



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדקה

בג"ץ 6314/17

לפני: כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופטת ע' ברון  
כבוד השופט י' אלרון

העותרים: 1. נמנס  
2. אבו כרים  
3. חגאזי  
4. בדוי

נ ג ד

המשיבים: 1. ממשלת ישראל  
2. השר לביטחון הפנים  
3. שירות בתי הסוהר

המבקשים להצטרף לעתירה: 1. ד"ר לאה גולדין  
2. פרופ' שמחה גולדין  
3. צור גולדין  
4. המרכז האקדמי שערי משפט – הקליניקות המשפטיות

עתירה למתן צו על תנאי

בשם העותרים: עו"ד ג'ואד בולוס

בשם המשיבים: עו"ד ערין ספדי עטילה

בשם המבקשים להצטרף לעתירה: עו"ד עודד סבוראי; עו"ד פרופ' אביעד הכהן

### פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. העתירה הנוכחית מופנית כלפי החלטת המשיבים שלא לאפשר עוד ביקורי משפחות אצל אסירים ביטחוניים תושבי עזה, המשתייכים לארגון הטרור חמאס (להלן: החמאס) – החלטה שנועדה להפעיל לחץ על הארגון, ולקדם את השבתם של אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל המוחזקים בידיו.

2. ביום 1.1.2017 קיבלה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (להלן: הקבינט) שורת החלטות שנועדו להפעיל לחץ על החמאס בעזה, במטרה לקדם הסדר להשבת האזרחים וגופות החללים. החלטה ב/171, העומדת כיום במוקד דנג"ץ 10190/17, קבעה כי גופות מחבלים המשתייכים לארגון, או שבצעו "אירוע טרור חריג במיוחד", יוחזקו בידי ישראל בדרך של קבורה. החלטה ב/172 – שבמרכז ההליך הנוכחי – הורתה על ביטול ביקורי תושבי עזה בהר הבית, ועל מניעת כניסת בני משפחות של אנשי חמאס מעזה לישראל לצורך קבלת טיפולים רפואיים. כמו כן, הסמיכה ההחלטה צוות שרים המורכב מראש הממשלה, שר הביטחון ומשיב 2 (להלן, בהתאמה: צוות השרים ו-השר לביטחון הפנים), לבחון את תנאי מאסרם של אסירי חמאס מרצועת עזה, לרבות במישור קבלת ביקורי משפחות.

ביום 5.3.2017 הסמיך צוות השרים את השר לביטחון הפנים להפעיל את "מנופי הלחץ" על אסירי החמאס לפי שיקול דעתו, ובתיאום עם גורמי המקצוע. בעקבות דיון שהתקיים ביום 18.6.2017, הנחה השר את משיב 3 (להלן: שירות בתי הסוהר) לפעול להפסקת ביקורי המשפחות אצל אסירים אלה – ומספר ימים לאחר מכן הודיע ראש חטיבת הכליאה בשירות בתי הסוהר כי הביקורים יבואו לקיצם ביום 1.7.2017. לאחר הבאת הסוגיה בפני היועץ המשפטי לממשלה, שב השר לביטחון הפנים ובחן את עמדותיהם השונות של גורמי המקצוע, והחליט כי מדיניות הפסקת הביקורים תעמוד על כנה – בכפוף לבדיקה עיתית (להלן: החלטת השר). החלטה זו אושרה על ידי יתר חברי צוות השרים, ומכאן העתירה שלפנינו.

3. העותרים – מחבלים עזתים המשתייכים לארגון החמאס, ומרצים עונשי מאסר ממושכים בכלא הישראלי – טוענים כי החלטת השר מנוגדת לדין הישראלי ולמשפט הבין-לאומי גם יחד. לדבריהם, השלילה הגורפת של ביקורי המשפחות פוגעת בצורה לא מידתית בזכותם, ובזכות בני משפחותיהם, לקשרי משפחה; עולה כדי הפליה פסולה על רקע השתייכות ארגונית, עמדה פוליטית ומקום מגורים; מנוגדת לאיסור שמטיל המשפט הבין-לאומי על ענישה קולקטיבית; והופכת את האסירים ומשפחותיהם לקלפי מיקוח במאבק מול החמאס – שלא כדין.

מנגד, המשיבים סבורים כי לא נפל כל פגם בהחלטת השר. על פי השקפתם, קבלת ביקורים בבתי הסוהר אינה מהווה זכות קנויה, אלא "טובת הנאה" שבידי שירות

בתי הסוהר להעניק לאסירים – תוך התחשבות בשיקולים שונים, לרבות שמירה על ביטחון המדינה, הסדר הציבורי וניהולם התקין של בתי הסוהר. משכך, השר לביטחון הפנים פעל בגדרי הסמכות שמקנה לו סעיף 80(א) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר), כאשר הנחה את השירות לשים קץ לביקורי המשפחות אצל אסירי החמאס מעזה. אף במישור שיקול הדעת, מדובר בהחלטה סבירה, אשר התקבלה לאחר בחינת העמדות השונות של גורמי המקצוע הרלוונטיים, ומאזנת כהלכה בין השיקולים השונים שעל הפרק. המשיבים מוסיפים כי גם בהנחה שהחלטת השר פוגעת בזכויות העותרים או בני משפחותיהם הרי שמדובר בפגיעה מידתית, המשרתת תכלית ראויה מאין כמוה של "השבת בנים לגבולם". לטעמם, עמדתו המקצועית של מתאם שבויים ונעדרים, האמון על המגעים מול החמאס, מלמדת כי שלילת הביקורים מקיימת קשר רציונלי לתכלית זו – למרות שאין ודאות מוחלטת שתוביל לתוצאה הרצויה. שני מבחני המשנה הנוספים של המידתיות מתקיימים אף הם, שכן ההחלטה חלה רק על קבוצה מצומצמת של האסירים הביטחוניים, מותרת גם לקבוצה זו ערוצי קשר חלופיים עם העולם החיצון ובני המשפחות, וכפופה לבחינה עיתית.

המשיבים מציינים שישנו "שוני רלוונטי בין קבוצת האסירים השייכים לארגון הטרור חמאס אשר מחזיק בגופות חיילי צה"ל ובאזרחים ישראלים ברצועת עזה, לבין האסירים האחרים", ודוחים את הטענות המבוססות על המשפט הבין-לאומי. לדידם, אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 – שספק אם היא חלה על כלואים מרצועת עזה לאחר יישום תוכנית ההתנתקות – אינה מכילה כל הוראה בנוגע לביקורי משפחות אצל כלואים פליליים (להבדיל מעצורים מינהליים). בהעדר זכות לקבלת ביקורים, מניעתם אינה יכולה לעלות כדי "ענישה קולקטיבית" – שהרי כלל לא מדובר בענישה – ואין, אפוא, פסול במניעת טובת ההנאה ככלי לקידום הסדר להשבת האזרחים וגופות חללי צה"ל המוחזקים מזה שנים בידי החמאס.

ערב הדיון הראשון בעתירה ביקשו העותרים להשיב לתגובת המשיבים, ופרשו שורת אסמכתאות, מן הדין הישראלי ומן המשפט הבין-לאומי, התומכות, כביכול, בעמדתם. הם סיכמו כי הזכות לביקורי משפחות אמנם אינה מוחלטת, אלא שהחלטת השר אינה עומדת במבחני הסבירות והמידתיות – והתקבלה מבלי שניתנה להם ולחבריהם זכות הטיעון.

4. כך או כך, במסגרת הטיעונים לפנינו פינתה שאלת שיקול הדעת את מרכז הבמה לשאלת הסמכות – והעותרים התמקדו בטענה כי סעיף 80(א) לפקודת בתי הסוהר כלל

אינו מסמיך את השר לביטחון הפנים לשלול ביקורי משפחות מטעמים מדיניים כלליים, שאין להם זיקה לניהול התקין של בתי הסוהר. בהעדר מחלוקת כי ביסוד הנחיית השר לשירות בתי הסוהר ניצבים טעמים מסוג זה – קידום הסדר להשבת אזרחים וגופות חללים המוחזקים בידי החמאס, תוך הפחתת ה"מחיר" שיהיה על ישראל לשלם עבורן – סבורים העותרים כי החלטתו נגועה בחוסר סמכות. לעומתם, המשיבים דוחים את ההבחנה בין התכליות השונות, ומזכירים כי המחוקק הכפיף באופן גורף את נציב שירות בתי הסוהר "לכל הוראה או הנחיה של השר" – לרבות הנחיות המשקפות את הפרספקטיבה הייחודית שלו, המשתרעת גם על שיקולי מדיניות כלליים. השיקול הביטחוני שעומד בלב החלטת השר מצוי, לדעת המשיבים, בליבת שיקולים אלה.

5. יצוין כי בעקבות החלטת ההרכב (השופטים נ' הנדל, א' שהם ו-י' אלרון), הודיעו המשיבים שאין בדעתם לקבוע מראש חריגים למדיניות שלילת ביקורי המשפחות, הואיל ויהיה בכך "כדי לפגוע ואף לסכל את התכלית והאפקטיביות שעומדים ביסוד המדיניות האמורה". עם זאת, הובהר כי בקשות קונקרטיות לאישור ביקורים, בהתבסס על נימוקים הומניטריים "מיוחדים וחריגים", ייבחנו לגופן.

ראוי לציין גם כי בני משפחתו של סגן הדר גולדין ז"ל, והקליניקות המשפטיות של המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט – שעתרו בבג"ץ 8627/17, בדרישה להכביד את תנאי הכליאה של אסירי החמאס הכלואים בישראל – ביקשו להצטרף כמשיבים לעתירה הנוכחית, ונשמעו במהלך הדיונים. הם עמדו על חובת המדינה לנקוט כל אמצעי חוקי שעומד לרשותה כדי להשיב את גופות הלוחמים שיצאו בשמה לשדה הקרב – סגן גולדין ז"ל ואחיו לנשק סמ"ר אורון שאול ז"ל; הצטרפו לעמדה השוללת קביעת חריגים למדיניות שלילת הביקורים; וביקשו כי תינתן להם זכות להגיב לבקשות קונקרטיות לאישור ביקורים. בנסיבות העניין, החלטנו להסתפק בדברים אלה של המבקשים להצטרף.

דיון והכרעה

6. ככלל, עונש מאסר המוטל על אדם אינו נוטל, כשלעצמו, את כבודו, ואינו שולל את זכויות היסוד שלו. לפיכך, כאשר מתעורר צורך להגביל זכויות אלה לשם מימוש תכליות הקשורות במאסר – שלילת החירות האישית, ושמירה על הסדר והמשמעת בבתי הסוהר – או מטעמים כלליים של ביטחון המדינה, ניתן לעשות זאת רק בכפוף למבחני פסקת ההגבלה (רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה, ופסקה 37 לחוות דעתו של השופט דנציגר (7.10.2010) (להלן: עניין

יונס)). עם זאת, נוכח ההבנה כי עונש המאסר כרוך מטבעו במגבלות מהותיות על חירותו האישית של האסיר, על חופש התנועה שלו, ועל היקף האינטראקציה שבידיו לקיים עם העולם "החיצון", הגישה המקובלת היא כי –

"יציאה לחופשות, וביקורים של משפחה ומכרים אצל אסירים, אינם מוחזקים כחלק מזכויות האדם המוכרות של האסיר, שהגבלתן כפופה לעקרונות פסקת ההגבלה [...] על פי נקודת מוצא זו, חופשות וביקורים אינם זכויות הנתונות לאסיר, אלא פריבילגיה, או מעשה חסד המוענק לו אם הוא מקיים תנאים מסוימים" (שם, פסקה 7 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה).

אף שהועלו הסתייגויות ביחס לסיווג האמור (שם, פסקה 8 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה), בית משפט זה מוסיף לראות בביקורים – לרבות של בני משפחה מדרגה ראשונה – "טובת הנאה" שאינה בגדר זכות קנויה (רע"ב 8802/14 פלוני נ' שרות בתי הסוהר, פסקה 11 (23.3.2015); רע"ב 3235/16 חייא נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 4 (28.6.2016)). אכן, ניתן לסבור כי גדיעה מוחלטת של האינטראקציה בין האסיר לעולם החיצון בכלל, ולבני משפחתו בפרט, פוגעת בזכויות החוקתיות לקשר עם העולם שמחוץ לסורגי הכלא, ולחיי משפחה (עניין יונס, פסקאות 43-40 לחוות דעתו של השופט דנציגר). אולם, כל עוד עומדים לרשות האסיר ערוצי תקשורת אחרים, הביקורת החוקתית על מניעת הביקורים באה לקיצה כבר בשלב הראשון – שכן אקט זה אינו עולה כדי פגיעה בזכות חוקתית, ואין צורך להעמידו במבחני פסקת ההגבלה. ודוק, גם אם שלילת הביקורים מגבילה את הקשר בין האסיר למעגלים החברתיים אליהם הוא משתייך, הזכויות החוקתיות לאינטראקציה ולחיי משפחה אינן משתרעות על כלל הרבדים של קשר כזה – כי אם על ליבה מינימלית שהביקורים, כשלעצמם, אינם נמנים עליה (ראו והשוו, בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פסקאות 3 ו-10 לחוות דעתי (17.9.2014) (להלן: עניין רובינשטיין), ורע"א 8127/15 התאחדות התעשיינים בישראל נ' Merck Sharp & Dohme Corp. f/k/a, פסקה 16 לחוות דעתי (15.6.2016)).

כמובן, ההבחנה בין זכות לבין טובת הנאה ביחס לאסירים אינה מפקירה את האחרונים לשרירות המינהל. נכון שפגיעה בזכות מחייבת עמידה במבחנים משפטיים המקפידים עם הרשויות לעומת מניעת טובת הנאה. אולם, גם במקרה האחרון הדין מגן על האסיר – למשל, במובן זה שאין להפלות בין אסירים המשתייכים לאותה קבוצת שוויון (דנג"ץ 204/13 צלאח נ' שרות בתי הסוהר, פסקאות 4-3 לחוות דעתי (14.4.2015) (להלן: עניין צלאח)), או שעל הרשות לנמק ביטול טובת הנאה שניתנה במשך תקופה רבת שנים. באופן דומה, החלטת הרשויות המוסמכות בדבר מניעת ביקורים כפופה

לכללי המשפט המינהלי – כך שעליה להתבסס על נימוקים ענייניים, לעמוד במבחני הסבירות והמידתיות (עע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר, פ"ד נ(4) 492, 500 (1996) (להלן: עניין קונטאר); עניין צלאח, פסקה 9 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס), ולמלא אחר הנורמות המסדירות את הפעלת שיקול הדעת בעניין.

7. בראש נורמות אלה ניצב סעיף 47(ב) לפקודת בתי הסוהר, הקובע כי בחלוף שלושת חודשי המאסר הראשונים "מוותר להרשות ביקורי ידידים" בתדירות מסוימת. לשון הסעיף, כמו גם פרשנותו התכליתית, מלמדים כי אין מדובר בסמכות חובה, וכי המחוקק הותיר לשירות בתי הסוהר שיקול דעת בכל הקשור לאישור ביקורים (עניין יונס, פסקאות 53-54 לחוות דעתו של השופט דנציגר). כך עולה גם מתקנה 19 לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978, הרואה בביקורים – ובערוצי קשר אחרים עם העולם החיצון – "טובות הנאה מעבר לזכויות מוקנות שנקבעו בחיקוק", ומסמיכה את מנהלי בתי הסוהר לשלול אותם בהתאם לכללים שיקבע נציב שירות בתי הסוהר.

כאמור, סיווג הביקורים כטובת הנאה אינו מעניק לשירות בתי הסוהר יד חופשית, שכן החלטותיו כפופות למבחנים מינהליים כגון ענייניות, סבירות ומידתיות – וממילא, הוא אינו רשאי לפעול נגד האסירים "משיקולים של ענישה או נקמנות" (עניין קונטאר, עמוד 500). אכן, השיקולים הענייניים בהקשר זה כוללים, לצד השמירה על הניהול התקין של בתי הסוהר, גם שיקולים כלליים של שמירה על ביטחון המדינה "לא רק בבית הסוהר עצמו, אלא אף מחוץ לבית הסוהר [...] שהרי אדם נכלא בבית הסוהר, לא רק כעונש על עבירה, אלא גם כדי להגן על החברה מפניו" (דברים אלה נאמרו ביחס לקיום קשר טלפוני, אך הם יפים גם בענייננו, נוכח הטעמים הזהים המצדיקים הטלת הגבלות על פרקטיקות אלה [שם, עמודים 498 ו-502]); עניין יונס, פסקאות 71 ו-75 לחוות דעתו של השופט דנציגר ופסקה 9 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה; עניין צלאח, פסקה 15 לחוות דעתה של הנשיאה נאור). על הרלוונטיות של שיקולי הביטחון הכלליים מעידה גם תקנה 30 לתקנות בתי הסוהר, המסמיכה את מנהלי בתי הסוהר למנוע ביקור של אדם מסוים אם קיים יסוד סביר לחשד שהביקור "יגרום לפגיעה בביטחון המדינה" – וקובעת כי נציב שירות בתי הסוהר יוכל למנוע ביקורים לתקופה קצובה אם קיים חשש שאלה ינוצלו "לשם פעילות, שמטרתה פגיעה בביטחון המדינה".

הנה כי כן, סעיף 47 לפקודת בתי הסוהר משרטט הסדר ראשוני שעל פיו אין לאסירים זכות קנויה לקבלת ביקורים, והסמכות להעניק להם טובת הנאה זו מצויה בידי שירות בתי הסוהר – שיכריע בעניין על בסיס קשת שיקולים, עליהם נמנים השמירה על ביטחון המדינה והסדר הציבורי.

8. מאחר ותכלית השמירה על ביטחון המדינה מהווה מרכיב בלתי נפרד של פקודת בתי הסוהר, אין ממש בטענת העותרים כי החלטת השר – שאושרה, כזכור, על ידי צוות השרים שהסמיך הקבינט – התקבלה בחוסר סמכות.

סעיף 80(א) לפקודת בתי הסוהר קובע כי:

”בתי הסוהר והסוהרים יהיו בפיקודו, בפיקוחו ובניהולו של הנציב, בכפוף לכל הוראה או הנחיה של השר”  
(ההדגשה אינה במקור).

העותרים מבקשים לסייג את סמכות השר להנחיות שעניינן ”ארגון השירות, סדרי המינהל, המשטר והמשמעת בו והבטחת פעולתו התקינה” – כלשון ההוראה הסמוכה שבסעיף 80א(א) לפקודת בתי הסוהר – להבדיל מהנחיות שנועדו לקדם שיקולי ביטחון כלליים. ברם, משנקבע כי התכלית הביטחונית ניצבת כשווה בין שווים במערך התכליות והשיקולים המכתיבים את מתכונת ניהול בתי הסוהר, אין כל יסוד להניח כי סעיף 80(א) לפקודה ”מתעלם” ממנה, ומכפיף את נציב בתי הסוהר למרות השר רק בעניינים הנוגעים לניהול התקין במובנו הצר. למעלה מכך, הרלוונטיות של שיקולי ביטחון המדינה זכתה להכרה גם ביחס לסעיף 80א, ממנו מבקשים העותרים להיבנות, עת הובהר כי נציב שירות בתי הסוהר מוסמך להתחשב בהם במסגרת ההוראות והפקודות הכלליות שהוא מוציא מכוח סעיף זה (עניין יונס, פסקה 71 לחוות דעתו של השופט דנציגר). ההגנה על ביטחון המדינה, במובנה הרחב, נתפסת אפוא כחלק בלתי נפרד מן הניהול התקין של בתי הכלא – ומן השיקולים שעל הגורמים המוסמכים לשקול. כך ביחס לאישור השר לפי סעיף 80א(א) לפקודת בתי הסוהר, וכך ביחס להנחיותיו לפי סעיף 80(א) לה.

9. הואיל והשר רשאי לבסס את הוראותיו לנציב שירות בתי הסוהר על התכלית הביטחונית, אין כל קושי בכך שההנחיה מושא ההליך דנן התקבלה מבלי שהשירות בחן את הנושא באופן עצמאי. יהיו מעמדו והיקפו של עקרון עצמאות שיקול הדעת אשר יהיו (ראו, למשל, יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 951-939 (מהדורה שנייה מורחבת, 2011); ברוך ברכה משפט מינהלי כרך ב, פרק 16 (1996)), סעיף 80(א) לפקודת בתי הסוהר מכפיף מפורשות את סמכויות הפיקוד, הפיקוח והניהול של נציב שירות בתי הסוהר להנחיות השר הממונה (שס, עמוד 87, בה”ש 191; לדיון בהוראת סעיף 3(ב) לחוק יסוד: הצבא, הקובעת כי ”ראש המטה הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הבטחון” ראו מרדכי קרמניצר ואריאל בנדור חוק יסוד: הצבא – פירוש לחוקי היסוד 44-66 (אייל זמיר עורך, 2000)). אשר על כן, כל עוד הנחיית השר מתייחסת לפעולות

שבסמכות שירות בתי הסוהר לבצע – דוגמת מניעת ביקורים מטעמים ביטחוניים, הבאה בגדרי סעיף 47 לפקודה – על השירות להוציאה אל הפועל כמות שהיא.

10. אמנם, המקרה שלפנינו ייחודי במובן זה ששלילת הביקורים נועדה להפעיל לחץ על ארגון הטרור חמאס, ואינה נובעת מחשש קונקרטי לניצול לרעה של הביקורים על ידי מי מהאסירים (ראו והשוו עניין צאלח, פסקאות 15 ו-22 לחוות דעתה של הנשיאה נאור). ברם, יש לזכור כי שלילת טובות הנאה אינה בגדר "עונש", ומכאן שאין לייחס משקל מכריע ליסוד ה"אשמה" של האסירים. משנקבע כי תכלית ההגנה על ביטחון המדינה מהווה חלק בלתי נפרד מתכליותיהם של פקודת בתי הסוהר בכלל, וסעיף 47(ב) לה בפרט, השאלה המרכזית במישור הסמכות היא האם החלטת השר מקדמת תכלית זו – יהיה מקור האתגר הביטחוני שלו היא נועדה לתת מענה אשר יהיה.

