



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2088/10

בג"ץ 4019/10

לפני: כבוד הנשיאה (בדימ') ד' ביניש
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות

העותרים בבג"ץ 2088/10: המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר + 12 עותרים נוספים

העותרים בבג"ץ 4019/10: המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר + 15 עותרים נוספים

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 2088/10: 1. מפקד אזור הגדה המערבית
2. מפקד אזור רצועת עזה
3. מתאם פעולות הממשלה בשטחים
4. שר הפנים
5. שר הביטחון
6. סגן שר הביטחון
7. מדינת ישראל

המשיבים בבג"ץ 4019/10: 1. מפקד צבאי לאזור הגדה המערבית
2. מתאם פעולות הממשלה בשטחים
3. הממונה על מרשם האוכלוסין במינהל האזרחי

עתירות למתן צו על תנאי

תאריכי הישיבות: ב' בניסן התשע"א (06.04.2011)
י"ז בכסלו התשע"ב (13.12.2011)

בשם העותרים בבג"ץ 2088/10 ובבג"ץ 4019/10: עו"ד אלעד כהנא; עו"ד נמרוד אביגאל

בשם המשיבים בבג"ץ 2088/10: עו"ד צילי נאה

בשם המשיבים בבג"ץ 4019/10: עו"ד הילה גורני

פסק-דין (חלקי)

הנשיאה (בדימ') ד' ביניש:

1. לפנינו שתי עתירות שהדיון בהן אוחד, העוסקות בשני היבטים משלימים הנוגעים למדיניות המפקד הצבאי בעניינם של תושבים פלסטינים הרשומים במרשם האוכלוסין הפלסטיני כתושבי עזה, המבקשים לעבור לאזור יהודה והשומרון (להלן: איו"ש).

העתירה בבג"ץ 2088/10 עוסקת במי שנמצאים ברצועת עזה ומבקשים כי יותר מעברם לאיו"ש לצורך השתקעות. המדיניות שהוחלה בעניינם מצאה את ביטוייה ב"נוהל טיפול בבקשות השתקעות תושבי רצועת עזה באיו"ש" (להלן: הנוהל) אשר מצוי בלב העתירה.

העתירה בבג"ץ 4019/10 עוסקת בעניינם של פלסטינים הרשומים במרשם האוכלוסין באזור כתושבי עזה, אך מצויים מזה זמן בשטחי איו"ש. פלסטינים אלה, על-פי העתירה, נדמים בעיני המפקד הצבאי כשוהים בלתי חוקיים בשטחי איו"ש שסכנת גירוש לשטחי עזה מרחפת מעל ראשם. עם זאת, וכפי שהצהירו בפנינו המשיבים, מדיניות זו בעניין הרחקת תושבי רצועת עזה מאיו"ש אינה חלה בעניינם של מי שעברו לאיו"ש עובר לפרוץ האירועים האלימים בשנת 2000, שאין בעניינם חומר בטחוני שלילי.

2. לשיטת העותרים, שתי העתירות נבדלות זו מזו על רקע מהות הסעדים המתבקשים במסגרתן. כך, מציינים העותרים כי לשיטתם הנחת המוצא הניצבת ביסוד העתירה בבג"ץ 2088/10 היא כי למשיבים סמכות למנוע או להגביל תנועת פלסטינים לאיו"ש, אך הנוהל שגובש להפעלת סמכות זו והקריטריונים שנקבעו בו אינם עומדים במבחני הסבירות והמידתיות. לעומת זאת, לשיטת העותרים מהותה של העתירה בבג"ץ 4019/10 שונה, שכן היא מעוררת את שאלת סמכותם של המשיבים לעדכן את פרטי מרשם האוכלוסין הפלסטיני בהתאם לדין החל באזור.

בשל הדמיון הנושאי בין העתירות סברנו כי מן הראוי לדון בהן במאוחד, אך לאחר שבחנו את טענות הצדדים באנו לכלול מסקנה כי ראוי לפצל את ההכרעה בהן.

3. ככל שהדברים נוגעים לעתירה בבג"ץ 2088/10 ולנוהל העומד ביסודה, לא מצאנו כי הוכחה בפנינו עילה להתערב בעמדת המשיבים ומכאן החלטנו לדחות את העתירה, וזאת בכפוף למספר הערות שיפורטו להלן. נתייחס עתה בקצרה איפוא להיבטים הנוגעים לעתירה זאת.

רקע כללי ועמדות הצדדים

4. בשנת 1967, עם כניסת צה"ל לאזור יהודה והשומרון ולאזור חבל עזה והחלת המשטר הצבאי על שטחי עזה ואיו"ש, הוכרזו אזורים אלה כ"שטחים סגורים" בהתאם לצו בדבר סגירת אזור (חבל עזה) (מס' 144), התשכ"ח - 1968 וצו בדבר שטחים סגורים (אזור הגדה המערבית) (מס' 34), תשכ"ז - 1967. בעבר, ניתן לתושבי רצועת עזה היתר כניסה כללי לאיו"ש, וזאת מכח היתר כניסה כללי (תושבי אזורים מוחזקים) (מס' 5) (יהודה והשומרון), תשל"ב - 1972, שבמקביל אליו הוצא היתר יציאה כללי מאזור רצועת עזה שהתיר יציאת תושבי הרצועה.

היתר הכניסה הכללי הותלה במסגרת ההוראה בדבר התלית היתר כניסה כללי (תושבי אזורים מוחזקים) (מס' 5) (הוראת שעה), התשמ"ח - 1988. הוראה זו עומדת בתוקפה גם היום, והיא מחייבת כל תושב עזה המבקש להיכנס לאיו"ש ולשהות שם לקבל היתר אישי מהמפקד הצבאי.

כפי העולה מן החומר שבפנינו, במהלך השנים – ולפחות עד פרוץ האירועים בשנת 2000 – העניק המפקד הצבאי היתרי מעבר דרך ישראל לתושבי עזה, באמצעותם התאפשרה כניסתם לשטחי האזור. היתרי מעבר אלה, שניתנו פעמים רבות לצורכי ביקור, הוגבלו בזמן, כך שעם פקיעת תוקפם היה על התושב העזתי לשוב למקום מגוריו. כפי הנראה פעמים רבות נותרו רבים מתושבי עזה באיו"ש גם לאחר שפג תוקף ההיתרים שהוענקו להם. מן החומר שבפנינו עולה כי הסכמי הביניים מיום 28.9.1995 לא שינו מציאות עובדתית זאת, וגם לאחריהם המשיך המפקד הצבאי בהענקת היתרי מעבר כאמור.

5. מן החומר שבפנינו עולה עוד כי שינוי משמעותי במדיניות הענקת ההיתרים חל עם פרץ האירועים האלימים בשנת 2000, בעקבותיהם הוחלט אז על-ידי המשיבים לצמצם את מדיניות המעברים בין רצועת עזה לאיו"ש ולהתירה אך במקרים חריגים והומניטריים.

מדיניות מצמצמת זו אמנם הוצהרה על-ידי המשיבים במסגרת שונות, אך היא לא עוגנה בנהלים, וגדרה ומגבלותיה נותרו עמומים. במהלך השנים הוגשו לבית משפט זה עתירות רבות בהן ביקשו פלסטינים תושבי עזה לעבור לשטחי איו"ש, על בסיס טעמים פרטניים כאלה ואחרים, ואלה נבחנו על בסיס אד-הוק על-ידי בית המשפט. גם אם היו מקרים פרטניים בהם סבר בית המשפט כי מן הראוי להתיר מעברו של פלוני או אלמוני, על דרך הכלל נמנע הוא מלהתערב במדיניות הכוללת הנוגעת למעברם של פלסטינים מעזה לאיו"ש.

6. ברם, מציאות זו, בה מדיניות המשיבים באשר להתרת מעברם של פלסטינים מעזה לאיו"ש והקריטריונים להפעלתה נותרו עמומים, חייבה שינוי. שינוי זה התרחש אגב הטיפול במספר עתירות שהוגשו בשנת 2008 (בג"ץ 2905/08, 3592/08 ו-3911/08). במהלך הדיון שקיימנו באותן עתירות, התברר כי עתיד להתגבש נוהל אשר יסדיר את הטיפול בסוגיית המעבר של פלסטינים מעזה לאיו"ש, בין היתר, בהיבטים הנוגעים לבני זוג המתגוררים בשני האזורים. בעקבות זאת, המתנו לגיבושו של הנוהל קודם הכרעה בעתירות האמורות, כפי שעולה מהחלטתנו מיום 11.6.2008 שניתנה במסגרת דיון בעתירה בבג"ץ 3592/08:

"לקראת מועד הדיון בשאלה העקרונית, יגישו המשיבים תשובה המפרטת את הנוהל ביחס לבני זוג כאשר מדובר במי שחי בעזה ומבקש להתאחד עם בן זוגו באיו"ש ואת הנימוקים למדיניות שתגובש בנוהל".

לאחר מספר דחיות נוספות, הוגש ביום 8.3.2009 לבית משפט זה הנוהל נשוא העתירה הנוכחית, הלא הוא "נוהל טיפול בבקשות השתקעות תושבי רצועת עזה באיו"ש". העתירה שלפנינו הוגשה ביום 15.3.2010, והיא מבקשת להביא לביטול הנוהל האמור.

7. שני חלקים לנוהל – הראשון, חלקו הכללי בו מודגש כי "על רקע המצב הביטחוני-מדיני ברצועת עזה, החליט הדרג המדיני לצמצם את תנועת התושבים בין רצועת עזה לאזור יהודה והשומרון למינימום ההכרחי". במסגרת חלק זה מובהר עוד כי סגן שר הביטחון קבע כי המדיניות תצומצם לנימוקים הומניטריים חריגים ביותר, כאשר קשרי משפחה, לעצמם, אינם עונים לקריטריון זה. הובהר עוד כי בהתאם להערכה מדינית ביטחונית שתבצע מעת לעת, יכול שתקבע מכסת בקשות מירבית לשנה ויכול כי יופסק או ישונה אופן הטיפול בבקשות.

8. חלקו השני של הנוהל עוסק באופן הטיפול בבקשות לגופן ובאמות המידה לבחינתן. בהקשר זה הובהר ראשית, כי בקשות תושבי עזה להשתקעות באיו"ש צריכות להיות מועברות דרך מנכ"ל המשרד לעניינים אזרחיים ברשות הפלסטינית למתאם הפעולות בשטחים, וכי אלה צריכות להיות מנומקות ולכלול את כל המסמכים הרלוונטיים התומכים בהצדקות ההומניטריות שביסודן.

בכל הנוגע לאמות המידה נקבע כי תנאי מקדמי לכניסה להליך הינו העדר מניעה ביטחונית – הן של תושב עזה והן של תושב איו"ש, בהתאם לאבחון גורמי הביטחון. מעבר לכך נקבע, כתנאי מקדמי נוסף, כי כניסה להליך מתן האישור תתאפשר רק כשמדובר בבני משפחה מקרבה ראשונה: בני זוג, הורה לילדים קטינים, ילדים קטינים, הורים מעל גיל 65 של תושב איו"ש, אשר בעניינם קיימות נסיבות הומניטריות אובייקטיביות בגינן אינם יכולים להמשיך להתגורר ברצועת עזה, והמענה לצרכים אלה מצוי באיו"ש.

בהנחה שהבקשה עומדת בתנאים מקדמיים אלה, נקבע בנוהל כי ניתן להיעתר לה רק בכפוף לעמידה באחת מאמות המידה החלופיות:

- עסקינן בתושב עזה הסובל ממצב רפואי מתמשך המחייב מתן סעד של בן משפחה תושב איו"ש, ואין בן משפחה אחר תושב עזה (לאו דווקא מקרבה ראשונה) היכול לסעוד את החולה.

- עסקינן בקטין תושב עזה (שטרם מלאו לו 16 שנים) שאחד מהוריו, תושב עזה, נפטר, ההורה השני הינו תושב איו"ש ואין קרוב משפחה אחר שהינו תושב עזה שיכול לקחת הקטין תחת חסותו.

- קשיש (מעל גיל 65) תושב עזה במצב סיעודי המחייב טיפול והשגחה של קרוב משפחה תושב איו"ש מדרגת קרבה ראשונה, ואין בן משפחה אחר שהינו תושב עזה היכול לסעוד אותו.

לצד זאת נקבע בנוהל מעין סעיף סל, המעניק למתאם פעולות הממשלה בשטחים שיקול דעת לבחינת כל בקשה לגופה על פי נסיבותיה הפרטניות, גם אם אינה נופלת לגדר אחת החלופות האמורות, אך בכפוף לקיומם של התנאים המקדמיים.

9. נשלים ונאמר, כי הנוהל קובע הליך רב שלבי להענקת מעמד באיו"ש, לפיו תחילה יוענק למבקש היתר שהייה לשישה חודשים ולאחריהם, בכפוף לעמידה בתנאי הנוהל יוארך שוב לשישה חודשים נוספים. לאחר מכן, ובכפוף לעמידה בתנאי הנוהל, יוארך ההיתר על-פי בקשה לתקופות של שנה. בחלוף שבע שנים יבחן מתן היתר להשתקעות, ולשינוי המען.

טענות הצדדים

10. לשיטת העותרים, יש להורות על ביטולו של הנוהל, וזאת ממספר טעמים. כאמור, כנקודת מוצא אין העותרים חולקים על כך שבידי המשיבים סמכות להתיר מעבר בין רצועת עזה לאיו"ש. את טענותיהם הם מפנים לגבי האופן בו מופעלת סמכות זאת, כפי שמצאה ביטויה בנוהל. כך, נטען על-ידם כי הנוהל נגוע באי-חוקיות בשל עמדת המוצא הטמונה בו לפיה בקשה למעבר על רקע נישואין אינה מהווה לעצמה נימוק הומניטרי. זאת, בשל כך שקביעה כזו פוגעת בזכות לחיי משפחה שכן היא מונעת מבני זוג תושבי עזה ואיו"ש לממש את זוגיותם ולחיות יחדיו באיו"ש. פגיעה זו, על-פי הטענה, עומדת בניגוד לדין הפנימי הישראלי ולדין הבינלאומי ההומניטרי (שמקורותיו העיקריים הינם אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949) ותקנה 43 לתקנות האג (1907)). העותרים ביקשו לגזור גזירה שווה בשאלת הזכות לחיי משפחה מקביעות פסק הדין בבג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006), בו נתקפה חוקתיות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג – 2003, אף לנסיבות עניינם.

מעבר לכך נטען עוד, כי הנוהל פוגע בחובתם של המשיבים לדאוג לטובתם של חסרי הישע – ילדים, קשישים וחולים, חובה אשר על-פי הטענה מוכרת הן על-ידי המשפט הבינלאומי כמו גם המשפט החוקתי הישראלי.

בנוסף, נטען כי הנוהל פוגע בחופש התנועה וזכות המעבר בין עזה לאיו"ש. לתפיסת העותרים, נקודת המוצא הינה כי רצועת עזה ואיו"ש הינם יחידה טריטוריאלית אחת, הן בהתאם להסכמי הביניים והסכמים נוספים שנחתמו בין ישראל לרשות הפלסטינית, והן לנוכח קביעות בית משפט זה במסגרת בג"ץ 7015/02 עג'ור' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002) (להלן: ענין עג'ור'). לשיטתם, ההתנתקות מרצועת עזה לא שינתה תמונת מציאות זאת. עם זאת, אף העותרים מכירים בכך כי ניתן להגביל במידת מה את המעבר בין הרצועה לאיו"ש בשים לב לנסיבות קונקרטיות ושיקולים ביטחוניים פרטניים.

בהיבט הנוגע לתכליתו של הנוהל, הוסיפו העותרים והדגישו כי לא הוצג על-ידי המשיבים כל הסבר מדוע הנוהל הכרחי מטעמי בטחון, ולא הונחה תשתית עובדתית התומכת בכך. לעומת זאת, כך העותרים, נולד הנוהל מתוך שיקולים פסולים הנטועים במערכת היחסים הפוליטית בין המשיבים, הרשות הפלסטינית וארגוני הפת"ח והחמאס, אשר נמעני הנוהל הם קורבנותיה. כן נטען שהנוהל מפלה את האוכלוסיה הפלסטינית לעומת המתיישבים הישראלים באיו"ש וכי הוא חורג באופן קיצוני מעקרון המידתיות: מגשים תכליות פסולות המונעות משיקולים זרים, ואינו מקיים את שלושת מבחני המשנה שלה.

11. המשיבים מצידם טוענים כי דין העתירה להדחות. ראשית, עומדים המשיבים על כך כי גם אם העתירה מדברת בלשון "מעבר" הרי שהלכה למעשה עניינה האמיתי במעבר מעזה לאיו"ש לצורך השתקעות באופן קבוע. מעבר לכך נטען כי יש לדחות את העתירה על הסף נוכח כלליותה ובהעדר עותרים פרטניים המבקשים סעד במסגרתה. לגופם של דברים, הפנו המשיבים לעמדה שהוצגה על-ידם בעתירות אחרות, בהן הועלתה טענה כללית הנוגעת למדיניות הנוהגת ביחס לבקשות פלסטינים תושבי רצועת עזה לעבור לאיו"ש באופן קבוע. לשיטת המשיבים, הנוהל שהועלה על הכתב אך עיגן מציאות נוהגת רבת שנים, לפיה מאז אירועי אוקטובר 2000 מותר מעבר של פלסטינים תושבי עזה לאיו"ש במקרים בודדים וחריגים. המשיבים הדגישו כי בבסיס הנוהל נשוא העתירה – בדומה לתכלית ההכרזה על שטחי האזור כשטחים סגורים – ניצבים שיקולים ביטחוניים; החשש לקיום סיכון בטחוני העלול להיווצר כתוצאה ממתן

אפשרות כניסה ויציאה חופשית מן האזור, שכן אלה עלולים להיות מנוצלים לקיום קשרים עם ארגונים עוינים למטרות שונות בכללן אימונים צבאיים, גיוס, העברת מידע, משימות, פקודות וכיו"ב. תפיסה זו, כך המשיבים, עמדה אף ביסוד הסכמי הביניים. המשיבים הדגישו כי עמדת העותרים לפיה יש לראות באזור עזה ואזור יהודה והשומרון כיחידה טריטוריאלית אחת אינם תקפים עוד היום, מאז ההתנתקות, שהביאה לשינוי משפטי-מדיני-בטחוני משמעותי ברצועת עזה. כיום, אין ישראל שולטת עוד על המתרחש ברצועת עזה, ולפיכך מניעת אפשרות השליטה על הנכנסים לאיו"ש כורכת עימה לשיטת המדינה סיכונים מרחיקי לכת במישור המדיני והביטחוני.

עוד עמדו המשיבים על כך שעתירות מסוג זה הונחו פעמים רבות בפני בית המשפט, אשר לא מצא להתערב במדיניות המשיבים שמנעה מעברם של תושבי עזה לאיו"ש על בסיס שיקולים ביטחוניים, לעיתים גם בהישען על פרופיל סיכון בלבד. לשיטת המשיבים, המציאות הביטחונית הנוכחית והמצב ברצועת עזה אך מחזקים את ההצדקה שבנקיטת מדיניות מעבר מצמצמת. בהקשר זה הדגישו המשיבים כי בשטח הרצועה קיימת תשתית טרור ענפה שמשקיעה מאמץ רב להוצאת תשתית טרור אנושית מאיו"ש על מנת לפגוע בבטחון מדינת ישראל ותושביה. הדברים מקבלים משנה תוקף מאז חודש יוני 2007, עם השתלטות ארגון החמאס על הרצועה. לפיכך, כך מעריכים גורמי הבטחון, לגורמי החמאס מוטיבציה גבוהה להעתקת הלחימה נגד ישראל לשטחי איו"ש, בכלל זה בדרך של העברת ידע, יכולות צבאיות ומומחי חבלה מרצועת עזה. מוטיבציה זאת מקדמת תופעה שכיחה של גיוס תושבי הרצועה השוהים באיו"ש או המתכוונים להגיע לשם. במצב דברים זה, כך המשיבים, התרת מעבר חופשי בין עזה לאיו"ש עלולה להיות מנוצלת על-ידי תשתית הטרור הענפה ברצועה, המתקשה להשיג את מטרותיה אך מתוך גבולות רצועת עזה. כל אלה מצדיקים, להערכת גורמי הבטחון, מדיניות מצמצמת בהתרת מעבר והשתקעות של תושבי עזה באיו"ש, אשר תיסוג אך מפני שיקולים הומניטאריים חריגים, כפי שבאו לידי ביטוי בנוהל. עמדה זו, כך המשיבים, הינה עמדה סבירה וראויה שאינה מקימה עילת התערבות.

מעבר לכך, הדגישו המשיבים את העובדה כי הלכה למעשה הסוגיה נשוא העתירה הינה סוגיה בעלת אופי מדיני דומיננטי הנוגעת למערכת היחסים בין ישראל לרשות הפלסטינית, וככזו אינה מסוג העניינים בהם נוטה בית המשפט להתערב.

12. נקודת המוצא לעתירה שלפנינו – המקובלת על הצדדים – הינה כי בידי המשיבים סמכות להתיר או למנוע תנועת פלסטינים לאיו"ש. המחלוקת נסובה על אופן הפעלתה של סמכות זאת, כפי שמצאה את ביטוייה בנוהל. בעוד שהעותרים סבורים כי המדיניות שגובשה בנוהל אינה מתיישבת עם דרישות הסבירות והמידתיות, טוענים המשיבים כי אין בה כל פגם המצדיק התערבותו של בית המשפט.

13. כפי שפורט לעיל, שטחי האזור הוכרזו עוד לפני שנים רבות כשטחים סגורים, שהכניסה והיציאה מהם מחייבת היתר פרטני מטעם המפקד הצבאי. עמד על כך בית המשפט עוד בבג"ץ 9293/01 חה"כ מוחמד ברכה נ' שר הבטחון, פ"ד נו(2) 509, 514 (2002):

"אכן אין חולק בעתירה שלפנינו על אודות סמכותו של מפקד האזור להוציא צווים מעין אלה או למנוע כניסה ויציאה מתחומי השטח הסגור. על כן המחלוקת היא סביב שאלת שיקול דעתם של המשיבים עת מסרבים הם ליתן היתר להיכנס לשטח שהוכרז כסגור... "

14. ביסוד ההכרזה על שטחי האזור כשטחים סגורים ניצבים באופן מובהק שיקולי הבטחון והסדר הציבורי של האזור, כפי שביטא בית המשפט עוד לפני שנים רבות. כך למשל, נקבע במסגרת בג"ץ 709/88 ראפת צובחי מוחמד טייב נ' ראש המינהל האזרחי (לא פורסם, 8.11.1988):

"כאשר בוחנת רשות מנהלית בשטח המינהל הצבאי בקשה ליציאה מן האזור או לכניסה לתוכו, רשאית היא לשוות לנגד עיניה את הסיכונים הבטחוניים הכרוכים בהיענות לבקשה. לצורך כך די בחשד סביר כדי לשמש בסיס לסירוב להענקת רשיון ואין זה תנאי מוקדם להפעלת הסמכות כי יהיה בפני הרשות, אותה שעה, חומר ראיות אשר יכול היה לבסס הרשעה בדין בבית משפט. המשיב מופקד על שלומו ובטחונו של האזור וספק בענין כשרותו ואמינותו של העותר בכל הנוגע לקשריו עם מחבלים יכול להטות את כפות המאזניים לרעתו כאשר מדובר על היתר לתנועה חופשית אל מקומות היכולים לשמש למפגש עם שליחים של ארגוני הטרור. אין לכן לומר כלל ועיקר כי השיקולים שהובאו בחשבון במקרה דנן אינם בגדר שיקולים ענייניים, או כי דרושה היתה מידת הוכחה רבה יותר לצורך הכרעה מינהלית מן הסוג שנדון כאן."

ההיגיון העומד מאחורי תפיסה זו ברור – במציאות הביטחונית הקשה בה אנו חיים, ובעת שארגוני הטרור המצויים בעזה ובאיו"ש ממשיכים לפעול במרץ בניסיון לפגוע במדינת ישראל ותושביה, קיים חשש של ממש מהתרת תנועה חופשית בין האזורים, נוכח הפוטנציאל הטמון מניצול פלטפורמה זאת לצורך קיום קשרים עם גורמי טרור באזורים השונים – אימונים צבאיים, גיוס, העברת מידע, פקודות וכיוצא באלה. מציאות זאת חייבה להותיר בידי מדינת ישראל את שיקול הדעת בהתרת המעבר בין האזורים – בין אם באופן זמני ובין לצורכי קבע, ודברים אלה עוגנו אף בהסכמי הביניים שנחתמו בשנת 1995, הכפופים אף הם לעקרון לפיו יש למדינת ישראל אחריות ביטחונית כוללת למעטפת של האזור ולמעברים. כפי העולה מתגובת המשיבים, ונראה כי על כך אף העותרים לא יחלקו, למדינת ישראל מסורה האחריות להגנה מפני איומי חוץ וכן האחריות הכוללת לביטחונם של הישראלים ולביטחון האזורים המצויים בתפיסה לוחמתית.

בהתאם לתפיסה זו, נהגה מדינת ישראל לגבש במהלך השנים מדיניות מעבר בין האזורים, המתיישבת עם הצרכים והשיקולים הביטחוניים של האזור ותושביו. מדיניות זו ומקומם המרכזי של שיקולי הביטחון בהתוויתה, נבחנו פעמים רבות על-ידי בית משפט זה, אשר לא מצא להתערב בקביעה העקרונית הנוגעת למקומם של שיקולים אלה בהחלטה אודות התרת מעבר בין האזורים. ציר השינוי המרכזי במדיניות זו, על-פי עמדת המשיבים, התחולל בעקבות מאורעות אוקטובר 2000, לאחריהם הוחלט להפסיק לאשר את מעברם של פלסטינים מעזה לאיו"ש, למעט במקרים הומניטריים חריגים. גם במהלך שנים אלה שב ואישר בית המשפט את מקומם של שיקולי הבטחון בהתרת מעבר בין האזורים, ולא מצא להתערב בהחלטות פרטניות של המשיבים שלא להתיר מעבר בהישען על שיקולים אלה. כך למשל, נקבע בבג"ץ 7960/04 מחמד מוסא אלראזי נ' מפקד כוחות צה"ל – חבל עזה (טרם פורסם, 29.9.2004), שעסק בבקשתם של מספר צעירים תושבי עזה אשר ביקשו לעבור ללמוד באיו"ש:

"את החלטתו, שלא להענות לבקשת העותרים, סמך המשיב על הערכת גורמי הבטחון כי ביציאתם מאזורם – ובעיקר בכוונתם לשהות לצורך לימודיהם בבית לחם – גלומים סיכונים לבטחון המדינה ולביטחון האזורים. בתגובה בכתב מטעמו הבהיר המשיב, כי עמדתו אינה מבוססת על אבחון פרטני המתייחס לכל אחד ואחד מן העותרים באופן אישי, אלא על הערכת גורמי הבטחון כי די ב"בפרופיל הסיכון" שאליו משתייכים העותרים כדי להקים יסוד לחשש כי ארגוני טרור הפועלים באזור חבל

עזה ינצלו את יציאתם לבית לחם לביצוע פיגועים
בשטחי ישראל ובאזור יהודה והשומרון.

... הגענו לכלל מסקנה כי בנסיבות הקשות השוררות
לעת הזאת אין להתערב בהחלטת המשיב...

שוכנענו כי בהתרת יציאתם מאזור חבל עזה כרוך סיכון
מהותי לביטחון הציבור בישראל ובאזורים."

15. השיקולים הביטחוניים תפסו מקום נכבד במהלך השנים בהם שלטה ישראל ברצועת עזה ובאיו"ש כאחד, אף שאלה נתפסו אז כיחידה טריטוריאלית אחת (וראו עניין עג'ורי). עם סיומו של הממשל הצבאי ברצועת עזה בשנת 2005 בעקבות הליך ההתנתקות, ויותר מכך – עם השתלטות ארגון החמאס על רצועת עזה בשנת 2007 – גדל עד למאד החשש מניצול פלטפורמת המעבר בין האזורים למטרות טרור, במיוחד בהעדר שליטה אפקטיבית של ישראל ברצועה (וראו בהקשר זה פסק הדין בבג"ץ 9132/07 גבר אלבסיוני אחמד נ' ראש המחשלה (טרם פורסם, 30.1.2008)). על המצב המורכב שנוצר ברצועת עזה לאחר אירועי ההתנתקות עמד אף חברי השופט א' רובינשטיין בבג"ץ 11120/05 אוסמאה מחמוד חמדאן נ' אלוף פיקוד הדרום (טרם פורסם, 7.8.2007), שעסק בבקשה של מספר סטודנטים תושבי רצועת עזה אשר ביקשו כי יותר להם לעבור לאיו"ש לשם לימודים בתחום הריפוי בעיסוק:

"חוששנו שאין בידינו להיעתר לעתירות; בשורה התחתונה, המצב בין ישראל לעזה מדורדר לעת הזאת לשפל המדרגה, ומתן צו מוחלט המייחד את העותרים לא ישתלב במציאות הקשה הנוכחית, ועל כן – בכפוף להערות אחדות – לא נוכל לקבל את העתירות. בית המשפט אינו חי בכועה, וכדברי הנשיא ברק בבג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 861 "אף שמצויים אנו לעתים במגדל שן, מגדל זה מצוי בתוככי ירושלים, שלא פעם נפגעה מטרור חסר מעצורים. מודעים אנו להרג ולהרס אשר הטרור כנגד המדינה ואזרחיה גורר אחריו. ככל ישראלי אחר, אף אנו מכירים בצורך להגן על המדינה ואזרחיה מפני פגיעתו הקשה של הטרור". התקופה של כמעט שלוש שנים מאז ניתן פסק הדין בבג"צ 7960/04, לעניינם של אותם עותרים עצמם, לא היטיבה לצערנו עם משאלתם ועם עניינם של שוחרי שלום. עלייתו של החמאס ואחר כך השתלטותו הגמורה על עזה מזה, והמצב הלא פשוט בלשון המעטה שנוצר לאחר ההתנתקות (כנראה שלא כמצופה) מזה, לא קירבו את עזה ואיו"ש זו לזו במובן הפרקטי, וגם לא קירבו את עזה לישראל, מבחינת מערכת היחסים; זאת - הגם שהקרבה הגיאוגרפית אז, עתה ולעתיד, לעולם 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. גישה כזאת לא תתיישב עם הדין, לרבות בהקשר השויון, כפי שינומק בתמצית להלן, וגם לא עם השכל הישר. לא ראינו גם צורך להתכנס לדיון במעמד צד אחד ולהידרש לחומר חסוי, שכן העובדות במכלולן מוכרות ושוות לכל נפש".

16. ואכן, וכפי שפירטו המשיבים בהרחבה בתגובתם, מדיניותם הנוכחית – שעוגנה בנוהל נשוא העתירה – נטועה עמוק במציאות המדינית-בטחונית השוררת בעת הזאת. כפי שהבהירו המשיבים, במציאות שנוצרה במיוחד מאז הושלם הליך ההתנתקות והשתלטות ארגון החמאס על הרצועה, ונוכח היות אזור רצועת עזה שטח נפרד המתוחם בגדר, מתקשים גורמי הטרור לשלח מתחומו מפגעים לעבר ישראל. עם זאת, קיימת בשטח הרצועה תשתית טרור ענפה המשקיעה מאמץ במציאת דרכים להוצאת תשתית טרור אנושית מהאזור – לישראל ולאיו"ש. הערכת גורמי הביטחון הינה כי רצועת עזה הפכה מוקד ידע בתחום הטרור ולאגירת כמויות גדולות של אמצעי לחימה מתקדמים ופיתוח יכולות צבאיות. להערכת גורמי הביטחון, לארגוני הטרור שאיפה להעתיק את הלחימה נגד ישראל לאיו"ש בכלל זה באמצעות העברת ידע, יכולות צבאיות ומומחי חבלה. לפיכך, גיוס תושבי עזה המצויים באיו"ש או מבקשים לעבור לשם, הפכה תופעה שכיחה שיש בה כדי לקדם את מטרות ארגוני הטרור. גורמי הביטחון הדגישו כי קיים איום חמור של החדרה לאיו"ש של מומחי חבלה בעלי ידע בהכנת מטענים קטלניים ויצור נשק תלול מסלול.

