



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 9961/03

בג"ץ 639/04

בפני : כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

העותר בבג"ץ 9961/03 : המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברג

העותרת בבג"ץ 639/04 : האגודה לזכויות האזרח בישראל

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 9961/03 : 1. ממשלת ישראל
2. ראש ממשלת ישראל
3. שר הביטחון
4. מינהלת מרחב התפר במשרד הביטחון
5. המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית
6. תנועת גדר לחיים - להקמת גדר הפרדה
7. שורת הדין - Israel Law Center

המשיבים בבג"ץ 639/04 : 1. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון
2. ראש המינהל האזרחי באזור יהודה והשומרון

עתירות למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : ל' בשבט התשס"ז (18.02.2007)

בשם העותר בבג"ץ 9961/03 : עו"ד מיכאל ספרד

בשם העותרת בבג"ץ 639/04 : עו"ד אבנר פינצ'וק ; עו"ד דן יקיר ; עו"ד עאזם בשארה

בשם המשיבים 5-1 בבג"ץ 9961/03 והמשיבים בבג"ץ 639/04 : עו"ד ענר הלמן

בשם המשיבה 6 בבג"ץ 9961/03 : עו"ד אילן ציאון ; עו"ד עדי ברוך

בשם המשיבה 7 בבג"ץ 9961/03 : עו"ד רועי כוכבי

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

כללי

1. בניסיון להתמודד עם פיגועי הטרור הקשים שהכו בישראל לאחר פרוץ האינתיפאדה השנייה, החליטה ממשלת ישראל בשנת 2002 להקים גדר שתיצור חיץ בין שטחי יהודה והשומרון (להלן: איו"ש או האזור) לשטח ישראל, תקשה על פעילי הטרור לפגוע בתושבי ישראל ותסייע במאבקם של כוחות הביטחון בטרור (להלן: הגדר או גדר הביטחון). בעקבות החלטה זו, הוגשו לבית משפט זה עתירות רבות אשר ביקשו להביא לביטול החלטות הממשלה בעניין הקמת הגדר - הן במישור העקרוני והן בהיבטים פרטניים הנוגעים לחלקים שונים בתוואי הגדר, אשר נטען כי הם פוגעניים מעבר לנדרש לצורכי הביטחון. בפסקי הדין שניתנו בעתירות אלה הכיר בית משפט זה בסמכותו של המפקד הצבאי להקים את גדר הביטחון לשם הגנה על המדינה. עם זאת, גיבש בית המשפט מתווה להפעלת שיקול הדעת של המפקד הצבאי בקביעת תוואי הגדר, על חלקיו השונים, תוך שהעמיד את שיקול הדעת במבחני הביקורת השיפוטית (להרחבה ראו בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004) (להלן: עניין בית סוריק); בג"ץ 7957/04 זהראן יונס מחדד מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 447 (2005) (להלן: עניין מראעבה)).

2. העתירות שלפנינו אינן מבקשות עוד לתקוף את עצם הקמת גדר הביטחון או רכיב מן התוואי המרכיב אותה. הן מבקשות להביא לביטולה של מסגרת ייחודית שנוצרה כתוצאה מהקמת גדר הביטחון בתוואי שנקבע לכך, המעוררת שאלות מעשיות ומשפטיות. כפי שעולה מעיון בפסיקתו הענפה של בית משפט זה בסוגיית תוואי הגדר, חלקים מסוימים מן הגדר לא הוקמו על קו תחום איו"ש, כי אם בתוך שטחי האזור. במצב דברים זה, נותרו חלקים משטחי האזור "מחוץ" לגדר בצידה הישראלי, באופן שבינם לבין שטח ישראל אין כל חיץ. שטחים אלה מכונים "מרחב התפר" (להלן: המרחב או מרחב התפר), והם הוכרזו על-ידי המפקד הצבאי כ"שטח צבאי סגור" אשר פרט למספר קבוצות - להן הוענק היתר כניסה כללי לשטחו - כפופה הכניסה והשהייה בהם לקבלת היתר פרטני. המסגרת להענקת היתרים פרטניים אלה נקבעה באסופת הסדרים ייחודיים שנקבעו על-ידי ראש המינהל האזרחי, ואשר כונו על-ידי הצדדים לעתירות "משטר ההיתרים".

העתירות שלפנינו מבקשות להביא לביטול ההכרזות האמורות על מרחב התפר כשטח סגור ובהתאמה לביטול משטר ההיתרים, על מכלול ההסדרים שגובשו במסגרתו. קודם שנעבור לדיון בעתירות, נציג בקצרה את ההליכים שליוו את ההכרזה על מרחב התפר וההסדרים שגובשו במסגרתו.

רקע עובדתי - הכרזות על מרחב התפר והוראות נלוות שהוצאו מתוקף הכרזות אלה

3. החלטות הממשלה להקמת הגדר מומשו בין השנים 2002 - 2009, וגדר ביטחון שיצרה חיץ בין שטחי יהודה ושומרון לשטח ישראל הוקמה במהלך שנים אלה. הגדר הוקמה בשלבים, אותם ליוו הכרזות על תפיסת אדמות בשטחים פלסטינים המצויים ממערב לגדר שהוקמה (בצידה "הישראלי"), ואשר כונו "מרחב התפר". כאמור, בין שטחי מרחב התפר לבין שטח ישראל אין כל חציצה.

4. כך, למשל אושר שלב א' של גדר הביטחון על-ידי ממשלת ישראל ביום 23.6.2002. תחילתו באזור כפר סאלם והוא נמשך עד כביש חוצה שומרון בסמוך לישוב אלקנה. בהמשך לכך, ועם השלמת שלב א', חתם ביום 2.10.2003 מפקד כוחות צה"ל באזור על "ההכרזה בדבר סגירת שטח מס' 2/03" (מרחב התפר) (יהודה והשומרון), התשס"ד - 2003" (להלן: ההכרזה הראשונה או ההכרזה), במסגרתה נקבע כי מרחב התפר לאורך שלב זה יוכרז כ"שטח סגור". בהכרזה זו לא נכללו קטעי הגדר בצפון ובדרום ירושלים, שהוקמו אף הם במסגרת שלב א'. וכך נקבע ברישא ההכרזה, המבהירה את תכליתה:

"מתוקף סמכותי כמפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון ובהתאם לסעיפים 88 ו-90 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל - 1970 (להלן - "הצו") ויתר סמכויותי על פי כל דין ותחיקת ביטחון, ולנוכח הנסיבות הביטחוניות המיוחדות השוררות באזור והצורך לנקוט בצעדים הכרחיים למניעת פיגועי טרור ומניעת יציאתם של מפגעים משטחי אזור יהודה והשומרון למדינת ישראל, הנני מכריז בזאת לאמור...".

בגוף ההכרזה נקבע כאמור מרחב התפר כשטח סגור, שהכניסה והשהיה בו אסורות לכל אדם, פרט לישראלי (כפי שהוגדר בהכרזה), ולמי שניתן לו היתר על-ידי מפקד כוחות צה"ל באזור או מי מטעמו. בתיקון שהוצא להכרזה ביום 27.5.2004 שונה סעיף זה, ונקבע כי ההכרזה חלה גם לגבי ישראלים. כן נקבע בהכרזה כי בכל מקרה, רשאי המפקד הצבאי להורות כי הקביעה בדבר היתר כניסה ושהיה במרחב התפר לא תחול על אדם או על סוגי בני אדם. בהמשך לקביעה זו, חתם המפקד הצבאי על "היתר

כניסה כללי למרחב התפר" למספר קבוצות שפורטו בהיתר - מי שאינו תושב האזור ושבידו דרכון זר בתוקף ואשרת שהייה תקפה בישראל, מי שבידו היתר תעסוקה בתוקף ביישוב ישראלי הנמצא במרחב התפר ומי שבידו היתר יציאה בתוקף מהאזור לישראל. עוד נקבע בהכרזה כי "אדם, שמלאו לו 16 שנים, שמקום מגוריו הקבוע, ביום תחילת תוקפה של הכרזה זו, הוא במרחב התפר, יהיה רשאי להיכנס למרחב התפר ולשהות בו, ובלבד שבידו היתר בכתב, שניתן לו על-ידי או על-ידי מי מטעמי...". כן נקבעה המסגרת להסדרת כניסתם ושהייתם של מי שטרם מלאו להם 16 שנה אשר מקום מגוריהם הקבוע הוא במרחב התפר. בהמשך בוצע תיקון נוסף להכרזה, במסגרתו הותאמו שמות ומספרי השערים החקלאיים והמעברים במרחב התפר ל"קווי הדיווח" בהם עושים שימוש גם כוחות הביטחון.

5. מכח הכרזה זו והסמכות שהוענקה לו בסעיף 7 להכרזה, הוציא ראש המינהל האזרחי מספר צווים בהם פורטו הוראות באשר לסוגי ההיתרים השונים המאפשרים כניסה ושהייה של תושבים פלסטינים ואחרים במרחב התפר, מסגרת הטיפול בהנפקתם ואפשרויות התנועה אל המרחב וממנו המוענקות מתוקפם. הצווים תוקנו במהלך השנים בעקבות שינויים שחלו בתוואי הגדר במקומות שונים, ובין היתר גם בעקבות פסיקתו של בית משפט זה. לצד הוראות מסגרת אילו, גובש קובץ פקודות הקבע "קפ"ק מרחב התפר וניהול טיפול בשימוש לרעה בהיתר מרחב התפר" (להלן: הקפ"ק), המשלים את ההוראות השונות שגובשו. בקפ"ק מוצגים מכלול ההסדרים שגובשו ביתר פרוט, והוא נועד להוות בין היתר כלי יישומי לטיפול בבקשות השונות לקבלת היתרים למרחב התפר. כן כולל הקפ"ק דוגמאות לטופסי בקשה שונים ולמסמכים הנדרשים לצורך הגשתן. מכלול הסדרים אלה, שיפורטו בהמשך, אשר כונו כאמור על-ידי הצדדים לעתירות "משטר ההיתרים", יעמדו בלב הדיון בעתירות שלפנינו.

6. כאמור, במהלך השנים בהן התקדמה בניית גדר הביטחון, ובמקביל לשלביה השונים, הוכרוזו שטחים נוספים כמרחב תפר, והוחלו עליהם ההוראות הנזכרות. נכון ליום 30.7.2009 - מועד הגשת הודעתה המערכנת השנייה של המדינה - ניתן לומר כי "מרחב התפר" משתרע על-פני שטחים לאורך שלב א', ב', ג', ו-ד' של גדר הביטחון, כמו גם בחלק מאזור "עוטף ירושלים", להוציא מספר אזורים בהם טרם הוקמה גדר רציפה. סך הכל, וכפי שעולה מנתוני המדינה (שעודכנו בהודעה מיום 30.7.2009), מתפרש כיום שטח מרחב התפר לאורך שלבים א' ו-ב' של הגדר על-פני 83,426 דונם ולאורך שלבים ג' ו-ד' ועוטף ירושלים על-פני 36,112 דונם.

המדינה הדגישה כי לאורך שלבים א' ו-ב' של הגדר כ-52,378 דונם משטח מרחב התפר הינם אדמות פרטיות והיתר אדמות מדינה ולאורך שלבים ג', ד' ו"עוטף ירושלים" כ-19,284 דונם הינם אדמות פרטיות, כ-727.6 דונם בהליכי רכישה על-ידי ישראלים והשאר אדמות מדינה. עוד ציינה המדינה כי בעתיד צפויים להיערך תיקונים שונים בתוואי הגדר - אם בעקבות פסקי דינו של בית משפט זה ואם מטעמים אחרים - בעקבותיהם צפוי להצטמצם שטח האדמות המצוי במרחב התפר.

בכל הנוגע להיקף האוכלוסייה הנמצאת בשטח מרחב התפר ציינה המדינה כי לאורך שלבים א' ו-ב' מתגוררים כ-7,000 תושבים פלסטינים באופן קבוע (רובם באזור ברטעה המזרחית, במובלעת אלפי מנשה ובח'רבת ג'ב'ארה), ולאורך שלבים ג' ו-ד' ו"עוטף ירושלים" נטען על-ידי המדינה כי מתגוררים כ-390 תושבים בלבד (190 מהם תושבי שכונת דחיית אל-בריד שמצפון מזרח לירושלים). לצד זאת, ציינה המדינה בהודעתה המעדכנת מיום 25.5.2009, כי יכול ובעתיד יחולו שינויים בחלקים שונים של תוואי הגדר - על שלביו השונים - כך שיתכן והיקף האוכלוסייה המתגוררת במרחב התפר יצומצם.

העתירות

7. כפי שנפרט להלן, עברו העתירות שלפנינו והתשובות שניתנו להן גלגולים לא מעטים, שנבעו בין היתר מן השינויים שחלו בתוואי גדר הביטחון בעקבות פסיקתו של בית משפט זה, ומשינויים נורמטיביים ביחס להסדרים שהותאמו להתפתחויות שהתרחשו הלכה למעשה.

תחילתם של ההליכים ביום 6.11.2003, כחודש לאחר חתימת מפקד כוחות צה"ל על ההכרזה הראשונה של מרחב התפר (במסגרת שלב א' של גדר הביטחון), עת הוגשה על-ידי המוקד להגנת הפרט העתירה בבג"ץ 9961/03 (להלן: עתירת המוקד). במסגרת העתירה התבקשו מספר סעדים שעסקו ברובם בשאלת חוקיות תוואי גדר הביטחון במספר אזורים. כן התבקש סעד לפיו תבוטל ההכרזה על מרחב התפר וההוראות שהותקנו מכוחו. ביום 21.1.2004 הוגשה על-ידי האגודה לזכויות האזרח העתירה בבג"ץ 639/04 שהתמקדה בסוגיית מרחב התפר, וביקשה אף היא להביא לביטול ההכרזה על מרחב התפר וההוראות השונות שנחתמו בעקבותיה (להלן: עתירת האגודה).

8. בעת הגשת עתירות אלה, נדונו על-ידי בית המשפט מספר עתירות עקרוניות שעסקו בתוואי גדר הביטחון. העתירות הנוגעות לגדר היו בחלקן בעלות השלכה ישירה על הסוגיות שמתעוררות בעתירות שלפנינו. לפיכך, התנהל הטיפול בעתירות הנדונות בפסק דינו זה תוך בחינה מתמדת של ההלכות שנפסקו בתיקי הגדר השונים, והשפעתן על הנושאים הנוגעים ל"מרחב התפר". כך למשל, בעקבות קביעות פסק הדין בעניין בית סוריק (שניתן ביום 30.6.2004), הודיעה המדינה כי מפקד כוחות צה"ל באזור הקים צוות שבחן את ההסדרים שהיו נוהגים במרחב התפר קודם מתן פסק דין, והמליץ על עריכת שינויים בהם. שינויים אלה הביאו לעדכון החקיקה בהקשר זה ולשינוי חלק מן ההסדרים שהוחלו במרחב התפר. ממילא השליך מהלך זה על התשתית המשפטית והעובדתית הצריכה לעתירות שלפנינו, ובשל כך עוכב הטיפול בעתירות עד להשלמת עדכוני החקיקה הרלוונטיים והודעות עדכון של המדינה בעניינם.

ביום 15.9.2005, ובמהלך התקופה בה היו העתירות תלויות ועומדות, התקבל אף פסק דינו של בית המשפט בעניין מרעאבה, אשר הכריע גם בסוגיות רבות שהתעוררו במסגרת העתירות המקוריות בעניין שלפנינו. נוכח מכלול השינויים המשפטיים והעובדתיים, התעורר הצורך בהגדרה מחודשת של גדרי המחלוקת, ובהמשך לכך הוגשו העתירות המתוקנות המונחות היום לפנינו.

9. ביום 13.11.2006 - ובהמשך להחלטות קודמות לפיהן יראו בעתירות כאילו הוצא בהן צו על-תנאי - הגישה המדינה כתב תשובה מאוחד לשתי העתירות. המשיבה 6 והמשיבה 7, שעוד בשנת 2004 הוחלט על צירופן כמשיבות לעתירות, הגישו אף הן כתבי תשובה מטעמן (בהתאמה - ביום 27.11.2006 וביום 21.1.2007). לאחר מכן נקבע התיק לדיון שהתקיים בפנינו ביום 18.2.2007.

ביום 12.2.2009 התבקשה המדינה להגיש בתוך 45 ימים הודעה מעדכנת אודות היבטים עובדתיים שונים הקשורים לעתירות, וזו הוגשה בשני חלקים - תחילה ביום 25.5.2009 ובהמשך ביום 30.7.2009. העותרים הגיבו להודעות מעדכנות אלה.

עתה, לאחר שנאספו בפנינו כלל הנתונים האמורים, בשלה העת למתן הכרעתנו בעתירות.

10. מלכתחילה, הבסיס עליו נשענו העתירות היה מבוקשם של העותרים כי נורה על ביטול ההכרזה בדבר סגירת השטח ועל משטר ההיתרים שהוחל בעקבותיה, כיוון שאלו נגועים באי-חוקיות טבועה. מספר טעמים מצביעים, לשיטת העותרים, על אי-חוקיותה של ההכרזה, ונראה כי ניתן לחלק טעמים אלו לשתי קבוצות טיעון עיקריות;

קבוצת הטיעונים הראשונה מהווה מעין "טיעון מסגרת" היוצא נגד המדיניות שהוחלה במרחב התפר כמכלול, היינו עצם ההחלטה על סגירת השטח והחלת משטר המחייב כניסה ושהייה בו בהיתר מטעם המפקד הצבאי. בהקשר זה נטען על-ידי העותרים כי משטר ההיתרים נגוע בחוסר סמכות אינהרנטית שכן הוא מנשל מקרקעותיהם את תושביו המוגנים של השטח הנתון בתפיסה לוחמתית וגורר שינויים של קבע וסיפוח שטחים שלא על-פי המשפט הבינלאומי. טיעון זה של העותרים נטוע בתפיסתם לפיה מרחב התפר (כמו גם גדר הביטחון) נועדו להגשמת תכליות מדיניות פסולות, ואינן בגדר צרכי בטחון לשם הגנה עצמית.

במישור כללי זה נטען עוד, כי ההחלטה על סגירת השטח עולה כדי ענישה קולקטיבית האסורה על-פי כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, וכן כי האיסור שהוטל על התושבים הפלסטינים שאין ברשותם היתר להיכנס למרחב מהווה הפליה פסולה על בסיס קבוצתי לעומת זרים וישראלים אשר כניסתם למרחב התפר אינה נמנעת. לשיטת המוקד להגנת הפרט, הפליה זו עולה כדי אפרטהייד.

קבוצת הטיעונים השנייה מופנית אף היא בחלקה כנגד המדיניות שהוחלה כמכלול, אך היא בעלת זיקה הדוקה יותר לרובד טיעון אחר, היורד מרמת הטיעון הכללי העקרוני נגד ההכרזה על מרחב התפר ותוקף את ההסדרים שהוחלו דה-פקטו בשטח מרחב התפר, במסגרת "משטר ההיתרים". הטענה הבסיסית במישור זה הינה כי משטר ההיתרים גורם לפגיעה חמורה ובלתי מידתית בזכויות האדם של התושבים הפלסטינים. כך, נטען על-ידי העותרים כי נפגעות זכויותיהם של התושבים הפלסטינים לחופש תנועה, לחופש עיסוק, לפרנסה ולקיום בכבוד, הזכות לחיי משפחה, לחינוך ולבריאות וזכות הקניין. כן נטען בהקשר זה, כי שלילת הזכויות נעשית ללא הליך הוגן.

המדינה מצידה התייחסה בפירוט למכלול טענות אלה - כפי שנרחיב בהמשך - אך לצד זאת מצאה להדגיש עמדתה לפיה דין העתירות להדחות על הסף מחמת היותן כוללניות.

טענות הסף - האם העתירות כוללניות?

11. נטען על-ידי המדינה כי על מנת שבית המשפט יוכל לעמוד על מידתיות הפגיעה הנגרמת מהחלת משטר ההיתרים, היה על העותרים להציג את הפגיעה הקונקרטית הנגרמת לתושבים המקומיים בכל מקטע ומקטע של המרחב, כך שניתן יהיה לבחון האם האיזון הפרטני שערך המפקד הצבאי בין מכלול השיקולים הרלוונטיים בכל אחד ממקטעים אלה עומד בדרישות המידתיות. זאת, בדומה לאופן בו נהג בית המשפט במסגרת טיפול בעתירות הגדר השונות שהונחו בפניו. בנסיבות העניין, עת יוצאות העתירות נגד משטר ההיתרים בכללותו מבלי להצביע על פגיעות קונקרטיות, לא ניתן - לטענת המדינה - לערוך בחינה כאמור, ומכאן מתחייבת דחייתן על הסף.

ואמנם, בהתאם לכלל שהותווה בפסיקתו של בית משפט זה, אין אנו נוהגים להושיט סעד כוללני, כשאין בצידו נפגעים קונקרטיים שענינם מוצג בפנינו (וראו בג"ץ 1759/94 סרוזברג נ' שר הבטחון, פ"ד נה(1) 625, 628 (1994); בג"ץ 1901/94 ח"כ עוזי לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4) 403 (1994)), וזאת למעט מקרים חריגים בהם חרף כוללניות העתירה עדיין ימצא בית המשפט כי ניתן לדון בה לגופה בשל שאלה משפטית עקרונית ורחבה המתאימה להליך השיפוטי (והשוו: בג"ץ 10026/01 עדאלה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נז(3) 31, 48 (2003)).

בנסיבות העניין שלפנינו, לא מצאנו כי יש לקבל את טענת הסף שהעלתה המדינה ולדחות את העתירות אך נוכח היותן כוללניות. זאת, בשים לב לכך שהעתירות שהונחו בפנינו - גם אם הן תוקפות מסגרת משפטית רחבה ומערך הסדרים כולל - מעלות בנוסף לכך סוגיות משפטיות נכבדות אשר המסגרת העובדתית והמשפטית שפרשו העותרים לפנינו מספקת לצורך הכרעה ברבות מהן. מעבר לכך, נראה כי ממילא לא ביקשו העתירות שלפנינו להביא לתיקון פגיעה קונקרטית בשטח מסוים במרחב התפר, כי אם להביא לביטול ההכרזות על מרחב התפר וההסדרים שהוחלו במסגרתו. לצורך דיון במרבית היבטים אלה, הונחה בפנינו תשתית מספקת.

עם זאת, וכפי שנרחיב בהמשך, בחירתם של העותרים להתמקד במישורי טיעון כלליים אכן לא אפשרה לבחון חלק מן ההיבטים שהועלו על-ידם בעתירות אלה. כפי שנדגיש עוד בהמשך, אין בכך כדי למנוע בחינה של היבטים פרטניים במסגרת עתירות שיש בידי מי שטוען לפגיעה קונקרטית בעקבות החלת משטר ההיתרים להגיש לבית

משפט זה, בדומה לאופן בו נבחנו על-ידינו היבטים דומים במסגרת עתירות פרטניות שהוגשו לנו במהלך השנים, בין ביחס לגדר הביטחון ובין ביחס למרחב התפר.

אשר על כן, לא מצאנו כי יש לדחות את העתירות על הסף בשל כוללניותן, והחלטנו לדון בהן לגופן.

דיון

נקודת המוצא; גדר הבטחון ומרחב התפר - מציאות עובדתית ומשפטית משותפת

12. על המציאות הביטחונית הקשה עימה התמודדה מדינת ישראל מאז שנת 2000 - עת פרצה האינתיפאדה השנייה - אין עוד צורך להכביר מילים. בעשרות רבות של עתירות שהונחו בפני בית משפט זה במהלך העשור שחלף, עמדנו, בהקשרים שונים, על מורכבותה של מציאות ביטחונית זו והאתגרים שהציבה בפני מדינת ישראל בהתמודדות עם הטרור שהופנה כלפי תושביה. וכך נאמר בהקשר זה בעניין מדאעבה מפי הנשיא א' ברק:

"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 לזרוע 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 ויישובים. היעד העיקרי של הפיגועים הוא מרכזי הערים בישראל. כן מכוונים הפיגועים כלפי היישובים הישראליים באזור וכלפי צירי התנועה. ארגוני הטרור עושים שימוש במגוון אמצעים, ובהם פיגועי התאבדות ("פצצות אדם מונחות"), מכוניות תופת, הנחת מטעני חבלה, השלכת בקבוקי תבערה ורימונים, פיגועי ירי, ירי פצצות מרגמה וירי רקטות. ניסיונות אחדים לפיגועים ביעדים אסטרטגיים ("מגה פיגוע") נכשלו. כך למשל סוכלה כוונה למוטט את אחד ממגדלי עזריאלי בתל-אביב באמצעות מכונית תופת בחניון (אפריל 2002). ניסיון אחר שנכשל היה לפוצץ משאית בחוות מכלי 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; כשמונה מאות מהם באזור יהודה והשומרון. רבים מהפצועים הפכו לנכים קשים. גם בצד הפלסטיני גרם העימות המזוין להרוגים ולפצועים רבים. השכול והכאב שוטפים אותנו" [עמ' 484-485 לפסק הדין].

בכלל המהלכים שנקטה ממשלת ישראל בניסיון להתמודד עם מתקפת הטרור הקשה, הוחלט על הקמת גדר הביטחון באזור יהודה והשומרון, מתוך כוונה כי זו תהווה חיץ בין שטחי ישראל לשטחי הרשות הפלסטינית, ובכך תקשה על תשתית הטרור הפלסטינית לפגוע בישראלים. בפסיקתו העקבית של בית משפט זה, נקבע כי בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, ונוכח העובדה כי טעמים ביטחוניים מובהקים עומדים בבסיס ההחלטה, קמה למפקד האזור סמכות להורות על הקמת גדר הביטחון (ראו, למשל, עניין בית סוריק). כן נקבע כי סמכות זו מתפרשת אף על הקמת הגדר בשטחי האזור, מקום בו טעמים ביטחוניים מצדיקים זאת (וראו, למשל, בג"ץ 4825/04 מחמד חאלד עליאן נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 16.3.2006), להלן: עניין עליאן).

מטבע הדברים, הכרה בסמכותו של המפקד הצבאי בהקמת גדר הביטחון בשטחי איו"ש, הביאה לכך כי במספר קטעים לאורך תוואי הגדר נותרו חלקים משטחי איו"ש, הגובלים בתחומי ישראל ואשר בינם לבין מדינת ישראל אין כל חיץ, באופן המאפשר גישה קלה ומהירה לשטחי מדינת ישראל. אזורים אילו מהווים כאמור את מרחב התפר. במהלך טיפולו בעתירות שונות שהוגשו נגד מקטעים שונים של תוואי גדר הביטחון, נחשף בית משפט זה לסוגיית מרחב התפר ולמשטר ההיתרים שהוחל בשטחים אלה. אומנם, באותן עתירות לא נתקפה במישרין חוקיות משטר ההיתרים של מרחב התפר, אך במספר ניכר של עתירות ראה בית משפט זה לאשר את תוואי הגדר על אף שהן יצרו מרחב תפר כאמור. זאת, בשים לב לכך שהחלת משטר ההיתרים, השפיעה על ניתוח המידתיות של תוואי הגדר שנבחר, בהתייחסה לצמצום הפגיעה במי שנותר במרחב התפר או שיש לו זיקה אליו. כך למשל, קבע בית המשפט בעניין עליאן:

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 והמעברים לאדמות שנותרו מערבית לה.

17. האם חומרת הפגיעה בתושבי הישובים בודרוס ושוקבע הנובעת מהקמת גדר הפרדה בתוואי שנקבע

על-ידי המפקד הצבאי עומדת ביחס מידתי לתועלת
הבטחונית הצומחת מהקמת הגדר באותו תוואי?

...

...אין לומר שמדובר בפגיעה קשה במידה בלתי-
מידתית... הפגיעה ברכוש קטנה היא לאין שיעור. בגין
הפגיעה משולם פיצוי ראוי. משטר ההיתרים מאפשר
גישה לאדמות שנוצרו מערבית לגדר. תוואי הגדר באזור
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"... [פסקאות 16-17 לפסק דינו של הנשיא א'
ברק. ההדגשה הוספה - ב.ט].

ובמסגרת בג"ץ 10309/06 מועצה מקומית אלפי מנשה נ' ממשלת ישראל (טרם
פורסם, 29.8.2007) (להלן: עניין אלפי מנשה), אמרנו כך:

"...פגיעתו של התוואי בפלסטינים המתגוררים בכפרים
הצפוניים קשה ביותר, שכן חלופה א' מותירה את שני
הכפרים במרחב התפר. עם זאת, לא שוכנענו כי הפגיעה
אינה מידתית. שני הכפרים שוכנים בסמוך לכביש 55.
בשני הכפרים יחד מתגוררים כ-400 תושבים. המשבים
התחייבו לפעול במטרה שתנאי החיים של התושבים
יהיו סבירים. גישת כל תושבי הכפרים לכיוון מרחב
קלקיליה מתאפשרת באמצעות מעבר 109, הפתוח 24
שעות ביממה. כן מתאפשר מעבר תלמידים, תחבורה
ושירותי רפואה. בנסיבות העניין, אין לומר שהפגיעה
בעותרים אינה עומדת ביחס הולם לתועלת הביטחונית
הצומחת מהגדר המגנה על כביש 55, המשרת אלפי
נוסעים מדי יום" [פסקה 19 לפסק הדין].

13. מכל האמור לעיל עולה באופן ברור כי בפסיקתנו נוצרה במהלך השנים זיקה
ממשית בין סוגיית גדר הביטחון (וממילא להלכות שנפסקו במסגרתה) לסוגיית מרחב
התפר. זיקה זו עולה מן הפסיקה האמורה, אך היא מתחייבת גם מהגיונם של דברים
וממהות תכליתה של גדר הביטחון, המחייבת מציאת מסגרת משפטית שתחול על שטחי
מרחב התפר ואשר תיתן בידי המפקד הצבאי יכולת שליטה ופיקוח אפקטיביים על
הנכנסים לתחומי שטחים אלה, שהמעבר מהם לשטח ישראל חופשי ופתוח. בהעדר
מסגרת כאמור, קיים חשש שמא לא תוגשם המטרה לשמה נועדה גדר הביטחון.

העותרים חולקים על כך. לשיטתם, הזיקה שיצרה המדינה בין תוואי הגדר לבין
משטר ההיתרים אינה הכרחית, וניתן להצביע על פתרונות אחרים היכולים להגשים את
התכלית הביטחונית. ברם, נראה כי טיעונם זה של העותרים מתמקד במישור החלופות

האפשרויות למדיניות הנוהגת במרחב התפר, ואין בו כדי להשליך על העובדה כי בין המרחב לסוגיית הגדר קיימת זיקה מהותית שלא ניתן להתעלם ממנה. במובן מסוים, מטיעונם זה של העותרים אף משתמעת הלכה למעשה הכרה בצורך שבמציאת הסדר ייחודי כלשהוא למציאות המורכבת במרחב התפר, וזאת מטעמים ביטחוניים.

14. אשר על כן, מקובלת עלינו עמדת המדינה לפיה קיימת זיקה הדוקה בין סוגיית גדר הביטחון והקביעות המשפטיות הנוגעות לה, לסוגיית מרחב התפר. זיקה זו משליכה באופן ישיר על המסגרת המשפטית בה נעות העתירות שלפנינו, וכפי שנרחיב להלן יש בה אף כדי ליתן מענה משפטי לרבות מן הטענות שהעלו העותרים, בעיקר בכל הנוגע לטענות הנשענות על קבוצת הטיעונים הראשונה, התוקפת כאמור את עצם המדיניות במרחב התפר כמכלול. עם זאת, ברי כי בעצם קיומה של זיקה בין תוואי הגדר לקיומו של מרחב תפר, גם מקום בו נקבע תוואי שאושר ועמד במבחני בית משפט זה, אין כדי לסיים את דיוננו, שכן עדיין מחויבים אנו לבחון האם הפתרון אותו בחרה המדינה לאמץ בשטחי מרחב התפר עומד בדרישות הדין.

חוקיות משטר ההיתרים

סמכות המפקד הצבאי להורות על סגירת שטח

15. במוקד המדיניות הייחודית שהוחלה במרחב התפר - כנגדה מופנות העתירות - ניצבת החלטת המפקד הצבאי להורות על סגירת שטח מרחב התפר באופן שכל כניסה אליו מחייבת היתר. בית משפט זה הכיר זה מכבר בסמכותו של המפקד הצבאי להורות על סגירת שטח משטחי האזור, בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי החלים באזור. כך, למשל, נקבע בבג"ץ 9593/04 ראשד מוראד נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (טרם פורסם, 26.6.2006), להלן: עניין מוראד) פסקה 12 לפסק הדין:

"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).

עם זאת, למותר לחזור ולהדגיש את שנאמר כבר ברבים מפסקי הדין שיצאו מלפני בית משפט זה, כי בעצם קיומה של הסמכות אין די ועלינו לבחון האם סמכות סגירת השטח בנסיבות העניין שלפנינו הופעלה כדין. זאת, באמצעות בחינה דו-שלבית: תחילה בחינת התכלית לשמה מופעלת הסמכות והשיקולים השונים שעל המפקד הצבאי לשקול בבואו להורות על סגירת השטח ובשלב השני בחינת האיזון הראוי בין השיקולים והאם איזון כאמור בוצע על-ידי המפקד הצבאי בנסיבות העניין שלפנינו (וראו עניין מוראד הנזכר).

(א) תכלית השימוש באמצעי של סגירת השטח

16. בכל הנוגע להיבט הראשון הנוגע לתכלית השימוש באמצעי של סגירת השטח, הרי שכפי שפורט לעיל, ובשים לב לזיקה ההדוקה שבין גדר הביטחון למרחב התפר, ניתן לומר כי אכן עומדת בבסיס ההחלטה על סגירת מרחב התפר תכלית ביטחונית מובהקת, המשלימה את התכלית לה נועדה גדר הביטחון מלכתחילה. הדברים האמורים אף עולים מפסיקתו של בית המשפט בהקשרים דומים בעבר (וראו עניין מראעבה, בעמ' 546-547).

העותרים טוענים טענה מרחיקת לכת, ולפיה התכלית הביטחונית אינה אלא כסות למטרה אחרת - להביא לריקונו האיטי של השטח הסגור מתושביו הפלסטינים ונישולם מאדמותיהם לטובת עיבוי ההתיישבויות הישראליות במקום, באופן העולה כדי סיפוח האסור על-פי כללי המשפט הבינלאומי. נציין ראשית, כי טענות אלו נטענו בפנינו ללא ביסוס של ממש, לבד מעצם הטענה כי סגירת שטחי מרחב התפר כשלעצמה פוגעת בתושבים הפלסטינים, במיוחד אלו בעלי זיקה ועניין אישי בכניסה לאזורי המרחב. מעבר לכך, טוענת המדינה כי טענות מסוג זה הועלו ונדחו מספר פעמים בעבר במסגרת הליכים שונים שנגעו לתוואי הגדר, במסגרתם ביקשו העותרים בעתירות השונות לשכנע את בית המשפט כי בבסיס הקמת גדר הביטחון עומדים טעמים מדיניים ולא טעמים ביטחוניים, וכי בדומה לאמור בעתירות שלפנינו נועדה ההחלטה להביא לסיפוח אסור של שטחי האזור.

בעניין זה נכונה טענת המדינה כי עוד בענין בית סוריק, פסק הדין הראשון בו נידונה בהרחבה שאלת חוקיות גדר הביטחון, דחה בית המשפט את הטענה לפיה בבסיס הקמת הגדר עומדים שיקולים מדיניים, בקובעו כדלקמן:

”אין לנו כל סיבה להניח כי המטרה היא מדינית ולא ביטחונית. אכן, העותרים לא הרימו את הנטל ולא שכנעו אותנו כי השיקולים שעליהם מבוססת ההחלטה על הקמת גדר ההפרדה הם שיקולים מדיניים ולא ביטחוניים...” [עניין בית סוריק, בעמ' 831].

בפסק הדין בעניין מרעבה, שניתן מאוחר יותר, השיב בית המשפט לטענת השיקולים המדיניים להקמת הגדר כפי שנקבעו בחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג, ובמסגרת זאת חזר הנשיא ברק על קביעתו בעניין בית סוריק באומרו כי:

”98. בפרשת בית סוריק בחנו, בכלים העומדים ברשותנו, את המניע המונח ביסוד החלטות הממשלה. הגענו למסקנה כי על פי הנתונים שהונחו לפנינו, המניע להקמת הגדר אינו מדיני. זו גם מסקנתנו בעתירה שלפנינו. אף כאן שוכנענו כי ההחלטה על הקמת הגדר נפלה לאור מציאות הטרור הקשה אשר פקדה את ישראל מאז ספטמבר 2000...”

...

100. על יסוד מכלול החומר שעמד לרשותנו, הגענו לכלל מסקנה כי ביסוד ההחלטה על הקמת הגדר מונח השיקול הבטחוני למנוע חדירת מחבלים למדינת ישראל ולישובים הישראליים באזור. גדר ההפרדה מהווה רכיב בטחוני מרכזי בלחימתה של ישראל מול הטרור הפלסטיני” [עמ' 549-546].

מאוחר יותר, במסגרת פסק הדין בעניין אלפי מנשה, דנו בטענה דומה לטענות העותרים לפנינו בדבר סיפוח אסור:

”...טיעונם המשפטי של העותרים הוא כי חלופה א' נוגדת את עקרונות המשפט הבינלאומי כיוון שהיא יוצרת סיפוח דה-פקטו של האדמה שנותרה ממערב לגדר; בשל היעדרו של צורך צבאי לגיטימי המכשיר את הקמתה של הגדר בחלקים מסויימים שלה; ובשל פגיעתה הלא מידתית בזכויות היסוד של אזרחים מוגנים. נטען, כי תוואי הגדר יוצר רצף טריטוריאלי בין מדינת ישראל

לבין ההתנחלות אלפי מנשה. ב"מרחב התפר" מוטלות הגבלות קשות על הפלסטינים, אשר אינם רשאים להיכנס אליו ללא היתר. הלכה למעשה יוצרת הגדר שינוי של קבע בתא השטח של המובלעת... [פסקה 9 לפסק הדין, ההדגשה הוספה - ד.ב.].

גם בהליך זה, לא מצאנו כי יש בטענות העותרים כדי להשמיט את הבסיס מחוקיות הקמת גדר הביטחון, לאחר שהשתכנענו - ובהישען על קביעות פסק הדין בעניין מראעבה - כי בבסיס הקמת הגדר מונחים שיקולים ביטחוניים מובהקים, כדלקמן:

"אין אנו מקלים ראש בפגיעות בתושבים הפלסטינים הכרוכות בבניית הגדר גם בתוואי החדש. מעבר לגדר ובמרחב התפר נותרים כ-2,500 דונם של אדמות פרטיות. פגיעה זו נדרשת מטעמים ביטחוניים. עם זאת, אף אם מדובר בפגיעה קשה אין לומר כי פגיעה זו אינה מידתית. מקובלת עלינו עמדת המשיבים לפיה קיים צורך ביטחוני חיוני שיש בו כדי להצדיק תפיסת אדמות אלה. שוכנענו כי לא קיים תוואי שפגיעתו פחותה ואשר יש בכוחו להגשים את התכלית הביטחונית..." [פסקה 18 לפסק הדין, ההדגשה הוספה - ד.ב.].

מן האמור לעיל עולה אפוא כי בית המשפט בפסיקתו הכיר בכך שבבסיס הקמת גדר הביטחון עומדים שיקולים ביטחוניים ולא שיקולים מדיניים פסולים. הדבר מחייב כמובן בחינה אינדיבידואלית בכל מקטע ומקטע - שמא יש מקטע בו נקבע התוואי משיקול זר - כפי שנעשה בעבר בעתירות שבאו לפנינו, אך ככלל זהו המצב המשפטי המנחה אף לצורך העניין שלפנינו.

17. קביעות פסקי הדין בעניין ההכרה בתכלית הביטחונית של הגדר, משליכות ישירות על ענייננו, שכן אף כאן הבהירה המדינה בתגובתה כי מרחב התפר הינו תוצר נלווה הכרחי לתוואי גדר הביטחון, והוא אמור להוות רכיב משלים בהשגת תכליותיה הביטחוניות של הגדר. על רקע טיבו ומהותו של מרחב התפר, בהיותו אזור שבינו לבין שטח ישראל אין כל חיץ, קשה שלא לקבל את הטענה לפיה קיים צורך ביטחוני ביצירת מנגנון שיאפשר פיקוח הדוק על הנכנסים דרכו ויסייע למנגנוני הביטחון להתמודד בצורה טובה יותר עם איומי הטרור הפלסטיני המבקשים לפגוע בישראל ותושביה. דברים אלו עולים גם באופן מפורש מהתכלית המוצהרת שבאה לידי ביטוי בהכרזה על מרחב התפר, כפי שפורטה לעיל.

במצב דברים זה, לא עלה בידי העותרים אף בנסיבות העניין שלפנינו לבסס טענה כי תכלית אחרת - מלבד התכלית הביטחונית - עומדת בבסיס ההחלטה על סגירת מרחב התפר. אשר על-כן, יש לדחות את טענת העותרים לפיה בבסיס משטר ההיתרים ניצבות תכליות מדיניות פסולות המצביעות על אי-חוקיותו.

18. כאמור, בנסיבות העניין שוכנענו כי תכלית ביטחונית היא שעומדת בבסיס ההחלטה על סגירת השטח בעקבות הקמת הגדר וקביעת "מרחב התפר". תכלית ביטחונית זו מתיישבת עם הסמכויות הנתונות למפקד הצבאי באזור בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית, וזאת במסגרת חובתו להבטיח את "הסדר והבטחון הציבוריים" (ראו תקנה 43 לתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907, להלן: תקנות האג), והיא מהווה נדבך ממארג השיקולים הסבוך שעל המפקד הצבאי לשקול. וכך נקבע בהקשר זה בעניין מדאעבה:

"...הנה כי כן, בהפעילו את סמכותו על פי דיני התפיסה הלוחמתית, על המפקד הצבאי 'להבטיח את הסדר והבטחון הציבוריים'. במסגרת זו עליו לשקול מחד גיסא שיקולי בטחון המדינה, ביטחון הצבא וביטחונו האישי של כל מי שנמצא באזור. מאידך גיסא, עליו לשקול את זכויות האדם של האוכלוסיה הערבית המקומית" [בעמ' 506].

וראו גם ענין בית סוריק, עמ' 833, בג"ץ 393/82 ג'מאית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 794-795 (1982).

19. ברם, וכפי העולה אף מן הדברים שנאמרו לעיל בעניין מדאעבה ומהקשרים דומים נוספים, כמובן שהשיקול הביטחוני אינו השיקול היחיד אותו מחויב המפקד הצבאי לשקול במסגרת הפעלת סמכותו זו, גם אם הוא שיקול הכרחי. למול שיקול זה, על המפקד הצבאי להקפיד כי תוענק הגנה ראויה לזכויות האדם של הפלסטינים המצויים בשליטתו בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, שהינם תושבים מוגנים על-פי המשפט הבינלאומי.

נראה כי במישור העיוני אין מחלוקת בין המדינה לעותרים באשר למערכות השיקולים שעל המפקד הצבאי לשקול בצד השיקול הביטחוני. המחלוקת בין הצדדים נשענת בעיקרה על האופן בו איזן המפקד הצבאי את השיקולים השונים במסגרת ההחלטה על סגירת השטח והחלת משטר ההיתרים. לטענה זו הקדישו העותרים חלק נכבד מעתירותיהם, שכן לשיטתם, בהחלטה על סגירת השטח והחלת משטר ההיתרים פעל המפקד הצבאי בניגוד לחובות המוטלות עליו כלפי התושבים המוגנים תוך הפרת

האיזון בין השיקולים השונים אותם מחויב הוא לשקול, ותוך הפרת עקרונות היסוד של המשפט הבינלאומי ההומניטארי ודיני התפיסה הלוחמתית. הפרה זו מובילה, לשיטת העותרים, לפגיעה חמורה ובלתי מידתית ברבות מזכויות האדם של התושבים המוגנים.

המקור המשפטי לביסוס זכויות התושבים המוגנים

20. כאן המקום לציין, כי העותרים הקדישו כר נרחב לפירוט טענותיהם באשר למקורות המשפטיים המבססים את זכויותיהם של התושבים הפלסטינים, תוך הפנייה להוראות אמנת האג הרביעית והוראותיה ההומניטאריות של אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה 1949 (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית), אמנות זכויות האדם השונות (ובניהן האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מ-1966 שישראל צד לה) והחקיקה הישראלית. בהמשך לכך, הרחיבו העותרים עמדותיהם בשאלת תחולת אמנות זכויות האדם בשטחים הנתונים לתפיסה לוחמתית, וביקשו הכרעה שיפוטית בסוגיה.

טענות אלו אינן חדשות עימנו, והן הועלו בעבר בעתירות רבות שהוגשו לבית משפט זה. במסגרת עתירות אלה, מצא בית המשפט להותיר שאלה זו בלא הכרעה, כשנכון היה להניח, מבלי להכריע בדבר, את תחולתן של האמנות הללו באזור.

וכך למשל קבענו בעניין מרעבה:

"האם ניתן לעגן את זכויותיהם של התושבים המוגנים באמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם, ובמרכזן האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מ-1966, אשר ישראל היא צד לה....

... כאשר שאלה זו התעוררה בעבר בבית המשפט העליון, היא הושארה פתוחה, תוך שבית המשפט היה נכון, בלא להכריע בדבר, לסמוך עצמו על האמנות הבינלאומיות.

...בגישה דומה ננקוט גם אנו. אכן, אין אנו צריכים, במסגרת העתירה שלפנינו, לנקוט עמדה בשאלת תחולתן של האמנות הבינלאומיות בעניין זכויות האדם באזור. כן לא נבחן את יחסי הגומלין בין המשפט הבינלאומי ההומניטארי לבין המשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם....

עם זאת, נניח - בלא להכריע בדבר - כי האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם חלות באזור "עמ' -505 לפסק הדין, ההדגשה הוספה - ד.ב.].

עוד ציינו בהקשר זה במסגרת בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל -
 משרד הבטחון (טרם פורסם, 3.2.2005) (להלן: עניין בית לחם) כי:

"איננו נדרשים לפסוק בשאלה האם ועד כמה חלים באזור יהודה והשומרון... האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם... די שנאמר כי במסגרת חובתו של המפקד הצבאי להפעיל את שיקול דעתו בסבירות, עליו להביא בגדר שיקוליו גם את האינטרסים והזכויות של האוכלוסיה המקומית, לרבות את הצורך למזער את מידת הפגיעה בחופש התנועה שלה, ועל כן, כאמור, אין המשיבים חולקים". [פסקה 15 לפסק הדין].

מכאן, שהותרת נושא תחולת אמנות זכויות האדם באזור בלא הכרעה לא מנעה מאיתנו לבחון בעבר, ככל המותאם בתנאים הקיימים, את זכויות התושבים המוגנים הן על-פי האמנות ההומניטריות והן על-פי אמנות זכויות האדם, כפי שנעשה אף בעתירות שלפנינו.

21. בהקשר זה נזכיר, כי מארג הזכויות עליו מחויב המפקד הצבאי להגן הינו רחב, והוא כולל "את מגוון זכויות האדם" (עניין מדעאבה, בעמ' 503), כפי שציינה אף חברתי השופטת א' פרוקצ'יה בעניין אחר:

"במסגרת אחריותו לרווחת תושבי האזור על המפקד הצבאי לשקוד גם על מתן הגנה ראויה לזכויות אדם חוקתיות של תושבי המקום במגבלות שהתנאים והנסיבות העובדתיות בשטח מקיימים... בכלל הזכויות החוקתיות המוגנות מצויות הזכויות לחופש תנועה, חופש דת ופולחן וזכות הקניין. על מפקד האזור לעשות שימוש בסמכויותיו לשמירת הביטחון והסדר הציבורי באזור תוך הגנה על זכויות האדם".

(בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443 (2004), בעמ' 461).

כמו כן, ואף המדינה הדגישה זאת בתגובתה, ממילא מכלול טענות העותרים ביחס להפרות לכאורה של אמנות זכויות האדם דומות לטענות המועלות על-ידם ביחס להפרות לכאורה של המשפט הבינלאומי ההומניטארי המהוות את הבסיס הנורמטיבי החל על המשטר באזור. מכאן שאף מן הטעם הזה אין הכרח להידרש לשאלת תחולת אמנות זכויות האדם הבינלאומיות באזור לצורכי עתירה זו.

נוכח כל זאת, לא מצאנו אף הפעם כי אנו נדרשים להכרעה בטענות העותרים במישור זה, ובדומה לאשר נהגנו בעבר, נהיה מוכנים להניח לצורכי הדיון כי האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם חלות באזור, ככל שניתן ליישמן בנסיבות החלות באזור, וכי על המפקד הצבאי מוטלת חובה לשמור על מכלול זכויות האדם של התושבים המתגוררים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, ככל שאין בכך סתירה למצב הביטחון ותנאי החזקת השטח. ממילא אין המדינה חולקת על חובתה זו, ונראה כי היא אף מודעת לכך שהחלטה על סגירת השטח והחלת משטר ההיתרים פוגעת בזכויות שונות של האוכלוסייה המקומית.

22. אכן, קשה שלא להסכים כי סגירת שטחי מרחב התפר, כמו גם עצם הקמת גדר הביטחון, מהווים הכבדה קשה על התושבים הפלסטינים, ובודאי שפגיעתה קשה במיוחד בתושבים חפים מפשע שנקלעו למרחב התפר בעל כורחם עקב מגוריהם במקום או עקב עבודתם, כאשר עסקיהם או שדותיהם ונחלותיהם החקלאיות נותרו כלואים בתוך המרחב. החלת משטר ההיתרים, תוך חיוב בקבלת היתר לצורך כניסה ויציאה למרחב, מהווה מגבלה ברורה על חופש התנועה של תושבי האזור במרחב זה, ומגבילה את נגישותם של התושבים - לבתיהם, לאדמותיהם ועסקיהם המצויים במרחב התפר. כפי שנרחיב עוד בהמשך, מצב דברים זה יוצר מציאות המקשה על קיום השגרה בחיי המשפחה, החברה, המסחר והתעסוקה, הן של התושבים המתגוררים במרחב התפר והן של אלו הקשורים עימם ונמצאים מחוצה לו.

ברם, וכידוע, עסקינן בזכויות יחסיות אשר ניתן להגבילן בשים לב לשיקולים ואינטרסים נוספים, כדוגמת שיקולי בטחון לאומי, סדר ציבורי וזכויותיהם של אחרים (עניין מראעבה, בעמ' 504), וכפי שכבר צוין בעניין מוראד: "האיזון בין הערכים השונים צריך להיעשות כך שהיקף הפגיעה בזכויות יוגבל למידה הנדרשת... ויש לקיים את האיזון הנכון בין החובה להגן על הסדר הציבורי והביטחון האישי לבין החובה להגן על מימושן של זכויות האדם" (פסקה 16 לפסק הדין).

לפיכך, יש לבחון בזהירות מירבית את ההיבט השני הדרוש לצורך הקביעה האם סמכות סגירת השטח הופעלה כדין, וזו השאלה האם בהחלטתו על סגירת השטח איזן המפקד הצבאי כראוי בין השיקולים השונים.

(ב) השיקולים השונים והאיזון ביניהם

23. על ציר השיקולים בנסיבות העניין שלפנינו מצויה מן הצד האחד ההחלטה להורות על סגירת השטח מטעמים ביטחוניים, ומן הצד האחר, המהלכים שננקטו על-מנת להביא למזעור הפגיעה הנגרמת לתושבים הפלסטינים בעקבות החלטת הסגירה. בלב מהלכים אלה מצויה אסופת ההסדרים שגובשו במסגרת משטר ההיתרים, שאמורים - לשיטת המדינה - ליתן מענה מספק לאוכלוסייה שהינה בעלת אינטרס חיוני בכניסה ושהייה במרחב התפר, לצד היבטים יישומיים הנוגעים לאופן בו מוחל משטר ההיתרים דה-פקטו, החל מהליך הטיפול בבקשות וכלה במשטר המעברים הנוהג. נסקור, אפוא, בתמצית את ההסדרים השונים שגיבשו המשיבים ונבחין לצורך הדיון בין קבוצות האוכלוסייה השונות אליהם מתייחסים ההסדרים. יצוין כי במהלך השנים חלו שינויים בהסדרים אלה, ואנו נתייחס אליהם בנוסחם הנוכחי.

ההסדרים העיקריים שגובשו

(א) ההסדרים בעניין תושבים קבועים במרחב התפר

24. עניינם של האוחזים בתעודות תושב קבוע במרחב התפר מוסדר במסגרת ה"הוראות בדבר היתר לתושב קבוע במרחב התפר" (להלן: הוראות תושב קבוע). וכך קובע סעיף 2 להוראות אלו:

- | | |
|--|-------------------------------|
| <p>2. (א) תעודת תושב קבוע תונפק על-ידי הרשות המוסמכת:</p> <p>1. לאדם הנמצא באזור כדין, שמלאו לו 12 שנים במועד תחילת תוקפן של ההכרזות, ואשר הוכח להנחת דעתה של הרשות המוסמכת כי הינו תושב קבוע במרחב התפר במועד תחילת תוקפן של ההכרזות.</p> <p>2. לאדם הנמצא באזור כדין שברשותו היתר תושב חדש במרחב התפר, כאמור בסעיף 7 להוראות אלו, אשר הוכח להנחת דעתה של הרשות המוסמכת כי התגורר באופן קבוע במרחב התפר במשך תקופה העולה על שנתיים.</p> <p>3. לאדם הנמצא באזור כדין, שמלאו לו 12 שנים לאחר מועד תחילת תוקפה של ההכרזה, ואשר היה רשום כנלווה</p> | <p>"הנפקת תעודת תושב קבוע</p> |
|--|-------------------------------|

בתעודת תושב קבוע שהונפקה מכוח סעיפים-קטנים א(1) ו-א(2) " [ההדגשה הוספה - ד.ב.].

סעיף 4 להוראות מוסיף וקובע כי :

4(א). בקשה להנפקת תעודת תושב קבוע, בהתאם לסעיף 3, תוגש בתוך שנה ממועד תחילת תוקפן של ההכרזות. "הגשת בקשה

(ב) על אף האמור בסעיף-קטן (א) לגבי מי שמלאו לו 16 שנים במועד המפורט בסעיף-קטן (א), תוגש הבקשה להנפקת תעודת תושב קבוע, בטרם הגיעו לגיל 16, ולא יאוחר משנה לאחר הגיעו לגיל זה".

25. מבחינת קפ"ק מרחב התפר, עולה כי לצורך קבלת היתר תושב קבוע במרחב התפר על המבקש להוכיח כי מרכז חייו הינו במרחב התפר. דרישה זו רלוונטית גם בבקשות לחידוש תעודות תושב. מן הנהלים עולה כי לצורך בחינת מרכז חיים רשאית הרשות המוסמכת (ראשי מנהלות התיאום והקישור הרלוונטיות) לערוך ביקורי בית, לבדוק תשלומי מיסים שונים, לבחון את מקום מגוריהם של ילדי המבקש וכיו"ב. כן עולה כי הנהלים עוסקים בשני מצבים בהם תיתכן הענקת תעודת תושב קבוע במרחב - המצב הראשון עוסק בהענקת תעודת תושב למי שבעת מיפוי אוכלוסין שיערך במרחב התפר סמוך לאחר ההכרזה, יוכיח כי מרכז חייו הינו במרחב התפר, והמצב השני עוסק בהענקת תעודת תושב למי שיגיש בקשות כאמור לאחר מיפוי האוכלוסין, בהתאם לתנאים שנקבעו בסעיף 7 להוראות הנזכרות לעיל, בעניינם נדון בהמשך.

26. כפי העולה מן הנתונים שהציגה המדינה, נכון לעת הזאת תוקפן המקסימלי של תעודות התושב הקבוע במרחב התפר הינו שנתיים (בעבר הוענקו תעודות אלו לתקופות קצרות יותר). הלכה למעשה נראה כי אחוז ניכר מן התעודות מוענקות לתקופות קצרות יותר. תעודות אילו ניתנות לחידוש בכפוף להוכחת מרכז חיים במרחב התפר.

בעלי תעודות תושב קבוע במרחב התפר זכאים לשהות במרחב התפר וכן לצאת ולהיכנס אליו דרך נקודות הביקורת - הן רגלית והן באמצעות רכב המצוי ברשותם או ברשות משפחתם (בעבר נדרש לצורך כך היתר נפרד). כניסה לישראל או להתיישבויות הישראליות מחייבת קבלת היתרים מתאימים בהתאם לנהלים הרלוונטיים לבקשות אלו.

הסדרי תנועתם של התושבים הקבועים במרחב התפר עוגנו בסעיף 2 ל"הוראות בדבר מעברים במרחב התפר" (להלן: הודאות המעברים) ובסעיף 6 ל"הוראות בדבר היתרי כניסה למרחב התפר ושהייה בו" (להלן: הודאות הכניסה).

מן הנתונים שסיפקה המדינה עולה כי לאורך שלבים א' ו-ב' של הגדר, הכוללים להערכת המדינה אוכלוסיה בהיקף של כ-7,000 תושבים, הונפקו ב-2009 כ-5,155 תעודות תושב קבוע. לאורך שלבים ג', ד' ו"עוטף ירושלים" מעריכה המדינה כי נמצאים כ-390 תושבים בלבד, ובהתאם לנתונה הונפקו כ-280 תעודות תושב קבוע. המדינה מציינת כי בשטח זה הוענקו תעודות תושב קבוע לכל התושבים מעל גיל 16.

(ב) ההסדרים בעניין בקשות פלסטינים שאינם תושבים קבועים במרחב התפר להיכנס למרחב

27. מעבר להסדרת מעמדם של תושבים קבועים במרחב התפר, קובעות הוראות הכניסה רשימת עילות על-בסיסן יהיו רשאים פלסטינים תושבי איו"ש לבקש כי תותר כניסתם למרחב התפר באמצעות מה שמכונה "היתר אישי". ההוראות דנות בשתי קבוצות עיקריות - בעלי עניין קבוע ובעלי עניין מזדמן. עם בעלי העניין הקבוע, הזקוקים על-פי ההוראות להיתר לפרק זמן ארוך, נמנים ככלל חקלאים, סוחרים, בעלי עסק, עובדי ארגונים בינלאומיים, עובדי הרשות הפלסטינית, עובדי הוראה, צוות רפואי, תלמידים וכל קבוצה אחרת שתקבע הרשות המוסמכת שהם בעלי עניין קבוע. בהוראות צוין כי ככלל לנמנים עם קבוצה זו יונפקו היתרים למשך שנה, פרט לחקלאים המוכיחים זיקה לקרקע חקלאית במרחב התפר להם יונפקו ככלל היתרים לשנתיים ותלמידים להם יונפקו ככלל היתרים למשך תקופת הלימודים. עם בעלי העניין המזדמן נמנים מי שאינם בעלי עניין קבוע ושכניסתם למרחב נדרשת לפרק זמן קצר על בסיס ארעי. בהוראות צוין כי לאלו יונפקו היתרים לפרק זמן שיקבע בהתאם לנסיבותיהם הפרטניות. עם אלו נמנים גם בני משפחותיהם ועובדיהם של מקבלי ההיתר החקלאי הקבוע, שאינם בעלי זיקה ישירה לקרקע, ומקבלים היתרי תעסוקה למרחב התפר שתוקפם מוגבל לתקופות קצרות יותר. בקבוצה זו נכללים גם כל מבקשי ההיתר לצורכי ביקור ולצרכים אחרים שאינם נמנים על העילות בקפ"ק ועבורם מונפק מה שמכונה "היתר חריג". להוראות צורפו טפסי בקשה מתאימים בהתאם לעילות השונות. לבעלי היתרים אישיים, הכניסה ברכב למרחב התפר מחייבת קבלת היתר נפרד.

28. לצד קביעת ההסדרים גופם, יש לתת אף את הדעת גם למציאות בה מיושמים הסדרים אלה הלכה למעשה, החל מהליך הטיפול בבקשות וכלה במשטר המעברים הנוהג, ואלו ישמשו אף נדבך בבחינה הכוללת של מידתיות הפגיעה בתושבים הפלסטינים, כפי שיפורט בהמשך. המדינה הקדישה חלקים נרחבים מכתב תשובתה ומהודעותיה המעדכנות להיבטים אלה ולמהלכים שננקטים על-ידה להביא לשיפור הטיפול בתושבים הפלסטינים הלכה למעשה - הן בייעול הטיפול בבקשות שונות לקבלת היתר והן בשיפור הסדרי הכניסה למרחב עצמו.

בכל הנוגע לטיפול בבקשות השונות, יצוין תחילה כי מסגרת הטיפול הכללית בבקשות השונות לקבלת היתרים נקבעה בהוראות הכניסה והוראות תושב קבוע, ופורטה בקפ"ק. בהתאם להוראות אלה, את הבקשות השונות לקבלת היתר כניסה ושהייה במרחב התפר יש להגיש לרשות המוסמכת - ראשי מנהלות התיאום והקישור האזרחיות הישראליות, ולצרף להן את מלוא המסמכים הנדרשים בהתאם לסוג ההיתר המבוקש. בעניין הליכי הטיפול קיימת הבחנה מסוימת בין שתי הקבוצות העיקריות של מקבלי ההיתרים באשר לסמכויות המוענקות לרשות המוסמכת: בעניינם של תושבים קבועים רשאית הרשות המוסמכת לאשר את הבקשה או להעבירה לבחינת ועדה מיוחדת שתוקם לצורך בחינת בקשות כאמור (להלן: הוועדה), שבידה לערוך כל בדיקה הדרושה לה לצורך בחינת הבקשה, לרבות הזמנת המבקש להופעה בפניה ומתן הוראות לצירוף מסמכים שונים. הוועדה אינה מוסמכת לדחות בקשות, אלא אם ניתנה למבקש הזדמנות להביא טענותיו בפניה. הרשות המוסמכת רשאית להעניק למבקשים היתרים זמניים עד להחלטה סופית בבקשה, בהתאם לשיקול דעתה. לעומת זאת, בעניינם של יתר מבקשי הבקשות, רשאית הרשות המוסמכת לאשר בקשה (ולהנפיק היתר לפרק הזמן שהתבקש או קצר ממנו), לדחותה או להעבירה לטיפול ועדה שתוקם לצורך בחינת בקשות כאמור, תוך הנפקת היתר זמני עד לסיום הליך הבדיקה על-ידי ועדה זו. בכל מקרה, וכפי העולה מן הקפ"ק, החלטת סירוב מחייבת מסירת טופס סירוב למבקש, בו תהא מצוינת הסיבה בעטיה סורבה הבקשה. כמו כן, למי שבקשתו סורבה ניתנת אפשרות להופיע בפני ועדת ערר במפקדת התיאום והקישור הרלוונטית. עוד יצוין, כי מעיון בנהלי הקפ"ק עולה כי עצם קיומה של מניעה ביטחונית לכניסה לישראל אינה מונעת הענקת היתר כניסה ושהייה במרחב התפר, כך שהבקשה תיבחן פרטנית בשים לב לאינטרס הציבורי מזה ואינטרס התושב בעטיו מתבקש ההיתר מזה. בהודעתה המעדכנת מיום 25.5.2009 פירטה המדינה כי במינהל האזרחי פועל מערך רחב שנועד לטיפול בבקשות כאמור. לצד הצוות המטפל בפניות השוטפות מצויים

אנשי מקצוע ייחודיים המטפלים בסוגיות מקצועיות הנוגעות למרחב התפר, למשל בסוגיות מקרקעין ותשתיות. כמו כן, הדגישה המדינה את דבר קיומו של "קצין פניות הציבור" במינהל האזרחי המקבל פניות בנושאים שונים ואשר נועד, בין היתר, להגביר את הזמינות לפניות ולבקשות התושבים הפלסטינים, גם בענייני מרחב התפר.

בכל הנוגע להסדרי הכניסה למרחב התפר, פירטה המדינה עוד בכתב תשובתה את מערך השערים הקיים בתוואי הגדר בכניסה למרחב התפר, ואת ההסדרים המופעלים על-ידיה, אשר נועדו, על-פי הטענה, לסייע ככל הניתן במעבר נוח של התושבים לשטחי מרחב התפר. כך, ציינה המדינה בכתב תשובתה, כי במרחב התפר שהוכרו לאורך שלבים א' ו-ב' קיימים 53 שערים, מתוכם 37 שערים חקלאיים המשמשים למעבר פלסטינים לאדמותיהם או לבתיהם. המדינה הצביעה על ארבעה סוגי שערים הקיימים במרחב התפר: שער מרקם חיים - הפתוח מדי יום באופן רצוף בין 12 ל-24 שעות ביום; שער יומי - הנפתח פעמיים או שלוש פעמים ביום, לפרק זמן משתנה של חצי שעה עד שעתיים, בהתאם להיקף העוברים ולצרכים החקלאיים; שער עונתי - הנפתח בעונות החקלאיות בדגש על העונות הרלוונטיות לגידולי זיתים, ובשאר עונות השנה נפתח בתיאום מראש; שער מבצעי - המשמש את הכוחות המבצעיים. המדינה שבה והדגישה בתגובתיה כי נעשות על-ידיה פעולות שוטפות לשפר את מערך המעברים שהוקם, על-סוגי המעברים השונים הכלולים בו. כך, הדגישה כי מושקע על-ידיה מאמץ רב, כספי ואחר, בבניית המעברים בסטנדרט גבוה תוך שיפור איכות השירות בהם והצבת אמצעי בידוק משוכללים המאפשרים בידוק טוב יותר לצד קיצור זמני ההמתנה במעבר. בדומה, צוין כי הושקעו סכומי כסף משמעותיים אף בשיפור השערים החקלאיים, וכי הורחבו שעות הפתיחה שלהם, כך גם נקבעו הסדרים שונים הנוגעים לפתיחתם בעת הצורך. צוין כי קיימות מספר אפשרויות לפתיחת השערים החקלאיים גם מחוץ לשעות הפתיחה הרגילות שלהם, בין היתר באמצעות פנייה למוקד ההומניטארי הממוקם במפקדת המנהל האזרחי בבית-אל. בנוסף, כך נטען, הוצבו 22 קצינים ונגדים דוברי ערבית במעברים הרגליים העיקריים שתפקידם להבטיח קיומו של מרקם חיים סביר במעברים וסיוע במתן פתרונות לסוגיות המתעוררות בהם. בהודעה המעדכנת שהגישה המדינה, הרחיבה על שינויים נוספים שאירעו בתחום זה, ביניהם שדרוג ואזרוח מעבר ריחן - הקרוב לאזור ברטעה המזרחית בה מתגוררים מרבית תושבי מרחב התפר. בהתאם לנטען, מהלך זה הביא לשיפור משמעותי בהליכי הבידוק והמעבר דרך מעבר זה, בו עוברים בממוצע כ-2,500 פלסטינים ביום, ואשר מבדיקות שנערכו עולה כי זמן המעבר הממוצע למעבר אדם בו עומד על כ-10 דקות בממוצע בשעות העומס ו-5 דקות בשעות עמוסות פחות. בידוק ומעבר של ארבעה כלי רכב מתמשך כממוצע כ-15-20 דקות.

האם ההסדרים מבטאים "איזון ראוי"?

29. מצוידים בנתונים עליהם עמדנו - נבחן את השאלה המרכזית המחייבת הכרעה בעתירות שלפנינו - האם בהכרזות על מרחב התפר ובהחלת משטר ההיתרים וההסדרים הכרוכים בו איזן המפקד הצבאי כראוי בין השיקולים השונים.

זאת נעשה, כמקובל, תוך בחינה האם האמצעים בהם נקט המפקד הצבאי עומדים בדרישת המידתיות, המהווה כלי מרכזי להפעלת ביקורת שיפוטית על פעולותיו של המפקד הצבאי באזור (וראו: עניין מראעבה, עמ' 509-507, עניין בית סוריק, עמ' 841-836). כידוע, דרישת המידתיות בשיטתנו מבוססת על שלושה מבחני משנה, ועל המפקד הצבאי מוטל הנטל להראות כי פעולותיו עומדות במבחנים אלה. ראשית, עליו להראות כי קיים קשר רציונלי של התאמה בין האמצעי שננקט לבין המטרה. שנית, עליו להראות כי האמצעי שננקט הוא בעל הפגיעה הפחותה ביותר בפרט מביין מכלול האפשרויות של האמצעים המתאימים. שלישית, עליו להראות כי הנזק שיגרם לפרט מהאמצעי שננקט עומד ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממנו לכלל.

את ניתוח מידתיות החלטת המפקד הצבאי בסגירת השטח נערוך בשלושה מישורים בעלי זיקה הדדית - (א) עצם ההחלטה על סגירת השטח; (ב) הנהלים השונים שגובשו במסגרת "משטר ההיתרים" שהוחל בו; (ג) היבטים הנוגעים למימושם הלכה למעשה של הסדרים אלה - החל מהליכי הטיפול בבקשות השונות ודרך מציאות החיים במה שכינתה המדינה "משטר המעברים". בחינה משולבת זו מתחייבת מהגיונם של דברים, והיא מתבקשת אף על רקע עמדתה של המדינה לפיה מידתיות הפגיעה הנגרמת לתושבים נלמדת מבחינה משולבת של מכלול ההסדרים הייחודי שגובש במרחב התפר, שהוא בבחינת מערך שלם הכולל בתוכו אמצעים שונים שנועדו להביא לצמצום הפגיעה הנגרמת מסגירת השטח - הן במישור הנהלים שגובשו והן במישור הפעולות שננקטות על-ידי המדינה על-מנת שלא להכביד על חיי התושבים מעבר למתחייב מהצורך הביטחוני. בהיבט זה יצוין כי אין מנוס מדחיית טענתם הגורפת של העותרים לפיה נוכח הפגיעה בזכויות המוגנות, פסולה ההחלטה על סגירת השטח מדעיקרא, ואין בפעולות שנערכות על-ידי המדינה במסגרת יישומו כדי לשנות היבט זה. כאמור לעיל, ועל כך עוד נרחיב בהמשך, פעולות שעורכת המדינה במסגרת יישום ההסדרים שגובשו במרחב התפר הינן בעלות השלכה ישירה על מידתיות הפגיעה הנגרמת בזכויות התושבים המוגנים, ועל אופן מימוש הזכויות דה-פקטו (והשוו: ענין מוראד, פסקה 21 לפסק הדין).

מבחן המשנה הראשון - קשר רציונלי בין האמצעי למטרה

30. בעניין זה כבר פרטנו לעיל בהרחבה את עמדת המדינה, לפיה ההחלטה על קביעת מרחב התפר כשטח סגור ויצירת הסדרים ייחודיים המאפשרים שליטה ופיקוח באשר לנכנסים ויוצאים ממנו, מהווה נדבך נוסף בתכלית לה נועדה גדר הביטחון - לסייע למדינת ישראל להתמודד עם איומי הטרור הקשים המופנים כלפיה משטחי הרשות הפלסטינית. לפיכך, נראה כי עצם ההחלטה על סגירת השטח והותרת מעבר אליו באמצעות שערים מוגדרים, וקביעת משטר היתרים ייחודי המאפשר למשיבים פיקוח פרטני על הנכנסים והיוצאים למרחב והחלת משטר מעברים ליישום כל אילו, יש בה משום קשר רציונלי מובהק לתכלית הביטחונית המוצהרת. לפיכך, מתקיים בנסיבות העניין שלפנינו מבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה בשלושת מישורי הבדיקה הנזכרים - החלטת הסגירה עצמה, ההסדרים שהוחלו במקום והמהלכים שננקטים ליישומה.

מבחן המשנה השני - מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

31. במסגרת ניתוח מבחן המידתיות השני, מן הראוי לערוך הבחנה בין שלושת מישורי הבדיקה שהזכרנו לעיל - עצם ההחלטה על סגירת השטח, ההסדרים שהוחלו בו והמהלכים שננקטים ליישום הסדרים אלה.

בכל הנוגע לעצם ההכרזה על מרחב התפר כשטח סגור, טוענים העותרים כי אין הכרח בהכרזה על מרחב התפר כשטח סגור שכן ניתן להביא להגשמת התכלית הביטחונית אף באמצעים פוגעניים פחות. כך, לשיטת העותרים, אין הכרח בסגירת השטח ואיסור כניסה למי שאינו בעל היתר שכן ניתן להסתפק בביצוע ביקורת שיערכו המשיבים במעברים שבגדר הביטחון, באופן שימנע כניסתם של מפגעים חמושים ושל אמצעי חבלה לאזור המרחב - אשר ממנו כאמור נגישותם לישראל קלה - וכן באמצעות מניעת מעבר מהשטח הסגור לשטח ישראל. נוכח זאת, סבורים העותרים כי משטר ההיתרים שהוחל אינו האמצעי שפגיעתו פחותה מבין מגוון האמצעים שניתן לנקוט לצורך הגשמת התכלית הביטחונית.

לעומתם, סבור המפקד הצבאי כי בידוק גופני בלבד בכניסה למרחב התפר אינו מספיק לצורך הגשמתה של התכלית הביטחונית. בהקשר זה נטען, כי בעצם עריכת הבידוק הגופני אין כדי למנוע כניסת מחבלים ו/או בעלי מניעה ביטחונית למרחב

התפר, אשר כלי הנשק או המטענים יועברו לחזקתם בשטח מרחב התפר או בישראל, בדרכים שונות. לפיכך, טענה המדינה כי בידוק גופני פרטני בלבד אינו מהווה ערובה מספקת לסיכול כוונתם של מחבלים להוציא לפועל פיגוע בישראל או בישובים הישראליים במרחב התפר ומכאן שלא ניתן לומר כי אמצעי זה מגשים את התכלית הביטחונית באותו אופן.

כפי שנקבע בפסיקתנו פעמים רבות, בעניינים של מומחיות ביטחונית מייחס בית משפט זה משקל רב לעמדתו המקצועית של המפקד הצבאי - בעל הידע והמיומנות בתחומים אלה - האמון מתוקף תפקידו על בטחון האזור ותושביו (ראו עניין בית סוריק, עמ' 842-843 ; בג"ץ 8414/05 אחמד עיסא עבדאללה יאסין נ' ממשלת ישראל, (טרם פורסם, 4.9.2007), פסקה 29 לפסק הדין). עמדתו המקצועית של המפקד הצבאי היא כי בנסיבות העניין אימוץ הצעתם של העותרים לביטול ההחלטה על סגירת שטח כשהתחליף המוצע הוא עריכת בידוק גופני במעברים לשטח מרחב התפר, אינה מגשימה את התכלית הביטחונית. עמדה זו נראית על פניה סבירה ולא מצאנו כי יש בדינו להתערב בה. נראה אכן, כי בידוק פרטני קודם מתן היתר כניסה למרחב התפר - ובכלל זה בדיקת קיומה של מניעה ביטחונית של מבקש ההיתר אל מול גורמי הביטחון - מצמצמים את פוטנציאל הסיכון הביטחוני הנשקף, ומכאן מגשימים בצורה טובה יותר את התכלית הביטחונית לה נועדה סגירת השטח. כידוע, רק מקום בו האמצעי שפגיעתו פחותה מגשים באופן שווה ערך את התכלית לה נועד המעשה המינהלי, ניתן לומר כי מן הראוי לאמצו. מקום בו קיים אמצעי שפגיעתו פחותה אך הוא אינו מגשים את התכלית במידה דומה, לא ניתן לאמצו במסגרת מבחן המשנה השני של המידתיות (וראו גם אהרון ברק מידתיות במשפט - הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010), עמ' 395-396).

אשר על כן, מצאנו כי במישור הבחינה הראשון - עצם ההחלטה על סגירת השטח לצורך הגשמת התכלית הביטחונית - מתקיים מבחן המידתיות השני.

32. זוהי גם עמדתנו ביחס להסדרים שאומצו במסגרת משטר ההיתרים, וכפי שנרחיב להלן מצאנו כי כמכלול, ובכפוף למספר הערות פרטניות שיוצגו בהמשך, לא עלה בידי העותרים להצביע על הסדרים אחרים המגשימים אותה תכלית ביטחונית תוך פגיעה פחותה בזכויות התושבים הפלסטינים.

את עמדתנו זו גיבשנו בשים לב לשלושה היבטים מרכזיים - ראשית, על בסיס הנחתנו כי משטר ההיתרים מכביד עד למאד על התושבים הפלסטינים וגורם לפגיעה קשה בזכויותיהם. נתון זה מחייב את המשיבים לגבש הסדרים שיצמצמו ככל הניתן את ההכבדה הנגרמת לתושבים, מבלי לפגוע בתכלית הביטחונית. שנית, בהינתן העובדה כי בפסק דין זה נבחנים ההסדרים הרלוונטיים במבט על ובראייה כוללנית רחבה, ומבלי שבכך יש לייתר בחינה פרטנית בעתיד, ככל שתידרש, של הטוענים לפגיעה עקב החלת ההסדרים בעניינם, כפי שנעשה על-ידינו בעבר במקרים שונים. שלישית, בהישען על קביעתנו לפיה עצם ההחלטה על סגירת מרחב התפר עומדת במבחן המידתיות השני.

נפרט עמדתנו בהתאם לקבוצות האוכלוסייה השונות אליהם מתייחסים ההסדרים;

בכל הנוגע להסדרים בעניינם של תושבים קבועים שהתגוררו בשטח במועד ההכרזה, נראה על-פני הדברים כי מיפוי האוכלוסין והוכחת מרכז החיים כבסיס להנפקת תעודות התושב הינם אמצעים סבירים להוכחת זכאות להנפקת תעודת תושב קבוע, ונראה מנתוני המשיבים כי הלכה למעשה אף מוענקים היתרים לחלק ניכר מן התושבים המתגוררים במקום. היתרים אילו מאפשרים תנועה שוטפת יחסית בין שטחי האזור למרחב התפר - אף באמצעות רכב - ונראה כי לאוחזים בהם נגרמת פגיעה מצומצמת יחסית בזכויות הקניין וחופש התנועה שלהם. אף מעיון בטענות העותרים, עולה לכאורה כי טיעוניהם אינם מתמקדים בהיבט הנוגע להנפקת תעודות התושב הקבוע, כי אם במדיניות המשיבים הנוגעת לאפשרותם של תושבים אלה לנהל חיי חברה ומשפחה תקינים עם תושבים פלסטינים המתגוררים מחוץ למרחב התפר. להיבט זה - הנוגע להנפקת היתרים עבור פלסטינים תושבי איו"ש שאינם תושבים קבועים במרחב התפר - נתייחס בהמשך.

גם מעיון בדו"חות הביקורתיים שצירפו העותרים עצמם - המצביעים בעיקרם על מציאות חיים קשה עימה מתמודדים התושבים הפלסטינים - עולה לכאורה כי בכל הנוגע להנפקת היתרים לתושבים קבועים חלו שינויים לטובה בזמן שחלף מאז הוחל משטר ההיתרים; וראו דו"ח ארגון ה-OCHA (United Nations Coordination of Humanitarian Affairs - Office for occupied Palestinian territory) שצורף כנספח ע/34 לתגובתם המשלימה:

"בשנים קודמות, לא הוענקו היתרי תושב קבע למיעוט מקרב הפלסטינים תושבי האזור הסגור. הדבר הגביל את יכולתם לעזוב את קהילותיהם כיוון שהמעבר אל יתר חלקי הגדה המערבית מנותב דרך מחסומים ושערים מאוישים. נראה שחריגות אלו תוקנו: כפי שמפורט בהמשך, הקושי העיקרי העומד כיום בפני הפלסטינים כרוך בהשגת היתרי מבקר, להם זקוקים פלסטינים שאינם תושבי האזור הסגור, ובייחוד חקלאים, וזאת על מנת להיכנס לאזור הסגור הממוקם בחלקה הצפוני של הגדה המערבית..." [ההדגשה הוספה - J.T].

במצב דברים זה, נראה לנו כי בעיקרו ההסדר שגובש בעניין תושבים קבועים במרחב הינו על-פניו סביר ועומד בדרישות מבחן המידתיות השני. כן לא מצאנו פגם בהסדרים שגיבשה המדינה בעניינם של התושבים החדשים - היינו אלה שביקשו הכרה כתושב קבוע לאחר מועד ההכרזה, בכלל זה בקביעת הסדר מדורג בו מוענקת תחילה תעודת תושב לשנה שהמשך חידושה מותנה בהוכחת מרכז חיים, כפי שמקובל בהליכים דומים אחרים, וזאת בכפוף להערה אחת שתורחב בהמשך.

33. אף ההסדרים שגובשו בעניין הנפקת היתרים לבעלי עניין קבוע ו-תמזמון, כפי שפורטו, עומדים לשיטתנו במבחן המידתיות השני. כפי שצינו לעיל, מקובל עלינו כי הפגיעה בקבוצה זו הינה פגיעה קשה. פרטים שעיבדו את אדמתם במרחב התפר, ניהלו את עסקיהם שם ויצרו קשרי חברות ומשפחה, נאלצים עתה, ועל מנת לשמר את אורחות חייהם, לבקש היתר כניסה על בסיס עילות מצומצמות שונות. גם התושבים במרחב עצמו נפגעים מן המשטר שהוחל בו, שכן בעל כורחם הופכת מציאות חייהם קשה ומורכבת, עת נכפה עליהם בידוד חברתי ועסקי באזור מגוריהם. פגיעות אלו מחייבות קביעתם של הסדרים המשמרים ככל הניתן את מרקם החיים שקדם להכרזה, בכפוף לצרכים הביטחוניים המחייבים זאת. נראה לנו, כי ככלל, ההסדרים שגובשו מקיימים דרישה זאת. נתייחס להסדרים הנוגעים לקבוצות בעלי העניין השונות.

בכל הנוגע למבקשי ההיתרים לצורכי חקלאות, סבורה המדינה כי ההסדרים שגיבשה אמורים לתת מענה מספק לצורכי החקלאים - הן בהיבט הנגישות לאדמותיהם שלהם והן בהיבט הסיוע המוענק להם לביצוע מלאכת עיבוד הקרקע. העותרים, שפרשו תשתית רחבה של טענות בהתייחס לקבוצה זו, חולקים על עמדת המדינה, ומציגים נתונים המצביעים על הירידה החדה שחלה בהנפקת תעודות חקלאי קבועות במרחב התפר מאז הוחל משטר ההיתרים, ועל הקשיים בהם נתקלים החקלאים בכניסה לשטח המרחב ולעיבוד אדמותיהם. זאת, הן לאור מנגנון הטיפול המסורבל בבקשות, היעדר

רציפות בטיפול החקלאי הנובע מהיתרים המוענקים לזמן קצר, שערים שזמן פתיחתם מוגבל וקשיים בהעברת כלי רכב הן לצורך גישה לאדמות והן לצורכי עיבוד חקלאי.

נראה כי אף המדינה מודעת לכך שחלה ירידה משמעותית בהנפקת היתרי החקלאים מאז החל משטר ההיתרים. הדבר נבע, כך על-פי הנטען, מחשש שמא המדיניות הליברלית שננקטה לטענתה בעבר בעניין הנפקת היתרי כניסה למרחב תנוצל לרעה. לפיכך, כאמור הוחלט כי תחת הענקת היתרי חקלאי קבועים, יוענקו לקרובי המשפחה ולפועלים היתרי תעסוקה או היתר חקלאי זמניים, בהתאם לצרכים הקונקרטיים של החקלאי. הנתונים שצירפה המדינה תמכו בעמדתה זו, גם אם יש ממש בעמדת העותרים לפיה הירידה במספר ההיתרים הקבועים לא פוצתה במלואה בהיתרים הזמניים. לצד זאת, התייחסה המדינה בתמצית למכלול ההסדרים הנוגעים לחקלאים, הנתונים לשיטתה מענה סביר לקבוצת אוכלוסיה זו. כך, בנוגע להנפקת ההיתרים עצמם - תוך הבחנה בין הנפקתם בשגרה והנפקתם בזמן המסיק, וכך בנוגע לפתיחת השערים השונים בהתאם לצורכי התושבים, למול איזון עם צורכי הביטחון. בהקשר זה ציינה המדינה עוד בכתב התשובה כי ניתנה הנחייה לפיה בכל מקום בו שער חקלאי הקרוב לחלקות החקלאיות הרלוונטיות לעניינו של התושב אינו פתוח בכל ימות השנה, יצוין על גבי ההיתר שער או מעבר נוסף הנפתח בכל ימות השנה ואשר דרכו יוכל התושב להיכנס אל המרחב, בכפוף לכך שהמעבר לא יחייב את כניסת התושב לישראל. המדינה אף התייחסה לטענת העותרים באשר לקשיים שבהוכחת הבעלות במקרקעי האזור, כתנאי להוכחת זיקה המקימה זכות לקבלת היתר חקלאי קבוע. לשיטתה, הדרישות המועלות על-ידה לצורך הוכחת זיקה למקרקעין הינן דרישות סבירות - במקרקעין מוסדרים נסח טאבו, ובמקרקעין שאינם מוסדרים ראיות אחרות, כגון נסח רישום מס רכוש וכד'. כן העלתה המדינה בתשובתה פתרונות אפשריים לתנועת כלי רכב וכלים חקלאיים למרחב כמו גם להוצאת הסחורה לשטחי האזור שמחוץ למרחב התפר.

34. על אף כל ההסדרים, אליהם התייחסנו, התמונה אותה מציגים העותרים בכתבי טענותיהם ובדו"חות שצירפו הינה תמונה קשה (וזאת אף מבלי לבחון את מהימנות הדו"חות). היא מתארת מציאות מורכבת בה אין לכאורה בידי בעלי אדמות להמשיך ולעבוד את אדמתם, באופן הפוגע בפרנסתם ובמשפחותיהם, וזאת בעקבות המדיניות הנוהגת לעניין הנפקת היתרים ולעניין אפשרויות הגישה אל המרחב ברגל וברכב. כך הן באשר לכניסה למרחב התפר עבור בעלי האדמות, בני משפחותיהם וחקלאים נוספים העובדים עימם, והן באשר להתרת כניסתם של כלי רכב הנדרשים לצורכי העיבוד החקלאי וכאלו הנדרשים לצורכי העמסת הסחורה החקלאית ושיווקה אל מחוץ לשטח המרחב.

עם זאת, בהיבטים אילו כלליותן של העתירות היא בעוכריהן. העדר התייחסות פרטנית מצד העותרים לאזורים לאורך מרחב התפר בהם נגרמת פגיעה לחקלאים מסוימים מקשה על בחינה מדוקדקת של המצב בשטח, כמו גם על בחינת מערכת האיזונים הפרטנית הננקטת בענייניו של כל תושב. בדרך זו פעל בית המשפט במסגרת עשרות עתירות הגדר שהוגשו אליו, ואשר תקפו חלקים מסוימים בתוואי הגדר; וכך יעשה גם בעתיד ככל שיהיו בידי תושבים טענות קונקרטיות בדבר פגיעה הנגרמת להם מהחלת ההסדרים השונים. ברם, בקשת העותרים כפי שנוסחה בעתירות שלפנינו, בה מתבקש בית המשפט להורות על ביטול מכלול ההסדרים החלים במרחב התפר בהישען על פגיעה ערטילאית וכללית - אינה מעשית, שכן כל שבידי בית המשפט לבחון במסגרת העתירות כפי שהוגשו הוא האם בהסדרים, בכללותם, פועלת המדינה לצמצום הפגיעה בזכויות התושבים המוגנים.

בנסיבות העניין שלפנינו נראה אכן על-פני הדברים כי המשיבים מכירים בזכותם של התושבים להמשיך לעבד את אדמותיהם ומבקשים להביא לכך שבעלי הזיקה לאדמות במרחב התפר ימשיכו בעיבודן, תוך מתן אפשרות לקרובי משפחה ועובדים אחרים לסייע להם בעבודתם. כן עולה כי קיימים מעברים מיוחדים שנועדו להסדיר כניסה למרחב - שחלקם מותאמים לפעילות החקלאית בהתאם לצרכים העונתיים. נראה לנו כי הסדר זה נותן מענה סביר הממזער את הפגיעה בזכויותיהם של החקלאים, ואנו מניחים בקביעתנו זו כי המשיבים אכן יוצקים תוכן ממשי להצהרותיהם באשר לחשיבות שבהמשך מתן מענה ראוי לצורכי החקלאים באזור. עם זאת, וכאמור לעיל, אין בידינו לשלול את האפשרות כי קיימים מקרים פרטניים בהם נגרמת פגיעה חמורה בזכויות הקניין והפרנסה של תושבים פלסטינים שאינם זוכים לעבד את אדמתם במידה הנדרשת להם או נתקלים בקשיי גישה אחרים, והמשיבים מצידם אינם עושים די על מנת להביא למזעור פגיעה זאת. כאמור, מקרים אילו ניתנים לבידור במסגרת עתירות פרטניות, במסגרתן יוכל בית המשפט לבחון את מכלול ההסדרים הרלוונטיים לאזור מסוים, ולבחון את האיזון הפרטני המתבצע בתחומו בין זכויות התושבים לבין אינטרסים אחרים, כפי שנעשה בעבר בעתירות דומות.

35. דברים אלו יפים אף ביחס ליתר "בעלי העניין" (קבוע או מודמו) להם מוענקים היתרי כניסה למרחב כפי שפורט לעיל. על-פני הדברים - ופרט לחריג אחד אליו נתייחס מייד - נראה לכאורה כי המדינה מיפתה את מכלול בעלי האינטרסים הרלוונטיים שכניסתם למרחב התפר נדרשת בשים לב לזכויות המוענקות לתושבים הפלסטינים; סוחרים, עובדים, צוותי הוראה, עובדי ארגונים בינלאומיים, צוותי רפואה

ועוד. בקשות אילו לקבלת היתרים נבחנות בהתאם לנהלים שקבעו המשיבים ועל-פי המתווה שגובש כמפורט לעיל, ולא עלה בידי העותרים להצביע על כך כי בהינתן העובדה שמדובר בשטח סגור המחייב בדיקה פרטנית קודם מתן היתר כניסה אליו, ניתן לקיים הסדרים אחרים שפגיעתם בזכויות התושבים הפלסטינים פחותה.

36. אשר על כן, באנו לכלל מסקנה כי כמכלול ההסדרים שגובשו בעניין הסדרי הכניסה והשהייה אל מרחב התפר לקבוצות שונות עומדים במבחן המידתיות השני.

עם זאת, במספר היבטים מצאנו כי יש מקום לשינוי מסוים בהסדרים או להבהרת הנחיות הטיפול בהענקת ההיתרים השונים;

כך למשל, מצאנו כי בהסדר הנוגע לאוחרים בתעודות תושב קבוע ראוי לערוך שינוי בנקודה מסוימת. מעיון בהוראות המעברים ונהלי המדינה עולה לכאורה כי כניסתו של תושב קבוע לשטח המרחב מתאפשרת אך מנקודת הביקורת המוגדרת בתיעוד המונפק. סוגיה זו לא הובהרה די הצורך בפנינו בעניינם של תושבים קבועים, אך ככל שאכן מוטלת מגבלה כלשהיא על כניסתם של תושבים אלה למרחב התפר בו הם מתגוררים דרך מעבר אחד בלבד, לא מצאנו כי יש בה הצדקה כלשהיא, ולכאורה נראה כי ניתן לצמצם את הפגיעה הנגרמת בחופש התנועה של התושבים הקבועים אל המרחב באמצעות התרת מעברם של תושבים אלו מן המרחב לשטחי איו"ש בכל המעברים הנמצאים בשטח המרחב הרלוונטי, והכל בהתאם לשעות בהן פתוחים המעברים. מהלך זה אינו פוגע בתכלית הביטחונית - שכן מדובר בתושבים ששהייתם במרחב התפר הותרה על-ידי המדינה - אך מקל במעט על נגישותם למרחב.

עוד מצאנו כי קיים קושי מסוים בהסדרים שגובשו בעניינם של תושבים חדשים המבקשים לעבור למרחב התפר לאחר ההכרזה. מעיון בהוראות תושב קבוע עולה כי לא מוגדרות בהן העילות על בסיסן יוכל תושב איו"ש לבקש לעבור להתגורר במרחב התפר. בהוראות הקפ"ק הוגדרו שלוש עילות מצומצמות על-בסיסן ניתן לכאורה להגיש בקשות חדשות לקבלת תעודת תושב קבוע - א. רווק או רווקה המבקשים להעתיק את מקום מגוריהם לצורכי נישואין. ב. מי שנשוי לתושב קבוע במרחב התפר. ג. רוכשי נכס במרחב התפר המבקשים לעבור ולהתגורר מגורי קבע. בתצהיר תשובתה של המדינה הוצגה עמדה המרחיבה לכאורה את העילות ונכתב כי "תושב איו"ש המבקש 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" [ההדגשה הוספה - ד.ב.].

בשים לב לכל האמור, לא עלתה בפנינו תמונה ברורה באשר לעילות בעטין ניתן לבקש לעבור למרחב התפר, אך בכל מקרה נראה לנו כי הרשימה הסגורה שהוצגה בקפ"ק אינה יכולה להוות רשימה המגבילה את העילות השונות להגשת בקשות חדשות לקבלת תושבות קבועה במרחב התפר, וכי כל תושב פלסטיני אשר סבור כי קיים בידו טעם טוב לעבור להתגורר במרחב התפר רשאי יהיה לפנות בבקשה מתאימה שתבחן לגופה. בעניין זה נציין כי לטעמנו התנאי בדבר "רכישת נכס" לא יוכל להוות תנאי יחיד להענקת תעודת התושב הקבוע עבור מי שמבקשים לעבור למרחב שלא על-בסיס איחוד משפחות, נוכח נסיבות החיים המורכבות בהן יכול ויהיו תושבי אזור שיבקשו להעתיק את מקום מגוריהם למרחב התפר אף מבלי שרכשו נכס בשטחו, למשל, באמצעות שכירות או במעבר לבית המשפחה הקיים במרחב. נתונים אלה ייבחנו לגופם על-ידי גורמי המינהל האזרחי בהתאם לנסיבות הפרטניות שיונחו בפניהם. הרחבת העילות להגשת בקשות לקבלת תעודת תושב קבוע חדש במרחב מצמצמת את הפגיעה בתושבים הפלסטינים, ומן העבר השני אינה פוגמת בתכלית הביטחונית, שכן אינה מונעת מן המדינה לבחון היטב את המבקשים קודם תותר כניסתם אל המרחב בהתאם לפרמטרים שגובשו על-ידה. אשר על כן, מצאנו כי בהיבט זה ניתן לגבש הסדרים שפגיעתם הפוטנציאלית בזכויות התושבים פחותה, וכך אנחנו מורים.

בנוסף, הטרידונו במיוחד טענות העותרים שהצביעו על פגיעה בחיי הפרט והקהילה של התושבים הקבועים במרחב התפר. בהקשר זה נטען, כי החלת משטר ההיתרים מנתקת את תושבי המרחב ממשפחותיהם וחבריהם המתגוררים בעולם "שבחוץ" - בשטחי האזור שאינם חלק ממרחב התפר - ומגבילה אותם מניהול חיי מסחר, קהילה וחברה תקינים. נראה לנו כי חשש זה הינו חשש מוצדק. כפי שצינו לעיל, המציאות שנכפתה על תושבי מרחב התפר בעל כורחם חשפה אותם לניתוק כפוי מפני העולם שמחוץ למרחב. מן הצד האחד, מצויה ישראל, אליה הם אינם רשאים להיכנס, ומן הצד האחר מצויים שטחי האזור שם מתגוררים חבריהם ובני משפחותיהם שהם רשאים להגיע אליהם, אך אלו אינם זכאים להיכנס אל המרחב מבלי שהוענק להם היתר מיוחד, הכורך עימו מטבע הדברים טיפול ביורוקרטי אל מול גורמי המינהל האזרחי. בנסיבות אלה נראה כי הפגיעה הקשה הנגרמת לתושבי המרחב כמו ברורה מאליה.

המענה העיקרי מטעם המדינה לפגיעה זו מוצא כאמור את ביטויו במסגרת האפשרות, הקיימת על-פי הנהלים, להגיש בקשה לקבלת היתר כניסה למרחב התפר "לבעל עניין מזדמן", המקבל היתר לצרכים אישיים לפרק זמן שיקבע על-ידי הרשות

המוסמכת. בהתאם לקפ"ק, היתרים אילו מוענקים לצורכי ביקור ולצרכים אחרים שאינם נמנים עם העילות בקפ"ק ונקראים "היתר חריג". מן הנתונים שסיפקה המדינה עולה כי למשל בשנת 2007 הונפקו כ-11,015 היתרים לצרכים אישיים, בשנת 2008 כ-7,200 ובשנת 2009 כ-5,203. מכאן עולה כי על-פני הדברים אכן חלה ירידה משמעותית במהלך השנים בהנפקת היתרים אלה. איננו יודעים מהם הטעמים העומדים בבסיס ירידה זאת - האם מדובר בנתון מקרי או שמא, כטענת העותרים, נובע הדבר מקשיים בהם נתקלים מבקרים המעוניינים להיכנס למרחב התפר - אך נראה לנו בכל מקרה כי על המינהל האזרחי לגלות גמישות בנכונותו להנפיק היתרים אלה, המהווים, כך נראה, נדבך מרכזי ביכולתם של התושבים במרחב לשמור על קשרי קהילה וחברה עם משפחותיהם וחבריהם המתגוררים באזור. גישה המאפשרת כניסה לא רק לבני משפחה אלא גם לכלל התושבים המקיימים קשרים חברתיים ועסקיים עם תושבי המרחב, חיונית לשמירה על מרקם החיים. גישה זו לא תפגום במסגרת החלה במרחב שכן בכל מקרה תחייב את המבקשים להגיש בקשותיהם בהתאם לנהלים שנקבעו על-ידי המשיבים עצמם, ומן העבר השני תביא לצמצום הפגיעה בתושבים הקבועים וכן בתושבים הפלסטינים המבקשים להיכנס למרחב התפר. כאמור לעיל, ממילא הנהלים הקיימים מאפשרים גם היום הגשת בקשות להיתרים כאמור, כך שדברינו מופנים בעיקרם כלפי המדיניות הנוהגת בהנפקתם.

37. אשר על כן, ובכפוף להערוותינו לעיל המתייחסות להיבטים שונים בהסדרים הקיימים, ובהינתן העובדה כי עסקינן בשטח סגור, לא מצאנו כי הוצגו בפנינו הסדרים אחרים המגשימים באופן דומה את התכלית הביטחונית שפגיעתם בזכויות התושבים פחותה. לפיכך, באנו לכלל מסקנה כי ההסדרים שהוחלו במרחב התפר עומדים במבחן המידתיות השני.

38. אך כאמור, בבחינת ההסדרים עצמם אין די. כפי שציינה המדינה, את מידתיות הפגיעה הנגרמת בזכויות התושבים יש לבחון לא רק על רקע ההסדרים והנהלים הכתובים שגובשו, אלא גם על רקע המציאות בה מיושמים הסדרים אלה הלכה למעשה, החל מהליך הטיפול בבקשות וכלה במשטר המעברים הנוהג. היבטים יישומיים אלה מאפשרים לבית המשפט לגבש עמדתו בשאלת מידתיות הפגיעה בפריזמה רחבה, ומכאן חשיבותם.

ואכן, רבות מן הטענות שהועלו בעתירות, נוגעות הלכה למעשה להיבטים המתייחסים לאופן בו מוחל משטר ההיתרים דה-פקטו. כך, יוצאים העותרים נגד הליכי הטיפול המסורבלים בבקשות שנועדו לשיטתם להקשות על האוכלוסייה המקומית;

טוענים כי אין מדובר בהליך הוגן כחובת המשפט המינהלי ומצביעים על הקשיים המעשיים שבקיום חיי שגרה תקינים תחת משטר ההיתרים והמגבלות המוטלות על פתיחת השערים השונים. לשיטת העותרים, המציאות בשטח הינה "מציאות של הרס מרקם החיים של התושבים, ונישול נמשך של אנשים ממקורות פרנסתם, ומאדמותיהם; מאורחות חייהם וממשלח ידם. מעל לכל שולל המשטר המדובר מתושבי מרחב התפר ומחקלאים המבקשים גישה לאדמותיהם את אנושיותם וכבודם". העותרים הציגו בעניין זה נתונים שונים שנועדו לתמוך בעמדתם בהקשרים אלה. בכלל זה, ביקשו העותרים בהודעותיהם המעדכנות להוכיח בפנינו כי המדינה נוקטת במדיניות מחמירה שהביאה לצמצום במספר ההיתרים המונפקים במרחב התפר.

המדינה מצידה יחסה חשיבות רבה להיבטים אלה, והקדישה חלקים נרחבים מכתב תשובתה ומהודעותיה המעדכנות למהלכים שנוקטים על-ידה להביא לשיפור הטיפול בתושבים הפלסטינים הלכה למעשה - הן בייעול הטיפול בבקשות שונות לקבלת היתר והן בשיפור הסדרי הכניסה למרחב עצמו.

39. מבחינת מכלול הנתונים שהציגה לנו המדינה מתקבל הרושם כי על-פניו מודעים המשיבים לקשיים שיוצר משטר ההיתרים והם פועלים בדרכים שונות לצמצום הפגיעה הנגרמת מהחלתו, תוך שיפור מנגנוני הטיפול בבקשות השונות ובשמירה על אורח חיים שוטף בין שטחי האזור לשטח מרחב התפר. מן העבר השני, לא מצאנו כי עלה בידי העותרים להצביע על פגמים מהותיים בהליכי הטיפול שאימצה המדינה במסגרת החלתו של משטר ההיתרים. כאמור לעיל, כפי שהוצג בפנינו, גובשו נהלים מפורטים בעניין הטיפול בבקשות השונות להנפקת היתרים, הכוללים טפסים רלוונטיים המפורטים בין היתר את המסמכים השונים הצריכים לכל בקשה על-פי טיבה ומהותה. כן גובשה מסגרת סדורה לטיפול בבקשות כאמור, המאפשרת הליך ערר ושימוע במסגרתו. מן הנתונים שהוצגו בפנינו אף עולה כי מדי שנה מאושרות עשרות אלפי בקשות של תושבים פלסטינים להיתרים לצרכים שונים, ואף בכך יש כדי ללמד על התנהלות סבירה של המנגנון שהוקם לצורך הטיפול בעניין. כך, עולה מן הנתונים שצורפו להודעה המשלימה כי בשנת 2007 אושרו כ-30,000 היתרים, בשנת 2008 כ-29,000 ובשנת 2009 (עד מועד הגשת הודעתה המעדכנת של המדינה) כ-17,000 היתרים. לצד זאת, התרשמנו כי המדינה ממשיכה ופועלת לעיצובם של הסדרים פרטניים שיקלו על מעברם של התושבים למרחב התפר ויציאה ממנו - בהתחשב בצרכים השונים של התושבים - תוך שיפור המעברים בין מרחב התפר לשטחי איו"ש ושידרוג דרכי הגישה השונות ביניהם. במצב דברים זה, לא מצאנו כי עלה בידי העותרים להקים עילה שתצדיק התערבותנו לשינוי מערך הטיפול שגובש וכן

בהתערבות בהסדרים הכלליים לגישה למרחב התפר, והתרשמנו כי הצעדים שנקטו לשיפור המעברים ודרכי הגישה מסייעים במידה מסוימת לצמצום הפגיעה בזכויות התושבים הפלסטינים בעקבות ההחלטה על סגירת השטח. כמו כן נציין, כי גם בהיבט זה העתירות כפי שהוגשו, אינן מאפשרות לערוך בחינה פרטנית באשר למציאות הנוהגת בשטח. זאת, כיוון שלא מובא בפני בית המשפט מקרה קונקרטי המצביע על פגם במערך שהוקם על-ידי המדינה לצורך טיפול במשטר הייחודי שהוכרז במרחב התפר, אשר למולו ניתן לבחון את יתר השיקולים שחייבו התנהלות כזאת או אחרת מצד המשיבים (והשוו: עניין מראעבה, עמ' 534). ממילא אין בידינו לבחון במצב דברים זה האם יש פער בין הצהרות המדינה למצב הדברים בשטח.

נוכח כל האמור, לא מצאנו להתערב בכלל מערך הטיפול שגיבשו המשיבים ובאופן בו מוחל בפועל משטר המעברים בשטח מרחב התפר.

עם זאת, נעיר כי לא מצאנו במסגרת הליכי הטיפול השונים כי המינהל האזרחי נטל על עצמו מחויבות בנוגע למשך הזמן הנדרש לצורך טיפול בבקשות השונות המונחות לפתחו, חרף החשיבות הטמונה בטיפול מהיר ויעיל בבקשות אלו, שנועדו לאפשר המשך מרקם חיים שוטף ודינמי ככל הניתן עבור תושבי מרחב התפר ותושבים פלסטינים המתגוררים מחוצה לו ומבקשים להיכנס אליו. מטבע הדברים, משך הזמן הנדרש לטיפול בכל אחת מן הבקשות שונה, וכך גם משך הזמן הסביר לטיפול בהן, בהתאם לדחיפות העניין ומידת הפגיעה הנגרמת לתושב. במצב דברים זה, אנו סבורים כי על המשיבים לגבש מסגרת זמנים סבירה לטיפול בבקשות השונות, בהתאם למאפייניהם הייחודיים, כך שיתאפשר לתושבים להיערך בהתאם לצרכים השונים בהגשת בקשת מתאימות. כן תאפשר מסגרת זמנים סבירה לשמור על רצף תקין ועקבי של חיי התושבים, כמתחייב.

סיכום - מבחן המידתיות השני

40. כאמור לעיל, בחנו בשלושה מישורים - בעלי זיקה ביניהם - האם ההחלטה על סגירת השטח לצד החלת הסדרים ייחודיים ונקיטת פעולות שונות להביא ליישומם עומדת בדרישות מבחן המידתיות השני. לאחר בחינה משולבת זאת, ובכפוף לכל העדותינו לעיל, לא מצאנו כי קמה עילת התערבות בהסדרים שגיבשה המדינה, שכן התרשמנו כי בגיבושם הציבו המשיבים לנגד עיניהם את זכויות התושבים המוגנים ופעלו ליצירת הסדרים שיצמצמו את הפגיעה הנגרמת להם, תוך הגשמת התכלית הביטחונית לה נועדו, ולא מצאנו כי קיימות אלטרנטיבות טובות יותר להגשמת תכלית

זאת. קביעתנו זו מתבססת לא רק על ההסדרים גופם, כי אם אף על המהלכים שנוקטת המדינה על-מנת להביא ליישומם של ההסדרים דה-פקטו ולמשטר המעברים המונהג על-ידה. אשר על כן, באנו לכלל מסקנה כי בכפיפות להערוותינו עומדות פעולות המשיבים אף בדרישות מבחן המידתיות השני.

מבחן המידתיות השלישי - מידתיות במובן הצר

41. האם חומרת הפגיעה בתושבים כתוצאה מסגירת השטח והחלת משטר ההיתרים עומדת ביחס ראוי לתועלת הביטחונית הצומחת מסגירת השטח? כאמור, תכלית סגירת השטח הינה תכלית ביטחונית מובהקת, הקשורה אינהרנטית לתכלית העומדת ביסוד הקמת גדר הביטחון. הגדר, ומרחב התפר כנגזרת שלה, נועדו לאפשר למדינת ישראל להתמודד עם הטרור הפלסטיני הרצחני שפגע ומבקש לפגוע בה ובתושביה. תועלת זו, שבבסיסה מקופלת ההכרה בחשיבות שבשמירה על עקרון קדושת החיים, הינה בעלת חשיבות של ממש ולפיכך תכלית ראויה. אין ספק כי למול תועלת זו, וכפי שפרטנו בהרחבה לעיל, נוצרו ההסדרים החלים במרחב התפר שנגרמת מהם פגיעה בזכויותיהם של התושבים הפלסטינים. ברם, וכפי שציינו, בכפוף למספר שינויים בהסדרים גופם, נראה כי המערך הכולל - ההחלטה על סגירת השטח לצד קביעת הסדרי כניסה ושהייה בו ונקיטה בצעדים שונים בשיפור הטיפול בבקשות להיתרים ובהקלה על מעברים למרחב התפר - מביא לצמצום הפגיעה הנגרמת לאוכלוסייה הפלסטינית. אשר על כן, באנו לכלל מסקנה כי הפגיעה הנגרמת בתושבים - גם אם אין להקל בה ראש - אינה מהסוג שניתן לומר עליה שהיא גוברת על התועלת הביטחונית שבסגירת השטח. לפיכך, נראה לנו כי ההחלטה על סגירת השטח וההסדרים השונים שהוחלו בעקבותיה מקיימים אף את מבחן המידתיות השלישי.

סיכום - מבחני המידתיות

42. סיכומם של דברים, ובשים לב למכלול ההיבטים שבחנו לעיל, באנו לכלל מסקנה כי בכפוף למספר שינויים המתחייבים בהסדרים לגופם כפי שפורטו בהרחבה, עומדת ההחלטה להורות על סגירת השטח וההסדרים שגובשו בעקבותיה במבחני המידתיות. לפיכך, ניתן לומר כי בהחלטתו על סגירת שטח מרחב התפר לצורך הגשמת התכלית הביטחונית הפעיל המפקד הצבאי את סמכותו בהתאם לדין.

לכאורה, משהגענו למסקנה אשר הגענו, ניתן היה לסיים את דיוננו. ברם, וכפי שצוין לעיל, בעתירות הועלו עוד מספר טענות המשתייכות לקבוצת הטענות הראשונה - המבקשת לתקוף את עצם ההכרזה על מרחב התפר - והמלמדות לשיטת העותרים על העדר החוקיות של משטר ההיתרים, ונתייחס עתה בקצרה לטענות אלה.

טענות נוספות של העותרים

הפליה וענישה קולקטיבית

43. טענה מרכזית נוספת בטיעוני העותרים (בעיקר במסגרת עתירת המוקד) הינה כי משטר ההיתרים מפר את זכותם של התושבים המוגנים לשוויון, שכן על-פי הטענה האיסור שהוטל על התושבים הפלסטינים שאין ברשותם היתר כניסה למרחב מהווה הפליה פסולה על בסיס אתני-קבוצתי לעומת זרים וישראלים - בכלל זה תושבים ישראלים המתגוררים באזור - אשר כניסתם למרחב התפר אינה נמנעת.

44. דין טענת העותרים באופן בו הוצגה להדחות. כפי שפורט בהרחבה לעיל, ככל שמכירים אנו בצורך הביטחוני שעמד בבסיס הקמת גדר הביטחון, אין מנוס ממניעת כניסה בלתי מבוקרת של פלסטינים לתוך מרחב התפר. אין לנו אלא לקוות כי מדובר בצורך שהוא באופיו זמני, שכן בצד הצורך להלחם בטרור נפגעת למרבה הצער גם אוכלוסייה אזרחית תמימה, אך מכאן עד קבלת טענת העותרים ארוכה הדרך.

כן רואה אני לשוב ולייחד מספר מילים לאופן בו הוצגה טענתם של העותרים בעניין זה במסגרת עתירת המוקד. כאמור, העותרים בעתירה זו הקדישו כר נרחב לטיעון לפיו משטר ההיתרים נגוע בהפליה חמורה על בסיס אתני ולאומי, העולה לשיטתם כדי אפרטהייד. לפני זמן לא רב כבר מצאתי לנכון לייחס מספר מילים לשימוש הבלתי זהיר שנעשה במושג זה במסגרת עתירה אחרת. וכך ציינתי במסגרת בג"ץ 2150/07 עלי חסין מחמוד אבו צפיה נ' שר הבטחון (טרם פורסם, 29.12.2009), פסקה 5 לפסק הדין:

5. למרות ההבנה לצורך הביטחוני, מעורר השימוש באמצעים ביטחוניים מעין אלה, היוצרים הפרדה מוחלטת בין אוכלוסיות שונות בשימוש בכבישים ומונעים מקבוצת אוכלוסיה שלמה את השימוש בכביש, תחושה של חוסר שוויון ואף אסוציאציה של מניעים פסולים. התוצאה של הדרת קבוצת אוכלוסיה מסוימת

משימוש במשאב ציבורי הינה קשה ביותר. על כן, על המפקד הצבאי לעשות כל שניתן על-מנת לצמצם מצבים מסוג זה, ולמנוע את הפגיעה הקשה ואת תחושת האפליה הנלווית לה.

6. גם בהביאנו בחשבון כי הפרדה מוחלטת בין האוכלוסיות הנעות בכבישים היא תוצאה קיצונית ובלתי רצויה, עלינו להיות זהירים ומאופקים מהגדרות המקנות לאמצעי הביטחון הננקטים לשם הגנה על הנוסעים בדרכים משמעות של הפרדה המבוססת על אדנים פסולים של טעמי גזע ולאום. ההשוואה אותה ערכו העותרים בין השימוש בכבישים נפרדים מטעמי ביטחון לבין מדיניות האפרטהייד אשר ננקטה בעבר בדרום אפריקה ולפעולות אשר נלוו לה - אינה ראויה. מדיניות האפרטהייד מהווה פשע חמור ביותר, והיא מנוגדת לעקרונות היסוד של המשפט הישראלי, לדיני זכויות האדם הבינלאומיים, וכן להוראות המשפט הפלילי הבינלאומי. מדובר במדיניות של הפרדה גזעית והפליה על בסיס גזע ולאום, המבוססת על שורת פרקטיקות מפלות, אשר מטרתן ליצור עליונות של בני גזע מסוים, ולדכא בני גזעים אחרים. המרחק הרב שבין אמצעי הביטחון הננקטים על-ידי מדינת ישראל לשם הגנה מפני מתקפות טרור, לבין הפרקטיקות הפסולות של מדיניות האפרטהייד, מחייב להימנע מכל השוואה או שימוש בביטוי החמור. לא כל הבחנה בין בני אדם, בכל הנסיבות, הינה בהכרח הפליה פסולה, ולא כל הפליה פסולה הינה אפרטהייד. נראה, כי עצם השימוש בביטוי 'אפרטהייד' יש בו כדי למעט מחומרתו היתרה של פשע זה, אשר הקהילה הבינלאומית כולה התגייסה למגרו, ואשר כולנו מוקיעים. לפיכך, ההשוואה של מניעת תנועתם של תושבים פלסטיניים לאורכו של כביש 443 לפשע האפרטהייד, הינה קיצונית ומרחיקת לכת עד כי לא היה מקום להעלותה כלל".

והדברים יפים אף בנסיבות העניין שלפנינו.

כפי שהוזכר בהרחבה לעיל, ההחלטה על הקמת הגדר הביטחון גררה עימה פגיעה, לעיתים פגיעה קשה, באוכלוסיה הפלסטינית. בפסקי דין רבים, הכיר בית משפט זה בסמכותו של המפקד הצבאי בהקמת הגדר, על רקע הצורך הביטחוני הדוחק שבמציאת פתרונות למכת הטרור הקשה שהכתה במדינת ישראל, כשלצד זאת הורה למפקד הצבאי לעשות כל שביכולתו לצמצום הפגיעה הקשה הנגרמת לתושבים הפלסטינים מהקמתה. מרחב התפר ומשטר ההיתרים שהוחלו בו הינם תוצרי לוואי של גדר הביטחון. הם אכן פוגעים, מטבע הדברים, ברבים מן התושבים הפלסטינים שאין להם כל נגיעה לטרור ומבקשים להמשיך ולחיות את שגרת חייהם כפי שנהגו מימים

ימימה, אך מצב זה נגזר מצורך בטחוני שאין לנו אלא להביע תקווה כי יחלוף. בנסיבות אלה, רחוקה הדרך מקביעה כי ההבחנה במדיניות שהוחלה במרחב התפר נשענת על טעמים פסולים של דת ולאום. גם כאן, מצאתי לציין כי ההשוואה שערכו העותרים בין המדיניות שהוחלה במרחב התפר, שאדניה נשענים על טעמים ביטחוניים, לבין משטר האפרטהייד שהוחל בדרום אפריקה, אינה הולמת, קיצונית ומרחיקת לכת. השוואה זו, מתעלמת מהיבטים מהותיים הנוגעים למצב הייחודי במרחב התפר ונראה כי מוטב שלא הייתה מועלית.

45. אף טענות העותרים לעניין ענישה קולקטיבית אסורה אינן חדשות עימנו, והן מהוות חזרה על טענות שהועלו במסגרת העתירות השונות שהוגשו נגד גדר הביטחון (וראו, למשל, עניין בית טוריק, עמ' 821). בית המשפט לא מצא כי טענות אלה מעידות על פגם בסמכות המפקד הצבאי להקים את גדר הביטחון, נוכח התכלית הביטחונית העומדת בבסיסה. ואכן, בנסיבות הביטחוניות הקשות שנוצרו באזור, נראה כי לא היה מנוס מנקיטה בצעדים כנגד גורמי הטרור הפלסטיניים, הגוררים עימם פגיעה בכלל התושבים הפלסטינים, גם אם הם עצמם אינם מהווים איום בטחוני. במצב דברים זה, ועל רקע הזיקה ההדוקה בין תוואי הגדר להחלטה על סגירת מרחב התפר, נראה כי אף בנסיבות העניין שלפנינו דין טענות העותרים במישור זה להדחות. אכן, וכפי שכבר צוין בהרחבה, ההחלטה על סגירת מרחב התפר פוגעת באוכלוסייה הפלסטינית כולה, גם אם רוב הנמנים עליה אינם מעורבים כלל ועיקר בטרור. ברם, תוצאה זו הינה תוצר לוואי בלתי-נמנע של הפעולות שנוקטת המדינה על-מנת להגן על בטחון תושביה - באזור ובישראל - מפני ארגוני הטרור הפלסטיניים, ולפיכך אין לראות בה משום ענישה קולקטיבית המכוונת אל האוכלוסייה הפלסטינית ככזו (והשוו: בג"ץ 2847/03 חסן מערוף ראתב עלאונה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה והשומרון (טרם פורסם, 14.7.2003)).

סיכום

46. במסגרת פסק דיננו עסקנו בהרחבה במציאות הביטחונית המורכבת שהביאה להקמתה של גדר הביטחון. מהלך זה גרר עימו פגיעה קשה באורחות חייהם של רבים מבין הפלסטינים תושבי האזור. בפסיקתו של בית משפט זה נקבע פעמים רבות כי פגיעה זו הינה בלתי נמנעת בהתחשב בצורך הביטחוני המובהק שעמד בבסיס הקמת הגדר. עם זאת, בחן בית המשפט פעם אחר פעם האם הפגיעה שנגרמה מתוואי הגדר עומדת בדרישת המידתיות והאם פעל המפקד הצבאי בהתאם לחובות המוטלות עליו בצמצום הפגיעה בזכויות היסוד של התושבים הפלסטינים. כאמור, משטר ההיתרים שהוחל במרחב התפר מהווה תוצר לוואי של תוואי הגדר. אף בו יש כדי לגרום פגיעה

קשה בזכויות התושבים הפלסטינים - אלו המתגוררים בתחומו ואילו הנמצאים מחוצה לו. ההגבלות שמטיל משטר זה מקשות על ניהול אורח חיים תקין של תושבי מרחב התפר ושל אחיהם המתגוררים ביתר שטחי האזור. העותרים בעתירות שלפנינו הציגו תמונה קשה של מציאות החיים המורכבת עימה מתמודדים תושבים אלה מאז הוחל משטר ההיתרים. לא חלקנו על קיומם של קשיים אלה, ונראה כי אף המדינה מודעת להם היטב. עם זאת, גם הפעם, לא יכולנו להתעלם מן התכלית הביטחונית החיונית העומדת בבסיס ההחלטה על סגירת מרחב התפר, ולפיכך בחנו בכלים המשפטיים העומדים לרשותנו האם המפקד הצבאי עשה כל שביכולתו על מנת להביא לצמצום הפגיעה הנגרמת לתושבים תחת משטר ההיתרים. בנסיבות העניין, ובהינתן התשתית העובדתית שהונחה בפנינו, באנו לכלל מסקנה כי בכפוף למספר שינויים שפורטו בהרחבה לעיל, ההחלטה על סגירת מרחב התפר והחלת משטר ההיתרים במרחב עומדת במבחני החוקיות, ומכאן כי לא קמה עילה מצידנו להתערב בה. בקביעתנו זו נשענו כאמור לא רק על ההסדרים גופם, אלא גם על הצהרות המדינה בדבר מהלכים שננקטים על-ידה כל העת, ואשר נועדו להביא לשיפור מערך הטיפול בבקשות השונות כמו גם להקלת הנגישות למרחב התפר, תוך צמצום הפגיעה הנגרמת באורח חיי התושבים הפלסטינים.

לצד זאת, אין לנו אלא להביע משאלה ותקווה כי מצב הדברים בו חוצצת גדר בין חלקים באוכלוסייה המבקשים חיים משותפים עם יתר חלקיה, הינו מצב חולף תלוי מציאות זמנית קשה.

47. אשר על כן, ונוכח כל האמור לעיל, באנו לכלל מסקנה כי בכפוף להערוותינו בסעיף 36 ובסעיף 39 בכל הנוגע לשינויים הנדרשים בהקלת מעבר התושבים הקבועים לשטחי המרחב; אימוץ גישה מרחיבה בעניין העילות בעטיין ניתן לבקש הכרה של תושב קבוע ובעניין הנפקת היתרי "בעל עניין מזדמן" שאינם נופלים בגדר הקבוצות שנקבעו בהוראות, וכן ביחס לקביעת סד זמנים ברור לטיפול בבקשות השונות המוגשות למינהל האזרחי; דין העתירות להידחות, בלא צו להוצאות.

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, א' בניסן התשע"א (05.04.2011).

שופטת

המשנה לנשיאה

הנשיאה