

1. חגה _____

ת.ז. _____

בעניין:

2. **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 מנאל חזאן (מ.ר. 28878) ו/או עדי
 לנדאו (מ.ר. 29189) ו/או לינה אבו-מוך זועבי (מ.ר. 33775)
 ו/או שירין בטשון (מ.ר. 32737) ו/או חוה מטרס-עירון
 (מ.ר. 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ.ר. 37566)
 מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
 רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
 טל: 6283555-02; פקס: 6276317-02

העותרות

- נ ג ד -

מפקד כוחות הצבא ברצועת עזה

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמחייב אותו לבוא וליתן טעם מדוע לא ידון בבקשתה של העותרת לצאת לחו"ל דרך מעבר רפיח יחד עם ששת ילדיה הקטינים, ומדוע לא יאפשר, לאחר שידון בבקשתה, את יציאתם לחו"ל וחזרתם בשלום לרצועה דרך מעבר רפיח.

מבוא

העותרת 1 (להלן – **העותרת**) מתגוררת כבר כמה שנים ברצועת עזה עם משפחתה. בעבר נסעה לבקר את הוריה ואחיה בירדן דרך מעבר רפיח וחזרה לרצועה. בשלוש השנים האחרונות מונע המשיב את יציאתה לחו"ל. העותרת ביקשה להסיר את המניעה (אשר טיבה אינו ידוע) ופנתה למשיב שיתיר את יציאתה לחו"ל. המשיב, באמצעות לשכת יועמ"ש עזה, מסרב לדון בבקשתה.

"פשעה" של העותרת הוא שהיא רשומה במרשם האוכלוסין כתושבת דורא חברון, מקום מגוריה הקודם. המשיב אינו מנמק התנגדותו לדון בבקשה באצטלה ביטחונית. הוא אווז בטענה תמוהה לפיה העותרת "**שוהה בלתי חוקית**" ברצועה ועל כן טוען טענה של חוסר סמכות, כביכול. המשיב מתעקש, כי העותרת תקבל שירות רק מרשויות הצבא בגדה המערבית, וכי אם ברצונה לצאת לחו"ל עליה להגיע לגשר אלנבי אשר מצוי בגדה.

העותרת מוצאת עצמה במצב בלתי אפשרי, היא אינה יכולה לקבל סעד מהמשיב וגם אינה יכולה לקבל סעד מרשויות הצבא בגדה, שכן היא נמצאת ברצועת עזה ומתגוררת שם, והיא מעוניינת לצאת ולחזור לשם דרך מעבר רפיח. ודאי שאין לה כל אפשרות להגיע כעת לגשר אלנבי שבגדה. הלכה למעשה זכויותיה של העותרת נעשו פלסטר.

להלן יטענו העותרות כי המשיב אינו רק בעל הסמכות לדון בבקשתה של העותרת, אלא שמוטלת עליו החובה לדון בבקשתה, וכי טענת חוסר הסמכות שהעלה אינה מבוססת ומנוגדת לדין.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרת היא פלסטינית, ילידת 1966. היא נולדה בכפר דורא שבנפת חברון. בשנת 1986 נישאה למר _____ חגה (ת.ז. _____). מר חגה הינו פלסטיני תושב דורא במקור אף הוא. בגיל 20 עזב את הגדה ללימודים בפקיסטן ואיבד עקב כך את תושבותו. הוא נישא לעותרת וחי עמה בדובאי. לאחר הקמת הרשות הפלסטינית שב מר חגה לגדה. בשנת 1998 נרשם כתושב וקיבל תעודת זהות. לבני הזוג ששה ילדים: _____ בת ה-15, התאומים _____ ו _____ בני ה-13, _____ בת ה-10, _____ בת ה-8 ו _____ בת השנה.

העותרת וילדיה עודם רשומים במרשם האוכלוסין כבני הכפר דורא, כמו גם אמה ואחיה של העותרת, המתגוררים בירדן. גם בן זוגה של העותרת רשום כתושב הגדה. רישום זה לא השתנה כשיצאה משפחתה של העותרת לדובאי בעקבות עבודתו של בן זוגה. רישום זה לא השתנה כאשר חזרו להתגורר בגדה.

בשנת 2001 עברה המשפחה לעזה בעקבות עבודתו החדשה של בן זוגה של העותרת בנמל עזה. בני המשפחה לא שינו את המען הרשום במרשם האוכלוסין. כפי שיוסבר בהמשך, לא היו חייבים לעשות כן וממילא לא ניתן לעשות כן. מאז מתגוררת המשפחה בעיר עזה ברצועת עזה.

2. העותרת 2 (להלן **המוקד** או **המוקד להגנת הפרט**) היא עמותה לזכויות אדם שמושבה בירושלים. בין היתר פועל המוקד לקידום חופש התנועה של תושבים פלסטינים בתוך השטחים ובין השטחים לחוץ-לארץ ולהגנה על זכויותיהם המשפחתיות.

3. המשיב הוא המחזיק מטעם מדינת ישראל בשטח רצועת עזה, שטח הנתון לתפיסה מלחמתית. מתוקף תפקידו מחויב המשיב לשמור על זכויותיהם של תושבי הרצועה, לרבות זכותם לחופש התנועה ולשמירה על קשריהם המשפחתיים.

לאחר כיבוש שטח הרצועה הכריז המשיב על הרצועה כ"שטח צבאי סגור", הכרזה התקפה עד היום. עקב הכרזה זו נדרשים מי שמבקשים להיכנס או לצאת מהרצועה לקבל היתר מיוחד מאת המשיב, בין אם הם תושבים קבועים ובין אם לאו. היתר זה נדרש גם ביציאה למצרים דרך מעבר רפיח בדרום הרצועה.

עניינה של העותרת

4. העותרת, כאמור, היא תושבת דורא במקור. בגיל 6 עברה עם אמה לירדן. לאחר שנישאה למר חגה עברו בני הזוג להתגורר בדובאי. בשנת 1998 חזרה משפחתה לגדה לתקופה קצרה, לאחריה עברו להתגורר בעזה ושם מתגוררת המשפחה עד היום. מרכז החיים של המשפחה נכון להיום הוא בעזה, בעלה של העותרת עובד, כאמור, בנמל עזה. הילדים לומדים בבתי הספר בעזה.
5. ביוני 2001 יצאה העותרת עם ילדיה לביקור משפחתי בעמאן, ירדן. הוריה של העותרת, _____, בן ה-78 ו _____ בת ה-66, ושני אחיה, _____ ו _____, מתגוררים שם. היא יצאה למצרים ומשם לירדן **דרך מעבר רפיח** וחזרה לרצועה באותה דרך. מן הסתם לא סברו אז הרשויות הישראליות כי קיימת בעיה כלשהי לכך, אף שהמען הרשום שלה היה בגדה.
6. במאי 2002 ביקשה העותרת לשוב ולבקר אצל משפחתה בירדן עם ילדיה. שוב הגיעה למעבר רפיח, אולם הפעם השוטר בצד הישראלי אמר לה שעליה לשוב לביתה ולחזור למחרת. מששבה עם ילדיה למעבר הגבול בחודש יולי 2002, צעק עליה השוטר בצורה משפילה והורה לה לשוב לביתה מבלי לחזור. לאחר חווייה זו החליטה העותרת לא לנסות לצאת שוב בקיץ 2003.
7. רק בקיץ 2004 שבה העותרת למעבר הגבול ברפיח. בתחילה נאמר לה, לאחר התבוננות בתעודת הזהות שלה, כי עליה לשוב למחרת ושהיא מנועה ביטחונית. מששבה למחרת, לקח ממנה שוטר ביקורת הגבולות הישראלי את התעודה, עיין בה וקרא אותה. הוא אמר לה שהתעודה אינה בסדר, שהיא צריכה להוציא תעודה חדשה ולשנות את הכתובת שלה לעזה באותה הזדמנות. יציאתה של העותרת נמנעה. היא נחקרה על מעשיה בעזה, על בעלה וילדיה. לבסוף נאמר לה שיש בעיה ביטחונית, ללא הסבר וללא פירוט.

פניות העותרת למשיב

8. ביום 14.9.04 פנה המוקד בשם העותרת ליועמ"ש המשיב בבקשה להתיר את יציאתה לחו"ל דרך מעבר רפיח עם ששת ילדיה.
- העתק המכתב מיום 14.9.04 מצורף ומסומן ע/1.
9. ביום 14.10.04 התקשרה אל ב"כ העותרת גב' אלחרר מלשכת היועמ"ש ומסרה כי מכיוון שהעותרת נמצאת בעזה באופן לא חוקי, כלשונה, משרד היועמ"ש לא יטפל בבקשתה. עוד מסרה כי על מנת לקבל התייחסות מיועמ"ש עזה עליה לשנות את מענה במרשם, אולם, לדבריה, אפשרות זו אינה קיימת כיום. גב' אלחרר המליצה כי העותרת תפנה ליועמ"ש גדה ותצא דרך מעבר אלנבי.
10. ביום 28.10.04 פנה ב"כ העותרת מהמוקד ליועמ"ש המשיב בעניין סירוב לשכת היועמ"ש לטפל בבקשת העותרת. במכתב נטען כי אין המשיב יכול להתנער מהחובות המוטלות

עליו על פי הדין הביני"ל ומהיותו בעל הסמכות להתיר יציאה וכניסה לשטח הרצועה מכוח הכרזתו על הרצועה כשטח צבאי סגור.

בנוסף לטענות המשפטיות הודגשה במכתב התוצאה הבלתי צודקת של הסיור לטפל בבקשת העותרת:

"הסיור לטפל בבקשת מרשתי יביא לשלילה בפועל של זכותה לצאת את השטח ואת זכותה לשמור על קשריה המשפחתיים. החלטתכם מעמידה אותה במצב בלתי אפשרי. מחד, היא אינה יכולה לקבל את השירות מרשויות הצבא בעזה, כיוון שמענה הרשום הוא בגדה. מאידך, היא אינה יכולה לקבל את השירות הנדרש מרשויות הצבא בגדה, כיוון שהיא שוהה ברצועה ומבקשת לצאת דרך מעבר רפיח, ומכיוון שאינה יכולה לשנות את מענה.

טענתה של לשכתכם כי על מרשתי לנסות לצאת דרך מעבר אלנבי היא גילוי של אטימות ושרירות לב. כיצד מצופה שתגיע מרשתי לגדה? האם יש בכוונתכם להתיר את כניסתה לישראל לצורך מעבר לגדה???"

העתק המכתב מיום 28.10.04 מצורף ומסומן ע/2.

11. תשובת לשכת יועמ"ש המשיב לא בוששה לבוא. עוד באותו היום נשלח מכתב תשובה מפורט. מכתב זה לוקה באי דיוקים, אולם יש בו ללמד על עמדתו הנוכחית של המשיב ועל כן מן הראוי להתייחס אליו בהרחבה.

12. אי דיוקים עובדתיים במכתב התשובה

בטרם אפרט את העמדה המשפטית המפורטת במכתב לשכת יועמ"ש המשיב, ראוי להתייחס לשתי טענות עובדתיות אשר הופיעו במכתב והן, בלשון המעטה, אינן מדויקות:

בסעיפים 3 ו-4 נכתב, כי טענת העותרת שברצונה לצאת לירדן לבקר את הוריה ואחיה אותם לא ראתה שלוש שנים "אינה נכונה". הסיבה היא שבמרשם האוכלוסין רשומים אלו כתושבי דורא, חברון, ועל כן, מן הסתם, לא ייתכן כי הם מתגוררים בירדן.

ברור כי בטענה זו אין ולא כלום. גם העותרת רשומה כתושבת דורא אך מתגוררת בעזה. גם אלפי פלסטינים הרשומים במרשם מתגוררים כעת בירדן, בדובאי, בצרפת, בפרגוואי ובכל קצווי תבל. לא ניתן להסיק מהמען הרשום במרשם לגבי מקום המגורים בפועל. בכל מקרה, מוטב כי רשויות הצבא יבדקו את העובדות בטרם הם מטיחים בפונים אליהם כי הם אינם דוברי אמת.

בסעיף 7 למכתב טוענת לשכת יועמ"ש המשיב כי שוטר ביקורת הגבולות אשר קרע את תעודת הזהות עשה זאת מכיוון שהעותרת החזיקה תעודה בה היה רשום כי היא תושבת עזה, וזו כמובן תעודה מזויפת. גבי' אלחרר טוענת במכתב כי הדבר עולה משיחתה עם

הח"מ. על מנת להעמיד דברים על דיוקם: מעולם לא טען הח"מ טענה כזו, והדבר גם לא ייתכן מבחינה הגיונית, שכן טענתה העיקרית של העותרת היא דווקא כי על אף שהמען בתעודת הזהות שלה הוא בגדה, היא זכאית לקבל שירות מהמשיב. דומה כי האפשרות הסבירה ביותר היא שהשוטר במעבר רפיח קרע את תעודת הזהות של העותרת דווקא משום שראה בה "שוהה בלתי חוקית", אשר מתגוררת ברצועה ו"מעיזה" לשאת תעודת זהות גדתית.

13. העמדה המשפטית העולה מהמכתב

כבר בתחילת המכתב נטען כי "המבקשת שבנדון הינה תושבת חברון (בעיר דורא) השוהה בעזה באופן בלתי חוקי".

לעניין האפשרות לשינוי מען מהגדה לרצועה נכתב – "כיום לא מתאפשר שינוי מען בין האזורים, אלא במקרים חריגים הומניטאריים... שינוי המען בין האזורים נמצא באחריותו הבלעדית של מרשם האוכלוסין במינהל האזרחי המתאים (לצורך העניין מנהלת התיאום והקישור בעזה) ולאחר אישור מרשם האוכלוסין, הצד הפלסטיני מנפיק את תעודת הזהות, בהתאם להחלטתם. ראוי לציין כי הרש"פ אחראית לשינויי מען פנימיים, דהיינו בין מעיר לעיר או מנפה לנפה, בתוך האזור".

לעניין הטענה כי המשיב מתנער מחובתו נכתב – "מנהלת התיאום והקישור באזח"ע אחראית על תושבי אזח"ע בלבד ולא על תושבי איו"ש. מרשתך היא תושבת איו"ש ועל כן עליה לפנות למינהל האזרחי באזור איו"ש לבקשות כאלו ואחרות".

14. בד בבד עם הטענה כי כל טיפול יינתן לה רק ע"י יועמ"ש איו"ש, נטען במכתב כי "במידה ומרשתך תראה נכונות לצאת את הרצועה לגדה, בקשה זו תבחן בהתאם לנהלים. תישקל אפשרות למעברה לגדה, דרך ישראל, או לחלופין יציאה דרך רפיח וכניסה לגדה דרך גשר אלנבי".

מדברים אלה עולה כי המשיב דווקא מוכן לטפל בבקשה מצד העותרת, ובלבד שזו בקשה לעבור לגדה, וכי לצורך כך יהיה מוכן לשקול אפילו להסדיר את מעברה דרך רפיח או דרך ישראל.

העתק מכתב התשובה מצורף ומסומן ע/3.

מצבה של העותרת

15. משהתקבלה תשובתה המפורטת של לשכת יועמ"ש המשיב, הועמדה העותרת בפני שוקת שבורה. העותרת הבינה כי המשיב מציב בפניה שתי אפשרויות – האחת, להישאר עם משפחתה וילדיה ברצועה, אך ללא אפשרות לצאת ממנה וללא אפשרות לבקר את הוריה ואחיה בירדן. השנייה, לעזוב את משפחתה ברצועה ולעבור לגדה, כאשר רק בהיותה בגדה תוכל לנסות לצאת לחו"ל לבקר את משפחתה בירדן, אולם לא תוכל לחזור לרצועה.

16. שתי האפשרויות הללו אינן מקובלות על העותרת, הן מעמידות אותה במצב בלתי אפשרי, במלכוד. הן מכריחות אותה לבחור בין חובותיה כאם ובת זוג לבין חובותיה כבת ואחות. העותרת אינה מבינה כיצד זה נמנעות ממנה זכויות בסיסיות על בסיס סעיף טכני של רישום מען, אשר ממילא אינה יכולה לשנות. המשיב אף אינו מתחבא מאחורי אצטלה ביטחונית.

17. העותרת לא ראתה את הוריה ואחיה שלוש שנים. המצב קשה לה מאוד. כשעברה לעזה נקט המשיב במדיניות שונה. הוא לא העמיד קשיים בפני נשים במצבה. בשנת 2001 היא יצאה דרך מעבר רפיח וחזרה לרצועה באותה דרך, ללא קושי.

18. עתה לא רק שהמשיב שינה את עמדתו לגמרי ומסרב להתייחס לבקשתה לצאת לחו"ל, היא גם הפכה בעיניו לשוהה בלתי חוקית. הסיטואציה הזו משפילה את העותרת כפלסטינית וכתושבת מוגנת. כיצד ייתכן שהפכה ל"שוהה בלתי חוקית" במולדתה? כיצד ייתכן שבעבר הייתה חוקית לגמרי, ולפתע אינה חוקית? כיצד ייתכן כי בעבר זכתה לקבל טיפול מהמשיב ועתה בקשותיה כלל לא נבחנות?

הטיעון המשפטי

19. להלן יפרטו העותרות את עמדתן המשפטית, השוללת מכל וכל את התזה אשר הציג המשיב במעשיו ובמכתבו. להלן עמדת העותרות בתמצית:

על המשיב חובה לטפל בבקשותיהם של פלסטינים, ישראלים או תיירים השוהים בתחומי הרצועה, או מבקשים להיכנס אליה ולצאת ממנה. חובתו של המשיב נובעת מהיותו המחזיק ברצועה מטעם המדינה, מהיותו אורגן של המעצמה הכובשת ומהיותו בעל הסמכות להתיר את הכניסה והיציאה מהרצועה, אשר הוכרזה על ידו כשטח צבאי סגור.

עמדת המשיב כי סמכותו וחובתו נפרשת רק כלפי פלסטינים הרשומים במרשם האוכלוסין כתושבי הרצועה אינה עומדת בקנה אחד עם עמדת המשיב לגבי היות הגדה והרצועה שטח כבוש אחד, ואינה עומדת בקנה אחד עם דיני מרשם האוכלוסין בשטחים.

עמדת המשיב פוגעת בזכויות יסוד ובתחושת הצדק הטבעי וטעמיה זרים.

חובותיו של המשיב על פי הדין הבינלאומי

20. המשיב הוא המחזיק בשטח רצועת עזה מטעם מדינת ישראל, אשר היא המעצמה הכובשת על פי דיני המלחמה והמשפט ההומניטארי הבינ"ל. מעמדו זה מטיל על המשיב חובות כלפי האוכלוסייה המקומית. בראש ובראשונה מחויב המשיב להחזיר את הסדר על כנו, לדאוג לרווחתם וזכויותיהם של התושבים ולהבטיח כי שגרת חייהם תימשך וכי התפיסה המלחמתית של השטח לא תפגע באוכלוסייה האזרחית.

21. הבסיס הנורמטיבי נעוץ בעיקרו במספר הוראות – תקנה 43 לתקנות אמנת האג קובעת:

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

תקנה 46 לתקנות אמנת האג קובעת:

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

22. אמנת ג'נבה הרביעית מטילה חובות רבות על המשיב. בין היתר נקבע בסעיף 27 לאמנה, כי מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליהנות מיחס ראוי לגופם, לכבודם, לחירותם, לזכויותיהם המשפחתיות והדתיות ולמנהגייהם. על המשיב מוטלת חובה לשמור על שוויון ואסור לו לנהוג בצורה מפלה. על מנת לסבר את האוזן, להלן ההגדרה של האמנה למושג "מוגנים":

"מוגנים על ידי האמנה הזאת הם אלה המוציאים את עצמם, באיזה זמן שהוא ובאיזו דרך שהיא, בשעת סכסוך או כיבוש, בידי אחד מבעלי הסכסוך או בידי אחת המעצמות הכובשות, והם אינם אזרחיו של אותו בעל סכסוך או אזרחיה של אותה מעצמה כובשת".

הבסיס כפי שניתן לראות הוא עצם ההימצאות במקום הנתון לשליטה אפקטיבית של כוח זר, ותו לא.

23. המשיב כריבון אחראי גם, ללא ספק, לשמירה על הביטחון, הן של השטח הכבוש והן של ישראל. עליו לאזן כראוי בין חובתו זו ובין חובותיו האחרות כלפי האוכלוסייה האזרחית. באין מניעה ביטחונית פרטנית, על המשיב לכבד את זכויות התושבים:

"אמנת האג מסמיכה את מפקד האזור לפעול בשני תחומים מרכזיים: האחד – הבטחת האינטרס הביטחוני הלגיטימי של המחזיק בשטח, והשני – הבטחת צרכיה של האוכלוסייה המקומית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. האוכלוסייה המקומית לעניין זה כוללת את התושבים הערבים והישראלים כאחד. הצורך האחד הוא צבאי והאחר הוא צורך אזרחי-הומניטארי. הראשון

מתמקד בדאגה לביטחון הכוח הצבאי המחזיק במקום, והשני - באחריות לקיום רווחתם של התושבים. **בתחום האחרון מופקד מפקד האזור לא רק על שמירת הסדר והביטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם, ובמיוחד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם** (בג"צ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס"ד מיום 4.3.04, פסקה 8 לפסה"ד).

24. חובותיו של המשיב אינן תלויות בסוגיית חוקיות השהייה בשטח:

"בצד אחריותו של מפקד האיזור להבטיח את בטחון הכח הצבאי שהוא מופקד עליו, עליו לדאוג לשלומם ביטחונם ורווחתם של תושבי האיזור. חובה זו חלה עליו ביחס לכל התושבים, בלא אבחנה בדבר זהותם - יהודים, ערבים, או זרים. **שאלת חוקיות ישיבתם באיזור של גורמי אוכלוסיה שונים אינה עומדת כיום להכרעה בפנינו. מעצם ישיבתם במקום נגזרת חובת מפקד האיזור לשמור על בטחון חייהם ועל זכויות אדם שלהם**" (שם, פסקה 14 לפסה"ד).

25. כאשר ממאן המשיב לטפל בבקשה של תושב מוגן המתגורר בשטחו לממש זכויות חוקתיות שלו הוא מפר את חובתו על פי דין, כנציג המעצמה הכובשת. כך קרה בעניינה של העותרת.

טענת המשיב כי העותרת שוהה ברצועה שלא כדין

26. טוענת לשכת יועמ"ש המשיב כי סמכותו וחובתו של המשיב על פי דין משתרעת רק על טיפול בתושבים הרשומים במרשם האוכלוסין כתושבי רצועת עזה ולא על מי שרשום כתושב גדה, ועל כן "שוהה שלא כדין" ברצועה. טענה זו אין לקבל. עמדתה העקבית של מדינת ישראל היא כי הגדה והרצועה הנן שטח אחד, מבחינה משפטית, חברתית ותרבותית. המדינה לא קיבלה את הטענה כי מדובר בשני שטחים כבושים נפרדים.

27. סוגיה זו נדונה בהרחבה בפרשת עג'ורי. באותה פרשה מפורסמת נטען כי העברתו הכפויה של תושב הגדה לרצועה היא גירוש האסור על פי הדין הבינ"ל. המדינה התעקשה כי אין מדובר בשני אזורים אלא באזור אחד, ועל כן העברה כפויה כזו אינה גירוש אסור אלא תיחום מקום המגורים, המותר על פי הדין הבינ"ל.

28. את עמדתם זו תמכו המשיבים בסעיף 11 להסכם הביניים הישראלי פלסטיני, הקובע כי הצדדים רואים את הגדה והרצועה כשטח אחד. זאת ועוד, בתגובת המדינה לעתירה מיום 15.8.02 נכתב מפורשות כי:

"**העובדה כי ישראל בחרה לנהל את שני האזורים באמצעות אלופים שונים, הינה החלטה ארגונית, ולענייננו, אין לכך משמעות רבה**" (שם, סעיף 50).

29. בית המשפט הנכבד קיבל את טענת המדינה במלואה וקבע:

"שני האזורים הם חלק מארץ ישראל (Palestine) המנדטורית. הם נתפסו בתפיסה לוחמתית על ידי מדינת ישראל. מבחינה חברתית ופוליטית, נתפסים שני האזורים על ידי כל הנוגעים בדבר כיחידה טריטוריאלית אחת, תוך שהחקיקה של המפקד הצבאי בהם הינה בעלת תוכן זהה. כך, למשל, הופנינו על ידי בא כוח המשיב להוראת סעיף 11 להסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (ה- Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip), הקובע:

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

הוראה זו חוזרת גם בסעיף 31(8) להסכם, ועל יסודה נקבעו מנגנוני "המעבר הבטוח" שבין אזור יהודה והשומרון לבין אזור חבל עזה. כמו כן, אין בהסכם זה כדי להכריע בענייננו, אך יש בו כדי ללמד על כך כי שני האזורים נתפסים כאזור אחד בו שולטת מדינת ישראל מכוח התפיסה הלוחמתית. זאת ועוד: בא כוח המשיב ציין בפנינו כי "לא רק שהצד הישראלי מנהל באופן מתואם את שני האזורים, אלא שגם הצד הפלסטיני מתייחס לשני האזורים כיישות אחת, וההנהגה של שני האזורים הללו היא אחת ומאוחדת". אכן, התכלית המונחת ביסוד הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, והמצמצמת את תוקפו של תיחום מקום המגורים לאזור אחד, יסודה באחדות החברתית, הלשונית, התרבותית, הסוציאלית והמדינית של האזור, מתוך רצון לצמצם את הנזק שבהעברת מגורים למקום זר. מכוחה של תכלית זו אין לראות באזור יהודה ושומרון ובאזור חבל עזה שני אזורים הזרים זה לזה, אלא יש לראותם כאזור אחד. באזור זה פועלים שני מפקדים צבאיים מטעם המעצמה הכובשת האחת והיחידה" (בג"צ 7015/02 עגורני נ' מפקד כוחות צה"ל פ"ד נו(6) 352, 369).

לאור האמור, טענת המשיב כאילו פלסטיני מהגדה המתגורר ברצועת עזה הוא שוהה בלתי חוקי בה, אינה מתקבלת על הדעת.

30. טענת המשיב כי תושב גדה המתגורר ברצועה הוא שוהה בלתי חוקי, משמעותה כי המשיב מתנער מעמדתו בפרשת עגורני. משמעותה היא שהמשיב מתייחס לרצועה ולגדה כשני אזורים שונים, אשר אין אפשרות למעבר ביניהם. למעשה מתייחס המשיב לפלסטינים מהגדה ולפלסטינים מהרצועה כשתי קבוצות שונות ומנותקות. עמדה זו משמיטה את הקרקע תחת טענות המדינה בפרשת עגורני. אם אכן זו עמדתו החדשה של המשיב, אזי העברתו הכפויה של תושב גדתי לרצועה היא בהכרח גירוש אסור.

אחריות המשיב כאורגן של המעצמה הכובשת

31. החובות אשר מטיל המשפט הבינלאומי מופנות כלפי המעצמה הכובשת – מדינת ישראל. המדינה זכאית לפעול באמצעות שלוח, ורשאית היא, כפי שהחליטה, כאמור, למלא את מחויבויותיה על פי דין באמצעות שני שלוחים או יותר. בסופו של יום המדינה היא האחראית לכבד את זכויותיהם של תושבי השטח הכבוש באשר הם, ואין היא יכולה להתנער מחובתה על ידי חלוקה טכנית של סמכויות בין אורגניה השונים. פרופ' זמיר בספרו התייחס לתקלות הנובעות מריבוי אורגנים לרשות מוסמכת אחת:

"כדי למנוע מצבים מעין אלה, או כדי לפתור בעיות שנוצרו במצבים כאלה, יש צורך בתיאום מינהלי. התיאום יכול להיעשות, כאמור, בין האורגנים לבין עצמם, או ע"י גורם חיצוני. מי שמינה את האורגנים, או מי שממונה עליהם, נושא באחריות לתיאום כזה" (זמיר, הסמכות המינהלית (כרך ב'), ירושלים, 1996, עמ' 624).

32. ככל שסבור המשיב כי עליו להתייעץ עם הרשויות בגדה, לקבל מהן מידע ביטחוני או אחר, יתכבד ויעשה זאת, אולם לא ניתן לקבל את התנערותו הגורפת מאחריות לזכויות העותרת בטענה כי היא רשומה כתושבת הגדה, אף שהוא יודע כי אין לעותרת כל יכולת לקבל את הסעד המבוקש מהרשויות בגדה.

המשיב הוא בעל הסמכות לדון בבקשת העותרת מכוח הכרזתו על סגירת השטח

33. כאמור, סבורות העותרות כי טענת המשיב כי העותרת שוהה ברצועה שלא כדין היא משוללת יסוד ובניגוד לדין הבינ"ל ועמדתה העקבית של המדינה. אולם, גם אם מחזיק המשיב בעמדה זו, הרי שהוא בכל מקרה בעל הסמכות לדון ולאשר את בקשת העותרת מכוח הכרזתו על רצועת עזה "שטח צבאי סגור".

34. במה דברים אמורים? לאחר שתפסה מדינת ישראל את שטח הרצועה הכריז המשיב על הרצועה כשטח צבאי סגור. משמעותה של הכרזה זו הינה שמימוש חופש התנועה אל הרצועה וממנה מותנה בהיתר מאת המשיב.

35. הסמכות הזו נתונה למשיב משום שהוא הכריז על סגירת השטח. סמכות זו תקפה לגבי פלסטינים וישראלים, תיירים ואף חברי כנסת.

36. העותרת ביקשה לצאת מרצועת עזה ובקשתה סורבה על ידי פקודיו של המשיב. כיצד ייתכן כי המשיב שומר לעצמו את הזכות למנוע את יציאתה של העותרת אולם נמנע מלדון בבקשתה לאשר את יציאתה מהרצועה?

37. ככל שסבור המשיב שיש בסמכותו למנוע את יציאת העותרת מהרצועה ברור כי הוא בעל הסמכות לדון בבקשתה לצאת מהרצועה ולהיכנס אליה בשובה.

טענת המשיב כי סמכותו מותנית ברישום כתושב הרצועה במרשם האוכלוסין

38. המשיב טוען כי העותרת רשומה במרשם כתושבת הגדה ועל כן היא אינה זכאית לקבל שירותים מהרשויות ברצועה.

39. ייאמר מייד, הזכות של פלסטינים לשנות מקום מגוריהם בשטח המוחזק כראות עיניהם (לרבות בין הגדה והרצועה) אינה תלויה ברישום. מדובר בזכות בסיסית אשר נובעת מכבוד האדם וחירותו לבחור את תוואי חייו. סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966 (אשר נחתמה ואושררה ע"י ישראל), קובע:

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

על תחולת אמנה זו בשטחים ר' חוות הדעת של ביה"ד הבינ"ל בהאג בעניין בניית גדר ההפרדה, עמ' 40-43, פסקאות 102-111.

40. מלבד הטיעונים שהועלו לעיל, טענה זו אינה יכולה לעמוד משני טעמים נוספים: ראשית, טענתו סותרת את דיני הרישום, שנית, טענתו מתעלמת מכך שהוא אינו מכיר בשינויי מען במרשם.

דיני המרשם

41. על פי החוק החל היום בשטחים נתונה הסמכות הבלעדית לשינויי מען לרשות הפלסטינית, אשר היא הסמכות המוסמכת לשנות את סעיף המען במרשם. הרישום הפלסטיני הוא הרישום הקובע. רישום זה אינו דורש אישור ישראלי כתנאי לתקפותו. כל שנדרש מהרשות הפלסטינית הוא ליידע את רשויות הצבא בדבר שינוי המען.

ר' חלק שלישי להסכם, נספח 1, סעיף 28, העוסק במרשם אוכלוסין ותיעוד (ההדגשות אינן במקור):

28(10)(b): "The Palestinian side shall inform Israel of every change in its population registry, including, *inter alia*, any change in the place of residence of any resident".

המשיבים החילו את הסמכויות הנ"ל על השטחים באמצעות מנשר בדבר יישום הסכם הביניים (אזור חבל עזה) (מס' 5), התשנ"ו-1995.

42. על פי דיני המרשם אין כל דרישה להודעה מוקדמת של תושב על כוונתו לעבור ולהתגורר במקום אחר ולא נדרש אישור כלשהו מהרשויות הישראליות או הפלסטיניות. הדבר נלמד גם מהעובדה כי בענייני מרשם אחרים כן נדרש על פי הדין היתר מוקדם מישראל – למשל, הענקת תושבות דורשת אישור מוקדם מישראל ("**prior approval of Israel**") (סעיף 28(11) לאותו נספח).

43. מיותר לומר גם, כי הדרישה מאדם לבקש מהממשל היתר מראש לשנות את מקום מגוריו היא דרישה המוכרת ממשטרים אפלים בעבר ואינה מקובלת בחברה מודרנית ודמוקרטית, גם כאשר מדובר בממשל צבאי.

44. יועמ"ש המשיב מכיר בסמכות הבלעדית של הרשות הפלסטינית לשנות מען אולם מגביל סמכות זו לשינוי מען בתוך שטחו של כל אזור (סעיף 5 למכתב התשובה, ע/3). לטענה זו אין כל אחיזה בדין, לא ברור מאיזה דין יונק המשיב את הסמכות, אשר הוא טוען שישנה בידו, להתיר או למנוע מאדם לשנות את מענו במרשם מהרצועה לגדה.

45. מעבר לנדרש ראוי להוסיף, כי אף על פי הדין שחוקק המשיב ברצועה, דין אשר נותר על כנו גם לאחר הסכמי הביניים, לא נדרשים תושבי הרצועה (בניגוד לתושבי הגדה) ליידע את פקידי המרשם בדבר מענם. **סעיף המען אינו נכלל בין הפרטים הנכללים במרשם** על פי הצו בדבר תעודת זהות ומרשם אוכלוסין של רצועת עזה (צו 426). סעיף 14 לצו כולל את רשימת הפרטים אשר חובה לכלול במרשם (שמות, תאריכי לידה, דת, אזרחות וכו') – מען אינו אחד מהפרטים הדרושים. סעיף 16 לצו מחייב את תושבי הרצועה ליידע את הרשות המוסמכת על שינוי באחד הפרטים הללו תוך 30 יום. הנה כי כן, תושב שמשנה את מקום מגוריו לרצועה כלל אינו חייב על פי הדין ליידע את הרשות המוסמכת ברצועה בדבר שינוי מענו, ודוקו, **הרשות המוסמכת** לשינוי מען היא בכל מקרה **הרשות הפלסטינית** ולא המת"ק הישראלי.

העתק הצו בדבר תעודת זהות ומרשם אוכלוסין מצורף ומסומן ע/4.

האפשרות לשנות את המען

46. טוען יועמ"ש המשיב במכתבו כי אכן, כפי שטענו העותרות, לא מתאפשר שינוי מען בין האזורים. למעשה ניסוח זה אינו מדויק, על פי הדין לא צריכה להיות בעיה לשנות את המען במשרד הפנים הפלסטיני, אולם בפועל המשיב אינו מכיר בשינוי זה.

47. חוסר האפשרות לשנות את המען הוא אך ורק כתוצאה מהחלטת המשיב לסטות מהדין החל בשטחים, למנוע מעבר בין הגדה לרצועה ללא היתר מוקדם ממנו וסירובו להכיר בשינויי המרשם שנמסרים לו ע"י הרשות הפלסטינית. במצב זה ודאי שאין המשיב רשאי לזקוף את אי האפשרות של תושבים, המתגוררים ברצועה כבר מספר שנים, לשנות את רישום המען, לחובתם, ולנצל זאת למניעת טיפול בבקשותיהם.

פגיעה בזכויות יסוד

48. עמדת המשיב מעמידה את העותרת במצב בלתי אפשרי. היא מתגוררת ברצועה ועל כן מעוניינת לצאת לחו"ל ולחזור לרצועה, אולם היא נדרשת לפנות לרשויות הגדה, אשר רשאיות לאשר את יציאתה דרך מעבר אלנבי שבגדה בלבד, פתרון אשר אינו נותן מענה לבעייתה.

49. מכשולים בירוקרטיים – אין להקל בהם ראש, שכן לעיתים הפגיעה בזכויותיו של אדם בשל החלטות "טכניות" בירוקרטיות הינה הפגיעה הקשה והמתסכלת מכל:

"זכויות הפרט אינן מסתיימות במתן הצהרות חגיגיות. זכויות הפרט הן חומר של יום יום. אם הזכויות לא יעמדו במבחן המעשה, הן יהפכו עד מהרה למטבעות שחוקים המוטלים הלוך ושוב, תוך יצירת אשליה חולפת של כיבוד זכויות, המתפוגגות בשל מחסומים בירוקרטיים בלתי עבירים, המוצבים על כל צעד ושעל" (דבריו של כב' השופט ב' אוקון בעת"מ 796/04 אמינה נ' משרד הפנים (טרם פורסם, מיום 14.10.04, פסה"ד פורסם באתר בית המשפט).

50. התנהגות המשיב היא דוגמה לדבריו של כבוד השופט אוקון. המשיב מתהדר בממשל נאור ומסודר. המשיב אינו טוען דבר נגד זכויותיה של העותרת, המשיב אף מציע לה לגשת לגשר אלנבי שבגדה על מנת לצאת לחו"ל. המשיב "בסך הכל" טוען, כי העותרת פנתה לכתובת הלא נכונה. אין לקבל טענה זו. המשיב הועמד על משמעות החלטתו, המשיב מבין היטב כי צעדו מונע בפועל מהעותרת לממש את זכותה לחופש התנועה ואת זכותה לשמור על קשריה המשפחתיים.

51. המשיב מבין היטב כי העותרת אינה יכולה לקבל את מבוקשה מרשויות הגדה. למרות זאת ממשיך המשיב להתחפר בעמדתו ולטעון בלהט את טענת חוסר הסמכות התמוהה וחסרת הבסיס. **תופעה זו, שבה נצמדים פקידים לכללים והנחיות באופן דווקני, תוך רמיסת זכויותיהם של הפונים אליהם, מאפיינת משטרים האטומים לזכויותו ומצוקותיו של הפרט.** בתי המשפט הזהירו בעבר מפני היצמדות דווקנית כזאת לחוקים וכללים:

בחברה כשלנו, חברה שבה כבוד האדם וחירותו מהווים מרכיב דומיננטי במערך הגנטי של כל כללי המשפט, נצפה כי מנין הכללים הנוקשים מלגו ומלבר יהיה מעט נער יספרם. חוק נועד למקובל, לבינוני, לממוצע, והצורך בגמישות נדרש מאליו ולו כדי שלא לרמוס את המיעוט ואת היוצא-דופן (ע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד נז(1) 69, 79; ע"א (מחוזי-נצרת) 3245/03 ע.מ. נ' היועץ המשפטי לממשלה (פס"ד מיום 11.11.04).

52. התנהגות המשיב פוגעת במודע בזכויות בסיסיות של העותרת:

פגיעה בזכות לחופש התנועה

53. הזכות לחופש התנועה היא אחת מזכויותיו הבסיסיות של האדם. היא כוללת גם את הזכות לצאת מגבולות הארץ ולחזור. זכות זו נגזרת מהערך של כבוד האדם וחירותו:

"הערך של כבוד האדם וחירותו מבוסס על האוטונומיה של הרצון האישי, על חופש פיתוח האישיות ועל ההכרה בחופש הבחירה של הפרט. מכאן נגזרת זכותו של הפרט לנוע באופן חופשי בגבולות מדינתו ומחוצה לה".

א' ברק, פרשנות במשפט (פרשנות חוקתית), עמ' 428.

"זכותו של כל אדם לצאת מישראל. "זכות זו נגזרת מהיותו של אדם בן חורין ומאופיייה של המדינה כמדינה דמוקרטית ומהיותנו חלק מהקהילייה הבינלאומית, אשר במסגרתה זכות התנועה מוכרת כזכות אדם מנהגית. לזכות הלכתית זו מקום "בכותל המזרח של משפט ישראל". חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו העניק לזכות התנועה מעמד חוקתי על-חוקי" (שם, עמ' 247).

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

54. הזכות לחופש התנועה, לרבות הזכות לעזוב את שטח המדינה ולחזור אליה בחופשיות, הוכרה גם במשפט הבינ"ל. סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966, אשר אושרה ואושררה ע"י ישראל, קובע:

"כל אדם בן חורין לעזוב כל ארץ שהיא, לרבות ארצו הוא... לא תישלל באורח שרירותי מאיש הזכות להיכנס לארצו הוא".

55. אכן, הזכות לחופש התנועה, ככל זכות, ניתנת להגבלה. אף האמנה הבינ"ל קובעת כי שיקולי ביטחון מהווים עילה להגבלת זכות זו. אולם, חשוב לזכור כי בשל מעמדה החוקתי נקבע בפסיקה, בדומה להגבלת חופש הביטוי, כי על מנת להגביל זכות זו יש צורך לעמוד לפחות במבחן "החשש הכן והרציני" לפגיעה בביטחון, אם לא במבחן חמור יותר של "סכנה ממשית לביטחון המדינה".

בג"צ 448/85 עו"ד דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2), 701.

56. בענייננו לא רק שלא נטען כי קיים חשש רציני לפגיעה בביטחון, אלא שבקשת העותרת כלל לא נבחנה לגופה. טעמים בירוקרטיים טכניים ודאי שלא יכולים להוות עילה להגבלת הזכות לחופש התנועה.

פגיעה בזכות לחיי משפחה

57. החלטת המשיב מסכלת את יציאתה של העותרת יחד עם ילדיה לביקור המשפחתי. העותרת לא ראתה את הוריה ואחיה שלוש שנים. ילדיה לא ראו את סבם וסבתם. הניתוק הממושך נגרם עקב החלטת המשיב בשנתיים האחרונות למנוע את יציאת

העותרת מהרצועה (כאמור, ככל שמדובר **במניעת** יציאת העותרת לא היסס המשיב מלפעול).

58. הפרידה שנכפתה על העותרת וילדיה מבני משפחתם מהווה פגיעה קשה בזכותם לחיי משפחה ובזכותם לקיום קשריהם המשפחתיים, במיוחד שמדובר בשמירת קשר עם בני המשפחה מדרגה ראשונה, הורים, אחים, סבא וסבתא.

59. הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינ"ל. זכות זו נגזרת מכבוד האדם וחירותו:

"ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות"
(בג"צ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 728, 787).

ר' גם: בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז(1) 783, 749.

ר' עוד: סעיף 10 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966; סעיפים 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966; סעיף 12 וסעיף 16(3) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948; סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם; סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית; תקנה 46 לתקנות אמנת האג.

פגיעה בתחושת הצדק הטבעי

60. החלטת המשיב פוגעת בתחושת הצדק הטבעי של העותרת, אשר בקשותיה נופלות על אוזניים ערלות ואטימות לב מצד הממשל. ממושכלות היסוד הוא כי על ממשל תקין לאפשר לכל אדם להשמיע את עמדתו ולקבל תשובה מנומקת ועניינית. על הממשל לקבוע מדיניות אך הוא אינו יכול להתעלם בגסות ממקרים יוצאי דופן המחייבים את התייחסותו. ממשל אינו יכול להתייחס בביטול למצוקתו של אדם.

61. העותרת חשה כי המשיב מתבצר בעקשנותו אף שברור לו כי אין לעותרת סעד. העותרת חשה כי המשיב אדיש לחלוטין לזכויותיה. העותרת חשה כי המשיב מתעלם מהמצב ההומניטרי יוצא הדופן, הבא לידי ביטוי בניטוק הארוך והמכאיב בינה לבין הוריה ואחיה. תחושת אי צדק זו צריכה להטריד לא רק את העותרת אלא את כל מי שמינהל תקין, אשר מודע לתפקידו להיות נאמן ומשרת הציבור, יקר ללב.

טעמים זרים

62. המעיין בטענותיו של המשיב אינו יכול להשתחרר מהתחושה כי טענת חוסר הסמכות אינה אלא תירוץ וכי הטעם האמיתי להתנהגותו אינו קשור כלל לטעמי סמכות או טעמי ביטחון פרטניים.

63. לא ניתן לחמוק מהתחושה הרעה כי המשיב משתמש בסמכותו על מנת להשיג מטרות המשרתות אותו כנציג הצבא והמדינה.

ייתכן כי המטרה היא להפעיל לחץ באמצעים שונים, כמו, למשל, מניעת טיפול וזריעת ייאוש, נגד העותרת, על מנת שתעזוב יחד עם משפחתה את הרצועה ותחזור לגדה. ברוח זו ניתן גם להבין את תשובת יועמ"ש המשיב לפיה אם תחליט העותרת להגיש בקשה לעבור לגדה בקשתה תטופל.

ייתכן ומטרת המשיב ליצור הפרדה מוחלטת בין האוכלוסיות בגדה וברצועה ולאכוף מדיניות לפיה מעבר בין הגדה והרצועה יתאפשר רק לאחר אישור מוקדם מהרשויות הישראליות. לצורך כך הוא מקשה מאוד על מי ש"העז" לשנות את מקום מגוריו מהגדה לעזה.

64. מטרות וטעמים אלו הם כמובן טעמים זרים ופסולים.

בקשה לקבלת תצהיר שאינו במקור

העותרת, כאמור, היא פלסטינית המתגוררת ברצועת עזה. היא אינה יכולה להגיע לישראל על מנת לחתום על תצהיר בפני ב"כ מהמוקד להגנת הפרט. לאור זאת מתבקש בית המשפט לקבל את תצהירה, כפי שנחתם ע"י עו"ד מהרצועה, לאחר שתוכן העתירה הוקרא ותורגם לעותרת ע"י עובדי המוקד.

לאור כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש ולאחר שמיעת תשובת המשיב להפוך את הצו להחלטי. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיב את הוצאות העותרות ושכ"ט עו"ד.

13 בדצמבר, 2004

גיל גן-מור, עו"ד
ב"כ העותרות

ת.ש. 34138