

בעניין:

1. _____ סלאמה
ת.ז. _____, תושב הרשות הפלסטינית
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.
ע"י ב"כ עוה"ד עביר גובראן (מ.ר. 44346) ו/או יוסי וולפסון
(מ.ר. 26174) ו/או יותם בן הלל (מ.ר. 35418) ו/או חוה מטרס-
עירון (מ.ר. 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ.ר. 37566) ו/או ענת
קדרון (מ.ר. 37665) ו/או עידו בלום (מ.ר. 44538)
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 -

1. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית
2. אלוף פיקוד דרום
3. שר הפנים
4. שר הביטחון
5. מדינת ישראל

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא ינפיקו לעותר 1 היתרי כניסה לישראל, לצורך מעברו מעזה לגדה המערבית וחזרה, לביקורים בבתי הדין השרעיים בגדה, במסגרת מילוי תפקידו כקאדי (שופט) בבית הדין השרעי הפלסטיני הגבוה לערעורים, ויועץ המשפטי של יושב ראש המועצה הגבוהה למשפט השרעי, מכוח צו מינוי של יו"ר הרשות הפלסטינית, וכמנהל הכללי האחראי על קופות המזונות בבתי הדין השרעיים בגדה המערבית ורצועת עזה.

בקשה לדין דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה לאור חשיבות התפקיד אותו ממלא העותר, לרבות כמפקח הכללי על קופות המזונות. במסגרת תפקידו אחראי העותר על קידום מערכת קופות המזונות בבתי הדין השרעיים הן בגדה המערבית והן ברצועת עזה, היות שמדובר במערכת בתי דין אחת המופעלת הן בגדה המערבית והן ברצועת עזה.

כיום מופקד העותר על התאמת תוכנית, המופעלת כבר שנים במצרים ובירדן, באמצעותה תתאפשר אכיפת פסקי הדין השרעיים בענייני מזונות לנשים וילדים בצורה מסודרת יותר.

העותר השקיע חודשים ארוכים בלימוד תוכנית קופות המזונות המופעלת כיום במצרים ובירדן, ורק לאחרונה סיים סבב נסיעות במדינות אלו. הוא אסף, ועודנו אוסף, את הנתונים מבתי הדין השרעיים ברצועת עזה, אך לצורך גיבוש קריטריונים סופיים והתאמת התוכנית לשטחים הפלסטיניים, הוא חייב לבקר בבתי הדין השרעיים האחרים שבגדה המערבית, ולעמוד מקרוב על צרכיהם של אותם בתי דין.

בנוסף על כך, צריך העותר, ובמסגרת מילוי תפקידו, להיות נוכח מדי פעם בבתי הדין השרעיים בגדה המערבית על מנת לעמוד מקרוב על עבודתם ופסיקותיהם, לצורך תיאום ההלכות בין בתי הדין השרעיים, ליצירת הרמוניה ואחדות בפסיקה של מערכת בתי הדין, ולהדריך, במידת הצורך, את העובדים במערכת.

העתירה על שני חלקיה, העובדתי והמשפטי, מהווים חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

התשתית העובדתית

הרשות השופטת אינה אך חבר שופטים וספר חוקים ושולחן וכיסא ומנורה. המושג רשות שופטת הינו רחב - רחב ועמוק - מאלה. בית משפט הוא צדק ויושר, ערכים ומנהגים, מוסכמות ומושכלות, עקרונות ועיקרים. (השופט חשין, ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון פ"ד נה (1) 199, עמוד 267).

הצדדים

1. העותר 1 (הלן : העותר), פלסטיני יליד 1969, מתגורר בעזה.
2. העותר 2 (להלן : המוקד או המוקד להגנת הפרט) הוא ארגון הפועל לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.
3. המשיבה 5 מחזיקה בשטחי הגדה המערבית ורצועת עזה תחת תפיסה לוחמתית.
4. המשיבים 2-3 אחראים על הוצאת היתרי כניסה לישראל לצורך מעבר מרצועת עזה לגדה המערבית. המשיב 3 הוא בעל הסמכות, אותה האציל למשיב 2, הפועל לפי הנחיות של המשיב 4. המשיבים 1 ו-3 מפעילים מטעם המדינה, כל אחד באזורו, את סמכויותיה ביחס לשטחים הפלסטיניים, ונושאים בחובותיה ביחס אליהם.

התשתית העובדתית

תפקידו של העותר כקאדי, והצורך בנסיעתו לביקור בבתי דין שרעיים

בגדה המערבית

5. העותר הנו שופט בבית הדין השרעי הפלסטיני לערעורים, ויועץ המשפטי של יושב ראש המועצה הגבוהה למשפט השרעי מכוח צו מינוי של יו"ר הרשות הפלסטינית. הוא גם האחראי והמפקח הכללי על קופות המזונות של בתי הדין השרעיים בגדה המערבית ורצועת עזה.

