

בעניין:

1. נואצרה _____
ת.ז. _____ מפחמה, נפת גינין

2. עווד _____
נושאת דרכון ירדני _____, כעת בירדן

3. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.**

ע"י ב"כ עוה"ד יוסי וולפסון (מ.ר. 26174) ו/או חוה
מטרס-עירון (מ.ר. 35174) ו/או גיל גן-מור (מ.ר. 37962)
ו/או סיגי בן-ארי (מ.ר. 37566) ו/או ענת קדרון (מ.ר.
37665)

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 -

מפקד כוחות הצבא 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 יסכים להתיר לאחר-מכן את המשך שהייתה בגדה באמצעות רישיונות שיוארכו מעת לעת.

בקשה לדיון מזורז

בית-המשפט מתבקש לדון בעתירה באורח מזורז.

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

בית-המשפט מתבקש להשתמש בסמכותו ליתן צו על-תנאי במעמד צד אחד, מאחר שהמשיב אינו טורח להשיב לפניית אליו מזה שנה ושמונה חודשים. אחת ההשלכות האפשריות לשיהוי מטעם הרשות במתן תשובה לפנייה אליה, 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.

ואלה נימוקי העתירה

מבוא

1. עניינה של עתירה זו בזכותם של בני-זוג וארבע בנותיהם הקטנות לחיי משפחה מינימליים. האיש הוא תושב הגדה המערבית. בת-הזוג נתינת ירדן. בת-הזוג שהתה בגדה כמעט ברציפות משנת 1993 ועד שנת 2000. כאן נולדו לבני הזוג ארבע בנותיהם. המשיב הכיר בבני הזוג כ"בני אוכלוסיית הבג"ץ השנייה" – דהיינו, לפי הסכמות שהושגו בבית-משפט זה, העותרת זכאית להיכנס לגדה ולשהות בה באמצעות רשיונות ביקור ארוכי טווח ומתחדשים. אלא שביוולי 2000 יצאה העותרת את הגדה לירדן, ומאז לא מתאפשרת חזרתה. לעותרים ארבע בנות, בגילאים שמשש עד אחת-עשרה שנים, שלא ראו את אמן מזה חמש שנים.

הצדדים

2. העותר הוא תושב פחמה, כפר בנפת ג'נין. הוא בן 35 ועובד בניהול חשבונות במועצה המקומית. העותר נישא בשנת 1991 לעותרת, נתינה ירדנית, ילידת 1969.
3. העותרת 3, המוקד להגנת הפרט, היא ארגון זכויות אדם.
4. מדינת ישראל מחזיקה באזור הגדה המערבית בתפיסה לוחמתית, והמשיב הוא המושל באזור מטעמה, ונושא בחובות ובזכויות הנובעות ממעמדו זה. בנוסף, המשיב פועל באזור כרשות מינהלית בתחום של מתן רשיונות ביקור.

העותרים ובנותיהם: יצירת המשפחה ופירודה

5. בשנת 1991 כרת העותר ברית נישואין עם העותרת, נתינה ירדנית. העתק חוזה הנישואין מצורף כנספח ע/1.
6. באוגוסט 1993 הוציא המשיב רשיון ביקור בגדה עבור העותרת, והיא נכנסה לגדה ב-1993.9.5. מאז שהתה העותרת בגדה כמעט ברציפות עד לשנת 2000. יציאותיה מהגדה הסתכמו בשלושה חודשים בחורף 1993-1994 וחודשיים בחורף 1998-1999. בנוסף, יצאה את הגדה במאי 1997, וכשניסתה לשוב ולהיכנס מנע המשיב את כניסתה בשל שהייה מעבר לתקופת הרשיון בעבר. עד שהוסדרו העניינים התמשכה השהייה הכפויה בירדן למעלה מעשרה חודשים.
7. העותרת ילדה בגדה את ארבע בנותיהם של בני-הזוג: ___ נולדה בפחמה ב-1994.6.2; ___ נולדה בכפר ב-1995.7.8, ___ נולדה שם ב-1996.11.2 ו___ נולדה בבית-החולים הממשלתי בג'נין ב-1999.3.27.

העתקי תעודות הלידה של הבנות מצורפים כנספחים ע/2-5/ע.

8. בשנת 1993 סירב המשיב לבקשת העותר לאיחוד משפחות עבור העותרת. העתקים מאישור הגשת הבקשה ומהסירוב הלא מנומק, מצורפים כנספח ע/6.
9. בתאריך 21.8.2001 הכיר המשיב בעותרים כבני "אוכלוסיית בג"ץ חדש", מושג ששורשיו בהתחייבויות שנתן המשיב במסגרת סדרת עתירות לבג"ץ שהוגשו במחצית הראשונה של שנות התשעים (בג"ץ 1979/00 עואשרה; בג"ץ 4494/91 ו-63 אח' אבו סרחאן ובג"ץ 4495/92 ו-20 אח' חזרה). עיקרו של ההסדר הוא שבני אוכלוסיות הבג"ץ יכולים להישאר בשטחים על-פי רשיונות ביקור שיוארכו מעת לעת. בני אוכלוסיית הבג"ץ הראשונה זכאים גם למעמד של קבע בשטחים במסגרת של אישור בקשותיהם לאיחוד משפחות (בהיעדר מניעה ביטחונית). הסדרת מעמד קבע לבני אוכלוסיית הבג"ץ השנייה, ולמי שאינם שייכים לאוכלוסיות הבג"ץ, אמורה להיות אף היא במסגרת בקשות לאיחוד משפחות – אולם אלו כפופות למכסות שנתיות.
- העתק מכתבו של סרן לרנר מ-21.8.2001 מצורף כנספח ע/7.
10. בחודש יולי 2000 יצאה העותרת מהגדה לירדן, והשאירה את בנותיה בבית המשפחה עם אביהן.
11. העותרים ובנותיהם לא ידעו אז שהנסיעה צפויה להתמשך שנים.
12. אולם, כפי שיפורט בהמשך, בעקבות האינתיפאדה שפרצה באוקטובר 2000, לא אישר המשיב בקשות לרשיונות ביקור בגדה למעט במקרים חריגים, ובהם מקרים דומים להפליא למקרה של העותרים, אשר הובאו לפתחו של בית-משפט נכבד זה. העותרת נמצאה לכודה בירדן. לעותרת לא אושר רשיון ביקור, ועד היום לא הצליחה לשוב לגדה.
13. מאותה עת ואילך המשפחה מפוצלת.
14. הפיצול מקרין באורח קשה על חיי הזוג ועל חיי ילדיהם.
15. האב לא היה מסוגל לדאוג לילדות הקטנות לבדו ובנוסף לעבודתו בניהול החשבונות במועצה המקומית. הוא ניסה להיעזר באמו, אולם גם הסבתא לא יכלה לסייע הרבה בטיפול בילדות בשל גילה. במשך שנתיים התמודד העותר עם מעמדו החדש כאב חד-הורי מאונס, עד אשר נשא אישה נוספת, על-פני העותרת, שחולקת עמו את הטיפול בבית ובילדות. יצוין, כי הביגמיה היא חוקית באזור.
- הפגיעה בילדות עקב הפרידה מאמן הביולוגית היא מהדברים שהם מובנים מאליהם. הקשר מסתכם בשיחות בינלאומיות אחת לכמה זמן, והגעגועים קשים – בייחוד אצל הבת הצעירה, ____ . ניכרת גם ירידה בהישגים הלימודיים של הבנות, והן מרבות לבהות בכיתה.

ואילו העותרת, שבנתה לה בית ותפקדה כאם לארבע בנות, מצאה עצמה כמעין עגונה, הרחק מביתה ומבן זוגה, כשהאחרון נישא לאישה אחרת המחזיקה את הבית ומטפלת בבנותיה. מעמדה החברתי הידרדר. המועקה הרגשית בה היא נמצאת קשה.

