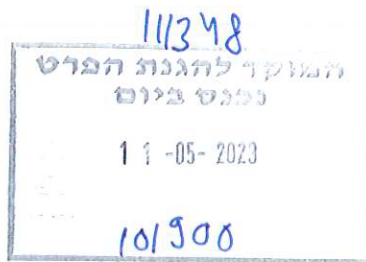


בג"ץ 7248/22

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק



1. קבהא
2. צבאח
3. יאסין
4. הרשה
5. עבאדי

6. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
על-ידי ב"כ עוה"ד תהילה מאיר ו/או דניאל שנהר ו/או אחי
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טלפון: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

נגד

המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית
על-ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים 91010
טלפון: 073-3925590; פקס: 02-6467011

המשיב

תגובה לתגובת העותרים מטעם המשיב

1. בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד (כב' השופטת ברק-ארז) מיום 17.4.23 ומיום 27.4.23, מוגשת בזאת תגובת המשיב לתגובת העותרים.
2. כזכור, עניינה של העתירה בבקשת העותרים כי בית המשפט הנכבד יורה למשיב להתיר "לעותרים 1-5 בפרט, ולגברים פלסטינים שגילם מעל 55 ולנשים פלסטיניות שגילן מעל חמישים, בכלל, להיכנס למרחב התפר ללא היתרים פרטניים דרך השערים החקלאיים שבגדר ההפרדה, ולא רק דרך מחסומי הכניסה לישראל".
3. ביום 22.3.23 הוגשה תגובה מקדמית לעתירה מטעם המשיב, במסגרתה נטען כי דין העתירה להידחות הן על הסף והן לגופה. זאת, מאחר שעניינם הפרטני של העותרים בעתירה דן אינו מגלה עילה להתערבות בית המשפט הנכבד, וכי היענות לסעד המבוקש תוביל הן לפגיעה בתכלית הביטחונית העומדת בבסיס גדר הביטחון, והן לפגיעה במרקם החיים של בעלי הזיקה למרחב התפר. כמו כן נטען, כי הסוגיה העולה בעתירה כבר הועלתה אגב ההליך שהתנהל בעניין בג"ץ 475/21 ואף קיבלה ביטוי בפסק דינו של בית המשפט הנכבד.
4. ביום 16.4.23 הוגשה תגובת העותרים לתגובה המקדמית מטעם המשיב.
5. ביום 17.4.23 ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד (כב' השופטת ברק-ארז) לפיה "לתגובת המשיב עד ליום 27.4.2023".
6. לעמדת המשיב, דין טענות העותרים להידחות, כפי שיפורט להלן.

7. **ראשית**, במסגרת תגובתם טוענים העותרים כי המשיב טען כי "נושא העתירה התברר והוכרע בבג"ץ 475/21". המשיב יטען כי דין טענות העותרים להידחות.

כעולה מן התגובה המקדמית, המשיב לא טען כי הסוגיה "הוכרעה" במסגרת בג"ץ 475/21 והמשיב לא ניסה לייחס לבית המשפט הנכבד את עמדתו כפי שמנסים לטעון העותרים. במסגרת התגובה נטען כי הסוגיה הנתקפת בעתירה דנן "הועלתה אגב" הליך קודם שהתקיים בפני בית המשפט הנכבד, בג"ץ 475/21, במסגרתו הבהיר המשיב כי המעבר למרחב התפר בעבור בעלי היתר גיל מבוגר יוכל להתבצע רק דרך נקודות המעבר המיועדות לכך ובהתאם לתחיקת הביטחון. כן צוין בתגובה כי הבהרה זו אף באה לידי ביטוי בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 475/21.

בתוך כך, במסגרת תגובתו פרט המשיב את השתלשלות העניינים במסגרת ההליך בבג"ץ 475/21 – והבהיר כי הסוגיה הועלתה אגב בג"ץ 475/21, לא במסגרת העתירה והסעדים שהתבקשו בה, אלא במסגרת תגובת המשיב ולאחר מכן במסגרת תגובת העותרים דשם לתגובת המשיב, ותגובת המשיב לתגובת העותרים, לרבות צירוף כתבי ביה"ד השונים – בהם עולה כי המשיב התייחס לנקודה זו בטיעונו כבר אז, ואף העותרים התייחסו אליה בתגובה לתגובת המשיב.

