

1. לוחמים לשלום
2. חוג ההורים – פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום, פיוס וסובלנות
ע"י ב"כ עו"ד עדי לוסיגמן (מ.ר. 29189) ו/או תמיר בלנק (מ.ר. 30016)
ו/או הגר שטר (מ.ר. 71140)
מרחוב קרן היסוד 29 בירושלים 9418818
טל': 02-6222808; פקס: 03 – 5214947; mail@lb-law.net

העותרים

נ ג ד

1. שר הביטחון
2. המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית
3. המנהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון
על ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים 9711052
טל' 073-3925590, פקס 02-6467011
דוא"ל HCJ-Dep@justice.gov.il

המשיבים

תגובה מטעם המדינה לעתירה

1. בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד, ובהן הארכות שניתנו, מוגשת בזאת תגובה מטעם המדינה לעתירה.
 2. עניינה של העתירה שבכותרת הוא בבקשת העותרים לאשר את "כניסת תושבי הגדה המערבית שהוזמנו על ידי העותרים לצורך השתתפות בטקס יום הזיכרון הישראלי – פלסטיני הקבוע ליום 24.4.23 בתל אביב, וזאת בכפוף לבדיקה בטחונית פרטנית" (עמ' 1 לכתב העתירה). זאת, בהמשך להחלטת שר הביטחון שלא להיעתר לבקשת העותרים.
 3. כפי שיפורט להלן, שאלת כניסתם של פלסטינים תושבי אזור יהודה ושומרון (איו"ש) לישראל לצורך השתתפות בטקס האמור בערב יום הזיכרון (להלן גם "הטקס"), לנוכח החלטת שרי ביטחון קודמים שלא לאפשרה, כבר הובאה לפתחו של בית המשפט הנכבד פעמיים במהלך השנים האחרונות, בשנת 2018 ובשנת 2019 – **ובית המשפט הנכבד פסק בשתי הפעמים כי דין העתירות להתקבל, והורה לאפשר את כניסתם של תושבים פלסטינים לצורך השתתפות בטקס, בכפוף לבדיקה פרטנית שלהם.**
- כך, בשנת 2018 התקבלה העתירה בבג"ץ 2964/18 **חוג ההורים – פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום נ' שר הביטחון** (17.4.18; להלן "עתירת 2018"), וניתן צו מוחלט שהורה לשר הביטחון לאפשר מתן היתרי כניסה ייעודיים לישראל לצורך השתתפות בטקס ל-90 פלסטינים, וזאת בכפוף לבדיקה פרטנית להיעדר מניעה ביטחונית או אחרת.

כך, בשנת 2019 התקבלה העתירה בבג"ץ 3052/19 **לוחמים לשלום בע"מ נ' שר הביטחון** (6.5.19; להלן "**עתירת 2019**"), וניתן צו מוחלט שהורה לשר הביטחון לאפשר מתן היתרי כניסה ייעודיים לישראל לצורך השתתפות בטקס ל-100 פלסטינים, תוך שגם בה נקבע כי זאת בכפוף לבדיקה פרטנית להיעדר מניעה ביטחונית או אחרת.

4. כפי שיפורט להלן, נקודת המוצא לבחינת הנושא היא אפוא פסיקתו של בית המשפט הנכבד בסוגיה שעל הפרק בפסקי הדין הקודמים, ונדרשת אפוא הצדקה של ממש לסטייה מן המתווה שפסקי הדין הקודמים התוו.

למיטב הידיעה, לא הוצגה לתמיכה בהחלטה בענייננו תשתית מקצועית-עובדתית המצביעה על שינוי מהנסיבות שבהן התקבלו ההחלטות הקודמות וניתנו הפסיקות לגביהן, ושמצדיקה סטייה כאמור.

כן יצוין בהקשר זה כי מגורמי מתאם פעולות הממשלה בשטחים (להלן גם "**מתפ"ש**") והמינהל האזרחי לאיו"ש (להלן "**המינהל האזרחי**") נמסר, כי גם במהלך הסגר בימי הזיכרון והעצמאות השנה תתאפשר כניסתם של אלפי פלסטינים לישראל או למרחב התפר. גם נתונים אלה ממחישים את הקושי בביסוס הצדקה ביטחונית למניעה גורפת של כניסתם של מוזמנים פלסטינים לצורך השתתפות בטקס, תוך חריגה מפסקי הדין הקודמים, והכל בכפוף כמובן לבדיקה פרטנית מתאימה שתמצא כי אין מניעה ביטחונית או אחרת לכניסתו של מי מהם. כן יצוין כי על פי שנמסר, המלצת מתפ"ש לשר הביטחון, טרם קבלת ההחלטה, היתה, גם בשים לב לניסיון העבר בסוגיה, לאשר את הבקשה.

עוד יצוין, כי במסגרת הטיפול בעתירה, לאחר שטענות שעלו בעתירה נבחנו עם גורמי המשיבים, הובאה הפסיקה האמורה בפני שר הביטחון ושוקפה עמדת הייעוץ המשפטי. לאחר שקילת הדברים, השר לא מצא מקום לשנות מהחלטתו.

5. הדברים יפורטו כעת.

עיקרי הרקע העובדתי והמשפטי

הטקס המדובר והעתירות הקודמות, ב-2018 וב-2019, ופסקי הדין שניתנו בהן

6. כעולה מהעתירה, כמו גם מפסק הדין שניתן בעתירת 2019, הטקס מושא העתירה מתקיים בישראל החל משנת 2006. לאורך השנים (למעט בשנים 2017, 2018 ו-2019, כפי שיפורט להלן), התירו הגורמים המוסמכים כניסה של תושבים פלסטינים מאיו"ש לישראל לצורך השתתפות בטקס, גם במקרים בהם הוטל סגר על איו"ש.

