

**בבית המשפט העליון**

**בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

**בג"ץ 5268/08**

**בג"ץ 5399/08**

**קבוע ליום 27.10.08**

**ענבר ואח'**

ע"י ב"כ עוה"ד ידן עילם

מרחוב אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200

טל': 02-6283555; פקסי': 02-6276317

**העותרים בבג"ץ 5268/08**

**נ ג ד**

**אלוף פיקוד דרום ואח'**

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים ירושלים

טל': 02-6466513; פקסי': 02-6467011

**המשיבים בבג"ץ 5268/08**

**עדאללה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט**

**הערבי בישראל ואח'**

ע"י ב"כ עוה"ד עביר בכר

מרחוב יפו 94, ת"ד 8921, חיפה 31090

טל': 04-9501610; פקסי': 04-9503140

**העותרים בבג"ץ 5399/08**

**נ ג ד**

**שר הביטחון ואח'**

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים ירושלים

טל': 02-6466513; פקסי': 02-6467011

**המשיבים בבג"ץ 5399/08**

### **תגובה מטעם המשיבים**

1. בהתאם להחלטת כבוד השופטת ארבל מיום 18.6.08, ולקראת הדיון הקבוע בעתירות ליום 27.10.08, מתכבדים המשיבים בבג"ץ 5268/08 והמשיבים בבג"ץ 5399/08 (להלן - **המשיבים**), להגיש תגובתם לעתירות כדלקמן.
2. עניינן של העתירות בבקשת העותרים מבית המשפט הנכבד, כי יורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא תשונה המדיניות המונעת מתושבי רצועת עזה להיכנס לישראל לצורך ביקורי כלואים בישראל, שתחילתה בחודש יוני שנת 2007, ומדוע לא יאופשר לתושבי רצועת עזה, אשר בני משפחותיהם מדרגה ראשונה כלואים במתקני כליאה בישראל, לבקרום באופן סדיר.

3. המשיבים יטענו, כי דין העתירה להידחות על-הסף, מכיוון שעניינה בשאלה בעלת **אופי מדיני מובהק**, בניסיונות הזמן והמקום, שבית המשפט הנכבד, ככלל, בהתאם לשיקול הדעת המוקנה לו ובהתאם להלכה הפסוקה, לא יראה להתערב בה.

המשיבים יטענו, כי ההחלטה האם לאפשר לעת הזו כניסת תושבי רצועת עזה – **תושבי ישות עוינת המצויה במצב של לחימה עם ישראל** – לישראל, מכל טעם שהוא, נתונה לשיקול דעתה הרחב של ממשלת ישראל.

4. המשיבים יטענו עוד, כי דין העתירה להידחות על-הסף גם משום שעל מדינת ישראל לא מוטלת כל **חובה משפטית** לאפשר לתושבי ישות טרור הנמצאת במצב של עימות מזוין ממשי ואלים מול ישראל להיכנס לשטחה, בין אם לצורך ביקורי כלואים בישראל ובין אם לכל צורך אחר. לעניין זה נזכיר, כי מדינת ישראל מאפשרת כניסתם לישראל של תושבי הרצועה לשם טיפולים רפואיים ומטעמים הומניטאריים חריגים, **ואף זאת מבלי שמוטלת עליה כל חובה משפטית לעשות כן**. אין מוטלת על ישראל כל חובה להרחיב את מעגל הכנסים לישראל מעבר לכך – הרחבה שיש לה משמעויות מדיניות וביטחוניות – בין אם לצורך ביקורי כלואים ובין אם לכל צורך אחר.

עמדת המשיבים תפורט להלן.

### **רקע עובדתי**

#### **ההתנתקות וסיום התפיסה הלוחמתית ברצועת עזה**

5. מאז מלחמת ששת הימים ועד ליום 12.9.05 הוחזקה רצועת עזה ב"תפיסה לוחמתית" על-ידי כוחות צה"ל.

לעניין השתלשלות העניינים מבחינה משפטית בנוגע לדין שחל ברצועת עזה בתקופה שמלחמת ששת הימים ועד ליום 12.9.05 נבקש להפנות לפסק דינם של עשרת שופטי הרוב בבג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' הכנסת**, פ"ד נט(2) 481.

6. במהלך החודשים אוגוסט-ספטמבר 2005 יישמה מדינת ישראל את התוכנית להתנתקות מאזור חבל עזה ומאזור בצפון השומרון. במסגרת תוכנית ההתנתקות פינתה מדינת ישראל את כל יישוביה, אורחיה וכוחותיה הצבאיים מאזור חבל עזה.

7. ביום 12.9.05 הסתיים יישומה של תכנית ההתנתקות, ואחרון חיילי צה"ל ואזרחי מדינת ישראל עזב את שטח רצועת עזה. עוד באותו היום, 12.9.05, הוציא מפקד פיקוד הדרום באותה עת, האלוף דן הראל, ששימש כמפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, מנשר בדבר סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה.

8. לפיכך, החל מיום 12.9.05, בשעה 24:00, הסתיים הממשל הצבאי של צה"ל בשטח רצועת עזה, ואיתו הסתיימה גם התפיסה הלוחמתית של צה"ל את רצועת עזה, **ורצועת עזה אינה עוד שטח הנתון בתמיסה לוחמתית**, על כל המשתמע מכך מבחינה מדינית, ביטחונית ומשפטית.

בית המשפט הנכבד קיבל, את עמדת המשיבים בהיבט זה, וקבע במפורש, כי הרצועה אינה נתונה עוד בתפיסה לוחמתית של ישראל, ומשכך אין חלות על מדינת ישראל ביחס לעזה ולתושביה החובות החלות על "כובש" על-פי המשפט הבינלאומי.

כך למשל נאמר לעניין זה בע"פ 6659/06 פלוני ואח' נ' מדינת ישראל, תק-על 2008(2), 3270 (להלן – פרשת פלוניס):

**"בהגדרה זו עשויים להיכלל גם תושבי רצועת עזה שכינם אינה נתונה עוד בתפיסה לוחמתית. בהקשר זה יצוין כי בעקבות סיום הממשל הישראלי הצבאי ברצועת עזה בספטמבר 2005, אין למדינת ישראל נוכחות פיזית קבועה ברצועה, ואף אין לה אפשרות ממשית למלא את החובות המוטלות על שלטון כובש מכות הדין הבינלאומי, ובהן החובה המרכזית לשמירה על הסדר הציבורי והביטחון. כל ניסיון להשליט את סמכותה של מדינת ישראל ברצועת עזה, צפוי להיות כרוך בפעולות צבאיות מורכבות וממושכות. בניסבות אלה – בהן אין למדינת ישראל פוטנציאל אמיתי לשליטה אפקטיבית כנעשה ברצועת-עזה – אין לראות ברצועה שטח הנתון בתפיסה לוחמתית מבחינת הדין הבינלאומי, אף כי נוכח הייחודיות של המצב השורר שם, מוטלות על מדינת ישראל חובות מסוימות כלפי תושבי הרצועה..."**

... באשר לקיומן של חובות מסוימות המוטלות בניסבות הקיימות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה, ראו: בג"ץ 9132/07 גבר אלבסיוני נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 30.1.2008). בענייננו, בהתחשב בכך שרצועת עזה אינה מצויה בשליטתה האפקטיבית של מדינת ישראל, מתבקשת המסקנה כי תושבי הרצועה מהווים גורמי חוץ עליהם עשוי לחול חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים בהתאם למהותו ולהכליתו של חוק זה".

(ההדגשות הוספו)

לעניין זה ראו גם בג"ץ 9132/07 אלבסיוני ואח' נ' ראש הממשלה ואח', תק-על 2008(1), 1213 (להלן – פרשת אלבסיוני).

9. החל ממועד תום הממשל הצבאי בחבל עזה, צה"ל אינו מפעיל עוד סמכויות ממשל צבאי ברצועת עזה, ובכלל זה סמכויות מכוו תחיקת הביטחון. ממועד זה, מלוא הסמכויות השלטוניות בכל שטחי הרצועה מסורות לצד הפלסטיני.

10. לאור האמור, נקבעו בדין הישראלי מספר הסדרים אשר נועדו למלא את מקומה של תחיקת הביטחון, מקום שהיה בכך צורך.

כך למשל, נקבעו בדין הישראלי הוראות חדשות ביחס לכניסת תושבי רצועת עזה לישראל, וכן נקבעו הוראות המסדירות את המשך החזקתם בישראל של אסירים אשר נשפטו בבית המשפט הצבאי ברצועת עזה, ועל כך נרחיב בהמשך.

11. כאן המקום לציין, כי על אף יציאת כוחות צה"ל מאזור חבל עזה, וסיום התפיסה הלוחמתית באזור כאמור, ממשיכים ארגוני הטרור כל העת לבצע פעולות טרור נגד מדינת ישראל, ונגד אזרחיה ותושביה, מתוך שטח רצועת עזה, ובכלל זה ירי טילים ופצצות מרגמה לעבר מדינת ישראל ופיגועים וניסיונות פיגוע המכוונים כנגד אזרחים וחילי צה"ל במעברים שבין רצועת עזה לישראל, לאורך גדר המערכת ובשטח מדינת ישראל. מעשי טרור אלה מהווים המשך ישיר לפעולות ארגוני הטרור נגד מדינת ישראל ותושביה, אשר למולה מנהלת ישראל לחימה מזוינת מכוח זכותה להגנה עצמית מזה שמונה שנים.

### השתלטותו האלימה של ארגון החמא"ס על רצועת עזה והחלטת הקבינט בעקבותיה

12. בחדש יוני 2007, השתלט ארגון החמא"ס באופן אלים על רצועת עזה כולה, וזאת כשנתיים לאחר שמדינת ישראל פינתה מתוכה את כל אזרחיה וכוחותיה הצבאיים אשר ישבו בה. כיום שולט ארגון החמא"ס הן בשטח רצועת עזה והן במעברים שבין ישראל לרצועת עזה, בצידם הפלסטיני.

כידוע, ארגון החמא"ס הינו ארגון טרור רצחני, הפועל ללא לאות לפגיעה במדינת ישראל ותושביה, והמבצע באופן תדיר פיגועים, פיגועי ירי, וירי רקטות כנגד אזרחי ישראל וחילי צה"ל, ללא אבחנה.

13. מדינת ישראל מתוקף זכותה המלאה להגנה עצמית, פעלה בעבר ופועלת גם כיום, על מנת להגן על יישוביה, אזרחיה ותושביה במסגרת העימות המזוינת המתמשך גם היום בינה ובין ארגוני הטרור, ובראשם ארגון החמא"ס השולט ברצועה.

### פעולותיה של מדינת ישראל כאמור הינה באמצעים שונים - צבאיים, מדיניים, כלכליים וכיוצא בזה.

14. כך, בהמשך להשתלטותו האלימה של ארגון החמא"ס על רצועת עזה, התכנסה ועדת השרים לביטחון לאומי (להלן – **הקבינט**) ביום 5.9.07 ושוב ביום 19.9.07 והחליטה, בין השאר, כי נוכח השתלטותו של ארגון החמא"ס על רצועת עזה הפכה הרצועה ליישטח עויני, **הזהה כמעט מכל בחינה רלוונטית למדינת אויב עמה מתקיים מצב מלחמה**. בעקבות זאת, החליט הקבינט להטיל הגבלות על העברת טובין לעזה, לצמצם את אספקת הדלק והשירותים לרצועה ולהגביל את התנועה לרצועה וממנה.

הודעת מזכירות הממשלה על החלטת הקבינט המדיני בטחוני מצורפת ומסומנת מש/1.

יחד עם זאת, נקבע על-ידי הקבינט, כי ההגבלות דלעיל תוטלנה "לאחר בחינה משפטית ותוך התחשבות בחיבטיים ההומניטאריים השוררים ברצועת עזה, מתוך כוונה להימנע ממשבר הומניטארי".

החלטה זו הייתה ועודנה נדבך נוסף במאבקה של מדינת ישראל בטרור המופעל כלפיה מן הרצועה.

הרקע והתכלית של החלטת הקבינט פורטו בתשובת המדינה לעתירה בעניין **אלבסיוני**, המצורפת ומסומנת **מש/2**.

### הכלואים תושבי הרצועה המוחזקים בישראל והדין הרלוונטי

15. בבתי הכלא בישראל מוחזקים כיום כ-865 כלואים תושבי עזה (להלן – **הכלואים העזתיים**). כלל הכלואים העזתיים מוחזקים בישראל **בהתאם להוראות הדין הישראלי**.
  16. מקצתם של הכלואים העזתיים מוחזקים בישראל בהתאם להוראות חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב - 2002 (להלן - **חוק הלוחמים הבלתי חוקיים**).
  17. חלק אחר מבין הכלואים העזתיים הועמדו לדין בישראל, ועושי המאסר שהם מרצים הוטלו עליהם בהתאם להוראות הדין הפלילי הישראלי המהותי וסדר הדין הפלילי הישראלי. נוסף על כך, ישנם כלואים אשר מוחזקים במעצר, עת שמתנהל הליך פלילי בעניינם.
  18. חלק נוסף מבין הכלואים העזתיים הועמדו לדין בבית משפט צבאי בחבל עזה. כלואים אלו נשפטו, הורשעו ודינם נגזר, בהתאם לתחיקת הבטחון ברצועת עזה. עם סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה, כמפורט לעיל, נוצר צורך להבהיר ולהסדיר את המצב המשפטי בכל הנוגע לביצוע עושי מאסר שנגזרו על ידי בית משפט צבאי בהתאם לתחיקת הבטחון.
  19. לפיכך, נחקק בשנת 2007 חוק עונש מאסר שגזר בית משפט צבאי בחבל עזה (הוראות מעבר) התשס"ז-2007 (להלן - **חוק עונש מאסר שגזר בית משפט צבאי בחבל עזה**), אשר תכליתו, כפי שהובאה בדברי החסבר להצעת החוק, הינה "להחליף את המקור המשפטי לנשיאת עונש מאסר שגזרו בתי המשפט הצבאיים, בישראל, ולעגנו בחקיקה ראשית שתסדיר את מכלול הנושאים הנוגעים לנשיאת עונש המאסר כאמור, ובין השאר חישוב תקופת המאסר, מאסר על תנאי, שחרור על תנאי וחנינה".
- הצעת חוק עונש מאסר שגזר בית משפט צבאי בחבל עזה (הוראות מעבר) התשס"ו - 2006, מצורפת ומסומנת **מש/3**.

20. בהתאם לאמור, קובע סעיף 2 לחוק כי:

”עונש מאסר שגזר בית משפט צבאי בחבל עזה לפני תחילתו של חוק זה, יבוצע בישראל, ודינו, ככפוף להוראות חוק זה, לכל דבר וענין לרבות לענין חגיגה, קציבה, הקלה בעונש או שחרור מוקדם ממאסר, כדין עונש מאסר שנגזר בישראל.”

21. תנה כי כן, כלל הכלואים העותיים מוחזקים בישראל מכת הדין הישראלי.

### המדיניות שנהגה בנוגע לביקורי אסירים

22. מזה שנים רבות מוחזקים פלסטינים תושבי איו"ש ורצועת עזה במעצר או במאסר במתקני כלואה בישראל. לאורך השנים התאפשרה כניסתם לישראל של קרובי משפחתם לצורך ביקורם, זאת, בסיועו של ארגון הצלב האדום הבין-לאומי (להלן - הצל"א).

במסגרת זו, הצליח מרכז את הבקשות לביקורים מבני משפחותיהם של הכלואים, מתאם את כניסתם לישראל אל מול הגורמים הרלבנטיים, מממן ומתפעל את ההסעות לבתי הכלא השונים ובחזרה.

23. החל מראשית שנות התשעים כניסתם של פלסטינים תושבי האזורים לישראל מצריכה אישור פרטני - ומאז אותה עת התקיימו ביקורי הכלואים בכפוף למדיניות מפקדי כוחות צה"ל באזורים, המגובשת על-ידי מפקדת תיאום פעולות הממשלה בשטחים והשב"כ.

24. בהתאם למדיניות ה**הנוכחית**, אשר מוחלת לגבי ביקורים מאיו"ש **(מדיניות העשייה להשתנות מעת לעת)**, ביקורי כלואים מתאפשרים רק לבני משפחה מדרגה מסוימת. ככלל, קרובים כאמור שגילם מתוך טווח גילאי הסיכון המוגבר (השוו: בג"ץ 11120/05 חמדאן נ' אלוף פיקוד הדרום, תק-על 3/2007) 2071 (2007), כלומר, מתחת לגיל 16 או מעל לגיל 35, רשאים לבקר ללא הגבלה עקרונית. לעומת זאת, כניסתם של קרובים שגילם בטווח האמור מצריכה אבחון פרטני, כאשר צאצאים בגילאים אלו רשאים לבקר את הוריהם הכלואים פעמיים בשנה בלבד, ואחים/אחיות באותם גילאים רשאים לבקר פעם בשנה בלבד.

25. בנוסף, המפקד הצבאי מחזיק בשיקול דעת ביטחוני רחב, והוא רשאי לדחות בקשה עקב קיומה של מניעה ביטחונית פרטנית. לא למותר לציין, כי גם רשויות הכלואה שומרות בידן שיקול דעת, ובאפשרותן להורות כי כלוא מסוים לא יקבל ביקורים לתקופה מסוימת.

26. הגם שמציאות זו נולדה על רקע השליטה הישראלית באיו"ש ובאזח"ע, ביקורי הכלואים מרצועת עזה נמשכו כסדרם גם לאחר יישום תוכנית ההתנתקות וסיומו של הממשל הצבאי ברצועה בספטמבר 2005 – החל מחודש נובמבר אותה שנה התאפשרו ביקורים באופן סדיר, באותה מתכונת.

27. עם תחילתם של האירועים האלימים שהוביל החמא"ס במסגרת השתלטותו על הרצועה, כמפורט לעיל, נסגרו כלל המעברים בין ישראל ורצועת עזה, הן לתנועת אנשים והן לתנועת סחורות (למעט לצורך הכנסת אספקה הומניטארית **דחופה** לרצועה והוצאת פצועים וחולים הזקוקים לטיפול רפואי לישראל, במקרים המתאימים). המועד האחרון בו התאפשרו ביקורי כלואים על-ידי תושבי רצועת עזה היה ה- 4.6.07.

28. בתחילה, הפסקתם של ביקורי הכלואים היוותה חלק ממדיניות מצמצמת כללית, אשר נבעה מהסיכון הביטחוני שנשקף מכל פתיחה של המעברים – עקב ניסיונות חדירה של גורמי טרור וירי בלתי-פוסק על המעברים עצמם, אשר סיכן הן את האזרחים והחיילים הישראלים והן את העוברים הפלסטינים; וכן, מהעדר גורם פלסטיני מולו ניתן היה לתאם את תנועת האנשים והסחורות, עקב השתלטות כוחות החמא"ס על הצד הפלסטיני של המעברים השונים.

בהמשך, התקבלה כאמור החלטת הקבינט מיום 19.9.07, אשר בה הוחלט, בין השאר, כי יוטלו הגבלות על "תנועת אנשים מן הרצועה ואליה". כזכור, מכוחה של החלטה זו צומצמה בשעתו אספקת הדלקים לרצועת עזה וכן נשקלה האפשרות לצמצם את יקף אספקת החשמל, צעדים אשר נקייטתם אושרה על-ידי בית המשפט העליון בפרשת **אלבסיוני** לעיל.

29. בהקשר זה, ובהתאם לאמור, יש להבהיר, כי ככל שהדבר נוגע לביקורי הכלואים, הרי שהמשיבים לא הטילו עד כה, בהתאם לשיקול הדעת הנתון להם, מגבלה כללית, בהקשר זה, על עצם קבלת ביקורים על ידי הכלואים העזתיים.

המגבלה הקיימת כיום (אף כי ייתכן שתשתנה בעתיד), היא על **כניסתם לישראל של תושבי רצועת עזה**, ובכלל זה על כניסתם של תושבי רצועת עזה לשם ביקור קרובי משפחתם הכלואים בישראל (בין אם כלואים אלה הינם תושבי עזה, תושבי איו"ש או אף תושבי או אזרחי מדינת ישראל).

יחד עם זאת, לעת הזו אין מניעה עקרונית לכך שכלואים עזתיים יזכו לביקורים מקרובי משפחה המתגוררים בישראל, ואף מקרובי משפחה המתגוררים באזור יהודה והשומרון, הכל בכפוף להסדרים הרגילים הנהוגים על ידי רשויות הכליאה ורשויות הביטחון בישראל, בעניינים כגון דא, ותוך שמירת זכותה של הממשלה לשנות הסדרים אלה, בהתאם לכל דין, ככל שתראה זאת לנכון.

## עמדת המשיבים

### דחיית העתירה על-הסף בהיעדר זכות להיכנס לישראל

30. למעשה, בקשת העותרים בשתי העתירות היא לחייב את מדינת ישראל לאפשר את כניסתם מעזה לישראל של תושבי רצועת עזה על-מנת שיוכלו לבקר את בני משפחתם הכלואים בישראל.

31. ואולם, נקודת המוצא לענייננו היא, כי לפלסטינים תושבי רצועת עזה, שהם תושבי ישות עוינת למדינת ישראל המתגוררים בשטח המצוי בשליטתו של ארגון טרור אשר מצוי בעימות מוזין פעיל כנגד ישראל, אין כל זכות שבדין להיכנס לשטח ישראל, ולמדינת ישראל אין כל חובה להתיר את כניסתם לשטחה מן הרצועה.

32. העותרים מרחיבים את היריעה בנוגע לזכויות האסירים לקבל ביקורים ולזכויות בני המשפחה לבקר את הכלואים. אלא שדין זה איננו רלוונטי במידה רבה, שכן גם אילו היו קיימות זכויות כאלה ואחרות לעותרים בהקשר זה, ברור שזכות אחת אינה נתונה לתושבי רצועת עזה: הזכות להיכנס לישראל. ודוק: לכלואים העזתיים, ולמעשה, לאף אדם הכלוא בישראל, אין כל זכות שבדין כי תאפשר כניסתם לישראל של זרים שהינם תושבי ישות עוינת, המצויה במצב לחימה פעיל ומתמשך נגד מדינת ישראל.

33. בית המשפט הנכבד קבע לא אחת בעבר, כי זכותה הריבונית של המדינה לקבוע מי ייכנס בשעריה, וכי היקף שיקול הדעת הנתון לרשויות בעניין זה הוא רחב ביותר.

עמדה זו של בית המשפט עוברת כחוט השני בפסיקותיו בעבר הרחוק והקרוב (וראו, למשל, לעניין זה: בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1), 113).

"בעניין זה, כמו בשאר העניינים לפי חוק זה [חוק הכניסה לישראל, התשי"ב - 1952, ה.ג. ו.ג.ש.], שיקול-דעתו של השר (ושל מי שפועל על-פי העברת סמכויות מהשר) הוא מוחלט, כי סעיף 9 לחוק לתיקון סדרי המינהל (הגמקות), תשי"ט-1958, קובע שחובת ההגמקה אינה חלה על החלטות לפי חוק הכניסה לישראל. כוח בלתי רגיל זה נובע כנראה מתוך כך שלדעת המחוקק אדם אשר אינו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות אין לו זכות כניסה לארץ או זכות שהיה בה אלא ברשות, ואף כשהוא נכנס אליה או יושב בה כדן, רשאי שר הפנים בכל עת, לפי סעיפים 111-13 לחוק, לבטל את האשרה או רשיון הישיבה שניתן לו - גם זאת ללא מתן נימוקים.

...

בכל הנוגע לענייני כניסה של זרים לישראל וישיבה בה, אין היא מיוחדת במינה או יוצאת דופן. בדרך כלל, כל ארץ שומרת לעצמה את הזכות למנוע מאנשים זרים להיכנס לתחומה או להרחיקם מתחומה כאשר אינם רצויים עוד, מסיבה זו או אחרת, ואף ללא כל סיבה.



אבל לעצם העניין, אין לאדם, שאינו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות כל זכות לבוא ארצה או לשהות בה, כתייר או כחושב, ללא הסכמת השלטונות המוסמכים. [ההדגשות הוספו]

34. לעניין זה נבקש להבהיר, כי עמדתו של בית המשפט הנכבד אף עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי, כמו גם עם המשפט הנוהג במדינות העולם, לפיו **כל מדינה שומרת לעצמה זכות מוחלטת לקבוע אילו זרים ייכנסו אליה**, וככלל, אין היא חייבת לנמק בפני אדם זר מדוע היא מסרבת להתיר את כניסתו לתחומה, לא כל שכן שאין היא חייבת לנמק בפני אדם כלשהו מדוע היא מסרבת להתיר כניסתו של אדם אחר (כגון, קרוב משפחה), לתחומה.

על אחת כמה וכמה שכך הדבר לגבי זרים שהינם תושבי מדינת אויב או ישות אויב.

35. כידוע, סמכותו של שר הפנים ליתן רישיונות על פי חוק הכניסה לישראל, פורשה בבית משפט זה כסמכות בעלת שיקול דעת רחב ביותר (ראו, למשל: בג"ץ 431/89 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו (4), 505, בין אם עסקינן בכניסה לישראל מרחבי תבל, ובין אם עסקינן בכניסה מרצועת עזה).

לעניין זה ראו למשל את פסק הדין בבג"ץ 7277/94 פלוני נ' המושל הצבאי לחבל עזה, תק-על 889 (2)95, שם עתרו תושבים מרצועת עזה, עת הייתה נתונה בתפיסה לוחמתית, בבקשה לקבלת היתר יציאה לישראל, ובו נקבע כדלקמן:

"לאיש מן העותרים אין זכות קנויה להיכנס לישראל כדי לעבוד בה. ההחלטה אם להתיר כניסתם "לישראל, לצרכי עבודה או לצורך אחר כלשהו, נתונה לשיקול דעתו של המשיב..."

כן ראו: בג"ץ 11809/05 אלסיד נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2314 (1)2006; בג"ץ 2875/06 כואזבה נ' שר הביטחון, תק-על 4729 (2)2006; בג"ץ 11764/05 קרעאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2040 (1)2006; בג"ץ 5108/05 עודה נ' משטרת ישראל, תק-על 3546 (3)2005; בג"ץ 2475/06 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 3865 (2)2006.

36. המשיבים יבקשו להזכיר, כי אף בעניינים הומניטארים מובהקים יותר מהעניין המועלה בעתירה שבפנינו – כניסתם לישראל של פלסטינים לצורך טיפול רפואי – קבע בית משפט נכבד זה במפורש, כי לתושבי הרשות הפלסטינית אין כל זכות קנויה להיכנס לישראל לצורך טיפול רפואי (בג"ץ 4920/06 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש תק-על 2)2006, 4595 (2006)).

37. לא למותר להזכיר בהקשר זה, כי ככל שהדבר נוגע לכניסה לישראל של תושבי רצועת עזה, קובע חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: **הוראת השעה**) בסעיף 2 בו (בכפוף לחריגים מסוימים הקבועים בחוק), כדלקמן:

"בתקופת תוקפו של חוק זה, על אף האמור בכל דין לרבות סעיף 7 לחוק האזרחות, שר הפנים לא יעניק לתושב אזור או לאזרח או לתושב של מדינה המנויה בתוספת אזרחות לפי חוק האזרחות ולא ייתן לו רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, ומפקד האזור לא ייתן לתושב אזור היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון באזור".

[ההגדשות הוספו]

38. על אחת כמה וכמה הדברים האמורים לעיל נכונים כיום לגבי רצועת עזה, שהינה ישות עוינת הנשלטת על ידי ארגון טרור, ואשר מצויה במצב לחימה פעיל עם מדינת ישראל.

דוגמה לעקרון זה ניתן למצוא לאחרונה בבג"ץ 9657/07 גרבו ע' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית תק-על 2362 (3), 2008, שם נדחתה עתירה שעניינה כניסת תושבת הרצועה לישראל לצורך מעבר לאיו"ש, שם הייתה אמורה להתחתן, בית המשפט הנכבד ציין כי:

"הרשות המוסמכת התליטה כי בנסיבות דהיום אין להתיר מעבר כאמור אלא במקרים חריגים וכי עניינה של העותרת I אינו בא בגדרם. על רקע המציאות הביטחונית הקיימת, במיוחד ברצועת עזה, לא מצאנו שגפיל פגם בהחלטה שלא להיעתר לבקשתה של העותרת I. המקרה הנוכחי שונה באופן מהותי ממקרים אחרים בהם קיימות נסיבות רפואיות חריגות וכדומה. יש לזכור כי לעותרת I אין זכות קנויה להיכנס לישראל למטרה כלשהי, כולל מעבר לאזור יהודה והשומרון".

[ההגדשות הוספו]

39. מהאמור לעיל עולה בבירור, כי לתושבי רצועת עזה אין כל זכות שבדין, קל וחומר זכות מוקנית כלשהי לקבלת היתר כניסה לישראל, ולכלואים עצמם אין כל זכות שבדין כי מדינת ישראל תאפשר את כניסתם לשטחה של קרובי משפחתם, שהינם תושבי רצועת עזה לשם ביקור.

כך על דרך הכלל, ועל אחת כמה וכמה בנקודת הזמן הנוכחית, עת מנהלת ישות הטרור השולטת ברצועה לחימה נגד תושבי מדינת ישראל, תוך הפרת כל כלל אפשרי כמעט של המשפט הבינלאומי (השו: בג"ץ 5429/07 רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון, תק-על 2007 (2) 5055; בג"ץ 11120/05 פרשת חמדאן דלעל). מדינת ישראל אף אינה חייבת ליטול סיכונים כלשהם בהתרת כניסה לישראל, של זרים בכלל ושל תושבי רצועת עזה בפרט, ואף לא מוטל עליה כל נטל הוכחה בהקשר זה בעניינו של פלוני.

40. לסיכום נקודה זו: על מדינת ישראל לא מוטלת כל חובה, לאפשר את כניסתם לשטחה של מי שהינם תושבי רצועת עזה, דהיינו תושבי ישות עוינת, הנתונה לשליטתו של ארגון טרור, המנהל מנחה לחימה בלתי פוסקת נגד אזרחי ישראל ותושביה, לכל צורך שהוא, ובכלל זה לשם ביקור קרובי משפחתם הכלואים בישראל.

כשם שלא יעלה על הדעת למשל, כי מדינת ישראל תהיה מחויבת להכניס לשטחה נתין איראני, נתין לבנוני או נתין סורי לשם ביקור של קרוב משפחתו הכלוא בישראל, כך אין היא מחויבת להכניס לשטחה את תושביה של רצועת עזה.

41

לצורך ההשוואה הנ"ל ברי, כי האינטרסים של אסירים תושבי עזה ושל אסירים תושבי איראן, סוריה או לבנון בקבלת ביקורים הם זהים; הזכויות הנתונות לאסיר לבנוני, סורי או איראני, הכלואים בישראל ולאסיר עזתי הכלוא בישראל גם הן דומות, לכאורה (ואין צורך להכריע אם מדובר בזכויות להן טוענים העותרים אם לאו).

בכל זאת ברור לחלוטין, כי חרף קיומם של אינטרסים כאלה ואחרים וזכויות כאלה ואחרות הנתונות לאסירים איראנים, סורים או לבנונים, אין כל חובה שמוטלת על מדינת ישראל לאפשר לנתינים לבנונים, סורים או איראנים להיכנס לתחומה, לצורך ביקורם של אסירים בעלי אותה נתינות, או לכל צורך אחר.

ההיפך הוא הנכון: כאשר עסקינו בנתינים של מדינות אויב, נקודת המוצא הברורה מאלה היא, כי לאלה לא יורשה להיכנס לשטח המדינה. הוא הדין אף לגבי תושבי עזה.

מקל וחומר שכך הם פני הדברים כאשר אין מדובר "רק" בכניסתם לישראל של תושבי ישות עוינת, אלא כאשר מדובר בתושבי ישות עוינת הנמצאת במצב לחימה פעיל עם מדינת ישראל.

לא למותר לציין, כי אף דיני הלחימה במשפט הבינלאומי – שהם הדינים החלים כיום על הלחימה המתנהלת בין ישראל לארגוני הטרור ברצועת עזה, בראשם ארגון החמאס, כפי שקבע בית המשפט הנכבד במפורש בפרשות פלונים ואלבסיוני לעיל – אינם מחייבים צד לעימות מזוין לאפשר כניסתם לשטחו של תושבי ואזרחי הצד השני לעימות לצורך ביקור כלואים.

42

אף העותרים אינם מביאים בעתירותיהם ולו דוגמא אחת, למדינה אחת, שבעת עימות מזוין מול מדינה (או יישות) אחרת איפשרה כניסתם לתחומה של נתיני המדינה האחרת, באופן שיטתי, לצורך ביקורי כלואים. ממילא לא מוצגת על-ידי העותרים דוגמא למדינה כלשהי במצב הנ"ל שראתה עצמה **מחויבת** לכך מבחינה משפטית. המשיבים יטענו כי די בכך בלבד כדי להביא לדחיית העתירה על-הסף.

**דחיית העתירה על-הסף כיוון שמדובר בשיקולים מדיניים מובהקים**

43. לצד העובדה כי לא קיימת כל חובה משפטית לאפשר כניסת תושבי עזה לישראל, קיים מצב מורכב, הכולל, בין השאר, סיכון ביטחוני מוגבר מצד תושבי רצועת עזה (השוו: בג"ץ 11120/05 לעיל); המשך פעילות הטרור הנפשעת מצד ארגון הטרור השולט ברצועה כנגד תושבי מדינת ישראל, תוך הפרה בוטה של כללי המשפט הבינלאומי (**המתבטאת, למשל, בירי חסר הבחנה של טילים על אזרחים ישראלים, בכללם קשישים וטף, ובהחזקתו של החייל גלעד שליט, מזה למעלה משנתיים בתנאים המהווים הפרה מוחלטת של המשפט הבינלאומי, ושל עקרונות מוסריים בסיסיים**); מגעים מדיניים שונים, הקשורים לעניין באופן ישיר או עקיף; וכיוצא באלה. הנטל לאון בין כלל השיקולים הצריכים לעניין מוטל על הממשלה. בהתאם להלכה הפסוקה של בית משפט נכבד זה, בית המשפט הנכבד לא יתערב, בסיטואציות כגון דא, בשיקוליה של הממשלה.

44. מכוח היותה של הממשלה "הרשות המבצעת" של המדינה, היא זו שמוסמכת לנהל את ענייני החוץ והביטחון של המדינה. לעניין זה ראו: בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד (נה2), 455 (2000), בעמ' 471; בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647 (1994), בעמ' 651. וכן ראו בג"ץ 550/06 ובג"ץ 596/06 זאבי נ' ממשלת ישראל, תק-על 1893 (1)2006 (2006).

45. כמפורט לעיל, במסגרת סמכותה זו של הממשלה, החליט הקבינט המדיני-ביטחוני ביום 19.9.07, כי נוכח השתלטותו של ארגון החמאס על רצועת עזה הפכה הרצועה ל"ישטח עויין", הוזה כמעט מכל בחינה רלוונטית למדינת אויב עמה מתקיים מצב מלחמה. בעקבות זאת, החליט הקבינט להטיל הגבלות על העברת טובין לעזה, לצמצם את אספקת הדלק והשירותים לרצועה ולהגביל את התנועה לרצועה וממנה.

יחד עם זאת, נקבע כי ההגבלות דלעיל תוטלנה "לאחר בחינה משפטית ותוך התחשבות בהיבטים ההומניטאריים השוררים ברצועת עזה, מתוך כוונה להימנע ממשבר הומניטארי".

46. בית המשפט הנכבד חזר, פעם אחר פעם, על הקביעה כי ישנם נושאים, שראוי להם, מבחינה מוסדית, שלא להיות מוכרעים על-פי אמות מידה משפטיות גרידא. יפים לעניין זה דברי כב' השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2), 441 (1988) בעמ' 488, כדלקמן:

"סכסוך הוא שפית מוסדית, אם ראוי לו לסכסוך שיוכרע על פי המשפט בבית המשפט. סכסוך אינו שפית מוסדית, אם ראוי לו לסכסוך שלא יוכרע על פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט. השפיות המוסדית עוסקת, איפוא, בשאלה אם המשפט ובית המשפט הם המסגרות הראויות להכרעה בסכסוך. השאלה אינה אם ניתן להכריע בסכסוך על פי המשפט ובבית המשפט, התשובה על שאלה זו היא בחיוב. השאלה הינה אם רצוי להכריע בסכסוך - שהוא שפית נורמטיבית - על פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט".

ראו גם: בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4), 210, בעמ' 215; בג"ץ 2644/94 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(4), 341; בג"ץ 3784/95 "בצדק" נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט(5), 362; בג"ץ 3125/98 עימד נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נה(1), 913; בג"ץ 3507/02 אגודת צדק תרדוף נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(3), 37; בג"ץ 550/06 זאבי נ' ממשלת ישראל, תקדין 1893 (1)2006.

47. נציין, כי מדינת ישראל רשאית, במסגרת החלטה או מחווה מדינית, לאפשר את הפריבילגיה של התרת כניסת תושבי רצועת עזה לישראל לשם מטרות שונות, כפי שהחליטה במספר מקרים אחרים, והיא רשאית, מטעמים מדיניים ואחרים להחליט שלא לאפשר את הפריבילגיה הנ"ל.

ואולם, החלטה מדינית שלא ליתן היתרי כניסה לישראל לתושבי ישות עוינת, על רקע מצב מדיני-ביטחוני מסוים, אינה מבססת עילה להתערבות בית המשפט הנכבד.

48. נעיר, כי אף שמוטלות על מדינת ישראל חובות הומניטאריות מסוימות כלפי אוכלוסיית עזה בהתאם לדיני הלחימה במשפט הבינלאומי, הרי שאלה הן חובות מצומצמות, כפי שפירשן בית המשפט הנכבד בפרשת אלבסיוני.

דרישה מעין זו המועלית בעתירות - דרישה שמשמעותה התרת כניסתם של תושבי ישות עוינת, במציאות של עימות מזוין, באופן תדיר, למדינת ישראל לשם ביקור קרוביהם הכלואים בישראל - היא בבחינת הרבה מעבר למינימום ההומניטארי אליו גם התחייבה מדינת ישראל ביחס לרצועה. זו סוגיה הנמצאת בלב-לבה של סמכותו של הדרג המדיני להחליט על אופן ניהול העימות - בכלים צבאיים, מדיניים, כלכליים ואחרים. יכול הדרג המדיני להחליט כך, משיקולים מדיניים, ויכול הוא להחליט אחרת.

49. אשר על כן, יטענו המשיבים, כי אין מקום שביט המשפט הנכבד, במסגרת שיקול הדעת המוקנה לו, יתערב בהחלטות הנוגעות לכניסתם לישראל של קרובי משפחתם של הכלואים העזתים, שהן החלטות הקשורות בסוגיות מדיניות מובהקות, ועניין באופן ניהול העימות המזוין עם ישות הטרור השולטת ברצועת עזה, וניהול מדיניותה של מדינת ישראל הנוגעת להיבטים הרבים והשונים של המציאות הקיימת.

50. עוד נוסף, כי מאז תחילת הלחימה בשטחים בכלל, ומאז השתלטותו האלימה של ארגון החמא"ס על הרצועה בפרט, כל הפעלה של המעברים לרצועה מסכנת באופן משמעותי את שלומם של החיילים והאזרחים המוצבים בהם.

51. לענין הסכנה הטמונה בכל פתיחה של מעבר ארו לעת הזו ראו למשל דברים שנאמרו בג"ץ 5429/07 **רופאים לזכויות אדם נ' שר הבטחון**, תק-על 2007(2) 5055 (2007), כדלקמן:

"... לטענת המשיבים יש לזכור כי – כאמור מעלה – כל פתיחה של מעבר ארו כרוכה בסכנה לחיי החיילים והאזרחים הישראליים, ואירע לאחרונה מקרה – למשל – שבו נשים פלסטינאיות בהריון שאמורות היו לעבור על יסוד הומניטרי, היו בעצם מחבלות מתאבדות. על כן יש לצמצם את פתיחת השער רק להכרחי, כדי שלא ייווצר מצב שאדם חולה פלוני יפעל בצורת "חמות נפשי עם ...". ...  
אולם, מנגד, לא אנו - וגם לא העותרים - עומדים במעבר ארו וחשופים לסכנות הטרור בכל פתיחה שלו, ועל כן לא יהא זה הוגן ומן המידה כי נחשוף במחי עט את חיילי צה"ל והאזרחים במעבר לפתיחתו מעל להכרחי, וזו הטענה בהקשר זה..."

כן ראו לענין זה בג"ץ 6339/07 **גזאווי נ' אלוף פיקוד הדרום**, תק-על 2007(3) 2330; וכן בג"ץ 6475/07 **אבו לבן נ' אלוף פיקוד הדרום**, תק-על 2007(3) 2384.

המשיבים יטענו, שברור וגלוי, שאין כל עילה המחייבת את מדינת ישראל לסכן את חייהם של חיילי צה"ל והאזרחים העובדים במעבר ארו, וזאת על מנת לאפשר לקרובי המשפחה של הכלואים העזתים, תושבי עזה, להיכנס לשטח מדינת ישראל לצורך ביקורם של קרובי משפחתם הכלואים בישראל. פעילות המעברים מצומצמת בחודשים האחרונים, ואין כל עילה שבדין לחייב את מדינת ישראל להרחיבה באופן משמעותי לצורך ביקורי כלואים, כאשר הדרג המדיני איננו רואה זאת לנכון, וכאשר הסיכון הביטחוני מהפעלה מסיבית של המעברים רב.

### התייחסות לטענות העותרים

#### באשר לטענה בדבר פגיעה בזכויות הכלואים לפי המשפט הישראלי

52. העותרים מעלים בעתירותיהם טענות לפיהן העובדה שמאז יוני 2007 לא מתאפשרת כניסתם לישראל של תושבי רצועת עזה לשם ביקור קרובי משפחתם הכלואים בישראל, מהווה פגיעה בזכות המוקנית להם בדין הישראלי.

53. כאמור לעיל, החזקתם של תושבי רצועת עזה בישראל נעשית בכמה אפיקים משפטיים נפרדים, ובהתאם היא מוסדרת במספר דברי חקיקה שונים.

ככל שמדובר בכלואים המרצים עונשי מאסר שנגזרו על-ידי בתי המשפט הצבאיים שפעלו ברצועת עזה עובר לסיום הממשל הצבאי, הרי שבהתאם לסעיף 2 לחוק עונש מאסר שגזר בית משפט צבאי בחבל עזה, שהובא לעיל, בדומה לכלואים המרצים עונשי מאסר שנגזרו על-ידי בתי המשפט בישראל ולכלואים שהחליק הפלילי בעניינם תלוי ועומד, נתאי החזקתם ובכלל זה, האפשרות לקבל מבקרים, מוסדרים בפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב – 1971 ובתקנות בתי הסוהר, תשל"ח-1978 (להלן – **תקנות בתי הסוהר**). במסגרת זו, תקנה 30 מאפשרת להגביל את הביקורים להם זכאי הכלוא, בנסיבות מסוימות.

לעומתם, ככל שמדובר בכלואים המוחזקים במעצר כחלק מהליך פלילי המתנהל נגדם, זכותם לקבל מבקרים מעוגנת בסעיף 9(ב)6 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 ובתקנה 12 לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תנאי החזקה במעצר), התשנ"ז-1997 (להלן: **תקנות סדר הדין הפלילי**) – וגם אותה ניתן להגביל בנסיבות מסוימות.

לבסוף, ככל שמדובר בכלואים המוחזקים לפי חוק הלוחמים הבלתי חוקיים, תקנה 12(א)2 לתקנות כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים, התשס"ב-2002 קובעת, כי כלאו "ירושה" לקבל מבקרים, לרבות בני משפחה – וכי ככל שאין המדובר בנציגי הצ"א, הדבר מותנה "ברשות מיוחדת שהרמטכ"ל רשאי לתתה לפי שיקול דעתו".

54. מכל מקום, **אין ללמוד מהאמור לעיל על כל זכות העומדת לכלוא כלשהו, ובכלל זה לכלואים העזתים, לקבל ביקורים של זרים שהינם נתינים של ישות עוינת, הנשלטת על ידי ארגון טרור רצחני, והמקיימת לחימה פעילה עם מדינת ישראל – ביקורים שמשמעותם התרת בניסה לישראל, על-פי דיני הכניסה לישראל, של נתינים זרים בכלל, ושל נתיני ישות עוינת, בפרט.**

55. עניינה של העתירה שלפנינו הוא בכניסתם של תושבי רצועת עזה לישראל – סוגיה אשר נשלטת על ידי דיני הכניסה לישראל, המוסדרים בחקיקה ראשית, ואף בחקיקת היסוד עליה נסמכים העותרים בעתירתם - חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

על פי דינים אלה, וכפי שפורט בהרחבה לעיל, לאף זר אין זכות קנויה להיכנס למדינת ישראל.

כך, אף סעיף 6(ב) לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו קובע כי זכות כניסה למדינת ישראל עומדת אך **לאזרח** של מדינת ישראל. בהתאם, וכמפורט לעיל קובע חוק הכניסה לישראל, כי כניסת זרים לישראל תיעשה אף על פי רישיון מטעם שר הפנים, אשר שיקול הדעת שלו בנתינת רישיון כאמור הינו רחב ביותר.

דינים אלה מגלמים את העיקרון עליו עמדנו לעיל, לפיו בידי המדינה, כמדינה ריבונית ועצמאית, מסור שיקול הדעת לקבוע מי יוכל לבוא בשעריה ומי לא.

56. זאת ועוד, כיום, בהתאם להוראות הוראת השעה, נקודת המוצא בכל הנגוע לכניסתם של תושבי רצועת עזה לישראל היא כי זו **אסורה**, בכפוף לתריגים מסוימים.

57. מן האמור עולה גם כי לאף אדם בישראל, בין אם הוא כלאו, בין אם הוא תושב או אזרח סתם, אין זכות כי יותר לאדם אחר - זר - להיכנס לארץ כדי לבקרו, מכל טעם, ולמדינת ישראל אין חובה להכניסם לשטחה, גם אם התוצאה של מניעת כניסה זו הינה פגיעה ביכולתו של אותו אדם לממש זכות אחרת העומדת לו, שכן עצם קיומה של זכות כזו, אינה מתגברת על העקרונות הכלליים עליהם עמדנו לעיל.

58. אף אילו היינו יוצאים מנקודת הנחה לפיה בעובדה שכניסתם של תושבי רצועת עזה, שהינם קרובי משפחה של הכלואים העותים אינה מתאפשרת כיום, יש משום פגיעה בזכויות כאלה ואחרות – ואין צורך להכריע בדבר – הרי שזו נעשית בהתאם לדיני הכניסה לישראל, הקבועים בחקיקת יסוד ובחקיקה ראשית.

59. כאן המקום לציין, כי בעתירה בבג"ץ 5268/08 נעשה ניסיון ליחס את שילת הביקורים להחלטת הקבינט, ונטען כי בהיותה של האחרונה אקט מינהלי היא אינה יכולה להוות מקור סמכות לכך, שכן זכותם של הכלואים לביקורים מעוגנת בחקיקה ראשית.

אלא, שבטענה זו אין ממש, שכן החלטת הקבינט (כמו גם צמצום הכניסות מעזה לישראל מאז השתלטות החמא"ס על הרצועה, ועד קבלת החלטת הקבינט), הינה בבחינת דירקטיבה מדינית המנחה את הגורמים המוסמכים על פי דיני הכניסה לישראל בדבר אופן יישום דיני הכניסה, עליהם עמדנו לעיל, לאור המצב העובדתי החדש שנוצר עם השתלטותו האלימה של ארגון החמא"ס על רצועת עזה. מקור הסמכות למניעת הכניסה הם דיני הכניסה לישראל, הקבועים כאמור בחקיקת יסוד ובחקיקה ראשית.

60. ביחס להחלטת הקבינט בהקשר זה, יטענו המשיבים גם, כי לא יכול להיות חולק על כך, שהחלטת מדיניות באשר לאופן הפעלת דיני הכניסה לישראל, לפיה תוגבל כניסתם לישראל של נתיני ישות עוינת, המצויה תחת שליטתו של ארגון טרור רצחני, הפועל והמאפשר לארגונים אחרים לפעול ברצועה תחת חסותו, לשם פגיעה במדינת ישראל, אורחיה ותושביה, היא החלטה סבירה ואף ראיה.

מדובר בצעד המהווה חלק מהמדיניות הכוללת של ישראל כנגד שלטון החמא"ס במסגרת העימות המזוין המתנהל ברצועה. מדובר ביישום עוינת, שמקבילה למעשה בכל היבט רלוונטי למדינת אויב. המדינה אינה מעוניינת להתיר כניסתם של תושבי אויב אל שטחה.

**עסקינו בצעד מקובל ביחסים בין ישויות מדיניות, של סגירת שערים בפני תושבי אויב. זאת, בראש ובראשונה כאקט מלחמתי בסיסי ומובן מאליו של מניעת כניסתם של נתיני אויב, וכחלק מהמדיניות הכללית מול שלטון החמא"ס, בצד המאמצים "הצבאיים המובהקים".**

61. לא למותר להוסיף, כי הגבלת הכניסה לישראל של תושבי עזה אינה מיוחדת לתושבי הרצועה הכלואים בישראל, כשם שהיא אינה מוגבלת למצבים של עימות מזוין: אסירי ישראל שהיה מבקש לקבל ביקור קרוב משפחה שהוא תושב רצועת עזה היה זוכה לתשובה דומה, שכן האיסור הכללי הוא על כניסתם של תושבי הרצועה לישראל, ולא על ביקור הכלואים. עוד ייתכן, לצורך העניין, כי שר הפנים יחליט שלא לאשר את כניסתו לישראל של אזרח אמריקאי מסיבות פרטניות, ובכך ימנעו מאסיר כלשהוא ביקוריו של אותו אדם. אם הכלוא יטען כי בכך נפגעה זכות מזכויותיו, שלא בהתאם להוראות הרלבנטיות בחקיקה הנוגעת לבתי הסוהר או בתקנות סדר הדין הפלילי, תשובת המדינה תהיה כי ההסמכה לכך היא בחוק הכניסה לישראל.



62. עוד נציין, כי לא ניתן להתעלם מכך שהביקורים מהווים פרצה ביטחונית, חרף מעורבותו של הצלי"א וריבוי הבדיקות הביטחוניות. מנתוני מפקדת התיאום והקישור (מת"ק) בארז עולה כי בעבר היו מספר ניסיונות חזירה לישראל במסגרת הביקורים, לרבות מקרים של הימלטות מבקרים. תושבי רצועת עזה הס, כאמור, אוכלוסיית "סיכון מוגבר" בהקשר זה – הדברים נובעים ממצב הלחימה הקיים, מהשתלטות החמא"ס על הרצועה, ובית המשפט הנכבד אף הכיר בהם ככאלה.

63. המשיבים יטענו, כי נוסף על כל האמור לעיל, בשעה שהרצועה נשלטת על-ידי ארגון טרור, שכל מעייניו נתונים לפגיעה בישראל ובאזרחיה, הסיכון הכרוך ממילא בקיום הביקורים מתעצם באופן משמעותי.

הדבר נכון במיוחד לאור העובדה שלהערכת המשיבים מספרם של המבקרים שיבקשו להיכנס לישראל אם וכאשר יחודשו הביקורים הוא בלתי-מבוטל כשלעצמו. **לשם השוואה, בחציון הראשון של שנת 2007 נכנסו לישראל 7,578 עזתיים לצורך ביקורי כלואים.** בהנחה שלא יחול בכך שינוי משמעותי, חידוש הביקורים יגדיל באופן ניכר את נפח התנועה במעברים, דבר המהווה כשלעצמו סיכון בטחוני בעת הנוכחית.

#### **המשפט הבינלאומי**

64. המשיבים יטענו, כי לא קיימת כל חובה במשפט הבין-לאומי ההומניטארי, החל על העימות המזוין בין מדינת ישראל לבין ארגוני הטרור הפלסטיים ברצועת עזה, לאפשר את כניסתם של פלסטינים תושבי הרצועה – **נתיני צד שכנגד לעימות מזוין** – אף לא בהיותם קרובי משפחה של כלואים המוחזקים על-ידה, לצורך ביקורם של האחרונים. זאת, כפי שיוסבר להלן.

65. **ראשית**, כאמור, המדובר בנתיני צד לעימות, שהם, מבחינה מהותית "נתיני אויב" לכל דבר ועניין. הטלת חובה על ישראל להתיר את כניסתם של אלה לישראל בעוד הלחימה מתנהלת **סותרת במידה רבה את "הנחת המוצא" של מצב העימות המזוין במישור הבין-מדינתי: הקפאת (או ניתוק) היחסים הדיפלומטיים וסגירת הגבולות.**

ויודגש – במצב לחימה, צעדים אלה לרוב אינם ננקטים נוכח "מסוכנות" קונקרטיה הנשקפת מנתיני האויב, כיחידים או קבוצה – אלא כחלק מהתנהלות נורמאלית של צדדים לעימות בשעה שהם נלחמים בינם לבין עצמם. מסקנה זו אינה משתנה כתלות במטרה לשמה מתבקשת הכניסה לשטח המדינה, והיא נכונה אף אם מטרת הכניסה המבוקשת היא ביקור בני משפחה הכלואים בישראל.

66. שנית, הפרשנות האמורה אף מתחייבת נוכח עקרונות המשפט הבין-לאומי, אשר ראש וראשון להם הוא, כידוע, עקרון עצמאות וריבונות המדינה. נקודת המוצא של המערכת המשפטית הבין-לאומית היא, שהמשפט הבין-לאומי נותן חופש פעולה למדינות, אלא אם יש כלל המגביל זאת. כך למשל אומר בהקשר זה פרופ' Shaw:

"The basic proposition is still operative in the sense that the starting point for the consideration of the rights and obligations of states within the international legal system is that international law permits freedom of action for states unless there is a rule constraining this. However, it must be emphasized that such freedom exists within and not outside the international legal system."

(MALCOLAM N. SHAW, INTERNATIONAL LAW 190 (5th ed., 2003) )

[ההדגשות הוספו]

בדומה, בעניין Lotus קבע בית הדין הבין-לאומי, כי יש להניח כנקודת מוצא, כי מדינה רשאית לנקוט צעד מסוים, בהיעדר איסור או מגבלה מפורשים על כך, וכי אי אפשר להניח קיומן של הגבלות על עצמאות מדינה. ובלשון בית הדין:

"[r]estrictions upon the independence of states cannot therefore be presumed."

(Lotus Case, The PCIJ, Series A, No. 10 (1927), p. 18)

כך, בענייננו יש להדגיש, כי לא קיימים בדין הבין לאומי ההומניטארי כל איסור או מגבלה המונעים ממדינה לקבוע מי יבוא בשעריה ולהפעיל שיקול דעת באשר למדיניות הכניסה לשטחה; זאת, בפרט מקום שמדובר בזרים, אשר הינם תושבים של שטח שהוגדר על-ידיה כ"שטח עוי", ממנו נמשכות כל העת פעולות איבה כנגדה.

67. עקרון הריבונות ועצמאות המדינות מקבל משנה-תוקף כשהמדובר בסוגיה של כניסת זרים, המצויה בליבה של ריבונות המדינה, והסוברניות שלה להכריע בנוגע לאופי התנועה לשטח המדינה.

את שאלת קיומם של ביקורי הכלואים לא ניתן לנתק מהקשר זה, ואת הזכות לביקורי כלואים, ככל שהייתה קיימת זכות כזו לכלואים תושבי עזה כיום, לא ניתן לפרש בהתעלם מריבונותה של המדינה ועצמאותה לבחור מי יבוא בשעריה – עקרונות המוכרים במפורש במשפט הבינלאומי – לא כל שכן כשהדבר נוגע לנתיני הצד השני לעימות מזוין.

68. **שלישית**, אף אילו היינו מניחים לצורך העניין שלכלואים בענייננו אכן קיימת זכות לביקורים לפי המשפט הבין-לאומי ההומניטארי – הנחה שאיננו מקבלים – הרי שעולה השאלה כיצד יש לפרש זכות זו על רקע המציאות הנוכחית של העימות המזוין אל מול שלטון החמא"ס ברצועת עזה. לעניין זה יפים, בשניונים המחויבים, דבריו של השופט בך בבג"ץ 253/88 **סג'דיה נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(3) 801 (להלן פרשת **סג'דיה**):

"אין להבין מדברים אלה כי יש ליישם, באופן עיוור, את כל ההוראות הכלולות באמנה והנוגעות לתנאי מעצרים של העצירים המינהליים; כל הוראה צריכה להיבדק על פי חשיבותה, חיוניותה והתאמתה לנסיבות המיוחדות של מחנה העצירים נושא דיוננו."

69. לצערנו, העמדה המוצגת בעתירות מייצגת את התפיסה שהשופט בך הזהיר מפניה – עמדה העיוורת למציאות ולנסיבות המיוחדות.

### **דחיית הטענה בדבר ענישה קולקטיבית**

70. המשיבים יוסיפו ויטענו, כי אין ממש בטענות אשר מעלים העותרים בעתירותיהם, לפיהן מניעת ביקורי הכלואים מהווה "ענישה קולקטיבית" (הן של כלואים עצמם והן של קרובי משפחתם), האסורה במשפט הבינלאומי ההומניטארי, זאת בהתאם להוראות סעיף 33 לאמנת גינבה הרביעית, תקנה 50 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן: **תקנות האג**) וסעיף 75(2)(d) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות גינבה משנת 1977 (להלן: **הפרוטוקול הראשון**).

למעשה, טענה לפיה בכך שמדינה מונעת את כניסתם לשטחה של נתיני ישות עוינת עמה מצויה היא בעימות מזוין יש משום ענישה קולקטיבית, היא טענה אבסורדית, המנוגדת לכל היגיון ואף לדין הבין לאומי.

71. משמצאנו כי אין על ישראל כל חובה להתיר את כניסתם לשטחה של נתיני הצד שכנגד בעימות מזוין לשם ביקור קרובי משפחתם הכלואים בישראל, אזי הצמצום המשמעותי של כניסתם לישראל של נתיני הצד שכנגד, ובכלל זה, אי הכללת ביקורי הכלואים כחריג למניעת הכניסה לישראל, הינו צעד גליטימי שישראל רשאית לנקוט (וכמוסבר לעיל, אך מתבקש שתנקוט בו) במסגרת עימות המזוין המתנהל אל מול שלטון החמא"ס.

לפיכך אין בפעולה זו כלל משום "ענישה", אף אם קיימת פגיעה נלווית בכלואים תושבי הרצועה ובקרובי המשפחה המבקשים לבקדם, ואף אם פגיעה זו קשה. ודאי שאין לראות בפגיעה זו משום ענישה קולקטיבית, ויש לדחות את הטענה.

72. במובן זה, חוקיות המניעה של כניסת תושבי הרצועה לישראל ובכלל זה לצורך ביקורי כלואים מקבילה, מבחינות מסוימות, לחוקיות צמצום אספקת הדלק והחשמל לתושבי הרצועה, אשר כידוע אושרה על-ידי בית המשפט העליון בפרשת **אלבסינוי** לעיל. גם בפרשת **אלבסינוי** העלו העותרים טענה כי צמצום אספקת הדלקים לרצועה מהווה "ענישה קולקטיבית", וגם שם נדחתה טענה זו על-ידי בית המשפט הנכבד, בהיותה משוללת יסוד.

גם כאן וגם כאן מדובר על צעדי לחימה, שאינם "צבאיים גרידא" שמדינת ישראל נוקטת במסגרת העימות המזוין הקשה והממושך המתנהל אל מול שלטון החמאס ברצועה. גם כאן וגם כאן נקיטתם של צעדים אלו כרוכה בפגיעה בלתי-נמנעת באוכלוסיה האזרחית הפלסטינית ברצועה; וזהו טבעו של עימות מזוין. אך גם כאן וגם כאן הפגיעה אינה כרוכה בהפרה של החובות המוטלות על ישראל לפי המשפט הבין-לאומי ההומניטארי, כפי שיש לפרשו בניסיבות העניין. לעניין זה יפים הדברים שנאמרו על ידי בית המשפט הנכבד בפרשת **אלבסינוי** לעיל:

"אכן, בעת לחימה, כמו בענייננו אנו, האוכלוסייה האזרחית נקלעת שלא בטובתה לשטח בו מתנהלת הלחימה, והיא הקורבן הראשון והעיקרי של מצב לחימה, גם כאשר נעשים מאמצים לצמצום הפגיעה בה. גם בשטחה של מדינת ישראל, בעידן מתקפות הטרור המתמשכות מזה שנים, הקורבן המייד והעיקרי של מצב הלחימה הנו האוכלוסייה האזרחית. אלא שבכלל הנוגע לפעולות המבוצעות נגד ישראל אין מדובר כלל בפגיעה מקרית או בתוצאה נלווית, אלא בהתקפות טרור חכופות המכוונות ישירות כנגד האוכלוסייה האזרחית ומיועדות לפגוע באזרחים תמימים. זהו השוני שבין מדינת ישראל, מדינה דמוקרטית הנלחמת על נפשה במסגרת האמצעים אשר מקנה לה הדין, לבין לחימתם של ארגוני הטרור הקמים עליה. "המדינה נלחמת בשם החוק ולשם שמירתו. הטרוריסטים נלחמים כנגד החוק ותוך הפרתו. המלחמה נגד הטרור היא גם מלחמתו של המשפט כנגד הקמים עליו" (בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113, 132; וראו גם בג"ץ 3451/02 אלמדיני נ' שר הביטחון, פ"ד נ(3), 30).

73. בפרשת **אלבסינוי** ציין בית המשפט הנכבד כי קיימות חובות ההומניטאריות המוטלות על המדינה כלפי תושבי הרצועה - חובות הנגזרות ממידת השליטה של ישראל במעברי הגבול (שליטה שאף היא חלקית ביותר כיום) ומהיותה של ישראל "כובש לשעבר".

ואולם, בענייננו, הסעד המבוקש בעתירה - שהוא כאמור, התרת כניסתם של תושבי הרצועה לישראל לצורך ביקור קרובים - אינו נגזר מהיותה של ישראל "כובש לשעבר", אלא קשור בעיקרו למצב המדיני-ביטחוני הקיים לעת הזו (ולראיה - האיסור על הביקורים החל לאחר הידרדרות במצב המדיני-ביטחוני, ולא לאחר סיום התפיסה הלוחמתית), ואיננה נוגעת למידת השליטה של ישראל במעברים.

74. בשולי הדברים נעיר, כי גם לטענות העותרים הנוגעות למשפט זכויות האדם הבינלאומי אין רלוונטיות ככל שמדובר בסעד המבוקש, שכן גם בענף זה של המשפט אין מוטלת כל חובה על מדינה מסוימת להכניס לשטחה תושבי מדינת אחרת (או ישות אחרת) הנמצאת עם אותה מדינה במצב של עימות מזוין.

**התייחסות לטענה בדבר מניעת ביקורי הכלואים מרצועת עזה כתגובה על תנאי החזקתו של החייל החטוף גלעד שליט**

75. בשתי העתירות נטען, כי "הרקע האמיתי", כביכול, להפסקת ביקורי הכלואים העזתים הינו היחס לו זוכה החייל החטוף גלעד שליט מצד גורמי הטרור המחזיקים בו והמו"מ המתנהל על שחרורו.

אלא, שטענה זו בטעות יסודה: ביקוריהם של תושבי רצועת עזה אצל קרובי משפחתם הכלואים בישראל פסקו על רקע השתלטותו האלימה של ארגון החמא"ס על הרצועה ביוני 2007, וכחלק ממדיניותה של מדינת ישראל כלפי רצועת עזה מאז, כפי שאף באה לידי ביטוי בהחלטת הקבינט מיום 19.9.07. החייל גלעד שליט נחטף ביום 25.6.06, אך אף לאחר חטיפתו נמשכו הביקורים מרצועת עזה עד ליוני 2007. מכאן, שטענת העותרים בהקשר זה משוללת יסוד עובדתי.

76. עם זאת, המשיבים יבקשו להדגיש, כי בבואנו לדון בסוגיה העולה בעתירות שלפנינו, היא סוגיית התרת הכניסה לישראל של נתיני ישות עוינת, לשם ביקור קרוביהם הכלואים בישראל – כאשר לא מוטלת על ישראל כל חובה להתיר זאת, והעניין נתון לשיקול דעתה המדיני – לא ניתן להתעלם מן העובדה שזה למעלה משנתיים מוחזק חייל ישראלי – גלעד שליט – בידי ארגון הטרור חמא"ס, בלא שניתנת לו אפשרות לקבל ביקורים מטעם הצלב האדום, ובלי שאף ידוע לבני משפחתו מה מצבו הבריאותי.

77. המשיבים אינם רואים כל מניעה לכך שעניינו של גלעד שליט יילקח בחשבון עת נבחנת האפשרויות המדיניות והצבאיות השונות העומדות בפני ממשלת ישראל. השיקולים שעניינם הבטחת שלומו ובריאותו של גלעד שליט, והשבתו בשלום הביתה הם חלק מהשיקולים המדיניים שעל ישראל לשקול עת בוחנת היא את יחסה לרצועת עזה בהיבטים כאלה ואחרים – ודאי כאשר מדובר בבחינתה של מדיניות התרת כניסה לישראל של נתיני ישות הטרור השולטת בעזה, האחראית על גורלו של גלעד שליט, לצורך ביקורי כלואים – נושא, שהוא כאמור, מדיני במובהק. אין זו רק זכותה של מדינת ישראל לשקול שיקולים אלה, זו חובתה.

טענות העותרים בעניין זה מוטב היה לחן שלא נטענו משנטענו.

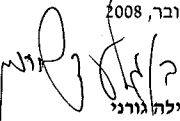
**סיכומם של דברים**

78. הדרישה המועלית על ידי העותרים בעתירות שלפנינו היא כי בית המשפט הנכבד יחייב את ממשלת ישראל לאפשר כניסתם לשטחה של תושבי רצועת עזה, **שהינם נתיני ישות עויינת למדינת ישראל, הנשלטת על ידי ארגון טרור רצחני, ואשר מצויה בעימות מזוין עם מדינת ישראל**. זאת, לשם ביקור קרובי משפחתם הכלואים במדינת ישראל.
79. החלטת המשיבים על צמצום ניכר של כניסותיהם של תושבי רצועת עזה לשטחה של מדינת ישראל לאור השתלטותו האלימה של ארגון החמא"ס על רצועת עזה, הינה החלטה מדינית, המהווה נדבך נוסף במאבקה הארוך של מדינת ישראל במתקפת הטרור עליה מצד החמא"ס וארגוני הטרור האחרים. **מדובר בהחלטה שהמרכיב הדומיננטי בה הוא המרכיב המדיני, שעניינו אופן ניהול הסכסוך עם ישות הטרור השולטת ברצועה**. החלטה זו הינה מסוג ההחלטות שבית משפט נכבד זה אינו נוהג להתערב בהן, בהתאם לשיקול הדעת הנתון לו.
80. זאת ועוד: לאף זר אין זכות קנויה להיכנס למדינת ישראל, לכל צורך שהוא, והדבר נכון מכוח קל וחומר, כאשר עסקינן בנתיני ישות עוינת למדינת ישראל, הנשלטת על ידי ארגון טרור רצחני, ואשר מצויה בעימות מזוין עם מדינת ישראל. לכלואים העזתים לא עומדת זכות כי מדינת ישראל תתיר את כניסתם לישראל של נתיני ישות עוינת, **ועל מדינת ישראל לא מוטלת כל חובה להכניס לשטחה זרים, נתיני ישות עוינת כאמור, גם לא לשם ביקורי הכלואים**. כך הדבר ביחס לנתיני מדינת אויב שאינם זכאים בשום אופן להיכנס לישראל למטרה כלשהי, ודין דומה חל על תושבי רצועת עזה – המהווה כיום ישות עוינת לישראל.
- העותרים לא הצליחו להצביע על כל הוראה במשפט הישראלי או במשפט הבינלאומי המחייבת את מדינת ישראל להכניס לשטחה נתינים של ישות עוינת, באופן קבוע, לצורך ביקור כלואים. העותרים אף לא הציגו דוגמא אחת מההיסטוריה בה מדינה איפשרה כניסתם לשטחה של נתיני אויב במדינות אלה, ודאי שלא הצביעו העותרים על מדינה שראתה עצמה מחויבת מבחינה משפטית לעשות כן.
81. לאור האמור, המשיבים יטענו כי דינן של העתירות להידחות על הסף.
82. העובדות האמורות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של אברהם זילברמן, רמ"ד ארגונים בינלאומיים במת"ק ארו.

היום, כ"ד בתשרי, תשס"ט

23 באוקטובר, 2008

  
 גלעד שיפמן  
 סגן לפרקליט המדינה

  
 חילת גורני  
 סגנית בכירה לפרקליט המדינה

תצהיר

אני חתים אורי אבנר לאחר שהוזהרתי שעלי להחזיר את האמת וכי אם לא אעשה כן אחיה צמי לנגשים הקבועים בחוק, מצויר בה כדלקמן:

1. אני מסר הגם אבנר אבנר.
2. אני עושה תצהירי זה בתמיכה לתגובה מטעם המשטרה בבג"ץ 5268/08 ובבג"ץ 5399/08.
3. קראתי את התגובה המקדמית מטעם המשטרה בבג"ץ 5268/08 ובבג"ץ 5399/08. תשובות המצויות בתגובה זו ידועות לי מתוקף תפקידי והינן אמנות למיטב ידיעתי.
4. אני מצויר כי זה שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.

אישור

אני חתים, ד"ר דב אבנר, עו"ד, מאשר בזאת כי ביום 22/10/08 חתמתי במי אורי אבנר על התצהיר אשר הוצגתי כי עליו להחזיר את האמת וכי אם לא יעשה כן יחיה צמי לנגשים הקבועים בחוק, תתם במני על התצהיר זה.

~~ד"ר דב אבנר~~  
**DAVID BENJAMIN, ADV.**  
רשיון Lic. 15970 עו"ד