

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ 5268/08  
בג"ץ 5399/08

בפני :  
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין  
כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט י' דנציגר

העותרים בבג"ץ 5268/08 : \_\_\_\_\_ ענבר ו-14 אחרים

העותרים בבג"ץ 5399/08 :  
עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי  
בישראל ו-10 אחרים

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 5268/08 :  
1. אלוף פיקוד הדרום  
2. שר הפנים  
3. שר הביטחון  
4. מתאם הפעולות בשטחים  
5. ממשלת ישראל  
6. מדינת ישראל

המשיבים בבג"ץ 5399/08 :  
1. שר הביטחון  
2. אלוף פיקוד הדרום  
3. שר הפנים

עתירות למתן צו על תנאי

בשם העותרים בבג"ץ :  
עו"ד בן ארי סיגי ; עו"ד יוסי וולפסון ;  
עו"ד עביר ג'ובראן דקוואר : 5268/08

בשם העותרים בבג"ץ :  
עו"ד פטמה אלעג'ו ; עו"ד חסן ג'בארין : 5399/08

בשם המשיבים :  
עו"ד גלעד שירמן ; עו"ד הילה גורני

## פסק-דין

השופטת א' חיות:

עניינן של העתירות שבפנינו במדיניות הכללית בה נוקטים המשיבים האוסרת על כניסתם לישראל של תושבי רצועת עזה (להלן גם: הרצועה) למטרת ביקור בני משפחתם מדרגה ראשונה הכלואים בישראל.

רקע עובדתי

1. לאורך השנים איפשרו הגורמים המוסמכים את כניסתם של תושבי הרצועה לישראל למטרת ביקור קרובים הכלואים בה, בהעדר מניעה ביטחונית שנבחנה באופן אינדיבידואלי ועל פי קריטריונים נוספים ובהם גילו של המבקש להיכנס לישראל ודרגת קרבתו המשפחתית אל הכלוא. מדיניות זו יושמה גם לאחר סיומו של הממשל הצבאי ברצועת עזה ביום 12.9.2005, אך ביום 4.6.2007, סמוך לאחר השתלטות ארגון החמאס על הרצועה, החלו המשיבים נוקטים מדיניות שונה לפיה נאסרה כניסתם של תושבי הרצועה לישראל לצורך ביקור בני-משפחה כלואים. כשלושה חודשים לאחר מכן, ביום 19.9.2007, החליטה ועדת השרים לביטחון לאומי של ממשלת ישראל (להלן: ועדת השרים) להטיל מגבלות שונות על הרצועה ובכללן המגבלה על תנועת אנשים מן הרצועה ואליה (להלן: החלטת ועדת השרים), וכך נקבע באותה החלטה:

“ארגון החמאס הוא ארגון טרור שהשתלט על רצועת עזה והפך אותה לשטח עויין. ארגון זה נוקט בפעילות עוינת נגד מדינת ישראל ואזרחיה ומהווה את הכתובת האחראית לפעילות זו. לאור זאת הוחלט לאמץ את ההמלצות שהציגה מערכת הביטחון ובכלל זה המשך הפעילות הצבאית והסיכולית כנגד ארגוני הטרור. בנוסף, יוטלו הגבלות נוספות על שלטון החמאס באופן שתוגבל העברת טובין לרצועת עזה, צמצום אספקת הדלק והחשמל, ותוטל מגבלה על תנועת אנשים מהרצועה ואליה. ההגבלות ייושמו לאחר בחינה משפטית תוך התחשבות בהיבטים ההומניטריים השוררים ברצועת עזה ומתוך כוונה להימנע ממשבר הומניטרי”. [ההדגשה הוספה]

העתירות שבפנינו מכוונות, כאמור, נגד המדיניות הכללית הננקטת מאז יוני 2007 ולפיה אין מתירים את כניסתם של תושבי הרצועה לישראל לשם ביקור בני-משפחתם הכלואים כאן.

2. העותרים 1, 3 ו-5 בבג"ץ 5268/08 הם תושבי רצועת עזה הכלואים במתקני כליאה שונים בישראל והם מבקשים כי קרוביהם מדרגה ראשונה המתגוררים ברצועה יורשו להיכנס לישראל על מנת לבקרם בבית הכלא. העותרים 2 ו-4 בבג"ץ 5268/08 והעותרים 4-11 בבג"ץ 5399/08 הם תושבי הרצועה המבקשים כי המשיבים יאפשרו להם להיכנס לישראל על מנת שיוכלו לבקר את קרוביהם מדרגה ראשונה הכלואים בה. יתר העותרים, שלושה עשר במספר, הינם תנועות וארגונים ישראליים ופולסטיניים הפועלים לקידום זכויות אדם.

העותרים סבורים כי המדיניות הגורפת בה נוקטים המשיבים, המונעת מתושבי הרצועה להיכנס לישראל לצורך ביקורים בבתי הכלא בלא לקיים בדיקה פרטנית, היא "ענישה קולקטיבית" אסורה המנוגדת לדין ופוגעת בזכויות המוקנות לכלואים ולבני משפחתם המתגוררים ברצועה. בין היתר טוענים העותרים כי המדיניות גורמת לפגיעה בזכות לביקורי קרובים במתקני כליאה, המעוגנת בדין הישראלי ובמשפט הבינלאומי. העותרים טוענים עוד כי מדיניות זו פוגעת בזכויות החוקתיות של הכלואים ושל קרוביהם לחיי משפחה ולחירות ובזכותם החוקתית של הכלואים לקיום מינימאלי בכבוד אנושי שכן אלה אינם מקבלים כיום בבית הכלא מצרכי יסוד שונים (ביגוד, הנעלה וכספים המשמשים לרכישת מוצרים ב"קנטינה"), שמסירתם נתאפשרה בעבר בעת שקרוביהם ביקרו אצלם. העותרים מוסיפים וטוענים כי המדיניות המונעת ביקורים מהרצועה בבתי הכלא ננקטה בהיעדר הסמכה חוקית ויש בה משום פגיעה העולה על הנדרש בזכויות הכלואים. לטענת העותרים, הטלת מגבלות על הכניסה לישראל חייבת להיעשות על בסיס אינדיבידואלי ולאחר בחינה פרטנית והם מציינים כי הביקורים בעבר התקיימו בסיוע ארגון הצלב האדום הבינלאומי (להלן: הצלב האדום), שערך את התיאומים הנדרשים מול גורמי הביטחון ואף אירגן ומימן את ההסעות למתקני הכליאה. העותרים טוענים כי ניתן להמשיך ולאפשר את קיומם של הביקורים בסיוע הצלב האדום תוך מתן מענה מלא לסיכונים הביטחוניים.

3. מנגד טוענת המדינה כי המדיניות הכללית האוסרת על ביקורים מהרצועה בבתי הכלא בישראל ננקטת כיום מכוח החלטת ועדת השרים המהווה "דירקטיבה מדינית" להנחיית הגורמים המוסמכים כיצד עליהם ליישם את דיני הכניסה לישראל ביחס לתנועת אנשים מן הרצועה. החלטה זו של ועדת השרים נתקבלה לטענת המדינה לאחר שנשקלו שיקולים שהינם מדיניים מובהקים ועניינם ביחסי החוץ והביטחון של המדינה. משכך ונוכח שיקול הדעת הרחב המוקנה לממשלה בעניינים כגון דא, סבורה

המדינה כי יש לדחות את העתירות על הסף. לגופו של עניין טוענת המדינה כי החלטת ועדת השרים הינה "אקט מלחמתי בסיסי" המהווה חלק מן המדיניות הכללית מול שלטון החמאס ברצועה ועוד היא מציינת כי אף שהמרכיב הדומיננטי במדיניות הינו מרכיב מדיני, קיום הביקורים לעת הזו אף טומן בחובו סיכון ביטחוני. בהקשר זה עומדת המדינה על נפח התנועה הצפוי במעברים אם יחודשו הביקורים ועל היותם של תושבי הרצועה אוכלוסיית "סיכון מוגבר" בנסיבות הקיימות, והיא מציינת כי לא ניתן לאיין את הסיכונים הביטחוניים השונים גם אם יחודשו הביקורים בסיוע הצלב האדום. עוד טוענת המדינה כי המדיניות הננקטת מכוח החלטת ועדת השרים אינה "ענישה קולקטיבית" כמובנה במשפט הבינלאומי, אלא מימוש ריבונותה של המדינה הרשאית לקבוע מי יכנס בשעריה, בייחוד על רקע העימות המתנהל בינה לבין הישות העוינת שהמבקשים להיכנס לישראל נמנים עם אוכלוסייתה. המדינה מוסיפה וטוענת כי לא מוטלת עליה כל חובה הומניטארית לאפשר לתושבי הרצועה להיכנס לישראל על מנת לבקר את קרוביהם הכלואים בה, כי לתושבי הרצועה אין כל זכות משפטית להיכנס לישראל וכי לא נפל כל פגם בהסדר הנוכחי האוסר על כלל תושבי הרצועה את הכניסה לישראל לצורך ביקורים בבתי הכלא. המדינה מוסיפה ומציינת עם זאת כי ישנם מקרים חריגים בהם מתאפשרת גם כיום כניסתם של תושבי הרצועה לישראל למטרת טיפול רפואי או מטעמים הומניטאריים מיוחדים אחרים, אך זאת בלא שמוטלת עליה חובה משפטית לעשות כן. אשר לטענות העותרים בדבר הפגיעה בזכויותיהם של הכלואים כתוצאה מהאיסור המוטל על כניסת קרוביהם לישראל, טוענת המדינה כי לאף אדם בישראל, בין אם הוא אזרח, תושב או אדם הכלוא בה, לא מוקנית הזכות כי יותר לאדם זר להיכנס לישראל כדי לבקרו ובפרט כאשר מדובר בכניסה לישראל מתוך תחומיה של ישות עוינת, כאמור. מכל מקום, כך טוענת המדינה, אף אם המדיניות גורמת בהקשר זה לפגיעה בזכויותיהם של הכלואים מדובר במדיניות המיושמת לפי דיני הכניסה לישראל ובהתאם לחקיקת היסוד ולחקיקה הראשית הישראלית.

ד"ר

4. המדיניות נשוא העתירות שבפנינו בה נוקטים המשיבים נסמכת, כאמור, על החלטת ועדת השרים בדבר הטלת מגבלות שונות על רצועת עזה ועל תנועת אנשים מן הרצועה ואליה. החלטה זו נבחנה בעבר על ידי בית משפט זה בכל הנוגע לצמצום אספקת החשמל והדלק לרצועה (בג"ץ 9132/07 אלבסיוני א' א' נ' ראש הממשלה, פסקה 2 (טרם פורסם, 30.1.2008)) (להלן: עניין אלבסיוני)) והובהר כי השיקולים שמשקלו על ידי ועדת השרים בהחלטתה הנ"ל היו שיקולים מדיניים וביטחוניים. לגבי שיקולים ממין אלה נתון לממשלה כידוע מתחם רחב של שיקול דעת ובהם ככלל אין

בית המשפט נוהג להתערב. הוא הדין באשר למדיניות הנגזרת מאותה החלטה והמיישמת אותה כרוחה הלכה למעשה. גישה זו יפה היא גם לענייננו (לעניין שיקול הדעת הרחב הנתון לממשלה בענייני יחסי החוץ והביטחון בכלל, וביחס לרצועת עזה בפרט, ראו: בג"ץ 1169/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ראש הממשלה, פסקאות 20-21 (טרם פורסם, 15.6.2009); בג"ץ 2650/09 מישראל נ' שר החקלאות (טרם פורסם, 1.4.2009); בג"ץ 5551/08 שליט נ' ממשלת ישראל, פסקה 5 (טרם פורסם, 23.6.2008)).

5. הגורם המוסמך ליישם את החלטת ועדת השרים ולקבוע את המדיניות נשוא העתירה הוא מפקד האיזור, כהגדרתו בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, הרשאי מכוח הוראת סעיף 3ב לחוק ליתן לתושבי הרצועה היתר לשהייה זמנית בישראל למטרת טיפול רפואי, עבודה, או למטרה זמנית לתקופה מצטברת שלא תעלה על שישה חודשים (ראו לעניין זה בג"ץ 4487/08 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה אלוף פיקוד הדרום, פסקה 7 (טרם פורסם, 4.9.2008)). נקודת המוצא בהקשר זה הינה - וביתר-שאת נוכח החלטת ועדת השרים - כי אין לאף זר זכות קנויה להיכנס לישראל ולמדינה נתון מכוח עקרון הריבונות שיקול דעת רחב לקבוע מי יכנס לתחומיה ומי יורחק ממנה אם אינו רצוי בה עוד (ראו: בג"ץ 482/71 קלדק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113, 117-118 (1972); בג"ץ 2828/00 קובלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נז(2) 21, 27-28 (2003); עע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן, פסקה 5 (טרם פורסם, 16.3.2006); בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל, פסקה 6 (טרם פורסם, 7.12.2006); עע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביק, פסקה ט' (טרם פורסם, 11.8.2009); ולעניין כניסה לישראל מרצועת עזה ראו: בג"ץ 1912/08 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה אלוף פיקוד דרום, פסקה 8 (טרם פורסם, 16.4.2008); 9657/07 גרבווע נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (טרם פורסם, 24.7.2008)). יחד עם זאת, שיקול דעת זה המסור לגורמים המוסמכים אף שרחב הוא אינו מוחלט ושומה על גורמים אלה בקובעם מעת לעת את המדיניות שתיושם, לערוך איזון ראוי ועדכני בין מכלול השיקולים הרלוונטיים על מנת שלא לפגוע בזכויות אדם במידה העולה על הנדרש.

6. אחד השיקולים שעל הגורמים המוסמכים לשיקול בקביעת מדיניות הכניסה מן הרצועה לישראל, עניינו בחובות החלות על ישראל כלפי האוכלוסייה האזרחית שם. לאורך השנים חלו שינויים משמעותיים בהיקפן ובאופיין של חובות אלו. בעת החזקת הרצועה ב"תפיסה לוחמתית" נקבע המשטר המשפטי החל בה לפי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי והמשפט, השיפוט והמינהל של ישראל לא הופעלו בה (לסקירה

ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 516-514 (2005)). לאחר יישום תוכנית ההינתקות מאזור חבל עזה ומאזור צפון השומרון, הוציא מפקד פיקוד הדרום ביום 12.9.2005 מנשר בדבר סיומו של הממשל הצבאי ומאז אין מתקיימת עוד "תפיסה לוחמתית" ברצועה מבחינת הדין הבינלאומי ואין לישראל שליטה אפקטיבית על הנעשה בשטח זה (ראו: עניין אלבסיוני, פסקה 12; ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (טרם פורסם, 11.6.2008)). כפועל יוצא מכך, נשתנו החובות המוטלות על ישראל כלפי האוכלוסיה האזרחית, במהות ובהיקף, לעומת אלה שהוטלו עליה בתקופת חלותו של הממשל הצבאי. על טיבן של חובות אלה עמד בית המשפט בעניין אלבסיוני באומרו:

"בנסיבות אלה, אין מוטלת על מדינת ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת תושבי הרצועה ולשמור על הסדר הציבורי בתחומי רצועת עזה, לפי מכלול דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי. לישראל אין גם יכולת אפקטיבית במעמדה הנוכחי להשליט סדר ולנהל את החיים האזרחיים ברצועת עזה. בנסיבות שנוצרו, החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה; חובות אלה נובעות גם ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור..." (שם, פסקה 12).

7. בהתחשב בכל האמור לעיל, לא שוכנעתי כי בענייננו קמה עילה להתערב בהחלטת הגורמים המוסמכים אשר קבעה מדיניות כללית המונעת את כניסתם של תושבי הרצועה לישראל למטרת ביקורים בבתי הכלא. התרת כניסתם של תושבי הרצועה לישראל למטרה זו אינה נכללת במסגרת הצרכים ההומניטאריים הבסיסיים של תושבי הרצועה אותם מחויבת ישראל לאפשר גם היום. ביסוד המדיניות בה נקטו המשיבים עומדים טעמים מדיניים וביטחוניים מובהקים והיא תואמת ומיישמת הלכה למעשה את החלטת ועדת השרים שנתקבלה מטעמים אלה. בהקשר זה לא למותר להדגיש כי שליטת ישראל במעברי הגבול עם הרצועה אינה נותנת מענה לכלל הסיכונים הביטחוניים הכרוכים בהמשך קיום הביקורים, נוכח התנועה המוגברת הצפויה במעברים כתוצאה מקיום הביקורים ונוכח היותם של המעברים יעד חוזר ונשנה לפעולות הטרור (השוו, בג"ץ 7235/09 המוקד להגנת הפרט נ' אלוף פיקוד דרום, פסקה 2 (טרם פורסם, 16.9.2009) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט)). הנה כי כן, ככל שבזכויותיהם של תושבי הרצועה עסקינן לא נמצא לנו נימוק לפסילת המדיניות שנוקטים המשיבים (למקרים דומים בהם נידונה מדיניות כללית בעניינים

