

בעניין:

1. **קבהא, ת"ז**
פלסטיני תושב השטחים הכבושים
2. **צבאח, ת"ז**
פלסטינית תושבת השטחים הכבושים
3. **יאסין, ת"ז**
פלסטיני תושב השטחים הכבושים
4. **הרשה, ת"ז**
פלסטיני תושב השטחים הכבושים
5. **עבאדי, ת"ז**
פלסטינית תושבת השטחים הכבושים
6. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר –
ע"ר מס' 580163517**

ע"י ב"כ עוה"ד תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או אהרון מיילס קורמן (מ"ר 78484) ו/או מאיסא אבו סאלח - אבו עכר (מ"ר 52763) ו/או נאדין אבו ערפה (מ"ר 89020) ו/או עלמא אלימלך (מ"ר 82867)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל': 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם מדוע לא יתיר לעותרים 1-5 בפרט, ולגברים פלסטינים שגילם מעל 55 ולנשים פלסטיניות שגילן מעל חמישים, בכלל, להיכנס למרחב התפר ללא היתרים פרטניים דרך השערים החקלאיים שבגדר ההפרדה, ולא רק דרך מחסומי הכניסה לישראל.

התשתית העובדתית

משטר ההיתרים

1. בשנת 2002 החליטה ממשלת ישראל על הקמת גדר ההפרדה. לכאורה גדר ההפרדה היתה אמורה לחצוץ בין הגדה המערבית לבין מדינת ישראל, אך בפועל גדר ההפרדה לא הוקמה על הקו הירוק, אלא כ-85% מתוואי הגדר נבנה בתוך הגדה המערבית. החלק של הגדה המערבית שנכלא בין תוואי הגדר לבין הקו הירוק מכונה בפי מדינת ישראל "מרחב התפר", והוא משתרע על 9.4% משטחי הגדה המערבית שנכבשו בשנת 1967 (כולל ירושלים המזרחית).

2. עם הקמתם של חלקי הגדר שבתוך הגדה המערבית, הכריז המשיב על השטחים שנותרו בין גדר ההפרדה לבין הקו הירוק כעל שטחים סגורים, שהכניסה אליהם והשהייה בהם אסורות, אלא אם ניתן לאדם היתר לשם כך. האיסורים האלה אינם חלים על תושבי מדינת ישראל ועל תיירים, המורשים להיכנס למרחב התפר ככל שיחפצו.
3. שורה של עתירות הוגשו בנושא חוקיות הקמתה של גדר ההפרדה ככלל וחוקיותם של חלקים שונים מהתוואי שלה. בפסקי הדין שניתנו בעתירות אלו נקבע כי השאלה האם תוואי הגדר הוא חוקי או לא תלויה בשאלה האם הוא מאזן כראוי בין השיקולים הביטחוניים שבבסיסו לבין ההגנה על זכויות האדם של התושבים המוגנים (ראו, לדוגמה, בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005); בג"ץ 5488/04 מועצת מקומית אלראם נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 13.12.2006); ובג"ץ 8414/05 יאסין נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(2) 822 (2007)).
4. כמו כן, בסמוך להכרזה הראשונה על סגירת שטחי מרחב התפר, שנחתמה ביום 2.10.2003, הוגשו עתירות נגד משטר ההיתרים, שעסקו בחוקיות סגירתו של מרחב התפר בפני פלסטינים והתניית כניסתם לשם בקבלת היתרים מיוחדים. ההכרעה בעתירות אלו הושתתה במשך למעלה משבע שנים, עד למתן פסקי דין בעתירות בנושא גדר ההפרדה, שנדונו באותה העת. כתוצאה מכך, פסק הדין בעתירות, בג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 5.4.2011, להלן: פסק דין משטר ההיתרים), נכתב מתוך התייחסות לגדר ההפרדה כעובדה מוגמרת, ובמסגרתו נבחנה הפגיעה של משטר ההיתרים בתושבים הפלסטינים במנותק מפגיעתה של גדר ההפרדה בהם.
5. בפסק הדין נבחנה פגיעתו של משטר ההיתרים על רקע ההסדרים שקבע המשיב למתן היתרי כניסה למרחב התפר לפלסטינים, בין היתר, "קפ"ק מרחב התפר ונוהל טיפול בשימוש לרעה בהיתר מרחב התפר", ועל יסוד טענות המשיב כי ההסדרים ייושמו באופן ליברלי. בית המשפט הנכבד קבע כי הפגיעה של משטר ההיתרים בתושבים הפלסטינים היא מידתית, למעט מספר עניינים נקודתיים שנפסלו.
6. עוד הובהר בפסק הדין כי הקביעות לגבי מידתיות הפגיעה של משטר ההיתרים בתושבים הפלסטינים אינן שוללות 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", וכי "מקרים אילו ניתנים לבירור 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" (סעיף 34 לפסק הדין).
7. ואכן, לאחר שניתן פסק דין משטר ההיתרים, על בסיס ההנחה כי לא תימנע כניסתם למרחב התפר של פלסטינים בעלי זיקה אליו, החלו להתעורר עוד ועוד מקרים בהם מונע המשיב מתושבים פלסטינים לגשת לאדמותיהם, לעסקיהם ולמקומות עבודתם שבמרחב התפר. כך נכתב לאחרונה על אופן היישום של משטר ההיתרים ועל השלכותיו הקשות:

The barrier has serious consequences for the entire Palestinian population in the West Bank... The hardship caused by the barrier is particularly grave in the area of the West Bank between the barrier and the Green Line, known as the 'Seam Zone'... Data supplied by the military authorities in 2018 show a consistent decline in the number of permits issued. The military authorities claim that this decline is due to the concern that a growing number of Palestinians are using Seam Zone permits to enter

Israel illegally, where they may present a security risk. Figures released show, however, that over the years the percentage of security-based permit refusals has not exceeded 6% of all refusals of agriculture-related requests, and was usually under 2%. The overwhelming majority of refusals were based on bureaucratic grounds, primarily 'failure to meet the criteria'... which reached a high of 83% of all refusals in 2018. These restrictions on access impede essential year-round agricultural activities. The detrimental impact is demonstrable in the decrease in olive productivity (that accounts for 25% of the agricultural income of the West Bank), which has diminished in the Seam Zone by 55-65% in comparison with areas that are accessible all year round...

Beyond the harm to livelihood, restrictions on access into the Seam Zone infringe on the right to access and use of private property. Moreover, they jeopardise land-owners' ownership rights, following Israel's practice of declaring as 'government land' unregistered land that has not been cultivated for three consecutive years... It is reported that the hardship suffered within the area has pushed many of its residents to relocate, while people who do not live in the Seam Zone have been abandoning land they own in the area (DAVID KRETZMER & YAEL RONEN, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES, 235-237 (second ed. 2021).

8. אולם, גם אישור הבקשה של בעל אדמה במרחב התפר להיתר כניסה למרחב התפר אינו מבטיח גישה סדירה ורציפה לאדמה, שכן גם כאשר ההיתרים ניתנים, הם אינם ניתנים בקלות וברציפות. לא אחת חולפים חודשים ארוכים ממועד הגשת הבקשה ועד לאישורה, ולעתים נדרשים הליכים בירוקרטיים ומשפטיים ממושכים לצורך קבלת ההיתר. ההיתרים ניתנים לתקופות מוגבלות, של שנתיים לכל היותר, כך שהחקלאים המבוגרים נדרשים לעבור שוב ושוב את הפרוצדורה המכבידה של הגשת עוד ועוד בקשות, עד שאחת מהן נענית; הגשת בקשות לביטול רמת"ק, שלפעמים נענות ולפעמים אינן נענות; הגשת עררים, שלעתים נענים ולעתים קרובות אינם נענים; ופנייה לבית המשפט לעניינים מינהליים, עד שלבסוף ניתן ההיתר.
9. על רקע זה (בין היתר) הוגשה עתירה בה התבקש שהמשיב יתיר לגברים פלסטיניים שגילם מעל 55 ולנשים פלסטיניות שגילן מעל חמישים להיכנס למרחב התפר ללא היתרים פרטניים, כפי שהם רשאים להיכנס לישראל ללא היתרים פרטניים (בג"ץ 475/21 קבהא נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית). ואכן, במסגרת אותו ההליך המשיב הודיע כי הוחלט לאפשר לפלסטיניים הרשאים להיכנס לישראל מתוקף "היתר גיל מבוגר" להיכנס גם למרחב התפר ולשהות שם ללא היתר פרטני, אך הוחלט להיתר להם להיכנס למרחב התפר באופן הזה רק דרך מחסומי הכניסה לישראל, ולא דרך השערים החקלאיים שבגדר ההפרדה. העותרים הגישו תגובה ובה ביקשו שיתאפשר לאנשים אלו להיכנס למרחב התפר גם דרך השערים החקלאיים שבגדר ההפרדה, מכיוון שמחסומי הכניסה לישראל הם רחוקים מבתיהם ומאדמותיהם של העותרים עד כדי כך שהמעבר בהם כלל אינו מעשי עבורם, ובהיעדר אפשרות לעבור בשערים החקלאיים, לא תצמח להם שום תועלת מהאפשרות להיכנס למרחב התפר ללא היתר פרטני. אולם, בפסק הדין מיום 23.12.2021 נקבע כי העתירה מיצתה את עצמה והיא נמחקה, כיוון שהסעד שהתבקש בעתירה התקבל.
10. על כן, העותרים פנו למשיב וביקשו ממנו לאפשר לפלסטיניים בעלי "היתר גיל מבוגר" להיכנס למרחב התפר באמצעות היתר זה גם דרך השערים החקלאיים שבגדר ההפרדה, ולא רק דרך מחסומי הכניסה לישראל, אך המשיב עמד על סירובו.

הצדדים לעתירה

11. **העותרים 5-1** הם פלסטינים בעלי זיקה קניינית לאדמות המצויות במרחב התפר, בגילאים בהם פלסטינים רשאים להיכנס לישראל ולמרחב התפר ללא היתרים פרטניים, בהיעדר מניעה רלוונטית. אולם, הכניסה של בעלי "היתר גיל מבוגר" למרחב התפר ללא היתר פרטני אינה מתאפשרת דרך השערים החקלאיים שבגדר ההפרדה, אלא רק דרך מחסומי הכניסה לישראל. עבור כל העותרים, מחסום הכניסה לישראל הקרוב ביותר עבורם הוא רחוק באופן בלתי סביר, והכניסה למרחב התפר דרכו היא קשה ומכבידה, עד כדי כך שכל העותרים יאלצו להמשיך להגיש בקשות פרטניות להיתרי כניסה למרחב התפר, על אף שעל פי הדין הם רשאים לשהות במרחב התפר גם בלי היתרים כאלה, וזאת רק בגלל הקושי הגדול שבכניסה למרחב התפר דרך מחסומי הכניסה לישראל, להבדיל מהשערים החקלאיים שבגדר ההפרדה.
12. **העותרת 6** היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים. בין היתר, היא מסייעת לפלסטינים במימוש זכותם לחופש תנועה.
13. **המשיב** הוא המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית מטעם מדינת ישראל.

עיקרי העובדות ומיצי ההליכים

העותר 1

14. העותר 1, יליד שנת 1958, נשוי ואב לשבעה ילדים וסב לעשרים נכדים. הוא מתגורר בטורה אלעריביה שבנפת ג'נין. העתק תעודת הזהות של העותר 1 מצורף ומסומן **ע/1**.
15. העותר 1 חוכר אדמות במרחב התפר. בין היתר, הוא חוכר חלקת אדמה המצויה באדמות יעבד, במרחב התפר. גודל החלקה 29.409 דונם. כבעשרים דונמים מתוך החלקה גדלים עצי זית, ובשאר החלקה גדל טבק. גידול הטבק דורש עבודה אינטנסיבית ויומיומית ומחייב גישה סדירה ורציפה לאדמות.
16. העותר 1 קיבל היתרי כניסה למרחב התפר לאורך השנים. כיום הוא מחזיק בהיתר כניסה למרחב התפר מסוג "חקלאי במרחב התפר", בתוקף מיום 17.3.2021 עד ליום 16.3.2023. אולם, העותר 1 נתקל באינספור קשיים בקבלת ההיתרים שלו ובכניסה למרחב התפר גם לאחר קבלת ההיתרים, ופעמים רבות ההיתרים שניתנו לו היו בתוקף קצר מהקבוע בנהלי המשיב. העותר 1 גם היה העותר הראשון בעתירה הקודמת, בעניין התרת כניסתם של פלסטינים מבוגרים למרחב התפר ללא היתרים פרטניים (בג"ץ 475/21 **קבהא נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**). באותה העתירה הובא בהרחבה פירוט הבעיות עמן נאלצו העותרים להתמודד עד שניתנו להם לבסוף ההיתרים שלהם, וגם אחרי כן, והובהר שהעובדה שאדם מקבל היתרי כניסה למרחב התפר אין משמעותה שהוא אינו נפגע מההחלה של משטר ההיתרים עליו. על מנת שלא להכביד יתר על המידה, לא נחזור על כל הפירוט העובדתי הזה בגוף העתירה והוא יצורף לעתירה זו כנספח. גם ההיתר הנוכחי של העותר 1 ניתן לו רק לאחר התערבות הצלב האדום. העתק ההיתר הנוכחי של העותר 1 מצורף ומסומן **ע/2** ; העתק הפירוט העובדתי שהובא בבג"ץ 475/21 בעניין ההתמודדויות של העותרים עם משטר ההיתרים מצורף ומסומן **ע/3** ; העתקים מתצהירי העותרים בבג"ץ 475/21 מצורפים ומסומנים **ע/4**.

17. כלומר, ההליכים הבירוקרטיים שנדרשים התושבים המוגנים לעבור עד שניתנים להם ההיתרים הפרטניים הם קשים ומושכים, כפי שפורט בהרחבה בבג"ץ 475/21, ולכן האפשרות לקבל היתרים פרטניים לכניסה למרחב התפר, שעליהם יירשם השער החקלאי המבוקש, אינה מהווה פתרון לבקשת העותרים שיתאפשר להם להיכנס למרחב התפר דרך השערים החקלאיים שבגדר ההפרדה מכוח ה"היתר גיל מבוגר" החל עליהם, מבלי להידרש לבירוקרטיה של משטר ההיתרים.

העותרת 2

18. העותרת 2, ילידת 1958, נשואה ואם לשלושה בנים וסבתא לארבעה נכדים. היא מתגוררת בקפין שבנפת טולכרם.

העתק תעודת הזהות של העותרת 2 מצורף ומסומן ע/5.

19. העותרת 2 היא בעלת קרקע המצויה באדמות קפין, במרחב התפר. היא ירשה את הקרקע מאביה, מר סלימאן, שהלך לעולמו בשנת 1963. בחלקה גדלים עצי זית, ובנוסף המשפחה נוהגת לגדל קטניות וגידולים אחרים.

20. לעותרת 2 ניתנו היתרי כניסה למרחב התפר במהלך השנים. כיום היא מחזיקה בהיתר כניסה למרחב התפר מסוג "חקלאי במרחב התפר", בתוקף מיום 11.3.2020 עד ליום 10.3.2023. אולם, היתר זה ניתן לעותרת 2 רק לאחר התמודדות ממושכת עם הבירוקרטיה הצבאית, במשך למעלה משנה וחצי, ולאחר שהוגשה בשמה עתירה מינהלית – עת"ם 50249-09-19 צבאח נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית. העותרת 2 היתה העותרת 4 בבג"ץ 475/21 ופירוט ההתמודדויות שלה מול הצבא משנת 2018 ועד לקבלת הסעד המבוקש בעתירה המינהלית שלה בשנת 2020 הובא שם ומצורף גם לעתירה זו כ-ע/3.

העתק ההיתר של העותרת 2 מצורף ומסומן ע/6.

העותר 3

21. העותר 3, יליד שנת 1946, נשוי ואב לשמונה ילדים, וסב לשישה נכדים. הוא מתגורר בעאנין שבנפת ג'נין.

העתק תעודת הזהות של העותר 3 מצורף ומסומן ע/7.

22. העותר 3 הוא בעל חלקת אדמה המצויה באדמות עאנין, במרחב התפר. הוא ירש את החלקה מאביו המנוח, מר יאסין, שהלך לעולמו בשנת 2000. גודל החלקה עשרה דונם. בחלקה גדלים עצי זית.

23. העותר 3 קיבל היתרי כניסה למרחב התפר לאורך השנים. כיום הוא מחזיק בהיתר כניסה למרחב התפר מסוג "חקלאי במרחב התפר", בתוקף מיום 1.11.2020 עד ליום 30.10.2023. העותר 3 היה העותר 5 בבג"ץ 475/21 (העותרים 2 ו-3 בבג"ץ 475/21 נפטרו מאז אותו ההליך ולכן הם אינם עותרים בהליך זה). פירוט ההתמודדויות של העותר 3 מול הצבא, במסגרת משטר ההיתרים, מופיע ב-ע/3.

העתק אישור על הנפקת ההיתר הנוכחי של העותר 3 מצורף ומסומן ע/8.

העותר 4

24. העותר 4, יליד שנת 1952, נשוי ומתגורר בקפין שבנפת טולכרם.

העתק תעודת הזהות של העותר 4 מצורף ומסומן ע/9.

25. העותר 4 הוא בעל קרקע בגודל 12.5 דונם, המצויה באדמות קפין, במרחב התפר. העותר 4 ירש את הקרקע מאביו המנוח, מר הרשה, שנפטר בשנת 1987. אביו המנוח של העותר 4 ירש את הקרקע מסבו המנוח של העותר 4, מר הרשה, שנפטר בשנת 1979. באדמה של העותר 4 גדלים עצי זית. העותר 4 מתפרנס ממכירת שמן הזית שהוא מפיק מהיבול שלו.
26. לעותר 4 ניתנו היתרי כניסה לאדמתו שבמרחב התפר לאורך השנים. ההיתר הקודם שלו היה היתר "חקלאי במרחב התפר", בתוקף מיום 3.4.2019 עד ליום 1.4.2021. היתר זה ניתן לעותר 4 לאחר שהוגשה עתירה מינהלית בשמו – עת"ם 43368-11-18 הרשה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית – ולאחר שבליט ברירה, אחרי תקופה של כשנה וארבעה חודשים בה נמנע ממנו להגיע לאדמתו, העותר 4 נאלץ להגיש למשיב מסמך על פיו בני משפחתו מסכימים שהוא יקבל היתר כניסה למרחב התפר במקומם. כיום העותר 4 מחזיק בהיתר "חקלאי במרחב התפר" התקף מיום 3.5.2021 עד ליום 2.5.2023. היתר זה ניתן לו לאחר שהוגש ערר על היעדר המענה לבקשתו.
- העתקים משני ההיתרים האחרונים של העותר 4 מצורפים ומסומנים ע/10.

העותרת 5

27. העותרת 5, ילידת שנת 1968, רווקה ומתגוררת בטורה אלעריביה שבנפת ג'נין. היא עובדת כתופרת במפעל באזור התעשייה שחק, במובלעת ברטעה, במרחב התפר.
- העתק תעודת הזהות של העותרת 5 מצורף ומסומן ע/11.
28. בנוסף, העותרת 5 חוכרת חלקת אדמה המצויה באדמות ברטעה, במרחב התפר. המחכיר הוא גיסה של העותרת 5, מר עבאדי. העותרת 5 מתכוונת לגדל טבק באדמה.
29. כמו כן, העותרת 5 היא בתה של בעלת חלקה נוספת המצויה במרחב התפר, בסמוך לחלקה שהיא חוכרת.
30. העותרת 5 החזיקה בהיתר לעבודה במפעל במרחב התפר, שעליו נרשם כי היא רשאית לעבור דרך מחסום ברטעה ("מעבר ריחן"). ביום 23.4.2020, כשהעותרת 5 סיימה את יום העבודה שלה במפעל שבמרחב התפר, נודע לה מפועלים אחרים שהצבא פתח את שער 300 שבגדר ההפרדה למעבר של פלסטינים. העותרת 5 ואנשים נוספים הגיעו לשער זה כדי לצאת ממרחב התפר, כיוון שהוא קרוב יותר למפעל מאשר מחסום ברטעה. כשהעותרת 5 הגיעה לאזור השער, היא הבחינה בקבוצה של בחורים שעמדו בסמוך לשער, יחד עם מספר חיילים. העותרת 5 פנתה לחיילים כדי לשאול אם היא תוכל לעבור בשער 300, ואז התברר לה שהחיילים החרימו את ההיתרים של הבחורים שעמדו במקום. העותרת 5 אמרה לחיילים שיש לה היתר כניסה למרחב התפר והחיילים דרשו ממנה למסור להם אותו. ההיתר לא היה מצוי בידיה של העותרת 5 באותו היום ואחותה אספה את ההיתר עבורה והביאה אותו לשער, ואז החיילים החרימו את ההיתר של העותרת 5. הונפק עבורה היתר חדש לצורך עבודתה במפעל ביום 10.5.2020.
31. העותרת 5 פנתה למת"ק ביום 11.6.2020 והגישה בקשה להיתר כניסה למרחב התפר לצרכים חקלאיים, לצורך גישתה לאדמה שהיא חוכרת. אולם, כחצי שעה לאחר הגשת הבקשה נאמר לעותרת 5 שבקשתה מסורבת. העותרת 5 ביקשה לקבל את החלטת הסירוב בכתב, ואז ניתן לה טופס סירוב שעליו נכתב "מסורב... הוחרמה לה היתר בתאריך 23.4.2020 בעקבות מעבר לא נכון בגדר... בק.ד 300 ונתפס על ידי כוח". העותרת 5 ניסתה להסביר לקצין את הנסיבות שבהן הוחרם ההיתר שלה, אך הקצין לא הקשיב לה.
- העתק מטופס הסירוב מצורף ומסומן ע/12.

32. המוקד להגנת הפרט הגיש בקשה לבירור רמת"ק על החלטת הסירוב ביום 16.6.2020. ביום 23.6.2020 התקיים בירור רמת"ק ובמסגרתו ניתן לעותרת 5 היתר כניסה למרחב התפר מסוג "צרכים אישיים", בתוקף לשנה, מיום 23.6.2020 עד ליום 22.6.2021. במהלך בירור הרמת"ק נאמר לעותרת 5 שבעת החרמת ההיתר שלה לעבודה במפעל, היה לה היתר לצרכים חקלאיים בתוקף שלוש שנים. העותרת 5 אמרה לחיילים שהיא כלל לא ידעה על כך וההיתר הזה מעולם לא ניתן לה.

העתק ההיתר מסוג "צרכים אישיים" שניתן לעותרת 5 מצורף ומסומן ע/13.

33. עם תום התוקף של ההיתר "צרכים אישיים" של העותרת 5, היא הגישה בקשה להיתר נוסף, עבור החלקה שהיא חוכרת ועבור החלקה שבבעלות אמה. ניתן לה היתר מסוג "בני משפחת חקלאי מקרבה ראשונה", בתוקף מיום 6.7.2021 עד ליום 5.7.2023.

העתק ההיתר הנוכחי של העותרת 5 מצורף ומסומן ע/14.

מיצוי ההליכים

34. ביום 21.1.2021 הוגשה עתירה בתיק בג"ץ 475/21 קבהא נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית. העתירה הוגשה בשם העותרים 1-3 בעתירה זו, בשם שני עותרים נוספים, שנפטרו מאז, ובשם המוקד להגנת הפרט. בעתירה התבקש צו על תנאי המורה למשיב ליתן טעם "מדוע לא יתיר לעותרים 1-5 בפרט, ולגברים פלסטיניים שגילם מעל 55 ולנשים פלסטיניות שגילן מעל חמישים, בכלל, להיכנס למרחב התפר ללא היתרים פרטניים, כפי שהם רשאים להיכנס לישראל ללא היתרים פרטניים".

העתק העמוד הראשון של העתירה הקודמת מצורף ומסומן ע/15.

35. ביום 13.5.2022 הוגשה תגובה מקדמית מטעם המשיב. בתגובה המקדמית נמסר כי נהלי הכניסה למרחב התפר תוקנו מאז הגשת העתירה, כך שגברים מגיל 55 ומעלה ונשים מגיל חמישים ומעלה (בעלי "היתר גיל מבוגר", הרשאים להיכנס לישראל ללא היתר פרטני) רשאים כעת גם להיכנס למרחב התפר ולשהות שם ללא היתר פרטני, אם אין בעניינם מניעה ביטחונית, פלילית או אחרת. אולם, המשיב החליט שלא לאפשר לבעלי "היתר גיל מבוגר" להיכנס למרחב התפר דרך השערים החקלאיים שבגדר ההפרדה, אלא רק דרך מחסומי הכניסה לישראל. החלטה זו נומקה בטענה שמעברם של בעלי "היתר גיל מבוגר" בשערים החקלאיים "עלול ליצור עומס חריג על השערים שיפגע הן ביכולת הבידוק הביטחוני (שאינו דומה לזו שבמעברים המוסדרים) והן באפשרות למעבר מהיר של בעלי הזיקה לקרקע שמחזיקים בידם היתר פרטני" (סעיף 23).

העתק התגובה המקדמית בבג"ץ 475/21 מצורף ומסומן ע/16.

36. העותרים הגישו תגובה לתגובה המקדמית ובה טענו, בין היתר, שהעותרים אינם יכולים להפיק שום תועלת מהתרת כניסתם למרחב התפר ללא היתרים פרטניים, אם הם אינם יכולים להיכנס למרחב התפר דרך השערים החקלאיים שבגדר ההפרדה אלא רק דרך מחסומי הכניסה לישראל. זאת, בין היתר, מכיוון שעבור כל חמשת העותרים הפרטניים – שלא "נבחרו" על פי מקום המגורים שלהם, אלא המרחקים של בתיהם ואדמותיהם מהמחסומים הם אקראיים – הדרך מבתיים לאדמותיהם דרך מחסום הכניסה לישראל הקרוב ביותר אורכת עשרות קילומטרים, ואסור לפלסטיניים להיכנס למרחב התפר ברכב. תוצאת הדבר היא שבכלל אין לעותרים אפשרות מעשית להגיע מבתיים לאדמותיהם שבמרחב התפר, אם הם אינם יכולים לעבור בשערים החקלאיים שבגדר ההפרדה אלא רק במחסומי הכניסה לישראל. כאמור, הסדרי המעבר האלה מלכתחילה מתייחסים לאוכלוסייה המבוגרת, ומן הסתם הקושי הפיזי שבצליחת עשרות קילומטרים באופן רגלי הוא משמעותי עוד יותר עבור קבוצת הגיל הזאת. על כן, הובהר בתגובה כי כל העותרים, ומן הסתם גם רבים אחרים במצבם, ייאלצו

להמשיך להגיש בקשות להיתרים פרטניים לכניסה למרחב התפר, על כל הבירוקרטיה הסבוכה והעייובים הכרוכים בכך, למרות שהוחלט להתיר להם להיכנס למרחב התפר ולשהות שם ללא היתרים פרטניים, וכל זאת כדי שתהיה להם אפשרות לעבור דרך שערים המצויים במרחק סביר מבתייהם ומאדמותיהם, ולא רק דרך המחסומים המרוחקים.

העתק התגובה מטעם העותרים בבג"ץ 475/21 מיום 3.6.2021 מצורף ומסומן ע/17.

37. בתגובה מטעם המשיב מיום 27.6.2021 נכתב, בתגובה לטענה הזאת, כך :

דין הטענה להידחות על הסף. תחילה נציין, כי אמנם העותרים הזכירו בעתירתם את שערי התפר ובהם השערים החקלאיים אגב תיאור עניינו העובדתי של העותר 3, והמשיב מצדו, למען הזהירות ושלמות התמונה, התייחס בתגובתו לעתירה לנושא זה. אולם, במסגרת העתירה הארוכה והמפורטת שהגישו העותרים, עניין המעבר דרך השערים החקלאיים לא הוזכר כטענה כללית או עקרונית ולא התבקש סעד בעניין זה. מדובר בסעד אשר הועלה על ידי העותרים במסגרת התשובה לתגובת המשיב ולא מוצו הליכים לגביו, ודינו להידחות מן הטעם הזה בלבד. אף בפניית העותרים בנושא למשיבים מיום 19.06.2020, וביתר התזכורות בשלב מיצוי ההליכים עובר להגשת העתירה, לא מצאו העותרים לנכון להעלות את נושא השערים החקלאיים. ודוק: כל שביקשו העותרים במסגרת העתירה הוא להתיר את כניסתם של תושבים פלסטיניים בעלי היתר גיל מבוגר ללא צורך בקבלת היתרים פרטניים. כעת טוענים העותרים לראשונה כטענה כללית ועקרונית, שהמשיבים מאפשרים את כניסתם של העותרים דרך מספר קטן של מעברים שהמרחקים ביניהם גדולים.

למעלה מן הנדרש יובהר, כי גם דין טענה זו להידחות אף לגופה... (סעיפים 9-10).

העתק העמוד הרלוונטי מתגובת המשיב מיום 27.6.2021 מצורף ומסומן ע/18.

38. ביום 23.12.2021 התקיים דיון בעתירה ובמהלכו נאמר כך :

כבוד השופטת ע' ברון: נראה שבסך הכל, לאחר שהוגשה העתירה המשיב קיבל החלטה ונתן לכך ביטוי בנוהל ובעצם עיקר הסעד כולו ניתן לכם (עמ' 1 לפרוטוקול, שורות 2-3).

וכך :

עו"ד מאיר: הסברתי בעתירה שגם למי שיש היתר צריך לעבור מסכת בירוקרטית ארוכה.

כבוד השופטת ע' ברון: זו לא העתירה. העתירה מבקשת להיכנס לקו התפר וזה למעשה ניתן כאן. גבי' נותנת כאן מחמאות למשיב על כך שנקט בצעד זה, אז זו העתירה. אין עתירה אחרת (עמ' 2 לפרוטוקול, שורות 14-17).

39. באותו היום, 23.12.2021, ניתן פסק דין הקובע כך :

לנוכח סעיף 3(ד) להנחיות הכלליות לכניסה למרחב התפר, כפי שבא לידי ביטוי בקובץ הנהלים של המשיב שנתעדכן לאחר שהעתירה באה לעולם; ומשהבהירה באת כוח המשיב שמתוקף "היתר גיל מבוגר" שבאמצעותו רשאים פלסטיניים להיכנס לישראל מכוח היתר כללי, הם רשאים גם להיכנס ולשהות במרחב התפר ללא היתר פרטני, וזאת דרך המעברים המוסדרים של הכניסה לישראל – העתירה מיצתה את עצמה והיא נמחקת.

מעבר לנדרש נוסף, כי לעת הזאת בידי כל אחד מהעותרים היתר כניסה חקלאי המאפשר לו ממילא כניסה למרחב התפר.

40. אם כן, העתירה נמחקה כיוון שהתקבל הסעד שהתבקש בה – התרת כניסתם של גברים פלסטיניים שגילם מעל 55 ונשים פלסטיניות שגילן מעל חמישים למרחב התפר ללא היתרים פרטניים. בקשת העותרים שמעברם של האנשים האלה למרחב התפר יתאפשר גם דרך השערים החקלאיים שבגדר ההפרדה, ולא רק דרך מחסומי הכניסה לישראל, לא נדונה, כיוון שהעתירה לא עסקה בכך (אך הובהר כבר אז כי המשיב מתנגד לה).

41. על כן, המוקד להגנת הפרט פנה למשיב ולראש המינהל האזרחי ביום 20.3.2022 בבקשה שיתאפשר לפלסטינים בעלי "היתר גיל מבוגר" להיכנס למרחב התפר באמצעות היתר זה גם דרך השערים החקלאיים שבגדר ההפרדה, ולא רק דרך מחסומי הכניסה לישראל.

העתק הפנייה של המוקד להגנת הפרט מיום 20.3.2022 מצורף ומסומן ע/19.

42. פנייה נוספת נשלחה ביום 24.4.2022, ובה המוקד להגנת הפרט הוסיף כי התקבלו אצלו עדויות על כך שבמחסום "מעבר אליהו", שמספרו 109, לא מאפשרים לבעלי "היתר גיל מבוגר" להיכנס למרחב התפר. ללא היתר פרטני בשעות הבוקר – השעות המתאימות לעבודה חקלאית – אלא רק לאחר השעה 15:00.

העתק הפנייה של המוקד להגנת הפרט מיום 24.4.2022 מצורף ומסומן ע/20.

43. תזכורות נשלחו ביום 24.5.2022 וביום 26.6.2022.

העתקי התזכורות מצורפים ומסומנים ע/21.

44. ביום 5.7.2022 התקבל מכתב תשובה ממושרד פניות הציבור בלשכתו של מפקד פיקוד מרכז. כך נכתב במכתב:

... נבקש לעדכן כי המפקד הצבאי שב ובחן את טענותיך, ומצא שאין היתכנות מבחינה ביטחונית ומבצעית, לאפשר מעבר כאמור דרך השערים החקלאיים. זאת, מהטעמים שפורטו בתגובת המדינה בבג"ץ 475/21 המוזכר במכתבך שבסמך.

בהתאם, ככל שבעלי היתר "גיל מבוגר" יבקשו להיכנס למרחב התפר, באפשרותם לעשות כן ללא היתר פרטני, ובלבד שכניסתם למרחב התפר תיעשה דרך נקודות המעבר המוסדרות. זאת ועוד, ככל שבעלי היתר "גיל מבוגר" בעלי זיקה לאדמות בתפר יבקשו לעבור למרחב התפר באמצעות השערים החקלאיים, באפשרותם לפנות לגורמי המנהל האזרחי לקבלת היתר פרטני לשם כך, בהתאם לנהלים המקובלים (ההדגשה במקור).

העתק ממכתב התשובה מטעם המשיב מיום 5.7.2022 מצורף ומסומן ע/22.

45. כלומר, עמדת המשיב נותרה כשהיתה.

הקשיים שבכניסת החקלאים למרחב התפר דרך מחסומי הכניסה לישראל

46. העותר 1 מסר שהוא מגיע לאדמות שהוא חוכר במרחב התפר דרך שער 300 – שער חקלאי בגדר ההפרדה. שער 300 נמצא במרחק של כשני קילומטרים מביתו. מחסום הכניסה לישראל הקרוב ביותר לביתו של העותר 1 הוא מחסום ברטעה 356 ("מעבר ריחן", בלשון הצבא). מחסום זה נמצא במרחק של כעשרה קילומטרים מביתו של העותר 1, וכשמונה קילומטרים מהאדמות שהוא מעבד במרחב התפר. כלומר, כדי להגיע לאדמות שלו דרך מחסום הכניסה לישראל הקרוב ביותר, העותר 1 יצטרך לעבור דרך של כ-18 קילומטרים, לפחות שמונה מהם ברגל. כל זאת לפני שהוא התחיל בכלל את עבודתו החקלאית. לאחר סיום יום העבודה – עבודה פיזית קשה – הוא יצטרך לעבור את אותה הדרך שוב, כדי לחזור לביתו.

47. בנוסף, העותר 1 נוהג להיעזר בסוס ועגלה כדי להגיע לאדמות שבמרחב התפר, כדי להעביר כלים חקלאיים וציוד לתוך מרחב התפר ובחזרה משם, וכדי להוציא את שקי היבול שלו ממרחב התפר. העותר 1 יכול לעבור בשער 300 עם הסוס, העגלה והציוד החקלאי (אמנם מתעוררות בפועל בעיות של מניעת מעברו בשער עם הסוס והעגלה, אך מבחינה עקרונית הדבר מותר ואפשרי), אך במחסום ברטעה הוא יכול לעבור רק באופן רגלי. כמו כן, העותר 1 מסר כי אם הוא ינסה להעביר כלים חקלאיים במחסום ברטעה, הוא צפוי להיות מעוכב במחסום במשך שעות לצורך בידוק.

48. על כן, העותר 1 ייאלץ להמשיך להגיש בקשות להיתרים פרטניים לכניסה למרחב התפר גם בעתיד, על אף שבגילו הוא ממילא רשאי להיכנס למרחב התפר ולשהות שם גם בלי היתר פרטני. זאת רק בגלל שהכניסה של בעלי "היתר גיל מבוגר" למרחב התפר באמצעות ההיתר הכללי מתאפשרת רק במחסומי הכניסה לישראל, ולא בשערים החקלאיים שבגדר ההפרדה.
49. **העותרת 2** מתגוררת בכפר קפין ואדמתה נמצאת באדמות קפין. היא מגיעה לאדמתה דרך השער החקלאי "קפין צפון" 408. העותרת 2 הסבירה שהאדמה שלה נמצאת במרחק הליכה של כ-10-15 דקות מביתה. אולם, מחסום הכניסה לישראל הקרוב ביותר לביתה, מחסום ברטעה 356, רחוק מביתה והיא כלל אינה יכולה להגיע ברגל מביתה למחסום, או מהמחסום לאדמה, וודאי שלא מביתה לאדמתה דרך המחסום. מחסום ברטעה מצוי במרחק **נסיעה** של כ-10-15 דקות מביתה של העותרת 2. מהמחסום לאדמה של העותרת 2 נדרשת נסיעה נוספת, באורך כ-15-20 דקות. העותרת 2 אינה רשאית להיכנס למרחב התפר עם מכונית, כך שכדי להגיע ממחסום ברטעה לאדמה שלה היא תצטרך להזמין הסעה בתשלום. על כן, מבחינת העותרת 2, אין שום תועלת באפשרות להיכנס למרחב התפר ללא היתר כניסה למרחב התפר, אם הכניסה מתאפשרת רק דרך מחסומי הכניסה לישראל. העותרת 2 תיאלץ להמשיך להגיש בקשות להיתרים פרטניים לכניסה למרחב התפר, וכן בקשות לבירור רמת"ק, עררים ועתירות מינהליות על החלטות המשיב בבקשותיה והיעדרן, שכן אין באפשרותה להגיע לאדמתה דרך המחסומים שבהם מותרת כניסתם של בעלי "היתר גיל מבוגר" ללא היתר פרטני.
50. **העותר 3** מתגורר בעאנין ואדמתו נמצאת באדמות עאנין. הוא מגיע לאדמתו דרך השער החקלאי עאנין 214 (הוא עבר דרך מחסום ברטעה פעמים בודדות, כששער עאנין היה סגור). שער עאנין נמצא במרחק הליכה מביתו של העותר 3, והאדמה שלו קרובה מאוד לשער. לעומת זאת, מחסום הכניסה לישראל הקרוב ביותר לביתו של העותר 3 הוא מחסום ברטעה, והוא נמצא במרחק של כ-15 קילומטרים מביתו וכ-15 קילומטרים מאדמתו. העותר 3 הוא בן 76, ואין זה סביר שהוא יעבור מרחק של **כשלושים קילומטרים בכל כיוון** כדי להגיע לאדמתו. על כן, גם העותר 3 לא יוכל לעשות שימוש באפשרות להיכנס למרחב התפר באמצעות ההיתר הכללי של האוכלוסייה המבוגרת, והוא ייאלץ להמשיך לנהל הליכים בירוקרטיים מעת לעת לצורך קבלת היתרים פרטניים לכניסה למרחב התפר, על אף ששהייתו במרחב התפר מותרת גם ללא היתר פרטני, בשל גילו.
51. **העותר 4** מתגורר בקפין ואדמתו מצויה באדמות קפין. הוא מגיע לאדמתו דרך השער החקלאי קפין 436. העותר 4 הסביר שההגעה מהכפר קפין לאדמות החקלאיות של קפין דרך מחסומי הכניסה לישראל אינה נוחה או מעשית, ממספר סיבות. ראשית, מחסומי הכניסה לישראל הם רחוקים מהכפר ומאדמותיו. הדרך מביתו של העותר 4 לשער קפין אורכת עשר דקות לכל היותר בנסיעה, וכחצי שעה בהליכה, והדרך משער קפין לאדמה אורכת כרבע שעה בטרקטור וכ-45 דקות בהליכה. מחסומי הכניסה לישראל הקרובים ביותר לקפין הם מחסום טייבה ("שער אפרים") ומחסום ברטעה 356. כדי להגיע מקפין לאדמות קפין דרך מחסום טייבה נדרשת נסיעה באורך כ-35 דקות מקפין אל המחסום. לאחר המעבר במחסום, צריך לעצור רכב הנוסע לבאקה אלעירביה, ומשם צריך למצוא רכב נוסף, שיגיע לכיוון האדמה החקלאית. משך הזמן החולף בדרך כלל מההגעה למחסום טייבה ועד להגעה לאדמה הוא **כשעתיים**, וזאת **בנוסף ל-35 דקות הנסיעה מהכפר אל המחסום**. כמו כן, הדרך הזו כרוכה בעלויות גבוהות והיא גם מחייבת מעבר בישראל.
52. באשר להגעה לאדמות קפין דרך מחסום ברטעה – מהעותר 4 נמסר כי משך הנסיעה מביתו למחסום הוא כעשרים דקות, וממחסום ברטעה לאדמה נדרשת נסיעה נוספת, באורך כ-45 דקות. גם הדרך הזאת מצריכה נסיעה במוניות או עצירת רכב חולף, והדבר כרוך בהוצאה כספית ובאיבוד זמן.

53. כמו כן, העותר 4 מסר כי במחסומי הכניסה לישראל עוברים פועלים, סוחרים ותושבים של מרחב התפר, ורבים מהאנשים מעדיפים לעבור במחסום בשעות הבוקר המוקדמות. כתוצאה מכך, מחסומי הכניסה לישראל הם עמוסים מאוד והמעבר בהם כרוך בהמתנה ממושכת.
54. בשל כל אלה, אם העותר 4 רוצה להגיע דרך המחסום לאדמתו בשעה מוקדמת, כדי לנצל היטב את יום העבודה ואת השעות הנוחות יותר לעבודה בחוץ, עליו לצאת מביתו **כארבע שעות לפני הזמן**.
55. העותר 4 הוסיף שההסדר על פיו אין עוד צורך בקבלת היתרים פרטניים לכניסה למרחב התפר נועד עבור האוכלוסייה המבוגרת, אך לאנשים המבוגרים דווקא קשה במיוחד להתמודד עם התנאים המכבידים שבמעבר במחסומי הכניסה לישראל – הדרך הארוכה, ההוצאות הכספיות, העומס במחסומים, ההמתנה הממושכת שם וכיו"ב. על כן, סביר והגיוני יותר שבמסגרת ההסדר הזה יתאפשר למבוגרים לעבור בשערים הקרובים לבתיהם.
56. **העותרת 5** מגיעה לאדמות החקלאיות שהיא מעבדת דרך השער החקלאי 300 ("שקד/טורה"). מחסום הכניסה לישראל הקרוב ביותר לאדמות הוא מחסום ברטעה 356. הבית של העותרת 5 ממוקם בסמוך לגדר ההפרדה, והאדמה נמצאת מצדה השני של הגדר. המרחק מביתה של העותרת 5 לשער 300 הוא כ-150 מטרים והמרחק משער 300 לאדמה של המשפחה הוא כמאתיים מטרים. אולם, הדרך מביתה של העותרת 5 לאדמה הסמוכה דרך מחסום ברטעה היא ארוכה ויקרה מאוד. כדי להגיע מביתה למחסום ברטעה, העותרת צריכה להזמין מונית ולנסוע במונית במשך כעשרים דקות, בעלות של עשרים ש"ח. אחרי שהעותרת 5 עוברת את המחסום, היא צריכה לנסוע במונית נוספת, מהמחסום אל האדמה, במשך כחצי שעה, בעלות של חמישים ש"ח. כלומר, **מדובר בהוצאה של שבעים ש"ח בכל כיוון ובחמישים דקות של נסיעה, וזאת בנוסף לזמן המעבר במחסום**. אין תחבורה ציבורית למחסום אחרי השעה 7:00 בבוקר.
57. העותרת 5 הוסיפה שבמחסום ברטעה קיים עומס רב בשעות הבוקר, עד לשעה 8:00 או 9:00, כיוון שהפועלים נכנסים לישראל דרך המחסום הזה והבידוק אורך זמן. מעברם של המבוגרים במחסום ברטעה מתאפשר רק אחרי השעה 9:00, על אף שהיתר החקלאות של העותרת 5 תקף החל מהשעה 5:00. בשל זמן ההמתנה במחסום והנסיעה מהמחסום לאדמה במונית, העותרת 5 יכולה להגיע לאדמה החקלאית רק בסביבות השעה 10:00, כאשר השמש כבר חזקה וחם בחוץ, והיא מפסידה את השעות הנוחות לעבודה באדמות. כמו כן, קיים קושי בהכנסת כלי עבודה למרחב התפר כאשר המעבר נעשה דרך מחסומי הכניסה לישראל, ולא דרך השערים החקלאיים.
58. לסיכום, אין לעותרים אפשרות סבירה ומעשית להגיע לאדמותיהם שבמרחב התפר דרך מחסומי הכניסה לישראל. מן הסתם, חקלאים רבים אחרים, מהכפרים שלהם ומכפרים אחרים, מצויים באותו המצב. אם כן, בקשת העותרים בהליך הקודם, שיתאפשר להם להיכנס למרחב התפר ללא היתרים פרטניים לכניסה למרחב התפר, נענתה בחיוב רק במישור התיאורטי-משפטי. במישור המעשי, הדבר עדיין נמנע מהעותרים והם עדיין מוכרחים להתנהל תחת הברוקרטיה הסבוכה והמתישה של משטר ההיתרים כדי לגשת לאדמותיהם, על אף שהוחלט להתיר להם להיכנס למרחב התפר ולשהות שם גם ללא היתרים פרטניים. כפי שיפורט להלן, הכבדה זו אינה הכרחית.

נימוקי המשיב לסירובו לאפשר לבעלי "היתר גיל מבוגר" לעבור בשערים החקלאיים

59. בתגובה המקדמית לעתירה הקודמת (בג"ץ 475/21 קבהא נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית), המשיב נימק את הסירוב שלו לאפשר לפלסטינים המבוגרים לעבור בשערים החקלאיים באמצעות ההיתר הכללי שלהם לכניסה לישראל בטענה ש"מתן אפשרות מעבר בשערים אלו לזכאי "היתר גיל מבוגר", היינו, **לקבוצה העולה על כ-200 אלף תושבים**, עלול ליצור עומס חריג על השערים שיפגע הן

ביכולת הבידוק הביטחוני (שאינו דומה לזו שבמעברים המוסדרים) והן באפשרות למעבר מהיר של בעלי הזיקה לקרקע שמחזיקים בידם היתר פרטני" (סעיף 23, ההדגשה במקור).

60. בהמשך, בתגובת המשיב מיום 27.6.2021 נכתב כי "מבדיקה שנערכה מול הגורמים הרלוונטיים במנהל האזרחי עלה כי בחודשים דצמבר 2019 וינואר 2021... נהגו להיכנס לישראל מדי יום **אלפים רבים** מתושבי האזור בעלי היתר גיל מבוגר"..." מתוך אלפי התושבים המחזיקים היתר כניסה למרחב התפר, רק כ-1,496 תושבים מחזיקים בשני ההיתרים (גיל מבוגר וכניסה למרחב התפר). יצוין כי לאור נתון זה, ובשים לב לכך שלא כל 1,496 התושבים המחזיקים בשני ההיתרים נכנסים למרחב התפר מדי יום, העותרים למעשה מבקשים להגדיל את מספר העוברים הפוטנציאלי בשערים החקלאיים במאות רבות של אחוזים" (סעיף 12, ההדגשה במקור).

61. כלומר, ראשית, נראה כי גם מבחינת הנתונים של המשיב, מספר המבוגרים המשתמשים ב"היתר גיל מבוגר" **בפועל** הוא קטן בהרבה מהמספר שצוין בתגובה המקדמית, ושמתייחס לכלל הפלסטינים בגילאים הרלוונטיים להיתר זה. העותרים סבורים, כפי שיפורט להלן, שבכל הנוגע לכניסה למרחב התפר דרך השערים החקלאיים, מדובר במספרים קטנים עוד יותר, ובהרבה, ושכלל לא צפוי לחול שינוי משמעותי במספר העוברים בשערים החקלאיים, אם יתאפשר למבוגרים לעבור בהם מכוח ה"היתר גיל מבוגר". אך גם מבחינת העמדה של המשיב, בפועל לא מדובר, כנראה, במספרים גדולים כפי שהיה נראה בתחילה.

62. שנית, בתגובה של המשיב מיום 27.6.2021 נטען גם כי השערים החקלאיים תוכננו "כך שהם יאפשרו מעבר של עשרות אנשים בודדים ביום (עד למקסימום של 150 אנשים ביום)" (סעיף 10). בתגובה המקדמית של המשיב, שהוגשה לפני כן, נטען ש"שערי התפר נועדו לשמש בין 5 בעלי היתרים פרטניים ביום ועד למקסימום של 150 בעלי היתרים פרטניים ביום, בהתאם למאפיינים של כל שער" (סעיף 23). כאמור, המשיב טוען שקבלת הבקשה של העותרים תגדיל את מספר העוברים בשערים החקלאיים "במאות רבות של אחוזים", כלומר, פי כמה. לא הובהר בתגובות של המשיב כמה אנשים עוברים **בפועל** בשערים החקלאיים כיום, אך לאור הטענה של המשיב שהשערים נועדו לשמש למעבר של חמישה עד 150 אנשים ביום, נראה כי גם הכפלה של המספרים האלה לא תייצר עומס בלתי נשלט, אלא תביא לתוספת של כמה עשרות אנשים ביום. יתירה מכך, יתכן שמספר האנשים העוברים בשערים החקלאיים בפועל הוא קטן מהמספר המקסימלי שתכנן הצבא מלכתחילה, כך שאפילו אם יוכפל מספר האנשים העוברים בשערים האלה, לא בטוח שהדבר יביא לחרیגה מהתכניות המקוריות של הצבא לגבי תכולת השערים (וגם אם כן, האם אין מקום לשקול שינוי בתכניות האלה, שבאו לעולם לפני כעשרים שנה?).

63. מעבר לכך, וזה העיקר, העותרים אינם מבקשים שיתאפשר לכל אדם פלסטיני בגילאים הרלוונטיים לעבור בכל שער חקלאי שיחפוץ. העותרים מבקשים שיתאפשר לאנשים המבוגרים שאין בעניינם מניעה ביטחונית לעבור בשער הקרוב למקום מגוריהם, על פי המען הרשום שלהם. יש להניח שמדובר במספרים קטנים **בהרבה** מהמספרים אליהם התייחס המשיב, ושמדובר **בעיקר באותם האנשים שאדמותיהם החקלאיות נמצאות במרחב התפר, ושלחם יועדו מלכתחילה השערים החקלאיים בגדר הפרדה**.

64. השערים החקלאיים שבגדר הפרדה אינם מובילים לערים בישראל אלא לאדמות החקלאיות. ככלל, אסור לפלסטינים לעבור בשערים החקלאיים עם מכוניות פרטיות, וממילא אין מערכת כבישים מסודרת באזורים החקלאיים האלה. כמו כן, רוב השערים החקלאיים נפתחים רק מספר פעמים ביום, לזמן קצר (כעשר דקות או רבע שעה בכל פעם), ורובם אף אינם נפתחים בכל ימות השבוע, אלא רק

פעמיים או שלוש בשבוע. על כן, **עבור הרוב המכריע של האוכלוסייה, אין שום סיבה להעדיף לעבור בשער חקלאי מאשר במחסום כניסה לישראל, אלא להפך**, המעבר בשערים האלה אינו נוח כלל. סביר להניח שרוב האנשים שיעדיפו לעבור בשערים החקלאיים מאשר במחסומי הכניסה לישראל הם אותם האנשים שרוצים להגיע לאדמותיהם שקרובות לשער. משכך, אין סיבה לחשוש שעשרות ומאות אלפי אנשים ינהרו לשערים החקלאיים שבגדר ההפרדה, כתחליף למעבר במחסומי הכניסה לישראל, אם המשיב יאפשר זאת. יש להניח שההשפעה של מתן אפשרות כזאת לאנשים תהיה זניחה, מבחינה מספרית, והיא תקל בעיקר על אותם האנשים שכפופים כרגע למשטר ההיתרים, ותחסוך מהם את הבירוקרטיה שבהגשת בקשות להיתרים פרטניים והתמודדות עם היעדר המענה לבקשות ועם החלטות הסירוב של המשיב. כלומר, מספר האנשים שיעשו שימוש באפשרות לעבור בשערים החקלאיים בגדר ההפרדה ללא היתרים פרטניים, אם הדבר יתאפשר, אינו צפוי להיות גדול באופן משמעותי ממספר האנשים שעבורם תוכננו השערים האלה מלכתחילה.

65. מכל מקום, כאמור, העותרים אינם מבקשים שכל אדם פלסטיני יוכל לעבור בכל שער חקלאי או מחסום. העותרים מבקשים רק שלאנשים המבוגרים שאין בעניינם מניעה ביטחונית יתאפשר לעבור בשער החקלאי הקרוב לביתם, על פי המען הרשום בתעודת הזהות שלהם. החיילים המוצבים בשערים החקלאיים יכולים לבדוק את המען הרשום של האנשים האלה לפני מעברם בשער, כפי שהם בודקים את היתרי הכניסה למרחב התפר של החקלאים לפני מעברם בשער.

66. החיילים המוצבים בשערים יכולים גם לבדוק אם הוזנה בעניינם של האנשים האלה מניעה ביטחונית, כפי שהם בודקים אם הוזנה מניעה ביטחונית בענייניו של בעל היתר כניסה למרחב התפר לפני מעברו בשער. כאשר מוזנת מניעה ביטחונית בענייניו של אדם המחזיק בהיתר תקף לכניסה למרחב התפר, החייל העומד בשער החקלאי מגלה זאת בבדיקה השגרתית שהוא עורך, מחרים את ההיתר של אותו האדם ומונע את מעברו בשער. אופן הטיפול בהחרמה של היתרים בנסיבות כאלה וביטולם מוסדר בנהלי הכניסה למרחב התפר של המשיב, בפרק "טיפול בשימוש לרעה בהיתר מרחב התפר". בפרק זה נקבע כי החיילים "בשטח" יכולים לקחת מאדם את ההיתר שלו באופן מידי אם הוזנה מניעה ביטחונית בענייניו מאז הנפקת ההיתר. כלומר, גם בשערים החקלאיים נערכות בדיקות ביטחוניות ונמנע מעברו של מי שמוזנת בענייניו מניעה ביטחונית.

67. אין כל מניעה מלבצע את אותה הבדיקה שנעשית כיום בשערים החקלאיים גם ביחס לפלסטינים מבוגרים שייכנסו למרחב התפר מכוח ההיתר הכללי שלהם. האנשים בגילאים שבהם עוסקת העתירה מוגדרים מלכתחילה על ידי גורמי הביטחון כבעלי **רמת מסוכנות נמוכה**. לא ברור מדוע המשיב סבור שהבדיקה הביטחונית המונהגת כיום בשערים החקלאיים ביחס לפלסטינים מכל הגילאים – כולל כאלה שמוזנת בעניינם מניעה ביטחונית, אך ניתנים להם היתרי כניסה למרחב התפר על אף המניעה הזאת – אינה מחמירה מספיק כאשר מדובר ספציפית בבני האוכלוסייה המבוגרת, שמסוכנתם נמוכה.

68. אם כן, ראשית, על פי המידע שהתקבל מהעותרים, האפשרות לשהות במרחב התפר ללא היתר פרטני אינה מסייעת להם כלל מבחינה מעשית, בהיעדר אפשרות להיכנס למרחב התפר דרך שער שנמצא במרחק סביר ממקום מגוריהם. במצב דברים זה, העותרים, ויש להניח שגם שאר האנשים במצבם, ייאלצו להמשיך לנהל הליכים בירוקרטיים מול המשיב לקבלת היתרים פרטניים לכניסה למרחב התפר, רק כדי שיתאפשר להם להיכנס למרחב התפר דרך שער שנמצא במרחק סביר מביתם ומאדמתם, ולא דרך מחסום הכניסה לישראל. העתירה עוסקת ספציפית באוכלוסייה המבוגרת, ממנה במיוחד ראוי לחסוך את הצורך לגמוע מרחקים של עשרות קילומטרים בהליכה, לפני ואחרי כל יום עבודה.

69. שנית, אין מניעה של ממש מלאפשר לאנשים שבהם עוסקת העתירה לעבור בשערים החקלאיים שבגדר ההפרדה, במיוחד אם לא יתאפשר להם לעבור בכל שער שירצו, אלא רק בשער שבאזור המען הרשום שלהם. לפי מתווה כזה, לא צפויה להיות עלייה משמעותית, אם בכלל, במספר האנשים העוברים בכל שער חקלאי, והחיילים המוצבים בשער יכולים לבדוק אם הוזנה בעניינם מניעה ביטחונית, כפי שהם בודקים אם הוזנה מניעה ביטחונית בעניינם של בעלי ההיתרים הפרטניים לכניסה למרחב התפר לפני מעברם בשערים החקלאיים. ההסדר הזה מספק את המדינה, מבחינה ביטחונית, ביחס לבעלי ההיתרים הפרטניים לכניסה למרחב התפר, ולא ברור מדוע נדרשות בדיקות ביטחוניות מחמירות יותר דווקא ביחס לאנשים המבוגרים, שרשאים להיכנס לישראל כרצונם, ללא היתרים פרטניים, בשל היעדר המסוכנות שלהם.

70. יוזכר כי במסגרת בג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל, המדינה טענה להשקעה של עשרות מיליוני שקלים בבניית מעברים ושערים חקלאיים נוחים ומשוכללים בגדר ההפרדה, על מנת לאפשר בידוק ביטחוני ברמה גבוהה והמתנה קצרה ונוחה בשערים:

... כ-90% מהשערים החקלאיים ממוקמים במרחב אשר אינו עולה על כ-2.5 ק"מ ממרכז הכפר העושה שימוש בשער המסויים (והם מצויים כמובן במרחק קצר יותר מבתי הכפר הקיצוניים), באופן שהפעלתם השוטפת של השערים נותנת לדעת המשיבים מענה סביר והולם ל"מרקם החיים" ולשטף הפעילות החקלאיות באזור. יודגש כי פיקוד המרכז והמנהל האזרחי, באמצעות מנהלת "דרך אחרת" ומרכז הבינוי בצה"ל, פועלים לשיפור מתמיד באיכות השירות במעברים, בשערים החקלאיים ובתנועות אל מרחב התפר, כפי שיפורט להלן:

א. **מעברים:** למעלה מ-30 מיליון ש"ח הושקעו בבניית המעברים בסטנדרט גבוה, תוך כדי הצבת אמצעי בידוק משוכללים המאפשרים, מחד גיסא, זיהוי ביטחוני טוב יותר, ומאידך גיסא, קיצור משמעותי של זמני המתנה.

ב. **שערים חקלאיים:** למעלה מ-20 מיליון ש"ח הושקעו בבניית שערים חקלאיים. במרבית השערים הוצבו סככות המתנה, בחלק גדול מהשערים נסללו או שופרו צירי הגישה אל השער, וביותר מ-10 שערים הוצבו מבני בידוק משוכללים המאפשרים בידוק טוב יותר, תוך המתנה קצרה יותר במבנה ממוזג ומקורה.

ג. **איכות השירות במעברים:** הוקצו כ-2.5 מיליון ש"ח לשם פרויקט "לבנת איכות השירות" במעברים, הכוללת, בין היתר, הצבת אמצעים לוגיסטיים שונים כגון, ספסלים, סככות המתנה, מזגנים, טלוויזיות, שירותים כימיים, ברזיות מים, מאפרות, פחי אשפה, שילוט ועוד.

מעבר לאמור, הוחלט על הצבת 22 קצינים ונגדים דוברי ערבית המשרתים במנהל האזרחי במעברים הרגליים העיקריים ובמעברי הסחורות, שתפקידם יהיה להבטיח קיומו של מרקם חיים סביר במעברים אלה, ובן סיוע במתן פתרונות לסוגיות אזרחיות או מנהליות העולות במעברים. מדובר בהשקעה של כ-4 מיליון ש"ח בשנה...

יודגש, שלוח הזמנים של פתיחת המעברים והשערים השונים לא נקבע על ידי צה"ל באופן שרירותי, אלא לאחר ביצוע איזון בין צרכי האוכלוסייה המקומית בכל אזור ואזור, תוך תיאום ככל הניתן עם תושבי הכפרים הקונקרטיים... (סעיפים 42-50 לכתב התשובה מטעם המדינה בבג"ץ 9961/03 ובג"ץ 639/04).

העתקי העמודים הרלוונטיים מכתב התשובה מצורפים ומסומנים ע/23.

71. אם כן, אין לכאורה מניעה מלאפשר לפלסטינים המבוגרים שאין בעניינם מניעה ביטחונית לעבור בשערים החקלאיים הסמוכים לכפר בו הם מתגוררים, על פי המען הרשום בתעודת הזהות שלהם. השערים החקלאיים נועדו לצמצם את קשיי הגישה לאדמות החקלאיות שבמרחב התפר, והמדינה טענה שהיא משקיעה משאבים רבים בשיפור הבידוק הביטחוני בשערים האלה ובהקלה על המעבר של פלסטינים למרחב התפר דרכם, ופועלת תמיד להמשיך ולשפר את הסדרי המעבר של פלסטינים דרך גדר ההפרדה. משכך, בקשת העותרים, שאדם פלסטיני מבוגר, שרשאי להיכנס למרחב התפר ללא היתר פרטני, יוכל לעבור בשער החקלאי הקרוב לכפרו, ולא יידרש ללכת עשרות קילומטרים לשם כך, עולה בקנה אחד עם עמדת המדינה בבג"ץ 9961/03, ואין לכאורה סיבה שהמדינה תתנגד לה.

72. מכאן העתירה.

הטיעון המשפטי

73. להלן יטענו העותרים כי האיסור על פלסטינים הרשאים להיכנס למרחב התפר ללא היתרים פרטניים, בשל גילם, לעשות זאת דרך השערים החקלאיים הקרובים לבתיהם ולאדמותיהם, מנוגד לפסיקה בעניין צמצום הפגיעה של גדר ההפרדה באוכלוסייה המוגנת למינימום ההכרחי, ופוגע באופן בלתי מידתי בזכות היסוד שלהם לחופש תנועה, ובחלק מהמקרים גם בזכויותיהם לקניין ולחופש העיסוק.

הרקע הנורמטיבי

74. עניינה של העתירה בפעולות של המשיב בתוך השטח הכבוש. התחומים שבהם המשיב מוסמך לפעול בשטח הכבוש הם ההגנה על האינטרס הביטחוני הלגיטימי של הממשל, וההגנה על הזכויות של תושבי השטח הכבוש:

ישראל מחזיקה בשטחי האזור בתפיסה לוחמתית. במסגרת הממשל הצבאי מפעיל המפקד הצבאי באזור סמכויות היונקות במשולב מכללי המשפט הבינלאומי ומעקרונות המשפט הציבורי הישראלי... על התפיסה הלוחמתית באזור חלות הנורמות העיקריות של המשפט הבינלאומי המנהגי המעוגנות באמנת האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907 [25], ואילו העקרונות ההומניטריים של אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן – אמנת ג'נבה) מוחלים על-ידי המדינה ועל-ידי מפקד האזור הלכה למעשה (פרשת אסכאן [1], שם, בעמ' 793-794). **אמנת האג מסמיכה את מפקד האזור לפעול בשני תחומים מרכזיים: האחד – הבטחת האינטרס הביטחוני הלגיטימי של הממשל המחזיק בשטח, והשני – הבטחת צרכיה וזכויותיה של האוכלוסייה המקומית בשטח הנתון לתפיסה הלוחמתית.** הצורך האחד הוא צבאי. הצורך האחר הוא צורך אזרחי-הומניטרי. הראשון מתמקד בדאגה לביטחון הכוח הצבאי וכן לסדר, לביטחון ולשמירה על שלטון החוק באזור; השני – נוגע לאחריות לקיום שלום ורווחתם של התושבים. **בדאגה לרווחה כאמור מוטל על מפקד האזור לא רק לשמור על הסדר ועל הביטחון של התושבים אלא גם להגן על זכויותיהם, ובייחוד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם.** "הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטריים שחובה על המפקד לשקול" (בג"ץ 10356/02 הס נ' **מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (להלן – פרשת הס [4]), בעמ' 456). בביצוע תפקידו על מפקד האזור להבטיח את האינטרסים הביטחוניים החיוניים, מזה, ואת הגנת זכויותיה של האוכלוסייה האזרחית, מזה. בין שני מוקדי אחריות אלה נדרש איזון ראוי (ני דיןשטיין "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" [23], בעמ' 509). בהגנה על הזכויות החוקתיות של תושבי האזור חלים על המפקד הצבאי גם עקרונות המשפט הציבורי הישראלי, ובהם עקרונות היסוד בדבר זכויות האדם (בג"ץ 7862/04 **אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נט (5) 368, 375-376 (2005), כל ההדגשות בעתירה הוספו אלא אם צוין אחרת, ת.מ.).

75. בעתירות בעניין גדר ההפרדה ומשטר ההיתרים, המדינה עמדה על כך שהחלטות שלה על ההקמה של גדר ההפרדה ועל הסגירה של מרחב התפר מבוססות על שיקולי ביטחון כבדי משקל, ועליהם בלבד. בית המשפט הנכבד קיבל את עמדתה של המדינה, ובסדרה של פסקי דין נקבע כי גדר ההפרדה הוקמה בעקבות פיגועי האינתיפאדה השנייה, וכי היא נועדה למנוע ממפגעים להיכנס לישראל ולבצע בה פיגועי טרור. לדוגמא:

ההחלטה להקים את גדר ההפרדה התקבלה ביום 14.4.02 על ידי ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי במטרה "לשפר ולחזק את ההערכות והיכולות המבצעיות במסגרת התמודדות עם הטרור, וכדי לסכל, לשבש ולמנוע חדירת פעילות חבלנית מתחומי יהודה ושומרון לישראל". החלטה זו אושרה לאחר דיון בממשלה ביום 23.6.02 בו הוחלט על הקמת מכשול באורך של 116 קילומטר, בעיקר באזורים הרגישים אשר דרכם חדרו פעמים רבות מחבלים זורעי הרס ודם לשם ביצוע פיגועי טרור... **מרחב התפר נועד לחסום מעבר של מחבלים מתאבדים ומחבלים אחרים לתחומי מדינת ישראל.** על פי תפיסתם של הגורמים הביטחוניים והצבאיים המופקדים על הנושא, יצירת מרחב התפר הינה מרכיב מרכזי בלחימה בטרור שמקורו באזור יהודה ושומרון. אם וככל שלא יהיה במחסום המוקם משום חסימה מוחלטת מפני חדירת מחבלים, הרי תכליתו של המכשול היא לעכב חדירה לישראל לפרק זמן שיאפשר הגעת

הכוחות למקום החדירה, וכך ליצור מרחב ביטחון גיאוגרפי שיאפשר לכוחות הלוחמים לבצע מרדף אחר מחבלים בטרם כניסתם לתחומי המדינה. אין ספק שהקמת מרחב התפר פוגעת בתושבים הפלסטינים שבאזור המרחב. לצורך הקמת המכשול ייתפסו ונתפסו אדמות חקלאיות ועלולה להיגרם פגיעה משמעותית ביכולתם של התושבים לנצל קרקעות שברשותם, עלולה גם להיפגע נגישותם לקרקע. **פגיעה זו היא כורח השעה והיא תוצאה של מצב הלחימה בו נתון האזור כבר למעלה משנתיים** - מצב שעלה בחיי אדם מרובים (בג"ץ 8172/02 אברהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 14.10.2002)).

76. בפסק דין משטר ההיתרים נקבע, בהמשך לכך, כי גם התכלית של משטר ההיתרים היא אותה התכלית הביטחונית שלשמה הוקמה גדר ההפרדה – מניעה מפעילי טרור להיכנס לישראל ולבצע שם פיגועים:

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 תכליות הביטחונית 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 (סעיף 17).

77. כלומר, מקום בו אין חשש שהתושבים המוגנים יבצעו פיגועים, אם יתאפשר להם להיכנס לישראל, נשמטת גם ההצדקה לסגירה של מרחב התפר בפניהם. כך הדבר בענייננו, שהרי מדובר בקבוצת אוכלוסייה שמסוכנותה נמוכה בעיני גורמי הביטחון עד כדי כך שהיא רשאית, ככלל, להיכנס לישראל ללא צורך בהיתרים פרטניים, ועל רקע זה הוחלט גם להתיר לחבריה להיכנס גם למרחב התפר ללא היתרים פרטניים. וכיוון שההצדקה הביטחונית של סגירתו של מרחב התפר אינה מתקיימת בעניין קבוצת האוכלוסייה הזאת, לא ברור איזו הצדקה נותרה להכפפת חברי הקבוצה הזאת לפגיעתו של משטר ההיתרים בזכויותיהם ובאיכות החיים שלהם, בין על ידי אילוצם להמשיך ולהגיש בקשות פרטניות להיתרי כניסה למרחב התפר, ובין על ידי המניעה מהם להגיע לאדמותיהם אלא דרך המחסומים שהגישה לאדמות דרכם קשה ביותר.

78. בית המשפט הנכבד הכיר בכך שהסגירה של מרחב התפר בפני פלסטינים תושבי הגדה המערבית פוגעת בהם בצורה קשה. ההחלטה של בית המשפט הנכבד שלא להתערב בעניין נשענה על ההנחה שהמדינה פועלת לצמצם ככל האפשר את הפגיעה של הסגירה של מרחב התפר באוכלוסייה הפלסטינית. כך, למשל, נכתב בבג"ץ משטר ההיתרים:

במסגרת פסק דינו 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 שנקטים על-ידיה 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 באוכלוסיה המבקשים חיים משותפים עם יתר חלקיה, הינו מצב חולף תלוי מציאות זמנית קשה (בג"ץ משטר ההיתרים, סעיף 46).

79. בתגובת המדינה לעתירות בנושא משטר ההיתרים נטען שהמדינה עושה הכל על מנת לצמצם את הפגיעה של הגדר בפלסטינים:

הקמת המכשול, שחלקים לא קטנים ממנה ממוקמים על אדמה פרטית, פוגעת בבעלי הקרקע האמורה. המשיבים פעלו ופועלים בניסיון לצמצם, ככל האפשר, פגיעה שכזו... **המכשול אף מביא להטלתן של מגבלות על התנועה החופשית של פלסטינים בשטח שהוא חלק מהאזור. זוהי תוצאה קשה והמשיבים עושים הכל על מנת לצמצם הגבלות אלו ולתת מענה לצרכי האוכלוסייה (סעיפים 37-38 לתגובה המקדמית מטעם המשיבים בבג"ץ משטר ההיתרים).**

80. הפסיקה בנושא גדר ההפרדה הדגישה שוב ושוב את הפגיעה של הגדר באוכלוסייה המקומית, גם תחת ההנחה שיתקיים באזור משטר היתרים, ואת הצורך לצמצם את הפגיעה הזאת למינימום ההכרחי, לדוגמא:

עם סיום בחינת מידתיות של כל צו בנפרד מן הראוי הוא שנרים מבטנו ונשקיף על מידתיותו של מלוא מתווה גדר ההפרדה נושא הצווים כולם. אורכה של גדר ההפרדה נושא הצווים שלפנינו היא כארבעים קילומטר. היא פוגעת בחייהם של שלושים וחמישה אלף תושבים מקומיים. ארבעת אלפים דונם מאדמותיהם נתפסות על-ידי תוואי הגדר עצמה, ואלפי עצי זית הגדלים בתוואי עצמו נעקרים. הגדר חוצצת בין שמונה כפרים שבהם מתגוררים התושבים המקומיים לבין למעלה משלושים אלף דונם מאדמותיהם. חלקן הגדול הן אדמות מעובדות, והן כוללות עשרות אלפים של עצי זית, עצי פרי וגידולים חקלאיים שונים. **משטר הרישוי שהמפקד הצבאי מבקש לקבוע ואשר הוחל על שטחי קרקע רבים אין בכוחו למנוע באופן משמעותי את ממדיה של הפגיעה הקשה בחקלאים המקומיים או להפחיתה.** האפשרות להגיע לאדמות תלויה באפשרות לחצות שערים, שהמרחק ביניהם רב ושאינם פתוחים כל העת. בשערים ייערכו בדיקות ביטחוניות, דבר שעלול למנוע מעבר כלי רכב, ואשר ייצור מטבע הדברים תורים ארוכים ושעות המתנה רבות. **כל אלה אינם עולים בקנה אחד עם יכולתו של חקלאי לעבד את אדמתו.** יהיו בוודאי מקומות שבהם לא יהא מנוס מכך שגדר ההפרדה תחצוץ בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם. באותם מקומות יש להבטיח מעבר שיקטין ככל האפשר את הפגיעה בחקלאים (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, סעיף 82 (פורסם בנבו, 30.6.2004)).

וכן:

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. מטעים ואדמות מרעה של העותרים נותקו על ידי גדר ההפרדה. במצב דברים זה, **על המשיבים לדאוג כי יקבעו הסדרי מעבר ומשטר נגישות סבירים לאדמות העותרים, באופן המצמצם, עד כמה שניתן, את הפגיעה בהם** (בג"ץ 4825/04 עליאן נ' ראש הממשלה, סעיף 16 (פורסם בנבו, 16.3.2006)).

81. אחת הדרכים האפשריות לצמצם את הפגיעה של הסגירה של מרחב התפר בפני פלסטינים היא לאפשר לאנשים המבוגרים, הרשאים להיכנס למרחב התפר ולשהות שם ללא היתר פרטני, בהיעדר מניעה ביטחונית או אחרת, לעבור בשערים החקלאיים שבגדר ההפרדה, ולא רק במחסומי הכניסה לישראל המרוחקים. כמפורט לעיל, הדרך לאדמותיהם של העותרים דרך מחסומי הכניסה לישראל היא כמעט בלתי אפשרית, וללא האפשרות לעבור בשערים החקלאיים, אין לעותרים ולאחרים במצבם אפשרות ריאלית לעשות שימוש בהחרגה שלהם מהצורך בקבלת היתרים פרטניים, ולהסדר זה אין כל תועלת מעשית עבורם. אם קיימת אפשרות לצמצם את הפגיעה של גדר ההפרדה באוכלוסייה המוגנת באופן

שהתבקש על ידי העותרים, הרי שקמה למשיב גם חובה לעשות זאת, על פי הפסיקה בנושא גדר ההפרדה ומשטר ההיתרים.

הזכויות הנפגעות

הזכות לחופש תנועה

82. הזכות לחופש תנועה מוכרת הן בדין הישראלי והן בדין הבינלאומי כאחת הזכויות הבסיסיות והחשובות ביותר:

על מעמדו של חופש התנועה במשפטנו עמד בית-משפט זה בפרשת חורב [20], שם נדון (בין היתר) היחס בין חופש התנועה לפגיעה ברגשות דתיים ובאורח חיים דתי. באותה פרשה ציין הנשיא ברק כי חופש התנועה הוא "מהזכויות היותר בסיסיות" (שם, בעמ' 49), כי הזכות לחופש התנועה "עומדת בשורה הראשונה של זכויות האדם" (שם, בעמ' 51), וכי חופש התנועה הוא "חופש המצוי ברמה הגבוהה ביותר במידרג הזכויות בישראל" (שם, בעמ' 53). כן הוסיף הנשיא בפרשת חורב [20] כי "לרוב, מעמידים את חופש התנועה בתוך גבולות המדינה על רמה חוקתית דומה לזו של חופש הביטוי" (שם, בעמ' 49). יש לציין כי דברים דומים על מעמדו של חופש התנועה אמרו אף השופטים שלא הצטרפו לדעת הרוב של הנשיא ברק בפרשת חורב [20] (ראו למשל דברי השופט מ' חשין שם, בעמ' 147, ודברי השופט טל בעמ' 181). על מעמדו של חופש התנועה במשפט הישראלי בעקבות פרשת חורב [20] ראו גם י' זילברשץ "על חופש התנועה הפנים-מדינתית" (להלן – זילברשץ [34]), בעמ' 806-809.

חופש התנועה מוכר כזכות יסוד גם במשפט הבינלאומי. חופש התנועה הפנים-מדינתית מעוגן בשורה ארוכה של אמנות והכרזות בין-לאומיות בדבר זכויות אדם (כך, בין היתר, בסעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966), בסעיף 13 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם [37] (Universal Declaration of Human Rights 1948) ובסעיף 2 לפרוטוקול הרביעי מ-1963 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם [38] מ-1950), ונראה כי הוא מעוגן גם במשפט הבינלאומי המנהגי (בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל משרד הבטחון, סעיף 15 (פורסם בנבו, 3.2.2005, להלן: בג"ץ עיריית בית לחם).

83. בבג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד ס"א (1) 844, 863 (2006) נקבע כי משקלה של הזכות לחופש תנועה כבד במיוחד כאשר מדובר בהגבלת הגישה של אנשים לאדמות שבבעלותם:

חשוב להדגיש כי בענייננו, אין מדובר בתנועה של תושבים פלסטינים באזורים בלתי מסוימים ברחבי יהודה ושומרון, אלא בגישה של התושבים לאדמות השייכות להם. בנסיבות אלה, כאשר התנועה מתבצעת במרחב פרטי, יש ליתן משקל רב במיוחד לזכות לחופש תנועה ולצמצם למינימום את המגבלות המוטלות עליה.

84. חסימת הגישה של התושבים המוגנים לאדמות שבמרחב התפר על ידי גדר ההפרדה פוגעת בצורה קשה בזכות היסוד שלהם לחופש תנועה. כך במיוחד לגבי התושבים המוגנים שבבעלותם אדמות שנותרו מעבר לגדר. באותו האופן, הקביעה של הסדר המאפשר כניסה למרחב התפר, אך רק בתנאים מכבידים וקשים מאוד, פוגעת באותה הזכות, גם אם במידה פחותה. כאמור, הפסיקה הכירה בכך שמשטר ההיתרים אינו מבטל את הפגיעה הנגרמת על ידי הסגירה של מרחב התפר בפני פלסטינים ושפגיעה זו היא קשה גם עבור האנשים המקבלים היתרי כניסה למרחב התפר (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, סעיף 82 (פורסם בנבו, 30.6.2004)). התרת מעברם של התושבים המוגנים המבוגרים למרחב התפר במסגרת ה"היתר גיל מבוגר" דרך השערים החקלאיים, ולא רק דרך מחסומי הכניסה לישראל, תצמצם את הפגיעה בזכותם לחופש תנועה, הנגרמת על ידי עצם הסגירה של מרחב התפר ועל ידי הסדרי המעבר המכבידים המונהגים על ידי המשיב כיום.

85. כיוון שמדובר בהסדר שחל ספציפית על האנשים המבוגרים, יש בעייתיות מוגברת בכך שהסדר המעבר שנקבע עבורם כרוך בקשיים פיזיים ובחוסר נוחות שקשה, אם לא בלתי אפשרי, לעמוד בהם. כמפורט לעיל, עבור העותרים, ומן הסתם גם עבור רבים אחרים במצבם, הכניסה למרחב התפר דרך מחסומי

הכניסה לישראל (להבדיל מהשערים החקלאיים שבגדר ההפרדה) כרוכה בהליכה של קילומטרים רבים ברגל; בהמתנה ממושכת במחסומים העמוסים; בהגעה לאדמות בשעות מאוחרות, כך שלא ניתן להתחיל את יום העבודה לפני השעות החמות; בהיעדר האפשרות להיעזר בסוסים ועגלות לצורך ההגעה לאדמה ולצורך העברת הציוד החקלאי והתבואה, ועוד. הכניסה למרחב התפר תחת תנאים כאלה היא קשה עבור כל אדם, אך עבור הציבור המבוגר היא קשה במיוחד.

86. כדי שתהיה משמעות מעשית להחלטת המשיב להתיר לבעלי "היתר גיל מבוגר" לשהות במרחב התפר גם בלי לקבל היתר פרטני, צריכה להיות לאנשים האלה אפשרות להיכנס למרחב התפר בתנאים סבירים, כלומר, צריכה להיות להם אפשרות לעבור גם בשערים החקלאיים שבגדר ההפרדה, ולא רק במחסומי הכניסה לישראל המרוחקים. כך במיוחד בהתחשב בגילה של קבוצת האוכלוסייה שעבורה נקבע הסדר זה מלכתחילה.

87. החלטת המשיב שלא לאפשר לבני האוכלוסייה המבוגרת להיכנס למרחב התפר מכוח ה"היתר גיל מבוגר" דרך השערים החקלאיים, אלא רק דרך מחסומי הכניסה לישראל, תאלץ את העותרים ואת יתר האנשים במצבם להמשיך להגיש בקשות להיתרים פרטניים לכניסה למרחב התפר ולהישאר כפופים לבירוקרטיה המכבידה של משטר ההיתרים, על אף שכניסתם למרחב התפר ושהייתם שם מותרות גם ללא היתרים כאלה.

88. אמנם מדובר באנשים הזכאים, באופן עקרוני, להיתרי כניסה למרחב התפר ואמורים לקבל אותם מעת לעת, אך בפועל משטר ההיתרים מונהג באופן שמתיר אותם שוב ושוב, לפרקי זמן ממושכים, ללא היתרים וללא אפשרות להגיע לאדמותיהם, כפי שעולה מהפירוט העובדתי המצורף כ-ע/3. במקרים רבים, היתרי כניסה למרחב התפר ניתנים לבעלי האדמות ולבני משפחותיהם רק לאחר מאבק מפרך ומייאש, ורק לאחר החלטות סירוב חוזרות ונשנות, או היעדר מענה של המשיב לבקשה אחר בקשה ולפנייה אחר פנייה. מצבים כאלה הם שכחים ושגרתיים, ולא חריגים. התוצאה היא שגם אנשים שבדרך כלל **מקבלים** היתרי כניסה למרחב התפר מוצאים את עצמם פעם אחר פעם ללא אפשרות להיכנס למרחב התפר, לתקופות לא מבטלות, בשל האופן בו מנוהלת הבירוקרטיה של משטר ההיתרים בפועל. העובדה שההיתר ניתן לבסוף, אחרי מאבק ממושך או אחרי בקשות חוזרות ונשנות של המבקש, אינה מאיינת את הפגיעה שבאי מתן ההיתר עד לאותו המועד, או את הפגיעה שבצורך לנהל את המאבק הזה שוב ושוב. כלומר, הכפיפות למשטר ההיתרים פוגעת בזכותם של התושבים המוגנים לחופש תנועה, כולל אותם תושבים מוגנים שמקבלים היתרים פרטניים בסופו של דבר.

89. הפסיקה מתייחסת, בהקשרים שונים, לחובה המוגברת לסייע לאנשים מבוגרים ולכבד אותם, מעבר לחובה הקיימת כלפי כל אדם, לדוגמא:

נוסיף, כי **כלפי האדם הקשיש פשיטא שקיימת חובה מיוחדת של החברה**, בגלל חולשתו הטבועה ("והדרת פני זקן" – ויקרא י"ט, ל"ב; "ואל תבוז כי זקנה אמך" – משלי כ"ג, כ"ב). אין מי שאינו רוצה להגיע לזקנה, אך אין מי שאינו רוצה כי הזקנה תהיה מכובדת, במובנו הבסיסי ביותר של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קרי, "כבודו של אדם באשר הוא אדם" (סעיף 2). המחוקק נתן דעתו לכך הן בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] התשנ"ה-1995, והן בחוק האזרחים הוותיקים, התש"ן-1989, ולא בהם בלבד...

השיח הציבורי והמשפטי סב בעידננו גם על זכויות חברתיות. בספרו המהפכה החברתית במשפט העסקי (תשס"ז-2007) מציג ד"ר ע' בוקשפן את דיני העבודה כמקרה מבחן לשאלת אחריותה החברתית של החברה העסקית (עמ' 437 ואילך). **לדידי, זכויותיהם של קשישים עומדות אף במדרגה גבוהה מזה.**

עוד ייאמר, כי עסקינן – בגדרי המשפט העברי – בסוגיות שחוק ומוסר משמשים בהן יחדיו. לדידי, בחינת "ועשית הישר והטוב" (דברים ו', י"ח), וכדברי ד"ר משה זילברג, כך דרכו של תלמוד, 99 הריהו "קטיגוריה שהוטלה חובה על ידי חכמים – לא בדרך יתקנה' מסוימת – משום הישר והטוב שבה"; לשיטתו "היא אינה זהה עם הדין – אלא

מתעטפת בטליתו של הדין". אומר כאן כי לדידי, ניתן לומר כי הטלית והמתעטף בה היו לאחדים. ראו גם הרב פרופ' א' שטינברג, אנציקלופדיה הלכתית-רפואית - הערך "זקן", כרך ב' (תשנ"א-1991), עמ' 332. בעמ' 337 אומר המחבר, כי "לאחרונה ניכר שינוי ערכי ומעשי ביחס החברה המודרנית לזקן"; עוד ראו שם, עמ' 352-354 על היחס לזקן. לכך יש ליתן ביטוי מעשי ראוי (ע"א 7654/06 רוזנשטראוך נ' קרן הגמלאות של חברי אגד בע"מ, סעיף ט' לפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 30.12.2007)).

וכן:

אם בעבר היו עיני הכל נשואות אל זקני השבט והם זכו להכרה ולהערכה על ניסיונם ועל תרומתם לחברה, הרי שכיום יש וקשישים נדחקים אל קרן זווית ולעיתים אף הקרובים להם, עצמם ובשרם, אינם נרתמים לסייע להם, דווקא בשנים בהם גופם דאב ותפקודם הכללי אינו כשהיה. במצב זה, אז כהיום, מחויבת החברה לדאוג לקשישים שבה מתוך כבוד, חמלה, חסד והכרת תודה על הטובה שתרמו לחברה בימי חוסנם (ע"א 4377/04 הולצברג נ' מירז, פ"ד סב(2) 661, סעיף 42 לפסק דינה של כבוד השופטת ארבל (2007)).

ובדין הפלילי:

קשיש נועד להיות מושא להערכה ובמידת הצורך לחמלה, ושומה על החברה לאפשר לו להזדקן בכבוד, בהשקט ובביטחה. אין ניתן לנהוג בסובלנות כלפי מי שרומס את הזקן ברגל גסה. מי שעושה את הקשיש ליטרף קלי במקום להדר פני זקן, דינו להענש בחומרה, ומשקלן של נסיבות אישיות לצורך הקלה בעונש יהיה נמוך (ע"פ 1261/15 מדינת ישראל נ' דלאל, סעיף 34 (פורסם בנבו, 3.9.2015)).

90. ובענייננו, הציבור הפלסטיני כולו נפגע מהסגירה של מרחב התפר בפניו, מהכפיפות לביורוקרטיה הצבאית המכבידה ומההסדרים המגבילים למעבר בגדר ההפרדה, כפי שצוין בפסיקה. אולם, לאנשים המבוגרים יש קושי מוגבר בהתמודדות עם כל אלה, ובמיוחד עם הקשיים הפיזיים הנובעים מהסדרי המעבר הנקבעים על ידי המשיב, ולחברה יש חובה מיוחדת לדאוג לכבודם של האנשים האלה ולהקל עליהם ככל האפשר. על כן, הסירוב של המשיב לאפשר לתושבים המוגנים המבוגרים להיכנס למרחב התפר באמצעות ה"היתר גיל מבוגר" החל עליהם דרך השערים החקלאיים, המצויים בין הכפרים שלהם לבין אדמותיהם, אלא רק דרך המחסומים המרוחקים, אינו סביר, וזאת במיוחד בהינתן העובדה שהסדר זה נקבע ספציפית עבור האוכלוסייה המבוגרת, ובהינתן העובדה שמדובר בקבוצת אוכלוסייה בעלת מסוכנות נמוכה במיוחד.

הפגיעה בזכויות לקניין ולחופש העיסוק

91. עבור העותרים ועבור אנשים אחרים במצבם, הנגישות הסבירה למרחב התפר חשובה לא רק מפני שיש להם זכות בסיסית לנוע בחופשיות בתוך הגדה המערבית, אלא גם מפני שהיא נחוצה לצורך מימוש הזכויות שלהם לקניין ולחופש העיסוק. כך הדבר לגבי אותם אנשים שאדמותיהם או מקומות העבודה שלהם מצויים במרחב התפר, ושנתקלים בקשיים בקבלת היתרים ובגישה למרחב התפר, כמו העותרים.

92. כידוע, הזכות לקניין היא זכות יסוד, המעוגנת בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המגן על זכויותיהם של כל בני האדם, וכן באמנות הבינלאומיות הרלוונטיות לשטח הכבוש:

זכות הקניין נמנית אף היא על זכויות היסוד של האדם. זכות זו הוכרה כזכות יסוד הראויה להגנה בפסיקתו של בית משפט זה (ראו למשל: בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 14-15; דנג"ץ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68, 83-85) ואף זכתה לעיגון חוקתי מפורש בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות זו מוכרת גם במשפט הבינלאומי, ובכל הנוגע לשטחים המוחזקים בתפיסה

לוחמתית מעוגנת היא, בין היתר, באמנת האג ובאמנת גינבה הרביעית (בג"ץ עיריית בית לחם, סעיף 20 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) ביניש).

93. חופש העיסוק הוכר אף הוא כזכות יסוד, והרשויות חייבות להימנע מפגיעה בה גם כאשר הן פועלות מחוץ לתחומה של מדינת ישראל:

טעם נוסף... נמצא בזכות היסוד של חופש העיסוק, שהוכרה בפסיקת בית משפט זה עוד בטרם חקיקתו של חוק יסוד: חופש העיסוק... למשפט הישראלי אין אמנם תחולה ישירה באזור, אך בית משפט זה מחיל את עקרונות היסוד שלו על המפקד הצבאי באזור ועל פקודיו מכוח הסמכות הפרסונאלית, בהיותם נמנים על רשויות המדינה ופועלים שם בשרותה... ממש כמו שהוא מחיל עליהם את כללי המשפט המינהלי. (בג"ץ 3940/92 ג'ראר נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד מז(3) 298, 304-305 (1993)).

94. בעלי הזיקה הקניינית לאדמות במרחב התפר, כמו העותרים, וכן בני המשפחה שלהם, העובדים שלהם ואנשים אחרים שמקומות העבודה שלהם מצויים במרחב התפר, זקוקים לגישה סדירה, רציפה ונוחה למרחב התפר לצורך מימוש זכויות היסוד שלהם לקניין ולחופש העיסוק. הכפיפות למשטר ההיתרים אינה מאפשרת את הדבר, וגם אותם אנשים מעטים שמקבלים בדרך כלל היתרי כניסה למרחב התפר, אינם מקבלים אותם באופן רציף, אלא רק באופן מקוטע, לעתים לפרקי זמן קצרים בלבד, ולאחר התמודדות ממושכת עם החלטות סירוב ועם היעדר מענה לסדרה של פניות. גם האנשים שכן עומדים בקריטריונים לקבלת היתרי כניסה למרחב התפר סובלים מחוסר ביטחון לגבי החידוש של ההיתרים שלהם, כשהם יפוגו, ואין להם יכולת לצאת מההנחה שבקשותיהם העתידיות יאושרו, להסתמך על כך, ולנטוע ולשתול גידולים באדמותיהם, בידיעה שהם יוכלו להמשיך לגדל אותם ולקטוף את פירותיהם, או לעבוד באופן קבוע ומסודר, לאורך שנים, בעסק במרחב התפר. היעדר הגישה הסדירה של בעלי האדמות לאדמותיהם, והיעדר היכולת שלהם לתכנן את העבודה העתידית שלהם באדמותיהם ולהשקיע בכך, בשל החשש שהדבר לא יתאפשר בעתיד, פוגעים בצורה קשה בזכויות היסוד שלהם לקניין ולחופש העיסוק. כך גם לגבי היעדר הרציפות בהעסקה של עובדים בבתי עסק במרחב התפר.

95. על רקע זה הוגשה העתירה הקודמת, בה ביקשו העותרים שיתאפשר לאוכלוסייה הפלסטינית המבוגרת להיכנס למרחב התפר ולשהות שם מכוח ה"היתר גיל מבוגר", גם בלי לקבל היתרים פרטניים. המשיב הסכים לכך, אך החליט שהמעבר של האנשים האלה יתאפשר רק במחסומי הכניסה לישראל, ולא בשערים החקלאיים שבגדר הפרדה. בפועל, החלטה זו מונעת מהעותרים ומאנשים נוספים במצבם להפיק תועלת כלשהי מההסכמה העקרונית של המשיב להתיר להם לשהות במרחב התפר ללא היתרים פרטניים, ומבחינה מעשית, היא מותירה אותם באותו המצב בו היו לפני שהוגשה העתירה הקודמת. על כן, הפגיעה בזכויות יסוד, עליה הלינו העותרים בעתירה הקודמת, עומדת בעינה.

היעדר המידתיות

96. כידוע, השאלה אם פגיעה בזכויות יסוד היא מידתית תלויה בעמידתה בשלושה מבחני משנה – מבחן הקשר הרציונאלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, ומבחן המידתיות במובן הצר (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, סעיף 67 (2005)).

97. על מבחן הקשר הרציונאלי נכתב כך:

מבחן המשנה הראשון הוא מבחן "הקשר הרציונאלי" או "מבחן ההתאמה", ועל פיו חייבת להתקיים זיקה עניינית בין תכליתו הראויה של החוק לבין ההסדרים שנקבעו בחוק לצורך הגשמתה. כלומר, האמצעי שנבחר חייב להוביל באופן רציונאלי להגשמת המטרה. לעניין זה, נדרש "מתאם אמיתי" בין האמצעי הראוי למטרה הראויה. אין להסתפק בהסתברות קלושה או תיאורטית בלבד, שכן האמצעי הפוגע צריך להוביל

להשגת התכלית ב"מידת הסתברות רצינית" (בג"ץ 8425/13 **איתן מדיניות הגירה ישראלית ואח' נ' ממשלת ישראל**, סעיף 25 (פורסם בנבו, 22.9.2014)).

98. הפגיעה שבה אנו עוסקים אינה עומדת במבחן הקשר הרציונאלי. המשיב נימק את החלטתו שלא לאפשר לבעלי "היתר גיל מבוגר" לעבור בשערים החקלאיים שבגדר ההפרדה בטענה שמדובר בהמוני אנשים, ושהתרת מעברם של כל כך הרבה אנשים נוספים בשערים החקלאיים תפגע בבידוק הביטחוני הנערך שם ותאריך את זמן ההמתנה של בעלי ההיתרים הפרטניים למעבר בשערים.

99. ראשית, כפי שהוסבר לעיל, ספק אם התרת מעברם של בעלי ה"היתר גיל מבוגר" דרך השערים החקלאיים תגדיל באופן משמעותי את מספר האנשים העוברים בשערים האלה. המעבר בשערים החקלאיים אינו נוח, בגלל שהשערים האלה נפתחים רק מספר פעמים ביום, ורק לזמן קצר, ורבים מהם גם נפתחים רק בחלק קטן מימות השבוע, וכן בגלל שאין כבישים מסודרים באזורים החקלאיים האלה ואין אפשרות לעבור שם ברכב פרטי. על כן, סביר להניח שרוב האנשים שיעשו שימוש באפשרות לעבור בשערים האלה באמצעות ה"היתר גיל מבוגר", אם לא כולם, הם האנשים שאדמותיהם מצויות במרחב התפר, בסמוך לשערים האלה, כלומר, הם אותם האנשים שכיום עוברים בשערים האלה עם היתרים פרטניים.

100. מעבר לכך, על פי מה שמסר המשיב בתגובה המקדמית לעתירה הקודמת, ישנם כשמונים שערים המאפשרים כניסה למרחב התפר, ביניהם השערים החקלאיים, ולעומת זאת, מספר מחסומי הכניסה לישראל, שדרכם מתיר המשיב למבוגרים להיכנס למרחב התפר, הוא 13 (סעיפים 21-22). על פי מידע שהתקבל מטעם דובר צה"ל ביום 1.5.2022, במסגרת עתירת חופש מידע שהגיש המוקד להגנת הפרט, בגדר ההפרדה ישנם 34 "שערים חקלאיים ושערי מרקם חיים" (שערים שנפתחים על בסיס קבוע) ו-37 "שערים עונתיים". כלומר, אם יתאפשר לאנשים המבוגרים להיכנס למרחב התפר גם דרך המחסומים וגם דרך השערים החקלאיים, מספר האנשים המבוגרים הנכנסים למרחב התפר יוכל להתפזר על פני 13 מחסומים ולפחות 34 שערים, ובסך הכל כ-47 מעברים לכל הפחות, כך שסביר להניח שההשפעה על כל שער תהיה מינימאלית, ומנגד, שהעומס הקיים במחסומים יפחת ויתפזר. כלומר, הסירוב של המשיב לאפשר את הדבר אינו מקדם במידה משמעותית את התכלית של מניעת עומס בלתי סביר על השערים החקלאיים, שכן עומס כזה ממילא אינו צפוי להיווצר כתוצאה מההיעדרות לבקשת העותרים.

העתק המענה המשלים לבקשת המידע של המוקד להגנת הפרט בנושא השערים והמחסומים בגדר ההפרדה מצורף ומסומן ע/24.

101. כמו כן, המשיב טען, כאמור, שהתרת מעברם של בעלי ה"היתר גיל מבוגר" בשערים החקלאיים תאריך את משך ההמתנה של בעלי ההיתרים הפרטניים העוברים בשערים האלה. אולם, מן הסתם המעבר של האנשים המבוגרים במחסומי הכניסה לישראל גם הוא מעכב את האנשים שעומדים מאחוריהם בתור למחסום, ביניהם בעלי היתרים פרטניים לכניסה למרחב התפר, שעל היתריהם נרשם אחד מהמחסומים האלה. דווקא לפי טענות המשיב, לגבי האופי היסודי של הבידוק הביטחוני שנערך במחסומים אלו, בהשוואה לשערים החקלאיים, ניתן להניח שהעיכוב הנגרם במעברו של כל אדם נוסף במחסום כניסה לישראל הוא משמעותי יותר מאשר העיכוב הנגרם על ידי מעברו של אדם נוסף בשער חקלאי. בנוסף, כאמור, מספר מחסומי הכניסה לישראל הוא קטן בהרבה ממספר השערים החקלאיים, כך שאנשים רבים יותר מעוכבים על ידי מעברם של בעלי ה"היתר גיל מבוגר" במחסומים בלבד, מאשר מספר האנשים שיעוכבו על ידי מעברם במחסומים ובשערים החקלאיים הרבים. על כל פנים, בין אם האנשים המבוגרים יעברו בשער חקלאי ובין אם הם יעברו במחסום, מי שיעמוד מאחוריהם בתור יצטרך להמתין עד שהם יעברו, כך שלא ברור מה הנפקות של הטענה הזאת של המשיב.

102. באשר לטענת המשיב שהתרת מעברם של בעלי ה"היתר גיל מבוגר" בשערים החקלאיים תפגע "ביכולת הבידוק הביטחוני (שאינה דומה לזו שבמעברים המוסדרים)" (סעיף 23 לתגובה המקדמית בבג"ץ 475/21 קבהא נ' המפקד הצבאי לגדה המערבית), לא ברור מדוע שתיפגע יכולתם של החיילים לערוך בידוק ביטחוני מכך שיתאפשר לאנשים המבוגרים לעבור בשערים באמצעות "היתר גיל מבוגר". אפילו אם כן יגדל מספר האנשים העוברים בכל שער חקלאי, נראה כי ההשפעה של הדבר תתבטא, לכל היותר, בהארכה מסוימת של משך ההמתנה למעבר בשער, ולא ברור מדוע שהדבר ימנע מהחיילים לערוך בידוק ביטחוני כרגיל בעת המעבר.

103. אם כן, החלטת המשיב אינה עומדת במבחן הקשר הרציונאלי.

104. באשר למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, העותרים הציעו, במענה לטענות שהעלה המשיב במסגרת ההליך הקודם לגבי ריבוי האנשים הנכללים תחת ה"היתר גיל מבוגר" והיכולת של השערים החקלאיים להכיל את כל האנשים האלה, שלא יתאפשר לכל אדם בגילאים הרלוונטיים לעתירה לעבור בכל שער חקלאי שיחפוץ, אלא שכל אחד יוכל לעבור רק בשער החקלאי הסמוך למקום מגוריו, על פי המען הרשום בתעודת הזהות שלו (או באחד ממחסומי הכניסה לישראל, כפי שמתאפשר גם היום). המשיב לא הבהיר מדוע חלופה זו אינה אפשרית מבחינתו.

105. אפשרות נוספת היא, כמובן, שיורחבו במעט שעות הפתיחה של השערים החקלאיים. שערים אלו נפתחים כיום רק לפרקי זמן קצרים ביותר, של כעשר דקות או רבע שעה בכל פעם. אם השערים ייפתחו לפרקי זמן נדיבים יותר, ולו במעט, ניתן יהיה לאפשר לאנשים נוספים לעבור בהם מבלי שיווצר עומס במקום. אם המטרה של הסירוב של המשיב לבקשת העותרים, שיתאפשר לאנשים המבוגרים לעבור בשערים החקלאיים מכוח ה"היתר גיל מבוגר", היא להקל על החקלאים הזכאים לעבור בשערים האלה מכוח ההיתרים הפרטניים שלהם, הרי שהרחבת שעות הפתיחה של השערים מעבר לדקות הספורות בהן הם נפתחים כיום מתיישבת עם התכלית הזאת ואף תקדם אותה (ומנגד, העובדה שהסדרי הפתיחה הנוכחיים של השערים החקלאיים הם מגבילים ומצמצמים עד מאוד מקשה על קבלת הטענה שהנוחות של החקלאים העוברים בשערים החקלאיים היא העומדת בראש מעיניו של המשיב והיא הסיבה לסירובו הנוכחי).

106. באשר למבחן המידתיות במובן הצר, השאלה היא אם קיים יחס ראוי בין ההכבדה על התושבים המוגנים המבוגרים, הנגרמת על ידי היעדר האפשרות שלהם להיכנס למרחב התפר באמצעות ה"היתר גיל מבוגר" דרך השערים הקרובים לבתיהם, לבין התועלת הצומחת מהפגיעה הזאת, והיא, על פי הטענות של המשיב בהליך הקודם, שהאנשים המבוגרים אינם מצטרפים לתורים למעבר בשערים החקלאיים (אלא לתורים למעבר במחסומי הכניסה לישראל). באשר להכבדה על העותרים, כפי שפורט לעיל, הדרך מבתיהם של העותרים לאדמותיהם דרך מחסומי הכניסה לישראל היא כל כך ארוכה וכל כך לא נוחה עד שהיא כלל אינה בגדר אפשרות מעשית. מן הסתם, כך הם הדברים גם עבור יתר החקלאים המתגוררים בכפרים של העותרים ובמקומות אחרים הממוקמים במרחקים דומים מהשערים ומהמחסומים.

107. באשר לתועלת שבהתרת מעברם של הפלסטינים המבוגרים במחסומים בלבד, ולא בשערים החקלאיים, כאמור, מדובר באנשים שרשאים להיכנס למרחב התפר ולשהות שם ללא היתרים פרטניים, אך אין להם אפשרות להיכנס למרחב התפר דרך השערים החקלאיים אלא רק דרך המחסומים, על מנת שלא ליצר עומס ועיכובים בשערים החקלאיים. כלומר, ה"תועלת" המופקת מההסדר הזה אינה אלא בכך שאותם האנשים המבוגרים שרוצים להיכנס למרחב התפר מכוח ההיתר הכללי אינם עומדים בתורים למעבר בשערים החקלאיים, אלא בתורים למעבר במחסומי הכניסה

לישראל. מעבר לכך שמדובר בעניין די מינורי וטכני, שלא ברור מדוע המשיב עומד עליו, **מחסומי הכניסה לישראל הרי משמשים גם הם לא רק למעבר של פועלים העובדים בישראל, אלא גם לכניסה למרחב התפר באמצעות היתרים פרטניים**, על ידי חקלאים שאדמותיהם מצויות באזורים אלו של מרחב התפר, פועלים העובדים בבתי עסק במרחב התפר ואנשים המתגוררים דרך קבע במרחב התפר. לא ברור מדוע זמנם של האנשים האלה אינו יקר באותה המידה כמו זמנם של האנשים העוברים בשערים החקלאיים, והמשיב הרי כן מסכים ל"עיקוב" הזה של האנשים העוברים במחסומי הכניסה לישראל, בשל הצורך להמתין לעתים למעברם של אנשים מבוגרים. כלומר, ספק אם יש תועלת של ממש בכך שבעלי ה"היתר גיל מבוגר" יעברו רק במחסומים, ולא יתחלקו בין המחסומים לבין השערים החקלאיים הרבים, וזאת אפילו לפי טענת המשיב, שקבלת הבקשה של העותרים תגדיל באופן משמעותי את מספר האנשים העוברים בשערים החקלאיים.

108. כאמור, העותרים סבורים שממילא לא צפוי להיות הפרש משמעותי, אם בכלל, בין מספר האנשים העוברים כיום בשערים החקלאיים לבין מספר האנשים שיעברו בהם אם יתאפשר לבעלי "היתר גיל מבוגר" לעבור בהם, שכן האפשרות לעבור בשערים האלה אינה אטרקטיבית אלא עבור בעלי הזיקה הפרטנית לאותם האזורים של מרחב התפר, ואלה האנשים שמקבלים היתרים פרטניים כיום. על כל פנים, היחס בין ההכבדה על העותרים ויתר האנשים במצבם, לבין התועלת של הסירוב של המשיב לבקשתם, שמוטלת בספק, אינו פרופורציונאלי.

109. כך גם לגבי הפגיעה שבאילוץ האנשים המבוגרים להמשיך להתנהל תחת משטר ההיתרים, על כל הברוקרטיה המכבידה הכרוכה בכך והיעדר הרציפות בקבלת ההיתרים, כאשר אין אפילו התנגדות מצד המשיב לעצם הכניסה שלהם למרחב התפר והשהייה שלהם שם – מדובר בפגיעה ניכרת באיכות החיים של האנשים האלה, בגילם המבוגר, וקשה לראות צורך אמיתי ומשמעותי בסירוב של המשיב להקל עליהם באופן שהתבקש בעתירה. בהיעדר צורך ביטחוני בהכפפת האנשים האלה לקשיים של משטר ההיתרים ולהסדרי המעבר הבלתי סבירים שהוחלו עליהם, קשה לראות הצדקה לפגיעות האלה.

110. בנוסף, אילו היה מתאפשר לבעלי ה"היתר גיל מבוגר" לעבור בשערים החקלאיים מכוח היתר זה, מספר הבקשות המוגשות להיתרים פרטניים לכניסה למרחב התפר היה פוחת, וניתן היה לחסוך את המשאבים הציבוריים המוקצים לבדיקת הבקשות האלה, שמוגשות על ידי מי שממילא רשאי על פי הדין להיכנס למרחב התפר ולשהות שם. העלות של הבדיקה של הבקשות המיוותרות האלה להיתרים פרטניים, ושל המענה לבקשות לבריורי רמת"ק, לעררים ולעתירות המינהליות בעניינן, גורעת מהתועלת שניתן לייחס לסירוב של המשיב ליתר את הדבר.

111. אם כן, הפגיעה בתושבים המוגנים המבוגרים, הנגרמת על ידי הסירוב של המשיב לאפשר להם לעבור בשערים החקלאיים באמצעות ה"היתר גיל מבוגר", עולה על הנדרש.

סיכום

112. ההקמה של גדר ההפרדה בתוך שטח הגדה המערבית, והסגירה של השטח שמעבר לגדר בפני פלסטינים, פגעו, ופוגעים, בזכויות היסוד של כלל התושבים המוגנים, לרבות אלה שעומדים בעילות הזכאות להיתרים פרטניים לכניסה למרחב התפר, כמו העותרים.

113. לגבי האוכלוסייה המבוגרת – גברים שגילם מעל 55 ונשים שגילן מעל חמישים – אין צורך ביטחוני בפגיעה הזאת ואף אין בה כדי לתרום להשגת התכלית הביטחונית של הסגירה של מרחב התפר, שכן האנשים האלה ממילא רשאים להיכנס לשטח מדינת ישראל, גם בלי היתרים פרטניים, בשל מסוכנותם

הנמוכה. בשל כך הוחלט, בעקבות העתירה הקודמת שהגישו העותרים (בג"ץ 475/21), להתיר לאנשים האלה להיכנס גם למרחב התפר ללא היתרים פרטניים, מכוח ה"היתר גיל מבוגר".

114. אולם, המשיב אינו מוכן לאפשר לאנשים המבוגרים להיכנס למרחב התפר באופן הזה דרך השערים החקלאיים שבגדר ההפרדה, אלא רק דרך 13 מחסומי הכניסה לישראל. מחסומים אלה רחוקים מאוד מבתיים ומאדמותיהם של העותרים והדרך לאדמות דרכם אורכת עשרות קילומטרים, אותם ניתן לעבור רק בהליכה ברגל, בנסיעות יקרות במוניות או בעצירה של רכב מזדמן שיסכים לעזור (לאחר המתנה). זאת בנוסף לעומס במחסומים ולהמתנה הממושכת בהם; להיעדר האפשרות לעבור במחסומים עם בהמות ועגלות; לקושי בהעברת ציוד חקלאי דרך המחסומים; ולחוסר האפשרות להתחיל את העבודה החקלאית לפני השעות החמות, כאשר הכניסה למרחב התפר נעשית דרך המחסומים.

115. כתוצאה מכל אלה, בפועל העותרים ושאר האנשים במצבם אינם יכולים גם עכשיו להיכנס למרחב התפר מכוח ה"היתר הכללי", והם יאלצו להמשיך להגיש בקשות להיתרים פרטניים לכניסה למרחב התפר, ולהתמודד עם היעדר המענה הכרוני, עם החלטות הסירוב ועם כל יתר הקשיים הבירוקרטיים הנלווים למשטר ההיתרים, על אף שהם רשאים על פי הדין להיכנס למרחב התפר ולשהות שם גם ללא ההיתרים האלה. אין הצדקה של ממש לפגיעה זו בתושבים המוגנים וזכויות היסוד שלהם לחופש תנועה, לקניין ולחופש העיסוק נפגעות באופן בלתי מידתי. זאת בעוד שהפסיקה בעניין גדר ההפרדה מורה למדינה לצמצם ככל הניתן את הפגיעה הנגרמת לתושבים הפלסטינים על ידי הסגירה של מרחב התפר – כולל הפגיעה במי שכן זכאי להיתרים פרטניים.

116. נוכח כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי כמבוקש בעתירה.

117. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב בהוצאות העותרים ובשכר טרחת עורכי דין.

118. עתירה זו נתמכת בתצהירים שנחתמו בפני עורכי דין בגדה המערבית ונשלחו למוקד להגנת הפרט בפקס ובווטסאפ, לאחר תיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהירים אלו, ואת ייפוי הכוח שאף הם ניתנו בפקס ובווטסאפ, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים במפגש בין העותרים לבין באי כוחם.

31 באוקטובר 2022.

תהילה מאיר, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 111348]