7. בשנת 2017 התקיים הטקס בהשתתפות ישראלים בלבד, בעוד שתושבים פלסטינים השתתפו מרחוק באמצעות "וידאו קונפרנס". למיטב הבדיקה, סירוב הבקשה לאפשר כניסת פלסטינים לטקס בשנת 2017 היה על רקע פיגוע דקירה שהתרחש בתל-אביב מספר ימים לפני יום הזיכרון, ביום 23.4.17, על ידי מפגע שנכנס לישראל באמצעות היתר "צרכים מיוחדים – טיול". בעקבות האירוע, הוחלט על ביטול ההיתרים שאושרו לטובת השתתפות בטקס, לאור הרגישות הביטחונית ובשים לב לכך שהאירוע עדיין היה בשלבי תחקור.

8. בשנת 2018, החליט שר הביטחון (דאז) שלא לאפשר לפלסטינים המוזמנים לטקס להיכנס לישראל לצורך השתתפות בטקס, וכנגד החלטה זו הוגשה עתירת 2018.

בתגובה מטעם המדינה לעתירת 2018 נטען, בין היתר, כי המשיבים לא נעתרו לבקשה בשל עמדתו של שר הביטחון שלפיה כניסה של פלסטינים לישראל לצורך השתתפות בטקס האמור תפגע ברגשות של הציבור בישראל בכלל וברגשות של חלק ניכר מהמשפחות השכולות בפרט. כן נטען בתגובה כי מדובר במועד שחל בתקופת סגר, אשר במהלכה מדיניות מתן ההיתרים מצומצמת ממילא למינימום ההכרחי, לנוכח הרגישות הביטחונית המוגברת בתקופה של יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל ויום העצמאות. בתוך כך, גם צוין בתגובה כי למיטב הבדיקה, הותרה בעבר כניסה לטקס גם במקרים שבהם הוטל סגר על איו"ש.

התגובה מטעם המדינה לעתירת 2018 מצורפת ומסומנת מ/ש 1.

הודעה מטעם המדינה לאחר הדיון במסגרת עתירת 2018 מצורפת ומסומנת מ/ש 2.

9. ביום 17.4.18 ניתן פסק הדין בעתירת 2018 (מפורסם באתר האינטרנט של בית המשפט העליון). בית המשפט הנכבד (כבוד הנשיאה א' חיות, כבוד השופט ע' פוגלמן, כבוד השופטת ע' ברוך) קיבל, פה אחד, את העתירה ונתן צו מוחלט, שהורה לשר הביטחון לאפשר מתן היתרי כניסה ייעודיים לישראל לצורך השתתפות בטקס ל-90 פלסטינים, וזאת בכפוף לבדיקה פרטנית להיעדר מניעה ביטחונית או אחרת לכניסה.

כך נפסק בפסק הדין (מפי כבוד הנשיאה חיות):

"[...]"

8. סעיף 3ב(3) לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: **הוראת השעה**), מורה כי למפקד האזור נתונה הסמכות להתיר כניסה של פלסטינים תושבי האזור לישראל "למטרה זמנית". מפקד האזור פועל בהתאם להנחייתו של שר הביטחון, שהנו הדרג המדיני, ובמקרה דנן ציינו המשיבים בתגובתם כי "**בשים לב לרגישות הטקס ולהד שיעורר בשנים קודמות הוחלט על ידי ראש המנהל האזרחי ומתאם פעולות הממשלה בשטחים להיוועץ בשר הביטחון, אשר החליט כפי שהחליט**" (פסקה 19 לתגובת המשיבים לעתירה). שיקול הדעת הנתון לשר הביטחון להחליט בדבר מתן היתרים לתושבי האזור שאינם אזרחי ישראל להיכנס אליה, הוא שיקול דעת רחב.

בהפעילו את שיקול דעתו זה רשאי שר הביטחון להביא בחשבון מגוון של שיקולים ביטחוניים, מדיניים וציבוריים, ובכללם השיקול הנוגע לפגיעה אפשרית ברגשות הציבור כתוצאה ממתן היתרי כניסה לארץ כאמור (ראו והשוו: בג"ץ 495/12 עזאת נ' שר הביטחון, פסקה י"ז (24.9.2012); בג"ץ 9135/06 שאפי נ' אלוף פיקוד מרכז (23.11.2006)). אין לקבל, אפוא, את טענת העותרות כי החלטתו של שר הביטחון לדחות את בקשתן למתן היתרי כניסה ניתנה בחוסר סמכות. עם זאת, שיקול הדעת הרחב הנתון לשר הביטחון בכל הנוגע למתן היתרי כניסה לישראל אין משמעותו שיקול דעת בלתי מוגבל ועליו להפעיל את שיקול הדעת המסור לו בהקשר זה באופן סביר ובהתאם לאמות המידה ולכללי המשפט המנהלי הנוהגים עמנו.

9. האם החלטתו של שר הביטחון לדחות באופן גורף את בקשת העותרות למתן היתרי כניסה זמניים לפלסטינים לצורך השתתפות בטקס המשותף, תואמת את אמות המידה ואת כללי המשפט המנהלי הנוהגים עמנו?