יובהר כי תהום פעורה בין סוגיית ביקורי המשפחות ובין פרשת "קלפי המיקוח", במסגרתה העניק בית משפט זה פרשנות מצמצמת לסעיף 2 לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), וקבע כי הוא אינו מסמיך את שר הביטחון להורות על מעצר אדם שלא נשקפת ממנו סכנה, לשם קידום משא ומתן לשחרור שבויים (דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000); ראו גם בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 374-370 (2002)). באותו עניין, עמדה על הפרק שלילת חירותו של אדם לתקופה לא ידועה, תוך פגיעה ביכולתו להתגונן מפני המעצר – באופן הפוגע קשות בליבת זכויותיו החוקתיות. לעומת זאת, במקרה שלפנינו כלל לא נפגעה זכות חוקתית מוגנת, שהרי לאסירים ובני משפחותיהם לא עומדת זכות קנויה לביקורים, ומכאן שאין הצדקה לפרשנות המוציאה מגדרי התכלית הביטחונית הרלוונטית שיקולי ביטחון "חיצוניים" לאסיר. סבורני כי אימוץ פרשנות כזו יכרסם ביכולתה של מדינת ישראל "להלחם בטרור על דרך של שלילת הטבות, ובין השאר להפעיל מנופים הכרחיים ולגיטימיים כנגד פעולות של פיגועי-מיקוח, שניזמות על-ידי ארגוני טרור, לצורך שחרורם של אסירים בטחוניים, המשוייכים אליהם" – כלשון חברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר, בעניין צלאח (פסקה 4 לחוות דעתו).

זאת ועוד, גם אם אניח כי למניעת הביקורים זיקה לפגיעה בזכויות הכלליות לקשר עם העולם החיצון ועם בני המשפחה הקרובה – אין להשוות בין עוצמת הפגיעה בכבודו ובחירותו של אדם כתוצאה ממעצרו, לזו הכרוכה בהגבלת אחד מערוצי הקשר העומדים לרשות אסיר שחירותו נשללה כדין. נוכח המשקל המיוחס, בהקשר של דרישת ההסמכה המפורשת, לטיב הזכות הנפגעת ולעוצמת הפגיעה בה, דומה שאין בפגיעה המסוימת בזכויות במקרה האחרון – ככל שקיימת כזו – כדי להשליך על פרשנות סעיף



80(א) לפקודת בתי הסוהר, או להוביל למסקנה שמדובר בהסמכה לא מספקת (ראו והשוו בג"ץ 4466/17 עליאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 4 לחוות דעתי (14.12.2017) (להלן: עניין עליאן); בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המיסים, פסקה 15 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (20.12.2010)).

למעלה מן הצורך, יצוין כי טענות העותרים התמקדו בהיקף סמכותו של השר לביטחון הפנים, לפי סעיף 80(א) לפקודת בתי הסוהר, אך לא נשמעה טענה שסעיף 47(ב) לפקודה אינו מסמיך את שירות בתי הסוהר להתחשב בשיקולי ביטחון מהסוג שלפנינו. בנסיבות אלה, המחלוקת הפרשנית שלפנינו כלל אינה משליכה על היקף הזכות המהותית של האסירים לביקורים, אלא רק על זהות הגורם המוסמך להורות על פגיעה בה, ואף משום כך אין בסיס לפרשנות המצמצמת שהציעו העותרים.

הנה כי כן, החלטת השר – המבוססת על נימוקי השמירה על ביטחון המדינה במובנם הרחב – התקבלה בסמכות. משכך, נותר לבחון את עמידתה במבחני הסבירות והמידתיות.

11. כזכור, תכלית החלטת השר היא הפעלת לחץ על החמאס, בניסיון לקדם את השבת האזרחים וגופות חללי צה"ל המוחזקים מזה שנים בידי הארגון – תוך הפחתת המחיר שתידרש ישראל לשלם עבורם. מדברי המשיבים עולה כי ההחלטה התקבלה לאחר דיון שבמהלכו הוצגו לשר לביטחון הפנים עמדותיהם של "הגורמים המקצועיים" הרלוונטיים; כי זמן קצר לאחר ההנחיה שניתנה לשירות בתי הסוהר שב השר וקיבל את עמדותיהם "השונות" של גורמי המקצוע; וכי צוות השרים, שהובאו בפניו "חוות דעת עדכניות בדבר עמדותיהם השונות של גורמי הביטחון", סמך את ידיו על החלטת השר. זאת ועוד, מדיניות שלילת הביקורים נבחנת לעיתים מזומנות – "אחת לארבעה חודשים או בשינוי נסיבות מהותי, לפי המוקדם" – אף זאת על בסיס חוות דעת עדכניות של גורמי הביטחון. אמנם, ניתן להתרשם כי לפני השר לביטחון הפנים הוצגו עמדות מקצועיות שונות, אלא שאין עילה להתערב בהחלטתו לאמץ את עמדת מתאם השבויים והנעדרים – לו מייחסים המשיבים את "הידע, ההבנה והכלים המתאימים ביותר על מנת להעריך את השפעת הפסקת הביקורים על ארגון החמאס".

בהעדר בסיס להתערבות בקביעה מקצועית זו, לא מצאתי כי האיזון שערך השר לביטחון הפנים חורג ממתחם הסבירות. יש לזכור כי החלטת השר פוגעת בקבוצה מצומצמת מאד של אסירים – כ-100 בני אדם, מתוך למעלה מ-6000 אסירים ביטחוניים, ויותר מ-800 אסירי חמאס. עוצמת הפגיעה מצומצמת אף היא, שכן גם האסירים

המשתייכים לקבוצה זו לא איבדו לחלוטין את הקשר עם העולם החיצון; הם רשאים לעמוד בקשרי מכתבים עם משפחותיהם, ואף להיפגש עם אנשי דת, נציגי ארגון הצלב האדום הבין-לאומי, עורכי דין וכיוצא באלה. זאת ועוד, מדיניות השר נבחנת לעיתים מזומנות, על בסיס חוות דעת עדכניות המשקפות את המציאות המשתנה – ונותנות את הדעת גם על ממד הזמן. נוכח פגיעה מוגבלת זו, אין לומר כי נפל בהחלטת השר – המשרתת את התכלית החשובה של קידום השבתם לישראל של האזרחים וגופות החללים המוחזקים תקופה ארוכה בידי ארגון ההמאס – פגם המגלה עילת התערבות.

12. בחינת סבירות ההחלטה בראי מבחני המידתיות (לגבי היחס בין מבחנים אלה, ראו עניין עליאן, פסקה 22 לחוות דעתי (14.12.2017)), מובילה לתוצאה דומה. על רקע עמדתו האמורה של מתאם שבויים ונעדרים, נקל לקבוע כי החלטת השר מקיימת קשר רציונלי לתכליתה – הפעלת לחץ על החמאס, לצורך קידום השבתם של האזרחים וגופות חללי צה"ל לישראל – שהרי "לא נדרש כי האמצעי שנבחר יגשים באופן מוחלט וודאי את המטרה" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פסקה 58 לחוות דעתו של הנשיא ברק (2006); עניין יונס, פסקה 73 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר). בהעדר זכות קנויה לקבלת ביקורים, ובהתחשב באמצעי הקשר החלופיים העומדים לרשות האסירים ומפחיתים את עוצמת הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות הכלליות לקשר עם העולם החיצון ולחיי משפחה, די בכך.

אף מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה מתקיים בענייננו – שכן השר הגביל את החלטתו לקבוצה קטנה של אסירים עזתים המשתייכים לארגון החמאס, והותיר גם להם ערוצי קשר אחרים עם העולם החיצון. יש לזכור כי החלטת השר אינה מבוססת על חשדות אישיים כלפי אסיר זה או אחר, ולכן אין טעם בקבלת החלטות פרטניות לגבי כל אסיר, "על פי נתוניו האישיים" – כפי שהציעו העותרים. השימוש בקריטריון השיוך הארגוני נועד להפעיל לחץ על החמאס, ולא מצאתי להתערב בעמדת המדינה לפיה קביעה מראש של חריגים, ועל אחת כמה וכמה עריכת בדיקות פרטניות, יחתרו תחת תכלית זו ולא יאפשרו לקדמה באותה מידה. כך או כך, המשיבים הבהירו כי ישקלו לגופן בקשות קונקרטיות המגלות טעמים הומניטריים "מיוחדים וחריגים" – ויש במסלול זה כדי לרכך את אופייה הגורף של מדיניות מניעת הביקורים.

אשר למבחן המידתיות במובנו הצר – סבורני כי נוכח האיזונים המובנים בהחלטת השר, כפי שהוצגו לעיל (פסקה 11), הרי שהתועלת הביטחונית והאנושית אותה ניתן יהיה להפיק ממדיניות מניעת הביקורים, קרי השבתם של אזרחי ישראל (ויוזכרו בשמותיהם אברה מגיסטו והישאם אל סייד) וגופות חללי צה"ל המוחזקים בידי החמאס,

עולה על הפגיעה המסוימת בעותרים. אזכיר כי אלה אינם מחזיקים בזכות קנויה לקבלת ביקורים, וכי גם אם נפגעות זכויותיהם הכלליות הרי שמדובר בפגיעה מצומצמת; כי לצד ערוצי הקשר החלופיים שעומדים לרשותם הם רשאים לבקש אישור חריג ופרטני לקבלת ביקורים; וכי החלטת השר נבחנת אחת לארבעה חודשים לכל היותר. בנסיבות אלה, אין לומר כי הפסדה של המדיניות מושא העתירה עולה על שכרה.

הנה כי כן, החלטת השר התקבלה בסמכות, ועומדת במבחני הסבירות והמידתיות – כך שאין מקום להתערב בה. ודוקו, "תכלית השו"ן [השבת השבויים והנעדרים], על אף חשיבותה הרבה שאינה שנויה במחלוקת, אינה יכולה להצדיק כל אמצעי באשר הוא" (בג"ץ 5693/18 ציאם נ' ראש הממשלה, פסקה 29 (26.8.2018)). אולם, נוכח עוצמתה הנמוכה יחסית של הפגיעה בעותרים וחבריהם, ובהתחשב בכך שמדובר במחבלים המרצים עונשי מאסר בישראל ולא באזרחים תמים, די בתכלית האמורה כדי להכשיר את האיזון אליו הגיע השר לביטחון הפנים.

13. בשלב זה של הדיון, יצוין כי בא כוח העותרים שם את הדגש בטיעונו על שאלת הסמכות, המעוררת סוגיה משפטית רחבה וכללית. בשאלה זו ניתנה הכרעה עקרונית, המבהירה כי החלטת השר התקבלה בסמכות. ברם, יש לזכור כי ההכרעה המשנית בשאלות הסבירות והמידתיות תלויה זמן, וכפופה להערכות עיתיות של גורמי המקצוע. הקביעה כי בנקודת הזמן הנוכחית די בחומר שהוצג כדי ללמד שהחלטת השר סבירה ומידתית, אינה מעניקה למדיניות מניעת הביקורים אישור קבוע מראש, בכל תנאי ובכל עת – וככל שתוגש בעתיד עתירה נוספת בעניין זה, יהיה צורך לשוב ולבחון את הסוגיה לאור המידע העדכני שעל הפרק.

14. בטרם סיום, אדרש בקצרה לטענות נוספות שהעלו העותרים.

אשר לסוגיית הפלייתם, כביכול, של אסירי החמאס מעזה – מקובלת עלי עמדת המשיבים כי קיימת שונות רלוונטית בין אסירים אלה ליתר האסירים הביטחוניים, שכן האזרחים וגופות החללים שישראל מבקשת לקדם הסדר להשבתם מוחזקים בידי ארגון החמאס בעזה. אמנם, שונות רלוונטית אינה מעניקה חסינות מוחלטת מפני טענת הפליה, שהרי "נדרש גם כי השוני בהתייחסות לא יעלה על הנדרש" (עניין צלאח, פסקה 17 לחוות דעתה של הנשיאה נאור). אולם, נוכח עמדתו המקצועית של מתאם השבויים והנעדרים, כפי שהוצגה לעיל, אין לומר כי ההחלטה לצמצם את מניעת הביקורים באופן המאזן בין האינטרסים של האסירים לתכלית השבת האזרחים וגופות החללים פוגעת באסירי החמאס מעזה באופן בלתי מידתי. אכן, בהקשרים אחרים – דוגמת החזקת גופות

מחבלים, שעמדה במוקד עניין עליאן – לא ניתן משקל למקום המגורים, אלא רק לשיוך הארגוני, אך נוכח ההבדלים באופי הצעד ובעוצמת פגיעתו בזכויות, אין בכך כדי להטיל ספק ברלוונטיות ההבחנה שנערכה בענייננו. למעלה מן הצורך, אוסיף כי נדרשת מידה רבה של עזות מצח כדי לתאר את היחס השונה לאסירי החמאס כהפליה על רקע "השתייכות פוליטית" – תוך התעלמות מאופיו הרצחני של הארגון, עליו נאמר כי הוא "מן הקיצוניים והמסוכנים שבאירגוני הטרור, ומטרתו המוצהרת והברורה היא מלחמת ג'יהאד שתמחה את ישראל מעל פני האדמה" (בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פס' 9 לחוות דעתו של המשנה לנשיא חשיך (14.5.2006)).

15. בהתייחס לטענות העותרים המבוססות על המשפט הבינלאומי, אזכיר כי אף לשיטתם אין בנמצא איסור מוחלט על מניעת ביקורים אצל אסירים, והדבר כפוף למבחני הסבירות והמידתיות. שעה שמבחנים אלה התקיימו, כאמור, בענייננו, אין טעם לצלול לפרטי ההוראות הקונקרטיות אליהן מפנים העותרים. אסתפק, אפוא, באמירה כי מקובלת עלי ההבחנה עליה הצביעו המשיבים בין הדין הנוגע לביקורים אצל עצירים, או עצירים מינהליים, לזה העוסק באסירים מורשעים – הבחנה שניתן לה ביטוי גם בדין הישראלי הפנימי (ראו עניין יונס, פסקה 48 לחוות דעתו של השופט דנציגר).

אשר לסוגיית הענישה הקולקטיבית – נימוקי המשיבים, הסובבים סביב סמכותה של מדינת ישראל לקבוע מי יכנס לתחומה, אינם משכנעים, הואיל והחלטת השר שוללת ביקורי משפחות אצל האסירים הרלוונטיים ללא קשר למחסום הכניסה שאפשר וניצב בפני חלקן (זאת, בניגוד להחלטה שעמדה במוקד בג"ץ 5268/08 ענבר נ' אלוף פיקוד הדרום (9.12.2009)). אף על פי כן, סבורני כי מניעת טובות הנאה ממחבלים שהורשעו בדין ומרצים עונש מאסר אינה באה בגדר ענישה קולקטיבית, ויפים לעניין זה דברים שאמרתי בהקשר אחר:

"ההליך העוסק בטובות הנאה הוא מינהלי במהותו ואיננו עוסק בענישה כי אם בשלילה או מניעה של טובות הנאה מקום שבו האסיר לא עומד בתנאים לקבלתן. לא מדובר אפוא בענישה אלא באי מתן 'פריבילגיות', שממילא אינן מוקנות לאסיר באופן 'אוטומטי', אלא ניתנות לו רק אם התנהגותו נמצאת מתאימה לכך. מכאן ששלילת טובות הנאה או מניעתן איננה מובילה לענישה כפולה הפסולה על-פי סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי" (בג"ץ 5854/18 מולדבסקי נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 4 (31.3.2019)).

מאחר ושלילת ביקורי משפחות אינה בגדר ענישה, לא ניתן לראות בהחלטת השר, על מנגנון הבדיקה העיתית המובנה בה, ענישה קולקטיבית פסולה – כי אם הימנעות

לגיטימית ממתן פריבילגיות בשל שיקולי ביטחון. אכן, גם בהנחה שיש לבחון את תוצאת האקט המינהלי שעל הפרק ולא את תכליתו (ראו, למשל, עמיחי כהן וגיא הרפז "על קיבעון ודינמיות: עיון מחודש בהריסות בתים בפסיקות בית המשפט העליון" מחקרי משפט לא 1010-1008(2018)), מניעת הביקורים אינה פוגעת בזכות קנויה, ועל כן אינה מעוררת קושי גם במישור התוצאה.

16. לא נותר, אפוא, אלא להביע תקווה כי החלטת השר – שבנקודת הזמן הנוכחית עומדת, כאמור, במבחני הסבירות והמידתיות – אכן תסייע להשיב בשלום את אזרחי ישראל המוחזקים בידי החמאס, ותאפשר להביא למנוחת עולמים את חללי צה"ל, סגן הדר גולדין ז"ל וסמ"ר אורון שאול ז"ל.

אשר על כן, הייתי מציע לחברי לדחות את העתירה ללא צו להוצאות.

שׁוֹפֵט

השופטת ע' ברון:

אני מסכימה.

שׁוֹפֵט

השופט י' אלרון:

1. במוקד העתירה שלפנינו שאלת סמכותו של השר לבטחון הפנים (להלן: השר) להורות על מניעת ביקורי אסירים ביטחוניים מעזה המשתייכים לארגון חמאס, וזאת במטרה להגביר את נכונותו של הארגון להשיב את האזרחים וגופות החללים המוחזקים בידי.

2. סמכויותיהם של נציב שירות בתי הסוהר (להלן: הנציב) ומנהל בית הסוהר (להלן: המנהל), ובכלל זה הסמכות לשקול האם לאפשר ביקורי אסירים כפופות "לכל הוראה או הנחיה של השר" (סעיף 80 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: הפקודה)). משכך, כפי שציין השופט הנדל, השר מוסמך להורות לנציב למנוע את ביקוריהם של אסירים מסוימים בכפוף לכללי המשפט המנהלי.

בהפעלת סמכות זו, רשאי השר לשקול שיקולים הנוגעים לביטחון המדינה, וזאת בפרט בכל הנוגע לתנאי מאסרם של אסירים ביטחוניים. כפי שנקבע בעניין דוברין:

"תכלית נוספת להגבלות על זכויות אסיר עשויה לנבוע מצרכים אחרים הכרוכים באינטרס ציבורי כללי כבד משקל, שאינו קשור ישירות בסדרי הכלא, כמו למשל צורך הנובע משיקולי בטחון מדינה כלליים הרלבנטיים בעיקר לאסירים בטחוניים. שיקולים מסוג זה עשויים לחייב הטלת מגבלות שונות על אסיר בכלא, אשר אפשר ותפגענה בזכויות אדם הנתונות לו" (בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פסקה 14 (13.6.2006)). ראו והשוו: בג"ץ 4634/04 דופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים, פ"ד סב(1) 762 (12.2.2007).

כידוע, "החזרת שבויים ונעדרים כשלעצמה היא מטרה ואינטרס הנכללים במסגרת ביטחון המדינה" (עמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, נג(1) 97, 106 (1997)), ובפסיקת בית משפט זה אף נאמר כי מדובר ב"אינטרס עליון" של מדינת ישראל (דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון פ"ד נד(1), 742, 744 (2000)), ויש לכך טעם רב. כשם שהגנה על חייהם של תושבי המדינה וחיליה מהווה אינטרס ביטחוני ראשון במעלה – כך גם עליה לדאוג להשבתם לאחר שנפלו בידי האויב.

משכך, אין ספק כי ראוי שבמסגרת שיקוליו יתחשב השר בהחלטות ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, אשר "מחייבות כמו החלטות ממשלה" (החלטת ממשלה 41 של הממשלה ה-34 מיום 31.5.2015), וכן בהחלטות צוות השרים שהוסמך על ידה לבחון את תנאי מאסרם של אסירי חמאס ואת האופן שבו החמרת תנאי מאסרם עשוי לתרום להגעה להסדר שיביא לשחרור השבויים.

3. בנסיבות אלה, ובהתחשב בכך שהחלטת השר בענייננו סבירה ומידתית כפי שהסביר השופט הנדל, נחה דעתי כי אין מקום להתערב בהחלטה – וזאת בפרט מאחר שלאסיר אין זכות קנויה להנות מביקורים בעת מאסרו.

4. לצד זאת אעיר כי סעיף 30 לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978 (להלן: התקנות), אליו הפנה השופט הנדל, קובע כי מנהל בית הסוהר רשאי לאסור את כניסתו של מבקר לבית הסוהר "אם יש לו יסוד סביר לחשוד שביקורו של אותו אדם יגרום לפגיעה בכטחון המדינה, בכטחון הציבור או בסדר הטוב והמשמעת של בית הסוהר". הנציב רשאי להטיל מגבלות מסוימות על ביקורים אצל אסיר "אם יש לו יסוד סביר לחשוד כי האסיר עלול לנצל ביקורים לשם פעילות, שמטרתה פגיעה בכטחון המדינה או בכטחון הציבור" (ההדגשות הוספו – י' א').

מנוסח התקנות ניתן ללמוד כי על פניו, השיקולים שהנציב והמנהל רשאים לשקול בעניין ביקורי אסירים, להבדיל מהשר, הם דווקא שיקולים הנוגעים לנסיבותיו הפרטניות של המקרה שבפניהם.

יודגש כי אין בעצם האפשרות שהתקנות מגבילות את שיקול דעתם של הנציב והמנהל כדי להגביל את שיקול דעתו של השר. סעיף 80(א) לפקודה מורה כדלקמן:

"בתי הסוהר והסוהרים יהיו בפיקודו, בפיקוחו ובניהולו של הנציב, בכפוף לכל הוראה או הנחיה של השר".

הסעיף קובע באופן ייחודי יחסית כי סמכויותיו של הנציב כפופות להוראות השר. כאשר השר מורה או מנחה את הנציב כיצד לפעול מתוקף סעיף 80, הוא אינו נכנס לנעליו – כי אם מממש את סמכותו על פי הוראות הפקודה (ראו והשוו: בג"צ 4746/92 g.p.s. agro exports l.t.d נ' שר החקלאות, מח (5) 243, 256 (1993)). על ידי כך שהפקודה מכפיפה את הנציב להוראות השר, היא למעשה מכירה בכך שלנגד עיניו עשויים להיות שיקולים שונים מאלו שהנציב מורגל לשקול – ובכלל זה שיקולי מדיניות הנוגעים לתפקידו (ראו והשוו: בג"צ 7425/09 טוטנאור בע"מ נ' שר הפנים, פסקה 31 (3.1.2013)).

הוראות תקנה 30, אשר הותקנו לפי סעיף 132 לפקודה על מנת להסדיר את "ביצועה היעיל" של הפקודה, קובעות אילו שיקולים הנציב והמנהל רשאים לשקול בבואם להגביל ביקורי אסירים. הן אינן מתייחסות כלל לשיקולים שהשר רשאי לשקול במסגרת הפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 80 – וממילא אין בהן כדי לגרוע מסמכות זו.

מכל מקום, משמצאתי שהשר מוסמך לשקול שיקולים אלו בהחלטתו, בשלב זה איני סבור כי יש להכריע בסוגיה כבדת משקל זו.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, א' בסיוון התשע"ט (4.6.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט