

ש_____מלך ואח'

בעניין:

ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ואח'
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 -

מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית ואח'

המשיבים

תגובה מטעם העותרים

בהתאם להחלטת כב' השופט לוי מיום 8.3.05 מוגשת בזאת תגובת העותרים.

עניינה של העתירה

1. עניינה של עתירה זו במשפחה פלסטינית ששינתה מקום מגוריה כדין מעזה לגדה. לא נשא חן הדבר בעיני המשיבים, אשר בשליטתם הבלעדית על הסדרי התנועה בין עזה לגדה, ובנצלם את היעדר הרציפות הגיאוגרפית בין שני חלקים אינטגרליים אלו, אילצו את בני המשפחה לעזוב את ביתם בגדה המערבית ולחזור להתגורר ברצועת עזה. המשיבים כפו על העותר לעזוב את עבודתו ופרנסתו. המשיבים דנו את המשפחה לחיי עוני ברצועת עזה. מעל הכל – המשיבים מחקו כל זכר לכבודם ולרצונם של בני המשפחה.

2. המשיבים עושים ככל יכולתם להציג את העתירה באור ביטחוני. הם מתארים את העותר כאדם מסוכן, בניסיון לחמוק מביקורת שיפוטית על חוקיות האמצעים בהם הם נוקטים. בית המשפט מתבקש לזכור כי אף אם טענות המשיבים בעניין מסוכנות העותר יתקבלו, לא אלמן ישראל. למשיבים ישנה שורה של אמצעים חוקיים, כמו צו תיחום מקום מגורים או אפילו צו מעצר מינהלי, על מנת להתמודד עם החששות הביטחוניים. מצב בו משפחה מורחקת ממקום מגוריה (באופן ישיר או עקיף) ללא הסמכה מפורשת בחוק, ללא צו, ללא ערובה למזעור הפגיעה בזכויותיהם וללא זכות שימוע, הוא בטל. מצב בו אמצעי ביטחוני מינהלי כה פוגעני ייסמך על תחיקה מינהלתית של ניהול המרשם, ולא על תחיקת הביטחון, הוא בטל. מצב בו אין כל הגבלה על משכו של האמצעי הפוגעני, ואין כל חובה לבחון את תקפותו מפעם לפעם, הוא בטל ומבוטל. הדבר הובהר היטב בפסיקת בית המשפט הנכבד בפרשת עג'ורי ובעשרות פרשות אחרות.

3. הניסיון של המשיבים להעמיד את מדיניותם לביקורת שיפוטית דווקא במקרים בהם קיים חומר ביטחוני נגד העותר אינו מקרי. אכן, מקרים קשים יוצרים דין רע, אך כבר נאמר כי: **"תפקידנו כשופטים הינו לגרום לכך, כי במסגרת האפשרויות החוקיות העומדות לרשותנו, מקרה קשה יביא לדין טוב"** (דברי הנשיא ברק בדנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות הברית, פ"ד נו(2) 632, 693).

תמצית העובדות

4. העותרים הם בני משפחה פלסטינית, תושבי השטחים, אשר מתגוררים כרגע בעל כורחם ברצועת עזה. המשפחה עברה בשנת 1998 לגדה המערבית. תחילה עבר אבי המשפחה, העותר, דרך המעבר הבטוח, לאחר מכן הצטרפו אליו העותרת והילדים, אף הם דרך המעבר הבטוח. בשנת 2000 הגיעה העותרת, דרך המעבר הבטוח, לעזה, עם הילדים, על מנת ללדת בחיק משפחתה המורחבת. משביקשו לחזור לגדה המערבית, אף שכרטיס המעבר הבטוח של העותרת היה בתוקף, החלה האינתיפאדה והמשיבים הקפואו לחלוטין את הסדרי התנועה בין עזה לגדה. המשיבים אף התעלמו בבוטות מכל פניותיהם של העותרים (לא פחות מ-10 מכתבים נותרו ללא מענה). בשנת 2003 נאלץ גם העותר להיכנס לעזה, שכן לא יכול היה עוד לשאת את הפרידה שנכפתה עליו מאשתו וילדיו. עתה מסכימים המשיבים לחזרתה של העותרת לגדה, אך מתנגדים לחזרתו של העותר.

העתק כרטיס המעבר הבטוח של העותרת מצורף ומסומן ע/13.

5. **המשיבים מודים (סעיפים 7-9 להודעתם) כי העותרים עדכנו את הרשות הפלסטינית בדבר שינוי מקום מגוריהם על מנת שהדבר יירשם במרשם. המשיבים מודים כי הרשות הפלסטינית עדכנה את רשויות הצבא בעניין. המשיבים מודים כי הרשות הפלסטינית אף הנפיקה את תעודת הזהות בהתאם להודעתה. המשיבים אף מודים שהכירו ברישום מענם של מרבית ילדי בני הזוג בכתובת בגדה המערבית.**

6. המשיבים אינם "מכירים" בתעודה ובשינוי המען שבוצע במרשם, לפחות בכל הנוגע לעותר. **חוסר ה"הכרה" של המשיבים ברישום אינו הופך את הרישום לרישום חסר תוקף.** הסמכות לעדכן את המען במרשם הייתה ועודנה סמכות בלעדית של הרשות הפלסטינית, המחויבת אך ורק בינדוע הרשות הישראלית (סעיף (b)(10)28 לנספח III להסכם הביניים, שעוגן בדין הפנימי באמצעות מנשר מס' 7).

7. מענם הרשום של העותרים בגדה המערבית מהווה ראייה לכאורה לאמיתותו, אך בכך אין צורך, שכן השתקעותם של העותרים בגדה אינה שנויה, להבנתנו, במחלוקת.

8. **המשיבים ידעו גם ידעו כי העותר מתגורר בגדה המערבית, שכן, כפי שהוד המשיבים בחצי פה בסיפא של סעיף 5 להודעה, ניסה העותר לצאת לחו"ל בשנת 2002 דרך מעבר גשר אלנבי שבגדה, ונעצר לחקירה במחנה עופר שליד רמאללה. העותר שוחרר על ידי המשיבים בגדה**

המערבית כעבור מספר ימים. נראה, שלא היה די מסוכן כדי להשאירו במעצר מינהלי או להעמידו לדין. נראה, שלא הייתה למשיבים בעיה חוקית לגבי הימצאו של העותר בגדה.

9. למען הסר כל ספק – מצורפים עוד מספר מסמכים המעידים על מגוריו של העותר בגדה המערבית:

העתק תוצאות בדיקה לצורך רישיון נהיגה שעבר העותר ברמאללה בחודש אוקטובר 2000 מצורף ומסומן ע/14.

העתק בקשה לפתיחת תיק מס בעבור העסק של העותר ממנהל אגף המכס של הרשות ברמאללה, מחודש ספטמבר 2000, מצורף ומסומן ע/15.

10. נדגיש שוב, כי משפחת העותרים עברה כדין לגדה המערבית, באמצעות הסדר המעבר הבטוח. אין, ומעולם לא היה קיים, כעניין עובדתי, "היתר לשינוי מקום המגורים בין עזה לגדה" או "היתר לשהייה של תושבי עזה בגדה המערבית" או כל היתר או רישיון דומה. במשך שנים נהגו פלסטינים לשנות את מקום מגוריהם, כשהמעבר דרך ישראל נעשה באמצעות היתר כניסה לישראל או בהסדר המעבר הבטוח. רק בתקופה האחרונה החלו המשיבים לכנות פלסטינים הרשומים אצלם כתושבי עזה ומתגוררים בגדה המערבית "שוהים בלתי חוקיים" (מושג שהשתמשו בו בעבר רק כלפי זרים ששהו בגדה המערבית ללא היתר, אך מעולם לא כלפי פלסטינים), כאילו היו אנשים חסרי כל זכויות, החשופים לגירוש ולהתעמרות.

11. במסגרת עתירות קודמות הסכימו המשיבים לחזרתם לגדה של תושבי שטחים, שמענם הרשום ברצועת עזה, אך השתקעו בגדה. בכל המקרים הללו המעבר לגדה נעשה, כמקובל, באמצעות היתר חד-יומי לכניסה לישראל. המשיב לא הוציא לאותם עותרים "היתר שהייה בגדה המערבית" – היתר שלא קיים כמוהו עבור תושבי השטחים.

ההתפתחויות בתחום המשפטי מאז הגשת העתירה

12. המשיבים מגוללים בתגובתם פרשנות לוליינית, המערבת סמכויות למניעת יציאה לחוץ לארץ, סמכויות למניעת כניסת ישראלים לרצועה, וסמכויות למניעת כניסה לישראל, כביכול מסמכויות אלו נובעת סמכות גורפת למניעת חופש התנועה בתוך השטח הכבוש, בין עזה והגדה המערבית, וכביכול נגזרת מהן גם סמכות לגרש אדם ממקום מגוריו אם נתפס בחלק השונה מהמען הרשום שלו, או מהמען שבו מכירים המשיבים. **למעט מקרה אחד, עד היום תמיד בחרו המשיבים, במקרים דומים, להימנע מלהעמיד פרשנות זו לביקורת שיפוטית, ואיפשרו את חזרתם לגדה של אלו שגורשו לרצועה על בסיס מענם הרשום בלבד, או בטענה של "שהייה בלתי חוקית בגדה" (ר', למשל, בג"צ 4465/05, בג"צ 3555/05 ובג"צ 5504/03).** למעשה הציג המשיב את משנתו בעניין רק פעם אחת, בפרשת ורד (בג"צ 3519/05 ורד ואח' נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית ואח').

13. בפרשת ורד נדון עניינו של תושב פלסטיני אשר גורש לעזה עם שחרורו ממעצר מינהלי, וזאת אף שמקום מגוריו היה בגדה המערבית. באותו עניין טענו המשיבים את אותן טענות שהם טוענים בהודעתם בעתירה זו, כמעט אחת לאחת. **בית המשפט הנכבד (השופטות ביניש ופרוקצ'יה והשופט ג'ובראן) הוציא צו על תנאי בעתירה. בית המשפט עשה כן מבלי לשמוע את החומר החסוי.**

14. עוד יש להוסיף, כי אם בפרשת ורד עסקינו, הרי שבאותה פרשה טענו המשיבים כי העובדה שהעותר באותה פרשה לא עדכן את המען הרשום שלו, וכי "אף בתיעוד הפלסטיני שמחזיק העותר רשום כי הוא תושב אזור חבל עזה", עומדת לו לרועץ, וכי אין לו אלא להלין על עצמו. והנה – מספר שבועות לאחר מכן, אותם משיבים טוענים כי עדכון המען אינו בעל משמעות כלשהי, שכן הם אינם "מכירים" בו. יוצא כי לא משנה מה עושה האדם – כך או כך, תמיד תימצא הסיבה לפגוע בזכויותיו.

כתבי הטענות בפרשת ורד נמצאים באתר המוקד :

http://www.hamoked.org.il/news_main_heb.asp?id=178

פינוי עזה – האם יש לכך השלכה על עניינה של העתירה?

15. ב-12.9.05 יצא הצבא מרצועת עזה. עם זאת, גם המשיבים מודים כי כל נושא המעבר בין עזה לבין הגדה נותר בסמכותם הבלעדית (סעיפים 11-15 להודעתם).

16. אין בשינוי המעמד של הרצועה (יהא אשר יהא) כדי לכרסם באינטגרליות של שני החלקים ובהיותם שטח טריטוריאלי אחד (אף שהשטח נטול רציפות גיאוגרפית).

17. האינטגרליות של שני החלקים, והחשיבות של שמירת קשרי התנועה בין שני החלקים, היא בגדר קונצנזוס. בהסכם הביניים הובהר הדבר בהירות המרבית כאשר נכתב:

The two sides view the West Bank and the Gaza Strip as a single territorial unit, the integrity of which will be preserved during the interim period.

עיקרון זה הוא היום חלק מהדין הפנימי בשטחים, שכן ההסכם עוגן בדין הפנימי באמצעות מנשר שהוציא המשיב.

ר' בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' ראש הממשלה ואח', פס"ד מיום 9.6.05, פסקה 10 לפסק דין הרוב; בג"צ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פס"ד מיום 15.9.05, פסקה 20 לפסק הדין.

18. בפרשת עגורני יצאה המדינה מגדרה כדי להבהיר את הקשר המיוחד שבין שני האזורים, קשר המעיד על כך שהחלקים הללו הם אזור אחד ויחיד:

... יש להוסיף, כי בסעיף 11 ל"הסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה", אשר נחתם בווישינגטון ביום 28.9.95 (כתבי אמנה, 1071, 33), קבעו הצדדים כי הם רואים בגדה המערבית ורצועת עזה "יחידה טריטוריאלית אחת".... הוראה זו חוזרת גם בסעיף 31(8) להסכם ועל יסודה אף נקבעו מנגנוני "המעבר הבטוח" שבין איו"ש לאזח"ע. עוד יש לציין, כי לא רק הצד הישראלי מנהל באופן מתואם את שני האזורים, אלא שגם הצד הפלסטיני מתייחס לשני האזורים כאל ישות אחת, וההנהגה של שני האזורים הללו היא אחת ומאוחדת... לא מעטות הן המדינות בהן נוהגות מערכות משפט שונות ונבדלות במחוזות שונים (כדוגמת מדינות פדראליות או כדוגמת סין והונג-קונג), ובוודאי שלא תתקבל כל טענה כי מדובר ביחידות טריטוריאליות נפרדות לעניין הוראות המשפט הבינלאומי הרלוונטיות בנדון.

סעיף 50 לתשובת המדינה מיום 15.8.02 (ההדגשות הוספו). העתק העמוד הרלוונטי מצורף ומסומן ע/16. תשובת המדינה בפרשת עג'ורי מצויה במלואה באתר המוקד:

<http://www.hamoked.org.il/items/490.pdf>

19. בית המשפט הנכבד אימץ את עמדת המשיבים בפרשת עג'ורי וזו הפכה להלכה הפסוקה בעניין. בית המשפט הדגיש את קשרי התרבות והחברה בין שני החלקים: "מבחינה חברתית ופוליטית, נתפסים שני האזורים על ידי כל הנוגעים בדבר כיחידה טריטוריאלית אחת" (שם, עמ' 369). לפיכך הכוחות והישובים מהרצועה אין כל רלוונטיות לעניין זה. המשטר השונה החל כיום בעזה אינו מפריד אותה משאר השטחים, ממש כשם שהמשטר הנפרד שחל בשטחי עזה שבשליטת הרש"פ קודם לכן לא הפריד אותה משאר השטחים, וממש כשם שאין מתייחסים כיחידות טריטוריאליות נפרדות לשטחי A, B, C, 1H, 2H, שמורות טבע, ושאר מקטעים גיאוגרפיים שלגבי כל אחד מהם חלים הסדרים ממשליים אחרים. הדברים נכונים בוודאי למועד בו עברה משפחת העותרים, דרך המעבר הבטוח, מהרצועה לגדה.

20. הניסיון של המשיבים לכרסם בהלכת עג'ורי ולצמצם אותה רק לעניין הוצאת צו תיחום מגורים נראה כלא יותר מאשר להטוט משפטי. בבסיס הצורך בצו תיחום מגורים עומדת ההנחה כי בלעדיו קיים חופש תנועה. האוטונומיה של האדם לקבוע את מקום מגוריו היא צדו השני של מטבע הסמכות לתחם את מקום המגורים מטעמי ביטחון. כשרצו המשיבים להצדיק הוצאת צווי תיחום מגורים לעזה, יצאו הם מגדרם על מנת להראות שמדובר בשטח טריטוריאלי אחד וטענתם התקבלה. עתה, כשהתנהלותם אינה מתיישבת עם פסיקה זו, מבקשים הם לכרסם בה. לא ניתן לאחוז את החבל בשני קצותיו.

21. עמדת המשיבים (בסעיף 37 להודעה), כי בסמכותם לאשר או לא לאשר מראש לפלוני לשנות את מקום מגוריו בין שני החלקים של השטח האינטגרלי האחד והיחיד, היא כמעט בלתי נתפסת במושגים דמוקרטיים מודרניים, ואין צורך להכביר מילים על פוגעניות התפיסה הזאת. למעשה הופכים המשיבים את הפירמידה – במקום לכבד את חופש התנועה, ואת

החופש לשנות את מקום המגורים (למעט מי שהוצא נגדו צו תיחום מגורים), קובעים המשיבים כי אין חופש תנועה בין החלקים השונים (למעט מי שהשלטון יתיר לו זאת).

22. **תפיסה כזאת משמעה גם פגיעה במרקם החיים כולו, עד שהיא מעמידה בספק רב את ה"עצמאות" של תושבי הרצועה.** כך, למשל, פלסטיני המתגורר בעזה ונבחר לפרלמנט יהא תלוי בהסכמת הצבא על מנת לעבור להתגורר ברמאללה, שם מתבצעת העבודה הפרלמנטארית; פלסטינית מטול כרם העוסקת בחינוך מיוחד, תהא תלויה בהסכמת הצבא אם ברצונה לעבור להתגורר ברפיח ולנהל שם בית ספר; ארגון זכויות אדם שמרכזו בעזה יהא תלוי בהסכמת הצבא, אם ברצונו לשלוח עובד להתגורר ברמאללה ולהיות לוביסט של הארגון במסדרונות השלטון; פקידה מח'אן יונס שנישאה לתושב בית לחם תהא תלויה בהסכמת הצבא, אם ברצונה לעבור ולהתגורר איתו בגדה המערבית; ופועל מעזה, שעבד בהתנחלות ומקור פרנסתו נגדע, יהא תלוי בהסכמת הצבא אם ברצונו לעבור ליריחו, שם הוצע לו לעבוד בפרויקט בנייה גדול.

חידוש הסדר המעבר הבטוח

23. ההסכמה הכללית בדבר האופי האינטגרלי של השטחים הביאה לכינונו של הסדר ה"מעבר הבטוח", הנזכר בפסק-דין עג'ורי. פרטי ההסדר נקבעו בסעיף עשר לפרוטוקול בדבר פרישה מחדש והסכמות ביטחוניות (נספח I להסכם הביניים).

ואלה עיקרי ההסדר:

נקבעו שלושה מסלולי נסיעה בין רצועת עזה לגדה המערבית, שהתנועה בהם תותר במשך שעות האור של היממה. ככלל, התנועה היא באופן עצמאי, ועל הנוסע להגיע למקטע הגיאוגרפי השני של השטחים בתוך זמן מוגבל.

השימוש במעבר הבטוח הוא באמצעות "כרטיס מעבר בטוח".

מי שהם מנועי כניסה לישראל יכולים לעשות שימוש במעבר הבטוח באמצעות שאטלים, מאובטחים בידי משטרת ישראל, שמופעלים פעמיים בשבוע.

סעיף קטן 2(b) קובע, כי היתרי כניסה לישראל יכולים לשמש את תושב השטחים במקום כרטיס מעבר בטוח.

24. הגיונם של ההסדרים עולה מתוכם: מטרתם להבטיח חופש תנועה בין החלקים, ללא מעורבות ישראלית (ממש כמו בין בית לחם לרמאללה), ותוך נקיטת אמצעים למזעור הסיכון הביטחוני של ישראל מעצם המעבר בתוך ישראל. הסדר המעבר הבטוח קובע מגבלות על מסלול התנועה בין רצועת עזה לגדה המערבית, על משך הנסיעה במסלול הנ"ל ועל אופן הנסיעה במסלול. ההסדר אינו קובע מגבלה כלשהי על משך השהייה של תושב פלסטיני באיזה חלק מחלקי השטחים הכבושים לאחר השלמת המעבר דרך ישראל. ההסדר אינו מחייב את

מי שעבר מהרצועה לגדה (או להפך) לשוב בתוך זמן נתון. ההסדר אינו כולל מנגנון שיאפשר הגבלה כזו על משך השהייה.

25. העובדה שהיתר כניסה לישראל מהווה תחליף לכרטיס מעבר בטוח סותרת את טענת המשיב כביכול ישנו מוסד נוסף של "היתר שהייה בגדה המערבית" – היתר מסוג שעין הח"מ מעולם לא שזפה.

26. המעבר הבטוח לא פעל במתכונתו המלאה מאז אוקטובר 2000, אלא רק באמצעות היתרי כניסה לישראל לצורך מעבר בין הגדה והרצועה. אולם לאחרונה הוחלט לחדש את הסדר המעבר הבטוח. ביום 16.11.05 נחתם הסכם בינלאומי בין ישראל לרשות הפלסטינית בענייני גישה ותנועה, בחסות הקוורטט ומזכירת המדינה האמריקנית, לפיו יפעלו שיירות מאובטחות של אוטובוסים בין עזה לגדה, באמצעותם יובטח חופש התנועה בין החלקים. פרטי ההסדרים צריכים להיות מגובשים ומיושמים בתוך לוח זמנים קצר.

העתק ההסכם מיום 16.11.05 מצורף ומסומן ע/17.

הטענות המשפטיות שמעלים המשיבים

כניסה ויציאה מאזור שהוכרז כשטח סגור

27. המשיבים אינם מבחינים בין מימוש חופש התנועה אל מתחם לשטחים, או אל תוך השטחים, לבין מימוש חופש התנועה בתוך השטחים. לא בכדי, למעט פסק דין אחד, אליו נתייחס בהמשך, לא מצאו המשיבים פסקי דין התומכים בהגבלת חופש התנועה של פלסטינים בין עזה לגדה. פסקי הדין שמציגים המשיבים עוסקים ביציאה לחו"ל, כניסה לישראל או בכניסת ישראלים לאזור.

28. בג"צ 9293/03 ח"כ ברקה נ' שר הביטחון (סעיף 16 לתגובת המשיבים) עסק בכניסת חברי כנסת ישראלים מישראל לעזה; בג"צ 709/88 טייב נ' ראש המינהל האזרחי (סעיף 17 לתגובת המשיבים) עסק ביציאה מהאזור לחו"ל; בבג"צ 6040/04 עמור נ' מפקד כוחות הצבא ברצועה (סעיף 29 לתגובת המשיבים), נומק הסירוב לאפשר את מעברו של אחי העותרת לגדה דרך ישראל בעיקר בחשש מעצם הכניסה לישראל והשהייה הזמנית בה, ועל כן נתמך הסירוב באותה עתירה בפס"ד בבג"צ 3890/97 ניר גלים נ' מפקד אזור חבל עזה, שעניינו כניסת עובדים לישראל. יתר על כן, באותה עתירה ניתן הסעד העיקרי, ועל כן ודאי שלא ניתן לראות בכך תקדים מנומק.

29. הנה כי כן, המשיבים לא מבחינים בין יציאה לחו"ל, כניסה לישראל וכניסה של ישראלים לשטחים, לבין מעבר של פלסטינים בין עזה לגדה המערבית. הבחנה זו היא הבחנה מהותית, שכן היא הבחנה בין תנועה בתוך אותו אזור לבין תנועה אל השטח הכבוש או ממנו. הגבלת התנועה בתוך אותו השטח, שחלקו המרכזי ודאי נתון תחת כיבוש, ומעמד חלקו האחר טרם הוכרע, קשה ופוגענית מהגבלת התנועה לחו"ל, ודאי שקשה היא מהגבלת הכניסה לתוך

ישראל, ודאי וודאי שקשה היא מהגבלת כניסה של ישראלים לשטחים (ר' והשוו בג"צ 4706/02 שיח' ראיד סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695, 704). למעשה, הגבלת חופש התנועה ושינוי מקום המגורים בתוך השטח, הדומה להגבלת חופש התנועה בתוך מדינה, היא האמצעי השני המוכר בשטח הכבוש לאחר מעצר, ועל כן קובע סעיף 78 לאמנת ג'נבה **ערובות קפדניות** למימוש: הוצאת צו תיחום מגורים, מטעמי הכרח ביטחוניים, בכפוף לזכות שימוע, זכות ערעור, בחינה מחדש אחת לששה חודשים ותמיכה כלכלית:

הייתה המעצמה הכובשת סבורה שיש צורך, מטעמי הכרח של בטחון, לנקוט אמצעי בטחון כלפי מוגנים, רשאית היא, לכל היותר, ליחד להם מקום מגורים או לעצרם. החלטות בנוגע לייחוד מקום מגורים או למעצר, כאמור לעיל, יתקבלו לפי נוהל סדיר שתקבע המעצמה הכובשת בהתאם להוראות האמנה הזאת. נוהל זה יכלול את זכות הערעור של הצדדים הנוגעים בדבר. החלטות על ערעורים יינתנו בהקדם האפשרי. אושרו ההחלטות, הן יהיו נתונות, מתקופה לתקופה, ואם אפשר - כל שישה חדשים, לעיון מחדש מטעם גוף מוסמך שיוקם על ידי המעצמה האמורה. מוגנים שייחדו להם מקום מגורים ושנדרשו, אפוא, לעזוב את בתיהם, ייהנו ממלוא היתרון של סעיף 39 לאמנה זאת.

בית המשפט הנכבד אימץ גישה מחמירה זו במלואה בפרשת עג'ורי, בפוסקו:

מסקנה זו מתחייבת מתפיסתה של אמנת ג'נבה הרביעית, הרואה באמצעים של מעצר ותיחום מקום מגורים כאמצעים החמורים והחריפים ביותר שהמעצמה הכובשת יכולה לנקוט כלפי תושבים מוגנים (ראו פיקטה, עמ' 257). על כן יש לנקוט בהם רק במצבים חריגים ויוצאי דופן בלבד. בצדק מציין פיקטה כי:

In occupied territories the internment of protected persons should be even more exceptional than it is inside the territory of the Parties to the conflict; for in the former case the question of nationality does not arise. That is why article 78 speaks of imperative reasons of security; there can be no question of taking collective measures, each case must be decided separately... their exceptional character must be preserved.

בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 352, 371.

30. הנה כי כן, רק פסק דין אחד שמציינים המשיבים, בג"צ 7960/04 אלראזי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל – חבל עזה (סעיף 30 לתגובה), עסק בהגבלת מעבר (לצורך לימודים) בין עזה לגדה. פסק דין זה בא לעולם לאחר שהעותרים, עשרה פלסטינים תושבי עזה, שמלבד לימודיהם לא היה ביניהם כל קשר ענייני, סירבו להמלצת בית המשפט הנכבד להפריד את עניינם לעתירות פרטניות. באותו עניין אף נמצא לעותרים סעד חלופי בדמות יציאה ללימודים בחו"ל. העותרים סבורים כי פסק דין זה, שהתבסס על "פרופיל סיכון", אינו מהווה את ההלכה הקובעת, והוא ייחודי ותקף לנסיבותיו הספציפיות בלבד. בשורה ארוכה ומבוססת של פסקי דין, במהלך עשרות השנים האחרונות, היה בית המשפט עקבי בפסיקותיו, כי כל הגבלה על

חירותו של אדם חייבת להיות פרטנית, הגבלה הנובעת ממעשיו של האדם עצמו והמסוכנות הנשקפת ממנו, וכי לא די בסיכון כלשהו אלא נדרשים טעמי ביטחון מוצדקים:

מהי רמת הסיכון הנובעת מהאדם שאת מקום מגוריו מבקשים לתחס, ומהי מידת הסתברותה? התשובה הינה, כי לא די בסיכון של מה בכך. לאור אופיו המיוחד של אמצעי זה ניתן לנקוט בו בדרך כלל רק אם קיימות ראיות מינהליות - שגם אם אינן קבילות בבית משפט - הרי הן ברורות ומשכנעות, שאם לא יינקט האמצעי של תיחום מקום מגורים, קיימת אפשרות סבירה כי תהא נשקפת ממנו סכנה ממשית לפגיעה בביטחון האזור (פרשת עגור, בעמ' 372).

ר' גם, למשל:

- בג"צ 1052/05 נעם פדרמן נ' אלוף פיקוד המרכז, תק-על 2005(1), 2166.
 בג"צ 9586/03 סואלמה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נח(2) 342.
 בג"צ 5627/02 סייף ואח' נ' לשכת העיתונות הממשלתית ואח', פ"ד נח(5) 70.
 בג"צ 7709/95 סיטרין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור, תק-על 96(1), 76.
 בג"צ 1361/91 מסלם נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מה(3) 444.
 בג"צ 814/88 נסראללה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה, פ"ד מג(2) 265.
 בג"צ 554/81 בראנסה נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד לו(4) 247.

31. יתר על כן, פסק הדין בעניין אלראזי עסק בבקשה של פלסטינים, שמרכז חייהם בעזה, לעבור לגדה, בשונה מענייננו, העוסק במי שמרכז חייו כבר שונה לגדה והורחק ממנה. בית המשפט הנכבד פסק כפי שפסק בעיקר על רקע המציאות הביטחונית הקשה ששררה אז וברור כי בית המשפט ראה בכך את העילה המרכזית לפסיקתו, ואין בכך אישור מנומק למדיניות המשיבים. בסיום פסק הדין אף אומר בית המשפט כי פסיקתו היא זמנית וכי עם שינוי העיתים תשתנה עמדתו. הנה כי כן, אין בפסק הדין בעניין אלראזי להשליך על ענייננו, מה גם שהמצב הביטחוני השתפר לאין ערוך.

ההבחנה בין כניסה לישראל לבין מעבר בין עזה לגדה

32. המשיבים, כאמור, מציגים הלכות לפיהן כל פלסטיני המעוניין להיכנס לישראל (למשל, לעבודה או לטיפול רפואי) נדרש להצטייד בהיתר מוקדם מרשויות הצבא. אכן, גם המעבר בין עזה והגדה מחייב, לאור צמצום הסדר המעבר הבטוח, רישיון כניסה ושהייה זמנית בישראל לצורך המעבר. ייתכנו אף מקרים בהם עצם השהייה הזמנית בישראל לצורך המעבר תעלה חשש אמיתי לפגיעה בביטחון, והמשיבים יבקשו למנוע זאת. זאת לא נקודת המחלוקת, שכן על החשש מעצם המעבר בישראל ניתן להתגבר בדרכים שונות, למשל, על ידי ליווי באמצעות המשטרה הצבאית (כך, למשל, בפרשת עגור, עם תום תקופת תיחום מגורים, עדיין חשש הצבא מהמעבר של בני המשפחה בישראל, ועל כן ליווה אותם באמצעות המשטרה הצבאית). בכל מקרה, אין למשיבים סמכות לנצל את הצורך להנפיק רישיון מעבר כדי לשלול בצורה גורפת את האפשרות לשנות את מקום המגורים בין עזה לגדה המערבית. בוודאי שאין

למשיבים סמכות לעשות כן כדי למנוע את תיקון העוול שהם עצמם גרמו, בכך שכפו על העותרים להתגורר בעזה. מאי-החוקיות של הגירוש הכפוי של העותרים לעזה, נובעת חובתם של המשיבים למצוא הסדר לתיקון המעוות ולהחזרת העותרים לגדה המערבית.

פרשנות המשיבים אינה מתיישבת עם חובתם לכבד את זכויות האדם

33. בפרשת עגור נפסק כי העברה כפויה של תושב מוגן בשטח כבוש מביתו, גם מבלי שמדובר בגירוש למדינה זרה, מהווה פגיעה קשה בכבודו כאדם, בחירותו ובקניינו שכן:

ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי של אדם, של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים (שם, עמ' 365).

34. פרשנותם של המשיבים, כאילו אין, ככלל, חופש לשנות את מקום המגורים בתוך השטחים, במיוחד בין עזה לגדה המערבית, וכי מי ששינה את מקום המגורים ללא היתר מוקדם מהרשויות הוא "שוהה בלתי חוקי בגדה המערבית", משמעותה אחת – כי בעיניהם אין לעותרים או לתושבים פלסטינים מוגנים במצבם, כל זכות לכבוד, לחירות או לקניין, ועל כן כלל לא נדרש צו ספציפי על מנת להגבילה.

35. רק לאחרונה פסק בית המשפט הנכבד, בהרכב מורחב של 11 שופטים, כי בחירת מקום המגורים הוא חלק מהאוטונומיה הבסיסית של האדם, ועל כן חלק מכבודו כאדם:

יישום ההתנתקות מנתק את הישראלי המפונה מביתו, מסביבתו, מבית הכנסת שלו ומבית הקברות בו קבורים מתיו. הוא פוגע באישיותו. אכן, ביסוד כבוד האדם כזכות חוקתית "עומדת ההכרה, כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו" (בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 827, מפי השופט א' ברק). באחת הפרשות עמד השופט מ' חשין על כך כי "המשפט מכיר באוטונומיה של הפרט לגבש את רצונו כנראה לו על-פי 'טובתו': הפרט הוא המחליט על 'טובתו' שלו: 'טובתו' היא רצונו ורצונו הוא 'טובתו'. 'רצון' מפורש או משתמע כולל בחובו את טובתו של אדם, 'טובתו' של אדם נחבאת בין קפליו של רצונו" (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1), 48, 95-96). ברוח דומה עמד השופט ת' אור על זכות יסוד של האדם לאוטונומיה, כלומר הזכות "להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה" (ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 570). בהתייחסו לתוכנה של זכות זו קבע השופט אור:

"זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו - היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה, במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של כל פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדיר את אישיותו ואת חייו של הפרט... הזכות

לאוטונומיה של הפרט אינה מתמצה במובן צר זה, של אפשרות הבחירה. היא כוללת גם רובד נוסף - פיזי - של הזכות לאוטונומיה, הנוגע לזכותו של אדם כי יעזבוהו לנפשו" (שם, עמ' 570, 571).

המקור המשפטי של זכות זו הוא בזכות החוקתית של כבוד האדם. כתב השופט אור:

"ההכרה בזכותו של אדם לאוטונומיה היא רכיב בסיסי בשיטת המשפט שלנו, כשיטת משפט של מדינה דמוקרטית... היא מהווה את אחד הביטויים המרכזיים לזכותו החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (שם, עמ' 571).

על אותו רעיון עמד הנשיא א' ברק בפרשה אחרת, בה נדון רצונו של נאשם שלא להיות נוכח במשפטו. וכך כתב הנשיא ברק:

"רצון זה הוא ביטוי לאוטונומיה שלו, שהיא ביטוי לכבוד האדם, שממנו הוא נהנה. על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כבוד האדם מתבטא, בין השאר, בחופש הבחירה של כל אדם כיצור חופשי" (בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 783; ראו גם בג"ץ 4330/93 גאנס נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, 233; ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 842).

אכן, הפינוי הכפוי של הישראלים מהשטח המפונה פוגע בכבוד האדם שלהם.

בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' ראש הממשלה, פסק דין מיום 9.6.05, פסקה 82 לפסק דין הרוב.

לעמדה זו הצטרף גם השופט לוי, שהיה בדעת מיעוט:

פגיעתה של תכנית ההתנתקות אינה מצטמצמת לפגיעה בבית מגוריהם של העותרים. ביצועה עתיד להמיט כליה על מפעל חייהם; הוא ינתקם ממקומות תעסוקה ומפעלים, ויחייבם אגב כך למצוא מקום תעסוקה חילופי. בכל אלו טמון סיכון כלכלי לא מבוטל, העתיד להעצים את תחושות אין האונים וחוסר הוודאות בהן הם שרויים; הוא יחייבם לשלב את ילדיהם במוסדות חינוך חדשים; הוא ימוטט את הקשרים הקהילתיים שנוקמו ביישובים אלו ברבות השנים. קשה להעלות על הדעת פגיעה חמורה מכך בחייו של אדם, בדיוק כשם שקשה להעלות על הדעת כיצד ניתן לפצות על פגיעה זו בערכים כלכליים (שם), פסקה 31 לפסק דינו של השופט לוי).

בפרשת חוף עזה, הנ"ל, התבסס בית המשפט הנכבד, בין היתר, על ההלכה שנפסקה בעניין עגורני (שם, פסקה 83 לפסק דין הרוב ופסקה 31 לפסק דינו של השופט לוי).

36. גירושם של העותרים מסביבת מגוריהם הנבחרת לעזה פוגעת פגיעה אנושה בזכויותיהם כבני אדם. בין היתר, נפגעת הזכות לכבוד, לאוטונומיה, לחופש הבחירה, לפרנסה, זכות הקניין, הזכות לחופש התנועה והזכות לשוויון בפני החוק (שכן הגדרתם הפסולה של העותרים כ"שוהים בלתי חוקיים" מפלה אותם לעומת תושבים מוגנים אחרים בגדה המערבית ולעומת המתנחלים).

37. זכויות אדם אלו מהוות עתה, ללא ספק, חלק מן הדין החל בשטחים, והדבר הובהר בפסק הדין שאך זה ניתן בעניין בניית גדר ההפרדה במובלעת אלפי מנשה, פרשת מראעבה, בו אימץ בית המשפט הנכבד את קביעת בית הדין הבינלאומי והניח, כי האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם חלות בשטחים:

בית הדין הבינלאומי בהאג קבע כי בנוסף לדינים ההומניטריים חלות בשטח התפוס האמנות בדבר זכויות האדם. שאלה זו לא התעוררה בפרשת בית סוריק. לצרכי פסק הדין בענייננו אנו מניחים כי אמנות אלה אכן תחולנה.

בג"צ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פס"ד מיום 15.9.05, פסקה 57 לפסק הדין, ר' גם פסקה 27.

ר' גם פסקאות 111-113 לחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי לצדק, הנמצאת באתר:

<http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>

38. בעתירה ציינו העותרים מקורות רבים במשפט זכויות האדם הבינלאומי, כמו סעיף 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966; סעיף 10 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966; סעיף 12 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948; ועוד.

סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות מעגן את הזכות של כל אדם לשנות את מקום המגורים, והגבלת זכות זו חייבת להיות בחוק, ואסור שתהיה שרירותית (ר' גם סעיף 19) לאמנה).

בענייננו לא ניתן מקור חוקי לגירושם של העותרים מהגדה, ולא די בטענות בדבר מסוכנות העותר או העדר הסכמה לשינוי מען במרשם, כדי להמשיך את קיום המצב הבלתי חוקי.

39. הנה כי כן, עזה והגדה המערבית הן שטח טריטוריאלי אחד מבחינה חברתית ותרבותית, פוליטית ולאומית, אשר ככלל יש בו לכל אדם חופש תנועה וחופש לשנות את מקום מגוריו כרצונו, כחלק מהאוטונומיה הפרטית שלו וכחלק ממהלך חייו. הפינוי של הרצועה לא שינה זאת. ההגבלה על זכות זו היא הגבלה הנובעת מהסיכון הביטחוני הממשי הנובע מאותו אדם, וההליך המתאים להגביל זכות זו היה הוצאת צו תיחום מגורים או אמצעי אחר הקבוע בחוק. ודאי שאין לכנות אדם פלסטיני, תושב עזה במקור, שמימש זכות יסוד זו ועבר להתגורר בגדה, כ"שוהה בלתי חוקי בגדה המערבית", החשוף לגירוש או להתעמרות, ולשלול את זכויותיו כבן אנוש.

סעיף 90 לצו בדבר הוראות ביטחון

40. המשיבים מציינים את סעיף 90 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378) התש"ל-1970, כמקור חוקי לגירוש פלסטינים, שמענם הרשום עזה, המתגוררים בגדה המערבית (סעיף 11 להודעה).

41. כבר ראינו שבעניין התנועה בין הגדה והרצועה נקבעו הוראות מיוחדות שאינן עולות בקנה אחד עם עמדת המשיבים. בכל מקרה, העותרים השתקעו בגדה המערבית, ובסיפא של סעיף 90 נקבע באופן חד משמעי כי "סעיף קטן זה לא יחול על תושב קבע בשטח הסגור".

42. כך או כך, העובדה שהשטחים הוכרזו כשטחים סגורים נועדה ליצור מעטפת חיצונית, ודאי שלא לנתק בין שני החלקים האינטגרליים של השטח. כפי שהמשיבים עצמם מציינים, הקו המנחה בהסדרי הביטחון הקיימים היום הוא שמירת השליטה בידי ישראל במה שנוגע למעטפת של האזורים ולנקודות המעבר – אולם לא במה שנוגע להתנהלות הפנימית שלהם.

ההשלכות הביטחוניות

43. המשיבים מנסים להפחיד ולטעון כי אם לא תתקבל עמדתם, לפיה כל בקשה לשינוי מקום המגורים צריכה את אישורם המוקדם, ייווצר מצב בו יש "מעבר חופשי מכל מגבלה" בין עזה לגדה (סעיף 38 להודעה), ובאמצעותו יוכלו כל תושבי עזה לשנות, ללא היתר, את מקום מגוריהם וכי יש לכך "משמעויות מדיניות וביטחוניות מרחיקות לכת". עוד טוענים המשיבים כי מהגדה המערבית קל יותר להסתנן לישראל, כהצדקה למדיניותם (סעיף 41 להודעה).

44. טענות אלו אינן אלא איומי סרק. מי שהם מבוקשים בידי ישראל, ממילא לא יעברו למקום בו הם צפויים למעצר. אם יעשו כן, המשיב מוסמך לעוצרם, לתחם את מקום מגוריהם וכיו"ב. נכון להיום, השליטה של ישראל בגדה המערבית גבוהה, בעוד שהפינוי מעזה פתח פתח להסתננות משם לתחום ישראל דרך מצרים. המציאות עצמה הפריכה את החזון האפוקליפטי של המשיב בדבר נהירה המונית מהרצועה לגדה – נהירה כזו לא הייתה בתקופה הממושכת בה פעל המעבר הבטוח. החשש ההיפותטי מנהירה המונית אינו מצדיק הגבלת תנועה, ממש כשם שלא מוצדק לחייב את תושבי שדרות להצטייד בהיתר מוקדם מהממשלה על מנת לשנות מקום מגורים בטענה שהתרוקנות שדרות מתושביה היא בעלת משמעות מדינית וביטחונית מרחיקת לכת. **במיוחד לא ברור כיצד מתיישבת טענה זו עם החידוש הצפוי של הסדר המעבר הבטוח.**

45. מקל וחומר, ששיקולים מעין אלו אינם יכולים לעמוד כשמדובר לא בבקשה לעבור מהרצועה לגדה, אלא בבקשתו של אדם לחזור לבית שכבר הקים שם.

פסקי הדין בעניין שחרור עצירים שהציגו המשיבים אינם רלוונטיים

46. המשיבים מציינים שורה של פסקי דין שבהם אישר בית המשפט הנכבד לשחרר עציר או כלוא, שסיים את תקופת ריצוי המעצר או המאסר, בעזה ולא בגדה, על פי בקשתו. מעיון מדוקדק

בפסקי הדין הללו עולה כי עניינם אינו דומה לענייננו, שכן באותם פסקי דין דובר על עצירים אשר התגוררו עובר למעצרים בעזה: בבג"צ 10735/03 (סעיף 30 לתגובה), קבע בית המשפט הנכבד כי "מהחומר שלפנינו עולה כי מקום מגוריו הוא בעזה"; בבג"צ 7387/03 (סעיף 31 לתגובה) מציין בית המשפט כי: "נראה על פניו כי העותר התגורר לפני מאסרו באזור חבל עזה ולא ביהודה ושומרון, כפי שטען. לעותר הונפק כרטיס מגנטי... בעזה... וילדיו של העותר... נולדו בעזה"; בבג"צ 7880/03 (סעיף 31 לתגובה) שוב לא השתכנע בית המשפט בטענות על שינוי מקום המגורים עובר למעצר ופסק כי: "רשמנו לפנינו את הודעת באת כוח המדינה שאם ימצא העותר פרטים נוספים לאישוש טענותיו יחזרו הגורמים המטפלים בכך וישקלו את טענותיו..."; בבג"צ 10945/03 (סעיף 31 לתגובה) שוב דובר על תושב המתגורר בעזה ולא על מי שעובר למעצרו התגורר בגדה המערבית. כך או כך, עניינן של פרשות אלו במקום השחרור של עצירים, וממילא אין בהן ממש כדי לחזק את טענות המשיבים.

47. אדרבא, פסקי דין אחרים תומכים דווקא בטענות העותרים. כך, למשל, בבג"צ 9586/03, המוזכר לעיל (פרשת סואלמה), נדון עניינם של 12 פלסטינים צעירים שהמשיבים החליטו להוציא נגדם צו תיחום מגורים לרצועת עזה מייד בתום תקופת מעצרים. צווי התיחום נסמכו על החומר המודיעיני הפרטני לכל אחד ואחד מהעצירים המשוחררים (ובהתאם גם תקופות התיחום השונות) ונבחנו היטב על ידי בית המשפט, באופן פרטני, לגבי כל אחד ואחד מהם.

בג"צ 9586/03 ואח' סואלמה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח', פ"ד נח(2) 342.

סיכום

48. בהודעת המשיבים לא ניתן למצוא כל סמכות חוקית או הצדקה אשר התירו או עודן מתירות למנוע מהעותרים, ללא צו כלשהו המבוסס בחוק, לשוב לבית, לעיר ולמקום העבודה שאולצו לנטוש מאחוריהם. העותרים הם תושבים פלסטינים. הם עברו לגדה כדין, ואף עדכנו כדין את מענם במרשם התושבים.

49. לאור הפסיקה האחרונה בבג"צ תוף עזה, והפסיקה בבג"צ עג'ורל, אין ספק כי הרצועה והגדה המערבית הן שטח טריטוריאלי אחד, אשר שוררת בו לכל תושב פלסטיני זכות יסודית לשנות את מקום מגוריו כרצונו, כחלק מהאוטונומיה שלו וכבודו כאדם. כמו כן, לאחר פסקי דין אלו, מוכרת העובדה כי פגיעה בזכות זו עולה כדי פגיעה בכבודו כאדם, בחירותו, באוטונומיה שלו ובזכויות האדם שלו, ועל כן דרוש מקור חוקי, העומד בתנאי פיקסות ההגבלה, על מנת שניתן יהיה לנקוט בצעד שהמשיבים נקטו נגד העותרים.

50. לאור האמור בעתירה ובתשובה זו, יש להוציא צו על תנאי כמבוקש. למשיבים הייתה סמכות להגביל את מקום המגורים של העותרים רק באמצעות צו תיחום מגורים, וכיוון שלא עשו זאת, מחובתם להחזירם באופן מיידי לגדה המערבית.