אין חולק כי הוראת השעה ונהלי המשיבים מאפשרים מתן היתרי כניסה לפלסטינים המבקשים לקחת חלק בטקס המשותף. כמו כן אין חולק כי בשנים עברו אף ניתנו היתרים כאלה לצורך השתתפות בטקס המשותף. כך, בתשובה לשאלות שהפנינו אל המשיבים במהלך הדיון התברר כי בשנת 2016 התיר שר הביטחון דאז משה (בוגי) יעלון, עקרונית, את כניסתם של כ-140 פלסטינים לישראל לצורך השתתפות בטקס וכי לאחר בדיקות פרטניות אף התאפשרה באותה שנה כניסתם של 91 פלסטינים שהוזמנו. כמו כן אין חולק כי הדרג המקצועי במשרד הביטחון – מתאם פעולות הממשלה בשטחים – סבר כי גם השנה יש מקום להיענות לבקשת העותרות ולאפשר הגעת פלסטינים לטקס. במהלך הדיון ביקשנו לברר מה הטעם אשר בגינו החליט שר הביטחון לנקוט מדיניות שונה מזו אשר ננקטה על ידי המשיבים בעניין זה בשנים קודמות, אך שאלתנו זו נותרה ללא מענה.

וידוגש – הרשות רשאית, כמובן, לשנות ממדיניות שהייתה נקוטה על ידה ולא אחת אכן נעשה שינוי כזה מקום שבו חל שינוי פרסונאלי באשר לזהותו של נושא המשרה (ראו: דפנה ברק-ארז) **משפט מינהלי** כרך א 382-385 (2010)). אך בעשותה כן ובייחוד אם נוצרה לאורך השנים מציאות מסוימת בהינתן המדיניות הקודמת, עליה ליתן טעמים לשינוי שעליו החליטה תוך מתן הדעת למציאות שיצרה (ראו: בג"ץ 5342/12 לוי נ' משרד הפנים, פסקה 15 (6.12.2015); בג"ץ 5240/96 ג'ועמיס נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 289, 298-296 (1997)).

10. בחנו את עמדתו של שר הביטחון במקרה דנן ואת הטעמים שציין לביסוס החלטתו והגענו אל המסקנה כי ההחלטה אינה מביאה בחשבון כלל את המציאות שנוצרה לאורך השנים לעניין מתן היתרי כניסה לישראל לצורך השתתפות בטקס המשותף ואת הציפיות הלגיטימיות שנוצרו מטבע הדברים אצל מארגני הטקס המשותף בעקבות המדיניות הקודמת. כמו כן, מצאנו כי משיקול הדעת שהפעיל שר הביטחון נפקד לחלוטין מקומם של השיקולים הנוגעים לרגשותיהן של המשפחות השכולות המבקשות לקיים את הטקס במתכונת המתוכננת המשותפת לישראלים ולפלסטינים. עוד נפקד משיקוליו של שר הביטחון מקומן של רגשות אותו החלק בציבור הישראלי התומך בקיומו של הטקס ומזדהה עם תכניו ועם מטרותיו.

מסקנה זו באשר לשיקולים שאותם בחר שר הביטחון שלא להביא כלל בחשבון, עולה בבירור מן העמדה שהביע לביסוס

החלטתו בקבעו כי מדובר ב"מפגן של טעם רע וחוסר רגישות". עמדתו זו של שר הביטחון שמה את כל כובד המשקל על רגשותיהם של המשפחות השכולות ושל הציבור אשר הטקס המשותף יש בו כדי לפגוע ברגשותיהם, תוך התעלמות מוחלטת מן הפגיעה ברגשות המשפחות השכולות והציבור המבקשים לקיימו במתכונת שבו התקיים לאורך השנים עד כה. משכך החלטת השר לוקה בחוסר איזון ממשי ובחוסר סבירות במידה המצדיקה את התערבותו.

המשנה ליועץ המשפטי למערכת הביטחון והמשיבים בתגובתם לעתירה טענו כי "מתן זכות כניסה לפלסטינים, שחלקם משתתף בטקס על רקע קרבת משפחה לתושבים פלסטינים אשר נהרגו כתוצאה מפעילויות טרור נגד מדינת ישראל, חותר תחת מטרתו המיוחדת והמאחדת של יום זה ופוגע באופיו הממלכתי" (ר' סעיף 3 לעיל וסעיף 25 לתגובת המשיבים). טעם זה צוין, למעשה, כאחד הנימוקים המרכזיים העומדים בבסיס עמדתו של שר הביטחון. ואולם, במענה להבהרות שנתבקשו על ידינו בהקשר זה במהלך הדיון ואשר נועדו לבחון את התשתית העובדתית המבססת אמירות אלו, הגישו המשיבים אתמול בשעות הערב הודעה מעדכנת ובה ציינו:

"בשלב זה אין בידי המשיבים מידע לפיו חלק מהתושבים הפלסטיניים שביקשו להשתתף בכנס הם בני משפחה של תושבים פלסטיניים שנהרגו כתוצאה מפעילות טרור נגד מדינת ישראל. המשיבים מתנצלים על חוסר הדיוק שנפל בעניין זה, בשים לב ללוח הזמנים הדחוק שבו נכתבה התשובה לפניית העותרים ותגובת המשיבים לעתירה... בשלב זה אין בידי המשיבים מידע אשר קושר בין האנשים שסיפוריהם מופיעים באתר המרשתת של העותרת 1 לבין התושבים הפלסטיניים שמבקשים להגיע לטקס אך גם אין מידע הפוך בנדון" (סעיף 4 להודעה המעדכנת).

11. אכן, אין להקל ראש ברגשותיהן של משפחות שכולות הנפגעות מהשתתפותם של פלסטינים בטקס זיכרון לחללי מערכות ישראל ונפגעי פעולות איבה. אך מן האמור לעיל עולה כי ייתכן ששר הביטחון העריך ביתר את עוצמת הפגיעה ברגשותיהן בשל ההנחה שהתבררה כשגויה ולפיה אמורים להשתתף בטקס המשותף פלסטינים "על רקע קרבת משפחה לתושבים פלסטינים אשר נהרגו כתוצאה מפעילויות טרור נגד מדינת ישראל". הנחה זו לאחר שנבחנה כנדרש התבררה כבלתי מבוססת ומוטב היה שתיבדק בטרם נטענה.

