

בג"צ מס' 13/86
בג"צ מס' 58/86
בשג"צ מס' 219/86
בשג"צ מס' 235/86
בשג"צ מס' 239/86

1. עאדל אחמד שאהין
2. סועאד אחמד שאהין

נגד

מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון בג"צ 13/86

1. מחמד חמדאן עבד רבה ארביע
2. רג'אא טאלב עבד רבה ארביע

נגד

ראש המינהל האזרחי באזור רצועת עזה בג"צ 58/86

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[11.1.87, 2.6.86]

לפני הנשיא **מ' שמגר** והשופטים **א' ברק**, **מ' בייסקי**

אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, כ"א 1, עמ' 559, סעיפים 2, 6, 27, 31, 32, 33, 47.

העתירה נסב על החלטת המשיבים לדחות את בקשות העותרים להתיר להם להביא לאזור הממשל הצבאי אשר בו הם מתגוררים (יהודה ושומרון או חבל עזה, לפי העניין) בן-זוג שאינו תושב האזור, כדי שיתגורר עמם שם מגורי קבע. העתירות נתמכו בשתי חוות-דעת שנתנו מומחים למשפט בינלאומי פומבי, לפיהן הסירוב להתיר שהייתן באזור של נשים תושבות חוץ, שנישאו לתושבי האזור, נוגד את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי. לטענת המשיבים, הם אימצו מדיניות של צמצום ניכר במספר הבקשות לאיחוד משפחות, אשר נענים להן, לאחר שהבקשות לאיחוד משפחות שינו את אופיין המקורי והפכו לשאלה סבוכה, שפנים מדיניות וביטחוניות לה - של דרך להגירה המונית אל תוך האזורים.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. (1) תקנות האג משנת 1907 ואמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (אמנת ג'נבה הרביעית), אינן מכילות התייחסות מפורשת כלשהי לעניין איחוד משפחות בכלל ולעניין זכות כניסתם של אזרחי ארץ אחרת לאזור המוחזק בתפיסה לוחמתית.
- (2) איחוד משפחות נחשב תמיד לנושא הומאניטארי חשוב, אך טופל תמיד על יסוד הסדרים

= 198 =

- AD-HOC, שהיו מיוחדים לנסיבותיו של כל מקרה ואשר השתנו לפי הזמן והתנאים הביטחוניים והמדיניים; באף מקרה לא נתגבשו עקרונות כלליים, היוצרים נורמה מנהגית מחייבת וכללית לגבי אזור בתפיסה לוחמתית, ולא נוצרו תקדימים בתחום זה, שהם בגדר ראייה לפראקטיקה כללית המקובלת בתורת דין.
- ב. (1) כדי שהנמקה תיחשב לסבירה, אין היא חייבת בהכרח להיות מופנית אך ורק לנסיבותיו של מקרה אישי-קונקרטי; יכול שדברי ההנמקה יתארו מערכת נסיבות כללית, שהיא בגדר רקע להחלטתה של הרשות במקרה הקונקרטי ואשר מוליכה ליישומה לנסיבות הספציפיות.
- (2) בתנועת אוכלוסין משטח לשטח או ממדינה למדינה, יש לא אחת תופעות כלליות או יסודות חוזרים ונשנים, שאינם ייחודיים למקרה קונקרטי זה או אחר אלא משותפים למקרים דומים, אך בשל כך בלבד אין נשללת מהם התכונה של נתון רלוואנטי ולגיטימי; וזאת כל עוד השיקול נוגע לעניין ואינו זר לו, מיושם נכונה לעובדותיו של המקרה הספציפי ומופעל בגדר סמכויותיה של הרשות שהופקדה על העניין.
- (3) בנסיבות דנן, רשאי היה המשיב בג"צ 13/86 להסיק, כי כאשר תופעה פלונית הופכת להמונית ומקיפה אלפים רבים מדי שנה, אין כלל אפשרות להוסיף וליישם אמות מידה שהן פרסונאליות בלבד, אלא מחובתו, על-פי מהות שיקוליו לפי דיני המלחמה ולאור אופי תפקידו, לתת משקל גם למשמעויות הביטחוניות, המדיניות והכלכליות הכלליות שיש לתופעה ולתוצאותיה.
- (4) בנסיבות דנן, אין אפשרות לבחון זכויות משפטיות שהן זכויות האדם האינדיווידואליות כעולה מסעיפים 27 ו-47

לאמנת ג'נבה הרביעית, בעמדה בגפן ובמנותק מן הרקע הביטחוני, כביטוי בקיום מצב המלחמה והממשל הצבאי.

פסי-דין של בית המשפט העליון שאזכרו:

- [1] [בג"צ 500/72](#) אל-טין נ' שר הבטחון ואח' פ"ד כז(1) 481.
- [2] [בג"צ 209/73](#) עוטר (לאפי) ואח' נ' שר הפנים, פ"ד כח(1) 13.
- [3] [בג"צ 489/76](#) - לא פורסם.
- [4] [בג"צ 802/79](#) סמרה נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לד(4) 1.
- [5] [בג"צ 147/81](#) - לא פורסם.
- [6] [בג"צ 618/85](#), 724, 728 - לא פורסם.
- [7] [בג"צ 263/85](#), 397 (בשג"צ 222/85, 267) עיואד ואח' נ' מפקד המינהל האזרחי, נפת רמאללה ואח', פ"ד מ(2) 281.
- [8] [בג"צ 209/86](#) - לא פורסם.
- [9] [בג"צ 263/86](#) - לא פורסם.
- [10] [ע"ב 2/84](#), 3 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה; אבנרי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225.

פסקי-דין בינלאומיים שאזכרו:

[11] BARCELONA TRACTION [1970] I.C.J.R. 3.

= 199 =

[12] "LAWLESS" CASE [1960-61] E.C.H.R. REPORTS 15.

[13] DENEMARK, NORWAY, SWEDEN AND NETHERLANDS V. GREECE (1968) 11 YEARBOOK OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 690, 730

הערות:

לשיקוליו של ממשל צבאי בדונו בבקשות לאיחוד משפחות ראה: [בג"צ 683/85](#) משתהא נ' המפקד הצבאי לאזור רצועת עזה, פ"ד מ(1) 309.

התנגדות לצו-על-תנאי מיום 6.1.86. העתירות נדחו. הצו-על-תנאי בוטל.

פ' לנגר - בשם העותרים;
ר' יאראק, מנהל מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה - בשם המשיבים.

פסק-דין

הנשיא מ' שמגר: 1. עתירות אלו עניינן איחוד משפחות. המדובר על עותרים המלינים על דחיית בקשותיהם להתיר להם להביא לאזור הממשל הצבאי אשר בו הם מתגוררים (יהודה ושומרון או חבל עזה, לפי העניין) בן-זוג, שאינו תושב האזור, כדי שיתגורר עמם שם מגורי קבע:

(א) [בבג"צ 13/86](#) עתר תושב דהרייה, שביקש להתיר שהיית קבע באזור יהודה ושומרון לעותרת השנייה, שהיא תושבת זרקא, ואשר נישאה לו ביום 15.4.83.

(ב) העותר [בבג"צ 58/86](#) הוא תושב העיר עזה. העותרת השנייה, עברה מבוקש היתר לכניסה לשם ישיבת קבע, היא אשתו, שנישאה לו באוגוסט 1983. היא מחזיקה בדרכון של אבו-דאבי והיא כנראה תושבת מצרים, אך, לטענת העותרים, היא שהתה לאחרונה זמן רב באזור על-פי רשיונות ביקור תקופתיים שחודשו מעת לעת.

לפי תגובת המשיב [בבג"צ 58/86](#), היה בכך כשלעצמו משום מעשה מירמה; ואלו דבריו בתצהיר התשובה:

"א. על פי הנהל הקיים באזור חבל עזה מזה מספר שנים, והידוע יפה לציבור, אין ניתנים רשיונות ביקור באזור לאותו אדם אלא במירווחים של 6 חודשים לפחות בין ביקור לביקור. הטעם לכך הוא שבעבר, טענו אנשים, שהאריכו להם רשיונות ביקור ברצועות - כי בכך אפשרו להם להעתיק את מרכז חייהם אל תוך האיזור, ודרשו כי יכירו בהם כתושבי האיזור. לאחר שגבר הניצול לרעה של רחב הלב של רשיונות המינהל

= 200 =

האזרחי במתן רשיונות ביקור והארכתם - נמצא הצורך לקבוע נוהל של מירווחים של ששה חודשים לפחות בין ביקור לביקור.

ב. כדי לא להכביד יותר מדי על מבקשי רשיונות ביקור מבין האוכלוסיה המקומית - נוהגות רשויות המינהל האזרחי לכבד בדרך כלל את הצהרת מבקש הרשיון, כי האדם שבקש אליו מבוקש הרשיון - אכן עזב את האזור לאחרונה בתאריך הנקוב בבקשה לרשיון (כלומר לפחות 6 חודשים קודם להגשת הבקשה).
דבר זה נעשה במיוחד משום שמיחשוב הרישומים עדיין בחיתוליו, באופן שבדיקה ידנית של נתוני כל בקשה תצריך המתנה של שבועות רבים (אם לא חודשים) על ידי כל מבקש. בפרט כך בקיץ, בעת שמוגשים אלפים רבים של בקשות לרשיונות ביקור באזור.

5. א. כדי לעקוף את הנוהל ותוך ניצול לרעה של אמון הרשויות - הציגו העותרים ביוזעין מצג כוזב כלפי הרשויות באשר למועד ביקורה של העותרת מס' 2 באזור.

ב. אין בידינו העתקים של רשיונות ביקור או בקשות לרשיונות ביקור עבור העותרת משנים קודמות, אלא רק מינואר 1985 בלבד. אולם עצם תאריכי הכניסה והיציאה של העותרת מראים כי השיגה את שלא ניתן כדין למבקרים אחרים, ומכאן שהשיגה זאת לכאורה שלא כדין. ואלה תאריכי כניסותיה לאזור ויציאותיה ממנו:

כניסות יציאות

| | | | | | | | | | | |
|---------|---------|---------|---------|---------|----------|----------|----------|---------|--------|--------|
| 2.10.84 | 29.7.84 | 30.4.84 | 29.4.84 | 31.1.84 | 13.12.83 | 19.10.83 | 19.10.83 | 20.7.83 | | |
| | | | | 3.11.85 | 3.9.85 | 3.9.85 | 3.6.85 | 24.4.85 | 9.2.85 | 2.1.85 |

וכנראה ביום 3.11.85, או מיד בסמוך לכך, היא שוב נכנסה (הרישום הממוחשב טרם עודכן) ושוהה כאן עד עתה (מאז 3.2.86 על פי צו ביניים של בית משפט הנכבד).

ג. עצם היציאה והכניסה בחזרה באותו יום עצמו (כגון 19.10.83; 3.9.85) או מקץ יום (29.4.84 - 30.4.84) מראה בעליל על חוסר תום-לב. לו רצה המינהל האזרחי להאריך לעותרת כדין את האשרה, לצורך מה ולמה

= 201 =

היה דורש כי תצא ומיד תיכנס בחזרה? המינהל האזרחי אינו זקוק לפיקציות כאלה, וביחוד שהן נוגדות את הנהלים, אלא ההערמה על השלטונות היא כאן ברורה".

2. (א) שאלת איחוד המשפחות נדונה בבית-משפט זה במספר לא מועט של החלטות:
[בג"צ 500/72](#) [1]; [בג"צ 209/73](#) [2]; [בג"צ 489/76](#) [3]; [בג"צ 802/79](#) [4];
[בג"צ 147/81](#) [5]; [בג"צ 618/85](#), 724, 728 [6]; [בג"צ 263/85](#), 397 (בשג"צ [222/85](#)), 267 [7]; [בג"צ 209/86](#) [8]; [בג"צ 263/86](#) [9].

הטענה החדשה היחידה שהועלתה בעתירות שלפנינו ביטויה בשתי חוות-דעת בכתב, שהוגשו לנו על-ידי העותרים ואשר עניינן טעמים המעוגנים בכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, החלים, לדעת העותרים, על הסוגיה שלפנינו אך טרם הועלו בעבר, ואשר לאורם הסירוב להתיר שהייתן באזור של נשים תושבות חוץ, שנישאו לתושבי האזור, נוגד את כללי המשפט האמורים. חוות הדעת האחת נערכה על-ידי פרופ' I. BROWNLIE והאחרת על-ידי פרופסור D. SHELTON.

3. פרופ' BROWNLIE הוא מומחה למשפט בינלאומי פומבי, המלמד כיום באוניברסיטת אוקספורד.

חוות הדעת מופנית, לפי כותרתה, לשאלת היישום של אמות המידה הקיימות של המשפט הבינלאומי הפומבי למקרים של הפרדה בין בני-זוג נשואים כתוצאה מהחלטות מינהליות של רשויות ישראליות בשטחים המוחזקים. כנקודת המוצא העובדתית נשענת חוות הדעת על תיאור הפרטים העובדתיים, כפי שהובאו לפני הכותב על-ידי הפרקליטה המלומדת של העותרים. תיאור זה לא הובא לפנינו. מכל מקום, הסיכום העובדתי של פרופ' בראונלי, שנכלל בחוות הדעת, מתייחס למקרים אשר בהם:

(א) הבעל הוא תושב קבע של האזור והאישה היא אזרחית של מדינה אחרת או תושבת ארץ-ישראל שהתגוררה בעבר בשטחים המוחזקים;

(ב) הנישואים נערכו בתוך האזור והם בני-תוקף משפטי;

(ג) האישה קיבלה אישורי ביקור, שתוקפם לזמן מוגבל בלבד, ויכולה להמשיך ולשהות באזור רק על יסוד אישורים אלה. לבסוף סורבה ההארכה או ההוצאה המחודשת של הרשיונות;

(ד) הרשויות של המשיבים לא הסתמכו בסירובם על טעמים שבביטחון או, כדברי הכותב, על "ANY REASON OF SECURITY RELATED TO THE INTEREST OF THE OCCUPYING POWER".

= 202 =

מגמתה של חוות הדעת, כמוצג בה, היא פיתוחה של התיזה, לפיה מחובתה של מדינת ישראל להכיר באופן מלא בנישואים שנערכו בתוך האזור, על-ידי כך שתעניק רשות לשהיית קבע לנשותיהם של תושבי הקבע שנישאו בתוך האזור. גישה אחרת פירושה, לדעת הכותב, כי על הבעל להגר כדי לקיים את הנישואים. אמנם יש במדינות שונות הוראות חוק, לפיהן אין לעקוף איסורי כניסה למדינה על-ידי נישואים לתושב, אך לפי התיזה של פרופסור בראונלי, במקרים שלפנינו המצב הוא שונה, כי האיסור על השהייה של האישה באזור הוא שיטתי ואינו מתבסס על טעמים כלשהם שניתנו, ויהיו אלו סבירים או בלתי סבירים. לפי גישתו של הכותב, יש בכך איסור על שלמות המשפחה (PROHIBITION OF THE UNITY OF FAMILY LIFE), ודבר זה אינו תואם, לדעתו, את הוראותיה של אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה 1949 (אמנת ג'נבה הרביעית). בהקשר זה מקדיש פרופ' בראונלי את החלק הראשון מחוות-דעתו לשאלת תחולתה של האמנה האמורה בשטחים המוחזקים, ומסקנתו היא, כי זו אכן חלה בהם. מכאן הוא נפנה לנוסח של האמנה האמורה ומפנה במיוחד לאמור בסעיף 27 שבה, אשר לפיו:

"PROTECTED PERSONS ARE ENTITLED, IN ALL CIRCUMSTANCES, TO RESPECT FOR THEIR PERSONS, THEIR HONOUR, THEIR FAMILY RIGHTS, THEIR RELIGIOUS CONVICTIONS AND PRACTICES, AND THEIR MANNERS AND CUSTOMS. THEY SHALL AT ALL TIMES BE HUMANELY TREATED, AND SHALL BE PROTECTED ESPECIALLY AGAINST ALL ACTS OF VIOLENCE OR THREATS THEREOF AND AGAINST INSULTS AND PUBLIC CURIOSITY".

