



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3030/23

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת י' וילנר
כבוד השופט א' שטיין

העותרים: 1. לוחמים לשלום
2. חוג ההורים - פורום המשפחות, משפחות
שכולות למען שלום, פיוס וסובלנות

נגד

המשיבים: 1. שר הביטחון
2. המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית
3. המינהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון

המבקשת להצטרף כידיד בית המשפט: בחרנו בחיים! – משפחות שכולות ונפגעי פעולות
איבה

עתירה למתן צו על תנאי; ובקשה להצטרף לעתירה כידיד
בית משפט

תאריך הישיבה: ב' באייר התשפ"ג (23.4.2023)

בשם העותרים: עו"ד תמיר בלנק

בשם המשיבים: עו"ד יונתן נד"ב; עו"ד יונתן סיטון

בשם המבקשת להצטרף
כידיד בית המשפט: עו"ד יותם אייל

פסק-דין

השופט י' עמית:

1. ושוב נדרשים אנו ערב יום הזיכרון הקרוב לחללי מערכות ישראל ולנפגעי פעולות האיבה (להלן: יום הזיכרון), לאיסור שהטיל שר הביטחון על כניסתם של פלסטינים תושבי איו"ש (להלן: האזור) להיכנס לשטח ישראל על מנת להשתתף בטקס זיכרון משותף לישראלים ולפלסטינים (להלן: הטקס או הטקס המשותף).

2. הטקס המשותף קבוע ליום שני 24.4.2023, ערב יום הזיכרון. העותר 2 פנה אל המשיבים כבר ביום 20.3.2023 בבקשה למתן אישור לכניסת 169 פלסטינים אך לא קיבל מענה לפנייתו. משכך, פנתה העותרת 1 ביום 2.4.2023 אל המשיבים בבקשה להיתר כניסה ל-12 פלסטינים, והמשיב 3 אישר ביום 17.4.2023 כניסתם של עשרה מהם. ביום 13.4.2023 הודיע שר הביטחון באמצעי התקשורת כי הורה לאסור על כניסתם של הפלסטינים שהוזמנו לטקס באופן גורף. משכך, פנו העותרים במכתב למשיבים בבקשה להתיר את כניסת הפלסטינים לטקס, ומשלא נענתה פנייתם, הוגשה העתירה דכאן.

העתירה הוגשה ביום חמישי 19.4.2023, הדיון בפנינו נקבע ליום ראשון 23.4.2023, ומכאן סד הזמנים הדוחק, כאשר יום הזיכרון כבר מתדפק על דלתותינו.

3. הטקס המשותף נערך בישראל מזה 17 שנים, כאשר בשנים 2020-2022 התקיים הטקס באופן וירטואלי בשל מגפת הקורונה.

בשנים 2018 ו-2019 החליטו שרי הביטחון שלא לאפשר לפלסטינים המוזמנים לטקס להיכנס לתחומי מדינת ישראל, במה שנחזה כשינוי במדיניות ששררה עד לאותו מועד. בשנת 2018 נומק הסירוב בטעם של פגיעה ברגשות הציבור בישראל ובמשפחות שכולות. עתירה שהוגשה לבית משפט זה כנגד החלטת שר הביטחון התקבלה פה אחד (בג"ץ 2964/18 חוג ההורים פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום נ' שר הביטחון (17.4.2018) (להלן: העתירה הראשונה)). בשנת 2019 נומק הסירוב על ידי שר הביטחון בסגר המוטל בערב יום הזיכרון ועל רקע ההחרפה החמורה במצב הביטחוני. עתירה שהוגשה לבית משפט זה כנגד החלטת שר הביטחון התקבלה פה אחד (בג"ץ 3052/19 לוחמים לשלום נ' שר הביטחון (6.5.2019) (להלן: העתירה השנייה)).

4. העותרים תמכו יתדותיהם בפסקי הדין בעתירות הקודמות וההנמקות שם, וטענו, בין היתר, כי האיסור הגורף שהטיל שר הביטחון עומד בניגוד למדיניות שנהגה שנים רבות; וכי מהסגר מוחרגים ממילא אלפי פלסטינים.

5. עמדתם של המשיבים, המיוצגים על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה, תומכת בעתירה, לאור פסקי הדין בעתירה הראשונה והשנייה. עמדה זו הובאה בפני שר הביטחון עובר להגשת תגובת המשיבים, אך למרות זאת, הוא לא מצא לשנות מהחלטתו.

המשיבים עמדו על כך שלא הוצגה תשתית מקצועית-עובדתית שיש בה כדי להצביע על שינוי נסיבות באופן המצדיק סטייה מהמתווה שנקבע בשני פסקי דין אלה. מתאם פעולות הממשלה בשטחים (להלן: המתפ"ש) המליץ אף הוא, בשים לב לניסיון

העבר בסוגיה, לאשר את בקשתם של העותרים. זאת, לאחר שבחן את רשימת 169 הפלסטינים שהוזמנו, ומצא כי 56 מהם הם מבוגרים בני למעלה מ-50; 4 הם קטינים; 70 הם בעלי היתר כניסה לישראל; ו-10 הם מנועי כניסה ולכן תסורב כניסתם (האישור הספציפי שניתן ביום 17.4.2023 לכניסתם של 10 פלסטינים לאור פניית העותר 1, בוטל לאחר הגשת העתירה, משהתברר כי ניתן בטעות).

לשכת שר הביטחון ביקשה ממתפ"ש פירוט של החריגים לסגר ביום הזיכרון; האם היקף החריגים צומצם לנוכח המצב הביטחוני; והאם בעלי ההיתרים מבין המבקשים רשאים להיכנס חרף הסגר. על פנייה זו השיב המתפ"ש כי ככלל, בתקופת הסגר, תוקפם של כלל היתרי הכניסה מותלה, למעט אוכלוסיות הומניטריות ייחודיות וכן אוכלוסיות החיוניות להמשך התפקוד התקין של המשק. רשימה ארוכה זו כוללת, בין היתר, כאלה העוסקים בתחום הבריאות והסיעוד, אנשי תקשורת, דת וחינוך; וצרכים הומניטריים כמו חתונה, צרכים רפואיים ומשפטיים, לוויה, חתונה, ועוד. השורה התחתונה היא כי בהתאם לרשימה זו, יתאפשר לאלפי פלסטינים להיכנס לישראל במהלך ימי הסגר.

לא למותר לציין כי רשימה זהה או דומה עמדה בפני בית משפט זה גם במהלך הדיון בעתירה השנייה. לכך התייחסתי בסעיף 3 לפסק דיני בעתירה זו:

"גם במהלך הסגר מוחרגים, כדוגמה בלבד, פועלים פלסטינים בהתיישבות הישראלית באיו"ש, עובדי מוסדות סיעוד ועובדי משק בבתי חולים בישראל, ועוד רבים אחרים. על רקע רשימה זו, שכוללת אלפי בני אדם, אנו מתקשים לקבל את הטענה כי הסגר מונע מלכלול ברשימה זו עוד כמאה פלסטינים המבקשים להשתתף בטקס המשותף".

לנוכח פסק הדין בעתירה השנייה ולנוכח עמדת המתפ"ש, עמדו המשיבים על כך שבהינתן ההחרגה של אלפי פלסטינים מהסגר, אין הצדקה ביטחונית למניעה גורפת של כניסתם של המוזמנים הפלסטינים המשתתפים בטקס. להשלמת התמונה, המשיבים ציינו כי במהלך החודש האחרון, התאפשרה כניסת תושבים פלסטינים מאיו"ש לישראל לרגל חג הרמדאן, כך שבימי שישי בתקופת החג נכנסו עשרות אלפי אנשים כמפורט בתגובה. באחד מימי השישי עמד המספר על למעלה ממאה אלף איש, ביום 17.4.2023 נכנסו כמאה אלף איש מתושבי האזור לרגל "לילת אל-קאדר", ובמהלך הסגר שהתקיים בחג הפסח נכנסו לישראל אלפי תושבי איו"ש פלסטינים.

על רקע האמור לעיל, על רקע פסקי הדין בעתירות הקודמות, ובמיוחד פסק הדין בעתירה השנייה, ומשלא הוצגה תשתית מקצועית-עובדתית שיש בה כדי להצדיק סטייה מפסקי הדין הקודמים, עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה היא כי יש לאפשר את כניסת המוזמנים הפלסטינים לטקס המשותף, בכפוף לבדיקה פרטנית כי לא קיימת מניעה ביטחונית לגבי מי מהם.

ערב הדיון הוגשה בקשה מטעם ארגון בשם "בחרנו בחיים! משפחות שכולות ונפגעי פעולות איבה" להצטרף להליך כידיד בית המשפט. מצאנו להסתפק בנספח הבקשה הנושא כותרת "חוות דעת ידיד בית המשפט", אך מפאת רגישות הנושא, גם אפשרנו לבא-כוח הארגון לשאת דברים בפנינו. בתמצית, נטען כי הטקס המשותף הוא אירוע פוליטי שיש בו כדי לפגוע ברגשות הציבור באופן כללי וברגשות "רבים רבים מהמשפחות השכולות, נפגעי הטרור והפצועים". נטען כי ההתנגדות אינה עקרונית לטקס עצמו, אלא לעיתוי הטקס ביום הזיכרון.

6. יש להצר על כך, שלמרות פסיקת בית משפט זה בשתי העתירות הקודמות; למרות העדר הנמקה לאי-יישום פסיקה זו גם ביום הזיכרון הקרוב; למרות המלצת המתפ"ש שהוא הגורם המקצועי הרלוונטי; למרות החרגת אלפי פלסטינים מהסגר; ולמרות עמדתו של הייעוץ המשפטי לממשלה – אנו נדרשים שוב להידרש לאותה סוגיה, זו הפעם השלישית.

אציין כי שר הביטחון לא ביקש להציג בפנינו עמדה נוגדת לזו של הייעוץ המשפטי לממשלה, כך שלמעשה, אין בפנינו את הנימוקים שעמדו בבסיס החלטתו.

7. יום הזיכרון פורט על הנימים הרגישים ביותר בחברה הישראלית, ולא בכדי יש הרואים אותו כיום קדוש, יום הרת-עולם עבור חלקים גדולים בציבור. המשפחות השכולות חולקות, שלא בטובתן, שותפות גורל שמהווה מקור של אחדות וקרבת נפש ולב.

אכן, יש להניח כי הטקס המשותף הוא לצנינים בעיני חלק מהמשפחות השכולות וחלקים מהציבור בישראל. אך אל מול הפגיעה ברגשות חלק מהציבור, יש להציב את רגשות המשפחות השכולות והחלקים בציבור שמזדהים עם תכניו של הטקס המשותף ומטרותיו. אין לצד זה או אחר בציבור הישראלי מונופול על הדרך שבה משפחה שכולה רשאית לבטא את אבלה ואת כאבה ביום הזיכרון. אין לי אלא לחזור על דברים שאמרתם בפסק דיני בעתירה השנייה:

”תשעים ותשע דרכים להנצחה. תשעים ותשע דרכים לבטא את השכול. כאן מונחת הליבה של חופש הביטוי, של האוטונומיה האישית, זו המעניקה לכל אדם את האפשרות לכתוב ולעצב את סיפור חייו על פי דרכו-שלו. בסיפור החיים של כל משפחה שכולה יש צער, כאב וגעגוע אין קץ ליקירה. אל לשר הביטחון להתערב בדרך בה משפחה מבקשת לבטא את השכול הפרטי שלה, את העצב והיגון על לכתו ללא עת של אהוב ליבה. העותרות שבפנינו מאגדות משפחות שכולות אשר בחרו לבטא את כאבן ולציין את זכרם של יקיריהן בטקס המשותף. לא לנו להתערב בבחירתם זו”.

ביום הזיכרון איש באמונתו ינהג, איש איש עם צערו, כאבו ושברו, כל אחד לפי

דרכו.

8. שיקולי הביטחון מסורים לשר הביטחון, אך לאור החרגתם של אלפי פלסטינים מהסגר ולאור עמדת המתפ”ש, אנו מתקשים לקבל את הטענה כי הסגר מונע מלכלול ברשימה זו עוד כמאה וחמישים פלסטינים המבקשים להשתתף בטקס המשותף. לא נטען כי הפלסטינים שהשתתפו בטקס בעבר ניצלו לרעה את כניסתם. לכך יש להוסיף כי איננו עוסקים באלפי פלסטינים המבקשים להיכנס לישראל אלא בכמאה וחמישים פלסטינים, שחלקם, שמא רובם, כבר השתתפו בעבר בטקס המשותף, והמענה לשיקול הביטחוני הוא אפוא בבחינה פרטנית של נתוניהם האישיים חלף סירוב גורף.

9. הערה לפני סיום.

הפלסטינים שכניסתם מתבקשת אינם כאלה שבני משפחותיהם מצאו את מותם בפעולות טרור או לחימה נגד ישראל. עובדה זו לא הפריעה להפצת שקרים וציוצים למיניהם, לאחר מתן פסק הדין בעתירה השנייה, כביכול בית משפט זה התיר כניסת משפחות מחבלים ביום הזיכרון. זאת, למרות שגם המדינה אישרה, כאמור בפסק הדין בעתירה השנייה, כי אין ממש בדברים (שם, פסקה 2 סיפא לפסק דיני). מצאתי לכתוב דברים אלה בתקווה כי זו הפעם יהא בכך כדי לעכב בעדם של מפיצי חדשות הכוזב (“פייק-ניוז”).

10. בשולי הדברים ולנוכח עמדת חברי, השופט א’ שטיין: במקרה שלפנינו, קיימים חילוקי דעות בין עמדת שר הביטחון לעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה. בסוגיה של אופן ייצוג משיבי המדינה במקרים מסוג זה הובעו בעבר דעות שונות (ראו בג”ץ 5124/18 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע”מ נ’ שר האוצר (4.3.2019); בג”ץ

5769/18 אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה (4.3.2019). ואולם, משעה שבמקרה שלפנינו לא נתבקש על ידי שר הביטחון להציג בפנינו עמדה עצמאית מטעמו, ובהינתן שאין חולק כי בנסיבות אלה דין העתירה להתקבל – אזי לא זה המקום ולא זו השעה להידרש לדעות אלו.

11. סוף דבר, שהחלטנו לעשות את הצו על תנאי למוחלט (בהסכמת המשיבים, לנוכח סד הזמני הדוחק וכפי שנעשה בעתירות הקודמות, הדיון נערך מלכתחילה כאילו ניתן צו על תנאי), ולהורות לשר הביטחון לאפשר מתן היתרי כניסה ייעודיים לישראל לתושבים הפלסטיניים שכניסתם נתבקשה לצורך השתתפות בטקס המשותף, בכפוף לבדיקה פרטנית. מובן כי ככל שקיימת מניעה ביטחונית לכניסתו של מי מהפלסטינים ברשימה שהועברה אל הרשויות, הרי שרשאי שר הביטחון לפעול על פי סמכותו ולמנוע את כניסתו.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

1. אני מגיע לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט י' עמית, בלית-ברירה: שר הביטחון בחר שלא להופיע לפנינו כדי להציג ולפרט את עמדתו ואת שיקוליו – ומכאן פסק הדין אשר ניתן בהיעדר הגנה, אחרי שהיועצת המשפטית לממשלה החליטה שלא להגן על עמדתו של השר.

2. בכל הנוגע לסוגיית ייצוג משיבי המדינה במקרים של חילוקי דעות אל מול הייעוץ המשפטי לממשלה, הבעתי דעתי בעבר (בג"ץ 5769/18 אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה (4.3.2019); בג"ץ 5124/18 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' שר האוצר (4.3.2019)). לנוכח התוצאה במקרה דנן, בהיעדר בקשה לייצוג עצמאי מטעמו של שר הביטחון, ובהינתן סד הזמנים הדוחק – איני רואה לנכון להידרש לסוגיה זו מעבר לכך.

ש ו פ ט

1. אף אני מסכימה כי יש לקבל את העתירה שלפנינו, מהטעמים הבאים.
2. בפסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ 3052/19 לוחמים לשלום בע"מ נ' שר הביטחון (6.5.2019) (להלן: פסק הדין משנת 2019) נקבע, כי על שר הביטחון דאז לאפשר מתן היתרי כניסה למדינת ישראל ל-100 פלסטינים תושבי האזור, לצורך השתתפות בטקס זיכרון משותף לישראלים ולפלסטינים, בכפוף להיעדר מניעה ביטחונית פרטנית. בפסק הדין בוטלה החלטת שר הביטחון דאז, שלא לאפשר מתן היתרים כאמור, אשר נשענה על שני טעמים – קיומו של סגר באזור במועד הרלוונטי, והידרדרות ביטחונית שארעה מספר ימים עובר לדיון בעתירה שם. בפסק הדין נקבע, כי ההידרדרות הביטחונית התרחשה לאחר שכבר ניתנה החלטת שר הביטחון בנושא, ומשכך אינה יכולה לשמש הצדקה להחלטה זו. אשר לסגר, צוין כי ממילא מוחרגות ממנו קבוצות אוכלוסייה המונות אלפי בני אדם; ונפסק כי לנוכח האמור, ובשים לב לפסק הדין בבג"ץ 2964/18 חוג ההורים פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום נ' שר הביטחון (17.4.2018) (להלן: פסק הדין משנת 2018), החלטת שר הביטחון דאז אינה יכולה לעמוד.
3. אף העתירה שלפנינו תוקפת החלטה של שר הביטחון, שלא לאפשר מתן היתרי כניסה לישראל לתושבים פלסטיניים, שהוזמנו לקחת חלק בטקס המשותף לישראלים ולפלסטינים ביום הזיכרון. לפי תגובת המדינה לעתירה, החלטת השר ניתנה בשל המציאות הביטחונית הנוכחית באזור והסגר הצפוי במועד הרלוונטי. בתגובת המדינה, אשר מיוצגת על-ידי ב"כ היועצת המשפטית לממשלה, צוין כי החלטתו הנדונה של שר הביטחון אינה נתמכת בתשתית עובדתית-מקצועית, שמלמדת על שינוי בנסיבות שניצבו ברקע לפסקי הדין משנת 2018 ומשנת 2019, שבגדרם בוטלו כאמור החלטות דומות של שרי ביטחון בסוגיה דנן. בהינתן האמור, לעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה לא קמה הצדקה לסטות מהקביעות בפסקי הדין משנת 2018 ומשנת 2019, ולמנוע את כניסת הפלסטינים המוזמנים לטקס, בכפוף לבדיקה ביטחונית פרטנית.
4. למרות עמדה זו של הייעוץ המשפטי לממשלה, וחרף המלצת הגורמים המקצועיים – מתאם פעולות הממשלה בשטחים – לאשר את בקשת העותרים (פס' 4 לתגובת המדינה לעתירה), שר הביטחון בחר שלא להציג לפנינו את עמדתו-הוא, על שיקוליו ונימוקיו. בתוך כך, השר אף נמנע מלטעון לפנינו מהו שינוי הנסיבות אשר מצדיק, לגישתו, למנוע בעת הזו את כניסת הפלסטינים המוזמנים לטקס המשותף, בשים לב לקביעות בפסקי הדין שניתנו בסוגיה, ולנסות לשכנענו כי זו הפעם יש להותיר את ההחלטה על כנה. זאת, אף על פי שכידוע, וכפי שכבר צוין בפסיקתו של בית משפט זה,

”במצבים – החריגים למדי – שבהם היועץ המשפטי לממשלה אינו נכון להגן על עמדת הממשלה, או אחד מחבריה, ניצבות לפני הרשות מספר חלופות. היא עשויה להסתפק בהצגת עמדתה לפני בית המשפט על ידי היועץ המשפטי לממשלה; לעתור לקבלת ייצוג נפרד ועצמאי; או לצעוד בדרך ביניים ולבקש להציג בעצמה את עמדתה” (בג”ץ 5769/18 אמיתי נ’ שר המדע והטכנולוגיה, פס’ 19 לפסק דינו של השופט נ’ הנדל (4.3.2019)). שר הביטחון בחר, כאמור, וטעמיו עמו, שלא לנקוט באף אחת מן הדרכים האמורות, והדבר אומר דרשני.

5. כשלעצמי, אציין כי התוצאה שאליה הגיע בית משפט זה בפסקי הדין בנושא הנדון, אינה מובנת מאליה. ואולם, כפי שצינתי באחת מן הפרשות, אני סבורה כי ”יש חשיבות רבה לכך שבית משפט זה ידבר בקול אחד לאחר שנקבעה הלכה, לטובת שמירה על ודאות ועל יציבות ההלכה, לא כל שכן בסוגיות עקרוניות [...] פן נתנהל כ’בית שופטים’, אשר מספר דעותיו כמספר חבריו” (ע”ב 6668/22 בל”ד ברית לאומית דמוקרטית נ’ ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-25, פס’ 13 לחוות דעתי (9.10.2022)). לפיכך, בהיעדר הנמקה מבוררת מצד שר הביטחון לסטייה מפסקי הדין הרלוונטיים, אין מנוס אלא ללכת בתלם שנחרש זה לא מכבר בפסיקתו של בית משפט זה בסוגיה הנדונה, ולקבל את העתירה שלפנינו. הנני מסכימה אפוא להוצאת צו מוחלט, כאמור בפסק דינו של חברי, השופט י’ עמית.

ש ו פ ט ת

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט י’ עמית.

ניתן היום, ב’ באייר התשפ”ג (23.4.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט