

בעניין:

1. עמאירה
ת.ז., מדורא, נפת חברון

2. חג'ה
נושאת דרכון ירדני, כעת בירדן

ע"י ב"כ עוה"ד יוסי וולפסון (מ.ר. 26174) ו/או מנאל חזאן (מ.ר. 28878)
ו/או עדי לנדאו (מ.ר. 29189) ו/או לינה אבו-מוך זועבי (מ.ר. 33775)
ו/או שירין בטשון (מ.ר. 32737)
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

המשיב

עתירה לצו-על-תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו-על-תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו ליתן טעם מדוע לא יתיר את חזרתה לגדה המערבית של העותרת 2 (להלן: "העותרת"), אשת העותר 1 (להלן: "העותר"), ומדוע לא יאשר בקשה למתן תושבות עבורה, שהועברה לידי על-ידי הרשות הפלסטינית עוד בשנת 2000.

בקשה לדיון מזורז

בית-המשפט מתבקש לדון בעתירה באורח מזורז, לרבות הכללת ימי הפגרה בספירת הימים במועדים שייקבעו לצדדים, וקביעת דיון (במידת הצורך) גם בימי הפגרה.

בקשה זו באה לאור מהותה של העתירה, שעניינה אפשרותם של בני-זוג לחיות יחדיו, וביכולתם של ילדים להיות מטופלים בידי שני הוריהם.

ואלה נימוקי העתירה

מבוא

1. עניינה של עתירה זו בזכותם של בני-זוג וחמשת ילדיהם הקטינים לחיי משפחה מינימליים. האיש הוא תושב הגדה המערבית. בת-הזוג תושבת ירדן. המשיב איפשר את חיי המשפחה בגדה באמצעות חידוש מפעם לפעם של רשיון הביקור, וללא ספק היה ממשיך בכך עד עצם היום הזה לולא יצאה האישה לביקור משפחתי בירדן בחודש אוקטובר 2000. אולם מאז מסרב המשיב לאשר לעותרת רשיון ביקור חדש, ואינו דן בבקשה לאיחוד משפחות המונחת על שולחנו מזה שלוש שנים.

נכון להיום, העותר ושני ילדים חיים בגדה המערבית, והעותרת ושלושת הילדים האחרים חיים בירדן. הקשר המשפחתי מתמצה בביקורים נדירים של העותר בירדן ובשיחות טלפון בינלאומיות אחת לחודש. הבן הצעיר אינו מכיר בעותר כאביו ומייחד את המלה

"אבא" לסבו. ואילו העותרת, זו חיה תחת הפחד שתיאלץ להיפרד לא רק משני ילדיה הגדולים יותר אלא גם מהקטנים.

הצדדים

2. העותר הוא תושב דורא, נפת חברון. הוא בן 35 ועובד כפועל בניין. העותר נישא בדצמבר 1989 לעותרת, נתינה ירדנית ילידת 1969.
3. המשיב מחזיק באזור הגדה המערבית מכוח תפיסה לוחמתית, ונושא בחובות ובזכויות הנובעות ממעמדו זה. בעניין סמכויותיו וחובותיו של המשיב נרחיב בפרק המשפטי.

העותרים וילדיהם: יצירת המשפחה ופירודה

4. בשנת 1989 חתם העותר חוזה נישואין עם העותרת, נתינה ירדנית. העתק חוזה הנישואין מצורף, מסומן ע'1.
5. בשנת 1990 הגיש העותר למנהל האזרחי של המשיב בקשה לאיחוד משפחות עם אשתו – בקשה שלא זכתה מעולם למענה.
6. בספטמבר 1992 נכנסה העותרת לגדה המערבית ברשיון ביקור שהונפק לה מטעם המשיב בתאריך 26.8.1992. מאז ועד לחודש אוקטובר 2000 שהתה העותרת ברציפות עם העותר בגדה, וכאן הקימו את ביתם וילדו את ילדיהם. שהיית העותרת בגדה התאפשרה באמצעות הארכות שניתנו מפעם לפעם מטעם המשיב לרשיון הביקור שלה (כפי שיפורט בפרק הבא).
7. במשך שמונה שנים אלו נולדו לעותרים חמשת ילדיהם. בנם הבכור, נולד בשנת 1993. היא ילידת 1995, ילידת 1996, יליד 1997 ו יליד 2000.30.8. כל הילדים הם תושבי הגדה המערבית ורשומים במרשם האוכלוסין של הגדה.
8. לאחר למעלה משמונה שנים של שהייה בגדה, בתאריך 18.10.2000, יצאה העותרת לירדן יחד עם העותר ועם חמשת ילדיהם. הביקור בירדן היה לרגל חתונת אחיה של העותרת עם אחותו של העותר. בתום הביקור חזר העותר לגדה עם הבן הבכור. בעת שיצאה היה רשיון השהייה של העותרת בגדה בתוקף עד ל-10.3.2001.
- העתק ההארכות האחרונות לרשיון הביקור מצורף, מסומן ע'2.
9. העותרים וילדיהם לא ידעו אז שהביקור המשפחתי הקצר צפוי להתמשך שנים.
10. יציאתה של העותרת את הגדה נפלה בשבועות הראשונים של האינתיפאדה הנוכחית. כפי שיפורט בהמשך, בעקבות האינתיפאדה אין המשיב מאשר בקשות לרשיונות ביקור בגדה למעט במקרים חריגים. לעותרת לא אושר רשיון ביקור, ועד היום לא הצליחה לשוב לגדה.
11. מאותה עת ואילך המשפחה מפוצלת.
12. הבן הבכור, , סיים את כיתה א' בדורא בשנת 2000 וממשיך פה את לימודיו. השנה סיים את כיתה ד'. למעט ביקור נוסף אצל אמו בחורף 2000, הוא לא ראה את אמו ואת אחיו שבירדן מאז אותו ביקור קצר שהפך למציאות של קבע. בכיתה א' היה מקבל סיוע בלימודים מאמו. לאחר שהופרד ממנה החל להידרדר בלימודים, ואביו העביר אותו לבית-ספר פרטי ברמה גבוהה יותר, כדי לשמור על הישגיו. אולם שכר הלימוד בבית-ספר זה גבוה, ולא נראה שהעותר יוכל להמשיך ולהחזיק שם את גם בשנה הקרובה.

13. הבת שהתה עם אמה בירדן עד לקיץ 2001, אז החזירו אותה הוריה לגדה, כדי שתתחיל את לימודיה בכיתה א' בדורא. גם מתקשה בלימודים, ומורתיה מייחסות זאת למצבה הנפשי, עקב הפרדתה מאמה. לדבריהן היא מזכירה את אמה כל הזמן.
14. שלושת הילדים הקטנים יותר מצויים בירדן, אצל אמם. סיימה השנה כיתה א', ואילו, שלמד השנה בגן, עולה לכיתה א'. הבן הקטן היה בן חודש וחצי לערך כשיצא עם אמו לירדן, והיום הוא בן שנתיים וחצי.
15. סובל מבעיות בדיבור. תחילה סברו שהסיבה היא בבעיה פיסיוולוגית בלשון, אולם למרות ניתוחים שעבר, עדיין אינו מדבר, למעט המלים "אמא" ו"אבא", וייתכן שלבעיה גם יסודות פסיכולוגיים. "אבא" הוא קורא לסבו, שהוא הדמות הגברית והאוהבת שבבית. בביקור הראשון של העותר בירדן, לאחר שהעותרת לא יכלה לשוב לגדה, לא זיהה את אביו, ובמשך יומיים סירב להתקרב אליו. כשהעותר ניסה לחבקו הוא בכה והשתולל. עד היום הוא מסרב לגשת לטלפון כשהעותר מטלפן ואמו קוראת לו.
16. הורי העותרת הקצו לה חדר בביתם, ואילו הם ישנים בסלון הבית. לצפיפות הגדולה מצטרפת תחושה חזקה של אורחת נוטה ללון. העותרת מספרת כי היא חוששת שמא הילדים ישברו משהו בבית ההורים, ולכן אינה נותנת להם לשחק אלא בחדר המגורים שלה ושלהם. הלחץ הגדול בו נתונה העותרת יוצא לא פעם בצעקות על הילדים.
17. פחדה הגדול ביותר של העותרת הוא שתצטרך להיפרד מילדים נוספים, מעבר לשניים שכבר מצויים בגדה המערבית, הרחק ממגע עמה.
18. העותרת חיה היום, אם כן, עם שלושה ילדים קטנים בחדר צפוף בבית הוריה בעמאן. שני הילדים הגדולים יותר גדלים בדורא, ללא מגע עם אמם, ומטופלים על-ידי סבתם. העותר שולח כסף לירדן לפרנס את אשתו וילדיו שם. בתדירות של בערך פעמיים בשנה יוצא העותר לירדן לבקר את אשתו וילדיו. מעבר לכך, הקשר הוא כולו בטלפון. אבל השיחות הבינלאומיות יקרות. רק פעם בחודש מרשים העותרים לעצמם ולילדיהם לשוחח אלו עם אלו בטלפון.
19. הפירוד המתמשך מטיל על העותרים עול כלכלי כבד. אולם כבד ממנו הוא העול הרגשי. עבור העותרים עצמם – הרי שהם רואים לנגד עיניהם את התא המשפחתי שיצרו הולך וקורס. העותר – בנו הצעיר לא מכיר בו כאביו. העותרת – ילדיה נפרדים ממנה בזה אחר זה. ילדי העותרים סובלים ממצוקה נפשית, הם פגיעים ומרבים לבכות. מצבם הנפשי משפיע גם על התפתחותם – והעותרים, למרות כל מאמציהם, אינם יכולים להושיע.

מעמד העותרת בגדה ומיצוי ההליכים

20. העותרים משתייכים למה שמכונה "אוכלוסיית הבג"ץ המקורית" או "אוכלוסיית בג"ץ ישן". כינוי זה מתייחס להסדר שהושג במסגרת מספר סדרות של עתירות לבג"ץ שהוגשו בראשית שנות התשעים, בין היתר באמצעות האגודה לזכויות האזרח בישראל והמוקד להגנת הפרט (בג"ץ 1979/90 עואשרה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון; בג"ץ 4494/91 אבו סרחאן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה השומרון ו-63 עתירות נוספות; בג"ץ 4495/92 חדרה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ו-20 עתירות נוספות).

מי שנכללים באוכלוסיות הבג"ץ זכאים, בין היתר לאלו:

- א. לרשיון ביקור בגדה לבן-הזוג הזר;
 - ב. להארכת רשיון הביקור של בן-הזוג המבקר לתקופות חוזרות של שישה חודשים כל אחת;
 - ג. לתושבות קבע לבן-הזוג המבקר, בכפוף לשיקולי ביטחון, אך לא בכפוף למכסה. להבדיל משתי הזכויות הקודמות, זכות זו חלה רק לגבי בני "אוכלוסיית הבג"ץ המקורית" ("בג"ץ ישן"). בני "אוכלוסיית הבג"ץ החדש" או מי שאינם כלולים באוכלוסיות הבג"ץ זכאים להגיש בקשות אחמ"ש, אך אלו מאושרות בכפוף למכסה שנתית. זהות הבקשות שייכללו במכסה נקבעת (מאז כניסת הרשות הפלסטינית) על ידי הרש"פ.
21. עד לשנת 2000 היתה מחלוקת בין המשיב לבין ב"כ העותרים בשאלה אם העותרים משתייכים לאוכלוסיית "בג"ץ ישן" (כטענת המוקד להגנת הפרט) או לאוכלוסיית "בג"ץ חדש" (כעמדתו אז של המשיב). בהתאם לכך, המשיב האריך באופן סדיר את רשיונות הביקור של העותרת, אולם לא איפשר לעותרים להגיש בקשת אחמ"ש אלא במסגרת המכסות. העותרים אכן הגישו בקשת אחמ"ש (בשנת 1997), אולם בקשתם לא נכללה בתוך המכסות שאושרו.
- בירור המחלוקת ארך שנים, עד שלבסוף נתקבלה עמדת המוקד להגנת הפרט. מבלי להיכנס לפרטי המחלוקת מצורפים מכתבה של מנהלת המוקד להגנת הפרט לראש ענף ארגונים בינלאומיים במנהל האזרחי (מתאריך 14.8.1997), מכתבה למפקדת הפרקליט הצבאי הראשי (מתאריך 5.11.1998) והתשובה ממפקדת הפצ"ר מ-12.3.2000. הדברים מובאים על-מנת להסביר מדוע לא אושרה בקשת האחמ"ש שהגישו העותרים בשנת 1997 עוד באותה עת.

העתקי המכתבים מצורפים כנספחים ע'3-5.

22. בעקבות פתרון המחלוקת האמורה הוכרה זכאותם של העותרים להגיש בקשה לאיחוד משפחות שתאושר שלא בכפוף למכסה. העותרים הגישו בקשה חדשה וזו הועברה על-ידי הרשות הפלסטינית אל המשיב בתאריך 29.6.2000.

העתק אישור הגשת הבקשה מצורף ומסומן ע'6.

23. כאמור, בתאריך 17.10.2000, סמוך לאחר תחילת האינתיפאדה הנוכחית, יצאה העותרת לירדן, ומאז לא קיבלה רשיון לשוב ולהיכנס לגדה.

24. בתאריך 10.9.2001 פנתה מנהלת המוקד להגנת הפרט לראש מדור ארגונים בינלאומיים במנהל האזרחי של המשיב. היא ביקשה אישור על שייכות העותרים ל"אוכלוסיית הבג"ץ הראשונה". כן ביקשה לברר את גורל בקשת האחמ"ש של העותרים ושינופך רשיון ביקור לעותרת.

העתק המכתב מתאריך 10.9.2001 מצורף כנספח ע'7.

25. בתאריך 11.10.2001 השיב ראש מדור ארגונים בינלאומיים, סרן פיטר לרנר לפנייה. כתב סרן לרנר:

...המבקרת חגיה אכן משתייכת לאוכלוסיית בג"צ ישן...

על שם המבקרת הנ"ל הוגשה בקשה לשיבת קבע מקטגוריית אוכי "בג"צ ישן", מספר 10000004665 שהועברה לצד הישראלי ב-29.6.00, הבקשה הוקפאה ע"י הצד הישראלי בעקבות אירועי "גאות ושפל".

לגבי בקשתך להנפקת רשיון ביקור, על התושב הפלסטיני, מבקש הבקשה, לפנות למשרד הקישור הפלסטיני שבאזור מגוריו ולהגיש בקשה לרשיון ביקור. בקשה זו תידון עפ"י הנהלים הנהוגים כיום.

העתק המכתב מ-11.10.2001 מצורף כנספח ע'8.

26. מאחר שברור וידוע היה למוקד להגנת הפרט שהפניית העותר למת"ק הפלסטיני תהיה עקרה, פנה הארגון לסגן היועמ"ש של המשיב בבקשה שיונפק לעותרת רשיון ביקור.

העתק המכתב מ-22.10.2001 מצורף כנספח ע'9.

27. מכתב זה נענה במכתבו של עוזר היועמ"ש של המשיב מתאריך 6.11.2001. בסעיף 2(ה) למכתבו מתייחס ע' היועמ"ש לעניינם של העותרים:

...מאז תחילת אירועי גאות ושפל, אין, באופן עקרוני, טיפול ברשיונות כניסה לאזור. אי לכך, לא נמצא כל טעם לבדוק כעת האם משתייכים פונים אלה לאוכלוסיית בג"צ, שכן גם לו ייקבע שהם שייכים לאוכלוסיית בג"צ ישן – הם לא יוכלו להכנס לאזור.

אציין, שגם במהלך אירועי גאו"ש ניתנים רשיונות ביקור לאזור, אך זה נעשה רק במקרים הומניטריים חריגים. על פניו, מקרה זה אינו נכנס לקטגוריה זו באם סבורים אתם שישנן סיבות הומניטריות מיוחדות (כגון: סיבות רפואיות) המצדיקות מתן רשיון ביקור חדש – הרי שתוכלו לפנות ולבקש רשיון ביקור על בסיס הומניטרי.

(ע' היועמ"ש אינו מדייק במכתבו, שכן עצם השייכות לאוכלוסיית "בג"צ ישן" אינו שנוי עוד במחלוקת, וראו לעניין זה את הנספח ע'8. חשיבותו של המכתב לעניין הצגת מדיניות המשיב בעניין רשיונות ביקור, והקביעה שעניינם של העותרים אינו נופל תחת החריג ההומניטרי).

העתק המכתב מתאריך 6.11.2001 מצורף כנספח ע'10.

28. בתאריך 17.3.2003 פנה ב"כ העותרים לעוזר היועמ"ש של המשיב וביקש שתישקל מחדש העמדה כפי שנמסרה במכתב ע'10. ב"כ העותרים טען, כי לא רק שמתקיימים בעניינם של העותרים טעמים הומניטריים מיוחדים למתן רשיון הביקור, אלא שנסיונות העניין מטילות על המשיב חובה להכניס לגדה את העותרת. עוד ביקש ב"כ העותרים במכתבו, שתאושר בקשת האחמ"ש של העותרים, המצויה בטיפול המשיב.

המכתב מתאריך 17.3.2003 מצורף כנספח ע'11.

29. במקביל לפניות אלו פנתה העותרת עצמה לשגרירות ישראל בעמאן לקבלת אשרת ביקור דרך השגרירות ופניותיה אלו (מאפריל 2001 ומאוקטובר 2001) סורבו.

30. למרות תזכורת שנשלחה, לא נענה המכתב ע'11 עד שעת כתיבת שורות אלו.

הטיעון המשפטי

31. במרכז העתירה מצויה מדיניותו של המשיב שלא לאשר רשיונות ביקור בגדה למעט מה שהוא מתאר כ"מקרים הומאניטריים חריגים", כאשר בפועל ידוע למוקד להגנת הפרט רק על מקרים בודדים ביותר שאושרו במהלך קרוב לשלוש השנים שחלפו מאז החלת המדיניות: מקרים של מגורשים שצו הגירוש נגדם בוטל (במקרה זה מדובר בעצם בכניסתם של מי שהם תושבים כחוק) ומקרה אחד של בת-זוג שהותרה כניסתה בעקבות עתירה לבג"ץ (בג"ץ 9926/02 עדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע).

32. העותרים יטענו כי מדיניות זו היא מדיניות גורפת, הפוגעת ללא הצדקה בזכויות יסוד של העותרים וילדיהם. הפגיעה בזכויות העותרים עומדת בסתירה לחובתו של המשיב להגן על זכויות העותרים ולקיים את החיים התקינים בשטח הכבוש.

העותרים יטענו עוד, כי המדיניות לוקה בחוסר סבירות קיצוני, כי הפגיעה בזכויותיהם היא ללא כל הצדקה, וכי ההיגיון שמאחורי המדיניות הוא היגיון פסול של ענישה קולקטיבית ושל פגיעה באזרחים תמימים, שמוחזקים בידי המשיב כמעין בני ערובה, ככלי להפעלת לחץ על הרשות הפלסטינית ועל הארגונים הפלסטיניים.

הזכויות והעקרונות הנפגעים

הזכות לחיי משפחה

33. מדיניותו של המשיב פוגעת בחיי המשפחה של העותרים על כל רובדיהם. בהעדר חיים משותפים נמנעים גם התמיכה ההדדית – במשק הבית, בגידול הילדים וברמה הרגשית – שהם יסודותיהם של חיי המשפחה.

34. הזכות לחיי משפחה היא מזכויותיו היסודיות של כל אדם. זהו הביטוי השלם לאישיותו של הפרט, המממש את עצמו בתוך התא החברתי. עבור החברה המשפחה היא היחידה היסודית הבונה אותה. המשפחה היא גם קן הגידול, המספק סביבה מוגנת לילדים. לא פלא, שהן הדין הפנימי בישראל והן הדין הבינלאומי מבקשים להגן על התא המשפחתי. ההגנה על התא המשפחתי אינה מתמצית באיסור על התערבות המדינה בתא המשפחתי, אלא מטילה על המדינה את החובה האקטיבית להגן עליו.

35. המשפט הישראלי מכיר בערך המרכזי של חיי משפחה תקינים, הראוי להגנת החברה. ערך זה בא לידי ביטוי בהוראות חוק רבות, שמטרתן להגן על המשפחה, שלמותה ויחסי האמון בין בני הזוג (למשל, סעיף 3 לפקודת הראיות [נ"ח], התשל"א-1971; סעיפים 14, 15 ו-18 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ח-1962; סעיף 4 לחוק השבות, התשי"ו-1950 וסעיפים 7 ו-8 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952). החשיבות העליונה של התא המשפחתי בחברתנו מודגשת בפסקי דין רבים:

[...] שמירה על שלמות המשפחה מהווה חלק מתקנת הציבור בישראל. התא המשפחתי הינו 'התא הראשוני... של החברה האנושית' (השופט חשין בע"א 238/53 כהן ואח' נ' י"מ); הוא 'מוסד המוכר על ידי החברה כאחד היסודות שבחיי החברה' (הנשיא אולשן בע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון ואח'). שמירתו של מוסד המשפחה הינו חלק מתקנת הציבור בישראל. זאת ועוד: במסגרת התא המשפחתי שמירה על מוסד הנישואין הינו ערך חברתי מרכזי, המהווה חלק מתקנת הציבור בישראל. (כב' השופט ברק, כתארו אז, בבג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז(1) 749, 783).

36. הזכות לחיי משפחה נתפסת כזכות חוקתית טבעית:

זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם [...]. זכות זו באה לידי ביטוי בפרטיות ובאוטונומיה של

המשפחה: ההורים אוטונומיים בקבלת החלטות בכל הנוגע לילדיהם –
חינוך, דרך חיים, מקום מגורים וכדומה, והתערבות החברה והמדינה
בהחלטות אלה היא בבחינת חריג שיש ליתן טעם להצדיקו [...]. גישה זו
שורשיה בהכרה כי המשפחה היא 'התא החברתי היסודי והקדום ביותר
בתולדות האדם, שהיה הווה ויהיה היסוד המשמש והמבטיח את קיומה
של החברה האנושית' (השופט אלון (כתוארו אז) בע"א 488/77 פלוני ואח'
נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 434).
כבי הנשיא שמגר בע"א 2266/93 פלוני ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 235-236.

37. חובת המדינה להעניק הגנה אקטיבית למשפחה באה לידי ביטוי בהוראות המשפט
הבינלאומי. כך, למשל, קובע סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות,
חברתיות ותרבותיות, כי:

**יש להעניק הגנה וסיוע רחבים ככל האפשר למשפחה, שהיא יחידת היסוד
הטבעית של החברה, במיוחד לשם כינונה וכן כל זמן שהיא נושאת
באחריות לטיפול בילדים תלויים וחינוכם...**

וראו גם סעיף 23(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; סעיף 16(3)
להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם; סעיף 18(1) וסעיף 12 לאמנה האירופית בדבר
זכויות האדם; סעיף 6(1) לחוק היסוד הגרמני; תקנה 46 לתקנות האג (1907) וסעיף 27
לאמנת ז'נבה הרביעית (1949).

38. יסוד ראשוני לחיי משפחה תקינים הוא אפשרות בני המשפחה לחיות יחד תחת קורת גג
אחת. בהעדר תנאי יסודי זה מתמוטטות כבניין קלפים כל הזכויות האחרות –
לאינטימיות משפחתית, לטיפול משותף בילדים ולאוטונומיה באופן חינוכם, לתמיכה
הדדית כלכלית ורגשית... הפירוד שגוזר המשיב על העותרים ועל ילדיהם משמעותו
שיסוע המשפחה תוך פגיעה אנושה בבני המשפחה ופירור יסודות החברה.

טובת הילדים

39. החלטת המשיב היא בעלת השלכות שליליות בייחוד בנוגע לילדי בני הזוג. אין באפשרותם
לקיים קשר רצוף עם שני הוריהם, ודמויות האם והאב בחייהם מתערערות. אלו מהם
שחיים עם האם בירדן מרגישים כאורחים נטו ללון. התערערות התא המשפחתי והחרדה
לגורלו, בה נתונים הוריהם, גורמים להם לחיות בסביבה מתוחה ואפופה חוסר ודאות.
המתח וההתרופפות של המסגרת המשפחתית נותנים את אותותיהם בתפקודם של
הילדים.

40. העקרונות של טובת הילד וזכויות הילד, הם עקרונות מושרשים במשפט הישראלי.

ראו, למשל, את הסקירה ע"י כבי הנשיא שמגר, בע"א 2266/93 פלוני, קטיו ואח' נ' פלוני,
פ"ד מט(1) 221.

41. העיקרון של טובת הילד הונח גם כעיקרון מרכזי באמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד
משנת 1989, המהווה מקור השראה פרשני עבור בית-משפט נכבד זה.

42. סעיף 3(1) לאמנה בדבר זכויות הילד מורה:

**בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה
סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או
גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה.**

הוראה זו של האמנה צוטטה על-ידי בית-משפט זה בדנ"א 7015/94 י"מ נ' פלונית, פ"ד
נ(1) 48 בע' 66 (על-ידי כבוד השופטת דורנר) ובבג"צ 5227/97 דוד נ' בית הדין הרבני
העליון (תק-על 98(3) 443) בסעיף 10 לפסק דינו של כבוד השופט חשין.

סעיף 7 לאמנה בדבר זכויות הילד קובע, כי לילד תהא הזכות להיות מטופל על-ידי הוריו. סעיף זה מצוטט בפסיקה של בית משפט זה ע"י כבוד השופט חשין בע"א 3077/90 פלונית ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593.

באותה רוח קובע סעיף 9(1) לאמנה:

המדינות החברות יבטיחו כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם[...]

סעיף 10(1) לאמנה ממשיך ומורה:

בהתאם למחויבותן של מדינות חברות על-פי סעיף 9, ס"ק 1, תטופל בקשתו של ילד או של הוריו להיכנס למדינה חברה או לצאת ממנה לשם איחוד משפחה בידי מדינות חברות בצורה חיובית, אנושית ומזורזת...

43. בהחלטתו של המשיב למנוע את כניסת העותרת לגדה, ושלא לדון בבקשה לאיחוד משפחות, המונחת על שולחנו מזה שלוש שנים, הפר המשיב את הוראות האמנה לזכויות הילד, והתעלם מהשיקול של טובת ילדיהם של העותרים, שצריך היה להנחותו כשיקול ראשון במעלה.

העדר מניעה ומדיניות גורפת

44. המשיב אינו טוען כי כניסת העותרת לגדה תסכן באופן כלשהו את הביטחון. אדרבה: המשיב כלל לא התנגד לשהייתה של העותרת בגדה במשך שנים ארוכות, ואילו לא הייתה יוצאת לירדן באוקטובר 2000 בוודאי היה ממשיך ומאריך את רשיון הביקור שלה.

כל התנגדותו של המשיב לאשר לעותרת רשיון ביקור ולאשר את הבקשה לאיחוד משפחות בעניינה נובע ממדיניות גורפת שלא לאשר בקשות כאלו מאז פרוץ האינתיפאדה.

45. סירוב גורף לדון בבקשות לרשיונות ביקור או לאיחוד משפחות, ללא קשר לנסיבות הקונקרטיות, הוא פסול. העיקרון המחייב בדיקה אינדיווידואלית ופוסל איסורים גורפים נקבע בהקשר אחר -

החלטתה של רשות השידור בענין זה אינה יכולה להיות גורפת וכללית, אלא חייבת היא להיות מעוגנת בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.
בג"ץ 399/85 כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מא(3) 303, 255.

ור' גם: 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 יקותיאלי נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 713, 673, 714.

46. הפגיעה בזכויותיהם האישיות של העותרים, ללא כל תכלית, ועל בסיס מדיניות גורפת, עומדת גם בסתירה למושכלות יסודיות של השיטה המשפטית, לפיהן הפגיעה בזכויות אדם מוגנות צריכה להיעשות אך ורק לתכלית ראויה ובמידה שאיננה עולה על הנדרש.

טעמים זרים וענישה קולקטיבית

47. כאשר המשיב מודיע כי "מאז תחילת אירועי גאות ושפל, אין, באופן עקרוני, טיפול ברשיונות כניסה לאזור" (נספח ע'10) מתעוררת מיד השאלה: מהי הזיקה בין מתן רשיונות ביקור למשפחות חצויות לבין האירועים הצבאיים והפוליטיים להם אנו עדים מאז אוקטובר 2000? מה התכלית העומדת מאחורי המדיניות?

48. דומה שקשה לחלוק שמטרתו של המשיב במדיניותו היא להטיל סנקציה על האוכלוסייה בשטחים ועל הרשות הפלסטינית, כמי שאומר: "להתקוממות יש מחיר, ועליכם לשלמו.

כל עוד נמשכת ההתקוממות, לא אפשר לכם חיים תקינים". זהו היגיון פסול, היגיון של חוטפים ומחזיקי בני-ערובה ולא היגיון של מפקד צבאי המופקד על קיום החיים התקינים. זהו היגיון של ענישה קולקטיבית ולא היגיון של שמירת הביטחון באמצעים מידתיים ומובחנים.

49. הפעלת לחץ על האוכלוסייה, כדי להרתיע את הפועלים נגד ישראל, אינה מטרה המצדיקה פגיעה בזכויות אדם אינדיווידואליות של תושבים, כאשר הפגיעה אינה מוצדקת על-בסיס תכלית של מניעת סכנה קונקרטית שמקורה באותם תושבים עצמם.

בג"ץ 7015/02 עגורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע ואח' (טרם פורסם).

ור' גם: תקנה 50 לתקנות האג (1907) וסעיף 33 לאמנת ז'נבה הרביעית (1949).

חובות המפקד הצבאי וגורם הזמן

50. באיזון בין צרכי הביטחון לבין זכויות היסוד של העותרים וילדיהם, יש לקחת בחשבון גם את גורם הזמן. אין הקפאה קצרה של המעבר בגשרי הירדן כהקפאה הנמשכת כבר קרוב לשלוש שנים. הקפאה מעין זו חותרת תחת חובתו של המשיב להבטיח את החיים התקינים בשטח הכבוש, חובה המוטלת עליו על-פי המשפט הבינלאומי (לרבות תקנות האג):

חייה של אוכלוסייה, כחיו של יחיד, אינם שוקטים על השמרים אלא מצויים בתנועה מתמדת, שיש בה התפתחות, צמיחה ושינוי. ממשל צבאי אינו יכול להתעלם מכל אלה. אין הוא רשאי להקפיא את החיים.
דברי כב' השופט (כתוארו אז) ברק בבג"צ 393/82 ג'מעת אסכאן אלמעלמון אגודה שיתופית נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון ואח', פ"ד לו(4) 785, 804.

51. ואכן, במקרה של משפחת העותר, גורם הזמן משמעותי ביותר, כאשר הפירוד – שמלכתחילה נראה זמני – הפך עם הזמן להיות גורלי, מאיין את חיי המשפחה, יוצר סכנה מחריפה והולכת לאישיותם של הילדים, ומסכן את מבנה התא המשפחתי עצמו.

חוסר סבירות

52. מכל האמור לעיל עולה תמונה ברורה של החלטה החורגת מכל מתחם של סבירות. על כפן האחת של המאזניים נתונות זכויות היסוד של העותרים. על הכף השנייה: שיקולים שמקומם לא יכירם. בהליך האיזון יש להתחשב עוד בגורם הזמן ובעקרונות משפט זכויות האדם והמשפט ההומניטרי הבינלאומיים, כמו גם במשפט החוקתי והמנהלי הישראליים. עקרונות אלו מעניקים משקל נוסף לחובותיו של המשיב להגן על המשפחה, על הילדים, על זכויות האדם ועל החיים התקינים בשטחים. עקרונות אלו גם קובעים סטנדרטים של תכליתיות ומידתיות בפגיעה בזכויות האדם של העותרים, סטנדרטים שהחלטת המשיב אינה עומדת בהם.

53. חוסר הסבירות מתחדד עוד על רקע העובדה, שכל עוד הייתה העותרת בגדה, הסכים המשיב להארכת רשיונות הביקור שבידיה. בכך הודה המשיב, כי אין הוא רואה כל סכנה בישיבת העותרת בגדה, והעותרים בנו את ביתם המשותף גם על בסיס התנהגות זו של המשיב, התואמת גם את התחייבויותיו בנוגע ל"אוכלוסיית הבג"ץ". אולם משיצאה העותרת מן הגדה – לתקופה שהייתה אמורה להיות קצרה – בחודש אוקטובר 2000, שינה המשיב את טעמו ומסרב להכניסה.

אי-מענה

54. פניית ב"כ העותרים מתאריך 17.3.2003 (ע"11) לא זכתה לכל התייחסות.
55. על המשיב מוטלת החובה לטפל בעניינו של העותר בהגינות, בסבירות ובמהירות ראויה. חובות אלו הן מיסודותיו של מנהל תקין.
- ע"א 4809/91 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים נ' קהתי ואח', פ"ד מח(2) 219, 190 ;
- בג"צ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מח(4) 441, 451.
56. חובתו של המשיב לטפל בבקשה בזריזות ראויה מעוגנת גם בסעיף 5 לצו בדבר פרשנות (אזור הגדה המערבית) (מס' 130), תשכ"ז-1967, הקובע:
- מעשה שלא נקבע, או שלא ניתן, זמן לעשייתו, בתחיקת ביטחון, יש לעשותו בכל המהירות הראויה ולחזור ולעשותו כל אימת שנוצרו המסיבות שנקבעו לעשייתו.**
57. על-פי החוק לתיקון סדרי המנהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, עובד ציבור מחויב להשיב לבקשה להפעלת סמכות על-פי דין בתוך 45 יום מקבלת הבקשה.
58. לשיהוי במתן התשובה, בייחוד כאשר הוא נראה כהסוואה לסירוב-בפועל לבקשה, צריך שיהיו השלכות. אחת ההשלכות האפשריות היא הוצאת צו-על-תנאי והעברת העול אל כתפי המשיב להסביר את התנהגותו.
- ר': י' זמיר, הסמכות המנהלית (כרך ב, ירושלים, תשנ"ו-1996) בע' 716 ו-726-727.
59. תצהירה של העותרת וייפוי הכוח מטעמה אומתו על-ידי עו"ד ירדני ונשלחו לב"כ בפקס, ומצורפים באופן זה.
- אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו-על-תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיב, לעשותו למוחלט, ולחייב את המשיב בתשלום הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד.
- ירושלים, 6 ביולי 2003, ו בתמוז תשס"ג

יוסי וולפסון, עו"ד
ב"כ העותרים

(ת.ש. 11574)

תרגום תצהיר

אני הח"מ, חגיה, דרכון ירדני, לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהירה בזה בכתב כדלקמן:

1. אני עושה את תצהירי זה בתמיכה לעתירה לבית המשפט הגבוה לצדק בישראל, בעניין כניסתי לגדה המערבית ואישור איחוד משפחות עברי.
2. הפרקים בעתירה שכותרותיהם "מבוא", "הצדדים", "העותרים וילדיהם – יצירת המשפחה ופירודה" ו-"מעמד העותרת בגדה ומיצוי ההליכים" תורגמו לי לערבית.
3. האמור בפרקים אלו לעתירה הוא אמת. הדברים הנוגעים להתכתבויות של המוקד להגנת הפרט עם הרשויות הם אמת למיטב ידיעתי, על-פי מה שנמסר לי מהמוקד להגנת הפרט.
4. הריני להצהיר כי זהו שמי, זוהי חתימתי ותוכן תצהירי זה אמת.

המצהירה

הנני מאשר בזה כי בתאריך 2.7.2003 הופיעה בפני עורך דין חליל מחמד זאמל בעמאן, הנ"ל שזיהתה עצמה על ידי דרכון ירדני מס', ואחרי שהזהרתיה כי עליה להצהיר את האמת וכי תהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק אם לא תעשה כן, אישרה את נכונות הצהרתה הנ"ל וחתמה עליה.

חתימת עורך-הדין