

בעניין:

1. **עדם**

ת.ז.

מבית-אולא, נפת חברון

2. **אלעד**

נושאת דרכון ירדני, כעת בירדן

ע"י ב"כ עוה"ד יוסי וולפסון (מ.ר. 26174)

ו/או עדי לנדאו (מ.ר. 29189)

ו/או תמיר בלנק (מ.ר. 30016)

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 לאזור של העותרת 2 (להלן: "העותרת"), אשת העותר 1 (להלן: "העותר"), ולחילופין: מדוע לא יתיר את יציאות תכופות של העותר לירדן להיפגש עם העותרת ועם בנו בן הארבע, עד להסדרת שהייתה של העותרת בגדה המערבית.

ואלה נימוקי העתירה

מבוא

1. עניינה של עתירה זו בזכותם של בני-זוג ושלושת ילדיהם הקטינים לקשרי משפחה מינימליים. האיש הוא תושב הגדה המערבית. האישה תושבת ירדן. המשיב מונע את יציאת האיש לירדן. בו בזמן מונע המשיב גם את כניסת האישה לגדה המערבית. בנו הצעיר של האיש, בן הארבע, לא ראה את אביו מזה שנה ותשעה חודשים ובשיחות טלפון מירדן מכנה אותו "דוד". את דודו הוא "מאמץ" בעקשנות כאביו, מזדהה כבנו, ומבקש לישון במיטתו בדומה לבן-דודו. שני הילדים האחרים, בני חמש ושבע, מצויים עם העותר בגדה, על כל הכאב והבכי הכרוכים בפירודם מאמם. הפירוד כבר הביא את המשפחה עד קרוב למשבר, כשהעותר שקל גירושין מהעותרת, וכיום הוא שוקל לשאת אישה שנייה על-פניה, שתטפל בילדיו.

הצדדים

2. העותר הוא תושב בית אולא, נפת חברון. הוא בן 32 ועובד בבניין כפועל מזדמן. העותר נישא באוגוסט 1990 לעותרת, נתינה ירדנית ילידת 1975.
3. המשיב מחזיק באזור הגדה המערבית מכוח תפיסה לוחמתית, ונושא בחובות ובזכויות הנובעות ממעמדו זה.

העובדות

העותרת ומעמדה באזור

4. בשנת 1990 חתם העותר בחברון חוזה נישואין עם העותרת, נתינה ירדנית. העתק חוזה הנישואין מצורף, מסומן ע'1.
 5. העותרת המשיכה לשהות בגדה המערבית לאחר חתימת חוזה הנישואין ועד אוקטובר 1990, אז יצאה לירדן. היא שבה ונכנסה לגדה המערבית ב-17.7.1991, ושהתה בה עד 16.10.1991. היא שבה ונכנסה לגדה המערבית ב-17.3.1992, ונשארה בגדה בין שמונה חודשים לשלושה-עשר חודשים (לפי נתוני המשיב ונתוני המשפחה בהתאמה). בתאריך 15.8.1994 שבה ונכנסה לגדה. היא שהתה בגדה עד 15.8.1997, יצאה לירדן, ולאחר מאמצים לקבל רשיון כניסה שבה ונכנסה ב-26.1.1998. רשיון הכניסה הוארך מספר פעמים, ובתאריך 31.1.2001, בעוד הרשיון בתוקף, יצאה העותרת לירדן, ומאז אינה מצליחה לשוב לגדה.
 6. תאריך נישואיהם של בני-הזוג ותאריכי השהייה של העותרת בגדה המערבית, משייכים אותם למה שמכונה "אוכלוסיית הבג"ץ הראשונה". מדובר בבני-זוג, שמעמדם באזור הוסדר בשורה של התחייבויות שנתן המשיב במסגרת עתירות לבג"ץ (בג"ץ 4494/91 אבו סרחאן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון; בג"ץ 4495/92 חדרה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה ואח'). ככלל, בני-הזוג המשייכים לאוכלוסיה זו זכאים:
 - א. להארכת רשיון הביקור של בן-הזוג המבקר לתקופות חוזרות של שישה חודשים כל אחת;
 - ב. לתושבות קבע לבן-הזוג המבקר, בכפוף לשיקולי ביטחון, אך לא בכפוף למכסה.העתק מכתבה של סא"ל שזר מתאריך 30.7.1996, המפנה את בני הזוג להגשת בקשת אחמ"ש "בג"צ ישן" מצורף לעתירה. יצוין כי בתאריכי הכניסה והיציאה שבמכתב נפלה טעות, שתוקנה בהתכתבות מאוחרת יותר. המכתב מסומן ע'2.
 7. ואכן, בתקופות בהן שהתה העותרת בגדה המערבית הוארכו רשיונות הביקור שלה כסדרם. גם בקשת העותר לאיחוד משפחות נדונה על-ידי המשיב שלא בכפוף למכסה. הבקשה לאיחוד משפחות הוגשה בתאריך 8.9.1996. הטיפול בבקשה עוכב על-ידי המשיב כשנתיים מטעמי ביטחון. לבסוף סורבה הבקשה מנימוקים ביטחוניים בחודש אוקטובר 1998.
- העתק מכתבה של סא"ל אליס שזר בדבר סירוב הבקשה מצורף ומסומן ע'3.
8. אשר לסירוב הבקשה מטעמי ביטחון, הרי שהוא מעורר סימני שאלה. העותרת מעולם לא נעצרה, ואין לה כל עבר בטחוני. היא מעולם לא נחקרה על-ידי רשויות הביטחון בישראל, למעט חקירה בעת המעבר בגשר אלנבי בשנת 1992.

לעומת זאת, לעותר אכן יש עבר ביטחוני: הוא נשפט לחמישה חודשי מאסר בשנת 1989 (בשיא האינתיפאדה הראשונה, בהיותו בן 19) בגין פעילות אינתיפאדה; ומאוחר יותר, לאורך שנות התשעים הוחזק חמש פעמים במעצר מינהלי לתקופות של 4 חודשים, 6 חודשים, 2.5 חודשים ו-4 חודשים בהתאמה. מאז לא נעצר, לרבות בכל מהלך האינתיפאדה הנוכחית.

הבקשה הוגשה על-מנת שהעותרת תקבל מעמד של קבע באזור. על-כן רק סכנה אפשרית לביטחון שמקורה באישה היא רלוונטית להכרעת הבקשה. העותר הוא תושב ממילא. דומה, שהסירוב מקורו בשיקול זר, דהיינו ב"הענשת" העותר ואשתו בגין עברו של העותר.

9. גם לאחר סירוב הבקשה לשיבת קבע המשיך המשיב לאשר את הארכת רשיון הביקור של העותרת, וזו המשיכה לשבת באזור מכוח רשיונות ביקור עד ליציאתה לירדן בראשית שנת 2001.

ילדי בני הזוג

10. לבני הזוג שלושה ילדים, שלושתם ילידי חברון ורשומים במרשם האוכלוסין באזור.

הבן הבכור, נולד ב-8.9.1995 בגדה. בהיותו כבן שנתיים, בשנת 1997, יצא עם אמו לירדן, ושב עמה לגדה משנתאפשר שובה מקץ כחצי שנה. הלך לגן בבית-אולא, והצטרף לאמו התקועה בירדן ב-10.8.2001. את שנת לימודיו הראשונה בבית-הספר עשה בירדן, ובתאריך 21.6.2002, עם תום שנת הלימודים, שב לגדה. כיום הוא תלמיד כיתה ב' בבית-הספר שבבית אולא.

, יליד 3.8.1997, נולד בגדה, ונלווה לאמו כשיצאה לירדן כשהיה בן פחות משבועיים. כעבור כחצי שנה נלווה לאמו בשובה לגדה המערבית. כשיצאה האם לירדן בינואר 2001, ו בן שלוש וחצי, הוא נלווה אליה, ונשאר צמוד אליה עד לקיץ 2002. ב-21.6.2002, והוא בן כחמש שנים, שב עם אחיו לגדה. השנה לומד בגן ילדים בבית-אולא.

הבן הצעיר, , הוא יליד 19.11.1998. הוא גדל בגדה עד ליציאת אמו ממנה בינואר 2001. מאז הוא יחד עם אמו בירדן. היום הוא כבן ארבע.

העתקי תעודות הלידה של הילדים מצורפים ומסומנים ע'4, ע'5 ו-ע'6.

11. שני ילדים (בני שבע וחמש) חיים, אם כן, כעת עם אביהם בגדה, ובנפרד מאמם. לאב, העותר, ישנו בית בבית-אולא, שגודלו כ-120 מ"ר. בבית זה הוא חי עם ילדיו. אחותו הנשואה של העותר, וכן כלתו (שהיא גם אחותה של האם, העותרת) מגיעות לבית ומסייעות לעותר בעבודות הבית ובטיפול בילדים. הילדים מעדיפים את החיים בבית-אולא על החיים בירדן, שם היו בחזקת אורחים, שדבר אינו שייך להם. החיים בבית האב מעניקים להם תחושת ביטחון, שחסרה להם בחיים בירדן. עם-זאת, הילדים מתגעגעים מאוד לאמם, שואלים עליה כל הזמן, ובשיחות טלפון עמה לירדן מרבים לבכות.

12. הילד הצעיר, בן הארבע, חי לצד אמו בירדן. בשהייתה בירדן העותרת מתגוררת בבית-הוריה. בבית ההורים גרה המשפחה המורחבת של העותרת: הורי העותרת ושני אחיה, נשותיהם וילדיהם. מאחר שבבית רק שלושה חדרי שינה, אין לעותרת ולבנה מקום מסודר וקבוע בבית. העותר מסייע בפרנסת אשתו ובנו בירדן באמצעות סכומי כסף צנועים שהוא שולח לירדן.

החיים בנפרד משני ילדיה קשים לעותרת עד מאוד, ושיחת הטלפון מהמוקד להגנת הפרט אליה נקטעה שוב ושוב בשל בכיה. עם זאת, היא מעדיפה שהילדים יחיו בגדה המערבית. בתקופה שבה חיו בירדן, בבית הוריה, מצבם הנפשי התערער עד מאוד. למרות שהרבתה לדבר עמם על אביהם, והייתה מראה להם את תמונתו, הם לא זכרו כיצד הוא נראה. גם הצפיפות והצורך לחיות במקום שדבר אינו שייך להם, לצד ילדים החיים בבתיים ועם שני הוריהם, הציקו מאוד.

הבן הצעיר, מצוי עדיין, כאמור, יחד עם העותרת בירדן. הבן מסרב להכיר בכך שהוא אינו חי בבית אביו, ולמעשה תובע נוכחות של אב לצדו. הוא אינו מזדהה בשם " כשם אביו האמיתי, אלא " " על-פי שם דודו. בלילות הוא מתעורר ודורש לישון ליד ה"אבא" - בדומה לבן-דודו הישן לצד אביו...

מניעת היציאה בנוגע לעותר

13. העותר ניסה לצאת לירדן בשנת 1995 וכן בשנת 1997, ובגשר הושב על עקבותיו. בעקבות פנייה מטעם עו"ד סעד סוויטי, מסרה לשכת היועמ"ש של המשיב בחודש יולי 1997, כי המשיב שקל את בקשת העותר להיתר יציאה והחליט לדחותה. "ביציאת הנדון מהאיזור" נאמר במכתב "יש בכדי לסכן את בטחון האזור עקב מעורבותו בפעילות עוינת".

העתק המכתב מ-9.7.1997 מצורף ומסומן ע'7.

14. בתאריך 10.8.2001 ניסה העותר לצאת מהגדה לירדן עם בנו, שהיה אז בן פחות משש. העותר הוחזר על עקבותיו, והבן יצא לירדן בליווי של מכרה. כאשר הוחזר מהגשר, לא נמסרה לעותר סיבת החזרתו, הוא לא נחקר ולא זומן לשום מפגש או חקירה. כשבוע לאחר החזרתו מהגשר ניגש העותר מיוזמתו למת"ק הישראלי בחברון וביקש להיפגש עם השב"כ – אך סורב.

15. עברו הבטחוני של העותר פורט לעיל: הוא כולל מאסר קצר בגיל 19 בשיא האינתיפאדה הראשונה וסדרה של מעצרים מנהליים לתקופות של חודשים ספורים במהלך שנות התשעים. העותר לא נעצר במהלך האינתיפאדה הנוכחית.

היחסים בין בני הזוג

16. בני הזוג מסכימים על כך שטובתם וטובת ילדיהם היא בהמשך הקשר הזוגי בבית המשפחה הקבוע בבית-אולא. מצד אחד, ברור לשניהם, כי החיים בירדן בנפרד מהאב פוגעים קשות בילדים, אשר זקוקים לבית שיחוש בו כבשלהם ולדמות אב: הן בשל הצורך הפסיכולוגי להישען על האב, והן בשל הצורך החברתי ביחסיהם עם ילדים אחרים. ברור, עם זאת, שהילדים זקוקים גם לאמם, והפירוד ממנה פוגע בהם ומסכן אותם. הפירוד של האב מבנו ומאשתו ושל האם משני ילדיה ומבן-זוגה הוא קשה מאוד עבור בני הזוג, האכולים געגועים. קשה במיוחד מצבה של העותרת, שלמרות היותה אישה נשואה, נאלצת לחיות בבית הוריה, ללא מדור משלה, וכאם חד-הורית. המשך המצב הקיים הוא בלתי-נסבל עבור המשפחה מבחינה נפשית, חברתית וכלכלית.

17. הפירוד הממושך הביא את העותר בעבר לשקול גירושין מאשתו וקבלת חזקה על הילדים. מחשבה זו אינה עומדת עוד על הפרק נכון להיום.

18. עם זאת, כמוצא אפשרי מהמצוקה שוקל העותר לשאת אישה שנייה, שתהיה שותפה עמו בגידול הילדים (לרבות הבן הצעיר, המגיע כעת לגיל ארבע) בבית-אולא. פתרון זה, כמובן, פתרון קשה מאוד עבור העותרת, ורחוק מלהיות פתרון הולם מבחינת הילדים.

מיצוי הליכים

19. בתאריך 15.8.2001, בעקבות החזרתו של העותר מגשר אלנבי, פנה העותר, באמצעות המוקד להגנת הפרט, ללשכת היועמ"ש של המשיב, בבקשה דחופה להנפקת היתר יציאה.

המכתב מתאריך 15.8.2001 מצורף ומסומן ע'8.

20. בתאריך 21.10.2001 התקבלה התשובה לבקשה זו. הבקשה נדחתה "מטעמי ביטחון".

העתק מכתב התשובה מתאריך 21.10.2001 מצורף ומסומן ע'9.

21. בתאריך 20.6.2002 פנה הח"מ לסגן היועמ"ש של המשיב, וביקש הנפקת רשיון ביקור לעותרת או התרת יציאתו של העותר לירדן. הח"מ הדגיש את דחיפות העניין.

העתק המכתב מ-20.6.02 מצורף ומסומן ע'10.

22. משחלף חודש, והמכתב לא זכה להתייחסות, פנה הח"מ למנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה וביקש את התערבותה.

הפניה מתאריך 21.7.2002 מצורפת ומסומנת ע'11.

23. מנהלת מחלקת הבג"צים העבירה את הפניה ליועמ"ש של המשיב, וביקשה את התייחסותו הדחופה.

מכתבה של עו"ד מנדל מתאריך 22.7.2002 מצורף ומסומן ע'12.

24. רק לאחר תזכורת מטעם הח"מ (מתאריך 7.8.2002) התקבלה התשובה מטעם היועמ"ש של המשיב. בתשובה מטעם יועמ"ש המשיב, מתאריך 11.8.2002 נכתב:

הריני להודיעך, כי מפקד כוחות צה"ל באזור דן ושקל בקשת הנ"ל להיתר יציאה לירדן ו/או לביקור אשתו באזור והחליט לדחותה.

יציאת הנדון נמנעת מטעמי ביטחון.

לא נמסרה הנמקה כלשהי בנוגע להחלטה לדחות את הבקשה לכניסת העותרת.

המכתב מתאריך 11.8.2002 מצורף ומסומן ע'13.

הטיעון המשפטי

25. להלן יטען העותר, כי החלטת המשיב לוקה בכל אלו:

א. מבחינת הסמכות, המשיב לא היה מוסמך למנוע את יציאתו של העותר לחו"ל באופן בו מנע אותה; לעומת זאת, נתונה בידו הסמכות לאפשר את כניסת העותרת לאזור. לצורך עניין הסמכות נבחן את הוראות המשפט הבינלאומי הצריכות לכך, ואת השלכות המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון) (מס' 7), התשנ"ו-1995. **יודגש, כי המשיב אינו כופר בסמכותו להתיר את כניסת העותרת לאזור, ואף דן בבקשתה – אם כי החליט (ללא הנמקה) לדחותה.**

ב. החלטת המשיב פוגעת בזכויות יסוד של העותר ושל בני משפחתו – הזכות לחיי משפחה ולהגנת טובתם של הילדים. מדובר בזכויות יסוד, שמשיב מחויב להגן עליהן אקטיבית ולהביאן כשיקול ראשון במעלה בקבלת החלטותיו. כמו-כן נפגעת זכות היסוד של העותר לחופש תנועה.

ג. החלטת המשיב שלא לאפשר את כניסת העותרת לאזור לא נומקה, והיא על-פניה שרירותית. דומה שמאחוריה עומדים שיקולים זרים של ענישת העותר או של הפעלת לחץ על הרשות הפלסטינית באמצעות פגיעה בזכויות אדם אינדיווידואליות.

הפגיעה בעותר ובמשפחתו חורגות מכללי הסבירות והמידתיות. זאת, במיוחד בהתחשב בסוג הפגיעה, המוחרף עם התמשכותו בזמן, ובהתחשב בסכנה העלולה לנבוע מתנועתם של בני-אדם, שהיא מצומצמת יותר בעידן של תקשורת אלקטרונית ותקשורת מחשבים הגוברות על מחסומי התנועה שבגבולות. ההרס של משפחה גרעינית הוא תוצאה קשה וחמורה, שניתן היה להימנע ממנה ללא פגיעה בביטחון או לכל היותר במחיר מזערי לאינטרסים המתחרים.

שאלת הסמכות בנוגע לכניסה לאזור ויציאה ממנו

לאור ההסדרים המשפטיים בעקבות הסכמי אוסלו והמצב הקיים בשטח

בללי

26. נקודת המוצא לבחינת סמכויות המשיב היא שמיוני 1967 ולפחות עד למועד הפריסה מחדש לפי הסכמי אוסלו, המשיב היה בעל שליטה אפקטיבית בכל שטחי הגדה המערבית. מעמדו היה, על-כן מעמד של מפקד צבאי מטעם המעצמה הכובשת, המחזיקה בשטח לפי דיני החזקה הלוחמתית שבמשפט הבינלאומי.

הסכמי אוסלו לא קבעו את המעמד הסופי של השטח, ולא שינו את מעמדו. הם הותירו בידי המשיב סמכויות על לגבי כל אוכלוסיית השטחים הן בתחום הבטחוני והן בתחום האזרחי. בפועל נמשכה השליטה האפקטיבית של המשיב בשטח באמצעות שליטתו המלאה ברוב הטריטוריה, בצירי התנועה ובמעברים, כמו גם בשורה ארוכה של עניינים אזרחיים. עמדת העותר היא, שגם בתקופה שבין הפריסה מחדש לבין הכניסה הצבאית לשטח A, החזיק המשיב בכל שטחי הגדה החזקה לוחמתית על כל ההשלכות הנובעות מכך במשפט הבינלאומי.

יצוין, עם זאת, כי בית משפחת העותרים הוא בית-אולא, כפר המצוי בשטח B.

כיום, כאשר חייליו של המשיב נוכחים במרבית הערים בגדה המערבית, אוכפים עליהן עוצרים ממושכים ונכנסים ויוצאים בכל מקום ומקום כרצונם, לא ניתן להטיל ספק בכך שהמשיב מחזיק בגדה המערבית כולה מכוח דיני החזקה הלוחמתית ונושא בזכויות ובחובות הנובעות מכך.

27. עם זאת, הסכמי אוסלו, שעוגנו בחקיקה באזור באמצעות מנשר (כמפורט להלן), העניקו סמכויות מסוימות לרשות הפלסטינית. תוקפם של הסדרים משפטיים אלו והשלכותיהם צריכים להיבחן לאור סמכויותיה של המעצמה הכובשת בהתאם למשפט הבינלאומי. הוראה רלוונטית לעניין זה מצויה בסעיף 47 לאמנת זינבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949) (אמנת זינבה הרביעית). סעיף זה מורה:

Protected persons who are in occupied territory shall not be deprived, in any case or in any manner whatsoever, of the benefits of the present Convention by any change introduced, as the result of the occupation of a territory, into the institutions or government of the said territory, nor by any agreement concluded between the authorities of the occupied territories and the Occupying Power, nor by any annexation by the latter of the whole or part of the occupied territory.

סעיף 7 לאמנה, אף הוא, מתיר הסכמים בין מדינות, ובלבד ש –

No special agreement shall adversely affect the situation of protected persons, as defined by the present Convention, nor restrict the rights which it confers upon them.

28. המשיב רשאי, אם כן, להגביל את סמכויותיו, ולסייגן באמצעות הסכמים והסדרים חקוקים. הוא גם רשאי להבטיח את קיום הזכויות של המוגנים באמצעות גורמים אחרים (כגון הרשות הפלסטינית) כל עוד מדובר במנגנון אפקטיבי. אולם הוא אינו יכול להיתלות בהסכמים או בקיומם של גורמים אחרים בשטח על-מנת להתנער מחובותיו על-פי המשפט הבינלאומי ולשלול את הזכויות של תושבי האזור הלכה למעשה.

ההסדרים הנוגעים לציאה מהאזור

29. בשנת 1995 בחר המשיב להגביל את סמכותו למנוע יציאת אדם מהאזור לחו"ל. העותר יטען, כי מניעת יציאתה לירדן היתה, משום כך, בחוסר סמכות.

30. המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון) (מס' 7), התשנ"ו-1995, מיום 23.11.1995 (להלן: "המנשר") מיישם באזור את הוראות הסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, אשר נחתם בווינגטון ביום 28.9.1995 (להלן: "ההסכם").

**ההוראות של הסכם הביניים הן חלק מן הדין החל ביהודה והשומרון
רק אם אומצו, ובמידה שאומצו, על-ידי המנשר.
בג"צ 2717/96 ופא' ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נ(2) 848, 853.**

העתק המנשר מצורף ומסומן ע'14.

31. סעיף 7 למנשר קובע:

**הדין ותחיקת הבטחון החלים באזור ביום הכניסה לתוקף של מנשר זה
יעמדו בתוקפם, כל עוד לא בוטלו, שונו או הותלו בהתאם להוראות
מנשר זה או להוראות הסכם הביניים.**

ואמנם, בבג"צ 2151/97 שקיר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית ואח' (תק-על 3)97 (49), נקבע כי הוראות ההסכם בעניין הענקת תושבות קבע הן הקובעות, ולא הוראות שבתחיקת הביטחון שקדמה למנשר, בצו בדבר תעודת זהות ומרשם אוכלוסין (יהודה והשומרון) (מס' 297), התשכ"ט-1969. הווה אומר, מקום שהסכם הביניים קובע הסדר מפורט בנושא שלטוני מסוים, הרי הוראות ההסכם משנות או מתלות בהתאם את תחיקת הביטחון הרלוונטית, וזאת מכוח סעיף 7 למנשר.

32. והנה, ההסכם קובע הסדר ממצה בכל הנוגע לכניסה וליציאה מהאזור דרך גשרי הירדן.

Article VIII ל-Annex I של הסכם הביניים, ו-Appendix 5 לנספח I זה, קובעים הסדרים מפורטים ביותר בנוגע לנהלים במעברי הגבול, לרבות בנוגע לסמכויות של כל אחד מהצדדים למנוע את כניסתו של אדם לאזור או יציאתו של אדם מן האזור דרך מעברי הגבול.

פסקה 4(b) Section I-ב של Appendix 5, מונה רשימה סגורה של שלושה מקרים בהם תימנע יציאתו מהאזור של נוסע:

A passenger shall be denied exit abroad in the following circumstances:

- (1) if the passenger has been duly apprehended in accordance with the Agreement;
- (2) if the passenger is not in possession of the required documents to travel abroad pursuant to Appendix I to Annex III of the Agreement;
- (3) if a restraining order has been issued with respect to the passenger pursuant to paragraph 5 of Article II to the Agreement.

• המקרה הראשון מאפשר מניעת יציאתו של אדם אגב מעצרו במעבר הגבול. ההסדרים לגבי סמכות המעצר של נוסעים נכנסים ויוצאים מצויים בפסקה 3(e) של Article VIII ב-Annex I. עילות המעצר מוגדרות היטב, לרבות חשד שהנוסע מעורב בפעילות

טרור. אם לאחר תשאול לא הוסר החשד, ניתן לעצור את הנוסע ולנהוג בו בהתאם ל-
Annex IV להסכם (פרוטוקול בדבר עניינים משפטיים).

- המקרה השני עניינו היעדר מסמכי נסיעה מתאימים. בעניין זה אנו מופנים ל-
Appendix I to Annex III להסכם.

פסקה 7 של Article 28 לנספח זה קובעת:

Israel recognizes the validity of the Palestinian passport/travel documents issued by the Palestinian side to Palestinian residents of the West Bank and the Gaza Strip in accordance with the Gaza-Jericho Agreements and this Agreement. **Such passport/travel documents shall entitle their holders to exit abroad through the passages or Israeli points of exit.**

(ההדגשה לא במקור – י.ו.)

אין זכר בנספח, כמו גם באיזה מקום אחר בהסכם, לדרישה להיתר יציאה מטעם המשיב.

- המקרה השלישי עניינו סיוע משפטי בין הצדדים, והוא אינו נוגע לעניינינו.

33. גם בנוגע לכניסה לאזור קובע ההסכם כללים מכללים שונים. על-פי כללים אלה, אין בכלל סמכות כיום למנוע את כניסתו של תושב האזור דרך מעבר הגבול ממנו יצא.

34. הנה כי כן, הוראות ההסכם אינן דרות בכפיפה אחת עם היות האזור כולו שטח צבאי סגור, שאין יוצא ממנו ואין בא, אלא ע"פ שיקול דעתו והיתרו של המשיב.

מערך הכוחות והסמכויות החדשים, בנוגע ליציאה וכניסה דרך מעברי הגבול, עוגן בדין החל באזור באמצעות המנשר.

35. את הוראות סעיף 90 לצו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), תש"ל-1970, יש לקרוא בכפוף למנשר; כך גם את הצו בדבר שטחים סגורים (אזור הגדה המערבית) (מס' 34), תשכ"ז-1967.

הוראות המנשר והוראות ההסכם משנות את תוכן הצווים האמורים בכל הנוגע לכניסה וליציאה מהאזור לירדן דרך מעברי הגבול. שוב אין האזור שטח צבאי סגור אשר היציאה ממנו אסורה אלא בהיתר הניתן בכפוף לשיקול דעתו של המשיב: כאשר היציאה היא דרך מעברי הגבול, ההסדרים שנקבעו בהסכם ושאומוצו במנשר הם הקובעים.

36. מניעת יציאתו של העותר לא נעשתה בהתאם להסדרים חדשים אלה, אלא ע"פ תחיקת בטחון ששונתה ע"י המנשר, ותוך שימוש בכוחות שמיום תחילת המנשר (28.9.95) שוב אינם בידי המשיב. המניעה, אם כן, נעשתה שלא בסמכות.

ההסדרים הנוגעים לכניסה לאזור

37. המשיב איננו כופר בסמכותו לדון ולהחליט בעניין כניסתה של העותרת לאזור. אדרבא, במכתב ע"פ 13 נמסר כי "מפקד כוחות צה"ל באזור זן ושקל בבקשת הנ"ל... לביקור אשתו באזור והחליט לדחותה."

והשוו: החלטת בית-משפט נכבד זה מתאריך 12.11.01 בבג"ץ 8479/01: באותו עניין מדובר היה בעותרים חסרי מעמד באזור, הנשואים לתושבות האזור, ושנתפסו בתחום ישראל והיו מיועדים לגירוש. עניין הנתק בין ישראל לרשות הפלסטינית במה שנוגע לרשיונות ביקור עלה בדיון באותן עתירות אך בית-המשפט קבע:

העותרים, העצורים לצורך גירוש, מוכנים לחזור ולמתין להחלטתנו שם, ואך ברור הוא, כי אם לעתירות יהיה יסוד וכך נחליט, תאפשר להם המדינה לשוב לשטחי הרשות הפלסטינית.

ההחלטה מצורפת ומסומנת ע'15.

38. למרות שעניין הסמכות איננו שנוי במחלוקת, ראוי להתייחס אליו בקצרה.

39. ההסכם מתייחס להסדרי הכניסה לאזור ב-articles 28(13) and 28(14) של annex III. על-פי ההסדר שבהסכם, כניסתו של אזרח ירדני לאזור היא בין על-פי אשרת כניסה ישראלית או על-פי רשיון ביקור, שהנפקתו היא על-ידי הרשות הפלסטינית באישור ישראל. דהיינו: ישראל רשאית לאפשר כניסתו של אדם לאזור על-דעתה היא באורח בלעדי (באמצעות משרד הפנים), כשהאפיק השני מחייב הסכמה הן של הרש"פ והן של המשיב. גם הסדר זה שבהסכם עוגן בחקיקה באזור על-ידי המנשר, בדומה להסדר הנוגע ליציאה מן האזור.

40. בפועל, מזה כשנתיים, מאז פרוץ האינתיפאדה הנוכחית, מסרב המשיב באופן גורף לקבל מהצד הפלסטיני בקשות לרשיונות כניסה בישראל.

לעניין סירובו של המשיב לקבל בקשות דומות, לאיחוד משפחות, ר' בסעיף 5 לתגובה משלימה מטעם המשיבים בבג"ץ 8479/01 הנ"ל, המצורפת ומסומנת ע'16.

41. אחת מחובותיו היסודיות של המשיב, על-פי המשפט הבינלאומי המנהגי, היא להבטיח חיים תקינים לאוכלוסייה האזרחית. משך הזמן שבו נמשך הכיבוש הוא משמעותי לעניין המשמעות הניצוקה לתוך חובה זו.

חייה של אוכלוסייה, כחיי 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"ץ 393/82 ג'מעת אסכאן אלמעלמון אגודה שיתופית נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון ואח', פ"ד לו(4) 785, 804.

בתפיסה צבאית קצרת מועד הצרכים הצבאיים-ביטחוניים שולטים ברמה. לעומת זאת, בתפיסה צבאית ארוכת מועד צורכי האוכלוסייה המקומית מקבלים יתר תוקף. (שם, בעמ' 801).

המשיב אינו רשאי להתנער מחובה זו, בכל הנוגע לאישורי ביקור לבני משפחות, בטענה של העברת הסמכויות לרשות הפלסטינית: ראשית, כפי שראינו, אין המשיב יכול לגרוע מחובותיו באמצעות הסכמים בינלאומיים או שינויי חקיקה. שנית, אי-הנפקתם של רשיונות ביקור אינו נובע מסירוב של הרשות הפלסטינית לעשות את חלקה בעניין, אלא מסירובו של המשיב לקבל ממנה בקשות, לשוקלן ולהפעיל את סמכותו הוא. שלישית, בהיותו בעל השליטה האפקטיבית בפועל ובעל סמכויות הריבון דה-יורה, בידיו מצוי הכוח לעשות את כל הנחוץ – טכנית ומשפטית – לאפשר את כניסת העותרת לאזור.

שיקול הדעת

הזכויות והעקרונות הנפגעים

הזכות לחיי משפחה

42. 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. ההתרוקנות של חיי המשפחה של העותרים מכל תוכן חיובי מאיים גם, כפי שראינו, על עצם המסגרת של התא המשפחתי (בין בדרך של גירושין ובין בדרך של נישואי ביגמיה) - על כל ההשלכות הטראומטיות שיהיו לכך על האיש, האישה והילדים.

43. 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.

44. 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"י-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"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז(1) 749, 783)

45. 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 שורשה בהכרה כי המשפחה היא 'התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה הווה ויהיה היסוד המשמש והמבטיח את קיומה של החברה האנושית' (השופט אלון (כתארו אז) בע"א 488/77 פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 434).

(כב' הנשיא שמגר בע"א 2266/93 פלוני, קטיין ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 235-236)

46. 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 123(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).

