

026466355

בג"ץ 7235/09

40557

המוקד להגנת המסים  
נכנס ביום  
11-09-2009  
47463

בבית המשפט העליון

בשבתו בבית משפט גבוה לצדק

המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

ע"י ב"כ עו"ד נירית הייס ואח'

רח' אבו עוביידה 4, ירושלים

טל': 6283555 פקס': 6276317

העותר

נ ג ד

1. אלוף פיקוד הדרום

2. שר הביטחון

3. מדינת ישראל

על-ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים ירושלים

המשיבים

תגובה מקדמית מטעם המשיבים

1. בהתאם להחלטתו של כב' השופט מלצר מיום 10.9.09, מתכבדים המשיבים להגיש תגובתם המקדמית לעתירה.
2. עניינה של העתירה בבקשת העותר מבית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יאפשרו לאזרחי ישראל ותושביה לבקר אצל קרובי משפחתם ברצועת עזה במהלך חג אלפיטר.
3. המשיבים יטענו, כי דין העתירה להידחות על-הסף, בשל היעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד במדיניות המשיבים כלפי רצועת עזה.
4. מפקד פיקוד הדרום החליט, על דעת מערכת הביטחון, כי אין מקום, לעת הזו, לאפשר כניסתם של אזרחים ישראלים לרצועת עזה, פרט לתריגים הומניטאריים מיוחדים, וזאת בשל טעמים ביטחוניים מובהקים וקשורים למצב הביטחוני המיוחד השורר כיום ברצועת עזה. המשיבים סבורים כי אין כל עילה להתערב בהחלטה זו. עמדת המשיבים תוצג להלן.

026466355  
2התשתית הנורמטיבית

5. נקודת המוצא המשפטית הינה, שלאף ישראלי אין זכות להיכנס לשטח רצועת עזה, וכי כניסתם של ישראלים לשטח רצועת עזה אסורה, אלא אם קיבלו היתר מיוחד לעשות כן.
6. מאז מלחמת ששת הימים ועד לחודש אוקטובר 2000 עמד בתוקפו היתר כניסה כללי לישראלים לשטח רצועת עזה, שטח שהוכרז כ"שטח סגור" עוד בשנת 1967. בחודש אוקטובר 2000, לאחר פרוץ אירועי "גאות ושפל" ("האינתיפאדה השנייה"), הכריז מפקד נוחות צה"ל באזור על שטחי המועצה הפלסטינית ברצועת עזה כאסורים לכניסת ישראלים, אלא אם קיבלו היתר מיוחד לעשות כן.
7. על-פי ההלכה הפסוקה, לא הייתה לישראלים זכות כניסה לרצועת עזה, שכן השטח הוכרז כ"שטח סגור", וחופש התנועה של ישראלים אינו כולל את הזכות להיכנס לשטח שהוכרז כ"שטח סגור" (ראו סעיף 12 בפסק דינו של כב' הנשיא ברק בבג"ץ 9293/01 ברקה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(2) 509 (2002) (להלן – פרשת ברקה)).
8. הממשל הצבאי ברצועת עזה הסתיים ביום 12.9.05, ועימו בטלה וחלפה מהעולם תחיקת הביטחון ברצועת עזה.
9. כיום אסורה כניסתם של ישראלים לשטח רצועת עזה, וזאת מכוח הוראתו של סעיף 24(א) לחוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 (להלן – חוק יישום תכנית ההתנתקות), הקובעת כדלקמן:
- "החל ביום הפינוי של שטח מפונה, לא ייכנס ישראלי לאותו שטח, ולא ישהה בו, אלא בהיתר שייתן לו המפקד ובהתאם לתנאי ההיתר."
- יוער, שבסעיף 1 בצו יישום תכנית ההתנתקות (חבל עזה), התשס"ה-2005, שהוצא מכוח הוראת סעיף 22 לחוק יישום תכנית ההתנתקות, נקבע כי "השטח המפונה הוא כל רצועת עזה", ובסעיף 2 בצו נקבע, כי "יום הפינוי" הינו 15.8.05. עוד נוסף, כי בסעיף 2 לחוק יישום תכנית ההתנתקות נקבע, לעניין חבל עזה, כי "המפקד" הוא אלוף פיקוד הדרום (כיום – "מפקד פיקוד הדרום"), וכן מי שהוסמך על-ידו.
10. לפיכך, עד ליום הפינוי לפי חוק יישום תכנית ההתנתקות, כניסתם של ישראלים לשטחי המועצה הפלסטינית בעזה הוגבלה מכוח תחיקת הביטחון, ואילו כיום הכניסה אסורה – למעט אם ניתן היתר לכך מטעם "המפקד" – וזאת מכוח הוראת חוק מפורשת שחוקקה הכנסת.
- לעניין התשתית הנורמטיבית, ראו גם בפרשת גזאווי - בג"ץ 6339/07 עבד אל מועטי גברין מוחמד גזאווי נ' אלוף פיקוד דרום, תק-על 2007(3), 2330, 2331 (2007), שם התקבלה עמדת המשיבים בעניין הקרוב לעניין שבפנינו.

026466355

3

מדיניות המשיבים

11. על-פי המדיניות העקבית שנהגה בתקופה שקדמה להתנתקות מרצועת עזה (מדובר, כאמור, בתקופה של מספר שנים בטרם בוצעה תוכנית ההתנתקות), ככלל, כניסתם של ישראלים לשטחי המועצה הפלסטינית ברצועת עזה לא הותרה, וזאת בשל טעמי ביטחון מובהקים (ראו הפירוט בעניין זה שמופיע בפסק הדין בפרשת ברקה).
12. על-פי הפסיקה, השיקול הביטחוני הינו שיקול רלוונטי ומרכזי בנוגע להתרת כניסתם של ישראלים לתחום המועצה הפלסטינית ברצועת עזה. כך היה לפני יישום תכנית ההתנתקות (ראו פרשת ברקה) וכך אף לאחריה (ראו פרשת גזאוי).
13. עוד נוסף, שעל-פי המדיניות שנקבעה לאחר תחילת אירועי "גאות ושפל", נוכח הרצון להתחשב במידת האפשר ברצונם של ישראלים לבקר את קרובי משפחתם ברצועת עזה, איפשר המשיב 1, בכפוף להיעדר מניעה ביטחונית פרטנית, את כניסתם לשטח הרצועה של ישראלים, שביקשו לבקר ברצועה קרובי משפחה מדרגה ראשונה בשל קיומו של צורך הומניטארי חריג (חתונה, אירוסין, מחלה קשה, הלוויה וכדומה). בנוסף התיר המשיב 1, בהעדר מניעה ביטחונית פרטנית, את כניסתם לרצועת עזה של ישראלים הנשואים לאדם המתגורר בעזה.
- כמו כן, המשיב 1 התיר לישראלים, בהעדר מניעה ביטחונית פרטנית, להיכנס לשטח רצועת עזה לשם ביקור קרובי משפחה מדרגה ראשונה עימם לא נפגשו בשנה האחרונה, ובלבד שהבקשה הוגשה במהלך אחד מהחגים – עיד אל-אדחה, עיד אל-פיטר (למוסלמים), חג המולד או חג הפסחא (לנוצרים).
- עוד יצוין, כי ישראלים שלהם ניתן היתר ביקור ברצועת עזה היו רשאים לצרף כנלווים אף את קרובי משפחתם מקרבה ראשונה, שגילם אינו עולה על 18 שנים. לא למותר לציין, כי ההיתרים בהתאם למדיניות האמורה ניתנו באופן שוטף, בכפוף להנחיות הביטחונית, כפי שהשתנו מעת לעת. לעניין מדיניותם של המשיבים בעבר נבקש להפנות לתגובה המשלימה (מספר 2) שהוגשה בבג"ץ 10043/03, שצורפה כנספח ע/1 לעתירה.
14. גם לאחר יישום תכנית ההתנתקות לא שינה מפקד פיקוד הדרום באופן מהותי את מדיניות מתן ההיתרים לכניסתם של ישראלים לתחום רצועת עזה, בשל קיומם של טעמים הומניטאריים חריגים, כפי שפורטה לעיל, והכל בכפוף לשיקולים הביטחוניים המשתנים מעת לעת.

026466355  
4**מדיניות המשיבים כיום בנוגע לפתיחת המעברים ולכניסת ישראלים לרצועת עזה**

15. בשל המצב הביטחוני המיוחד מאז השתלטות החמאס על רצועת עזה (השתלטות שיש לה גם היבטים מדיניים), חל שינוי מהותי במדיניות ישראל בכל הנוגע לתנועת אנשים בין ישראל ורצועת עזה. המדיניות החדשה ממשיכה גם לאחר מבצע "עופרת יצוקה", ואף ביתר שאת. כך, למשל, התנועה דרך מעבר ארו מוגבלת כיום, ככלל, למקרים הומניטאריים, ובהם בעיקר מקרים רפואיים דחופים, מצילי חיים, מעבר עובדי ארגונים בינלאומיים, מעבר בני זוג ישראלים מ"משפחות חזיות" (כשבן הזוג השני מתגורר ברצועה), מעבר עיתונאים זרים במספר מצומצם, מעבר סוחרים בכירים בודדים אשר כלכלת עזה תלויה בהם, מעבר תושבי הרצועה למצרים (דרך מעבר ארו למעבר ניצנה) – וגם זאת בכפוף לשיקול דעתה של מדינת ישראל, שלא מוטלת עליה כל חובה בעניין זה. נזכיר את המובן מאליו: רצועת עזה נשלטת על-ידי ארגון טרור, היא הוכרזה כשטח עיון, ואין כל חובה המוטלת על המדינה לאפשר לאזרחיה להיכנס אליה.

**בסך הכל עוברים כיום במעבר מדי יום עשרות בני אדם בלבד, בממוצע, בניגוד לאלפי בני אדם שעברו במחסום מדי יום, בתקופות קודמות.**

16. המגבלות החלות על יציאה מהרצועה חלות גם על כניסה לרצועה בכלל וכניסתם של אזרחים ותושבים ישראלים לרצועה בפרט: היתרי כניסה לשטח רצועת עזה ניתנים לאזרחים ולתושבים ישראלים במשורה ובמקרים חריגים בלבד, בהם נמצאת הצדקה מיוחדת לכך. לשם המחשה יצוין, כי ככלל, לעת הזו, בשל הסיכון הנשקף לחייהם של ישראלים ברצועה לא מתאפשרת, למשל, כניסת עיתונאים בעלי אזרחות ישראלית לרצועה.

17. במסגרת בחינת מדיניות הפעלת המעברים לרצועת עזה, ולאחר מבצע "עופרת יצוקה", נערכת הערכת מצב ביטחונית עיתית, על-מנת לבחון את עניינם של ישראלים המבקשים להיכנס לרצועת עזה לצורך ביקור קרוביהם מדרגה ראשונה במהלך עיד אל-פיטר.

18. בעקבות הערכת המצב הביטחונית האחרונה בעניין, החליט מפקד הפיקוד, על דעת מערכת הביטחון, שלא לאפשר, לעת הזו, כניסתם של אזרחים ותושבים ישראלים לרצועת עזה במהלך עיד אל-פיטר. עם זאת, החלטה זו נבחנת ותמשיך להיבחן בעתיד, ומתן אישור לכניסת ישראלים לרצועה תישקל אם וכאשר הנסיבות הביטחוניות תאפשרנה זאת.

19. עמדת גורמי הביטחון הינה כי לעת הזו כניסת ישראלים לרצועת עזה, ומעבר של ישראלים בין רצועת עזה לבין ישראל, יוצרים סיכונים ביטחוניים משמעותיים, במספר היבטים:

026466355  
5

**ראשית**, השתלטות החמאס על רצועת עזה מגבירה מאד את החשש לחטיפת ישראלים לשם מיקוח. בחודש אוקטובר 2006, לדוגמא, נחטף אזרח ישראלי שנכנס לרצועה, על-ידי אנשי חמאס, הוחזק על-ידיהם ונחקר על-ידיהם. למותר לציין, כי לחטיפה של אזרח ישראלי ברצועה עלולות להיות השלכות קשות ביותר, הן במישור האישי והן במישור הביטחון הלאומי.

**שנית**, הסיכון הביטחוני באזור מעבר ארז גבוה גם במהלך התקופה האחרונה: מעבר ארז ומנהלת התיאום והקישור (להלן – **מת"ק**) הסמוכה אליו היו נתונים בשנים האחרונות להתקפות טרור ואיומי טרור. גם כיום קיים חשש מפעילות טרור במתווה זה.

לשם המחשה, אך לפני פחות מחודש, ביום 24.8.09 נורו 3 פצצות מרגמה למרחב מעבר ארז. מאירוע זה נפגע חייל צה"ל באורח קל בראשו. המעברים לרצועת עזה מאוימים באופן מיוחד על ידי ארגוני הטרור. כך, ביום 08.06.09 התרחש פיגוע חבלני לעבר כוחותינו במסגרתו זוהו 6 מחבלים ומספר טוסי תופת, אשר נועדו להתפוצץ על כוחותינו במרחב מעבר קרני. במקום האירוע אותרה זירת מטענים, שנועדה לפגוע בכוחות שיכנסו לרצועה במסגרת התגובה לאירוע.

לא למותר יהיה להדגיש, שצידו הפלסטיני של המעבר נשלט כיום, בפועל, על-ידי אנשי ארגון טרור, שלא יחסו לנצל כל פתיחה של המחסום לשם ניסיון לפגיעה או לחטיפה של החיילים והעובדים במעבר. זאת ועוד, כיוון שהשוטרים הפלסטינים שהיו בצידו הפלסטיני של המעבר נטשו אותו, אין גורם מהימן שמפקח כיום מהצד הפלסטיני על הפלסטינים המגיעים למעבר, ומוודא כי המגיעים למעבר הם אכן האנשים להם הונפק ההיתר, וכי לא מדובר בהגעה של מפגע שמתכוון לבצע פיגוע במעבר. כמו כן, נטישת המעבר על-ידי השוטרים הפלסטינים הביאה למצב, שאין כיום בצד הפלסטיני מי שמווסת את ההגעה למעבר, ומוודא שלא תיווצר התגודדות של אנשים אשר בחסותם יכול להסתתר מפגע.

לעניין הסכנה הטמונה בכל פתיחה של מעבר ארז - ודאי כאשר מדובר בפתיחה של המעבר לצורך מעברם של אלפי אנשים, כמבוקש בעתירה - לעת הזו ראו דברים שנאמרו בבג"ץ 5429/07 **רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון**, 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 גפשי 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

026466355

6

בחשוף במחי עט את חיילי צה"ל והאזרחים במעבר לפתיחתו מעל להכרחי,  
 וזו הטענה בהקשר זה..."

כן ראו: בג"ץ 4328/07 פתוח נ' מפקד אזור הדרום, תק-על 2007 (3) 1706; בג"ץ 6475/07  
 אבו לבן נ' אלוף פיקוד הדרום, תק-על 2007 (3) 2384.

20. מכיוון שכל פתיחה של מעבר ארז - ודאי שפתיחה "מיוחדת" לצורך מעברם של אלפי אנשים מישראל לרצועה כמבוקש בעתירה - מסכנת כיום בצורה חמורה ביותר את שלומם של החיילים והאזרחים המצויים במעבר, הרי שקיימת הצדקה ביטחונית להגביל מאד את התנועות במעבר, כפי שנהוג בשנתיים האחרונות, לעומת מה שהיה נהוג בעבר, ולצמצם ככל שניתן את מספר הפעמים שהוא נפתח, ואת זמני הפתיחה.

שלישית, קיים חשש ממשי לכך שייעשו ניסיונות לגייס אזרחים ותושבים ישראלים לארגוני הטרור השונים. הדברים מקבלים משנה תוקף על רקע המצב הביטחוני השורר כיום, בייחוד על רקע של מוטיווציה של ארגוני הטרור לפגוע בישראל, ועל רקע ההערכה המודיעינית בדבר קיום מוטיבציה גבוהה מצד ארגוני הטרור הפלסטיניים להוציא אל הפועל פיגועי טרור קשים בישראל. העובדה שיציאת תושבי הרצועה בכלל, ויציאתם לשטח ישראל בפרט, מוגבלת מאוד לעת הזו, הופכת את גיוסם של תושבים ואזרחים ישראלים המבקרים ברצועה לאטרקטיבית במיוחד בעיני גורמי הטרור.

21. עמדת המשיבים הינה כי השיקולים שפורטו לעיל מבססים את החלטתם שפורטה לעיל.

22. לצד האמור, הוחלט כי בעתיד תיבחן מחדש המדיניות הנוגעת לביקור של ישראלים ברצועה, וזאת בהתאם למצב ולהערכות הביטחוניות כפי שתתבררנה מעת לעת.

23. סופס של דברים, ככל שיישום מדיניות המשיבים בעניין שמעלה העותר פוגעת באינטרסים של ישראלים הרי שמדובר ביישומה השוויוני של מדיניות שהינה סבירה ומידתית. מדובר כאמור במדיניות שיישומה מתחייב מטעמים ביטחוניים גם עובר להפיכה הצבאית שביצע החמאס ברצועת עזה, ויישומה ודאי שמתחייב על רקע נסיבות הזמן והמקום.

#### התייחסות לטענת העותר כאילו המשיבים חרגו מ"התחייבותם"

24. העותר מבסס את עיקר טיעונו על הטענה כאילו קיימת "התחייבות", כביכול, של מדינת ישראל, לאפשר כניסת אזרחיה לרצועת עזה בחג אלפיטר לצורך ביקור קרוביהם.

25. לדברים אין שחר, ומוטב היה לעותר שלא יעלה טענה מסוג זה בפני בית המשפט הנכבד.

026466355,

26. כפי שיובהר מיד, המשיבים לא "התחייבו", במסגרת בג"ץ 552/05 לשמר לעולם ועד את המדיניות הקודמת, וממילא לא חרגו, כפי שטוען העותר, מ"התחייבותם", כביכול, לאפשר ביקורים של אזרחי המדינה ותושביה ברצועת עזה בעת החגים.

עיון בהודעת המשיבים עליה מבקש העותר להסתמך בסעיף ב' ברישא לעתירה - הודעה מעדכנת במסגרת בג"ץ 552/05 מיום 7.7.05 - מראה כי לטענת העותרים אין שחר.

בסעיף 11 להודעה המעדכנת הנ"ל (נספח 6/ע) לעתירה) כתבו המשיבים, כדלקמן:

"עוד נציין, כי המדיניות בעניין ביקורי ישראלים ברצועה נבחנת כל העת ביחס למצב הביטחוני ואם יוחלט על שינוי המדיניות תינתן על כך הודעה רשמית".

27. הנה כי כן, לא ב"התחייבות" מדובר, כטענת העותר, כי אם בהודעה בדבר המדיניות הנוהגת במועד שבו הוגשה התגובה, חודש יולי 2005. במסגרת אותה הודעה כתבו המשיבים **במפורש** את המובן מאליו: כי מדיניותם עשויה להשתנות מעת לעת. **בהמשך, למשל במסגרת בג"ץ 8250/07 שעניינו זהה לעניינה של עתירה זו, אכן הציגו המשיבים את השינוי במדיניותם באותה עת.**

28. העותר, אשר מטיח במשיבים האשמה חמורה בדבר חריגה מ"התחייבות", כביכול, אינו מציין כי המשיבים הודיעו כבר במועד "ההתחייבות" הנטענת, כי מדיניותם בנושא תוסף להיבחן ועשויה להשתנות, וכאשר שינו את מדיניותם אכן הודיעו על כך.

29. נוסף, כי לא ברור מדוע, לדעת העותר, שהגיש עתירתו זו בחודש ספטמבר, שנת 2009, הודעות המשיבים על מדיניותם בעניין כניסת ישראלים לרצועת עזה במסגרת עתירות לבג"ץ מהשנים 2003, 2004, 2005, 2006 וראשית 2007 (ר' סעיף 46 לעתירה) מהוות "התחייבות" שתוקפן לעולם ועד, בעוד שדווקא הודעותיו האחרונות של המשיב בדבר שינוי המדיניות מן המחצית השנייה של שנת 2007, אינן תקפות.

30. מכל מקום, לגופו של עניין, לדעת המשיבים, האירועים שקרו מאז שנת 2005, ושחלקם קרו מאז מחצית שנת 2007, הצדיקו שינוי של המדיניות הקודמת - מדיניותם כלפי רצועת עזה, ובכלל זה בנוגע לכניסת ישראלים לרצועת עזה: כך, למשל, תוכנית ההתנתקות שהתרחשה בשנת 2005; חטיפתו של החייל גלעד שליט בשנת 2006; השתלטותו האלימה של החמאס על הרצועה בקיץ 2007; ירי של אלפי רקטות ופגזים על יישובים ישראלים כמעט לכל אורך התקופה; תקיפות של מעבר ארז, פיגועים במעברים אחרים וניסיונות פיגוע נוספים שסוכלו, כמעט לכל אורך התקופה; מבצע "עופרת יצוקה"; וכיו"ב. כל אלה ואחרים הם אירועים שיש בהם כדי להשפיע על מדיניותה של ישראל כלפי ארגון הטרור השולט ברצועת עזה, על המדיניות ביחס לתנועת בני אדם מישראל לרצועת עזה, וכך גם על המדיניות הישראלית בסוגיה המועלית בעתירה. כאמור, המדיניות נבחנת כל העת בשים לב למצב, והיא תוסף להיבחן גם בעתיד.

026466355

31. יפים לענייננו דברים שיצאו מלפני בית המשפט הנכבד לפני כשנתיים, ואשר לא נס ליתם כלל, בפרשת גזאוו:

"...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 (וראו בהקשר זה: בג"צ 5429/07 רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (לא פורסם, 28.6.07, פסקה 5(ב)). נוכח אלה, לא מצאנו כי קמה - בנקודת הזמן הנוכחית - עילה להתערבותו של בית משפט זה בהחלטת אלוף פיקוד הדרום, בנטיבותיו הקונקרטיות של המקרה שלפנינו. יש לקוות, כי עם חלוף העיתים תשתנה תמונת המצב הבטחונית, באופן בו ניתן יהיה לשנות את המדיניות ביחס למעבר ישראלים לרצועת עזה.

סוף דבר - דין העתירה להידחות על הסף, וכך אנו מורים".

(ההדגשו הוספו)

32. המשיבים יטענו כי אף בענייננו, בנקודת הזמן הנוכחית, אין כל עילה להתערב בהחלטתם של המשיבים, המבוססת על טעמים ביטחוניים סבירים לחלוטין, וכי אף בענייננו דין העתירה להידחות על-הסף.

33. העובדות האמורות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של אלי"מ רועי אלקבץ, קצין אג"ם בפיקוד הדרום.

היום, כ"ב באלול תשס"ט

11 בספטמבר 2009

  
גלעד שידמן  
סגן לפרקליט המדינה