הוא גם מפנה לסעיפים 31, 32 ו-33, האוסרים, בין היתר, נקיטת אמצעי כפייה, הפחדה וברוטאליות, ולדעתו יש לראות הפרדה, הנכפית על בעל ואשתו, כמעשים בעלי אופי כאמור.

יתרה מזאת, לדעת הכותב, מקובל על הרוב המכריע של המדינות, כי העקרונות הבסיסיים של זכויות האדם הם חלק מן המשפט הבינלאומי הפומבי, המנהגי או הכללי. בהקשר זה מביא הכותב קטע מפסק-דינו של בית הדין הבינלאומי בפרשת 32 BARCELONA TRACTION (1970) [11], AT לפיו כוללות החובות לפי המשפט הבינלאומי -

"...THE PRINCIPLES AND RULES CONCERNING THE BASIC RIGHTS OF THE HUMAN PERSON, INCLUDING PROTECTION FROM SLAVERY AND RACIAL DISCRIMINATION".

מכאן עולה המסקנה הבאה, והיא, כי הפרעה לקיום חיי המשפחה ללא טעם מוצדק היא בגדר הפרה של נורמה של זכויות האדם. בהקשר זה הוא מפנה להמלצתה של

= 203 =

עצרת האו"ם, שהופנתה בשנת 1948 לברית-המועצות, ואשר בה נתבקשה זו האחרונה להתיר את יציאתן מברית-המועצות של נשים רוסיות, שנישאו בשעתן לדיפלומטים זרים.

כן מפנה הכותב ל-FINAL ACT OF THE HELSINKI CONFERENCE (1975), הדין, בין היתר, באיחוד מחדש של משפחות ובנישואים בין בני ארצות שונות; הוא מאזכר גם דבריהם של גורמים מדיניים ייצוגיים של ממשלת ארצות-הברית בקשר לפרשנות של החלטותיה של ועידת הלסינקי והבעות הדעה של הוועדה לזכויות האדם בפרשת נשות מאוריציס וההסכם בין ארצות-הברית לברית-המועצות, עליו הודע לדבריו ברבים ביום 25.7.86, ואשר לפיו הוסכם לבסוף על פתרון של 36 מקרים של משפחות מופרדות על-ידי מתן היתר הגירה מברית-המועצות ל-117 אזרחים של ברית-המועצות.

4. חוות הדעת השניה אשר הוגשה לנו נערכה, כאמור, על-ידי פרופ' SHELTON מאוניברסיטת סנטה-קלרה בקליפורניה. הכותבת מציינת בחוות-דעתה, כי בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי הפומבי מוקנית לכל אדם הזכות לחופש התנועה ולחופש התושבות בתוך גבולותיה של כל מדינה והזכות לעזוב את המדינה ולשוב לארצו. לעניין זה מפנה הכותבת לסימן 13 של ההצהרה האוניברסלית על זכויות האדם.

לדבריה, ההגנה על זכות הכניסה למדינה היא גם כן בין הזכויות טעונות ההגנה, והיא הזכרה, למשל, לטענת הכותבת,

בקשר לגלות שלא מרצון, שהופעלה כאמצעי ענישה בצ'ילה. הזכות לחופש התנועה, אשר בה כוללת הכותבת, ככל העולה מדבריה, גם את זכות הכניסה לכל מדינה, מצאה, לדעתה, את ביטוייה במסמכים המשפטיים הבאים, שהם: האמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ומדיניות; הפרוטוקול הרביעי של האמנה האירופית לזכויות האדם והאמנה האמריקנית על זכויות האדם.

מוכרות ומוגנות עוד יותר, כדבריה, הן זכויות המשפחה (RIGHTS FAMILY). תקנה 46 לתקנות האג משנת 1907 קובעת:

"FAMILY HONOUR AND RIGHTS, THE LIVES OF PERSONS, AND PRIVATE PROPERTY, AS WELL AS RELIGIOUS CONVICTIONS AND PRACTICE, MUST BE RESPECTED. PRIVATE PROPERTY CAN NOT BE CONFISCATED".

הוראות ברוח דומה כלולות בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית ובסעיף 12 להצהרה האוניברסלית על זכויות האדם. מכאן נובעת, לדעתה, החובה להתיר כניסתה לאזור של אשתו של תושב השטח המוחזק, אף כאשר היא תושבת ארץ אחרת.

פרופ' SHELTON מפנה גם לסעיף 6 להצהרת האו"ם על זכויות הילד משנת 1959

= 204 =

מוסיפה ומזכירה, כי המקרה הראשון, בו דנו האומות המאוחדות ב-1948 בהפרת זכויות האדם, היה עניין סירובה הנ"ל של ברית המועצות להתיר לנשים סובייטיות להצטרף אל בעליהן בחו"ל. היא מצטטת את החלטת הוועדה הכלכלית והחברתית של האו"ם, שהביעה את צערה על כך שברית-המועצות נקטה אמצעים חקיקתיים ומינהליים, באמצעותם נמנעה מאישה הזכות לעזוב את ארץ המוצא שלה כדי לגור עם בעלה בארץ אחרת. היא מזכירה את דברי נציג בריטניה בדיון הנ"ל, כי בזמן שמדינה רשאית לקיים פיקוח על התנועה דרך גבולותיה, הרי סירוב ברית-המועצות להתיר לנשים לעזוב את ברית-המועצות, כמתואר, עולה כדי שימוש לרעה בזכות הפיקוח הנ"ל ומהווה הפרה בוטה של זכויות היסוד האנושיות. מעשה כאמור פירושו הרס הנישואין ואינו הולם מדינה בת-תרבות.

לדברי הכותבת, אכן נכון הוא, כי בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי זכאית מדינה, על יסוד ריבונותה, לפקח על כניסתם אליה ועל שהייתם בה של זרים. אולם זכות זו אסור להשתמש בה לרעה, ויש לאזן, לדעתה, בינה לבי זכותו של הפרט להתחתן ולייסד משפחה.

מספר מהחלטותיהם של הוועדה האירופית לזכויות האדם ושל בית הדין האירופי לזכויות האדם מצביעות, לדעתה, על כך, כי יש נסיבות, בהן איסור כניסה או גירוש יהוו הפרה של הזכות להתחתן ולייסד משפחה. היא מזכירה מקרה של צו גירוש, שניתן ברפובליקה הפדרלית הגרמנית לגבי אזרח ותושב של סוריה, שהיה נשוי לאישה גרמניה ואב לשני ילדים. הוועדה האירופית הנ"ל קבעה לגביו, כי גירושו מגרמניה יוכל להוליך להפרדה מתמשכת בינו לבין אשתו וילדיו, וכי יש לראות בכך הפרעה מהותית לחיי המשפחה של הנ"ל.

כסיכום היא כותבת:

"THE RIGHT TO MARRY AND FOUND A FAMILY IS GENERALLY RECOGNIZED IN INTERNATIONAL LAW AND HAS BEEN APPLIED TO REQUIRE PERMITTED RESIDENCE IN A STATE OF WHICH AN INDIVIDUAL MAY NOT BE A NATIONAL. DENIAL OF FAMILY UNIFICATION AMOUNTS TO AN ABUSE OF RIGHT IN SUCH SITUATIONS".

5. המסקנה, עליה משתייכים כותבי חוות הדעת המלומדים את דבריהם, היא, כי בסוגיה, אשר אליה אנו מתייחסים כאן, נתגבשו כללים מחייבים של המשפט הבינלאומי הפומבי. לדעתו של פרופ' בראונלי, נשלט הנושא על-ידי הוראותיה של אמנת ג'נבה הרביעית וכן, ובנוסף לכך, על-ידי אמות המידה המקובלות של זכויות האדם, המהוות חלק מן המשפט הבינלאומי הפומבי החלים על העניין, ללא קשר לשאלה, שהמדובר

= 205 =

בשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית (BELLIGERENT OCCUPATION). לשון אחר, הכותב מבקש לעגן את התיזה שלו במקורות המשפט הבינלאומי הפומבי לסוגיהם, כמנינם, למשל, בסעיף 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי, ובהתאם לאלה גם צריכה חוות הדעת להיבדק על-ידינו. משמעות הדברים היא, כי לצורך ענייננו יש לבחון את הנושא בעיקר לפי שלושה מקורות והם - לפי ההסכמים הבינלאומיים החלים על העניין ואשר מגבשים משפט מנהגי, לפי המנהג הבינלאומי כראיה לפראקטיקה כללית המקובלת בתורת דין (ללא ביטוי מפורש בהסכם בינלאומי) ולפי עקרונות המשפט הכלליים המוכרים על-ידי האומות בנות התרבות. עד כאן חוות הדעת הראשונה. פרופ' שלטון לא הציעה סיווג שיטתי של

הבסיס הנורמטיבי של השקפתה. בסיכום דבריה היא גורסת, כמצוטט לעיל, כי הזכות להינשא ולייסד משפחה מוכרת ככלל בין כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, וזכות זו יושמה על-ידיה כדי לבסס עליה את הדרישה להענקת זכות ישיבה במדינה, אף כאשר הפרט המבקש זאת אינו אזרח שלה. סיחוב להתיר איחוד משפחות עולה, לדעתה, כדי פגיעה בזכות בנסיבות כגון אלה.

פרופ' שלטון כמעט שאיננה מנסה להתמודד עם השאלה המשפטית - שהיא בעלת המשקל המכריע בנסיבות אלה - איך משפיעה על התיזה שלה העובדה, שהמדובר בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית. הביטוי לכך הוא, שהיא מתמקדת בניית העיוני שלה אך ורק בהנחות ובדוגמאות הלקוחות ממישור היחסים הבינלאומיים בתנאי שלום, השונים מאלו השוררים באזור הרלוואנטי, ואשר, כמובן, אינם כרוכים בבעייתיות הנובעת מקיומה של תפיסה לוחמתית ומאופי היחסים שבין המדינות אשר בהן המדובר.

עם זאת, אני סבור, כי החסר בחוות-דעת זו או אחרת פוטר את בית המשפט מן ההתייחסות לבעיות במלוא היקפן.

6. חוות הדעת של פרופ' בראונלי מעוגנת בתיזה, כי התרת השהייה הקבועה בשטח מתחייבת מאמנת ג'נבה הרביעית, ועל-כן מן הראוי שנתחיל בדיקה זו לאור טענה זו.

פרופ' בראונלי קובע, כהנחת יסוד, כי מחובתן של רשויות השלטון הישראליות לתת מלוא ההכרה והתוקף לנישואים שנערכו בשטחים המוחזקים. אם מפרקים דבריו בנקודה זו למרכיבים, הרי נוכחים לדעת, שיש לחלק את התיזה שלו בקטע הזה של חוות הדעת לשלושה יסודות: ראשית, החובה להכיר בתוקף הנישואין. שנית, הפועל היוצא מן ההכרה האמורה, שביטוי, לדבריו, בכך שמוקנית לתושב הקבוע, שהוא צד לנישואים האמורים, זכות להנאה מחיי משפחה סדירים (NORMAL FAMILY RIGHTS ... TO ENJOY). שלישית, הזכות לחיי משפחה נורמאליים כוללת, בין היתר, גם את קבלת ההיתר לשהייה ולמגורי הקבע ביהודה ושומרון או עזה, לפי העניין, של אישה שהיא כיום תושבת החוץ.

= 206 =

הוא אינו מעלם מכך, שיש מדינות האוסרות, לפי דיניהן, את כניסתם של יחידים שהם נוכרים, וכי שם אין בכוח הנישואים בלבד כדי לעקוף איסור זה. אולם, לטענתו, במקרה כגון זה שלפנינו אין להישען על איסור כללי מכוח הדין, כי הסירוב כאן הוא, לדבריו, שיטתי ואינו מעוגן בנימוקים ענייניים כלשהם.

הנחות אלו צריכות להיבחן, ראשית כול, לאור האמור באמנת ג'נבה הרביעית. יובהר כבר עתה, כי הפירוק של התיזה של פרופ' בראונלי לגורמיה הוקדם להצגת הוראותיה של האמנה, כי כריכה גורפת של כל המרכיבים גם יחד עלול להיות בה כדי להטעות ואף כדי למנוע את מדידתם של הטיעונים הנורמטיביים לפי הקביעות שבאמנה. כך ניתן, למשל, לקבל, שהאמנה מגינה על חיי המשפחה ועל תוקפם של הנישואים, כאמור במרכיב הראשון של התיזה; אולם יש עדיין לבדוק, מה האמנה קובעת, אם בכלל, בנושא של התרת כניסת קבע של בן-זוג שהוא נוכרי, אזרח ותושב של ארץ אויב, לשטח המוחזק, ואם יש התייחסות כלשהי לסוגיה ספציפית זו. אשר לכך, הרי אין אלא להסיק מתוך העיון באמנה, שאין בה התייחסות לנושא האמור של התרת כניסתו לשטח של בן הזוג, שהוא תושב ארץ אויב ואינו תושב השטח המוחזק.

פרופ' בראונלי, ככל הנראה, ער לכך, וניתן להסיק מחוות הדעת, כי הוא מבקש ללמוד על קיומה של זכות כניסה לשטח, על-אף אי-איזכורה באמנה, בתור מעין פועל יוצא מהוראות אחרות שבאמנה. לשון אחר, הטענה היא, למעשה, כי קיומה של זכות הכניסה נוצר כתולדה נגזרת מתוך הוראות אחרות שבאמנה. דא עקא, התיזה בדבר קיומה של זכות הכניסה של נוכרי אינה מוכרת כיום עדיין במשפט הבינלאומי בגדר עיקרון תקף ומחייב, החל בנסיבות כגון אלה שלפנינו, כי ככל שהתיזה מתייחסת לשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית, היא אינה אלא בגדר מחשבה חדשה של הכותב, שאינה מעוגנת באמנה (כפי שראינו) או במנהג שהוא ראיה לפראקטיקה כללית המקובלת בתורת דין ואינה עולה מתוך עיקרון כללי של המשפט המוכר על-ידי האומות בנות התרבות.

7. בראשית דבריו נפנה פרופ' בראונלי בהרחבה לשאלה, אם אמנת ג'נבה הרביעית חלה על יהודה ושומרון וחבל עזה.

אינני סבור, כי יש מקום שנדון במסגרת פסק-דין זה, בפרוטורוט, בטיעונו בנקודה זו של הכותב הנכבד, כי לצורך ההכרעה בסוגיה שלפנינו איני רואה צורך בכך. כמקובל עלינו, ולפי הודעותיה של הפרקליטות, נבחנת הבעיה שלפנינו על יסוד ההנחה, שישראל מכבדת את הכללים ההומאניטאריים שבדיני המלחמה ואינה נתלית בשאלת התחולה של האמנה הרביעית. אגב, התיזה הישראלית הרשמית בנושא זה נדונה

M. SHAMGAR, ב-

"LEGAL CONCEPTS AND PROBLEMS OF THE ISRAELI MILITARY GOVERNMENT - THE INITIAL STAGE" MILITARY GOVERNMENT IN THE TERRITORIES

= 207 =

13, ADMINISTERED BY ISRAEL 1967-1980 (JERUSALEM, ED. BY M. SHAMGAR, 1982) ואיני רואה
לשוב ולהציגה כאן. ההנמקה של פרופ' בראונלי דוחה את ההשקפה המשפטית הפרשנית, המוצגת במאמר הנ"ל, בשל שני
נימוקים: בשל כך שהיא, כדבריו, "מלאכותית מאוד", וכן בשל כך שהיא נדחתה על-ידי הצבעת העצרת הכללית ועל-ידי
ממשלות שונות. אולם בהמשך דבריו נפנה הכותב גם לטענה שאמנת ג'נבה הרביעית לא הייתה בגדר קודיפיקציה מלאה
של דיני המלחמה, וכי יש נושאים רבים בתחום זה, הממשיכים להישלט על-ידי דיני המלחמה המקובלים. כמשתמע, יש
ללמוד מכך, לדעת הכותב, מדוע אין באמנה האמורה התייחסות מפורשת לנושאים בהם אנו דנים כאן.

אין לפנינו מי שחולק על ישימותם, לאור האמור לעיל, של דיני המלחמה המקובלים, אך בכך בלבד אין כדי לסייע בפתרונה
של השאלה, העולה מנוסחו של סעיף 2 לאמנת ג'נבה הרביעית, והיא, אם לצורכי האמנה האמורה רואים שטח שנכבש
כשטח
של צד לאמנה (TERRITORY OF A HIGH CONTRACTING PARTY).

פרופ' בראונלי מבקש, לחלופין, כי סעיף 2 לאמנת ג'נבה הרביעית ייקרא יחד ובשילוב עם תקנה 42 לתקנות האג. תקנה
42 ותקנה 43 לתקנות האג אכן מקובלות ככללי משפט בינלאומי מנהגי המיושמים בשטחים האמורים, אך קשה לגלות, איך
שתי תקנות אלו מביאות להחלתו על שטח כלשהו של אמנת ג'נבה הרביעית, ומה גם שהיא, אליבא דכולי עלמא, רק בחלקה
משום קודיפיקציה של דיני המלחמה המנהגיים ומכילה יסודות שהם הסכמיים בלבד. מכל מקום, הכותב הנכבד סתם ולא
פירש - והנני חושש, כי כאן עורבב מין בשאינו מינו, שהרי ברור כי לטענה בדבר קיומה ותחולתה של תקנה 42 לתקנות האג
(ואוסוף מצדי - אף של תקנה 43), אין רלוואנטיות כלשהי לסוגיה, אותה ראה הכותב להעלות, והיא שאלת התחולה של
אמנת ג'נבה הרביעית על יהודה ושומרון כדי ללמוד ממנה על קיומה של חובה, כביכול, להתיר כניסתן של נשים כדוגמת
העותרות הנ"ל.

נימוק שלישי בפיו של פרופ' בראונלי, והוא, כי הפראקטיקה של המדינות מצביעה על כך, שהמושג של תפיסה לוחמתית
נתפרש באופן מרחיב. כהדגמה לתיזה הזאת מוסיף ואומר הכותב:

"IN THE ARMED CONFLICT KNOWN AS THE 'FALKLANDS WAR' BETWEEN
ARGENTINA AND THE U.K., BOTH SIDES ACCEPTED THE APPLICABILITY OF
THE LAWS OF WAR, ALTHOUGH TITLE TO THE ISLANDS WAS THE CAUSE OF
THE CONFLICT".

חוששני, כי הפראקטיקה של המדינות, עליה מבקש פרופ' בראונלי להישען, מורה

= 208 =

בכיוון הפוך דווקא. בסכסוכים מזוינים אומצו אמנם דיני המלחמה ביבשה, ככל שהדבר מתייחס לכללי ההתנהגות בשדה
הקרב, אך הוא הרי מדבר על ה-

CONCEPT OF BELLIGERENT OCCUPATION, ולו דייק בבדיקתו המוקדמת, היה נוכח לדעת, שהמדינות אינן
מגלות נטייה, כפי שהוא מייחס להן אותה, לראות שטח שעבר לידיהן כאזור הנתון לתפיסה לוחמתית; הדוגמאות לכך הן
רבות מאוד, ומטעמים מובנים לא אפרטן. לא הייתי מתייחס גם לדוגמה הבאה, לולא ראה פרופ' בראונלי להעלותה בחוות-
דעתו כהדגמה לתיזה שלו. מכל מקום, חוששני שהדוגמה שהובאה בחוות הדעת מצביעה על היפוכה של התיזה המוצגת
על-ידי: הוא כותב, כמצוטט לעיל, כי

בסכסוך המזוין באיי פלקלנד-מלבינס (FALKLAND ISLANDS - ISLAS MALVINAS) קיבלו שני הצדדים הלוחמים את
ישימותם של דיני המלחמה. קשה להבין מה הרבותא בכך; וכי בסכסוך בין ישראל לשכנותיה לא אומצו ולא יושמו דיני
המלחמה? אולם השאלה אינה איך נהגו הלוחמים בשדה הקרב או במערכות הים, אלא אם האיים האמורים, שנכבשו על-ידי
ארגנטינה על יסוד תביעתה לריבונות בהם ואשר נכבשו לאחר מכן על-ידי הצבא הבריטי מידי ארגנטינה, עדיין מנוהלים כיום
על-ידי ממשלת בריטניה כשטח
הנתון ל- BELLIGERENT OCCUPATION.

הכותב מוסיף וטוען, כי אין ראייה לכך שהמשלחות, שניסחו את אמנת ג'נבה הרביעית, נתכוונו להעניק לסעיף 2 שבה
פרשנות מצמצמת. חוששני, שזאת טענה העוקפת את הנושא שבמחלוקת, ואיני רואה, לצערי, במה יכולה טענה זו להועיל
לנו בהקשר שלפנינו, היינו, כאשר מבקשים ללמוד על היקפה של התחולה בראש ובראשונה מנוסח האמנה. אף אם מוכנים
לצאת מן ההנחה מרחיקת הלכת, שאכן הייתה כוונה של הרחבה כאמור, עדיין נותרת השאלה, אם ניתן ביטוי מספיק לכוונה
זו בנוסח האמנה.

המסקנה המסכמת של הכותב, לפיה יש לראות באמנה חוזה שבתוקף
(A TREATY IN FORCE), מקובלת עלי, שהרי אין מחלוקת על כך, כי האמנה בתוקף גם ביחס לישראל כמדינה
שאישררה אותה, אלא רק על כך, אם היא חלה בשטח המסוים אשר אליו מתייחסות העתירות שלפנינו.

8. עד כאן באשר לשאלת התחולה הפורמאלית של האמנה. מאכן מן הנכון לעבור לשאלה הנפרדת, והיא, מה ניתן ללמוד
לצורך העניין שלפנינו מדיני המלחמה ביבשה כביטויים בתקנות האג, בדיני המלחמה המנהגיים או בהוראות ההומאניטריות

של אמנת ג'נבה הרביעית, אשר אותן נכונה ישראל לקיים הלכה למעשה.

9. תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית אינן מכילות התייחסות מפורשת כלשהי לעניין איחוד המשפחות בכלל ולעניין זכות כניסתם של אזרחי ארץ אחרת לאזור המוחזק בתפיסה לוחמתית. לו ביקשה מדינה המחזיקה בשטח כלשהו בתפיסה לוחמתית לנהוג לפי לשון ורוחן של שתי האמנות הנ"ל, לא הייתה כלל חייבת להתיר כניסתם

= 209 =

לאזור של מבקר או תייר בכלל ושל אדם המחפש באזור בן-זוג בפרט. אין גם חובה, שביטוייה בנוסחן הכתוב של האמנות, להתיר לתושבי יציאה מאזור הממשל הצבאי לצורך עבודה, ביקור, נישואים או הצטרפות לבן-זוג; על אחת כמה וכמה, כאשר המדובר ביציאה מאזורים ובכניסה לאזורים, שעליהם חולש מי שמכיר על קיומו של מצב מלחמה עם המדינה האחרת לממשל הצבאי. הפראקטיקה המקובלת בעבר ובהווה מלמדת, כי בעת שקיים מצב מלחמה מחמירים, בדרך כלל, מאוד בכל הנוגע לחופש התנועה, והרבה מעל למידה הנוהגת ביהודה ושומרון ובחבל עזה, אשר אליהם הותרה כניסת רבים בין כתיירים ובין במסגרת איחוד המשפחות. לא למותר להזכיר, כי לגבי יציאה מתוך אזורים שבשליטת האויב וכניסה לשטח הנתון לשליטת הצד הלוחם השני אף לבשה הגישה המחמירה, בעבר, לא אחת, לבוש בלתי הומאניטארי לחלוטין, וזאת כאשר בעת מלחמת העולם השנייה מנעו איחוד משפחות או כניסה לארץ אחרת בעקבות בריחה משטח האויב, למרות שבני האדם, שביקשו לברוח כמתואר, היו צפויים למוות ודאי, אם לא ימצא להם מקום שנכון לקלטם.

תופעות אלו מוזכרות על-ידי לא מן ההיבט ההומאניטארי 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, קיימת לפי האמנות חובה לכבד זכויות משפחה ולהשיט הגנה מיוחדת לנשים ואמנת ג'נבה הרביעית אף מביאה שורה ארוכה של הוראות להבטחת מזון וטיפול רפואי ולהעברת מידע משטח ממשל צבאי, ואף על דבר זכותו של מוגן נוכרי לעזוב את שטחה של מדינה אשר הפכה לצד לסכסוך מזוין, אך בכל אלה אין איזכור ולו ברמז של כללים, המתייחסים לנושא כגון זה שלפנינו. יתרה מזאת, גם כאשר אמנת ג'נבה הרביעית דנה בסעיף 27 שבה בהגנה על זכויות המשפחה ועל הכבוד לאישה, ראו להוסיף, כי -

"HOWEVER, THE PARTIES TO THE CONFLICT MAY TAKE SUCH MEASURES OF CONTROL AND SECURITY IN REGARD TO PROTECTED PERSONS AS MAY BE NECESSARY AS A RESULT OF THE WAR".

לעניין תחולתו של סעיף 27 בשלב התפיסה הלוחמתית יש גם לפנות לסעיף 6 מאמנת ג'נבה הרביעית.

העדרה של התייחסות כללית באמנות הנ"ל לנושא של איחוד משפחות אין בו כדי להפגיע, כי איחוד המשפחות תמיד נחשב לנושא הומאניטארי חשוב, אך טופל מיד על יסוד הסדרים AD-HOC, שהיו מיוחדים לנסיבותיו של כל מקרה ואשר השתנו לפי הזמן והתנאים הביטחוניים והמדיניים. כל שתואר וסופר בחוות הדעת אינו יכול

= 210 =

אלא לחזק מסקנה זו, בין אם הוא מתאר עניינן של הנשים הרוסיות של תושבי ארצות-הברית ובין אם מתייחסים אל פרשת נשות מאוריציסו. המדובר אינו ביישום של כלל מחייב מדיני המלחמה אלא בנסיבות בהן ניתנו בעבר המלצות והועלו דרישות על יסוד נתוני הרקע ההומאניטאריים ונערכו לבסוף הסדרים ספציפיים לגבי קבוצה מוגדרת.

יתרה מזאת, הדוגמאות שהובאו על-ידי פרופ' 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, ולא נוצרו תקדימים בתחום זה, שהם בגדר ראייה לפראקטיקה כללית המקובלת בתורת דין.

10. מסקנה דומה עולה בעקבות הבחינה של המסמכים הבינלאומיים, המשקפים במישור את העקרונות של המשפט ההומאניטארי. איני נכנס בשלב זה לשאלת תחולתם של החיובים, העולים מן ההסכמים וההצהרות לסוגיהם שיאזכרו בהמשך הדברים, כי נושא זה לא עלה בטעונו שלפנינו. לצורך העניין הקונקרטי המסור לידנו עתה הנני יוצא מתוך ההנחה, שניתן להתייחס אל תוכנם של המסמכים המשפטיים האמורים כאל מסמכים רלוואנטיים.

ההכרזה האוניברסאלית על זכויות האדם - UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS, 1948)
לעניין הגירסאות בדבר כוחה המשפטי המחייב ראה
P. SIEGHART, THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS (OXFORD, 1983)

I. BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (OXFORD ;53, 5723 (RD ED., 1979)) - דנה בסעיף 13 שבה בחופש התנועה ומאזכרת שלושה תחומים: חופש התנועה והמגורים בתוככי גבולותיה של כל מדינה, הזכות לעזוב כל מדינה כולל ארצו של העוזב והזכות של אדם לשוב לארצו. הנושא שלפנינו אינו מוזכר בהכרזה.

ההכרזה האמריקנית על זכויות וחובות האדם (THE AMERICAN DECLARATION OF THE RIGHTS AND DUTIES OF MAN, 1948) מציינת:

"VIII. EVERY PERSON HAS THE RIGHT TO FIX HIS RESIDENCE WITHIN THE TERRITORY OF THE STATE OF WHICH HE IS A NATIONAL, TO MOVE ABOUT FREELY WITHIN SUCH TERRITORY AND NOT TO LEAVE IT EXCEPT BY HIS OWN WILL".

אף כאן אין איפוא התייחסות לנושא שלנו או לנושא קרוב לשלנו.

האמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ומדיניות (INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS, 1966) קובעת בסעיפים 12 ו-13 שבה כדברים האלה:

= 211 =

"EVERYONE LAWFULLY WITHIN THE TERRITORY OF A STATE .1 .12 SHALL, WITHIN THAT TERRITORY, HAVE THE RIGHT TO LIBERTY OF MOVEMENT AND FREEDOM TO CHOOSE HIS RESIDENCE.

EVERYONE SHALL BE FREE TO LEAVE ANY COUNTRY, INCLUDING HIS .2 OWN.

THE ABOVE-MENTIONED RIGHTS SHALL NOT BE SUBJECT TO ANY .3 RESTRICTIONS EXCEPT THOSE WHICH ARE PROVIDED BY LAW, ARE NECESSARY TO PROTECT NATIONAL SECURITY, PUBLIC ORDER (ORDER PUBLIC), PUBLIC HEALTH OR MORALS OR THE RIGHTS AND FREEDOMS OF OTHERS, AND ARE CONSISTENT WITH THE OTHER RIGHTS RECOGNIZED IN THE PRESENT COVENANT.

NO ONE SHALL BE ARBITRARILY DEPRIVED OF THE RIGHT TO ENTER .4 HIS OWN COUNTRY.

AN ALIEN LAWFULLY IN THE TERRITORY OF A STATE PARTY TO THE .13 PRESENT COVENANT MAY BE EXPELLED THEREFROM ONLY IN PURSUANCE OF A DECISION REACHED IN ACCORDANCE WITH LAW AND SHALL, EXCEPT WHERE COMPELLING REASONS OF NATIONAL SECURITY OTHERWISE REQUIRE, BE ALLOWED TO SUBMIT THE REASONS AGAINST HIS EXPULSION AND TO HAVE HIS CASE REVIEWED BY, AND BE REPRESENTED FOR THE PURPOSE BEFORE, THE COMPETENT AUTHORITY OR A PERSON OR PERSONS ESPECIALLY DESIGNATED BY THE COMPETENT AUTHORITY".

אף כאן המדובר על חופש התנועה בתוך גבולות המדינה, על החירות לעזוב מדינה כלשהי, על קיום זכות השיבה ועל הגנה מפני גירוש שרירותי של נוכרים, אשר חייבים להבטיח להם קיום הליכים בפני "רשות מוסמכת" בהשגות ובערעורים המוגשים על-ידיהם. אין באמנה כדי להבטיח קיום הליכים משפטיים מלאים בפני ערכאה שיפוטית, כפי שהדבר אפשרי על-פי הפראקטיקה הנוהגת בישראל זה שנים לגבי תושבי השטחים המוחזקים על יסוד הפסיקה של בית-משפט זה.

פנייה לפרוטוקול הרביעי של מגילת הזכויות האירופית על זכויות האדם וחירויות יסוד משנת 1950 (סעיפים 2 ו-3) ולמגילה האירופאית החברתית משנת 1961 (סעיפים 1, 18 ו-19) אין בהם כדי להוסיף לאמור לעיל, כי המגמה זהה ואף הניסוח דומה, והוא הדין באמנה האמריקנית על זכויות אדם משנת 1969 (ראה סעיף 22) ובמגילת הזכויות האפריקנית על זכויות אדם משנת 1981 (ראה סעיף 12).

= 212 =

אם לא די בכך, מעניין לעיין בפרשנותו של SIEGHART, SUPRA, AT 179, המתייחס בעקיפין לסוגיה שלפנינו בהבחינו בין זכות התנועה בתוך מדינה וקביעת מקום מושב בה והחירות לעזוב מדינה מחד גיסא, לבין הזכות להיכנס לתחומיה של מדינה מאידך גיסא. ואלו דבריו לעניין זה:

"THE FOURTH FREEDOM - TO ENTER (OR, IN THE CASE OF UDHR, RETURN TO) A STATE - DIFFERS PROFOUNDLY FROM THE FIRST THREE, IN THAT IT IS CONFINED THROUGHOUT TO NATIONALS OF THE STATE CONCERNED. NOWHERE IN ANY INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATY HAS ANY STATE ACCEPTED ANY EXPRESS OBLIGATION TO ALLOW ALIENS TO ENTER ITS TERRITORY. BUT FOR NATIONALS, THE FREEDOM TO ENTER IS ABSOLUTE AND NOT SUBJECT TO ANY RESTRICTIONS - EXCEPT THAT ICPR 12(4) ALONE REQUIRES THAT THEY SHOULD NOT BE 'ARBITRARILY' DEPRIVED OF IT, AND THAT [AFR] UNIQUELY SUBJECTS IT TO THE SAME EXCEPTIONS AS THE FREEDOM TO LEAVE. (ADRD VIII OMITTS IT ALTOGETHER)".

ההוראות הרלוואנטיות בעניין הזכות לנישואים ובעניין זכויות המשפחה (ההצהרה האוניברסאלית הנ"ל, סעיף 16; ההצהרה האמריקנית הנ"ל, סעיף VI; האמנה הבינלאומית בעניין זכויות אזרחיות ומדיניות, סעיף 23, ועוד) אינן מתייחסות לנושא שלפנינו.

זאת ועוד, כל האמור לעיל אינו משקף עדיין באופן מלא את הסייגים החלים לפי האמנות וההצהרות בתנאי חירום לאומיים.

כך קובעת האמנה הבינלאומית בעניין זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966:

"IN TIME OF PUBLIC EMERGENCY WHICH THREATENS THE LIFE OF 1.4 THE NATION AND THE EXISTENCE OF WHICH IS OFFICIALLY PROCLAIMED, THE STATE PARTIES TO THE PRESENT COVENANT MAY TAKE MEASURES DEROGATING FROM THEIR OBLIGATIONS UNDER THE PRESENT COVENANT TO THE EXTENT STRICTLY REQUIRED BY THE EXIGENCIES OF THE SITUATION, PROVIDED THAT SUCH MEASURES ARE NOT INCONSISTENT WITH THEIR OTHER OBLIGATIONS UNDER INTERNATIONAL LAW AND DO NOT INVOLVE DISCRIMINATION SOLELY ON THE GROUND OF RACE, COLOUR, SEX, LANGUAGE, RELIGION OR SOCIAL ORIGIN".

אין, כמובן, חשיבות בניתוח מפורט של הנסיבות שתוארו כאן, כי לא מצאנו באמנה

= 213 =

הוראה, שיהיה בה חיוב בנושא בו אנו דנים כאן ואשר לגביו יש ליישם את הסייג שתואר בסעיף 4 הנ"ל.

האמנות האחרות מכילות הוראות דומות. האמנה האירופאית משנת 1950 מתייחסת בסעיף 15 לזמן מלחמה או למצב חירום ציבורי אחר, המסכן קיומה של מדינה (ראה גם (BROWNLIE, SUPRA, AT 574).

נוסח דומה נקט בסעיף 30 למגילת הזכויות האירופאית בענייני חברה משנת 1961 ובסעיף 1)27 של האמנה האמריקנית.

אמנם, נוהגים בפרשנות מצמצמת ומגבילה לגבי משמעותו של הביטוי "מצב חירום ציבורי" (ראה פסק הדין בעניין [12] (1960-61) "LAWLESS", שניתן על-ידי בית הדין האירופאי לזכויות אדם, ו-DENMARK, NORWAY, [13] (1968) SWEDEN AND NETHERLANDS V. GREECE). אולם, אף לכך אין משמעות במסגרת מערכת הנתונים המשפטית בה אנו דנים כאן, שהרי רק ביקשנו להצביע על כך, שהאמנות והמגילות נותנות דעתן העקרונית למצבי חירום.

מבחינה מהותית, אין בחוות הדעת שלפנינו תימוכין להשקפה, כי הרשויות נהגו כאן באופן הנוגד את מלותיהן של האמנות. יתרה מזאת, אין בחוות הדעת התייחסות עניינית להוראות המוצגות כאן, בהקשרן לנושא שלפנינו.

לא התייחסתי כאן לשאלת תחולתן של האמנות על ישראל, כי נושא זה לא עלה בדיון שלפנינו.

11. (א) בהתייחסו להחלטות של המשיב בבג"צ 13/86, רואה בהן פרופ' בראונלי פעולה מינהלית ללא טעם סביר: לדבריו, לא ניתנו טעמים ולא הוסבר, מהו הצידיק למעשה. בכך נוצרה, לדעתו, הפרה של המשפט הבינלאומי, שהרי כלל מנחה

הוא, כי האזרח, שאינו נוטל חלק בפעולות האיבה, יהיה מוגן ככל שהדבר נוגע לגופו, לרכושו, לנאמנותו ואף לגבי ההסדרים המשפטיים הכלליים החלים עליו. רק אינטרסים ממשיים של השלטון הצבאי יכולים לשמש צידוק להגבלת זכויות כאמור.

וכך אומר פרופ' בראונלי בהתייחסו לעובדותיהם של כל המקרים:

"IN EACH CASE THE ADMINISTRATION HAS FAILED TO INVOKE, MUCH LESS TO SUBSTANTIATE, ANY REASON OF SECURITY RELATED TO THE INTERESTS OF THE OCCUPYING POWER".

(ב) הצגה כזו של הנתונים אינה בגדר תיאור נאות של המצב. הרשויות נתנו נימוקים והסבירו בפירוט, מה שיקוליהם בעניין הסירוב, והדבר נכלל בתצהיר מיום

= 214 =

21.4.86, שהוגש לבית המשפט ביום 22.4.86. אינני יודע, כמובן, אם תצהיר התשובה הועבר על-ידי הפרקליטה המלומדת של העותרים לידיעת הפרופסורים בראונלי ושלטון, לפני שכתבו את חוות-דעתם.

ואלו דברי המצהיר מטעם המשיב, [בבג"צ 13/86](#), תא"ל אפרים סנה:

3". (א) 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 שנולד 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.

