

בג"ץ 9961/03בג"ץ 639/04העותרת בבג"ץ 639/04המשיבים בבג"ץ 639/04העותרת בבג"ץ 9961/03המשיבים בבג"ץ 9961/03

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

האגודה לזכויות האזרח בישראל

על ידי ב"כ עוה"ד אבנר פינצ'וק ואח'

רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב

טל': 03-5608185; פקס': 03-5608165

נגד

מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ואח'

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים ירושלים

טל': 02-6466472; פקס': 02-6467011

המוקד להגנת הפרט

על ידי ב"כ עוה"ד מיכאל ספרד ואו אביגדור פלדמן

רח' הוברמן 10, תל-אביב

טל': 03-6852220; פקס': 03-6869775

נגד

1-5. ממשלת ישראל ואח'

כולם על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים ירושלים

טל': 02-6466472; פקס': 02-6467011

6. תנועת גדר לחיים – להקמת גדר ההפרדה

על ידי עוה"ד גילעד רוגל ואו אילן ציאון

בית סילבר, קומה 15

רח' אבא הלל 7, רמת גן 52522

טל': 03-6133671; פקס': 03-6134450

7. שורת הדין – Israel Law Center

על ידי ב"כ עוה"ד ניצנה דרשן-לייטנר

רח' עמק איילון 28, מודיעין

טל': 03-7361519; פקס': 03-7361520

כתב תשובה מטעם המדינה

1. המדינה מתכבדת להגיש כתב תשובה מטעמה בעתירות אלה.

2. עניין של שתי העתירות בבקשת העותרים כי יבוטלו ההוראות המסדירות את שהייתם של תושבים פלסטינים בשטח המצוי בין גדר הביטחון לבין שטח מדינת ישראל, לאורך שלבים א' ו-ב' של גדר הביטחון, שהוכרז על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור כשטח סגור (להלן - **מרחב התפר**), וכן את ההוראות המסדירות את כניסתם של תושבים פלסטינים לשטח מרחב התפר.

3. המדינה תטען כי דין העתירות להידחות. הכל כפי שיפורט להלן.

להלן עיקרי העובדות הצריכות לעניין

ההכרזה על מרחב התפר וההוראות הרלוונטיות החלות בו

4. ביום 2.10.03, עם השלמת שלב א' של גדר הביטחון (הקטע בין סאלם לבין אלקנח), ולנוכח הנסיבות הביטחוניות המיוחדות השוררות באזור מאז ספטמבר 2000 והצורך לנקוט בצעדים הכרחיים למניעת פיגועי טרור ומניעת יציאת מפגעים משטח אזור יהודה והשומרון למדינת ישראל, הכריז מפקד כוחות צה"ל באזור, על מרחב התפר לאורך שלב א' של גדר הביטחון כעל "שטח סגור".

יצוין, שההכרזה המקורית לא כללה את השטח לאורך שלב ב' של גדר הביטחון, קרי, הקטע בין סאלם לבין טירת צבי, שבנייתו הושלמה זמן מה לאחר מכן.

כמו כן, קטעי הגדר בצפון ובדרום ירושלים, שהוקמו אף הם במסגרת שלב א' של גדר הביטחון, לא נכללו אף הם בהכרזה.

מפקד כוחות צה"ל באזור הסמיק בהכרזה את ראש המנהל האזרחי לקבוע הוראות שונות בנוגע לכניסת תושבים פלסטינים לשטח שהוכרז כסגור ושהייה בו.

נציין, כי ההכרזה נועדה למנוע מארגוני הטרור לשלוח מפגעים שיעברו את הגדר מכיוון היישובים הפלסטינים במרחב, ולכלול להגיע תוך זמן קצר ביותר למרכזי אוכלוסייה ישראלים לשם ביצוע פיגועי תופת.

צילום ההכרזה מיום 2.10.03 על מרחב התפר כשטח סגור מצורף ומסומן מש/1.

5. מכוח ההכרזה על מרחב התפר דלעיל, הוצאו מספר הוראות על-ידי ראש המנהל האזרחי המסדירות את כניסתם של תושבים פלסטינים למרחב התפר שהוא כאמור שטח סגור וכן את שהייתם בו (להלן - משטר ההיתרים).

ואלו הן החוראות:

- א. היתר כניסה כללי למרחב התפר ולשהיה בו מיום 2.10.03.
- ב. הוראות בדבר היתרי כניסה למרחב התפר ושהיה בו מיום 7.10.03.
- ג. הוראות בדבר היתר לתושב קבוע במרחב התפר מיום 7.10.03.
- ד. הוראות בדבר מעברים במרחב התפר מיום 7.10.03.

צילומי ארבע ההוראות מצורפים ומסומנים מ/ש-2/מ/ש.

6. ביום 27.5.04 חתם מפקד כוחות צה"ל באזור על ההכרזה בדבר סגירת שטח מספר 02/03/03 ס' (מרחב התפר) (יהודה והשומרון) (תיקון מספר 1), התשס"ד-2004. מהות התיקון האמור הינה הכנסת "ישראלי" (מהגדרתו בהכרזה המקורית) לגדר מי שההכרזה חלה עליו (בהכרזה המקורית נקבע כי היא אינה חלה לגבי ישראלים).

כמו כן, חתם מפקד כוחות צה"ל באזור באותו היום גם על היתר כללי לכניסה למרחב התפר ולשהיה בו (תיקון מספר 1) (יהודה והשומרון) התשס"ד-2004, וזאת מכיוון שלאור התיקון להכרזה, נדרש מתן היתר כללי לישראלים לכניסה למרחב התפר.

צילום ההכרזה בדבר סגירת שטח מספר 02/03 ס' (מרחב התפר) (יהודה והשומרון) (תיקון מספר 1), התשס"ד-2004, מצורף ומסומן מ/ש 6.
צילום ההיתר הכללי לישראלים מיום 27.5.04 מצורף ומסומן מ/ש 7.

7. ביום 3.6.04 חתם ראש המנהל האזרחי דאז, תת-אלוף אילן פז, על הוראות בדבר מעברים במרחב התפר (יהודה והשומרון) (תיקון מספר 1), התשס"ד-2004, הוראות אשר תיקנו חלק מן ההסדרים הנוגעים למעברים. כן, חתם תת-אלוף פז על הוראות בדבר תעודת תושב קבוע במרחב התפר (תיקון מספר 1) (יהודה והשומרון) התשס"ד-2004. הוראות אלה החליפו את ההוראות בדבר מתן היתר תושב קבוע במרחב התפר (יהודה והשומרון) התשס"ד-2004 (נספח מ/ש 4 לעיל).

צילום ההוראות בדבר מעברים במרחב התפר (יהודה והשומרון) (תיקון מספר 1), התשס"ד-2004, מצורף ומסומן מ/ש 8.
צילום ההוראות בדבר תעודת תושב קבוע במרחב התפר (תיקון מספר 1) (יהודה והשומרון), התשס"ד-2004, מצורף ומסומן מ/ש 9.

8. בסוף חודש יוני 2004 ניתן פסק-הדין בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (להלן - פרשת בית סוריק). בפסק-הדין, עמד כב' הנשיא ברק על הקשיים שיוצר "משטר ההיתרים" בכל הנוגע ל"מרקם החיים" של התושבים הפלסטינים, כדלקמן:

"מצב דברים זה פוגע קשות בחקלאים, אשר כל מעבר לאדמותיהם (בבוקר מוקדם, בצהריים ובערב) כפוף למגבלות שהן טבעיות למשטר של רישוי. משטר זה יוצר תורים ארוכים למעברי החקלאים עצמם; הוא מקשה על מעבר רכב (הדורש רישוי משלו ובדיקה), ומרחיק את החקלאי מאדמותיו".

9. בעקבות פסק-הדין בפרשת בית סוריק נבחנו מחדש גם הנהלים וההנחיות הקיימים בהקשר למשטר התנועות במרחב התפר, ותוקנו קובץ פקודות הקבע לעניין מרחב התפר של המנחל האזרחי וכן ההכרזה וההוראות שהוצאו מכוחה, כפי שיפורט להלן.

ראשית, בוצע תיקון להכרזה על מרחב התפר, אשר במסגרתו הותאמו שמות ומספרי השערים החקלאיים והמעברים במרחב התפר ל"קווי הדיווח" בהם עושים שימוש גם כוחות הביטחון, וזאת על מנת ליצור "שפה משותפת" אחידה.

בנוסף, בוצעו מספר תיקונים בהוראות שהוצאו מכוח ההכרזה אשר בעיקרן כללו:

א. הארכת תוקפם של היתרים ותעודות במרחב התפר:

(1) הארכה לשנתיים של תקופתם המירבית של "תעודת תושב קבע במרחב התפר" ושל ההיתרים לחקלאים שזיקתם לאדמות במרחב התפר הוכחה. נעיר כי בעבר הונפקו לתושבים אלה היתרים קצרי מועד.

(2) הנפקת היתרים זמניים, מתחדשים, לחקלאים שזיקתם לאדמות במרחב תרם הוכחה, שתוקפם לחצי שנה יצוין כי בעבר, לא הונפקו לתושבים אלה כלל היתרים.

(3) הארכה לשנה של תקופתם המירבית של ההיתרים ל"בעלי עניין קבוע" במרחב התפר (כדוגמת בעלי עסקים, רוכשי עסקים, סוחרים, עובדי ארגונים בינלאומיים, עובדי הרשות הפלסטינית, עובדי תשתית, עובדי הוראה וצוותי רפואה). יצוין, כי בעבר הונפקו לתושבים אלה היתרים חד-יומיים או היתרים לימים בודדים בלבד.

ב. איחוד טפסים: הוחלט על איחוד הטפסים הנדרשים להגשת בקשות להיתרי כניסה למרחב התפר למטרות שונות, וזאת על מנת למנוע סרבול בירוקרטי. יצוין כי קודם לכן כללו ההוראות צורך במילוי טופס נפרד לכל בקשה.

ג. מסירת מידע כתוב לתושב: הוסף "טופס סירוב" בכתב, הנמסר לתושבים שבקשתם לקבלת היתר כניסה למרחב התפר או לתעודת תושב קבע במרחב התפר נדחתה.

- ד. הסדר לכניסת רכבים: שינוי ההסדר ביחס לכניסת תושב למרחב התפר עם רכב, כן שמספר הרכב מופיע על גבי תעודת התושב או ההיתר, לפי העניין. בעבר, נדרש היתר נפרד לצורך כניסה עם רכב.
10. ביום 13.12.05 חתם מפקד כוחות צה"ל באזור על ההכרזה בדבר סגירת שטח מספר 02/03 ס' (מרחב התפר) (יהודה והשומרון) (תיקון מספר 2), התשס"ו-2005.
- צילום ההכרזה בדבר סגירת שטח מספר 02/03 ס' (מרחב התפר) (יהודה והשומרון) (תיקון מספר 2), התשס"ו-2005, מצורף ומסומן מש/10.
11. ביום 13.12.05 חתם ראש המנהל האזרחי על הוראות בדבר היתרי כניסה למרחב התפר ושהייה בו (תיקון מספר 1) (יהודה והשומרון), התשס"ו-2005, הוראות המעגנות את השינויים המהותיים שחלו בכל הקגע למשך ההיתרים המונפקים לתושבי מרחב איו"ש המעוניינים להיכנס למרחב התפר. כן חתם ראש המינהל האזרחי על הוראות בדבר מעברים במרחב התפר (תיקון מספר 2) (יהודה והשומרון) התשס"ו-2005, הוראות אשר מעגנות את ההסדר בנוגע לכניסת תושבי מרחב התפר עם כלי רכב.
- צילום ההוראות בדבר היתרי כניסה למרחב התפר ושהייה בו (תיקון מס' 1) (יהודה והשומרון), התשס"ו-2005, מצורף ומסומן מש/11.
- צילום ההוראות בדבר מעברים במרחב התפר (תיקון מס' 2) (יהודה והשומרון), התשס"ו-2005, מצורף ומסומן מש/12.
12. ביום 27.12.05 חתם מפקד כוחות צה"ל באזור על ההכרזה בדבר סגירת שטח מספר 02/03 ס' (מרחב התפר) (יהודה והשומרון) (הארכת תוקף), התשס"ו-2005.
- במסגרת הכרזה זו הוארך תוקף ההכרזה המקורית על מרחב התפר כשטח סגור, שעמדה לפקוע ביום 31.12.05, בשלוש שנים נוספות, קרי, עד ליום 31.12.08, והיא הוחלה גם על שלב ב' של מרחב התפר, מאזור סאלם מזרחה עד טירת צבי.
- צילום ההכרזה בדבר סגירת שטח מספר 02/03 ס' (מרחב התפר) (יהודה והשומרון) (הארכת תוקף ותיקון גבולות), התשס"ו-2005, מצורף ומסומן מש/13.
13. יוער, כי לעת הזו, טרם הוחלה ההכרזה על מרחב התפר כשטח סגור ביחס למקטעים נוספים של גדר הביטחון - שלבים ג'1, ד' ו"יעוטף ירושלים".
- בעניין זה מתבצעת כיום עבודת מטה, אשר עתידה להיות מובאת לאישור הדרג המדיני. הכוונה הינה להחיל את ההכרזה גם על הקטעים הנוספים המצויים בין גדר הביטחון לבין שטח מדינת ישראל, ובכפוף לכך שההכרזה לא תבצע לפני תום עונת המסיק הנוכחית, המתוכננת להסתיים בחודש דצמבר 2006.

נתונים ביחס להיקף הקרקעות והתושבים הפלסטינים במרחב התפר

14. שטח מרחב התפר בצפון איו"ש (לאורך שלבים א' ו-ב' של גדר הביטחון) הינו כ-82,463 דונם, מתוכם כ-53,905 דונם אדמות פרטיות והשאר אדמות מדינה.
15. ל-42 כפרים פלסטינים אדמות המצויות בתוך מרחב התפר, כאשר במרחב מתגוררים בסך הכל כ-7,000 פלסטינים באופן קבוע, רובם בכפר ברטעה, במרחב אלפי-מנשה (כ-1,200) ובחירבת ג'בארה (כ-300).
16. בסך הכל הונפקו 4835 תעודות תושב קבוע במרחב התפר, לתושבים הקבועים מעל גיל 16.
17. כ-11,000 חקלאים פלסטינים הם בעלי זיקה לקרקעות חקלאיות המצויות במרחב התפר.
18. יצויין כי היקף התושבים הפלסטינים המתגוררים בתוך מרחב התפר אמור להצטמצם באופן משמעותי בעתיד, לאחר מימוש תיקון תוואי הגדר באזור חירבת ג'בארה ("שיוציא" מתחום המרחב כ-300 תושבים), ותיקון התוואי באזור אלפי מנשה ("ש"יוציא" מן התוואי שלוש מחמשת מקבצי הבתים, בהם מתגוררים כ-800 תושבים, כאשר במרחב זה יותרו כ-400 תושבים נוספים). כמו כן, תיקון התוואי המתוכנן באזור צופין "יוציא" ממרחב התפר בית בודד נוסף המצוי בסמוך לג'יוס.
19. כמו כן, נשקל תיקון של תוואי הגדר באזור הכפר ברטעה, אשר אם יבוצע יוציא אלפי תושבים פלסטינים ממגורים במרחב התפר. אם יבוצע התיקון יתגוררו לאחר מכן במרחב התפר רק מאות בודדות של תושבים פלסטינים, שיגורו בריכוזי אוכלוסיה קטנים ומפוזרים.
20. זאת ועוד, שלושת התיקונים המתוכננים בתוואי הגדר, כאמור בסעיף 17 לעיל, גם "יוציאו" ממרחב התפר אדמות חקלאיות רבות, שהימצאותן במרחב התפר מתייבת כיום הנפקת היתרי כניסה למרחב התפר לחקלאים פלסטינים, אף אם אינם תושבים קבועים במרחב התפר.
- צילום טבלה שהוכנה על-ידי המנהל האזרחי המתייחסת להיקף האדמות במרחב התפר של כל כפר וכפר בשלבים א' ו-ב' של גדר הביטחון מצורפת ומסומנת מש/14.
20. נעיר כי בניית תוואי הגדר בשלבים א' ו-ב' הושלמה לפני כשלוש שנים, אולם ביחס למספר קטעים מן התוואי הבנוי זה מכבר תלויות ועומדות מספר עתירות לבג"ץ.

21. שתי העתירות דנו עוסקות רק במרחב התפר לגביו כבר חוחל משטר ההיתרים, עם זאת למען הסדר הטוב, כיוון שכאמור, בעתיד הנראה לעין בכוונת מערכת הביטחון להחיל את ההכרזה על מרחב התפר גם ביחס לשלבים נוספים של תוואי גדר הביטחון, נסקור להלן את המשמעות הצפויה מהכרזה על מרחב התפר באזורים המצויים בין תוואי הגדר לבין קו תחום איו"ש.

22. שלב ג'1 (מאלקנה עד למחנה עופר, לא כולל מרחב ביר-נבאללה)

ביחס לתוואי הגדר בקטע זה תלויות ועומדות עדיין חמש עתירות בפני בית משפט נכבד זה: ארבע מהן מתייחסות לתוואי באזור גוש מודיעין עילית ועתירה אחת מתייחסת לתוואי בסמוך ליישוב בית חורון.

מרבית תוואי הגדר בשלב ג'1 מצוי בבניה מתקדמת, או הושלם זה מכבר.

במרחב התפר בשלב ג'1 עתיד להימצא בית בודד - בית ניגים פקיה ליד הר אדר, אשר התוואי המותיר אותו במרחב התפר, וכן הסדרי הגישה אליו, אושרו לאחרונה בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 426/05 מועצת הכפר ביזו נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם - ניתן ביום 10.9.06 - להלן פרשת בית סוריק השניה).

עוד נוסף, כי הכפר בית איכסא, המצוי ממזרח לכפר בית סוריק, אמור היה להימצא במרחב התפר. ברם, ביום 30.4.06, לאחר בחינה מתודשת, החליטה ממשלת ישראל לשנות את תוואי גדר הביטחון באזור ו"להוציא" את הכפר ממרחב התפר. צו התפיסה לשם הקמת גדר הבטחון באזור זה עתיד להיות מופץ במועד קרוב.

23. ביחס לתוואי ב"עוטף ירושלים" תלויות ועומדות בסך הכל 15 עתירות בבית משפט נכבד זה. מרבית התוואי באזור זה מצוי בבניה מתקדמת או הושלם. הליכים נוספים בעניינו של התוואי מתקיימים בוועדת הערר לפי חוק תפיסת מקרקעין בשעת חירום, התשי"ט-1949.

במרחב התפר באזור עוטף ירושלים עתידים להתגורר מאות בודדות של תושבים פלסטינים שמגוריהם בעיקר בשכונת אל-חלאילה המצוייה ליד גבעון החדשה, בשכונת דחיית אל בריד, באזור מעבר הזיתים, שכונת א-שיית, וכן בכפר נבי סמואל. יצוין, כי חוקיות הותרתו של הכפר נבי סמואל מעבר לגדר כבר אושרה בפסק הדין בפרשת בית סוריק השניה (בג"ץ 426/05 לעיל).

24. גוש עציון - בגוש עציון מתגוררים כ-19,000 תושבים פלסטינים. באזור זה לא יוחל משטר ההיתרים של מרחב התפר. בכל חלקו הצפוני של הגוש ובחלק ניכר מצידו המערבי תוקם גדר בטחון בין הגוש לבין מדינת ישראל, וכן יוקמו מעברים בכניסה מהגוש לישראל, שימנעו כניסה של פלסטינים בלתי מורשים לישראל.

נציין, כי גם אזרחים ישראלים המתגוררים במרחב גוש עציון ייפגעו מההסדר המיוחד שיחול בגוש, שכן גם הם יאלצו לעבור דרך מעברים בדרכם מהגוש לישראל.

ביחס לתוואי באזור זה תלויות ועומדות 7 עתירות, שנדונו בפני הרכב מורחב של 7 שופטים, הממתינות כיום למתן פסק-דין.

25. **שלב 1 ד' ו-2 ד' (חלקו הדרומי-מערבי של גוש עציון וכן המקטע מהכפר ג'בעה דרומה עד הישוב מצדות יהודה) – באזורים אלה לא מתגוררים תושבים פלסטיניים במרחב התפר. ביחס לתוואי הגדר באזור זה תלויה ועומדת עתירה אחת, המתייחסת לתוואי באזור אשכולות, שהוגשה על-ידי מוצבה ישראלית, המבקשת להיות מעבר לגדר.**

26. **שלב 3 ד' (ממצדות יהודה עד להר חולד) – בקטע זה מתגוררים פלסטיניים בודדים במרחב התפר. ביחס לתוואי הגדר באזור זה תלויות ועומדות כיום שתי עתירות.**

27. **אזור מעלה אדומים – באזור זה מתגוררים כ-1,100 בדואים פלסטיניים, שחלקם הגדול מיועד לקיבוצ במרקקעין, שיוקצו לשם כך מחוץ לשטח המתוחם בגדר הביטחון.**

יצוין, כי חלקו הצפוני של תוואי הגדר באזור מעלה אדומים נתון עדיין לבחינה פרטנית, ומחייב אישור משפטי. ביחס לתוואי בחלק הדרומי של מעלה אדומים תלויות ועומדות שתי עתירות, בהן הוצא צו על-תנאי.

28. **שלב ג' (המכונה גם "אצבעות אריאל") – באזור זה של מרחב התפר העתידי מתגוררים תושבים פלסטיניים ספורים. ביחס לחלקים נרחבים של תוואי הגדר בקטע זה, ובכלל זה החיבור של הקטעים שכבר אושרו לגדר הביטחון סביב איו"ש, נדרשת עדיין השלמת תכנון מפורט ואישור משפטי.**

עוד יצוין, כי בשלב זה מומשו רק אותם קטעים של הגדר המשמשים להגנה מקומית, במתכונת של שב"ם, על היישובים הישראלים אריאל, עמנואל, מעלה שומרון, קרני שומרון ובית אריה-עופרים. נעיר כי ביחס לקטעים אלה לא תלויות ועומדות כיום עתירות לבג"ץ, לאחר שכל העתירות שהוגשו נדחו על-ידי בית המשפט הנכבד.

במקטעים האמורים, המשמשים להגנה מקומית על היישובים, לא מתגוררים תושבים פלסטיניים בצידה "הפנימי" של הגדר, אולם באזור קרני שומרון קיים בית בודד, שבעליו הודיע לאחרונה כי הוא מתכוון לאישור.

29. עם סיום תוואי הגדר המתוכנן, ובכלל זה התוואי באזור "אצבעות אריאל" ומעלה אדומים – וללא התוואי באזור גוש עציון, שאין כוונה להכריז עליו כשטח סגור ולהחיל בו את משטר ההיתרים - צפוי לעמוד סך שטח מרחב התפר על כ-325,000 דונמים (כ-5.9% מכלל שטח איו"ש).

נתונים ביחס למספר היתרי הכניסה למרחב התפר ותעודות תושב קבוע בו

30. כאמור, נכון ליום 5.11.06 הונפקו 4,835 תעודות תושב קבוע במרחב התפר (המונפקות לכל התושבים הקבועים במרחב שגילם מעל 16 שנים).
31. בנוסף, נכון ליום 5.11.06 הונפקו 10,037 היתרי כניסה קבועים, לשנתיים ימים, לחקלאים במרחב התפר. בנוסף הונפקו 214 היתרים זמניים, למשך חצי שנה, לחקלאים שטענותיהם בדבר זיקה לאדמות במרחב התפר טרם הוכרעו.
- בנוסף, נכון ליום 5.11.06 הונפקו כ-3881 היתרי תעסוקה במרחב התפר, מרביתם לפועלים ולקרובי משפחה של החקלאים במרחב, הנעזרים בהם בעונת המסיק המצוייה כעת בעיצומה.
- בנוסף, הונפקו היתרים נוספים למטרות חינוך, בריאות, צרכים אישיים, וצוותי רפואה ותשתיות.
32. בסך הכל הונפקו נכון ליום 5.11.06 כ-19,609 תעודות והיתרים למרחב התפר.
- לא למותר לציין, כי מדובר בעליה גדולה במספר ההיתרים לעומת חודשים קודמים, הנובעת מעונת המסיק.
33. להלן הנתונים בדבר הבקשות לקבלת היתרי כניסה למרחב התפר במהלך שלושת החודשים האחרונים. כפי שעולה מהנתונים, בניגוד לרושם שמנסה העותרת בבג"ץ 639/04 ליצור, בקשות מעטות יחסית מסורבות בשל טעמים ביטחוניים, ומרבית הסירובים נובעים בשל אי-הזכות זיקה לקרקעות חקלאיות של מבקשי היתרים.
34. **אוגוסט-ספטמבר 2006**
- גזרת ג'נין**: הוגשו 960 בקשות, מתוכן אושרו 745 ונדחו 215. רק 16 בקשות נדחו מטעמים בטחוניים (כ-1.6%).
- גזרת טול כרם**: הוגשו 993 בקשות, מתוכן אושרו 460 ונדחו 533. רק 18 בקשות נדחו מטעמים בטחוניים (כ-1.8%).
- גזרת סלקיליה**: הוגשו 560 בקשות, מתוכן אושרו 241 ונדחו 319. לא נדחו בקשות מטעמים בטחוניים.

אוקטובר 2006 (תקופת מסיק הזינים)

גזרת ג'נין: הוגשו 1,450 בקשות, מתוכן אושרו 1,219 ונדחו 231. רק 31 בקשות נדחו מסיבות בטחוניות (כ-2.1%).

גזרת טול ברם: הוגשו 2,592 בקשות, מתוכן אושרו 1,803 ונדחו 789. רק 96 בקשות נדחו מסיבות בטחוניות (כ-3.7%).

גזרת קלקיליה: הוגשו 496 בקשות, מתוכן אושרו 213 ונדחו 283. רק 50 בקשות נדחו מסיבות בטחוניות (כ-10%).

35. נוסף, כי חקלאים פלסטינים המופנים זיקה לקרקע חקלאית במרחב התפר מקבלים זיכיון כניסה למרחב התפר לשנתיים. באשר לבני משפחותיהם ולעובדיהם, שאינם בעלי זיקה ישירה למקרקעין, הרי שמונפקים להם היתרי תעסוקה במרחב התפר, כאשר תקופת ההיתרים נתונה לשיקול דעת המת"ק בגזרה. במקרים מסוימים, כגון באזור פלמיה גיוס בו קיימת חקלאות אינטנסיבית, מרבית ההיתרים גם לבני משפחה מדרגה ראשונה ניתנים אף הם למשך שנתיים.

36. בשולי הדברים נוסף, אף שהנושא חורג מגדריהן של עתירות אלה, כי בימים אלה מתבצעת על-ידי מערכת הביטחון עבודת מטה לשם עיגון בחקיקת האזור של נהלים המסדירים את סוגיית נטילתו, ביטולו או אי חידושו של היתר כניסה ושהייה למרחב התפר שניתן לתושב פלסטיני, עקב הפרת אחד או יותר מתנאי ההיתר או שימוש בו לשם ביצוע עבירה לפי הדין ותחיקת הביטחון באזור או לפי הדין במדינת ישראל.

עוד יצוין, כי נוהל המסדיר סוגיה זו נכלל בנהלים הפנימיים של המנהל האזרחי החל מחודש מאי 2005, אולם הוראותיו לא יושמו על-ידי גורמי המנהל האזרחי.

השערים והמעברים בגדר באזור מרחב התפר ואופן הפעלתם

37. סוגיית השערים החקלאיים אינה לדונה באופן ישיר בעתירות אלה, וממילא אין מקום לדון בעתירות כוללניות אלה בעניין שער קונקרטי זה או אחר. ברם, יש לכך נגיעה גם לענייננו.

38. ישנם כיום בגדר הבטחון במרחב התפר המוכרו (באזור שלבים א' ו-ב' של הגדר) 53 שערים, מתוכם 37 שערים חקלאיים המשמשים למעבר פלסטינים לאדמותיהם או לבתיהם, בהתאם להיקף החלקות וסוגי הגידולים במרחב.

קיימים ארבעה סוגים עיקריים של שערים במרחב התפר:

39

- א. שער מרקם חיים: שער הפתוח מדי יום, באופן רצוף, וזאת בין 12 ל-24 שעות ביום, לפי העניין.
- ב. שער יומי: שער הנפתח פעמיים או שלוש פעמים ביום, לפרק זמן משתנה של חצי שעה עד שעתיים, בהתאם להיקף העובדים ולצרכים החקלאיים.
- ג. שער עונתי: שער הנפתח בעונות החקלאיות, בדגש על העונות הרלוונטיות לגידולי זיתים. בשאר עונות השנה, השער נפתח בתיאום מראש עם מפקדת התיאום והקישור והחטיבה המרחבית.
- ד. שער מבצעי: שער המשמש את הכוחות המבצעיים.

40 יצויין, כי השערים העונתיים מופעלים לעיתים באופן שונה ומיטיב מהגדרתם הראשונית, וזאת לטובת צורכי האוכלוסייה המקומית. במסגרת זו, כיום ישנם שערים המוגדרים כשערים עונתיים, הנפתחים בפועל פעם או פעמיים בכל שבוע, כאשר חלקם אף נפתחים פעמיים בכל יום, וזאת על בסיס הערכת מצב עתית, ואיזון בין צרכי האוכלוסייה לבין יכולות מערכת הבטחון.

עזר שהוכן על-ידי המנהל האזרחי, עליו מסומנים בין היתר השערים שהוזכרו בתיקון ההכרזה על מרחב התפר, בחלוקה שלהם לפי סוגים (שער חקלאי יומי, שער חקלאי עונתי, שער "מרקם חיים", שער לבית בודד, מעבר, מעבר "גב אל גב", שער מבצעי) מצורף ומסומן מש/15.

טבלה המרכזת את 37 השערים החקלאיים על-פי סוגיהם והגזרות השונות (כאשר מספר מקבלי ההיתר עבור כל שער בטבלה הינו בחישוב "גס" בלבד) מצורפת ומסומנת מש/16.

41 עוד נסיף, כי התנועה לתוך מרחב התפר מתאפשרת במהלך כל ימות השנה (למעט יום הכיפורים ויום העצמאות), וזאת גם כאשר מוטל "סגר כללי" על אינו"ש, וכי הפעלת השערים החקלאיים מתבצעת בצודה רציפה וממוסדת, למעט מקרים בהם יש התרעה ביטחונית ממוקדת באזור בו מצוי השער הקונקרטי.

42 זאת ועוד, כ-90% מהשערים החקלאיים ממוקמים במרחק אשר אינו עולה על כ-2.5 ק"מ ממרכז הכפר העושה שימוש בשער המסויים (והם מצויים כמובן במרחק קצר יותר מבתי הכפר הקיצוניים), באופן שהפעלתם השוטפת של השערים נותנת לדעת המשיבים מענה סביר והולם ל"מרקם החיים" ולשטף הפעילות החקלאית באזור.

43 יודגש כי פיקוד המרכז והמנהל האזרחי, באמצעות מנהלת "דרך אחרת" ומרכז הבינוי בצה"ל, פועלים לשיפור מתמיד באיכות השירות במעברים, בשערים החקלאיים ובתנועות אל מרחב התפר, כפי שיפורט להלן:

א. מעברים: למעלה מ-30 מיליון ש"ח הושקעו בבניית המעברים בסטנדרט גבוה, תוך כדי הצבת אמצעי בידוק משוכללים המאפשרים, מחז גיסא, זיהוי ביטחוני טוב יותר, ומאידך גיסא, קיצור משמעותי של זמני ההמתנה.

ב. שערים חקלאיים: למעלה מ-20 מיליון ש"ח הושקעו בבניית שערים חקלאיים. במרבית השערים הוצבו סככות המתנה, בחלק גדול מהשערים נסללו או שופרו צירי הגישה אל השער, וביותר מ-10 שערים הוצבו מבני בידוק משוכללים המאפשרים בידוק טוב יותר, תוך המתנה קצרה יותר במבנה ממוזג ומקורה.

ג. איכות השירות במעברים: הוקצו כ-2.5 מיליון ש"ח לשם פרויקט "לבנת איכות השירות" במעברים, הכוללת, בין היתר, הצבת אמצעים לוגיסטיים שונים כגון, ספסלים, סככות המתנה, מזגנים, טלוויזיות, שירותים כימיים, ברזיות מים, מאפרות, פחי אשפה, שילוט ועוד.

44. מעבר לאמור, הוחלט על הצבת 22 קצינים ונגדים דוברי ערבית המשרתים במנהל האזרחי במעברים הרגליים העיקריים ובמעברי הסחורות, שתפקידם יהיה להבטיח קיומו של מרקם חיים סביר במעברים אלה, וכן סיוע במתן פתרונות לסוגיות אזרחיות או מנהליות העולות במעברים. מדובר בהשקעה של כ-4 מיליון ש"ח בשנה.

45. עוד נוסף, כי מתקיימות הסעות של תלמידים המתגוררים במרחב התפר ולומדים בבתי ספר באזור יהודה והשומרון מחוץ למרחב התפר, וזאת בעלות של כ-500 אלף ש"ח בשנה.

46. סך ההשקעות לשיפור מרקם החיים באזור מרחב התפר עומד אפוא על כ-60 מיליון ש"ח, וזאת מבלי שנלקחו בחשבון הוצאות הקמת נציגויות מנהלת התיאום והקישור (מת"ק) הצמודות למכשול וצירי "מרקם חיים".

47. מעבר לתיקונים החקיקתיים שחלו במשטר ההיתרים, שתוארו לעיל, הוחלט גם על ביצוע שינויים במשטר התנועות במרחב התפר. שינויים אלה בוצעו באמצעות שיפור דרכי גישה מהשערים החקלאיים ואל השערים החקלאיים, וכן הרחבת שעות הפתיחה של השערים, וזאת תוך פתיחת חלק מהשערים בכל שעות האור.

48. זאת ועוד: לאחרונה, ניתנה הנחייה לפיה בכל מקום בו השער החקלאי הקרוב לחלקות החקלאיות אליהן הוכיח הפלסטיני זיקה אינו פתוח בכל ימות השנה, הרי שבנוסף לשער זה, יצויין על גבי ההיתר שיינתן לאותו אדם שער או מעבר נוסף הנפתח בכל ימות השנה, וזאת בכפוף לכך שהמעבר דרך השער הנוסף לא יחייב את כניסת התושב לתחומי מדינת ישראל. הנחיה זו טרם יושמה עקב קושי טכני, אך צפויה להיות מיושמת בתוך כ-4 שבועות.

49. מעבר לאמור, קיימות מספר אפשרויות נוספות לפתיחת השערים גם מחוץ לשעות הפתיחה הרגילות.

ראשית, מפתחות השערים מצויים אצל החיילים המסיירים בשטח באופן קבוע. במידת הצורך, כגון במקרים הומניטאריים שונים, ניתן לפתוח שער קונקרטי גם מחוץ לשעות המוגדרות.

שנית, בכדי לספק מענה מיידי לבעיות המתעוררות בשטח, מפעילים המשיבים מוקד הומניטארי הממוקם במפקדת המטוול האזרחי בבית-אל. למוקד זה מספר טלפון רב-קווי שפורסם בקרב תושבי האזור ומזמין על גבי שילוט בקרבת השערים. על כן, במקרים הומניטאריים בהם זקוקים התושבים הפלסטינים לפתיחת השערים מחוץ לשעות המוגדרות, באפשרותם לפנות למוקד ולבקש לפתוח שער מסוים. המוקד מעביר את הפנייה באופן מיידי לגורמי הביטחון המוסמכים, אשר מונחים להעניק סיוע בפתרון הבעיה.

50. יודגש, שלוח הזמנים של פתיחת המעברים והשערים השונים לא נקבע על ידי צה"ל באופן שרירותי, אלא לאחר ביצוע איזון בין צרכי הביטחון לבין צרכי האוכלוסייה המקומית בכל אזור ואזור, תוך תיאום ככל הניתן עם תושבי הכפרים הקונקרטיים.

במסגרת איזון זה הובאו בחשבון הצרכים השונים של תושבי האזור הקונקרטי, כגון לימודים בבתי ספר, עבודת החקלאים וכדומה, שמולם ניצבים שיקולי ביטחון מורכבים, הנוגעים לקשיים הביטחוניים שתיצור החזקת עשרות עמדות קבועות לאורך הגדר לבטחון הכוח הצבאי הפותח את השערים, ובשים לב למגבלות כוח האדם ולוגיסטיקה.

51. באופן כללי ייאמר, כי כוחות צה"ל פועלים בהתאם ל"שעון פעילות" שנקבע משיקולים מבצעיים. בקצרה יצויין, כי עם "אור ראשון" מתחילים חיילי צה"ל בפעולות לפתיחת הציר לאורך גדר הביטחון, ומוודאים שלא הייתה חדירת מחבלים או הנחת מטעני חבלה באזור הציר במהלך שעות הלילה. רק לאחר השלמת פעילות הכרחית זו ניתן לפתוח את השערים בגדר. בכל גזרה של הגדר ישנה פלוגה האחראית על פתיחתם של מספר שערים, ולמעשה כוח הסיוע עובר משער לשער בכדי לבצע את פתיחתו. על-כן, בשל זפוס פעילות מבצעית הכרחי זה, ניתן להתחיל בפתיחת השערים בבוקר במקומות רבים רק בסביבות השעה 06:30-07:00.

בהתייחס לשעת הסגירה של השערים החקלאיים יצויין, כי בשל שיקולים מבצעיים וכן בשל שיקולים הנוגעים לביטחונם האישי של החיילים המבצעים את הסיוע, יש צורך לסיים את תהליך סגירת השערים בשעה לפני שקיעת החמה, שכן בשערים החקלאיים לא ניתן לבצע בצורה בטוחה בדיקות לתושבים הפלסטינים בשעות הלילה, ולא ניתן לוודא כי פלוני המתקרב לשער בשעות הלילה אינו מחבל המסכן את הכוח.

הניסיון גם מלמד, כי לרוב ישנן שעות קבועות שבהן התושבים יוצאים לעבודה או ללימודים ושבים לביתם מעיסוקים אלה, אם כי מובן שלא אחת יש אנשים אשר יבקשו לעבור בשעות אחרות, במצבים דחופים או מטעמי נוחות.

52. אין חולק על כך, שקיימת פגיעה בתושבים הפלסטינים כתוצאה מאי-פתיחת כל השערים לאורך כל שעות היממה. משום כך – כאשר מתעורר צורך הומניטארי או רפואי דחוף – נעשה מאמץ לפתוח את השער הרלוונטי גם שלא בשעות הפתיחה הרגילות.

מכל מקום, וכפי שיפורט להלן, המדינה סבורה כי הפגיעה הנגרמת לתושבים הפלסטינים היא פגיעה מידתית בנסיבות העניין, וכי פגיעה זו מתחייבת מטעמי ביטחון הכרחיים.

53. זאת ועוד, גורמי המנהל האזרחי מנהלים מעקב ובקרה ממוחשבים אחר העמידה בשעות הפתיחה, ואחר הסיבות לחריגות במקרים בהם אלו אירעו. דו"חות עיתיים מופצים לידיעת הגורמים הנוגעים לעניין, וזאת על מנת להביא לשיפור השירות הניתן.

נעיר, בהקשר זה, כי כאמור כל סיור אחראי על כמה שערים, והוא פותח וסוגר אותם בדירוג, אחד לאחר השני, מכאן, שכל עיכוב בשער מסוים, למשל בשל חשש למטען או אינדיקציה לבעיה ביטחונית כלשהי לאורך המכשול, עלול לגרום לעיכוב בפתיחת השער הבא לאחריו בתור.

54. כיום, למיטב ידיעת המשיבים, התקלות בנושא מועדי פתיחת השערים והמעברים השונים בגדר מעטות ביותר. במרבית המקרים בהם נרשמו חריגות בזמני הפתיחה הן נבעו מפעילות ביטחונית בגזרה, כדוגמת טיפול בהנחת מטען באזור וכדומה.

55. בכל מקרה, טענות בעניין אופן הפעלתן של שער זה או אחר אינן יכולות להיבטחן במסגרתה של עתירה כוללת, וככל שלעות הרוח טענות בעניינים מסוג זה, הרי לאחר מיצוי הליכים נאות אל מול המשיבים, וכפי שעשו בבג"ץ פאיז סלים, הן יכולות להביא עניין מסוג זה לבחינתו של בית המשפט הנכבד, במסגרת עתירה קונקרטית וממוקדת.

הטיעון המשפטי

56. המשיבים יטענו כי דין העתירות להדחות – על-הסף ולגופן – כפי שיפורט להלן.

דחיית העתירות בשל היותן עתירות סללניות

57. בפתח הדברים, המשיבים יטענו, כי העתירות שבנדון הינן עתירות כוללניות, שדינן להדחות על-הסף עקב כך.

58. משטר ההיתרים מקורו בהחלטתו של המפקד הצבאי להכריז על מרחב התפר כשטח סגור, וזאת מטעמים בטחוניים. משטר ההיתרים עצמו הינו פועל יוצא של החלטתו של המפקד הצבאי, בשל חובתו להימנע מפגיעה בלתי-מידתית בתושבים המקומיים, לאפשר מגורים בשטח הסגור לתושביו הקבועים, וכן לאפשר כניסה לשטח זה לבעלי זיקה ממשית אליו, שמניעתם כניסתם לשטח הסגור תפגע בהם או בתושבים הקבועים של השטח הסגור, בצורה בלתי-מידתית.

59. נקודת המוצא המשפטית הינה, שבסמכותו של המפקד הצבאי לפי כללי המשפט הבינלאומי המנהגי להורות על סגירת שטחים בשטח הכבוש, וזאת מטעמים בטחוניים. בית המשפט הנכבד שב ועמד על כך לאחרונה במסגרת פסק דינה של כ"י השופטת (כתוארה אז) בניש בבג"ץ 9593/04 ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, תק-על 2006(2) 4362 (2006) (להלן – פרשת הכפר יאנון), כדלקמן:

"12. אזור יהודה ושומרון מוחזק על ידי מדינת ישראל בתפיסה לוחמתית ואין מחלוקת כי המפקד הצבאי המופקד מטעם מדינת ישראל על האזור, מוסמך להורות בצו על סגירת השטח כולו, או כל חלק ממנו, ובכך למנוע כניסה או יציאה של אנשים מהשטח הסגור. סמכות זו של המפקד הצבאי נגזרת מכללי התפיסה הלוחמתית, על פי המשפט הבינלאומי הפומבי, ומחובות המפקד הצבאי לדאוג לשלום תושבי האזור, לביטחונם, ולסדר הציבורי באזור (ראו: סעיף 23(g) וסעיף 52 לתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907 (להלן: תקנות האג); סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית); בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169, 178 – 179 (להלן: בג"ץ חילו)). סמכות זו של המפקד הצבאי עוגנה גם בחקיקת הביטחון בסעיף 90 לצו הוראות הביטחון (ראו, למשל: בג"ץ חילו, בעמודים 174, 179; בג"ץ 6339/05 מטר נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה, פ"ד נט(2) 846, 851 – 852)..."

60. דוק, סמכות לחוד והפעלת הסמכות לחוד. סמכותו זו של המפקד הצבאי להורות על סגירת שטחים בשטח הכבוש מותנית בכך, שהטעם לסגירת השטח אכן יהיה טעם מהטעמים המאפשרים כאמור סגירת שטח, וכי והחלטה תעמוד בשלושת מבחני-המשנה של מבחן המידתיות, כפי שנקבעו בפסיקה (נפנה גם בעניין זה לאמור בפסק הדין בפרשת **הכפר יאנון** לעיל).

61. על הטעמים הבטחוניים להכרזתו של מרחב הותפר כשטח סגור, ועל חוקיותו העקרונית של משטר ההיתרים, שבא לצמצם את הפגיעה הנובעת מהכרזה זו, נעמוד בהמשך, בחלק המבקש לדחות את טענות העותרות לגופן.

62. כפי שנקבע על-ידי בית המשפט הנכבד בפרשת **בית סוריק** ובג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, תק-על 3333 (3)2005 (להלן – **פרשת אלפי מנשה**), וכן בשורה ארוכה של פסקי דין שבאו בעקבותיהם, את מבחן המידתיות בכל הנוגע לגדר הבטחון – **וכאמור סגירת מרחב הותפר וקביעת משטר ההיתרים הינו חלק בלתי נפרד מהפרויקט הבטחוני של גדר הבטחון** – יש לבחון ביחס לשלושה משתנים – הצורך הבטחוני, הפגיעה הקונקרטית בתושבים המקומיים, והשמירה על האינטרסים וזכויות היסוד של התושבים הישראלים.

63. כמו כן, כפי שנקבע בפרשת **אלפי מנשה**, יש לבחון את האיזון בין שלושת המשתנים האמורים לגבי כל קטע וקטע בנפרד, וכי לא ניתן בעניין זה לבחון את הגדר כמכלול אחד שאורכו מאות קילומטרים.

64. דא עקא, שתי העתירות שבפנינו מתייחסות אל משטר ההיתרים בכללותו, מבלי שהן מפרטות את הפגיעה הקונקרטית הנגרמת לתושבים המקומיים מכל קטע וקטע לאורך תוואי הגדר, וממילא מבלי שהן מצביעות על כך שהפגיעה של משטר ההיתרים בקטע קונקרטי בתושבים המקומיים אינה מידתית.

עתירות אלה נגועות אפוא באותו פגם אינהרנטי של כוללניות בו היתה נגועה חוות דעתו המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג בעניין תוואי הגדר, עליו עמד בית משפט נכבד זה במסגרת פסק דינו בפרשת **אלפי מנשה**, שם נאמר בין היתר, כדלקמן:

"70. במיוחד ברצוננו להצביע על שוני חשוב בהיקף הבחינה בפני בית הדין הבינלאומי בהאג עמד לבחינה התואי כולו. התשתית העובדתית שהונחה בפני בית הדין (דו"ח המזכ"ל, הדו"ח המשלים, הדו"חות של הדווחים) לא ניתחה בפירוט את קטעי הגדר השונים לבד ממספר דוגמאות, כגון הגדר שמסביב לקלקיליה. אין בחומר שהוגש לבית הדין התייחסות ספציפית לפגיעה באוכלוסיה המקומית בכל קטע של התוואי. כבר ראינו שאין בחומר זה כל התייחסות לשיקולים הביטחוניים והצבאיים שבבחירת התוואי, תוך דחיית חלופות שונות לעניין זה. מצב דברים זה הטיל תפקיד

קשה מנשוא על בית הדין. כך, למשל, חלקים נרחבים של הגדר (כ-153 ק"מ מתוך כ-763 ק"מ של כל הגדה שהם כ-20% מהתוואי) הם בסמוך לקו הירוק (כלומר, במרחק של פחות מ-500 מטר). כ-135 ק"מ נוספים – שהם כ-17.7% מהתוואי – מצויים במרחק שבין 500 מטר ל-2000 מטר מהקו הירוק. בין חלקים אלה של התוואי לבין הקו הירוק ("מרחב קו התפר") אין ישובים פלסטיניים, ואין קרקע חקלאית. אין גם ישובים ישראליים במרחב זה. הטעם היחיד לקביעת התוואי מעבר לקו הירוק הוא טעם מקצועי הקשור למבנה השטח, יכולת השליטה וכיוצא בזה טעמים צבאיים. על יסוד אלו כללים של משפט בינלאומי ניתן לומר כי תוואי זה נוגד את המשפט הבינלאומי? חלקים אחרים של הגדר קרובים לקו הירוק. הם מפרידים בין החקלאים הפלסטיניים לבין אדמותיהם, אך האדמות המעובדות הן מועטות ביותר. בגדר הוקמו שערים המאפשרים מעבר בעת הצורך לאדמות המעובדות. האם אפשר לקבוע כי על פניו הסדר זה נוגד את המשפט הבינלאומי בלא לבחון בפירוט את הפגיעה בחקלאים מחוץ גיסא, ואת הצורך הביטחוני מאידך גיסא? האין להתחשב בפיצוי הכספי המוצע בכל מקרה, והאפשרות של הקצאת קרקע חלופית (כפי שנקבע בפרשת בית סוריק (שם, עמ' 860)) קיימים, כמוכן, קטעים אחרים של הגדר, אשר מיקומם מסב פגיעה קשה בתושבים המקומיים. כל אחד מאלה מחייב בחינה מדוקדקת של מהות הפגיעה, של ההצעות השונות להפחתתה, ושל הצרכים הביטחוניים והצבאיים. כל זאת לא נעשה בבית הדין הבינלאומי בהאג, ולא ניתן היה להיעשות על בסיס החשית העובדתית שהונחה לפניו.

65. מכאן, שעתירות אלה הינן עתירות כוללניות, שכן לא ניתן לדעת המשיבים להצביע על העדר מידתיות של הפגיעה בתושבים המקומיים לאורך כל תוואי הגדר עקב קיומו של משטר ההיתרים במרחב התפר, מבלי שייבחן הצורך הבטחוני בכל קטע וקטע, תיבחן הפגיעה בתושבים המקומיים בו, והאמצעים שנקטו למזעורה, וכן הפגיעה שתיגרם לתושבים ישראלים אם יבוטל משטר ההיתרים באותו אזור.

66. סיכום החלכה הפסוקה בנוגע לדחיתתה של עתירה על-הסף בשל "כוללניות" הובא בפסק דינו המנחה של כ"י השופט זמיר בבג"ץ 1901/94 לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4) 403 (1994), כדלקמן:

"...הלכה פסוקה היא שבית משפט זה אינו נענה לעותר המבקש סעד כוללני. ההבדל בין סעד כוללני לסעד ממוקד אינו חד ואינו ניתן להגדרה מדוייקת. אפשר לומר, בלי למצות ואף בלי לדייק, כי סעד כוללני מתייחס, בדרך כלל, למדיניות הראויה בסוג של מקרים או לדרך ההתנהגות הנדרשת בסוג של מקרים, שמספרם אינו ידוע ופרטיהם אינם ברורים, להבדיל מסעד ממוקד, המתייחס למקרה מסוים, שעובדותיו ידועות וברורות...
ואפשר היה להוסיף ולהכביד שאלות כהנה וכהנה. שהן כשלעצמן מלמדות על הבעייתיות הנלווית למתן סעד כוללני כמו זה המתבקש בעתירה זאת. וזוהי סיבה בפני עצמה להסתייגות של בית המשפט מפני סעד כוללני.

סיבה נוספת להסתייגות של בית המשפט מפני סעד כוללני מתייחסת למשיבים: בסעד כוללני קשה להבטיח, ולעתים אי אפשר להבטיח, כי בפני בית המשפט יהיו כל המשיבים הראויים. אך זוהי גם טענת סף בפני עצמה, שעכשיו הגיעה שעתה. [ההדגשה הוספה- ע.ה ו-ג.ש]

בגוסף, לעניינינו יפים הדברים שנאמרו בפסק הדין בבג"ץ 9242/00 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הבטחון, תק-על 1755 (1)2001 (2001), שם נדונה עתירה שביקשה לאסור על צה"ל על הקמת וקיום מחסומים פיזיים בשטחי יהודה ושומרון, וזאת למרות התרחשות אירועי הלחימה בשטחים אלה. הטענה שהועלה באותה עתירה היתה כי מחסומים אלה מונעים אספקה סדירה של מזון, תרופות ושירותים רפואיים לאוכלוסייה. עתירה זו נדחתה תוך שבית המשפט קובע, בין היתר, כדלהלן:

"...העותרת... עומדת על בקשתה לקבל סעד כוללני, כלומר, צו כללי האוסר להקים ולקיים מחסומים פיזיים בשטחי יהודה ושומרון. לא מצאנו עילה משפטית לחת צו כזה.

ולא זו בלבד. בית המשפט, כפי שנקבע לא פעם בהקשרים שונים, אינו נזהג לתת, מטעמים שהסביר, סעד כוללני... כך גם כאן. בית המשפט אינו רואה לנכון לתת לעותרת את הסעד המבוקש, שהוא סעד כוללני, ללא השתית עובדתית במקובל וכבודש בהליכים שבפני בית משפט זה.
[הדגשה הוספה – ע.ה ו-ג.ש]

67. לפיכך, המשיבים סבורים כי דינן של העתירות להדחות אך בשל כוללניותן, שכן לא ניתן לקבוע, מבלי להידרש לכל מקרה פרטי קונקרטי, כי סגירת שטח מרחב התפר והחלת משטר היתרים בו הינה בלתי-מידתית באופן כללי, ובוודאי שלא ניתן לומר כי היא בלתי-חוקית באופן כללי.

דחיית העתירות לגופן

68. למעלה מן הצורך, המשיבים יטענו כי דין העתירות להדחות גם לגופן, כפי שיפורט להלן.

נקודות המוצא – סגירת השטח ומשטר ההיתרים הם חלק אינהרנטי מקביעת תוואי הגדר

69. בטרם נידרש לטענות הכלליות של העותרים, שעיקרן נוגע לחפרות, כביכול, של כללי המשפט הבינלאומי החומניטארי ושל משפט זכויות האדם הבינלאומי, מן הראוי לציין כי בית המשפט הנכבד לא נדרש באופן מפורש לעצם חוקיות משטר ההיתרים במסגרת העתירות שבתו את תוואי גדר הבטחון. עם זאת, בית המשפט הנכבד הביע דעתו כי במסגרת בחינת מידתיות תוואי הגדר בקטע מסויים יהיה צורך לקחת בחשבון את הצורך בקבלת היתרים לכניסה למרחב התפר, ביישום המשטר בפועל, ומיקום ושעות פתיחת השערים החקלאיים.

עמד על כך מפורשות בית המשפט הנכבד, בתרכב מורחב של תשעה שופטים, במסגרת פסק דינו בבג"ץ 4825/04 עליאן נ' ראש הממשלה, תק-על 2006 (1) 3736 (2006) (להלן פרשת בודרוס ושוקבא), כדלקמן:

16. המסקנה לפיה לא ניתן להתוות תוואי גיאוגרפי חלופי לגדר שפגיעתו פחותה אינה מסיימת, כשלעצמה, את בחינת המידתיות במובנה השני. בבחינת מידתיות הפגיעה שיוצרת הגדר, כרוכים זה בזה התוואי הגיאוגרפי ומשטר ההיתרים המעברים לאדמות שנתרו מערבית לה. מטעים ואדמות מרעה של העותרים נותקו על ידי גדר ההפרדה. במצב דברים זה, על המשיבים לדאוג כי יקבעו הסדרי מעבר ומשטר נגישות סבירים לאדמות העותרים, באופן המצמצם, עד כמה שניתן, את הפגיעה בהם....

17. האם חומרת הפגיעה בתושבי היישובים בודרוס ושוקבא הנובעת מהקמת גדר ההפרדה בתוואי שנקבע על-ידי המפקד הצבאי עומדת ביחס מידתי לתועלת הביטחונית הצומחת מהקמת הגדר באותו תוואי? זה תנאי המשנה השלישי במידתיות. תשובתנו על שאלה זו היא בחיוב. הקמת הגדר נובעת מקיומו של צורך ביטחוני חיוני. מטרתה - להגן על חייהם של אזרחי ישראל מפני פעולות טרור. תועלתה הצפויה, אם כן, היא רבה עד מאד. מנגד, הפגיעה בעותרים אינה קשה והמורה עד כדי כך שהיא אינה מידתית. אין להקל ראש בפגיעתה של גדר ההפרדה בתושבי היישובים העותרים. כמתואר, הקמת הגדר באזור בודרוס כרוכה בפגיעה בעשרות עצים, בתפיסת רצועת קרקע ששטחה הכולל כ-45 דונם, ובניתוקה של רצועת קרקע בשטח דומה הנתורת מערבית לגדר. בבית הגדר באזור שוקבא חייבה העתקת כ-130 עצי זית, תפיסת רצועת קרקע בשטח של 121 דונם, ובהזתרת 510 דונם נוספים מקרקעות הכפר מערבית לגדר. עם זאת, אין לומר שמדובר בפגיעה קשה במידה בלתי-מידתית... הפגיעה ברכוש קטנה היא לאין שיעור. בגין הפגיעה משולם פיצוי ראוי. משטר ההיתרים מאפשר גישה לאדמות שנתרו מערבית לגדר. תוואי הגדר באזור הכפרים אף אינו מנתק את תושבי הכפרים משירותים חיוניים, אינו מותיר תושבים פלסטינים במרחב תפר, ואין הוא יוצר "טבעת חנק של ממש הפוגעת קשות בחיי היומיום" (השוו: פרשת בית סוריק 855; פרשת אלפי מנשה, פסקאות 102-110). בנסיבות העניין, אין לומר שתוואי הגדר באזור הכפרים העותרים מפר את מבחן המשנה השלישי של המידתיות". [ההדגשות הוספו – ע.ה., ג.ש.]

וראו לאחרונה גם פסק הדין בעניין תוואי הגדר באזור אל-זאויה, ממזרח לראש העין (בג"ץ 6027/04 ראש מועצת הכפר אל-זאויה נ' שר הבטחון, תק-על 2006 (3) 2665 (2006), כדלקמן:

21. המסקנה לפיה לא ניתן להתוות תוואי גיאוגרפי חלופי לגדר שפגיעתו פחותה אינה מסיימת, כשלעצמה, את בחינת המידתיות במובנה השני. עקרונית, בבחינת מידתיות הפגיעה שיוצרת הגדר, כרוכים זה בזה התוואי הגיאוגרפי ומשטר ההיתרים והמעברים לאדמות שנתרות מערבית לה (ראו, פרשת שוקבא, פסקה 16). אדמות השייכות לעותרים נותקו על ידי גדר ההפרדה. במצב דברים זה, על המשיבים להבטיח קיומם של הסדרי מעבר ומשטר נגישות

סבירים לאדמות העותרים, באופן המצמצם, עד כמה שניתן מנקודת המבט של שיקולי הביטחון, את הפגיעה בהם. נמסר כי מדרום לאלקנה יוצב שער הקלאי, אשר יפתח בשעות שייקבעו בתיאום עם התושבים. העותרים אינם מבקשים הקמתם של מעברים נוספים או שינוי בשעות הפתיחה. עתירתם אינה עוסקת כלל בהסדרי המעבר ובמשטר ההיתרים. במצב דברים זה, לאור העובדה כי העתירה אינה מופנית כנגד מדיניות השערים והסדרי המעבר בגדר הביטחון, אין אנו נוקטים בנושא זה כל עמדה ואין בו כדי לגרוע מן המסקנה כי תוואי הגדר אינו מפר את מבחן המשנה השני של המידתיות. קביעה זו מבוססת הנחה כי לעותרים תהיה נגישות סבירה לאדמותיהם באמצעות הסדרי מעבר סבירים בגדר. ככל שהנחה זו לא תעמוד במבחן המציאות פתוחה בפניהם הדרך לשוב ולפנות לבית המשפט."

70. ינרה מזאת, מכך שבית המשפט הנכבד הכיר פעם אחר פעם בסמכותו של המפקד הצבאי להקים את הגדר גם בתחומי איזיש - כאשר הדבר נדרש מטעמים ביטחוניים - נובע, כי בהעדר גדר נוספת על קו תחום איזיש, מתחייבת סגירתו של השטח בין הגדר לבין שטח ישראל, מקום בו הגדר עוברת באיזיש, ובמקביל את קיומו של משטר ההיתרים שבא להקל על תוצאות הסגירה של השטח, וזאת על מנת למנוע כניסה של מפגעים לישראל ולישובים ישראלים המצויים באיזיש, בסמוך לשטח מדינת ישראל.
71. לטענת העותרת בבג"ץ 639/04, ניתן היה להסתפק בבידוק ביטחוני בנקודות הכניסה למרחב התפר, ואין צורך לדרוש הסגרת כניסה לשטח מהתושבים הפלסטינים.
72. דין הטענה להידחות. אין די בבידוק ביטחוני על הגוף כדי למנוע כניסתו של מחבל למרחב התפר ומשם להמשיך לשטח ישראל, תוך שכלי הנשק או המטען יועבר לחזקתו בשטח מרחב התפר או בישראל, למשל בדרך של זריקתו מעל לגדר, או הברחתו בדרכים אחרות.
- עריכת בידוק גופני בלבד במועד הכניסה למרחב התפר אינה מהווה אפוא, כשלעצמה, כל ערובה כי תסוכל כוונתם של אותם מתבלים ובעלי מניעה ביטחונית המבקשים להיכנס למרחב התפר לחבור לאמצעי לחימה שונים או לסייע בדרכים מגוונות לפעילי טרור, לאחר כניסתם למרחב, וזאת על מנת להוציא לפועל פיגוע בישראל או בישובים הישראלים במרחב התפר.
- פשיטא, שבקשת העותרים עלולה להביא למצב שפעיל טרור יוכל להיכנס, כשהוא ללא כל אמצעי תבלת, למרחב התפר, דרך אחד השערים החקלאיים, ולקבל חגורת נפץ, רובה, מטען, סכין, גרזן או כל אמצעי חבלה אחר שיושלך אליו מעבר לגדר, או יוברח לישראל.
73. ההכרזה על מרחב התפר כשטח סגור, שהכניסה אליו מחייבת קבלת היתר (למעט לתושביו הקבועים), מטילה מגבלות על מעבר הגדר ממזרח למערב ועל השתייה ב"מרחב התפר", מאחר שאין כל מכשול המונע כניסה לישראל מתוך מרחב התפר.

אלמלא מגבלות אלה יכול היה כל מפגע לעבור את המכשול מבין הישובים הפלסטינים ולהגיע תוך זמן קצר ביותר למרכזי אוכלוסייה ישראלים חומי אדם ולבצע שם פיגועי תופת.

74. אכן, המכשול מביא להטלתן של מגבלות על התנועה החופשית של פלסטינים בשטח שהוא חלק מהאזור. זוהי תוצאה שאיננה קלה – על כך אין חולק – ומערכת הביטחון עושה את המיטב על מנת לצמצם הגבלות אלה ולתת מענה לצרכי האוכלוסייה. עם זאת, יש לזכור כי סגירת שטחים לצרכי ביטחון הינה צעד חוקי ומקובל בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, כמו גם הטלת מגבלות תנועה, בפרט בעיצומו של עימות מזוין מול מחבלים הפועלים בקרב אוכלוסייה אזרחית, אשר בכזונתם להביא להרג של אזרחים ישראלים חפים מפשע.

לעניין זה גם נזכיר, שכפי שנקבע בפרשת הכפר יאנון, אין דין הפגיעה בחופש התנועה של אדם בשטח ציבורי באזור המוחזק בתפיסה לוחמתית כדין הפגיעה בחופש התנועה שלו בשטחו הפרטי. לפיכך סגירת שטח מרחב התפר, ובמקביל קביעת משטר היתרים, שמאפשר לכל בעלי הזיקה הפרטנית לאדמות מרחב התפר לקבל היתר כניסה למרחב או להתגורר בו, לפי העניין, מאזנת לדעת המשיבים בצורה ראויה בין הצורך הבטחוני הדוחק העומד בבסיס הנקיטה בצעדים אלה, לבין הפגיעה בזכויות תושבי האזור.

75. עמדת העותרים היא, כאמור, כי יש לבטל את התניית הכניסה לאדמות החקלאיות שממערב לגדר בקבלת היתר, ולהסתפק בהצגת תעודת זהות ובעריכת בידוק גופני, וזאת לאור הקשיים המתעוררים בקבלת היתרים.

דא עקא, בניגוד לטענות העותרים, אם לא יידרש היתר, או אז, תיאורטית, יוכל כל תושב אזור יהודה והשומרון להגיע לכל שער, וגם אם אין לו כל עניין או זיקה פרטנית ממשית למרחב התפר, להציג תעודת זהות, ואם אינו נושא נשק או חגורת נפץ על גופו לעבור את הגדר, ומשם קצרה הדרך לביצוע פיגוע בישראל.

יובהר כי בתעודת הזהות אין כל אינדיקציה באשר לקיומה או היעדרה של מניעה ביטחונית לגבי אדם פלוני מפני כניסה למרחב התפר, שממנו ניתן לעבור לישראל.

לעומת זאת, קבלת היתר לכניסה למרחב התפר מהווה ראיה לכך שהאדם נבדק לאחרונה באופן פרטני, ואין כל מניעה ביטחונית במועד בקשת ההיתר לאפשר את כניסתו למרחב התפר.

76. אכן גם במתן היתר לתקופה ממושכת טמונה סכנה, שהתעוררה מניעה ביטחונית לאחר מתן ההיתר, אולם תקפות ההיתרים ותעודות התושב במרחב התפר נקבעו תוך ניסיון לאזן בין הצורך בדיקות ביטחוניות תכופות לבין הפגיעה שנגרמת לתושבים ממתן ההיתרים ותעודות לתקופות קצרות.

נעיר כי בחינה ביטחונית מחודשת מעת לעת, מבטיחה כי כל מקרה נבחן לגופו אד הוק, בהתאם לנסיבות הביטחוניות באותה עת. מעבר לכך לאור בדיקה מתחדשת זו אפשר כי לגבי אותם אלה אשר כניסתם למרחב סורבה בעבר, תאושר כניסתם במועד מאוחר יותר בהתאם לנסיבות באותה עת.

77. מהאמור לעיל עולה, כי גם אם סגירת שטח מרחב התפר, וקביעת משטר ההיתרים במקביל, מקשה על תושבי האזור, אין משמעות הדבר שיש לבטלם, שכן הרציונל הביטחוני העומד בבסיסם של יישובים, וביטול ההכרזה ומשטר ההיתרים שהוא חלק בלתי נפרד ממנה עלול לפגוע פגיעה קשה בבטחון; הפתרון הראוי מצוי בשיפור מתמיד של ההסדרים על מנת להקל על התושבים, ככל הניתן.

78. העתירות שבפנינו הן למעשה בחינת ניסיון לשנות את תוואי גדר הביטחון עצמו – הן במקומות בהם אושר כבר תוואי גדר הביטחון על-ידי בית המשפט הנכבד, והן במקומות בהם טרם אושר התוואי – זאת "בדלת האחורית", באמצעות תקיפת משטר ההיתרים.

79. לסיכום חלק זה, המשיבים יטענו, כי עצם הכרזת מרחב התפר כשטח סגור וקביעת משטר ההיתרים בו – בדומה לתוואי הגדר עצמו - עומד בכל שלושת מבחני-המשנה של מבחן המידתיות:

א. קיים קשר רציונאלי וישיר בין סגירת שטח מרחב התפר וקביעת משטר ההיתרים לבין הצורך הביטחוני.

הגבלת הכניסה לשטח מרחב התפר רק למי שיש לו זיקה פרטנית ממשית לשטח זה, והתניית הכניסה גם בקבלת היתר (המותנה בקיום בדיקה בטחונית פרטנית), מצמצמות בצורה משמעותית ביותר את אפשרותם של מחבלים לעבור את גדר הביטחון, ולהיכנס לאחר מכן לישראל או לישובים בסמוך לקו תחום איז"ש לשם ביצוע פיגועים. יצוין, כי פרויקט גדר הביטחון, ובכלל זה מרחב התפר שהינו חלק בלתי-נפרד ממנו, כבר הוכיחו את יעילותם הרבה בצמצום היקף הטרור ממערב לגדר. עניין זה הינו כיום בגדר ידענה שיפוטית של בית המשפט הנכבד, לאחר שנתונים בעניין זה כבר הוצגו בפני בית המשפט הנכבד, בין היתר במסגרת פרשת אלפי מנשה ופרשת בודרוס ושוקבא.

ב. אין חלופה אחרת שתשיג, אף לא בקירוב, את המטרה הביטחונית ההחלטית המושגת על-ידי סגירת שטח מרחב התפר וקביעת משטר ההיתרים. כאמור החלופה שמציעה העותרת בבג"ץ 639/04, קרי, בידוק בטחוני על הגוף בלבד בכניסה למרחב התפר, כלל אינה מספקת מענה ראוי לצורך הביטחוני.

ג. מתקיימת בעניין נושא העתירות גם המידתיות במובן הצר, קרי, התועלת הרבה בסגירת השטח, תוך קביעת במקביל של משטר היתרים המאפשר כניסה לשטח ואף מגורים בו לבעלי זיקה ממשית אליו, הינה מידתית ביחס לקשיים שנגרמים לתושבים המקומיים.

עוד נוסף, שפרוייקט הגדר, ובכללו סגירת השטח וקביעת משטר ההיתרים, מקטין את הצורך בביצוע פעילות מבצעית התקפית בתחומי איו"ש, פעילות שמבצע "חומת מגן" הינו דוגמא בולטת שלה. פרוייקט מכשול התפר, על חלקיו השונים – גדר, מרחב תפר, משטר היתרים - מקטין אפוא את הפגיעות האינצנדנטליות הקשות באוכלוסייה המקומית בשל פעולות התקפיות שיידרשו לסיכול הטרור אם תיפגע יעילות מרחב התפר. גם נתון מחותי זה יש לשקול כאשר בוחנים את התקיימות מבחן המידתיות במובן הצר בענייננו.

80. בכל מקרה, כפי שהטענות הכלליות בעניין מידתיות תוואי גדר הביטחון כולה נדחו בפרשת אלפי מנשה, כך יש מקום לדחות את הטענות הטענות בדבר משטר ההיתרים כולו, וכל מי שסבור שהפגיעה בו עצמו אינה מידתית, יכול לעתור בעניין זה, והנסיבות הקונקרטיות בעניינו ייבחנו על-ידי בית המשפט הנכבד.

התייחסות לטענות שבעתירות

לטענות בעתירות בדבר אפליה וענישה קולקטיבית

81. העותרת בבג"ץ 9961/03 מעלה טענות חמורות והסרות בסיס עובדתי או משפטי כלשהו, לפיהן משטר ההיתרים מהווה "אפליה משפטית חסרת תקדים בישראל", ואף משווה בינו לבין חוקי האפרטהייד שהונהגו בדרום אפריקה. בהקשר זה נטען בעתירה, כי פלסטיני שחי במרחב התפר "מדורי-דורות" זקוק להיתר כדי להוסיף ולגור בו, בעוד שכניסת מי שזיקתו למרחב פחותה (כמו יהודים זכאי חוק השבות) מתאפשרת גם ללא צורך בהיתר פרטני. העותרת אף טוענת בעתירתה, כי "כל עולל שרק נולד..." חייב בהיתר כניסה ושהייה למרחב התפר, ומסיקה מכך כי המשטר אינו מופנה כנגד הטרור אלא מופנה כלפי העם הפלסטיני כולו, ומהווה ענישה קולקטיבית. בנוסף, לדידה של העותרת בבג"ץ 9961/03, משטר ההיתרים מפר את האיסור הקבוע באמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 על אפליה בין "אזרחים" (Protected Persons = "תושבים מוגנים"), כאשר לפי הנטען אם הישראלים המתגוררים בשטחים אינם חוסים תחת הגדרה זו, הרי שבדרך של קל ותומר הם זכאים להגנה פחותה מזו של הפלסטינים ולא להגנה רבה יותר.

82. **ראשית**, חשוב להדגיש, כי בניגוד לטענת העותרת בבג"ץ 9961/03, תושביו הקבועים של מרחב התפר אינם נדרשים לקבלת "היתר" כלשהו על מנת להתגורר בבתיהם; התושבים מקבלים כאמור תעודת תושב במרחב התפר, הדומה לתעודות הניתנות לתושבים ביישובים רבים בישראל.

שנית, בניגוד למשתמע מהציטוט דלעיל, תושבים מקומיים קבועים במרחב התפר עד גיל 16 אף אינם נדרשים להחזיק בתעודת תושב מרחב התפר.

83. לגוף הדברים, המדינה טוען, כי אין ענייננו באפליה כלל ועיקר, כי אם באבחנה מותרת קלאסית, המבוססת על טעם ביטחוני, שכבר הוכר ככזה על-ידי בית המשפט הנכבד.

העותרת בבג"ץ 9961/03 מתעלמת כמעט לחלוטין מהסיכון הביטחוני החמור הנובע ממעבר בלתי-מבוקר של מפגעים מתחום איו"ש לתחום מדינת ישראל. בענייננו מדובר במעבר הגדר לתוך שטח הסמוך לתחום מדינת ישראל, ממנו הכניסה לישראל קלה ונוחה בהעדר מכשול פיזי נוסף. במקום להתמודד עם נימוק ביטחוני כבד ומהותי זה, שהוא שעומד בבסיס הקמת גדר הבטחון כולת, כמו גם בבסיס הכרזת מרחב התפר כשטח סגור (שמשטר ההיתרים נועד להקל על תוצאותיה של הכרזה זו), מעדיפה העותרת להטיח במדינה טענות חמורות כגון "אפרטהייד", "ענישה קולקטיבית" ועוד, שהינן כאמור משוללות יסוד עובדתי או משפטי כלשהו, ואף לא התקבלו במסגרת עתירות שהוגשו נגד עצם הקמת גדר הבטחון.

באשר להיבט הביטחוני, שהוא כאמור הטעם העומד בבסיס הקמת הגדר וההכרזה על מרחב התפר כשטח סגור (הכרזה שהביאה לצורך בקיומו של "משטר ההיתרים"), נזכיר כי פיגועי הטרור התרחשו - ומוסיפים להתרחש - הן באזור מרחב התפר והן בתוככי מדינת ישראל. פיגועים אלה הופנו ומופנים כלפי אזרחים ותושבים חפים מפשע, גברים נשים זקנים וטף.

לעניין זה ראו, לדוגמא, דברי כב' הנשיא ברק בפרשת אלפי מנשה, כדלקמן:

"1. בספטמבר 2000 פרצה האינתיפאדה השנייה. מתקפת טרור עזה נחתה על ישראל ועל הישראלים שבאזור יהודה והשומרון ובחבל עזה (להלן - האזור). מרבית פיגועי הטרור הופנו כלפי אזרחים. הם פגעו בגברים ובנשים, בזקנים ובטף. משפחות שלמות איבדו את יקיריהן. הפיגועים נועדו לפגוע בחיי אדם. הם כיוונו לרצוע פחד ובהלה. הם ביקשו לשבש את אורח החיים של אזרחי ישראל. הטרור הפך להיות איום אסטרטגי. פיגועי הטרור מבוצעים בתוככי ישראל ובאזור. הם מתרחשים בכל אתר ואתר, ובכלל זה בתחבורה הציבורית, במרכזי קניות ובשווקים, בבתי קפה ובתוככי בתים וישובים. היעד העיקרי של הפיגועים הוא מרכזי הערים בישראל. כן מכוונים הפיגועים כלפי הישובים הישראליים באזור, וכלפי צירי התנועה. ארגוני הטרור עושים שימוש במגוון אמצעים. בהם פיגועי התאבדות ("פצצות אדם מתחזות"), מכוניות תופת, הנחת מטעני חבלה, השלכת בקבוקי תבערה

וריימונים, פיגועי ירי, ירי פצצות מרגמה וירי רקטות. מספר נסיונות לפיגועים ביעדים אסטרטגיים ("מגה פיגוע") נכשלו. כך, למשל, סוכלה כוונה למוטט את אחד ממגדלי טאריאלי בתל-אביב באמצעות מכונית תופת בחניון (אפריל 2002). נסיון אחר שנכשל היה לפוצץ משאית בחוות מיכלי הגז בפי גלילות (מאי 2003). מאז תחילת פעולות הטרור הללו ועד לאמצע יולי 2005 בוצעו בתחומי מדינת ישראל קרוב לאלף פיגועים. בתחומי יהודה והשומרון בוצעו כ-9,000 פיגועים. אלפי פיגועים בוצעו בחבל עזה. למעלה מאלף ישראלים קיפחו את חייהם. כמאתיים מהם באזור יהודה והשומרון. כשבעת אלפים ישראלים נפצעו. בשמונה מאות מהם באזור יהודה והשומרון. רבים מהפצועים הפכו לנכים קשים. גם בצד הפלסטיני גרם העימות המזוין להרוגים ופצועים רבים. השכול והכאב שוטפים אותנו.

2. ישראל נקטה בשורה של צעדים להגנה על חיי תושביה. נערכו פעולות צבאיות כנגד ארגוני הטרור. הן נועדו להכריע את תשתית הטרור הפלסטינית ולמנוע הישנותם של פיגועי הטרור (ראו בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נו(2) 349. להלן - פרשת מרעב; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נו(1) 385). פעולות אלה לא נתנו מענה מספיק לצורך המידי בהפסקת פעולות הטרור הקשות. אנשים תמים המשיכו לשלם בחייהם ובשלמות גופם. עמדתנו על כך בפרשת בית סוריק:

"פעולות הטרור המבוצעות מן הצד הפלסטיני הביאו את ישראל לבקוט צעדים ביטחוניים בעלי דרגות חומרה שונות. כך למשל החליטה הממשלה על פעולות צבאיות שונות, כגון מבצע 'חומת מגן' (מארס 2002) ומבצע 'דרך נחושה' (יוני 2002). מטרתן של פעולות צבאיות אלה היתה להכריע את תשתית הטרור הפלסטיני ולמנוע הישנותם של פיגועי הטרור... מבצעי לחימה אלה - שאינם בגדר פעולות שיטור רגילות אלא יש בהם כל המאפיינים לעימות מזוין (armed conflict) - לא נתנו מענה מספיק לצורך המידי בהפסקת מעשי הטרור הקשים. ועדת השרים לביטחון לאומי שקלה שורות צעדים שנועדו למניעת ביצועם של מעשי טרור נוספים ולהרתעתם של מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע מעשים אלה... חרף כל אלה לא בא הטרור לקיצו. הפיגועים לא פסקו. אנשים תמים שילמו בחייהם ובשלמות גופם. זהו הרקע להחלטה על הקמת גדר הפרדה" (שם, עמ' 815).

על רקע זה התגבש הרעיון להקים גדר הפרדה באזור יהודה והשומרון, אשר תקשה על פעילי הטרור לפגוע בישראלים, ותקל על המאבק של כוחות הביטחון בפעילי הטרור."

84. אשר על כן, הצורך הביטחוני מחייב, לעת הזו, מניעת כניסה בלתי מבוקרת של פלסטינים לתוך מרחב התפר, וזאת לשם שמירה על בטחון האזור ועל בטחונה של מדינת ישראל ותושביה ולשם שמירה על חיי הישראלים בישובים המצויים במרחב התפר. איום זה מופנה כלפי כלל התושבים הישראלים באשר הם, וכן כלפי מדינת ישראל עצמה.

המשיבים יטענו, כי אותו טעם בטחוני שנמצא כחוקי על-ידי בית המשפט הנכבד בנוגע לעצם הקמת הגדר, הוא שעומד גם בבסיס הכרזת השטח בין הגדר לתחום מדינת ישראל כשטח סגור ואת משטר היתרים שנועד להקל ככל שניתן, באיזון מול הצורך הבטחוני והאינטרסים של התושבים הישראליים, בפגיעה שנגרמת לתושבים המקומיים כתוצאה מהכרזה זו.

85. אכן, אין מחלוקת שכללי המשפט הבינלאומי המנהגי אוסרים על ענישה קולקטיבית. עם זאת, כאמור לעיל, הרי שאין מדובר, במקרה דנן, בענישה כלשהי כלל ועיקר, אלא בפעולות אשר נעשו מכוח סמכותו וחובתו של המפקד הצבאי להגן על כלל תושבי אזור יהודה והשומרון, כמו גם על מדינת ישראל ותושביה.

כפי שהגדר עצמה אינה אמצעי ענישה קולקטיבי כלשהו, וטענות בעניין זה כבר הועלו על-ידי העותרים בפרשת בית סוריק ולא התקבלו, כך גם ההכרזה על מרחב התפר כשטח סגור, ומשטר ההיתרים הנלווה להכרזה, מתחייבים מן הצורך הביטחוני, כאשר הפגיעה בתושבים הפלסטיניים הינה אינציטילית בלבד, ובוודאי שאינה המטרה העומדת בבסיס נקיטת אמצעים אלה.

86. העותרים מבקשים ללמוד, אוטומטית, מהעובדה שמדובר בהגבלה גורפת, כי מדובר בסנקציות עונשיות קולקטיביות, אולם אין כך הדבר.

על האבחנה בין אלמנטים ביטחוניים-מניעתיים לבין אלמנטים עונשיים ניתן ללמוד בין היתר, מבג"ץ 1113/90 שוא נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה, פ"ד מד(4) 590, שם כוונה העתירה כנגד עוצר אשר הוטל מדי לילה על חבל עזה. העותרים שם טענו, בין השאר, כי הטלת העוצר הנמשך מיועדת לשמש סנקציה, ולא להשגת מטרה זו מסורה הסמכות האמורה בידי המשיב. בית המשפט הנכבד קבע בפסק דינו באותה עתירה, שאילו היה מדובר בסנקציה, הדבר היה אסור.

עם זאת, בית המשפט הנכבד דחה את טענת העותרים בבג"ץ 1113/90 לגופו של עניין, באומרו:

"אולם לא נראה לנו, כי ניתן ליישם עקרון זה על המקרה שלפנינו. כאן מצויר בפנינו המשיב, אין בפנינו עילה לפקפק בכנות הצהרתו, כי הוצאת צווי העוצר המצויים והפעלתם דרושות כרגע להבטחת בטחון האזור ולקיום סדר הציבורי בו. מתבקשים את אישור להתערב בשיקול צבאי-אופרטיבי של הרשות המפקדת על בטחון האזור, ובהתחשב בכל הנסיבות הרלבנטיות לענין, אין בפנינו עילה מספקת לעשות כן..." [ההדגשה הוספה – ע.ה., ג.ש.]

87. כאמור, העותרים טוענים כי אין המפקד הצבאי רשאי לפגוע בזכויותיו של אדם, אלא אם האדם המיועד מהווה, הוא כשלעצמו, סיכון לביטחון האזור. אולם, טענה זו אין בה דבר או חצי דבר עם ענייננו.

כידוע, גורמי הביטחון נאלצים להתמודד עם איומים רבים משטח איו"ש המופנים כלפי אזרחי מדינת ישראל באשר הם, וזאת מבלי לקבל לידיהם רשימה שמית מלאה של אותם גורמים "מסוכנים". לאור זאת, בלב המשפט הנכבד אישר, בשורה ארוכה של פסקי דין, במגוון הקשרים שונים, אמצעים בטחוניים שהמפקד הצבאי הפעיל, שיש בהם, מעצם טיבם, פגיעה נלווית בתושבי האזור; וגם אם חלק הנפגעים לא מהווים איום ביטחוני.

עניין זה עולה בצורה מובהקת, לדוגמא, במקרים של תפיסת מקרקעין לצורך הקמתה של גדר הביטחון, כמו גם במקרים אחרים של תפיסת מקרקעין לצרכים צבאיים, וכן במקום בו יש צורך בטחוני בהכרזה על שטח מסויים כסגור, מטעמים בטחוניים.

ראו לעניין זה לדוגמא, בג"ץ 2847/03 עלאונה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, תק-על 2003(2), 3829 (2003) בנושא הטלת "כתר" על כפרים באזור שכס; וכן בג"ץ 854/03 סולטאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, תק-על 2003(2) 3483 (2003) בנושא הטלת עוצר ממושך על אזור H2 בחברון; וכן ראו ואבחנו פרשת הכפר יאנון.

88. מובן, שישנן דוגמאות רבות נוספות למקרים בהם ניתן לטעון כנגד פעולות עליהן החליט המפקד הצבאי מטעמים ביטחוניים, כי הן פוגעות באנשים שאינם עוסקים בטרור. ברי, כי רוב האוכלוסייה הפלסטינית איננה עוסקת בטרור. עם זאת, ברור גם כי מעצם טיבן, קיימות פעולות שתכליתן ביטחונית מובהקת, אשר נקיטה בהן עלולה לפגוע בכלל תושבי האזור.

89. אשר על כן, בעניין נושא עתירות אלה אין מדובר בענישה קולקטיבית אסורה, אלא באמצעים מניעתיים "קלאסיים" שמתחייבים לדעת המפקד הצבאי כדי למנוע סיכון עתידי. אמצעים אלה הינם חוקיים וחיוניים מבחינה ביטחונית, וזאת למרות הפגיעה הנגרמת מאמצעים אלה גם לאנשים אשר אינם מהווים סיכון ביטחוני בפני עצמם.

90. יוער, שהתושבים המקומיים גם אינם מופלים לעומת הישראלים, להם היתר כללי להיכנס ולשהות במרחב התפר, וזאת כיוון שלא צפויה סכנה למדינה ולתושביה מכניסת ישראלים למרחב התפר, וזאת לעומת כניסתם של תושבים מקומיים לשטח זה. כיוון שהטעם להכרזת שטח מרחב התפר כסגור, וקביעת משטר ההיתרים, מתבססים על טעמים בטחוניים בלבד, שאינם מתקיימים לגבי ישראלים, יהא מינם, מוצאם או גזעם אשר יהיה, ממילא גם ההיתר הכללי שניתן לישראלים הינו כללי, ואף טעם זה, כשלעצמו, מצביע על כך שאין מדובר באפליית כלשהי של אנשים על רקע מוצאם האתני, או הלאומי, כטענת העותרת בבג"ץ 9961/03.

לטענות בעתירות בדבר פגיעה בזכויות המעוגנות במשפט זכויות האדם הבינלאומי

91. העותרות טוענות, כי משטר ההיתרים פוגע בזכויות בסיסיות כגון חופש התנועה, הזכות לקניין, הזכות לפרנסה, הזכות לחינוך ולבריאות, והזכות לתרבות והזכות לחיי חברה וקהילה.
92. בנוסף, העותרת בבג"ץ 9961/03 אף טוענת, כי משפט זכויות האדם הבינלאומי חל בשטחים, וכי מדינת ישראל מחויבת לפעול בהתאם לשש אמנות בינלאומיות עליהן היא חתומה. בהקשר זה, נטען כי ישראל מפרה את האמנה בדבר דיכוי ושפיטה של פשע האפרטהייד; כי היא פוגעת בזכות לשוויון, בחופש התנועה, בזכות לקניין, בזכות לפרנסה, בזכות לחינוך, בזכות לבריאות, בזכות לתרבות ובזכות לחיי חברה וקהילה, וזאת בניגוד לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ולאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות; וכי היא פועלת בניגוד לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של האפליה הגזעית.
93. נזכיר, כי בתגובת המדינה לחוות דעתו המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג בעניין הגדר התייחסה המדינה לסוגיית תחולת משפט זכויות האדם בשטחים, בהרחבה, ועמדה על הקשיים התיאורטיים שהחלה כאמור עלולה ליצור. ואולם, כידוע, הסוגיה דן הושארה על-ידי בית המשפט הנכבד ב"צריך עיון" בפרשת אלפי מנשה, והמדינה סבורה כי אין כל צורך להכריע בסוגיה זו גם במסגרת העתירות הנוכחיות.
94. כפי שנפסק בשורה ארוכה של עתירות בעניין גדר הבטחון, המפקד הצבאי מוסמך, ואף מחוייב, לנקוט באמצעים בכדי להגן על תושבי האזור, כולל תושבי האזור הישראליים. מעבר לכך, המפקד הצבאי מוסמך לנקוט באמצעי הביטחון הנדרשים להגנתם של מדינת ישראל ותושביה (ראו פרשת בית סוריק ופרשת אלפי מנשה).
95. יתרה מכך, הטענות המועלות בעתירות ביחס להפרות, לכאורה, שמפרה ישראל את אמנות זכויות האדם דומות לטענות המועלות ביחס להפרות, לכאורה, של המשפט הבינלאומי ההומניטארי (תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית), המהווה ממילא LEX SPECIALIS בנסיבות העניין. מכאן, שדי להידרש למענה לטענות הנוגעות למשפט הבינלאומי ההומניטארי, והמגולמות למעשה בטענות הפרטניות של העותרים, המפורטות בעתירות, ואין כל צורך להרחיב בעניין את היריעה במסגרת תגובה זו בנוגע לתחולת משפט זכויות האדם הבינלאומי באזור או להידרש להן במסגרת ההכרעה בעתירות אלה.

לטענות בעתירות בדבר נטישת מרחב התפר על-ידי תושבי הפלסטינים

96. נטען, כי קיים צפי לפגיעה ב"מרקם החיים" של התושבים המתגוררים במרחב התפר, שתוביל לעזיבתם את המרחב, בדומה לנטישת הבתים בעיר העתיקה בחברון על-ידי תושביהם הפלסטינים.
97. דא עקא, שמרחב התפר חינו שטח סגור מזה כשלוש שנים, ואילו העותרות לא הביאו נתונים כלשהם המצביעים על כך, שמי מתושבי מרחב התפר אכן עזב את מקום מגוריו הקבוע לאחר סגירת השטח, לא כל שכן הן לא הצביעו על קיומה בפועל של תופעה משמעותית מסוג זה.
- מכאן, שמדובר בטענה כללית וסתמית, שהעותרות כלל לא ביססו אותה, ודינה להדחות אך מטעם זה בלבד.
- עוד נוסף, בשולי הדברים, בהתייחס לניסיון אותו מבקשות העותרות ללמוד מהחלת הוראות אחרות של סגירת שטחים בעיר העתיקה בחברון, כי בעיר העתיקה בחברון הוטלו הגבלות חמורות מאוד בגלל המצב הביטחוני הקשה באזור זה, שכללו הטלת עוצר ממושך, סגירת חנויות והגבלות תנועה בצירים מסוימים. המדובר בהגבלות שאין להן כל דימיון להגבלות התנועה החלות במרחב התפר ביחס לתושבי המרחב.

לטענות בעתירות בדבר שיקולים זרים בסגירת השטח ובקביעת משטר ההיתרים

98. נטען, כי משטר ההיתרים נובע משיקולים זרים, שנועדו לקדם תביעות טריטוריאליות והגנה על התנחלויות.
- לעניין זה תשיב המדינה, כי בטענה זו אין כל ממש, וכי מדובר במיחזורן של הטענות שכבר נדחו במסגרת העתירות בנוגע לתנאי הגדר (ראו, לדוגמא, פרשת בית סודיק ופרשת אלפי מנשה).
- לדעת המשיבים, אין כל מקום לאפשר לעותרות לפתוח מחדש עניין שנבחן והוכרע על-ידי בית המשפט הנכבד.
99. מעבר לכך, טענות העותרות בעניין זה הינן סתמיות, ואינן נתמכות בכל נתון עובדתי רלוונטי. אף בשל כך בלבד אין כל מקום להידרש לטענות לא מבוססות אלה.

האבחנה בין גוש עציון לבין שאר השטחים שנותרים בין הגדר לבין מדינת ישראל

100. העותרת בבג"ץ 639/04 מציינת, כי נכונות צה"ל להסתפק במשטר בידוק ביטחוני בכניסה לגוש עציון מעידה על כך כי משטר היתרים במרחב התפר אינו אמצעי הכרחי להשגת המטרה הביטחונית לאורך כל תוואי הגדר.

101. דא עקא, כפי שיפורט להלן, טענת העותרים לעניין זה מבוססת ככל הנראה על אי הכרת העובדות לאשורן.

102. המדינה התייחסה בהרחבה לייחודיות גוש עציון וחמשטר שיוחל בו, במסגרת תגובותיה לשבע העתירות העוסקות בגדר במרחב זה, הממתינות למתן פסק דינו של ההרכב המורחב שדן בהן (בג"ץ 85/06 והעתירות שאוחדו עמה), ונבקש להפנות ככל שנדרש גם לאמור שם.

103. בקצירת האומר נציין, כי במרחב גוש עציון מתגוררים כ-19,000 תושבים פלסטינים, בעוד שכאמור לאורך מאות הקילומטרים של שלבים א' וב' של גדר הביטחון מתגוררים במרחב התפר כ-7,000 תושבים פלסטינים, בריכוזי אוכלוסייה רבים (למעט ריכוז גדול בכפר ברטעה, אשר ביחס אליו נבחנת האפשרות לבצע שינוי בתוואי הגדר). לפיכך, החלת משטר היתרים באזור זה היתה קשה, עד בלתי אפשרית, הן מבחינת התושבים והן מבחינת מערכת הביטחון.

104. זאת ועוד, על מנת למנוע כניסה של מחבלים ואנשים בלתי מורשים לישראל, תיפרץ דרך ביטחונית משולבת באלמנטים של גדר ובאמצעים מבצעיים אחרים **בין גוש עציון לבין מדינת ישראל**, בתחום המערבי של גוש עציון, ואילו בצידו הצפוני של הגוש תוקם גדר רציפה.

לפיכך, כל מי שיבקש לעבור ממרחב גוש עציון לתחום ישראל – בין אם הוא ישראלי ובין אם הוא פלסטיני – יאלץ לעבור דרך מעברים בהם קיים בידוק ביטחוני וקיים מכשול בין שטח הגוש לבין שטח מדינת ישראל.

אל מול זאת, בשלבים א' וב' של מרחב התפר, בהעדר אמצעים מסוג זה, דרכו של תושב העובר את גדר הביטחון לישראל תהא פתוחה, בהעדר כל מכשול פיזי נוסף, ומכאן שלא ניתן למנוע מעבר בלתי מבוקר משטחי מרחב התפר לישראל באזורים אלה. מדובר, כמובן, בהבדל מהותי בין השניים.

105. לבסוף, בסיס נוסף לאבחנה בין גוש עציון למרחב התפר, אם כי מדובר בסיס משני בלבד, הינו שהסיכון שבכניסת מפגעים לישראל והגעתם למרכזי אוכלוסיה תוך זמן קצר לאחר מכן גדול מאד באזור מרכז הארץ, וזאת לאור קרבת השטחים שבמרחב התפר בשלבים אי ובי למרכזי האוכלוסיה העיקריים של המדינה, אשר סבלו מפיגועי טרור קשים בשנים האחרונות. לעומת זאת, אזור גוש עציון מרוחק יותר ממרכזי אוכלוסייה גדולים בתחום מדינת ישראל.

לטענות בדבר הקשיים שגורם משטר ההיתרים לתושבים הקבועים במרחב התפר

106. העותרות טוענות בנוגע לקשיים הנגרמים לתושבים קבועים במרחב התפר כתוצאה ממשטר ההיתרים; כך, נטען, בי העובדה שמדובר בתעודה ולא בהיתר אינה משנה את מהות ההסדר הנורמטיבי -- חיובו של תושב פלסטיני בתיעוד מיוחד על מנת שיתאפשר לו להתגורר בביתו; עוד נטען, כי תנועת התושבים הקבועים עם כלי רכב הוגבלה באופן שבו נדרש כי פרטי הרכב יופיעו על גבי התעודה שבידו.

107. ככל שמדובר בטענות נגד אפשרות קיומו של מצב, שבו נדרש אדם לקבל תיעוד להתגורר במרחב התפר, ייאמר, כי אין כל תמה שנוצר צורך במצב זה מכורח הנסיבות, בהן תושבים פלסטינים רבים נוטלים חלק כזה או אחר בפעילות טרור או בסיוע לפעילות שכזו, אשר כוונתה לפגוע באזרחים ישראלים חפים מפשע.

אשר על כן, נוצר צורך ביטחוני הכרחי לוודא כי התושבים הנמצאים באזור מרחב התפר, המהווה אזור רגיש ביותר מבחינה ביטחונית, הינם תושבי אזור זה, ולא אנשים אחרים העלולים להוות סיכון ביטחוני.

108. ודוק, אין בחובת נשיאת תיעוד, כשלעצמה, כדי לפגוע בצורה בלתי-מידתית כלשהי בתושבי מרחב התפר, וכידוע, אף תושבי מדינת ישראל ואזרחיה נדרשים לשאת עימם תעודות זהות.

109. לא זו אף זו, לפני ההכרזה על מרחב התפר כשטח סגור, זוהו התושבים הקבועים במרחב התפר באמצעות כתובתם הרשומה בתעודות הזהות. בפועל, מצב זה יצר בעיה ביטחונית קשה, מאחר שהסמכות להנפיק תעודות זהות לפלסטינים מצויה בידיה של הרשות הפלסטינית, כך שפלסטיני יכול בפועל לשנות באמצעות הרשות הפלסטינית את מענו בתעודת הזהות למרחב התפר, ללא פיקוח כלשהו מצד הרשויות הישראליות ואף ללא ידיעתן מראש; על כן, הזיהוי של תושבי מרחב התפר נעשה על פי מיפוי של התושבים המתגוררים בפועל באזור טרם החלת משטר ההיתרים, ולתושבים אלה ניתנה תעודת תושב קבוע במרחב התפר מטעם המנהל האזרחי.

110. העותרת מציינת עוד, כי על-מנת להפוך לתושב מרחב התפר, הטעם היחיד המאפשר זאת הוא "איחוד משפחות", כך שתושב מוגן המתגורר בשטח אזור יהודה והשומרון לא יכול לעבור להתגורר במרחב התפר.

אין חולק כי החוראות מטילות מגבלה על מעבר תושבי האזור להתגורר בתחום ההכרזה על שטח סגור. הטעם לכך הינו טעם ביטחוני, הנובע מן העובדה שמדובר באזור רגיש ביותר, אשר קל ביותר להגיע ממנו לריכוזי אוכלוסיה ישראלים גדולים ולבצע פיגועים.

לאור קירבתו של השטח לריכוזי אוכלוסיה של ישראלים, יש חשש כי השטח ישמש כמוקד משיכה למעבר אוכלוסיה פלסטינית רבה משטחי איו"ש לאזור זה, מבלי שניתן יהיה לבצע כל פיקוח ובקרה על כך שמי שייכנסו לאזור זה לא יהיו אנשים העלולים לסכן את ביטחונם של ישראלים.

עם זאת, ובניגוד לטענת העותרות, תושב איו"ש המבקש לעבור להתגורר במרחב התפר רשאי להגיש בקשה למת"ק הגזרתי, הנבחנת בשים לב לזיקתו למרחב (קשרי נישואין, רכישת נכס וכיוצא באלה) ולכוונתו להשתקע בו השתקעות קבע.

111. למותר גם לציין, שלכל תושב האזור שבקשתו לעבור לגור במרחב התפר, בשל זיקה ממשית שיש לו לאזור זה, או למי שלא הוכר כתושב קבוע במרחב התפר, גם עומדת הזכות לפנות לבית המשפט הנכבד הזה, היה ובקשתו סורבה, והחלטת המשיבים בעניינו הפרטני תעמוד לביקורת השיפוטית. למותר לציין, כי מרחב התפר הינו שטח סגור כבר בשלוש שנים, והעובדה שלא הוגשו בכל אותה תקופה ארוכה עתירות רבות בעניין זה לבית המשפט הנכבד, מעידה ככל הנראה על כך שאין בעיה ממשית וכוללת בעניין זה.

לטענות בעתירות בדבר סירוב למתן היתרי כניסה למרחב התפר מטעמים ביטחוניים

112. לטענת העותרות, המדובר בהגבלה דומה לזו החלה ביחס לכניסה לישראל, אלא שכאן המדובר בהגבלת תנועה בתוך שטח איו"ש עצמו, ולפיכך אין מקום לנקוט בה; העותרות מזכירות כי הוגשה על-ידיהן עתירה מנהלית, הדורשת קבלת מידע ביחס לקריטריונים המשטרתיים הקובעים מניעה להיכנס לישראל (סעיף 59 לעתירה המתוקנת בבג"ץ 639/04).

113. כפי שצויין לעיל, לאחר אבחון פרטני נמצא כי בפועל נותרו רק בקשות מעטות יחסית שסורבו מטעמים ביטחוניים. יתרה מזאת, ככלל, קיומה של מניעה משטרתית אינו מהווה עילה למניעת מתן היתר לתושב מרחב איו"ש, כך שלעתירה לפי חוק חופש המידע שהוזכרה על-ידי העותרים אין כל נגיעה לענייננו.

114. ביחס למקרים הקונקרטיים שהוזכרו בעתירה בבג"ץ 639/04, הדרך הראויה במקרה שכזה, הינה להגיש ערר כנגד הסיורב למינהל האזרחי, ואם מתקבלת החלטה שלילית בערר יש לפנות בטרם הגשת עתירה לבית המשפט הנכבד למזור מרשם אוכלוסין בלשכת היועץ המשפטי של האזור, ולבקש את התערבותו.

לדוגמא, אך לאחרונה הוגשה העתירה בבג"ץ 6990/06 חגר נ' מדינת ישראל, שעניינה הנפקת היתרי מסחר ותעודת תושב קבוע במרחב התפר לתושבי הכפר שויכה בנפת טול כרם.

115. יצוין, כי מתחילת שנת 2006 הוגשו עתירות פרטניות בודדות בלבד המתייחסות למשטר ההיתרים במרחב התפר. בכך יש כדי להעיד, מחד גיסא, כי ההליך המנהלי מתקיים באופן תקין; ומאידך גיסא, עולה מן הנתונים לעיל כי מספר המקרים בהם קיים צורך בהגשת עתירה כאמור אינו גבוה, וזאת בלשון המעטה.

116. מכאן שבניגוד לתמונה שמבקשת העותרת להציג, מסתבר כי אין כל בעיה ממשית בעניין זה, ובוודאי שאין מדובר בבעיה כללית.

צילום לדוגמא של פניות העותרת בבג"ץ 639/04 מימים 23.5.06, 4.6.06, 11.6.06 ו- 23.7.06 הנוגעות להיתרים לתושבים מהכפר דיר אל עיוצון, וצילום מכתב תשובתה של רס"ן לירון אלוש, רמ"ד מרשם אוכלוסין בלשכת היועץ המשפטי לאזור יהודה והשומרון, מצורפים ומסומנים מש/א-17-ה.

מהמכתב עולה כי הטענות לא היו מדויקות, וזאת בלשון המעטה.

117. כך או כך, ברי כי אין מקום לברר באופן ראוי את טענות העותרת ביחס למקרים הקונקרטיים במסגרת העתירות הכלליות בהן עסקינן, ויש לחפנות תושבים הסבורים שהחלטה שניתנה בעניינם אינה כדין למסלול כפי שתואר לעיל.

לטענות בעתירות בנוגע לקשיים בהוכחת הבעלות במקרקעין במרחב התפר

118. העותרת בבג"ץ 639/04 טוענת, כי הוכחת בעלות על מקרקעין באיו"ש אינה פשוטה, בין היתר לאור העובדה שהעברת קרקעות בירושה לא ראשום היא דבר נפוץ באזור. בנוסף, נטען, כי מערכת הביטחון החלה בביצוע בדיקות קפדניות, עובר למתן היתר כניסה למרחב התפר, וכי קיימת עליה במספר הבקשות שנדחו. בפרט נטען, כי מספר הסירובים של בקשות שהוגשו על-ידי קרובי משפחה מדרגה שנייה גדול במיוחד, מתוך מגמה לצמצם את מעגל הקרובים של בעלי הקרקע שיזכו בהיתר.

לפי הנטען בעתירה המתוקנת, ההסתברות לדחיית בקשה על רקע זיקה לקרקע עלתה מדי חודש ב-9% לקרובי משפחה בדרגה שנייה וב-10% לעובדי שכר ולחוכרים.

119. יצויין, כי אכן תחילה נקטה מערכת הביטחון במדיניות ליברלית ביותר במתן היתרים למרחב התפר.

ברם, קיים חשש ממשי שמדיניות זו תנוצל לצורך כניסה לא חוקית לישראל, באופן שתושבי האזור שיקבלו היתרי כניסה למרחב התפר, ינצלו היתרים אלה לרעה לצורך כניסה לישראל ללא אישור, ולא לשם עיבוד האדמות במרחב התפר.

כתוצאה מהחשש האמור, שאינו מבוטל כלל ועיקר, כיום מבקשים המשיבים לוודא, כי למגישי הבקשות אכן קיימת זיקה ממשית לקרקע החקלאית הנמצאת במרחב התפר, דבר שיפחית החשש האינהרנטי שקבלת ההיתר נועדה לצורך כניסה ללא אישור לישראל.

120. ככלל, במסגרת מתן ההיתרים לכניסה למרחב התפר, ניתנת עדיפות לבני משפחה מדרגה ראשונה של בעלי הקרקע על פני בני משפחה אחרים, או על פני פועלים שאינם בני משפחה. עם זאת, בפועל, ניתנים היתרים גם לפועלים, שאינם בני משפחה, וזאת על בסיס בדיקה פרטנית של הצרכים החקלאיים.

צילום מסמך שהוכן על-ידי קמ"ט חקלאות של המנהל האזרחי בשיתוף עם גורמי הרשות הפלסטינית האחראים על תחום החקלאות, בו מפורטים קריטריונים למספר הפועלים הנדרשים בחקלאות, מצורף ומסומן מ/ש 18.

121. בנוסף, נטען בעתירה בבג"ץ 639/04, כי התושבים אינם יודעים מהם המסמכים שעל החקלאי להציג בכדי להוכיח כי הוא בעל "זיקה" לאדמה.

טענה זו אינה מדויקת, שכן אך מובן הוא, כי במקרקעין מוסדרים יש לצרף לבקשה נסח טאבו, ובמקרקעין שאינם מוסדרים די בהבאת ראיות אחרות, כגון נסח רישום מלשכת מס רכוש (מאליה) וכדומה.

בנוסף, למותר לציין כי דרישות להבאת ראיות דוגמת אלה האמורות לעיל להוכחת קיומה של זיקה של המבקש למקרקעין במרחב התפר הן דרישות סבירות, שאינן מטילות נטל בלתי-סביר על התושבים.

122. באשר לטענת העותרת בבג"ץ 639/04 בדבר הדרישה להצגת מסמכים מקוריים, ייאמר, כי בניגוד למה שעלול להשתמע מהעתירה, מבקשי ההיתרים אינם נדרשים להשאיר את המסמכים המקוריים במת"ק.

123. כאמור, ככלל, עד להכרעה בטענותיו של תושב בדבר זיקתו למרחב התפר ניתן לו היתר זמני, לתקופה של חצי שנה, הניתנת להארכה מעת לעת.
124. גם העובדה כי מזה שלוש שנים בוחן המינהל האזרחי את הטענות לזיקה לקרקע חקלאית במרחב התפר הביאו אותו לידי היכרות טובה של מרחב התפר, ובכלל זה להיכרות עם אותם חקלאים שלהם אכן קיימות אדמות מעובדות בשטח זה.
125. לגופם של דברים, וזה העיקר, שטח מרחב התפר סגור מזה כשלוש שנים וחל בו משטר ההיתרים. לו היה המשטר אכן פתוח בצורה חמורה בבעלי זכויות במקרקעין במרחב התפר, כיוון שלא היו יכולים להוכיח זיקתם לאדמתם במרחב, פשיטא שכבר היו שלל עתירות קונקרטיות בעניין זה בבית המשפט הנכבד.
- ניתן גם לטבור, שהעובדה שלא הוגשו עתירות רבות לבית המשפט הנכבד בדבר אי-הכרה בזיקתו של חקלאי-עותר פלוני למקרקעין המעובדים על-ידו במרחב התפר בשל דרישות בלתי-סבירות מצד המשיבים, מצביעה, כשלעצמה, על כך שבפועל הצליחו ומצליחים התושבים המקומיים להוכיח את זיקתם למקרקעין המעובדים על-ידם במרחב התפר, וזאת כאשר אכן קיימת זיקה כזו.
- מכאן, שגם החששות שהעלתה העותרת בעתירתה המקורית, לפיה תיגרם פגיעה לחקלאים במרחב התפר, כיוון שלא יצליחו להוכיח זיקתם לקרקעותיהם, התבררו כמוזמות.

לטענות בעתירות בדבר משך תוקפם של ההיתרים המונפקים לתושבי האזור

126. לטענת העותרת בבג"ץ 639/04, ההיתרים מונפקים לתקופות מצומצמות ביותר (תקופת מסיק הזיתים, לדוגמא), כאשר משך ההיתרים אינו מספק על מנת לאפשר את ביצוע המסיק כראות, לא כל שכן על מנת לאפשר לתושבים להגיע לקרקע בשאר ימות השנה.
127. כאמור לעיל, לפי הנהלים המעודכנים המעוגנים בחקיקת האזור, ככלל, מי שהינם בעלי זיקה למקרקעין במרחב התפר מקבלים היתר כניסה למרחב התפר, שתוקפו למשך שנתיים. כמו כן, ככלל, מי שעניינם נמצא בבדיקה מקבלים היתר זמני, מתחדש, לפרק זמן של חצי שנה, עד להשלמת הבדיקה.
128. העובדה שהעותרת בבג"ץ 639/04 מזכירה בעתירה תושבים המחזיקים בהיתרים לתקופות קצרות יותר נובעת, ככל הנראה, מן העובדה שטרם פקע תוקפם של ההיתרים הקודמים, שתוקפם היה קצר יותר, ורבים מהמבקשים טרם קיבלו את ההיתרים שתוקפם ארוך יותר. למותר לציין, כי במועד חיזוש ההיתרים יונפקו לתושבים אלה היתרים לפרקי זמן ממושכים, כאמור לעיל.

129. בנוסף, אך מובן הוא, שפועלים שכנסתם למרחב התפר הינה לצורך עבודה מסויימת עבור חקלאים להם אדמות במרחב, שמשכה קצוב בזמן, כגון ביצוע המסיק, אכן מקבלים היתרי כניסה לתקופת המסיק בלבד.
130. עם זאת נעיר, כי במקרים מסוימים, הונפקו היתרי קצרי טווח לתושבים המגדלים במרחב התפר גידולים עונתיים, שאינם מצריכים טיפול בשאר ימות השנה.
131. בנוסף, בחודש יולי 2006 ניתנו הנחיות על-ידי ראש המנהל האזרחי, לפיהן גם לתושבים המגדלים גידולים עונתיים בלבד במרחב התפר יונפקו היתרים למשך שנתיים.

לטענות בעתירות בדבר קשיים בהכנסת סחורה וכלי רכב למרחב התפר

132. לטענת העותרת בבג"ץ 639/04 מוסלות מגבלות חמורות על כניסתם למרחב התפר של כלי רכב חקלאיים וחומרים חקלאיים. כמו כן נטען, כי קיים איסור על כניסת משאיות למרחב התפר ללא היתרים מתאימים. בנוסף נטען, כי אחד הקשיים העומדים בפני המבקשים לקבל היתר לכניסה לאדמותיהם החקלאיות באמצעות רכב הינו דרישת המינהל האזרחי כי לכל כלי רכב יוצגו רישיון ותעודת ביטוח תקפים, דבר שאינו ברשותם.
133. טענות העותרת בבג"ץ 639/04 בניין קשיים בהכנסת סחורה וכלי רכב למרחב התפר הועלו על ידה גם בבג"ץ פאיז סלים, ומן הדין אפוא שיוכרעו שם, במסגרת עתירה הנוגעת לקטע קונקרטי של מרחב התפר עצם העובדה שסוגי גידולים שונים דורשים עיבוד באינטנסיביות שונה, כשלעצמם, מחייבים בדיקה קונקרטית ופרטנית של בעיות מסוג זה, ולא העלאת טענות כלליות, שאפשר ואינן רלוונטיות כלל לסוגי גידולים אותם מגדלים בחלק זה או אחר של מרחב התפר.
134. למעלה מן הצורך ייאמר, כי אכן, ככלל, המדיניות הינה לחתיר כניסת רכב לצרכים חקלאיים למרחב התפר, אך יש להתנות היתר זה ברישיון וביטוח תקפים. לדעת המשיבים דרישות אלה הן דרישות בסיסיות וסבירות לחלוטין, שאין כל פגם בהן כתנאי למתן היתר למעבר כלי רכב את השערים החקלאיים ונקודות הביקורת, שכן הן נועדו לשמור על בטיחות הנהגים, הנוסעים והולכי הרגל במרחב התפר ועל קיומו של ביטוח תקף לטובתם של מי שיפגעו בתאונת דרכים.

נבקש להדגיש כי הדרישה לרישוי וביטוח היא דרישה כללית לכלל ההיתרים, שמעניקים המשיבים, ואינה ייחודית לצורך כניסה למרחב התפר. קרי, המשיבים מאפשרים כניסה של משאיות למרחב התפר לאחר הליך אישור. המדובר הן במשאיות של תושבי המקום המבקשים להגיע לאדמותיהם, והן במשאיות של סוחרים, המבקשים להגיע בקביעות אל מרחב התפר.

135. בנוסף, לטענת העותרת בבג"ץ 639/04, ההסדר אינו מספק, מכיוון שהסוחרים אינם מבקשים היתרים, ומעדיפים לקנות את הסחורה החקלאית במקום אחר. לכן מבקשים העותרים כי תינתן אפשרות גישה לכל סוחר מזדמן, העובר במקום.

דא עקא, לא ניתן להיענות לדרישה זו מסיבות ביטחוניות ברורות. כפי שצויין, כניסה למרחב התפר משמעותה אפשרות גישה חופשית לישראל, ללא כל גדר מעכבת על כל המשתמע מכך, וביתר שאת כאשר מדובר בכלי רכב היכולים להגיע במהירות רבה, תוך דקות ספורות, לתחומי ישראל.

גם קיים חשש ממשי, כי משאיות שכאלה ישמשו להברחת מתבלים, מטעני נפץ ואמצעי לחימה שונים לישראל. בהקשר זה יצויין, כי בדיקה של כל משאית מזדמנת, ללא מידע על בעליה, אינה יעילה או אפשרית מבחינה ביטחונית.

לסוגיה האמורה שני פתרונות סבירים, לדעת המדינה: האחד, העברת רשימה מסודרת של סוחרים קבועים לשם קבלת אישורי כניסה למרחב התפר. כאשר המזוהר בסוחרים קבועים, דוגמת סוחרי העופות המגיעים לחירבת ג'בארה, ניתן לקיים לגביהם הסדרים שיאפשרו כניסה עם רכבם למרחב התפר. הפתרון השני הוא הוצאת הסחורה החקלאית אל הסוחרים, שימתינו מתוך למרחב התפר. כאמור, לבעלי קרקעות במרחב קיימת אפשרות כניסה עם רכביהם, ולכן אין כל מניעה להוצאת תוצרת חקלאית ממרחב התפר. המשיבים ערים לצורך של החקלאים לשווק את תוצרתם החקלאית אותה הם מגדלים במרחב התפר. לכן המשיבים התירו מעבר למרחב התפר של כלי רכב חקלאיים ומשאיות של תושבי הכפרים שלהם אדמות חקלאיות ממערב לגדר. על כלים אלה ניתן להעמיס את התוצרת החקלאית, ואחר כך להעמיסה למשאיות אחרות, שתמצאנה מצידה "האיו"ש" של הגדר.

136. מעבר לאמור, מן הראוי לציין, כי בפועל, מספר בעלי המשאיות שביקשו היתרים לכניסה למרחב התפר הינו נמוך ביותר. על-פי מדיניות המשיבים, הן בעל המקרקעין והן הסוחר בעל המשאית רשאים לבקש היתר לכניסה למרחב התפר.

137. יובהר, כי סוחרים ומובילים של תוצרת חקלאית הינם בבחינת "בעלי עניין מזדמנים" לקבלת היתר לכניסה למרחב התפר, וכל בקשה כגון דא תיבחן לגופה. כמו כן, כפי שצויין, עניינו של מי שבקשתו סורבה מטעמים ביטחוניים נבחן על-ידי וועדה, שתוצאות דיוניה מובאות לידיעתו, ובאפשרותו לעותר לבג"ץ במקרה המתאים.

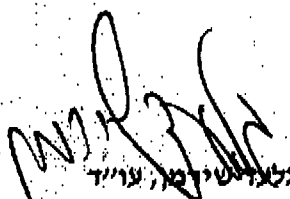
לסיכום

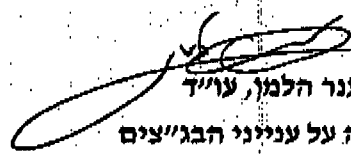
138. המשיבים יטענו, כי דין העתירות להידחות.
139. כפי שצויין, נושא סגירת שטח מרחב התפר, משטר היתרים ומרקם החיים באזור הגדר, משני צידיה, מהווים חלק בלתי נפרד מפרויקט גדר הביטחון.
140. המדינה תטען, כי אין לקבל את העתירות הכוללניות שבפנינו, שעה שבית המשפט הנכבד בחן, בפסקי דין רבים, קטעים של תוואי הגדר, באופן פרטני, ואישר את רובם, לעתים קרובות לאחר שינויים שנעשו בהם, וזאת גם בחלקים שלגביהם נמסר על-ידי המדינה כי יונהג בהם "מרחב תפר".
- ניסיון זה, במסגרת עתירות כלליות, להשיג למעשה על תוואי הגדר ותכליתה הביטחונית, כפי שאושרו על-ידי בית המשפט הנכבד, הוא ניסיון שיש לדחותו.
141. עוד נזכיר, כי במשך שנים רבות מדינת ישראל לא ביקשה את הקמת הגדר וממילא גם לא החילה משטר היתרים מיוזמתה בסמוך לשטח ישראל. מדינת ישראל נאלצה לעשות-כן רק לאחר שורה ארוכה ביותר של פיגועים אכזריים בהם נרצחו מאות אזרחים ישראלים חפים מפשע, ואלפים רבים אחרים נפצעו וזאת בכדי לממש, את תובתה הבסיסית להגן על חיי אזרחית, כאשר אמצעים אחרים לא הועילו. כידוע, פרויקט גדר הבטחון, שסגירת מרחב התפר הינו חלק אינהרנטי ממנו, הוכיח עצמו בצורה ממשית ביותר, ומספר הפיגועים בשטח מדינת ישראל ירד בצורה משמעותית ביותר מאז החלה הפעלתה המבצעית של הגדר.
142. נהיר למשיבים, כי בניית הגדר בתוואי המכשול, כפי שזה נבחן ואושר על-ידי בית המשפט הנכבד בחלקים נרתבים, מחייבת את המשיבים לשמר את מרקם החיים התקין באזור, ולשם כך הוקמו שערים בגדר ונסללו "צירי מרקם חיים" במקביל להקמת הגדר.
143. כפי שפורט לעיל, משטר ההיתרים נותן כיום, לדעת המשיבים, מענה סביר לתנועות אל מרחב התפר וממנו, כמו גם לרצף התנועות החקלאיות באזור. סגירת שטח מרחב התפר, ובמקביל קביעת משטר ההיתרים, מאזנים בצורה ראויה בין הצורך להגן על חיי אזרחי ישראל באשר הם מפני גל הטרור הרצחני שגבה קורבנות רבים, לבין האינטרסים של התושבים המקומיים (השוו ואבחננו: פרשת הכפר יאנון)
- לאור ההיקף והחומרה של האיומים הביטחוניים והקלות הרבה שבה הצליחו מפגעים פלסטיניים לחדור לעומק ישראל, המדובר באיזון הכרחי בין הזכות לחיים ולשלמות הגוף של תושבי מדינת ישראל, מחד גיסא, לבין זכויות תושבי האזור, מאידך גיסא.

144. יודגש, כי משטר ההיתרים וההתנגדות במרחב התפר, על שערי החקלאיים, המעברים וצירי מרקם החיים שנסללו, חותאם, ונבחן מחדש, תוך כדי מעקב מתמיד על-ידי המשיבים.
145. המשיבים עושים מאמץ מתמיד ומשקיעים משאבים רבים, הן בכוח אדם והן באמצעים לוגיסטיים, על מנת להמשיך ולשפר את משטר החיתרים ולחקל על האוכלוסייה המקומית, וזאת תוך ביצוע איזון עדין בזמן אמת אל מול אילוצי ושיקולי ביטחון מורכבים.
146. בעתיד, המשיבים אף מתכוונים להנפיק כרטיסים ביומטריים ("כרטיסים חכמים") לאוכלוסיית הקבועה לה יש זיקה למרחב התפר, כרטיסים שיאפשרו שיפור ניכר בתהליך הזיהוי במעברים ובשערים החקלאיים, ולהגביר את השימוש במחשוב לצורך הזנת ועיבוד נתונים, וכן להפעיל מערכת לוווינית לצורך זירוז תהליך הבדיקה.
- הפעלה זו של המערכת "החכמה" צפויה להקטין את החיכוך במעברים ולזרז את תהליכי הבדיקה.
147. כמו כן, מתקיימת עבודת מטה לצורך קידום סלילת "כבישי מרקם חיים" נוספים במרחב התפר, וכן נבחנת האפשרות "לאזרח" חלק מן השערים.
148. מעבר לאמור לעיל, נזכיר כי במקום בו עולים קשיים פרטניים, פועלים המשיבים על מנת להביא לתיקון המצב באופן פרטני. ככל שיש לפלוגי טענה קונקרטית בעניינו הוא, הרי שלאחר מיצוי ההליכים מול המשיבים פתוחה בפניו הדרך לפנות לבית משפט נכבד זה.
149. סוף דבר, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירות.
150. העובדות המפורטות בכתב תשובה זה נתמכות בתצהיריהם של תת-אלוף קובי ברק, רמ"ט פיקוד המרכז, ושל אל"ם אחוות בן חור, סגן ראש המנהל האזרחי באזור יהודה והשומרון.

היום, כ"ב בחשוון, תשס"ז

13 בנובמבר, 2006


 עוזר לפרקליט המדינה
 גלעד שליו, עו"ד


 ענר הלמן, עו"ד
 ממונה על ענייני הבג"צים
 בפרקליטות המדינה