

בעניין:

המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.

ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור (מ.ר. 37962) ו/או יוסי וולפסון
(מ.ר. 26174) ו/או חוה מטרוס-עירון (מ.ר. 35174) ו/או
סיגי בן-ארי (מ.ר. 37566) ו/או ענת קדרון (מ.ר. 37665)
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרת

- נ ג ד -

1. מדינת ישראל

2. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

3. אלוף פיקוד דרום

4. שר הפנים

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא יוסרו, או, למצער, יצומצמו, ההגבלות הגורפות המוטלות על התנועה בין רצועת עזה לגדה המערבית, ובין הגדה המערבית לרצועת עזה.

2. מדוע לא יתאפשר המעבר בין שני החלקים (בכפוף לבחינה ביטחונית פרטנית) גם בהיעדר "עילה הומניטארית מיוחדת".

על פי הנתונים שמסר הצבא, שלילת זכות התנועה של תושבים פלסטינים בין חלקי הרשות הפלסטינית הגיעה לשפל חדש. **המשיבים הפסיקו לכבד את חופש התנועה בין שני החלקים, והתנועה כולה מתמצית ב-200 היתרי מעבר בלבד, במקרים הומניטאריים מיוחדים. מאז יום 12.7.05 מוטל סגר כללי על השטחים.** הפרקליטות הודיעה לבית המשפט כי בתקופה זו מתאפשר המעבר **לעשרות בודדות של אנשים בלבד.**

בחסות ה"התנתקות" פוגעת מדינת ישראל, באמצעות המפקדים הצבאיים, בצורה גורפת בזכות הבסיסית לחופש התנועה בין שני חלקים אינטגראליים, המהווים יחידה טריטוריאלית אחת. ישראל טוענת כי אין לה כל אחריות לזכויותיהם של תושבי עזה, אף שמימוש חופש התנועה שלהם תלוי בה לחלוטין. טענה זו היא פשטנית. **הפעלת הסמכות מחייבת אחריות. מדינה אינה מפעילה סמכויות בחלל ריק. גם על סמכויות שמפעילה המדינה מחוץ לגבולותיה חלה מערכת דינים וחובה לשיקול דעת, בין אם השטח כבוש ובין אם לאו.**

הפגיעה בחופש התנועה מנוגדת לחובותיה של מדינת ישראל הן על פי הדין הבינלאומי והן על פי הנורמות של המשפט הציבורי הישראלי. הפגיעה היא כה גורפת ומשמעותית. היא מצביעה על כך שהשיקול הביטחוני הוא השיקול היחידי שנלקח בחשבון ולא ניתן כל משקל לזכויות האדם, לשמירה על מרקם החיים ולכיבוד חובותיה של ישראל כלפי התושבים המוגנים.

תוכן עניינים

3 התשתית העובדתית
3 הצדדים
4 רקע: הסדרי התנועה בין רצועת עזה לגדה המערבית.
7 הגבלות התנועה בתקופת האינתיפאדה.
7 צמצום המעבר דרך קבע למקרים הומניטאריים בלבד.
8 סגרים כלליים.
9 הגבלות גיל
 הגבלות על שינוי מקום המגורים והכתרת פלסטינים מרצועת עזה המתגוררים בגדה המערבית
10 בתואר "שוהים בלתי חוקיים".
11 התייחסות המדינה לאינטגרליות של הרצועה והגדה המערבית בתקופת האינתיפאדה
 התייחסות המדינה לרצועת עזה ולקשר שלה עם הגדה המערבית לאחר פינוי ההתנחלויות והבסיסים
12 מהרצועה.
14 סתירות מהותיות בהתייחסות הפרקליטות לקשר בין רצועת עזה לגדה המערבית.
15 עתירות קודמות בנוגע לחופש התנועה בין רצועת עזה לגדה המערבית.
15 בדיקות רפואיות
16 ביקור מגורשים
16 ביקורי משפחה
16 שינוי מקום המגורים מכוח נישואין
16 שינוי מקום מגורים
17 לימודים באוניברסיטה
17 הגבלות תנועה בזמן סגר
17 התכתבויות עקרוניות נוספות.
18 הטיעון המשפטי
18 תמצית הטיעון המשפטי
19 הדינים הרלוונטיים
19 תחולת המשפט ההומניטארי הבינלאומי
23 תחולת משפט זכויות האדם הבינלאומי
25 תחולת המשפט הציבורי הישראלי
26 פגיעה בזכויות אדם
26 הזכות לחופש התנועה
27 על הזכות לנוע בין רצועת עזה לגדה המערבית.
29 הזכות לכבוד האדם ולאוטונומיה של הרצון האישי
30 פגיעה במגוון רב של זכויות אדם
31 הפגיעה במרקם החיים
32 שינוי קבוע וארוך טווח של השטח הכבוש
33 שיקולי הביטחון והיעדר מידתיות
35 סיכום

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרת (להלן – **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה ללא מטרת רווח, העוסקת בקידום זכויותיהם המשפטיות של פלסטינים בגדה המערבית, ברצועת עזה ובירושלים המזרחית, אשר נפגעו על ידי מדינת ישראל וכוחות הביטחון שלה. בשנים האחרונות עוסק המוקד להגנת הפרט בצורה אינטנסיבית בפעילות משפטית לקידום חופש התנועה בין עזה לגדה המערבית ובין הגדה המערבית לעזה, הן באמצעות הגשת עתירות רבות לבית המשפט הנכבד והן על ידי ניסיון לשכנע את הרשויות לכבד את חופש התנועה כדין, באמצעות פניות בכתב ופגישות עם גופים רלוונטיים שונים.
 2. הטענות שמועלות בעתירה זו נוגעות לקריטריונים הכלליים והעמומים שמנחים את המשיבים עת הם שוקלים הוצאת היתרי תנועה בין החלקים. קריטריונים אלו מעולם אינם נדונים בבית המשפט במסגרת התיקים הפרטניים, שכן עם הגשת העתירה מתרחש אחד מהשניים: ניתן היתר המעבר, "לפנים משורת הדין", או שיש מניעה ביטחונית פרטנית. הקריטריונים הם כה עמומים עד שהם מסוגלים להחיל בתוכם כל עלה, כאשר המשיבים חפצים בכך.
 3. הסוגיות המשפטיות שעולות מהגבלות התנועה הקשות הן סוגיות מרכזיות. הן מעלות תהיות כבדות באשר לחוקיות פעולותיהם של המשיבים, אשר מהוות, לעמדת העותרת, הפרה בוטה של החוק הבינלאומי. לאור זאת אין מנוס אלא לדון בהן במסגרת עתירה ציבורית, ולעניין זה המוקד להגנת הפרט הוא העותר הציבורי המתאים ביותר.
 4. המשיבה 1 (להלן – **מדינת ישראל או ישראל**) מחזיקה מאז שנת 1967 בשטחי הגדה המערבית ורצועת עזה בתפיסה לוחמתית, באמצעות מפקדים צבאיים שמינתה לצורך כך. שטחים אלו הוכרזו כשטח צבאי סגור. אף שהאדמיניסטרציה והצווים בנוגע לכל אחד מהחלקים חולקו בין שני מפקדים צבאיים, הצהירה מדינת ישראל בפומבי ובצורה רשמית שמדובר בחלוקה מינהלית בלבד, וכי היא מכירה בשני החלקים הללו כיחידה טריטוריאלית אחת וכשטח אינטגראלי.
 5. השליטה של ישראל בשטח הגדה המערבית ורצועת עזה עברה מספר שינויים במהלך השנים: בשנת 1993 חתמה ישראל על הסכם בינלאומי עם אש"ף, ובעקבותיו הוקמה הרשות הפלסטינית. בהתאם להסכם עזה ויריחו והסכם הביניים משנת 1995, הועברו לרשות הפלסטינית סמכויות ביטחוניות ומינהליות בחלק מהשטחים הפלסטיניים בגדה המערבית וברצועת עזה. ישראל המשיכה להוות כוח כובש ברצועה ובגדה המערבית גם לאחר הסכם הביניים.
- בשנת 2005 הסיגה ישראל את כוחותיה ואזרחיה מתחומי רצועת עזה והרחיבה את שטח השליטה של הרשות הפלסטינית ברצועה, לרבות על מעבר רפיח. כמו כן ביטלה ישראל את

הצווים והחקיקה הצבאית ברצועת עזה. השאלה האם מבחינת המשפט הבינלאומי הסתיימה התפיסה הלוחמתית ברצועה היא שאלה משפטית מורכבת, אך הכרעתה אינה נדרשת בגדרה של עתירה זו. נרחיב על כך בהמשך.

כך או כך, ישראל ממשיכה להפעיל סמכויות שונות לגבי תושבי רצועת עזה, באמצעות מפקדיה הצבאיים, ובמיוחד סמכויות בנוגע למעברים בין עזה לגדה המערבית ובין הגדה המערבית לעזה, בין אם המעבר מתבצע במעבר בטוח דרך ישראל ובין אם המעבר מתבצע בדרך אחרת. את הסמכויות הללו עליה להפעיל בצורה חוקית, ובוודאי שלא ניתן לטעון כי ישראל מפעילה סמכויות בחלל משפטי ריק.

6. המשיבים 2-4 הם נציגיה של מדינת ישראל והם מיישמים את שליטתה הצבאית בשטחים הרלוונטיים. כל אחד מהם נושא בסמכויות שיש להן קשר ישיר לחופש התנועה בין החלקים:

המשיב 2 (להלן – **המפקד הצבאי בגדה המערבית או המפקד הצבאי**) מחזיק בסמכות לדון ולהכריע בבקשות של תושבים פלסטינים להיכנס לישראל לצורך מעברם לרצועת עזה. כמו כן הוא רואה עצמו כבעל סמכות למנוע יציאתם לחו"ל של תושבים פלסטינים דרך מעבר גשר אלנבי, שהוא המעבר היחידי שמקשר בין הגדה המערבית לעולם החיצון. כאשר מדובר בתושבים שמענם הרשום הוא באחד מיישובי הרצועה, מונע המפקד הצבאי את יציאתם מהגדה דרך מעבר גשר אלנבי בצורה גורפת, גם אם אותו תושב מתגורר דרך קבע בגדה המערבית. כאשר מדובר בתושבים שמענם הרשום באחד מיישובי הגדה המערבית, מכפיף המפקד הצבאי את יציאתם מהגדה דרך מעבר גשר אלנבי לשיקולי ביטחון.

המפקד הצבאי בגדמ"ע אף מונע באופן גורף את כניסתם של תושבים פלסטינים, אשר מענם הרשום באחד מיישובי הרצועה, לתוך הגדה המערבית דרך מעבר אלנבי.

המשיבים 3-4 הם המוסמכים לדון ולהכריע בבקשות של תושבים פלסטינים הנמצאים ברצועת עזה ומעוניינים לעבור דרך ישראל לגדה המערבית. הסמכות הפורמאלית הועברה למשיב 4 אולם הואצלה מייד למשיב 3, אשר ממשיך, בכובעו כאלוף פיקוד הדרום, את שעשה כל השנים בכובעו כמפקד כוחות הצבא ברצועת עזה.

רקע: הסדרי התנועה בין רצועת עזה לגדה המערבית

7. במשך שנים ארוכות היה חופש תנועה מלא, הלכה למעשה, בין החלקים. בעקבות האינתיפאדה הראשונה הוחלט כי מי שמעוניין להיכנס לישראל יצויד בהיתר אישי. היתר הכניסה לישראל שימש גם כהיתר תנועה בין החלקים. יחד עם זאת, עד 1993 היתרים ניתנו ביד רחבה. כמו כן, היעדר גדרות או אכיפה יצרו מצב של חופש תנועה מלא, הלכה למעשה, בין החלקים.

בשנת 1993 הוחמרה האכיפה נגד פלסטינים שנכנסו שלא כדין לישראל, בין השאר באמצעות מכשולים פיזיים בקו התפר. בעקבות פיגוע במרץ 1993 הוכרז סגר כללי מלא על השטחים ולתקופה ממושכת לא ניתנו היתרים כלל, אלא במקרים הומניטאריים.

8. 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.

9. 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 על השטחים במנשר צבאי והפך להיות חלק מן הדין הפנימי בשטחים.

10. בסעיף 1(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 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.

11. בסעיף 10 באותו נספח נקבעו עקרונות **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 העקרונות 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.

12. 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.

13. חרף הסדרי המעבר הבטוח, המשיכה ישראל להטיל הגבלות קשות על חופש התנועה וסירבה ליישם את הסדר השאטלים המאובטחים. עם זאת, המצב היה טוב בהרבה מהמצב השורר היום, במיוחד לאור העובדה שהרבה מאוד אנשים נשאו כרטיס מגנטי שאיפשר את כניסתם לישראל, ולפיכך את המעבר בין החלקים.

14. ביום 5.10.99 נחתם **פרוטוקול המעבר הבטוח**, אשר יישם את העקרונות 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 עם 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 מיום 5.10.99 מצורף ומסומן ע/1.

15. המעבר הבטוח היווה שיא חיובי בנושא חופש התנועה בין החלקים. הוא איפשר את האינטגרליות, הוא איפשר לתושביה הפלסטינים של הרשות הפלסטינית למצות את זכויותיהם והוא אף שמר על מרקם החיים הפלסטיני בכללותו.

16. המעבר הבטוח פעל במתכונתו המלאה בסופו של דבר שנה אחת בלבד. עם פרוץ האינתיפאדה השנייה הקפאיה ישראל באופן מהותי את הסדר המעבר הבטוח: חדלה הנפקת כרטיסי המעבר הבטוח ובמקום זאת חזרה התנועה להיות מבוססת על היתרי כניסה לישראל. גם השאטלים המאובטחים בוטלו. יחד עם זאת, המשיכו התושבים להגיש בקשות להיתרי תנועה לאישור ישראל, באמצעות משרד הקישור של הרשות הפלסטינית.

הגבלות התנועה בתקופת האינתיפאדה

17. הגבלות התנועה של השנים האחרונות, מאז פרוץ האינתיפאדה בחודש אוקטובר 2000, מתחלקות לארבעה סוגים עיקריים:

- **צמצום המעבר דרך קבע למקרים הומניטאריים בלבד**
- **תקופות של סגר כללי בהן המעבר מצטמצם למקרים ספורים בלבד**
- **הגבלות גיל**
- **הגבלות על שינוי מקום המגורים והכתרת פלסטינים מעזה המתגוררים בגדה בתואר "שוהים בלתי חוקיים".**

18. לא כל הגבלות התנועה הללו מובאות בגדרה של העתירה הנוכחית, ולו בשל העובדה שהן עומדות להכרעה בתיקים אחרים, אולם הן חשובות מאוד להבין את עמדת המדינה ואת עומק הניתוק בין החלקים, שנכפה על ידי ישראל בניגוד לדין.

צמצום המעבר דרך קבע למקרים הומניטאריים בלבד

19. עם ביטול המעבר הבטוח במתכונתו המלאה, אשר, כזכור, איפשר מעבר בטוח אך ללא צורך בעילה מסוימת, שונתה המדיניות לחלוטין. המפקדים הצבאיים החליטו להנפיק היתרים רק בעילות מיוחדות, הומניטאריות באופיין, ובהיקפים מצומצמים. הקריטריונים לקבלת ההיתר בעילה הומניטארית מעולם לא פורסמו, אולם למיטב הכרתו של המוקד להגנת הפרט, מדובר במקרים רפואיים (במיוחד בדיקות כמו MRI אשר אינן מבוצעות ברצועת עזה), ביקור משפחה לקרובי משפחה מדרגה ראשונה בלבד, ורק במקרים מיוחדים כמו חתונה, לוויה או ביקור חולים, ביקור קרובי משפחה שגורשו מהגדה לעזה ומקרים בודדים נוספים.

20. מנתונים שנמסרו למוקד לאחרונה, ומנתונים שמסרה פרקליטות המדינה לבית המשפט הנכבד במסגרת בג"ץ 11120/05 ואח', עולה כי התנועה בין החלקים צומצמה בצורה קיצונית. בזמן שגרה מתאפשר המעבר לאלפיים בני אדם בקירוב בלבד, מתוכם רק 200 בני אדם המבקשים לעבור עקב נסיבות הומניטאריות מיוחדות.

מרבית ההיתרים נמסרים לאנשי עסקים (499 היתרים קבועים), סוחרים מהגדה (150 היתרים קבועים), בכירים ברשות הפלסטינית (425 היתרים קבועים), עובדי רפורמות, כמו שופטים ותובעים (317 היתרים קבועים) ועובדי ארגונים בינלאומיים (500 היתרים קבועים).

העתק המסמך שנמסר על ידי לשכת מתאם פעולות הממשלה בשטחים מצורף ומסומן ע/2.

21. הקריטריונים למעבר בין החלקים הם כה מצומצמים עד שהם לא כוללים אפילו סיטואציות אנושיות בסיסיות ביותר :

סבתא מרמאללה המעוניינת לפגוש את נכדתה מרפיה לרגל יום הולדתה. חבר מח'אן יונס המבקש לפגוש את חברו הטוב מיריחו, המאושפז במצב קשה בבית חולים. אישה מבית לחם המבקשת לנחם את בת דודתה מעזה על מות אביה. דודה מדיר אל-בלאח המבקשת לשמור על אחייניה בחברון בזמן שאמם נפלה למשכב. אח מטול כרם המבקש לסעוד את אחותו המתגוררת בג'אבליה, לאחר ששברה רגל. אם מהמאווסי המבקשת לקחת את בנה חולה האסטמה לרופא מומחה באבו דיס. עובד שטח של ארגון זכויות אדם בגדה המערבית המבקש להשתלם בסניף הארגון בעזה. פועל בניין שעבד כל חייו בנוה דקלים, שהוצע לו לעבוד בפרויקט בניין חדש בקלקיליה. עורך דין משכס המבקש לייצג את החברה בה הוא עובד לאחר שנתבעה לדין ברפיה.

סגרים כלליים

22. בזמן סגר כללי נעצר לחלוטין המעבר בין החלקים, הגבלת התנועה הופכת לקיצונית. הקריטריון למעבר בתקופה של סגר נותר "מקרים הומניטאריים מיוחדים", אולם, אם בשגרה שהתפתחה בשנים האחרונות מדובר על 200 היתרים, בזמן סגר חל צמצום אפילו במספר הזעום הזה וכפי שמסרה המדינה לבית המשפט בפיסקה 7 לתגובתה לבג"ץ 11120/05 ואח' :

בתקופה בה מוטל סגר, בדומה לזה המוטל בתקופה הנוכחית, נוכח המצב הביטחוני הקיים, מתאפשר מעברם של עשרות בודדות בלבד, על בסיס בקשות פרטניות.

תשובת המדינה נמצאת באתר : <http://www.gisha.org/state-response-19-1-06.doc>

23. סגר כללי אמור לבטא מצב זמני, בנסיבות מיוחדות, בהן סבורים כוחות הביטחון שיש לעצור באופן גורף כל תנועה לתוך ישראל. בעבר הוכרז סגר כללי בעיקר בחגים הישראליים ובימים שלאחר פיגועים. סגר כללי הוטל גם לאחר מות ערפאת. אולם, בחודשים האחרונים, מאז הוטל סגר כללי ביום 12.7.05 בעקבות הפיגוע בנתניה, הפך הסגר הכללי ממצב זמני ומיוחד למצב קבוע. במקום לבטל את הסגר הכללי, קבעו קריטריונים מיוחדים לסגר. קריטריונים אלו כה אמורפיים עד כי הם מסוגלים בעת ובעונה אחת למנוע מעבר של אישה מהגדה המערבית לביקור אצל בעלה שגורש לרצועה, לאחר שנתיים שלא התראו, אך להתיר כניסתם של אלפי פועלים פלסטינים לתוך ישראל.

24. על מנת להמחיש את הקביעות של הסגר מחד, ואת הקריטריונים האמורפיים למתן היתרים בזמן הסגר מאידך, ליקטנו מאתר דובר צה"ל את הנתונים הבאים:

- 12.7.05** – בעקבות הפיגוע בנתניה מוטל סגר כללי על השטחים¹.
- 15.8.05** – בעקבות ההתנתקות נמשך הסגר הכללי.
- 31.8.05** – הסגר הכללי על הגדה המערבית נמשך. לפי המוקד ההומניטרי של הצבא, יש הקלה לפועלים וסוחרים. אין הקלה בהגבלות התנועה החמורות בין הגדה המערבית לרצועת עזה.
- 12.9.05** – מעבר ארז נסגר למעבר פלסטינים עקב יציאת כוחות הצבא מהרצועה.
- 24.9.05** – הסגר הכללי על השטחים (גדה ועזה) נמשך עקב ירי קסאמים מעזה לכיוון שדרות².
- 2.10.05** – הסגר הכללי על השטחים נמשך עקב החגים היהודיים, אך לא מוסר לאחריהם.
- 10.10.05** – הקלות בסגר: אושרה כניסת 2,000 פועלים למסיק הזיתים בישראל³. אין הקלה בהגבלות התנועה החמורות בין הגדה המערבית לרצועת עזה.
- 13.11.05** – הקלות בסגר: אושרה כניסת 8,000 פועלים מהגדה המערבית, אושרה כניסת 7,000 סוחרים מהגדה ובנוסף – כניסת 500 עובדי מלונות לירושלים⁴. אין הקלה בהגבלות התנועה החמורות בין הגדה המערבית לרצועת עזה.
- 4.12.05** – הקלות בסגר: אושרה כניסת 4,000 פועלים מהגדה המערבית⁵. אין הקלה בהגבלות התנועה החמורות בין הגדה המערבית לרצועת עזה.
- 5.12.05** – עקב הפיגוע בנתניה מוארך הסגר המלא על השטחים. מאושרת כניסתם של 500 נוצרים לירושלים. אין הקלה בהגבלות התנועה החמורות בין הגדה המערבית לרצועת עזה.
- 13.12.05** – הקלות בסגר: אושרה כניסתם של 23,000 פועלים ו-14,500 סוחרים לישראל⁶. אין שינוי בנוגע להגבלות החמורות על התנועה מהגדה המערבית לרצועת עזה.
- 15.12.05** – הודעה על הטלת סגר כללי על הגדה ורצועת עזה⁷.
- 15.1.06** – הקלות בסגר: אושרה כניסתם של 10,000 פועלים מהגדה המערבית לישראל, 1,700 עובדי ארגונים בינלאומיים לישראל ו-350 עובדי ארגונים בינלאומיים לרצועת עזה⁸. אין הקלה בהגבלות התנועה החמורות בין הגדה המערבית לרצועת עזה.

25. הנה כי כן, הסגר הכללי נמשך כבר חודשים ארוכים ובצורה קבועה.

הגבלות גיל

26. הגבלת הגיל הינה אחת מהגבלות התנועה הקשות ביותר, שכן היא הגורפת ביותר. הכוונה היא בעיקר להגבלות המוטלות באופן כללי על גילאי 16-35, ובאופן ספציפי על סטודנטים מעזה המבקשים ללמוד בגדה המערבית.

¹ הודעת דובר צה"ל מיום 13.7.05, כפי שפורסמה באתר הרשמי של הצבא.

² הודעת דובר צה"ל מיום 24.9.05, כפי שפורסמה באתר הרשמי של הצבא.

³ הודעת דובר צה"ל מיום 10.10.05, כפי שפורסמה באתר הרשמי של הצבא.

⁴ הודעת דובר צה"ל מיום 13.11.05, כפי שפורסמה באתר הרשמי של הצבא.

⁵ הודעת דובר צה"ל מיום 4.12.05, כפי שפורסמה באתר הרשמי של הצבא.

⁶ הודעת דובר צה"ל מיום 13.12.05, כפי שפורסמה באתר הרשמי של הצבא.

⁷ הודעת דובר צה"ל מיום 16.12.05, כפי שפורסמה באתר הרשמי של הצבא.

⁸ הודעת דובר צה"ל מיום 15.1.06, כפי שפורסמה באתר הרשמי של הצבא.

27. המדינה טוענת כי לא ניתן לערוך אבחון פרטני לסטודנטים בשל השתייכותם ל"פרופיל סיכון", והסבר על כך ניתן בתשובתה לעשר עתירות שהוגשו לאחרונה בשם של 10 צעירים מעזה שביקשו ללמוד ריפוי בעיסוק בגדה המערבית. הסיטואציה המיוחדת של הסטודנטים תידון במסגרת עתירות אלו (בג"ץ 11120/05 ו-9 אחרות) והיא מחוץ לגדרה של עתירה זו.

28. עם זאת, ברור כי מכלל הלאו עולה כלל ההן. המדינה מסבירה מדוע לא ניתן בסיטואציה המיוחדת של סטודנטים לערוך בחינה פרטנית. מכאן, כי בנסיבות אחרות ניתן גם ניתן לערוך בחינה פרטנית גם בקבוצת הגיל הזאת. עתירות של המוקד להגנת הפרט, אשר ניתן בעקבותיהן היתר תנועה, נוגעות במקרים רבים לקבוצת גיל זו: בג"ץ 9896/05 (העותר בן 27), בג"ץ 8526/05 (העותרת בת 29), בג"ץ 3555/05 (העותר בן 28), בג"ץ 4465/05 (העותר בן 34), בג"ץ 6040/05 (העותרת בת 20), בג"ץ 5504/03 (העותר בן 30).

הגבלות על שינוי מקום מגורים והכתרת פלסטינים מרצועת עזה המתגוררים בגדה המערבית בתואר "שוהים בלתי חוקיים"

29. לאור האינטגרליות של שני החלקים, והיותם יחידה טריטוריאלית אחת ויחידה מדינית אחת, מתקיימת באופן טבעי תנועה של אנשים בין החלקים השונים, וחלקם גם "עוברים דירה". תנועה זו התרחשה כל השנים ללא הפרעה, כאשר מי ששינה את מקום מגוריו התבקש לדווח לרשויות בדיעבד על השינוי ולעדכן במרשם את כתובתו.

30. בשנים האחרונות מטילה ישראל הגבלות קשות על שינוי מקום המגורים בין רצועת עזה לגדה המערבית. ישראל אינה מוכנה לכבד עדכוני מען במרשם האוכלוסין שמבצעת הרשות הפלסטינית, וכתוצאה מכך פלסטינים רבים מתגוררים בפועל בגדה המערבית, אך מענם הרשום נותר הישג בו התגוררו ברצועת עזה. לפני כשלוש שנים החלה המדינה לכנות את אלו "שוהים בלתי חוקיים", מונח שישראל השתמשה בו בעבר רק לגבי זרים שנכנסו לשטחים, אך מעולם לא לגבי פלסטינים תושבי השטחים הנמצאים בשטחים.

31. האוכלוסייה הספציפית הזאת מורכבת בעיקר מפלסטינים אשר עברו לחלק האחר לצורך נישואים, עבודה ואיכות חיים. במקרים רבים מדובר במשפחות עם ילדים. כתוצאה מהכתרתם כ"שוהים בלתי חוקיים" נתונים בני אוכלוסייה זו לסכנת גירוש לרצועת עזה, נמנעים מהם כל השירותים הניתנים בגדה המערבית על ידי המפקד הצבאי (היתרי כניסה לישראל, יציאה לחו"ל דרך גשר אלנבי, רישיונות שונים וכדומה), ביקור קרובי המשפחה בעזה מותנה בהישארותם שם, גם אם יש להם משפחה בגדה, ואפילו לקרובי משפחה שרוצים לבקרם מסרבים המשיבים לאפשר את חופש התנועה.

העתק סדרת כתבות שפורסמו ב"הארץ" מצורף ומסומן ע/3-5/ע.

32. שאלת חוקיות שהייתם בגדה של פלסטינים מהרצועה ששינו את מקום מגוריהם לגדה המערבית נדונה במסגרת בג"ץ 3519/05 והיא מחוץ לגדרה של עתירה זו.

התייחסות המדינה לאינטגרליות של הרצועה והגדה המערבית בתקופת האינתיפאדה

33. על אף הגבלות התנועה הקשות, הסגרים והגירושים, נותרה עמדתה המוצהרת של ישראל כי הגדה המערבית ורצועת עזה הן יחידה טריטוריאלית ואינטגרלית אחת. הצהרה זו נמסרה כדבעי לבית המשפט הנכבד בבג"ץ 7015/02 עגירי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (להלן – פרשת עגירי).

34. פרשת עגירי החלה באוגוסט 2002, לאחר מבצע "חומת מגן". המדינה החליטה להרחיק לעזה כמה מקרוביהם של מחבלים מתאבדים. לצורך כך הוציא המפקד הצבאי צווי תיחום מגורים לרצועת עזה. אחת הטענות שנטענו הייתה שאין מדובר בתיחום מגורים אלא בגירוש, אולם המדינה יצאה מגדרה בניסיונה לשכנע את בית המשפט באינטגרליות של עזה והגדה ובכך שמדובר בתיחום מקום המגורים בתוך אותו אזור:

... 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. העובדה שישראל 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.

סעיף 50 לתשובת המדינה מיום 15.8.02 (ההדגשות הוספו). העתק העמוד הרלוונטי מצורף ומסומן ע/6.

התשובה מצויה במלואה באתר המוקד: <http://www.hamoked.org.il/items/490.pdf>

35. כידוע, בית המשפט הנכבד קיבל את עמדת המדינה וקבע:

מבחינה חברתית ופוליטית, נתפסים שני האזורים על ידי כל הנוגעים בדבר כיחידה טריטוריאלית אחת.

36. בית המשפט הנכבד פסק כי "עניין לנו בהעברה כפויה של אדם ממקום מגוריו למקום אחר באותו אזור, וזאת בשל צרכי ביטחון בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית", ולאור זאת הכריע בשאלות הכבדות שהונחו בפניו.

התייחסות המדינה לרצועת עזה ולקשר שלה עם הגדה המערבית לאחר פינוי ההתנחלויות והבסיסים מהרצועה

37. ביום 12.9.05 יצאו כוחות הצבא הקרקעיים משטחה של הרצועה. קדם לכך פינוי כל ההתנחלויות ובסיסי הצבא ברצועה. באותו יום הוציא אלוף פיקוד דרום מנשר בדבר סיום הממשל הצבאי. החקיקה הצבאית והצווים הצבאיים הוכרזו כבטלים.

38. האדמיניסטרציה הצבאית ברצועה באה לידי סיום והוחלפה באדמיניסטרציה ישראלית. מעבר ארז הוכרז כמעבר גבול בינלאומי. השליטה בו הועברה פורמאלית לשר הפנים. עם זאת נקבע, כי תושבי הרצועה פטורים מהצגת דרכון או תעודת מעבר, וכן מהצורך לקבל אשרת כניסה או אשרת שהייה. במקום זאת נקבע כי הכניסה לישראל תימשך באמצעות היתרים שמנפיק הצבא כבעבר.

צו הכניסה לישראל (תחנות גבול) (תיקון), התשס"ה-2005 (ק"ת 6425, 28.9.05).
צו הכניסה לישראל (פטור תושבי רצועת עזה)(הוראת שעה), התשס"ה-2005 (ק"ת 6425, 28.9.05).

39. סימן ראשון לכך שלא חל שינוי בהשקפה האינטגרלית ניתן לראות בצו אשר הסדיר את הפטור. הצו הגדיר את "תושב רצועת עזה" כ"מי שמתגורר ברצועת עזה, וכן מי שרשום כתושב רצועת עזה במרשם האוכלוסין של הרשות הפלסטינית". כלומר – פלסטינים שמענם הרשום בגדה המערבית ומתגוררים ברצועת עזה נהנים גם הם מהפטור.

40. על אף ביטול האדמיניסטרציה הישראלית, ישראל המשיכה במצור צבאי על הרצועה. השליטה הצבאית הישראלית באה לידי ביטוי בשליטה בכל המעברים היבשתיים מהרצועה, למצרים, לגדה המערבית ולישראל, וכן במעבר דרך הים או האוויר.

41. בשבועות שלאחר הפינוי הופעל על ישראל לחץ רב על ידי גורמים בינלאומיים לפתוח את המעברים של הרצועה, במיוחד לגבי מעבר רפיח והמעבר דרך ישראל לגדה המערבית. ביום 16.11.05 נחתם **הסכם בינלאומי בין ישראל לרשות הפלסטינית בענייני גישה ותנועה**, בחסות הקוורטט ומזכירת המדינה האמריקנית. הסכם המעברים התייחס בעיקר לשתי נקודות מרכזיות: פתיחת מעבר רפיח ופתיחת מעבר בטוח באמצעות שיירות לגדה המערבית.

42. לגבי מעבר רפיח נקבעו גם הסדרים מפורטים. נקבע כי המעבר ינוהל על ידי הפלסטינים בפיקוח משקיפים אירופאים. **נקבע כי מעבר רפיח יהיה נקודת מעבר לכל מי שנושא תעודת זהות פלסטינית, בלי קשר למען הרשום**. אדרבא, ישראל התחייבה לספק לפלסטינים את

המידע הנחוץ לעדכון מרשם התושבים הפלסטיני, כדי שגם פלסטינים הנמצאים בחו"ל יוכלו לעבור במעבר רפיח:

Use of the Rafah crossing will be restricted to Palestinian ID card holders and others by exception in agreed categories with prior notification to the GOL and approval of senior PA leadership.

The PA will notify the GOL 48 hours in advance of the crossing of a person in the excepted categories – diplomats, foreign investors, foreign representatives of recognized international organizations and humanitarian cases.

43. ניתן לראות כי ההסדר מבחין בין פלסטינים אזרחי הרשות הפלסטינית, לרבות אלו שמענם הרשום הוא בגדה המערבית, אשר זכאים לעבור באופן חופשי במעבר, לבין זרים אחרים, שנדרשים להיכנס רק לאחר תיאום עם ישראל (אם כי ההחלטה הסופית היא פלסטינית). זוהי אינדיקציה נוספת לכך שבישראל המשיכו לראות את עזה והגדה המערבית כחידה טריטוריאלית אחת. דין תושבי הגדה המערבית בהחלט שונה מדין תושבי כל מדינה אחרת בעולם.

44. כמובן שהאינדיקציה הבולטת ביותר לכך שישראל הכירה באינטגרליות של עזה והגדה המערבית גם לאחר פינוי הרצועה הוא הסכם השיירות, שאינו אלא ורסיה חדשה שמבוססת על עקרונות המעבר הבטוח מהסכם הביניים: יפים לעניין זה דבריו מיום 16.11.05 (יום החתימה על הסכם המעברים) של ראש מנהלת המעברים במשרד הביטחון, מר בצלאל טייבר, לוועדת הפנים של הכנסת:

המעבר יהיה לאחר בדיקה ביטחונית מלאה, ובשיירות מלוות על ידי מערכת ביטחונית, מאובטחות על ידי מערכת ביטחונית, כאשר אנחנו מקווים שנביא לידי כך שלא תהיה העברת חומרים מסוכנים או חומרי חבלה, חס וחלילה, ממקום אחד למקום שני... מדובר בתנועה של כמה אוטובוסים ביום שיצאו מארז, יעברו בדיקה, אנשים יגיעו לתרקומיא, ככל הנראה, או למקום אחר, ירדו שם אנשים וייסעו למקומם ביהודה ושומרון. בבוא היום, כשירצו לחזור, יעלו על אוטובוסים בתרקומיא וייסעו לארז. האוטובוסים יהיו תחת בקרה ושליטה, כולל הנושא הביטחוני, וכולל כל מי שיעלה עליהם. נכון הדבר גם לגבי סחורות - מדובר במספר משאיות שיעלו בין קרני לבין מקום אחר, וגם שם המשאיות יהיו תחת בקרה מלאה, לפני שהם ייצאו, או כאשר הם ייצאו. גם הסחורות יהיו בבקרה מלאה ומוחלטת. ילכו אותם רכבי ביטחון שיופעלו באחריות המערכת הביטחונית. אין כוונה כרגע לבנות כביש תחתי או כביש עילי, יש לנו מספר חלופות לכבישי הגישה, ובהתאם למה שנסכם בימים הקרובים גם נפעיל את זה, כפי שסוכם.

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/pnim/2005-11-16.html>

45. על פי ההסכם, ישראל התחייבה לאפשר הפעלת שיירות מאובטחות של אוטובוסים ומשאיות שיובילו אנשים וסחורות בין עזה לגדה המערבית:

Link between Gaza and the West Bank: Israel will allow the passage of convoys to facilitate the movement of goods and persons.

46. ההסדרים המפורטים אמורים היו להיקבע על ידי הצדדים עד 15.12.05 אולם ישראל השהתה את ההסדר. חשוב לציין, כי ההסדר מובא בעתירה זו שכן הוא מהווה אינדיקציה ברורה לכך שישראל שותפה להשקפה הכללית שחובה לקיים את הקשר בין רצועת עזה לגדה המערבית, בהיותן יחידה טריטוריאלית אחת. טיבו של הסדר התנועה בישראל ופרטיו אינם באים בגדרה של עתירה זו, ובלבד שיהיה הסדר תנועה סביר כלשהו שיסדיר את מימוש הזכות לחופש התנועה.

העתק ההסכם מיום 16.11.05 מצורף ומסומן ע/7.

סתירות מהותיות בהתייחסות הפרקליטות לקשר בין רצועת עזה לגדה המערבית

47. מקור חשוב ללמוד על התייחסות המדינה לאינטגרליות של השטחים הוא כתבי בית-דין שהוגשו לאחרונה על ידי פרקליטות המדינה. עיון בהם מגלה סתירות מהותיות ובלבול: מחד מודיעים כי דין רצועת עזה כדין מדינה זרה, מאידך מודיעים כי הרשות הפלסטינית ברצועה ובגדה היא ישות מדינית אחת.

48. ביום 19.1.06 הגישה הפרקליטות תגובה מפורטת בעתירות שעסקו בבקשות של 10 סטודנטים מעזה לעבור לגדה לצורך לימודי ריפוי בעיסוק (בג"ץ 11120/05 ו-9 אחי). בין היתר כתבה הפרקליטות את הדברים הבאים:

אף אם קיימת זיקה מסוימת בין רצועת עזה לאזור יהודה ושומרון, בודאי אין בתחיקת הביטחון ובדין הבינלאומי הוראה המטילה חובה על המפקד הצבאי, השולט באזור הסגור על פי תחיקת הביטחון, להתיר כניסתם של אותם תושבים הנמצאים בשטח שאינו נתון לשליטה צבאית ישראלית. במיוחד נכונים הדברים כאשר מניעת הכניסה נובעת ממניעים ביטחוניים.

קבלת עמדת העותרים תוביל למסקנה כי קיימת כביכול חובה בדין למדינת ישראל להתיר את כניסתם של תושבי רמת הגולן הסורית לתוככי מדינת ישראל, ולמצער לתוככי רמת הגולן הישראלית על סמך הטענה הסורית כי רמת הגולן

הישראלית והסורית הינן "יחידה טריטוריאלית אחת", אשר נשלטת על ידי שני ריבונים.

49. לאלגוריה לרמת הגולן עוד נתייחס בהמשך, אולם ברור כי התשתית העובדתית בין שני המקרים הינה שונה לחלוטין, באופן שהופך את ההשוואה בין שני המקרים למופרכת.

סעיף 54 לתגובת המדינה: <http://www.gisha.org/state-response-19-1-06.doc>

50. מעניינת במיוחד תגובת המדינה, שהוגשה ביום 7.2.06 במסגרת העתירות נגד חוק האזרחות והכניסה לישראל (בג"ץ 7052/03). בתגובה זו, בניגוד מוחלט למה שנמסר בתגובה לעתירות הסטודנטים, קובעת הפרקליטות כי לא רק שיש זיקה מלאה בין שטחי הרשות הפלסטינית לרצועת עזה לשטחי הרשות הפלסטינית בגדה המערבית, אלא שהרשות הפלסטינית, בעזה ובגדה המערבית, מהווה ישות מדינית אחת:

הרשות הפלסטינית הינה ישות מדינית, בעלת מנגנוני שלטון וכוחות מעין-צבאיים, ובעלת שליטה על השטחים בהם נמצאת רוב האוכלוסיה הפלסטינית. גם ביחס לשטחים המצויים תחת שליטתה האפקטיבית של מדינת ישראל (שטחי C), יש לרשות זיקות פוליטיות, מנהליות ואזרחיות כלפי תושבי האזור... **עמדת המדינה היא, כי הרשות הפלסטינית אינה מדינה, אך היא ישות מדינית, וכך יש לבחון את היבטיה השונים.**

סעיפים 10-11 לתגובת המדינה מיום 7.2.06 בבג"ץ 7052/03. התגובה נמצאת במלואה באתר המוקד: <http://www.hamoked.org.il/items/4488.pdf>

51. הנה כי כן, תוך שלושה שבועות הוגשו שני מסמכים הסותרים זה את זה באופן מהותי: האחד קובע כי יש זיקה קלושה בין הרצועה לגדה המערבית, זיקה שאינה מקנה זכות תנועה בין החלקים, והאחר קובע כי לא רק שיש זיקה בין החלקים, אלא שביחד הם מהווים ישות מדינית אחת, בעלת מעמד בינלאומי.

עתירות קודמות בנוגע לחופש התנועה בין רצועת עזה לגדה המערבית

52. על הגבלות התנועה הקשות במגוון של תחומים ניתן ללמוד גם מהעיסוק המשפטי הנרחב בנושא והמקרים הרבים בהם נדרשת עתירה לבג"ץ כדי להסדיר מעבר אפילו בנסיבות הומניטאריות, קל וחומר בנסיבות שגרתיות. להלן מספר דוגמאות:

בדיקות רפואיות

בבג"ץ 4562/05 נדון עניינה של תושבת ח'אן יונס שנזדקקה לבדיקת MRI עקב חשש לאיבוד ראייה. בדיקה זו אינה נערכת ברצועה והעותרת ביקשה להגיע למכון שעורך בדיקות אלו ברמאללה. בקשתה סורבה ורק בעקבות עתירה ניתן היתר המעבר.

בבג"ץ 5849/05 נדון עניינו של תושב רפיח שנוקק לבדיקת MRI וגם במקרה זה סורבה בקשתו עקב מצב הביטחון הכללי. רק בעקבות העתירה ניתן היתר המעבר.

ביקור מגורשים

בבג"ץ 10677/04 נדון עניינם של זוג הורים מבית לחם, אשר בנם גורש לעזה על ידי ישראל. האם לא קיבלה היתר מעבר לרצועת למעלה משנתיים ולא יכלה להתראות עם בנה ונכדיה. רק בעקבות העתירה הותר המעבר והמשיב התחייב לאפשר במקרים דומים את המעבר בכפוף לבחינה פרטנית או סגר.

בבג"ץ 325/05 ובבג"ץ 5719/05 שוב עלה הנושא. עניינן של עתירות אלו בבקשותיהן של תושבות בית לחם לבקר אצל בני זוגן, אשר גורשו לרצועה על ידי ישראל. גם במקרים אלו נדרשה עתירה כדי שיינתנו ההיתרים.

ביקורי משפחה

בבג"ץ 1524/05 נדון עניינו של תושב טול כרם שבמשך למעלה מארבע שנים לא קיבל היתר לעבור לרצועת עזה שם מתגוררים בת זוגו, ילדיו ונכדו. בעקבות העתירה הוסר הסירוב אך בשל הסגר עוכב מעברו. ה"עילה" שלו לא הייתה מספיק טובה לזמן הסגר. רק בלחץ העתירה הותר מעברו.

שינוי מקום מגורים מכוח נישואין

בבג"ץ 6040/04 נדון עניינה של תושבת דיר אל בלאח (ברצועה) שביקשה להינשא לתושב חברון ולעבור להתגורר עמו. רק בעקבות העתירה ניתן לה היתר מעבר. מאוחר יותר דרשו רשויות הצבא כי העותרת תחזור לרצועת עזה ואף הכתירו אותה בתואר שוהה בלתי חוקית. בעקבות זאת התנו את הגעתה לרצועת עזה ללוויית אביה בכך שלא תחזור לבעלה וילדה בגדה המערבית, דבר שהלכה למעשה מנע ממנה את ההשתתפות בתקופת האבל על מות אביה. היום תלויה ועומדת עתירה עקב סירוב הצבא להתיר את מעבר קרוביה, המעוניינים לבקרה, לגדה (בג"ץ 8356/05).

בבג"ץ 8526/05 נדון עניינה של פלסטינית ילידת קלקיליה שנישאה לתושב עזה והקימה עמו בית ברצועה. בתחילת יולי 2005 קיבלה היתר, עבודה ועבור בתה התינוקת, לעבור לגדה המערבית לביקור משפחה, אך כשביקשה לחזור נתקלה בסירוב. רק לאחר שהוגשה העתירה הסכים המפקד הצבאי לתת לה היתר ולאפשר את חזרתה לביתה.

שינוי מקום מגורים

בבג"ץ 5504/03, בג"ץ 3555/05 ובג"ץ 4465/05 נדון עניינם של תושבים פלסטינים ששינו את מקום מגוריהם מרצועת עזה לגדה המערבית. לאחר שנים לא מבוטלות בגדה המערבית,

נתפסו במקרה על ידי גורמי הביטחון והורחקו לרצועת עזה. רק בעקבות העתירה ניתן להם לשוב לבתיהם ולמשפחותיהם בגדה המערבית.

בבג"ץ 3519/05 נדון עניין דומה, כאשר המפקד הצבאי הרחיק לעזה תושב פלסטיני שגדל מגיל 11 בג'נין. לאור העובדה שמענו הרשום ברצועה, סירב המפקד הצבאי להתיר חזרתו לגדה המערבית. בתשובה לעתירה טען המפקד הצבאי כי אין הוא מחויב להוציא צו תיחום מגורים, שכן העותר הוא שוהה בלתי חוקי בגדה. בית המשפט הנכבד הוציא צו על תנאי בעתירה והיא תלויה ועומדת.

לימודים באוניברסיטה

בבג"ץ 11120/05 ועוד תשע עתירות אחרות, נדון עניינם של 10 צעירים מרצועת עזה שהתקבלו ללימודי ריפוי בעיסוק באוניברסיטת בית לחם. עתירות אלו תלויות ועומדות. המדינה טענה כי סטודנטים מעזה בקבוצת הגיל של 16-35 היא פרופיל סיכון, ולא ניתן לערוך להם בחינה ביטחונית פרטנית.

הגבלות תנועה בזמן סגר

בבג"ץ 9896/05 נדון עניינו של תושב ג'נין שנסע לביקור משפחתי ברצועה עם בנו בן ה-6. כשביקשו לחזור לגדה המערבית הוטל הסגר והצבא סירב לאפשר להם לחזור לביתם. רק בעקבות העתירה ניתן ההיתר.

התכתבויות עקרוניות נוספות

53. מעבר לעתירות הרבות, ומעבר להתכתבויות הפרטניות הרבות בנושאים הקשורים לחופש התנועה בין עזה לגדה המערבית, נציין גם מספר מכתבים כלליים יותר בנושא:

ביום 13.9.05 וביום 21.9.05 נשלחו שני מכתבים במסגרת קדם בג"ץ, אשר עסק בהקפאה הגורפת של הטיפול בצורכי האוכלוסייה האזרחית ברצועה מייד לאחר הפינוי. בין היתר עסק קדם הבג"ץ במעבר בין עזה לגדה. המוקד קרא לחידוש המעבר והתריע כי העברת השליטה במעבר למשרד הפנים אינה משנה את השיקולים שרשאית המדינה לשקול, שהם בעיקרם השיקולים הביטחוניים בהתאם לדין ההומניטארי הבינלאומי.

העתקי המכתבים מיום 13.9.05 ומיום 21.9.05 מצורפים ומסומנים **ע/8** ו-**ע/9**.

ביום 22.9.05 כתבה למוקד מנהלת מחלקת הבג"צים מכתב תשובה ובו ציינה כי עבודת המטה באשר להסדרי הכניסה לישראל, לרבות לצורך מעבר לגדה, טרם הסתיימה וכי בינתיים הסמכות תמשיך להיות מופעלת על ידי המת"ק.

העתק המכתב מיום 22.9.05 מצורף ומסומן **ע/10**.

ביום 26.12.05, בעקבות פגישה של נציגי המוקד עם מתאם פעולות הממשלה בשטחים, נשלח מכתב לכל הגורמים הרלוונטיים בנוגע להגבלות התנועה בין עזה לגדה המערבית, המביאות לקריעתן של משפחות, ולהפרדתם הכפויה של בני זוג ושל ילדים מהוריהם.

העתק המכתב מיום 26.12.05 מצורף ומסומן ע/11.

ביום 9.2.06 התקבל מכתב תשובה מקצין פניות הציבור של המתפ"ש, אך הוא כלל רק התייחסות למספר מקרים פרטניים שצוינו בו ולא לסוגיה הכללית של הגבלות התנועה.

העתק המכתב מיום 9.2.06 מצורף ומסומן ע/12.

ביום 1.2.06 שלח המוקד קדם בג"ץ נוסף בנושא הגבלות התנועה בין עזה לגדה.

העתק המכתב מיום 1.2.06 מצורף ומסומן ע/13.

הטיעון המשפטי

תמצית הטיעון המשפטי

54. רצועת עזה ושטח הגדה המערבית הן יחידה טריטוריאלית אחת. לתושבי השטחים הללו זכות יסוד לנוע בין שני החלקים. זכות יסוד זו מקבילה לזכותו של אזרח לנוע בתחומי מדינתו. זכות זו עולה בקנה אחד עם המשפט ההומניטארי הבינלאומי, משפט זכויות האדם הבינלאומי והמשפט החוקתי הישראלי.

55. הזכות לחופש התנועה ניתנת להגבלה מטעמי ביטחון. לא ניתן להגביל את חופש התנועה לקריטריונים מצומצמים של מקרים הומניטאריים מיוחדים, 200 במספר שבשגרה, עשרות בודדות בזמן סגר, במיוחד כאשר לא נשקפת מהאדם המבקש סכנה.

56. האמצעי שבו נוקטת המדינה הוא בלתי סביר בעליל ואינו מידתי, שכן הוא נותן את מלוא המשקל לשיקול הביטחוני ואינו נותן כל משקל לפגיעה בזכויות האדם, לחובות המדינה לפי המשפט הבינלאומי כלפי התושבים המוגנים ולפגיעה במרקם החיים.

57. העתירה מעוררת שאלות משפטיות נלוות, כמו מידת האחריות המשפטית של ישראל לזכויותיהם של תושבי רצועת עזה (אף שהיא נוגעת באותה מידה לזכויותיהם של תושבי הגדה המערבית). התנערות המדינה מאחריות מבטאת גישה פשטנית ומוטעית, שאינה עולה בקנה אחד עם פרשנות תכליתית של הדין הבינלאומי.

58. העותרת תטען כי ישראל ממשיכה להפעיל סמכויות רבות בנוגע לרצועת עזה וכי סמכויות אלו משליכות על תושביה הפלסטינים. סמכויות אלו, שבמדינות עצמאיות נתונות ככלל לממשלה,

מופעלות עדיין על ישראל באופן בלעדי. הפעלת סמכויות אלו אינה נעשית בחלל משפטי. ישראל מחוייבת להפעיל סמכויות אלו באופן המתיישב עם זכויות האדם ומחויבויותיה לחוק הבינלאומי ולעקרונות החוקתיים שלה.

הדינים הרלוונטיים

59. 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).

60. 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.

תחולת המשפט ההומניטארי הבינלאומי

61. 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 כך 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.

62. דיני התפיסה הלוחמתית הנם מקרה ספציפי של חוקי הלחימה. דינים אלו מקורם בתקנות 42-56 לתקנות האג ובאמנת ג'נבה. 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

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

63. הגדה המערבית היא שטח הנתון לתפיסה לוחמתית, אולם לאחרונה טוענת המדינה כי שטח רצועת עזה הוא שטח "משוחרר" ושדיני הכיבוש אינם חלים עליו. עם כל הכבוד, טענה זו היא טענה פשטנית ומנוגדת לפרשנות הרווחת בבית הדין הבינלאומי.

64. ייאמר מייד – העותרת אינה סבורה שדבר לא השתנה. אכן, נפל דבר: השטח שהועבר לשליטה פלסטינית גדל, האדמיניסטרציה הישראלית בוטלה בחלקה, מעבר רפיח עבר לידי הפלסטינים והצבא הישראלי נמנע בינתיים מלהיכנס בכוחות רגליים לרצועה. עם זאת, ישראל ממשיכה להפעיל סמכויות שונות ברצועת עזה ואספקטים רבים של החיים האזרחיים ברצועה נותרו עדיין תחת שליטתה האפקטיבית של ישראל.

65. די אם נציין כי ישראל ממשיכה לשלוט במתחם האווירי של הרצועה, במים הטריטוריאליים של הרצועה, באספקת החשמל, באספקת מוצרים, מזון ותרופות דרך מעבר קרני, במרשם האוכלוסין הפלסטיני, המשותף לתושבי עזה והגדה המערבית, בגביית מיסים ועוד. היעלה על הדעת שישראל תנתק בן לילה את החשמל לרצועת עזה כי "הסתיים הכיבוש הישראלי ברצועה"? או מכל סיבה אחרת?

66. לאור זאת סבורה העותרת כי יש להחיל את דיני הכיבוש באופן תכליתי, בהתאם לנסיבות כל עניין ועניין. אין סמכויות שמופעלות בחלל משפטי ריק. מקום בו מפעילה מדינה סמכויות יש לה גם חובות. מקום בו מפעילה מדינה סמכויות עליה לעשות זאת בצורה סבירה, המתחשבת בזכויות האדם.

67. לתחולת דיני הכיבוש, השאלה המרכזית שיש לבחון היא האם קיימות די עדויות לכך שהסמכות הופעלה בפועל על ידי המדינה המעורבת באזור שבנדון. יפים לעניין זה דבריו של בית הדין הבינלאומי בפסק דינו האחרון מיום 19.12.05, בנוגע לפעילות צבא אוגנדה על אדמת קונגו:

172. The Court observes that, under customary international law, as reflected in Article 42 of the Hague Regulations of 1907, territory is considered to be occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army, and the occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised (see Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 167, paras. 78 and p. 172, para. 89).

173. In order to reach a conclusion as to whether a State, the military forces of which are present on the territory of another State as a result of an intervention, is an “occupying Power” in the meaning of the term as understood in the *jus in bello*, the Court must examine whether there is sufficient evidence to demonstrate that the said authority was in fact established and exercised by the intervening State in the areas in question.

68. בית הדין מוסיף, כי אין חשיבות לצידוק שבתפיסה או לקיומו של מינהל צבאי בשטח:

[A]ny justification given by Uganda for its occupation would be of no relevance; nor would it be relevant whether or not Uganda had established a structured military administration of the territory occupied.

69. עוד קובע בית הדין כי השטח הנתון תחת כיבוש אינו יכול להיגזר באופן פשטני ממיפוי מיקומם הגיאוגרפי של הכוחות הצבאיים:

[T]he Court first observes that the territorial limits of any zone of occupation by Uganda in the DRC cannot be determined by simply drawing a line connecting the geographical locations where Ugandan troops were present, as has been done on the sketch-map presented by the DRC.

ICJ CASE CONCERNING ARMED ACTIVITIES ON THE TERRITORY OF THE CONGO - DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO v. UGANDA, p. 59.

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

70. בפרשת צמל, אף שעניינה אירועים שאירעו על אדמת לבנון לפני למעלה מעשרים שנה, החזיק בית המשפט הנכבד בעמדה דומה ופסק כי הפעלת סמכות על ידי כוחות צבאיים ישראלים בשטח מחוץ למדינה, גם אם היא זמנית, וגם אם היא אינה במסגרת של משטר צבאי כולל, תהיה נתונה לביקורת שיפוטית בהתאם לדין ההומניטארי הבינלאומי. באותה סוגיה עלתה, בדומה להיום, שאלת מעמדו של השטח שבו עצרו כוחות הביטחון תושבים לבנונים. על כך פסק מ"מ הנשיא, השופט שמגר:

אקדים ואומר, שההכרעה בשאלה זו היא, במקרה דנו, בעלת חשיבות משנית בלבד, כי כוחו וסמכותו של כוח לוחם לעצור אזרחים המסכנים ביטחונם שרירים וקיימים, גם אם הכוח הלוחם רק מבצע פשיטה או פלישה, שאינה כרוכה

בהחזקתו הנמשכת של השטח... במלים אחרות, לו היה מדובר על אנשים, שפעלו נגד כוחות צה"ל ונפלו לידי צה"ל במסגרת פשיטה של צה"ל לשטח מחוץ לתחומי ישראל, לא היה בכך כדי לשנות באופן מהותי מן החובה לקיים כלפי אנשים אלו את הכללים של המשפט הבינלאומי הפומבי, החלים על מעצרים של אזרחים בשטח, המוחזק על-ידי כוח צבאי המקיים מערכת ממשל צבאי...

תחולתו של הפרק השלישי לתקנות האג ותחולתן של ההוראות המקבילות באמנה הרביעית אינן מותנות בכך שהוקמה מערכת ארגונית מיוחדת, הלובשת צורת ממשל צבאי (בג"ץ 102/82 צמל נ' שר הביטחון, פ"ד לז(3) 365, 371).

71. עמדה דומה השמיע המלומד Sir Adam Roberts⁹, במאמר שעסק בשאלה אחת, בקשר לעיראק, והיא האם אחריותה של מעצמה כובשת בשטח יכולה להסתיים בנקודת זמן אחת?

72. Roberts קובע כי ההכרזה על העברת הסמכות לממשלה העיראקית לא מפסיקה באחת את תחולת הדין ההומניטארי הבינלאומי, כאשר הכוחות האמריקאיים נותרים בשטח, וכאשר חלק מהסמכויות של הממשלה העיראקית ממומשות בפועל על ידי הכוחות האמריקנים:

Will the specific rules relating to occupation also apply as from 28 June 2004? In the case of occupations, as in that of armed conflicts, the test for when the four 1949 Geneva Conventions apply is essentially a factual one. Under their common Article 2, the conventions apply to all international armed conflicts, and to all cases of partial or total occupation of a country. The question of whether or not there is a formal proclamation of occupation is of limited importance: it is the reality, not the label that counts. By the same token, the formal proclamation of the ending of occupation could also be of limited importance. There could be numerous circumstances after 28 June that constitutes either a general exercise of authority in Iraq similar to that of an occupant, or else an occupation of at least a part of Iraqi territory. In such circumstances the law on occupations would again be applicable.

המאמר של Roberts מצורף ומסומן ע/14.

⁹ סר אדם רוברטס הוא פרופסור ליחסים בינלאומיים באוניברסיטת אוקספורד.

73. הנה כי כן, הטענה לפיה עם פינוי בסיסי הצבא והכוחות הרגליים מהרצועה והמנשר שהוצא בעקבותיהם פטורה ישראל, באחת, מכל אחריות, היא טענה פשטנית אשר אין לה אחיזה במציאות. במיוחד נכון הדבר לגבי נושא המעברים, שכן לרשות הפלסטינית הנבחרת אין היום יכולת לממש את סמכותה בתחום חופש התנועה הפנימי בין שני חלקים המהווים חלק אינטגרלי מהיחידה הגיאוגרפית הנתונה, לכאורה, לשליטתה.

תחולת משפט זכויות האדם הבינלאומי

74. 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.

75. 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>

76. בית הדין הבינלאומי קבע כי על המדינה לכבד את ההתחייבויות הבינלאומיות שלה לפי האמנות בכל פעם שהיא מפעילה את סמכויותיה 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/icj/idocket/ico/icoframe.htm>

77. 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).

תחולת המשפט הציבורי הישראלי

78. 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, שענינם 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, שענינם 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).

79. כאשר גורמים מטעם המדינה מפעילים סמכויות 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).

80. 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 סינף, 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).

פגיעה בזכויות אדם

הזכות לחופש התנועה

81. 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).

82. 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.

83. 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.

84. 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.

85. 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.

86. חשוב לציין גם את סעיפים 41-43 (החלים באזור קונפליקט), 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 עגורני, פסקה 18 לפסק הדין).

87. 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.

על הזכות לנוע בין רצועת עזה לגדה המערבית

88. טוענת המדינה בתשובתה בבג"ץ 11120/05 ואח', כי חופש התנועה לא חל על תנועה בין רצועת עזה לגדה המערבית. טוענת המדינה כי מדובר במעבר של אנשים משטח "זר" לשטח כבוש וכי אין לתושבים הפלסטינים מחלק אחד "זכות קנויה" להיכנס לחלק האחר. המדינה אף טוענת

כי הזיקה בין שני החלקים אינה מצדיקה לחייב אותה לאפשר את תנועת האנשים, כמו שאין היא חייבת לאפשר לתושבים סורים מרמת הגולן הסורית להיכנס לרמת הגולן הישראלית. למעשה, כופרת המדינה בהצהרתה היא במשך כל השנים, כי שני החלקים מהווים יחידה טריטוריאלית אחת.

89. טענה זו, כמו האלגוריה לרמת הגולן, היא, עם כל הכבוד, מופרכת. האינטגרליות של שני החלקים הייתה ונותרה תוצאה של גורמים תרבותיים, חברתיים ופוליטיים. השליטה הישראלית בשטחים אלו במשך ארבעה עשורים (פחות שנה) היא לכל היותר עוד נדבך המעיד על האינטגרליות, אולם ודאי שאין היא חזות הכל.

90. רצועת עזה והגדה המערבית הן יחידה מדינית, תרבותית, חברתית אחת, לדעת כל. האינטגרליות כה מוטמעת עד שאין כל ספק שכאשר מתבצע ירי טילי קסאם מהרצועה באים בטענה למנהיג הפלסטיני היושב ברמאללה. גם לאחר פינוי הרצועה.

91. התחושה של האינטגרליות היא עמוקה. המדינה רואה ברשות הפלסטינית ישות מדינית, מעין מדינה היושבת ברצועה ובגדה המערבית. הודעה ברוח זו הוגשה, כאמור, לאחרונה, לאחר הפינוי, לבית משפט נכבד זה. בהסכם המעברים ניתן מעמד זהה לכל בעלי הדרכון הפלסטיני, בלי קשר למענם. הסכם המעברים נחתם לאחר הפינוי.

92. נחזור לדוגמה של רמת הגולן. לפי האלגוריה, רמת הגולן הישראלית היא הגדה המערבית ורמת הגולן הסורית היא רצועת עזה. צודקים המשיבים כי לדרוזים של רמת הגולן יש זיקה לדרוזים של רמת הגולן הסורית, כמו גם לדרוזים שבכרמל, אולם האם תושבי רמת הגולן הסורית כפופים לרשויות היושבות ברמת הגולן הישראלית? האם ברמת הגולן הסורית בוחרים נציגים לפרלמנט היושב בקצרין? האם בתי הספר בסוריה כפופים למשרד החינוך של רמת הגולן הישראלית? האם ברמת הגולן הסורית והישראלית יושבים בני עם אחד שכל העולם מייעד להם את שטח רמת הגולן כולה כשטח מדינתם?

93. במשך עשרות שנים עוברים פלסטינים מרצועת עזה לגדה ומהגדה לרצועת עזה. גם לאחר ההפרדה הפיזית בין האזורים, באמצעות חסמים וגדרות ואיסור שהייה בישראל, המשיכה המדינה לכבד את האינטגרליות של החלקים ואף הצהירה על כך בפומבי מספר רב של פעמים. רק לפני כשלוש שנים שבה והצהירה המדינה על האינטגרליות של החלקים בפני בית המשפט הנכבד בפרשת עגירי. האם פינוי ההתנחלויות והבסיסים משנים באחת את הזיקה הברורה והמוצהרת בין שני החלקים? ודאי שלא. 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.

הזכות לכבוד האדם ולאוטונומיה של הרצון האישי

94. הזכות לחופש התנועה, כאמור, היא המנוע, היא האמצעי למימושן של זכויות אדם רבות אחרות. בראש ובראשונה מהווה חופש התנועה אמצעי למימוש כבוד האדם, בחירותיו ורצונותיו.

זכותו של הפרט לנוע באופן חופשי בגבולות מדינתו ומחוצה להן, היא ביטוי מובהק לאוטונומיה של הרצון הפרטי. העיקרון החוקתי - הנגזר מכבוד האדם - בדבר פיתוח אישיותו של כל פרט, כולל בחובו את חופש התנועה. אכן, ההגנה החוקתית על חופש התנועה היא ביטוי להגנה החוקתית הניתנת בישראל לחירות (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 59).

95. תיחום חופש התנועה לקריטריונים מצומצמים המבוססים על בסיס תכלית הנסיעה מהווה פגיעה קשה ביותר בכבודו.

96. האדם הוא יצור אוטונומי, הפועל בחברה. האוטונומיה של הרצון החופשי באה לידי ביטוי בכך שמותר להגביל אותה רק כאשר הדבר מתנגש עם זכויות אחרות או אינטרסים חברתיים מיוחדים. מותר להגביל את חופש התנועה בשל צורך ביטחוני, אולם לא ניתן להגביל את חופש התנועה דרך קבע לפי קריטריונים מצומצמים של "נסיבות הומניטאריות". הניסיון לחייב אדם להצדיק ולהסביר כל תנועה שהוא מבקש לעשות כתנאי לכיבוד זכותו לנוע הוא ניסיון משפיל. הוא ניסיון לתכנת את חייו של אדם לתבניות קטנות ומדודות מראש. הוא מתעלם ממסורת, מציווי דת, מנורמות חברתיות ותרבותיות, מצורך בסיסי בקשרים חברתיים ומשפחתיים, מהצורך לבלות יחד בתקופת החגים ובאירועים משפחתיים. הוא מעקר את החיים.

97. אחד העקרונות המרכזיים הוא ההכרה באדם כערך בפני עצמו. כל אדם הוא עולם ומלואו. כיצד ניתן אם כן למצות את חופש התנועה במתן 200 היתרים הומניטאריים? כל הקודם זוכה; ואם יהיו 400 אנשים שירצו היתרים לצורך טיפולים רפואיים, האם נמנע מהמטופל ה-201 את הטיפול? יפים לעניין זה דבריו של כבוד השופט אור בזכות האוטונומיה של האדם:

לכל אדם זכות יסודית לאוטונומיה. זכות זו הוגדרה כזכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאוייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה... 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 פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדירות את אישיותו ואת חייו של הפרט...

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. אכן, כבר נפסק כי אחד מן הביטויים של הזכות לכבוד הוא "...חופש הבחירה של כל אדם כיצור חופשי", וכי בכך משתקפת התפיסה לפיה "כל אדם... הוא עולם בפני עצמו, ומטרה בפני עצמה"... כפי שציין הנשיא ברק, "אוטונומיה זו של הרצון הפרטי מהווה ערך יסוד במשפטנו. היא מעוגנת כיום בהגנה החוקתית על כבוד האדם"... על משמעותו של כבוד האדם, בהקשר זה, עמד הנשיא שמגר בע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני ואח', פ"ד מח(3) 837, באמרו כי (בעמוד 842): "כבוד האדם משתקף, בין היתר ביכולתו של יצור אנוש בתור שכזה לגבש את אישיותו באופן חפשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לבחור בחירותיו הרצוניות, לא להיות משועבד לכפייה שרירותית, לזכות ליחס הוגן מצד כל רשות ומצד כל פרט אחר, ליהנות מן השוויון אשר בין בני אנוש..." (ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל", תק-על(3) 574, עמ' 595).

98. הזכות לכבוד האדם ולאוטונומיה של הרצון החופשי אינה ניגפת מעבר לקו הירוק, והיא חלה גם לגבי המתנחלים וגם לגבי התושבים המוגנים. בית המשפט נדרש לכך בפרשת עגורני ובפרשת חוף עזה. בפרשת עגורני הכיר בית המשפט בכך שהוצאתו הכפויה של אדם מביתו פוגעת בכבודו ובאישיותו. "ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי של אדם, של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים", נאמר. על כן הקפיד בית המשפט לקבוע ערובות קפדניות לשימוש באמצעי של תיחום מקום המגורים. בפרשת חוף עזה קבע בית המשפט כי פינוי המתנחלים מהווה פגיעה קשה באוטונומיה שלהם. בית המשפט התבסס על ההכרה בזכות לאוטונומיה בפסקי הדין בפרשת עלי דעקה ובפרשת עגורני.

פגיעה במגוון רב של זכויות אדם

99. ההגבלות החמורות על חופש התנועה משליכות בצורה ישירה על מגוון רב של זכויות אדם בסיסיות: הזכות לחיי משפחה, חופש העיסוק והפרנסה, חופש הדת והפולחן, הזכות לטיפול רפואי, הזכות לחינוך, הזכות לבחור ולהיבחר, הזכות להתאסף ולהפגין וזכות הגישה לערכאות. זוהי רשימה לא ממצה. הדוגמאות בסעיף 21 לעתירה זו ממחישות רק חלק קטן מהסיטואציות היומיומיות: סבתא המעוניינת לפגוש את נכדתה ביום הולדתה, חבר המבקש לבקר אצל חבר בבית חולים, אישה המבקשת לנחם את בת דודתה על מות אביה, דודה המבקשת לשמור על אחייניה בזמן שאמם נפלה למשכב, אח המבקש לסעוד את אחותו, אם המבקשת לקחת את בנה חולה האסטמה לרופא, עובד שטח של ארגון זכויות אדם המבקש להשתלם בסניף הראשי של הארגון, פועל בניין שמחפש עבודה או עורך דין המבקש לייצג לקוח.

100. זכויות אלו מעוגנות בדין ההומניטארי הבינלאומי, באמנות בדבר זכויות האדם ובמשפט החוקתי הישראלי. בין היתר ר':

תקנה 43 לתקנות האג; סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, סעיפים 17, 18, 21, 23, 25 ו-27 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966; סעיפים 6, 7, 8, 10, 12, 13 ו-15 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966.

הפגיעה במרקם החיים

101. החובה לכבד את מרקם החיים מעוגנת בתקנה 43 לתקנות האג, הקובעת כי על הכובש "לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך".

102. בהבטחת הסדר ומרקם החיים, במיוחד כשמדובר בכיבוש בן 40 שנה, חייבת המדינה לקחת בחשבון את החיים הדינאמיים של החברה האזרחית. אסור לה להקפיא את החיים:

חייה של אוכלוסייה, כחייו של יחיד, אינם שוקטים על השמרים אלא מצויים בתנועה מתמדת, שיש בה התפתחות, צמיחה ושינוי. ממשל צבאי אינו יכול להתעלם מכל אלה. אין הוא רשאי להקפיא את החיים (בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד לז(4) 785, 804).

103. כל עוד ישראל מפעילה סמכויות מהותיות, בגדה כמו גם ברצועת עזה, סמכויות אשר בדרך כלל נתונות לרשויות השטח או הישות, היא נושאת באחריות גם להבטחת מרקם החיים. לכל הפחות אחראית המדינה להשלכות של מעשיה על מרקם החיים.

104. השיקול של פגיעה במרקם החיים של האוכלוסייה, מעבר לפגיעה הפרטנית בזכויות האדם, הוכר בצדק על ידי בית המשפט הנכבד בשורה של החלטות בנוגע לגדר ההפרדה. האדם פועל בחברה, בקהילה ובמסגרתה הוא מממש את זכויותיו. פגיעה במרקם החיים היא פגיעה בתשתית הנחוצה כדי לקדם את זכויות האדם. כאשר מזוהה פגיעה במרקם החיים של האוכלוסייה, לא די בכך שניתן למצוא פתרונות פרטניים:

פגיעתה של גדר ההפרדה אינה מצטמצמת אך בפגיעה באדמות התושבים ובגישתם אליה. הפגיעה היא רחבה יותר. היא משתרעת על מירקם החיים של האוכלוסייה כולה. בחלקים רבים גדר ההפרדה עוברת סמוך לבתיהם. במקומות מסוימים (כגון בית סוריק) גדר ההפרדה עוטפת את הכפר ממערב מזרע וממזרח. הגדר משפיעה במישרין על הקשר בין התושבים המקומיים לבין המרכזים העירוניים (ביר נבאלה ורמאללה). קשר זה הוא קשה גם בלא גדר ההפרדה. קשר זה יהא קשה שבעתיים עם הקמתה של הגדר (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואחרים נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח(5) 807, 861).

105. גם ללא הגבלות התנועה הקשות היה קושי ממשי לקיים את המרקם החברתי. קל וחומר כאשר מוטלות הגבלות תנועה כה קיצוניות על אוכלוסייה רחבת היקף, למעט 2,000 איש

בלבד, מתוכם 200 אנשים שאינם בעלי ייחוס או משלח יד ספציפי, אלא אנשים רגילים, מן הישוב.

106. ניתוק תושבי עזה ורפיח מרמאללה ומבית לחם מקביל לניתוק תושבי באר שבע ושדרות מירושלים ומתל אביב. ערים מרכזיות בגדה המערבית, בעיקר רמאללה, מהוות מוקד שלטוני, פוליטי ומסחרי של העם הפלסטיני, בין אם הוא יושב בגדה המערבית או ברצועת עזה. שערו בנפשכם שתושבי באר שבע לא יוכלו להגיע לכנסת, לבית המשפט העליון או להפגין מול משרד ראש הממשלה. שערו בנפשכם שתושבי שדרות לא יוכלו להגיע לבורסה, למשרדי עורכי הדין הגדולים או ל"הבימה".

107. באר שבע היא מטרופולין בפני עצמה, כמו עזה העיר, ויש בה בית חולים, אוניברסיטה ותיאטרון, ובכל זאת - האם ניתוקם המוחלט של תושביה מתל אביב ומירושלים יכול כלל לעלות על הדעת?

108. בנוסף על כך, יש לזכור כי הרשות הפלסטינית מנהלת את משאביה הציבוריים בהתאם לצרכים ולמשאבים העומדים לרשותה ואין היא יכולה לשכפל את כל המערכות הציבוריות על מנת שיהיו נגישות גם ברצועת עזה וגם בגדה המערבית, בדיוק כפי שאין לצפות שיוקמו בתי חולים, בתי ספר, מוסדות ציבור ותשתיות חדשות בכל מובלעת שיצרה הגדר. בדיקות MRI, למשל, נערכות על ידי משרד הבריאות הפלסטיני רק במכון ברמאללה.

109. הפגיעה במרקם החיים באה לידי ביטוי לא רק בהגבלת הנגישות של תושבי עזה למוקדי השלטון ברמאללה, לבית המשפט, למוסדות הלאומיים, לפרלמנט ולמשרדי הממשל. הפגיעה היא גם בחיי המשק, החברה והמסחר: אם מתקיים כנס של איגוד הרופאים ביריחו, גם רופאים תושבי עזה מעוניינים להשתתף בו. לשכת עורכי הדין הפלסטינית יכולה לערוך השתלמויות ברמאללה לציבור עורכי הדין החברים בה, מעזה ומהגדה כאחד. הפגיעה במרקם החיים באה לידי ביטוי, בין השאר, בהגבלת מקומות הפרנסה ובאפשרות לקיים מסחר חופשי.

שינוי קבוע וארוך טווח של השטח הכבוש

110. הגדה המערבית ורצועת עזה הן יחידה טריטוריאלית אחת, ישות מדינית אחת. יכול שמדינת ישראל תסיים את אחיזתה הצבאית בחלק אחד של השטח (רצועת עזה) ותמשיך להחזיק בחלק אחר, המרכזי של השטח (הגדה המערבית). יחד עם זאת, על פי המשפט הבינלאומי אסור לישראל לנתק את שני החלקים הללו באופן קבוע, שכן הדבר מהווה שינוי של מעמד השטח הכבוש על ידה בגדה המערבית.

111. העיקרון לפיו אסור, בצורה מפורשת, למעצמה הכובשת לערוך שינויים מהותיים במבנה החברתי או הפיזי של השטח הכבוש, נובע מהאופי הזמני של הכיבוש הצבאי ומהתפיסה כי הצבא הכובש מחזיק בשטח בנאמנות ורק לצורך מטרותיה הצבאיות של המדינה. ניצול או סיפוח השטח אסורים בהחלט. החריג היחידי שהוכר, מתיר למעצמה הכובשת לערוך שינויים

מהותיים ובעלי השלכות ארוכות טווח, אך במידה שהדבר נדרש לצורך קיום חובותיה כלפי האוכלוסייה האזרחית:

...בהעדר טעמים מיוחדים אין מפקד האזור צריך, בדרך כלל, ליזום שינויים כאלה באזור, שאפילו אם אינם משנים את הדין הקיים, הרי תהיה להם השפעה מרחיקת לכת ולאורך ימים על המצב באזור, מעבר לתקופה, שבה ההחזקה כאזור צבאי תסתיים בדרך זו או אחרת, אלא אם מדובר בפעולות, שהן לטובת תושבי האיזור (בג"ץ 351/80 חברת החשמל נ' שר האנרגיה, פ"ד לה(2) 673, 690).

112. אם נחזור לדוגמא שלעיל, הרי שכל בר דעת מבין כי ניתוק באר שבע ושדרות או אזור הדרום מגוש דן, ירושלים ושאר חלקי המדינה, אינו רק פוגע בתושבי מחוז הדרום אלא מהווה שינוי מהותי ארוך טווח באופייה של המדינה כולה. ניתוק עזה מהגדה המערבית על ידי הגבלות חמורות וקבועות על חופש התנועה, כבר למעלה מחמש שנים, ובמיוחד בחודשים האחרונים, מהווה שינוי מהותי ובעל השפעות ארוכות טווח על אופייה של הגדה המערבית, על ההסדרים החברתיים, המשפטיים והתרבותיים שבה.

113. ניתוק רצועת עזה מהגדה המערבית מנתק את אוכלוסיית הגדה המערבית לא רק מקרוביהם ובני משפחתם, אלא גם ממשאבים פיזיים (גישה לים התיכון, למשל) וממיליון וחצי בני אדם שהם חלק אינטגרלי מהחברה הפלסטינית. ניתוק רצועת עזה מהגדה המערבית עלול לגרום לכך שהרשויות הפלסטיניות לא יוכלו להמשיך ולהפעיל באופן אפקטיבי את סמכויותיהן בשני חלקיה של הרשות הפלסטינית.

שיקולי הביטחון והיעדר מידתיות

114. אין חולק כי שיקולי ביטחון הם שיקולים רלוונטיים וחשובים כשנשקלות הגבלות על חופש התנועה. בין העותרת למשיבים נטושות מחלוקות באשר להיקף השיקול הביטחוני במצבים שונים, כפי שיפורט להלן, אולם בכל מקרה ברור, כי הגבלות תנועה כה חמורות, המתירות ל-200 אנשים בלבד לעבור בין החלקים של השטח האינטגרלי, ורק לכמה עשרות בתקופת סגר, ורק בקריטריון של מקרה הומניטארי מיוחד, הן, על פניהן, הגבלות בלתי מידתיות ובלתי סבירות. די בנתון זה כדי לחייב את המשיבים לנמק את מדיניותם.

115. טעמי ביטחון הם טעמים הנובעים ממסוכנות אינדיבידואלית של אדם זה או אחר. העילה בגינה מבקש אדם לנוע אינה רלוונטית, כאשר ממילא לא נשקף כל סיכון מאותו אדם. העילה לנסיעה רלוונטית דווקא במקום בו יש סיכון ביטחוני. באותם מקרים ייתכן ונסיבות הומניטאריות מיוחדות יטו את שיווי המשקל לטובת חופש התנועה חרף הסיכון הנשקף.

116. ייתכן שלעמדת המשיבים מניעה מוחלטת של המעבר בין החלקים תמנע ניצול של חופש התנועה לפגיעה בביטחון. עם זאת, ברור כי האיזון במקרה זה הוא לקוי באופן מהותי ויסודי

ואינו לוקח בחשבון כלל את השיקול של כיבוד חופש התנועה, זכויות האדם, מרקם החיים והחובות המוטלות על פי הדין הבינלאומי המנהגי.

שיקולים אלה - צרכי הביטחון מזה וצרכי האוכלוסייה המקומית מזה - מתנגשים זה בזה. כך בדרך כלל. כך בוודאי לעניין הקמתה של הגדר. מה יעשה המפקד הצבאי במצב דברים זה? התשובה הינה כי יש לאזן בין השיקולים המתנגשים. אכן, כמו בתחומים רבים אחרים של המשפט, הפתרון אינו בכלל או בלא כלום; הפתרון הוא במציאת האיזון הראוי בין השיקולים הנוגדים. הפתרון אינו במתן משקל מוחלט לאחד השיקולים (פרשת אלפי מנשה, פסקה 29 לפסק הדין).

117. בשנים האחרונות אנו עדים למקרים לא מעטים בהם נשענת המדינה על השיקול הביטחוני כשיקול שאין בלתו, ובית המשפט הנכבד עומד על המשמר ומאזן את השיקול הביטחוני מול הפגיעה בזכויות האדם. כך, למשל, בפרשת סייף, המוזכרת לעיל, סירבה לשכת העיתונות לתת תעודות עיתונאי לעיתונאים פלסטינים, באשר הם. בית המשפט הנכבד קבע כי לא נערך שיקול דעת כדין:

הסירוב הטוטלי להעניק תעודות עיתונאי לפלסטינים תושבי האזור - לרבות כאלה המחזיקים בהיתרי כניסה לישראל ועבודה בה - מלמד כי מלאכת האיזון בין שיקולי הביטוי והמידע ושיקולי הביטחון לא נעשתה כלל, ועל-כל-פנים האיזון שנעשה אינו כדין... סירוב ללא כל בדיקה אינדיבידואלית להעניק תעודות עיתונאי, בשל מסוכנות אינהרנטית של כל העיתונאים הפלסטינים תושבי האזור - לרבות אלה הזכאים להיכנס לישראל ולעבוד בה - הוא האמצעי הפוגעני ביותר האפשרי... אכן, לעולם ניתן לטעון כי עצם היותו של עיתונאי פלסטיני תושב האזור יוצרת סיכון בטחוני מיוחד אם אותו עיתונאי יחזיק בתעודת עיתונאי. סיכון זה קיים אף אם אותו עיתונאי הוא בעל היתרי כניסה ועבודה כאמור ואף אם עמד בבדיקות ביטחוניות נוספות ומיוחדות לצורך קבלת תעודת עיתונאי. עם זאת, סיכון מיוחד זה הינו קלוש ותיאורטי, ואין בו כדי להצדיק פגיעה ודאית באינטרסים המוגנים לביטוי ולמידע חופשיים והבחנה - שלמעשה היא הפליה - בין עיתונאים זרים פלסטינים לבין כל שאר העיתונאים הזרים (פרשת סייף, עמ' 77).

118. זאת ועוד, עוצמת הפגיעה בזכויות האדם ובמרקם החיים היא גבוהה ביותר. לעומת זאת, הסיכונים הביטחוניים שהמדינה תיאלץ לקחת על עצמה כתוצאה מהפסקתן או צמצומן של הגבלות התנועה הדרסטיות אינו גבוה ואף ניתן לצמצמם במידה ניכרת באמצעות פתרונות שונים.

119. בין היתר יש לקחת בחשבון כי המעבר הקצר בתוך ישראל מתבצע רק לאחר קבלת היתר ולאחר בחינה ביטחונית מדוקדקת של המבקש.

120. בתגובתה לעתירה בבג"ץ 11120/05 ואח' טענה המדינה כי היא אינה יכולה לערוך בחינה פרטנית לגבי מידת הסיכון של סטודנטים בקבוצת גיל מסוימת, המהווה "פרופיל סיכון". העותרת כמובן מתנגדת לשימוש בפרופיל סיכון במקום בחינה פרטנית, אולם ניתן ללמוד מכך כי לגבי מי שאינו סטודנט בקבוצת הגיל הזו ניתן לערוך בחינה ביטחונית פרטנית.
121. כך או כך, התנועה בישראל יכולה להיעשות בצורה מאובטחת, כפי שנקבע בעקרונות הסדר המעבר הבטוח. למשל, באמצעות שאטלים מאובטחים או באמצעים אלטרנטיביים. שיירות מאובטחות אף יוכלו לשמש למעבר של מי שהוא בדרך כלל מנוע כניסה לישראל ולהקל על חופש התנועה.
- הסדר דומה הושג לגבי ביקור מנועי כניסה אצל קרוביהם הכלואים בבתי כלא בישראל, ר' הודעת המדינה בבג"ץ 11198/02 : <http://www.hamoked.org.il/items/5114.pdf>.
122. ניתן אף למצוא פתרונות אלטרנטיביים נוספים שיאפשרו את המעבר בין החלקים תוך נטרול הסיכון שנובע מהכניסה לישראל.
123. ראוי לציין כי בין העותרת למשיבים קיימת מחלוקת באשר לשקילת שיקולים ביטחוניים הנוגעים לשהות המבקש בחלק האחר של השטח, בניגוד לשיקול הביטחוני בנוגע לסיכונים מעצם המעבר בישראל. העותרת, בניגוד למשיבים, סבורה כי הגבלת חופש התנועה בתוך השטח הכבוש (בניגוד למעבר בישראל) חייבת להיעשות רק בהתאם לדין הבינלאומי, המאפשר הגבלה של חופש התנועה בתוך שטח כבוש במקרים מסוימים ובפרוצדורות מסוימות (בעיקר - סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית). המשיבים סבורים כי במסגרת שיקול הדעת של מתן היתר המעבר דרך ישראל, מותר לישראל לשקול גם את הסיכון הביטחוני משהייתו של אותו אדם בחלק האחר. מחלוקת זאת כבר עלתה בעתירות אחרות, התלויות ועומדות, ואם היא תתעורר בגדרה של עתירה זו תבקש העותרת להרחיב את טיעוניה בנושא זה.
124. כך או כך, גם אם מבקשת המדינה לשקול לא רק את הסיכון מהמעבר בישראל (סיכון שניתן לנטרל בקלות, כאמור) אלא גם את הסיכון משהייתו של המבקש בחלק האחר, עדיין מחובתה לערוך בדיקה ביטחונית פרטנית ובוודאי שאין הצדקה לשקול רק את השיקול הביטחוני ולמנוע לחלוטין את התנועה בין החלקים.

סיכום

125. ישראל פינתה את כוחותיה הקרקעיים מהרצועה, אולם טענתה בדבר היעדר כל אחריות מצדה כלפי האוכלוסייה הפלסטינית בעזה היא פשטנית ומנוגדת לתכלית של המשפט הבינלאומי.
126. ישראל ממשיכה להחזיק בצורה בלעדית בסמכות לקבוע מי יעבור בין רצועת עזה לגדה המערבית, ואין צורך להכריע בדבר "מעמד האזור" לצורך הפעלת ביקורת שיפוטית על האופן

בו היא מיישמת את החובות הנובעות משליטתה במעברים. סמכות זו הינה בעלת השפעה ממשית על זכותם של התושבים הפלסטינים לחופש התנועה בתוך השטח האינטגרלי, למימוש זכויות יסוד אחרות שלהם, למימוש כבוד האדם והאוטונומיה של הרצון החופשי. סמכות זו היא בעלת השפעה על מירקם החיים כולו.

127. מדינה אינה מפעילה סמכויות בחלל ריק. הסמכויות שמפעילה ישראל בשטחים מחוץ למדינה, בין שהם נתונים לתפיסתה הצבאית ובין שאינם, מן הראוי שתהיינה כפופות לדין, כפופות למחויבויות של ישראל בהתאם לדין הבינלאומי וכפופות לערכים של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

128. במקרה שלפנינו שיקול הדעת בהפעלת הסמכות הוא בלתי סביר ובלתי מידתי. הוא לוקח בחשבון רק את השיקול הביטחוני ואינו מעניק משקל כלשהו לכיבוד זכויות האדם, מרקם החיים והחובות כלפי התושבים המוגנים.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיבים, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיבים את הוצאות העותרת ושכ"ט עו"ד.