(ב) שינוי זה בתופעה, בצירוף מקרים לא מעטים של ניצול לרעה או נסיבות לנצל לרעה את גישתם הליברלית הגמישה של השלטונות - הביאו להערכה מחדש של המדיניות בשטח זה. לא נמצא מנוס מאימוץ מדיניות של צמצום ניכר במספר הבקשות (והמדובר באלפים רבים מידי שנה) אשר נענים להן. הדבר כך במיוחד בכל אותן בקשות בהן אין למימשל ענין משלו (בטחוני, מדיני, כלכלי או משקי וכיו"ב); במקרה כזה מוכן המימשל להיעתר אך לבקשה שהיא יוצאת דופן וחריגה ביותר בנתונה, באופן שישנו שיקול הומאניטרי כבד משקל ומיוחד ביותר, המצדיק מחווה של חסד" (ההדגשות שלי - מ'ש').

כדי שהנמקה יתישב לסבירה, אין היא חייבת בהכרח להיות מופנית אך ורק לנסיבותיו של מקרה אישי-קונקרטי. יכול שדברי הנמקה יתארו מערכת נסיבות כללית, שהיא בגדר רקע להחלטתה של הרשות במקרה הקונקרטי ואשר מוליכה ליישומה לנסיבות הספציפיות. בתחום אשר אליו אנו מתייחסים, היינו תנועת אוכלוסין משטח לשטח או ממדינה למדינה, יש לא אחת תופעות כלליות או יסודות חוזרים ונשנים, שאינם ייחודיים למקרה קונקרטי זה או אחר אלא משותפים למקרים דומים, אך בשל כך בלבד אין נשללת מהם התכונה של נתון רלוואנטי ולגיטימי; וזאת כל עוד השיקול נוגע לעניין ואינו זר לו, מיושם נכונה לעובדותיו של המקרה הספציפי ומופעל בגדר סמכויותיה של הרשות שהופקדה על העניין ([ע"ב 2/84](#), 3 [10]). בעמ' 251 מול אות השוליים ז).

(ג) המשיב [בבג"צ 13/86](#) אינו מתעלם מכך, שיש בעיות הומאניטאריות קשות, ואין הוא מושך ידיו מן הנכונות לבחון כל מקרה לנסיבותיו. אך הוא רשאי היה להסיק, כי כאשר תופעה פלונית הופכת להמונית ומקיפה אלפים רבים מדי שנה, אין

= 215 =

כלל אפשרות להוסיף וליישם אמות מידה שהן פרסונאליות בלבד, אלא מחובתו של המשיב הנ"ל, על-פי מהות שיקוליו לפי דיני המלחמה ולאור אופי תפקידו, לתת משקל גם למשמעויות הביטחוניות, המדיניות והכלכליות הכלליות שיש לתופעה ולתוצאותיה;
הוא רשאי גם להפעיל את סמכותו כדי לנקוט MEASURED OF CONTROL AND SECURITY, כאמור בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית.

12. כפי שכבר צוין, התייחסה פרופ' שלטון רק באופן שולי לנסיבות בהן מקוים ממשל צבאי ובחרה להציג נורמות, שצמחו ועלו בתנאי שלום.

אולם גם פרופסור בראונלי, שהקדיש בפתח דבריו קטע נכבד לעניין תחולת האמנה הרביעית, גולש ועובר בהנמקתו עד מהרה מן האיזכור של סעיפים 27 ו-47 לאמנת ג'נבה הרביעית, שאינם מכילים התייחסות מפורשת כלשהי לבעיה שלפנינו, אל מה שהוא מתאר כזכויות האדם האינדיבידואליות.

דא עקא, בהקשר שלפנינו אין, לצערנו, אפשרות לבחון זכויות משפטיות כאמור בעמדה בגפן ובמנותק מן הרקע הביטחוני, כביטוי בקיום מצב המלחמה והממשל הצבאי, כפי שהיו רוצים לא רק כותבי חוות הדעת אלא כל מי שבוחן בתום-לב בעיה הומאניטארית.

פרופ' בראונלי מבקש להדגיש בטיעונו הנרחב את מעמדה של ההגנות על זכויות האדם במשפט הבינלאומי. בכך הוא מתפרץ לדלת פתוחה, כי זו אינה המחלוקת בה אנו דנים; דא עקא, אין דמיון כמותי בין 36 המשפחות, אשר בהן דנה אחת המחלוקות בין ברית-המועצות לבין ארצות-הברית (ראה ההסדר מיום 27.5.86 המוזכר על-ידי פרופ' בראונלי) לבין האלפים הרבים של המקרים של איחוד משפחות ביהודה ושומרון ובחבל עזה, שכבר נדונו ונפתרו בעבר באופן חיובי, ואלפי הבקשות הנוספות המוגשות, כאמור לעיל בתשובת המשיב הנ"ל.

13. כפי שצוין כבר, חוות-דעתה של פרופ' שלטון אינה נוגעת לנסיבות דומות לשלנו: היא דנה בחופש התנועה (FREEDOM OF MOVEMENT) בזמן שלום, נושא שאינו רלוואנטי כלל לפתרונה של הבעיה שלפנינו. הבעיה שלפנינו נולדה, בין היתר, כתוצאה מכך שקיים חופש תנועה יחסי אף מעבר לנדרש באמנות, היינו בין ארצות הנמצאות במצב מלחמה, וכתוצאה מחירות זו מבקרים רבבות מדי שנה כתיירים בתוך אזורי הממשל הצבאי.

ההשוואה שעורכת הכותבת בין הנסיבות שלפנינו לבין מניעת שיבתם לארצם של תושבי צ'ילה ואזרחיה, שהופעלה נגדם כעיצום פוליטי, אינה מתיישבת עם הערכה

= 216 =

משפטית שקולה ומאוזנת, כנדרש בחוות-דעת מקצועית בלתי-פוליטית. מכל מקום, לא חופש התנועה מארץ לארץ בזמן שלום עומד לדיון בסוגיה שלפנינו; אין לנושא שלפנינו גם נגיעה לזכות העזיבה (RIGHT TO LEAVE) או לזכות של אדם לשוב לארצו. הבקשה היא להיכנס לארץ פלוניט ולא לצאת מתוכה, ואין המדובר במי שמבקש לשוב אלא במי שמבקש להתיישב לראשונה במקום שהוא חדש מבחינתו.

השאלה שעמדה לפנינו, הלכה למעשה, לא הייתה, על-כן, אם יש להעניק תוקף לנישואים, כפי שהדבר הוצג במרכיב הראשון של התיזה של פרופ' בראונלי, אלא אם חובה על רשויותיו של המשיב בבג"צ 13/86 להתיר תנועה רבת ממדים, המקיפה אלפי אנשים, מצד אחד של קו הפסקת האש למשנהו, ואם קווי המדיניות, אותם התווה לעצמו המשיב בהנ"ל, לפיהם עניק היתר רק במקרים מיוחדים ויוצאי דופן ולא במקרים הרבים בהם מבקש גבר מיהודה ושומרון או מעזה להביא לשינוי מגורי הקבע של אישה 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 הנ"ל כוללת את שקילתו של כל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו, וכי בכל מקרה גם ישובו ויבחנו, אם קיימות נסיבות הומאניטאריות יוצאות דופן.

תקוות הכול היא, כי השלום יפתור גם את כל הבעיות האלו, אך פתרון על אתר בזמן מלחמה, תוך התרת תנועת רבים - ולא בודדים - לתוך האזור המוחזק על-ידי כוחות צה"ל, אינה יכולה לשמש עילה להתערבות של בית-משפט זה על רקע העתירות שלפנינו.

אשר-על-כן הייתי דוחה את העתירות.

השופט א' ברק: אני מסכים.

השופט מ' בייסקי: אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסק-דינושל הנשיא.

ניתן היום, י' בטבת תשמ"ז (11.1.87).