מיצוי ההליכים

16. בתאריך 15.1.2004 פנה ב"כ העותרים במכתב מפורט ומנומק ללשכת היועץ המשפטי של המשיב, בבקשה לאשר רשיון ביקור עבור העותרת.

המכתב מ-15.1.2004 מצורף **כנספח ע/8**.

17. באותה תקופה לערך, אישר המשיב כניסתן לגדה של נשים אחרות שמצבן דומה למצב העותרת. אישוריו של המשיב באו במסגרת העתירות בג"ץ 9926/02, בג"ץ 6105/03, בג"ץ 9736/03, בג"ץ 10004/03 ובג"ץ 11191/03. בכל אותם מקרים מדובר היה ברשיונות ביקור לבנות זוג זרות של תושבי הגדה המערבית, שיצאו את הגדה עובר לפרוץ האינתיפאדה או מאוחר יותר ולא הצליחו לשוב. בכל המקרים, הפניות למשיב לא זכו למענה תקופה ארוכה, אך אושרו בעקבות העתירה. לאחר אישור הבקשות במסגרת העתירות, הסכים המשיב לקבל את הבקשות לרשיונות ביקור מידי הרשות הפלסטינית ואישר אותן.

מצורפת הבקשה למחיקת האחרונה מבין חמש עתירות אלו. כמוזכר בבקשה, התערבה אז ב"כ המשיב, עו"ד אופק, כדי שלשכת היועמ"ש של המשיב תתחיל ליתן תשובות לפניות של המוקד להגנת הפרט התלויות ועומדות מזה זמן רב.

על רקע הסכמת המשיב בבית-המשפט לכניסתן של נשים במקרים דומים, ועל-רקע התערבות הפרקליטות כדי שלשכת היועמ"ש תענה לפניות אליה, ציפה ב"כ העותרים שעניינם של העותרים דגן יפתר ללא צורך בפנייה לבית-משפט נכבד זה.

העתק הבקשה למחיקת העתירה בבג"ץ 11191/03 מצורף **כנספח ע/9**.

18. כדי לקדם את הטיפול בפניות המוקד להגנת הפרט ללשכת היועמ"ש של המשיב, נקבעה, בסיוע עו"ד אופק מפרקליטות המדינה, ישיבה משותפת לנציגי המוקד להגנת הפרט, לשכת היועמ"ש של המשיב והמחלקה לדין בינלאומי בפרקליטות הצבאית. עניינם של העותרים הועמד על סדר היום של הישיבה.

העתק מכתב המפרט את התיקים לדיון מצורף **כנספח ע/10**. עניין העותרים מופיע בסעיף 1(יב).

19. הישיבה התקיימה בתאריך 22.3.2004. בפתח הישיבה התברר, כי אין בידי נציגי הצבא תשובות אף לא באחד מהתיקים, ולמעשה אין בסיס לדיון. עם זאת, סוכם בישיבה, כי התשובות בשני תיקים דחופים יישלחו למוקד עד לתאריך 25.3.2004. תשובות במחצית התיקים התלויים

- ועומדים יישלחו עד לתאריך 8.4.2004. תשובות בכל שאר התיקים יישלחו לא יאוחר משבועיים לאחר מכן (דהיינו 22.4.2004).
- העתק מכתב סיכום ישיבה מטעם המוקד להגנת הפרט, מתאריך 22.3.2004, מצורף **כנספח ע/11**.
20. המשיב לא עמד בסיכום זה. במהלך הזמן נשלחו למוקד להגנת הפרט תשובות בתיקים בודדים בלבד מן התיקים נשוא הישיבה. בתאריך 3.6.2004 פנה המוקד להגנת הפרט ללשכת היועמ"ש של המשיב בתזכורת מקובצת בעניין 16 פניות שנתרו ללא מענה, עם העתקים לפרקליטות המדינה ולסרן יוסי נקר מהמחלקה לדין בינלאומי בפרקליטות הצבאית.
- העתק המכתב מ-3.6.2004 מצורף **כנספח ע/12**.
21. תזכורת נוספת לפניות התלויות ועומדות, לרבות הפנייה בעניין העותר, נשלחה בתאריך 5.9.2004.
- העתק המכתב מ-5.9.2004 מצורף **כנספח ע/13**.
22. בתאריך 4.11.2004 הועבר המכתב מ-5.9.2004 שנית לידיו של היועמ"ש של המשיב, אישית.
- העתק הפנייה מ-4.11.2004 מצורף **כנספח ע/14**.
23. בתאריך 17.11.2004 ניסה המוקד להגנת הפרט לפנות לסיועו של סגן אוסטנובסקי, הקצין הנוכחי במדור משפטי-אזרחי במחלקת הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית. סגן אוסטנובסקי השיב, כי ביקש מהגורמים הרלוונטיים להחיש את הטיפול בפניות, והביע תקווה כי הן ייענו בהקדם.
- העתק המכתבים מ-17.11.2004 ומ-22.11.2004 מצורפים **כנספחים ע/15-ע/16**.
24. בתאריך 14.2.2005 נשלחה תזכורת מקובצת נוספת ליועמ"ש של המשיב, עם העתק לסגן אוסטנובסקי.
- העתק המכתב מ-14.2.2005 מצורף **כנספח ע/17**.
25. תזכורת נוספת נשלחה ליועמ"ש של המשיב ב-17.8.2005.
- העתק המכתב מ-17.8.2005 מצורף **כנספח ע/18**.
26. במקביל, בתאריך 21.2.2005, פנה ב"כ העותרים למנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, בבקשה שתתערב להפסקת מדיניות המשיב, לפיה מוקפא הטיפול בבקשות לרשיונות ביקור ולמתן תשובות בשטחים.
- העתקים מהמכתב נשלחו למתאם פעולות הממשלה בשטחים, ליועמ"שים של המשיב ושל מפקד כוחות הצבא ברצועת עזה ולראש מחלקת הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית.

המכתב מתאריך 21.2.2005 מצורף כנספח ע/19.

27. בתאריך 24.3.2005 הפנתה מנהלת מחלקת הבג"צים את הטיפול בפנייה למכותבים האחרים.

העתק המכתב מ-24.3.2005 מצורף כנספח ע/20.

28. בתאריך 10.4.2005 נשלחה לב"כ העותרים תגובת ביניים מטעם ראש מחלקת הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית, לפיה –

בימים אלה נערכת עבודת מטה בין-משרדית לבחינת המשך הטיפול בנושא, לרבות על רקע פניות הצד הפלסטיני.

בכוונתנו להמשיך ולעדכןכם בטיפול בנושא, ובהחלטות שתקבלנה.

העתק המכתב מ-10.4.2005 מצורף כנספח ע/21.

29. בתאריך 6.9.2005 הודיעה לשכת היועמ"ש של המשיב לעותרת 3, כי "לאחרונה חודשו המגעים בין ישראל לרשות הפלסטינית לעניין רשיונות ביקור". משמעות המשפט, בלשונו האורוליאנית של המשיב, היא שהמשיב החליט להרחיב את טיפולו בבקשות לרשיונות ביקור: הלוא כפי שראינו, כאשר היה המשיב מעוניין בכך, בלחץ עתירות לבג"ץ, הוא אישר בקשות לרשיונות ביקור, ו"היעדרם" כביכול של מגעים בינו לבין הרשות הפלסטינית לא היווה מחסום לכך.

עם זאת, במכתב נמסר רק על הוצאת רשיונות לילדיהם של תושבי השטחים הזקוקים להם כדי להירשם במרשם – סוגיה שהיתה נושא לשורה ארוכה של עתירות מטעם המוקד להגנת הפרט. בעניין רשיונות ביקור לבנות זוג של תושבים לא נאמר דבר, ההקפאה נותרת בעינה, והחריג היחיד נשאר החריג ההומניטרי, הפיקטיבי בעיקרו.

העתק המכתב מ-6.9.2005 מצורף כנספח ע/22.

30. בעניינם של העותרים לא התקבל עד היום מענה כלשהו – לטוב או לרע.

הטיעון המשפטי

31. במרכז העתירה מצויה מדיניותו של המשיב שלא לאשר רשיונות ביקור בגדה למעט מה שהוא מתאר כ"מקרים הומאניטריים חריגים". מדיניות זו הובאה במכתבו של עוזר היועמ"ש של המשיב מתאריך 6.11.2001. בסעיף 2(ה) למכתבו כותב עוזר היועמ"ש, בין היתר:

...מאז תחילת אירועי גאות ושפל, אין, באופן עקרוני, טיפול ברשיונות כניסה לאזור...

אציין, שגם במהלך אירועי גאו"ש ניתנים רשיונות ביקור לאזור, אך זה נעשה רק במקרים הומניטריים חריגים...

המכתב מתאריך 6.11.2001 מצורף כנספח ע/23.

32. כאמור, בחמישה מקרים שהובאו בפני בית-משפט נכבד זה על-ידי המוקד להגנת הפרט, ניתן רשיון ביקור. בנוסף, ידוע למוקד להגנת הפרט על רשיון ביקור נוסף שניתן לאחר התערבות של קונסוליה זרה. החריגים מעידים על כך שאין מניעה ממשית להוצאת הרשיונות, אלא שהמשיב נוקט מדיניות גורפת להימנע מכך כל עוד הדבר לא נכפה עליו הר כגיגית.
33. ההבדל ה"מהותי" היחיד בין מי שקיבלו רשיון ביקור לבין העותרים, הוא שהעותרים לא עתרו עד היום לבג"ץ.
34. העותרים יטענו כי מדיניות זו היא מדיניות גורפת, הפוגעת ללא הצדקה בזכויות יסוד של העותרים. הפגיעה בזכויות העותרים עומדת בסתירה לחובתו של המשיב להגן על זכויות העותרים ולקיים את החיים התקינים בשטח הכבוש.
35. 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

36. מדיניותו של המשיב פוגעת בחיי המשפחה של העותרים על כל רובדיהם. בהיעדר חיים משותפים נמנעים גם התמיכה ההדדית – במשק הבית, בגידול הילדים וברמה הרגשית – שהם יסודותיהם של חיי המשפחה.
37. 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.
38. 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 [ני"ח], התשל"א-1971; סעיפים 14, 15 ו-18 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ח-1962; סעיף 4 לחוק השבות, התשי"ב-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. (כבי' השופט ברק, כתארו אז, בבג"צ 693/91 **אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח'**, פ"ד מז(1) 749, 783).

39. 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 נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221, 235-236).

40. 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 8(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).

41. יסוד ראשוני לחיי משפחה תקינים הוא אפשרות בני המשפחה לחיות יחד תחת קורת גג אחת. בהיעדר 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 משמעותו שיסוע המשפחה תוך פגיעה אנושה בבני המשפחה ופירור יסודות החברה.

טובת הילד

42. החלטת המשיב היא בעלת השלכות שליליות בייחוד בנוגע לילדי העותרים. אין באפשרותם לקיים קשר רצוף עם הוריהם, והדבר מביא אותם למצבים קשים של מצוקה רגשית. גם המתחים בתוך המשפחה – פרי חיי הפירוד – חורצים את סימניהם בילדים.

43. העקרונות של טובת הילד וזכויותיו, 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.

44. העיקרון של טובת הילד הונח גם כעיקרון מרכזי באמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד משנת 1989.

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...

45. בהחלטתו של המשיב למנוע את כניסת העותרת לגדה, הפר המשיב את הוראות האמנה לזכויות הילד, והתעלם מהשיקול של טובת ילדי העותרים, שצריך היה להנחותו כשיקול ראשון במעלה.

היעדר מניעה ומדיניות גורפת

46. 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 ביולי 2000, בוודאי היה מאריך את רשיון הביקור שלה.

כל התנגדותו של המשיב לאשר לעותרת רשיון ביקור נובעת ממדיניות גורפת שלא לאשר בקשות כאלו מאז פרוץ האינתיפאדה.

47. סירוב גורף לדון בבקשות לרשיונות ביקור או לאיחוד משפחות, ללא קשר לנסיבות הקונקרטיים, 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) 255, 303.

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 יקותיאל נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, 713-714.

48. 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.

פסלות מדיניות ההקפאה

49. עצם הקפאת הטיפול בנושא רשיונות הביקור, עליה מצהיר המשיב בריש גלי, היא פסולה.

50. כנציג המעצמה הכובשת מוטלת על המשיב החובה להבטיח בשטח הנתון למרותו את החיים הציבוריים התקינים (תקנה 43 לתקנות המצורפות לאמנת האג, 1907).

אין התקנה מגבילה עצמה להיבט מיוחד של הסדר והחיים הציבוריים. היא משתרעת על הסדר והחיים הציבוריים בכל היבטיהם. על-כן חלה סמכות זו – בצד ענייני ביטחון וצבא – גם על נסיבות כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם.

דברי השופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 393/82 ג'מעייט אסכאן אלמעלמון אלתאוניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון ואח', פ"ד לז(4) 785, 798. להלן: עניין ג'מעייט אסכאן.

בכלל חובותיו, מוטל על המשיב –

לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה...
תקנה 46 לתקנות האג.

כלל-יסוד זה חוזר על עצמו גם בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949) (להלן: אמנת ג'נבה):

מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך ארץ... לזכויותיהם המשפחתיות...

המשיב מחויב להגנת התא המשפחתי וטובת הילדים גם מכוח האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם והמשפט החוקתי הישראלי.

51. קיומו של מינהל תקין, המטפל בקצב נאות ועל-פי אמות מידה ראויות בבקשות לכניסה לאזור, לרשיונות ביקור, להגירה ולאיחוד משפחות, הוא בוודאי אחד ההיבטים של החיים הציבוריים, שחיי אדם במדינה מודרנית קשורים בהם.

52. הטיפול של הממשל הצבאי בבקשות הנתונות לטיפולו צריך להיות במסגרת השיקולים שמותר למפקד הצבאי לשקול. שיקול הדעת של המשיב אינו כשיקול דעתו של ריבון. הוא כפוף לשני "קטבים מגנטיים" בלבד: הקוטב של טובת האוכלוסייה הכבושה והקוטב של שיקולי הביטחון של הכוח הכובש:

אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים, של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב. עניין גימעיית אסכאן, ע' 794-795.

53. ממשל צבאי צריך להיות קשוב לצרכים המשתנים של תושבי השטחים עליהם הופקד, ולשרת את האוכלוסייה בהתחשב בצרכים משתנים אלו ובתהפוכות החיים של הפרט ושל הציבור:

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. עניין גימעיית אסכאן, ע' 804, ההדגשה הוספה.

54. סירוב לדון בבקשות לרשיונות ביקור במשך חמש שנים עומדת בניגוד לחובתו של המשיב להנהיג בשטחים מערכות שלטון ומינהל תקינות ולקיים בהם חיים ציבוריים תקינים, המתחשבים גם בשינויים ובהתפתחויות שבחיי התושבים. גם לולא היה מקור העיכוב במשיב עצמו, הרי שאחריותו כנציג המעצמה הכובשת היתה מחייבת אותו לתקן את הטעון תיקון ולהבטיח – ככל שהדבר לאל ידו – את הפעילות היעילה והתקינה של המינהל.

המשיב מקפיא את תחום רשיונות הביקור. המשיב מקפיא את החיים. המשיב מועל בחובותיו.

55. בדונו בבקשות לרשיונות ביקור משמש המשיב גם כרשות מינהלית בשטח הכבוש: הוצאת רשיון ביקור מותנית על-פי החקיקה העדכנית בשטחים באישור המשיב ובאישור של הגורם הרלוונטי ברשות הפלסטינית. בטיפולו בנושא רשיונות הביקור כפוף המשיב לעקרונות החלים על רשות המפעילה סמכות מינהלית.

דרך זו שנטל לעצמו המשיב חירות להלך בה אינה מקובלת עליי. היא אינה מתיישבת עם מעמדו כרשות ציבורית, ועם העובדה שהוא משמש, בכל אשר הוא עושה, כנאמן הציבור; אין בה משום ביטוי לעקרון השירות, המחייב את המשיב לנהג את אורחותיו ביעילות ובמהירות הנדרשים...

המשיב אינו רשאי לנהוג בעותרים – כמוהם ככל פונה אחר – באופן בו הוא נוהג; המשיב אינו רשאי להותיר את עניינם תלוי ועומד בלא מענה ענייני... ואם נשתכחו מן המשיב טיבן של חובות בהן הוא חב, כי אז מחובתו של בית המשפט לשוב ולשנן באוזניו.

בג"ץ 10399/04 בן אבדקול נ' משרד הפנים, החלטה מ-3.8.2005 (טרם פורסמה).

56. למעשה מנהיג המשיב "שביתה" כנגד הרשות הפלסטינית (או כנגד ארגוני הסירוב הפלסטיניים) על גבם של העותרים. למה הדבר דומה? לרשות מקומית שבמסגרת משא ומתן שהיא מנהלת עם הרשויות המרכזיות, מפעילה כנגדן אמצעי לחץ של השבתת שירותיה לתושבים. ועל כך נאמר:

העירייה לא רשאית היתה להפר חובתה לקיים את הלימודים בעיר גם אם נפלו בינה לבין משרד החינוך מחלוקות אלו ואחרות... טעם זה שהשמיענו מר לחיאני - על-אודות חילוקי-דעות שנתגלעו בינו לבין רשויות משרד החינוך - טעם זה אין הוא טעם לגיטימי להפסקת הלימודים בעיר ולשלילת זכותם של תלמידי העיר לחינוך. בהורותו על הפסקת הלימודים מטעם זה פעל מר לחיאני בחוסר סמכות והחלטתו היתה החלטה בטלה ומבוטלת מעיקרה.

בג"צ 8046/04 עטיה נ' ראש עיריית בת ים ואח', תק-על 2005(1), 978, עמ' 982.

טעמים זרים וענישה קולקטיבית

57. טעמי ההקפאה אף הם חורגים מהשיקולים שמותר למשיב לשקול. ללא ספק, הקפאת הטיפול לא נובעת מהדאגה לצרכיהם ולעתידם של התושבים המוגנים. היא גם אינה נובעת משיקולים ביטחוניים – שהרי אין סיכון בטחוני בשובה של העותרת לשטחים, והמשיב אינו עושה בדיקות ביטחוניות לא בעניינה ולא בעניין אחרים.

58. כל עניינה של ההקפאה הוא במערכת היחסים המדינית בין המשיב לבין הרשות הפלסטינית, כאשר העותרים ודומיהם מהווים קלף מיקוח במערכת יחסים זו. אכן, בתחילת האינתיפאדה שפרצה בשנת 2000 נוצר נתק בין הרשויות הישראליות והפלסטיניות במת"קים, שחלקם אף היו צמודים לאזורים של חילופי אש. אולם מזה זמן רב התחדש שיתוף הפעולה, וכפי שראינו, כאשר המשיב רואה לנכון, הוא מקבל מידי הרשויות הפלסטיניות בקשות ומאשרן.

59. כאשר המשיב מודיע כי "מאז תחילת אירועי גאות ושפל, אין, באופן עקרוני, טיפול ברשיונות כניסה לאזור" (נספח ע/23), 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?

60. למצער ניתן לומר, שהמפקד הצבאי שוקל שיקולים של מדיניות חוץ של המדינה הכובשת – שיקולים שהם מחוץ למתחם שיקול הדעת העומד לרשותו. אולם דומה שהדברים חמורים אף יותר. דומה 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 אאפשר 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.

61. 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 קונקרטיית שמקורה באותם תושבים עצמם.

בג"ץ 7015/02 עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע ואח', פ"ד נו(6) 352.

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

אי-מענה לפניות העותרים

62. פניית ב"כ העותרים מתאריך 15.1.2004 (ע/8) לא זכתה לכל התייחסות משך שנה ושמונה חודשים!

63. על המשיב מוטלת החובה לטפל בעניינם של העותרים 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) 190, 219;

בג"צ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מח(4) 441, 451.

64. 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.

65. 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.

66. שיטתו של המשיב שלא להשיב לפניות אליו עד שלא יגיעו לפתחו של בית-משפט נכבד זה הופכת את בית-המשפט למעין "סניף משנה" של המשיב, "דלפק קבלה ומזכירות גם יחד" כלשונו של כב' השופט אוקון בעת"מ (מחוזי י-ם) 769/04 אמינה נ' שר הפנים, (פס"ד מיום 14.10.04).

67. בית המשפט הנכבד משמש לביקורת שיפוטית על החלטות המשיב ועל נימוקיו. לא ניתן להשלים עם מצב שרק עתירה לבג"צ תוביל למענה לבקשות, וכי מי שלא עולה בידו לקבל ייצוג משפטי, ולגייס את המשאבים הדרושים – זכויותיו יירמסו:

חובתו של בית המשפט היא לדאוג לעיגון עיקרון השירות, והכפפתן של רשויות המדינה אליו. עיקרון זה מחייב את בית המשפט למנוע התמשכות מיותרת של הליכים על חשבונם של מקבלי השירות. עקרון זה מחייב גישה רצינית לפניות הפרט, מניעת התעמרות, הטמעת ערכי שוויון, ושירוש זכויות יתר של בעלי כוח שלטוני או כוח אחר. זכויות הפרט אינן מסתיימות במתן הצהרות חגיגיות. זכויות הפרט הן חומר של יום יום. אם הזכויות לא יעמדו במבחן המעשה, הן יהפכו עד מהרה למטבעות שחוקים המוטלים הלוך ושוב, תוך יצירת אשליה חולפת של כיבוד זכויות, המתפוגגות בשל מחסומים בירוקרטיים בלתי עבירים, המוצבים על כל צעד ושעל (פרשת אמינה הנ"ל).

68. 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.

העתירה נתמכת בתצהירו של העותר 1, שנחתם בפני עו"ד מג'נין ושוגר לח"מ בפקס. גם ייפויי הכוח מטעם העותרים 1 ו-2 שוגרו בפקס בשל הקושי לקיים פגישה פנים אל פנים עמם.

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, 10 באוקטובר 2005,

יוסי וולפסון, עו"ד
ב"כ העותרים

(ת.ש. 15693)

תרגום תצהיר

אני הח"מ, _____ נואצרה, ת.ז. _____, לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהיר בזה בכתב כדלקמן:

1. אני עושה את תצהירי זה בתמיכה לעתירה לבג"ץ בעניין בקשתי לרשיון ביקור לאשתי.
2. העובדות המפורטות בעתירה הן אמת. העובדות הנוגעות לטיפול של המוקד להגנת הפרט הן אמת, לפי מה שנמסר לי מהמוקד להגנת הפרט.
3. כל העובדות המפורטות בעתירה הוקראו לי ותורגמו לי לערבית על-ידי נציגת המוקד להגנת הפרט.
4. הריני להצהיר כי זהו שמי, זוהי חתימתי ותוכן תצהירי זה אמת.

המצהיר

הנני מאשר בזה כי בתאריך 28.9.2005 הופיע בפני עורך דין ג'מאל סעאבנה, הנ"ל שזיהה עצמו על ידי תעודת זהות מס' _____, ואחרי שהוזהרתי כי עליו להצהיר את האמת וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר את נכונות הצהרתו הנ"ל וחתם עליה.

חתימת עוה"ד