הנוגעים לתושבי הרצועה ואזור יהודה והשומרון ראו והשוו: בג"ץ 7960/04 אלראזי נ' מפקד כוחות צה"ל חבל עזה (לא פורסם, 29.9.2004); בג"ץ 11120/05 חמדאן נ' אלוף פיקוד הדרום, פסקה ט"ז (טרם פורסם, 7.8.2007); בג"ץ 5539/05 עטאללה נ' שר הביטחון, פסקה 10 (טרם פורסם, 3.1.2008); עניין המוקד להגנת הפרט). עם זאת ראוי לזכור כי על פי החלטת ועדת השרים יש ליישם את ההגבלות על הרצועה תוך התחשבות בהיבטים הומניטריים ובהקשר זה ציינה המדינה כי במקרים חריגים מתירים הגורמים המוסמכים לתושבי הרצועה להיכנס לישראל למשל לצורך קבלת טיפול רפואי דחוף או מטעמים הומניטאריים חריגים אחרים. אין להוציא, אפוא, מכלל אפשרות כי בהתקיים טעמים הומניטאריים חריגים שיצדיקו זאת, יאפשרו המשיבים גם ביקורים במתקני הכליאה, והעוגן לכך מצוי, כאמור, בהחלטת ועדת השרים.

8. העותרים מוסיפים וטוענים כי המדיניות בה נוקטים המשיבים פוגעת מעבר לנדרש בזכויותיהם של הכלואים תושבי הרצועה, ובין היתר בזכות לחיי משפחה ובזכות לקיום אנושי בכבוד והם מפנים בהקשר זה בין היתר אל ההוראות השונות בדין הבינלאומי המסדירות את מעמדם של שבויי מלחמה, אסירים ועצירים, ואת הזכות העומדת להם ליצור קשר עם קרוביהם ולהיפגש עמם במקום בו הם מוחזקים. טענות אלה אף הן דינן להידחות. אשר להוראות המשפט הבינלאומי אליהן הפנו העותרים, מקובלת עלינו טענת המדינה כי הוראות אלה אין בהן כדי לשלול ממדינה ריבונית את הכוח העומד לה למנוע מזרים, ועל אחת כמה וכמה זרים הנמנים עם אוכלוסייתה של ישות עויינת, את הכניסה לתחומיה גם אם כניסה זו נועדה לביקור קרובי-משפחה הכלואים אצלה. כמו כן מקובלת עלינו טענת המדינה כי עניינה הישיר של המדיניות נשוא העתירות הוא בהטלת מגבלה על תושבי רצועת עזה להיכנס לישראל לצורך ביקור קרובי משפחה הכלואים כאן, ולא במניעת האפשרות העקרונית העומדת לכלואים תושבי הרצועה לקבל ביקורים בבית הכלא. במילים אחרות, ככל שהמדיניות בה נוקטים המשיבים מכוח דיני הכניסה לישראל פוגעת בכלואים, עניין לנו בפגיעה עקיפה והשאלה היא האם פגיעה עקיפה זו מצדיקה היא כשלעצמה התערבות במדיניותם של המשיבים. אכן לאסירים הביטחוניים הכלואים בישראל נתונות זכויות אדם ואין לפגוע בהן במידה העולה על הנדרש. אולם איננו סבורים כי הפגיעה הנטענת באסירים מצדיקה ביטול או שינוי של המדיניות הננקטת. זאת בהינתן העובדה כי עניין לנו, כאמור, בפגיעה עקיפה הנובעת ממדיניות לגיטימית המגבילה לעת הזו את הכניסה מן הרצועה לישראל, בה לא מצאנו עילה להתערבות, וכן בהינתן העובדה שהאפשרות לקבלת ביקורים בבתי הכלא ביחס לכל אסיר מותנית בהתקיים תנאים מסוימים ובכפוף לשיקול דעת רחב הנתון בהקשר זה לגורמים המוסמכים בשירותי בתי הסוהר (ראו סעיף 47(ב) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971).

לבסוף, באשר לטענה שהעלו העותרים בבג"ץ 5399/08 כי האסירים תושבי הרצועה אינם מקבלים מצרכי יסוד שונים וכספים לרכישת מוצרים ב"קנטינה" בשל המדיניות בה נוקטים המשיבים, הבהירה המדינה כי קרוביהם של הכלואים יכולים להעביר אליהם כספים באמצעות העברה בנקאית, ונראה כי אפשרות כזו אם היא קיימת יש בה משום מענה לטענה שהועלתה. מכל מקום, ככל שמתעורר קושי בכך, מן הראוי לאתר דרכים חלופיות שיאפשרו את העברת הכספים כאמור.

סוף דבר

9. בשל כל הטעמים המפורטים לעיל אציע לחבריי לדחות את העתירות בלא צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, כ"ב כסלו, תש"ע (09.12.2009).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה