

1. רפיק חליל כמדאן עבדללה סמרה
2. יוסרה טאהר אחמד נעימת

נגד

מפקד איזור יהודה ושומרון א

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
[29.4.80, 23.12.79]

לפני השופטים: בן-פורת, אלון, ברק ב

צו בדבר שטחים סגורים (אזור יהודה ושומרון) (מס' 34), תשכ"ז-1967, קמ"ז 2, 70 - חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, ס"ח 354

בקשה לאיחוד משפחות של בעל החי בגרמניה ואשתו הזדה ביהודה ושומרון. נדחתה לאחר שבבעבר אושרה עליידי השלטונות, אך הבעל לא ניצל את האפשרויות הנתונות מבקשים לתת היתר אישי לבעל לשבת ישיבת קבע בארץ.

בית-המשפט הגבוה לצדק פסק -

א. (1) משהכריז המושל הצבאי של יהודה ושומרון, בתוקף סמכותו, על יהודה ושומרון כישטח סגור, הרי מותרת הכניסה לאזור רק למי שהיתר בידו.

ה (2) פעולה של מתן היתר, או סירוב לתיתו, על-ידי מפקד אזור יהודה ושומרון, כוללת הפעלת שיקול דעת מינהלי הנתון לביקורת שיפוטית.

(3) במקרה דנא, לא הוכחו כל נימוקים בטחוניים או אחרים לסירוב הבקשה.

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוחדו:

- [1] בג"צ 500/72 מרים חליל סאלם אבו אל-טון נגד שר הבטחון, ו-2 אח', פ"ד כז (1) 481, אושר.
- [2] בג"צ 483/76 (לא פורסם), אושר.
- [3] בג"צ 209/73 נג'לה חסין עליו עודה (לאפיו), ואח' נגד שר הפנים, פ"ד כח (1) 13, 17, אושר.
- [4] בג"צ 482/71 לאוניה מרק קלרק, ו-7 אח' נגד שר הפנים, ואח', פ"ד כז (1) 113.
- [5] בג"צ 606/78, 610/78 סלימאן תופיק אויב, ו-10 אח' נגד שר הבטחון, ו-2 אח'.

1. רפיק חליל כמדאן עבדללה סמרה
2. יוסרה טאהר אחמד נעימת

נגד

א מפקד איזור יהודה ושומרון

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
[29.4.80, 23.12.79]

ב לפני השופטים: בן-פורת, אלון, ברק

צו בדבר שטחים סגורים (איזור יהודה ושומרון) (מס' 34), תשכ"ז-1967, קמצ"מ 2, 70 — חוק הכניסה לישראל, תש"ו-ב-1952, ס"ח 354.

ג בקשה לאיחוד משפחות של בעל החי בגרמניה ואשתו החיה ביהודה ושומרון. נדחתה לאחר שבעבר אושרה על-ידי השלטונות, אך הבעל לא ניצל את האישור. העותרים מבקשים לתת היתר אישי לבעל לשבת ישיבת קבע בארץ.

ד בית-המשפט הגבוה לצדק פסק —

ה א. (1) משהכריז המושל הצבאי של יהודה ושומרון, בתוקף סמכותו, על יהודה ושומרון כ"שטח סגור" הרי מותרת הכניסה לאיזור רק למי שהיתר בידו.

ה (2) פעולה של מתן היתר, או סירוב לתיתו, על-ידי מפקד איזור יהודה ושומרון, כוללת הפעלת שיקול דעת מינהלי הנתון לביקורת שיפוטית.

(3) במקרה דנא, לא הוכחו כל נימוקים בטחוניים או אחרים לסירוב הבקשה.

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"צ 500/72 מרים חליל סאלם אבו אל-טין נגד שר הבטחון, ו-2 אח', פ"ד כז (1) 481. אושר.
- [2] בג"צ 483/76 (לא פורסם). אושר.
- [3] בג"צ 209/73 נג'לה חסין עלי עודה (לאפיו), ואח' נגד שר הפנים, פ"ד כח (1) 13, 17. אושר.
- [4] בג"צ 482/71 לאוניה מרק קלרק, ו-7 אח' נגד שר הפנים, ואח', פ"ד כז (1) 113.
- [5] בג"צ 606/78, 610/78 סלימאן תופיק אויב, ו-10 אח' נגד שר הבטחון, ו-2 אח'.

- ג'מיל ארסם מטאוע, ו-12 אח' נגד שר הבטחון, ו-13 אח', פ"ד לג (2) 113. אושר.
[6] בג"צ 390/79 עזת מחמד מוסטפה דויקאת, ו-16 אח' נגד ממשלת ישראל, ו-5
אח', פ"ד לד (1) 1. אושר.
[7] בג"צ 222/68, המ' 15/69 חוגים לאומיים אגודה רשומה, ו-14 אח' נגד שר
המשטרה, פ"ד כד (2) 141, 164. אושר.

פסקי-דין אמריקאיים שאוזכרו:

[8] Powell v. McCormack (1969) 395 U.S. 486; (1969) 89 S. Ct. 1944.

התנגדות לצו-על-תנאי מיום ג' בטבת תש"ם (23.12.1979). הצו-על-תנאי נעשה
מוחלט.

מ' דרורי — בשם העותרים ; ר' יאראק, סגן בכיר לפרקליט המדינה — בשם המשיבים

פסק-דין

השופט ברק: העותר הראשון (להלן — העותר) נולד בכפר סיריס אשר ביהודה ושומרון. בשנת 1962 הוא יצא לגרמניה המערבית, שם הוא עובד כאח בבית חולים. הוא המשיך לבקר את בני משפחתו בכפר. באחד מביקורים אלה הוא הכיר את העותרת השנייה (להלן — העותרת) המתגוררת בכפר סמוך. השניים נישאו זה לזו בכפרם בשנת 1968. מאז ועד היום ממשיכה העותרת להתגורר בכפרה ואילו העותר ממשיך לעבוד בגרמניה. העותרת נסעה לבקרו בגרמניה, אך לא נשארה שם שכן לטענתם לא הצליחו להסתדר. העותר ביקר שש פעמים את העותרת בכפר, אך לא הותר לו להישאר בו הישארות של קבע. השנים עברו, ולבני הזוג נולדו ארבעה ילדים המתגוררים עם אמם. במשך כל אותה תקופה הגישו העותרים בקשות לאיחוד משפחות. הבקשה הראשונה, שהוגשה בסוף 1970 אושרה, אך העותר לא ניצל את האישור שכן לטענתו היה מאושפז אותה עת בבית חולים בגרמניה בגין כאבים בחוט השדרה. משחזרה אשתו וביקשה אישור חדש, סירבו השלטונות, ומאז הם מסרבים לכל הבקשות. בקשתם האחרונה של העותרים הוגשה באמצעות בא-כוחם, עורך-הדין גאזין, ואף היא נדחתה על-ידי המפקד הצבאי. מר גאזין לא נואש ופנה למפקד יהודה ושומרון, אך גם פנייתו זו נדחתה והיא נומקה "בשיקולי ביטחון". לאחר התכתבות נוספת שלא נשאה פרי פנו העותרים לבית-משפט זה. העתירה נדונה לפני הרכב של שלושה שופטים. לדיון הוזמן בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה, אשר מסר בהודעה מטעם הפרקליטות כי לקראת הדיון בבית-המשפט כונסה ועדה בין משרדית לאיחוד משפחות אשר דנה בענין מחדש ודחתה את בקשת העותרים. בהחליטה כך, התעלמה הוועדה מהחומר הבטחוני בענינו של העותר. לאחר שמיעת באי-כוח הצדדים הוצא צו-על-תנאי אשר ציווה על המשיב לבוא וליתן טעם "מדוע לא תיענה בקשת העותרים לאיחוד משפחות, בהתחשב בכך שבעבר כבר הוענק

לעותר הראשון היתר לאיחוד משפחות אותו לא ניצל". תוך כדי הדיון בעתירה הביע בית-המשפט משאלה כי ענינו של העותר יידון מחדש בשים לב במיוחד לנימוק המצוי בצו-על-תנאי. אכן, הוועדה לאיחוד משפחות כונסה בשנית, והחליטה לדחות את הבקשה. בתצהיר התשובה מטעם המשיב נאמר כי הסירוב אינו נעוץ בטעם בטחוני שהוא אישי לעותר, אלא נעשה על-פי הקריטריונים המקובלים, שאת תוכנם אין המשיב מוכן לגלות לעותרים. קריטריונים אלה נקבעו בשנת 1973 והם שונים מהקריטריונים על-פיהם ניתן ההיתר לעותר בעבר. הוועדה שקלה אם אין להתיר לעותר להיכנס לאזור העובדה שניתן לו היתר בעבר, אך הגיעה למסקנה כי אין לנקוט דרך זו, שכן הדבר יגרור אחריו בקשות רבות אחרות של מבקשים שקיבלו אף הם היתרים בעבר. המשיב סירב לפרט את מספרן של אותן בקשות.

2. ממשל צבאי רשאי לאסור או להגביל כניסה לשטח המוחזק על-ידו (בג"צ 500/72 [1]). המושל הצבאי של יהודה ושומרון עשה שימוש בסמכות זו וקבע כי יהודה ושומרון הם "שטח סגור" אשר הכניסה אליו אסורה (צו בדבר שטחים סגורים (אזור יהודה ושומרון) (מס' 34), תשכ"ז-1967). נמצא, כי אפילו היתה לאדם פלוני הזכות להיכנס לאיזור בטרם פרצו פעולות המלחמה, זכות זו שוב אינה בידו. מר דרורי, בא-כוח העותרים, ביקש לטעון לפנינו כי לעותרים זכות לאיחוד משפחות, אך אנו לא נענינו לבקשתו זו. הן משום שטענה זו נטענה כבר בעבר ונדחתה (בג"צ 500/72 [1] הנזכר), והן משום שהצו-על-תנאי שהוצא על-ידי בית-משפט זה לא ביקש מהמשיב תשובה לשאלה זו.

אף שיהודה ושומרון הם "שטח סגור" שהכניסה אליו אסורה, איסור זה אינו מוחלט, שכן הכניסה מותרת לבעלי היתרים. היתרים אלה הם מסוגים שונים, מהם כלליים ומהם אישיים, מהם לישיבת ארעי ומהם לישיבת קבע (בג"צ 489/76 [2]). בקשתם של העותרים היא כי ינתן לעותר היתר אישי לישיבת קבע, ואילו המשיב מסרב לכך, והשאלה שלפנינו היא אם סירוב זה בדין יסודו.

3. אך בטרם נדון בחוקיות הסירוב עצמו, מן הראוי הוא לבחון את טענתו של מר יאראק, כי אל לנו לדון כלל בסירובו של המשיב, שכן שאלה זו אינה שפיתה. לטענתו של מר יאראק אין לעותרים זכות לאיחוד משפחות, והיתר שניתן, מעשה חסד הוא, הנעשה על-פי קריטריונים הנקבעים על-פי שיקולי ביטחון, אשר טיבם וטבעם אינם ראויים להכרעה שיפוטית, שכן מעורבים בהם שיקולים פוליטיים הקשורים ביחסיה הבינלאומיים של המדינה. אין בידי לקבל טענה זו. נקודת המוצא היא כי מתן ההיתר או הסירוב לתתו היא פעולה אשר כללי המשפט המינהלי חלים עליה. אמת הדבר, אין לעותרים זכות לקבל היתר, אך זכותם היא שהסירוב ליתן להם היתר ייעשה מתוך שיקולים ראויים. בבג"צ 209/73 [3] ביקשו העותרים, בעל ואשה, להתאחד עם משפחתם אשר בבית צפאפה (אותו חלק של הכפר שהיה עד למלחמת ששת הימים בצד הירדני). שר הפנים

סירב לבקשה. בהתייחסו לשיקול דעתו של שר הפנים, אמר השופט לנדוי את הדברים הבאים, היפים אף לענייננו:

