בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 495/12

לפני: כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט צ' זילברטל

העותרים:
1. גב' עזה עזאת
2. סוהיר עבד אל מגיד
3. ענדליב חסין
4. אמאל נמר
5. לוגין שרחביל
6. גישה מרכז לשמירה על זכויות האדם
7. אל -מיזאן המרכז לשמירה על זכויות אדם

נ ג ד

המשיבים:
1. שר הביטחון
2. המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית
3. מתאם פעולות הממשלה בשטחים
4. אלוף פיקוד הדרום

תשובה לצו על תנאי

תאריך הישיבה: כ"ח באב התשע"ב (16.8.12)

בשם העותרים: עו"ד ד"ר נעמי הגר

בשם המשיב: עו"ד ענר הלמן; עו"ד רועי שויקה

פסק- דין

השופט א' רובינשטיין:

א. נדרשים אנו פעם נוספת לסוגיה הכאובה של משאלת תושבים מעזה – במקרה דנא ארבע נשים – ללמוד באוניברסיטה באיו"ש. סוגיה זו כרוכה לבלי הפרד במסכת טרגית הכאובה ממנה של יחסי ישראל-עזה לעת הזאת, מקום שבעזה שולט החמאס, ישות טרור העוינת לישראל להלכה ולמעשה, ומדיניות המשיבים יסודה במצב הנתון, המתקיים מאז 2007 למצער. השאלה שלפנינו היא האם, במישור המשפטי, ניתן לחייב את המשיבים לאפשר לעותרות 1-4, שאליהן הצטרפו שתי עמותות זכויות, ישראלית

ופלסטינאית (העותרות 6-7), לצרכי לימודים אקדמיים, להגיע ליו"ש דרך ישראל ולשהות שם ימים אחדים בשבוע תוך מעבר שבועי לביתן (למעט עותרת 1 הנכונה להימצא ארבעה חודשים רצופים באיזור איו"ש/ גדמ"ע). יצוין כי עותרת נוספת נמחקה. הוצא צו על תנאי ביום 9.8.12 (בהרכב השופטת חיות והשופטים פוגלמן ועמית) והתיק נדון בפנינו ביום 16.8.12.

העתירה

ב. הנה דבר העתירה בתמצית. העותרות 1-4 הן נשים תושבות עזה בנות 37-49, שהחלו לימודי תואר שני באוניברסיטת ביר זית שבאיו"ש בטרם אירועי שנת 2000 ואילך (הקרויים "האינתיפאדה השניה") והתקבלו על-ידי האוניברסיטה לחידוש הלימודים בסמסטר שראשיתו בספטמבר 2012. העתירה הוגשה ביום 18.1.12. עותרת 1, בת 49, תוארה כיועצת בתחום פיתוח וזכויות אדם, המבקשת ללמוד זכויות אדם ודמוקרטיה בביר זית; עותרת 2, בת 37, עובדת כמנהלת מחלקת פרויקטים לנשים בהתאחדות ועדות החקלאים בעזה, ומבקשת ללמוד שם מגדר, משפט ופיתוח; עותרת 3 היא בת 46, שימשה כיו"ר ומנכ"ל של מרכז המדיה החברתית, ומבקשת אף היא ללמוד לימודי מגדר, משפט ופיתוח; וכמותה גם עותרת 4, בת 42, המנהלת האדמיניסטרטיבית של המרכז לענייני האשה בעזה. העותרות, המציגות עצמן כעוסקות בקידום זכויות אדם, מעוניינות לדבריהן להשלים את התואר השני דווקא באוניברסיטת ביר זית, שבה לימודי דמוקרטיה וזכויות אדם המתאימים להן.

ג. במישור המשפטי נטען, כי הסירוב לבקשתן לעבור לגדה המערבית לשם לימודים עומד בסתירה להמלצות בית משפט זה בבג"ץ 11120/05 חמדאן נ' אלוף פיקוד הדרום (לא פורסם, 7.8.07), אליו נשוב להלן, שם ניתן ביטוי לאפשרות לבדיקה פרטנית במקרים "שלפתרונם עשויות להיות השלכות אנושיות חיוביות"; עוד הוזכר בג"ץ 4906/10 שריף נ' שר הביטחון (לא פורסם). צוין, כי לשלושה סטודנטים מעזה אופשר לעבור לצורך לימודים מעזה לגדמ"ע, במסגרת תכנית אמריקנית-פלסטינית, וכן לסוחרים ולספורטאים; העתירה מפנה למסמך מדיניות לעניין תנועת אנשים בין ישראל לעזה מיום 5.5.11 מאת מתאם הפעולה בשטחים (ע/20). לשיטת העותרות, אלפי אנשים יוצאים מדי חודש בחדשו לישראל, לרבות לביקורי משפחה ולרבות סוחרים - 1,340 במספר בנובמבר 2011 בלבד. מספר היוצאים מעזה לישראל ב-2010, לפי אתר משרד החוץ כנטען, היה 30,090, וב-2011 - 38,706, וישנה איפוא יציאה במספרים גדולים (בתשובה לפרטים נוספים לאחר הוצאת הצו על תנאי נמסר מן המשיבים כי ב-2011 נכנסו לישראל מרצועת עזה 20,031 איש שאינם חולים או מלויהם, ובהם 15,337

סוחרים ו-1,127 עובדי ארגונים בינלאומיים; כניסת סוחרים היא לשבוע עד שלושה חודשים). צוטט דובר תיאום הפעולה בשטחים (1.12.11) כמצהיר, כי "מרכיבי המדיניות האזרחית מול רצועת עזה נוגעים למסחר, יצוא חקלאי... ותנועות אנשים - מרכיבים שהם חלק בלתי נפרד וחשוב מאוד ממרקם החיים בעזה. מרכיבים אלו מבטאים את המדיניות המבדילה בין האוכלוסיה האזרחית בין ארגון הטרור חמאס. לא מדובר רק בפעילות הומניטרית ובהעברת חולים כפי שנהוג לחשוב". לשיטת העתירה, יש במתן היתר לעותרות "השלכות אנושיות חיוביות" כלשון פסק הדין חמדאן, שכן יאופשר לעותרות להשפיע לטובה בחברה הפלסטינאית ותוך העצמת נשים והשלכותיה החיוביות, וזאת גם בגדרי הזכות לחופש עיסוק. נטען, כי אבחון פרטני יאיין גורמי סיכון, ומכל מקום מדובר בנשים מבוגרות שאינן גורמי סיכון כשלעצמן. עוד במישור המשפטי, נטען כי לישראל חובות הומניטריות כלפי תושבי עזה לפי בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (לא פורסם); וכי נפגעות זכויותיהן של העותרות כולל חופש התנועה, חופש העיסוק והזכות לחינוך - והכל בלא מידתיות.

התשובה לצו על תנאי

ד. כדי שלא להאריך נידרש לתשובת המשיבים לצו על תנאי, שניתנה ב-13.8.12. בתצהיר האלוף איתן דנגוט, מתאם פעולות הממשלה בשטחים, נאמר, כי לעותרות, זרות תושבות עזה, אין זכות שבדין להיכנס לישראל, וההחלטות בעניינן נתקבלו לפי מדיניות הממשלה, לפיה כניסת תושבי עזה לישראל, ולוא לצרכי מעבר לאיו"ש, מוגבלת למקרים הומניטריים חריגים בלבד, בדגש על מקרים רפואיים דחופים (למעט לעניין כניסת סוחרים). הוזכר, כי מאז ספטמבר 2000 מתנהל עימות מזוין נגד ישראל מצד ארגוני הטרור הפלסטינאיים, מאז ההתנתקות מ-2005 אף גבר העימות, ומאז 2007 שולט חמאס בעזה. על כן החליט הקבינט (19.9.07) להגביל תנועת אנשים מהרצועה ואליה; הוזכר בג"ץ אלבסיוני שלפיו (מפי הנשיאה ביניש) "החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה..." (פסקה 12). הופנינו לבג"צ חמדאן, שבסופו של יום נדחתה העתירה בו, והוזכרה סמכותה הרחבה של הממשלה לקבוע מי ייכנס לתחומי ישראל על פי פסיקה רבה, ולמשל לאחרונה עע"מ 4620/11 קישאוי נ' שר הפנים (לא פורסם), לפיו "אין לזרים זכות קנויה להיכנס לתחומי מדינת ישראל... כלל זה כוחו יפה גם באשר לבקשות להיתרי כניסה של תושבי רצועת עזה". נאמר, כי המדיניות של הטלת מגבלות על תנועת אנשים אל הרצועה וממנה היא חלק ממאבק ישראל בחמאס, לרבות בידול בין איו"ש, שבו הרשות הפלסטינאית, לבין רצועת עזה הנשלטת על-ידי ארגון טרור. הוזכר, כי המדיניות השיפוטית - כמו בג"ץ קישאוי לאחרונה - היא שלא להתערב

בשיקולי המשיבים, ונמנו הטעמים ההומניטריים המרכזיים למתן היתר יציאה מעזה לישראל, שעניינם נושאים רפואיים או ביקור חולים וכן לשם חתונה או לויה. נאמר, כי רק במקרים של טעם הומניטרי חריג נעשית בדיקה פרטנית; ואולם, כך נטען, לימודים אקדמיים אינם באים בגדר הצורך ההומניטרי, וזאת לא רק מטעם בטחוני אלא גם מדיני, בשל ההחלטה על בידול עזה מאיו"ש. צוין כי מאז פסק הדין בעניין חמדאן ב-2007 חלה הגמשה כגון ליציאת בעלי מלגות מוכרות מעזה ללימודים בחו"ל דרך שטח ישראל – מה שקרוי "נוהג מלגאים"; כן פתוח המעבר מרפיח למצרים, כך שישנן לעזתים אפשרויות ללימודים חלופיים, יותר מאשר בעבר; וההקלות שנעשו במשך השנים - כגון לסוחרים ולעובדי ארגונים בינלאומיים - באו כדי לאפשר כניסת סחורות לעזה וביצוע פרויקטים במימון בינלאומי; אשר לסטודנטים שנכנסו לישראל במסגרת תכנית של מחלקת המדינה האמריקאית, היתרי היציאה ניתנו מטעמי מדיניות חוץ. ולבסוף, נטען כי אובחן עניינן הפרטני של העותרות בתחום הבטחוני, וכי לעותרות 1-2 יש מניעה בטחונית (עניינן של עותרות 3-4, ככל הנחוץ, ייבדק בתחקור נוסף); והבקשה למעבר קבוע בכל שבוע מטעם שלוש מהן מעצימה את הקושי.

ה. בעיקרי טיעון טעמן ציינו העותרות, כי אין לדידן צורך להכריע בדבר המדיניות הכללית לאיסור לימודי סטודנטים מעזה, אלא בשאלה של יישום ההנחיה בפרשת חמדאן לעניין ועדת חריגים במקרים של "השלכות אנושיות חיוביות"; זאת, לא כל שכן משנתגמשה בצורות שונות מדיניות המשיבים בנושאים כמו ביקורי משפחות, אירועי משפחה, ספורט, סדנאות, קיטנות וכדומה; עוד נאמר, כי כשם שהאינטרס הישראלי הוא פיתוח כלכלי ברצועה, כך גם לגבי העצמת נשים והשתתפותן בכלכלה, וכי קידום מעמד האשה הוא מטרה הומניטרית (והוזכר, כי ביולי 2011 הונפק לעותרת 3 היתר להשתתפות בסדנה לקידום מעמד האשה). עוד נאמר, כי לא המעבר לישראל הוא לב העניין מבחינת המשיבים אלא הבידול, שכן היתרי מעבר ניתנים. נטען גם כי אין מניעה בטחונית כלפי העותרות - והדבר נאמר מפי המשיבים במענה לשאלת השופט ג'ובראן בדיון ב-23.5.12; כל עניינן של העותרות הוא בהעצמת נשים ובלימודים לשם כך. הבקשה היא איפוא שקילה פרטנית גם בתוך מדיניות המעבר המצמצמת, על-ידי כינון מנגנון של ועדת חריגים.

הדיון

ו. בדיון בפנינו חזר והטעים עו"ד הלמן מטעם המשיבים, כי הכלל לכניסה הוא מקרים הומניטריים, וסטודנטים אינם באים בגדרים אלה. עוד נטען, כי לתושבי עזה אין זכות לחינוך בישראל ולחופש תנועה אליה, מה גם שמעבר רפיח פתוח וניתן ללמוד

בכל מקום בעולם. בנוסף כך נאמר - ישנם פיגועים יומיומיים מעזה, וישראל מעוניינת איפוא למנוע מעבר מעזה לאיו"ש; אבחון פרטני אינו אפשרי אפילו באיו"ש שצה"ל נמצא בו, לא כל שכן - כנטען - לגבי עזה. ועוד, אין מדינה שתאפשר לתושבי ישות אחרת אשר לה מלחמה יומיומית אתה, להיכנס לתחומה.

ז. באת כוח העותרות טענה, כי העותרת 1 נכונה להישאר בגדה המערבית לאורך כל תקופת הלימודים מבלי לשוב; הוזכר, כי משפחתה עברה טראומה בעקבות שימוש כמגן אנושי, ומצבה הבריאותי אינו טוב; גם אם יש טענה בטחונית כלפי משפחתה, אין הדבר חל עליה. הוא הדין - כנטען - כך גם לגבי עותרת 2, שאחד מאחיה היה אסיר בטחוני לפני שנים רבות; והעותרות 3-4 עברו ועוברות דרך ישראל לכנסים בנושא קידום נשים - העותרת 3 עברה לאחרונה ב-27.6.12.

הכרעה

ח. לא אכחד, כי התלבטתי בתיק זה מאוד והשתהיתי במקצת כדי לשוב ולהרהר בו, מתוך שתחושתי היתה שראוי לחפש דרך לסייע למקצת העותרות, אלה שאין לגביהן מניעה בטחונית, במבוקש על-ידיהן, ולוא בתנאים כאלה ואחרים. דא עקא, שהתקשיתי מתחילה למצוא עוגן משפטי שעל פיו ניתן לחייב את הרשויות לעניין זה, במצב הקיים. כידוע, איננו מופקדים על המדיניות ואף לא לנו להידרש לתבונתה (ראו גם פרשת אלבסיוני פסקה 20) וגם ה"אקטיביסטים" ככל הנראה יסכימו לדברי נשיא בית המשפט העליון של ארה"ב השופט רוברטס, שבפרשת ביטוח הבריאות אשר הוכרעה זה לא כבר (National Federation of Independent Business V. Sebelins) ציין, עם שבמובן המשפטי תמך באישוש החוק שבמחלוקת שם הגם שתהה באשר לתוכנו, כי

> "Members of the Court are vested with the authority to interpret the law; we possess neither the expertise nor the prerogative to make policy judgments. Those decisions are entrusted to our Nation's elected leaders, who can be thrown out of office if the people disagree with them. It is not our job to protect the people from the consequences of their political choices.
>
> Our deference in matters of policy cannot, however, become abdication in matters of law".

(הובא על-ידי בבג"ץ 5113/12 פרידמן נ' כניסת ישראל (לא פורסם)).

ט. ואולם, בסופו של יום הגעתי לכלל מסקנה, כי מתוך המדיניות המוצהרת של המשיבים עצמם יש מקום לכינון ועדת חריגים, כפי שיתואר להלן. בפרשת חמדאן אשר עסקה בסטודנטים צעירים שביקשו לעבור מעזה לאיו"ש ללימודים, נזדמן לי לומר - והדברים יפים גם כאן, אולי ביתר שאת - כי "עתירה זו מעוררת שאלה משפטית ואנושית שבנסיבות הסכסוך הפלסטיני-ישראלי אשר פתרונו אינו נראה קרוב, למרבה הצער, מציבה פער בין הרצוי למצוי שלעת הזאת קשה לגשר על פניו... על פני הדברים נראית העתירה כמציבה משאלה אנושית פשוטה, ועמה שאלה משפטית של סבירות המדיניות הקובעת מגבלות כלליות בתחום זה. אך הנושא שברקע שעמו אין מנוס מהתמודדות במענה הוא התנאים הקשים, הבלתי נורמליים ורוויי הטרור בין ישראל לחבל עזה (למצער), והקושי בפתרון דילמות הנובעות מן המצב באורח שיהא מקובל על ישראל הלוחמת בטרור, וגם יפתור בעיות אישיות ואנושיות בהיקף רחב; 'אוי לי מיוצרי אוי לי מיצרי'" (פסקה י"א). עוד נאמר שם (פסקה י"ב): "אין ספק כי מתוך תקוה לעתיד ולהשכנת שלום, ומתוך יחס למקצוע פארא-רפואי סיעודי ולאפשרות שמרפאים בעיסוק יסיעו הומניטרית בעזה, רצוי לחפש כל פתח וסדק לאפשר זאת. בסופו של יום על הפלסטינאים וישראל לחיות אלה לצד אלה". כן נאמר, כי נסיבות ההשתלטות של החמאס על עזה לא קירבו את עזה לאיו"ש או את עזה לישראל במישור היחסים, להבדיל מן הגיאוגרפיה שלעולם עומדת: "על כן אין בידינו להתעלם מכך ולומר לגורמי הביטחון עולם כמנהגו (הטוב) נוהג ואנא היכבדו ואפשרו לעותרים את מבוקשם, וזאת בשעה שלאמיתו עולם כמנהגו (הקשה) נוהג" (שם). ולהלן נאמר בתוך סקירת העמדות המשפטיות "ברי כי המשפט איננו במוקד הנסיבות, שהן ייחודיות, Sui Generis במלוא מובן המלה, ועל כן קוראות גם לפתרונות מעשיים ויצירתיים יותר מאשר לדיון משפטי בחולות נודדים" (פסקה י"ג).

י. המחלוקת שם נסבה בסופו של יום על השאלה "האם ניתן לבור את ישרי הדרך על-ידי בדיקה פרטנית. לא אכחד, כי בגדרי משאלות הלב בעולם טוב יותר, בדיקה פרטנית היא המכשור המשיג תוצאה צודקת יותר..." (פסקה ט"ז); אך לא מצאנו אז, כי שיקולי המשיבים שהתנגדו לכך, בהיות הסטודנטים קבוצת סיכון, לקו בחוסר סבירות קיצונית.

יא. בסיפת חוות דעתי נאמר, בהסכמת חברתי השופטת חיות - אך בהסתייגות בהקשר זה של חברי השופט (כתארו אז) אלון - כלהלן:

> "לא נכחד כי לדעתנו ככל שניתן לתור אחר דרכים לבדיקה פרטנית, הדבר יהא ראוי ומועיל... בין השאלות שלדעתנו ראוי להידרש אליהן ברמות המתאימות מצויה גם השאלה, האין דרך - בחינת חיפוש איזונים - לכינון 'ועדת חריגים' או מנגנון אחר דומה, שיעסוק פרטנית במקרים שלפתרונם עשויות להיוודע השלכות אנושיות חיוביות, בנוסף למקרים ההומניטריים ללא ספק, של אנשים הזקוקים לטיפול רפואי בעל דחיפות גבוהה מאוד".

יב. הבאתי באריכות מתוך פרשת חמדאן, שכן אף שחלפו חמש שנים, הדילמות שהועלו שם נותרו ביסודן בעינן; ראיה לדבר פסק הדין בעניין קישאוי שניתן אך זה לא מכבר (7.8.12) ובו נאמר מפי השופט פוגלמן (פסקה 6), כי "לפי מדיניות המשיבים הנוהגת – המבוססת בין היתר על החלטת ועדת שרים לביטחון לאומי מחודש ספטמבר 2007 – אישורי כניסה לישראל ניתנים לתושבי רצועת עזה במקרים הומניטריים חריגים בלבד, דוגמת ביקורים לצרכים רפואיים... על רקע מדיניות זו, בקשות של תושבי רצועת עזה לקבל אישורי כניסה לישראל נבחנות באופן פרטני רק אם נמצא כי הן מעלות טעם הומניטארי חריג... בית משפט זה, קבע לא אחת כי אין עילה להתערב במדיניות זו, בכפוף לכך שבמסגרת הפעלת שיקול הדעת של הרשויות המוסמכות ביישום המדיניות ניתן משקל הולם לשיקולים הומניטאריים... זאת, בשים לב לשינויים שחלו בהיקפן של חובותיה של המדינה כלפי תושבי עזה על רקע יישום תכנית ההתנתקות בשנת 2005 ועליית חמאס לשלטון... בין היתר, נפסק כי כניסה לישראל לשם ביקורי בני משפחה כלואים, מעבר בישראל לצורך לימודים בגדה וביקורי משפחה בגדה – כל אלה אינם מהווים טעם הומניטארי חריג המצדיק כניסה לישראל במסגרת המדיניות הנוהגת..."; ראו גם האסמכתאות שם, מפסקי דין שבין השנים 2007 ל-2010.

יג. בית משפט זה לא ראה איפוא מקום לאורך השנים להתערבות שיפוטית באמצעות צוים מוחלטים במדיניות המשיבים, נוכח מורכבותו – הכמעט המייאשת - של המצב ורגישותו הרבה. עם זאת, לא אחת הועילו הערות בית המשפט והדיאלוג שקיים עם המשיבים אם בדיונים בעל פה ואם בגדר המלצות בהחלטותיו, כדי לשנות מעט בכיוון כזה או אחר. דוגמה שגם הזכיר בא כוח המשיבים, היא הסתייגותנו מהבחנה בין כניסה לישראל של מקרי חולי לשם "הצלת חיים" לעומת "איכות חיים", כגון אבדן מאור עיניים או יד או רגל חלילה (בג"ץ 5429/07 רופאים לזכויות אדם ו"גישה" נ' שר הביטחון (לא פורסם, 2007); המשיבים קיבלו עמדה זו. ועוד, בלא קשר לבית המשפט, החומר שלפנינו מצביע על כך שמשיקולים שונים, חלקם הומניטריים, חלקם מדיניים וחלקם מעורבים, הרחיבו המשיבים משמעותית את יריעת הכניסה לישראל, בדוגמאות שהובאו מעלה.

יד. העותרות צירפו (ע/20) את המסמך הנזכר של דובר מתאם הפעולה בשטחים המעודכן ליום 5.5.11, ובו פירוט נרחב של המדיניות בנושא יציאה מעזה וכניסה לישראל וגם כניסה לעזה. בגדרי המדיניות נאמר (סעיף 1), כי "עמדתה של ישראל הינה שדיני התפיסה הלוחמתית אינם חלים עוד על היחסים שבינה לבין תושבי הרצועה, ועל כן, היא איננה נושאת עוד באחריות הכוללת לרווחתה של האוכלוסיה, אלא רק בחובות הומניטריות כלפיה"; אך נאמר עוד (סעיף 6), כי מלבד הקריטריונים הנקבעים, "כלל הבקשות נבחנות לגופן, בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה, וכן בהתאם לבחינה בטחונית פרטנית הנוגעת למבקש ו/או לבני משפחתו, בדיקת האינטרסים הבטחוניים, המדיניים והאסטרטגיים של מדינת ישראל באישור הבקשה, וכן נבדקת אמיתות המסמכים המצורפים לבקשות". הנה מעין "הודאת בעל דין" כי ישנה בדיקה פרטנית של "כלל הבקשות". הכותרות שבמסמך לגבי קריטריונים לכניסה לישראל (יציאה מעזה אליה) הן טיפול רפואי, צוותים רפואיים (לרבות להשתלמות), ביקור קרוב משפחה שהוא חולה קשה, השתתפות בלויה – או להבדיל חתונה, ילדים כנלוים למבקרים לקטגוריות הקודמות, סוחרים (70 ביום), גורמים פלסטינאים בכירים, פלסטינאים שבהליך איחוד משפחות, מלגאים המיועדים לצאת ללימודים בחו"ל, בעלי נתינות זרה (כפולה), פלסטינאים עובדי ארגונים בינלאומיים, פלסטינאים שמענם הרשום באיו"ש לצורך חזרה לאיו"ש, עיתונאים, מאוימים, כדורגלנים ובאי כנסים ואירועים של הרשות הפלסטינאית. נמנים גם מי שיוכלו לצאת לרצועת עזה, ולא נפרט מקוצר היריעה.

טו. ראינו איפוא, כי עם הזמן הורחבה יריעת הנכנסים מעזה לישראל, מה שכמובן יש לראותו בחיוב; וזאת מבלי שנשכח לרגע כי המצב הבסיסי מול עזה והשולטים בה לא נשתנה, וכי גם אם אין הוא משתוה כיום, תודה לאל, לתקופה הקשה ביותר שהיתה במשך השנים, עדיין רחוקים הדברים מיציבות, וטילים מעזה נופלים על בתי אזרחים בישראל גם בימים שבהם נכתב פסק דין זה.

טז. העותרות הפנו בעתירה גם למסמך של תיאום הפעולה בשטחים מ-1.12.11, ובו דברים מפי רס"ן גיא ענבר, הדובר. טרחתי ועיינתי באתר מתאם הפעולה בשטחים, מיום 1.12.11. הציטוט המובא מפי הדובר הוא כלהלן:

> "מרכיבי המדיניות האזרחית מול רצועת עזה נוגעים למסחר, ייצוא חקלאי, פרויקטי תשתיות, חינוך, בריאות, מים, חשמל ותנועות אנשים – מרכיבים שהם חלק בלתי

> נפרד וחשוב מאוד מקיום מרקם החיים בעזה, מרכיבים אלה מבטאים את המדיניות המבדילה בין האוכלוסייה האזרחית לבין ארגון הטרור חמאס. לא מדובר רק בפעילות הומניטארית ובהעברת חולים כפי שנהוג לחשוב".

יז. דומה איפוא, כי התמונה מורכבת ובעלת גוונים יותר מאשר העמדה הדיכוטומית, שאף מצאה ביטויה בפסיקתנו. מאז פרשת חמדאן אמנם לא נשתנתה, על פי המשיבים בפנינו, המדיניות המוצהרת, אך בפרסומים רשמיים שונים ובמציאות ישנן התפתחויות לכיוונים שונים. אטעים: אין מחלוקת בין הצדדים, ומכל מקום אין ספק, שהמשיבים זכאים בנסיבות הקיימות - המצערות - לנקוט מדיניות המגבילה כניסה לישראל וגם כזו המבדלת בין עזה לאיו"ש, כדי להבטיח אינטרסים ישראליים בטחוניים ומדיניים על פי אחריותם. אין גם ספק, כי הם רשאים לשקול שיקולים מדיניים רחבים להגשמת המדיניות, אם בלבוש שיקולים הומניטריים-כלכליים כמו בעניין הסוחרים ואם בגדרם של שיקולי מדיניות חוץ רחבים יותר. אכן, לישראל חובות במישור ההומניטרי (פרשת אלבסיוני) ואפילו בימי לחימה (למשל בימי "עופרת יצוקה" – ראו למשל בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם ו"גישה" נ' ראש הממשלה (לא פורסם)). ואולם, אין לומר כי חובות ישראל במישור ההומניטרי כוללות את חרויות חופש העיסוק והתנועה כפשוטן וכנתינתן; מדובר בתושבי ישות זרה, והעותרות לא יטענו כי תושב קנדה זכאי לזכויות אזרחיות "רגילות" בארה"ב, אלא בכפוף להסכמות בין השתיים. ואולם, מצב ישראל מול הפלסטינאים מזה ומזה, מאיו"ש-גדמ"ע ומעזה, אינו "נורמלי", ויש בו מורכבות וייחודיות - והבעיות הבטחוניות מזה והחובות ההומניטריות מזה יעידו.

יח. לא זה המקום להידרש לפרשנות החובות ההומניטריות, אך גם אם נצא מן ההנחה כי זכות ללימודים באיו"ש ולמעבר דרך ישראל, מכל מקום בהינתן פתיחת רפיח והיכולת לצאת למדינות שונות, איננה ביניהן, וראו עניין קישאוי השאלה היא, אם יש מקום ללמוד מתוך מדיניותם של המשיבים עצמם כפי שפורטה, ונוכח גיוון האפשרויות, על הצורך בועדת חריגים כפי שהוצע על-ידינו בפרשת חמדאן, וליתן צו בעניין זה, בגדרי סבירות המעשה המינהלי. לא בלי התלבטות, כאמור, לדעתי התשובה בסופו של יום חיובית. אטעים: כיון שהמשיבים עצמם, כעולה מדבריהם, מצהירים כי כל הבקשות נבחנות ולא רק מקרים הומניטריים במובן הצר, וכיון שגם בקטגוריות הרבות שבקריטריונים יתכנו חריגים, ראוי בגדרי המשפט המינהלי שתוקם ועדת חריגים מסודרת שתהוה כתובת. אכן, הסעד המקורי המבוקש היה באשר לעותרות הקונקרטיות, אך בהתפתחות הדברים עלה כי למצער יתבקש מינוי ועדת חריגים.

יט. המשיבים מתארים במסמך המדיניות מ-5.5.11 שלא הוכחש, בסעיף 6 שצוטט מעלה ונשוב ונצטטו, כי "מלבד הקריטריונים הנקבעים מעת לעת לבחינת בקשות הכניסה לישראל, כלל הבקשות נבחנות לגופן, בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה, וכן בהתאם לבחינה בטחונית פרטנית הנוגעת למבקש ו/או לבני משפחתו, בדיקת האינטרסים הבטחוניים, המדיניים והאסטרטגיים של מדינת ישראל באישור הבקשה, וכן נבדקת אמיתות המסמכים המצורפים לבקשות". הודעת דובר תיאום הפעולה בשטחים הנזכרת מ-1.12.11 מתארת מדיניות "המבדילה בין האוכלוסיה האזרחית לבין ארגון הטרור חמאס, לא רק בפעילות הומניטרית ובה העברת חולים כפי שנהוג לחשוב". מאלה ניתן ללמוד, כי ישנו מרווח מסוים של בדיקה, בגדרי מדיניות המשיבים, לבחינה פרטנית של בקשות בנושאים שונים ולהבחנה בין אוכלוסיה אזרחית "רגילה" לבין אנשי חמאס, וכן כי ישנו מגוון גדול של חריגים "ממוסדים" על פי המסמך מ-5.5.11 כפי שתואר. כל אלה הן לכאורה התפתחויות, ואולי בעקבות לקחים, מחמש השנים האחרונות, לאחר פרשת חמדאן. יש לכאורה מקום בנסיבות כאלה לועדת חריגים, שתשקול בקשות פרטניות, וזאת במסגרת שני האדנים הלגיטימיים של המדיניות שהוצגה, קרי, צמצום מעבר עזתים בתוך ישראל ובידול עזה מאיו"ש. ברי כי הסיכון הבטחוני יהא מרכזי בבדיקתה. ניתן גם להניח, שאף אם קשה יותר לערוך אבחון בטחוני בשטח שישראל אינה נמצאת בו, ואף כאשר נמצאת בו חלקית (איו"ש) - הדבר אינו בלתי אפשרי; וראיה לדבר הן העובדה שלמשל סוחרים נכנסים באופן שוטף וחזקה שהנושא הבטחוני לגביהם לא הופקר חלילה, והן העובדה שלגבי העותרות ניתן היה לערוך בדיקה, גם אם לא הושלמה כליל. הועדה תידרש גם לבקשות העותרות, הטוענות לאי היותן בקבוצת סיכון, בלא שניטע כל מסמרות לגביהן; זאת, ככל שאכן ישנה הבחנה בין האוכלוסיה האזרחית לחמאס וככל שאכן היא רלבנטית לגביהן או לגבי חלקן.

כ. ודוק: אין באמור כדי לקבוע לועדת החריגים לכשתקום מדיניות חדשה, ובודאי הן הנושא הבטחוני הן הנושאים המדיניים והיו - כאמור - נר לרגליה. ואולם, היא תוכל לבדוק בשיקולי הקושי מול התועלת מקרים שבהם יש טעם מבחינת מדיניות ישראל, אשר ישראל תהא נכונה לראותם במשקפיים המבדילות בין אוכלוסיה אזרחית "רגילה" לבין חמאס (מבלי שניטע מסמרות), ושיש בהן תועלת אנושית במובן רחב, אותן "השלכות אנושיות חיוביות" שנזכרו בפרשת חמדאן.

כא. אם תישמע דעתי, יינתן צו מוחלט להקמת ועדת חריגים בפרמטרים הנזכרים מעלה. לא הייתי עושה צו להוצאות.

כב. למקרא חוות דעתם של חבריי, ומשנותרה דעתי במיעוט, אוסיף אלה: מסכים אני בכל לב כי למדינת ישראל זכות למנוע כניסת זרים לתחומה. בבג"ץ 466/07 האגודה לזכויות האזרח נ' מדינת ישראל (תיק איחוד המשפחות השני, לא פורסם) ציינתי (פסקה ד' לחוות דעתי) שהטעם העיקרי לעמדתי שם הוא "כי לישראל – כלכל מדינה, ולא כל שכן בהיותה שרויה במצב מלחמה – זכות להגביל כניסתם של נתיני אויב אליה, כדרך שעושות מדינות רבות". עמדתי זו לא נשתנתה. ואולם, בנידון דידן אין עסקינן באיחוד משפחות, אלא באפשרות כניסה לצרכי מעבר של פלסטינאים, במקרים שעשויה להיות להם השלכה חיובית על פי מדיניותם המוצהרת של המשיבים. ועוד, כשלעצמי סבורני כי הצהרה פורמלית של דובר, בזמן אמיתי, ככלי פונקציונלי במלאכתו, משקפת מדיניות, ועלינו להתיחס אליה ככזאת. אכן, איני מקל ראש בקושי שבבדיקה פרטנית, אך היא נעשית בודאי באשר לסוחרים, ונתאפשרה חלקית גם במקרים נשוא עניייננו.

כג. אכן, התוצאה שאליה הגיעו חבריי בודאי אפשרית, ואיני שוכח לרגע את התנהגות השולטים בעזה ואת אחריותם; אך כשלעצמי סברתי, כי במצב הלא נורמלי שבו אנו חיים, יתכנו פתרונות במקרים מסוימים שישתלבו במדיניות המוצהרת של המשיבים ולא יעמדו בניגוד לה. מכל מקום, בנסיבות נחכה לימים שיהיו טובים מאלה.

ש ו פ ט

<u>המשנה לנשיא מ' נאור</u>:

1. אם תישמע דעתי נבטל את הצו על תנאי, נדחה את העתירה וגם לא נורה על הקמת ועדת חריגים כפי שהציע חברי השופט רובינשטיין.

2. אך לאחרונה הסכמתי לפסק דינו של השופט פוגלמן ב-עע"ם 4620/11 קישאוי נ' שר הפנים (טרם פורסם, 7.8.2012), שהוזכר על ידי חברי. דברים שנאמרו שם מבטאים את עמדתי. אכן, כפי שנכתב שם "נקודת המוצא לדיון היא שכפי שמקובל בכל מדינה ריבונית, אין לזרים זכות קנויה להיכנס לתחומי מדינת ישראל". בעניין קישאוי עמד השופט פוגלמן על כך שבית משפט זה קבע לא אחת כי אין להתערב במדיניות

המשיבים לפיה בקשות של תושבי רצועת עזה לקבל אישורי כניסה לישראל נבחנות באופן פרטני רק אם נמצא שהן מעלות טעם הומניטארי חריג ועוד הוזכר שם כי "כניסה לישראל לשם ביקורי בני משפחה כלואים, מעבר לישראל לצורך לימודים בגדה וביקורי משפחה בגדה – כל אלה אינם מהווים טעם הומניטארי חריג המצדיק כניסה לישראל" (ההדגשה הוספה; וראו עוד בקיצור לשון אמנם, לעניין סטודנטים אחרים פסק הדין ב-בג"ץ 4906/10 שריף נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 7.7.2010)). גם חברי מסכים כי לאורך השנים לא ראה בית משפט זה מקום להתערב במדיניות המשיבים ולדעתי אין מקום לסטות מפסיקה שניתנה הן לאורך השנים והן זה לא מכבר בעניין קישאוי.

3. חברי מתאר את מורכבותו של הנושא ורגישותו כ"כמעט מייאשת". לכך אני נאלצת, בצער, להסכים. לא נראה כרגע שהמציאות הקשה תשתנה בטווח הנראה לעין. ואולם, איני רואה מקום לכפות על המשיבים ועדת חריגים. מקובלת עלי עמדת המשיבים כי אין להם דרך לערוך בדיקה פרטנית למבקשי הכניסה מרצועת עזה (ראו והשוו לעמדתי בסוגיית העדר אפשרות לבצע בדיקה פרטנית בנושא איחוד משפחות כאשר שם מדובר בעניינו של האזרחי הישראלי ולא כמו בענייננו בבקשתו של האזרח הזר: בג"ץ 7052/03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 521-537 (2006)).

4. מבקשת אני גם לחזור באוזני העותרות ובאוזני עותרים ציבוריים אחרים על דברים שאמרתי באולם בית המשפט: לצערי, כל "חריגה" (ומהותה של ועדת חריגים היא שהיא מאפשרת חריגות), לרבות חריגה בהמלצת בית משפט זה המתקבלת על ידי המשיבים – גוררת בעתירות אחרות טענת הפליה. לטענת ההפליה קשה להשיב כשמדובר באנשים בעלי נתונים דומים כמו, למשל, סטודנטים. על כן, פרט למקרים בהם הנימוק ההומניטארי הוא טיפול רפואי חיוני, לא הייתי מחייבת את המשיבים ליצור חריגים, או ליצור מנגנון לקביעת חריגים. אכן, יש לעתים היתרים שהמדינה נותנת הנובעים ממדיניות בענייני מסחר, ייצוא חקלאי וכל כיוצא באלה. בכך לדעתי לא ניתן לראות סטייה של המשיבים ממדיניותם לאורך השנים. מותר למדינה לאפשר כניסת אנשים כדי להגשים יעדים שהיא מעוניינת מסיבה זו או אחרת באותו שלב לקדמם – אך אין היא חייבת לעשות כן; ואין מקום שבית המשפט יכפה זאת עליה הר כגיגית.

5. כאמור, אם תישמע דעתי נבטל את הצו על תנאי ונדחה את העתירה, בלא צו להוצאות.

ה מ ש נָ ה – ל נ ש י א

השופט צ' זילברטל:

1. אני מצטרף לפסק דינה של חברתי המשנָה לנשיא מ' נאור ולנימוקיה. מצאתי לנכון להוסיף דברים אחדים לשם הבהרת עמדתי.

2. מדיניות המשיבים ביחס למתן אישורי כניסה לישראל לתושבי רצועת עזה נבחנה פעם אחר פעם בבית משפט זה ונמצא שאין עילה להתערב בה. רק לאחרונה נפסק במפורש כי " ... בקשות של תושבי עזה לקבל אישורי כניסה לישראל נבחנות באופן פרטני רק אם נמצא כי הן מעלות טעם הומניטארי חריג ... " (פסקה 6 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן בעע"ם 4620/11 קישאוי נ' שר הפנים (לא פורסם, 7.8.2012). במקרה דנן לא נמצא כי בקשת העותרות מעלה "טעם הומניטארי חריג". נוכח כל אלו, בבסיס עתירתן עומדת הטענה כי יש ליישם את "הנחייתו" של בית משפט זה, שניתנה בבג"ץ 11120/05 חמדאן נ' אלוף פיקוד הדרום (לא פורסם, 7.8.2007), ולבחון את בקשתן באופן פרטני אף כי אין עניינן מצוי בגדר הקריטריונים הקיימים המאפשרים מתן היתר כניסה. בטענתן זו מכוונות העותרות לדברים אלה שנאמרו בעניין חמדאן:

> " ... ככל שניתן לתור אחר דרכים לבדיקה פרטנית, הדבר יהא ראוי ומועיל ... בין השאלות שלדעתנו ראוי להידרש אליהן ברמות המתאימות, מצויה גם השאלה, האין דרך – בחינת חיפוש איזונים – לכינון 'ועדת חריגים' או מנגנון אחר דומה, שיעסוק פרטנית במקרים שלפתרונם עשויות להיוודע השלכות אנושיות חיוביות, בנוסף למקרים ההומניטאריים ללא ספק, של אנשים הזקוקים לטיפול רפואי בעל דחיפות גבוהה מאד" (פסקה יז' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין).

נוכח האמור בתשובת המשיבים ונוכח פסיקתו העקבית של בית משפט זה, איני סבור שראוי שניתן תוקף מחייב לרעיונות שהוזכרו בפרשת חמדאן ביחס לשינוי אפשרי של מדיניות המשיבים. האמור שם פירט נושאים שראוי למשיבים לשקלם, ומתשובת המשיבים עולה כי הנושאים נשקלו וכי קיימים טעמים של ממש שלא לשנות את המדיניות. בתצהיר התשובה מטעם המשיבים, שנחתם על-ידי האלוף א' דנגוט, מתאם פעולות הממשלה בשטחים, ובטיעוני בא-כוחם של המשיבים, הוסבר מדוע בדיקה פרטנית מעוררת קושי נוכח מצב הדברים הקיים לאחר עליית שלטון החמאס ברצועת עזה וקוצר ידם של המשיבים לאסוף מידע ונתונים. חיוב המשיבים להקים "ועדת חריגים" יחייב, מטבע הדברים, עריכת בדיקה פרטנית לגבי כל בקשה ובקשה, ולא רק,

כפי המצב כיום, ביחס לבקשותיהם של אלו העונים על הקריטריונים שנקבעו לאישור כניסה לישראל. לא שוכנעתי כי עמדת המשיבים, המבוססת על המציאות הקיימת שלפיה בדיקה כזו אינה מעשית, אינה סבירה.

3. כפי שראינו, עד כה לא מצא בית משפט זה אי סבירות קיצונית במדיניות המשיבים, שכוללת קביעת אמות מידה לסוגי מקרים בגדרם תותר הכניסה לישראל (תוך נכונות לבחון מפעם לפעם קריטריונים אלה ולהתאימם למצבים משתנים). חיוב המשיבים בהקמת "ועדת חריגים" הוא ביטוי למסקנה, שלפיה קביעת הקריטריונים מבלי שלצידם מנגנון של טיפול בחריגים, היא בגדר מדיניות בלתי סבירה שראוי להתערב בה. איני שותף למסקנה זו. אכן, בצד החיוב שביצירת אפיק בחינה נוסף של בקשות הכניסה לישראל, עליו מצביע חברי השופט רובינשטיין, אין להתעלם מהקשיים הכרוכים בכך, ובהם הקושי עליו עומדת חברתי המשנָה לנשיא נאור והקושי עליו הצביעו המשיבים, הוא הקושי לבחון בחינה פרטנית כל בקשה ובקשה במצב של עימות מזוין והימצאות המבקשים ב"שטח עוין" (כאמור בהחלטה ב/34 של ועדת השרים לענייני בטחון לאומי). בסופו של דבר, עניין הוא למעצבי המדיניות המוסמכים לענות בו. להם מסור שיקול הדעת, ולא ראיתי כי נפל פגם באופן בו הופעל שיקול דעתם לעניין חוסר האפשרות לקיים בחינה פרטנית של כל בקשה.

במילים אחרות - חיוב בהקמת ועדת חריגים הוא בעיני שינוי מהותי של המדיניות אותה אימצו המשיבים, ושבשורה של החלטות לא ראה בית משפט זה להתערב בה. יש בכך גם כרסום במדיניות ה"בידול" המבוססת על טעמים מדיניים וביטחוניים כאחד, כמפורט בתצהיר התשובה, מדיניות שלא נמצאה בלתי סבירה. יש בכך סטייה מסוימת מנקודת המוצא המקובלת בפסיקה שלפיה אין לזרים זכות קנויה להיכנס לתחומי מדינת ישראל או לשטחים שבשליטתה. ודוק - גם כיום אין מדובר במדיניות "הרמטית", שאינה מוכנה להכיר בחריגים, שיתכן ולא היתה נמצאת סבירה אילו היתה כזו. מדיניות המשיבים אינה מבטאת שלילה מוחלטת וגורפת של אפשרות כניסתם לישראל של תושבי רצועת עזה. הקריטריונים שנקבעו מאפשרים מתן היתר להיכנס לישראל. הם-הם ה"חריגים" לכלל אי הכניסה. הרחבת הקריטריונים באופן עמום ובלתי מוגדר היא בגדר שינוי המדיניות, ובעקיפין גם ביטול מסוים מכללא של הקריטריונים שנקבעו, שכן בהינתן "קריטריון על" בלתי מוגדר ומעורפל של "מקרים חריגים" יוקהה מן הסתם עוקצם של הקריטריונים הקיימים, שבית משפט זה לא ראה לנכון להתערב בהם, יטשטשו הגבולות וכל חריגה תגרור אחריה בהכרח חריגות נוספות, כפי שהראתה חברתי המשנָה לנשיא נאור.

4. חברי השופט רובינשטיין נסמך במידה רבה על האמור בסעיף 6 לנספח 20/6 לעתירה, מסמך מיום 5.5.2011, שמקורו בלשכת דובר מתאם הפעולה בשטחים, שלפיו, לכאורה, כלל הבקשות נבחנות לגופן. אלא שהאמור שם אינו מתיישב עם האמור בתצהיר התשובה מטעם המשיבים, שמן הסתם אמור לתאר בצורה מדויקת יותר את מדיניותם. על פי האמור בתצהיר התשובה, רק אם "המטרה שלשמה מתבקש המעבר נכנסת לגדר אחת הקטגוריות של מקרי הומניטאריים חריגים" נבחן עניינו הפרטני של הפונה. טוב ייעשו המשיבים אם יתאימו את פרסומי הדובר לעמדותיהם של קובעי המדיניות והקריטריונים. לצורך ההכרעה בהליך דנא אני רואה להישען על האמור בתצהיר התשובה ולא על פרסומי הדובר.

אוסיף, כי נוכח הקושי בביצוע בדיקות פרטניות בכל מקרה, הרי שמהעובדה שנעשית בדיקה פרטנית של מי שעניינו תואם את אחד הקריטריונים, אין בהכרח להסיק שבדיקה כזו אפשרית, יעילה וראויה בכל מקרה, עד כדי שנאכוף על המשיבים את ביצועה.

5. נוכח כל אלה אני מסכים שיש לבטל את הצו על תנאי ולדחות את העתירה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור ברוב דעות בפסק דינה של המשנָה לנשיא בניגוד לדעתו החולקת של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, ח' בתשרי התשע"ג (24.9.12).

ה מ ש נָ ה – ל נ ש י א ש ו פ ט ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 12004950_T09.doc רח
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il