העתק מאישור קאדי אלקודאה, ד"ר תיסיר רגיב אלתמימי, יו"ר המועצה הגבוהה לשיפוט השרעי ברשות הפלסטינית, מצורף ומסומן ע/1.
6. יובהר כי מערכת בתי הדין השרעיים ברצועת עזה והגדה המערבית, היינו שטחי הרשות הפלסטינית, הנה יחידה אחת.
7. מכוח תפקידו של העותר במערכת בתי הדין השרעיים, מוטלות על כתפיו חובות שנדרש שיעמוד בהן כשורה. בין היתר, על העותר לפקח בפועל על עבודת בתי הדין השרעיים, לרבות קופות המזונות, דבר שמחייב אותו לבקר בבתי הדין השרעיים השונים בגדה המערבית ורצועת עזה כאחד. כמו כן על העותר למצוא את שביל הזהב ולנסות ולעמוד על הבעיות בהן נתקלים בתי הדין השונים לעניין יישום ואכיפת פסקי הדין, ויישור הלכות.
8. תפקידו של העותר הנו, בראש וראשונה, לשרת את אוכלוסיית האזרחים הפלסטינים, לרבות האוכלוסייה המוגנת בגדה המערבית. בד בבד קידום עבודת בתי הדין השרעיים השונים בשטחים הכבושים ופיקוח עליהם.
9. העותר למד על ניהול מערכות המשפט השרעיות במצרים ובירדן, ורק לאחרונה סיים את סבב הנסיעות שלו בין ירדן למצרים לצורך למידת והבנת אופן יישום תוכנית שכבר קיימת באותן מדינות, הנקראת "קופת מזונות" (להלן: **התוכנית**), לצורך העתקתה ויישומה בשטחים התוכנית אמורה להקל על חייהם של נשים וילדים שכיום, מסיבה זו או אחרת, אינם מקבלים את המזונות שנפסקו להם. התוכנית תקדם את האוכלוסייה המוחלשת בשטחים ותיטיב עמה.
10. העותר הנו היחיד שמכיר את פרטי התוכנית וערך מחקר מקיף ומשווה בנושא.
11. לצורך יישום התוכנית בשטחים הפלסטיניים, על העותר לאסוף בעצמו נתונים המתאימים לגיבוש קריטריונים, ולהתאים את התוכנית לצורכי האוכלוסייה המוגנת באופן שתתן מענה הולם למצוקה בה חיות נשים רבות ושבה חיים ילדיהן.
12. בנוסף לכך, ומכוח תפקידו של העותר, נסיעתו אמורה להכין תשתית עתידית לתיאום בין ההלכות ופסקי הדין של בתי הדין השרעיים בשטחים הכבושים לבין בתי הדין השרעיים

בישראל, לרבות ענייני משפחה, נוכח ההבדל הקיים היום בהלכות בין בתי הדין השונים, מצב היוצר מצוקה קשה לבני זוג שאחד מהם אזרח המדינה והאחר תושב הרשות הפלסטינית.

מיצוי הליכים

13. ביום 5.2.07 פנה העותר באמצעות ארגון עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, אל מתאם הפעולות בשטחים, אלוף יוסף משלב, וביקש לקבל היתר כניסה לישראל לצורך מעברו מעזה לגדה, על מנת למלא את תפקידו כיועץ משפטי במדור בתי דין שרעיים, ולפקח מדי פעם על עבודתם המנהלית והמשפטית של בתי הדין השרעיים בגדה.

העתק מהמכתב מיום 5.2.07 מצורף ומסומן ע/2.

14. ביום 13.2.07 נשלחה תשובה מלשכת מתאם הפעולות בשטחים, לפיה "מבדיקה שנערכה, עולה כי _____ סלאמה (ת"ז: _____) **מנוע ע"י גורמי הביטחון התנגדות** אשר את מעברו לאזור יהודה והשומרון. לאור זאת, אין באפשרותנו להיענות בחיוב לבקשתך". (שיבושי הלשון במקור, ע.ג.).

העתק מהמכתב מיום 13.2.07 מצורף ומסומן ע/3.

הטיעון המשפטי

מבוא

15. בחלק זה נבחן את מידתיות ההחלטה של המשיבים למנוע את מעברו של העותר בכובעו כקאדי וכמפקח על בתי הדין השרעיים מעזה לגדה המערבית, דרך ישראל, ונדגיש את השלכותיה של מניעת המעבר על מערכת בתי הדין השרעיים וקידום מערכת קופות המזונות, והפגיעה באוכלוסייה האזרחית הפלסטינית.

16. בפרק הראשון נבחן את עבודתו של העותר כקאדי, וחשיבות השמירה על מערכת בתי המשפט בשטחים, היות שתפקידו של שופט הנו תפקיד ניטרלי, שאינו טעון במטען חברתי-פוליטי.

17. בפרק השני נעמוד על תפקידו של הכוח הכובש מכוח אמנות בינלאומיות והפסיקה הישראלית, לנקוט באקטים אקטיביים לצורך שמירה וקידום האינטרסים של האוכלוסייה המוגנת.

18. בפרק השלישי נבחן את מעמדן של רצועת עזה והגדה המערבית לפני יישום תוכנית הפינוי של ההתנחלויות ברצועה, ולאחרי תוכנית הפינוי, לאור הסכמים מדיניים שנחתמו באותה תקופה ופסיקת בית-המשפט העליון. כמו כן נדגיש את מעמדה של מערכת בתי הדין השרעיים הן ברצועה והן בגדה המערבית.

