

בעניין:

_____ ורד ואח'

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

עיקרי טיעון מטעם העותרים

העותרים מתכבדים להגיש את עיקרי הטיעון מטעמם.

מבוא

האם ניתן להרחיק מהגדה המערבית לרצועת עזה תושב שטחים ללא הליך מינהלי וללא צו, רק בשל העובדה שהוא רשום במרשם כתושב רצועת עזה?

נושא הרחקתם של תושבי שטחים פלסטינים מהגדה המערבית לרצועת עזה שוב עומד להכרעת בית המשפט הנכבד, ארבע שנים בלבד לאחר שנפסקה ההלכה בבג"ץ 7015/02 עגורני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית על ידי בית המשפט הנכבד, בהרכב מורחב של תשעה שופטים, בראשות הנשיא.

השאלה שעל בית המשפט להכריע בה היא משפטית. **בית המשפט מתבקש, בשלב הראשון, לקבוע האם פעלו המשיבים במסגרת הדין, האם פעולת ההרחקה בסמכות נעשתה או בחוסר סמכות, ועל כן יש להכריז על בטלותה.**

את האיזון הפרטני בעניינו של העותר יש לעשות רק בשלב השני. אם העותר אכן מהווה סיכון, כפי שטוענים המשיבים, יתבקש בית המשפט להורות על העברתו, אם ירצה בכך המשיב, להליך המינהלי הראוי – הוצאת צו מתאים, על כל הערובות החשובות הקבועות לצדו, על פי פסיקת בית המשפט הנכבד בעניין עגורני. בהליך מינהלי זה ניתן יהיה לדון באיזון הפרטני בעניינו של העותר. אם לא ירצה המשיב להוציא צו לעותר – יתבקש בית המשפט להורות על החזרתו המיידית לגדה המערבית.

לעמדת העותרים, פסק הדין בפרשת עגורני מהווה מעשה בית דין לגבי רוב הטענות המשפטיות המרכזיות שמעלים המשיבים. למעשה, מבקשים המשיבים לבטל או, למצער, לצמצם מאוד את

הקביעות החשובות שהושגו בפרשת עג'ורי בהרכב מורחב. על כן, ייתכן ויש לשקול להרחיב את ההרכב.

להכרעה בעתירה זו השלכה על תיקים נוספים, הממתינים, על פי החלטת בית המשפט או הסכמות בין הצדדים, למוצא פיו של בית המשפט. אין מנוס, שכן הקביעות הנורמטיביות המתחייבות לצורך הכרעה בתיק שלפנינו ישפיעו כנראה על מספר מאות של משפחות, שבהן מי מבני המשפחה מתגורר בגדה המערבית בלי שמענו עודכן בהתאם. על קבוצה זו, שאינה גדולה במיוחד מבחינה מספרית, נכתבה סדרה של כתבות בעיתון "הארץ" בשם "שוהים בלתי חוקיים במולדתם".

העתק סדרת הכתבות מצורף ומסומן **ע/23**.

עם זאת, נבקש להדגיש כי העתירה אינה תוקפת את המצב הנורמטיבי היום, אם חל בו שינוי כלשהו, או את המצב הנורמטיבי בעתיד. העתירה תוקפת את חוקיות הרחקת העותר בהתאם למצב הנורמטיבי שחל בזמן שנעשתה פעולת הגירוש.

את עיקרי הטיעון נחלק לראשי הפרקים הבאים:

בחלק הראשון נסקור את העובדות בתיק, תוך צמצום ככל הניתן של המחלוקות העובדתיות.

בחלק השני נדון בדינים הרלוונטיים.

בחלק השלישי נדון בזכויות האדם הנפגעות.

בחלק הרביעי נטען שהרחקת העותר מפירה את הוראות בית המשפט הנכבד בפרשת עג'ורי.

בחלק החמישי נדון בטענות המשפטיות של המשיבים.

בחלק השישי נדון בשיקולים הביטחוניים של המשיבים.

חלק ראשון – העובדות והמחלוקות

א. העובדות בנוגע לעותר ולמשפחתו ומעבר המשפחה מעזה לג'נין

1. העותר הוא פלסטיני, בן למשפחה של פלסטינים, כיום בן 21.
2. העותר הגיע לשטחים עם משפחתו בקיץ 1994, עת היה בן תשע שנים בלבד (ע/1). אביו של העותר קיבל אישור להיכנס לשטחים, לאחר הקמת הרשות הפלסטינית, על מנת שיוכל לשרת בה כשוטר. תחילה נשלחה המשפחה לרצועת עזה ועם הגעתם נרשמו בני המשפחה כתושבים במרשם האוכלוסין, המרשם האחד והיחיד החל עם רצועת עזה והגדה המערבית. בסעיף המען נרשמה כתובתם ברצועה.
3. בחורף 1995, לאחר כשנה וחצי בלבד שבה התגוררה המשפחה ברצועה, הוצב אביו של העותר בתפקיד חדש באזור ג'נין. עקב כך, עברה המשפחה לג'נין והשתקעה בה. העותר היה אז בן 11 שנים בלבד.
4. מעבר המשפחה בין רצועת עזה לגדה המערבית נעשה באמצעות היתר כניסה לישראל, שנתנו להם המשיבים. ההגבלה היחידה שרשומה על גבי ההיתר עניינה משך השהות בישראל (ע/18). כפי שנמסר למוקד להגנת הפרט ע"י גורם בכיר לשעבר במערכת הביטחון, רבים מהשוטרים והפקידים שהגיעו לשטחים באותה תקופה עם הרשות הפלסטינית נכנסו דרך מעבר רפיח, ונרשמו בכתובת עזתית גם אם הוצבו לאחר זמן קצר בגדה המערבית.
5. לאחר שהשתקעו בג'נין, המען של מרבית בני המשפחה לא עודכן בהתאם למקום מגוריהם החדש. המען מהווה ראיה לכאורה למקום המגורים, אך העותרים סיפקו מסמכים רבים הסותרים את הרישום במרשם, ועל כן אין מחלוקת כי העותר התגורר ברציפות עם משפחתו בג'נין מגיל 11 עד למעצרו וגירושו (ע/2-4, ע/15-17).
6. למשיב היה ידוע כי בני המשפחה השתקעו בגדה. לפי הרישומים שבידו, חרף הטענה שמועלית על ידו היום, כביכול הימצאותם בגדה היא בלתי חוקית, מעולם לא פעל להרחקתם ומעולם לא דרש מהם לעזוב את הגדה המערבית. העותרים אף המציאו מסמכים המעידים כי גורמי הביטחון היו ערים ומודעים היטב לעובדת מגורי המשפחה בג'נין, במיוחד לאחר מות אחותו של העותר בבית הספר לבנות בעיר ג'נין בשנת 2001. ישנה אף התכתבות מאז בעניין משפחת העותר (ע/16).
7. ישנה מחלוקת האם הוגשה על ידי אביו של העותר בקשה לשינוי המען במרשם באמצעות הרשות הפלסטינית ומה משמעותה של בקשה זו. אין מחלוקת כי לעותר לא הייתה אפשרות לעדכן בעצמו את המען במרשם, כי בעת שהוקפא סופית הטיפול בהודעות על שינוי מען, עם תחילת האינתיפאדה, היה העותר נער בן 15.

8. לסיום נשוב ונדגיש, כי הטענה בדבר היות העותר שוהה בלתי חוקי בגדה המערבית, העוברת כחוט השני בכל המסמכים שהגיש המשיב, אינה טענה עובדתית אלא משפטית. הצגת חוקיות או אי חוקיות השהייה כעניין עובדתי לוקה בכשל של הנחת המבוקש.

ב. העובדות בנוגע למעצר העותר וגירושו לרצועה

9. ביום 1.6.04 נעצר העותר במחסום חווארה שבגדה המערבית. נגד העותר הוצא צו מעצר מינהלי. על גבי הצו נכתב כי הוא **תושב ג'נין** (ע/5).

10. העותר שוחרר יחד עם עוד כ-400 אסירים ועצירים ביום 21.2.05, במסגרת **מחוות הומניטאריות** לראש הרשות הפלסטינית.

11. בתגובתו לבקשה לצו פרטים נוספים, מיום 25.6.06, **הודה המשיב כי העותר שוחרר ברצועת עזה רק בשל מענו הרשום, ולא מטעמי ביטחון**:

העותר רשום כתושב רצועת עזה, ובשל טעם זה בלבד שוחרר שם (פיסקה 12 לתשובת המשיב לבקשה לצו לפרטים נוספים מיום 25.6.06)

12. לא הוצא לעותר צו כלשהו ולא נערך לו הליך מינהלי כלשהו עובר להחלטה לשחררו ברצועת עזה. מספר ימים עובר לשחררו, נמסר לעותר שישוחרר בגדה המערבית. ברגע האחרון נמסר לו שישוחרר ברצועת עזה.

ג. הגשת העתירה וההליכים בתיק

13. לאחר הגעתו לרצועה החל העותר לפעול על מנת לשוב לביתו ולמשפחתו בג'נין אך מכתביו לא נענו עד להגשת העתירה ביום 10.4.05.

14. בתגובה המקדמית של המשיב, מיום 10.7.05, נטען לראשונה כי ההתנגדות להחזרתו של העותר היא כתוצאה ממניעה ביטחונית. עוד נטען כי לעותר לא ניתן היתר להשתקע בגדה ועל כן לא היה צורך בעילה ביטחונית או בהליך מינהלי של תיחום מגורים כדי להרחיקו לרצועה עם שחררו.

15. ביום 28.9.06 נערך דיון בעתירה. בית המשפט הנכבד (השופטות ביניש, פרוקצ'יה והשופט גיזבראן) דן בטענות העותרים והחליט להוציא צו על תנאי בעתירה. ההחלטה להוציא צו על תנאי התקבלה על בסיס טענות העותרים במישור הסמכות, שכן החומר החסוי הפרטני כלל לא הוצג. בדיון הציעו השופטים לב"כ המשיבים ליתר את העתירה.

16. בעתירות אחרות, שהוגשו על ידי המוקד בעניינם של מורחקים אחרים, העדיפו המשיבים להימנע מביקורת שיפוטית והסכימו לחזרתם המיידית לגדה של אנשים שהורחקו לרצועת עזה בשל מענם הרשום בלבד (בג"ץ 5504/03, בג"ץ 3555/05 ובג"ץ 4465/05). עותרים אלו מתגוררים היום בגדה והם מחזיקים בידם מכתב רשמי הקובע כי יוכלו לקבל את כל

השירותים מרשויות הצבא בגדה המערבית. מעברם לגדה המערבית נעשה באמצעות היתר כניסה לישראל, שתוקפו ליום אחד: יום המעבר. המען הרשום שלהם עודו ברצועת עזה. המשיבים לא ראו בעיה כלשהי בשהייתם של אותם עותרים בגדה המערבית, לאחר שהוצא להם היתר כניסה לישראל, שתוקפו פג מזמן.

17. בעתירה הנוכחית החליטו המשיבים לעמוד על העתירה. ביום 12.3.06 הוגש תצהיר התשובה של המשיבים, אשר החליטו להמשיך ולהחזיק את העותר ברצועה ללא צו כלשהו.

18. העותר שוהה ברצועה בעל כורחו כבר שנה וחצי. אם היה נעשה הדבר בהליך מינהלי תקין, היה העותר יכול להיאבק בהרחקתו מול ועדה מטעם המשיב, לפחות אחת לחצי שנה. המשיב היה מחויב לדאוג לכלכלתו ולכלכלת משפחתו (לפי סעיף 39 לאמנת ג'נבה הרביעית). ייתכן שהיה מוחלט, לפי שעה, להאריך את הצו, אך עדיין היה מצבו של העותר טוב בהרבה מהגלות הנצחית מביתו ומשפחתו שמרחת כעת כחרב על צווארו.

החלק השני – הדינים הרלוונטיים

19. המשפט הבינלאומי התפתח בשנים האחרונות בצורה משמעותית, כאשר הפרשן העליון של הדין הבינלאומי הוא בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ), היושב בהאג:

חוות דעת של בית הדין הבינלאומי מהווה פרשנות של המשפט הבינלאומי, הנעשית על ידי הגורם השיפוטי העליון במשפט הבינלאומי... יש ליתן לפירוש שנותן בית הדין למשפט הבינלאומי, את מלוא המשקל הראוי (בג"ץ 7957/04 מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל, פס"ד מיום 15.9.05, פסקה 56, להלן – פרשת אלפי מנשה).

20. על פי המשפט הבינלאומי, סמכויותיהם וחובותיהם של ישראל והמפקדים הצבאיים שפועלים מטעמה שאובות משני מקורות עיקריים – המשפט ההומניטארי הבינלאומי, לרבות דיני המלחמה ודיני הכיבוש (תפיסה לוחמתית), ומשפט זכויות האדם הבינלאומי.

א. תחולת הדין הבינלאומי ההומניטארי

21. התקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907 (להלן - תקנות האג), הן המקור המרכזי לחוק החל בעת קונפליקטים צבאיים וכיבוש, דוגמת הסכסוך בגדה המערבית וברצועת עזה. תקנות אלה משקפות, על כן אין חולק, משפט בינלאומי מנהגי. התקנות חלות לא רק באזור הנתון לכיבוש צבאי אלא בכל מקום בו יש קונפליקט צבאי, לרבות רצועת עזה והגדה המערבית. לפי אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה 1949 (להלן - אמנת ג'נבה הרביעית או אמנת ג'נבה), נהנים אזרחים במצב של סכסוך ממעמד של מוגנים.

22. דיני התפיסה הלוחמתית הנם מקרה ספציפי של חוקי הלחימה. עיגונם העיקרי של דינים אלו בתקנות 42-56 לתקנות האג ובאמנת ג'נבה הרביעית. דיני התפיסה הלוחמתית, לרבות הכללים שנקבעו באמנת ג'נבה הם, בהתאם לבית הדין הבינלאומי, משפט מנהגי. בישראל קיים ויכוח משפטי באשר לתחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית, אולם הלכה למעשה חלות הוראות האמנה על פעילות הצבא בשטחים:

מודעים אנו לכך כי בחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג נקבע כי אמנת ג'נבה הרביעית חלה באזור יהודה והשומרון, ואין תחולתה מותנית בנכונותה של מדינת ישראל לקיים את הוראותיה (פרשת אלפי מנשה, פסקה 14).

ככל שיידרש בית המשפט לשאלת אופייה המנהגי של האמנה, נבקש להוסיף ולטעון על כך בהמשך.

23. הגדה המערבית היא שטח הנתון לתפיסה לוחמתית. לאחרונה טוענת המדינה כי שטח רצועת עזה הוא שטח "משוחרר" ושדיני הכיבוש אינם חלים עליו. טענה זו, עם כל הכבוד, היא טענה פשטנית ומנוגדת לפרשנות הרווחת בבית הדין הבינלאומי. כך או כך, בגדרה של עתירה זו אין כל מקום או צורך להיכנס לשאלות משפטיות בדבר מעמד רצועת עזה היום, שכן העתירה תוקפת אקט מינהלי שבוצע בפברואר 2005, בתקופה בה נכחו ברצועה גם כוחות קרקעיים קבועים וגם מתנחלים ישראלים, ואין חולק כי גירוש העותר נעשה בשטחים כבושים, ועל כן יש לבחון את חוקיות הגירוש בהתאם לדין ההומניטארי הבינלאומי.

ב. תחולת משפט זכויות האדם הבינלאומי

24. הגישה הרווחת במשפט הבינלאומי ובבית הדין הבינלאומי הינה, שאמנות זכויות האדם מחייבות את המדינות החברות בכל מקום בו הן מפעילות סמכות, בין בתוך המדינה ובין מחוצה לה, בין בשטח כבוש ובין בשטח שאינו כבוש. אופי האחריות נובע מסוג הסמכות.

25. בחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בעניין גדר ההפרדה נקבע, כי האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966, האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966 והאמנה בדבר זכויות הילד, 1989, חלות בשטחים הכבושים, בגדה המערבית וברצועת עזה:

111. In conclusion, the Court considers that the International Covenant on Civil and Political Rights is applicable in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory.

112. ... For the reasons explained in paragraph 106 above, the Court cannot accept Israel's view. It would also observe that the territories occupied by Israel have for over 37 years been subject to its territorial jurisdiction as the occupying Power. In the

exercise of the powers available to it on this basis, Israel is bound by the provisions of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Furthermore, it is under an obligation not to raise any obstacle to the exercise of such rights in those fields where competence has been transferred to Palestinian authorities.

113. As regards the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989, that instrument contains an Article 2 according to which "States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the... Convention to each child within their jurisdiction..." That Convention is therefore applicable within the Occupied Palestinian Territory.

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

26. בית הדין הבינלאומי קבע כי על המדינה לכבד את ההתחייבויות הבינלאומיות שלה לפי האמנות בכל פעם שהיא מפעילה את סמכויותיה גם מחוץ לשטח המדינה. על עמדה זו שב וחזר לאחרונה בית הדין הבינלאומי בפסק דינו בעניין קונגו נ' אוגנדה:

The Court first recalls that it had occasion to address the issues of the relationship between international humanitarian law and international human rights law and of the applicability of international human rights law instruments outside national territory in its Advisory Opinion of 9 July 2004 on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. In this Advisory Opinion the Court found 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 to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights. As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international

law.” (I.C.J. Reports 2004 ,p. 178, para. 106.) It thus concluded that both branches of international law, namely international human rights law and international humanitarian law, would have to be taken into consideration. The Court further concluded that international human rights instruments are applicable “in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory”, particularly in occupied territories .

ICJ CASE CONCERNING ARMED ACTIVITIES ON THE TERRITORY OF THE CONGO - DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO v. UGANDA, p. 69.

<http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ico/icoframe.htm>

27. בפרשת אלפי מנשה קיבל עליו בית המשפט הנכבד את הנורמות הבינלאומיות, כפי שפורשו על ידי בית הדין הבינלאומי לצדק:

בית המשפט העליון של ישראל ייתן את מלוא המשקל הראוי לנורמות של המשפט הבינלאומי, כפי שפותחו ופורשו על ידי בית הדין הבינלאומי בהאג בחוות דעתו (שם, פסקה 74).

בית המשפט הנכבד הכיר באמנות הבינלאומיות כמקור מחייב, במסגרת שיקול הדעת של המפקד הצבאי, והלכה למעשה – בחן בית המשפט הנכבד את מידתיות תוואי הגדר לאור הפגיעה בזכויות האדם, לרבות התייחסות מפורשת לזכות לחופש התנועה, המעוגנת בסעיף 12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (שם, פסקה 25). סעיף 12 לאמנה מעגן גם את הזכות לשנות את מקום המגורים, זכות שהפגיעה בה עומדת במרכזה של עתירה זו.

28. בית המשפט הנכבד אף מיישם בפועל את עמדת בית הדין הבינלאומי בפסיקותיו, כאשר הוא בוחן את הפגיעה בזכויות האדם של התושבים גם על פי משפט זכויות האדם הבינלאומי.

ר' למשל:

בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2003(1) 937, 942.

בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385, 397.

ג. תחולת המשפט המינהלי והחוקתי הישראלי

29. המקור השלישי המחייב את פעילות זרועות המדינה בשטח כבוש, או בעת שהיא מפעילה סמכויותיה מחוץ לשטח המדינה, או שתוצאות הפעלת הסמכות הן מחוץ לשטח המדינה, הוא הנורמות מהמשפט הציבורי הישראלי:

בצד ההוראות של המשפט הבינלאומי, חלים על פעולות המפקד הצבאי "עקרונותיו של המשפט המינהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור" ... על כן חלים על המפקד הצבאי כללי ההגיונות המהותית והדיונית (כגון מתן זכות שמיעה לפני הפקעה, תפיסה או פעולה שלטונית אחרת); החובה לנהוג בסבירות וכללי המידתיות... אכן, "כל חייל ישראלי נושא עימו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי והמינהגי, שעניינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי" (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואחרים נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח(5) 807, 828).

30. כאשר גורמים מטעם המדינה מפעילים סמכויות בין בשטח כבוש, או בשטח בו חל כיבוש חלקי ואף בשטח מחוץ למדינה, עליהם להפעיל סמכויות אלו בכפוף לעקרונות היסוד של המשפט הישראלי, לרבות עקרונות היסוד של חוקי היסוד ובראשם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

כללי המשפט המינהלי מחייבים את רשויות המדינה בכל פעולותיהן השלטוניות, הן כלפי ישראלים והן כלפי זרים. זהו הדין כאשר הרשות - לרבות מפקד צבאי של שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית - פועלת מחוץ לתחומי ישראל (בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70, 75).

31. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". בפרשת חוף עזה פסק בית המשפט הנכבד כי החוק חל לגבי המתנחלים והשאר בצריך עיון את השאלה האם הוא חל גם לגבי הפלסטינים. אם יידרש לכך בית המשפט, הרי שלעמדת העותרת חוק היסוד חל כל אימת שמדינת ישראל וגורמים הפועלים מטעמה מפעילים את סמכויותיהם באופן המשליך על זכויותיהם של פרטים, והדבר כבר עוגן בפסיקת בית המשפט בפרשת סייף, המוזכרת לעיל:

בהפעלת שיקול-דעתה הרשות רשאית, במקרים מסוימים, להתחשב בהיותו של האדם כלפיו הסמכות מופעלת זר, שאינו אזרח או תושב של המדינה. כך, למשל, חוק-יסוד: חופש העיסוק מקנה את חופש העיסוק רק לאזרחי המדינה או תושביה. עם זאת, במקרים אחרים שיקול זה אינו רלוואנטי או שהרלוואנטיות שלו מוגבלת. כך, מרבית הזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נתונות לכל אדם (שם, עמ' 75).

ד. תחולת המשפט הצבאי והסכמי הביניים המעוגנים בו

32. המשיבים קיבלו מתוקף מעמדם, ובהתאם למשפט הבינלאומי, סמכות לכונן מערכת תחיקתית משלימה, באמצעות מנשרים, צווים ופקודות, אשר משרתת את הממשל הצבאי. הוראות אלו כפופות לנורמות של המשפט הבינלאומי וכל פירוש שניתן להן שואף לקיים את התכליות של המשפט ההומניטארי הבינלאומי ושל משפט זכויות האדם הבינלאומי.

33. כך, למשל – הוראות מרשם אוכלוסין, אשר קובעות את ההסדרים בעניין עדכון מען, רלוונטיות לענייננו. על פי סעיף 13 לצו בדבר תעודות זהות ומרשם אוכלוסין (יהודה ושומרון) (מס' 297), התשכ"ט-1969, חובתו של תושב להודיע לרשות המוסמכת על שינוי המען היא חובה הקמה רק לאחר שינוי מקום המגורים, תוך 30 יום לאחר השינוי.

34. חקיקה פנימית חשובה מאוד בענייננו היא המנשרים שהוציאו המשיבים, המעגנים בחקיקה הפנימית את הסכמי הביניים משנת 1995 בין ישראל לאש"ף. על פי הסכמים אלו הוקמה הרשות הפלסטינית, המתפקדת כרשות מינהלית נוספת באזור. במנשרים אלו עוגנה בחקיקה פנימית האינטגרליות של השטחים, והעובדה כי הרצועה והגדה מהוות יחידה טריטוריאלית אחת. המנשרים חשובים גם כדי להבין את הסמכויות שהועברו לרשות הפלסטינית. סמכויות אלו הן חלק מהדין הצבאי הפנימי.

35. במנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה ושומרון) (מס' 7), התשנ"ו-1995, נקבע כי:

מפקד כוחות צה"ל באזור וראש המנהל האזרחי יעבירו לידי המועצה [הפלסטינית] ורשויותיה כוחות ותחומי אחריות המצויים בידיהם או בידי מי שהוסמכו על ידם או מונו מטעמם, לרבות כוחות חקיקה, שיפוט ומינהל, הכל כמפורט בהסכם הביניים ובכפוף להוראותיו (שם, סעיף 4).

הסכם הביניים כולל "כל הסכם או הסדר אחר הנובע מהסכם זה או הנעשה ליישומו" (סעיף הגדרות).

36. בית המשפט הנכבד פסק, לא אחת, כי הוראות ההסכם הן חלק מהדין הפנימי באזור:

בספטמבר 1995 נחתם בווינגטון הסכם ביניים בין מדינת ישראל לבין אש"ף שעניינו אזורי יהודה והשומרון ורצועת עזה. יישומו של הסכם הביניים חייב תיקוני חקיקה, אשר מצאו ביטויים בחוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1996. במקביל לחקיקה של הכנסת (משנת 1995), פרסמו המפקדים הצבאיים מנשרים הנוגעים ליישום הסכם הביניים. **הוראות ההסכם הפכו בכך לחלק מהמשפט הפנימי החל באזורים אלה** (ראו מנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון) (מס' 7), התשנ"ו-1995; מנשר בדבר יישום הסכם הביניים (אזור חבל עזה) (מס' 5), התשנ"ו-1995) (ראו י' זינגר, "הסכם-הביניים הישראלי-פלשתינאי בדבר הסדרי ממשל עצמי בגדה המערבית וברצועת עזה - כמה היבטים משפטיים", משפטים כז 605 (1997)). בעקבות הסדרים אלה יצאו כוחות צה"ל ממרכזי האוכלוסין באזור, תוך שנערכו בחירות ונמסרו סמכויות ניהול עצמי לרשות הפלסטינית בתחומים שונים (בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה פ"ד נט(2) 481, 521).

ר' גם בג"צ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2005(3) 3333, 3344; בג"צ 2717/96 עלי נ' שר הביטחון, פ"ד נ(2) 848, 855.

חלק שלישי – הפגיעה בזכויות העותר

א. הרחקת העותר לרצועה פוגעת בכבודו כאדם ובחירותו

37. העותר נמצא מאז היה ילד בן 11 בגדה המערבית, ברצועה התגורר בסך הכול שנה וחצי מחייו. משפחתו גרה בגדה המערבית, ביתו נמצא שם, חבריו, מכריו ואוהביו:

הוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו הכפויה למקום אחר פוגעת קשות בכבודו, בחירותו ובקניינו. ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי של אדם, של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים... מספר זכויות אדם בסיסיות נפגעות בשל עקירתו הלא רצונית של אדם מביתו והעברתו למקום אחר, גם אם העברה זו אינה כרוכה בחצייתו של גבול מדיני... (פרשת עג'ור, עמ' 365).

38. נקודת המוצא היא כי כבוד האדם כולל בחובו גם את היכולת של אדם להביא לידי ביטוי את האוטונומיה של הרצון החופשי שלו. ככל שמדובר בגרעין הקשה של האוטונומיה האישית, כמו, למשל, היכן ועם מי יתגורר האדם בארצו מולדתו, נדרשים שיקולים כבדי משקל כדי לאפשר את התערבות השלטונות בבחירה זו.

39. טול למשל את פינוי הישובים ברצועת עזה. אף שפירוק ההתנחלויות הבלתי חוקיות היה צעד המחויב על פי החוק הבינלאומי, ברור היה לכל, כי מבחינת האנשים שגרים שם וצריכים להתפנות מביתם, מדובר בפגיעה קשה ביותר ועל כן יש לפצותם. בית המשפט הנכבד, בהרכב מורחב של 11 שופטים, קבע כי הוצאת המתנחלים מביתם מהווה פגיעה בכבודם, וכדברי הרוב:

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 ומאוייו 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 שופט המיעוט, השופט לוי:

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),
פיסקה 31 לפסק דינו של השופט לוי).

40. החובה המוטלת על המשיבים לכבד את כבוד האדם אינה מתמצית בכיבוד כבודו של הישראלי. חוק יסוד: כבוד האדם, כשמו כן הוא, מתייחס לכבודו של כל אדם באשר הוא אדם. כל אימת שמפעילה ישראל סמכויותיה, מחובתה להפעילן באופן שלא יפגע בכבוד האדם, קל וחומר כאשר היא מפעילה, באמצעות כוחות הביטחון שלה, סמכויות כלפי תושבים מוגנים בשטחים תחת כיבושה ושליטתה.

41. החובה לכבד את כבוד האדם מוזכרת במפורש גם בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית:

מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם.

42. בית המשפט הנכבד הכיר בעבר בכך שכאשר מפקד צבאי מפעיל סמכויותיו כלפי פלסטינים תושבי השטחים, עליו לעשות זאת תוך כיבוד כבוד האדם. כך, למשל בפרשת סינף, בה נפסק כי:

בהפעלת שיקול-דעתה הרשות רשאית, במקרים מסוימים, להתחשב בהיותו של האדם כלפיו הסמכות מופעלת זר, שאינו אזרח או תושב של המדינה. כך, למשל, חוק-יסוד: חופש העיסוק מקנה את חופש העיסוק רק לאזרחי המדינה או תושביה. עם זאת, במקרים אחרים שיקול זה אינו רלוואנטי או שהרלוואנטיות שלו מוגבלת. כך, מרבית הזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נתונות לכל אדם (בג"ץ 5627/02 סינף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70, 75).

כך גם בפסקי דין נוספים, למשל בפרשת הגדר באיזור אלפי מנשה:

מהם השיקולים שעל המפקד הצבאי לשקול בקובעו את תוואי הגדר? השיקול הראשון בו מכיר המשפט הבינלאומי הוא השיקול הביטחוני-צבאי, מכוחו רשאי המפקד הצבאי לשקול שיקולים שעניינם ההגנה על ביטחון המדינה וביטחון הצבא. השיקול השני עניינו, במסגרת העתירה שלפנינו, טובתה של האוכלוסיה הערבית המקומית. על כבוד האדם של כל אחד מבני האוכלוסיה, לרבות המקומית, על המפקד הצבאי להגן. אכן, הכלל הבסיסי הינו כי כל אחד מבני האוכלוסיה המקומית זכאי להכרה:

"בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין... אין לפגוע בחייו או בכבודו כאדם, ועל כבודו כאדם יש להגן... חובתו של המפקד הצבאי על פי הכלל הבסיסי היא כפולה: ראשית, עליו להימנע מפעולות אשר פוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה'שליטתית'; שנית, עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא ייפגעו. זו חובתו ה'חיובית'" (בג"ץ

4764/04 רופאים לזכויות האדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, (394).

זכויות האדם של התושבים המקומיים כוללות את מגוון זכויות האדם (בג"צ 7957/04 זהראן יונס מחמד מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', תק-על 2005(3) 3333, 3346).

וראה גם: בג"צ 3680/05 ועד הישוב טנא נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2006(1) 1426, עמ' 1430.

43. נוסף עוד, כי החובה לכבד את כבוד האדם אינה נסוגה בתקופה של מתיחות ביטחונית או טרור. דווקא בעת מתיחות ביטחונית יש להקפיד הקפד היטב על כבודם של הבריות, פן ינוצל מצב המתיחות לפגיעה קשה בזכויותיהם, וכדברי הנשיא בפרשת עדאלה, בעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל:

אין אפשרות לקיים הבחנה חדה בין מעמד זכויות האדם בעת לחימה ומעמד בעת שלום. קו הגבול בין טרור לרגיעה הוא דק. כך בכל מקום. כך בוודאי בישראל. אין אפשרות לקיים אותו לאורך זמן. עלינו להתייחס לזכויות האדם ברצינות הן בעת לחימה והן בעת רגיעה. עלינו להשתחרר מהאמונה התמימה, כי עם חלוף הטרור ניתן להשיב את מחוגי השעון אחורה. אכן, אם נכשל בתפקידנו בימי מלחמה וטרור, לא נוכל למלא את תפקידנו כראוי בימי שלום ושלווה. מבחינה זו טעותה של הרשות השופטת בימי חירום קשה היא יותר מטעותן של הרשות המחוקקת והמבצעת בתקופת חירום. הסיבה לכך היא שהטעות של הרשות השופטת תלווה את הדמוקרטיה גם בחלוף איומי הטרור, ותישאר בפסיקתו של בית המשפט כאבן שואבת לפיתוחן של הלכות חדשות וקשות. לא כן טעותן של הרשויות האחרות. הן תמחקנה ולרוב איש לא יזכור זאת (בג"ץ 7052/03 ואח' עדאלה ואח' נ' שר הפנים ואח', פס"ד מיום 14.5.06, פסקה 21 לפסק דינו של הנשיא).

ב. הרחקת העותר לרצועה פוגעת בזכותו לחיי משפחה

44. הרחקת העותר הרחיקה אותו באחת מהוריו, אחיו ואחיותיו, וגזרה כליה על חיי המשפחה שלו. הפגיעה בחיי המשפחה היא פגיעה העולה כדי פגיעה בכבודו של העותר כאדם. עמד על כך הנשיא ברק בפרשת עדאלה:

הקשר המשפחתי, והגנה עליו ועל מרכיביו הגרעיניים (בני הזוג וילדיהם), מונח ביסוד המשפט הישראלי. למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם (שם, פסקה 25 לפסק דינו של הנשיא).

...

קשריו המשפחתיים של האדם הם במידה רבה טעם חיינו... (שם, פסקאות 30-34 לפסק דינו של הנשיא).

ההכרה בזכות לחיי משפחה כזכות מוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו התקבלה על ידי רוב השופטים והיא ההלכה הפסוקה.

45. הזכות לחיי משפחה היא זכות מוכרת ומוגנת במשפט הבינלאומי ההומניטרי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי. תקנה 46 לתקנות האג, המהווה דין בינ"ל מנהגי, קובעת:

יש לכבד את כבוד המשפחה והכוונתיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומנהגי הפולחן. אין להחרים רכוש פרטי.

ר' עוד: סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית; סעיף 10 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966; סעיפים 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966; סעיף 12 וסעיף 16(3) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948; סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם; בג"צ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 728, 787.

ג. הרחקת העותר לרצועה פוגעת בזכותו לחופש התנועה ולשינוי מקום המגורים

46. כמו הניסיון להפריד בין הזכות לחיי משפחה לבין הזכות לכבוד האדם, כך גם הניסיון להפריד בין חופש התנועה לבין כבוד האדם הוא מלאכותי. כמו החופש לחיות במסגרת תא משפחתי, כך גם החופש לנוע ולשנות את מקום המגורים, הוא מהיבטיו המרכזיים של כבוד האדם.

47. העותר שינה את מקום מגוריו בהיותו ילד יחד עם משפחתו. כתושבי השטחים זכאים בני המשפחה לשנות את מקום מגוריהם כראות עינם בתוך השטחים, לרבות בין רצועת עזה לגדה המערבית, המהוות יחידה טריטוריאלית אחת. זוהי זכותם המהותית והיסודית.

48. הרחקתו של העותר לעזה מהווה גם הגבלה קבועה על זכותו לנוע לגדה המערבית ולשנות את מקום מגוריו.

49. הזכות לחופש התנועה היא זכות אדם יסודית וחשובה, הנובעת מההכרה בכבוד האדם וחירותו. חופש התנועה הוא הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש יכולותיו וזכויותיו.

ההגנה החוקתית על חופש התנועה מגלמת את עוצמתה של הזכות לאוטונומיה של הרצון האישי, ומשתלבת בהכרה בכבוד האדם, המהווה מקור זכויותיו של הפרט לחירות הרוח והגוף... אף שזכותו של הפרט לחופש תנועה בתוך גבולות המדינה לא מצאה את ביטויה הסטטוטורי בחוק היסוד בשונה מחופש היציאה

והכניסה לישראל, היא מוכרת בהלכה הפסוקה כזכות חוקתית מכוח ההכרה הכללית בחירותו האישית של האדם, ובנגזר מכבודו כאדם... במדרג זכויות היסוד של האדם, לזכות התנועה של הפרט עוצמה חוקתית גבוהה עד מאד... היא ניצבת ברף העליון במדרג זכויות האדם בישראל... לחופש התנועה מעמד חוקתי הדומה בעוצמתו לחופש הביטוי (בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, פס"ד מיום 12.1.06, פסקה 10).

50. הזכות לחופש התנועה היא המנוע שמניע את מארג זכויותיו של האדם. המנוע שמאפשר לאדם לממש את האוטונומיה שלו, את בחירותיו. כאשר מגבילים את חופש התנועה נפגע אותו "מנוע" וכתוצאה מכך חלק מהאפשרויות והזכויות של אדם חדלות מלהתקיים. כבודו כאדם נפגע. מכאן החשיבות הרבה שמייחסים לזכות לחופש התנועה.

51. כאשר מגבילים אדם מלנוע דרך קבע לשטחים אינטגרליים נרחבים בתוך שטח המדינה או הישות בה הוא מתגורר, פוגעים בחייו החברתיים, פוגעים בחייו התרבותיים ובזכויות האדם שלו. פוגעים בחופש הבחירה שלו. אותו אדם מוגבל בשאלות המהותיות ביותר של חייו: היכן יתגורר, עם מי יחלוק את חייו, היכן ילמדו ילדיו, איפה יקבל טיפול רפואי, מי יהיו חבריו, היכן יעבוד, במה יעסוק והיכן יתפלל.

52. לא בכדי נחשבת הזכות לחופש התנועה זכות אדם, הנמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי:

חופש התנועה מוכר כזכות יסוד גם במשפט הבינלאומי. חופש התנועה הפנים-מדינתית מעוגן בשורה ארוכה של אמנות והכרזות בינלאומיות בדבר זכויות אדם... נראה כי הוא מעוגן גם במשפט הבינלאומי המנהגי (בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם ו-21 אח' נ' מדינת ישראל, פס"ד מיום 3.2.05, פסקה 15).

ר' גם בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האיזורי, תק-על (1)94, 1139, 1147.

53. הזכות לחופש התנועה מעוגנת גם בדין ההומניטארי הבינלאומי. אמנת ג'נבה הרביעית מקבעת את חופש התנועה כזכות יסוד של מוגנים, בין בשטח כבוש ובין אם באזור קונפליקט. סעיף 27 לאמנה קובע כי מוגנים יהיו זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך ארץ לכבודם.

54. חשוב לציין גם את סעיפים 41-43 (החלים בשטחה של מעצמה המעורבת בסכסוך) ו-78 (החל באזור כבוש). סעיפים אלו עוסקים בהגבלת חירות, על ידי מעצר או תיחום מקום המגורים. האמצעים הם דווקניים והשימוש בהם הוא דווקני. בא ללמדך, כי חופש התנועה של המוגנים בכל שאר הנסיבות היה חשוב מאוד למדינות החברות. רק במקום בו יש, ככלל, חובה לכבד את חופש התנועה, יש צורך לקבוע כללים מפורשים ודווקניים להגבלתו:

סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית מהווה הן מקור להגנה על זכותו של הנעבר והן מקור לאפשרות הפגיעה בזכות זו. דבר זה בא לידי ביטוי, בין השאר, בהוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית עצמה, הקובעת כי האמצעים הנקבעים על ידה

הם האמצעים שהמעצמה הכובשת (כלומר, המפקד הצבאי) רשאית "לכל היותר" (at most) לבצע (פרשת עג'ורי, עמ' 367).

55. משפט זכויות האדם הבינלאומי אף הוא מקור מחייב המעגן את חופש התנועה כזכות אדם בסיסית. כך קובע סעיף 12(א) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, אשר ישראל חתמה עליה ואשררה אותה:

אדם הנמצא כחוק בתוך שטחה של מדינה זכותו, בתוך שטח זה, לנוע ולבחור את מקום מגוריו באורח חופשי.

סעיף 12 הנ"ל הוא מקור מחייב. כמקור לפרשנות ר' גם סעיף 13 להכרזה האוניברסאלית על זכויות האדם וסעיף 2 לפרוטוקול הרביעי מ-1963 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם.

56. חמורה במיוחד ההגבלה על חופש התנועה, כאשר מבקש אדם לשוב ולהיכנס לשטח ביתו הפרטי, קניינו ואדמתו, כפי שמבקש העותר, אשר מבקש לשוב לבית משפחתו:

בפסק הדין שניתן בבג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) ציינו כי חופש התנועה הוא מזכויותיו הבסיסיות ביותר של האדם. עמדנו על כך שבשיטתנו המשפטית הוכר חופש התנועה הן כזכות יסוד העומדת על רגליה, הן כזכות הנגזרת מהזכות לחירות, ויש אף הגורסים כי מדובר בזכות הנגזרת מכבוד האדם (ראו פסקה 15 לפסק הדין והאסמכתאות הנזכרות שם). חופש התנועה מוכר גם כזכות יסוד במשפט הבינלאומי וזכות זו מעוגנת בשורה של אמנות בינלאומיות (שם, שם). חשוב להדגיש כי בענייננו, אין מדובר בתנועה של תושבים פלסטינים באזורים בלתי מסוימים ברחבי יהודה ושומרון, אלא בגישה של התושבים לאדמות השייכות להם. בנסיבות אלה, כאשר התנועה מתבצעת במרחב פרטי, יש ליתן משקל רב במיוחד לזכות לחופש תנועה ולצמצם למינימום את המגבלות המוטלות עליה. ברור, כי יש לבחון מגבלות המוטלות על חופש התנועה במרחב הציבורי באופן שונה ממגבלות המוטלות על חופש התנועה של אדם בתוך המתחם הקשור לביתו שלו ואין דינן של הראשונות כדינן של האחרונות (בג"ץ 9593/04 ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פס"ד מיום 26.6.06, פסקה 14 לפסק הדין).

חלק רביעי – הרחקת העותר לרצועה מפירה את פסיקת בית המשפט בהרכב מורחב בפרשת עג'ורי

57. הבסיס הנורמטיבי בנוגע להרחקת תושבים פלסטינים מהגדה המערבית לרצועת עזה נדון והוכרע בפרשת עג'ורי בהרכב מורחב של תשעה שופטים. באותה פרשה נדונו חוקיותם של צווי תיחום מגורים שהוציא המשיב על בסיס סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובע:

הייתה המעצמה הכובשת סבורה שיש צורך, מטעמי הכרח של בטחון, לנקוט אמצעי בטחון כלפי מוגנים, רשאית היא, לכל היותר, לייחד להם מקום מגורים או לעצרים. 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 ששה חודשים - לעיון מחודש 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.

58. באותה פרשה עלתה השאלה האם תיחום מגורים יכול להתבצע משטח הגדה המערבית לשטח הרצועה. המשיב טען כי הגדה המערבית ורצועת עזה הן יחידה טריטוריאלית אחת, מבחינה פוליטית, תרבותית ולאומית, ועל כן מדובר בהעברה באותו אזור, כפי שמתיר צו תיחום המגורים. הנה **ציטוט מתגובת המשיב** מיום 15.8.02 (ע/20):

לעניין הקשר ההדוק בין שני האזורים, מבחינה משפטית, יש לציין תחילה, כפי שציננה הוועדה השנייה בהחלטתה, כי:

"בפועל, החקיקה היוצאת בשני האזורים הינה בדרך כלל זהה, השיפוט בשני האזורים חוסה תחת קורת גג אחת, והמינהל, אף אם נפרד הוא, הרי שהפעילות בשני האזורים מתואמת – הן בתחום האזרחי והן בתחום הביטחוני".

כן נקבעו בחקיקה החלה באזורים קשרי גומלין הדוקים בין האזורים, כפי שמודגם למשל, מעיון בחקיקה שהובאה בסעי' 48 לעיל.

לכך יש להוסיף, כי בסעיף 11 ל"הסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה", אשר נחתם בווינגטון 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. העובדה כי ישראל בחרה לנהל את שני האזורים באמצעות אלופים שונים, הינה החלטה ארגונית, ולענייננו, אין לכך משמעות רבה...

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.

59. כאמור, בית המשפט הנכבד קיבל את עמדת המדינה וקבע כי :

מבחינה חברתית ופוליטית, נתפסים שני האזורים על ידי כל הנוגעים בדבר כיחידה טריטוריאליה אחת (שם, עמ' 369).

60. דבר לא נשתנה, מכל הבחינות הללו, בין יום מתן פסק דין עגיורי ועד יום הרחקתו של העותר לעזה. וכשם שדברים אלו היו נכונים לגבי הרחקתו של תושב נפת שכם לשטחים שבשליטתה הבלעדית של הרשות הפלסטינית בעזה בשנת 2002, כך הם נכונים לגבי הרחקת תושב נפת ג'נין לשם משנת 2005 (ולמעלה מן הנדרש – הם נכונים גם היום, לאחר שבמסגרת תוכנית ההתנתקות יצאו כוחות צה"ל הן מנפת ג'נין והן משארית הרצועה).

61. השאלה השנייה שעלתה היא, באילו נסיבות ובאילו תנאים מותר להעביר בכפייה תושבים פלסטינים המתגוררים בגדה המערבית לרצועת עזה. בצדק ציין הנשיא כי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, המהווה את מקור הסמכות לתיחום המגורים, הוא גם מקור הזכות :

אכן, סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית מהווה הן מקור להגנה על זכותו של הנעבר והן מקור לאפשרות הפגיעה בזכות זו (שם, עמ' 367).

62. בית המשפט הנכבד פירש את ההסדר של סעיף 78. הוא קבע, פה אחד, כי לאור הפגיעה הקשה בזכויותיו של האדם שמועבר בכפייה לרצועה, ההרחקה תבוצע רק במקרים בהם ישנם שיקולים ביטחוניים כבדי משקל, ובכפוף לקיומן של ערובות משמעותיות למזעור הפגיעה.

נפסק כי העברה כפויה של אדם למקום אחר באזור חייבת להיעשות באמצעות צו ספציפי וחתום. הדבר גם נובע מהחקיקה הצבאית. סעיף 86(א) לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון)(מס' 378), תשי"ל-1970, קובע :

מפקד צבאי רשאי להורות בצו שאדם יהיה נתון לפיקוח מיוחד.

על הלכה זו חזר בית המשפט הנכבד רק לפני ימים ספורים בעניין סגירת שטחים חקלאיים ללא צו וללא הליך מינהלי ראוי :

סגירת השטחים חייבת להיעשות על דרך של הוצאת צווים בכתב על ידי המפקד הצבאי ובהעדר קיומם של צווי סגירה אין למנוע מהתושבים הפלסטינים גישה לאדמותיהם. אין באמור כדי לפגוע בסמכות המפקד בשטח להורות בעל-פה על סגירה נקודתית של שטח כלשהו לתקופה קצרה ומוגבלת כאשר מתעוררות נסיבות בלתי צפויות אשר מהן נובע חשש לסכנה מיידיית לביטחון שאין ניתן להתמודד עימה באמצעים אחרים. ואולם, יש לעמוד על המשמר ולוודא שהסמכות להורות על סגירה נקודתית של תא שטח ללא צו

כדין, כתגובה להתפתחות של אירועים בלתי צפויים, תוגבל לזמן ולמקום בהם היא נדרשת באופן מיידי בלבד. כעיקרון, סגירת שטחים צריכה להיעשות באמצעות צו שהודעה עליו נמסרת למי שנפגע ממנו ואשר ניתנת לתושבים שאדמותיהם נסגרו בפניהם הזדמנות להשיג על תוקפו (פרשת ראש מועצת הכפר יאנון, פסקה 21 לפסק הדין).

נפסק כי העברה כפויה של אדם למקום אחר באזור היא **צעד מינהלי מניעתי**, אשר ניתן לנקוט בו רק כאשר נשקפת סכנה מעצם שהייתו של אותו אדם באזור:

תנאי הכרחי לכך שניתן יהא לתחם את מקום מגוריו של אדם על פי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית הינו, כי מאותו אדם עצמו נשקפת סכנה, וכי תיחום מקום המגורים יסייע בהסרתו של סיכון זה... אין לתחום מקום מגורים של מי שאינו תמים ופעל פעולות הפוגעות בביטחון, כאשר בנסיבות העניין שוב לא נשקפת ממנו כל סכנה (שם, עמ' 370).

נפסק כי **העברה כפויה של אדם למקום אחר באזור אינה יכולה לשמש כאמצעי הרתעתי בלבד**, כלפי חפים מפשע.

אין לתחום מקום מגורים של אדם תמים שממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה, אך משום שתיחום מקום מגוריו יביא להרתעתם של אחרים (שם, עמ' 370).

נפסק כי **תנאי לנקיטת האמצעי הוא קיומן של ראיות ברורות ומשכנעות לכך שאם לא יינקט, תיווצר סכנה ממשית לפגיעה בביטחון האזור**.

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 (שם, עמ' 372).

לפי החקיקה הצבאית, **ההחלטה תהיה נתונה לערעור בפני ועדת ערעורים**, אשר תקיים שימוע ותאפשר לאדם או לבא כוחו זכות טיעון. ועדת הערעורים תמונה על ידי נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים, והיא רשאית לבטל את הצו, לקצרו או לשנות את תנאיו.

ההחלטה צריכה להיות מובאת לדיון מחודש אחת לחצי שנה, ולצורך העיון מחדש, יש חובה לכנס את הוועדה ולדון בחומר מחדש, לרבות שימוע חדש וזכות טיעון.

לסיום נפסק, כי **מי שהורחק בכפייה לפי סעיף 78 לאמנה, יהיה זכאי לכך שמפקד האזור יכלכל אותו ואת משפחתו כל עוד הצו בתוקפו**, על מנת למזער את הפגיעה:

נוסיף, כי על פי הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, מי שייחדו להם מקום מגורים "ייהנו ממלוא היתרון של סעיף 39 לאמנה זאת" (shall enjoy the full

המשיב, במסגרת טיעונו בעל-פה, כי אם בנסיבות העניין שלפנינו מוטלות על המשיב חובות מכוחה של הוראת סעיף 39 לאמנה, הוא ימלא את חובותיו אלה (שם, עמ' 368).

63. המשיבים מודים כי העותר הורחק עם שחרורו לרצועת עזה אך ורק בשל מענו הרשום, ללא כל הליך מינהלי, וחרף פניות מיידיות שהופנו אליהם להפסקת הפגיעה הקשה בזכויותיו. על כן, מדובר בעקיפה בוטה של הוראות פסק הדין בעניין עג'ורי, התעלמות בוטה מפסק דין ברור שהוצא על ידי בית המשפט, בהרכב מורחב של תשעה שופטים.

64. ההפרה הבוטה של הדין, כפי שפורש בפרשת עג'ורי, היא אם כן פרוצדוראלית ומהותית כאחד. לא רק שהמשיבים ביטלו את כל הערובות שנקבעו על ידי בית המשפט לגבי סיטואציה של הרחקת תושב שטחים לעזה – ערובות שמטרתן הברורה היא למנוע שרירות לב ולמזער את הפגיעה בזכויות המורחק – אלא שגם עשו זאת משיקולים זרים, שאינם שיקולי ביטחון.

65. העובדה שלאחר שהוגשה העתירה טוען המשיב כי חזרתו של העותר לגדה תסכן את ביטחון האזור, לא משנה כלל ועיקר לצורך הקביעה כי הרחקתו של העותר הייתה פסולה ובלתי חוקית ועל כן בטלה. על כן יש להחזיר את העותר לגדה המערבית. כאמור, אם סבור המשיב באמת כי הדבר נדרש מטעמי ביטחון מוחלטים, יכול הוא לנקוט נגד העותר בשורה של צעדים חוקיים, בהליך מינהלי נכון, שיאפשר לעותר להתמודד עם ההאשמות נגדו. את הגלייתו הבלתי חוקית של העותר יתבקש בית המשפט הנכבד לפסול.

חלק חמישי – טענותיו המשפטיות של המשיב

66. אם נחלק את הטענות של המשיבים בכל המסמכים שהגישו עד כה, נוכל למצוא את הטענות המרכזיות הללו:

טענה ראשונה – העותר לא קיבל היתר מוקדם לשינוי מקום המגורים לגדה ועל כן השתקעותו בה היא בלתי חוקית.

טענה שנייה – בית המשפט אישר את החלטת המשיבים בפסקי דין קודמים.

טענה שלישית – התכלית של פרשת עג'ורי אינה חלה בענייננו.

טענה רביעית – ביטול הממשל הצבאי ברצועה משליך על ענייננו.

טענה חמישית – הסוגיה היא מדינית.

א. הטענה כי העותר שוהה שלא כדין בגדה

67. טוענים המשיבים כי פלסטיני תושב השטחים המבקש להיכנס לגדה המערבית ולהשתקע בה צריך להצטייד בהיתר מראש מהמשיבים. למעשה מדברים המשיבים על שלושה היתרים שונים: "היתר כניסה לישראל", "היתר כניסה ושהייה של תושבים מהרצועה בגדה המערבית" ולאחר מכן היתר להשתקעות קבע בגדה של פלסטינים מהרצועה – שנעשה למעשה על ידי הסכמה לשינוי המען הרשום במרשם.

68. טענה זו קשה מאוד היא מכמה בחינות: ראשית, היא מנוגדת באופן מובהק לתפיסה הבסיסית לפיה זכויות אדם ניתן לשלול בנסיבות מיוחדות אך אין לשלול על בסיס קבוע. חופש התנועה הוא מהחירויות הבסיסיות ביותר, לפי אמנת ג'נבה הרביעית מותר, מטעמי ביטחון מוחלטים, לעצור אדם במעצר מינהלי או לתחם את מקום מגוריו "לכל היותר" (סעיף 78 לאמנה). כלומר – גם לפי המשפט ההומניטרי הבינלאומי – אין ליצור מצב בו חופש התנועה בשטח הכבוש מותנה באופן קבוע בקבלת רישיון.

69. לעניין זה – אין שוני בין שינוי מקום המגורים בתוך הגדה המערבית לבין שינוי מקום המגורים מעזה לגדה המערבית, מלבד העובדה שמעבר זה, בנסיבות הקיימות, נעשה דרך ישראל, ולכך נדרש רישיון כניסה לישראל, כפי שאכן ניתן במקרה שלפנינו.

70. שנית, הטענה כי יש צורך להצטייד בהיתר לשינוי מקום המגורים קשה היא כי אינה נתמכת בהוראה חוקית כלשהי. שני מקורות מציגים המשיבים – צו סגירת השטח משנת 1967 (וסעיף 90 לצו בדבר הוראות ביטחון) ובהוראת שעה משנת 1988. בשני המקורות הללו אין דבר שיכול להצדיק את הרחקת העותר. לעומת זאת, המנשר שהוציא המפקד הצבאי בשנת 1995, אשר העותר ומשפחתו, כמו גם אלפים אחרים, הסתמכו עליו ופעלו על פיו, מוצג כעת על ידי המשיבים כעניין של מה בכך. מנשר זה מעגן, מעל לכל ספק, את זכותם של תושבים מהרצועה להשתקע בגדה המערבית.

צו סגירת שטח הגדה משנת 1967 וסעיף 90 לצו בדבר הוראות ביטחון

71. בתצהיר התשובה מסתמך המשיב על ההחלטה משנת 1967 להכריז על השטחים כשטח צבאי סגור.

72. סגירת שטח להגבלת חופש התנועה הפנימי היא אמצעי קיצוני, שנוקטים בו מטעמי ביטחון זמניים, ולא לצורך שלילת חופש התנועה של תושבים מוגנים בתוך השטחים דרך קבע. סגירת השטחים נועדה לצורך תיחום השטחים והפרדתם משטח מדינת ישראל ומהמדינות השכנות. תחום השטח הסגור הוא המעטפת החיצונית של האזורים, מעין תחליף לקו גבול. זרים שנכנסים לשטח הסגור נדרשים לקבל אישור. ישראלים שרוצים להיכנס לשטח הסגור חייבים לקבל אישור. אולם, ככל שמדובר על מעבר פלסטינים בשטחים, ביחידה הטריטוריאלית האחת – לא החוצה מהשטחים, ולא פנימה אל השטחים, אלא מעבר בתוך השטחים האינטגרליים – לא ניתן לראות בהכרזה על שטח סגור מכשול למימוש חופש התנועה.

73. הכרזה על שטח צבאי סגור כמקור למניעת חופש התנועה הפנימי בתוך השטחים היא, גם על פי המשיב, צעד קיצוני וזמני, ולא בסיס לפגיעה קבועה וממושכת בחופש התנועה הפנימי:

המפקד הצבאי עמד על כך שסגירת השטחים בפני הפלסטינים תיעשה רק באזורים שבהם הדבר נדרש באופן הכרחי וכי אין כוונה לסגור תאי שטח מעבר למינימום הנדרש לצורך קיום הגנה אפקטיבית על התושבים הישראלים. כן ציין המפקד הצבאי, כי משך הזמן שבו ייסגרו השטחים בפני התושבים הפלסטינים יהיה קצר ככל הניתן וכי התקופות שבהן נמנעת הגישה יצומצמו. המפקד הצבאי הדגיש כי הוא מכיר בחשיבות זכותם של החקלאים הפלסטינים להגיע לאדמותיהם ולעבד אותן וכי הוצאת צווי הסגירה מעת לעת תיעשה תוך התחשבות בזכויות אלה ופגיעה מינימאלית בהן. כן הדגיש המפקד הצבאי את הכוונה להפעיל אמצעים נוספים על מנת להבטיח את ההגנה על זכויותיהם של הפלסטינים וכי באמצעות השילוב בין האמצעים השונים ניתן יהיה לצמצם למינימום את השימוש בצווי סגירה (פסק הדין בפרשת ראש מועצת הכפר יאנון, פסקה 20 לפסק הדין).

74. הפרקטיקה שנהגה מאז הוצאו ההכרזות על סגירת האזור מוכיחות בבירור כי לא הייתה בהוצאתן כל כוונה לפגוע ביכולתם של פלסטינים לעבור בין החלקים ולהשתקע בהם כרצונם. מאז ומעולם היו ההגבלות מוטלות על המעבר דרך ישראל, אולם משהגיע אדם לגדה המערבית, לא הייתה כל מניעה להישאר בה ולהשתקעות בה. גם פסקי הדין שמציג המשיב – כפי שנראה בהמשך – אינם נוגעים למעברם של פלסטינים תושבי השטחים לגדה המערבית.

75. המשיב מציין את סעיף 90 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378) התש"ל-1970, כמקור חוקי לגירוש פלסטינים, שמענם הרשום (או זה הרשום אצל המשיבים) בעזה, המתגוררים בגדה המערבית.

76. סעיף 90 מסדיר את עניין ההכרזה על שטחים בשטח הכבוש כשטח סגור ואכיפת החוק בשטחים אלו. סעיף 90(ד) קובע, כי הפרה של תנאי היתר או תנאי שהייה בשטח הסגור מהווים עילה להוצאתו של המפר אל מחוץ לשטח הסגור. הטענה המשפטית של העותרים היא, כי לא היו צריכים היתר כלשהו כדי לשנות את מקום מגוריהם בתוך השטחים האינטגרליים, ועל כן אין אפשרות להפרת היתר, שמלכתחילה לא נדרש. שנית, בסיפא של סעיף 90 נקבע, באופן חד משמעי, כי "סעיף קטן זה לא יחול על תושב קבע בשטח הסגור".

הוראת השעה משנת 1988

77. המשיבים הולכים לאחור עד שנת 1988 ו"שולפים" משם "הוראת שעה"¹, המתלה את ההיתר הכללי שניתן לתושבי הרצועה להיכנס לישראל. הוראת שעה זו, שחלה על תושבי שטח

¹ הוראה בדבר התליית היתר כניסה כללי (תושבי אזורים מוחזקים) (מס' 5) (הוראת שעה) (יהודה והשומרון), התשמ"ח-1988.

מוחזק, חלה, לטענת המשיבים, עד היום. גם אם נסמוך ידינו על הקביעה שרצועת עזה היא שטח מוחזק עד היום, הרי שממילא אין בהוראת שעה זו כדי לתמוך בתזה המשפטית של המשיבים. הוראת השעה קובעת, כי ההיתר הכללי לכניסתם של תושבי רצועת עזה לגדה המערבית, משנת 1972², יוחלף בהיתרים אישיים (באותן שנים כל ההיתרים הכלליים הוחלפו בהיתרים אישיים). בהוראת השעה לא כתוב מהו אותו היתר כניסה ושהייה אישי, על כן יש לבדוק זאת בצו המקורי מ-1972. בצו המקורי, כך מסתבר, ההיתר הנדרש הוא רישיון יציאה מהרצועה, כלומר – יציאה מהרצועה לישראל.

78. הנה כי כן, גם הוראת השעה אין בה לתמוך בטענות המשיבים, שכן העותר נכנס לגדה ברישיון יציאה מהרצועה כדין. תנאי רישיון זה לא כללו כל הגבלה על שהייתו בגדה המערבית, אלא רק על שהייתו בישראל. לא העותר, שהיה אז ילד, ועבר מעזה לגדה כנלווה לאמו, ולא בני משפחתו, הפרו את תנאי ההיתר.

79. למען הסר ספק, נדגיש כי מעולם לא הוציא המשיב "היתר שהייה בגדה המערבית" למי שהוא תושב השטחים. מסמך מסוג זה מעולם לא נברא. תושבי השטחים שביקשו להגיע מחלק אחד של השטחים למשנהו עשו זאת באמצעות "היתר כניסה לישראל", וההגבלה הייתה אך ורק על שהייה בישראל. חזרתם לשטח האחר נעשתה באמצעות היתר כניסה חדש לישראל, או באמצעות אותו היתר, אם מדובר היה בהיתר שתוקפו יותר מיום אחד. היו מי שעשו שימוש בהיתרים אלו לצורך כניסה זמנית לחלק האחר של השטחים, והיו שהעבירו את מקום מגוריהם מחלק אחד למשנהו.

80. עוד נציין, כי כשביקש המשיב למנוע התיישבות קבע באזור ללא היתר, ציין זאת בצורה מפורשת. כך, למשל, בקשר לתושבים ישראלים נקבע, כי "אין להעתיק את מקום המגורים לאזור באופן קבוע או ארעי אלא על פי תעודת היתר אישית שניתנה על ידי מפקד צבאי"³. גם הוראה זו עומדת לכאורה בתוקף עד היום. על פי הוראה זו, לכאורה, ישנם עשרות אלפי מתנחלים שהשתקעו בגדה בניגוד לדין והם שוהים בלתי חוקיים, שיש להרחיקם לישראל.

81. עוד נוסף כי המשיבים מציינים בתצהיר התשובה, כי כל אימת שהוטל סגר על השטחים הותלו ההיתרים, ותושבי עזה ששהו באותו רגע בגדה המערבית נדרשו לשוב לרצועה. העותרים עברו על כל הצווים שפורסמו בשנים האחרונות, אך ככל שחיפשו לא מצאו ולו הוראת סגר אחת שבה נדרשו תושבים פלסטינים מהרצועה לחדול משהייתם בגדה. הנוסח הסטנדרטי בכל הוראות ההתליה הוא: "על כל תושב האזור, הנמצא בישראל מכוח היתר יציאה אישי מהאזור לישראל, שהונפק לפני כניסתה לתוקף של הוראה זו, לשוב לאזור לאלטר". תושבים פלסטינים מהגדה המערבית, שנמצאו בזמן הסגר ברצועת עזה, לא נדרשו לחזור לאזור הגדה המערבית וכך גם תושבים פלסטינים מרצועת עזה, שנמצאו בזמן הסגר בגדה המערבית. אדרבא, איסור הכניסה לישראל גרם לאנשים כאלו, שרצו לשוב למקטע

² היתר כניסה כללי (תושבי אזורים מוחזרים) (מס' 5) (יהודה והשומרון), תשלב-1972.

³ היתר כניסה כללי (מס' 5) (תושבים ישראלים ותושבי חוץ) (יהודה והשומרון), תש"ל-1970.

האחר של השטחים, להישאר, בניגוד לרצונם, במקום ישיבתם לתקופות ארוכות ולא מתוכננות.

82. לסיכום הדיון באותה הוראת שעה משנת 1988 נוסף, כי הפרשנות לפיה הוראת שעה משנת 1988 מחייבת פלסטינים תושבי השטחים להצטייד בהיתר כניסה לגדה המערבית, שבו הגבלות על משך השהייה שלהם בגדה, היא פרשנות שאינה יכולה לעמוד בבחינה חוקתית ונוגדת לחלוטין את המשפט הבינלאומי, המכיר בחופש של תושבים מוגנים לנוע, ללא צורך ברישיון, בתוך השטחים הכבושים.

המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון) (מס' 7), התשנ"ו-1995

83. בנוסף על כך – הוראת השעה משנת 1988 אינה רלוונטית ונדמה שאבד עליה הכלח לאור השינויים המהותיים שחלו באזור משנת 1993, ובמיוחד לאור המנשרים שהחילו את הוראות הסכם הביניים בשנת 1995. לחלופין, מהווים מנשרים אלו "הוראה אחרת", המתלה את הוראת השעה משנת 1988.⁴

84. ביום 13.9.93 חתמו ישראל ואש"ף על מסמך הידוע בשם "הצהרת העקרונות". בסעיף 5 להצהרה זו הצהירה ישראל כי היא מכירה באינטגרליות של הגדה המערבית ורצועת עזה:

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.

הצהרה זו חזרה על עצמה גם בסעיף 23(6) להסכם עזה ויריחו, "הסכם קהיר" מיום 4.5.94 ובסעיף 11(1) להסכם הביניים שנחתם בבית הלבן ביום 28.9.95. **הסכם הביניים הוחל, כאמור, על השטחים במנשרים צבאיים והפך להיות חלק מן הדין הפנימי בשטחים.**

בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה פ"ד נט(2), 481, 521; בג"צ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2005(3), 3333, 3344; בג"צ 2717/96 עלי נ' שר הביטחון, פ"ד נ(2), 848, 855.

85. בסעיף 21(2) לנספח הראשון בהסכם הביניים, בנוגע לסידורי ביטחון, התחייבה ישראל להימנע מלהעמיד מכשולים לגבי התנועה בין שני החלקים:

In order to maintain the territorial integrity of the West Bank and the Gaza Strip as a single territorial unit, and to promote their economic growth and the demographic and geographical links between them, both sides shall implement the provisions of this

⁴ הוראת השעה "תעמוד בתוקפה עד למתן הוראה אחרת על ידי", סעיף 4 להוראת השעה.

Annex, while respecting and preserving without obstacles, normal and smooth movement of people, vehicles and goods within the West Bank and between the West Bank and the Gaza Strip.

86. בסעיף 10 באותו נספח נקבעו כללים של **הסדר המעבר הבטוח**. הסדר זה נועד להסדיר את התנועה של פלסטינים בין שני החלקים ולהתגבר על החשש של ישראל מכניסה בלתי מבוקרת לשטחה הריבוני. לאור זאת נקבעו הכללים הבאים:

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 האחר של השטחים בתוך זמן מוגבל.

השימוש במעבר הבטוח נעשה 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.

87. הגיונם של ההסדרים עולה מתוכם: מטרתם להבטיח חופש תנועה בין החלקים, ללא מעורבות ישראלית, 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 להיפך) לשוב בתוך זמן נתון. ההסדר אינו כולל מנגנון שיאפשר הגבלה כזו על משך השהייה.** ההסדר אינו כולל מגבלה בנוגע למטרת הנסיעה, ואינו מחייב את הנוסע להצהיר על מטרת נסיעתו.

88. ביום 5.10.99 נחתם **פרוטוקול המעבר הבטוח**, אשר יישם את הכללים שנקבעו בהסכם הביניים, ובמיוחד את פתיחת השאטלים, דבר שאיפשר את השימוש במעבר הבטוח גם למנועי כניסה לישראל. העקרונות המרכזיים שנקבעו בפרוטוקול הם:

מעבר אנשים בין עזה לגדה ייעשה בדרך הקצרה ביותר שבין מחסום ארז למחסום תרקומיא.

השימוש במעבר הבטוח אינו מקנה רישיון לשהות בישראל, שאינה נדרשת לצורך המעבר, אולם מי שיש לו אישור כניסה לישראל יוכל להשתמש בו ככרטיס מעבר בטוח.

ילדים מתחת לגיל 14 אינם זקוקים כלל לכרטיס מעבר בטוח.

כרטיס המעבר הבטוח תקף לשנה, וניתן להשתמש בו ככל שרוצים כדי לנוע בין החלקים.

כל מעבר יבוצע לאחר הנפקת ספח קונקרטי לאותה נסיעה, המגדיר את זמן הנסיעה ואת מסלולה. ספח זה יימסר בסיום המעבר לגורמי הביטחון על מנת שיהיה מעקב אחר העוברים.

זר הנמצא בגדה המערבית או ברצועה מכוח רישיון ביקור יוכל להשתמש במעבר הבטוח באמצעות הצגת רישיון הביקור ודרכון.

מנועי כניסה לישראל מחויבים לנסוע בשאטל המאובטח. שאטלים מאובטחים יצאו פעמיים בשבוע בשעות הבוקר.

אין הגבלה על משך השהות של אדם בחלק האחר.

העתק פרוטוקול המעבר הבטוח מצורף ומסומן ע/24.

89. המעבר הבטוח פעל במתכונתו המלאה בסופו של דבר שנה אחת בלבד. עם פרוץ האינתיפאדה השנייה הקפיאה ישראל באופן חלקי את המעבר הבטוח: חדלה הנפקת כרטיסי המעבר הבטוח והשאטלים המאובטחים בוטלו. התנועה חזרה להיות מבוססת על היתרי כניסה לישראל – במעמדם של אלו לא חל שינוי, דינם כדין כרטיס מעבר בטוח, והם מזכים את המחזיק בהם באפשרות לשהות בחלק האחר של השטחים ללא הגבלת זמן.

90. הנה כי כן, משעברו העותרים לגדה המערבית, הסתמכו על המנשר, ומשניתן להם היתר כניסה לישראל, לא הייתה כל סיבה לא לראות בו היתר המאפשר גם כניסה לגדה המערבית, השתקעות בה, שכן הדבר עולה בבירור מהחוק החדש משנת 1995 ויתר על כן, הוא אינו משנה את המצב ששרר באזור קודם לכן.

המען הרשום במרשם האוכלוסין

91. אחת הטענות המרכזיות של המשיבים היא לא רק שפלסטינים מרצועת עזה נדרשו לקבל היתר כניסה לישראל והיתר כניסה ושהייה בגדה המערבית, אלא שנדרשו גם לקבל היתר להשתקעות קבע בגדה, לשינוי מקום המגורים, וזאת על ידי הסכמה ישראלית לשינוי מענם הרשום במרשם.

92. טענה זו היא טענה מעניינת, שכן המשיבים משתמשים בעניין טכני לחלוטין כמקור למתן - או שלילת - זכויות מהותיות וכדרך לעקוף את הצורך להוציא צווים המבוססים על הכרח צבאי.

93. מרשם האוכלוסין, כשמו כן הוא, אינו אלא מרשם, שבו רשומים פרטים שונים של האוכלוסייה. אחד הפרטים המנויים במרשם הוא המען, כלומר – כתובת המגורים. נהוג כי כאשר אזרח משנה את מענו, כמו גם, למשל, את מצבו המשפחתי, יודיע על כך לרשות האחראית על המרשם לצורך עדכנו. בישראל מוטלת חובה להודיע רטרואקטיבית על כל שינוי שחל במרשם, והפרת חובה זו אינה מלווה, בפועל, בסנקציה כלשהי.

94. הרישום הוא לכל היותר ראייה לכאורה לנכונותו. אין הוא ראייה חלוטה. ניתן בקלות להוכיח כי מקום המגורים שונה מהמען הרשום. הרישום אינו יוצר מצב חדש, הוא משקף מצב קיים, וכדברי הנשיא:

חזקה על רשויות המדינה שהן פועלות על פי החוק. במסגרת זו הן חייבות להיות מודעות לאופי המוגבל של הרישום במרשם (בג"ץ 2901/97 נעמת נ' שר הפנים, תק-על 2002(1) 634, 643).

95. החוק בשטחים אינו שונה. על פי סעיף 13 לצו בדבר תעודות זהות ומרשם אוכלוסין (יהודה ושומרון) (מס' 297), התשכ"ט-1969, חובתו של תושב להודיע לרשות המוסמכת על שינוי המען היא חובה הקמה רק לאחר שינוי מקום המגורים, תוך 30 יום לאחר השינוי:

חל שינוי או תיקון באחד הפרטים המנויים בסעיף 11, חייב תושב שקיבל תעודת זהות להודיע על שינוי תוך 30 יום ללשכת מרשם האוכלוסין שבשטח סמכותה נמצא מקום מגוריו, כפי שייקבע על ידי הרשות המוסמכת.

ודוקו – מדובר בהודעה בלבד. מרגע שניתנה הודעה חובתה של הרשות לשנות את הרישום ואין מדובר בסמכות רשות הדורשת הפעלת שיקול דעת.

96. הודעה על שינוי המען היה צריך בעבר למסור למינהל האזרחי, אולם לאחר הקמת הרשות הפלסטינית והסכם הביניים, הועברה הסמכות לניהול המרשם לפלסטינים. אף שחלק מהסמכויות הקשורות למתן תושבות הותנו בהסכמה ישראלית מוקדמת, לא כך הדבר בנוגע לשינוי ועדכון סעיף המען. בעניין זה נקבע כי הסמכות היא בלעדית של הצד הפלסטיני וכי על הרשות הפלסטינית לעדכן את ישראל על השינויים, ותו לא:

The Palestinian side shall inform Israel of every change in its population registry. Including, *inter alia*, any change in the place of residence of any resident.

97. משהוחלה בשטח העברת הסמכויות, באמצעות המנשר, החלו הפלסטינים לקבל הודעות על שינוי מען ועדכנו את המען הרשום של תושבי הרשות ש"עברו דירה". ביו היתר, גם לתושבי עזה שעברו לגדה המערבית. העברת הסמכות יצרה קשיים חדשים בשטח. כך, למשל, במקרה שישראל לא עדכנה את המרשם שהיא ניהלה במקביל, נוצר מצב בו אדם נמצא בגדה עם ספח מעודכן, אך כשהוא מגיע למחסום צבאי, המסוף מצביע על מקום מגורים אחר ממה שכתוב בתעודה. מצב כזה היה מחשיד את אותו אדם והוא היה עלול להיות מעוכב ואף להיעצר. יצא אם כן, כי אף שישראל ויתרה על הסמכות לשינוי המען במרשם האוכלוסין, היא המשיכה, תוך ניצול שליטתה הצבאית בשטח, לשלוט במרשם ואילצה את הרשות הפלסטינית להימנע מעדכון המרשם (במקרים מסוימים) ללא אישור ישראלי מראש. ודוק – העובדה שישראל לא הכירה ברישום לא נבעה מחשד כי הרישום אינו משקף את המציאות, אלא להפך – היא

נבעה מכך שישראל ידעה כי הרישום משקף את המציאות, וביקשה לשמר לעצמה את היכולת הצבאית להחזיר את הזמן לאחור בכוח הזרוע. כמובן שמדיניות זו אינה חוקית.

98. כך, למשל, בבג"ץ 10676/04, שם תלוי ועומד עניינה של משפחה פלסטינית שגורשה לרצועה, שינו העותרים את המען הרשום וקיבלו ספח מעודכן מהרשות. חרף זאת, ישראל אינה מכבדת את הרישום ורואה בהם תושבי עזה, ואף מנצלת זאת כדי למנוע מהם לחזור לגדה המערבית, תוך עקיפת הצורך להוציא צו תיחום מגורים, כפי שציווה בית המשפט הנכבד בפרשת עג'ור. העותרים בבג"ץ 10676/04 ממתנינים, על פי המלצת בית המשפט הנכבד, להכרעה בבג"ץ זה.

99. בתחילת האינתיפאדה הפסיקה ישראל סופית לכבד את שינויי המרשם שערכה הרשות הפלסטינית, ככל שאלו נגעו לשינויי מען בין רצועת עזה לגדה המערבית. יחד עם זאת, העובדה שהמרשם לא עודכן אין בה כדי לפגוע בזכויות המהותיות של התושבים, אשר המשיכו את חייהם כמקודם, וכך לגיטימי שיעשו על פי כל דין.

100. בתצהיר התשובה מודים למעשה, המשיבים, באמור לעיל. המשיב אף העביר לעותרים, במסגרת הבקשה לפרטים נוספים, טופס שהועבר לו על ידי הרשות הפלסטינית בשנים האחרונות. על גבי הטופס כתב מישהו בעברית "בקשה לשינוי מען", ואולם כל קורא ערבית יראה שכותרת הטופס היא "הודעה על שינוי מען". בטופס נדרש המבקש למלא את פרטיו, מענו הקודם ומענו הנוכחי. לא מדובר בבקשה, אין צורך לבקש, להסביר או לנמק, רק לידע, בדיעבד, לאחר שכבר השתקעת במקום המגורים החדש.

הטופס מצורף ומסומן ע/25.

101. אם תתקבל התזה של המשיבים, המשמעות היא שאדם נדרש להשתקע במקום חדש, ורק אז יוכל לפנות לרשות ולבקש רישיון להמשיך ולהשתקע בגדה – מובן שזה מופרך וחסר הגיון. התזה של העותרים, לעומת זאת, הגיונית ותואמת את לשון החקיקה ואת המקובל: אדם ששינה את מקום מגוריו, מודיע על כך לרשות וזו רושמת את המען החדש – מדובר בפרוצדורה טכנית, לא בהקניית זכות מהותית.

102. כך או כך, כשהחלה ישראל בהקפאת הטיפול בהודעות על שינוי מען, היה העותר בן 15 בלבד, ובוודאי לא יכול היה לעדכן את המען, ועל כן הסיבה שהעותר אינו רשום כתושב הגדה נעוצה כולה בהתנהלות המשיבים ובה בלבד. וממילא, גם אם יכול היה העותר לשנות את המען ולא עשה זאת, הסנקציה על כך היא מינהלית בלבד וקלה, אם בכלל, והפעלתה היא בסמכות הרשות המוסמכת – הרשות הפלסטינית.

103. לאור כל האמור, הטענה כאילו המען הרשום הוא חזות הכול, כביכול המען הרשום מהווה רישיון להשתקעות קבע של תושבי הרצועה בגדה המערבית, היא מופרכת, ואינה מתיישבת עם החקיקה הפנימית בשטחים, זכויות האדם וההגיון הבריאי. כך גם הרעיון לקחת אדם

מהמקום בו הוא מתגורר שנים רבות ולהגלות אותו מביתו וממשפחתו, מפרנסתו וממכריו, וכל זאת רק בגלל שהמען הרשום לא מעודכן, הוא רעיון עוועים בלתי מתקבל על הדעת.

סיכום לגבי הטענה של שהייה בלתי חוקית

104. הטענה כי העותר שהה שלא כדין אינה יכולה להתקבל ואין לה ביסוס בדין. המונח "שוהה בלתי חוקי" הוא מונח המוכר לגבי זרים, שלא יצאו בתום רישיון הביקור שניתן להם. אין להחיל את המונח "שוהה בלתי חוקי" על תושבים פלסטינים בשטחים. במיוחד נכון הדבר לגבי העותר, שעבר כילד קטן לגדה וחי בה שנים עובר למעצרו.

105. בית המשפט מתבקש לזכור כי להכרזה על אי חוקיותם בגדה של תושבים מרצועת עזה שהשתקעו בגדה השלכות רחבות על משפחות ואנשים אחרים, ששינו את מקום מגוריהם בשנים עברו.

ב. הטענה כי בית המשפט הנכבד אישר את פרשנות המשיבים

106. המשיבים טוענים כי בעתירות רבות אישר בית המשפט הנכבד "פעם אחר פעם" את מדיניותם. הפכנו ובדקנו את הפסיקה שהציג ב"כ המשיבים ואף לא אחת מהן דנה בנושא שלפנינו.

107. בג"צ 9293/03 ח"כ ברקה נ' שר הביטחון עסק בכניסת חברי כנסת ישראלים מישראל לעזה; בג"צ 709/88 טייב נ' ראש המינהל האזרחי עסק ביציאה מהאזור לחו"ל; בבג"צ 6040/04 עמור נ' מפקד כוחות הצבא ברצועה, 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. בבג"צ 7960/04 אלראזי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל – חבל עזה נדון עניינם של סטודנטים מעזה, שביקשו לעבור ללמוד בגדה המערבית. גם שם לא דובר על מי שכבר השתקע בגדה המערבית וגורש. המשיבים מציגים גם שורה של החלטות קצרות בבקשות של אסירים פלסטינים בדבר מקום שחרורם. בהחלטות אלו החליט בית המשפט לא להתערב בהחלטה לשחרר את האסירים בעזה, אך באף אחד מהמקרים הללו לא הוכיח המבקש כי הוא תושב הגדה. בבג"צ 10735/03 (סעיף 33 לתגובה), קבע בית המשפט הנכבד כי "מהחומר שלפנינו עולה כי מקום מגוריו הוא בעזה"; בבג"צ 7387/03 (סעיף 34 לתגובה) העתירה הוגשה, כמו בענייננו, לאחר שהעותר כבר שוחרר מכלאו בעזה. בניגוד לענייננו, 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 34 לתגובה) שוב לא השתכנע בית המשפט בטענות על שינוי מקום המגורים עובר למעצר ופסק כי: "רשמנו לפנינו את הודעת באת כוח המדינה שאם ימציא העותר פרטים נוספים לאישוש טענותיו, יחזרו הגורמים המטפלים בכך וישקלו את טענותיו..."; בבג"צ 10945/03 (סעיף 34 לתגובה, מש/2) שוב דובר על תושב המתגורר בעזה ולא על מי שעובר למעצרו התגורר בגדה המערבית.

108. מפסקי הדין הללו עולה ההיפך הגמור מהתזה המשפטית של המשיבים: העתירות נדחו כשעילת הדחייה היא שלא הוכח שמדובר במי שהשתקעו בגדה עובר לכליאתם. אף נפתח פתח להוכחת הדבר בעתיד, תוך שינוי התוצאה.
109. הנה כי כן, בית המשפט לא אישר "פעם אחר פעם" גירושו של תושב פלסטיני מהגדה לרצועה. העותרים ממילא לא חולקים על סמכותו של המשיב למנוע כניסה ויציאה של זרים או ישראלים מהאזור מטעמי ביטחון, אך זה כלל לא רלוונטי למקרה כמו זה הנדון כאן, לפיו אדם מורחק ממקום מגוריו בכפייה, בשל מענו הרשום בלבד. העותר לא מבקש להגר לגדה, הוא מבקש לחזור לביתו, הוא מבקש כי יוכרז שגירושו היה שלא כדין ולכן בטל.
110. פסק הדין היחד שעסק בנושא זה ממש – הרחקת פלסטינים מהגדה המערבית לרצועת עזה, הוא פסק הדין בעניין עג'ורי, פסק דין אותו מפירים המשיבים ברגל גסה.

ג. הטענה לגבי התכלית המצומצמת של פרשת עג'ורי

111. המשיבים, בתצהירם, מייחסים לעותרים במודע פרשנות רחבה מאוד לפסק דין עג'ורי במטרה לקעקע את עמדתם. בניגוד למה שנכתב, העותרים לא חושבים שהרציו של פסק דין עג'ורי הוא מעבר "חופשי מכל מגבלה" בין האזורים, כפי שמיוחס להם. הרציונאליים הרלוונטיים של פסק דין עג'ורי, לעמדת העותרים, הם שניים: הראשון – כי מדובר ביחידה טריטוריאלית אחת, אשר יש בה ככלל חופש לשנות את מקום המגורים, השני, והחשוב יותר – הגבלת החופש לבחור ולשנות את מקום המגורים בתוך האזור, על ידי הרחקה לעזה, מותרת רק בכפוף להוראות הדין הבינלאומי, ורק בתנאי שהוצא צו תיחום מגורים, מטעמי ביטחון, על כלל הערובות שנקבעו לצדו למזעור הפגיעה בזכויות האדם.
112. המשיבים רוצים לאחוז בחבל בשני קצותיו: כשביקשו להרחיק תושבים לעזה, השתמשו בסמכותם לפי סעיף 78 לאמנת ג'נבה והסבירו כי מדובר באותו אזור. עתה, כשהם מעוניינים לעקוף את פסק הדין, הם מתעלמים מסעיף 78 לאמנת ג'נבה, אותו סעיף שבית המשפט קבע כי הוא מהווה לא רק מקור הסמכות, אלא גם מקור ההגנה על זכויות האדם של המורחק:

אכן, סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית מהווה הן מקור להגנה על זכותו של הנעבר והן מקור לאפשרות הפגיעה בזכות זו (שם, עמ' 367).

113. מדהים הדמיון שבין הטענות שטענו אז המשיבים לטענות שטוענים העותרים: המעבר הבטוח, למשל, התנוסס לו בגאווה בתשובת המשיבים בעג'ורי כדי להראות שמדובר ביחידה טריטוריאלית אחת, כך גם הסכם הביניים וההצהרה של ישראל, שהיא רואה את שני החלקים כיחידה אינטגרלית.
114. מדהימה גם ההתעלמות הרועמת של המשיבים מהרציונאל שנקבע בפסק הדין באשר לעילות, לערובות ולפרוצדורות, המחייבות את המשיבים בעת שהם נוקטים בצעד כה קיצוני כמו הרחקת אדם מביתו. המשיב מודה בפה מלא כי לא היה כל מניע ביטחוני בהרחקת העותר

(המניע הביטחוני התגבש רק לאחר מכך), לא היה הליך מינהלי כלשהו, לא צו, לא שימוע, לא ועדה. ההרחקה אינה מוגבלת בזמן אלא גלות מוחלטת – כל אלו מעקרים מתוכן את פסק הדין בעניין עג'ורי.

115. למעשה כופרים המשיבים ברציו הראשון, לפיו ככלל יש חופש לשנות את מקום המגורים בתוך האזור האינטגרלי, ומתעלמים לגמרי מהרציו השני – לפיו הגבלת החופש לבחור ולשנות מקום המגורים על ידי הרחקה לעזה, חייבת להיעשות בצו והליך מינהלי תקין, בהתאם להוראות הדין הבינלאומי. **לעמדת העותרים, האמצעי שננקט נגד העותר הוא הפרה בוטה וחד משמעית של פסק הדין בעניין עג'ורי.**

ד. הטענה בדבר ביטול הממשל הצבאי ברצועה

116. טוענים המשיבים כי לאחר ביטול הממשל הצבאי ברצועה מתחזקת עמדתם, כי אין להם חובה לאפשר לעותר "להשתקע" (כפי שהמשיבים מכנים זאת), בגדה המערבית. העותרים סבורים כי אין לטענה זו כל רלוונטיות לעתירה הנוכחית. העתירה תוקפת את חוקיות הרחקתו של העותר לעזה. **העותר לא מבקש "להשתקע" עתה לראשונה בגדה, הוא מבקש לחזור לביתו ולמשפחתו.** הוא מבקש כי תופסק הפגיעה בזכויותיו.

117. אין חולק כי ההרחקה נעשתה בזמן שישראל החזיקה ברצועת עזה בתפיסה לוחמתית. אין צורך לומר, כי לעותרים אין ספק כלל שהתפיסה הצבאית לא הופסקה כלל, אך זה לא רלוונטי.

118. ייתכן ובעתירות אחרות תתעורר הסוגיה של אדם, שמעולם לא התגורר בגדה ומבקש לעבור ולהשתקע בגדה, אך זה לא העניין שנתון להכרעה בעתירה זו, ולא בעתירה זו תוכרע כל סוגיית המעבר בין רצועת עזה לגדה המערבית לאחר תוכנית "ההתנתקות". סוגיות אלו ניתן להשאיר בצריך עיון בגדר עתירה זו.

119. למעלה מן הדרוש נציין, כי גם בעת שניתן פס"ד עג'ורי בשנת 2002, הייתה מרבית רצועת עזה בשליטה פלסטינית בלעדית, וצו תיחום המגורים שנבחן באותה פרשה הורה על תיחום מגורי העותרים בשטח שבשליטה הפלסטינית. מאז הורחבו שטחי השליטה של הרש"פ הן ברצועה ובן בנפת גינין (מקום מגוריו של העותר). שינוי זה אין בכוחו לפורר את השטחים ליחידות נפרדות זו מזו, ממש כשם שההבדלים ברמות השליטה בין חלקים שונים ברצועה ובגדה (A, B, C, 1H או 2H) לא פגעו באופיים האינטגרלי בשנת 2002.

ה. הטענה כי הסוגיה היא מדינית

120. טענה זו אין לה מקום בעתירה הנוכחית. העותר אינו אישיות פוליטית, ואין כל משמעות מדינית להחזרתו לביתו. בית המשפט הנכבד אינו מתבקש בעתירה זו לקבוע עמדה בנושאים שנדונים כיום במשא ומתן בין הצדדים, אם יש כזה בכלל. הסוגיה היא משפטית לחלוטין,

והיא מבוססת על המצב הנורמטיבי שהיה בתקופה שבה עבר העותר לגדה המערבית ובתקופה שבה גורש ממנה לרצועה.

121. נכון שהכיבוש יוצר אין ספור סוגיות פוליטיות ולפיכך יש נטייה הולכת וגוברת לראות בכל פעולה של המשיבים אקט פוליטי. בפינוי מאחזים לא חוקיים יש היבט פוליטי, בתוכנית ההתנתקות יש היבט מדיני ופוליטי, בגדר ההפרדה יש היבט מדיני ופוליטי. בנושאים אלו ואחרים לא נרתע בית המשפט הנכבד מלבחון את חוקיות האמצעים, נוכח הפגיעה בזכויות אדם שהם יוצרים. אם כך בנושאים כלליים אלו, קל וחומר בענייננו, אשר בו נרמסים זכויותיו של אדם ברגל גסה, ולעומת זאת, העניין המדיני-פוליטי אינו דומיננטי. בפרשת חוף עזה דחה בית המשפט פה אחד את הטענה בדבר חוסר שפיטות מוסדית. יפים לעניין זה דבריו של השופט לוי, ודבריו של הנשיא המצוטטים בפסק דינו:

אכן, מהותם הפוליטית של עניינים רבים המובאים בפני בית משפט זה בולטת. רבים מהם ניצבים במרכזו של שיח ציבורי ער. רבים מהם מפרנסים פעילות פרלמנטארית ענפה. רבים מהם נוגעים לעיקרים שבהווייתנו כאומה ריבונית. כך הוא - לא נכחד - אף במקרה שבפנינו. אולם, כפי שנפסק לא אחת, מהותה הפוליטית של סוגיה פלונית, לבדה, אינה מוציאה מניה וביה את סמכותו של בית-משפט זה. העובדה ששאלות משפטיות מתעוררות אגב החלטה פוליטית כזו או אחרת, אינה יכולה לשמש סיבה להימנע מהכרעה בהן. לו נגרוס אחרת, כי אז נימצא מצהירים כי הזירה הפוליטית הנה בבחינת "שטח הפקר" חוקתי. ואולם, שיטתנו המשפטית אינה מכירה בריק נורמטיבי מסוג זה. סוגיות המקפלות בתוכן היבטים פוליטיים - ואף כאלו שבמרכזן תכניות מדיניות מסוגים שונים, נדונו בפני בית משפט זה, תוך שהודגש, כי אמות המידה לבחינתן אינן פוליטיות, כי אם משפטיות, ובלשונו של השופט ברק:

"איני רואה כל מקום לחשש מפני פוליטיזציה של השפיטה... "מיהו יהודי", גיוס בחורי ישיבה, "התנחלויות" באזורי יהודה שומרון ועזה, הפגנות בעד ונגד מהלכים מדיניים - אלה ורבים אחרים הם עניינים הנידונים כעניין שבשגרה לפני בית-המשפט, חרף המטען הפוליטי שלהם. כוחו של בית-המשפט לנתק עצמו מהפוליטיקה אינו בדחייתה על הסף של עתירה שיש לה היבט פוליטי. ניתוקו של בית-המשפט מהפוליטיקה מתבצע על-ידי כך שאמות המידה אשר בית-המשפט מפעילן הן אמות מידה משפטיות ולא פוליטיות. אכן, להכרעה שיפוטית יש תוצאות פוליטיות. באותה מידה, גם להימנעות מהכרעה שיפוטית יש תוצאות פוליטיות. לא התוצאה הפוליטית היא הקובעת אם העניין יוכרע במשפט הציבורי או במשפט הציבורי. אילו ראינו בתוצאה הפוליטית אמת מידה להכרעתנו השיפוטית, היינו נותנים בכך יד לפוליטיזציה של השפיטה. כוחנו להבחין בין התוצאה הפוליטית לבין אמת המידה המשפטית על-פיה נבחנת ההתנהגות השלטונית הוא השומר עלינו מפני פוליטיזציה זו. בכך שבית-המשפט בוחן אירוע בעל השלכה פוליטית באמות מידה של המשפט הציבורי -

ולא של משפט הציבור - הוא מחסן עצמו מפני פוליטיזציה של שפיטתו. הנה כי כן, דווקא הדיון הענייני, הנערך על-פי קריטריונים ואמות מידה משפטיים, הוא המגן על בית-המשפט מפני כל טענה של פוליטיזציה. כשופטים, איננו פועלים על-פי השקפותינו הפוליטיות. כוכב הצפון המדריך אותנו הוא המשפט. נאמנותנו למשפט היא התשובה לכל טיעון של פוליטיזציה. מכוחה של נאמנות זו נעמוד גם במבחן משפט הציבור" (פרשת ז'רז'בסקי, בעמ' 854).

הנה כי כן, "פוליטיקה" אף היא אינה מילת קסם השוללת ביקורת שיפוטית. עניינים רבים המובאים בפני בית משפט זה כרוכים בעניינים שבפוליטיקה, ואלו, מטבעם, שנויים במחלוקת ציבורית. אף על-פי כן, ברי כי אין בטעם זה, בבדידותו, כדי להביא לכך שבית משפט זה ימשוך ידיו מהכרעה. בפרט נכונים הדברים, מקום בו טוען פלוני לקיפוח ופגיעה בזכויותיו היסודיות, כבמקרה שבפנינו. סגירת דלתותיו של בית-המשפט בפני עותר מסוג זה, הנה תוצאה קשה שאין להשלים עמה. הלכה זו אינה חדשה עמנו כלל ועיקר; היא מבססת עצמה באתוס השיפוט שהתפתח בבית משפט זה למן ראשיתו (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פס"ד מיום 9.6.05, פסקה 7 לפסה"ד של השופט לוי).

122. נוסף רק זאת – הטיעון של חוסר שפיטות לאור היות סוגיה מסוימת סוגיה מדינית או פוליטית, עלול להיות חרב פיפיות בידי אוהזו. אין חולק כי מפקד צבאי בשטח כבוש חייב להפעיל את סמכויותיו בהתאם לצורך צבאי, והוא אינו רשאי לשקול שיקולים שעניינם קידום האינטרסים הפוליטיים של המעצמה הכובשת.

123. אם ניתן להבין משהו מהטענה שמדובר בסוגיה מדינית, הרי שהדבר הוא שהמשיבים שקלו שיקולים פוליטיים זרים בעת שרמסו את זכויותיו הבסיסיות של העותר, וכי מטרם לא הייתה לשמור על הביטחון של האזור, אלא מטרות שונות, ואם כך הדבר – הרי שיש להוציא בעתירה צו מוחלט מייד.

ר', למשל, בג"ץ 2732/05 ראש מועצת עיריית עזון נ' ממשלת ישראל, פס"ד מיום 15.6.06.

חלק שישי – שיקולי הביטחון של המשיבים

124. המשיבים הקצו חלק נכבד ביותר בתצהיר התשובה לשיקולים הביטחוניים ומפליגים בתיאורי אימה על המשמעות הביטחונית הקשה שתיווצר אם יקבל בית המשפט הנכבד את העתירה. חבל שהמשיבים טרחו כה רבות והשקיעו בטיעוניהם הביטחוניים, שכן העותרים לא חולקים על חובתו של המשיב לדאוג לביטחון האזור.

125. בגדרה של עתירה זו לא מבקשים העותרים, כפי שמייחסים להם, בצורה מוגזמת במודע, להתיר מעבר "חופשי מכל מגבלה" בין האזורים. בעתירה זו, ובעתירות הדומות הממתונות להכרעה בה, לא מדובר כלל על הסיטואציות שעליהן מרחיבים המשיבים בטענותיהם כה

רבות. יש הבדל של שמיים וארץ בין אדם שמורחק לרצועה לאחר שגר בה רוב חייו, לבין אדם שמבקש לעבור לראשונה מהרצועה לגדה.

126. לגבי הראשון, אין חולק כי ניתן במקרים מסוימים, על אף הפגיעה הקשה בזכויות האדם שלו, לתחום את מקום מגוריו לרצועה, אלא שחובה לעשות זאת בהליך המינהלי המתאים.

127. לגבי השני, היקף הזכויות העלולות להיפגע מצומצם יותר, ומנגד מתווסף מימד המעבר דרך ישראל. גם כאן עומדות למשיבים סמכויותיהם הרגילות, והם יכולים להפעילן מטעמי ביטחון, במקרים מתאימים ובפרוצדורות ההולמות.

128. יש להוסיף, כי כבר היום יש "מעבר חופשי" בין האזורים, אולם רק לתושבים הרשומים בגדה. בהתאם להסכם המעברים משנת 2005, שישראל צד לו, רשאים כל תושבי השטחים (כולל אלו הרשומים בגדה) להיכנס ולצאת באופן חופשי במעבר רפיח. יוצא שחבריו של העותר, שלמדו איתו בבית הספר בג'נין, יכולים להיכנס ולשהות ברצועת עזה כאוות נפשם, ולשוב לגדה המערבית. רק העותר, בשל מענו הרשום, אינו יכול לעשות כן. האומנם מדובר בשיקול ביטחוני או בחזון דמוגרפי?

העתק הסכם המעברים מצורף ומסומן ע/26.

129. העותר אינו מבקש להשתקע בגדה המערבית או להעתיק את מקום מגוריו, זו סיסמא שהמשיב משתמש בה בתצהיר התשובה, אך היא בפירוש הצגה מטעה של העניין. העותר גר בגדה המערבית מאז שהיה ילד בן 11, עם משפחתו. הוא לא מבקש להשתקע בגדה, הוא משוקע בה. הוא מבקש לחזור אל ביתו ומשפחתו. הוא מבקש כי תופסק הרחקתו הבלתי חוקית.

130. המשיבים מודים שחור על גבי לבן כי בעת שהורחק לרצועה נעשה הדבר לא בשל שיקולי ביטחון, לא לאחר הליך מינהלי ראוי, בלי שהוצא צו, אלא על בסיס מענו הרשום בלבד. לכן ההרחקה בטלה מעיקרה. אם לאחר מכן התגבשה טענה ביטחונית, אין בה כדי להכשיר את אי החוקיות של הרחקתו. הדבר היחיד שיכולים המשיבים לעשות הוא, להעבירו להליך המינהלי הראוי, החל בצו פיקוח כזה או אחר ועד מעצר מינהלי, אך לאפשר את חזרתו לביתו בג'נין מייד כשיחלוף הסיכון.

131. מובן שבהליך מינהלי זה יוכלו המשיבים לטעון את כל טענותיהם הביטחוניות והעותר יוכל לנסות ולקעקע אותן. בהליך מינהלי זה ייבחן החומר הביטחוני, ויבדק האם הוא עדכני וזאת – אחת לחצי שנה. אם העותר ירצה, יוכל אז לפנות לבית המשפט הנכבד ביושבו כבג"ץ ולבקש ביקורת שיפוטית על ההחלטה. למשל, האם החומר עומד בתנאי הרף שנקבעו בפרשת עג'ורן ובפרשות נוספות, שבהן דן בית המשפט הנכבד בצווים מינהליים שונים שפוגעים בחירותו של אדם.

132. לאור האמור לעיל, לא נראה שיש רלוונטיות לטענות ביטחוניות כה כלליות ומרחיקות לכת שמעלים המשיבים, מה גם שהטענות שמייחסים לעותרים בנושא זה הן מוגזמות בכוונה. אין בהחזרתו של העותר לגדה או, למצער, העברתו להליך מינהלי מתאים, כדי לפגוע בביטחון המדינה.

133. קבלת העתירה בהחלט תשפיע על אותה קבוצה לא גדולה של תושבי השטחים, במקור מעזה, שהשתקעו בעבר בגדה המערבית. אם תתקבל העתירה, ייתכן והמשיבים יחדלו מההתעמרויות, הגירושים ומניעת השירותים מקבוצה זו. המשיבים גם יצטרכו, אם יהיו להם טעמים ביטחוניים נגד מי מקבוצת אוכלוסייה זו, לפעול בהליך מינהלי נכון. אכן, אולי זה ידרוש מעט יותר מאמצים וראיות, אולם ודאי שאין בכך כדי לסכן את ביטחון המדינה כפי שנטען בצורה מוגזמת. כמו כן, אין בכך כדי לחייב את המשיבים לאפשר מעבר חופשי מכל הגבלה, כפי שחוששים המשיבים, והעותרים גם לא ביקשו זאת. בגדרה של עתירה זו לא נדונה השאלה מהם השיקולים שמותר למשיבים לשקול שעה שאדם מבקש להשתקע לראשונה בחלק האחר של השטחים. אולי תתעורר שאלה זו בעתיד, אולם בענייננו נשאלת שאלה אחת: האם מותר להרחיק אדם שהשתקע בעבר בגדה המערבית, לפי הדין והמצב הביטחוני שהיה אז, ללא הליך מינהלי מתאים ורק בשל מענו הרשום.

סיכום

האם ניתן להרחיק מהגדה המערבית לרצועת עזה תושב שטחים, ללא הליך מינהלי וללא צו, רק בשל העובדה שהוא רשום במרשם כתושב רצועת עזה? האם ניתן להרחיק את העותר, שהגיע לגינין עם משפחתו כשהיה בן 11, רק משום שמענו הרשום בעזה, ובמיוחד משהוכח כי לא יכול היה לעדכן את המען גם לו רצה בכך?

התשובה, לאור כל האמור לעיל, היא חד משמעית – לא. אין כל בסיס חוקי למנוע מהעותר להמשיך ולהתגורר עם משפחתו בגדה המערבית, אלא מטעמי ביטחון ועל פי הפרוצדורה הקבועה בסעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, כפי שעוגנה בפרשת עג'ורי.

הרחקתו של העותר לרצועה בדרך שנעשתה מהווה פגיעה קשה מאוד בכבודו כאדם, בחירותו, בחיי המשפחה שלו, בפרנסתו ובקניינו. פגיעה זו אינה יכולה להיעשות בשרירות, אלא על פי הליך מינהלי ברור, על פי מקור סמכות המעוגן בדבר חקיקה.

בית המשפט, בהרכב מורחב של תשעה שופטים, בראשות הנשיא, פסק פה אחד כי אין להרחיק לעזה תושב שטחים המתגורר בגדה המערבית מבלי שהוצא לו צו, מבלי שנערך לו שימוע, מבלי שניתנה לו הזדמנות לטעון בפני ועדה באמצעות בא כוחו.

עוד קבע בית המשפט כי על המשיבים לכלכל את המורחק ומשפחתו בזמן שהצו בתוקף, וכי על הוועדה לבחון את הצורך להאריך את הצו אחת לחצי שנה לכל היותר.

בית המשפט קבע ערובות קפדניות להרחקה: קיום ראיות לסיכון ביטחוני של ממש, הנובע מהאדם עצמו ולא רק לצורך הרתעה. לא די בסיכון ערטילאי.

המשיבים מנסים לעקוף את פסק הדין בעניין עגורני, או לצמצם אותו באמצעות שימוש במונח מוכר: "שוהה בלתי חוקי", אלא שבעוד שבעבר השתמשו במונח לתיאור זרים שהפרו את תנאי רישיון הביקור, עתה משתמשים בו כלפי פלסטינים, תושבי השטחים עצמם, בעת שהם נמצאים בשטחים.

בכך מתעלמים המשיבים מהחקיקה הפנימית הקובעת כי הרצועה והגדה מהוות יחידה טריטוריאלית אחת, מדבריהם שלהם עצמם בתגובתם לעתירה בעניין עגורני ומפסיקת בית המשפט הנכבד באותה פרשה.

את התזה המשפטית שלהם מבססים המשיבים על הוראת סגירת שטח הגדה המערבית משנת 1967 והוראת שעה משנת 1988, שממילא אבד עליה הכלח מזמן. המשיבים מתעלמים מההסדרים החשובים והרלוונטיים שהיו קיימים מ-1995, בזמן שהעותר עבר לגדה והשתקע בה עם משפחתו, ומשמעותם.

בנוסף, מנפחים המשיבים בצורה מוגזמת את השלכות הביטחוניות של העתירה, ומרחיבים בעניין זה את היריעה לסוגיות שאין בהן צורך להכרעה בעניינו של העותר.

אכן לעתירה יש השלכות רוחב, אולם לא כפי שמציגים זאת המשיבים, אלא על אותה קבוצה לא גדולה של פלסטינים תושבי שטחים ששינו את מקום מגוריהם לפני שנים לגדה המערבית, וסובלים עתה מסכנת גירוש, כמו העותר, או התעמרות.

לאור כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה ולהוציא צו מוחלט כמבוקש.