

עבאסי ואח'

על ידי ב"כ עוה"ד עידו בלום ואח'

טלפון: 6283555; פקסי: 6276317

העותרים

נגד

אלוף פיקוד הדרום ואח'

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים ירושלים

טל': 02-6466590; פקסי: 02-6467011

המשיביםתגובה מקדמית מטעם המשיבים

1. בהתאם להחלטת כב' השופטת חיות מיום 17.4.08, מתכבדים המשיבים להגיש תגובתם המקדמית לעתירה זו.
2. עניינה של העתירה בבקשת העותרים מבית המשפט הנכבד, כי יורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יאפשרו לעותר 1 לצאת מהרצועה – דרך מדינת ישראל - לצורך לימודיו באוניברסיטה שבטוקיו, יפן.
3. המשיבים יטענו, כי דין העתירה להידחות על-הסף, מכיוון שעניינה בשאלה בעלת אופי מדיני-ביטחוני מובהק, בנסיבות הזמן והמקום, שבית המשפט הנכבד, ככלל, בהתאם להלכה הפסוקה, לא יראה להתערב בה.
4. המשיבים יטענו, כי ההחלטה האם לאפשר כניסת סטודנטים עזתיים לישראל, לשם יציאה דרכה לחו"ל, או מכל טעם אחר, נתונה לשיקול דעתם הרחב של ממשלת ישראל ושל גורמי הביטחון ואין כל עילה להתערב בה; בין אם מדובר בהחלטה המאפשרת, מטעמים מדיניים-בטחוניים, יציאת סטודנטים דרך ישראל לחו"ל, ובין אם היא החלטה שאינה מאפשרת זאת.
4. המשיבים יטענו, למעלה מן הצורך, כי דין העתירה להדחות גם לגופה, שכן על מדינת ישראל לא מוטלת כל חובה משפטית לאפשר לתושבי ישות טרור הנמצאת במצב של עימות מזוין ממשי ואלים מול ישראל להיכנס לשטחה, בין אם לצורך יציאה לחו"ל ובין אם לכל צורך אחר. לעניין זה נזכיר, כי מדינת ישראל מאפשרת כניסתם לישראל של תושבי הרצועה לשם טיפולים רפואיים ומטעמים הומניטאריים מיוחדים, ואף זאת מבלי שמוטלת עליה כל חובה משפטית לעשות כן. יחד עם זאת, כניסתם של סטודנטים מעזה לישראל לשם יציאתם ללימודים בחו"ל נמצאת הרבה מעבר לרף ההומניטארי אותו מוטל על ישראל לקיים על-פי כללי המשפט הבינלאומי.

דחיית העתירה על-הסף מכיוון שלעותר אין כל זכות להיכנס לישראל

5. למעשה, בהתחשב במצב הקיים, בקשתו של העותר היא לחייב את מדינת ישראל לאפשר את כניסתו מעזה לישראל על-מנת שיוכל לצאת דרך ישראל ליפן.
- ואולם, נקודת המוצא לענייננו היא, כי לעותר – שהינו פלסטיני תושב רצועת עזה – אין כל זכות שבדין להיכנס לשטח ישראל.
6. החל מיום 12.9.05, בשעה 24:00, הסתיים הממשל הצבאי של צה"ל בשטח רצועת עזה, ואיתו הסתיימה גם התפיסה הלוחמתית של צה"ל את רצועת עזה, על כל המשתמע מכך מבחינה מדינית, ביטחונית ומשפטית.
- החל ממועד תום הממשל הצבאי בחבל עזה, צה"ל אינו מפעיל עוד סמכויות ממשל צבאי ברצועת עזה, ובכלל זה סמכויות מכוח תחיקות הביטחון. ממועד זה, מלוא הסמכויות השלטוניות בכל שטחי הרצועה מסורות לרשות הפלסטינית (וכיום הן מופעלות, למעשה, על-ידי ארגון הטרור שתפס את השלטון ברצועה בכוח הזרוע לפני פחות משנה).
7. כך נקבע, לאחרונה, גם בפסיקתו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 9132/07 אל בסיוני נ' ראש הממשלה (טרם פורסם; ניתן ביום 30.1.08), כדלקמן:

"...בהקשר זה נציין, כי מאז הודש ספטמבר 2005, אין עוד לישראל שליטה אפקטיבית כנעשה בשטח רצועת עזה. הממשל הצבאי שהוחל בשטח זה בעבר בוטל בהחלטת הממשלה, וחילים ישראלים אינם שוהים באזור זה באופן קבוע ואף אינם מנהלים את המתרחש בו. בנסיבות אלה, אין מוטלת על מדינת ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת חושבי הרצועה ולשמור על הסדר הציבורי בתחומי רצועת עזה, לפי מכלול דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי. לישראל אין גם יכולת אפקטיבית במעמדה הנוכחי להשליט סדר ולנהל את החיים האזרחיים ברצועת עזה. בנסיבות שנוצרו, החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה; חובות אלה נובעות גם ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו חלوة כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל".

8. בית המשפט הנכבד קבע לא אחת בעבר, כי זכותה הריבונית של המדינה לקבוע מי ייכנס בשעריה, וכי היקף שיקול הדעת הנתון לרשויות בעניין זה הוא רחב ביותר.
- עמדה זו של בית המשפט עוברת כחוט השני בפסיקותיו בעבר הרחוק והקרוב (וראו, למשל, לעניין זה: בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1), 113).
9. לעניין זה נבקש להבהיר, כי עמדתו של בית המשפט הנכבד אף עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי, כמו גם עם המשפט הנוהג במדינות העולם, לפיו כל מדינה שומרת לעצמה זכות מוחלטת לקבוע אילו זרים ייכנסו אליה, וככלל, אין היא חייבת לנמק בפני אדם זר מדוע היא מסרבת להתיר את כניסתו לתחומה.
10. כידוע, סמכותו של שר הפנים ליתן רישיונות על פי חוק הכניסה לישראל, פורשה בבית משפט זה כסמכות בעלת שיקול דעת רחב ביותר (ראו, למשל: בג"ץ 431/89 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4)).
- ראו גם מדרך של קל וחומר את פסק הדין בבג"ץ 7277/94 פלוני נ' המושל הצבאי לחבל עזה, תק-על 95(2) 889, שם עתרו תושבים מרצועת עזה, עת הייתה נתונה בתפיסה לוחמתית, בבקשה לקבלת היתר יציאה לישראל, ובו נקבע כדלקמן:
- לאיש מן העותרים אין זכות קנויה להיכנס לישראל כדי לעבוד בה. ההחלטה אם להתיר כניסתם "לישראל, לצרכי עבודה או לצורך אחר כלשהו, נתונה לשיקול דעתו של המשיב..."
- בעניין זה ראו גם את פסק דינו של בית המשפט הנכבד מיום 23.11.06, בג"ץ 9135/06 שאמי נ' אלוף פיקוד מרכז, תק-על 2006(4) 2923, בו חזר בית המשפט הנכבד על פסקי-דין קודמים, בקובעו כדלקמן:
- "נקודת המוצא היא כי אין לעותר כל זכות שבדין להיכנס לתחומי מדינת ישראל, בין אם לצורכי עבודתו ובין אם לצורך אחר. מתן האפשרות להיכנס ארצה למי שאיננו תושב או אזרח מסור לשיקול דעתה הבלעדי של מדינת ישראל כחלק מריבונותה. הלכה זו נקבעה בשורה ארוכה של פסקי דין והיא בבהינת מושכלת יסוד."
- כן ראו: בג"ץ 11809/05 אלסיז נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2006(1) 2314 (2006); בג"ץ 2875/06 כואזבה נ' שר הביטחון, תק-על 2006(2) 4729 (2006); בג"ץ 11764/05 קרעאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2006(1) 2040 (2006); בג"ץ 5108/05 עודה נ' משטרת ישראל, תק-על 2005(3) 3546; בג"ץ 2475/06 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2006(2) 3865 (2006).

11. על אחת כמה וכמה הדברים האמורים לעיל נכונים כיום לגבי רצועת עזה, שאינה נתונה עוד לשליטה ישראלית ודיני התפיסה הלוחמתית אינם חלים עוד בתחומה, ומקל וחומר שדברים אלה יפים כאשר רצועת עזה היא כיום ישות עוינת, הנתונה לשליטתו של ארגון טרור, המנהל ממנה לחימה בלתי פוסקת נגד אזרחי ישראל ותושביה.

זאת ועוד: אף בעניין הומניטארי מובהק יותר מהעניין המועלה בעתירה שבפנינו – כניסתם לישראל של פלסטינים לצורך טיפול רפואי – קבע בית משפט נכבד זה במפורש, כי לתושבי הרשות הפלסטינית אין כל זכות קנויה להיכנס לישראל לצורך טיפול רפואי (בג"ץ 4920/06 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (טרם פורסם; ניתן ביום 25.6.06). הדברים שנאמרו שם נכונים שבעתיים בעניינם של תושבי רצועת עזה בעת הנוכחית.

12. מהאמור לעיל עולה בבירור, כי לעותר אין כל זכות שבדין, קל וחומר זכות מוקנית כלשהי לקבלת היתר כניסה לישראל, זאת היות שמלכתחילה אין לתושבי רצועת עזה כל זכות להיכנס לישראל, ולכל היותר מדובר באי-הענקת פריבילגיה בלבד (על אחת כמה וכמה בנקודת הזמן הנוכחית, עת מנהלת ישות הטרור השולטת ברצועה לחימה נגד תושבי מדינת ישראל, תוך הפרת כל כלל אפשרי כמעט של המשפט הבינלאומי (השוו: בג"ץ 5429/07 רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון, תק-על 2007(2) 5055 (2007); בג"ץ 11120/05 חמדאן נ' אלוף פיקוד הדרום (טרם פורסם; ניתן ביום 7.8.07)). מדינת ישראל אף אינה חייבת ליטול סיכונים כלשהם בהתרת כניסה לישראל, של זרים בכלל ושל תושבי רצועת עזה בפרט, ואף לא מוטל עליה כל נטל הוכחה בהקשר זה בעניינו של פלוני.

### דחיית העתירה על-הסף כיוון שמדובר בשיקולים מדיניים מובהקים

13. לצד העובדה כי לא קיימת כל חובה משפטית לאפשר כניסת תושבי עזה לישראל קיים מצב מורכב, הכולל, בין השאר, סיכון ביטחוני מוגבר מצד תושבי רצועת עזה (השוו: בג"ץ 11120/05 לעיל); המשך פעילות הטרור הנפשעת מצד ארגון הטרור השולט ברצועה כנגד תושבי מדינת ישראל, תוך הפרה בוטה של המשפט הבינלאומי; מגעים מדיניים שונים, הקשורים לעניין באופן ישיר או עקיף; וכיוצא באלה. הנטל לאזן בין כלל השיקולים הצריכים לעניין מוטל על הממשלה. בהתאם להלכה הפסוקה של בית משפט נכבד זה, בית המשפט הנכבד לא יתערב, בסיטואציות כגון דא, בשיקוליה של הממשלה.

14. מכוח היותה של הממשלה "הרשות המבצעת" של המדינה, היא זו שמוסמכת לנהל את ענייני החוץ והביטחון של המדינה. לעניין זה ראו: בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2), 455 (2000), בעמ' 471; בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647 (1994), בעמ' 651. וכן ראו בג"ץ 550/06 ובג"ץ 596/06 זאבי נ' ממשלת ישראל, תק-על 2006(1) 1893 (2006).

15. במסגרת סמכותה זו של הממשלה, החליט הקבינט המדיני-בטחוני ביום 19.9.07 (ההחלטה צוטיטה בסעיף 2 לפסק הדין בבג"ץ 9132/07 לעיל), כי נוכח השתלטותו של ארגון החמא"ס על רצועת עזה הפכה הרצועה ל"שטח עיון", הזהה כמעט מכל בחינה רלוונטית למדינת אויב עמה מתקיים מצב מלחמה. בעקבות זאת, החליט הקבינט להטיל הגבלות על העברת טובין לעזה, לצמצם את אספקת הדלק והשירותים לרצועה ולהגביל את התנועה לרצועה וממנה.

יחד עם זאת, נקבע כי ההגבלות דלעיל תוטלנה "לאחר בחינה משפטית ותוך התחשבות בהיבטים ההומניטאריים השוררים ברצועת עזה, מתוך כוונה להימנע ממשבר הומניטארי".

16. בית המשפט הנכבד חזר – פעם אחר פעם – על הקביעה כי ישנם נושאים, שראוי להם, מבחינה מוסדית, שלא להיות מוכרעים על-פי אמות מידה משפטיות גרידא. יפים לעניין זה דברי כב' השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2), 441 (1988) בעמ' 488, כדלקמן:

"סכסוך הוא שפיט מוסדית, אם ראוי לו לסכסוך שיוכרע על פי המשפט בבית המשפט. כסוך אינו שפיט מוסדית, אם ראוי לו לסכסוך שלא יוכרע על פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט. השפיות המוסדית עוסקת, איפוא, בשאלה אם המשפט ובית המשפט הם המסגרות הראויות להכרעה בסכוך. השאלה אינה אם ניתן להכריע בסכוך על פי המשפט ובבית המשפט, החשובה על שאלה זו היא בחיוב. השאלה הינה אם רצוי להכריע בסכוך - שהוא שפיט נורמטיבית - על פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט".

נבקש להפנות לכך, שבעניין שאף לו הייתה השפעה על איכות החיים ברצועת עזה – שאלת העברת כספי המסים שגובה ישראל עבור הרשות הפלסטינית – קבע בית המשפט הנכבד, בפסק דינו בבג"ץ 1177/06 **באואר נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם) כדלקמן:

"...גם העתירה הכללית אינה מגלה עילה להתערבותנו. העברת כספי המיסים לידי הרשות הפלסטינית נופלת בגדר סמכותו של שר האוצר מכוח סעיף 17 לחוק היישוב. בנסיבות העניין, אין יסוד להתערבותנו, כשם שלא היה יסוד להתערבותנו אילו החליט שר האוצר שלא להעביר הכספים. לשר האוצר סמכות רחבה בעניין זה. כל ממשלה והשקפתה שלה..."

וראו גם:

- בג"ץ 4481/91 **ברגיל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(4), 210, בעמ' 215.
- בג"ץ 2644/94 **פרצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מח(4), 341.
- בג"ץ 3784/95 **"בצדק" נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מט(5), 362.
- בג"ץ 3125/98 **עיאד נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון**, פ"ד נה(1), 913.
- בג"ץ 3507/02 **אגודת צדק תרדוף נ' ראש הממשלה**, פ"ד נו(3), 37.
- בג"ץ 550/06 **זאבי נ' ממשלת ישראל**, תקדין 1893 (1)2006.

17. נציין, כי מדינת ישראל רשאית, במסגרת החלטה או מחווה מדינית, לאפשר את הפריבילגיה של התרת כניסת סטודנטים מעזה לישראל לשם יציאה ללימודים בארצות הים, כפי שהחליטה במספר מקרים אחרים, והיא רשאית, מטעמים מדיניים-ביטחוניים ואחרים להחליט שלא לאפשר את הפריבילגיה הנ"ל.

ואולם, העדר נכונות למתן פריבילגיות לתושבי ישות עוינת, על רקע מדיני-ביטחוני, אינה מבססת עילה להתערבות בית המשפט הנכבד.

### מן הכלל אל הפרט

18. לעימות בין ישראל לישות הטרוריסטית השולטת בעזה פנים שונים: מדיניים, ביטחוניים, צבאיים, כלכליים ואחרים. פשיטא, שאזרחים שהם צד לעימות מזוין נפגעים ממנו.

19. אף בכל הנוגע לסוגיה הקונקרטית שלפנינו, עומדים על הפרק שיקולים לבר-משפטיים – שיקולים מדיניים וביטחוניים (במובנם הרחב) – אשר רשאית הייתה ממשלת ישראל – ואף מחובתה לשקול – בכל הנוגע לאופן ניהול ענייני החוץ והביטחון של המדינה.

20. דיני הלחימה במשפט הבינלאומי אינם מחייבים צד לעימות מזוין לאפשר לסטודנטים של הצד השני לעימות לעבור דרך שטחו למדינה שלישית, ודי בכך בלבד כדי להביא לדחיית העתירה על-הסף.

21. המשיבים יטענו, כי אין מקום שבית המשפט הנכבד, במסגרת שיקול הדעת המוקנה לו, יתערב בהחלטות הנוגעות לכניסת סטודנטים עזתיים לישראל לשם יציאה לחו"ל, שהן החלטות הקשורות בסוגיות מדיניות-ביטחוניות מובהקות, ועניינן באופן ניהול העימות המזוין עם ישות הטרור השולטת ברצועת עזה, וניהול מדיניותה של מדינת ישראל מול הרשות הפלסטינית, מדינות העולם וכיוצא באלה.

22. הדרישה המועלית בעתירה שבפנינו מצויה הרבה מעבר למינימום ההומניטארי הנדרש על-פי כללי המשפט הבינלאומי הנוגעים למצב של עימות מזוין מול ישות הטרור השולטת ברצועת עזה, ואף חורגת ממסגרת המדיניות שהתוותה בהחלטת הקבינט דלעיל.

23. דרישה מעין זו המועלית בעתירה – דרישה שאין חולק שהיא הרבה מעבר למינימום ההומניטארי הנדרש, כאמור – היא סוגיה הנמצאת בלב-לבה של סמכותו של הדרג המדיני להחליט על אופן ניהול העימות – בכלים צבאיים, מדיניים, כלכליים ואחרים. יכול הדרג המדיני להחליט כך, משיקולים מדיניים, ויכול הוא להחליט אחרת. בהתאם להלכה הפסוקה של בית המשפט הנכבד לא יתערב בית המשפט הנכבד בסוגיות מעין אלה.

24. המשיבים יטענו אפוא כי הסוגיה העומדת במרכזה של העתירה היא סוגיה מדינית-ביטחונית מובהקת, שאין זה ראוי שבית המשפט הנכבד, במסגרת שיקול הדעת הנתון לו, יידרש לה לגופה – בפרט בסיטואציה המדינית הנוכחית.

### דחיית העתירה לגופה

25. עמדת העותר, לפיה מדינת ישראל חייבת, לכאורה, לאפשר לו להיכנס לשטחה לשם יציאתו לחו"ל, איננה יכולה להתקבל. עמדה זו מתעלמת לחלוטין ממצב הלחימה בין מדינת ישראל לבין ישות הטרור השולטת ברצועה, ומהיעדר זכות כלשהי על-פי כללי המשפט הבינלאומי והישראלי. למשיבים לא ברור כיצד יכולים העותרים לטעון כי במצב לחימה, אחת המדינות הלוחמות חייבת לאפשר לסטודנטים נתיני המדינה (או הישות) הלוחמת השנייה להיכנס לשטחה לשם יציאה לחו"ל.

26. בהקשר זה, לא למותר יהיה לציין, כי מאז תחילת הלחימה בשטחים בכלל, ומאז השתלטותו האלימה של ארגון החמא"ס על הרצועה בפרט, כל הפעלה של המעברים לרצועה מסכנת באופן משמעותי את שלומם של החיילים והאזרחים המוצבים בהם. טעם זה כשלעצמו, יש בו כדי הביא למצמצום פעולת המעברים לשם צרכים הומניטריים בלבד.

27. לעניין הסכנה הטמונה בכל פתיחה של מעבר ארז לעת הזו ראו דברים שנאמרו בבג"ץ 5429/07 **רופאים לזכויות אדם נ' שר הבטחון**, תק-על 2007(2) 5055 (2007), כדלקמן:

"... לטענת המשיבים יש לזכור כי – כאמור מעלה – כל פתיחה של מעבר ארז כרוכה בסכנה לחיי החיילים והאזרחים הישראליים, ואירע לאחרונה מקרה – למשל – שבו נשים פלסטינאיות בהריון שאמורות היו לעבור על יסוד הומניטרי, היו בעצם מחבלות מתאבדות. על כן יש לצמצם את פתיחת השער רק להכרחי, כדי שלא ייווצר מצב שאדם חולה פלוגי יפעל בצורת "תמות נפשי עם"...".

אולם, מנגד, לא אנו – וגם לא העותרים – עומדים במעבר ארז וחשופים לסכנות הטרור בכל פתיחה שלו, ועל כן לא יהא זה הוגן ומן המידה כי נחשוף במחי עט את חיילי צה"ל והאזרחים במעבר לפתיחתו מעל להכרחי, וזו הטענה בהקשר זה..."

וכן ראו בבג"ץ 6339/07 **גזאווי נ' אלוף פיקוד הדרום** (טרם פורסם; ניתן ביום 29.7.07):

"הסירוב להתיר את כניסתם של העותרים לרצועת עזה הינו פועל יוצא של המצב השורר ברצועה בעת זו, ובסיכונים לחיי אדם הכרוכים בפתיחתו של מעבר ארז... נוכח אלה, לא מצאנו כי קמה – בנקודת הזמן הנוכחית – עילה להתערבותו של בית משפט זה בהחלטתו של אלוף פיקוד הדרום, בנסיבותיו הקונקרטיים של מקרה זה".

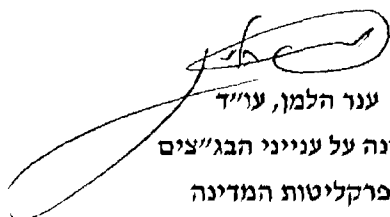
וכן ראו, לדוגמא, בג"ץ 6475/07 אבו לבן נ' אלוף פיקוד הדרום (טרם פורסם; ניתן ביום 30.7.07)

28. כאן המקום להזכיר, כי אך לאחרונה בוצעו שני פיגועים קשים במעברים בין רצועת עזה לישראל – במסוף הדלקים בנחל עוז, ובמעבר כרם שלום - אשר גבו את חייהם של שני אזרחים, וגרמו לפציעתם של 13 חיילי צה"ל, אחד מהם באופן קשה. מכאן, שארגוני הטרור שמו להם למטרה בימים אלה ממש לפגוע במעברים בין ישראל לבין שטח רצועת עזה, ולפגוע באזרחי המדינה ובחיילי צה"ל המצויים במעברים אלה.

29. המשיבים יטענו, שברור וגלוי, שאין כל עילה המחייבת את מדינת ישראל לסכן את חייהם של חיילי צה"ל במעבר ארז, וזאת על מנת לאפשר לתושבי עזה דוגמת העותר להיכנס לשטח מדינת ישראל, וזאת לצורך מעבר ללימודים בחו"ל.

30. סוף דבר, לאור כל האמור לעיל יתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירה – על-הסף ולגופה.

היום, כ"ב בניסן, תשס"ח  
27 באפריל, 2008

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