

בג"ץ 9293/01 - חה"כ מוחמד ברקה ו-2 אח' נ' שר הבטחון . תק-על 2002(1), 443.

בג"ץ 9293/01

1. חה"כ מוחמד ברקה
2. חה"כ עיסאם מח'ול
3. חה"כ תמר גוז'נסקי

נגד

1. שר הבטחון, בנימין בן אליעזר
2. מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה
3. משרד הבטחון

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[10.1.2002]

לפני הנשיא א' ברק, השופטים ד' בייניש, מ' נאור

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריכי הישיבות: כ"ב בכסלו התשס"ב (7.12.2001) ה' בטבת התשס"ב (20.12.2001) ח' בטבת
התשס"ב (23.12.2001)

עו"ד נידאל סלימאן - בשם העותרים
עו"ד אסנת מזרל - בשם המשיבים

פ ס ק - ד י ן

הנשיא א' ברק

העובדות וההליכים

1. העותרים הם חברי כנסת. הם ביקשו לצאת לשטחים שבשליטת הרשות הפלשתיאית בעזה, עקב הזמנת שר המשפטים של הרשות הפלשתיאית. לשם כך, פנו העותרים (כיום 6.11.2001) בבקשה שהופנתה אל המשיבים, להחזיר להם לעבודתם "מעבר אור", לשם הבקשה בעזה. הם הדגישו בבקשתם, כי שר המשפטים של הרשות הפלשתיאית הבטיח "ליווי בטחוני של הרשות וכל סידורי הביטחון הנדרשים".

תשובת המשיבים לפניה זו (כיום 6.11.2001 גם כן) דיתה כי "לא מאושרת כניסת ישראלים לעזה בזמן זה".

2. העותרים שבו ופנו בבקשה להחזיר כניסתם לעזה (כיום 7.11.2001). הם הדגישו את הפגיעה בזכויות היסוד שלהם ובחסינות חברי הכנסת. הם ציינו את חשיבות הביקור לשם מילוי תפקידם כחברי כנסת בכלל, וכסיעת אופוזיציה בפרט. הם שבו וציינו כי שלומם וביטחונם מובטח על ידי שר המשפטים של הרשות הפלשתיאית, שהזמין לביקור. בתשובת המשיבים (מיום 13.11.2001) שבו המשיבים וחזרו על עמדתם לפיה אין מקום בשלב זה להחזיר את כניסתם של העותרים לעזה. בתשובה צויין, כי הטעמים לאיסור הכניסה טמונים בביטחונם האישי של העותרים, המצוי באחריותם של המשיבים ולא של הרשות הפלשתיאית.

עוד צויין, כי:

..."

ג. במצב האלימות הגואה, המובלת על ידי הרשות הפלשתיאית ועל ידי גורמי טרור שאינם מבחינים בהכרח בין יעד ישראלי כזה או אחר, ובמיוחד לאור רצח השר החגג ז"ל, לא סביר יחד לחשוף חברי כנסת בישראל לסכנה כה מוחשית, ללא יכולת לממש את אחריותו לביטחונם האישי.

ד. מכל האמור לעיל, ולאור הסכנה לביטחונם האישי של חברי הכנסת, כניסתם לעזה איננה מאושרת ואין משום כך פגיעה בזכויות אדם או בחסינותם הפרלמנטרית של חברי הכנסת הנכבדים. כך נהגנו לגבי פניות של חברי כנסת נוספים, בלי הבדל סיעה".

לאור האמור, סורבה בקשת העותרים. לאור שבקשה נוספת שלהם כנדון לא נענתה (מיום 19.11.2001), פנו לבית משפט זה בעתירה שבפנינו.

טענות העותרים

3. העותרים טוענים כי החלטת המשיבים אינה כדין ודינה להתבטל. כך, ראשית, נוכח הפגיעה בזכויות היסוד שלהם לחופש תנועה ולחופש ביטוי. לשיטתם, החלטת המשיבים פוגעת בזכות היציאה מן הארץ, כפי שזו מוגדרת בסעיף 6 לחוק - סוד: בבוד האדם וחירותו. עוד טענו העותרים, כי הפגיעה בזכויות היסוד שלהם היתה שלא כדין, שכן היא היתה בלתי מידתית, לא סבירה ונתקבלה ללא שקילה עניינית וספציפית של נסיבות העניין. שנית, טענו העותרים כי החלטת המשיבים פוגעת בחסינותם הפרלמנטרית וביכולת תפקודם הפוליטית. החלטת המשיבים באה בשל שיקולים פוליטיים חדים שעיקרם העמדה האופוזיציונית של העותרים. שלישית, לא הוכח כי נשקפת סכנה של ממש לעותרים, ולהיפך, הם הראו כי ביטחונם ושלומם מובטח על ידי הרשות הפלשתיאית. אשר על כן ברי כי אין הצדקה עניינית להחלטת המשיבים. כך גם, ביחוד, נוכח העובדה שלעיתונאים ניתנת האפשרות להיכנס לשטחים שבשליטת הרשות הפלשתיאית.

מטעמים אלו נתבקשו לקבל העתירה, לבטל את החלטתם של המשיבים ולאפשר את ביקורם של העותרים בעזה, כאמור.

טענות המשיבים

4. המשיבים ביקשו כי נדחה את העתירה. הם ציינו, בראש ובראשונה, את המצב הביטחוני הסכון בו מצויה המדינה ואת הסיכון הנובע מכך לישראלים המבקשים להיכנס לשטחי הרשות הפלשתינאית. על רקע זה, ובבדיקה פרטית וכמציפית של בקשת העותרים, סברו המשיבים כי קיים חשש לביטחונם של העותרים, וכי אם תאירע פגיעה בביטחונם של העותרים - בהיותם חברי כנסת - עלולות להיות לכך "השלכות ביטחוניות חמורות". סגנות חברי כנסת ישראלים - ובהם העותרים - כשטחי הרשות הפלשתינאית, לא ניתן יהיה לדאוג לביטחונם ואין בהתחייבות הרשות הפלשתינאית לעורב לביטחונם של העותרים, בכדי לשנות תמונת מצב זו.

שנית, טענו המשיבים, אין בהחלטתם משום פגיעה בזכויות היסוד של העותרים כפי שהן מעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכותם של העותרים לצאת מישראל ולדרכנס אליה, לא נפגעת. כמו כן, חסינותם הפרלמנטרית אינה כוללת זכות קנויה להיכנס לשטחי הרשות הפלשתינאית. יחד עם זאת, יש לקחת בחשבון את מעגרים של חברי הכנסת, ממרת שליחותם וזכויות היסוד שלהם ולאזנם במקרה קונקרטי, עם צרכי הביטחון. איזון זה, בנסיבות המקרה, מוליך למסקנה כי נוכח הסיכון הביטחוני מהביקור המבוקש, אין לאפשר את קיומו. המדובר, לפיכך, בשיקולים ענייניים ולא בשיקולים זרים. כן המדובר במגיעה ומציב בלבד, שתוכל להשתוות עם שינויי העצמות ושינויי אופי בהערכת הסיכון, כמו גם המצב הביטחוני. מטעמים אלה נתבקשו לדחות את העתירה.

הדיונים בפנינו

5. סמוך למועד הגשת העתירה, היא נקבעה לדיון בפנינו. בדיון שהתקיים ביום 7.12.2001 שמענו את טענות הצדדים. בסיום הדיון, ביקשנו כי יעשה מאמץ על ידי הצדדים כולם, למצוא הסדר מוסכם. לקראת הדיון שהתקיים ביום 20.12.2001, הודיעו המשיבים כי ניהלי מגעים להשגת הסדר שיעקרו קיום המפגש במקומות בהם הסכנה פחותה, כגון מעברים הנמצאים תחת אחריות בטחונית של ישראל או בתחומי ישראל. העותרים, כך נמסר, סירבו להצעה. עותרת מט' 3 טענה בדיון, כי ממרת הביקור איננה רק פגישה רשמית עם נציג הרשות הפלשתינאית אלא סיור בשטח רצועת עזה בכדי ללמוד את מצב הדברים בשטח. אשר על כן, אין מעט בקיום המפגש בלבד, בגורמים נוספים. בדיון עצמו טענה באת כוח המשיבים, כי ניתן יהיה לכאורה לקיים את המפגש בתוך שטח הרשות הפלשתינאית, במתחם השייך לרשות הפלשתינאית, והמאובטח יחסית. ביקשנו, בסיום דיון זה, את הצדדים לשוב ולנסות להגיע להסדר מוסכם מחוץ לחזית ביטחון הממשל. על פי הדעה שקיבלנו, לא צלח ניסיון זה.

6. בדיון שקיימנו ביום 23.12.2001 ודורי המשיבים על הצעתם כי הביקור יתקיים במתחם שבשליטת הרשות הפלשתינאית, כ-400 מטר ממחסום ארז. העותרים סירבו להצעה זו. עוד שבו העותרים וטענו, כי עצמ ההחלטה שלא לאפשר את כניסתם בעת הזו לשיטת הרשות הפלשתינאית, אינה כדין. אכן, משעה שכשלו המאמצים לסיים הסכסוך בהידברות בין הצדדים, אין מנוס ממחן הכרעתו בדיון.

המסגרת הגורמטיבית

7. בצו בדבר סגירת האזור (אזור חבל עזה) (מט' 144), התשכ"ח-1968, שהוצא על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור, נקבע כי לשם "קיום הממשל התקין והביטחון באזור", "האזור כולו יהיה שטח סגור" (סעיף 1 לצו). כן נקבע, כי:

"לא ייכנס אדם לאזור ולא יצא ממנו, אלא ברשיון ממנו או ממי שיוסמך לכך בכתב על ידי, או בהתאם להוראותיו של היתר כללי שיוצא על ידי".

בחדש אוקטובר 2000 נחתמה על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור הכרזה בדבר סגירת שטח (איסור כניסה ושהייה) (ישראלים) (אזור A). בסעיף 2 בו נקבע, כי:

"(א) השטח הוא שטח סגור.

(ב) לא ייכנס ישראלים לשטח הסגור ולא ישהו בו.

(ג) ישראלים הנמצאים בשטח הסגור חייב לצאת ממנו לאלתר".

בסעיף 3 לאותה ההכרזה, נקבע כי ההכרזה לא תחול על -

"מי שיינתן לו היתר בכתב לכך על ידי או על ידי מי שהוסמך לכך על ידי".

אכן, אין חולק בעתירה שבפנינו אודות סמכותו של מפקד האזור להוציא צווים מעין אלה או למנוע כניסה ויציאה מתחומי השטח הסגור. המחלוקת היא, על כן, סביב שאלת שיקול דעתם של המשיבים עם מסרבים הם ליתן היתר להיכנס לשטח שהוכרז כסגור. האם החלטה זו הגה כדין?

8. במתן מענה לשאלה זו במקרה שבפנינו יש לזכור, בראש ובראשונה, כי המדובר בשטחים שעליהם לא חל דין המדינה וכי הכוחות הנתונים בהם למפקד הצבאי מטרתם להביא להסדרת הסדר והבטחון. אשר על כן אין חולק בפנינו, כי המפקד הצבאי רשאי יהיה להכריז על השטח האזור "שטח צבאי סגור". נמצא, כי מפקד האזור רשאי לשקול שיקולים הנוגעים לשמירת הסדר והביטחון, עת מפעיל הוא את סמכותו, בין היתר, בשאלת הכניסה לשטח הסגור עצמו, ואת סמכותו שלא להתיר כניסת ישראלים לשטח הסגור, משיקולי ביטחון. זאת ועוד: לשיקולי הביטחון והסדר הציבורי חשיבות עיקרית והם מוברים על השיקולים האחרים שבדיון. כמובן, על המפקד המפעיל את שיקול דעתו לנהוג על פי אמות המידה והעקרונות של המשפט המנהלי הישראלי. על כן, על המפקד להפעיל את שיקול דעתו תוך איזון ראוי בין האינטרסים הנוגעים, על בסיס תשתית עובדתית נאותה. עליו לפעול לשם הגשמת שיקולי הביטחון והסדר הציבורי, ולא לשם הגשמתם של שיקולים הזרים לסמכותו. עליו לפעול בהתאמה ובשוויון.

פעולותיו צריכות לעמוד בעקרונות המידתיות.

9. בנסיבות המקרה, וזה דעתנו כי החלטתם של המשיבים שלא לאפשר לעותרים להיכנס לשטח שבשליטת הרשות הפלשתינאית בעזה, התבססה על שיקולים שבביטחון ובסדר הציבורי. כעולה מתצהירו של אלון פיקוד הדרום (מיום 3.12.2001), אם יפגע מי מן העותרים - שהם חברי כנסת - עלול להיגרם נזק רב למדינה. כך, לא רק בנזק שייגרם לעותרים עצמם - שעלול להיות מנושי וחמור - אלא גם בנזק לביטחון המדינה עצמה. במובן זה, הסכמתם של העותרים ליטול על עצמם את הסיכון אינה מעלה ואינה מורידה. בעניין זה שוכנענו, מטעמי המשיבים, כי אין משקל ניכר להבטחה שקיבלו העותרים מן הרשות הפלשתינאית, וזאת נוכח פעולות הלחימה המתרחשות יום יום, הן בתוככי הרשות הפלשתינאית והן בין שטחי הרשות הפלשתינאית לבין שטח מדינת ישראל. אשר על כן, גובחנו כי אכן המשיבים פעלו על יסוד שיקולים ענייניים ותשתית עובדתית ראויה, וללא אפליה.

10. כלום השיקול הביטחוני הוא השיקול הרלבנטי היחיד בענייננו? החשבה היא בשלילה. בנסיבות המקרה המדובר בעותרים שהם חברי כנסת, ואשר רצונם להיכנס לשטחים שהוכרו כ"שטח סגור" מבוסס על השקפתם המוליטית ועל רצונם למלא את תפקידם כחברי כנסת. לשיקול זה יש ליתן משקל הולם ולאזנו כנגד שיקולי הביטחון. דווקא: עצם העובדה כי חברי כנסת הם המבקשים להיכנס לשטח שהוכרז כ"סגור", אינה מקנה להם זכות קוגיה לעשות כן. אכן, סעיף 9(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, קובע כי:

(א) שום הוראה האוסרת או המגבילה את הגישה לכל מקום במדינה, שאינו דרוש היחיד, לא תחול על חבר הכנסת, אלא אם היה האיטור או ההגבלה מטעמים של בטחון המדינה או של סוד צבאי".

אולם, ברור הן מלשונן של הסעיף והן מתכליתו, כי הוא אינו חל מחוץ לשטח בו חל דין המדינה. ממילא הוא אינו חל בשטחי הרשות הפלשתינאית, בהם דובר בעתירה שבפנינו (ראו: א' ריבנישמיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 492-494 (מהדורה חמישית, תשנ"ו)). זאת ועוד: הזכות שבסעיף נסוגה ממילא במקרים בהם אימור התנועה הוא מטעמים של ביטחון המדינה (בג"ץ 69/54 תופיק טובי נ' שר הביטחון, פ"ד ח 558). אשר על כן, מעמדם של העותרים כחברי כנסת אינו מקנה להם זכות מוקנית להיכנס לשטח שהוכרז כ"סגור", אלא מהווה הוא אך שיקול במסגרת הפעלת שיקול דעתו של המפקד, שעה שהוא רץ בבקשה להחזיר כניסה לשטח הסגור.

11. לשיקול זה - בדבר מעמדם של העותרים ותפקידם - אכן ניתן משקל בנסיבות המקרה. ראשית, דווקא היות העותרים חברי כנסת היא העומדת ביסוד הסיכון הביטחוני הכרוך בכניסתם לשטחי הרשות הפלשתינאית. כאמור בעמדת המשיבים ובדבריו של הקצין מטעם משיב מס' 2 שהופיע בפנינו, הסיכון שבפגיעה בישראלים בשטחי הרשות הפלשתינאית מקבל מימד מיוחד שעה שהמדובר בפגיעה אפשרית בחברי כנסת. שנית, המשיבים - ומתוך התחשבות במעמדם של העותרים ובסיבה לשמה ביקשו להיכנס לשטחי הרשות הפלשתינאית - הציעו כי המפגש בין שר המשפטים של הרשות הפלשתינאית ובין העותרים יערך בשטח הרשות, אך במתקן רשמי של הרשות הסמוך למחסום, בו ניתן להבטיח את ביטחונם של העותרים.

העותרים סירבו להצעה זו. שלישית, המשיבים הדדיעו כי המדובר במגבלה זמנית בלבד, שתוכל להשתנות עם שינויי במצב הביטחוני. בנסיבות אלה, שוכנענו כי המשיבים נתנו משקל מספק לחשיבות האינטרס בדבר פעולתם של העותרים ומעמדם בחברי כנסת, ובן וקטן - בנסיבות העניין - בכל האמצעים לשם הקטנת הפגיעה בעותרים. האיזון שערכו המשיבים - בין צרכי הביטחון (מזה), ובין האינטרס של העותרים בכניסה לשטחי הרשות הפלשתינאית (מזה), אינו מצדיק את התערבותנו בו.

12. העותרים טענו בפנינו, כי ההחלטה שלא לאפשר להם להיכנס לשטחי הרשות הפלשתינאית פוגעת בזכותם החוקתית לצאת מן הארץ או להחליפין, בזכותם החוקתית לחופש תנועה. אין בידי לקבל טענות אלה. אשר לזכותם של העותרים לצאת מן הארץ - המעוגנת בסעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (וכן בסעיף 10 לחוק הסכנות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951) - הרי שזו אינה כוללת את זכותם של העותרים להיכנס לשטחי הרשות הפלשתינאית.

הכניסה לשטח צבאי סגור אינה יציאה מן הארץ ואינה כלולה בזכות החוקתית לצאת מן הארץ. הוא הדין לעניין חופש התנועה של העותרים. אכן, השטח הנדון הוכרז כשטח צבאי סגור. משכך, אין עוד לעותרים - או לכל פרט אחר - זכות להיכנס לשטח האמור, במסגרת מימוש חופש התנועה שלהם (ראו: בג"ץ 802/79 סמרה נ' מפקד אוזר יהודה ושומרון, פ"ד לד (3), I (1)). אמת, למפקד הצבאי נתונה הסמכות ליתן היתר כניסה לשטח הסגור, אולם כאמור, לא מצאנו פגם בשיקול דעתו והחלטתו שלא ליתן היתר מעין זה בנסיבות המקרה שבפנינו.

13. העולה מן המקובץ הוא, כי דין העתירה להידחות. אכן, איסור הכניסה לשטחי הרשות הפלשתינאית פוגע במידה מסויימת ביכולת התפקוד של העותרים כחברי כנסת. בה בעת, המדובר בבקשה להיכנס לשטח המצוי בשטחי הרשות הפלשתינאית, והוכרז כשטח צבאי סגור. כן עניין לנו בהחלטה המבוססת על טעמי ביטחון וסדר ציבורי ובפגיעה זמנית בלבד בעותרים, שתישקל מחדש עם שינויי העיתים. אל לנו לשכוח את השעה בה מצויים אנו. קצין המבצעים הפיקודי שטען בפנינו, ציין כי בסוף השבוע האחרון היו באזור זה 121 אירועי ירי ו-20 אירועים בהם נורו פצצות מרגמה. הוא תיאר מצב זה כרגוע יחסית לשבועות קודמים. בהודש נובמבר, נטען בפנינו, היו 240 אירועי לחימה. הנה שניין בידי המשיבים מידע קונקרטי על סכנה לעותרים, הרי שבידם מידע אודות הכוונה לפגוע באישי ציבור ישראלים. ממציאות זו - אל לנו להתעלם. לפני זמן לא רב נרצח שר בממשלת ישראל. לכל אלו יש ליתן משקל וכיטוי באיזונים

השונים. נחה דעתנו, כאמור, כי באיזון הכולל בין האינטרסים והזכויות השונות, לא נפל פגם בהחלטת המשיבים, המצדיק את התערבותנו.

אשר על כן דין העתירה להידחות. בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

השופט ד' ביניש

אני מסכימה.

השופטת מ' גאור

אני מסכימה.

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, כ"ז בטבת ה'תשס"ב (10.1.2002).