לשם שמירת אינטרסים חיוניים של המדינה ניתן לשר הפנים שיקול-הדעת המוחלט, שיוכל להרשות ליחיד או לסוג של אנשים ישיבת קבע, בעוד שהוא מסרב לאחרים, כי על החלטתו יכולים להשפיע שיקולים הומניטריים מזה ושיקולים של אינטרס המדינה מזה. אבל גם לשיקול-דעת מוחלט זה יש גבולות. יושם לב שבהמשך דבריו בבג"צ 482/71 [4] הנ"ל אומר השופט ברנזון כי -

הדבר נתון, כאמור, לשיקול-דעתו המוחלט של שר הפנים, וכל עוד שאינו מנמק את מנהגו השונה לגבי מבקרים זרים בארץ, אין החלטותיו השונות יכולות לשמש נושא לבקרתו של בית-משפט זה, מלבד אם מוכח שהוא פעל מתוך שחיתות, מרמה, חוסר תום-לב, וכיוצא בזה מן הדברים העשויים לפסול כל פעולה שלטונית.

בין דברים אלה הפוסלים כל פעולה שלטונית אנו מונים גם החלטות שניתנו בשירות-לב ולא על-פי שיקולים הנוגעים לענין". (בע' 17).

האם שיקול דעת זה של המפקד אינו שפיט? בוודאי שאין לייחס לו חוסר שפיטות בטענה כי אין הוא ניתן לבחינה על-פי אמות מידה משפטיות. לענין זה איני רואה כל הבדל בין שיקול דעתו של המפקד לפנינו לבין שיקול דעתו של שר הפנים על-פי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952. שתי הסמכויות עוסקות במאטריה דומה ביותר, וכשם ששיקול דעתו של שר הפנים ניתן לבחינה שיפוטית על-פי אמות מידה שיפוטיות, כך הוא אף הדין לענין שיקול דעתו של המפקד. נותרה, איפוא, הטענה בדבר שיקולי הביטחון והשיקולים הפוליטיים. חוסר שפיטות בשל טעמים אלה אינו ניתן להגדרה מדויקת וקבועה מראש והרי הוא תלוי במידת הריסון העצמי שמגלה הרשות השופטת. לדעתי אין כל הבדל לענין השפיטות בין שיקול דעתו של המפקד לענין איחוד משפחות לבין שיקול דעתו של המפקד לענין תפיסת חוקה במקרקעין, וכשם ששיקול דעת אחרון זה הוא שפיט (ראה בג"צ 606/78 [5]; בג"צ 390/79 [6]), כך הדין אף בענייננו. העובדה ששם דובר בפגיעה בזכות קנינית, ואילו כאן מדובר בפגיעה בזכותם של העותרים שהשיקול בבקשתם לאיחוד משפחות ייעשה מתוך שיקולים ראויים, אינה רלבנטית, לשאלת השפיטות. אמת הדבר, קביעת הקריטריונים לאיחוד משפחות והפעלתם הלכה למעשה היא נושא רגיש הקשור לבטחון המדינה וליחסי החוץ שלה, ואך מובן הוא כי לא נבוא להחליף את שיקול דעתו של המפקד בשיקול דעתנו שלנו. אך מקום שהמפקד פעל שלא כדין, מן הראוי הוא שנתערב.

4. נוכל, איפוא, לבחון את השיקולים במקרה הקונקרטי שלפנינו. כאמור, השאלה הניצבת לפנינו היא אם סירובו של המשיב רק שאלתם של העותרים היה נעתר לבקשה, כנראה במסגרת הקריטריון "שמחוץ לקריטריונים", אך הוא סירב לה שכן הוא חושש כי מתן ההיתר לעותרים יאלץ אותו ליתן היתרים במקרים נוספים — שאת מספרם לא מנה לפנינו — ובכך יהא כדי להכשיל את המדיניות כולה. לדעתנו, חשש זה של המשיב במקרה שלפנינו אינו חשש כלל, ועל כן החלטת הסירוב שלו פגומה, ומן הדין לבטלה. המקרה שלפנינו הוא מיוחד במינו מכמה וכמה בחינות, ואף כי כל אחת מהן עשויה להתקיים במקרים רבים אחרים, הצטברותם גם יחד מיחדת את המצב שלפנינו. נסיבותיו המיוחדות של המקרה שלפנינו מתבטאות בנתונים הבאים: ראשית, ענין לנו באיחוד משפחות בין בעל ואשה שהוא התא המשפחתי הבסיסי. בכך שונה מקרה זה ממספר פרשיות שבאו לפני בית-משפט זה בהן נדונו איחודי קרובים בדרגות אחרות. אכן, לא הרי איחוד משפחה בין אשה וארבעת בניה לבין בעלה, כהרי איחוד משפחה במקרים אחרים; שנית, בני הזוג אינם יכולים לבנות את ביתם המשותף בגרמניה, שאינה ארץ ערבית, ושאינה מצויה במצב מלחמה עם ישראל, והזרה להם בתרבותה ומנהגיה. נסיונם של בני הזוג להשתקע בה נכשל כזכור; שלישית, בעבר נמסר לעותר כי השיקול לאי מתן ההיתר הוא שיקול בטחוני אינדיבידואלי. הסתבר כי הדבר אינו מבוסס ואין כל נימוק בטחוני שלא ליתן לעותר היתר; לבסוף — וענין זה הודגש הדגש היטב בצו-על-תנאי שניתן לפני בית-משפט זה — העותר ביקש בעבר ואף ניתן לו היתר להשתקע באיזור, והוא לא ניצל היתר זה בשל מחלתו. לדעתנו, אוסף נסיבות זה יש בו כדי להצביע על כך, כי החלטתו של המשיב לסרב מתן היתר במקרה זה, שאופיו ההומניטרי בולט, ושנתוניו חריגים ביותר, פגום על פניו ויש בו מן השרירות המינהלית.

אנו עושים את הצו למוחלט, ומצווים על המשיב ליתן לעותר היתר לשיבת קבע ביהודה ובשומרון לשם איחוד משפחה בינו לבין העותרת. המשיב ישלם לעותרים את הוצאותיהם בעתירה זו, לרבות שכר טרחת עורך-דין, בסכום כולל של 10,000 ל"י.

השופטת בן-פורת: אני מסכימה. יש לזכור שקיים הבדל בין סמכות לשפיטות: ראה בג"צ 222/68 [7], בע' 164 מול ז וכן [8] 395 U.S. 486 (1969) Powell v. McCormak, המאוזכר שם. אכן, העדר ידיעה מה הקריטריונים שעל-פיהם פועל המפקד מצמצם לאין ערוך את יכולתו של בית-משפט זה להפעיל את סמכותו השיפוטית, אך גם לדעתי, כדעת חברי הנכבד השופט ברק, אין יסוד שהריסון העצמי שלנו — המתבטא בקביעה של אי שפיטות — ישתרע גם על התחום המצומצם שעוד נותר לנו כדי להעביר את ההחלטה נשוא העתירה תחת שבט ביקורתנו. לדידי, אם לפי הקריטריונים, הנעלמים עבורנו, מקרה שאלה נסיבותיו אינו מצוי בתחומם, משמע שהם לוקים בפגם המחייב את התערבותנו.

יהודה ושומרון
השופט ברק

וי את הדברים

שיקול-
ע, בעוד
ניטריים
ט זה יש
השופט

עד
אין
זה,
לב,

שניתנו

סר שפיטות
ני רואה כל
על-פי חוק
ותר, וכשם
ות, כך הוא
לי הביטחון
דה מדויקת
לדעתי אין
לבין שיקול
הוא שפיט
ששם דובר
שהשיקול
לשאלה
ה למעשה
לא נבוא
פעל שלא

אשר על כן גם דעתי היא שיש לעשות את הצו החלטי.

השופט אלון: אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט ברק.

ניתן היום, יג באייר תש"ם (29.4.1980).

עובד

בית

א א

חוק היחשה,

ב ב

צאה

בטרם

אם

ו ו

בית-ה

מה

ד ד

ערעור

11.11.1979

ה ה

השופט

ב הוחלט ל

ול המוצע

במשך שנה

במשך הד

ו ו

2 עין

קרא המנח

משעת הל

פסק-דין