עוד יש לזכור – הטקס המשותף שמארגנות העותרות הוא טקס פרטי המתקיים בנפרד מטקסים ממלכתיים רבים הנערכים ברחבי הארץ לזכר חללי מערכות ישראל ונפגעי פעולות האיבה. משתתפי הטקס ומארגניו אינם כופים על איש להשתתף בו וכל רצונם הוא לכבד את זכר יקיריהם בדרכם ועל פי השקפת עולמם, כמי שמאמינים ש"על שני הצדדים מוטלת החובה לפעול לסיום מעגל הדמים והשכול, לקחת אחריות לגורלם ולפתור את הסכסוך בדרכי שלום בכדי למנוע קורבנות נוספים" (ע/1). נקל להיווכח כי מדובר בהשקפת עולם פייסנית ובלתי מתריסה, גם אם שנויה במחלוקת, ובנסיבות אלו כולן דומה כי ראוי היה להביא גם את רגשותיהם של הדוגלים בה בחשבון לצורך קיום הטקס המשותף במתכונת המתוכננת.

בע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 295 (1985) עמד המשנה לנשיא דאז

השופט מ' אלון על הברכה השורה בריבוי דעות ועל החשיבות לאפשר לכל אדם את החופש לבחור את דרכו מתוך הכרה כי זהו מרכיב חיוני ומרכזי שעליו מיוסדת חברה דמוקרטית, וכך אמר:

"ריבוי דעות זה אין בו משום תופעה שלילית או פגם... ולא זו בלבד, אלא שיש בריבוי הדעות והגישות כדי יצירתה של הרמוניה, של אחדות מתוך השוני... ריבוי הדעות הוא חלק מהותי ומבורך בכלל חייה של חברה מתוקנת".

12. מטעמים אלו כולם החלטנו לעשות את הצו על תנאי למוחלט ולהורות לשר הביטחון לאפשר מתן היתרי כניסה ייעודיים לישראל לצורך השתתפות בטקס המשותף ל-90 פלסטינים – בדומה לכמות ההיתרים שהתאפשרה בשנת 2016 – ובלבד שלאחר בדיקה פרטנית מתאימה ימצא כי אין לכך מניעה ביטחונית או אחרת.

אין צו להוצאות."

10. כעבור שנה, בשנת 2019, התבקשה כניסתם של 176 פלסטינים לישראל לצורך השתתפות בטקס האמור. במענה לבקשה הושב כי הבקשה מסורבת מאחר שיש סגר בערב יום הזיכרון. כנגד החלטה זו הוגשה עתירת 2019.

בתגובה מטעם המדינה לעתירת 2019 נטען, בין היתר, כי אין עילה להתערבות בהחלטת ראש הממשלה ושר הביטחון (דאז), וזאת גם בשים לב להחרפה חמורה במצב הביטחוני במהלך הימים שקדמו להגשת התגובה לעתירה, במסגרתה גם נהרגו אזרחים ישראלים מרקטות שנורו מרצועת עזה לתחומי ישראל ובשים לב לשיקול הדעת הרחב המסור למדינה בכל הקשור להותרת כניסתם של זרים לישראל.

התגובה מטעם המדינה לעתירת 2019 מצורפת ומסומנת מ/ש/3.

11. ביום 6.5.19 ניתן פסק הדין בעתירת 2019 (מפורסם באתר האינטרנט של בית המשפט העליון). בית המשפט הנכבד (כבוד השופט יי עמית, כבוד השופטת ד' ברק-ארז, כבוד השופטת ע' ברוך) קיבל, פה אחד, את העתירה ונתן צו מוחלט, שהורה לשר הביטחון לאפשר מתן היתרי כניסה ייעודיים לישראל לצורך השתתפות בטקס ל-100 פלסטינים, תוך שגם בפסק דין זה, בדומה לפסק הדין בעתירת 2018, נקבע כי זאת בכפוף לאפשרות למנוע כניסה על בסיס פרטני ככל שיש מניעה פרטנית לכך כלפי מי מהאנשים שנכללו בשימות המוזמנים שהועברו.

בפתח פסק הדין כתב כבוד השופט עמית כי "יש להצר על כך, שלמרות התקדים שנקבע בעתירה הקודמת, אנו נדרשים שוב, במעין "שידור חוזר", לאותה הסוגיה. אף הופתענו ללמוד מתוך תגובת המשיבים, כי למרות פסק הדין בעתירה הקודמת, המשתתפים בטקס המשותף לא נכללו בתוך הרשימה הארוכה של "האוכלוסיות שהוחלט להחריג מן הסגר" ביום הזיכרון וביום העצמאות" (פיסקה 3 לחוות דעתו של כבוד השופט עמית; ההדגשה במקור).

ובהמשך הדברים שם קבע כבוד השופט עמית כך :

"[...] לטענת המשיבים, החלטתו של שר הביטחון נובעת מקיומו של הסגר ועל רקע ההתדרדרות הביטחונית שהחלה בסוף השבוע האחרון. ברם, החלטת שר הביטחון, ניתנה עוד לפני שהתחיל סבב הלחימה שהתנהל עד לפני שעות ספורות בין ישראל לבין ארגוני הטרור השולטים ברצועת עזה. ברי אפוא כי ההחלטה לא ניתנה על רקע שיקולים ביטחוניים אלא על רקע שיקולים אחרים, שנעלמו מעינינו. אף לא למותר לציין כי גם בעיצומו של סבב הלחימה לא הוטל סגר כללי על אי"ש.

המשיבים טענו בתגובתם כי על רקע המצב הביטחוני הוחלט להדק את הסגר על אי"ש ביום הזיכרון וביום העצמאות, ולצמצם למינימום ההכרחי את האישורים למתן היתרים חריגים. ברם, משנתבקשו המשיבים לפרט ב"רחל בתך הקטנה" עד כמה צומצמה רשימת החריגים הארוכה, התברר כי אין מדובר בצמצום של ממש, בלשון המעטה. וכך, גם במהלך הסגר מוחרגים, כדוגמה בלבד, פועלים פלסטינים בהתיישבות הישראלית באי"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. כאמור, הדברים מתחדדים במיוחד על רקע פסק הדין בעתירה הקודמת, ואשר משמש כנקודת מוצא וכנקודת הסיום לפסק דינו זה.

4. הרגישות הציבורית הנלווית לעתירה שבפנינו לא נעלמה מעינינו. השכול נוגע בנימי הנפש של החברה הישראלית. אך הטקס אינו מתריס, אינו פרובוקציה ומי שמתנער ממנו מוזמן שלא להגיע ולא ליטול בו חלק. אין לנו אלא להביא מדברים שנאמרו בעתירה הקודמת:

"מצאנו כי משיקול הדעת שהפעיל שר הביטחון נפקד לחלוטין מקומם של השיקולים הנוגעים לרגשותיהן של המשפחות השכולות המבקשות לקיים את הטקס במתכונת המתוכננת המשותפת לישראלים ולפלסטינים. עוד נפקד משיקוליו של שר הביטחון מקומן של רגשות אותו החלק בציבור הישראלי התומך בקיומו של הטקס ומזדהה עם תכניו ועם מטרותיו.

[...] עמדתו זו של שר הביטחון שמה את כל כובד המשקל על רגשותיהם של המשפחות השכולות ושל הציבור אשר הטקס המשותף יש בו כדי לפגוע ברגשותיהם, תוך התעלמות מוחלטת מן הפגיעה ברגשות המשפחות השכולות והציבור המבקשים לקיימו במתכונת שבו התקיים לאורך השנים עד כה.

[...] משתתפי הטקס ומארגניו אינם כופים על איש להשתתף בו וכל רצונם הוא לכבד את זכר יקיריהם בדרכם ועל פי השקפת עולמם, כמי שמאמינים ש"על שני הצדדים מוטלת החובה לפעול לסיום מעגל הדמים והשכול, לקחת אחריות לגורלם ולפתור את הסכסוך בדרכי שלום בכדי למנוע קורבנות נוספים" (1/ע). נקל להיווכח כי מדובר בהשקפת עולם פייסנית ובלתי מתריסה, גם אם שנויה במחלוקת, ובנסיבות אלו כולן דומה כי ראוי היה להביא גם את רגשותיהם של הדוגלים בה בחשבון לצורך קיום

הטקס המשותף במתכונת המתוכננת" (הדגשה במקור – י"ע).

הדברים יפים לענייננו. כך גם הנימוקים שם, שיש לראותם כחלק בלתי נפרד מפסק דיננו זה - ואיך זיל גמור.

5. טקסי הזיכרון הממלכתיים הם חלק מהאתוס ומהתודעה הלאומית של ישראל. הם מבטאים את השכול הלאומי, מחזקים את תחושת הסולידריות ואת ההזדהות העמוקה עם משפחות הנופלים שאיבדו את יקיריהם. ביום הרת-עולם זה, העם כולו מתעטף בכאבן של המשפחות.

בית העלמין הצבאי, הוא המקום בו אנו מתכנסים ביום הזיכרון כדי להתייחד עם הנופלים והכל מרכינים ראש עם הישמע הצפירה. נפנה רגע קט את מבטנו אל המצבות בבית העלמין. המצבות אחידות בצורה, בגודל ובמבנה. האחידות הצבאית משרה פשטות, כבוד ואחוה, ושומרת על עקרון השוויון ועל הצביון המיוחד של בית העלמין כמקום אפוף הוד. אך אפילו בבית העלמין הצבאי אנו מתירים כיום לכל משפחה שכולה לבטא את עצמה, בדמות הזכות לחקוק בכרית אבן רישום אישי (השוו לדעת המיעוט של השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812 (1993)).

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.

6. בנקודה זו אזכיר נשכחות ואחזיר את הקורא כמעט שבעים שנה לאחור בזמן, כאשר שר הביטחון וראש הממשלה דאז, דוד בן גוריון, ביקש לאסור על ד"ר ישראל שייב (אלדד) - ממנהיגיה של תנועת לח"י - לעבוד כמורה בבית ספר. בג"ץ פסל את ההחלטה בעיקר בשל עקרון שלטון החוק, מאחר שלא נמצאה בחוקי המדינה הסמכה להטלת מגבלות על העסקתו של אדם כמורה ומאחר שלא היה מקום כי שר הביטחון יתערב בעניינים המסורים לסמכותו של משרד החינוך (בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399 (1951)). כאז כן היום. שר הביטחון מופקד על ביטחון תושבי ישראל, ועליו המשימה להגן על תושבי ישראל מפני כל סכנה. התקשינו לראות מה סכנה אורבת לציבור בישראל אם יתקיים הטקס.

7. אשר על כן, החלטנו לעשות את הצו על תנאי למוחלט (בהסכמת המשיבים הדיון נערך מלכתחילה כאילו ניתן צו על תנאי), ולהורות לשר הביטחון לאפשר מתן היתרי כניסה ייעודיים לישראל לצורך השתתפות בטקס המשותף ל-100 פלסטינים. 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. (ההדגשות במקור).

כבוד השופטת ברק-ארז הסכימה עם כבוד השופט עמית והוסיפה דברים, כדלקמן:

”אני מסכימה.

עניינה של העתירה דנן אינו אך במשטר הכניסה לישראל והכללים החלים על הביקורת השיפוטית עליו, אלא בשאלה שלה היבטים מובהקים של הגנה על חופש הביטוי, שאמות המידה החלות עליה אמורות להיות קפדניות במיוחד. מבחינת מארגנו של הטקס שבו מדובר, זהותם של המשתתפים בטקס היא חלק מן המסר שאותו הם מבקשים לבטא. ההחלטה שהתקבלה היא בעלת השלכה על עצם העברת המסר בתחום השייך לליבת ההגנה על חופש הביטוי – נושאים השנויים במחלוקת בזירה הציבורית. על כן, שומה היה על המשיבים להביא בחשבון גם עניין זה, אלא שתגובתם לא כללה כל התייחסות לכך. כשופטים, תפקידנו הוא להבטיח כי חופש הביטוי בחברה הישראלית, בעיקר בנושאים השנויים במחלוקת, יישמר מכל משמר.

אנו מייחסים את מלוא המשקל לשיקול הביטחוני שהוצג, ולא כל שכן בימים קשים אלה שעוברים על מדינת ישראל, ואנו שותפים מלאים להם, מתוך שותפות גורל, סולידריות והזדהות. אולם, המענה לשיקולים הביטחוניים, כפי שהובהר בפסק הדין שניתן לפני שנה בדיוק, הוא בבחינה קפדנית של נתוניהם האישיים של מי שייכנסו לישראל, על בסיס פרטני, ולא בסירוב גורף.”.

גם כבוד השופטת ברון הסכימה עם כבוד השופט עמית והוסיפה דברים, כדלקמן:

”בטקס הזיכרון המשותף לישראלים ולפלסטינים שאיבדו את חייהם במסגרת הסכסוך בין העמים, המתקיים זו השנה ה-14, יש מטרה מוצהרת ומסר ברור של פיוס ושלוש. מנקודת מבטם, נראה כי חברו כאן מי שמבקשים בפועלם ובאופן אקטיבי, לשנות מציאות של איבה ולהפיח תקווה. לעיתים השכול, מעין שותפות גורל, יכול שיהווה מקור להזדהות ולאחדות, עד כמה שהדברים קשים להיאמר. המחיר הכבד שנגבה מן המשתתפים יש בו כדי לקרב לבבות ולהבקיע חומות המפרידות בין מי שבהגדרה משתייכים לשני מחנות.

כוחה של החברה הישראלית, ודווקא ביום זה, הוא ביכולתה להכיל את הקולות השונים שבתוכה. כי הרי בסוף ”כולנו רקמה אנושית אחת חיה” וכמילות השיר שכתב מוטי המר:

”אם נדע איך להרגיע, איך להרגיע
את האיבה, אם רק נדע.
אם נדע, אם נדע להשקיט את זעמנו
על אף עלבוננו, לומר סליחה.
אם נדע להתחיל מהתחלה.”

אני מצרפת את הסכמתי לפסק דינו של חברי, השופט י' עמית.”.

12. יצוין כי כעולה מהעתירה, בשנים 2020, 2021 ו-2022 התקיים הטקס במתכונת וירטואלית בשל מגפת הקורונה (ראו עמ' 3 לכתב העתירה, פסקה 11), ובהתאמה לכך בשנים אלה גם לא הגיעו בקשות לכניסה לישראל לשם כך.

13. ביום 20.3.23 פנו העותרים למינהל האזרחי בבקשה למתן היתרי כניסה לישראל מאיו"ש לתושבים פלסטינים לצורך השתתפות בטקס. יצוין, כפי שעולה מהבקשה, כי לבקשה צורפה רשימה המונה את שמותיהם של 169 אנשים, עבורם התבקש אישור הכניסה לישראל לצורך השתתפות בטקס.

הפנייה למינהל האזרחי מיום 20.3.23 צורפה לעתירה כנספח 2.

14. ביום 30.3.23 מסר משרד מתאם פעולות הממשלה בשטחים (מתפ"ש) ללשכת שר הביטחון כי מבדיקתם לגבי 169 התושבים שהתבקשה כניסתם, 56 מהם הם מבוגרים בני למעלה מ-50; 4 הם קטינים; 70 הם בעלי היתרי כניסה לישראל; ו-10 הם מנועי כניסה ולכן תסורב כניסתם. כמו כן נמסר ממתפ"ש כי בשים לב גם לניסיון העבר בסוגיה ופסיקת בית המשפט הנכבד (כפי שגם פורט לעיל), המלצתם היא לאשר את הבקשה.

15. בניי לבניי, ביום 1.4.23 פנה עותר 1 למינהל האזרחי בבקשה למתן היתרי כניסה לישראל ל-12 תושבים פלסטינים נוספים לטקס. יצוין, כי בקשה זו הוגשה בסמוך למספר בקשות נוספות לכניסת פלסטינים במועדים אחרים, שלא לצורך הטקס. בשל בלבול בבקשות, ביום 17.4.23 ניפק המינהל האזרחי היתרים עבור שמונה מבין 12 הפונים. הודעה על כך נמסרה בתשובת המינהל האזרחי לפנייתה של עותרת 1, בה צוין כי עשרה מבין 12 התושבים הפלסטינים לגביהם התבקש היתר כניסה – מאושרים להיכנס לטקס. משהתבררה הטעות, ביום 19.4.23 (ולאחר הגשת העתירה), בוטלו ההיתרים האמורים במערכות מתפ"ש. יוער, כי ממילא היתרים אלה לא היו מאפשרים כניסה לישראל במועד הטקס, וזאת נוכח הסגר המוטל על כניסת תושבי האזור לישראל, גם ביחס לאלה המחזיקים בהיתר אם אינו מבין ההיתרים שהמחזיקים בהם מאושרים להיכנס גם במהלך הסגר, כפי שיפורט להלן.

