

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ קאסם, ת.ז. \_\_\_\_\_.
2. \_\_\_\_\_ קאסם, דרכון ירדני מס' \_\_\_\_\_.
3. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.**  
ע"י ב"כ עוה"ד עידו בלום (מ.ר. 44538) ו/או יוסי וולפסון (מ.ר. 26174)  
ו/או עביר גיבוראן (מ.ר. 44346) ו/או יותם בן הלל (מ.ר. 35418)  
ו/או חוה מטרס-עירון (מ.ר. 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ.ר. 37566)  
ו/או 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 -

1. **מדינת ישראל**
  2. **מפקדי כוחות הצנא בשטחים הכבושים**
- המשיבים

### עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם:

- א. מדוע לא יאפשרו את השתקעותה של העותרת 2 בשטחים כתושבת קבע;
- ב. מדוע לא ייקבע שתושבי השטחים זכאים להכניס לשטחים את בני-זוגם שאינם תושבים, וזכאים שבני-הזוג יוכלו להשתקע בשטחים כחוק – וכל זאת בהעדר סיכון ביטחוני אינדיווידואלי, הנובע מבן-הזוג הזר ושגובר על זכויות אלו;
- ג. מדוע לא תיושם בפועל זכותם של תושבי השטחים לחיי משפחה משותפים עם בני-זוגם שאינם רשומים בשטחים – **בין על-ידי** נכונות מיידית של המשיבים לקבל לידיהם מהרשות הפלסטינית בקשות לרישיונות ביקור, להארכת רישיונות ביקור ולאחר מכן משפחות, אשר עניינם בני-זוג של תושבי השטחים, וזאת ללא מגבלה, ולאשרן בתוך זמן סביר בהיעדר סיכון ביטחוני אינדיווידואלי גובר מצד בן-הזוג הזר **ובין בכל דרך אחרת**.

בצמוד לעתירה זו מוגשת בקשה לצו ביניים.

## ואלה נימוקי העתירה:

### נושא העתירה בתמצית

1. עניינה של עתירה זו בבני-זוג, המבקשים לנהל חיי-אנוש נורמאליים: חיים של זוגיות, פרנסה וגידול ילדים. בן-זוג אחד הוא תושב השטחים ורשום בהם. משנהו נתין זר.
2. מזה מספר שנים חוסמים המשיבים את האפשרות של זוגות כאלו לקיים חיי משפחה כחוק בשטחים. מדיניות המשיבים היא שקשר הזוגיות כשלעצמו אינו מהווה קריטריון לאישור רישיונות ביקור בשטחים, להארכתם או לאישור בקשות לאיחוד משפחות בהם. בהתאם לכך, מסרבים המשיבים לקבל מידי גורמי הרשות הפלסטינית בקשות לרישיונות ביקור או לאיחוד משפחות שזו עילתן – זאת למעט מקרים בודדים, שאינם בהכרח שונים מעניינם של העותרים, למעט העובדה שהוגשה בהם עתירה לבית-משפט נכבד זה. המשיבים גם לא יצרו אפיק חלופי למימוש זכות היסוד לחיי משפחה.
3. ברקע עתירה זו התקופה המתמשכת והולכת של הקפאת הטיפול ברישיונות ביקור ובאיחוד משפחות לבני זוג של תושבי השטחים. התמשכות ההקפאה מחריפה עד מאוד את פגיעתה הרעה.
4. ועוד ברקע העתירה: פסק-דינו של בית-משפט נכבד זה ב שנקבעו בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים (להלן: עניין עדאלה). כפי שנטען בפרוטרוט בהמשך, לאחר פסק-דין זה, לא ניתן עוד לטעון, כי לעותרים לא עומדת הזכות להסדרת מעמדם בשטחים, על-מנת שיוכלו לממש בהם את זכות היסוד שלהם לחיי משפחה.

### הצדדים והעובדות

5. העותר 1 (להלן: העותר), יליד 1974, תושב עקאבה הסמוכה לג'נין. העותר עובד כשוטר בטובאס. העותרת 2 (להלן: העותרת), ילידת שנת 1975, היא אזרחית ירדן. העותרת היא בעלת תואר בחינוך, אך עובדת כיום כעקרת בית.
6. העותרים הכירו דרך משפחותיהם. משפחתה של העותרת היא פלסטינית מעקאבה במקור, וקרובה בקשרי משפחה למשפחתו של העותר. ב-16.7.1994 באו בני הזוג בברית הנישואין בירדן.

חוזה נישואין מצורף לעתירה כנספח ע/1.

7. לעותרים נולדו שלושה ילדים. שלושתם נולדו בשטחים ונרשמו במרשם האוכלוסין של השטחים.

\_\_\_\_\_ נולד בשנת 1997. כיום הוא בן עשר ולומד בכיתה ה' בבית-הספר היסודי בעקאבה.

\_\_\_\_\_ נולד בשנת 2000. כיום הוא בן שבע ולומד בכיתה ב' בבית-הספר היסודי בעקאבה.

\_\_\_\_\_ היא פעוטה בת חודש ימים, ומטופלת בבית על ידי אמה.

העתקים מתעודות הלידה של הילדים מצורפים **כנספחים ע/2-4/ע**.

8. ב-22.4.1996 נכנסה העותרת לשטחים ברישיון ביקור שהוציאה הרשות הפלסטינית באישורם של המשיבים. הרישיון הוארך עד 21.9.1996.

העתק רישיון הביקור, על שני צדדיו, מצורף **כנספח ע/5**.

9. במרץ 1998 הגיש העותר בקשה לאיחוד משפחות עם העותרת.

העתק ספח אישור הגשת הבקשה מצורף **כנספח ע/6**.

10. העותרת בנתה בשטחים עם בן זוגה קן משפחתי. היא השתלבה בחיים כאן והכתה שורשים. עם זאת, לעותרת הורים מבוגרים ובני משפחה רבים בירדן, ביניהם שמונת אחיה ואחיותיה. לאור מדיניות ההקפאה של המשיב, חוששת העותרת מלצאת את השטחים. היא יודעת שאם תצא, לא תוכל לשוב לביתה, לבן-זוגה ולילדיה. ניסיונו של המוקד להגנת הפרט מאשש ידיעה זו. בדילמה הבלתי-אנושית בין חיי המשפחה שלה לבין ביקור הוריה וקרוביה שבירדן, נאלצת העותרת לשלם את מחיר הניתוק מההורים.

11. העותרת 3 היא ארגון זכויות אדם.

12. המשיבה 1 מחזיקה בשטחים בהחזקה לוחמתית, ונושאת בחובות ובסמכויות הנובעות מכך. המשיבים 2 מנהלים את השטחים בשם המשיבה 1, ומשמשים גם כרשויות מינהליות בהם.

## **מיצוי הליכים**

13. כפי שיפורט להלן, החל מאוקטובר 2000 הקפואו המשיבים את אותם הסדרים (חלקיים) שאפשרו עד אז לתושבי השטחים מידה של חיי משפחה משותפים עם בני-זוגם הזרים. ההקפאה, שתחילה נתפסה כזמנית, הלכה ונתקבעה עם הזמן והפכה למדיניות ארוכת טווח של המשיבים.

14. העותרת 3 פנתה למשיבים לא פעם, בערוצים שונים, בדרישה לבטל את מדיניות ההקפאה.

15. כבר ב-29.10.2000 פנה ב"כ העותרים למנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, ודרש את חידוש הטיפול בסוגיות של תושבות בשטחים. באותה עת נימקו המשיבים את הקפאת הטיפול בקטיעת קשרי העבודה עם הצד הפלסטיני עקב אירועי האלימות, שלא פעם התחוללו ממש סביב מפקדות התיאום והקישור. ב"כ העותרים כתב כי אם במקרה קונקרטי דרוש תיאום עם הרש"פ, ותיאום שכזה לא נוצר גם לאחר מאמצים כנים של הרשות הישראלית, יהיה המוקד להגנת הפרט מוכן לקבל זאת כמענה ביניים לפנייתו. **אולם הקפאה כוללנית של הטיפול בכל הפניות אינה במקומה.**

העתק המכתב מ-29.10.2000 מצורף כנספח ע/7.

בעקבות הפנייה חודש הטיפול בפניות בעניינים מסוימים, שעיקרם קבלת מידע, תוך שעיקר תחום התושבות נשאר מוקפא.

16. ב-25.12.2002 פנה ב"כ העותרים לפרקליטות המדינה בבקשה לביטול מדיניות ההקפאה, ולו באותם מקרים בהם יש בה פגיעה בילדים ובנוגע לקבוצות אוכלוסייה מסוימות אחרות.

המכתב מ-25.12.2002 מצורף כנספח ע/8. המכתב מעולם לא נענה.

17. ב-14.12.2003 שב ב"כ העותרים ופנה לפרקליטות המדינה במכתב דומה – שאף הוא לא נענה.

העתק המכתב מ-14.12.2003 מצורף כנספח ע/9.

18. ב-21.2.2005 שב ב"כ העותרים ופנה למנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, תוך שהוא שולח העתקים מפנייתו למתאם פעולות הממשלה בשטחים, ליועצים המשפטיים של מפקדי כוחות הצבא בשטחים ולמנהלת מחלקת הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית.

במכתב עמד ב"כ העותרים על הזכויות החוקתיות של תושבי השטחים, הנפגעות כתוצאה ממדיניות ההקפאה. מדיניות ההקפאה, ציין ב"כ העותרים, מהווה הקפאה בלתי-חוקית של החיים בשטחים, בניגוד לחובות המוטלות על המשיבים במשפט הבינלאומי המינהגי, כפי שמשקף בפסיקת בית-משפט נכבד זה. מדובר גם בהתנערות אסורה של רשות מינהלית מסמכויותיה. במכתב נדרש חידוש הטיפול בנושאי התושבות, ובכלל זה בבקשות לרישיונות ביקור ולאיחוד משפחות.

העתק המכתב מ-21.2.2005 מצורף כנספח ע/10.

19. ב-24.3.2005 הפנתה מנהלת מחלקת הבג"צים את הפנייה אל המכותבים האחרים שבמכתב, וביקשה את טיפולם **בדחיפות.**

העתק המכתב מ-24.3.2005 מצורף כנספח ע/11.

20. ב-10.4.2005 נמסר ממחלקת הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית הראשית כי "בימים אלו נערכת עבודת מטה בין-משרדית לבחינת המשך הטיפול בנושא, לרבות על רקע פניות הצד הפלסטיני. בכוונתנו להמשיך ולעדכנכם בהתפתחויות בנושא ובהחלטות שתתקבלנה".

העתק המכתב מ-10.4.2005 מצורף כנספח ע/12.

21. ב-15.8.2005, במסגרת בג"ץ 7425/05, מסרה פרקליטות המדינה כי "לאחרונה התקבלו החלטות בדבר הקלות מסוימות בתחום מרשם האוכלוסין באזורי יהודה, השומרון וחבל עזה, לרבות בכל הקשור להנפקת רישיונות ביקור באזור... עשויים לחול שינויים במדיניות המשיב בכל הנוגע למתן רישיונות ביקור באזור"...

העתק מההודעה מ-15.8.2005 מצורף כנספח ע/13.

22. ב-20.12.2005 התקיימה ישיבה של נציגי המוקד להגנת הפרט עם מתאם פעולות הממשלה בשטחים. בישיבה מסר המתאם, כי הקפאת הטיפול בנושא רישיונות ביקור הוסרה, וכי נקבעו קריטריונים למתן רישיונות ביקור, ובכללם לבני זוג זרים של תושבי השטחים. עוד מסר המתאם, כי לקראת ה"התנתקות" אושר מתן מעמד ל-5,000 זרים ששהו בעזה כמבקרים.

העתק מסיכום פגישה, חתום בידי עוזרת מתאם פעולות הממשלה בשטחים, מ-27.12.2005, מצורף כנספח ע/14.

בפועל, לא ידוע למוקד להגנת הפרט על חידוש הטיפול בבקשות לרישיונות ביקור לבני זוג של תושבי השטחים. האמור במכתב המתאם לא התבטא, מבחינה זו, בשטח.

23. ב-23.10.2006 פנה ב"כ העותרים לשר הביטחון במכתב מפורט, שעניינו הקריטריונים לאיחוד משפחות ולרישיונות ביקור בשטחים. במכתב הצביע ב"כ העותרים על אי-חוקיותה של מדיניות ההקפאה של המשיבים, וביקש משר הביטחון להורות לצבא להנהיג בדחיפות מדיניות, לפיה קשר זוגי מהווה קריטריון מספיק לאיחוד משפחות ולרישיון ביקור, בכפוף (אך ורק) להיעדר סיכון ביטחוני פרטני חמור שצפוי ברמה גבוהה של ודאות מבן-הזוג הזר, וממנו בלבד.

העתקים מהמכתב נשלחו ליועמ"ש לממשלה, למנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, למתאם פעולות הממשלה בשטחים, לראש מחלקת הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית הראשית, ליועצים המשפטיים של מפקדי כוחות הצבא בשטחים ולראש המינהל האזרחי בגדה המערבית.

העתק המכתב מ-23.10.2006 מצורף כנספח ע/15.

24. ב-16.11.2006 נשלחה תשובת ע' שר הביטחון לפנייה. התשובה מעמידה בספק את בקיאותה של לשכת שר הביטחון בסוגייה. בהתאם למכתב "ניתנו ויינתנו היתרים לביקורים לצרכים הומניטריים כגון פטירת הורים או להבדיל השתתפות בחתונה" (לח"מ לא ידוע על היתרים כאלו, ודומה שהכוונה להיתרי כניסה לרצועת עזה או להיתרי תנועה בין הרצועה והגדה). בנושא איחוד המשפחות מפנה המכתב את המוקד להגנת הפרט למשרד הפנים הישראלי(!), אף שהפנייה נגעה לכניסה לשטחים ולא לישראל. בנושא רישיונות הביקור נטען, מצד אחד, ש"אושרו עשרות רישיונות ביקור באזור לצורך רישום ילדים". מצד שני, נטען ש"כיום לא מתקיים קשר בין מדינת ישראל לארגון החמאס", ולכאורה הטענה היא שבשל כך לא ניתן לאשר רישיונות ביקור – וכיצד, אם כן, אושרו ומאושרים (ואכן מאושרים) רישיונות ביקור לצורך רישום ילדים?

אכן, תשובה מביכה. בכל מקרה, אין בה ולו תחילת מענה לטענות במכתבו של ב"כ העותרים.

העתק התשובה מ-16.11.2006 מצורף כנספח ע/16.

25. להשלמת התמונה נציין, כי בהתאם להסכם הביניים, שעוגן בחקיקה הצבאית בשטחים ובדין הישראלי, כניסת מבקרים לשטחים יכולה להיעשות ברישיונות ביקור שמוציאה המועצה הפלסטינית, באישור ישראל, או באמצעות אשרות ממשרד הפנים הישראלי. במהלך שנת 2006 הקפואו המשיבים גם את האפיק השני, של אשרות מטעם משרד הפנים הישראלי, אשר שימש בעיקר מבקרים מארצות המערב.

בעקבות לחץ בינלאומי חזרו בהם המשיבים מצעד זה, והנהיגו נוהל המסדיר את מתן האשרות הללו ואת הארכת תוקפן. לפי הנוהל, ניתן יהיה להאריך את האשרות בין ע"י הגשת בקשה ישירות לנציגות משרד הפנים בבית-אל ובין באמצעות העברת הבקשה לנציגות זו באמצעות הגורם הרלוונטי ברשות הפלסטינית.

בין היתר, נקבע בנוהל שבני זוג של תושבי השטחים יהיו זכאים לאשרות ולהארכתן.

למיטב ידיעתם של העותרים, היישום של נוהל זה בשטח הוא במקרה הטוב חלקי. בכל מקרה, אין בו פתרון אלא למי שכניסתם לשטחים נעשתה באפיק של אשרה ממשרד הפנים. ההקפאה שהטילה ישראל, מאז שנת 2000, על תחום רישיונות הביקור ועל תחום הבקשות לאיחוד משפחות, נותרה בעינה.

כללי הטיפול שפורסמו על-ידי מתאם פעולות הממשלה בשטחים מצורפים כנספח ע/17.

### הפניות בעניין זוג העותרים

26. ב-4.4.2007 פנה המוקד להגנת הפרט ליועמ"ש של מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית בעניינם של העותר והעותרת. במכתב הובאו בתמצית הטענות המשפטיות שבעתירה זו, והוזכר שהסוגיה הכללית הועלתה כבר בפניות רבות לרשויות בשנים האחרונות. לאור זאת התבקשה תשובה דחופה למכתב, על-מנת לחסוך פנייה לבית-המשפט.

עד ליום הגשת עתירה זו לא ניתן כל מענה לפנייה.

העתק המכתב מ-4.4.2007 מצורף כנספח ע/18.

27. המוקד להגנת הפרט עמד בקשר עם הרשות הפלסטינית לעניין האפשרות להעביר בקשה בעניינם של העותרים באמצעות הרשות הפלסטינית לרשויות הישראליות. מפקידי הרשות הפלסטינית נמסר למוקד כי אין כל טעם בניסיון כזה וכי הוא ברכה לבטלה: הישראלים יסרבו לקבל בקשה שכזו; הם אף לא יטרחו לסרב לבקשה לגופה או לציין עליה בכתב שהיא מוחזרת. הפקידים הפלסטינים אף הביעו חשש שניסיון להעביר בקשות שידוע מראש שהצד הישראלי מסרב לקבלן יוביל לצעדי תגמול מהצד הישראלי ולסירוב לקבל גם בקשות אחרות.

הערכתם של הפקידים הפלסטינים התממשה. בתאריך 4.2.2007 העבירה הרשות הפלסטינית בקשה בעניינם של חמישה זוגות במצבם של העותרים לצד הישראלי, בבחינת test-case. הבקשות הועברו על-ידי מר איימן קנדיל, הפקיד הפלסטיני הרלוונטי, לפקיד בשם איציק בבית-אל, יחד עם בקשות אחרות, באמצעות שליח בשם מאלכ. אותו איציק מיין במקום את הבקשות שהועברו לכאלה שיזכו לטיפול ולכאלה שיוחזרו. חמש הבקשות בעניינם בני הזוג במצבם של העותרים הוחזרו לשליח מיידית, משום שאינן "הומניטאריות". הן הוחזרו מבלי שהוטבע בהן אישור כלשהו על קבלתן ומבלי שיינתן סירוב כתוב. דבר זה תואם את שיטת עבודתם של המשיבים: הם אינם דנים בבקשות וממילא אינם מסרבים להן – הם פשוט מסרבים לקבלן לידיהם.

## רקע היסטורי

28. בטרם ניכנס לסוגייה המשפטית, מן הראוי לסקור בקצרה את מדיניות המשיבים בנוגע לזכותם של תושבי השטחים לחיי משפחה עם בני זוג שאינם רשומים בשטחים.

## רקע היסטורי מ-1967 עד אוקטובר 2000

29. סוגיית הזכות לחיי משפחה של תושבי השטחים הנשואים למי שאינם מחזיקים תעודות זהות של השטחים – ימיה כימי הכיבוש.

30. בתקופה הראשונה שלאחר כיבוש השטחים נהגה ישראל לאשר בקשות של תושבי השטחים לאיחוד משפחות עם בני זוגם. מדיניות זו יסודה בוודאי בהוראות סעיף 26 לאמנת ג'נבה הרביעית, כמו גם בהכרה בצורך ההומניטרי הבוער באיחוד משפחות עבור תושבים רבים, שנקרעו מבני משפחותיהם בעקבות המלחמה והגבול החדש שנוצר בין גדות הירדן.

31. מדיניות זו צומצמה בהדרגה החל משנת 1973, לאור הגישה שהתגבשה, לפיה לא קיימת לתושבים זכות לאיחוד משפחות, אלא מדובר במחווה של חסד. הפסיקה מתקופה זו אינה מתערבת בגישה זו של הרשויות, אולם מחייבת אותן לשתיים:

א. בדיקה פרטנית של כל בקשה ובקשה (בג"ץ 13/86 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מא(1) 197 בע" 216).

ב. הפעלת שיקול דעת כדון, בהתאם לעקרונות המשפט המינהלי – אחרת יתערב בית- המשפט בהחלטה גופה (בג"ץ 802/79 סמרה נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לד(4) 1).

32. כפי שנראה, כיום אין עוד מחלוקת, שהזכות לאיחוד משפחות היא זכות יסוד, שהיא אף חלק מהותי מכבוד האדם, וכי לא מדובר במחוות-חסד. כנגד זאת, מדיניות הרשויות היום קשוחה אף מבשנות השבעים והשמונים, ולמעשה אין מתקיימת כלל בדיקה אינדיווידואלית של בקשות.

33. בסוף שנות השמונים, על רקע האינתיפאדה הראשונה, החלה ישראל במבצע לגירוש בני זוג וילדים של תושבי השטחים, אשר לא היו רשומים במרשם האוכלוסין ולא החזיקו ברישיון ביקור תקף. הידיעות על גייפים צבאיים המסיירים בלילות בכפרים שבאזור רמאללה, עוקרים נשים וילדים מבתיהם ומשלחים אותם עם שחר אל מעבר לגבול, עשו להן כנפיים. משהגיעו סיפורי אכזריות אלו עד עמודיו של העיתון Washington Post, בינואר 1990, החליט שר הביטחון דאז, מר יצחק רבין עליו השלום, להשעות את מבצע הגירוש. מאוחר יותר "הולבן" מעמדן של משפחות אלו.

34. מדיניות הרשויות בעניין איחוד משפחות הועמדה לבחינה בסמוך לאחר מכן, במסגרת בג"ץ 1979/90 עואשרה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון. העותרים באותו עניין – תושבי השטחים, המועצה הלאומית לשלום הילד והאגודה לזכויות האזרח בישראל – טענו, בין היתר, כי קיימת זכות לאיחוד משפחות בשטחים – הן מתוקף זכותם של בני-זוג לחיות זה עם זה והן מתוקף זכותם של ילדים לחיות עם הוריהם וחובתם של הורים לדאוג לצרכי ילדיהם. עוד נטען, כי מדיניות המשיבים עומדת בניגוד לחקיקה הירדנית שלא שונתה, כי יסוד המדיניות בשיקולים דמוגרפיים פסולים, וכי אין למדיניות כל בסיס בשיקולים רלוונטיים, הצריכים להדריך מפקד צבאי, דהיינו, שיקולי ביטחון מחד גיסא וסקידה על טובת האוכלוסייה מאידך גיסא.

35. בעקבות הגשת העתירה הודיעו הרשויות על שינוי במדיניותן. שוב לא נדרש טעם הומניטרי חריג או אינטרס של המימשל על מנת לאפשר את חיי המשפחה המשותפים בשטחים. די היה בקיומה של משפחה ובהיעדר מניעה ביטחונית.

... במסגרת המדיניות הנקוטה אין מניעה כיום שהעותרים יגישו בקשות עבור נשותיהם וילדיהם השוהים מחוץ לאזור, ואם לא ימצא טעם ביטחוני ספציפי לשלול, יורשו הילדים והנשים להיכנס לאזור ולשהות בו עם העותרים.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> הודעה מטעם פרקליטות המדינה בבג"ץ 1979/90 הנ"ל.



36. לאור שינוי המדיניות, דחה בית-המשפט את העתירות:

**בלי לחוות דעה אם יש מקום עמנו לבחון מחדש את ההלכה הפסוקה בעניין זה, וגם אם נניח, מבלי לפסוק, שכך הוא, סבורים אנו שהעניין עדיין אינו בשל לצו על-תנאי ויש להעמיד את המדיניות החדשה וההתפתחות שתבוא בעקבותיה, אם תבוא, במבחן המציאות.**

בג"צ 1979/90 עואשרה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, תק-על 290(2), 358.

37. עיתוי הדברים הללו היה בשיאה של האינתיפאדה הראשונה.

38. בעקבות בג"ץ עואשרה באו עתירות נוספות. במסגרת הטיפול בעתירות אלו התעצבה, במהלך המחצית הראשונה של שנות התשעים, מדיניות המשיבים בנוגע לאיחוד משפחות. מדיניות זו שיקפה הכרה בנישואין לתושב השטחים כקריטריון להשתקעות בהם – בין באמצעות רישיונות ביקור ארוכי טווח ובין באמצעות מתן מעמד של תושב ("איחוד משפחות").

המדיניות החדשה התגבשה במסגרת הטיפול בבג"ץ 4494/91 אבו סרחאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ו-63 עתירות נוספות, ובמסגרת הטיפול בבג"ץ 4495/92 חדרה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ו-20 עתירות נוספות. העתירות הוגשו על ידי המוקד להגנת הפרט, האגודה לזכויות האזרח והמועצה הלאומית לשלום הילד.

כל העתירות הללו נמחקו בעקבות התחייבויות המדינה המפורטות להלן בקווים כלליים.

39. ואלה הקווים הכלליים של המדיניות, כפי שהתגבשה בסופו של דבר:

בנוגע למשפחות שסועות שבעייתן היתה קיימת בעת הגשת העתירות – נקבעו הסדרים שזיכו את בני הזוג "הזרים" בשהייה קבועה בשטחים. ההסדרים נוגעים לבני זוג של תושבי השטחים, ששהו בהם במועד כלשהו בתקופה שהחל מתקופת מבצע הגירוש - שהופסק בשנת 1990 - וכלה בסוף ביקורי הקיץ של שנת 1993. הזכאות היא לרישיונות ביקור לטווח ארוך (המוארכים מדי שישה חודשים). רישיונות אלו אמורים היו ליצור מעמד השקול מבחינות רבות למעמד של תושבות. מי ששהו באזור בחלקה הראשון של התקופה (וכלה בסוף ביקורי הקיץ של שנת 1992), זכאים לקבל תושבות מלאה ("איחוד משפחות"). הזכאות כפופה להיעדר מניעה ביטחונית אינדיווידואלית.

בנוגע לעתיד, נקבע כי ישונו הקריטריונים למתן תושבות (איחוד משפחות). בעוד שבעבר היו הקריטריונים היחידים טעמים ממשליים, או טעמים הומניטריים מיוחדים, נקבע שנישואין לתושב השטחים כשלעצמם יהוו קריטריון לאישור בקשה לאיחוד משפחות.

עם זאת, נקבע שבקשות לאיחוד משפחות יאושרו בכפוף למכסה שנתית של 2,000 בקשות. מאוחר יותר הוגדלה המכסה והועמדה על 4,000 בקשות לשנה.

40. ההכרה בקשר הנישואין כמצדיק איחוד משפחות עוגנה בהסכמי אוסלו ואף הורחבה בהם אל מעבר לתא המשפחתי הגרעיני. וכך הסכימו הצדדים בהסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (ווינגטון, 28.9.1995):

**...[T]he Palestinian side has the right, with the prior approval of Israel, to grant permanent residency in the West Bank and the Gaza Strip to:**

**a. [...]**

**b. spouses and children of Palestinian residents; and**

**c. other persons, for humanitarian reasons, in order to promote and upgrade family reunification.**

(article 28(11) of appendix 1 of the protocol concerning civil affairs, annex III of the agreement).

41. הוראות הסכם הביניים עוגנו בחקיקה באזור באמצעות המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (מנשר מספר 7), שהוציא המפקד הצבאי ב-23.11.1995.

42. בפועל נמשכה המדיניות לה התחייבו המשיבים בפני בג"ץ, כאשר רק פרוצדורת הטיפול השתנתה: מעתה שימשה הרשות הפלסטינית גורם מתווך בין המשיבים לבין האוכלוסייה.

איחוד משפחות ניתן למי שהשתייכו, וכוננו מאז, ל"אוכלוסיית הבג"ץ הראשונה" (ללא מכסה) ולבני זוג אחרים (במסגרת מכסה). אוכלוסייה גדולה של בני-זוג חיה בשטחים מכוח רישיונות ביקור שהוארכו מעת לעת.

בנוסף לכך, ניתן מעמד של תושבות לאוכלוסייה גדולה של פונקציונרים ובני משפחותיהם, שהגיעו לשטחים עם הרשות הפלסטינית. מעמד תושבות ניתן גם לבני משפחה של אנשים שגורשו מהשטחים בשנים הראשונות של הכיבוש, ושחרתם הותרה בשנים אלו.

באשר לרישיונות ביקור: במסגרת הקריטריונים שנהגו בסוף שנות התשעים, נכנסו לשטחים מדי שנה רבות של מבקרים. לפי נתוני המדינה, נכנסו לשטחים בשנת 1998 לבדה למעלה מ-66,000 מבקרים ברישיונות ביקור.<sup>2</sup> ב-11 החודשים הראשונים של שנת 1999 נכנסו כ-64,000 מבקרים.<sup>3</sup>

43. לסקירה מקיפה אודות נושא איחוד המשפחות עד סוף שנות התשעים ראו: המוקד להגנת הפרט ובצלם, **משפחות שסועות – פירוד משפחות פלסטיניות בשטחים** (ירושלים, יולי 1999).

הדו"ח זמין באינטרנט בכתובת <http://www.hamoked.org.il/items/10700.pdf>

<sup>2</sup> תשובת שר הביטחון לשאלתה של ח"כ גלאון, 9.9.1999.

<sup>3</sup> דבריה של סא"ל אורלי מלכה בוועדת הכנסת לקידום מעמד הילד בדיון מ-6.12.1999.

## המדיניות מאז אוקטובר 2000: הקפאה עמוקה

44. בעקבות פרוץ האינתיפאדה, בסוף חודש ספטמבר 2000, הקפאו המשיבים את הטיפול ברישיונות ביקור ובבקשות לאיחוד משפחות.

הוקפא הטיפול בבקשות שהיו בידי המימשל הצבאי הישראלי באותה נקודת זמן. בקשות אלו מונחות מאז, זה למעלה משש שנים, כאבן שאין לה הופכין. **הן לא נדחו, הן אינן נדונות.**

לצד זאת, ניתק המפקד הצבאי את קשריו עם הרשות הפלסטינית בתחומים אלו, וסירב לקבל לטיפולו בקשות חדשות לרישיונות ביקור ולאיחוד משפחות.

לפי ההסדרים הקיימים, על התושבים להגיש את הבקשות במשרדי הרשות הפלסטינית, וזו מעבירה אותן לרשויות הישראליות. מצד אחד, סירב המפקד הצבאי לקבל בקשות מהרשות הפלסטינית. מצד שני, הוא עמד על כבודה של הרשות, וסירב לפתוח ערוץ ישיר (העוקף את הרשות הפלסטינית) לקבלת בקשות מהתושבים. התוצאה היא סירוב כולל לקבל בקשות, לעיין בהן ולהכריע בהן. **הבקשות אינן נדחות – הן אינן נדונות.**

45. בתאריך 6.9.2005, לאחר סדרה של עתירות שהגיש המוקד להגנת הפרט בעניין זה, הודיעו המשיבים כי יחדשו את הטיפול בבקשות לרישיונות ביקור עבור ילדי תושבים עד גיל 16. מדובר בילדים הזכאים להירשם במרשם האוכלוסין. הסמכות לרושםם היא סמכות של הרשות הפלסטינית, שאינה מותנית באישור ישראלי. עם זאת, לפי הנהלים שכפתה ישראל, הרישום מותנה בהימצאות הילד בשטחים בעת הרישום, וכשמדובר בילד בן חמש ומעלה הנמצא בחו"ל, כניסתו לשטחים מותנית בקבלת רישיון ביקור באישור ישראלי. מאוקטובר 2000 ועד שינוי המדיניות, לא ניתנו ככלל רישיונות כאלו. במקרה אחד הידוע למוקד, ניתן רישיון ביקור בתנאי שהילד לא יירשם במרשם האוכלוסין.

46. לתקופה קצרה, בסתיו 2005, אף הסכימו המשיבים, למיטב ידיעתה של העותרת 3, לקבל לידיהם ולאשר בקשות לרישיונות ביקור עבור בני-זוג של תושבי השטחים, ובלבד שבן-הזוג הזר אינו נתין מדינה ערבית, ולבני הזוג יש ילדים. העותרת 3 אינה יודעת כמה בקשות כאלו אושרו (אם בכלל), ומכל מקום מדיניות זו בוטלה בהמשך.

47. כפי שצוין לעיל, כניסת מבקרים לשטחים יכולה להיעשות ברישיונות ביקור שמוציאה המועצה הפלסטינית, באישור ישראלי, או באמצעות אשרות משרד הפנים הישראלי. האפיק הראשון הוקפא בשנת 2000. במהלך שנת 2006 הקפאו המשיבים גם את האפיק השני, של אשרות של משרד הפנים הישראלי, אשר שימש בעיקר מבקרים מארצות המערב. בעקבות לחץ בינלאומי חזרו בהם המשיבים מצעד זה, והנהיגו נוהל המסדיר את מתן האשרות הללו ואת הארכתן. בין היתר, נקבע בנוהל שבני זוג של תושבי השטחים יהיו זכאים לאשרות ולהארכתן.

48. החשוב לענייננו הוא שמניעת פירוד כפוי בין בני זוג ובין הורים לילדיהם עדיין איננה נתפשת כקריטריון שדי בו למתן רישיון ביקור או לאישור בקשה לאיחוד משפחות.

### מדיניות המשיב ועתירות לבית-משפט נכבד זה

49. במקרים בודדים, ובדרך כלל בעקבות עתירות לבית-משפט נכבד זה, הסכים המשיב לקבל לידיו בקשות לרישיונות ביקור במקרים הומניטריים חריגים ביותר ולאשרן. במקרים אלו, הצליחה הרשות הפלסטינית להעביר את הבקשות לצד הישראלי: נוכח המסמך המלמד שהוסכם כבר לאשר את הבקשה, הסכימו הפקידים הישראלים לקבלה, ובהמשך גם לאשרה. כך היה, למשל, במסגרת בג"ץ 9926/02 עדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית; בג"ץ 6105/03 עמאירה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית; בג"ץ 9736/03 מסימי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית; בג"ץ 10004/03 דראויש נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ובג"ץ 11191/03 מפארגיה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית. בכל העתירות הללו (ובעתירות נוספות) הסכימו המשיבים, בעקבות הגשת העתירות, לקבל לידיהם ולאשר בקשות לרישיון ביקור לבנות זוג של תושבי השטחים. בעקבות הסכמות המשיב בגדרן של העתירות, הוגשו בקשות מתאימות לרשות הפלסטינית, הועברו לידי המשיב, אושרו, ובנות הזוג נכנסו לשטחים.

50. כך גם בנוגע לבקשות אחמ"ש. ברצותם הודיעו המשיבים לבית-המשפט, כי יהיו נכונים לבחון בקשת אחמ"ש, ככל שתועבר לידיהם ע"י הרשות הפלסטינית. על-בסיס הסכמה זו, ועל בסיסה בלבד, הצליח הצד הפלסטיני להעביר את הבקשה לידי המשיבים, ואלה אישרו אותה (בג"ץ 5203/05 מחמד נ' מדינת ישראל).

51. במקרים אחרים, לא צלחו עתירות לבית-משפט נכבד זה. מדובר בעתירות של אנשים שהמשיבים ביקשו לגרש מהשטחים משום שפג תוקף רישיונות הביקור שבידם. העותרים טענו, למניעת גירושם, שהגישו בקשות לאיחוד משפחות במשרדי הרשות הפלסטינית. במקרים אלו לא חרגו המשיבים ממדיניותם ולא הסכימו, בעקבות העתירות, לקבל לידיהם בקשה מתאימה.

עתירות אלו נדחו, לאחר שהמדינה טענה, כי הרשות הפלסטינית לא העבירה את הבקשות לידי הצד הישראלי. בית-המשפט קבע כי הצד הישראלי אינו בעל-דין נכון בעתירות: הבקשות לאיחוד משפחות כלל לא הגיעו לשלב בו נדרשת הפעלת שיקול דעת על-ידי המשיבים.

לאור הנמקה זו, לא היה דרוש - במסגרת אותן עתירות - לבחון את המדיניות הכללית של המשיבים.

**בית משפט זה פסק, במספר הזדמנויות, כי כל עוד לא סיימה הרשות הפלסטינית את הטיפול בבקשות מהסוג שהגיש העותר, וכל עוד לא הועברו הבקשות לאישורה של ישראל – אין מדינת ישראל בת-דברו של העותר וכל טרזניה בעניין זה יש להפנות אל הרשות הפלסטינית.**  
בג"ץ 6788/02 קינאנה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, תק-על 2003(2) 1865, ההדגשה הוספה.

ובעניין אחר:

**בית המשפט חזר ושנה כי אין מקום להתערבות בהחלטה של המשיבים כל עוד הבקשות לא הועברו על ידי הרשות הפלשתינאית לישראל. בעל הדבר של אלה המלינים על אי מתן אפשרות להיכנס לשטחים איננה ישראל אלא הרשות הפלשתינאית...**  
בג"ץ 2497/04 יאסין נ' המינהל האזרחי באזור יהודה ושומרון (טרם פורסם), ההדגשה הוספה.

במספר מקרים הזכיר בית-המשפט את מדיניותם של המשיבים שלא לטפל בבקשות לאיחוד משפחות ולרישיונות ביקור. עם זאת, בית-המשפט בחר שלא להכריע בנוגע לחוקיותה של מדיניות זו. כך, למשל, נקבע כי –

**בהיעדר פנייה לישראל אין בידנו להושיט סעד לעותרים. במצב דברים זה לא ראינו גם להידרש לטענות נגד מדיניות המשיבים להפסיק את הטיפול בבקשות לאיחוד משפחות באזור החל מפרוץ אירועי האלימות בספטמבר 2005 [כך במקור, צריך להיות: 2000, י.ו.].**

בג"ץ 5919/05 אלסאלם נ' מפקד כוחות צה"ל מח"ט מנשה, תק-על 2005(4) 2671, עמ' 2672.

### **יש להרים את המסך: המשיבים הם הקובעים אלו בקשות יטופלו**

53. במסגרת העתירה הנוכחית, נבקש "להרים את המסך" מעל הסיבה לכך שבקשות לאיחוד משפחות כלל לא הגיעו לצד הישראלי ולא טופלו שם. המדיניות הכללית של ישראל היא שלא לקבל לטיפול בקשות לרישיונות ביקור ולאיחוד משפחות, על-כל-פנים לא כאלה שעילתן היא קשרי נישואין והורות משותפת. מדיניות זו מכתובה אלו בקשות יגיעו (או לא יגיעו) לטיפול המשיבים.

**המשיבים הם המסננים את הבקשות המגיעות לידיהם. הם הקובעים אלו בקשות יהיו גורמי הרשות הפלסטינית רשאים להעביר לידיהם ואלו לא.**

כך, כל עוד לא חפצו בכך, לא היו המשיבים מוכנים לקבל לידיהם בקשות לרישיונות ביקור עבור קטינים, ילדיהם של תושבים, שביקשו להיכנס לשטחים לצורך רישום במרשם האוכלוסין. האמנם לא היה לילדים אלה להלין אלא על הרשות הפלסטינית בלבד? והלוא מרגע שעלה הדבר ברצונו של המפקד הצבאי, הוסר המכשול מעל העברת הבקשות ואישורן!

כך, כל עוד אינם חפצים בכך, אין המשיבים מוכנים לקבל לידיהם בקשות לרישיונות ביקור ולאיחוד משפחות, ובפני בית-משפט נכבד זה הם מפנים אצבע מאשימה לעבר הרשות הפלסטינית. אך "אם על המלך טוב" ועולה ברצונו של המפקד הצבאי לדון בבקשה, מלתו היא כקוד קסמים הפותח את השערים הנעולים להעברת הבקשה מהצד הפלסטיני לידינו – ולאישורה – כפי שהיה בעתירות שנזכרו לעיל ובאחרות.

המשיבים קבעו שבקשות שעניינן חייהם המשותפים של בני זוג אינן נופלות בגדר הקריטריונים – לא בקריטריונים לאישור בקשה ואף לא בקריטריונים לעצם קבלת הבקשה לטיפול. בכך חורגים המשיבים אף מההלכה שנקבעה בשנות השמונים, עת נתפש עניין איחוד המשפחות כמעשה חסד, הלכה לפיה עומדת לתושב הזכות שבקשתו תיבחן לגופה ושיופגע לגביה שיקול דעת מינהלי ראוי.

54. מדיניות ההקפאה היא מדיניות ישראלית. המפתח להתרת חיי המשפחה של העותרים ושל אחרים במצבם מצוי בידיה של ישראל. לעניין זה מצורף לעתירה תצהירו של תא"ל (במיל') אילן פז, מי שעמד בראש המינהל האזרחי בגדה המערבית בשנים 2002-2005. בתצהיר סוקר תא"ל (במיל') פז את הנושא וקובע:

**הטענה המושמעת לאחרונה, כי מקור הבעיה הוא בנתק עם ממשלת החמאס, אינו מקובל עלי, שכן המגבלות היו קיימות (במידה מצומצמת יותר) גם לפני עליית החמאס לשלטון, וכן בימינו השליטה המלאה בגבולות החיצוניים נמצאת בידי ישראל (נתב"ג/אלנבי ובמידה מצומצמת רפיח). זוהי החלטה ישראלית בלבד, שאינה מצריכה באמת שיתוף פעולה עם רשויות הצד השני. זוהי החלטה שמאחוריה עומדים שיקולים מדיניים של מדינת ישראל, אשר כבר הזכרתי.**

העתק מהתצהיר מצורף לעתירה כנספח ע/19.

### **תגובה לגיטימית לקיומם של שוהים בלתי חוקיים?**

55. לתכליתה של מדיניות ההקפאה נתייחס בהרחבה בפרק המשפטי של עתירה זו.

עם זאת, ראוי כבר בשלב זה לסלק מהשולחן את אחת ההנמקות שניתנו למדיניות. הנמקה זו ניתנה, לטעמנו, מהפה והחוצה: אין היא הטעם למדיניות ואין היא יכולה להיות הטעם למדיניות.

כוונתנו לטענה שמדובר בתגובה לכשלונה של הרשות הפלסטינית בהוצאה מהשטחים של מי שתוקף רישיונות הביקור שלהם פג. טענה זו עלתה בהתייחסות המדינה לעתירות שהוגשו לבית-משפט נכבד זה.

טענה זו אינה מתיישבת עם העובדה שהמדיניות הונהגה, במפורש, בעקבות פרוץ האינתיפאדה וללא שום זיקה למועד שבו התגלתה, לכאורה, התופעה של שוהים לא חוקיים.

הטענה אינה מתיישבת עם העובדה שמאז פרוץ האינתיפאדה הנוכחית שותקה המשטרה הפלסטינית הלכה למעשה (בין היתר באמצעות פעולות יזומות ישראליות), עד כדי קושי להתמודד גם עם עבירות פליליות *per-se*. אין להניח שדווקא במצב זה מצפה ישראל שהמשטרה הפלסטינית תשקיע את מאמציה בסילוק אנשים שתוקף רישיונות הביקור שלהם פג – פרויקט שלשם ביצעו האפקטיבי בתחום ישראל הוקמה יחידה שלמה ומסועפת - משטרת הגירה.

זאת ועוד, כבר ראינו שכאשר ערכה ישראל, בשנים 1989-1990, מבצע יזום להרחקה מהשטחים של בנות זוג של תושבים, שנשארו בשטח לאחר פוג תוקף רישיון הביקור שלהן, הופסק המבצע באיבו בשל הלחץ הבינלאומי. האמנם מצפה ישראל מהרשות הפלסטינית לעשות את מה שלא חפצה לעשות בעצמה?

ומעל לכל אלה: האם סבור מאן-דהו ברצינות, שתופעה כללית של שוהים בלתי חוקיים יכולה להצדיק שלילה גורפת של זכויות אישיות של תושבים לחיים משותפים עם בני-זוגם? לא היה כדבר הזה. היתואר שתופעת השוהים הבלתי-חוקיים בישראל תהווה עילה להפסקה מוחלטת של הליכי איחוד משפחות עם אזרחי ישראל? והרי נפסק שגם אם בן-הזוג עצמו היה שוהה בלתי-חוקי בישראל, אין להרחיקו ממנה ולו לתקופה מוגבלת בעת בחינת הבקשה לאיחוד משפחות (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2), 728; עע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן, תק-על 2006(1), 3756). ונזכור: הדרישה משהוה בלתי-חוקי לצאת את הארץ לתקופה מוגבלת, בעוד בקשתו לאיחוד משפחות נבחנת, נומקה בצורך להתמודד עם תופעה רחבה של שוהים בלתי-חוקיים. היא נמצאה כדרישה בלתי-מידתית בשל פגיעתה בחיים המשותפים של בני-הזוג – אף שמדובר היה בדרישה זמנית, כשעצם הזכות להתאחד בסופו של דבר בישראל לא נשללה. מקל וחומר, שסירוב גמור לדון בבקשות לאיחוד משפחות, לו תכליתו היתה להתמודד עם תופעת השוהים הלא חוקיים, לא יכול היה לעמוד במבחן המידתיות.

די בכך.

## הטיעון המשפטי

56. עניינה של עתירה זו, יכול להיחתך בקלות בהתאם להלכות שנקבעו בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים (להלן: עניין עדאלה).

57. באותו עניין נדונה, כזכור, הוראת חוק שאסרה באופן גורף על הענקת מעמד בישראל לבני זוג מהשטחים של אזרחי המדינה ותושביה.

בית-המשפט נדרש לקבוע את היקף הזכות לחיי משפחה. האם היא כוללת את זכותו של אדם, שנישא לזר, להקים את התא המשפחתי במקום נתינותו דווקא, כשנתונה לו האפשרות להתאחד עם בן משפחתו בארץ אחרת?

עוד נדרש בית-המשפט לקבוע, אם ההגבלה הגורפת על זכות זו, כפי שנקבעה בחוק שנדון באותו עניין, היא הגבלה מידתית.

58. בראש ובראשונה יש לעמוד על ההבדלים בין העניין הנוכחי לבין עניין עדאלה. לאחר מכן ננתח את ההלכות שנקבעו בעניין עדאלה וניישמן לענייננו.

### עניין עדאלה והקפאת רישיונות הביקור לשטחים – ההבדלים

59. מספר הבדלים בולטים קיימים בין ענייננו לבין עניין עדאלה.

א. בראש ובראשונה, **היקף המניעה בענייננו גורף בהרבה**. בעניין עדאלה, מדובר היה בחוק שאסר על כניסתם לישראל של תושבי השטחים בלבד. הוראת השעה שנדונה שם לא מנעה מתושבי ישראל להתאחד עם בני זוג מירדן, ממצרים, מארצות ערב אחרות או מכל מקום אחר בעולם. והנה, מי שישראל מוכנה שייכנס לשטחה-שלה ואף יקבל בו מעמד קבע, אם הוא נשוי לתושב ישראלי, מנוע מכל וכול מלהיכנס לשטחים!

ב. הוראת השעה נומקה בטעמים ביטחוניים, ומרבית השופטים אימצו טעמים אלה. לפי הטענה, הענקת מעמד בישראל לתושבי השטחים נושאת בחובה מסוכנות אינהרנטית. **טעמים ביטחוניים מעין אלו אינם מובאים בענייננו, ואף לא ניתן להביאם** – שהרי לאיזו סכנה אינהרנטית ניתן לטעון לגבי מבקרים ממדינות שנתניהן רשאים להיכנס לישראל, ואף להתאזרח בה, אף לפי הוראת השעה?

ג. בעניין עדאלה תקפו העותרים **הוראת חוק**, שמעמדה נוקשה ובית-המשפט נזהר זהירות מרבית בטרם יתערב בה. בענייננו מדובר **במדיניות** המפקד הצבאי, שאף לא עוגנה בצו מסודר, ושנתונה לביקורת שיפוטית רחבה בהרבה.

ד. בעניין עדאלה נקבעה המדיניות בידי הכנסת, דהיינו, בידי ה**ריבון**, שיש לו מרחב גדול לשיקול דעת בקביעת הסדרים חברתיים ומשפטיים. בענייננו, מדובר בהחלטה של **מפקד צבאי** בשטח כבוש, שאין בידיו ולו גרגיר של ריבונות. המפקד הצבאי פועל אך ורק כנאמן, המחזיק בשטח באופן זמני, ומוגבל לטווח צר מאוד של שיקולים הנעים על-גבי המתח שבין צורכי ביטחון לטובת האוכלוסייה – ותו לא.

### הלכת עדאלה – הזכות לאיחוד משפחות במדינת הנתונים

60. ההלכה החשובה ביותר שנקבעה בעניין עדאלה, ע"י רוב שופטי בית-משפט נכבד זה, היא שלאדם עומדת הזכות לחיי משפחה, ובכלל זכות זו עומדת לו הזכות, במקרה של זוגיות עם בן-זוג זר, להקים את התא המשפחתי במדינת הנתונים. אין מציבים אדם בפני הבחירה אם לחיות בארץ נתינותו או עם בן-זוגו. עוד נקבע, שזכות זו, בהיקפה זה, היא זכות חוקתית.



כך הנשיא ברק בסעיף 27 לפסק-דינו:

הזכות לחיי המשפחה אינה מתמצית בזכות להינשא ולהוליד ילדים. הזכות לחיי משפחה משמעותה גם הזכות לחיי משפחה משותפים. זו זכותו של בן הזוג הישראלי לקיים את חיי משפחתו בישראל. זכות זו נפגעת אם אין מאפשרים לבן הזוג הישראלי לחיות חיי משפחה בישראל עם בן הזוג הזר. בכך נכפית עליו הבחירה בין הגירה מחוץ לישראל לבין ניתוק מבן זוגו. עמד על כך השופט מ' חשין בפרשת סטמקה. בפרשה זו נדונה מדיניות שר הפנים באשר להתאזרחותו של בן זוג זר בישראל. השופט מ' חשין מכיר ב"זכות-יסוד שקנה יחיד – כל יחיד – לנישואין ולהקמת משפחה" (עמ' 782). בפסק דינו מציין השופט מ' חשין:

מדינת ישראל מכירה בזכותו של האזרח לבור לו בן-זוג כרצונו ולהקים עימו משפחה בישראל. ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות... והגם שאמנות אלו אינן מחייבות מדיניות זו-או-אחרת בנושא של איחוד משפחות, הכירה ישראל - הכירה ומכירה היא - בחובתה לספק הגנה לתא המשפחתי גם על דרך מתן היתרים לאיחוד משפחות. כך סיפחה עצמה ישראל לנאורות שבמדינות, אותן מדינות המכירות - בכפוף לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת-הציבור - בזכותם של בני-משפחה לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 787).

והנשיא שב ומדגיש בסעיף 34 לפסק-דינו:

אכן, זכותו החוקתית של בן הזוג הישראלי – זכות הנובעת מגרעינו של כבוד האדם כזכות חוקתית – הינה "לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה".

הזכות לאיחוד משפחות נובעת גם מזכויות ההורים לגדל את ילדיהם ומזכויות הילדים להתפתח בחסותם של שני הוריהם כאחד. מבחינה זו -

לכיבוד התא המשפחתי יש, איפוא, שני היבטים. ההיבט האחד הוא זכותו של ההורה הישראלי לגדל את ילדו במדינתו. זוהי זכותו של ההורה הישראלי לממש את הורותו בשלמות, הזכות ליהנות מהקשר עם ילדו ולא להינתק ממנו. זוהי זכותו לגדל את ילדו בביתו, במדינתו. זוהי זכותו של ההורה שלא תיכפה עליו הגירה מישראל, כתנאי למימוש הורותו. היא מבוססת על האוטונומיה והפרטיות של התא המשפחתי. זכות זו נפגעת אם אין מאפשרים לילדו הקטין של ההורה הישראלי לחיות עימו בישראל. ההיבט השני הוא הזכות של הילד לחיי משפחה. הוא מתבסס על ההכרה העצמאית בזכויות האדם של ילדים. זכויות אלה מוענקות בעיקרן לכל אדם באשר הוא אדם, לאדם הבגיר ולאדם הקטין. הילד "הוא בן אנוש בעל זכויות וצרכים משלו" (בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגים ואח' (טרם פורסם)). לילד הזכות לגדול בתא משפחתי שלם ויציב. טובתו מחייבת כי לא יופרד מהוריו וכי יגדל בחיק שניהם. אכן, קשה להפריז בחשיבות הקשר בין הילד לבין כל אחד מהוריו. ההמשכיות וההתמדה בקשר עם הוריו הם יסוד חשוב בהתפתחותם התקינה של ילדים. מנקודת ראותו של הילד, ניתוקו מאחד מהוריו אף עלול להיתפס כנטישה ולהשליך על התפתחותו הרגשית. אכן, "טובת הילדים מחייבת, כי יגדלו במחיצת אביהם ואמם במסגרת תא משפחתי יציב ואוהב, ואילו בפרידה של הורים כרוכה מידה של ניתוק בין אחד ההורים לילדיו" (רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה(2) 321, 331).

(סעיף 28 לפסק-הדין).

וכך השופטת (כתוארה אז) דורית בייניש, בסעיף 7 לפסק-דינה:

**זכות היסוד של האדם לבחור בן-זוג ולהקים עימו תא משפחתי במדינתו, היא חלק מכבודו ומתמצית אישיותו של האדם.**

השופט ג'ובראן מסביר, בסעיף 7 לפסק-דינו, כי:

נדמה שבימינו, מעטות הן הבחירות, אשר בהן מגשים אדם את רצונו החופשי, כמו בחירתו באדם עמו יחלוק את חייו, עמו יקים את משפחתו, עמו יגדל את ילדיו. בבחירת בן-זוגו, בקשירת קשר הנישואין עמו, מבטא האדם את אישיותו ומממש את אחד ממרכיביה המרכזיים של האוטונומיה האישית שלו. בהקמת משפחתו, מעצב האדם את הדרך בה הוא חי את חייו ובונה את עולמו הפרטי. לפיכך, בהגנה על הזכות לחיי משפחה, מגן המשפט על חירותו הבסיסית ביותר של האזרח לחיות את חייו כאדם אוטונומי, החופשי לבחור את בחירותיו.

ובסעיף 10 לפסק-דינו מסכם השופט ג'ובראן:

החיים המשותפים אינם אך מאפיין הנמצא בשולי היקפה של הזכות לחיי משפחה, אלא אחד ממרכיביה המהותיים ביותר של זכות זו, אם לא המהותי שבהם. משכך, הרי שפגיעה ביכולתו של אדם לנהל חיים משותפים יחד עם בן זוגו, הריהי למעשה פגיעה במהותם של חייו המשפחתיים; שלילת יכולתו של אדם לקיים חיים משותפים בישראל עם בן זוגו הריהי שלילת זכותו לחיי משפחה בישראל. פגיעה זו יורדת לשורש מהותו של האדם כאזרח בן-חורין. ודוק: אין מדובר אך בפגיעה באחד ממובניה של הזכות החוקתית לקיום חיי משפחה, אלא בשלילתה המלאה של זכות זו וככזו יש לבחון אותה.

השופטת חיות קובעת בסעיף 4 לפסק-דינה כי:

**הזכות העומדת לאדם לבחור את בן הזוג שעימו הוא חפץ להקים משפחה וכן הזכות העומדת לו להקים את ביתו במדינה שבה הוא חי, הן בעיני זכויות אדם מן המעלה הראשונה. הן מגלמות את תמצית הווייתו וכבודו של האדם באשר הוא אדם ואת חירותו כפרט במובן העמוק ביותר.**

ואילו השופטת פרוקצ'יה מסכימה (בסעיף 1 לפסק-דינה) כי הזכות לחיי משפחה היא חלק מכבוד האדם, וכי זכות זו נפגעת כאשר לא מאפשרים לישראלים לממש זכות זו בארץ. וכך כותבת השופטת בסעיף 6 לפסק-דינה:

בצד זכות האדם להגנה על חייו ועל קדושת חייו, ניתנת הגנה חוקתית לזכות האדם לממש את משמעות החיים ואת טעם החיים. הזכות למשפחה היא טעם החיים שבלעדיו נפגעת יכולתו של אדם להגיע לידי הגשמה עצמית ומימוש עצמי. בלא הגנה על הזכות למשפחה, נפגע כבודו של האדם, נגרעת זכותו לאוטונומיה אישית, ונמנעת ממנו היכולת לקשור את גורלו עם בן זוגו ועם ילדיו ולקיים חיים מתוך שותפות גורל עימם. בין זכויות האדם, ניצבת זכותו של אדם למשפחה במידרג העליון. היא קודמת בחשיבותה לזכות הקנין, לחופש העיסוק, ואף לפרטיות ולצנעת הפרט. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם ואת התגלמות הגשמת עצמיותו.

השופט עדיאל קובע בסעיף 3 לפסק-דינו:

**אשר לזכות לחיי משפחה, לאור קרבתה של זכות זו לגרעין הזכות לכבוד, מרכזיותה במימוש האוטונומיה של הפרט לעיצוב חייו ופסיקה קודמת של בית משפט זה אשר נזכרה בחוות דעתו של הנשיא, מקובל עלי שזכותו של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה בישראל יחד עם בן זוגו הזר, אכן נכללת בגדר הזכות לכבוד האדם כמשמעותה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.**

השופט ריבלין קובע בסעיף 8 לפסק-דינו:

הזכות לממש את חיי המשפחה היא זכות יסוד. שלילתה פוגעת בכבוד האדם. שלילתה פוגעת באוטונומיה של הפרט להינשא על-פי רצונו ולהקים משפחה – ממילא פוגעת היא בחרות. פגיעה זו בחרות קשה לא פחות מאשר הפגיעה בכבוד האנושי (על הגבלת הזכות לנישואין כפגיעה בחרות ראו דברי השופט Warren בפסק-הדין המנחה בפרשת (Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967)). היא פוגעת אנושות בבסיס היכולת של האדם לטוות את סיפור חייו. המשפט הישראלי מכיר בזכותו של האזרח הישראלי לחיי-משפחה. הזכות לחיי-משפחה משמעותה גם הזכות לחיי-משפחה משותפים תחת קורת גג אחת. הזכות לחיי-משפחה אינה רק זכותם של ההורים. זוהי גם זכותו של הילד הנולד להוריו. הזכות לחיי-משפחה מוגנת היום איפוא בהוראות חוק-היסוד בהיותה חלק מזכות היסוד לחרות וחלק מזכות היסוד לכבוד.

בהמשך שולל השופט ריבלין את הניסיון להפריד את הזכות לחיי משפחה ל"גרעין" ול"פריפריה" כשהזכות לממש את חיי המשפחה מבלי להגר היא ב"פריפריה" של הזכות.

ואילו השופט לוי קובע (בסעיף 7 לפסק-דינו):

שתי זכויות חוקתיות של בן הזוג הישראלי המבקש להתאחד כאן עם בן זוגו הפלסטיני, נפגעות מן ההסדר החקיקתי נושא העתירות שבפנינו, ושתיהן כאחת נגזרות מן הזכות לכבוד האדם, המנויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האחת היא זכותו של אדם לחיי משפחה, בה גלומות שתי זכויות-משנה, אשר דומה כי בלעדיהן אין בה ממש – זכותו היסודית של אדם להינשא לבחיר/ת לבו על-פי רצונו והשקפתו, וזכותו כי יינתן לו ולבני משפחתו לקיים את חייהם בצוותא אף מבחינת מיקומו הגיאוגרפי של התא המשפחתי, אותו הם בחרו לעצמם.

### ההלכה בנוגע לכלל גורף

62. בית-המשפט חוזר בעניין עדאלה על ההלכה הידועה, שפגיעה בזכויות באופן גורף, ושלא על בסיס בדיקה פרטנית של כל מקרה, היא (לפחות לכאורה) פסולה וחשודה בחוסר מידתיות.

63. סקירה מקיפה על דינם של הסדרים גורפים מצויה בפסק-דינו של הנשיא (בדימוס) בסעיפים 69-73. הנשיא מציין, בין היתר:

הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון (ראו פרשת בן-עטיה, עמ' 15; פרשת סטמקה, עמ' 779). באחת הפרשות נדון הסדר גורף שמנע צירוף לשורות המשטרה של מועמדים מעל גיל שלושים וחמש. נקבע כי ההסדר אינו מקיים את הדרישה לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה שבמבחן המידתיות. בפסק דיני ציינתי כי:

המעביד יתקשה לקיים את 'מבחן הפגיעה הקטנה יותר', אם אין לו נימוקים כבדי משקל, שיש בהם כדי לשכנע כי מבחן אינדיבידואלי ימנע הגשמתה של המטרה הראויה אותה הוא מבקש להגשים (בג"ץ 6778/97, האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים, פ"ד נח(2), 358, עמ' 367).

בפרשה אחרת נפסלה הוראה לפיה אין ליתן תעודות עיתונאים לאנשי תקשורת פלסטינים. בפסק דינה ציינה השופטת ד' דורנר:

סירוב ללא כל בדיקה אינדיבידואלית להעניק תעודת עיתונאי, בשל מסוכנות אינהרנטית של כל העיתונאים הפלסטינים תושבי האזור - לרבות אלה הזכאים להיכנס לישראל ולעבוד בה - הוא האמצעי הפוגעני ביותר האפשרי. אמצעי זה פוגע בצורה חזקה באינטרס לעיתונות חופשית, שניתן היה למנוע על-ידי בדיקות ביטחוניות אינדיבידואליות מוצדקות להפגת הסכנה הביטחונית האישית הנובעת מתושבי האזור, ככל שסכנה כזאת קיימת מתושבים שעמדו בהצלחה בבדיקות הנדרשות לקבלת היתרי כניסה לישראל ועבודה בה (פרשת סייף, עמ' 77).

64. הנשיא מוסיף ומביא שם גם מהמשפט המשווה:

הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות. כך הדבר במשפטנו שלנו. כך הדבר במשפט המשווה (ראו N. Emiliou, The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study, 30, 99 (1996); להלן – אמיליו). זוהי הגישה המקובלת בבית הדין האירופי לזכויות האדם. כך למשל, בפרשת Campbell v. United Kingdom, v (15 EHRR 137 (1993)) נפסק, כי חוק בריטי המתיר באופן גורף את בחינתם של דברי הדואר אותם מקבלים אסירים מעורכי דינם מפר את הזכות לפרטיות הקבועה בסעיף 8 לאמנה האירופית. נקבע, כי לצורך הגשמתה של התכלית הביטחונית שעמדה בבסיס החוק, די בבדיקות המתבססות על חששות אינדיבידואליים. כך הדבר גם במשפט הקהילתי האירופי. הדירקטיבה האירופית אשר מעגנת את זכותם של אזרחי המדינות החברות לאיחוד משפחות מאפשרת, בנסיבות מסוימות, חריגה מהוראותיה, אך זאת בתנאי שהפגיעה בזכות תהיה מידתית ומבוססת על איום אינדיבידואלי ממשי ומוחשי (סעיף 27(2)):

Measures taken on grounds of public policy or public security shall comply with the principle of proportionality and shall be based exclusively on the personal conduct of the individual concerned. ... The personal conduct of the individual concerned must represent a genuine, present and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society. Justifications that are isolated from the particulars of the case or that rely on considerations of general prevention shall not be accepted.

65. וכך גם במשפט החוקתי האמריקאי:

המשפט החוקתי האמריקאי מכיר בדרישת המידתיות במובן האמצעי שפגיעתו פחותה כתנאי לחוקתיותה של פגיעה בזכות יסוד. פגיעות בזכויות יסוד חוקתיות (כגון חופש הביטוי, חופש הדת, חופש התנועה, ואיסור ההפליה) עשויות להיות חוקתיות, ובלבד שתעמודנה בדרישות ה"ביקורת הקפדנית" (strict scrutiny). בין מרכיביה של ביקורת זו מצויה הדרישה לפיה, מבין הדרכים האפשריות להגשמת התכלית הציבורית, על המדינה לבחור באמצעי שפגיעתו בזכות היא המועטה ביותר (least restrictive) (ראו L. Tribe, American Constitutional Law (2nd ed. 1988), 1037-8, 1451-1482; E. Chemerinsky, Constitutional Law (1997), 532). בפרשו דרישה זו, קבע בית המשפט העליון כי תנאי לקיומה של דרישת הפגיעה המועטה ביותר היא שהפגיעה בזכות היסוד תהיה על בסיס בחינה אינדיבידואלית (individualized considerations), ולא תתבסס על איסור גורף (flat ban).

66. דברים דומים נקבעו, בהסכמת תשעה שופטים בפרשת התיקון לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה)<sup>4</sup>. גם בעניין עדאלה לא היו דברים אלו במחלוקת בין שופטי בית-המשפט.

כך, למשל, קובע המשנה לנשיא (בדימוס), חשין, כי:

**פגיעה קולקטיבית תוצאתה היא קשה ופוגענית, וראוי לה למדינה דמוקרטית כי תימנע מאחוז בה. (סעיף 115 לפסק-דין).**

ואילו השופטת נאור כותבת בסעיף 20 לפסק-דינה:

**איני חולקת על דברי חברי הנשיא לפיהם "הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות" (פיסקה 70 לפסק דינו של הנשיא). ככלל מקובל עלי, כי פגיעה בזכות יסוד תהיה חשודה בחוסר מידתיות אם היא נעשית על בסיס גורף ולא על בסיס של בחינה אינדיבידואלית.**

חריג לכך, לפי השופטת נאור, הוא כאשר הטעם לכלל הגורף הוא היעדר אפשרות לבחינה אינדיבידואלית – אולם חריג זה אינו רלוונטי לענייננו, שהרי עניינה של עתירה זו הוא בכניסה לשטחים של אותה קבוצת אנשים שכניסתה לישראל מותרת בנסיבות דומות, וללא טענה של קושי בבדיקה אינדיבידואלית.

67. צעדים גורפים, שאינם מבוססים על בדיקה אינדיבידואלית, לוקים אינהרנטית גם במימד של דה-הומניזציה. רומזת על כך, בעניין עדאלה, כבוד השופטת פרוקצ'יה, בדבריה על פרשת כליאתם במחנות של אזרחים אמריקאים ממוצא יפני:

**פסיקת רוב שופטי בית המשפט העליון האמריקני בעניין Korematsu נחשבת בעיני רבים לאחת מן האפיזודות האפלות ביותר בהיסטוריה החוקתית של מדינות המערב...**

**הנסיבות באותה פרשה שונות בתכלית מאלה העולות בענייננו, אך הרוח המנשבת ברקע התפיסה החוקתית שהוחלה שם בדעת הרוב אינה זרה לטענות שנשמעו מפי המדינה בסוגיה שלפנינו. נישמר אנו מעשיית טעויות דומות. נימנע מפגיעה גורפת בציבור שלם החי בתוכנו הראוי להגנה חוקתית על זכויותיו; נגן על בטחון חיינו באמצעות אמצעי פיקוח אינדיבידואליים גם אם יש בכך כדי להעמיס עלינו מעמסה נוספת, ואפילו אם משמעות הדבר הותרת שוליים מסוימים של הסתברות לסיכון. נגן בכך לא רק על חיינו אלא גם על ערכי חיינו (בג"צ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פד"י נח(5) 70, 77). (סעיף 21 לפסק-דינה).**

ואם כך כאשר הצעד הגורף מוצדק בטעמי ביטחון, בהגנה על הביטחון הלאומי ועל חיי אזרחים, מקל וחומר כאשר שיקולים שכאלו כלל אינם מצויים על כף המאזניים.

<sup>4</sup> בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון בסעיף 37 לפסק-הדין.

## הלכת עדאלה בראי הנורמות המחייבות את המפקד הצבאי

68. שלוש מערכות נורמטיביות מחייבות את המפקד הצבאי.

כרשות ציבורית ישראלית נושא המפקד הצבאי בתרמילו את הנורמות של המשפט הציבורי הישראלי, ובכללן את המחויבות לזכויות האדם ואת האיסור לפגוע בהן פגיעה בלתי מידתית.

ראו, למשל: בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתאוניה אלמחודדה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785; בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807.

המשיב מחויב לפעול גם בהתאם למשפט הבינלאומי של זכויות האדם, ובראש ובראשונה אמנות האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ובדבר זכויות חברתיות וכלכליות. כך נקבע בחוות-הדעת של בית-המשפט הבינלאומי לצדק בעניין חומת הפרדה. גם בית-משפט נכבד זה בחן את פעולות המפקד הצבאי לפי נורמות אלו. לעתים ציין בית-המשפט שהבחינה נעשית בלי להכריע בדבר תחולתן של אמנות זכויות האדם בשטח הכבוש (למשל: בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2005(3) 3333 סעיף 24). לעתים הוחלו האמנות ללא כל הסתייגות (למשל: בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2003(1) 937; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385).

לבסוף, מחויב המפקד הצבאי לפעול בהתאם למשפט ההומניטרי הבינלאומי ודיני הכיבוש הכלולים בו. לעניין זה נעבור כעת.

### חובות המשיב לפי דיני הכיבוש

69. 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'מעית אסכאן אלמעלמון אלתאוניה אלמחודדה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון ואח', פ"ד לז(4) 785, 798. להלן: עניין ג'מעית אסכאן.

70. 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, 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.**  
עניין ג'מעית אסכאן, ע' 804, ההדגשה הוספה.

71. 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...**

**שיתוק החיים התקינים**

72. חיי חברה תקינים בעולם מודרני מחייבים תנועה של אנשים אל תוך השטח וממנו. אין קיום לחברה ולמשק ללא תנועת מבקרים מבחוץ: קרובי משפחה (קרובים ורחוקים) המגיעים לביקור משפחתי; תיירים ועולי רגל; בעלי מקצוע ועובדים שמגיעים את גלגלי המשק וממלאים פונקציות חסרות; מומחים המגיעים ליעוץ; אקדמאים המגיעים לכנסים ולשהייה כמרצים אורחים; אנשי עסקים הבאים לקשור עסקות, להשקיע ולבנות יחסי מסחר; אמנים ואומנים המעשירים את התרבות; ספורטאים המשתתפים בתחרויות ואימונים ועוד ועוד.

73. על היקף התנועה הנורמאלי, המשקף את צרכיהם של השטחים, ניתן ללמוד מנתוני הביקורים בעבר. יצוין, שגם בעבר הוטלו מגבלות כבדות על הכניסה לשטחים, ולפיכך נתוני העבר הללו אינם משקפים את מלוא הצרכים של האוכלוסייה.

בשנת 1998 נכנסו לגדה ברישיונות ביקור 46,887 מבקרים, ולרצועת עזה 19,352.<sup>5</sup>

ב-11 החודשים הראשונים של שנת 1999 נכנסו לשטחים (הגדה ורצועת עזה כאחד) כ-64,000 מבקרים ברישיונות ביקור.<sup>6</sup>

מדובר בממוצע של כ-4,000 מבקרים בשטחים, שנכנסו דרך גשר אלנבי מדי חודש.

לעומת זאת, לפי נתוני המשיב, הסתכם מספר המבקרים שהורשו להיכנס לגדה באחד עשר החודשים שמנובמבר 2000 עד סוף ספטמבר 2001 ב-192 איש בלבד. מ-1.10.2001 עד 1.10.2002 נכנסו לשטחים לפי נתוני המשיב 255 מבקרים.<sup>7</sup> נתונים אלו כוללים, כנראה, תושבי שטחים שצווי גירוש נגדם בוטלו, ושכניסתם לשטחים הוסדרה ברישיונות ביקור בהיעדר תיעוד אחר. לא מדובר במבקרים בשטחים במובן המדויק של המלה.

אין בידי העותרים נתונים נוספים.

המשיב צמצם, אם כן, את מספר המבקרים המורשים להיכנס לשטחים מכ-4,000 לחודש לכ-20 לחודש, צמצום של כ-95%!

<sup>5</sup> תשובת שר הביטחון לשאלתה של ח"כ זהבה גלאון, 9.9.1999.

<sup>6</sup> הנתון נמסר ע"י סא"ל אורלי מלכה לוועדת הכנסת לקידום מעמד הילד בדיון מ-6.12.1999.

<sup>7</sup> תגובה מטעם המשיב מ-2.4.2006 בבג"ץ 11446/05 זמערי נ' מפקד כוחות הצבא בגדמי"ע.

כל הנתונים האלו כולם אינם כוללים כניסה לשטחים באשרות של משרד הפנים, שהן דרך המלך לכניסה לשטחים של תושבי מדינות המקיימות יחסים דיפלומטיים עם ישראל, וזאת בהתאם להסכם הביניים הישראלי-פלסטיני על הגדה המערבית ורצועת עזה מ-1995.28.9. (article 28(14) of appendix 1 of the protocol concerning civil affairs, annex III of the agreement). לאחרונה חסמה ישראל, באמצעות משרד הפנים, גם אפיק זה של כניסה לשטחים (ראו, למשל, עת"מ (י-ם) 294/06 אברהים נ' שר הפנים ועת"מ (ת"א) 294/06 PLANET FINANCE נ' שר הפנים, שפורסמו באתר בתי המשפט). החסימה הוסרה לאחרונה, כפי שכבר ציינו.

צמצום הכניסה לשטחים לא הוגבל לתקופה קצרה או מתוחמת בזמן. הוא נמשך כבר למעלה משש שנים. מדובר, הלכה למעשה, בניתוק החברה הפלסטינית בשטח הכבוש ובבידודה מהעולם.

### **הפקעת הזכות לחיי משפחה**

74. ההשלכות של מדיניות המשיב הן הרסניות, במיוחד במה שנוגע לחיי המשפחה של תושבי השטחים.

75. כפי שראינו, הזכות לחיי משפחה היא מהזכויות שהמשיב מחויב לכבד לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. במקביל, מוטלת עליו החובה לכבד את הזכויות המשפחתיות של תושבי השטחים ולסייע לתא המשפחתי, מכוח המשפט הישראלי ומכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי. חלק מהותי מגרעין הזכות לחיי משפחה הוא זכותו של אדם לקיים את התא המשפחתי שלו במקום בו הוא חי.

**כלשונו של כב' השופט לוי בעניין עדאלה, אין ממש בזכות לחיי משפחה אם היא אינה כוללת את זכותו של האדם שיינתן לו ולבני משפחתו לקיים את חייהם בצוותא אף מבחינת מיקומו הגיאוגרפי של התא המשפחתי, אותו הם בחרו לעצמם.**

76. המשיב, במקום לסייע למשפחה, בהיותה התא היסודי של החברה, משסע משפחות וקורע אותן.

תושבי השטחים שבחירי לבם אינם תושבים, אינם יכולים להינשא ולהקים תא משפחתי בשטחים.

תושבי השטחים שהיו נשואים קודם להחלת מדיניות ההקפאה, אינם יכולים לחיות בשטחים באופן חוקי עם בני זוגם. הם עומדים בפני הברירה להגר, לחיות בפיצול או (אם בן הזוג הזר שהה בשטחים באוקטובר 2000) – לחיות את חייהם בסתר, נטולי זכויות, כעבריינים, מועדים לפרוענות של גירוש.



הילדים במשפחות שכאלו יסבלו והתפתחותם תיפגע, תהא החלטת הוריהם אשר תהא. במקרים רבים הם יחיו אצל הורה אחד בלבד, כשהקשר עם ההורה האחר מסתכם – ואף זאת במקרה הטוב – במפגשים חטופים (כשההורה התושב יוצא לחו"ל) ובשיחות טלפון בינלאומיות. במקרים אחרים הם חיים בצל איום מתמיד שאחד מהוריהם ייעצר ויגורש. לעתים נאלצת המשפחה להגר כדי לחיות יחד, והילדים מנותקים מהמקום בו התערו ובו מצויים חברי הילדות והמסגרות החברתיות שכבר השתלבו בהן.

77. הזכויות המשפחתיות של התושבים המוגנים הם מהעניינים שמקבלים משקל גובר ומיוחד בכיבוש ארוך טווח. במקביל להתמשכות הכיבוש, נטווה סיפור חייהם של בני-האדם החיים תחת כיבוש. וסיפור חייו של אדם הוא גם סיפור חייו המשפחתיים. חיים אלו נמשכים. הם אינם קופאים על שמריהם: אנשים מתחתנים ומתגרשים, נולדים, מתבגרים ונפטרים, מולידים ילדים ומגדלים אותם, מתמודדים יחד ולחוד עם טראומות משפחתיות ומבקשים לחלוק את השמחות עם קרוביהם, מסתכסכים עם משפחותיהם ומשלימים אתן. התנועה מארץ לארץ (וחזרה) היא חלק בלתי נפרד מפרקים אלו בסיפור חייו של אדם.

המשיב מתעלם מהדינמיקה הזו של חיי אנוש. הוא מקפיא את אפשרות הביקור בשטחים. הוא מנסה להקפיא את החיים. הוא מועל בחובותיו.

### **מרחב שיקול הדעת של מפקד צבאי ותכלית ההקפאה**

78. רחב מאוד הוא תחום השיקולים הלגיטימיים שיכולה כנסת ישראל לשקול כשהיא מחוקקת חוקי הגירה. לא כך המשיב. 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 צרכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב. עניין גימעיית אסכאן, ע' 794-795.**

79. טעמי ההקפאה אינם מצויים בין שני קטבים מגנטיים אלה.

80. בעניין עדאלה טענה המדינה, שהאיסור הגורף מיועד לשרת צרכי ביטחון חיוניים, ולמעשה להציל חיי אדם. בענייננו לא נטענו מעולם טענות ביטחוניות. הלוא בענייננו מדובר במניעת הכניסה של תושבי מדינות שרשאים היו להיכנס לישראל גופה, ואף להתאזרח בה, אילו היו בני זוגם תושבי ישראל. מקל וחומר, שלא צריכה להיות מניעה לכניסתם לשטחים.

81. עניינה של ההקפאה הוא במערכת היחסים המדינית בין המשיב לבין הרשות הפלסטינית, כאשר משפחות – הורים וילדים – מהווים קלף מיקוח במערכת יחסים זו. ההקפאה מיועדת על-פניה להעניש את האוכלוסייה על ההתקוממות; לפגוע באיכות החיים של התושבים; להמאיס עליהם את חייהם ולהפעיל בעקיפין לחץ על הרשות הפלסטינית והארגונים הפלסטיניים, לקבל עליהם את הדרישות הפוליטיות של ישראל.

המדינה מתארת (בהקשר אחר) את האסטרטגיה הזו כאסטרטגיה של "עיונות מוגבל". במסמך של חטיבת תוה"ד באגף המבצעים של צה"ל, נכתב כי "מצב העיונות המוגבל הוא בעל תכלית פוליטית, והכרעתו מושגת באמצעות שינוי תודעתי בחברה ובקרב לוחמיה, ע"י 'הוגעה' ממושכת ולא באמצעות הכרעה והרתעה ע"י בעל העוצמה הצבאית (כנהוג במלחמה)". ובהמשך: "האסטרטגיה הנקוטה בעיונות מוגבל הינה ה'הוגעה' (התשה פיזית ונפשית). ההוגעה שוחקת בהדרגה את נחישות החברה ולוחמיה באמצעות תהליך מתמשך של פגיעה פיזית, כלכלית ונפשית".<sup>8</sup>

מדובר באסטרטגיה בלתי חוקית בעליל. כל עניינם של דיני המלחמה הוא ליצור הפרדה בין הכוחות הלוחמים לבין האוכלוסייה האזרחית, ולהגן על האזרחים מפני תוצאותיה ההרסניות של המלחמה. אזרחים אינם יעד לגיטימי לכוחות הצבא. פגיעה עקיפה באזרחים היא לעתים אמנם בלתי-נמנעת, אולם פגיעה מכוונת באזרחים אסורה. פגיעה באזרחים אסורה אף כפגיעה אגבית, אם היחס בין גודל הפגיעה לבין היתרון הצבאי המצופה חורג ממתחם של פרופורציונליות.

82. זאת ועוד, דומה כי בין השיקולים של המפקד הצבאי מצויים גם שיקולים דמוגרפיים – לא שיקולים דמוגרפיים לגיטימיים, הנוגעים ליכולת הנשיאה של השטח הכבוש בהתחשב במשאבים הזמינים בו, אלא שיקולים דמוגרפיים פסולים, הנוגעים ל"מאזן הדמוגרפי" בין יהודים לערבים בשטחי פלסטינה-א"י המנדטורית.

אפשר לתמוה כיצד שיקולים שכאלה ממשיכים להוות כוח מניע חזק בעידן שבו מדיניותה הרשמית של ישראל היא מדיניות של הפרדה, ולא אמור להיות לה שום עניין בגודל האוכלוסייה של הישות המדינית הפלסטינית. מוסכם כבר וידוע, כי עיקר השטחים הכבושים יהפוך, ולא בעתיד הרחוק, למדינה פלסטינית עצמאית. מדוע, אם כן, עמידה זו של המשיבים על חסימת כל הגירה לגדה המערבית ולרצועת עזה, תוך פגיעה קשה בחיי המשפחות?

בכל מקרה, שיקולים אלו הם פסולים בענייננו, בהיותם שיקולים גזעניים במהותם. גם אילו היו שיקולים אלו מוכרים במסגרת האינטרסים הלאומיים של המדינה הכובשת (וידוגש: שיקולים גזעניים שכאלו אינם לגיטימיים בשום מקום!), הרי שכמפקד צבאי לא היה המשיב רשאי לשוקלם.

<sup>8</sup> "מודל הכרזת אזורים עיונות באיו"ש ובאזח"ע", פברואר 2006, ע' 15-16. צורף לתגובת המדינה בבג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון.

## תקינות מינהלית והתנערות מסמכות

83. המשיב אינו רק מופקד על התפקוד התקין של המינהל בשטח הכבוש – הוא גם מהווה רשות מינהלית בפני עצמו. החקיקה הצבאית אימצה למסגרתה-שלה את חלוקת הסמכויות המינהליות הקבועה בהסכמי אוסלו (סעיף 4 למנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון) (מס' 7), התשנ"ו-1995).

בחלוקת סמכויות זו, מופקד המשיב, בין היתר, על אישור בקשות לרישיונות ביקור ולהענקת מעמד של תושבות בשטחים. סמכויות אלו חולק המשיב עם ההמועצה הפלסטינית, באופן שאישור בקשה טעון הסכמה של שתי הרשויות ושיתוף פעולה ביניהן כרשויות מינהליות המפעילות סמכות על-פי דין.

84. המשיב איננו רשאי להתנער מסמכותו, להתעלם באורח גורף מפניות המונחות על שולחנו או לחסום את הגישה אליו ולסרב לקבל פניות:

**מובן וידוע הוא, כי מהענקת סמכות לנושא תפקיד פלוני נובעת חובה לדון בפניות ובבקשות, הבאות להניע את בעל הסמכות להפעיל כוחו בדרך זו או אחרת... ככל שהדבר מתייחס לעיון ולדיון בבקשות, שעניינן הפעלת הסמכות, מתחייבת נקיטתה של דרך עיון ודיון, שצורתה ומהותה נשלטות על-ידי אמות מידה בסיסיות, שעוצבו בפסיקתו של בית-משפט זה, ואשר ההימנעות מאימוצן יכולה להיות בעלת השלכה על תקפותה של החלטה. בג"צ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 45.**

85. אכן, למדינת ישראל מחלוקות פוליטיות עם הרשות הפלסטינית. מחלוקות אלו נוגעות למערך היחסים הבינלאומיים שבין ישראל, כמדינה ריבונית, לבין הרשות הפלסטינית, כאורגן בין האורגנים הבינלאומיים.

מחלוקת זו אסור לה שתגלוש אל תוך מערכת היחסים שבין המשיב כרשות מינהלית לבין העותרים הזקוקים לשירותיו.

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 בן עטיה נ' ראש עיריית בת ים ואח', תק-על 2005(1), 978, עמ' 982.**

86. גם בכובעו כרשות מינהלית, מוגבל שיקול דעתו של המשיב לשיקולים ענייניים בלבד. עליו לתת את דעתו על זכות היסוד לחיי משפחה. עליו לשים כנר לרגליו את פסיקת בית-משפט נכבד זה, לפיה הזכות לחיי משפחה כוללת את הזכות של אדם לקיים בארצו חיי משפחה משותפים עם בחיר לבו הזר. הוא רשאי לשקול כנגד שיקול זה סיכונים שאדם פלוני עשוי ליצור לביטחון האזור, אם ייכנס אליו. אין הוא רשאי לנקוט איסורים גורפים.

87. ומהו הטעם לסירובו של המשיב להפעיל שיקול דעת? טעם זה הוא טעם פסול. טעם שריח של ענישה קולקטיבית עולה ממנו. טעם של הפיכת חיי המשפחה של אדם לקלף מיקוח במשא ומתן מדיני. טעם העומד בניגוד לחובותיו של המשיב על-פי המשפט ההומניטרי הבינלאומי ועל-פי משפט זכויות האדם – הישראלי והבינלאומי כאחד.

88. וזאת נזכור: זכויות האדם אסור להן להיות שבויות כבנות ערובה בידיהם של מהלכים מדיניים.

**אין תחולה לדוקטרינה של חוסר שפיטות מוסדית במקום שהכרה בה עשויה למנוע בחינה של פגיעה בזכויות אדם.**

בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 50.

המשיבים נושאים באחריות כלפי תושבי השטחים – כלפי הנשים והגברים, ההורים והילדים. אנשים אלו, בשר ודם, אין להתייחס אליהם כאל כלי משחק על-גבי לוח שחמט דמיוני שמשחקים אותו דיפלומטים באולמות ספוני עץ בושינגטון או באוסלו.

על המשיבים להתייחס אל חיי המשפחה של תושבי השטחים לא כאל יעד מבוצר או מעבדת נפץ, אובייקט לגיטימי להתקפה. עליהם להביט בעיני הפונים לאיחוד משפחות לא דרך כוונת הרובה אלא במשקפי החוק והמצפון.

יפים לענייננו דברים שאמר הסופר דוד גרוסמן ביום השנה האחרון להירצחו של ראש הממשלה המנוח, יצחק רבין, אשר בכהנו כשר הביטחון השעה את הפעולות לגירוש לירדן של בני-זוג של תושבי השטחים:

**פנה אל הפלסטינים, מר אולמרט [...] דבר אל הצער והפצע העמוקים שלהם, הכר בסבלם המתמשך. שום דבר לא ייגרע בכך ממך וגם לא בעמדתה של ישראל במשא ומתן עתידי. רק הלבבות ייפתחו מעט זה אל זה, ולהיפתחות הזאת יש כוח עצום, כוח של איתן טבע. כוח של חמלה אנושית פשוטה, דווקא במצב כזה של קיפאון ואיבה. פעם אחת הבט בהם לא דרך כוונת הרובה, ולא דרך מחסום סגור. אתה תראה שם עם מעונה לא פחות מאתנו. עם מדוכא וכבוש וחסר תקווה.**

העתירה נתמכת בתצהיר שנחתם בשטחים ונשלח לח"מ בפקס – וזאת בשל קשיי הנגישות בשטחים כיום. גם יפויי הכוח נשלחו בפקס.

מכל הטעמים הללו מתבקש בית-המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי כמבוקש בראש העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפוך את הצו על-תנאי להחלטי ולחייב את המשיבים בהוצאות העותרים ושכ"ט דין.

4.7.07

---

עידו בלום, עו"ד  
ב"כ העותרים

(ת.ש. 49713)

## תרגום תצהיר

אני הח"מ \_\_\_\_\_ קאסם, 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 הסדרת מעמדה של אשתי בשטחים, ובעניין הסדרת המעמד של בני-זוג זרים של תושבי השטחים ככלל.
2. העובדות שבעתירה הנוגעות לי ולמשפחתי הן אמת. העובדות הנוגעות להתכתבויות של המוקד להגנת הפרט עם הרשויות הן אמת למיטב ידיעתי, לפי מה שנמסר לי מהמוקד להגנת הפרט.
3. העובדות הכלליות שבעתירה הן אמת, למיטב ידיעתי, ואני נסמך על מה שנמסר לי מהמוקד להגנת הפרט ועל הידיעה הכללית שלי כתושב פלסטיני הנשוי לבת-זוג שאין לה מעמד בשטחים.
4. הריני להצהיר כי זהו שמי, זוהי חתימתי ותוכן תצהירי זה אמת.

---

חתימת המצהיר

הנני מאשר בזה כי ביום 17.5.2007 הופיע בפני עורך דין מחמד אלקיסי הנ"ל שזיהה עצמו על ידי תעודת זהות מס' \_\_\_\_\_, ואחרי שהזהרתיו כי עליו להצהיר את האמת וכי יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר את נכונות הצהרתו הנ"ל וחתם עליה.

---

חתימת עורך-הדין