

המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
(עמותה רשומה מס': 58-016-3517)

באמצעות עו"ד אביגדור פלדמן ו/או מיכאל ספרד ו/או
אבים יריב ו/או מירי הרט כולם מרח' סימטת בית
השואבה 6 תל-אביב 65814, טל: 03-5608833, פקס:
5607176-03

-- נ ג ד --

1. ממשלת ישראל
2. ראש ממשלת ישראל
3. שר הבטחון – מר שאול מופז
4. מינהלת מרחב התפר במשרד הבטחון
5. המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית
באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד
המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים
6. תנועת גדר לחיים-להקמת גדר הפרדה
באמצעות עו"ד אילן ציון
7. שורת הדין- Israel law center
באמצעות עו"ד ניצנה דרשן לייטנר

עתירה מתוקנת לצו על תנאי

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 9.11.2005, מתכבדת העותרת להגיש כתב עתירה מתוקן.

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם, באם יחפצו, מדוע לא יבוטלו ההכרזה בדבר סגירת שטח מס' 2/03 (מרחב התפר) (יהודה ושומרון), התשס"ד-2003 (להלן: "ההכרזה") וכן מדוע לא יבוטלו הצווים בדבר הוראות ביטחון שהותקנו מכוחה בדבר היתרי כניסה למרחב התפר (להלן: "הצווים") (ההכרזה והצווים מצ"ב ומסומנים נספחים ב'1 - ב'8).

תוכן העניינים

1.	פתח דבר	3
	א. משטר ההיתרים – אפליה משפטית חסרת תקדים בישראל	3
	ב. חוקי המעבר בדרום אפריקה – תקדים זר ומפחיד	4
2.	רקע עובדתי	7
	א. הצדדים לעתירה	7
	ב. פרויקט חומת הפרדה (או: מכשול הפרדה)	7
	I. הליכי הקמתה	7
	II. משטר ההיתרים בתמצית	9
3.	הפרת המשפט ההומניטארי ודיני הכיבוש	12
	א. הטיעון בקצרה	12
	ב. עקרונות כלליים: המעצמה הכובשת כגורם ניהולי ומינהלי ולא כריבון	12
	ג. משטר ההיתרים - משטר המפלה באורח שיטתי ומשפטי	14
	ד. ההפרות	15
	I. כללי	15
	II. איסור אפליה	17
	III. איסור פגיעה בקניין, בפרנסה ובתנועה	18
	IV. איסור פגיעה בזכות לחיי משפחה, קהילה וחברה	19
	V. ענישה קולקטיבית	20
4.	משפט זכויות האדם הבינלאומי	21
	א. משפט זכויות האדם הבינלאומי – תחולה על השטחים הכבושים	21
	I. הצגת הנושא	21
	II. תחולתו האוניברסאלית של משפט ז"א	22
	III. תחולה בטריטוריה המצויה ב"שליטה אפקטיבית" של מדינה חברה	24
	IV. תחולה על פעולות אורגן של מדינה חברה	26
	V. תחולת משפט זכויות האדם בשטחים הכבושים – פסיקה ישראלית ובינלאומית	27
	VI. לסיכום סוגיית התחולה	29
	ב. משפט זכויות האדם הבינלאומי - ההפרות	29
	I. כללי – פשע האפרטהייד	29
	II. זכויות קונקרטיביות	31

1. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בחוקיות משטר משפטי שהוקם על-ידי המשיב מספר 5, בגיבוי של ממשלת ישראל ושר הביטחון שלה, על שטחים נרחבים של הגדה המערבית שאין דרך לתארו אלה כמשטר של הפרדה על פי מפתח לאומי ואזרחי.
2. המדובר בהכרזה על שטחים שממערב לתוואי גדר ההפרדה (וממזרח לקו הירוק שבו מסתיימת סמכות החקיקה של המשיב מספר 4 – להלן: "מרחב התפר") כשטח צבאי סגור המחייב את השוהים בו לצאת ממנו והמחייב את המעוניינים להיכנס אליו בהיתר כניסה. משטר זה, על-פי האמור בהכרזה, אינו חל על מי שאיננו פלסטיני תושב הגדה או רצועת עזה (להלן: "משטר ההיתרים").
3. משטר ההיתרים הוא למעשה המימד השני והמשלים לפרוייקט גדר ההפרדה. בעוד שהגדר והחומות הכלולות בה, משמשים כמחסום פיזי המונע מאזרחים מוגנים להגיע לאדמותיהם, קרוביהם וידידיהם, משטר ההיתרים מקים מחסום משפטי ומטיל ענישה על המפריס את הוראותיו.
4. העותרת תטען כי משטר זה מהווה השחתה של המשפט באשר הוא יוצר הלכה למעשה תושבים משני סוגים במרחב זה: ישראלים ותיירים, ואשר עליהם לא חלה ההכרזה והם חופשיים לנוע במרחב, ממנו ולתוכו; ואחרים (למעשה: פלסטינים) אשר עליהם חלה ההכרזה והם חייבים בהיתרים מסוגים שונים כדי להיכנס למרחב, לעבוד בו, ללון בו ולצאת ממנו.
5. הבה נגדיר נכונה את המבנה המשפטי שמתואר בשמו המלא: רשת ההכרזה והצווים החלים על מרחב התפר מהווה אפרטהייד משפטי בלתי נסבל, בלתי חוקי ובלתי מוסרי. הנה כי כן המבנה הטופוגרפי המפלה והמעיק ניצב על פני תשתית נורמטיבית מבישה שאין לה אח ורע במשפט הישראלי.
6. בעתירה זו יתבקש בית המשפט הנכבד להכריז על בטלות משטר ההיתרים הן משום שמשטר זה מהווה הפרה חמורה של המשפט הבינלאומי ההומניטארי ושל המשפט הבינלאומי של זכויות האדם והן משום שמדובר בהפרה בוטה של עקרונות היסוד של המשפט המינהלי והחוקתי הישראלי.

7. אין מנוס מן ההשוואה של משטר ההיתרים נשוא עתירה זו לחוקי המעבר (Pass Laws) שהונהגו בדרום אפריקה בתקופת האפרטהייד.

8. באמצעות חוקים אלה, אשר השתנו מפרובינציה לפרובינציה, הוגבלה תנועתם של גברים עובדים שחורים באמצעות אישורי מעבר (Passes). החוקים הוחמרו בהדרגה, ואם תחילה נגעו רק לגברים עובדים (Native Labour Regulation Act of 1911), בהמשך הקיפו את כלל האוכלוסייה השחורה.

9. בשנת 1952 נחקק חוק -

Natives (Abolition of Passes and Co-ordination of Documents) Act, Act No 67 of 1952.

חוק זה ביטל את כל חוקי המעבר שקדמו לו. החוק דרש שכל אוכלוסיית השחורים מעל גיל 16, בכל הפרובינציות, תשא עמה כל הזמן מעין ספר אסמכתאות (Reference 'book') שאותו תהיה מחויבת להציג על פי דרישת איש משטרה או פקיד מנהל. אישור המעבר כלל תמונה, פרטים על מקום מוצאו של בעל האישור, רישום תעסוקה, תשלומי מס והיתקלויות (קודמות) עם המשטרה.

10. מערכת בתי משפט מיוחדת תוכננה על מנת לאכוף את חוקי המעבר. בין שנות השישים לשנות השמונים נעצרו בכל שנה למעלה מחצי מיליון שחורים והובאו לפני בתי משפט אלה אשר הטילו עליהם עונשי מאסר וקנסות. משלב מסוים גורשו המורשעים אל שמורות הילידים, ה-Bantustan אשר הוקמו עוד קודם לכן במטרה ליצור הפרדה בין אוכלוסיית השחורים לאוכלוסיית הלבנים.

11. משטר ההיתרים שמנהיגה ישראל במרחב התפר הוא צעד אחד נוסף שנועד להסדיר את ההפרדה של האוכלוסייה הפלסטינית מן האוכלוסייה הישראלית, אחרי הקמת מכשול ההפרדה ולפני צעדים נוספים שמן הסתם יבואו בעתיד. וכמו ה-Bantustan אשר הפרידו גם בין שחורים לשחורים על פי מוצאם השבטי, מפריד משטר ההיתרים בין פלסטינאים לפלסטינאים על פי מקום מושבם בשטחי הגדה כשהקריטריונים נקבעים על פי נוחיותה של ישראל לבדה.

12. יש להדגיש ולהזהיר שהשנאה הגזעית שאפיינה את משטר האפרטהייד בדרום אפריקה לא הייתה נחלת אזור זה לבדו, אולם העובדה שבדרום אפריקה נחקקה מערכת חוקים שלמה אשר הסדירה ואכפה את ההפרדה הגזעית היא שיצרה את משטר האפרטהייד המפלצתי של דרום אפריקה.

13. אמנם משטר ההיתרים הישראלי המוחל על מרחב התפר אינו נובע מתוך שנה גזעית ובכך הוא שונה שוני מהותי ממשטר חוקי המעבר בדרום אפריקה. עם-זאת, משטר ההיתרים יוצר מגבלות תנועה בהתאם לאבחנה קבוצתית של שולט ונשלט, וזהו מקור הדמיון שבין השניים.
14. בכך מצטרפת מדינת ישראל למשפחת המשטרים המוקצים בקהילה הבינלאומית שהפרידו והבחינו בין תושבים על-פי מוצאם הלאומי, ורק נאמר שמשטר זה הוא בלתי חוקי בעליל ומהווה בפני עצמו פשע בינלאומי.
15. וראו כמה איבד מנסח הצווים וההכרזה כל בוושה: ביום צאת ההכרזה והצווים אשר מחייבים את תושבי "מרחב התפר" (האיזור שבין החומה לקו הירוק) להגיש בקשה להיתר שהייה, חתם המשיב 5 גם על "צו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) (מספר 378), התש"ל-1970, היתר כללי לכניסה למרחב התפר ושהייה בו" (נספח ב'2). על-פי היתר כללי זה שלושה סוגים של בני אדם (מלבד אלה המוגדרים "ישראלי") רשאים להיכנס ולשהות במרחב כאוות נפשם מבלי לבקש היתר והם: תיירים, פלסטינים העובדים בהתנחלויות במרחב התפר, ופלסטינים בעלי אישור כניסה לישראל.
16. וכך, פלסטינים החיים את חייהם דורות על גבי דורות באדמתם שהפכה ל"מרחב התפר", שמעבדים את האדמה בזיעת אפם, שילדו וגידלו את ילדיהם במקום – אלו, ע"פ הצו המקורי, חויבו לגשת למשרדי המינהל האזרחי ולמלא טפסים ולבקש היתר שהייה באדמתם ובביתם ועולה החשש שאם ייצא כי מי מהם הוא בעל עבר בטחוני, תיחסם בפניו האפשרות להמשיך ולחיות על אדמתו ופתחנו בתהליך של טרנספר זוחל באמתלות ביטחוניות. ואילו תיירים שהגיעו מקצוות תבל, שזו להם אולי הפעם הראשונה שכף רגלם דורכת במזרח התיכון – הם מקבלים היתר אוטומטי, לא נדרשים לעמוד בתור בשעות הקבלה של המינהל האזרחי, זכותם לשהות על אדמת התושבים ברורה למשיב מס' 5. וכבר אמרנו שהפטור מהגשת בקשת היתר בתיקון לצווים לגבי מי שהינו תושב המקום – אינו משנה את המצב אלא את הרישיון הנדרש: תחת היתר כניסה ושהייה הם נדרשים להשיג תעודת תושב. וגם כאן מתגנב החשד ששיקולים שונים ביניהם ביטחוניים וכאלו המתחפשים לביטחוניים ישתרבו לשיקול הדעת של מעניק תעודות התושב.
17. ולבסוף ניצבים חוטבי העצים ושואבי המים של ההתנחלויות, אותם פלסטינים המנוצלים על-ידי חומסי אדמתם בעבור שכר זעום, שכמיטב המסורת של משטרי הפרדה גזעית המאפשרים למשרתים להגיע אל אדוניהם, גם כניסתם שלהם אינה מעוכבת לבל ימצאו המתנחלים את עצמם ללא מי שינקה את מחראותיהם.
18. מי שמקים מערך של חומות ותעלות האמורות לחסום סוג אחד של אנשים ולהיות שקופים עבור סוג אחר, סופו, כפי שכאן אירע, בטוויית רשת פושעת ונבזית של צווים והכרזות אשר מבדילים בין בני אדם על בסיס מוצא ולאום ויוצר עולם של משרתים ואדונים, של בעלי זכויות וחסרי זכויות, ובכדי להשלים את המבנה הפיאודלי הוא בורר לעצמו מבין חסרי הזכויות את אלו שיעשו עבורו את עבודות הכפיים הבלתי נעימות. כך

בדיוק עשה המשיב מסי' 5 אשר לא עצר לרגע להביט במסמכים שהגישו לו יועציו המשפטיים ולא הבחין במפלצתיות הטמונה בהם.

2. רקע עובדתי

19. העותרת, עמותת המוקד להגנת הפרט, הינה ארגון לא ממשלתי הפועל "לספק סיוע לאנשים שנפלו קורבן למעשי אלימות, התעמרות או קיפוח זכויות בסיסיות מצד רשויות המדינה ... וכן להגן על הזכויות הבסיסיות בכל דרך נוספת, כולל פנייה לערכאות, ובכלל זה – עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בין בשמו של אדם הטוען כי זכות בסיסית שלו נפגעה ובין כעותר ציבורי עצמאי".
20. המשיבה מספר 1 היא ממשלת ישראל אשר ביוני 2002 החליטה להקים מכשול הפרדה בין ישראל לגדה המערבית ואשר הסמיכה את המשיבים 2 ו-3, ראש הממשלה ושר הביטחון, לקבוע את התוואי המדויק של המכשול, בין בעצמם ובין בקבינט הביטחוני.
21. המשיב מספר 4, מינהלת מרחב התפר, הינו גוף ממשלתי בינמשרדי מקצועי, אשר הוקם בהחלטת הקבינט הביטחוני-מדיני בישיבתו בחודש אפריל 2002, ואשר בראשו עומד מנכ"ל משרד הביטחון. תפקיד המשיב מס' 4 הוא לבצע את החלטת הממשלה לפי התוואי שמאושר על-ידי משיבים 2 ו-3 או הקבינט הביטחוני.
22. המשיב מספר 5 הינו המפקד הצבאי בגדה המערבית, האחראי הן על הביטחון והן על מרקם החיים האזרחיים בשטחים הכבושים.

(:)

I. הליכי הקמתה

23. הרקע להחלטה על הקמת המכשול הן החלטות שונות של ממשלת ישראל על יצירת חיץ – בדרגות שונות של אפקטיביות - שלא יאפשר לפלסטינים מעבר בלתי מבוקר לתחומי מדינת ישראל. כך במרץ 1996 החליטה ממשלת ישראל על הקמת מחסומים קבועים לאורך מרחב התפר תוך חסימה של דרכי מעבר חלופיות. כך הוחלט בשנת 1997 על פריסת כוחות מג"ב לאורך מרחב התפר וכך הוחלט בנובמבר 2000 על הקמת "מכשול נגד כלי רכב".
24. ביוני 2001 הורה המשיב מס' 2 על הקמת צוות היגוי בראשותו של ראש המועצה לביטחון לאומי, האלוף עוזי דיין, שתפקידו לגבש תכנית חדשה למניעת חדירה של פלסטינים דרך מרחב התפר פנימה לתוככי הקו הירוק.

25. ביום 18.7.2001 הוגשו המלצות צוות ההיגוי לקבינט הביטחוני אשר אימץ אותן. בין ההמלצות נכללה המלצה על הקמת "מכשול" נגד בני-אדם בקטעים נבחרים של מרחב התפר בהם רמת הסיכון גבוהה.
26. ביום 14.4.2002 התכנס הקבינט שנית בכדי לדון בהמלצה על הקמת מכשול נגד בני-אדם, שדבר לא נעשה עד אז כדי ליישמה. הקבינט החליט באותו יום על הקמת מכשול קבוע נגד בני-אדם במרחב התפר. באותה החלטה נכללה גם הקמתה של מינהלת מרחב התפר – היא המשיבה מס' 4.
27. בחודש יוני 2002 הובאה בפני ממשלת ישראל הצעה מפורטת להקמת מכשול קבוע נגד בני אדם מהקצה הצפון-מערבי של הקו הירוק (סמוך לכפר סאלם) ועד להתנחלות אלקנה בדרום (להלן: "שלב א"), וכן הצעה מפורטת ביחס לתוואי המכשול באיזור ירושלים (להלן: "עוטף ירושלים").
28. ביום 23.6.2002 אישרה ממשלת ישראל את הצעת מינהלת מרחב התפר באופן עקרוני, תוך הסמכת המשיבים 2 ו-3 לקבוע את התוואי המדוייק. עוד נקבע בהחלטת הממשלה כי במידה ויתגלעו חילוקי דעות בין משיבים אלה, יועבר הנושא להכרעת הקבינט הביטחוני (החלטת ממשלה מס' 2077).
29. ביום 14.8.2002 אישר הקבינט את התוואי הסופי לשלב א', שכלל 96 ק"מ בין סאלם לאלקנה ועוד 20 ק"מ במסגרת עוטף ירושלים.
30. בתחילת דצמבר 2002 אישר הקבינט את תוואי שלב ב', אשר משתרע מסאלם מזרחה לאורך הקו הירוק ואז דרומה מאל-מוטילה ועד תיאסיר.
31. בחודש יולי 2003 הסתיימו ברוב האזורים העבודות להקמת המכשול בשלב א' שלו, למעט בניית המכשולים המשניים.
32. מאז חודש יולי 2003 החלו עבודות על שלבים נוספים של גדר ההפרדה ואלו נבנים עד היום.
33. חלק נכבד מתוואי הגדר עובר בתוך הגדה המערבים ומפצל הלכה למעשה את הגדה לשניים: החלק שממזרח לגדר ועד לנהר הירדן, והחלק שבין הגדר לקו הירוק – הוא המוגדר כמרחב התפר.
- מפת מרחב התפר מצ"ב ומסומנת נספח א'.
34. הלכה למעשה, יוצר המכשול קו גבול. המכשול מפצל מחדש את מדינת ישראל והשטחים הכבושים לשני חבלי ארץ נפרדים שלכל אחד מהם מרחב פנימי רציף – מבקעת הירדן וצפון ים המלח במזרח ועד למכשול ומהמכשול עד לים התיכון.

35. הגדר יוצרת על כן שטחי קרקע ואוכלוסייה שיצטופפו במחנות ההסגר מוקפי הגדר כאשר הם צופים בשכניהם תושבי ההתנחלויות, הנהנים מחירות תנועה בלתי מוגבלת וזכויות אזרחיות ומשפטיות השוות לחלוטין לזכויות תושב ואזרח במדינת ישראל. המשמעות הערכית של יצירת מובלעות אלה היא חמורה ביותר - מדובר בהנהגת משטר אפליה מן הסוג הגרוע ביותר, שבו יישוב אחד הוא בבחינת מחנה הסגר של תושבים חסרי אוניס ועל ידו התנחלות מיושבת אנשים חופשיים ועצמאיים. לא קשה גם לנחש כי תוך זמן קצר יהפכו תושבי המובלעות לכורתי עצים ושואבי מים לשכניהם המתנחלים.

36. כפי שאמרנו בתחילת דברינו, את הגדרות הפיזיים משלים משטר משפטי המהווה חומה משפטית שאוסרת על תושבי השטח הכבוש להיכנס למרחב התפר (שהוא זכור - חלקי הגדה המצויים ממערב לגדר).

II. משטר ההיתרים בתמצית

37. ביום 02.10.03 הוצאה ההכרזה בדבר סגירת שטח מס' 2/03 ס' (מרחב התפר) (יהודה ושומרון), התשס"ד - 2003.

העתק ההכרזה מצ"ב ומסומן - נספח ב'1.

38. ההכרזה הכריזה על מרחב התפר - האזור בין מכשול ההפרדה לבין הקו הירוק - כעל שטח סגור. על-פי ההכרזה, כל מי שנמצא במרחב התפר חייב לצאת ממנו לאלתר (סעיף 3). הוראה זו לא חלה על ישראלי ועל מי שניתן לו היתר להיכנס למרחב התפר ולשהות בו (סעיף 4). 'ישראלי' מוגדר כאזרח ישראל, תושב מדינת ישראל ומי שזכאי לעלות לישראל לפי חוק השבות (סעיף 1). תושבי קבע, כהגדרתם בסעיף 5, יהיו רשאים להיכנס למרחב התפר ולשהות בו, ובלבד שיהיה בידם היתר בכתב המעיד על כך שמקום מגוריהם הקבוע הנו במרחב התפר. בנוסף, מפרטת ההכרזה כי כניסה ויציאה ממרחב התפר תהיה דרך המעברים, כפי שיפורט בהיתר.

39. התוצאה של הגדרות אלו שבהכרזה המקורית: פלסטינים החיים מדורי-דורות במרחב זקוקים להיתר כדי להמשיך ולחיות בבתיהם ואילו לעומתם כל יהודי גם אם הוא מבקר ארעי באזור אינו מוגבל בתנועתו וההכרזה אינה חלה עליו.

40. בו ביום (02.10.03) הוצא היתר כללי לכניסה למרחב התפר ולשהייה בו (יהודה ושומרון), התשס"ד - 2003.

העתק ההיתר מצ"ב ומסומן - נספח ב'2.

41. ההיתר מונה את "סוגי בני האדם" להם ניתן היתר כניסה למרחב התפר (סעיף 1). על סוגי בני האדם הללו נמנים מי שאינו תושב האזור ושבידו דרכון זר בתוקף ואשרת שהייה

תקפה בישראל; מי שבידו היתר תעסוקה בתוקף, **בישוב ישראלי** הנמצא במרחב התפר, מכוח הצו בדבר העסקת עובדים במקומות מסוימים (יהודה ושומרון) (מס' 967) התשמ"ב-1982; מי שבידו היתר יציאה בתוקף מהאזור לישראל (תוספת). התנאים המנויים בסעיף 2 להיתר מחייבים את הנכנס למרחב התפר לשאת עמו "מסמך המעיד על היותו שייך לאחד מסוגי בני האדם" המפורטים בתוספת, כאמור. התוספת מדגישה כי כניסת מי שאינו תושב האזור ושבידו דרכון זר בתוקף ואשרת שהייה תקפה בישראל הנה כניסה למרחב התפר ושהייה בו לכל צורך.

42. ביום 07.10.03 הוצאו **הוראות בדבר מעברים במרחב התפר (יהודה ושומרון), התשס"ד - 2003**.

העתק ההוראות מצ"ב ומסומן – נספח ב'3.

43. הוראות אלה מדגישות כי כניסת תושב קבוע למרחב התפר והיציאה ממנו תהא אך ורק דרך מעבר המצוין בהיתר התושב הקבוע או בהיתר האישי, ובהצגת ההיתר (סעיף 2(א)), סעיף 3(א)). על פי הוראת סעיף 2(ב) כניסת תושב קבוע למרחב התפר עם כלי רכב תתאפשר רק בהיתר מיוחד. ועוד מדגיש הסעיף כי רק כלי רכב שהיה רשום בבעלותו של תושב קבוע במועד תחילת תוקפה של ההכרזה ייחשב כלי רכב לצורך בקשה זו. כניסת תושב קבוע למרחב התפר עם רכב שנרכש מאוחר יותר למועד ההכרזה מצריך בקשה מסוג אחר.

44. ביום 07.10.03 הוצאו **הוראות בדבר היתרי כניסה למרחב התפר ושהייה בו (יהודה ושומרון), התשס"ד - 2003**.

העתק ההוראות מצ"ב ומסומן – נספח ב'4.

45. ההוראות עוסקות בהיתרי כניסה למרחב התפר ולשהייה בו למי שיש לו נגיעה למרחב התפר מתוקף היותו בעל עסק, סוחר, מועסק, חקלאי, מורה, תלמיד, עובד הרשות הפלסטינית, מבקר, עובד ארגון בינלאומי, עובד רשות מקומית/חברת תשתית, חבר צוות רפואי וכל מטרה אחרת במרחב התפר.

46. ביום 27.05.04 תוקנה **הכרזה בדבר סגירת שטח מס' 2/03 ס' (מרחב התפר) (יהודה ושומרון), התשס"ד - 2003: הכרזה בדבר סגירת שטח מס' 2/03 ס' (מרחב התפר) (יהודה ושומרון) (תיקון מס' 1), התשס"ד - 2003**.

העתק תיקון ההכרזה מצ"ב ומסומן – נספח ב'5.

47. התיקון ביטל את הגדרת 'ישראלי' (תיקון סעיף 1). וקבע כי החריגים לאיסור הכניסה למרחב התפר יהיו 'תושב קבוע במרחב התפר' (שהחליף את 'ישראלי') ובמקום המילים 'מי שניתן לו היתר' יבואו המילים 'מי שמחזיק היתר'. סעיף 5 שהגדיר תושבים קבועים בוטל.

48. ביום 27.05.04 תוקן הדין הכללי לכניסה למרחב התפר ולשהייה בו (יהודה ושומרון), התשס"ד-2003: **היתר כללי לכניסה למרחב התפר ולשהייה בו (יהודה ושומרון) (תיקון מס' 1), התשס"ד-2003.**

העתק תיקון ההיתר מצ"ב ומסומן – נספח ב'6.

49. על פי התיקון, תוקנה הקטגוריה הראשונה של "סוג בני אדם" להם ניתן היתר כניסה למרחב התפר ובמקום מי שאינו תושב האזור ושבידו דרכון זר בתוקף ואשרת שהייה תקפה בישראל, יבוא רק מי שבידו דרכון זר בתוקף ואשרת שהייה תקפה בישראל וכן הוספו עוד שני "סוגי בני אדם" לרשימה המותרים להיכנס למרחב התפר: אזרח מדינת ישראל ותושב מדינת ישראל. יודגש כי כניסתם של שלושת "סוגי בני האדם" הללו למרחב התפר ושהייה בו הנה לכל צורך.

50. ביום 03.06.04 תוקנו הוראות בדבר מעברים במרחב התפר (יהודה ושומרון), התשס"ד - 2003: **הוראות בדבר מעברים במרחב התפר (יהודה ושומרון) (תיקון מס' 1), התשס"ד - 2003.**

העתק תיקון ההוראות מצ"ב ומסומן – נספח ב'7.

51. התיקון מחליף את המלה 'היתר' במלה 'תעודה'.

52. ביום 03.06.04 הוצאו הוראות בדבר תעודת תושב קבוע במרחב התפר (יהודה ושומרון), התשס"ד - 2004.

העתק ההוראות מצ"ב ומסומן – נספח ב'8.

53. הוראות אלו הגדירו למי תינתן תעודת תושב קבוע: מי שהיה תושב קבוע במרחב התפר במועד תחילת תוקפה של ההכרזה; מי שברשותו היתר תושב חדש במרחב התפר אשר הוכיח כי התגורר במרחב התפר על תקופה העולה על שנתיים; ולמי שמלאו 12 שנה לאחר מועד ההכרזה ואשר היה רשום כנלווה בתעודת תושב קבוע.

54. סיכומו של דבר: הכרזה הקובעת שהאיזור שבין גדר ההפרדה והקו הירוק הוא שטח צבאי סגור, מחייבת את הנמצאים בו לצאת ואת הרוצים להיכנס אליו לבקש היתר מיוחד, אינה חלה על ישראלים ותיירים ומי שהמפקד הצבאי העניק לו תעודת תושב קבוע. פלסטינאים, אם-כן, יוכלו להיכנס למרחב רק אם יוכיחו כי הם תושבי המקום או אם יקבלו היתר כניסה מטעמים מיוחדים (כגון: לצרכי חקלאות או בשל עיסוקם כרופאים וכד'). **ישראלים (בין אם הם מתנחלים ובין אם לאו) אינם זקוקים לכל היתר כניסה והחומות והגדרות שקופות עבורם.**

3. הפרת המשפט ההומניטארי ודיני הכיבוש

55. להלן נביא טיעון כנגד המשטר המשפטי המתלווה להקמת הגדר, אשר מבקש לבצע אבחנה על רקע מוצא לאומי ויוצר אפרטהייד בלתי חוקי ובלתי מוסרי אשר בית המשפט הנכבד מתבקש לפוסלו באופן מוחלט.

56. עמדתנו הינה כי משטר ההיתרים, כפי שתואר בפרק הקודם לכתב עתירה זה, מפר באורח חמור עקרונות הבסיס של המשפט הבינלאומי ההומניטרי ואת הוראות דיני הכיבוש (התפיסה הלוחמתית). **עמדתנו היא שההפרה היא כה חמורה עד כדי שניתן לראות ביישומה משום פשע מלחמה.**

57. בנוסף, יטען להלן (בפרק הבא) כי משטר ההיתרים מהווה הפרה בוטה של הוראות המשפט הבינלאומי של זכויות האדם שמדינת ישראל התחייבה לכבדם. לצורך ביסוס טיעון זה נקדיש תת-פרק מיוחד לטענה שלאמנות זכויות האדם תחולה על השטחים הכבושים.

58. לבסוף יטען כי משטר ההיתרים הוא גם הפרה של המשפט המינהלי של מדינת ישראל שכל חייל נושא בציקלונו.

59. טיעוננו יתבסס, כאמור, בין היתר על הוראות המשפט הבינלאומי הנוגעות לתפיסה לוחמתית. במידה ובית המשפט יסבור שהדבר נחוץ, אנו מתחייבים לספק טיעון מפורט לסוגיית היות אמנת גינבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעיתות מלחמה משנת 1949 וחלקים נרחבים של הפרוטוקולים שלה שנחתמו ב-1977, במעמד של משפט בינלאומי מינהגי אכיף. איננו מצרפים טיעון זה לכתב עתירה זה, מכיוון שלהבנתנו, אין חילוקי דיעות בדבר תחולתן של ההוראות הרלבנטיות לעתירה זו מתוך המסמכים המוזכרים.

60. לכל אורך טיעוננו, אנו מבקשים לזכור את המצע העובדתי שאליו מתייחס הטיעון המשפטי: משטר משפטי המגביל תנועת אנשים על-פי מפתח לאומי ואזרחי. פלסטינים חייבים בהיתר שניתן רק אם המבקש מציג סיבה והצדקה לרצונו להגיע למרחב התפר ואם אין התנגדות שב"כ/משטרה לכניסתו למרחב, ישראלים וזרים שקיבלו ויזה לישראל – חופשיים לנוע במרחב כאוות נפשם.

61. המשפט הבינלאומי בחלקו העוסק בדיני התפיסה הלוחמתית, מושתת על שני עקרונות בסיסיים המאזנים זה את זה ומהווים עקרונות-על המשרטטים את דמותם של הכובש

והנכבש והקובעים את מערך החובות והזכויות החל ביניהם: **העקרון הראשון** קובע כי המעצמה הכובשת היא האחראית לסדר ולביטחון (ולא ניכנס לוויכוח שנולד עקב הביטוי *vie public* המצוי בגירסה הצרפתית של כלל מספר 43 לכללי האג ואשר מרחיב את אחריות המעצמה הכובשת למישורים נוספים של החיים האזרחיים, אלא נניח כי כך הדבר); **העקרון השני** קובע כי אין בתפיסה לוחמתית משום הפיכת המעצמה הכובשת לריבון בשטח הכבוש שכן אין קונים זכויות משפטיות בשטח על דרך של כיבוש צבאי. ידועה בהקשר זה אימרתו של המלומד Oppenheim לפיה בתפיסה לוחמתית "אין אטום אחד של ריבונות" -

("The Legal Relations Between an Occupying Power and the Inhabitants", 33 L.Q.R, 363, 364 (1917).

62. המשפט הבינלאומי של דיני התפיסה הלוחמתית יצר, אם-כן, מוסד משפטי ייחודי אשר הרציונאליים העומדים בבסיסו מבקשים להתמודד עם המציאות ועם מצבם של נכבשים חסרי-זכויות על דרך של הענקת סמכויות ביטחוניות ומינהליות למעצמה הכובשת מחד, ומניעת סיפוח זוחל על-ידי הבחנה חדה וברורה בין מעמדו של כובש למעמדו של ריבון, מאידך.

63. בהתאם לעקרונות-על אלו, אמנת ג'נבה, כללי האג ודיני הכיבוש בכללם יצרו מעשה מרכבה עדין של ממשל צבאי אשר מחוייב לדאוג לצורכי האוכלוסייה הנכבשת בכל התחומים האזרחיים מחד, והינו בר הסמכא הביטחוני אשר בידו הכוח לשפוט ולהעניש אזרחים הפוגעים בביטחון ופועלים כנגד חיילי המדינה הכובשת ואזרחיה, מאידך.

64. בהתאם לקווי המתאר של שני עקרונות-על אלו, תקנות אמנת האג סובבות סביב שני צירים של הפעלת סמכות: מימוש האינטרסים הביטחוניים של המעצמה הכובשת ומימוש האינטרסים האזרחיים של האוכלוסייה בשטח המוחזק (ראה בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לו(4), בעמ' 794), או כהגדרתו של פרופ' דינשטיין - "שני קטבים מגנטיים של צורך צבאי מחד גיסא ושיקולים הומניטריים מאידך גיסא" (י' דינשטיין, "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" **עיוני משפט** (תשל"ב-ל"ג) 505, בעמ' 509). שני צירים או קטבים אלו, באים לידי ביטוי בנורמת "על" כללית של תקנות האג, כפי שכינה אותה כב' השופט ברק (כתוארו אז) בבג"צ 393/82 הנ"ל (עמ' 797 מול האות א'), והיא תקנה 43 לתקנות האג האומרת:

"בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם קיימת מניעה מוחלטת לכך"

(הנוסח העברי של פרופ' דינשטיין ממאמרו הנ"ל בעמ' 506, התקבל ואומץ בבג"צ 202/81 טביב ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לו (2) 622 בעמ' 629).

65. הפרשנות שנתקבלה בפסיקה לתקנה זו, קובעת שהסמכות להבטיח את "הסדר והחיים הציבוריים" טומנת בחובה הן את צורכי הביטחון של הממשל הצבאי והן את צרכיה של האוכלוסייה האזרחית המקומית (בג"צ 393/82 הנ"ל בעמ' 797).

66. בבג"צ 393/82, בו נדונה תכנית לסלילת כבישים מהירים שאישרה ועדת התכנון העליונה, סיכם כב' השופט ברק את ההלכות בדבר השיקולים שחייב הממשל הצבאי לשקול בבואו לבצע פעולות שלטוניות בשטח המוחזק על-ידו. בין היתר קבע כב' השופט ברק כי:

"אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרסים של האוכלוסייה המקומית... אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר... אין תכנון וביצוע אלה יכולים להיעשות אך כדי לשרת את המדינה המחזיקה"

(עמ' 795-794).

67. הדברים המצוטטים נאמרו בהקשר של תכנית שאמורה הייתה לחול על אדמות פרטיות, אולם תקנה 55 לתקנות האג, המצויה אף היא בפרק השלישי לתקנות שכותרתו: "Military Authority Over the Territory of the Hostile State" ושפותח בתקנה 43 הנ"ל, שהיא כאמור נורמת "על" כללית, מוסיפה את אדמות המדינה לרשימת הנכסים שניהולם ייעשה ע"י הממשל הצבאי תחת ההגבלות האמורות.

68. פסיקתו של בית משפט נכבד זה הדגישה ללא יוצא מן הכלל כי בצד סמכויות המשיבים לנהל את החיים הציבוריים בשטחים הכבושים, הרי שאך ורק הנימוק הביטחוני מתיר הפעלת סמכויות המשיבים מן הסוג שהוא נשוא העתירה דנן. כשלו הנימוק הביטחוני הביא לביטול החלטה בדבר הקמת ההתנחלות אילון מורה. (ראה בג"צ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (1) 1).

69. יש להדגיש כי, כאמור בבג"צ 393/82 הנ"ל, כאשר מדובר בכיבוש ארוך מועד, כגון זה החל בענייננו, אין לצמצם את תפקיד הכובש לשמירת סדר וביטחון במובנם המצומצם אלא חלה הרחבה של חובת ההתערבות על מנת שלא להקפיא את החיים בשטח הכבוש.

70. מכיוון שתקנות האג אינן מציינות בהרחבה את חובותיו של הכובש בנקודה זו יש לפרשה לאור דיני זכויות האדם. החלתם בכפיפה אחת הגיונית, כאמור, לנוכח העובדה שבבסיס שני שדות משפטיים אלו עומדת תפיסה אחת וניצבות מטרות משותפות (ראו להלן).

71. המשטר המשפטי שנבחר לקיים את מרחב התפר הוא משטר שמלכתחילה מוגדר כמתייחס באופן שונה ליהודים ולפלסטינים ויוצר הלכה למעשה משטר של אפרטהייד, שלא היה לו דוגמא ורע במשפט הישראלי על גלגוליו וטווח התפרשותו בישראל ובשטחים.

72. ההכרזה בדבר שטח צבאי קובעת כי לא תחול על "ישראלי". "ישראלי" מוגדר כמי שהינו אזרח ישראל, תושב ישראל וכן מי שזכאי לאזרחות ע"פ חוק השבות.

73. ההכרזה אוסרת על כל מי שאינו "ישראלי" להימצא במרחב התפר ללא היתר שהייה ומחייבת את תושבי המרחב הפלסטינים להגיש בקשה להיתר שהייה לתושב, לעובדים במרחב להגיש בקשה להיתר שהייה למורה / חקלאי / עובד רפואה / עובד ארגון בינלאומי וכד'. הפלסטינים בעלי אשרות שהייה השונות מורשים להיכנס ולצאת את מרחב התפר אך ורק דרך השערים המוגדרים בהכרזה.

74. משמעותם של ההכרזה והצווים היא כי המרחב הופך לשטח צבאי סגור עבור פלסטינים החיים שם מאות שנים, ואילו שטח פתוח שאין בו כל הגבלה על חופש התנועה עבור כל יהודי, לרבות יהודי התפוצות.

75. תיקון הצווים באופן שפוטר את תושבי המקום הפלסטינים מהגשת בקשה להיתר שהייה אינו מקטין ואינו משנה את המימד המפלה של המשטר. אף ישראלי אינו צריך להוכיח זיקה למרחב התפר, רק פלסטינים צריכים. אף ישראלי אינו צריך לאחוז בתעודת תושב כדי שיהיה פטור מעולה של ההכרזה, רק פלסטינים זקוקים לכך.

76. מצב בלתי נסבל זה שמשמעותו היא גם כי למשל תושבי המרחב הפלסטינים אינם יכולים לקיים אירועים משפחתיים בביתם (שהרי אורחים וקרובים מחוץ למרחב לא יוכלו להגיע) – הופך את תושבי המרחב הפלסטינים לכלואים בסבך של דרישות וצורך בהיתרים לכל תנועה, בעוד שתושבי המרחב היהודים זכאים לנוע אליו וממנו כאוות נפשם וללא כל מגבלה.

I. כללי

77. ואם הדברים אינם ברורים מעצמם, יש קודקסים משפטיים המבהירים מדוע משטר כגון משטר ההיתרים אינו חוקי. בפרק זה, כאמור נתמקד בנורמות של המשפט ההומניטארי ודיני התפיסה הלוחמתית וכאמור בפרק הבא נעסוק בהפרות הנובעות ממשפט זכויות האדם.

78. משטר ההיתרים פוגע במגוון רחב של זכויות של אותם פלסטינים החיים במרחב וכאלו החיים מחוצה לו.

79. המדובר בפגיעה בזכויות ליברליות קלאסיות כגון חופש התנועה והזכות לקניין; בזכויות כלכליות כגון הזכות לפרנסה, הזכות לחינוך ולבריאות; בזכויות קבוצתיות כגון הזכות לתרבות וחיי חברה וקהילה; **והכל במשולב לפגיעה חריפה וחמורה בזכות לשוויון וממנה ובשלה בזכות לכבוד.**

80. זכויות היסוד הליברליות הקלאסיות, כמו גם הכלכליות והקבוצתיות לא פסחו על דיני התפיסה הלוחמתית ועל-כן גם לא נשללו מאזרחי השטח התפוס. דיני הכיבוש הבינלאומיים המודרניים שינו באורח מוחלט את מערך הזכויות והחובות שביחסים בין כובש לאוכלוסייה נכבשת, כפי שאלה היו עד המאה ה-19 וניסוח כללי האג (שהדעה המקובלת היא כי הם העלו על הכתב משפט בינלאומי מינהגי שכבר היה קיים). הם נועדו בראש ובראשונה להגנת האזרחים הנכבשים תוך הענקה של זכויות רבות אשר מקורן בפילוסופיית זכויות האדם שהתפתחה במקביל:

“The international law of belligerent occupation lays down the rights and obligations of the belligerent power in occupation of foreign territory. The law of belligerent occupation has undergone major development over the past two centuries: while the population of such territories originally had virtually no rights at all, their status and rights have now been greatly improved and are securely anchored in international law.

...

Belligerent occupation is a form of foreign domination. Its effects on the population are mitigated by the provisions of international law on belligerent occupation. Hence Geneva 4th Convention appears as a bill of rights with a catalogue of fundamental rights which, immediately upon occupation and without any further actions... becomes applicable to the occupied territory and limits the authority of the occupying power”

(**The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts** (Dieter Fleck (editor), Oxford Un. Press, 1995), p. 240)

81. "מגילת הזכויות" של האזרחים המוגנים כוללת, אם-כן, זכויות רבות כשהמרכזית שבהן היא הזכות לחיים ולכבוד המצוינים בסעיפים 27 לאמנת ג'נבה הרביעית ו-75 לפרוטוקול הראשון.

II. איסור אפליה

82. אמנת ג'נבה, מכוחה מוסמך מלכתחילה המפקד הצבאי לחוקק בשטח הכבוש, אוסרת אפליה בין אזרחים בשטח הכבוש :

*"Without prejudice to the provisions relating to their state of health, age and sex, all protected persons shall be treated with the same consideration by the party to the conflict in whose power they are, **without any adverse distinction based, in particular, on race, religion or political opinion.**"*

(סעיף 27 פיסקה שלישית; ההדגשה שלנו)

83. מן הראוי להדגיש שהסעיף המצוטט לעיל מתייחס לאפליה פסולה בין אזרחים מוגנים וספק רב אם המתנחלים זכאים לסטטוס זה, מכל מקום האיסור לגבי אפליה בין תושבי השטח הכבוש לאזרחי המעצמה הכובשת שהתיישבו בו נגזר מסעיף זה ביחס של קל וחומר).

84. בנוסף סעיף 3 המשותף לארבע אמנות ג'נבה והחל בכל עימות מזויין, בינלאומי או פנימי, אוסר אף הוא אפליה על רקע לאומי :

*Persons taking no active part in hostilities...shall in all circumstances be treated humanely, **without adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or health, or any other similar criteria**"*

85. ואין ספק, ולא יכול להיות ספק, שמשטר ההיתרים מפר בדיוק את העיקרון הזה באשר הוא מטיל מגבלות כבדות על קבוצה אחת שנבחרה לפי קריטריון לאומי.

III. איסור פגיעה בקניין, בפרנסה ובתנועה

86. הגבלות התנועה הנובעים ממשטר ההיתרים גורמים לפגיעה קשה ביכולתם של האזרחים המוגנים להגיע אל אדמותיהם שמעבר לגדר הפרדה. קושי זה מונע מהם לממש את קניינם (בין אם המדובר באדמות חקלאיות ובין אם מדובר באדמות שנועדו לבנייה).
87. הגדר המתפתלת ועימה משטר ההיתרים יוצר מציאות שבה דרכים שבעבר חיברו בין קהילות וכפרים, הפכו לדרכים ללא מוצא המתנגשות בגדר ובאיסור המשפטי לחצות אותה.
88. על רקע עקרונות היסוד בדבר סמכויותיה של מעצמה כובשת על השטח התפוס על-ידיה בתפיסה לוחמתית ואשר פורטו לעיל, נקבעו בדיני הכיבוש מספר הוראות קונקרטיות המגבילות את יכולתה של המעצמה הכובשת לפגוע בזכויות אלו של האזרחים המוגנים. כמו כן, עוגנו זכויות אלה באמנות זכויות האדם השונות.
89. בענייננו, כפי שנאמר בפרק הקודם, הקטעים של מכשול הפרדה העוברים בתוך השטח הפלסטיני פוגעים בזכויותיהם של מאות אלפי אזרחים מוגנים בכל התחומים, וביניהם בזכויות הקניין, בחופש התנועה וביכולת הפרנסה.
90. ראשית, נמקד מבטנו בזכות הקניין. כלל 46 לכללים הנספחים לאמנת האג קובע איסור על הפקעת אדמה פרטית בשטח כבוש (ההדגשות שלנו):

“Family honour and rights’ the lives of persons and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected.

Private property cannot be confiscated”

ודוק: הפקעה אסורה ללא כל חריג, גם לא מטעמי צורך ביטחוני.

91. סעיף 23 (ז) של תקנות האג אוסר הריסת רכוש אויב או תפיסתו למעט במקרה של “צרכי מלחמה הכרחיים” (“imperatively demanded by the necessities of war”).
92. סעיף 53 לאמנת ג'נבה, העוסק גם הוא בפגיעה והריסה של רכוש פרטי וציבורי, קובע נוסחה משפטית מצמצמת יותר לנסיבות בהן תותר הפגיעה (ההדגשות שלנו):

“Any destruction by the Occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively

to private persons, or to the State, or to other public authorities, or to social or cooperative organizations, is prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations"

93. עינינו הרואות, הצורך הצבאי הוא התנאי בלעדיו אין לפגיעה בזכויות הקניין של תושבי השטח הכבוש וגם בהתקיימו אסורה ההפקעה באורח מוחלט וללא חריגים.

94. החובה לדאוג לפרנסתם ולרווחתם של תושבי השטח הכבוש נובעת אף היא מדיני התפיסה הלוחמתית. החובה האמורה היא חלק ממארג שלם של חובות של המעצמה הכובשת כלפי האזרחים המוגנים: המעצמה הכובשת אחראית לקיומה של מערכת חינוך תקינה (סעיף 50 לאמנה - ושימו לב בהמשך הסעיף עד כמה מפורטת החובה לדאוג לרישומם של ילדים, ולפיקוח על מוסדות המטפלים בילדים יתומים וכו'); היא גם אחראית לאספקה של צרכי הקיום הבסיסיים לתושבי השטח הכבוש (סעיף 55); לקיומה התקין של מערכת בריאות ובתי-חולים (סעיף 56-57); לפעילותן של רשויות הדת (סעיף 58). המעצמה הכובשת אחראית לאספקה של מזון (סעיף 55 הנ"ל) ולתכניות סיוע הומניטרי (סעיף 59 – מה שלא פוטר אותה מהאחריות לספק צרכי חיים בסיסיים – סעיף 60).

95. חופש התנועה והזכות להתפרנס בכבוד נגזרים אם-כן סימולטנית מחובת השבת הסדר והביטחון, מחובת הדאגה לצרכים הבסיסיים של התושבים ומהזכות לכבוד – שכמו במשפט הישראלי החוקתי כך גם בדיני התפיסה הלוחמתית – היא אם הזכויות וממנה נגזרות זכויות יסוד רבות נוספות.

IV. איסור פגיעה בזכות לחיי משפחה, קהילה וחברה

96. ההגבלות המוטלות על תושבי מרחב התפר ומנגד, הקשיים (הגובלים דה-פקטו באיסורים מוחלטים) על בני משפחה וידידים שאינם תושבי המרחב לבקר אצל קרוביהם וידידיהם במרחב, מחסלים את האפשרות של קהילות אלו להמשיך ולקיים חיי חברה, חיי משפחה ותרבות.

97. החובה לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה קבועה במפורש בדיני התפיסה הלוחמתית ומופיעה בסעיף 46 לתקנות האג. כמו כן, על מקומה של הזכות לחיי תרבות ניתן ללמוד מהוראת סעיף 24 לאמנת ג'נבה לפיה חינוכם של יתומים יופקד, במידת האפשר, בידי אנשים הקרובים להם במסורתם התרבותית, וכן מהוראת סעיף 103 העוסקת בהבטחת רווחתם התרבותית של עצירים. מהסעיף האחרון ניתן להסיק כי אם הזכות מוכרת לאזרחים מופחתי זכויות כעצירים, קל וחומר שהיא קיימת עבור אזרחים מוגנים מן השורה.

V. ענישה קולקטיבית

98. לבסוף, נטען להלן שמשטר ההיתרים הוא הפרה של העיקרון האוסר על ענישה קולקטיבית, שהוא עיקרון יסודי של דיני המלחמה ודיני התפיסה הלוחמתית.

99. את עקרונות האיסור על ענישה קולקטיבית, שאין ספק שהיא חלק מעקרונות היסוד של כל שיטת משפט אנושית וכל קוד מוסרי, מקיימים גם דיני המלחמה המכריזים עליהם במפורש:

Art. 33

No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited.

(מתוך אמנת ג'נבה).

Art. 50

No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they cannot be regarded as jointly and severally responsible.

(מתוך הכללים הנספחים לאמנת האג).

100. משטר ההיתרים הוקם, כך אנו מבינים וכך הוצהר, כדי להתמודד עם סכנת הטרור. אלא שמשטר ההיתרים אינו מופנה לטרוריסטים או אפילו לא לחשודים בייזום והוצאה לפועל של פעולות טרור, אלא הוא מופנה לעם הפלסטיני כולו כחטיבה אחת. כל פלסטיני בין אם הוא עולל שרק נולד ובין אם הוא בא בימים, חייב בהיתר כניסה ושהייה למרחב התפר למעט אם הוא תושב קבוע בו ואז הוא זקוק לתעודת תושב קבוע. כל ישראלי, בין אם הוא ישר דרך ונקי כפיים ובין אם הוא חורש רעות ואולי אפילו טרוריסט המעוניין לפגוע בפלסטינים – אינו זקוק לשום אשרה ושום היתר והוא יכול לנוע כאוות נפשו במרחב התפר, אליו וממנו.

101. בכך יצר המפקד הצבאי משטר שכולו ענישה המופנה לקבוצה שברי לכל שלא כולה חטאה. זוהי ענישה קולקטיבית אסורה.

4. משפט זכויות האדם הבינלאומי

I. הצגת הנושא

102. מדינת ישראל חתמה ואישרה שש אמנות זכויות אדם ועל כן, מחויבת ישראל לכבדן, בוודאי במישור היחסים הבינלאומיים.

103. עמדתה של ישראל, כפי שהובעה בוועדות האו"ם השונות, הינה כי לאמנות זכויות אדם אלה אין תחולה בשטחים הכבושים.

104. בבסיס עמדתה זו עומדים שלושה טיעונים מרכזיים: המדובר בשתי מערכות דינים שונות ונפרדות – דיני זכויות האדם והדינים ההומניטאריים – שאין להחילן יחדיו; לאמנות זכויות האדם תחולה אך בתחום שטחה הריבוני של מדינה; לישראל אין שליטה אפקטיבית על שטחים אלה ועל כן, אף אם תתקבל הטענה שיש להחיל את האמנות מעבר לשטחה הריבוני של ישראל, אין לראותה אחראית לקיום הוראות האמנות הללו בשטחי הגדה.

לעמדתה של מדינת ישראל בנושא ראו בדוחות שהגישה:

* State of Israel *Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - Second Periodic Report*, 3 Aug. 2001, para. 5-8, UN Doc. E/1990/6/Add.32 (2001);

* State of Israel *International Covenant on Civil and Political Rights - Second Periodic Report*, 20 Nov. 2001, para. 8, UN Doc. CCPR/C/ISR/2001/2 (2001);

* Israel's position before the International Committee on the Rights of the Child *Summary Record of the 829th meeting: Israel*, 10 Oct. 2002, para. 39-42, UN Doc. CRC/C/SR.829 (2002); Israel's position before the International Committee on the Elimination of Racial Discrimination UN Doc. CERD/C/282 (1995).

II. תחולתו האוניברסאלית של משפט ז"א

105. אכן, המשפט ההומניטארי הבינלאומי ומשפט זכויות האדם הבינלאומיים הינם שתי מערכות דינים נפרדות אשר נוצרו ברקע שונה ונועדו להסדיר מצבים שונים. יחד עם זאת אין בשוני זה משום להשליך על שאלת תחולתן.

106. טריבונלים בינלאומיים קבעו כי מטרת הדינים ההומניטאריים ודיני זכויות האדם הינה זהה - להגן על כבוד האדם ועל הזכויות הנגזרות מכבוד האדם.

כפי שציין בית הדין הפלילי הבינלאומי הדין בפשעים שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר (ICTY) בפרשת *Furundzija*:

...The essence of the whole corpus of international humanitarian law as well as human rights law lies in the protection of the human dignity of every person, whatever his or her gender. The general principle of respect for human dignity is the basic underpinning and indeed the very raison d'etre of international humanitarian law and human rights law; indeed in modern times it has become of such paramount importance as to permeate the whole body of international law...

(*Prosecutor v. Furundzija*, ICTY Trial Chamber, judgment of 10 Dec. 1998, para. 183).

ועוד בעניין זה ראו :

Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, 1996 (I) I.C.J. 66;

Prosecutor v Delalic, judgment of 16 Nov. 1998, (ICTY Trial Chamber);

11.137 *Abella v. Argentina*, n.1.OEA/Ser.L/V.97, Doc. 38 (I/A Comm'n H.R., 1997).

107. בפרשת חוקיות השימוש והאיום בשימוש בנשק גרעיני (לעיל) נקבע כי היחס בין משפט זכויות האדם למשפט ההומניטרי הוא כיחס שבין חוק כללי ומיוחד. גם על-פי גישה

מצמצמת זו, משפט זכויות האדם חל על כל סיטואציה שהמשפט ההומניטרי לא נותן לה מענה ברור וחד משמעי.

108. ערכאות בינלאומיות הביעו עמדתם כי אין לראות את הדינים ההומניטאריים כמערכת אלטרנטיבית לדיני זכויות האדם אלא כחריג לתחולה המלאה והאוניברסאלית של דיני זכויות האדם שמטרתם להגן על כל בני האדם בכל מצב.

109. זאת ועוד, בחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין חומת הפרדה שהוזכר לעיל נקבע שמשפט זכויות האדם חל במקביל לדינים ההומניטאריים, והחריגים לתחולתו נמצאים בתוכו כפי שניתן לראות בסעיף 4 ל-ICCPR. כאמור בפסקה 106 לחוות הדעת:

"More generally, the Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind found in art. 4 of the ICCPR..."

110. על התחולה האוניברסאלית של דיני זכויות האדם ניתן גם ללמוד מסעיף 2 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם:

"Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty".

111. על גישה זו מעידה גם הפרקטיקה של גופים בינלאומיים:

Daniel O'Donnell, "Trends in the Application of International Humanitarian Law by the United Nations Human Rights Mechanisms" 38 *Int. Rev. Red Cross* (1998) 481.

112. אם כן, עמדת ישראל כי מערכות הדינים אינן חלות יחדיו וכי יש לבחור רק אחת מהן אינה תואמת את הפרשנות הרווחת כיום ואף את הפרקטיקה הנוהגת מצד ביהמ"ש הבינלאומיים וגופים בינלאומיים שונים.

III. תחולה בטריטוריה המצויה ב"שליטה אפקטיבית" של מדינה חברה

113. טענת ישראל האחרת היא כי אמנות זכויות אדם חלות רק בתחום שטחה הריבוני של המדינה.

114. אף שחלק מאמנות זכויות האדם מציינות כי תחולתן הנה בתחום השיפוט של המדינה, הן אינן מגדירות מה ייחשב "תחום שיפוט".

115. הפרשנות המצמצמת, בה דוגלת מדינת ישראל, לפיה תחום השיפוט חל רק על שטחה הריבוני של המדינה, אם תתקבל, תיצור מצב שבו ניתנת הגנה רק לחלק מהאנשים המצויים תחת שליטתה של המדינה. מצב זה, בו נותרים בני אדם רבים הנשלטים על-ידי מדינה החתומה על אמנות זכויות אדם, מחוץ לתחולת אמנות אלה היא בלתי נסבלת. על פי הרציונל של דיני זכויות האדם ראוי לתת פרשנות מרחיבה למושג "תחום שיפוט" שהרי דינים אלה נועדו להגן על כבודו של האינדיבידואל מפני שימוש לרעה שעושות הרשויות בכוחן.

116. כמו כן, כל עוד לישראל ישנה השפעה על חיי התושבים בשטחים, יש לראות שטחים אלה תחת תחום שיפוט.

117. התפיסה לפיה יש לראות את משפט זכויות האדם הבינלאומי כחל בכל מקום בו למדינה יש "שליטה אפקטיבית" התקבלה ע"י גופי האו"ם השונים העוסקים באכיפת משפט זכויות האדם.

118. אם כן, היות ומרחב התפר מצוי בשליטה אפקטיבית של מדינת ישראל, החובות החלים עליה מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי תקפים גם לטריטוריה זו.

119. וראו פסק-הדין המנחה בסוגיה זו של בית המשפט האירופאי לזכויות אדם שקבע בדיוק את שאנו אומרים – שם לגבי תחולתה של האמנה האירופית לזכויות אדם על קפריסין הצפונית שנטען כי היא נשלטת שליטה אפקטיבית על-ידי טורקיה. וכך קבע ביהמ"ש האירופאי:

"The responsibility of a Contracting Party may also arise when as a consequence of military action - whether lawful or unlawful – it exercises effective control of an area

outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration".

(*Loizidou v. Turkey*, 310 Eur. Ct. H.R. (ser A)(1995) 23. para. 62).

120. זאת ועוד: ועדת זכויות האדם של האו"ם אף קבעה כי האמנה חלה אף לגבי פעולות רשמיות של מדינה אשר יש להן השפעות אקסטרה טריטוריאליות, ללא קשר למקום ביצוען ואף אם אין שליטה אפקטיבית על הטריטוריה שבה מתרחשת ההפרה:

... if a State party takes a decision relating to a person within its jurisdiction, and the necessary and foreseeable consequence is that that person's rights under the Covenant will be violated in another jurisdiction, the State party itself may be in violation of the Covenant...

(Comm. no. 470/1991 *Kindler v. Canada*, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1991, para. 6.2 (1993);

Comm. no. 469/1991 *Ng v. Canada*, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991, para. 6.2 (1994).)

121. בשנת 2001 חזר ביה"ד האירופי לזכויות אדם על הלכת התחולה של האמנה האירופאית בדבר זכויות האדם בשטחים המצויים בשליטה אפקטיבית של מדינה חברה ואף הוסיף שכל פרשנות אחרת אינה סבירה באשר היא תיצור ואקום במערכת ההגנה על זכויות אדם בשטח המדובר וזאת כיוון שהרשויות המקוריות (המקומיות) האמורות לדאוג להגנה על זכויות האדם – נעדרות שליטה אפקטיבית וזו מצויה בידי הכוח הכובש.

(ראו):

(*Cyprus v. Turkey*, [GC], no. 25781/94, § 233, ECHR 2001-IV.

122. ההלכה האמורה לפיה מבחן התחולה של משפט זכויות האדם הבינלאומי הוא מבחן השליטה האפקטיבית, מותן על-ידי בית המשפט האירופאי לזכויות האדם בפרשת *Bankovic* (ראו: 94 (2003) I.L.R. (*Bankovic v. Belgium*)). בפרשה זו ביצע בית

המשפט האירופאי חזרה מסויימת לכיוון מבחן הטריטוריאלי של הריבונות. עם זאת קבע בית המשפט בפסק דינו שמקרים של כיבוש נופלים בגדר אותם מקרים חריגים שבהם לאמנה ישנה תחולה אקסטרה טריטוריאלי. (*Bankovic v. Belguim*, 123 I.L.R. (2003)). כך שאין בפסק דין זה כדי להחליש את הטענה בדבר תחולה אקסטרה טריטוריאלי של אמנות זכויות אדם בשטח כבוש.

123. גם ביה"ד הבינלאומי בהאג קבע בחוות הדעת המייעצת בעניין גדר ההפרדה כי אמנות זכויות האדם חלות באזור הנתון לתפיסה לוחמתית.

ראו :

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ Advisory Opinion, 2004, para.102-114.

IV. תחולה על פעולות אורגן של מדינה חברה

124. גישה נוספת המרחיבה את תחום תחולתו של משפט זכויות האדם מעבר לגבולותיה הריבוניים של המדינה ניתן למצוא בדוקטרינה הרואה את תחום התפרשות משפט זכויות האדם לכל אזור בו אורגן של מדינה המחויבת לאמנות זכויות אדם פועל.

125. דוגמא ליישום גישה זו ניתן למצוא בדברי כב' השופט המנוח חיים כהן בפרשת קוואסמה :

במדינת חוק אין כל שיקול ביטחוני, מדיני, אידיאולוגי או אחר יכול להצדיק הפרת החוק מצד השלטונות. ובמדינת חוק אין שום רשות שלטונית רשאית לשלול מאת אדם זכות מזכויותיו החוקיות, אלא אם כן הוסמכה לכך בחוק בלשון מפורשת...

...אין בית-משפט זה מודד אלא במידה שווה לכול. ולא זו בלבד אלא מפקד האזור ופקודיו שלוחי מדינת ישראל הם, ויהא אשר יהא המקום, אשר בו עושים הם שליחותם, מצוים הם לנהוג מנהג מדינתם, הוא מנהג מדינת חוק...

(בג"צ 320/80 יוסרא קאסם קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3), 113, עמ' 127-128).

126. גישה זו קיבלה ביטוי גם בהחלטת ועדה האו"ם לזכויות אדם שדחתה את עמדת אורוגוואי לפיה האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות חלה רק בשטחי המדינה החברה. ועדת האו"ם קבעה בהחלטה ידועה כי מדינה תהיה אחראית אף להפרות של הזכויות

המעוגנות באמנה אשר בוצעו על ידי אורגנים שלה מחוץ לשטח המדינה, ללא תלות בשאלה אם האורגן פעל בחסות הממשלה או בניגוד למדיניותה.

ראו:

Comm. R.12/52 *Lopez Burgos v. Uruguay*, UN. Doc. A/36/40 (1981) 176 (Individual Opinion, Tomuschat);

Comm. 56/1979 *Casariago v. Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/OP/1 (1984)(Individual Opinion, Tomuschat.

V. תחולת משפט זכויות האדם בשטחים הכבושים – פסיקה ישראלית ובינלאומית

127. שאלת תחולת משפט זכויות האדם הבינלאומי בשטחים הכבושים דרך התחייבותה של ישראל לכבד את האמנות של שדה משפטי זה, נדונה הן בבית המשפט הנכבד והן על ידי גופי זכויות האדם של האו"ם.

128. הגופים הבינלאומיים קבעו כולם ללא יוצא מן הכלל כי משפט זכויות האדם הבינלאומי חל בשטחים הכבושים:

* *Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: Israel*, 9 Oct. 2002, para. 2, UN Doc. CRC/C/15/Add.195 (2002);

* *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Israel*, 31 Aug. 2001, para. 11-12, UN Doc. E/C.12/1/Add.69 (2001);

* *Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Israel*, 30 March 1998, para. 12, UN Doc. CERD/C/304/Add.45 (1998);

* *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel*, 18 Aug. 1998, para. 10, UN Doc CCPR/C/79/Add.93 (1998);

* *Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women: Israel*, 12 August 1997, para. 170, UN Doc. A/52/38/Rev.1, Part II, para. 132-183 (1997);

* *Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Israel*, 19 Aug. 1994, para. 74, UN Doc. A/49/18 (1994).

129. נציין כי על אף עמדתה הרשמית של ישראל כי אמנות זכויות האדם אינן חלות בשטחים הכבושים, ציין בית המשפט לא פעם כי יש להתחשב במהותם של דיני זכויות האדם כאשר שוקלים את מידתיות וסבירות פעולותיו של המפקד הצבאי בשטח הכבוש.

כדברי הנשיא שמגר בפרשת שאהין:

" איני נכנס בשלב זה לשאלת תחולתם של החיובים העולים מן ההסכמים וההצהרות לסוגיהם שיאוזכרו בהמשך הדברים, כי נושא זה לא עלה בטיעונים שבפנינו. לצורך העניין הקונקרטי המסור לידינו עתה הנני יוצא מתוך ההנחה שניתן להתייחס אל תוכנם של המסמכים המשפטיים האמורים כאל מסמכים רלבנטיים."

(בג"צ 13/86 עאדל אחמד שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור, פ"ד מא(1), 197, עמ' 210-211);

וכדברי השופטת פרוקציה בפרשת הס:

"אמנת האג מסמיכה את מפקד האיזור לפעול בשני תחומים מרכזיים: האחד - הבטחת האינטרס הבטחוני הלגיטימי של המחזיק בשטח, והשני - הבטחת צרכיה של האוכלוסיה המקומית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית... בתחום האחרון מופקד מפקד האיזור לא רק על שמירת הסדר והבטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם, ובמיוחד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטריים שחובה על המפקד לשקול..."

(בג"צ 10356/02 - יואב הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נח(3), 443, עמ' 456-455).

ובבג"ץ 3239/02 - איאד אסחק מחמוד מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל. תק-על 2003(1), 937, החיל ביהמ"ש את דיני זכויות האדם הבינלאומיים בנוגע להליכי מעצר.

ולאחרונה, דברי הנשיא ברק בפרשת מראעבה :

"עם זאת, נניח – בלא להכריע בדבר – כי האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם חלות באזור".

בג"צ 7957/04 זהראן יונס מחמד מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פסקה 27 לפס"ד (טרם פורסם)).

(כל ההדגשות שלנו)

VI. לסיכום סוגיית התחולה

130. שאלת חובת החלת אמנות זכויות האדם בשטחים הכבושים ניתן לומר כי על פי פרשנות ביהמ"ש של ישראל והטריבונלים הבינלאומיים ועל פי הפרקטיקה של גופים בינלאומיים לאמנות זכויות אדם יש תחולה אקסטרה טריטוריאלית כאשר אורגן מדינה מבצע פעולה אשר משפיעה על תושבי מדינה אחרת וכן כאשר מדובר בשטח כבוש עליו יש למדינה שליטה אפקטיבית. ועל כן, שש אמנות זכויות האדם עליהן חתומה ישראל חלות על השטחים הכבושים ומחייבות את ישראל.

I. כללי – פשע האפרטהייד

131. מובן וברור לכל מי שמנתח, ואפילו ניתוח שטחי, של המציאות שנכפתה על הפלסטינים בשל משטר ההיתרים, שמשטר זה יוצר פגיעה "רב-מערכתית" במגוון של זכויות יסוד המוכרות הן כמשפט בינלאומי הסכמי והן כמשפט בינלאומי מינהגי.

132. היות ונדמה לנו כי הדברים ברורים מאליהם, נפרט רק את רשימת הזכויות ונפנה אל מראי המקום שבהם מעוגנות זכויות אלו עלי חוק בינלאומי.

133. אבל בטרם נעשה זאת, נעסוק רגע בהפרה הכוללת שיוצר המשטר נשוא עתירה זו: הפרת האיסור על יצירת משטר משפטי של הפרדה גזעית – **אפרטהייד**.

134. האמנה הבינלאומית בדבר דיכוי ושפיטה של פשע האפרטהייד מ-30 בנובמבר 1973, הגדירה בסעיפים II (c) ו-(d) את פשע אפרטהייד כהפעלת אמצעים חקיקתיים שונים על קבוצות גזע שונות תוך פגיעה בזכויות של אחת :

For the purpose of the present Convention, the term "the crime of apartheid", which shall include similar

policies and practices of racial segregation and discrimination as practiced in southern Africa, shall apply to the following inhuman acts committed for the purpose of establishing and maintaining domination by one racial group of persons over any other racial group of persons and systematically oppressing them:

.....

c. Any legislative measures and other measures calculated to prevent a racial group or groups from participation in the political, social, economic and cultural life of the country and the deliberate creation of conditions preventing the full development of such a group or groups, in particular by denying to members of a racial group or groups basic human rights and freedoms, including the right to work, the right to form recognized trade unions, the right to education, the right to leave and to return to their country, the right to a nationality, the right to freedom of movement and residence, the right to freedom of opinion and expression, and the right to freedom of peaceful assembly and association;

d. Any measures, including legislative measures, designed to divide the population along racial lines by the creation of separate reserves and ghettos for the members of a racial group or groups, the prohibition of mixed marriages among members of various racial groups, the expropriation of landed property belonging to a racial group or groups or to members thereof;

135. צר לנו לומר את הדברים, אולם זו חובתנו המקצועית והמוסרית: משטר ההיתרים מקיים את רכיבי ההגדרה של פשע האפרטהייד כפי שזה צוטט לעיל.

136. המשפט הבינלאומי עקבי בהוקעת משטרים משפטיים המפלים על רקע קבוצתי: אמנת רומא שהיא חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי, קובעת בסעיף 7(1)(h) כי פגיעה בזכויות אדם על-פי מפתח אתני מהווה פשע נגד האנושות:

Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court;

1 – Persecution מוגדר בסעיף 7(2)(g) כך:

"Persecution" means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity;

137. הנה, פגיעה בזכויות יסוד על רקע זהות (בין היתר אתנית או לאומית) הינה מוגדרת כרדיפה, ורדיפה כזו הינה פשע נגד האנושות. אין ספק שרשת הצווים וההכרזה אכן פוגעים קשות בזכויות יסוד (לחופש תנועה, לקניין, לפרנסה, לחינוך, לבריאות ובעיקר לכבוד) ואין גם חולק שהן מופנות וחלות רק על מי שאיננו יהודי או תייר – קרי על פלסטינים.

138. האם לכך הקמנו מדינה? האם לשם כך התקבצנו מכל כנפי עולם, שארית הפליטה של ניצולי משטרים שרדפו והיפלו ושללו כל זכות אפשרית בשל מוצאנו בלבד – ובאנו לכאן בכדי להקים מדינה שצבאה יקיים משטר אפליה על מיליונים שאינם אנחנו?

139. בית המשפט אם-כן מתבקש בעניין זה לעמוד בפרץ ולחסום את ההתדרדרות הקשה בסטנדרטים המשפטיים והמוסריים של תחיקת הביטחון וההסדרים שאנו כמעצמה כובשת מחילים על תושבי השטח הכבוש.

II. זכויות קונקרטיות

פגיעה בחופש התנועה

140. משטר ההיתרים מגביל באופן חמור את חופש התנועה של המוגנים. הזכות לחופש התנועה מעוגנת בסעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם ובסעיף 12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

141. כאמור, הגבלת חופש התנועה אינה מצטמצמת לפגיעה בזכות זו לבדה ומובילה לפגיעה בזכויות נוספות אשר מימושן כרוך בחופש תנועה.

פגיעה בקניין, בפרנסה ובזכות לקיום בכבוד

142. משטר ההיתרים פוגע בזכות לקניין כאשר מוגן אשר נמנעה ממנו גישה אל הקרקע שבבעלותו, אינו יכול לממש את בעלותו זו. הזכות לקניין מעוגנת בסעיף 17 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, המציין את זכות הקניין ואת איסור שלילת זכות זו בדרך שרירות.

143. מניעת הגישה לאדמה והגבלתה, שוללים את מקור הפרנסה של בעל האדמה. הזכות לפרנסה מעוגנת בסעיף 23 של ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, וכן בסעיף 6 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. הסעיפים מתמקדים ראשית, בזכות לעבוד ושנית בזכות הבחירה של מקום התעסוקה.

144. כל אלה פוגעים בהכרח בזכות לקיום בכבוד המעוגנת בסעיפים 6 ו-11 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. הזכות לקיום בכבוד הוכרה גם בשיטת משפטנו, כנגזרת של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ונדונה בבג"צ 336/03 עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם).

פגיעה בזכות לחיי משפחה, קהילה וחברה

145. משטר ההיתרים פוגע בזכות לחיי משפחה וחברה באשר המתגוררים במרחב מוגבלים ביכולתם לארח בני משפחה וחברים. ההכרה בהיותה של המשפחה היחידה הטבעית והבסיסית של החברה וכזו זכאית להגנה מעוגנת בסעיף 17 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם; בסעיף 23 לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; בסעיף 10 לאמנה בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות; בסעיף 8 לאמנת הילד.

הזכות לשוויון ואיסור על אפליה

146. כאמור, משטר ההיתרים מפלה בין התושבים הפלסטינים לבין הישראלים והזרים המבקשים לנוע אל וממרחב התפר.

147. אפליה זו מנוגדת לחובת קיום ההתייבויות שבאמנות כלפי כל בני האדם וללא הבחנה מכל סוג שהוא לרבות הבחנה על בסיס גזע, דת ולאום כפי שזו מופיעה בסעיף (1)2 המשותף לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ולאמנה בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות, ובסעיף 26 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

148. כמו כן, איסור אפליה שכזו נוגד אף את סעיפים 1,2,3,5 לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של האפליה הגזעית. אמנה זו אושרה על ידי ישראל בשנת 1977.

*In this Convention, the term "racial discrimination" shall mean **any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin** which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.*

...

Article 2

1. States Parties condemn racial discrimination and undertake to pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating racial discrimination in all its forms and promoting understanding among all races, and, to this end:

*(a) **Each State Party undertakes to engage in no act or practice of racial discrimination against persons, groups of persons or institutions and to ensure that all public authorities and public institutions, national and local, shall act in conformity with this obligation;***

*(b) **Each State Party undertakes not to sponsor, defend or support racial discrimination by any persons or organizations;***

*(c) **Each State Party shall take effective measures to review governmental, national and local policies, and to amend, rescind or nullify any laws and regulations which have the effect of creating or perpetuating racial discrimination wherever it exists;***

....

Article 3

States Parties particularly condemn racial segregation and apartheid and undertake to prevent, prohibit and eradicate

all practices of this nature in territories under their jurisdiction.

Article 5

In compliance with the fundamental obligations laid down in article 2 of this Convention, States Parties undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, colour, or national or ethnic origin, to equality before the law, notably in the enjoyment of the following rights:

...

(d) Other civil rights, in particular:

(i) The right to freedom of movement and residence within the border of the State;

(ii) The right to leave any country, including one's own, and to return to one's country;

...

(iv) The right to marriage and choice of spouse;

(v) The right to own property alone as well as in association with others;

...

(e) Economic, social and cultural rights, in particular:

(i) The rights to work, to free choice of employment...

...

(iv) The right to public health, medical care, social security and social services;

(v) The right to education and training;

(vi) The right to equal participation in cultural activities;

(f) The right of access to any place or service intended for use by the general public, such as transport hotels, restaurants, cafes, theatres and parks

149. סוף דבר, משטר ההיתרים הוא משטר מגונה על-פי כל שיטת משפט ועל-פי כל שדה משפטי שנבחר.

150. משטר ההיתרים הוא הפרה בוטה של המשפט ההומניטרי ומהווה פשע מלחמה. משטר ההיתרים הוא עשוי לעלות לכדי פשע נגד האנושות בהתאם להגדרות המופיעות במשפט הפלילי הבינלאומי. משטר ההיתרים יוצר הפרה נרחבת של משפט זכויות האדם הבינלאומי.

151. מכל הטעמים הללו, מתבקש בית המשפט הנכבד לשים מחסום למעשה התחיקתי של המשיבים ולבטל את ההכרזות והצווים שיוצרים אותן.

152. בית המשפט מתבקש אם כן להכריז כי הצווים וההכרזה נגועים באפליה פסולה ועל-כן בלתי תקפים.

אשר על-כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה ולאחר דיון להופכו למוחלט.

אביגדור פלדמן, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרת

moked23-NewAtiraII