8. למעשה, המשיב הבהיר את עמדתו באשר למעבר של בעלי היתר גיל מבוגר בשערים החקלאיים כבר במסגרת כתבי ביה"ד בבג"ץ 475/21, לפיה היענות לסעד המבוקש בעתירה דנן, אשר התעורר כאמור במסגרת ההליך בבג"ץ 475/21 ושהעותרים ביקשו אותו במפורש במסגרתם תגובתם מיום 3.6.21 (וראו סעיף 32 לתגובה המקדמית מטעם המשיב ונספח מש/6) – תוביל הן לפגיעה בתכלית הביטחונית העומדת בבסיס גדר הביטחון, והן לפגיעה במרקם החיים של בעלי הזיקה למרחב התפר (ראו נספחים מש/5 ומש/7 לתגובה המקדמית).

ודוק, בהמשך לכך שהדברים התעוררו והמשיב טען לגביהם במסגרת כתבי ביה"ד בבג"ץ 475/21, עמדת המשיב אכן באה לידי ביטוי בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 475/21 אשר ציין, בין היתר, כי "... ומשהבהירה באת כוח המשיב שמתוקף "היתר גיל מבוגר" שבאמצעותו רשאים פלסטינים להיכנס לישראל מכוח היתר כללי, הם רשאים גם להיכנס ולשהות במרחב התפר לא היתר פרטני, וזאת דרך המעברים המוסדרים של הכניסה לישראל – העתירה מיצתה את עצמה והיא נמחקת" [ההדגשה לא במקור, הח"מ]. אמירה זו וכל טענות המשיב בעניין, אין משמעותן כי הסוגיה הוכרעה על ידי בית המשפט הנכבד או שקיים מעשה בית דין בסוגיה (והמשיב כאמור אף לא טען לכך במסגרת התגובה המקדמית בעתירה דנן), אלא כי עמדת המשיב באשר לסוגיה זו הובהרה ונשמעו לגביה טענות כבר במסגרת הליך קודם והיא קיבלה כאמור ביטוי בפסק דין של בית המשפט הנכבד. אף טענת העותרים בסעיף 8 לתגובתם לפיה "הציטוט של המשיב מפסק הדין הוא חסר" – אינה מדויקת, שכן המשיב הביא את פסק הדין בבג"ץ 475/21 במלואו, בסעיף 36 לתגובתו. לפיכך, דין טענות העותרים בעניין זה להידחות.

9. עוד יצוין למען הסדר הטוב, כי במסגרת התגובה המקדמית לעתירה, לא הסתפק המשיב בטענה כי הנושא התעורר אגב ההליך הקודם בבג"ץ 475/21, אלא טען בהרחבה לטענות סף ולטענות לגופם של דברים, שיש בהם בכדי להביא לדחייתה של העתירה הנוכחית על הסף ולגופה בהעדר כל עילה להתערבות שיפוטית. בית המשפט הנכבד מופנה לעמדת המשיב המפורטת בסעיפים 44-59 לתגובה המקדמית.

10. **שנית**, העותרים שבים ומרחיבים על טענותיהם ביחס לקשיים בקבלת היתרים למרחב התפר (בשעה שבה כפי שפורט העותרים 1-5 החזיקו בעת הגשת העתירה היתרי כניסה פרטניים המאפשרים כניסה דרך שערים חקלאיים מכוח זיקתם לקרקע שבסמוך לאותם שערים ומרביתם עודם מחזיקים בהיתרים; לגבי העותרת 2 – לאחר בדיקה נוספת נמצא כי גם נכון לעת הזו, טרם הוגשה בקשה מטעמה לחידוש ההיתר שלה), ואולם המשיב יטען כי טענות אלה, הן כלל אינן פועל יוצא של המבוקש בעתירה. ונסביר.

העתירה דן אינה עוסקת בקשיים הבירוקרטיים העומדים בפני המבקשים היתרי כניסה לישראל ולמרחב התפר בהתאם למשטר ההיתרים, אשר אושר על ידי בית המשפט הנכבד. העתירה דן עוסקת בבקשת העותרים כי כל מי שמחזיק בהיתר גיל מבוגר יוכל להיכנס למרחב התפר ללא היתרים פרטניים דרך השערים החקלאיים הקרוב למקום מגוריו ולא דרך נקודות המעבר המוסדרות. זאת, כך לטענת העותרים, גם בשל הקשיים הבירוקרטיים האמורים. יחד עם זאת, **אין בקשיים המתוארים בעתירה, כדי לאפשר מעבר לכל מי שמחזיק בהיתר גיל מבוגר, ללא קשר לקיומה או היעדרה של זיקה לקרקע המצויה במרחב התפר, להיכנס למרחב התפר דרך השערים החקלאיים מטעמים כבדי משקל עליהם עמדנו בהרחבה בתגובה המקדמית.**

טעמים אלו מצויים הן בפגיעה בתכלית הביטחונית העומדת בבסיס גזר הביטחון והן בפגיעה הפוטנציאלית במרקם החיים של בעלי הזיקה למרחב התפר שתיווצר כתוצאה מהרחבה כה משמעותית של העוברים בשערים החקלאיים. זאת, שכן כניסה רחבה כמבוקש ללא מערכת תשתיתית וביטחונית מספקת לשם כך עלולה לחתור תחת הצורך הביטחוני במנגנון פיקוח הדוק על הנכנסים למרחב התפר ועלולה לפגוע במשטר ההיתרים אשר מאזן בין היתר, על ידי הסדרים פרטניים מתאימים, את הפגיעה בתושבים בעלי הזיקה לאדמות ברחב התפר. אשר לפגיעה במרקם החיים של בעלי הזיקה לקרקע המצויה במרחב התפר, ככל שינתן הסעד המבוקש ויתאפשר מעבר של כל מי שמחזיק בהיתר גיל מבוגר דרך השערים החקלאיים, יאלצו בעלי הזיקה האמורה לעבור בשערים החקלאיים אשר דרך הפעלתם פורטה בהרחבה בתגובת המשיב, בפוטנציאל יחד עם עוד מאות אלפי האנשים המחזיקים בהיתר גיל מבוגר. ויובהר, השערים החקלאיים נועדו על מנת לאזן את הפגיעה בבעלי הזיקה לקרקע המצויה במרחב התפר והם בנויים ופועלים על מנת לתת מענה למספר זה של עוברים ולא למעבר של מאות אלפי בעלי היתר גיל מבוגר. העובדה כי רק מי שיש לו זיקה לקרקע המצויה במרחב התפר רשאי לעבור בשערים החקלאיים, היא זו שמבטיחה כי מעבר זה יעשה במהירות וביעילות ובכך היא שומרת ככל הניתן בנסיבות על מרקם חייהם.

11. ובמילים אחרות – ככל שטענות העותרים הן כלפי הליך קבלת ההיתרים הפרטניים והפרוצדורה ביסודו, באפשרותם לפנות בעניין זה לגורמים הרלוונטיים בעניין. ואולם מכל מקום, המענה לטענותיהם, כלל אינו בדמות תוצאה של פתיחת השערים החקלאיים לכל מי שמחזיק בהיתר גיל מבוגר – הוא הסעד המבוקש בעתירה. כפי שהוסבר בתגובה המקדמית, משמעות תוצאה זו היא הלכה למעשה ביטול דה-פקטו של ההסדרים שנקבעו לכניסה למרחב התפר, הכרוכים מיניה וביה בבדיקה פרטנית, באופן שעלול לחתור תחת "משטר ההיתרים" והתכלית הביטחונית העומדת ביסודו.

ויוזכר, כי בעניינם הפרטני של העותרים ציין המשיב כי בעת הגשת העתירה החזיקו העותרים בהיתרי כניסה פרטניים למרחב התפר, המאפשרים כניסה דרך שערים חקלאיים מכוח זיקתם לקרקע שבסמוך לאותם השערים. עוד ציין המשיב כי ככל שלמי מהעותרים ישנה טענה פרטנית בקשר להיתר שבידו (וכך נכון לגבי כל מי שמבקש היתר כניסה למרחב התפר במסגרת משטר ההיתרים) – באפשרותו לפנות בבקשה פרטנית וזו תיבחן על יסוד התשתית העובדתית הפרטנית הרלוונטית וככל שיהיה בכך צורך וכפי שהובהר בתגובת המשיב, ניתן לערער על ההחלטה.

12. שלישית, טענה נוספת בפי העותרים היא כי "...סביר להניח שרוב האנשים שיעדיפו לעבור בשערים החקלאיים מאשר במחסומי הכניסה לישראל הם אותם האנשים שעוברים כיום בשערים אלו באמצעות היתרים פרטניים, כך שהיעתרות לבקשת העותרים אינה צפויה להגדיל את העומס על השערים החקלאיים במידה משמעותית, אם בכלל" (ר' בסעיף 17 לתגובתם). דין הטענה להידחות.

תחילה נציין כי אם אף לשיטת העותרים מי שיעבור בשערים החקלאיים הם מי שעוברים כיום באמצעות היתרים פרטניים, לא ברור לשם מה נדרש הסעד המבוקש בעתירה. מעבר לכך, המשיב יטען כי לא ניתן לקבל את השערות העותרים על יסוד העובדות שפרט המשיב בתגובה המקדמית. כפי שפורט בתגובה המקדמית, מספר היתרי גיל מבוגר נמצא בעליה לרבות גם מספר הכניסות לישראל (1,938,377 לשנת 2022); וכי לעומת כמות היתרי גיל מבוגר (קבוצה העולה על 270,000 תושבים) ניצבים כ-4103 תושבים המחזיקים גם בגיל היתר מבוגר וגם בהיתר כניסה למרחב התפר. משכך, קבלת הסעד המבוקש בעתירה, תגדיל באופן משמעותי ביותר את כמות העוברים הפוטנציאליים אשר רשאים לעבור בשערים החקלאיים, וזאת בין אם מעברם יוגבל לשערים חקלאיים ספציפיים ובין אם לא.

כאמור – השערים החקלאיים – אינם ערוכים למתן מענה – הן מבחינה ביטחונית והן מבחינה תשתיתית, למעבר רחב היקף של תושבי אזור. הם נעדרים את התשתיות הפיזיות והטכנולוגיות, הנדרשות לצורך בידוק, אבטחה, ושמירה על הסדר, וכן נעדרים את כוח האדם הקיים במעברי הכניסה לישראל. ויוזכר כי מעברי הכניסה לישראל ערוכים (ואף עושים זאת בפועל), לקליטה, בידוק ומעבר של אלפי תושבים בשעות בודדות. קבלת הסעד המבוקש בעתירה לא רק שתביא לסיכון הכוחות הפועלים במרחב אלא תוביל גם לפגיעה בתכלית הביטחונית של הגדר תוך פגיעה באופן הבידוק הביטחוני של הנכנסים למרחב

התפר ושל הנכנסים לישראל דרך מרחב התפר. בנוסף, קבלת הסעד המבוקש בעתירה תפגע במרקם החיים של תושבי האזור בעלי הזיקה לקרקע המצויה במרחב התפר כמוסבר לעיל, המבקשים לעשות שימוש בכניסה למרחב התפר לשם צרכים חקלאיים, וכעת יאלצו לעמוד בשער יחד עם עוד אלפי תושבים נוספים (ובפוטנציאל מאות אלפים) אשר יבקשו לעשות שימוש בו.

13. אשר על כן ומכל הטעמים שפורטו בתגובה המקדמית, לעמדת המשיב דין העתירה להידחות על הסף ולגופה תוך חיוב העותרים בהוצאות.

14. האמור בתגובה זו אושר על ידי תא"ל עופר הינדי, ראש מנהלת קשת צבאים בפקוד מרכז. מטעמים טכניים לא ניתן היה להחתימו על תצהיר היום; ועל כן מבוקש להגיש את התצהיר לבית המשפט הנכבד בהקדם האפשרי.

היום, כ' אייר תשפ"ג

11 מאי 2023


נועה רוזנברג, עו"ד

עוזרת במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה


מוריה פרימן, עו"ד

סגנית בכירה א' במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה