

קבוע לדין ביום 11.9.2012

המבקשים

1. ג' ח'ליל, ת"ז
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר
ע"י ב"כ עו"ד דניאל שנהר ו/או אחי
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
מרח' אבו עובידה 4, ירושלים
טלפון: 02-6283555 פקס: 02-6276317

- נ ג ד -

המשיב

מפקד כוחות הצבא בגדח המערבית

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז ירושלים-אזרחי
רח' מח"ל 7, ירושלים, ת.ד. 49333, 97763
טל': 02-5419577 פקס: 02-5419582

כתב תשובה

המשיב מתכוון להגיש כתב תשובה מטעמו.

בפתח הדברים תבקש הח"מ להתנצל על העיכוב בהגשת כתב התשובה שנבע בין היתר מעומס רב המוטל על המשיב.

כללי

1. עניינת של עתירה זו בדרישת העותרת, גימילה ח'ליל כי תותר כניסתה לישראל לצורך ביקור בנה הכלוא בישראל, האסיר ו ח'ליל (ת"ז)'. יובחר כי האסיר לא נשפט "למאסר עולם" אחד כפי שמופיע בעתירה, אלא ל-16 מאסרי עולם מצטברים ועוד 50 שנות מאסר בפועל אשר ירצו אף הן במצטבר למאסרי העולם הנ"ל. כך בהתאם לעבירות המיוחסות לטאשם, אשר עיקרן עבירות הנחת פצצה, חברות בארגון הג'האד, עבירות ניסיון גרימת מוות בכוונה, שותפות לפיגוע ירי בו נהרג יבגני רייזר ו 7 שותפות לפיגועי התאבדות שאירעו בקניון השרון בנתניה, בשוק חדרה, בהם נהרגו 11 בני אדם, שותפות לפיגוע בו התפוצץ מחבל מתאבד במחסום ונרצחו בו סגן אורי בלמן ז"ל וטחאא עספרה ז"ל, וכן סיוע לפיגוע התאבדות הנוסף בקניון השרון בנתניה בו נהרגו 5 בני אדם.

מש/1 משיב כתב האישום וכן גזר הדין בעניין בנה של העותרת, אותו היא מבקשת לבקר.

2. המשיב טוען, כי דין העתירה דנן להידחות וזאת נוכח עמדת גורמי הביטחון המתנגדים לכניסתה של העותרת לישראל לצורך ביקור בנה הכלוא.

3. עמדת גורמי הביטחון הינה כי קיים חשש ממשי כי כניסת העותרת לביקור בנה הכלוא עשויה לסכן את ביטחון האזור ושלום הציבור.

4. פרטי החומר הביטחוני יובאו בפני בית המשפט הנכבד, ככל שכך ימצא לנכון ובהסכמת העותרת, במעמד צד אחד, שכן המדובר במידע מודיעיני מסווג שהינו חומר רגיש ואשר השגת פרטיו ואו מקורותיו עלולה לפגוע בביטחון המדינה ובשלום הציבור.

5. בסיבות אלה, מתנגד המשיב לאפשר לעותרת להיכנס לישראל לצורך ביקור בנה הכלוא, כמבוקש בעתירה – הכל כמפורט להלן.

ביקור העובדות הצריכות לעניין

6. בהתאם לתזונוים המצויים בידי המשיב, העותרת הינה תושבת עתיל שבגפת טול כרם, בת כ-53, גשואה ואם לאחד עשר ילדים.

7. על פי ראשומי המערכת הממוחשבת של המשיב, עלה כי העותרת החזיקה בעשרה חיתולי כניסה לישראל לצורך האמור בין השנים 2006-2012, כאשר האחרון היה תקף בין התאריכים 18.3.2011-18.3.2012 אך הוחרם בגין המניעה הביטחונית.

8. העותרת הגישה בקשה לקבלת חיתול חדש אשר הועברה לבחינת הגורמים הביטחוניים וסורבה על ידם.

9. בלי הסירוב הוגשה בקשה חדשה ביום 27.8.2012. לעניין הבקשה החדשה עתירה זו לכתב באי מיצוי חליכים.

10. לגופם של דברים, כאמור, גורמי הביטחון מתנגדים לכניסתה של העותרת לישראל לשם ביקור בנה הכלוא בשל חשש ממשי לסיכון ביטחון האזור ושלום הציבור.

עמדת המשיבים

המסגרת המשפטית – כניסת פלסטינים לישראל

11. עפ"י כניסת צה"ל לאזור יהודה ושומרון, הוכרז שטח זה כשטח סגור, אשר הכניסה אליו והיציאה ממנו טעונות חיתול מאת מפקד כוחות צה"ל באזור, וזאת על פי צו בדבר שטחים סגורים (אזור הגדה המערבית) (מס' 34), תשכ"ז – 1967.

12. אגב יהודה ושומרון, בהתאם לתחיקת הביטחון השוררת, הינו שטח סגור אשר הכניסה אליו והיציאה ממנו אסורות אלא אם ניתן חיתול ע"י מפקד כוחות צה"ל באזור או על ידי מי שהוסמך על ידו (ר' סעיף 90 לצו בדבר חוראות בטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), תשי"ל – 1970).

13. כניסתם של תושבים פלסטינים לישראל, באמצעות ההיתר הניתן על ידי מפקד האזור, הגנה מכוח צו הכניסה לישראל (פטור תושבי יהודה ושומרון, רצועת עזה וצפון סיני, ומרחב שלמה ורמת הגולן), התשכ"ח-1968, בו קבע שר הפנים, על פי סעיף 17(ב) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, כי היתר יציאה לישראל מטעם מפקד האזור, לצורך עבודה או לצרכים אחרים, לתושבי האזור, פוטר מן הצורך באשרה או רישיון על פי חוק הכניסה לישראל.

14. פסקת 2003 נחקק חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003. חוק זה הטיל, בין היתר, הגבלות על מתן אישורים לכניסה לישראל. סעיף 33 לחוק קובע כדלהלן:

"על אף הוראות סעיף 2, רשאי מפקד האזור לתת היתר לשהייה בישראל למטרה כמפורט להלן:

(1) טיפול רפואי;

(2) עבודה בישראל;

(3) למטרה זמנית, ובלבד שהיתר לשהייה למטרה כאמור יינתן לתקופה מצטברת שלא תעלה על שישה חודשים."

סעיף 33 לחוק מסייג את אפשרות מתן ההיתר במקרים בהם תושב האזור או בן משפחתו עלתה לראשונה לראשונה בטיחון ביטחוני למדינת ישראל, ע"פ קביעת גורמי הביטחון המוסמכים.

המעמד המשפטי של מפקד כוחות צה"ל באיו"ש

15. עפ"י כניסת צה"ל, בחודש יוני 1967, לאזור יהודה ושומרון, תפס מפקד כוחות צה"ל את השלטון הירדני, והחל פועל כממשל צבאי מכוח הוראות המשפט הבינלאומי. במסגרת הסמכויות המוקנות לו על פי המשפט הבינלאומי המנהגי ניתן למפקד הצבאי הישראלי הכוח לקבוע את המסגרת המשפטית שתחול על השטח המוחזק בתפיסה לחמיתית (ר' בג"ץ 390/79 זיוקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד ל"ד (1), 1).

החוק "כובעו" הראשי של מפקד כוחות צה"ל באזור, ובכובע זה מפעיל מפקד כוחות צה"ל את אזור את מנגנון הממשל הצבאי, ששלוחתו "האזרחית" היא המינהל האזרחי. סמכותו של מפקד כוחות צה"ל באזור היא לפי המשפט הבינלאומי, ופעילותו נועדה לשם הגשמת חובתו כלפי האזור בהתאם למשפט הבינלאומי, ובפרט לפי תקנה 43 לתקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית.

16. מטעם מדינת ישראל לא הוחל על אזור יהודה ושומרון, והעקרונות המשפטיים הפסטיים, שעל פיהם נשלט האזור ולפיהם נקבעת מערכת המשפט החלה בו מאז חודש יוני 1967, מוקנים למפקד כוחות צה"ל באזור ומקורם נעוץ בהוראות המשפט

הבינלאומי הפומבי (ר' בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד 1977).

17. **אזור יהודה והשומרון מוחזק על ידי ישראל בדרך של "תפיסה לוחמתית".** באזור זה ממשל צבאי, אשר בראשו עומד מפקד צבאי. כוחותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי יונקים מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, שעניינם תפיסה צבאית. על-פי הראותיהם של כללים אלה, כל סמכויות הממשל והמינהל מוחזקות בידי של המפקד הצבאי (ר' בג"ץ 393/82 ג'מעית אטכאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד ל"ז(4), 785).

18. **במסגרת דבר סדרי שלטון ומשפט (יהודה והשומרון) (מס' 2),** שתחילתו מיום 7.6.67, נקבעו העקרונות המשפטיים המנחים לפיהם ינהג הממשל הצבאי הישראלי. **לפי העקרון הראשון,** המשפט שהיה קיים באזור ערב כניסת כוחות צה"ל, ביום 7.6.67, ימשיך לנמך בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר הנ"ל או לכל צו, שיינתנו על-ידי מפקד כוחות צה"ל באזור, ובשינויים, הנובעים מכינונו של שלטון צה"ל באזור (סעיף 2 למנשר).

לפי העקרון השני, כל סמכות של שלטון, חקיקה או מינהל לגבי האזור או לגבי תושביו נתונה למפקד כוחות צה"ל באזור ותופעל על ידיו או על ידי מי שיתמנה לכך על ידיו או יטעל מטעמו (סעיף 3 (א) למנשר).

19. **הנה כי כן,** הן על פי הוראות המשפט הבינלאומי הפומבי – המנהגי וההסכמי – והן על פי תחיקת הביטחון שהותקה מכוחו, המפקד הצבאי הוא הריבון באזור יהודה והשומרון, ומשמש כחליפו של השלטון הירדני, לכל דבר ועניין, וכל זאת החל מתודש יוני 1967.

ביטוח הכלואים - רקע היסטורי

20. **החל משנת 1969,** עת לקח על עצמו ארגון הצלב האדום הבינלאומי לטפל בנושא ביקורי הכלואים, נכנסו פלסטינים לישראל למטרות ביקור קרוביהם הכלואים שם, כעניין שבשורה.

21. **בשנת 1991,** נכנסו הפלסטינים לישראל, בשנת 1991, נכנסו הפלסטינים לישראל למטרות ביקור כלואים באמצעות היתרים פרטניים, שהונפקו להם על ידי המנהל האזרחי.

22. **במהלך ספטמבר 2000** עבר הצד הפלסטיני למתקפת טרור קשה על ישראל ועל הישראליים באשר הם (להלן: "אירועי גאות ושפל"). פיגועי הטרור מתרחשים הן באיוש והן בישראל. הם מופנים נגד אזרחים וחיללים, גברים ונשים, זקנים וטף. פיגועי הטרור מבוצעים בכל מקום ואתר ובכלל זה בתחבורה הציבורית, במרכזי קניות ושוקים, בבתי קפה ובמסעדות.

אחרונה הטרור נוקטים באמצעים שונים ומגוונים, ובהם פיגועי ירי, פיגועי התאבדות תוך עיבוד בפצצות אדם מונחות, ירי פצצות מרגמה, ירי קטיושות ושימוש במכוניות תופת. הפיגועים הרג ודם בערים וביישובים, והם זוכים לתמיכת חלק מהאוכלוסייה האזרחית בכלל, וכן לתמיכתם של בני משפחה וקרובים בכרטיס (ר' בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (ניתן ביום 3.9.02), ובג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוביה נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5), 807).

23. אחרונה נאות ושפל הביאו להפסקת ביקורי הכלואים בבתי כלא ישראלים, וזאת בשל אחרונה הלחימה הקשים שהתרחשו באיו"ש, וכן בשל המצב הביטחוני ששרר בישראל באותה העת. החל מחודש מרץ 2003, אגב עבודת מטה ענפה שהתקיימה בין צה"ל, השב"כ, המנהל האזרחי, משטרת ישראל, השב"ט ומשרד המשפטים בעקבות בג"ץ 11190/02 דירייה נ' מפקד מתקן הכליאה הצבאי, הוחלט על התרת ביקורי הכלואים באמצעות ארגון הצלב האדום הבינלאומי, וכל זאת באופן הדרגתי. החל משלהי שנת 2003, חזרו לפעול ביקורי הכלואים במתכונת מלאה.

ביקורי כלואים - רקע משפטי

24. התחילה המשפטית הבינלאומית המעגנת את חובת המפקד הצבאי בשטח כבוש להתיר ביקורי כלואים מצויה בסעיף 116 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה:

"כל עציר רשאי לקבל מבקרים - ביחוד, אנשי משפחה קרובים - לעתים מזומנות ובתדירות האפשרית".

מלשון סעיף תאמנה עולה, כי הזכות לביקורי כלואים היא של הכלוא ולא של בני משפחתו.

25. כך גם לפי סעיף 12 לצו מס' 29, הצו בדבר הפעלת מתקן כליאה, שנחקק בתאריך 23.6.1957, שם נקבע, כי:

"(א) בלוא יורשה לקבל ביקור של בן משפחה במועדים ולמשך זמן כפי שיקבע ע"י המפקד או מטעמו".

"(ב) על אף האמור בסעיף משנה א' רשאי המפקד לאסור מטעמי ביטחון ביקורים אצל בלוא מסוים".

עולה איפוא, כי לא זו בלבד שהדין הבינלאומי מנהיג את חובת המפקד הצבאי להתיר ביקורי כלואים, אלא אף הדין פנימי באיו"ש - באמצעות צו מפקד כוחות צה"ל באיו"ש - מעגן חובה זו. מלשון הצו עולה, כי הזכות לביקורי כלואים היא של הכלוא ולא של בני משפחתו או כל אדם אחר.

26. ראוי לציין בחקשר זה, כי הן הדין הבינלאומי והן הדין המקומי באיו"ש, מקנים למפקד הצבאי, מרווח שיקול דעת באשר לצמצום זכותו של הכלוא לקבל ביקורים,

אחת מטעמי ביטחון. מכאן, שהן הדין הבינלאומי והן הדין המקומי מכירים בשיקולי הביטחון כשיקולים רלוונטיים, בנסיבות העניין, לצמצום בזכות לביקורי כלואים.

השיקולים הביטחוניים לעניין כניסת פלסטינים לישראל

27. כניסת האזור כשטח סגור וממילא גם השיקולים בדבר יציאה מן האזור יסודם, בין היתר, בשיקולי בטחון, היינו חשש לקיום סיכון בטחוני העלול להיגרם כתוצאה ממתן אפשרות של כניסה ויציאה חופשית מן האזור. אפשרות לכניסה וליציאה חופשית, בלי חוד למדינת ישראל, ללא צורך בחיתר, עלולה להיות מנוצלת לפעילות כנגד בטחון תושבי ישראל ותושבי האזור.

28. כניסת הפעלת שיקול הדעת של המפקד הצבאי בכל הנוגע להתרת כניסה לאזור וליציאת ממנו, הוא מצווה לשקול את מידת הסיכון הביטחוני ואו פוטנציאל הסיכון לטוב הציבור הכרוך בהיענות לבקשה, כולה או מקצתה, וזאת על מנת למנוע ניצול לרעה של חופש התנועה מן האזור אל מחוץ לו ובחזרה. כן מצווה הוא לשקול את אינטרס העל החיוני של שמירת בטחון האזור מחד גיסא, ורצונו של תושב האזור לצאת את האזור לצורך זה או אחר מאידך גיסא.

29. הנחת הבקשות לקבלת היתרי כניסה לצורך ביקורי כלואים נעשית תחילה לארגון הליב האדום, אשר מעביר את הפניות בצורה מרוכזת למינהל האזרחי. המינהל האזרחי בודק את הפניות על פי קריטריונים שנקבעו לשם כך, שעניינם קרבת משפחה וזמן של המבקש.

כנוסף לכך, בודק המינהל האזרחי אם מוזנת במערכות המידע מניעה ביטחונית כנגד המבקש, ומעביר את הבקשות לשם ביצוע אבחון פרטני אם קיימת מניעה ביטחונית. אם לאחר האבחון מביעים גורמי הביטחון התנגדות ביטחונית קונקרטיית לכניסת המבקש לישראל, התשובה מסורבת; אם אין התנגדות ביטחונית קונקרטיית, מופק למבקש היתר כניסה לישראל.

30. במהלך השנים דן בית המשפט הגבוה לצדק בעתירות רבות שעניינן סמכות המפקד הצבאי למנוע כניסה ויציאה מתחומי האזור. בפסיקה זו אישר בית המשפט, פעם אחר פעם, את מגוון השיקולים הביטחוניים, לרבות שלום הציבור, ששומה על המפקד הצבאי באזור לשקול בעת מתן החלטה על תנועת תושבים של האזור אל מחוץ לאזור או לתוכו מטעמי בטחון. קל וחומר כשהמדובר בכניסה לתוך ישראל, במצב הביטחוני כיום.

31. במהלך השנים לשיקולים בנוגע להתרת כניסה לישראל נקבע במפורש, כי כאשר בוחנת השטת מנהלית בקשה ליציאה מן האזור או לכניסה לתוכו, רשאית היא לשוות נגד עיניה את הסיכונים הביטחוניים הכרוכים בהיענות לבקשה. לצורך כך די בחשד סביר כדי לעשות בסיס לסירוב להענקת ההיתר.

32. בהתקשר זה יפים דבריו של בית המשפט העליון בבג"ץ 7277/94 פלוני נ' המושל הצבאי
גדליק עזת, תקדין-עליון, כרך (2)95 889. במקרה זה עותרו תושבים מרצועת עזה בבקשה
לקבלת היתר יציאה לישראל, ובו נקבע כי -

"...מתן היתר כמוף, לעולם, להיעדר טעם בטחוני המחייב
מניעת הכניסה. קיומו של טעם בטחוני כזה, ביחס למי
שהינו תושב האזור שבתחומי הרשות הפלסטינית, נלמד
- מכורח הנסיבות - ממידע מודיעיני. בזיקת וקביעת
אמינותם של מקורות מודיעיניים נתתות לגורמי שירות
הבטחון".

הראיון השני עוד, בג"ץ 11595/05 אחמד זכי נאג'ר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית,
תקדין-עליון (2006) 4, 4125.

מן הכלל את הפרט

33. במקרה דנן, בידי גורמי הביטחון מצוי מידע בטחוני חסוי המצביע על קיומו של חשש
ממשי כי כניסתה של העותרת לישראל עלולה לסכן את שלום הציבור ובטחונו.

34. כפי שבמסגרת שיקול דעתו של המשיב נבחנה אף העובדה כי ההיתר המתבקש על
ידי העותרת הינו לצורך ביקור בלבד המתבצע במסגרת הסדרי הביקור המאורגנים על
יד הצלב האדום. יחד עם זאת, ונוכח העובדה כי במקרה זה קיים חשש ממשי כי עצם
כניסתה של העותרת לישראל כמו גם בעצם פגישתה עם בנה בכלא, תהא סכנה
לביטחון האזור והמדינה, סורבה בקשתה לקבלת היתר לכניסה לישראל לצורך ביקור
הכסא.

כאמור לעיל, החומר הביטחוני החסוי שעמד ביסוד החלטת גורמי הביטחון יוצג לבית
המשפט הנכבד, אם תינתן הסכמת העותרת לכך, במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות.

סיכום

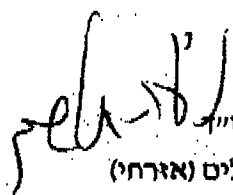
35. נושא ביקורי הכלואים הוא נושא מורכב מאין כמותו. מדובר בפרוייקט אדיר מימדים,
המערבים בו כשבעה גופים שונים, וכרוך בהשקעת משאבים עצומים. מנתונים
שנבטרו מלשכת היועץ המשפטי לאזור יהודה והשומרון עולה, כי בכל שנה מוגשות
עשרות אלפי בקשות להיתרי ביקורי כלואים, ובשנים האחרונות, עלה היקף הנפקת
ההיתרים בקרוב ל-100%.

36. יתרה מכך, המשיב משקיע מאמצים כבירים בהתמודדות עם כמות הפניות העצומה
בנושא, תוך מאמצים מערכתיים הכוללים שיתוף פעולה בין צה"ל, המנהל האזרחי,
השירות השב"ס, משטרת ישראל והצלב האדום.

ואמנם, חל שיפור משמעותי בכל הקשור לטיפול בבקשות תושבי האזור לקבלת היתרי כניסה לישראל למטרת ביקור קרוביהם בכלא, שיפור שאף גורמי הצלב האדום מודעים לנכונותו ויונים אותו לטובה.

37. כפי שציינו, אלו, כאשר עמדת גורמי הביטחון היא שכניסתה של העותרת לישראל עלולה לסכן את בטחון המדינה, החלטת המשטרה לא להתיר את כניסת העותרת לישראל הייתה החלטה סבירה, אשר אינה מקימה עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בה.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על זחיית העתירה ולחייב העותרים בהוצאות ובשכר טרחת עו"ד.


מנה אלשיך, עו"ד
פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)

3 ספטמבר 2013