47. 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

48. החלטת המשיב היא בעלת השלכות שליליות בייחוד בנוגע לילדי בני הזוג. אלו מיטלטלים בין הגדה לבין ירדן, אין באפשרותם לקיים קשר רצוף עם שני הוריהם, ודמויות האם והאב בחייהם מתערערות. התנועה הלך ושוב מונעת מהם להשתרש בסביבה חברתית אחת ויציבה, ובהיותם בירדן הם מרגישים כאורחים נטו ללון. התערערות התא המשפחתי וחוסר הוודאות בדבר המשכיותו גורמים להם לחיות בסביבה מתוחה ועפופה חוסר ודאות.

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

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

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

51. 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(2) לאמנה ממשיך ומורה:

**ילד אשר הוריו מתגוררים במדינות שונות תהיה לו הזכות לקיים על בסיס
סדיר, בלתי אם בנסיבות יוצאות מהכלל, קשרים אישיים ומגעים ישירים
עם שני הוריו גם יחד. למטרה זו ובהתאם למחויבותן של המדינות החברות**

לפי סעיף 9, ס"ק 2, יכבדו המדינות החברות את זכותו של הילד ושל הוריו לצאת מכל ארץ שהיא, לרבות הארץ שלהם, ולהיכנס לארץ שלהם. הזכות לצאת מארץ כלשהי תהא כפופה רק למגבלות הנקבעות בחוק והנחוצות לשמירה על בטחון לאומי, סדר ציבורי (תקנת הציבור), בריאות או מוסר ציבוריים, או זכויות וחירויות הזולת, והעולות בקנה אחד עם זכויות אחרות המוכרות באמנה זו.

52. בהחלטתו של המשיב למנוע את כניסת העותרת לאזור ובה בעת למנוע את יציאת העותר לירדן, הפר המשיב את הוראות האמנה לזכויות הילד, והתעלם מהשיקול של טובת ילדיהם של העותרים, שצריך היה להנחותו כשיקול ראשון במעלה.

חופש התנועה וחופש היציאה מהארץ

53. "ערכו של חופש התנועה ערך נעלה הוא. חופש התנועה, כך אמרה המשנה לנשיא מ' בן פורת, שווה הוא במשקלו לחופש הדיבור (בג"צ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701, 708), ועל ערכו של חופש הדיבור אין צורך להאריך. יתר-על-כן, חירות התנועה הינה בתה של החירות, והחירות – ידענו כולנו – היא מן היושבות ראשונה במלכות...".

(דברי כב' השופט חשין בבג"צ 5016/96 חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד נא(4) 1, (147).

54. עם השנים השתנתה המדרגה של חירות התנועה וחופש היציאה במשפטנו ובמשפט העמים.

א. במישור המשפט הבינלאומי, הכיר בית משפט נכבד זה בחופש התנועה כחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי.

בבג"צ 3914/92 לאה לב ואח' נ' ביה"ד הרבני האזורי בתל אביב יפו ואח' (פ"ד מח 2) (506, 491) נפסק, כי הזכות לחופש תנועה מהמדינה אל מחוצה לה היא זכות "הנגזרת מהיותנו חלק מהקהילה הבינלאומית, אשר במסגרתה זכות התנועה מוכרת כזכות אדם מנהגית" (ההדגשה לא במקור, י.ו.).

זכות מנהגית זו אף גובשה במישור ההסכמי, באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, המחייבת את מדינת ישראל כיום, כאחת מבעלות האמנה (אושררה ב-8.8.91, 31 כ"א 269). סעיף 12(2) לאמנה קובע:

כל אדם בן חורין לעזוב כל ארץ שהיא, לרבות ארצו הוא.

ב. במשפט הפנימי, קיבלה זכות היציאה "מעמד חוקתי-על-חוקי" בסעיף 6(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כל רשות מרשויות השלטון – ומפקד צבאי בכלל זה – חייבת לכבד את זכות היסוד האמורה, שהיא זכותו של כל אדם בהיותו אדם (סעיף 11 לחוק היסוד). העלייה במדרגה הנורמטיבית של זכות היסוד לחופש יציאה משפיעה בהכרח על מערכת האיזונים בהפעלתה של כל סמכות, העלולה למנוע מאדם לצאת לחו"ל.

בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 290 ;
בג"צ 3914/92 לב נ' ביה"ד האזורי ואח', פ"ד מח(2) 491 ;
בש"פ 1986/94 מדינת ישראל נ' עמר, פ"ד מח(3) 133 ;
בג"צ 4358/93 צוק נ' ביה"ד הרבני הגדול פ"ד מח(4) 563 ;
בר"ע 7208/93 ויסגלס נ' ויסגלס, פ"ד מח(4) 529 ;
בג"צ 5016/96 חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד נא(4) 1.

ג. על פי גישתו של כב' השופט חשין בבש"פ 1986/94 הנ"ל, חירות היציאה הינה "זכות טבעית" במהותה, החלה גם במקום שחוק היסוד "אינו תופש בנו".

55. טענות ותפיסות שהושמעו בעבר, לפיהן אין לפלסטיני תושב השטחים זכות אדם לחופש תנועה ולחירות היציאה מהאזור – ראוי להן שלא תישמענה עוד.

56. מנגד, בעידן של תקשורת אלקטרונית מפותחת ותקשורת מחשבים, האפקטיביות הביטחונית של מניעת היציאה הפיסית הצטמצמה, ומתקיימת רק במקרים כגון כאשר היציאה מיועדת לאימונים צבאיים מסוג שלא ניתן לקיים בשטחים. בהתאם לכך, גובר הנטל המוטל על המשיב, להראות בראיות משכנעות, כי אכן קיימת תכלית ותועלת ביטחונית במניעת יציאתו של פלוני מהאזור.

