



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8627/17

לפני: כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט (בדימ') א' שהם  
כבוד השופט י' אלרון

העותרים: 1. ד"ר לאה גולדין  
2. פרופ' שמחה גולדין  
3. צור גולדין  
4. המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט - הקליניקות  
המשפטיות

נגד

המשיבים: 1. ממשלת ישראל  
2. ראש ממשלת ישראל  
3. שר הביטחון  
4. ועדת השרים לענייני ביטחון  
5. שירות בתי הסוהר

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בשם העותרים: עו"ד אביעד הכהן; עו"ד עודד סבוראי;  
עו"ד משה יפה

בשם המשיבים: עו"ד אבי מיליקובסקי

### פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. בעתירה שלפניי מבקשים העותרים – הוריו ואחיו של חלל צה"ל, סגן הדר גולדין ז"ל, שגופתו מוחזקת זה למעלה מארבע שנים בידי ארגון החמאס בעזה, אליהם הצטרף המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט – להורות למשיבים לנמק מדוע לא ימלאו אחר החלטות ועדת השרים לענייני ביטחון (להלן: הקבינט) מיום 1.1.2017. החלטות אלה – שנועדו להביא את החמאס להסדר שיכלול את השבתם בשלום של אזרחי ישראל אברה מנגיסטו והישאם אל סייד, ויאפשר להביא לקבר ישראל את גופות חללי צה"ל, סגן הדר גולדין ז"ל וסמל ראשון אורון שאול ז"ל – עוסקות בהיבטים שונים של

הטיפול בבעלי זיקה לארגון הטרור. החלטה ב/171 (להלן: ההחלטה הראשונה) קובעת כי גופות מחבלים המשתייכים לארגון החמאס, או שביצעו "אירוע טרור חריג במיוחד", יוחזקו בידי ישראל בדרך של קבורה. החלטה ב/172 (להלן: ההחלטה השנייה) מצווה על ביטול ביקוריהם של תושבי עזה בהר הבית, ומונעת כניסת בני משפחות של אנשי חמאס מעזה לישראל לצורך קבלת טיפולים רפואיים. במקביל, היא מסמיכה צוות שרים – המורכב מראש הממשלה, שר הביטחון והשר לביטחון הפנים (להלן: צוות השרים) – לדון ולהחליט על תנאי מאסרם של אסירי חמאס מרצועת עזה, לרבות במישור קבלת ביקורי משפחות.

העותרים, המאשימים את המשיבים "בהשמעת דברי ניחומים" ריקים וחלולים, ב'השתתפות בצער' המשפחות, ובעשיית פעולות סרק שאין בהן ממש", טוענים כי מאז התקבלו החלטות הקבינט האמורות לא נעשה "כמעט דבר" למימושן. הם סבורים כי השתתפות זו – שבצידה הימנעות מעדכונים אודות הפעולות המתבצעות – אינה סבירה, ועומדת בניגוד לחובת הממשלה למלא אחר החלטותיה-שלה במהירות ובשקידה ראויה. משום כך, מבקשים, כאמור, העותרים להורות למשיבים למלא אחר החלטות הקבינט, על מכלול רכיביהן. לצד זאת, ניסחו העותרים גם סעדים פרטניים המבוססים על תוכן המשוער של החלטות הקבינט – שלא עמדו לפניהם: החזקת גופות מחבלי חמאס בידי ישראל; הכבדת תנאי הכליאה של אסירי החמאס הכלואים בישראל; וצמצום משמעותי של היתרי הכניסה הניתנים לתושבי רצועת עזה מטעמים הומניטריים.

2. בפתח תגובתם המקדמית לעתירה הדגישו המשיבים כי "המדינה, וכל העוסקים בנושא מטעמה, רואים חשיבות עליונה בהשבתם לישראל של גופות חיילי צה"ל סגן הדר גולדין ז"ל וסמ"ר אורון שאול ז"ל, ושל אזרחי ישראל, אברה מנגיסטו והישאם אל-סייד, המוחזקים ברצועת עזה. המדינה פועלת ללא לאות להשגת מטרה זו". לדידם, החלטות הקבינט – המהוות חלק מן המאמצים האמורים – מיושמות בעיקרן בפועל, וצעדים שונים ננקטים על מנת להבטיח את יישומן המלא.

ראשית, המשיבים הבהירו כי הם אכן נמנעים מהחזרת גופות מחבלים העומדות בקריטריונים שקבע הקבינט בהחלטה הראשונה, דהיינו מחבלים שהשתייכו לארגון החמאס, או שביצעו אירוע טרור חריג במיוחד. יצוין כי הבהרה זו נמסרה בטרם חלף המועד שהוקצה למדינה – בהתאם להכרעת שופטי הרוב בבג"ץ 4466/16 עליאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (14.12.2017) (להלן: עניין עליאן) – לצורך הסדרת הסמכות לפעול בדרך זו בחקיקה ראשית.

המשיבים מוסיפים וטוענים כי הם ממלאים אחר החלטות הקבינט גם במישור הכבדת תנאי הכליאה של אסירי החמאס. כאמור, ההחלטה השנייה הסמיכה את צוות השרים לדון ולהחליט בעניין – ואכן, הצוות הסמיך את השר לביטחון הפנים להפעיל "מנופי לחץ" על אסירי החמאס בהתאם לשיקול דעתו, ובתיאום עם גורמי המקצוע. לאחר שבחן את עמדות הגורמים הרלוונטיים, החליט השר להפסיק את ביקורי המשפחות אצל אסירי חמאס מרצועת עזה, בכפוף לבחינה עיתית של המדיניות – והנחייתו, שאושרה על ידי צוות השרים, הועברה לשירות בתי הסוהר. המדיניות האמורה מיישמת כהלכה את החלטת הקבינט, ואין, אפוא, כל עילה להתערב בה – מה גם שצעדים נוספים כלפי אסירי החמאס נבחנים אף הם.

אשר למניעת כניסתם של תושבי עזה לישראל מטעמים הומניטריים, התמונה מורכבת יותר. המשיבים אינם מכחישים כי החלטת הקבינט בעניין מומשה תחילה באופן חלקי בלבד. עם זאת, התמונה השתנתה, לטענתם, בשלהי שנת 2017, כאשר ראש המטה לביטחון לאומי הבהיר את תוכן ההחלטה, וקבע כי יש ליישם אותה לאלתר "ככתבה וכלשונה על גורמים אשר על פי נתוני גורמי הביטחון משויכים לארגון חמאס" – ועל קרוביהם מדרגה ראשונה. עוד הובהר באותה הזדמנות כי החלטת הקבינט אינה מונעת כניסה לישראל לצורך טיפולים מצילי חיים, וכי בקשות לקבלת "טיפול רפואי דחוף ומשמעותי שאין לו חלופה ברצועת עזה" ייבחנו באופן פרטני. עמדת המשיבים היא כי לאור הבהרות והוראות אלה של ראש המטה לביטחון לאומי, אין עוד עילה להתערבות בנוגע לאופן יישום רכיב של זה החלטות הקבינט.

לבסוף, המשיבים טוענים כי אף הרכיב הרביעי של החלטות הקבינט – ביטול ביקורי תושבי עזה בהר הבית, עניין שלא הוזכר מפורשות בעתירה – מיושם באופן מלא.

המשיבים מסכמים כי העתירה אינה מגלה כל עילת התערבות, שכן החלטות הקבינט מיושמות – ומכל מקום, דינה להידחות נוכח היקף ההתערבות המצומצם בסוגיות מדיניות-ביטחוניות מובהקות מן הסוג שמעוררת העתירה.

3. במהלך הדיון הראשון שהתקיים בעתירה, ביום 15.2.2018, התברר כי אין מחלוקת ממשית בנוגע ליישום ההחלטה הראשונה – והוא הדין ביחס לסוגיית ביקורי המשפחות. לעומת זאת, הצדדים נותרו חלוקים ביחס ליישום ההחלטה שעניינה מניעת כניסתם של אנשי חמאס וקרוביהם לישראל לצורך קבלת טיפולים רפואיים. המדינה

סבורה כי אין להתערב בפרשנות שהעניק ראש המטה לביטחון לאומי להחלטת הקבינט – פרשנות המכירה, כאמור, בחריגים רלוונטיים – בעוד העותרים גורסים שההחלטה נושאת אופי גורף, ואינה תלויה באופי הטיפול הרפואי שעל הפרק.

ימים ספורים לאחר הדיון הגישו העותרים "בקשה דחופה ביותר להוספת צו על תנאי ולמתן צו ביניים" – בה טענו כי כבר למחרת הדיון החזירו המשיבים גופת מחבל שביצע אירוע טרור חריג, בניגוד להחלטת הקבינט. הם ביקשו, אפוא, לתקן את העתירה ולהוסיף לה סעד האוסר להחזיר גופות מחבלים שביצעו אירוע טרור חריג במיוחד, ומצווה על המשיבים להודיע לעותרים "זמן מספיק מראש" על כוונה לשנות "את החלטותיהם בעניין". במקביל, ביקשו העותרים כי יינתן צו ביניים המורה למשיבים להודיע להם על כוונה להחזיר גופות מחבלים לפחות 72 שעות מראש, כך שיהיה סיפק בידם לנקוט צעדים מתאימים במקרה הצורך. המשיבים התנגדו לתיקון העתירה, ולו משום שהסעד שבדעת העותרים להוסיף מגולם בסעד הכללי שהתבקש – קרי, יישום החלטות הקבינט. אשר לחובת ההודעה המוקדמת, המשיבים טענו כי בהחלטות על עיתוי השבת הגופות מעורבים "שיקולים ביטחוניים, מבצעיים ומדיניים רגישים וכבדי משקל", כך שאין להכפיף את שיקול דעת המפקד הצבאי – שהיקף ההתערבות השיפוטית בו מצומצם ממילא – לקבלת עמדת העותרים. צעד כזה, יעכב את הליכי החזרת הגופות, ויפגע קשות ביכולת לשקול שיקולים מקצועיים רלוונטיים.

הבקשה לתיקון העתירה נדחתה. אולם, נוכח החשש שהתעורר בעקבות החזרת גופת מחבל בניגוד להחלטת הקבינט, נדרשו המשיבים להגיש "חומר ביחס לבדיקה של גורמי הביטחון" אודות התקלה וסיבותיה, ולעדכן, ולו באורח כללי, "ביחס לקביעת נוהל בנידון". כמו כן, נאמר בהחלטתנו כי "בעקבות המלצתנו, המשיבים הסכימו כי עד להחלטה אחרת בתיק זה – העותרים יקבלו הודעה מראש בת 72 שעות, בטרם תושב גופה בהתאם לאמות המידה שנקבעו בהחלטת הקבינט". המשיבים הגישו את החומר המבוקש, טענו כי "הופקו הלקחים הנדרשים וכי חודדו ההוראות המבצעיות הרלוונטיות" בעקבות התקלה, וביקשו לשים קץ לחובת ההודעה המוקדמת לעותרים. מאז חלפו חודשים אחדים, שבמהלכם לא נמסר על חריגה כלשהי מן ההוראות הנוגעות להחזקת גופות מחבלים – והחשש מפני יישום לקוי של ההחלטה הראשונה התפוגג. הגיעה, אפוא, העת לחרוץ את גורל העתירה.

4. על רקע השתלשלות האירועים שפורטה לעיל, דומה כי העתירה הנוכחית מיצתה את עצמה, וכי דינה להימחק.

כאמור, ההבהרות שמסרו המשיבים לאחר התקלה שהתרחשה בחודש פברואר 2018 – וחשוב מכך, פרק הזמן שחלף מאז – מסירים את החשש כי הצהרת המשיבים בדבר יישום ההחלטה הראשונה אינה מעוגנת במעשים. בנסיבות אלה, לא זו בלבד שאין עוד מקום להעניק לעותרים את הסעדים שהתבקשו במישור זה, אלא שאין להותיר עוד את חובת ההודעה המוקדמת על כנה. שעה שהמשיבים נקטו את האמצעים הדרושים על מנת להבטיח את יישום החלטת הקבינט, אין להתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי לגבי עיתוי השבת גופות מחבלים שאינן עומדות בקריטריונים הקבועים בהחלטה – ואין להכפיפו ל"ביקורת" של העותרים.

למען הסר ספק, יובהר כי אין בדברים כדי להעיד על המצב המשפטי בנוגע למדיניות החזקת גופות המחבלים עליה החליט הקבינט – סוגיה התלויה ועומדת כיום בדיון הנוסף בדנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור נ' עליאן (להלן: דנג"ץ 10190/17). כל שנאמר הוא כי בעת הזו, וכפי שמאפשרת להם ההחלטה על עיכוב ביצוע פסק הדין בעניין עליאן עד מתן החלטה בדנג"ץ 10190/17, המשיבים מיישמים את החלטת הקבינט, כפי שביקשו העותרים.

5. אף סוגיית תנאי מאסרם של אסירי החמאס אינה מגלה עילת התערבות במסגרת עתירה זו. החלטת הקבינט עוסקת באסירי חמאס מרצועת עזה, להבדיל מאסירים מן האזור, כך ששליטת ביקורי המשפחות מאסירים אלה מיישמת במלואה את החלטת הקבינט. גם אם בעבר לא נמנעו ביקורים של בני משפחה המתגוררים באזור, זה אינו המצב כיום – לאחר שהמשיבים אימצו את עמדת העותרים בעניין. על זאת אוסיף כי ההחלטה השנייה לא מנתה צעדי הכבדה קונקרטיים נוספים שבהם יש לנקוט – ומכאן שדי בשליטת הביקורים, ובבחינת צעדים נוספים על ידי המשיבים כדי למלא אחר החלטה זו. מבלי להביע, אפוא, עמדה לגופה של ההחלטה על שליטת הביקורים – סוגיה התלויה ועומדת בבג"ץ 6314/17 נמנס נ' ממשלת ישראל – ברי כי אף ראש זה של העתירה הנוכחית מיצה עצמו.

6. אשר למניעת כניסתם של אנשי חמאס וקרוביהם לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי – במישור זה אכן קיימת מחלוקת לגבי מידת היישום של החלטת הקבינט. ברם, כפי שנקבע לא מכבר בבג"ץ 5693/18 ציאם נ' ראש הממשלה, פסקה 7 (26.8.2018):

"כנקודת מוצא לדיון יש להזכיר את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בהתייחס לפרשנותה של החלטת הקבינט כפי שהוצגה במסגרת תגובת המדינה שהוגשה עוד ביום 14.1.2018 בבג"ץ 8627/17 גולדין נ' ממשלת

ישראל. לפי פרשנות זו, כאשר מדובר בטיפולים מצילי חיים, לא תימנע כניסה לישראל אך ורק על בסיס זיהוי משפחתי של המבקש; וכי לפיכך, כאשר מדובר בטיפול מציל חיים תותר גם כניסת קרובי משפחה של אנשי חמאס. הואיל ובענייננו אין מחלוקת כי מדובר בטיפולים מצילי חיים, החלטת הקבינט אינה עומדת אפוא למכשול לפני העותרות, שכן אין היא חלה על פי הפרשנות האמורה, המקובלת גם עלינו, על הנסיבות שלפנינו" (ההדגשה אינה במקור).

לפיכך, יהיה אשר יהיה האיזון הראוי בין השיקול שעניינו מתן טיפול רפואי במקרים חריגים לשיקול של קידום השבת האזרחים והחללים המוחזקים בידי חמאס – סוגיה שעמדה בלב עניין ציאם – אין בסיס לטענת העותרים כי החריגים בהם הכירו המשיבים חוטאים להחלטת הקבינט. נמצא כי גם אם סגירת שערי עזה בפני אנשי החמאס ומשפחותיהם התנהלה בעצלתיים, כפי שהודו המשיבים, ראש זה של העתירה מיצה את עצמו לאחר שהנושא הוסדר עם התערבות ראש המטה לביטחון לאומי בשלהי שנת 2017.

7. אשר לרכיב הנוסף המגולם בסעד הכללי שביקשו העותרים – ביטול ביקוריהם של תושבי עזה בהר הבית – הרי שאף הוא אינו מגלה עילה, שכן המשיבים הבהירו כי הוא מיושם בפועל.

8. אשר על כן, הסעדים שביקשו העותרים אינם מגלים עילה להתערבות בהתנהלות המשיבים – ולו משום שמיצו את עצמם בעקבות ההתפתחויות שמאז הגשת העתירה. עתירה זו דרשה את יישום החלטות הקבינט, ואלה גבולותיה. לפיכך, ובשל היקף ההתערבות המצומצם בשיקולי המשיבים בסוגיות רגישות ומורכבות, הכורכות שיקולים מדיניים, ביטחוניים, הומניטריים ומוסריים, דין העתירה להידחות.

9. העתירה נדחת. בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

ניתן היום, ב' בחשוון התשע"ט (11.10.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט (בדימ')

ש ו פ ט