



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3052/19

- לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופטת ע' ברון
- העותרים: 1. לוחמים לשלום בע"מ
2. חוג ההורים - פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום
- נגד: 1. שר הביטחון
2. מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון
3. היועץ המשפטי לממשלה
- עתירה למתן צו על תנאי
- תאריך הישיבה: א' באייר התשע"ט (06.05.2019)
- בשם העותרים: עו"ד גבי לסקי ועו"ד יובל יועז
בשם המשיב: עו"ד רועי שויקה ועו"ד שי כהן

פסק-דין

השופט י' עמית:

1. עניינה של העתירה שבפנינו הוא בהחלטתו של שר הביטחון (המשיב 1) שלא לאפשר ל-176 פלסטינים תושבי איו"ש (להלן: האזור) להיכנס לשטח ישראל על מנת להשתתף בטקס זיכרון משותף לישראלים ולפלסטינים (להלן: הטקס או הטקס המשותף). הטקס המשותף נקבע לערב יום הזיכרון הקרוב לחללי מערכות ישראל ולנפגעי פעולות האיבה (להלן: יום הזיכרון) והעותרים מבקשים להתיר לאותם פלסטינים להיכנס לתחומי המדינה, ככל שאין ביחס למי מהם מניעה ביטחונית פרטנית לקבלת אישור כאמור. פנייה מוקדמת של העותרים אל המשיבים נענתה ביום 1.5.2019 בתשובה הלקונית להלן:

"שלום. הבקשה מסורבת מאחר ויש סגר בערב יום הזיכרון".

2. הטקס המשותף נערך בישראל מזה 13 שנים, ומספר המשתתפים בו עולה בהדרגה מדי שנה בשנה, וכפי שנמסר לנו, בשנת 2018 כבר הגיע לכ-7,500 איש. במהלך כל השנים (למעט שנה אחת בשל פיגוע חבלני שאירע זמן קצר לפני הטקס) העניק שר הביטחון היתרי כניסה לפלסטינים שהוזמנו להשתתף בטקס, וזאת למרות שבכל השנים

הוטל סגר על השטחים בערב יום הזיכרון. בשנה שעברה (2018), החליט שר הביטחון שלא לאפשר לפלסטינים המוזמנים לטקס להיכנס לתחומי מדינת ישראל, מן הטעם של פגיעה ברגשות הציבור בישראל ובמשפחות שכולות "אשר יראו בקיום הטקס כהתנהלות פוגענית וכזילות בכבוד הנופלים במערכות ישראל". כנגד החלטה זו הוגשה עתירה כמעט זהה לזו שבפנינו. בתשובת המדינה שם נטען, בין היתר, כי בטקס המשותף אמורים להשתתף פלסטינים על רקע קרבת משפחה למחבלים שנהרגו כתוצאה מפעילויות טרור נגד מדינת ישראל. בהמשך, התברר כי הטענה לא נכונה והמדינה חזרה בה מהדברים.

העתירה נתקבלה בפסק דינו של בית משפט זה (בג"ץ 2964/18 חוג ההורים פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום נ' שר הביטחון (17.4.2018) (להלן: העתירה הקודמת). נקבע כי על שר הביטחון לאפשר מתן היתרי כניסה ייעודיים לישראל ל-90 פלסטינים לצורך השתתפות בטקס המשותף, בכפוף לבדיקה פרטנית להיעדר מניעה ביטחונית או אחרת.

3. 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.

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 איו"ש.

המשיבים טענו בתגובתם כי על רקע המצב הביטחוני הוחלט להדק את הסגר על איו"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 מוחריגים, כדוגמה בלבד, פועלים פלסטינים בהתיישבות הישראלית באיו"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 מלכול 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.

4. הרגישות הציבורית הנלווית לעתירה שבפנינו לא נעלמה מעינינו. השכול נוגע בנימי הנפש של החברה הישראלית. אך הטקס אינו מתריס, אינו פרוכוקציה 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 בדרךם 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" (הדגשה במקור – י"ע).

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

השופטת ד' ברק-ארז :

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.

ש ו פ ט ת

השופטת ע' ברון :

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 דקמה 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.

שופט

ניתן היום, א' באייר התשע"ט (6.5.2019).

שופט

שופט

שופט