מניעת כניסתה של העותרת: שרירות

57. המשיב לא נימק את החלטתו למנוע את כניסתה של העותרת לאזור.

אי-הנמקת ההחלטה מעבירה את הנטל אל המשיב להראות כי ההחלטה בדין יסודה ומסירה מעל ההחלטה את הגנת חזקת החוקיות של מעשי המנהל. (סעיף 6 לחוק לתיקון סדרי המנהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958; "זמיר הסמכות המנהלית, כרך ב' (נבו), ירושלים, תשנ"ו-1996) ע' 919-920).

58. דומה, שאין להחלטת המשיב בסיס בשיקולים הרלוונטיים לעניין, כגון סכנה קונקרטית שעלולה להיגרם מכניסת העותרת לאזור. ייתכן, שמקור ההחלטה במידע בטחוני שלילי שיש כלפי העותר. ייתכן, שמקור ההחלטה בסירוב הגורף של המשיב לאפשר כניסת מבקרים לאזור מאז פרוץ האינתיפאדה הנוכחית, וזאת משיקולים פוליטיים של הפעלת לחץ על הרשות הפלסטינית. כך או כך מדובר בשיקולים זרים לעניין, שעולים כדי ענישה קולקטיבית: בין אם מדובר בענישה של האישה והילדים על מעשי האיש ובין בענישה של בני המשפחה (ושל כלל האוכלוסייה בשטחים) על פעולות הרשות והארגונים הפלסטינים כנגד ישראל.

59. המשיב רשאי לנקוט צעדים ביטחוניים (לרבות מניעת כניסה ויציאה מהאזור) אך ורק על בסיס אישי, בגין סכנה קונקרטית שנובעת מהאדם נשוא הצעד הביטחוני עצמו.

הפעלת לחץ על האוכלוסייה, כדי להרתיע אותה מפעילות נגד ישראל, אינה מצדיקה 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 עג'ורי 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).

החלטת המשיב: אי-סבירות

60. באיזון בין צרכי הביטחון לבין זכויות היסוד של העותר ובני משפחתו, יש לקחת בחשבון גם את גורם הזמן.

העותר מנוע יציאה לירדן מזה שבע שנים לערך. מדובר בתקופה ההולכת ומצטברת ומשנה את אופי המניעה לא רק מבחינה כמותית אלא גם מבחינה איכותית. מנגד, נראה שהמידע השלילי בנוגע לעותר מידלדל והולך, ואם בעבר יוחסה לו מעורבות בפעילות עוינת, הרי שהיום הנימוק למניעת היציאה הוא לאקוני: "טעמי ביטחון".

גם בהחלטת המשיב למנוע כניסת בני-משפחות מעבר הירדן לגדה מחרסם גורם הזמן. אין הקפאה קצרה של המעבר בגשרי הירדן כהקפאה הנכנסת כבר לשנתה השלישית. כפי שכבר ראינו:

חייה של אוכלוסייה, כחיינו 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) 804, 785.

61. 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 מחרیפה והולכת לאישיותם של הילדים, ומסכן את מבנה התא המשפחתי עצמו.

62. בענייננו יש להביא גם בחשבון, את העובדה, שכל עוד הייתה העותרת באזור, הסכים המשיב להארכת רשיונות הביקור שבידיה. בכך הודה המשיב, כי אין הוא רואה כל סכנה בשיבת העותרת באזור, 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 האזור – לתקופה שהייתה אמורה להיות קצרה – בחודש ינואר 2001, שינה המשיב את טעמו ומסרב להכניסה.

63. על המשיב להפעיל את סמכויותיו באזור בהתאם למשפט המנהלי הישראלי, הכולל בחובו הגבלות חוקתיות על הפעלתה של סמכות הפוגעת בזכויות יסוד.

המשיב לא הפעיל את שיקול דעתו לפי אמות המידה המתחייבות מהיותן של הזכות לחיי משפחה וזכות היציאה זכויות אדם בסיסיות, ולא נתן משקל ראוי לפגיעה בטובת הילדים. אילו רק חופש התנועה היה מונח כאן על המאזניים היה על המשיב, לכל הפחות, להצביע על בסיס עובדתי לחשש כן ורציני, כי קיים קשר סיבתי בין יציאתו של העותר לחו"ל לבין פגיעה ממשית בביטחון האיזור, וכי התועלת הבטחונית שתצמח ממניעת יציאתו לירדן עומדת ביחס ראוי לפגיעה הוודאית והקשה בזכויותיו.

השוו את ההלכה שנפסקה לפני חוק היסוד בבג"צ 448/85 דאהר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701, בעמ' 708, 716-717; וראו בג"צ 3914/92 הנ"ל, שם, בעמ' 508.

כן השוו, לעניין מבחן המידתיות, לגבי פגיעה בזכויות יסוד, בג"צ 4330/93 גאנס ואח' נ' ועד מחוז תל אביב פ"ד נ(4) 221, 232.

אולם כאן מתווספות על הזכות לחופש תנועה גם הזכות לחיי משפחה וטובת הילדים, ולהתרת היציאה לירדן ישנה החלופה הטובה יותר (והמועדפת גם על-ידי העותרים) של כניסת העותרת לאזור. בנסיבות אלו, הפגיעה במשפחת העותר איננה תכליתית, ולכל הפחות היא חורגת מהמבחנים של האמצעי הפחות פוגעני ושל פרופורציונליות – ומכאן שאיננה מידתית.

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.

ירושלים, 18 בנובמבר 2002, יג כסלו תשס"ג

יוסי וולפסון, עו"ד
ב"כ העותרים

(ת.ש. 16159)