19. בפרק הרביעי נעמוד על הזכויות הנפגעות כתוצאה ממניעת מעברו של העותר לגדה המערבית דרך ישראל, לרבות הפגיעה במרקם החיים של החברה הפלסטינית. לאחר מכן נבחן את זכות המעבר, הקיימת במשפט הבינלאומי המנהגי, לאזרחי מדינה אחת דרך מדינה אחרת.

20. בפרק החמישי נבחן האם אכן נשקלו השיקולים הרלוונטיים לצורך קבלת ההחלטה למנוע מהעותר להגיע בכובעו כשופט לגדה המערבית, זאת לאור עברו הביטחוני וההשלכות של מניעת המעבר.

פרק ראשון

חשיבות עבודת השטח של העותר כקאדי

21. כאמור לעיל, העותר מבקש לנסוע מעזה לגדה המערבית דרך ישראל, לצורך מילוי תפקידו כקאדי בבית הדין השרעי הגבוה לערעורים, וכמפקח הכללי על קופות המזונות בבתי הדין השרעיים בשטחים הפלסטיניים, עזה והגדה המערבית כאחד.

22. תפקידו של העותר מחייב אותו להיות נוכח פיזית בבתי הדין השרעיים השונים בגדה המערבית, כדי לעמוד מקרוב על הבעיות שנתקלים בהם בתי הדין בכל הקשור לביצוע ואכיפת פסקי דין הקשורים לדיני משפחה ותשלומי מזונות, ולשם שמירת הרמוניה בין הפסיקה ושיטת העבודה בבתי הדין השרעיים בגדה המערבית לאלו ברצועת עזה, היות ומערכת בתי המשפט הנה אחת בשני החלקים.

23. הבטחת הרמוניה ואכיפת פסקי הדין השרעיים בדיני משפחה, לרבות מזונות, ושמירה על חיי האוכלוסייה, הן מרכיבים חשובים שנועדו בין השאר לשמור על אימון הציבור הפלסטיני במערכת בתי המשפט, לרבות בתי הדין השרעיים. זהו צורך חיוני כדי שבשטחים תתקיים מערכת של צדק, משפט ושלטון חוק, שהם ביסודם של חיי כל חברה וכל אזור.

24. על השופט להיות קרוב לציבור בחברה בה הוא פועל, זאת לצורך הבנת המצוקה והבעיות של הציבור. בד בבד השופט, בכובעו כשופט, הנו גוף ניטרלי, ואמור להיות מנותק מהמאבקים החברתיים והפוליטיים של החברה בה הוא חי ואותה הוא משרת, כלשונו של פרופ' ברק:

שפיטה היא צורת חיים שיש בה הסתגרות מה; שיש בה ניתוק מהמאבקים החברתיים והפוליטיים; שיש בה מגבלות על חופש ההתבטאות והתגובה; שיש בה מידה רבה של בדידות והפנמה. אך זו אינה צורת חיים שיש בה ניתוק מהחברה. אין לבנות חומה בין השופט לחברה שהוא פועל בה. השופט הוא חלק מעמו (א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית (2004), עמ' 52).

25. מערכת משפטית אפקטיבית חייבת להיות מתואמת בתוכה. במערכת משפטית אפקטיבית, המשרתת את הציבור הנזקק לה, מגובה הרובד של שופטים מקצועיים ברובד של מינהל משפטי יעיל. תפעולה של מערכת משפטית מתפקדת אינו אפשרי באמצעות שלט-רחוק, ממש כשם שקריאת פסיקה של מדינה כלשהי אינה מקנה לקורא את מלוא התמונה אודות אופן הפעולה של מערכת המשפט באותה מדינה. מי שמופקד על תפקודה של המערכת המשפטית

צריך ללמוד מכלי ראשון את אופן ההתנהלות היומיומית של השופטים ושל המינהל המשפטי; להכיר את האילוצים בתוכם הם פועלים; לעמוד על המצוקות ועל המחדלים ולהתאים מודלים תיאורטיים לצרכים ולבעיות המתעוררים בשטח.

פרק שני

האוכלוסייה המוגנת וחובת ישראל להגן עליה ולקדם אותה באופן

אקטיבי

26. קיומה של מערכת משפט מתפקדת, היא חובה המוטלת על המעצמה הכובשת בשטח כבוש. היא חלק מהחובה של המעצמה הכובשת לדאוג לחיים החברתיים התקינים. חובה זו היא בבחינת משפט בינלאומי מינהגי, המעוגן בתקנה 43 לתקנות האג:

אין התקנה מגבילה עצמה להיבט מיוחד של הסדר והחיים הציבוריים. היא משתרעת על הסדר והחיים הציבוריים בכל היבטיהם. על-כן חלה סמכות זו - בצד ענייני ביטחון וצבא - גם על נסיבות "אזרחיות" רב-גוניות, כגון נסיבות כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם. כפי שאומר השופט שילה בבג"צ 202/81, בעמ' 629:

"מהי הבטחת סדר וחיים ציבוריים? התשובה המתבקשת היא: הפעלת ממשל תקין על כל שלוחותיו, הנהוגות בימינו בארץ מתוקנת, כולל ביטחון, בריאות, חינוך, סעד, אך בין היתר גם איכות החיים והתחבורה".

בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4), 785, עמ' 797-798.

27. מערכת משפטית מתפקדת היא יסוד בלעדיו לא ייתכנו חיי חברה תקינים. לא כל שכן, כאשר מדובר באותו מקטע של המערכת המשפטית המופקד על דיני המשפחה. המשפט הוא התשתית הנורמטיבית בלעדיה אין לחברה קיום, ואילו המשפחה היא התא היסודי של החברה האנושית. חבל ארץ שאין מצליחים לדאוג בו למשפט צדק לאזרחיו המוחלשים – ובענייננו: נשיו וילדיו – כלום ניתן לתארו כמו יש בו "ממשל תקין על כל שלוחותיו"?

28. לעניין חובתה של המדינה כמעצמה כובשת, אין כל חשיבות, לצורך העתירה הנוכחית, לשאלה אם רצועת עזה ממשיכה להיחשב לשטח כבוש, לאור השליטה הישראלית הנרחבת בכל תחומי החיים של תושבי הרצועה, במרחבים הימיים, האוויריים והאקלטרומגנטיים של הרצועה ובתנועה ממנה ואליה. אין מחלוקת שהגדה המערבית היתה ועודנה שטח תחת החזקה לוחמתית, ותפקידו השיפוטי של העותר חיוני דווקא בנוגע לשטח זה.

29. לחובה זו, מכוח תקנה 43 לתקנות האג, יש לצרף את ההוראות בתקנה 46 לתקנות האג (לגבי שטח כבוש), ובסעיף 27 לאמנת ז'נבה הרביעית (החל במצבי סכסוך, גם שלא בשטחים כבושים). מטרתן של הוראות אלו להגן על האוכלוסייה המוגנת, לרבות זכותם של האזרחים המוגנים לחיים ולכבוד, זכויותיהם הדתיות והמשפחתיות, פולחנם, נימוסיהם ומנהגיהם.

30. לצד חובות אלו, שבמשפט ההומניטרי הבינלאומי, המשיבים מחויבים להגנה על זכויות האדם, לחתירה לצדק ולחיזוק שלטון החוק והמשפט, גם לפי משפט זכויות האדם הבינלאומי וערכי התשתית של המשפט הישראלי.

31. חובתה של המדינה, באמצעות המפקדים הצבאיים, להגן על זכויותיהם של האזרחים הפלסטינים המוגנים, ולפעול באופן **אקטיבי** לשמירת זכויותיהם הדתיות והמשפחתיות. ההגנה צריכה לבוא לידי ביטוי גם בשמירה על המוסדות שמופקדים מכוח השריעה, הדת והחוק של האוכלוסייה המוגנת, לשמור על אותן זכויות חברתיות ומשפחתיות, דבר המחייב את המשיבים לנקוט בפעולות אקטיביות להסרת המכשולים לצורך הבטחת פעולה ראויה של מנגנון בתי הדין השרעיים בשטחים. חשובים לעניינו דבריו של כב' הנשיא (בדימוס) א' ברק בקובעו:

ההוראות שבתקנה 46 לתקנות האג ובסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית מטילות על המפקד הצבאי חובה כפולה: עליו להימנע מפעולות הפוגעות בתושבים המקומיים. זוהי חובתו ה"שלילית"; עליו לעשות פעולות הנדרשות כדין המבטיחות כי התושבים המקומיים לא יפגעו. זוהי חובתו ה"חיובית"... (בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואחרים נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח(5), 807, עמ' 834-845).

32. בענייננו, אם לא די בכך שהמשיבים לא **פועלים אקטיבית** לסייע בתפקוד בתי הדין והשירותים המשפטיים, הרי שהם **מחבלים אקטיבית** במנגנונים המיועדים לתת את השירותים הללו לאוכלוסייה הפלסטינית שהם מופקדים על טובתה.

פרק שלישי

רצועת עזה והגדה המערבית כיחידה טריטוריאלית אחת

33. שורש העתירה הנוכחית הוא בעובדה גיאו-פוליטית שאין עליה עוררין: בפנינו יחידה חברתית-מדינית אחת (ויהי כינויה אשר יהא: השטחים, הרש"פ או כל כיוצא באלו), המשתרעת על שתי יחידות שטח שאין ביניהן רצף טריטוריאלי. ובתוך אותה יחידה אחת חיה חברה אחת, פועל ממשל אחד, מתנהלת מערכת משפט אחת ומערכת בתי משפט אחת.

ציבור אחד נזקק למערכת בתי-משפט אחת, הפועלת לפי מערכת נורמטיבית אחת, נזקקת למינהל משפטי אחד – ובעלי התפקידים במערכת, והעותר ביניהם, מחויבים לשאת בנטל הנובע מכך.

34. כפי שנראה להלן, מדינת ישראל הכירה ומכירה במציאות עובדתית ונורמטיבית זו. מדינת ישראל מכירה בכך, שהשטחים הנם יחידה אחת ואינטגרלית. בעניין זה לא השתנתה המציאות הגיאו-פוליטית ולא השתנתה העמדה הרשמית הישראלית: לא לאחר העברת הסמכויות לרשות הפלסטינית בהסכמי "עזה ויריחו תחילה" ויצאת הצבא הישראלי ממרבית השטח הקרקעי של הרצועה, לא לאחר הסכם הביניים מ-1995 וגם לא לאחר פינוי ההתנחלויות והמאחזים הצבאיים האחרונים ברצועת עזה ובצפון הגדה בשנת 2005.

35. עוד נראה, כי המשפט הבינלאומי המנהגי מתייחס לסיטואציות כאלו (של מדינות המפוצלות ליחידות גיאוגרפיות לא רצופות), ומטיל על המדינות הנוגעות בדבר לאפשר מעבר בין יחידות אלו. הפרקטיקה הישראלית, וההסכמים בין ישראל לפלסטינים, משקפים את הנורמות המנהגיות הללו.

3.A. האינטגרליות של השטחים לאור הפסיקה וההסכמים המדיניים בין מדינת ישראל לרשות הפלסטינית טרם יישום "תוכנית ההתנתקות"

36. האופי האינטגרלי של השטחים בא לידי ביטוי בהצהרות של מדינת ישראל במסגרת הסכמים בינלאומיים ומעוגן גם בפסיקת בית-משפט נכבד זה. ויודגש: הוראות ההסכמים לא מובאות כאן על-מנת שבית המשפט יאכוף הוראה זו או אחרת שבהסכמים. הן מובאות משום שהאופי האינטגרלי של השטחים, המוכר בהסכמים, הוא חלק מהתשתית שעל המשיבים להתחשב בה בשיקול דעתם. כך, לגישתנו, וכך, כפי שנראה גם לגישת המדינה עצמה ולגישת בית-המשפט.

37. 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.

38. 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.

39. 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.

40. בסעיף 10 באותו נספח נקבעו עקרונות **הסדר המעבר הבטוח**. הסדר זה נועד להסדיר את התנועה של פלסטינים בין שני החלקים ולהתגבר על חששה של ישראל מכניסה בלתי מבוקרת

לשטחה הריבוני. לאור זאת נקבעו עקרונות לכניסת פלסטינים, ואף הוסדרה כניסתם של פלסטינים מנועי כניסה לישראל באמצעות שאטלים מאובטחים בידי משטרת ישראל.

41. המטרה באותם הסדרים הייתה לשמור על חופש התנועה בין הגדה המערבית ורצועת עזה, דרך ישראל, תוך נקיטת אמצעים למזעור הסיכון הביטחוני של ישראל. בהתאם לכך, נקבע שהמעבר ייעשה באמצעות כרטיסי מעבר-בטוח, שיאפשרו תנועה במסלולים מסוימים ובשעות מסוימות, או באמצעות היתרי כניסה לישראל. עם השלמת המעבר בין חלק אחד של השטחים למשנהו, לא נקבעה חובה לחזור לחלק האחר של השטחים בתוך מועד מוגדר או בכלל.

בכך עיגנו ההסדרים פרקטיקה שהיתה מקובלת עוד קודם, לפיה שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה, שהוכרזו כשטחים סגורים, אינם סגורים לתנועה בינם לבין עצמם אלא רק לתנועה בינם לבין ישראל ובינם לבין חוץ-לארץ.

42. 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 כיום, במיוחד לאור העובדה שהרבה מאוד אנשים נשאו כרטיס מגנטי שאיפשר את כניסתם לישראל, ולפיכך את המעבר בין החלקים.

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.

העתק פרוטוקול המעבר הבטוח מיום 5.10.99 מצורף ומסומן ע/4.

43. 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.

44. המעבר הבטוח פעל במתכונתו המלאה בסופו של דבר שנה אחת בלבד. עם פרוץ האינתיפאדה השנייה הקפיאה 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.

45. על אף הגבלות התנועה הקשות והסגרים, נותרה בעינה 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 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (להלן: **פרשת עג'ורי**).

46. פרשת עגורֵי החלה באוגוסט 2002, לאחר מבצע "חומת מגן". המדינה החליטה להרחיק לעזה כמה מקרוביהם של 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/5.

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

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

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

48. רק בשלב מאוחר מאוד, החלה ישראל במדיניות סלקטיבית של בידול בין רצועת עזה לגדה המערבית. במסגרת מדיניות זו, מחלקת ישראל באורח שרירותי את האוכלוסייה הפלסטינית ל"תושבי הגדה" ו"תושבי הרצועה", וטוענת טענה חדשנית, כביכול שהייתם של "תושבי הרצועה" בגדה מחייבת היתר ישראלי. החשוב לענייננו הוא שמדובר במדיניות סלקטיבית ביותר. גם בהקשר של מגורים של מי שמוגדר כ"תושב הרצועה" בגדה וגם בהקשרים אחרים, ממשיכה ישראל להתייחס לגדה ולרצועה במרבית המקרים כאל יחידה אחת.

ב.ב. האם ל"תוכנית ההתנתקות" יש השפעה על אינטגרליות השטחים?

49. האינדיקציה 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>

50. 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.

51. 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/6.

52. בתגובת המדינה, שהוגשה ביום 7.2.06 במסגרת העתירות נגד חוק האזרחות והכניסה לישראל (בג"ץ 7052/03), קובעת הפרקליטות כי לא רק שיש זיקה מלאה בין שטחי הרשות

הפלסטינית ברצועת 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 האוכלוסייה 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>

53. ואכן, בפסק-הדין, קיבל בית-המשפט את עמדת המדינה לפיה הרשות הפלסטינית הנה ישות מדינית, וההתייחסות לשטחים הפלסטיניים הייתה כאל יחידה מדינית אינטגרלית אחת. (ראו: בג"ץ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים תק-על 2006(2), 1754, עמ' 1763).

54. מכאן ניתן לראות בבירור, מבלי להיכנס לסוגיה של מעמדה של הרצועה היום, כי אף על פי יישום "תוכנית ההתנתקות", המשיבים עדיין רואים בעזה ובגדה המערבית שטחים של הרשות הפלסטינית שמבחינה מנהלית ואזרחית כפופים לאותם כללים ולאותו מנגנון ומבחינה ניהולית הנם יחידה אחת לכל דבר ועניין.

ג.3. מערכת בתי הדין השרעיים הן בגדה המערבית והן ברצועת עזה

55. אין מחלוקת על כך שבשטחים הפלסטיניים, הן ברצועת עזה והן בגדה המערבית, מנוהלת מערכת אחת של בתי דין שרעיים, בעלת הלכות, פסיקה ומערכת קופות מזונות אחת.

56. קיימת חשיבות רבה שהמשיבים יפעלו לכך שאותה מערכת שמשרתת האזרחים המוגנים תפעל בצורה תקינה ויעילה יותר.

57. נסיעת העותר מעזה לגדה המערבית לצורך התאמת הפסיקה בין בתי הדין השרעיים, קידום התוכנית לקופות מזונות שייטיב עם נשים וילדים שהמזונות שהם מקבלים הנם, לעתים קרובות, מקור פרנסתם היחיד, והשגחה על עבודת בתי הדין בגדה המערבית, הנה בהחלט מטרה ראויה וצעד חשוב לצורך ייעול מערכת בתי הדין השרעיים.

פרק רביעי

4. א. הזכות לכבוד, לחופש תנועה ולאוטונומיה

58. הזכות לחופש התנועה היא הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, מקל וחומר כאשר מדובר באדם שממלא תפקיד במערכת השפיטה שתפקידה לשרת את אוכלוסיית האזרחים ולשמור על זכויותיהם החברתיות והמשפטיות. הזכות לחופש תנועה נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי:

ראו:

בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, פסקה 10; בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם ו-21 אח' נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, פסקה 15; בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האיזורי, תק-על 94(1) 1139, 1147.

59. הזכות לחופש התנועה היא המנוע שמניע את מארג זכויותיו של האדם ושל החברה. 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.

60. כאשר מגבילים שופט מלנוע דרך קבע לשטחים אינטגרליים נרחבים, ומונעים ממנו להגיע לבתי דין שהוא מופקד על הפיקוח על עבודתם, פוגעים בחייה ותפקודה של מערכת המשפט, פוגעים בחייה התרבותיים של החברה הפלסטינית המוסלמית, היות ולשריעה ולדת, כמו בבתי דין שרעיים בישראל, ישנה חשיבות רבה לשמירה על מארג חיי החברה, לרבות בענייני משפחה ומזונות; כמו כן פוגעים בזכויותיהם של פלסטינים רבים ובמעמדם של בתי הדין השרעיים.

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

62. 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.

63. 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.

64. אורח חייהם של הפלסטינים, במיוחד בגדה המערבית, כבודם, זכויותיהם הדתיות והחברתיות, לרבות זכות הגישה לבית המשפט, זכותם לקידום מערכת בתי הדין השרעיים, כל אלה נפגעים באופן קשה כתוצאה מהחלטת המשיבים לא לאפשר את מעברו של העותר

לעזה דרך ישראל. (ראו: ע"א 2781/93 מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, תק-על 99(3) 574, עמ' 595).

65. בית המשפט הנכבד הכיר בעבר בכך שכאשר מפקד צבאי מפעיל סמכויותיו כלפי פלסטינים תושבי השטחים, עליו לעשות זאת תוך כיבוד כבוד האדם. (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות האדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 394).

ב.4. זכות המעבר במדינות במשפט הבינלאומי ובאמנות

66. ראינו, כי מדינת ישראל ובית-משפט נכבד זה רואים בשטחים הפלסטיניים יחידה מדינית אחת. ראינו, כי בהתאם לכך לקחה על עצמה מדינת ישראל מחויבויות לאפשר תנועה בשטחה בין שני חלקי השטחים. בפרק הנוכחי נראה, כי מחויבויות אלו אינן אלא שיקוף של המחויבות של ישראל בהתאם למשפט הבינלאומי המינהגי. המשפט הבינלאומי המינהגי מגביל את הפרורגטיבה של מדינות להחליט מי ייכנס בשעריהן, כאשר מטרת הכניסה היא מעבר ליחידה מדינית אחרת.

67. קבלת היתר כניסה לישראל, הנה בבחינת כרטיס המעבר בין רצועת עזה והגדה המערבית. המשפט הבינלאומי מכיר בקיומה זכות מעבר (right of transfer) שיש בה משום הגבלה על עיקרון הריבונות. מדינה מחויבת לאפשר מעבר בתחומה לנתינים זרים המבקשים להגיע למדינה אחרת. זכות המעבר מתקיימת כשהמעבר נחוץ (גם אם קיימות חלופות), וכשאינן בו כדי לפגוע במדינה הנעברת. המעבר יכול שיהיה בתנאים שמטרתם להגן על אינטרסים לגיטימיים של המדינה הנעברת.

זכות המעבר קיימת גם במקום שאין יחסי קרבה, כמו בין ישראל והפלסטינים. מקרים קלאסיים, שעל הרקע שלהם התפתח עקרון זכות המעבר הם המקרים של **מדינות ללא גישה לים** (כגון שווייץ או מדינות הקווקז), **מובלעות** המוקפות במדינה אחרת (כגון מערב ברלין עובר לאיחוד גרמניה ומובלעת הר הצופים בשנים 1948-1967) ו**מדינות שמפוצלות מבחינה גיאוגרפית** (כמו השטחים הפלסטיניים).

העתק ממאמרו המקיף בעניין של המלומד לאוטרפאכט, מצורף ומסומן ע/7.

68. וכך מתאר לאוטרפאכט את זכות המעבר:

On that view, there exists in customary international law a right to free or innocent passage for purposes of trade, travel and commerce over the territory of all States – a right which derives from the fact of the existence of international community and which is a direct consequence of the interdependence of States.

ראו ע'7, עמ' 320.

את האופי המינהגי של זכות המעבר מבסס לאוטרפאכט על כתבי מלומדים מגרוטיוס ועד ימינו, כמו גם על הפרקטיקה של המדינות. הוא מוכיח שעקרון היסוד של חופש המעבר חוזר בצורה אחידה באינספור אמנות דו-צדדיות ורב-צדדיות (האמנות המוקדמות ביותר שהוא מזכיר הן מהמאה האחת-עשרה), שהסדירו את היישום הקונקרטי שלו בהקשרים שונים: במעבר בנהרות ונתיבי מים או במעבר קרקעי בשטחיהן של מדינות שונות. הוא מראה כיצד אותו היגיון יושם בנוגע לנתיבים ימיים. בין האמנות המודרניות והרחבות יותר מבחינת מספר הצדדים להן, ניתן להזכיר את האמנה בדבר הים הפתוח (1958) (סעיף 3, בדבר זכות גישה לים של מדינות ללא חוף ים); האמנה בדבר הים הטריטוריאלי והאזור הסמוך (1958) (סעיפים 14-24 בדבר מעבר תמים במים טריטוריאליים), אמנת האו"ם על המשפט הימי (1982) (סעיף 125 על זכות הגישה לים וחופש המעבר) והסכם GATT (סעיף V בדבר זכות המעבר).

כבר בתנ"ך ניתן למצוא את הגישה, לפיה זכאים אנשים לבוא למדינה בדרישה הלגיטימית "אעברה בארצך, לא ניטה בשדה ובכרם, לא נשתה מי באר, בדרך המלך נלך עד אשר נעבור גבולך" (במדבר כא 21). הסירוב לתביעה זו נתפס שם כשרירות לב ואף כמצדיק מלחמה.

69. זכות המעבר מותנית, כאמור, בהיעדר פגיעה במדינה הנעברת. לצורך זה הזכות יכולה להיות מותנית בתשלומים על הוצאות הכרוכות בעצם המעבר; בדרישות כגון הסגר למניעת הפצת מחלות, וכיוצא באלו. באשר לשיקולי ביטחון, כותב לאוטרפאכט:

In terms of the problem of transit, there is room for the view that States are not entitled arbitrarily to determine that the enjoyment of a right of transit is excluded by considerations of security. What they may do is, by reference to the factor of security, to indicate one route of transit in preference to another or, possibly, to allow the use of the route subject only to certain conditions. But it must be doubted whether the discretion of the State stretches beyond this.

ראו ע'7, עמ' 340.

70. גישה זו משתקפת באמנות שעייגנו בנסיבות קונקרטיות את העיקרון הכללי של זכות המעבר. זכות המעבר אינה חדלה מלהתקיים בעת חירום, ואף לא בעת מלחמה, אולם ניתן להגביל אותה בהתאם לנסיבות. ההגבלה צריכה להיות מינימאלית ככל הניתן – הן מבחינת היקפה והן מבחינת משכה.

הוראות רלוונטיות מצויות באמנת ניו-יורק בדבר המעבר והסחר של מדינות הכלואות ביבשה (1965) (הנוסח המלא של האמנה מצוי ב-
<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1972/4.html>).

Article 12 - Exceptions in case of emergency

The measures of a general or particular character which a Contracting State is obliged to take in case of an emergency endangering its political existence or its safety may, in **exceptional cases and for as short a period as possible**, involve a deviation from the provisions of this Convention on the understanding that **the principle of freedom of transit shall be observed to the utmost possible extent during such a period**.

Article 13 - Application of the Convention in time of war

This Convention does not prescribe the rights and duties of belligerents and neutrals in time of war. The **Convention shall, however, continue in force in time of war so far as such rights and duties permit**.

פרק חמישי

חובת המשיבים לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים

איזון בין שיקולי ביטחון לצרכי האוכלוסייה המוגנת

71. המשיבים טוענים כי קיימת התנגדות ביטחונית למעברו של העותר לגדה המערבית דרך ישראל, אך אינם מפרטים מהם טעמיה או תוקפה של המניעה הביטחונית.

72. סמכותם של המשיבים הנה להעניק היתרי כניסה לישראל לצורך מעבר מעזה לגדה ולהיפך. ההחלטה צריכה להתקבל תוך ביצוע איזון בין שיקולי הביטחון לכניסת העותר לשטח המדינה במעברו לגדה, לבין שיקולים רלוונטיים אחרים לצורך ההחלטה, לרבות טובת האזרחים המוגנים בגדה המערבית נוכח התפקיד שממלא העותר, והתוכנית שהוא מופקד על מימושה, שבאה לשרת, בראש וראשונה, את האוכלוסייה האזרחית המוגנת.

73. כמצוין לעיל, אי התרת יציאתו של העותר לגדה המערבית דרך ישראל תפגע, ובאופן מהותי, בקידום מערכת אכיפת החוק בבתי הדין השרעיים, לרבות בענייני מזונות ודיני משפחה, היות והעותר הנו הגוף המוסמך לקידום תוכנית קופת המזונות והנו המפקח הכללי על קופות המזונות של כל בתי הדין השרעיים בשטחים.

74. נשאלת השאלה אם קיימת מניעה ביטחונית נגד העותר, למה לא נמנעה יציאתו דרך מעבר רפיח למצרים או לירדן במשך כל השנים האחרונות, גם טרם יישום "תוכנית ההתנתקות", ולמה לא הוגש נגד העותר כתב אישום, או לכל הפחות נעצר לחקירה.

75. הפעם היחידה בה נעצר העותר הייתה בשנת 1987, למשך כמה ימים, אך מעולם לא הוגש נגדו כתב אישום. בשנת 1997 עוכב העותר כשהיה במעבר רפיח על ידי איש שב"כ, ושחרר כעבור דקות ספורות.

76. כאשר קיימת התנגדות ביטחונית למעברו של פלסטיני, דרך ישראל, מעזה לגדה או להיפך, הדרך היחידה העומדת בפניו כדי לערער על אותה החלטה הנה פנייה לערכאות המשפטיות. המשיבים אינם קוצבים, בדרך כלל, את התנגדותם בזמן, ולאחר חלוף תקופה מסוימת אינם בוחנים שוב את עמדתם ביוזמתם הם.

77. המשיבים נוקטים באמצעי קשה, שפוגע לא רק בזכויותיו של העותר כשופט, לרבות הזכות לכבוד ולחופש תנועה והזכות לחופש העיסוק, אלא גם במערכת בתי הדין השרעיים בכלל, דבר שיש לו השלכות כבדות משקל על טיב המערכת והשירות שהיא תוכל להעניק בעתיד לאוכלוסייה האזרחית.

78. דבר זה מעצים את הפגיעה בפלסטיני שהמשיבים מונעים ממנו חופש תנועה, היות ואותה פגיעה הופכת להיות פגיעה מוחלטת בזכויות היסוד שמוכרות הן מכוח הדין הבינלאומי ההומניטרי והן מכוח הדין הישראלי.

79. היעדר מנגנון המוסמך לבחון לגופו של עניין את בקשתו של פלסטיני שהמשיבים מונעים ממנו לצאת לגדה המערבית, הן בטענה שקיימת מניעה ביטחונית או בשל אי עמידה בקריטריונים אותם הציבו המשיבים, משאיר בפני הפלסטינים וארגוני זכויות אדם דרך אחת ויחידה להתמודד עם המצב - הגשת עתירה לפתחו של בית משפט נכבד זה.

80. החלטת המשיבים למנוע מעברו של העותר לגדה המערבית דרך ישראל, הנה שרירותית ואינה עומדת במבחן המידתיות והסבירות, והתקבלה טרם בדקו המשיבים את השלכותיה של מניעת מעברו של העותר לגדה והשפעתה על קידום מערכת קופות המזונות בשטחים בכלל.

ולסיכום

81. נסיעתו של העותר לגדה המערבית, דרך ישראל, חשובה לשמירה על הרמוניה בתוך מערכת בתי הדין השרעיים, שהנה מערכת אחת בגדה המערבית וברצועת עזה.

82. תפקידם של בתי הדין השרעיים הנו לדון בענייני משפחה, משמורת ילדים מזונות וכד'. העותר הנו המפקח בבתי הדין השרעיים לענייני מזונות ואכיפת פסקי הדין, ולצורך עבודתו עליו לבקר מדי פעם בגדה המערבית, על מנת לעמד מקרוב על עבודת בתי הדין להבין מקרוב את הבעיות עימן מתמודדים השופטים ולהדריך את העובדים שם.

83. מזה שנים מונעים המשיבים את כניסתו של העותר לגדה המערבית, מצב שהשפיע רבות על תפקוד מערכת בתי הדין השרעיים, ועל הקושי בהתנהלות המערכת. באותה עת הקפיד העותר-הקאדי ללמוד כיצד מתפקדות קופות המזונות במדינות אחרות, על מנת שיוכל ליישם מנגנון שכזה בשטחים, היות וקיימות היום בעיות ביישום פסקי הדין ובתשלום מזונות.

84. מכאן שנפלה טעות בשיקול דעת המשיבים, טעות שמן הראוי לתקנה וזאת לצורך שמירה על מערכת בתי הדין השרעיים בשטחים וזכויותיה של האוכלוסייה הפלסטינית המוגנת.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד ברצועת עזה ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הוא ניתן בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין באת כוחו.

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 המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

עביר ג'ובראן, עו"ד

ב"כ העותרים

30 באפריל, 2007

[ת.ש.49157]