה מעט האלימות, ובתחילת חודש יולי, לאחר רגיעה מסויימת, שבו המשיבים ופתחו את מחסום ארז למעבר. אף על פי שבשלב הראשון התאפשר ככלל המעבר באופן מצומצם ביותר (מקרים רפואיים, זרים שנלכדו ברצועה וכד'), **איפשרו המשיבים כבר מהרגע הראשון את מעברם של בני-זוג ממשפחות חצויות.**

13. יש לציין כי ככל שחלף הזמן התאפשר מעברם של אנשים רבים יותר ויותר. כך, למשל, במהלך השבועיים שבין 29.7.07 – 11.8.07 התאפשר מעברם של למעלה משבעת אלפים בני-אדם במחסום ארז¹.

מיצוי ההליכים

14. מאז פברואר 2007 הגיש העותר למשרד הישראלי מספר בקשות לכניסתו לרצועת עזה לביקור משפחתו, אך בכל פעם נמסר לו בעל-פה כי בקשתו מסורבת.

15. ביום 4.6.07 פנה המוקד להגנת הפרט למשרד ישראלים שבמנהלת התיאום והקישור ברצועת עזה (להלן: **מת"ק עזה**), בבקשה להנפיק לעותר היתר כניסה לרצועת עזה, בכדי שיוכל לבקר את אשתו ובנו, אותם לא ראה מזה חצי שנה.

העתק מכתב הפנייה מיום 4.6.07 מצורף ומסומן **ע/5**.

16. לאחר הפנייה בכתב, פנה המוקד להגנת הפרט טלפונית למת"ק עזה מספר פעמים בכדי לברר את גורל הפנייה. בכל פעם נמסר רק כי "הפנייה באבחון".

17. מאחר שלא התקבלה כל תשובה **משך קרוב לחודשיים**, פנה המוקד להגנת הפרט למת"ק עזה פעם נוספת ביום 1.8.07 בבקשה להחיש את התשובה לפנייה, אך גם הפעם בלא הועיל.

העתק המכתב מיום 1.8.07 מצורף ומסומן **ע/6**.

18. מאז פנה המוקד שוב ושוב טלפונית למת"ק עזה, אך גם פניות אלו לא נשאו פרי. חוץ מההודעה הקבועה לפיה "הפנייה באבחון", לא קרה דבר.

19. כך, **חלפו להם כמעט שלושה חודשים, אך עד כתיבת שורות אלה לא התקבלה כל התייחסות מטעם המשיבים – אף לא התייחסות ראשונית המעידה על מצב הטיפול, או אפילו על זמן הטיפול הצפוי.**

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

הטיעון המשפטי

20. המשיבים משתחים **מזה קרוב לשלושה חודשים** בטיפול בבקשת העותר. זאת על אף האופי ההומניטארי של הבקשה ועל אף העובדה כי העותר עומד באופן ברור בקריטריונים שקבעו המשיבים – ובהתאם לכך אף קיבל היתרים בעבר.

21. כלל ידוע הוא כי "החובה לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשונים של מינהל תקין" (י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 717).

וראו בעניין זה:

בג"צ 6900/93 המכון להכשרת טוענות בית הדין נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441, 451;
 בג"צ 7198/93 מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מח(2) 844, 853;
 בג"צ 5931/04 מזורסקי ואח' נ' מדינת ישראל – משרד החינוך, פ"ד נט(3) 769, 782;
 בג"צ 4212/06 Avocats Sans Frontieres ואח' נ' אלוף פיקוד הדרום, תק-על 2006(2), 4751.

22. בהתאם לכך, קובע ס' 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, כי "**הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו - משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה...**".

23. סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, מחדד חובה זו ומגדיר מסגרת זמנים ברורה, בקובעו כי חובה על עובד ציבור להשיב בכתב לפניות המופנות אליו **בתוך ארבעים וחמישה יום**. במקרים מסויימים, המנויים בחוק, נקבע כי אין חובה להשיב בתוך ארבעים וחמישה יום, אך **בכל מקרה חובה להודיע למבקש בכתב בתוך ארבעים וחמישה יום את הטעמים לכך**.

24. גם היועץ המשפטי לממשלה הבהיר בהנחיותיו – המחייבות את המשיבים – את החובה להשיב לפניות בהקדם האפשרי ולא יאוחר מארבעים וחמישה יום (הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה מס' 3.1004 – חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, סעיף ג.1).

הוראה מקבילה נקבעה גם בהוראות משרד הביטחון, המחייבות כמובן אף הן את המשיבים (הוראת משרד הביטחון מס' 10.06 – דפוסי התנהגות ציבורית והיבטים משפטיים בפעולות עובדי משרד הביטחון, סעיף 21).

25. יש לציין כי אף פקודות הצבא עצמו מחייבות מענה בתוך 45 יום:

פקודת מטכ"ל 08.0101 - פניות גורמים אזרחיים - חובת מתן תשובה והנמקה, קובעת בסעיף 4, כי "**חייל שקיבל פנייה בכתב מגורם אזרחי, והוא מוסמך על-פי דין לטפל בנושא הפנייה, ישיב לפונה בהקדם, אך לא יאוחר מ-45 ימים מיום קבלת הפנייה**".

בסעיף 6.א. לפקודה נקבע כי "מקום בו קיימת הצדקה לעיכוב מתן התשובה לפונה על-פי סעיף 5 לעיל - יודיע החייל לפונה, בכתב ובהקדם (אך לא יאוחר מ-45 ימים, מיום קבלת הפנייה), את הסיבה לעיכוב במתן התשובה..."

26. על אף החובה הכללית לפעול במהירות, ועל אף החובה המפורשת – הן לפי חוק והן לפי פקודות הצבא – **להשיב בתוך 45 יום**, נוהג המשיב כאילו רשאי הוא לעכב מתן החלטות כרצונו, תוך זלזול בפונים אליו והתעלמות מהממתינים לתשובותיו – ותוך התעלמות מחובתו החוקית הברורה.

27. כבר לפני שלושים שנה הצביע השופט שמגר (כתוארו אז) על תופעה פסולה וחמורה זו של התעלמות הרשויות מפניותיהם של אזרחים ואי מתן תשובות, תוך שהוא קובע כי יש לפעול בחומרה כנגד פקידי ציבור שאינם משיבים במועד:

אי-מתן תשובות לאזרח הפונה אל הרשות הוא בגדר רעה חולה ונפוצה במציאות שלנו, וככל הנראה לא ניתן לשרש תופעה זו, אלא אם יינקטו צעדים החלטיים ויעילים יותר מאלה הנוהגים עתה, לרבות נקיטת הליכים משמעותיים נגד פקידי הציבור שאינם משיבים במועד על פנייתו של אזרח... יש יסוד להניח כי תגובות כאמור, בלויית הדרכה והסברה נאותות יהיה בהן כדי להגביר את המודעות לחובת מתן-התשובה, המעוגנת בחוק ואשר מתחייבת גם בלעדי זאת מיחסי אנוש נאותים.
(בג"צ 153/77 פרג' נ' עיריית פתח-תקוה, פ"ד לא(3), 427, 432).

למרבה הצער, נכונים הדברים גם כיום. דברים אלו אף מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בפנייה לרשות שיש לה השלכות מרחיקות לכת על זכויותיהם הבסיסיות ביותר של הפונים.

28. יפים לענייננו גם דבריו של כבוד השופט לוי, המבטאים בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים את החומרה הרבה שבהתנהלות של סחבת, עיכובים ואי מתן מענה ענייני מצד הרשות:

המשיב אינו רשאי לנהוג בעותרים - כמוהם ככל פונה אחר - באופן בו הוא נוהג; המשיב אינו רשאי להותיר את עניינם תלוי ועומד בלא מענה ענייני... המשיב אינו רשאי להתיש את העותרים ללא תוחלת, לגרום להם להוצאות מיותרות ולעכב, אגב כך, את בירונו המהותי של עניינם. ואם נשתכחו מן המשיב טיבן של חובות בהן הוא חב, כי אז מחובתו של בית המשפט לשוב ולשנן באוזניו.

בג"צ 10399/04 בן אבדקול נ' משרד הפנים, מינהל האוכלוסין, תק-על 1609, 1608, (3)2005.

29. העותרים פנו למשיבים לפני **קרוב לשלושה חודשים**. מאז, מתעלמים המשיבים מהפנייה באופן מוחלט, אינם משיבים, אינם מודיעים על מצב הטיפול בה או על סיבות לעיכוב ומסתפקים באמירה הלקונית כי "הפנייה באבחון". בכך נוהגים המשיבים באופן בלתי סביר, בלתי מידתי ובלתי חוקי. בכך גם פוגעים המשיבים פגיעה קשה בזכויותיהם של העותרים.

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:

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 94(1) 1139, 1147.

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 המיוחדת לזכות לחופש התנועה.

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

הזכות לחיי משפחה

33. 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.

34. תקנה 46 לתקנות האג, המהווה דין ביני"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 אמונות בינלאומיות.
 (בג"ץ 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.

35. בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים, ובמיוחד בפסק הדין אשר ניתן לפני כשנה 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.

36. 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".

37. גם בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע כי הקשר בין ההורים לילדיהם הקטינים, הכלול 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.

38. המשיבים פוגעים קשות בזכותם של העותרים לחיי משפחה בכך שהם מנתקים את בני המשפחה זה מזה – אישה מבעלה ואב מבנו הקטן, ובכך שהם מאלצים אותם להמתין חודשים ארוכים לקבלת ההחלטה בעניין הפגישה המיוחדת.

לסיכום

39. נדמה כי בעתירה זו אין צורך להרבות בדברים לעניין זכותו של העותר לבקר את אשתו ובנו הפעוט ולהיות בקרבתם, ולעניין זכותם של העותרת והבן הקטן לקרבתו של אבי המשפחה. מדובר במקרה הנופל באופן מובהק בגדר הקריטריונים אותם קבעו המשיבים לכניסת ישראלים לרצועת עזה.

40. המשיבים פעלו באופן בלתי מידתי ובלתי סביר – תוך שהם מפריס את חובתם הברורה על פי חוק, ומתעלמים מהוראות והנחיות מפורשות וחד-משמעיות המחייבות אותם ומפסיקתו של בית משפט נכבד זה – בהתעלמם משך **קרוב לשלושה חודשים** מפניות העותרים בבקשתם לממש את זכותם הבסיסית ביותר לחיי משפחה.

המשיבים נוהגים כאילו זמנם בידם, תוך אדישות מוחלטת לכך שכל יום נוסף של עיכוב וסחבת מצדם הוא יום נוסף בו נמנעת פגישתם של בני המשפחה, יום נוסף של המתנה חסרת תוחלת, יום נוסף של ציפייה וגעגועים.

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.

29 באוגוסט 2007

עידו בלום, עו"ד

ב"כ העותרים

[ת.ש. 50421]