

העותרים

נ ג ד

המשיבים

1. גאנס
2. המוקד להגנת הפרט  
ע"י ב"כ עוה"ד ידין עילם ו/או שירה הרצנו  
רח' יהודה הלוי 45, תל אביב 65157  
טל': 03-5606080 ; פקס: 03-5606083

1. המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון
2. ראש המנהל האזרחי
3. היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון  
על ידי פרקליטות המדינה,  
משרד המשפטים ירושלים  
טל': 02-6466687 ; פקס: 02-6467011

תגובה מקדמית מטעם המשיבים

1. בהתאם להחלטת כב' השופט מלצר מיום 27.5.11, ולבקשה להארכת מועד שהוגשה, מתכבדים המשיבים להגיש תגובתם המקדמית לעתירה.

2. עניינה של העתירה בבקשת העותר 1 (להלן: "העותר") לקבלת היתר כניסה למרחב התפר לצרכים חקלאיים.

3. המשיבים יטענו, כפי שיפורט להלן, כי דין העתירה להידחות על הסף מחמת אי מיצוי הליכים. הגם שבקשת העותר לקבלת היתר תעסוקה במרחב התפר נדחתה, העותר לא הגיש, עובר להגשת העתירה, ערעור לוועדת השימוע במנהל האזרחי, שהינה הגורם המוסמך על פי נהלי המשיבים לדון בהשגות על החלטה לדחות בקשה להיתר תעסוקה במרחב התפר. זאת, חרף העובדה שהעותר הופנה מפורשות להגשת ערעור לוועדת השימוע, על ידי קצין פניות הציבור במנהל האזרחי. בנסיבות אלו, בהן לא מיצה העותר את ההליכים העומדים לרשותו בפני הרשות המוסמכת לכך, דין עתירתו להידחות על הסף.

להלן נפרט.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

4. העותר, כבן 21 שנים, הינו תושב הכפר דיר-אל-ג'ון שבנפת טול-כרם. כעולה מבדיקת המסמכים שהוגשו במצורף לבקשותיו, ומרישומי הטאבו שבלשכת רישום המקרקעין באזור יהודה ושומרון, ברשות משפחתו של העותר חלקת עצי זית במרחב התפר שגודלה כ- 43 מטר רבוע (להלן: "החלקה"). כן יצוין, כי לעותר ניתנו בעבר היתרי כניסה למרחב התפר לצרכי תעסוקה וחקלאות. תוקפו של ההיתר האחרון שהונפק לו פג ביום 9.1.11.

5. בחודש ינואר 2011 הגיש העותר בקשה לקבלת היתר כניסה למרחב התפר לצרכי תעסוקה בחלקה המשפחתית. יצוין, כי במועד הגשת הבקשה על ידי העותר, החזיקו שני הוריו של העותר בהיתרי תעסוקה במרחב התפר לצורך עיבוד חלקה זו.
6. לאחר בחינת המסמכים שצורפו לבקשה, בין היתר למול רישומי הטאבו בלשכת רישום המקרקעין; ומשנמצא כי גודלה של החלקה שלגביה נתבקש ההיתר אינו עולה על 43 מטר רבוע; ובשים לב לכך שלשני הוריו של העותרים ניתנו היתרים על מנת לעבדה, נדחתה בקשת העותר לקבלת היתר תעסוקה במרחב התפר.
7. בסמוך לאחר מכן, הגיש העותר בקשות נוספות לקבלת היתר כניסה למרחב התפר, שלא נענו, היות שבקשתו סורבה זמן קצר קודם לכן. ביום 17.2.11 פנה העותר ליועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון (להלן: "איו"ש") (ראו נספח ע/4 לעתירה). בפנייתו טען כי בבעלות משפחתו כארבעה דונם של אדמות חקלאיות במרחב התפר, הרשומות על שם סבתו מצד אביו. בתוך כך, ביקש כי יחודש היתר הכניסה שניתן לו בעבר למרחב התפר.
8. ביום 2.3.11 השיב לעותר קצין פניות הציבור במנהל האזרחי (להלן: "קצין פניות הציבור"), כי מבדיקה מול הגורמים המוסמכים עולה, שבקשתו סורבה משום שהקרקע אותה הוא מעוניין לעבד הינה מזערית (43 מטר רבוע). יחד עם זאת, צוין בתשובה כי באפשרותו של העותר להגיש ערעור במסגרת ועדת שימוע. כן צוין, כי אביו של העותר מתזיק בהיתר כניסה למרחב התפר לצורך תעסוקה (ראו נספח ע/5 לעתירה).
9. ביום 13.3.11 פנה העותר לקצין פניות הציבור, וביקש לדעת על מה נסמכו הגורמים המוסמכים במנהל האזרחי, בקובעם כי גודל הקרקע אותה הוא מבקש לעבד אינו עולה על 43 מטר רבוע, היות שלטענתו המסמכים שצורפו על ידו מעידים על כך שלמשפחתו ארבעה דונם של אדמות חקלאיות במרחב התפר (ראו נספח ע/6 לעתירה).
10. ביום 24.3.11 השיב לעותר קצין פניות הציבור, כי בקשתו סורבה היות שעל פי רישומי הטאבו גודלה של הקרקע הינו 43 מטר רבוע. כן צוין בתשובה כי "במידה ויש בדרשות מרשך מסמכים המוכיחים כי הקרקע אותה מעוניין לעבד גדולה יותר, אמליץ כי יפנה למנהלת התיאום והקישור הגזרתית בבקשה לעדכן את הרישום שבידינו" (ראו נספח ע/7 לעתירה).
11. ביום 31.3.11 שב העותר ופנה לקצין פניות הציבור, וצירף מסמכים שלטענתו מעידים על כך שגודל החלקה שברשות משפחתו הינו כארבעה דונם (ראו נספח ע/8 לעתירה).
12. ביום 5.4.11 השיב קצין פניות הציבור לעותר כדלקמן: "כפי שנמסר לך במכתבנו מתאריך ה-24/3/2011, במידה ומרשך מעוניין בעדכון הרישום שברשותנו הנוגע למקרקעין שבבעלותו, אמליץ כי תפנה אותו להגשת בקשה מתאימה במנהלת התיאום והקישור שבאזור מגוריו." (ראו נספח ע/9 לעתירה).
13. ביום 26.5.11 הוגשה העתירה דנן.

רקע - מרחב התפר והיתרים הניתנים בו

14. עקב פעולות טרור ופיגועים שבוצעו על ידי פלסטינים בתחום מדינת ישראל מאז פרוץ האירועים האלימים בספטמבר 2000, התליטה ממשלת ישראל בראשית שנת 2002 על הקמת גדר הביטחון לאורך קו התפר שבין ישראל לאזור יהודה ושומרון, ומניעת המעבר החופשי של תושבי איו"ש לשטחי ישראל הנמצאים ממערב לגדר.
15. תוואי גדר הביטחון נקבע על פי מכלול של שיקולים, ובראשם השיקול הביטחוני, וכן שיקולים נוספים, כגון שיקולים טופוגרפיים. בשל שיקולים אלו, תוואי גדר הביטחון אינו חופף לחלוטין את קו תחום איו"ש, ובמספר אזורים, עוברת גדר הביטחון בתוך תחום איו"ש באופן שיוצר מרחב של שטח איו"ש, המצוי בין גדר הביטחון לבין קו תחום איו"ש. שטחים אלו מוגדרים כ"מרחב התפר".
16. מאחר שאין כל מכשול פיזי המונע כניסה לישראל משטח האזור ב"מרחב התפר", ולנוכח הסיכון הביטחוני הטמון במעבר גורמי טרור ממרחב התפר לשטח מדינת ישראל, עשה המפקד הצבאי שימוש בסמכותו על פי הצו בדבר שטחים סגורים (אזור הגדה המערבית) (מס' 34) תשכ"ז – 1967, והכריז על שטחי מרחב התפר כשטח צבאי סגור שהכניסה אליו והיציאה ממנו אסורה ללא היתר.
17. ההנחה בבסיס ההכרזה על מרחב התפר כשטח צבאי סגור הינה, כי במתן אפשרות כניסה ויציאה חופשית מאיו"ש למרחב התפר וממנו לישראל ללא בידוק נוסף, טמון סיכון ביטחוני. מעבר ללא היתר עלול להיות מנוצל לפעילות כנגד ביטחון מדינת ישראל ואזרחיה.
18. ההכרזה על אזורים שונים שהם חלק מתחום איו"ש, אך מצויים בצידה ה"ישראלי" של הגדר כ"מרחב תפר", בוצעה באופן מדורג. ההכרזה על שלבים א' ו-ב' באזור השומרון נחתמה ביום 2.10.03 ואילו ההכרזה על שלבים ג' ו-ד' ועוטף ירושלים נחתמה ביום 5.1.09.
19. בהתאם לתחיקת הביטחון, ההכרזות על סגירת שטח אינן חלות על תושבים קבועים בשטח. סעיף 90(ד) לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378) התש"ל – 1970 קובע כי הימצאותו של תושב קבוע בשטח הסגור אינה מהווה הפרה של הצו.
20. לצד תעודות תושב קבוע במרחב התפר, ניתנים היתרים שונים נוספים: "היתר תקלאי במרחב התפר", "היתר תעסוקה במרחב התפר" וכדומה, המאפשרים לתושבי איו"ש להיכנס ולשהות במרחב התפר לצרכים שונים. התנאים שנקבעו למתן ההיתרים הנוספים מאזנים בין השיקולים הביטחוניים שהובילו לסגירת השטח, לבין חובתו של המפקד הצבאי לשמור על גישה סבירה לשטחי איו"ש המצויים בצידה ה"ישראלי" של גדר הביטחון, ולשמור ככל הניתן על מרקם החיים התקין של המתגוררים במרחב התפר ובאזור הסמוך לו.

21. בית המשפט הנכבד אישר באחרונה את חוקיותם ומידתיותם של ההסדרים הייחודיים שגובשו בנוגע לכניסה והשהייה במרחב התפר, ביחס לקבוצות שונות, במסגרת פסק דינו בבג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט נ' ממשלת ישראל, תק-על 2011(2), 94 (2011). בתוך כך, בנוגע למספר היבטים הורה בית המשפט הנכבד לבצע שינויים מסוימים בהסדרים הקיימים. ראשית, ביחס לתושבי האזור המחזיקים בתעודות תושב קבוע במרחב התפר, נקבע כי יש לאפשר את מעברם ממרחב התפר לשטח איו"ש דרך כל המעברים המצויים בשטח המרחב הרלוונטי; כן נקבע כי יש לאפשר עילות נוספות להגשת בקשה לקבלת תושבות קבועה במרחב התפר; עוד נקבע כי על המנהל האזרחי לגלות גמישות בנכונותו להנפיק היתרי כניסה למרחב התפר "לבעל עניין מזדמן"; ולבסוף קבע בית המשפט הנכבד כי על המשיבים לגבש מסגרת זמנים סבירה לטיפול בבקשות השונות, בהתאם למאפייניהן הייחודיים.

22. כאמור, הצורך הביטחוני מחייב, לעת הזו, מניעת כניסה בלתי מבוקרת של פלסטינים לתוך מרחב התפר, וזאת לשם שמירה על ביטחון האזור ועל ביטחונה של מדינת ישראל ותושביה ולשם שמירה על חיי הישראלים ביישובים המצויים ב"מרחב התפר". ההחלטה האם להנפיק לאדם תעודת תושב קבוע או היתרים מסוגים שונים למרחב התפר, אם בכלל, הינה החלטה המבוססת על הנתונים העובדתיים הקונקרטיים בעניינו של אותו אדם.

#### הוראות הרלוונטיות בקובץ פקודות הקבע של מרחב התפר

23. הכללים הנוגעים למגוריהם, כניסתם ושהייתם של תושבי האזור בשטח מרחב התפר מוסדרים בקובץ פקודות הקבע המכונה "קפ"ק מרחב התפר ונוהל הטיפול בשימוש לרעה בהיתר מרחב התפר" (להלן: "הקפ"ק"). בתוך כך, נקבעו בקפ"ק הקריטריונים לקבלת התעודות וההיתרים, תקופותיהם של התעודות וההיתרים הניתנים, וכיוצא באלה.

24. פרק ג' לקפ"ק, שכותרתו "הנפקת היתרים לתושבי איו"ש לצורך כניסה למרחב התפר ושהייה בו", הוא הרלוונטי לעניינו. מבין הוראות פרק ג', הצריכות לעניינו עוסקות בבקשה לקבלת היתר תעסוקה במרחב התפר.

מהות ההיתר הוגדרה בקפ"ק כדלקמן: "היתר תעסוקה במרחב התפר מונפק לתושב איו"ש אשר מועסק על ידי מעסיקים פלסטינים בעלי עסק או בעלי חלקות חקלאיות במרחב התפר." תוקף ההיתר הינו לחצי שנה (או לפי הצורך לעיבוד העונתי).

25. סעיף 29(ג) לקפ"ק קובע כי "במקרה של בקשה לתעסוקה אצל בעל אדמות חקלאיות במרחב התפר, הנפקת ההיתר תיעשה בהתאם לקריטריונים המוצגים בטבלאות קמ"ט חקלאות – סוג העיבוד, גודל החלקה, כמות המועסקים בחלקה, מועדי קבלת ההיתרים על פי העונה, וכו'."

עוד נקבע, בסעיף 31(א)(3) לקפ"ק, כי הזכאות לקבלת היתר תעסוקה במרחב התפר מותנית בהעדר מניעה בטחונית או מניעה פלילית.

26. סעיף 31(ב)(2) לקפ"ק קובע, כי מי שבקשתו לקבל היתר תעסוקה במרחב התפר סורבה, "זכאי לערער במסגרת ועדת שימוע, באמצעות הגשת בקשה תוך 60 יום ממועד סירובו."

בסעיף 31(ב)(5) לקפ"ק נקבע, כי "לא התקיימה וועדת שימוע משום שהמסורב לא הגיש בקשה לוועדת שימוע תוך התקופה הקצובה לכך (60 יום ממועד הסירוב) או לא התייצב לוועדה כפי שזומן על ידי המת"ק, ללא הודעה מראש, יש לראות את בקשתו כמסורבת. בפני המבקש תעמוד אפשרות להגשת בקשה חוזרת לאחר 6 חודשים מיום קבלת החלטת הסירוב (ההחלטה בגינה נקבע למבקש ועדת שימוע)".

צילום החלק הרלוונטי בקפ"ק, העוסק בבקשה לקבלת היתר תעסוקה במרחב התפר, מצורף ומסומן מ/ש 1.

27. סעיף 14 לפרק א' לקפ"ק מגדיר את תפקידה של ועדת השימוע כדלקמן: "וועדה שמטרתה לבחון את טענות המבקש במסגרת הליך קבלת ההחלטה בעניינו, וכן לבחון ערר של מבקש בשל סירוב בקשתו."

בתוך כך, מפרט סעיף 14 לפרק א' לקפ"ק את הרכבה של ועדת השימוע ונהלי עבודתה.

צילום סעיף 14 לפרק א' לקפ"ק, מצורף ומסומן מ/ש 2.

#### דין העתירה להידחות על הסף מחמת אי מיצוי הליכים

28. בקשת העותר לקבלת היתר תעסוקה במרחב התפר לצורך עיבוד החלקה של משפחתו, נבחנה בהתאם לקריטריונים שנקבעו על ידי קמ"ט חקלאות במנהל האזרחי להנפקת היתרים כאמור, קרי, בשים לב לסוג העיבוד, גודל החלקה, כמות המועסקים בה, העונה בה נתבקש ההיתר ועוד. הבקשה נדחתה הן משום שעל פי רישומי הטאבו שבידי המשיבים, גודל החלקה אינו עולה על 43 מטר רבוע, והן בשים לב לכך שבמועד הגשת הבקשה החזיקו שני הוריו של העותר בהיתרי תעסוקה במרחב התפר, לצורך עיבוד חלקה זו.

29. יחד עם זאת, עם קבלת ההודעה בדבר סירוב בקשתו, רשאי היה העותר להגיש, בתוך 60 יום ממועד הסירוב, ערעור בפני ועדת שימוע של המנהל האזרחי שהוסמכה לכך, בהתאם להוראות הקפ"ק. הודעה בדבר אפשרות הגשת הערעור אף נמסרה לעותר מפורשות בתשובתו של קצין פניות הציבור במנהל האזרחי מיום 2.3.11 (ראו נספח ע/5 לעתירה).

30. אף על פי כן, וחרף האמור בתשובתו של קצין פניות הציבור, לא הגיש העותר ערעור לוועדת השימוע, בהתאם להליך שנקבע בנהלי המשיבים להשגה על החלטה לדחות בקשה להיתר תעסוקה במרחב התפר. תחת זאת, ביכר העותר להמשיך ולפנות לקצין פניות הציבור בבקשה להשיג על נתוני המרשם בלשכת רישום המקרקעין, ביחס לגודל החלקה של משפחתו.

יצוין, כי גם לאחר שהופנה על ידי קצין פניות הציבור אל מנהלת התיאום והקישור, ככל שברצונו לתקן את הרישום במרשם המקרקעין באיו"ש, לא הוגשה מטעם העותר כל בקשה כגון דא.

31. בנסיבות אלו, משלא הגיש העותר, עובר להגשת העתירה, ערעור לוועדת השימוע על החלטת גורמי המנהל האזרחי לדחות את בקשתו, יטענו המשיבים כי דין העתירה להידחות על הסף מחמת אי מיצוי הליכים. יובהר לעניין זה, כי פנייה ללשכת היועץ המשפטי לאיו"ש או לקצין פניות ציבור איננה בבחינת תחליף להגשת ערעור לוועדת השימוע.

הלכה פסוקה היא, כי על המבקש סעד מידי בית המשפט הנכבד למצות תחילה את ההליכים העומדים לרשותו בפני הרשות המוסמכת. ראו, למשל, דברי בית המשפט הנכבד בבג"ץ 3280/10 חברת מואססת אלאקסא בע"מ נ' החברה הלאומית לדרכים ואח' (לא פורסם, 4.5.10), כדלקמן:

"דין העתירה להידחות על הסף. הלכה היא מקדמת דנא כי קודם שיפנה לקבלת סעד מבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, על מבקש הסעד לטווח בפני הרשויות המוסמכות את טענותיו, ולמצות את ההליכים מול רשויות אלה... ביסודו של כלל זה עומדת השאיפה לאפשר לרשות המינהלית לבחון את הטענות הנוגעות לעניינים הנתונים לסמכותה, לגבש את עמדתה בסוגיה וליתן את החלטתה. מיצוי ההליכים מול הרשות המוסמכת עשוי להביא את המחלוקת בין הצדדים לידי פיתרון ולייתר את הצורך בפנייה לבית המשפט. בנוסף, בטרם ניתנה כל החלטה על-ידי הרשות, לא קיים בסיס להפעלת ביקורת שיפוטית על-ידי בית המשפט..."

בהקשר לענייננו נזכיר, כי בית משפט נכבד זה פסק לא אחת כי פנייה ללשכת היועץ המשפטי לאיו"ש איננה בגדר פנייה לרשות המוסמכת שיש בה כדי לרפא פגם של אי מיצוי הליכים. ראו, למשל, בג"ץ 8871/10 אלבחור נ' שר הבטחון תק-על 2010(4), 3544 (2010), כדלקמן:

"על העותר לסעד מבית משפט זה בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, למצות תחילה את ההליכים העומדים לרשותו לפני הרשות המוסמכת (ראו למשל בג"ץ 778/08 נגמה נ' מדינת ישראל (11.5.2008)). העותר לא הגיש בקשה לרשות המוסמכת למטרת כניסה לישראל לצרכי תעסוקה. פנייה ליועץ משפטי לאיו"ש אינה בגדר פנייה לרשות המוסמכת (ראו בג"ץ 10417/07 אנג'אף נ' מפקד האזור (4.3.2008))."

משכך, דין העתירה להידחות על הסף מחמת אי מיצוי הליכים. זאת, כלל זה נפסק בשורת פסקי דין... העותר אינו רשאי לערוך "קיצורי דרך" אלא עליו לפעול בהתאם למתווה המנהלי המקובל בעניינו.  
[ההדגשות הוספו - ר.א.]

דברים אלו יפים אף בכל הנוגע לפנייה לקצין פניות הציבור במנהל האזרחי (וראו, בשינויים המחויבים, בג"ץ 10417/07 אנג'אץ נ' מפקד האיזור, תק-על 2008(1), 4046 ((2008)).

32. יחד עם זאת, לפנים משורת הדין, וחרף העובדה כי חלף פרק הזמן של 60 הימים (ממועד סירוב הבקשה) אשר נקבע בקפ"ק לצורך הגשת ערעור לוועדת השימוע, מסכימים המשיבים לאפשר לעותר לפנות עתה בערעור לוועדת השימוע, במסגרתה יוכל לשטוח את טענותיו לעניין גודלה של החלקה אותה הוא מבקש לעבד.

33. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט לדחות את העתירה על הסף, תוך חיוב העותר בהוצאות המשיבים.

היום, ד' סיון תשע"א

6 יוני 2011

ראובן איזלמן  
עוזר לפרקליט המדינה