

בג"ץ 8729/09
קבוע ליום 7.1.10

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין: _____ סואלי ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד עידו בלום ואח'
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית

המשיב

השלמת טיעון מטעם העותרים

בהתאם להחלטתו של כב' הרשם מרזל מיום 3.12.09, מתכבדים העותרים בזאת להגיש לבית המשפט הנכבד והשלמת טיעון מטעמם.

כאמור בעתירה, בשל דחיפותו של העניין הוגשה העתירה בתוך פרק זמן קצר, ועל כן לאחר הגשתה המשיכו העותרים לאסוף מסמכים ופרטים, וכן ערכו ביקורי עורך-דין אצל העותר.

השלמת טיעון זו נתמכת בתצהיר מטעם העותר 1.

תוכן העניינים

3	הקדמה: הוצאת צו על תנאי בעתירה דומה ביום 15.12.09
4	מבוא
4	העתירה והתנהלותו המקוממת של המשיב
8	"תשאול טלפוני" במקום שימוע
9	ההחלטה העומדת למבחן: הוצאת צו גירוש מכוח הצו בדבר מניעת הסתננות בשל "שהייה בלתי חוקית" (ולא החלטה על גירוש מטעמי ביטחון)
10	העותר מלכתחילה אינו יכול להחשב ל"מסתנן" ועל כן צו הגירוש חסר בסיס חוקי
14	טענות המשיב
14	רקע: הסדרי התנועה בין רצועת עזה לגדה המערבית ו"המעבר הבטוח"
17	מעברו של העותר מרצועת עזה לגדה המערבית
18	חייו של העותר עם משפחתו בגדה המערבית
18	המשיב עצמו לא ראה בעותר "שוהה בלתי חוקי" או "מסתנן" – ואף סרב לאפשר לו לעבור לרצועת עזה כשרצה בכך
19	התייחסות לטענות המשיב
19	הטענה לפיה היה על העותר להחזיק מאז שנת 2000 ב"היתר שהייה" – שהמשיב החל להנפיקו רק שבע שנים לאחר מכן
20	הטענה לפיה היה על העותר להגיש "בקשה להשתקעות" ולקבל "היתר השתקעות" – שלא היה קיים מעולם
20	ערבוב מין בשאינו מינו: קבלת היתר לפי הצו בדבר שטחים סגורים – באמצעות עדכון כתובת לפי הצו בדבר תעודות זהות?
21	עדכון כתובת במרשם האוכלוסין – תנאי לחוקיות המגורים באותה כתובת?
22	הסמכויות הנוגעות לרישום כתובות במרשם האוכלוסין ממילא הועברו לידי הרשות הפלסטינית
24	הטענה לפיה עצם ההכרזה על "שטח סגור" מחייבת בהכרח קבלת "היתר כניסה" כתוב, "היתר שהייה" ו"היתר השתקעות"
28	המשיב עצמו הכיר בעבר בכך שעצם השהות הממושכת בגדה מהווה "העתקת מרכז חיים" מעזה לגדה
28	מקרים קודמים: המשיב התיר שוב ושוב את חזרתם לגדה של פלסטינים הרשומים בעזה
31	הנסיון להחיל על העותר באופן רטרואקטיבי תפיסות וכללים שהתגבשו שנים רבות לאחר שעבר להתגורר בגדה המערבית כדין
32	פסקי הדין אליהם מפנה המשיב
33	האיסור החמור על העברות כפייה במשפט הבינלאומי
35	סיכומם של דברים

הקדמה: הוצאת צו על תנאי בעתירה דומה ביום 15.12.09

1. כבר בפתח הדברים, יבקשו העותרים להפנות את בית המשפט הנכבד לעתירה דומה, התלויה ועומדת בפני בית המשפט, ואשר עוסקת בסוגייה דומה ובנסיבות דומות.
 2. בג"ץ 2786/09 סאלם נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (להלן: עניין סאלם), עוסק, בדומה לעתירה זו, בפלסטיני תושב השטחים, אשר מתגורר במשך שנים רבות בגדה, נשוי ואב לשלושה ילדים, אשר המשיב החליט לגרשו לרצועת עזה בהסתמך על כתובתו הרשומה (באופן שגוי).
 3. בדומה לעותר בעתירה זו, גם מר סאלם נעצר תחילה על פי הצו בדבר הוראות בטחון, ולאחר מכן לפי הצו בדבר מניעת הסתננות.
 4. גם מר סאלם עבר לגדה לפני שנים רבות (שם בשנת 1995), בלא צורך בהיתר כלשהו. באותו מקרה מדובר בשוטר פלסטיני אשר עבר באמצעות שאטלים מיוחדים לשוטרים, אשר לא נדרשו לקבל היתר כלשהו. בענייננו, כזכור, עבר העותר באמצעות השטאלים במסגרת הסדר המעבר הבטוח, הסדר אשר גם הוא לא חייב קבלת היתרים כלשהם.
 5. עוד יצוין, כי גם באותו מקרה העלה המשיב טענות "ביטחוניות" כנגד העותר (כנגד מר סאלם אף החלו הליכים פליליים בבית משפט צבאי).
 6. ביום 15.12.09 התקיים דיון בעניין סאלם, אשר בעקבותיו הוציא בית המשפט צו על תנאי בעתירה, והורה כי המשיב יגיש תשובתו בתוך 21 יום. בהתאם לכך, על תשובת המשיב להיות מוגשת במהלך הימים הקרובים.
- העתק החלטת בית המשפט בעניין סאלם מיום 15.12.09 מצורף ומסומן ע/3.
7. מטבע הדברים, אותם שיקולים אשר עמדו לנגד עיני בית המשפט, בהחלטתו להוציא צו על תנאי בעניין סאלם, עומדים ותקפים גם בעתירה זו.

מבוא

8. הימים ימי הסכם "אוסלו".

ישראל ואש"ף מכריזות על הכרתן בגדה המערבית ורצועת עזה כיחידה טריטוריאלית אחת. הרשות הפלסטינית מוקמת בשטח עזה והגדה יחדיו, ותושבי עזה והגדה כאחד מקבלים תעודות זהות של הרשות.

השר לבטחון פנים, שלמה בן-עמי, והממונה על התיק לעניינים אזרחיים ברשות הפלסטינית, ג'מיל טאריפי, חותמים על "פרוטוקול המעבר הבטוח", אשר מיושם הלכה למעשה ומחבר גם מבחינה פיזית את עזה והגדה ומאפשר מעבר חופשי ביניהם.

והנה, תושב שטחים עובר דרך ישראל באמצעות המעבר הבטוח.

בהתאם להסכמים ולהסדרים, הוא אינו זקוק לכל היתר או אישור, למעט כרטיס מגנטי. כאמור, עזה והגדה הן יחידה טריטוריאלית אחת, ועתה גם המעבר ביניהן חופשי.

אותו אדם מגיע לשער הגדה. המפקד הצבאי בוחן את מסמכיו, בודק את פרטיו, ומתיר לו להיכנס בלא כל תנאים או מגבלות.

אותו אדם בונה לו בית, עובד, לומד, מקים משפחה.

הוא אינו היחיד. רבים עוברים, כמוהו, להתגורר באותו שטח. כולם עוברים באותו אופן. הם אינם מסתננים דרך פרצות בגדר או עוברים בזחילה בחשכת הליל. כולם מגיעים לשער הכניסה הראשי ומצהירים על רצונם להיכנס. לכולם מתיר המפקד הצבאי להיכנס, ופותח בפניהם את השער בלא תנאים ומגבלות.

והנה, **כעבור כעשר שנים, המפקד הצבאי עוצר לפתע את אותו אדם, מטיח בו כי הוא "שוהה בלתי חוקי" ו"מסתנן" ובמחי יד מבקש לגרשו מביתו, ממשפחתו, מהחיים אשר בנה.**

העתירה והתנהלותו המקוממת של המשיב

9. עניינה של העתירה בהחלטתו של המשיב לגרש את העותר – פלסטיני המתגורר בסילוואד שבגדה המערבית מאז שנת 2000, נשוי ואב לשלושה ילדים קטנים – מביתו שבגדה המערבית לרצועת עזה, בהסתמך על כך שבמרשם האוכלוסין רשומה עדיין כתובתו באופן שגוי ברצועת עזה.

10. אולם תחילה, יבקשו העותרים להתייחס להתנהלותו השערורייתית של המשיב במהלך הגשת העתירה ועד למתן הצו הארעי אשר אסר על הרחקתו של העותר לרצועת עזה, כדלקמן:

11. כאמור בעתירה, ביום 29.10.09, עם היוודע דבר כוונת המשיב לגרש את העותר לרצועת עזה, פנו בני משפחתו בדחיפות ליועמ"ש המשיב, באמצעות המוקד להגנת הפרט, וביקשו לעצור את הליך הגירוש – ולכל הפחות לעכבו במספר ימים על מנת לברר את העניין, ובמידת הצורך לעתור לבית המשפט הנכבד (נספח ע/1).

12. במקביל להעברת הפנייה, שוחח ב"כ העותרים טלפונית עם סגן נעה שפריר מלשכת יועמ"ש המשיב, אשר מסרה כי תבדוק את העניין, שכן אינה מכירה את פרטי המקרה לאשורו, ועוד מסרה כי טרם ניתן אישור לשכת היועמ"ש לביצוע ההרחקה, כנדרש.

בהמשך, התקבלה תשובה בכתב מסגן שפריר, בה נמסר כי העותר מוחזק במתקן הכליאה בשומרון, וכין כי "לאור בקשתכם להגיש עתירה בעניינינו, אנו פועלים לעיכוב הרחקתו עד למוצאי שבת 31.10.09" (נספח ע/2).

13. עם זאת, בשיחה טלפונית שנערכה לאחר מכן בין הח"מ לבין סגן שפריר ורס"ן לימור טחנאי מלשכת יועמ"ש המשיב, נמסר לפתע כי לשכת היועמ"ש חוזרת בה מהתחייבותה זו, **ואינה מוכנה עוד להתחייב לעיכוב ההרחקה!**

14. ב"כ העותרים הבהיר כי העותרים בכל מקרה פועלים להגיש עתירה בעניינים באופן מיידי, וכי לא יעלה על הדעת שכאשר ידוע שעתירה צפויה להיות מוגשת בטווח הזמן הקרוב, יזדרזו גורמי הצבא לגרש את מר סואלי לרצועה.

15. ואכן, בסמוך לשעה ארבע הוגשה העתירה ובה הבקשה למתן צו ביניים. ב"כ העותרים פנה בדחיפות לרס"ן טחנאי על מנת לעדכן אותה בדבר הגשת העתירה, אולם אז מסרה רס"ן טחנאי כי **ברגעים אלה ממש פועלים לביצוע גירושו של מר סואלי לרצועה, כי ניידת כבר בדרכה לקחתו – וכי כל עוד לא ניתן צו ביניים אין בכוונת הצבא לעצור את הליך הגירוש!**

העתק הודעת לשכת יועמ"ש המשיב על כך ש"הרחקתו של הנדון יצאה לדרך" מצורף ומסומן ע/4.

16. ב"כ העותרים פנה מייד בכתב לרס"ן טחנאי, והדגיש כי ככל שמר סואלי יגורש בשלב זה, כאשר ידוע כי ברגעים אלו ממש מוגשת עתירה לבית המשפט הכוללת בקשה לצו ביניים בענייניו, רואים זאת העותרים בחומרה רבה.

עוד הודגש במכתב, שאין זאת, כי מדובר בפעולת-מחטף אשר נועדה לסכל מלכתחילה את העתירה ואת הבקשה לצו הביניים, בטרם יספיק בית המשפט ליתן החלטתו בעניין זה.

העתק ממכתבו של ב"כ העותרים לרס"ן טחנאי מיום 29.10.09 מצורף ומסומן ע/5.

17. **היעלה על הדעת כי לאחר שנודע לגורמי הצבא כי הונחה עתירה דחופה על שולחנו של השופט וממתינה להחלטתו בעניין צו ביניים, אשר יאסור על גירושו של אדם לרצועה, יזדרזו להעלותו על ניידת ולדהור עמו לכיוון שערי הרצועה, בניסיון מובהק לסכל מראש את מתן ההחלטה!?**

מובן כי מדובר בהתנהלות פסולה מכל וכל, שקשה להפריז בחומרותה.

18. למרבה המזל, בטרם הספיקה הניידת להגיע לשערי הרצועה, ניתנה החלטתה של כב' השופטת חיות, האוסרת על הרחקתו של העותר לעזה, וההרחקה נמנעה ברגע אחרון.

19. אולם לא די בכך. זאת שכן במהלך מעצרו של העותר וההחלטה על גירושו נפלו כשלים חמורים נוספים, אשר באים לידי ביטוי גם בתגובת המשיב:

"תשאול טלפוני" במקום שימוע

20. כאמור בסעיף 12 לתגובת המשיב, בטרם הניסיון לגרשו בחטף לרצועה, לא נערך לעותר אלא "תשאול טלפוני"(!).

21. נראה כי הדברים מדברים בעד עצמם.

22. מובן כי לא לכך כיוון בית המשפט בפסקו שוב ושוב כי:

לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי... לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד, וכיוצא בזה, אלא אם כן ניתנה לנפגע **הזדמנות הוגנת** להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתידה.

(בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1508)

23. וכי לא זו הייתה כוונתו של בית המשפט כאשר פסק כי במקרים כאלה ממש, של הרחקה לרצועת עזה תוך הסתמכות על כתובתו הרשומה של אדם:

מן הראוי שהמשיבים ישקלו קביעת נוהל אשר יאפשר למורחק, בנסיבות מתאימות וגם ללא הוצאת צו לתיחום מגורים, הליך של שימוע להעלאת טענותיו שעה שהוא חולק על הרישום במרשם האוכלוסין הפלסטיני.

(בג"ץ 3519/05 ורד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, תק-על 2006(3) 1057, 1060).

24. גם ה"נימוקים" לביצוע הגירוש אשר הציג המשיב ב"טופס התשאול" כבסיס להחלטת הגירוש מעוררים גיחוך ממש, ואין בהם אף ראשית הסבר להחלטה לגרש את העותר מביתו. כך, תחת הכותרת "הנימוקים להחלטת נציג יועמ"ש איו"ש" נכתב:

אין בעיה מבחינת יועמ"ש, יש לתאם ולסגור מול הפיקוד בנוגע לביצוע הגירוש.

25. הנה כי כן, המשיב אף לא טרח ליצור מראית עין של הנמקה רצינית ושל בחינה מעמיקה של נסיבות המקרה.

26. כפי הנראה גם המשיב עצמו היה מודע לכך כי אותו "תשאול טלפוני" רחוק מקיומה של חובת השימוע כמרחק מזרח ממערב, ועל כן לאחר שהוגשה העתירה ולאחר שניתן צו ארעי האוסר על הרחקתו של העותר לרצועה, הזדרז לערוך לעותר "תשאול משלים", במסגרתו אף נמסר לעותר לראשונה באופן לאקוני כי "קיים בעניינו חומר בטחוני".

27. ואולם גם טופס זה לוקה בפגמים מהותיים.

28. ראשית, מדובר בטופס שכותרתו "נוהל גירוש ירדנים".