מציאות זו, כך המשיבים, היא העומדת ביסוד המדיניות המצמצמת שגובשה על-ידם, המתירה כאמור מעבר מעזה לאיו"ש אך במקרים חריגים והומניטריים.

17. בית משפט זה נדרש מספר פעמים למדיניות המצמצמת של המשיבים, אך לא מצא להתערב בה, על רקע המציאות הביטחונית הנוכחית. כך למשל, נקבע על-ידי השופט (בתוארו אז) א' גרוניס בבג"ץ 9657/07 צבאח נמר עבד גרבו ע' נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (טרם פורסם, 24.7.2008):

"הרשות המוסמכת החליטה כי בנסיבות דהיום אין להתיר מעבר כאמור אלא במקרים חריגים וכי עניינה של העותרת 1 אינו בא בגדרם. על רקע המציאות הבטחונית הקיימת, במיוחד ברצועת עזה, לא מצאנו שנפל פגם בהחלטה שלא להיעתר לבקשתה של העותרת 1. המקרה

הנוכחי שונה באופן מהותי ממקרים אחרים בהם קיימות נסיבות רפואיות חריגות וכדומה".

וכך אף ציינה השופטת מ' נאור במסגרת בג"ץ 4906/10 פאטמה שריף נ' שר הבטחון (טרם פורסם, 7.7.2010):

"בחננו את עניינה של העותרת ולא השתכנענו כי במצב המדיני והביטחוני הנוכחי נסיבותיה האישיות מצדיקות התערבות בהחלטת המשיב. בשורת החלטות מן העת האחרונה לא התערב בית המשפט במדיניות המשיב, ואין הצדקה לנהוג אחרת בעניינה של העותרת".

עוד ראו: בג"ץ 1583/10 אבו חמידה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (טרם פורסם, 25.3.2010); בג"ץ 5829/09 מנצור נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (טרם פורסם, 30.7.2009); בג"ץ 8731/09 ברלנטי ג'ריס בולוס עזאם נ' מפקד איזור הגדה המערבית (טרם פורסם, 9.12.2009).

18. כידוע, בתחומים של מומחיות ביטחונית בית משפט זה אינו נוהג לשים עצמו בנעלי הרשויות המוסמכות לכך, עליהן מוטלת מלוא האחריות לשמירת הביטחון והסדר הציבורי – בענייננו הן בשטחי ישראל והן בשטחי איו"ש. המציאות הביטחונית הקשה בה אנו מצויים אינה חדשה עימנו, ונראה למרבה הצער כי תיאורם של המשיבים באשר לפוטנציאל הסיכון הטמון בהתרת מעבר חופשית בין עזה לאיו"ש אינו קלוט מן האוויר. במצב דברים זה, ונוכח המציאות הנוכחית, נראה כי לכל ברור, שלא ניתן לאפשר מעבר חופשי כבקשת העותרים בין שטחי עזה לאיו"ש, וכי גיבושה של מדיניות מצמצמת בהקשר זה מתיישב עם חובות המשיבים לשמירה על בטחון ישראל והאזור. במצב דברים זה, לא מצאנו גם אנחנו כי נפל פגם של חוסר סבירות בעצם גיבושה של מדיניות מצמצמת בהתרת מעבר בין שטחי עזה ואיו"ש.

19. עם זאת, אין בליבנו ספק כי המדיניות המצמצמת עליה הכריזו המשיבים יש בה תוצאה קשה במיוחד ביחס לתושבים שאינם מעורבים בפעילות טרוריסטית ונכפה עליהם נתק מקרוביהם. מבלי להרחיב במסגרת זאת באשר להיקף החובות ומקור הזכויות הנפגעות מהפעלתה, ברור לנו היטב כי מדיניות זו מפרידה – ולעיתים באופן מלאכותי – בין פלסטינים המתגוררים בשני האזורים ומבקשים לקיים או ליצור קשרי משפחה וקירבה תקינים. לכל הדעות, מדובר במציאות מורכבת ביותר המחייבת אימוץ פתרונות שלא יחסמו באופן מוחלט את אפשרות התנועה מאזור עזה לאיו"ש, תוך איזון

ראוי בין השיקולים הביטחוניים כבדי המשקל. על-פניו, ערים המשיבים לקושי שיוצר המצב, ובמסגרת הנוהל נקבעו מספר חריגים מצומצמים בלבד למדיניות המעבר, הנשענים בעיקרם על צרכים רפואיים מובהקים, היזקקות סיעודית או קטינות. חריגים אלה הינם ראויים כמובן, אך נראה כי ננקטה בהן מידת צמצום רבה, שבנסיבות מסוימות היא נוקשה מדי. דברים אלה מקבלים משנה תוקף נוכח העובדה כי החריגים בהם מדובר עוסקים בעיקרם באוכלוסיות הזקוקות לתמיכה וסיוע מיוחדים (חולים, קשישים וקטינים), ולפיכך יתכן וראוי ליישם את החריגים באופן שיאפשר את שמירת הקשר בין קבוצות אלה לבין בני משפחתם מקרבה ראשונה – גם אם קיימים בשטח הרצועה בני משפחה מקרבה רחוקה יותר.

מעבר לכך נעיר, כי בנוהל שולב "סעיף סל" המעניק שיקול דעת למתאם הפעולות בשטחים לבחון כל בקשה לגופה, גם אם אינה נופלת בגדר אמות המידה שנקבעו בנוהל, אך מקיימת את התנאים בדבר העדר מניעה ביטחונית (סעיף 8 לנוהל) והיות המבקש בן משפחה מקרבה ראשונה (סעיף 9 לנוהל). נראה לנו כי הכפפת שיקול דעתו של מתאם הפעולות בשטחים לתנאי הקבוע בסעיף 9 לנוהל, שעניינו היות מבקש המעבר בן משפחה מקרבה ראשונה בלבד, עלולה להפוך בעולם המעשה סעיף זה לאות מתה. נוכח הפגיעה הקשה הנגרמת מהחלת המדיניות המצמצמת ראוי כי מתאם הפעולות בשטחים יפעיל את שיקול דעתו בגדרי סעיף זה באופן שיביא לצמצום פגיעה זאת, ככל שניתן במגבלות הביטחונית הקיימות. כך למשל, הגם שלא מצאנו כי יש בידינו להתערב במדיניות שלא להתיר, על דרך הכלל, מעבר והשתקעות על רקע נישואין של בני זוג המתגוררים בשני האזורים, נראה לנו כי אין מקום לחסום באופן גורף את כלל הבקשות מסוג זה. לפיכך, במסגרת הפעלת שיקול דעתו של המתאם בהקשר זה, מן הראוי כי טרם קבלת החלטה כאמור יבחנו מכלול הנסיבות הנוגעות לבני הזוג, בכלל זה גילם של בני הזוג, מכלול היחסים המשפחתיים ומקומו של התא המשפחתי הרחב, ולכל אלה יינתן משקל הולם בקבלת החלטה סופית בסוגיה.

20. נסכם ונאמר, כי נוכח המציאות הביטחונית הנוכחית, ובכפוף להערוותינו ביחס לבחינת האפשרות להרחבת מה של אמות המידה שהוגדרו בנוהל נשוא העתירה, לא מצאנו כי הוכחה בפנינו עילה להתערבות במדיניות המשיבים ביחס למעברם של תושבי עזה לאיו"ש. בקביעתנו זו, נתנו גם דעתנו לעובדה כי מדיניות זו מערכת בתוכה היבטים מדיניים דומיננטיים, שהינם מסוג העניינים אשר בית משפט זה אינו נוהג להתערב בהם. נוכח האמור, אף לא מצאנו כי טענות העותרים הנוגעות למסגרת הטיפול בבקשות מקימה עילה להתערבותנו, שכן טענות מסוג זה מצויות בלב מערכת היחסים שבין ישראל והרשות הפלסטינית.

אנו מניחות עם זאת, כי מדיניות זו תשוב ותבחן מעת לעת בהתאם להערכות המצב הביטחוניות, וכי ככל שניתן יהיה לגבש הקלות בהיבטים אלה יפעלו המשיבים בהתאם. לפיכך, החלטנו לדחות את העתירה בבג"ץ 2088/10.

בג"ץ 4019/10

21. ככל שהדברים נוגעים לבג"ץ 4019/10, באנו לכלל מסקנה כי יש להורות בו על הוצאת צו-על-תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יחילו את המדיניות הנוהגת כלפי תושבי עזה שנכנסו לפני פרוץ אירועי אוקטובר 2000, אשר אין בעניינם חומר בטחוני שלילי, גם על תושבי עזה שנכנסו לאיו"ש עד ליום סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה ("מהלך ההתנתקות") ביום 12.9.2005, ועדיין שוהים שם.

סיכום

22. העתירה בבג"ץ 2088/10 נדחתה, בלא צו להוצאות. בעתירה בבג"ץ 4019/10 מוצא צו על תנאי, כאמור בסעיף 21, והיא תקבע להמשך דיון לאחר הגשת תצהירי התשובה.

ה נ ש י א ה (בדימ')

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש.

ניתן היום, ג' בסיון התשע"ב (24.05.2012).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א ה (בדימ')

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4019/10

לפני: כבוד הנשיאה (בדימ') ד' ביניש
 כבוד השופטת מ' נאור
 כבוד השופטת א' חיות

העותרים: המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה
 זלצברגר + 15 עותרים נוספים

נגד

המשיבים: 1. מפקד צבאי לאזור הגדה המערבית
 2. מתאם פעולות הממשלה בשטחים
 3. הממונה על מרשם האוכלוסין במינהל האזרחי

צו-על-תנאי

על יסוד עתירה זו שהובאה לפני בית-משפט זה, מצווה בית-המשפט כי ייצא מלפניו צו-על-תנאי המכוון אל המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן טעם מדוע לא יחילו את המדיניות הנוהגת כלפי תושבי עזה שנכנסו לפני פרוץ אירועי אוקטובר 2000, אשר אין בעניינם חומר בטחוני שלילי, גם על תושבי עזה שנכנסו לאיו"ש עד ליום סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה ("מהלך ההתנתקות") ביום 12.9.2005, ועדיין שוהים שם.

המשיבים יגישו תשובתם, אם רצונם בכך, תוך 60 ימים מיום המצאת כתב זה, לבית-המשפט ולבעלי-הדין ישירות.

היום, ג' בסיון התשע"ב (24.05.2012).

שרה ליפשיץ
 מזכירה ראשית