

בג"ץ 3170/07
קבוע: 24.9.2007

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

1. ד"ר _____ יוניס דויקאת
2. ד"ר _____ יוניס
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
4. האגודה לזכויות האזרח
5. בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים
6. גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע
7. הוועד הציבורי נגד עינויים
8. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם
9. מרכז ירושלים לסיוע משפטי לזכויות אדם
10. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
11. רופאים לזכויות אדם

העותרים

על-ידי ב"כ עו"ד י' וולפסון ו/או עו"ד עודד פלר
טל': 02-6283555; פקס': 02-6276317

נ ג ד

המשיבים

מדינת ישראל ואח'
על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים

תגובה מטעם המשיבים

1. בהתאם להחלטת כבוד השופטת א' חיות מיום 10.4.2007, ולקראת הדיון הקבוע בעתירה ליום 24.9.07, מתכבדים המשיבים להגיש את תגובתם לעתירה.
2. עניינה של עתירה זו, כמו גם בלמעלה מארבעים עתירות נוספות התלויות ועומדות בפני בית משפט נכבד זה, בבקשת העותרים כי תתאפשר השתקעותם, של העותרים, נתיני מדינות זרות, בשטחי איזור יהודה ושומרון וזאת מכוח נישואיהם לתושבי האזור.
3. עמדת המשיבים היא כי דין העתירה, כמו גם העתירות שייזונו במשותף עימה וכן העתירות הממתינות, להידחות, וזאת מן הטעם כי ההחלטות הנתקפות בעתירה אינן

מקימות עילת התערבות לבית משפט נכבד זה, וזאת מן הטעם כי המדובר בהחלטות בעלות היבט מדיני דומיננטי, כפי שיוסבר להלן.

התלם בו מצויה העתירה דנן נחרש היטב בפסיקתו של בית משפט נכבד זה לאורך השנים. המבט הכולל על התלם החרוש מביא למסקנה אחת ויחידה – לפיה העתירה דנן אינה מצויה בעיקרה בזירה המשפטית אלא בזירה המדינית העוסקת רובה ככולה בסוגיית יישומם של הסכמי הביניים, וככזו דינה להידחות.

בתגובתנו זו נציג תחילה את המסגרת המשפטית החולשת על בקשות מסוג זה וזאת לאור המתווה שנקבע בסכמי הביניים ויישומו לאחר פרוץ העימות המזוין. בשל העדר יישומו של המתווה שקבע בהסכם הביניים נציג בהמשכם של דברים את הדין, כפי שנקבע בהלכה מפורשת של בית משפט נכבד זה מלפני עשרים שנים טרם הסכמי הביניים. שני רובדי הדין מובילים למסקנה אחת לפיה הסוגיה שבה עסקינן נמצאת בממלכת השיקולים המדיניים, ממלכה שבית משפט נכבד זה אינו נוהג להתערב בה.

בטרם נציג את המסגרת המשפטית טרם הסכמי הביניים ואחריהם נבקש להקדים הערה אודות מהות הסעד המבוקש, הוא הגירה מחמת נישואין.

(א) מהות הסעד המבוקש - הגירה מחמת נישואין

4. במקרה דנן, כמו גם במרבית העתירות הקשורות לעתירה זו, לא מדובר במשפחות שנחצו עקב מלחמה, כי אם מדובר בתושבים פלסטינים שנסעו למדינות אחרות, פגשו בהן בנות זוג תושבות המדינה שאליה נסעו, וכעת מבקשים להביאן בחזרה לאזור.
5. למעשה השימוש במונח "איחוד משפחות" לעניין המצב המתואר בעתירה דנן אינו מדויק. שכן, איחוד משפחות, כפי שמציינים המלומדים רובינשטיין ואורגד במאמרם "זכויות אדם, ביטחון המדינה ורוב יהודי: המקרה של הגירה לצרכי נישואין" (הפרקליט מ"ה תשס"ו, בעמוד 319), משמש לתאר מצב שבו משפחה הופרדה בגלל מצב של עימות מזוין. לעומת זאת, המצב המתואר בעתירה דנן, כמו גם בעשרות העתירות הקשורות לה, הוא כאמור לעיל מצב שבו תושב או תושבת האזור מבקשים כי יינתן לבן או בת זוגו מעמד חוקי באזור, כאשר מדובר בנתינים זרים.
6. הדיוק במהות הסעד המבוקש הינו בעל חשיבות רבה במשפט הבינלאומי. יפים לעניין זה דבריו של המלומד י' דינשטיין במאמרו "איחוד משפחות בשטחים המוחזקים" עיוני משפט י"ג (תשמ"ח) עמוד 223:

"בעוד שסיוע לחידוש הקשר ולמפגשים בין בני משפחות שהתנתקו זה מזה כתוצאה מן המלחמה הוא תנאי מוקדם חשוב לאיחודן של משפחות אלו, ראוי להטעים כי סעיף 26 אינו מטיל כל חובה על כובד לאפשר את האיחוד על ידי הגירה מחוץ או לתוך שטח מוחזק. ודאי שאין בסעיף מאומה על אודות משפחות שהפיצול ביניהן אינו נובע במישרין ממצב המלחמה" [ההדגשה הוספה].

7. הנה כי כן הסעד המבוקש בענייננו הוא להתיר "הגירה מחמת נישואין", שהיא המבוקשת באופן ממוקד בענייננו ולא "איחוד משפחות", שלפחות במשפט הבינלאומי הוא מושג בעל משמעות שונה מהסעד המבוקש בענייננו ולכן גם תוצאותיו שונות.
8. בכפוף להערה זו – הנחזית ללשונית אך למעשה טמונים בה הזרעים לתשובה המהותית לעתירה - נציג את רובדי הדין השונים. ונפתח בהצגת הסכם הביניים בין ישראל לרשות הפלסטינית.

(ב) הסכם הביניים בין ישראל לרשות הפלסטינית

(ב)1) יישום הסכם הביניים בין השנים 1995-2000

9. כאמור, עניינן של העתירות בבקשות להגירה לאזור מחמת נישואין. על בסיס שורה של הסכמים בין מדינת ישראל לבין אש"ף הוקמה בשנת 1994 הרשות הפלסטינית. בשנת 1995 נחתמו בין ישראל לרשות הפלסטינית שורת הסכמים במסגרתם הועברו סמכויות שלטוניות רבות לידי הרשות הפלסטינית, ובכלל זה סמכויות בתחום בריאות, חינוך ולענייננו – בתחום מרשם האוכלוסין.
- בהתאם לעקרונות שגובשו בהסכם, הועברו מגוון סמכויות בתחום מרשם האוכלוסין לידי הרשות הפלסטינית, כאשר הוצאתם לפועל של סמכויות הותוותה במנגנונים מפורשים בהסכמי הביניים, הדורשים בחלקם את אישורו המוקדם של הצד הישראלי.
- יובהר למען הסר ספק כי בתחום מרשם האוכלוסין, אחריותה וסמכותה של הרשות הפלסטינית משתרעות על כלל התושבים הפלסטינים באיו"ש, לרבות אלה המתגוררים בשטחי C, כהגדרתם בהסכם.
- כך הם הדברים בכל הנוגע לסוגיה נשוא העתירה, היינו בקשות להגירה מחמת נישואין לאזור.

על פי סעיף 28 לנספח האזרחי בהסכם הביניים עם הרשות הפלסטינית, יש להגיש בקשות מסוג זה לרשות הפלסטינית, ולה הכוח והסמכות בקשר לבקשות הגירה מחמת נישואין בשטחה, בכפוף לאישורה המוקדם של ישראל.

סעיף 28(11) לנספח האזרחי קובע כך:

"בכדי לשקף את רוח תהליך השלום, הצד הפלסטיני רשאי, באישורה המוקדם של ישראל, להעניק תושבות קבע בגדה המערבית וברצועת עזה ל:

א. משקיעים לצורך עידוד השקעות;

ב. בני זוג וילדים של תושבים פלסטינים; וכן

ג. אנשים אחרים מטעמים הומניטריים במטרה לקדם ולשפר איחוד משפחות"

העתק מסעיף 28 לנספח האזרחי בהסכם הביניים עם הרשות הפלסטינית מצורף ומסומן מש/1.

10. יצוין כי מאז העברת הסמכויות והכוחות לרשות הפלסטינית בנובמבר 1995, הוסמכה הרשות הפלסטינית להעניק תושבות קבע באזור, במסגרת מכסות שנתיות כוללות, הנקבעות על ידי ישראל והרשות הפלסטינית. אמנם, מתן תושבות קבע באזור בשל נישואין, על ידי הרשות הפלסטינית, כפוף לאישור הצד הישראלי. ואולם, הבקשות מוגשות על ידי התושבים הפלסטינים לגורמים הרלוונטיים ברשות הפלסטינית ואלה מעבירים את החלטתם, בהתאם להחלטתם ולשיקול דעתם בכפוף למכסות השנתיות שנקבעו על ידי ישראל והרשות הפלסטינית, לצד הישראלי.

יודגש, כי הרשות הפלסטינית היא המחליטה אילו בקשות יועברו לאישור הצד הישראלי ואילו לא.

(ב) פרץ העימות המזוין וההלכה בעקבותיו

11. ביום 29.9.00 פרץ עימות מזוין בין ישראל לפלסטינים. היקף האבדות והיקף הכוחות הפועלים הופכים את העימות המזוין למלחמה במובנה היומיומי.

12. מאז תחילת העימות המזוין בין ישראל לפלסטינים, חדלו מלהתקיים קשרי העבודה הרגילים שנקבעו בעקבות ההסכמים בין הרשות הפלסטינית ובין ישראל ומשכך, ועל רקע ניתוק זה, הושעה יישומו של המנגנון שפעל מתוקף הסכמי הביניים בעניין העברתן לצורך אישורן של בקשות להגירה מפאת נישואין.

בכלל זאת, התקבלה באותה תקופה החלטת הגורמים המדיניים לפיהן לא תטופלנה עוד בקשות להגירה מחמת נישואין של תושבים פלסטינים. אף הרשות הפלסטינית חדלה מלהעביר בקשות לאישור מדינת ישראל, וממילא לא ניתן היה לאשרן.

מאז, הפסיק למעשה הטיפול בבקשות להגירה מחמת נישואין.

.13

המשיבים יבקשו להדגיש כי בית המשפט הנכבד קבע פעמים רבות, בפסקי דינו בעתירות שהגישו תושבי האזור, כי אין מקום להתערבותו בעמדת המשיבים לפיה בעת הזאת, ועל רקע המצב המדיני-בטחוני באזור, לא מטופלות בקשות להגירה מפאת נישואין.

וראו למשל בג"צ 2231/03 למיה איסמעיל עבד רבו אלשלאלדה נ' מפקד חטיבת בנימין תק-על(2)2003, 250 (2003), שם קבעה כבוד השופטת פרוקצ'יה כדלקמן:

"... שנית, בקשה לאיחוד משפחות על שם העותר מעולם לא הועברה על ידי הרשות הפלשתינאית לידי ישראל. יתר על כן, מאז אוקטובר 2000 חדלה ישראל לטפל בבקשות לאיחוד משפחות המתייחסות לאיזור יהודה ושומרון נוכח העימות האלים המתרחש באיזור, ולאור המציאות המדינית-בטחונית השוררת בו... לענין העתידה לגופה - בית משפט זה לא התערב בעבר במדיניות הממשלה שלא לדון בשלב זה בבקשות איחוד משפחות הנוגעות לאיזור הנשלט על ידי הרשות הפלשתינאית לאור המציאות הבטחונית - מדינית בשטח (השווה בג"צ 5957/02 אעתדאל נ' מפקד חטיבת בנימין ואח' מיום 26.8.02). אין מקום כי נתערב במדיניות המשיבים גם במקרה שלפנינו" (ההדגשה הוספה).

.14

להשלמת התמונה בעניין זה יצוין כי בין החודשים ספטמבר 2005 - מרץ 2006 בחנו המשיבים את האפשרות, במסגרת עבודת מטה שנערכה בנושא, לחדש את קשרי העבודה עם הצד הפלסטיני ובתוך כך לשוב ולטפל בבקשות בנושאי מרשם אוכלוסין, ביניהן בקשות למתן תושבות קבע באזור. עבודה המטה אושרה על ידי הדרג המדיני ואף ננקטו צעדים ראשוניים ליישומה בשטח.

דא עקא, בחודש פברואר 2006 זכתה תנועת החמא"ס בבחירות לרשות הפלסטינית. כידוע, תנועת החמא"ס מסרבת להכיר בקיומה של מדינת ישראל כמו גם בהסכמים עליהם חתמה המדינה עם אש"פ, לרבות הסכם הביניים.

על רקע זה קיבלה ממשלת ישראל את החלטתה מספר 4780 מיום 11.04.06 על הקפאת המגעים עם הרשות הפלסטינית, בשל הפיכתה ל"רשות טרור העוינת את מדינת ישראל",

בכך, חזרה ישראל למדיניות אשר נהגה טרם הנכונות למתן ההקלות זנו, כאשר היא נכונה לקבל בקשות למתן רשיונות ביקור מטעמים הומניטריים חריגים, וכן בקשות ביקור לצורך רישום קטינים במרשם האוכלוסין.

החלטת הממשלה מספר 4780 מיום 11.04.06 מצורפת ומסומנת מש/2

15. נעיר כי לאחר נפילתה של ממשלת החמאס והקמתה של הממשלה בראשותו של סלאם פיאד פועלת ממשלת ישראל לחיזוק הקשר עם יו"ר הרשות הפלסטינית, אבו-מאזן ועם ממשלת פיאד בתחומים שונים. במסגרת קשרים אלה מתקיימים מגעים ברמת הדרג הבכיר ביותר בין הצד הישראלי והצד הפלסטיני. מגעים אלה יכולים להניב גם תמורות כאלה או אחרות בתחום נשוא העתירה. מכל מקום המדובר בסוגיה מדינית רגישה, וממילא לא בסוגיה הנתונה לבחינה על פי אמות מידה משפטיות.

16. עיננו הרואות, כי המסגרת המשפטית שבה עוסקת העתירה כולה נסובה הלכה למעשה על אופן יישומו של הסכם הביניים ואופן יישום המנגנון שנקבע בו.

אף בהקשר זה קבע בית משפט נכבד זה, ושב וקבע כי סוגיית יישומו של הסכם הביניים היא סוגיה מדינית שאין מקום להתערב בה, ועל כך נרחיב עוד בהמשך, אך טרם נעשה כן נבקש לייחד מספר מילים למצב המשפטי ששרר באזור עוד טרם נכנסו לתוקפם הסכמי הביניים.

מטרת סקירה זו להציג כי אף קודם להסכמי הביניים, אשר כאמור העבירו את הסמכות בסוגיה נשוא העתירה לידיה של הרשות הפלסטינית, דן בית משפט נכבד זה בשאלת חובתו של המפקד הצבאי בהתרת הגירה לאזור מחמת נישואין באזור ומצא כי חובה מסוג זה לא מוטלת עליו.

משמעות הדבר היא כי גם אם באופן תיאורטי תתקבל עמדת העותרים – המוקשית בפני עצמה כפי שנרחיב בהמשך – כי יש להתעלם מהמתווה הקבוע בהסכם הביניים הרי שאז נמצא כי רגלינו עומדות ברובד דין ראשוני שאף בו לא מוכרת חובה משפטית המוטלת על המפקד הצבאי להתיר הגירה לאזור עקב נישואין.

אם כך היו הדברים עוד טרם כניסתם לתוקף של הסכמי הביניים, מקל וחומר כי כך הם אף כיום.

(ג) העידן שלפני הסכמי הביניים - פס"ד שאהין

17. בית משפט נכבד זה כבר נדרש בעבר – ועוד בעידן שקדם לתקופתם של הסכמי הביניים – לסוגייה אותה מבקשים העותרים לעורר בעתירה דן באשר להיקף חובות המפקד הצבאי

על-פי המשפט הבינלאומי, בדגש על חובות מי מהמשיבים ביחס לאישור בקשות להגירה מחמת נישואין של תושבי השטחים.

במסגרת בג"צ 13/86 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מא(1) 197 (להלן: בג"צ שאהין), עמדה כאמור לדיון חוקיות המדיניות דאז של מפקד האזור של צמצום ניכר במספר הבקשות להגירה מחמת נישואין אשר נענים להן. בפס"ד זה, ולאחר ניתוח מקיף של היקף חובות המדינה על פי המשפט הבינלאומי, קבע בית המשפט הנכבד בי אין פסול בצמצום הניכר במספר הבקשות להגירה מחמת נישואין, אשר נענים להן, לאחר שהבקשות הפכו לדרך של הגירה רבת מימדים אל תוך האזורים.

18. הסיבה להפחתה נעוצה היתה בכך ש"זה מכבר שינתה התופעה של איחוד משפחות ושל הבקשות לאיחוד משפחות את אופייה המקורי. ראשיתה במדיניות שנועדה לפתור בעיות אשר יצרו מלחמת ששת הימים והמצב שנוולד כתוצאה ממנה; המשכה ברצון לסייע, משיקולים הומאניטריים שלפנים משורת הדין, למקרים קשים באוכלוסייה המקומית באזורי יו"ש וחבל עזה - אך לבסוף הפכה לשאלה סבוכה ובעייתית - שפנים מדיניות ובטחוניות לה - של דרך להגירה אל תוך האזורים" (בג"צ שאהין עמ' 197). בית משפט נכבד זה - לאחר ניתוח מקיף של המשפט הבינלאומי - דחה את העתירות. וכך נאמר:

"השאלה שעמדה בפנינו, הלכה למעשה... אם חובה על רשויותיו של המשיב להתיר תנועה רבת-ממדים המקיפה אלפי אנשים מצד אחד של קו הפסקת האש למשנהו זאם קווי המדיניות אותם התווה לעצמו המשיב, לפיהם יעניק היתר רק במקרים מיוחדים ויוצאי דופן ולא במקרים הרבים בהן מבקש גבר מיו"ש או עזה להביא לשינוי מגורי הקבע של אשה מן הארצות השכנות, אותה נשא כאשר ביקרה כתיירת בשטח המוחזק או כאשר הוא יצא לביקור באחת מן הארצות השכנות.

הבנו, וזאת הנחתנו, כי המדיניות ודרך הפעולה של המשיב כוללת את שקילתו של כל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו וכי בכל מקרה גם ישובו ויבחנו אם קיימות נסיבות הומניטאריות יוצאות דופן.

תקוות כולם היא כי השלום יפתור גם את כל הבעיות האלו, אך פתרון על אתר בזמן מלחמה, תוך התדת תנועת רבים - ולא בודדים - לתוך האזור המוחזק על ידי

כוחות צה"ל, אינה יכולה לשמש עילה להתערבותו של בית משפט זה על רקע העתירות שבפנינו".

בהעדר חובה משפטית כאמור לאפשר הגירה לצורך נישואין באזורים הותר בית המשפט את מלאכת הסדרת סוגיית התגירה למטרות נישואין למפקד הצבאי.

19. בית משפט נכבד זה בחן לעומק את כללי המשפט הבינלאומי – ובמיוחד תקנות האג ואמנת זינבה הרביעית – ומסקנתו היתה כי אלה אינן מבססות **השתת חובה** על ישראל לאפשר הגירה מכוח נישואין לשטחים מוחזקים-בכלל, ובעיתות מלחמה-בפרט.

נקדים ונביא את סיכום הניתוח המפורט של המחויבות בהתאם למשפט הבינלאומי שנערך בבג"צ שאהין. **מסיכום זה עולה כי המשפט הבינלאומי אינו מטיל חובות על החלטת המפקד הצבאי אם לאפשר הגירה מכוח נישואין לשטחים.** וכך נאמר (ההדגשות שלנו):

"תקנות האג משנת 1907 והאמנה הרביעית אינן מכילות התייחסות מפורשת כלשהי לענין איחוד המשפחות בכלל ולענין זכות כניסתם של אזרחי ארץ אחרת לאזור המנוחזק בתפיסה לוחמתית. לו ביקשה מדינה המחזיקה בשטח כלשהו בתפיסה לוחמתית לנהוג לפי לשון ורוחן של שתי האמנות הנ"ל, לא היתה כלל חייבת להתיר כניסתו לאזור של מבקר או תייר בכלל ושל אדם המחפש באזור בן זוג, בפרט. אין גם חובה, שביטוייה בנוסחן הכתוב של האמנות, להתיר לתושביו יציאה מאזור הממשל הצבאי לצורך עבודה, ביקור, נישואים או הצטרפות לבן זוג; על אחת כמה וכמה כאשר המדובר ביציאה ובכניסה לאזורים או מאזורים עליהם תולש מי שמכריז על קיומו של מצב מלחמה עם המדינה האחראית לממשל הצבאי. הפרקטיקה המקובלת בעבר ובהווה מלמדת כי בעת שקיים מצב מלחמה מחמירים בדרך כלל מאוד בכל הנוגע לחופש התנועה, והדבה מעל למידה הנוהגת ביהודה ושומרון וחבל עזה, אשר אליהם הותרה כניסת רבים בין כתיירים ובין במסגרת איחוד המשפחות. לא למותר להזכיר כי לגבי יציאה מתוך אזורים שבשליטת האוייב וכניסה לשטח הנתון לשליטת הצד הלוחם השני, אף לבשה הגישה המחמירה, בעבר, לא אחת, לבוש בלתי הומניטרי לחלוטין וזאת כאשר בעת מלחמת העולם השנייה מנעו איחוד משפחות או כניסה לארץ אחרת בעקבות בריחה משטח האוייב, למרות שבני האדם

שביקשו לברוח כמתואר, היו צפויים למוות וודאי אם לא יימצא להם מקום שנכון לקלטם.

תופעות אלו מוזכרות על ידי לא מן ההיבט ההומניאטרי המופשט, אלא כדי לבחון אם אכן קיימת אמת מידה של המשפט הבינלאומי הפומבי המקנה לכניסה מאזור האויב לאזור שתחת שליטתה של מדינה אחרת הנמצאת במצב מלחמה, מעמד של זכות משפטית מוקנית.

אכן קיימות לפי האמנות חובה לכבד זכויות משפחה ולהושיט הגנה מיוחדת לנשים והאמנה הרביעית אף מביאה שורה ארוכה של הוראות להבטחת מזון וטיפול רפואי והעברת מידע משטח ממשל צבאי ואף על דבר זכותו של מוגן נכרי לעזוב את שטחה של מדינה אשר הפכה לצד לסכסוך מזויין, אך בכל אלה אין איזכור ולו ברמז של כללים המתייחסים לנושא כגון זה שבפנינו.

.....

העדרה של התייחסות כללית באמנות הנ"ל לנושא של איחוד משפחות אין בו כדי להפגיע כי איחוד המשפחות תמיד נחשב לנושא הומאניטרי חשוב, אך טופל תמיד על יסוד הסדרים AD-HOC שהיו מיוחדים לנסיבותיו של כל מקרה ואשר השתנו לפי הזמן והתנאים הבטחוניים והמדיניים.....

יתרה מזאת, הדוגמאות שהובאו על ידי פרופסור בראונלי לקוחות מתוך מערכת נסיבות שונה לחלוטין כי לא היה מדובר באף אחת מן הדוגמאות על העברת אנשים ממדינה הנמצאת במצב מלחמה עם רעותה לתוך שטח בתפיסה לוחמתית. באף מקרה לא נתגבשו עקרונות כלליים היוצרים נורמה מנהגית מחייבת וכללית לגבי אזור בתפיסה לוחמתית או נוצרו תקדימים בתחום זה שהן בגדר דאיה לפרקטיקה כללית המקובלת בתורת דין".

לא למותר לציין כי בפסק דין זה סוקר כבי הנשיא שמגר בהרחבה מקורות נוספים של המשפט הבין לאומי – הסכמים והצהרות – מבלי לדון בתחולתם על ישראל, ומוצא כי גם במסמכים אלה אין הכרה בזכות להגירה מתמת נישואין. המדובר בסעיף 13 להכרזה האוניברסאלית על זכויות האדם, סעיף 8 להכרזה האמריקנית על זכויות וחובות האדם,

סעיפים 12-13 לאמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ומדיניות, ומסמכים רלבנטיים נוספים (ר' עמודים 210-211 לפסק הדין הנ"ל).

20. במאמר מוסגר יוער כי ביטוי נוסף ועדכני לתפישה זו של המשפט הבינלאומי מצוי גם בדבריו של המלומד JULIAN KU במאמרו (J. G.) Customary International Law in State Courts (Ku, "Customary International Law in State Courts", 42 Va. J. Int'l L., (2001) 265, p. 322).

21. הנה כי כן, כבר במסגרת פס"ד בעניין שאהין קבע בית משפט נכבד זה כי ההסדרים הקיימים במשפט הבינלאומי אינם מצמיחים לעותרים זכות שמולה עומדת חובת המדינה לאפשר הגירה מכוח נישואין של תושבי האזור עם בני ובנות זוגם הזרים, שאינם תושבי האזור ומעולם לא היו.

ואם כך היו הדברים בעידן שקדם להסכמי הביניים, מקל וחומר שכך הם כיום, עת גובשו עם הרשות הפלסטינית הסכמים מפורשים בסוגיית בקשות להגירה מחמת נישואין, אשר העבירו את סמכויות הטיפול והאחריות בסוגיה לידיה (כאמור, בכפוף למתווה שגובש בהסכם הדורש אישור מוקדם של הצד הישראלי).

(ד) מיקוד השאלה שבמחלוקת

22. למעשה בעתירתם מבקשים העותרים כי המדינה תיטול את מלוא הסמכויות בתחום ההגירה מחמת נישואין לידיה משל לא היו הסכמי הביניים ולא זו אף זו, אלא שתאשר כל בקשה להענקת מעמד תושבות באזור מטעם זה.

טיעוננו דלעיל נועד לבסס את חוסר התוחלת של טיעון זה – אף אם היה לו מקום מאחד שהצליח לעבור את המשוכות הניצבות בפניו כפי שנפרט להלן – שכן גם במצב המשפטי אלמלא בא לעולם הסכם הביניים לא היתה עתירתם של העותרים מגלה עילה, הכל כאמור בפסק דין שהאין. בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד, לא קמה לעותרים כל זכות משפטית המקימה חובה מצד המדינה לאפשר הגירה מכח נישואין של תושבי האזור עם בני ובנות זוגם הזרים. המדובר בסוגיה בעלת גוון מדיני שההכרעה בה היא בזירה המדינית ולא המשפטית.

העמדה דלעיל מקבלת משנה תוקף החל משנת 1995, עת האחריות לעניין זה עברה לידי הרשות הפלסטינית במסגרת הסכמי הביניים. בהסכמים אלה גובש מנגנון לטיפול בבקשות להגירה מחמת נישואין. אמנם, מנגנון זה אינו מיושם כיום על רקע המצב המדיני-בטחוני. על רקע כך ניתן למקד את השאלה השנויה במחלוקת.

23. המשיבים סבורים כי השאלה המצויה במוקד העתירה היא אם ניתן לכפות על המדינה בכלים משפטיים להתעלם מקיומם של הסכמי הביניים ולהפרם, בין אם בדרך של

הפעלתם באופן חד צדדי ובין אם בכל דרך אחרת, או לחילופין לחדש את קשרי העבודה עם הרשות גם במציאות המדינית-בטחונית הנתונה.

עמדת המשיבים היא כי סוגיה זו, וזאת כבר קבע בית משפט נכבד זה פעמים רבות, נמצאת בליבת הנושאים המדיניים בהם בית משפט נכבד זה אינו נוהג להתערב. עתה נרחיב בסוגיה זו.

(ה) עמדת המשיבים

(ה)(1) נסיבות העתירה דין

24. המשיבים יבקשו לציין כי העותרת שוהה באזור שלא כדין מאז שנת 2000. למעשה, מזה שבע שנים עושה העותרת דין לעצמה, כאשר היא שוהה שלא כדין באזור לאחר שנכנסה מכוח רישיון ביקור מוגבל בזמן.

אך לאחרונה (9.9.07) שב ופסק בית משפט נכבד זה כי בית המשפט לא יפתח דלתותיו למי שעושה דין לעצמו. ראו בג"ץ 3483/05 די.בי.אס שירותי לוויין בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח' (לא פורסם), מפי כבוד השופט גרוניס :

"כלל הוא כי יחייב אדם להחליט בלבבו אם מבקש הוא סעד מבית משפט או עושה הוא דין לעצמו. שני אלה בה-בעת לא יעשה אדם..." (בג"ץ 8898/04 ג'קסון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (לא פורסם, 28.10.2004) בפסקה האחרונה לפסק הדין; כן ראו, בג"ץ 851/06 עמונה אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 29.1.2006); בג"ץ 6102/04 מועדי נ' שר הפנים (לא פורסם, 26.9.2005); בג"ץ 1547/07 בר כוכבא נ' משטרת ישראל (טרם פורסם, 11.7.2007)). בית המשפט לא יפתח דלתותיו למי שעושה דין לעצמו, מזלזל בהוראות חוק ומבקש להעמיד את הרשות אל מול עובדות מוגמרות. האיסור על עשיית דין עצמי הינו חלק מכלל רחב יותר הדורש מבעל דין הפונה לבקש סעד מבית המשפט כי יפעל בניקיון כפיים (ראו למשל, בג"ץ 197/81 פרידמן נ' ראש עיריית אילת, פ"ד לון(2) 425 (1982); בג"ץ 212/56 סלומינסקי נ' עיריית פתח תקווה, פ"ד יא 446, 448 (1957); ד"נ 19/68 עיריית פתח תקווה נ' שר החקלאות, פ"ד כג(1) 253 (1969); בג"ץ 609/75 ישראלי נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד ל(2) 304 (1976)). מדובר בכלל המוגדר כעילת סף לעניין פנייה לבית

המשפט הגבוה לצדק או לבית המשפט לעניינים מינהליים. על כן, בעל דין הפועל בחוסר ניקיון כפיים יכול שימצא כי עתירתו תידחה על הסף בלא שטענותיו תידונה לגופן"

25. בירור שנערך אגב העתירה הקונקרטיה העלה כי במקרה זה הרשות הפלסטינית לא העבירה לאישורה של מדינת ישראל את הבקשה האמורה. מכאן כי המנגנון הקבוע בהסכם אינו פעיל ולא הופעל במקרה דנן. בנסיבות אלו, ובהתאם למסגרת המשפטית שאושרה פעם אחר פעם על-ידי בית משפט נכבד זה, הרי שדין העתירה דגן להדחות על הסף בנסיבות בהן הרשות לא העבירה אל הצד הישראלי בקשה להגירה מחמת נישואין בעניינם של העותרים (ור', למשל, בג"צ 10548/06 מיום 6.9.07).
26. בית משפט נכבד זה, קיבל בעשרות רבות של פסקי דין, שחלקם ניתנו לאחרונה ממש, את טענת המדינה לפיה במצב דברים כזה דין העתירה להידחות על הסף. כך, לדוגמא, התייחס לסוגיה זו שוב בבג"צ 5898/06 קאהר מחמוד חסן אברהים נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (ההדגשות אינן במקור):

"דין העתירה להידחות על הסף... בתגובתה מבהירה המשיבה כי על-פי מה שנמסר לה מלשכת היועץ המשפטי באזור יהודה ושומרון, מבדיקה במערכת הממוחשבת המצויה בפניהם עולה כי הרשות הפלסטינית לא העבירה לצד הישראלי בקשה לאיחוד משפחות בעניינו של העותר, וממילא בקשה כזו לא טופלה. עוד עולה מן הבדיקה, כי גם בקשה לרישיון ביקור באזור לא הועברה בעניינו של העותר (הבדיקה האחרונה נערכה על אף שהעותר עצמו אינו טוען שהגיש בקשה כאמור). בשורה ארוכה של פסקי-דין שניתנו במקרים דומים, נקבע כי כל עוד לא העבירה הרשות הפלסטינית את הבקשה לאישורה של מדינת ישראל, אין האחרונה בת-דברו של העותר וכל טרונה בעניין זה יש להפנות לרשות הפלסטינית (ראו בג"צ 6788/02 קינאנה נ' מפקד כותות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פסק-דין מיום 27.5.2003 מפי השופטת חיות; בג"צ 6133/03 אבו בכר נ' משרד הבטחון, פ"ד נז(6) 651, מפי השופטת נאור; בג"צ 1195/05 אבו מיאלה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסק-דין מיום 16.5.2005).

בבסיס הלכות אלה עמדה הנחת המוצא כי שאלת אופן ישימות הסכם הביניים (או ליתר דיוק שאלת הפרתו החד צדדית בידי המדינה, כפי שדורשים העותרים) היא שאלה מדינית מובהקת.

27. עמדה זו נרחיב להלן.

(ה) (2) שאלת אופן יישומו (אי יישומו) של הסכם הביניים כשאלה מדינית

28. עמדת המשיבים היא כי שאלת אופן יישומו (או אי-יישומו) של הסכם הביניים היא שאלה מדינית מובהקת.

29. ברקע הדברים נחזור ונציין כי מאז תחילת העימות המזוין בין ישראל לפלסטינים בשנת 2000, צומצמו מאד קשרי העבודה בין הרשות הפלסטינית ובין ישראל.

בתחום נשוא העתירה חדלו קשרי העבודה להתקיים. משכך, הושעתה עבודת המנגנון שגובש במסגרת הסכמי הביניים בעניין בקשות להגירה מחמת נישואין. מאז, לא מטופלות עוד בקשות להשתקעות באיזור מחמת נישואין המוגשות על ידי תושבי האזור.

30. נוכח האמור לעיל, הרי שבקשת העותרים אינה לציית להסכם הביניים בתור שכזה, **אלא כי בית משפט נכבד זה יחייב את המדינה להפרו.**

הטעם לכך הוא שבהתאם להוראות ההסכם, מדינת ישראל אינה רשאית לתת באופן חד צדדי למי שאינו תושב האיזור אשרת ביקור או תושבות קבע באיזור. מתן תושבות באיזור, ובכלל זה, **מתן תיעוד פלסטיני, אינו נתון עוד לסמכותה של מדינת ישראל.**

נקיטת פעולות אלה על ידי ישראל באופן חד צדדי מהווה הפרת ההסכם. נבקש לציין כי אין המדובר בהפרה נקודתית ושולית של ההסכם, שכן ההערכה היא כי אם יינתן הסעד המבוקש משמעותו ותהא הפרה ההסכם **בעשרות אלפי מקרים**. ברי כי השתקעות עשרות אלפי זרים באזור הינה סוגיה מדינית מן המעלה הראשונה.

31. המשיבים סבורים כי ההחלטה בדבר אופן יישום ההסכם – ובמיוחד ההחלטה אם להפרו – מהווה החלטת מדיניות מובהקת.

על-פי פסיקתו של בית משפט נכבד זה, לא יתערב בית המשפט בהחלטות ממשלה בעלות אופי מדיני מובהק. בכל מקרה לא ניתן לקבוע כי ההימנעות מלהפר את ההסכם הינה בלתי סבירה.

32. בהקשר יישומו של ההסכם, הרי שלא למותר יהא לציין כי על פי הוראות הסכם הביניים על הרשות הפלסטינית מוטלת החובה להתמודד עם הסוגיה של שוהים שלא כדין בשטחי הרשות.

על-פי הוראת סעיף 28(15) לתוספת הראשונה של הנספח האזרחי להסכם, על הצד הפלסטיני להבטיח כי המבקרים באיזור לא ישהו באיזור מעבר לתקופה הקבועה ברשיונות הביקור שברשותם.

בהקשר זה יאמר, כי עוד קודם להפסקת קשרי העבודה שבין הרשות לישראל בעקבות פרוץ העימות המזוין נמנעה הרשות מלקיים חובתה על פי ההסכם, במובן של הוצאתם מן האיזור של שוהים שלא כדין, אשר תוקפם של רשיונות הביקור שלהם – פג. דא עקא, העימות המזוין התריף מצב זה עד מאד.

33. מכאן, שלא יכולה להיות מחלוקת כי בנסיבות בהן הרשות הפלסטינית נמנעת מלקיים את חובתה על פי ההסכם, במובן של הוצאתם מן האיזור של השוהים שלא כחוק, הרי שבידי מדינת ישראל שמורה הסמכות לעשות כן, וזאת כדי להבטיח את ביטחון האיזור וביטחון המדינה.

ובעניין זה אין לנו אלא להפנות לדבריו של בית המשפט הנכבד בבג"צ 4297/04 **חאזם חאלד יאסין ואח' נ' המנהל האזרחי באזור יהודה ושומרון ואח' (טרם פורסם)**, שם נאמר כדלקמן:

"...נוסיף, כי על פי הנתונים שבידי המשיבים נמצאים בשטחי הרשות עשרות אלפי זרים שפקע רשיון הביקור שלהם, אך אין הרשות הפלשתינאית עושה דבר להוצאתם, חרף התחייבותה על פי ההסכם עימה. מחדל זה מסביר מדוע המשיבים נוקטים בגישה לפיה אין להתיר כניסה של זרים לשטחים כל עוד לא מקיימת הרשות את התחייבותיה על פי ההסכם."

34. לסיכום פרק זה, נראה כי ההסכמים המדיניים שישראל חתומה עליהם קבעו מתווה ברור ביותר לאישור השתקעות באזור מחמת נישואין על ידי הצד הישראלי, שאף אושר על ידי בית המשפט הנכבד בשורת פסקי דין.

35. אופן יישומו של ההסכם הינה החלטה מדינית מובהקת, וככזו אינה מקימה עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד.

(ה)3) היקף הבקורת השיפוטית בהחלטות בעלות אופי מדיני

36. המשיבים סבורים כי לעת הזאת, ובשים לב למצב המשפטי שפורט לעיל והמצב המדיני באזור, הרי שההחלטה אם לאפשר השתקעות נתינים זרים לתוך שטחי האזור כאמור תוך הפרה בוטה ועמוקה של הסכם הביניים היא החלטה מדינית מובהקת.
37. בהתאם להלכה הפסוקה היקף התערבותו של בית משפט נכבד זה בהחלטות בעלות אופי מדיני מצומצם. על עקרון זה שב וחזר בית משפט נכבד זה בשורת פסקי דין. בבג"צ 66/99 תנועת נאמני הר הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 199, קבע השופט י' זמיר כי:

"והיא חייבת להעריך את התוצאות הצפויות של כל החלטה, ואת הסיכונים הכרוכים בה, לא רק לאור עקרונות משפטיים, אלא גם לאור ערכים ואינטרסים חוץ-משפטיים, שיש בהם כדי להשפיע על שלום הציבור ועל טובת הכלל. בדרך-כלל, בית-המשפט אינו ערכאה מתאימה או ראויה לעשות מאזן של שיקולים כאלה ולשאת באחריות לתוצאות ההחלטה. זהו תפקיד מובהק של הדרג המדיני, בראש ובראשונה של הממשלה. חלוקת התפקידים בין הרשויות השונות במדינה, והערכה נכונה של הסמכות והאחריות של כל רשות, מחייבות שבדרך-כלל בית-המשפט יניח לדרג המדיני למלא את תפקידו, במקרה מעין זה, ללא התערבות של בית-המשפט... אף שבית-המשפט טרח להבהיר את עמדתו בשאלה זאת, פעם אחר פעם, עדיין פונים אליו מפעם לפעם עותרים שמבקשים לגרור אותו להכרעה בעניינים מדיניים מובהקים. אפילו גופים וחוגים המעלים ביקורת על בית-המשפט, שהוא חודר כביכול לתחום המדיני, עד שנראה כי הוא מבקש לנהל את ענייני המדינה, עשויים לפנות אל בית-המשפט בעניינים מדיניים, כשנוח להם לנהל את המאבק בעניין כזה בבית-המשפט יותר מאשר בזירה המדינית. אך בית-המשפט, כשם שהוא מקפיד למלא את תפקידו, ולא להתחמק מהכרעות קשות, בתוך התחום שנועד לו, כך הוא מקפיד גם שלא לחרוג במילוי תפקידו אל מחוץ לתחום זה".

38. סוגיית אישור השתקעות באזור מחמת נישואין, כמו גם הקשר עם הרשות הפלסטינית לצורך אישור הבקשות, היא סוגיה שאינה אך ורק הומניטארית. אמנם, ההיבט ההומניטארי הוא חלק ממנה, אך בנסיבות שנוצרו מאז תחילת העימות המזוין עם הפלסטינים, הוא אינו ההיבט היחיד. בבסיס ההחלטה בדבר שינוי המדיניות לגבי השתקעות באזור עומד שיקול מדיני-ביטחוני.

סוגיה זו טומנת בחובה שאלות לגבי איזונים בין השיקולים המדיניים-ביטחוניים השונים, שיקולים הקשורים ליחסי החוץ של מדינת ישראל ועמידה במגעים מדיניים עם הרשות הפלסטינית, ושיקולים נוספים.

בבג"צ 4481/92 גבריאל ברגיל, מזכ"ל תנועת "שלום עכשיו", נ' ממשלת ישראל פ"ד מז-210 (4), דחה בית המשפט הנכבד עתירה כללית שהוגשה כנגד ההתיישבות האזרחית בשטחים המותזקים. לעניין אופייה המדיני של שאלה זו אמר הנשיא שמגר:

יש שנעשה ניסיון להעביר מחלוקות שהן בעלות גוון מדיני דומיננטי לתוך תחומי בית המשפט. ציינתי שם, כי כשלעצמי אינני סבור שניתן ליצור הלכה למעשה סגירה הרמטית או סינון המונעים מעיקרם גלישתן של מחלוקות בעלות סממנים מדיניים לתוך תחומי ההתדיינות לפני בית המשפט הגבוה לצדק. אמת המידה המיושמת על ידי בית המשפט היא משפטית, אך נושאי המשפט הציבורי טומנים בחובם גם יסודות מדיניים במובניו השונים של מושג זה. השאלה אשר אותה יש להציג במקרה כגון זה היא בדרך כלל, מהו אופייה הדומיננטי של הפלוגתא. כפי שהוסבר, אמת המידה המיושמת על ידי בית המשפט היא משפטית, ועל פיה ייבחן אם הנושא ראוי לדיון בבית המשפט, היינו אם הוא נושא שהוא באופן דומיננטי מדיני או שהוא באופן דומיננטי משפטי. במקרה שלפנינו ברור בעליל שהאופי הדומיננטי של הנושא הוא מדיני, וכך הוא ממשיך להיות מראשיתו ועד עתה.

39. יתרה מזו, המשיבים סבורים כי בנסיבות שנוצרו, ההחלטה אותה מבקשים העותרים היא הפרת ההסכם והמתווה שגובש בו (הגם שדרישה זו מוצגת בכסות של יישום דה-פקטו של ההסכם). החלטה בדבר יישומו של הסכם הביניים, מתכונתו והיקפו של יישום זה היא החלטה מדינית לעילא ולעילא, המצויה בשיקול דעתה הרחב ביותר של הממשלה.

הדברים מקבלים משנה תוקף בעיתוי הנוכחי שבו קיימת רגישות מדינית, מטעמים מובנים.

אף בהקשר הקונקרטי בדבר התערבות במדיניות המשיבים הנוגעת להשתקעות באזור מצא בית המשפט כי אין מקום להתערב, וראו לעניין זה פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"צ 8881/06 גזאונה נ' המפקד הצבאי באיו"ש, (טרם פורסם) כדלקמן:

אין בידינו להיעתר לעתירה. כנודע, אין דרכו של בית משפט זה להתערב במדיניות שנוקטת הממשלה על פי המצב הביטחוני והתפתחות היחסים בין הרשות הפלסטינאית למדינת ישראל, באשר לבקשות החזרת תושבות או בקשות איחוד משפחות הנוגעות לאיזור (בג"ץ 2231/03 עבד רבו נ' מפקד חטיבת בנימין (טרם פורסם) (השופטת פרוקצ'יה)

ובהיבט כללי יותר יפים לעניינו, בהיקש המתאים, גם דבריו של השופט זמיר בבג"צ 6029/99 פולארד נ' ראש הממשלה ושר הבטחון, פ"ד נד(1) 241, בעמוד 248:

"בית המשפט אינו חלק מן המינהל הציבורי ואין הוא נוהג לנהל את ענייני המדינה. התפקיד של בית המשפט מוגבל לביקורת החוקיות של החלטות ומעשים של רשויות המינהל, לרבות הממשלה. אך הסעד המבוקש על ידי העותר מערב את בית המשפט במינהל השוטף. הוא חורג מן התפקיד של בית המשפט, ומן הסעד שבית המשפט נוהג לתת. במיוחד כך בענין הנדון, בגלל מהות הענין. הענין הנדון מצוי בכל הנוגע לפעילות הממשלה המכוונת לשחרור העותר, בתחום מדיניות החוץ של ישראל. הוא מחייב מגעים עם ממשלת ארצות הברית ברמות שונות, לרבות הרמה של ראשי המדינות. בתחום זה, כידוע, שיקול הדעת של הממשלה רחב מאד, ובהתאם לכך הביקורת של בית המשפט מצומצמת מאד."

אף בענייננו, הסעד המבוקש מצוי בתחום מדיניות החוץ של המדינה, מחייב מגעים עם הממשלה הפלסטינית בכלל הרמות, ובעיקרו - מצוי בלב ליבו של שיקול הדעת של הממשלה. על כן, סבורים המשיבים כי אין מקום להתערבות בית משפט נכבד זה בהחלטת מדיניות אשר במהותה היא החלטה בקשר לאופי היחסים עם הרשות הפלסטינית.

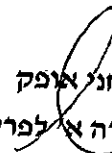
40. בעתירה זו, כמו גם בעשרות העתירות הקשורות אליה, עומדים על הפרק שיקולים לבר-משפטיים - מדיניים וביטחוניים דומיננטיים - שממשלת ישראל רשאית, ומחובתה,

לשקול, לגבי אופן ניהול יחסי החוץ של המדינה וההשפעות ארוכות הטווח שעלולות להיות להחלטת מדיניות בתחום האמור.

41. לאור כל האמור מתבקש בית משפט נכבד זה לדחות את העתירה.
42. העובדות האמורות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של אלוף משנה שלומי מוכתר, ראש מחלקת אגף המבצעים במתאם פעולות צה"ל בשטחים (רמ"ח אג"ס).

היום: ו' תשרי תשס"ח
18 ספטמבר 2007


עוזר לפרקליט המדינה


חני ארפק
סגנית בכירה לפרקליט המדינה