פנייתה של עותרת 1 מיום 1.4.23 ותשובת המינהל האזרחי מיום 17.4.23 צורפו לעתירה כנספח 3.

16. ביום 13.4.23 הודיעה לשכת שר הביטחון למתפ"ש כי שר הביטחון החליט שלא להיענות לבקשה ולא לאפשר את מעברם של התושבים הפלסטינים לצורך ההשתתפות בטקס. זאת, על פי שנמסר מלשכת שר הביטחון בתשובתם למתפ"ש, "לאור המציאות הביטחונית באיו"ש בתקופה זאת, ולאור העובדה שצפוי סגר על איו"ש במועד הרלוונטי".

בתוך כך, גם ביקשה לשכת שר הביטחון ממתפ"ש להשיב: (א) מהם החריגים שצפויים להיות לסגר ביום הזיכרון; (ב) האם היקף החריגים צומצם נוכח המצב הביטחוני; (ג) באשר לבעלי ההיתרים מתוך המבקשים, האם הם רשאים להיכנס חרף הסגר.

17. ביום 16.4.23 הושב ממתפ"ש לשאלות לשכת שר הביטחון.

באשר לחריגים שצפויים להיות לסגר, צורפה רשימה ובה רשימת "חסיני הסגר", קרי רשימת האוכלוסיות המורחגות מהסגר בהתאם לקטגוריות שונות (נרחיב להלן בנושא).

בנוגע לשאלה האם היקף החריגים צומצם נוכח המצב הביטחוני, הושב כי הרשימה כוללת צרכים הומניטריים/דחופים בלבד ועל כן אינה משתנה לאור המצב הביטחוני.

באשר לשאלה האם בעלי היתרים מתוך המבקשים רשאים להיכנס לישראל חרף הסגר, הושב כי בעלי היתרים למטרות שאינן מופיעות ברשימת "חסיני הסגר" אינם רשאים להיכנס לישראל במהלך הסגר.

18. במכתב מיום 16.4.23 פנו העותרים למשיבים בעניין הבקשה להתיר את כניסתם של התושבים הפלסטינים לצורך השתתפות בטקס, וזאת, כאמור במכתב, בהמשך לפרסום בתקשורת בדבר החלטה של שר הביטחון שלא לאפשר את כניסתם. יצוין כי לא עלה בידי גורמי המשיבים להשיב לפנייה זו בטרם הוגשה העתירה דנן, ביום 19.4.23.

פניית העותרים מיום 16.4.23 צורפה לעתירה כנספח 4.

19. כעולה מהפירוט שהובא לעיל, בדומה לשנים קודמות (למעט שנת 2015), גם השנה החליט שר הביטחון כי לרגל יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל ויום העצמאות יוטל סגר על כניסת פלסטינים מאוי"ש לישראל. החלטה זו התקבלה ביום 30.3.23, לאחר סבב שמיעת עמדות של גורמי המקצוע במערכת הביטחון. בהחלטה נקבע, כי יוטל סגר על האזור בתקופת "חגי ניסן", קרי במהלך חג הפסח (לא כולל ימי חול המועד), וכן ביום הזיכרון לחללי מערכות ישראל ויום העצמאות. הסגר ביום הזיכרון לחללי מערכות ישראל ויום העצמאות יחל ביום שני, 24.4.23, בשעה 17:00, ויסתיים ביום רביעי, 26.4.23, בשעה 23:59.

20. במהלך תקופת הסגר מותלה תוקפם של כלל היתרי הכניסה לישראל, למעט אוכלוסיות הומניטריות ייחודיות, וכן אוכלוסיות נוספות אשר לאחר בחינה פרטנית נמצא כי אלה חיוניות להמשך התפקוד התקין של המשק.

ואלה האוכלוסיות שהוחלט להחריג מהסגר:

בתחום התעסוקה: בריאות וסיעוד; אזור תעשייה עטרות; אזור תעשייה מבוא חורון (צמוד מעבר חשמונאים); מלונאות; פועלים במודיעין עילית (שיוחרגו באופן פרטני דרך מעבר חשמונאים).

לגבי אזורי תעשייה עטרות ובית חורון: כלל הפועלים העובדים באזורים אלה יעברו דרך מעבר קלנדיא ומכבים.

בריאות: צרכים רפואיים; ליווי חולה; צוות חירום רפואי; צוות רפואי בכיר; רופא בתפקיד.

הומניטרי: איחוד משפחות; ההסדר ההומניטרי בירושלים; לוויה; צורכי רווחה; צורכי רווחה – שהייה זמנית; חתונה; צרכים משפטיים; כלל מטרות מרחב התפר.

דת: עובד ווקף; עובדי כנסייה; עובד דת.

תקשורת: עיתונאי איש תקשורת.

חינוך: תלמיד במזרח ירושלים; עובד בבית-ספר במזרח ירושלים.

וכן מקרים ספציפיים נוספים [בהם עובדי חברת חשמל (חמ"י); אוכלוסיית גיבל מוכבר, בית צפאפא וחיזמא; מעבר תרקומיא; חריגים באישור ראש המינהל האזרחי; ועוד].

יצוין, על פי שנמסר מגורמי המשיבים, כי רשימת חריגים זו דומה בעיקרה לרשימת החריגים אשר עמדה בתוקף בעת ההליכים בעתירת 2019.

עוד נמסר מגורמי המשיבים כי בהתאם לרשימת החריגים האמורה, יתאפשר אפוא לאלפי פלסטינים להיכנס לישראל או למרחב התפר גם במהלך הסגר שיחול במהלך יום הזיכרון לחללי צה"ל ויום העצמאות השנה.

21. ההחלטה על הטלת סגר כאמור התקבלה לנוכח הערכת המצב הביטחונית ולנוכח האיומים הביטחוניים המתגברים בתקופת החגים, שהם בעלי רגישות ביטחונית מיוחדת. יצוין בהקשר זה, כי החלטות פרטניות על מתן היתר, במקרים שאינם נכנסים בקטגוריות שצוינו לעיל, למרות קיומו של הסגר, הן חריגות ומתקבלות בהתקיים נסיבות מיוחדות (לרוב הומניטריות).

22. לשלמות התמונה יצוין, כי במהלך החודש האחרון התאפשרה כניסת תושבים פלסטינים מאיו"ש לישראל לצורך חג הרמדאן, וזאת כחלק מהצעדים האזרחיים שנקטו לרגל החג.

כך, על פי שנמסר, בכלל ימי שישי האחרונים, החל מיום 24.3.23, התאפשרה כניסה של תושבות אזור וילדיהן בכלל הגילים, וכן של גברים מעל גיל 45 לרגל חג הרמדאן.

על פי נתוני המינהל האזרחי, ביום שישי הראשון של רמדאן, 24.3.23, נכנסו לישראל כ- 50,796 אנשים; ביום שישי השני של רמדאן, 31.3.23, נכנסו כ- 103,916 אנשים; ביום שישי השלישי של רמדאן, 7.4.23, נכנסו כ- 39,930 אנשים; ביום שישי הרביעי של רמדאן, 14.4.23, נכנסו כ- 94,766 אנשים.

בנוסף, על פי נתוני המינהל האזרחי, ביום 17.4.23 נכנסו לישראל כ-98,720 תושבי אזור לרגל "לילת אל-קאדר".

כמו כן, מנתוני המינהל האזרחי עולה, כי במהלך הסגר שהתקיים בפסח, נכנסו לישראל עשרות אלפי תושבי איו"ש פלסטינים.

העמדה המשפטית

23. הנה כי כן, מדובר בסוגיה ספציפית אשר הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון פעמיים בשנים האחרונות והוכרעה.

בתוך כך, לא הוצגה תשתית אשר יש בה להראות שינוי של ממש מהנסיבות שבהן התקבלו ההחלטות שנתקפו בעתירות הקודמות ושכאמור בוטלו. בהקשר זה יצוין, על פי שנמסר, כי גם במהלך הסגר בימי הזיכרון והעצמאות השנה תתאפשר כניסתם של אלפי של פלסטינים לישראל או למרחב התפר.

על רקע זה, בשים לב להלכה הפסוקה בעניין זה, מבחינה משפטית, אין מקום לסטות מהמתווה שהתוו פסקי הדין הקודמים.

24. כפי שפורט לעיל, החלטותיהם של שרי ביטחון קודמים שלא לאפשר כניסת פלסטינים לטקס הובאו בשתי הזדמנויות שונות לביקורתו של בית המשפט הנכבד, אשר מצא כי החלטות אלה אינן יכולות להיוותר על כנן, משאין בהן כדי לגלם איזון הולם בין מכלול השיקולים הצריכים לעניין, והורה לאפשר את כניסתם של תושבים פלסטינים לטקס, בכפוף לבדיקת היעדר מניעה ביטחונית פרטנית, הכל כפי שפורט לעיל.

25. לענייננו, רלוונטית במיוחד הפסיקה בעתירת 2019, שכן גם במרכז החלטתה של המדינה אז הוצגו שיקולי ביטחון. עוד יצוין בהקשר זה, כפי שעולה מהפירוט העובדתי שהובא לעיל, כי בדומה לעתירת 2019 (כמו גם עתירת 2018), גם בענייננו חל במועד הטקס סגר על כניסת תושבים פלסטינים מאיו"ש לישראל, תוך שקבוצות האוכלוסייה המוחרגות מן הסגר דומות בעיקרן לאלו שהוחרגו בשנת 2019. לעניין זה נשוב ונזכיר, כי בית המשפט הנכבד (מפי כבוד השופט עמית) קבע בפסק הדין בעתירת 2019, כי על רקע רשימת החריגים "שכוללת אלפי בני אדם, אנו מתקשים לקבל את הטענה כי הסגר מונע מכלול ברשימה זו עוד כמאה פלסטינים המבקשים להשתתף בטקס המשותף. כאמור, הדברים מתחדדים במיוחד על רקע פסק הדין בעתירה הקודמת, ואשר משמש כנקודת מוצא ונקודת הסיום לפסק דיננו זה" (פיסקה 3 לחוות דעתו של כבוד השופט עמית בפסק הדין בעתירת 2019).

26. על כן, לעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה, בהתאם לפסיקות בית המשפט העליון בנושא, משעה שלא הוצגה תשתית מקצועית-עובדתית המאפשרת לסטות מקביעות פסקי הדין הקודמים ולמנוע את כניסת המוזמנים הפלסטינים לצורך השתתפות בטקס – בכפוף

לבדיקה פרטנית מתאימה וככל שיימצא כי אין לכך מניעה ביטחונית או אחרת – לא ניתן לסטות ממה שנקבע בפסקי הדין הקודמים.

27. העובדות המפורטות בנוגע למתפ"ש ולמינהל האזרחי בתגובה זו עתידות להיתמך בתצהירה של אלי"מ מלי מאירי, רמ"ח מבצעים במתפ"ש, תוך שנמסר מגורמי הצבא כי המצהירה קראה ואישרה, וכי מטעמים טכניים לא ניתן היה להחתימה היום, יום שיש, על תצהיר, ועל כן מבוקש להגיש את התצהיר עד מועד הדיון ביום ראשון, מחרתיים.

היום, ל' בניסן התשפ"ג

21 באפריל 2023



יונתן סיטון, עו"ד

עוזר במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה



יונתן נד"ב, עו"ד

סגן בכיר א' במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה



ענר הלמן, עו"ד

מנהל מחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה