

חמאמדה, ת.ז. [REDACTED]  
ע"י ב"כ עוה"ד נעמי הגר ו/או מעין נייזנה ו/או טליה רמתי ו/או איתן  
דיאמונד ו/או שרי בשי מ"גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע"  
רחוב הרכבת 42 תל אביב, 6777008  
טלפון : 03-6244120 ; פקס : 03-6244130

העותר

- נגד -

1. שר הביטחון
2. אלוף פיקוד הדרום
3. מפקד מת"ק עזה

ע"י מחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה  
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

המשיבים

עתירה למתן צו-על-תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן צו-על-תנאי המופנה כנגד המשיבים, והמורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא יאפשרו לעותר להיכנס לרצועת עזה ולהתאחד עם רעייתו במסגרת נוהל משפחות חצויות.

בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותר לרבות שכ"ט עו"ד, בצירוף מע"מ כדין.

בקשה לקיום דיון מוקדם

העותר הינו אזרח ישראלי אשר נישא לתושבת פלסטינית המתגוררת ברצועת עזה. על מנת להתאחד עם בת-זוגו ברצועה נדרש העותר לקבל היתר כניסה ושהייה ברצועה מאת המפקד הצבאי. העותר הגיש את בקשתו ולאחר מספר חודשים של המתנה, בקשתו סורבה.

העותר ממתין מזה שנים ארוכות לאיחודו המיוחל עם בת-זוגו, כפי שיפורט להלן, והוא אף נצרך לפנות לבית משפט נכבד זה במסגרת בג"ץ 3442/14 חמאמדה נ' שר הפנים (החלטה מיום 30.6.2014) במסגרת מאמציו להתאחד עם בת-זוגו. איחוד זה נמנע ממנו שלא כדין ותוך פגיעה בלתי מידתית בזכותו לחיי משפחה.

לאור זאת נבקש כי הדיון ייקבע בהקדם האפשרי, על פי יומנו של בית המשפט הנכבד, כדי שתיפסק לאלתר הפגיעה הקשה בזכותו של העותר לחיי משפחה. ככל שיחליט בית המשפט לבקש את תגובת המשיבים לעתירה, נבקש כי מועד הגשתה ייקבע סמוך ככל הניתן למועד הגשת עתירה זו.

## הצדדים

1. העותר הינו אזרח ישראלי הנשוי לתושבת פלסטינית המתגוררת ברצועת עזה.
2. המשיב 1 (להלן: **שר הביטחון**) הינו הממונה על הצבא מכוח חוק יסוד: הצבא.
3. המשיב 2 (להלן: **המפקד הצבאי**) הוא בעל הסמכות להנפקת היתרי כניסה לרצועת עזה
4. המשיב 3 (להלן: **מפקד מת"ק עזה**) ממונה על יישום המדיניות האזרחית של ממשלת ישראל ברצועת עזה.

ואלו נימוקי העתירה:

## א. התשתית העובדתית

### הליך כניסתם של בני-זוג ישראלים לרצועת עזה

5. כידוע, תושבי רצועת עזה אינם זכאים כיום למעמד בישראל מכוח נישואין וזאת על-פי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 (להלן: **הוראת השעה**). יחד עם זאת, מדינת ישראל מאפשרת לאזרחים ישראלים הנישאים לפלסטינים תושבי רצועת עזה לממש את זכותם לחיי משפחה באמצעות מתן היתרי שהייה ברצועה הניתנים מכוח סעיף 24(א) לחוק יישום תכנית ההתנתקות, תשס"ה-2005 ובהתאם ל"נוהל משפחות חצויות", המאפשר לבן הזוג הישראלי לבקש ולקבל היתר שהייה ברצועה מאת המפקד הצבאי.

*העתק "נוהל משפחות חצויות", מצ"ב ומסומן **נספח ע/1***

6. כתנאי מקדים לאישור המפקד הצבאי להנפקת היתר כניסה ושהייה ברצועת עזה, על המבקש להיות רשום כ"נשוי" לתושבת עזה וזאת על-פי "נוהל הגשת בקשה כניסה לרצועה" (הטעות במקור), הקובע בסעיף 1 כי: "כניסת ישראלים לרצועת עזה מותנית באישור רשות האוכלוסין".

*העתק "נוהל הגשת בקשה כניסה לרצועה", מצ"ב ומסומן **נספח ע/2***

### עניינו של העותר

7. העותר הינו אזרח ישראלי, בן 34, המתגורר ביישוב שגב שלום שבנגב.
8. ביום 9.3.2010 נחתם ברצועת עזה חוזה נישואים בין העותר לבין בת-זוגו, גב' [REDACTED] [REDACTED] חמאמדה ת.ז. [REDACTED], תושבת פלסטינית המתגוררת ברצועת עזה. חוזה הנישואים נחתם בהיעדרו של העותר באמצעות מיופה-כוחו בעזה. על-פי הדין השרעי, ברגע שנחתם חוזה הנישואים, הנישואים שרירים וקיימים, גם אם בני הזוג טרם נפגשו.

*העתק הסכם הנישואים מיום 9.3.2010 ותרגומו לעברית, מצ"ב ומסומן **נספח ע/3***

*העתק תעודת הזהות הפלסטינית של גב' חמאמדה, בה מצוין כי היא נשואה לעותר, מצ"ב ומסומן **נספח ע/4***

9. לאחר נישואיו פנה העותר אל נציג המפקד הצבאי במעבר ארז, באמצעות בא-כוחו דאז, בבקשה לאשר את מעברו לרצועת עזה, כדי לקיים את מסיבת החתונה, אולם בקשתו כלל לא נענתה. בינתיים תחזקו בני הזוג קשר ארוך ורציף באמצעות הטלפון והאינטרנט.

*העתק בקשת הכניסה של העותר לרצועת עזה מיום 13.4.2010, מצ"ב ומסומן נספח ע/5*

10. עם חלוף הזמן ומשגבר עליו הרצון להתאחד עם בחירת ליבו, נקט העותר בצעד נואש ולקח את גורלו בידיו. בהחלטה אומללה הוא יצא ביום 30.12.2012 ממדינת ישראל למצרים, דרך מעבר טאבה, ונכנס לרצועת עזה דרך מנהרה, מהצד המצרי של רפיח.

11. ביום 8.1.2013 נעצר העותר על-ידי כוחות הבטחון לאחר ששב לישראל, והוגש נגדו כתב אישום שכלל שני סעיפים: ביצוע עבירה בניגוד לסעיף 111 רישא לחוק העונשין, תשל"ז-1977, וביצוע עבירה לפי סעיף 2א' לחוק למניעת הסתננות (עבירות שיפוט), תשי"ד-1954 (להלן "החוק למניעת הסתננות") במסגרת תפ [ב"ש] 52124-01-13 **מדינת ישראל נ' [REDACTED] חמאמאדה**.

12. ביום 18.2.2013, אישר בית המשפט המחוזי את שחרורו של העותר לחלופת מעצר מאחר ששוכנע כי כניסתו לעזה שלא כחוק נבעה ממניעים רומנטיים ותו לא וכי "אין המדובר באדם אשר ניתן להגדירו כמי שמסכן את בטחון המדינה [...]"

*העתק הפרוטוקול וההחלטה מיום 18.2.2013 במסגרת מ"ת 52132-01-13 מ"י נ' חמאמאדה, מצ"ב ומסומן נספח ע/6*

13. לבסוף, ביום 14.4.2013 הורשע העותר במסגרת הסדר טיעון מקל רק בעבירה לפי סעיף 2א' לחוק למניעת הסתננות, וביום 24.6.2013 נגזר עליו לרצות עונש של שישה חודשי מאסר אשר הומרו לעבודות שירות; 12 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור במשך שלוש שנים עבירה בה הורשע, או עבירה לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, או עבירה נגד בטחון המדינה כהגדרתה בסעיף 35(ב) חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, או עבירה לפי חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954; כן הושת עליו קנס בסך 25,000 ש"ח. בהתאם לכך, ריצה העותר את עבודות השירות אשר הוטלו עליו במלואן ושילם את הקנס שהושת עליו.

*העתק הכרעת הדין מיום 14.4.2013, מצ"ב ומסומן נספח ע/7*

*העתק גזר הדין מיום 24.6.2013, מצ"ב ומסומן נספח ע/8*

*העתק אישור על ביצוע עבודות שירות, מצ"ב ומסומן נספח ע/9*

14. לאחר שתמו תלאות הסתבכותו המיותרת והחד-פעמית של העותר עם רשויות החוק, ומשלא דעך בו הרצון המובן לשוב ולהתאחד עם בת-זוגו, פנה העותר אל עמותת "גישה", על מנת לקבל סיוע משפטי בכל הנוגע להסדרת כניסתו לרצועת עזה בהתאם לחוק. רק אז הוסבר לו על-ידי נציגי העמותה, כי לצורך אישור מעברו עליו להציג בפני נציג המפקד הצבאי במעבר ספח תעודת זהות בו מעמדו האישי רשום כנשוי.

15. לפיכך, פנה העותר אל בית הדין השרעי בבאר שבע בבקשה ליתן החלטה המכירה בנישואיו בפני הרשויות המוסמכות בישראל. ואכן, ביום 9.1.2014 ניתנה החלטה בבית הדין השרעי

בבאר שבע המאשרת קיומם של נישואים בין העותר לבין בת-זוגו. במעמד זה נמסר לעותר כי ההחלטה בעניינו נשלחה מבית הדין השרעי אל פקיד הרישום הראשי, וזאת בהתאם לסעיף 16 לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965 (להלן: **חוק המרשם**, או **החוק**).

*העתק החלטתו של בית הדין השרעי (תיק מס. 71/2014) מיום 9.1.2014, ותרגומה לעברית, מצ"ב ומסומן **נספח ע/10***

16. בחודש ינואר 2014 ביקש העותר לרשום את נישואיו במרשם האוכלוסין הישראלי, אך בקשה זו סורבה ותחת זאת נרשם מצבו "בבירור", וזאת לפי סעיף ג.2 ל"נוהל ביצוע שינויים ותיקונים במצב אישי (נישואין/גירושין/התאלמנות)" של רשות האוכלוסין (שחוקיותו נתקפה בבג"ץ 3442/14 ■■■■■ **חמאמדה נ' שר הפנים**, החלטה למחיקה מיום 30.6.2014) (להלן "עניין **חמאמדה**"). במשך חודשים ארוכים ניסה העותר, בלא הצלחה, לשנות את רישום מעמדו האישי.

*העתק ספח תעודת הזהות אשר הונפק לעותר ביום 2.2.2014, מצ"ב ומסומן **נספח ע/11***

17. משלא הצליח העותר לרשום את נישואיו במרשם האוכלוסין, הגיש ביום 14.5.2014 עתירה לבית המשפט הנכבד (עניין **חמאמדה**), בבקשה להורות לרשות האוכלוסין לרשום את מצבו האישי כ"נשוי". ביום 15.6.2014 רשמה הודיעו באי-כוח המשיבים דשם כי שינו את מצבו האישי של העותר ל"נשוי", וכתוצאה מכך נמחקה העתירה. בסמוך לאחר הודעה זו סר העותר ללשכת האוכלוסין, והנפיק ספח חדש לתעודת הזהות שלו, בו נרשם מצבו האישי כנשוי.

*העתק ההחלטה למחוק את העתירה מיום 30.6.2014, מצ"ב ומסומן **נספח ע/12***

*העתק תעודת הזהות של העותר עם הספח החדש, מצ"ב ומסומן **נספח ע/13***

18. לאחר השינוי ברישומו, קיווה העותר שסוף-סוף יינתן לו האישור המיוחל לבקר את רעייתו ברצועת עזה. ביום 23.6.2014 פנתה עמותת "גישה" מטעם העותר למפקד משרד ישראלים במת"ק עזה, רס"ב עאמר נסר-אלדין (הכפוף למשיב 3), בבקשה להתיר את כניסתו של העותר לרצועת עזה, לפי הוראות "נוהל משפחות חצויות". קצין פניות הציבור במת"ק עזה אישר את קבלת המכתב.

*העתק המכתב מיום 23.6.2014, מצ"ב ומסומן **נספח ע/14***

19. במשך מספר ימים לא התקבלה כל תשובה למכתב זה. בראשית חודש יולי 2014 נסגרו המעברים לרצועה לכניסת ישראלים, וזמן קצר לאחר מכן החל מבצע "צוק איתן". כמובן שבנסיבות אלו לא טופלה בקשתו של העותר להיכנס לרצועה, והעותר אף לא עמד על טיפול בבקשתו בעת הזו.

20. עם שוך הלחימה, ביום 1.9.2014 פנתה פעם נוספת עמותת "גישה" לרס"ב נסר-אלדין, וביקשה להסדיר את כניסתו של העותר לרצועת עזה. רס"ב נסר-אלדין ביקש שתישלח אליו פנייה נוספת בעניין. ביום 2.9.2014 שלחה עמותת "גישה" פנייה נוספת לרס"ב נסר-אלדין, בהדגישה בין השאר את החשיבות הרבה בפגישתם של העותר ובת זוגו לאור האירועים הקשים שהתרחשו לאחרונה.

*העתק המכתב מיום 2.9.2014, מצ"ב ומסומן נספח ע/15*

21. ביום 23.9.2014 מסר רס"ב נסר-אלדין לנציגת עמותת "גישה" כי טרם התקבלה החלטה בעניינו של העותר, וייתכן שתהיה בעיה לאשר את כניסתו. ביום 29.9.2014 התקבל מכתבו של רס"ב נסר-אלדין, הוא מסרב לבקשתו של העותר "עכב אי עמידה בקריטריונים-סירוב ביטחוני" (כך במקור).

*העתק המכתב מיום 29.9.2014, מצ"ב ומסומן נספח ע/16*

22. ביום 6.10.2014 הגישו באי-כוח העותר למנהלת מחלקת בג"צים בפרקליטות המדינה, עו"ד אסנת מנדל, קדם-בג"ץ מטעם העותר, בבקשה שתתערב בעניינו בכדי שהרשויות יסדירו את כניסתו לרצועת עזה במסגרת נוהל משפחות חצויות, כדי שיוכל להתאחד עם בת זוגו. בקדם-בג"ץ ציינו באי-כוח העותר כי אם לא תתקבל תשובה לבקשתו של העותר עד ליום 30.10.2014, יראו את דרכם פתוחה לערכאות.

*העתקי קדם בג"ץ מיום 6.10.2014 ותשובת הביניים מאותו יום, מצ"ב ומסומנים נספח ע/17*

23. ביום 27.10.2014 פנתה הח"מ למר יוס-טוב רענן (המתמחה של עו"ד מנדל), וביקשה לברר האם ישנה התקדמות בטיפול בעניינו של העותר. לדברי מר רענן, הוא נמצא בקשר עם הגורמים המטפלים בבקשתו של העותר, ותשובה בעניינו צפויה בקרוב. מר רענן הבטיח לפנות שוב לגורמים הצבאיים ולבקש שישבו לבקשה.

24. ביום 2.11.2014 התקבל מכתבו של סרן גיא שקל, יועמ"ש מת"ק עזה. במכתבו של סרן שקל נאמר כי בקשתו של העותר להתיר את כניסתו לרצועת עזה "נבחנה בשנית על ידי הגורמים המוסמכים, על כלל נסיבותיה, והוחלט שלא לשנות מההחלטה המקורית [...] על כן, לא תותר יציאתו של מרשכם לרצועת עזה, וזאת מטעמים ביטחוניים."

*העתק מכתבו של סרן שקל מיום 2.11.2014, מצ"ב ומסומן נספח ע/18*

25. העותר - כל חייו ניסה לפתח את עצמו. הוא למד במשך במכללת ספיר לתואר ראשון כללי ונותרו לו אך 10 נקודות כדי להשלים את התואר. הוא סיים בהצטיינות שני קורסים בטכנאות מחשבים. העותר עבד ארבע שנים כמנהל מחסן ב"מגה", סיים קורס מנהלי מחסן בהצטיינות ובכלל זכה לשבחים מאת מעסיקיו. לכל זאת אין משמעות ותוכן ללא היכולת לממש את זכותו לחיי משפחה עם האשה בה בחר וללא היכולת לממש את זכותו להורות עם אשה זו, עם [REDACTED].

*העתקי תעודות המעידות על הכשרותיו המקצועיות של העותר, מצ"ב ומסומנים נספח ע/19*

26. לאור התנהלותם של המשיבים המונעת מן העותר לממש את זכותו לחיי משפחה, לא נותר לו מנוס אלא לעתור לבית המשפט הנכבד ולבקש שיורה למשיבים להתיר לו להיכנס לרצועת עזה ולהתאחד עם בת-זוגו.

**ב. הטיעון המשפטי**

27. העותר יטען כי הסירוב להתיר לו להיכנס לרצועת עזה פוגע פגיעה אנושה בזכותו לחיי משפחה ולמעשה מסכל כל אפשרות למימושה. סירובם של המשיבים להתיר את כניסתו, בצירוף המגבלות האחרות המוטלות על תושבי רצועת, מונע ממנו כל אפשרות לחיות יחד עם בחירת ליבו.

28. בנוסף לפגיעה החמורה בזכות היסוד של העותר לחיי משפחה, לוקה סירובם של המשיבים בפגמים מינהליים חמורים. בנסיבות המקרה, הסירוב להתיר לעותר להיכנס לרצועת עזה אינו סביר, אינו מידתי, ועולה ממנו חשש כבד לשרירות ולשיקולים פסולים.

### **הפגיעה בזכות העותר לחיי משפחה**

29. מזה תקופה ממושכת ביותר זכותו של העותר לחיי משפחה נמנעת ממנו, וייסורי הפרידה מבת-זוגו מייסרים את ליבו. שאיפתו היחידה לעת הזאת, יותר מכל הישג חומרי, היא לראות את רעייתו, לחלוק עימה חיים, וסוף סוף להקים משפחה – אשה וילדים. בקרוב ימלאו לעותר 35 שנה ולרעייתו – 30, וטרם ניתנה להם ההזדמנות להביא ילד לעולם.

30. הזכות לחיי משפחה הוכרה בדין הישראלי, ובפרט בפסיקתו של בית משפט נכבד זה, כאחת מהזכויות הגבוהות ביותר במידרג זכויות האדם. כך למשל נאמר בבג"ץ 2245/06 **דוברין נ' שירות בתי הסוהר**, (פורסם בנבו, 13.6.2006) (להלן "עניין דוברין"):

"במידרג זכויות האדם החוקתיות, לאחר ההגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף, באה ההגנה החוקתית על הזכות להורות ולמשפחה.... זכות זו ניצבת, איפוא, במדרגה נעלה במידרג זכויות האדם החוקתיות. היא קודמת בחשיבותה לזכות הקנין, לחופש העיסוק, ואף לצינעת הפרט. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם, ואת התגלמות הגשמת עצמיותו."

(שם, בפסקה 12).

31. הזכות לחיי משפחה הינה זכות מוכרת ומוגנת במשפט זכויות האדם הבין-לאומי. כך למשל נקבע באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות:

1. "המשפחה היא היחידה הקיבוצית הטבעית והיסודית של החברה, והיא זכאית להגנה מטעם החברה והמדינה.

2. הזכות לשאת בן זוג ולכונן משפחה תהיה מוכרת לגבר ולאשה שבגיל הנישואין."

32. הוראות דומות קיימות בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם ובשלל אמנות נוספות.

33. פעמים חוזרות ונשנות נפסק על ידי בית משפט נכבד זה כי ישראל מחויבת להגן על הזכות לחיי משפחה אף מכוחו של המשפט הבין-לאומי (ר', למשל, דברי כב' השופט חשין בבג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728).

34. כידוע, אזרחים ותושבים ישראלים רבים הנשואים לתושבים פלסטינים, מנועים מלממש את זכותם לחיי משפחה בארצם, וזאת עקב הוראת השעה.

35. פעמיים נדרש בית משפט זה לסוגיה הקשה שמעלה הוראת השעה. בפעם השנייה בה נדרש בית משפט זה לבחון את חוקתיות הוראת השעה, במסגרת בג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה, (פסק דין מיום 11.1.2012) (להלן: עניין גלאון), קבע ברוב דעות של ששה מתוך 11 השופטים שבהרכב, כי הוראת השעה עומדת בתנאי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שופטי הרוב, על אף כי הכירו בקיומה של זכות חוקתית לחיי משפחה הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם, קבעו כי היקפה של הזכות לחיי משפחה אינו משתרע כדי מימוש הזכות בישראל דווקא.

36. והנה, המשיבים מונעים למעשה מן העותר לממש את זכותו – המצומצמת גם כן – לקיים חיי משפחה תקינים אף מחוץ לישראל, קרי ברצועת עזה. ברי כי פגיעה זו אינה יכולה לעמוד בעינה, גם לשיטת שופטי דעת הרוב בעניין גלאון.

37. כלומר, העותר ורעייתו אינם יכולים לממש את זכותם לחיי משפחה בשטח ישראל, מקום מושבו של העותר. סירובם של המשיבים מונע מהם לממש את זכותם לחיי משפחה גם ברצועת עזה, מקום מושבה של רעייתו. היכן, אם כן, אמורים העותר ורעייתו לממש את זכותם לחיי משפחה?

### פגמים מנהליים שנפלו בסירוב לבקשת העותר

#### פגמים חמורים בשיקול דעתם של המשיבים

38. בבואם לשיקול את בקשתו של העותר, היה על המשיבים לבחון את השיקולים הנוגעים לעניין, ובראשם – זכותו העילאית של העותר לחיי משפחה. למעשה, למול זכותו של העותר, לא עמד כל אינטרס שדי בו כדי לסכל את האפשרות למימוש נישואיו – כל סיכון פרטני ומסוים שיכול להצדיק סירוב לבקשתו. אפילו אם ניתן היה להצביע על סיכון קלוש כלשהו שעשוי להתקיים אם ייכנס העותר לרצועת עזה, לא די בכך כדי לשלול ממנו כליל את זכות היסוד לחיי משפחה.

39. הבסיס היחיד שהעלו המשיבים לסירוב לבקשתו של העותר נעוץ ב"טעמים ביטחוניים" עלומים. המשיבים לא הזכירו בסירובם כל נימוק ממשי, וספק האם יכלו להציע נימוק כזה, מאחר שכל העובדות מצביעות על היעדר כל סיכון מהעותר – במסגרת ההליך הפלילי שלל השופט במפורש קיומו של סיכון ביטחוני; האישום החמור יותר נמחק מכתב האישום, והעונש שנגזר על העותר היה קל ביותר; העותר לא ניסה להיכנס שוב לרצועת עזה שלא כדין. העותר לא חזר על אותה מעידה שמעד, להיפך – ההליך הפלילי השיג את מטרתו והרתיע את העותר. כל מהלכיו של העותר מאז מעידים על אימוץ דרך המלך וניסיונות רבים לממש את זכותו לחיי משפחה באמצעים חוקיים, וזאת למרות מכשולים שונים שהוצבו בדרכו.

40. הפגם הטמון בהישענותם של המשיבים על "טעמים ביטחוניים" כעילה לסירוב לבקשתו של העותר הוא כפול. ראשית, טמון פגם בכך שהמשיבים שקלו שיקול שאינו רלוונטי, ככל הנראה מעידתו הפלילית. חמורה לא פחות מכך היא העובדה שלשיקול בלתי-רלוונטי זה ניתן משקל רב, והמשיבים העדיפו אותו על השיקול הממשי, המבוסס וכבד המשקל שעיקרו זכותם של העותר ורעייתו לחיי משפחה.

41. סירובם של המשיבים לבקשת העותר פסול ודינו להידחות לא רק בשל פגם פרוצדורלי כלשהו שנפל בו (אם כי שפע של פגמים פרוצדורליים נפלו בסירובם, כפי שיוסבר להלן), אלא משום שכל הפגמים שנפלו בו מבטאים היבטים שונים של אותה התנהלות פסולה היורדת לשורש ההליך – ההתמקדות בעבירה שביצע העותר בעבר, עבירה שאינה מהווה שיקול רלוונטי לבחינת בקשתו, וההתעלמות מכל שיקול אחר, ובפרט – מהמעמד העילאי המוקנה לזכותו של העותר לחיי משפחה.

#### שרירות ופגמים בשיקול הדעת

42. בהליך הפלילי שבו טענה המדינה לעניין הסיכון הנשקף מהעותר, לא העלתה המדינה אף לא טענה אחת שעניינה סיכון פרטני הנובע מהעותר. טענותיה של המדינה בדבר "מסוכנות" העותר מסתכמות כולן בחשש כללי מעצם ההגעה לעזה, ומכניסה חוזרת של העותר לעזה באופן בלתי מוסדר (כלומר, דרך מנהרה). טענות אלו אינן רלוונטיות ביחס לבקשתו של העותר לקבל היתר כניסה לעזה, כדין, דרך מעבר ארז במסגרת "נוהל משפחות חצויות".

43. אזרחי ישראל נכנסים לרצועת עזה במסגרת נוהל משפחות חצויות, אמנם לא תמיד בקלות, אך כדבר שבשגרה. עצם השהייה ברצועת עזה, בכפוף לעמידה בהליכים הקבועים בנוהל, מותרת. גם הכניסה לעזה דרך מעבר ארז אינה טומנת בחובה את הסכנות שלגישת המדינה כרוכות בכניסה לרצועת עזה דרך מנהרה הנשלטת על ידי חמאס, ומאות (וסביר שאף אלפים) מאזרחי ישראל עושים זאת, בלא שיווצר איום ביטחוני.

44. ברור, אם כן, שבעניין זה אין כל חשש קונקרטי המצדיק את סירוב המשיבים להתיר את כניסתו של העותר לעזה מטעמים ביטחוניים. כאמור, מלבד המקרה החריג בו נכנס העותר שלא כחוק לרצועת עזה, הוא מקיים אורח חיים נורמטיבי.

45. בנסיבות אלו עולה החשש כי סירובם של המשיבים להתיר את כניסת העותר לרצועת עזה אינו מבוסס על הצורך להגן על הביטחון, אלא על הרצון להוסיף ולהעניש את העותר על כך שנכנס לרצועת עזה שלא כדין.

46. אכן, בעבר הפר העותר את החוק, ועל כך נענש וריצה את העונש שנגזר עליו. מציאת דרכים שונות להוסיף ולהתעמר בעותר ולשלול את זכויותיו הבסיסיות לאחר שכבר שילם את חובו לחברה, היא התאכזרות בלתי מוצדקת.

47. בית משפט נכבד זה כבר קבע בהזדמנויות רבות בעבר כי גם מי שהורשע בעבירה אינו מאבד את כבודו ואינו מאבד את זכויותיו כאדם. כך, למשל, קבע כבוד השופט (כתארו אז) אלון בבג"ץ 337/84 רמי הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826 :

"כלל גדול בדינו, כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במעצר או במאסר, ואין בעובדת המאסר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה הימנו, או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין (עע"א 4/82)ב"ש (904/82) [5], בעמ' 208). שורשיו של כלל זה במורשת ישראל מקדמת דנא :



על-פי האמור בדברים, כה ג: , ונקלה אחיך לעיניך, קבעו חכמים כלל גדול בתורת הענישה העברית: ,משלקה - הרי הוא כאחיד' (משנה, מכות, ג, טו)."

(שם, פס' 1)

48. הלכה זו אושררה בפסקי דין רבים אחרים לאחר מכן (ראו למשל עע"א 4463/94 **אבי חנניה גולן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ(4) 136; בג"ץ 4634/04 **רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים**, פ"ד סב(1) 762 (פס' 12 לפסק דינה של כבוד השופטת פרוקצ'יה)). שוב ושוב נקבע כי אין בעצם גזירתו של עונש פלילי כדי לאיין את זכויות האדם.

49. ואם כך ביחס להגנה על זכויותיו של אסיר, קל וחומר שכך הוא הדבר ביחס למי שנגזרו עליו עבודות שירות בלבד, סיים כבר לרצות את עונשו והשתלב בחברה. בוודאי שאין כל הצדקה לגזול את זכויותיו כאדם.

50. במדינת חוק, הסמכות להעניש מסורה לבתי המשפט בלבד – לא לרשות המבצעת, לא לקציני הצבא, ולא ליועץ המשפטי למת"ק עזה. בית המשפט שמע את עובדות המקרה בדונו בעבירה הפלילית בה הואשם העותר וגזר עליו עונש. העונש של שישה חודשי עבודות שירות, הנמוך ביחס לעונש מקסימלי של ארבע שנים הקבוע לעבירה בה הורשע העותר ("יציאה שלא כדין", לפי סעיף 2א לחוק למניעת הסתננות), משקף את נסיבותיה הקלות יחסית של העבירה שעבר העותר, שאין בשום פנים לראות בו עבריו מועד, או מי שמסכן את ביטחון המדינה. אף אם הגורמים הצבאיים אינם שבעי רצון מהתנהגותו של העותר, אין להם סמכות להוסיף על העונש שקבע בית המשפט.

#### חוסר סבירות וחוסר מידתיות

51. כאמור לעיל, הזכות לחיי משפחה נמצאת במדרגה גבוהה ביותר במידרג זכויות האדם. זכותו של העותר לחיי משפחה היא, אם כן, שיקול כבד-משקל. בעניין **דוברין** נאמר כי:

"ככל שזכות האדם הינה בעלת עוצמה גדולה יותר במידרג זכויות האדם, כך נדרשים טעמים חזקים יותר כדי להצדיק את הפגיעה בה."

(שם, בפסקה 14).

52. במקרה זה ספק אם ישנו טעם ענייני **כלשהו** למנוע את כניסת העותר לרצועת עזה. מכל מקום, ודאי שאין טעמים כבדי משקל מספיק שיצדיקו את הסירוב לבקשתו. העותר הוא אזרח ישראלי, ואין כל מידע שיצביע על מעורבותו בפעילות מסוכנת שיש בה כדי לאיים על ביטחון הציבור. בתסקיר שירות המבחן שנערך לעותר הוזכר במפורש עברו הנקי, ונאמר כי חווית המעצר, לראשונה בחייו, היוותה עבורו אלמנט מרתיע ומציב גבולות. בית המשפט עצמו קבע כי העותר אינו מסכן את שלום הציבור (ר' נספח ע/6).

53. בית המשפט הנכבד כבר קבע בעבר כי לא ניתן לפגוע בזכות לחיי משפחה על סמך חשש רחוק ותאורטי בלבד, וכי על המדינה להראות כי ישנה הסתברות גבוהה להתממשות סכנה בטחונית בכדי להצדיק צעד מרחיק לכת שכזה. כך, למשל, נאמר בבג"ץ 7444/03 **זקה נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 22.2.2010):

"הנטל מוטל על המדינה לשכנע כי צורכי ההגנה על הציבור מפני סיכון ביטחוני ממשי מחייבים פגיעה ממשית בזכות אדם, וכי לא ניתן לענות לצורך הציבורי האמור בלא פגיעה כזו, או, למצער, בפגיעה מתונה יותר אשר אין בה שלילת איחוד משפחה מכל וכל. עליה לשכנע כי ההסתברות להתממשות הסכנה הביטחונית הינה גבוהה במידה כזו עד כי היא מחייבת נקיטת צעדי הגנה על החיים והביטחון אף שהם פוגעים בזכויות אדם במידרג החוקתי העליון. מקום שההסתברות לסכנת חיים עומדת בדרגה הקרובה לוודאות, עשויות אף הנעלות שבזכויות האדם החוקתיות לסגת מפניה. מקום שההסתברות להתממשות הסיכון הינה נמוכה יותר, יתכן כי ערך הביטחון לא יצדיק פגיעה כלשהי בזכות האדם, או אפשר שיצדיק אך פגיעה מתונה בלבד."

(שם, פס' 43 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה)

54. בעניינו, לא נמסר כל מידע המצביע על הסתברות גבוהה (או הסתברות כלשהי) להתממשות סכנה ביטחונית כתוצאה מכניסת העותר לרצועה. אף אם היו עומדות בפני המשיבים המלצות קונקרטיים של גורמי הביטחון, המלצות אלו אינן השיקול היחיד והמכריע שיש לשקול. כך למשל נאמר בעת"מ (חיי) 1551-06-09 **נצאר נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 29.09.2009):

"ואולם המלצת השב"כ ויתר גורמי הבטחון אינה בגדר של גורם מכריע שאין בלתו. אין לשב"כ "זכות וטו" לעניין אישור של בקשות לאיחוד משפחות."

(שם, עמ' 5. ההדגשה במקור)

55. במאזן השיקולים ניצבת מהעבר האחד זכותו העילאית של העותר לחיי משפחה, ומהעבר השני ניצבות לכל היותר טענות כלליות, שאינן רלוונטיות ואינן משכנעות, ואף אם היו רלוונטיות - לא די בהן כדי לשלול מיד ובאופן מוחלט את זכותו של העותר לחיי משפחה. בוודאי שבנסיבות אלו נוטה המאזן לטובת הגנה על זכות העותר לחיי משפחה, והתרת כניסתו לרצועת עזה.

56. טענות שהעלתה המדינה בעבר, בדבר הסיכון שלכאורה נובע מהעותר, אינן רלוונטיות ואף אינן מבוססות, כאמור לעיל. בנסיבות אלו, **ההחלטה למנוע מהעותר לחלוטין לממש את זכותו לחיי משפחה אינה סבירה ואינה מידתית.**

#### הפרת חובת ההנמקה

57. הרשות הציבורית מחויבת לנמק את החלטותיה, ואינה יכולה להסתפק בסירוב לקוני וסתום. המדובר בחובה כללית החלה במגוון של מקרים, אך בוודאי שחובת ההנמקה חלה ביתר שאת כאשר מבקשת הרשות לפגוע בזכות יסוד עילאית המוקנית לאזרח ישראלי.

58. הסירוב לאפשר לעותר להיכנס לרצועת עזה פוגע אנושות בזכותו לחיי משפחה. אין מדובר בסירוב חד-פעמי לבקשה פרטנית, אלא בשלילה מוחלטת של זכותו לחיות עם בחירת ליבו מעתה ועד עולם. בוודאי שבמקרה כזה, לא ניתן להסתפק בשתי המילים "מטעמים ביטחוניים", שרב בהן הנסתר על הנגלה.

59. אף במקרים בהם הסירוב לאפשר חיי משפחה מבוסס על "טעמים ביטחוניים", יש צורך לנמק מהם אותם טעמים. כך, למשל, בנוהל 5.2.0015 של רשות האוכלוסין (עודכן לאחרונה ביום 15.4.2010) אשר כותרתו "נוהל הערות גורמים בבקשות לאיחוד משפחות". במקרה של

סירוב לבקשה יש צורך להבהיר בדיוק מהו הנימוק לסירוב – קיומן של הרשעות פליליות של בן הזוג הזר, מידע מודיעיני וכדומה (ר' סעיף 3.1 לנוהל). במקרה של סירוב על רקע מידע מודיעיני, יש לכלול בכתב את תמצית המידע המודיעיני שהוביל לסירוב. **רק במקרים חריגים ניתן להימנע מצירוף פרפרזה**, זאת כאשר מטעמי ביטחון הציבור לא ניתן לפרט מהו המידע.

*העתק "נוהל הערות גורמים בבקשות לאיחוד משפחות" מצ"ב ומסומן נספח ע/20*

60. לא די שסירובם של המשיבים לבקשת העותר הפר את חובת ההנמקה, נוסחו הלקוני מחזק את החשש שנדון לעיל, שביסוד הסירוב לבקשת העותר לא עמד כל מידע ממשי המצדיק סירוב זה, ומשום כך לא יכלו המשיבים להציע נימוק ממשי או פרפרזה לטעמים שהובילו לסירוב.

#### פגיעה בזכות הטיעון של העותר

61. הפגיעה בזכות לחיי משפחה היא פגיעה באופן ישיר וממשי באינטרס מוגן, ועל כן היא מקימה את זכות הטיעון (ר' עע"מ 1038/08 **מדינת ישראל נ' חסין געאביץ** (פורסם בנבו, 11.08.2009) (להלן "עניין געאביץ") – אף לתושבים פלסטינים ניתנה זכות טיעון במקרים דומים, ובוודאי שלעותר, כאזרח ישראלי, מוקנית זכות זו.

62. רב מאוד המשותף בין עניינו של העותר ובין עניין **געאביץ** – בשני המקרים עולה הסוגיה המהותית של זכותם של אזרחי ישראל לחיי משפחה עם בני זוגם שהם תושבים פלסטינים; ובשני המקרים נדרש בית המשפט הנכבד לעסוק בתוכן ובפרוצדורה לסירוב לזכות זו בשל חשש (לכאורה) לפגיעה בביטחון הציבור. וכך נאמר בעניין **געאביץ** :

"מקום שעסקינן בהחלטה בבקשה לאיחוד משפחות שבמסגרתה מתעורר חשש לביטחון הציבור או המדינה, הכרעת משרד הפנים בבקשה היא החלטה שהיא עצם מעצמיו של המשפט המינהלי הישראלי, וככזו חלה בה, ברמה העקרונית, חובת שימוע."

(שם, פסי' כ"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין)

63. עוד עולה מעניין **געאביץ** כי זכות השימוע מחייבת את הרשות להציע תשתית עובדתית מנומקת לטעמים בגינם היא שוקלת לדחות את הבקשה, וכי בלא שיוצגו למבקש טעמים אלו, תיפגע קשות יכולתו לטעון כנגדם. וכך נאמר בפסק הדין :

על הליך השימוע לבוא לאחר הודעה מפורטת ככל הניתן בדבר הסיבה שבגינה נשקלת דחיית הבקשה, על מנת שיוכלו המבקשים להכין את עצמם כראוי לקראתו. ערכה של זכות הטיעון פוחת במידה רבה ללא הודעה מוקדמת כזו, ואילו בהינתנה יוכלו המבקשים למצות את השימוע הנערך להם. בהקשר זה אמר מכבר השופט - כתארו אז – לנדוי, כי "את טענות הצד שכנגד אפשר לסתור רק כשהן ידועות; עם ספינקס אי אפשר להתווכח" (בג"ץ 111/53 **קאופמן נ' שר הפנים**, פ"ד ז 534, 541). ועם זאת, ברי כי במקרים רבים חוות הדעת של הגורמים הבטחוניים מבוססת על חומר מודיעיני מסווג, אותו לא ניתן לחשוף בפני המבקשים. דבר זה הוא בחינת מציאת חיים בנסיבות הישראליות - פלסטינאיות. **במקרים אלו דרוש מאמץ ליצירת פרפרזות של החומר, תוך פירוט ככל הניתן, ותוך השתדלות לא להסתפק באמירות לקוניות**. בהתמודדות הפרט עם הרשות יחסי הכוחות לעולם אינם שקולים, אך במקרים אלה, כשהחומר

בעניין המבקש נסתר מעיניו, נכון הדבר ביתר שאת, ויש לשאוף ולצמצם מגבלה זו עד למינימום הנדרש.

(שם, פס' ל"א לפסק דינו של השופט רובינשטיין) (הדגשה הוספה, מ.נ.)

64. אין מחלוקת כי בעניינינו כלל לא ניתנה הזדמנות לעותר להציג את טענותיו בפני המשיבים בטרם סירבו לבקשתו לממש את זכותו הבסיסית לחיי משפחה. בוודאי שלא ניתנה לו כל הזדמנות להגיב לטעמים לסירוב זה או למידע שייתכן שעמד בבסיס סירוב זה (והעותר מטיל ספק בקיומו של מידע כזה), ולא נעשה כל מאמץ להעביר לו פרפרזות מפורטות של החומר בעניינו – חרף הנחייתו המפורשת של בית המשפט הנכבד, הסתפקו המשיבים באמירות לקוניות בלבד.

65. בנסיבות אלו, הפרו המשיבים את זכותו של העותר לשימוע – זכות שבית המשפט הנכבד הכיר בה במפורש בנסיבות דומות מאוד. פגם זה מצטרף לשורה הארוכה של פגמים שנפלו בסירובם של המשיבים לבקשת העותר.

### סיכום

66. העותר הוא אזרח ישראלי המבקש לממש את זכותו המצומצמת לחיי משפחה, ונאלץ לשלם מחיר על נטיית ליבו כשבחר להינשא לאישה פלסטינית תושבת רצועת עזה. למרות שמדינת ישראל מאפשרת יציאת ישראלים לרצועת עזה לצורך שמירה על הזכות לחיי משפחה, זכות זו נמנעת מן העותר, בלא כל סיבה מוצדקת.

67. לו היה העותר יודע מה יהיו ההשלכות החמורות של נסיונו הנואש לראות את רעייתו, כלל לא היה פועל בדרך שפעל. כל יום הוא מתחרט על דרך פעולתו הנמהרת. זה שנתיים הוא מתיסר על המהלך האימפולסיבי שמנע ממנו לחלוטין את צחוקה של רעייתו וחיוכו של ילד.

68. בסירובם להתיר את כניסתו של העותר לרצועת עזה התעלמו המשיבים ממשקלה הרב של זכותו לחיי משפחה, ותחת זאת ביססו החלטתם על שיקולים שאינם רלוונטיים, אינם מבוססים דיים, ועולה מהם חשד כבד לשרירות והסתמכות על שיקולים פסולים, ובעיקר על הרשעתו של העותר בכניסה לרצועת עזה דרך מנהרה – הרשעה שאינה יכולה להוות נימוק בעניין זה, ובוודאי שלא ניתן לבסס עליה סירוב לבקשת העותר.

69. העותר עבר על החוק ושילם על כך. באופן ברור הוא עשה כן כדי לממש את נישואיו ולא ממניעים אחרים. הרשעתו לא שללה את זכויותיו הבסיסיות כאדם, לא איינה את אהבתו לרעייתו, והיא אינה מצדיקה את הפגיעה האנושה ביכולתו לקיים חיי משפחה.

70. מכל הטעמים הללו מתבקש בית-המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי, כמבוקש בראש העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים, להפוך את הצו על-תנאי למוחלט ולחייב את המשיבים בהוצאות העותר לרבות שכ"ט עו"ד.

---

מעין נייזנה, עו"ד  
בי"כ העותר

15.12.2014