המשיב אמנם טוען, כי הדבר נעשה "עקב תקלה", אולם קשה לקבל טענה זו ברצינות, ונראה כי הסיבות לשימוש בטופס הן שונות בתכלית, כפי שיוסבר בהמשך.

ראשית, הטענה לפיה מדובר ב"תקלה" או "טעות" מקרית נראית בלתי סבירה, שכן מאוד קשה "לטעות" ולא לראות כי הטופס אינו מתאים כלל במקרה של תושב השטחים (ולא נתין זר) ואף מולאו סעיפים רבים באופן היוצר אבסורד ממש.

כך, למשל, מספר ת"ז הזהות הפלסטינית של העותר מולא כ"מס' ת"ז זרה".

כן מולא הסעיף העוסק "פרטי המזמין תושב האזור" – סעיף הרלבנטי אך ורק לנתינים זרים, אשר על מנת להיכנס לשטחים נדרשים להיות מוזמנים ע"י תושב השטחים, אשר מגיש עבורם בקשה ל"רישיון ביקור". מובן כי כל קשר בין סעיף זה לבין עניינו של העותר או תושבי שטחים בכלל הוא מקרי לחלוטין, אולם בכל זאת, בלא להניד עפעף, מולא הסעיף ונרשם בו כי העותר נכנס "ללא מזמין".

בסעיף אישור נציג היועמ"ש, מודפס בטופס במקור "מאשר / לא מאשר להרחיק את הנדון לארץ מוצאו". אולם כדי "להתאים" את הטופס הבלתי מתאים, הביטוי "ארץ מוצאו" נמחק בקו ובמקומו נכתב בכתב יד "לרצועת עזה".

30. על כן, נראה שקשה לקבל ברצינות את הטענה לפיה גורמי המינהל האזרחי – ובהם רמ"ד מרשם אוכלוסין – העוסקים בסוגיה זו מדי יום מילאו את הטופס עקב "תקלה", וזאת במיוחד לאור העובדה שטופס התשאול הראשון עמד לנגד עיניהם כשעשו זאת.

30. אין זאת, כי הסיבה לכך שהמשיב השתמש ב"נוהל גירוש ירדנים" בטרם הוציא צו גירוש כנגד העותר, הינו כי כפי שיתואר בהמשך, גירושם של תושבי השטחים כ"מסתננים" הוא רעיון חדש, והטופס בו השתמש המשיב הוא הטופס הסטנדרטי הקיים בנוגע למסתננים – אשר עד לאחרונה איש לא חשב להחילו על תושבי שטחים!

יודגש גם שהתנהלות זו זהה לחלוטין לאופן בו פעל המשיב גם במקרים אחרים: תחילה, כאשר ביקש להרחיק אדם על פי הצו בדבר הוראות ביטחון וחקיקת שטחים סגורים, פעל על פי "טופס לתושב עזה השוהה באיו"ש", ואילו כאשר הוחלט על הוצאת צו גירוש כמסתנן, פעל על פי "נוהל גירוש ירדנים" (כך היה למשל בעניין סאלם המוזכר לעיל).

31. זאת ועוד, גם כאן לוקה ההנמקה בחסר באופן קיצוני. כזכור, כעולה מתגובת המשיב, הבסיס החוקי, כביכול, לגירושו של העותר הינה הטענה כי הוא "מסתנן" או "שוהה בלתי חוקי". מובן כי אם אינו כזה, לא ניתן לגרשו כמסתנן. אולם נימוק זה אינו מוזכר בהחלטה על הגירוש אף ברמז!

32. על פי טופס התשאול השני, הנימוק היחיד לגירושו של העותר – שהוא תושב השטחים – כמסתנן, הוא כי "החב"ס והמידע המפורט בו, כפי שהוצגו ע"י השב"כ, מצדיקים הרחקתו חזרה לעזה". יודגש, כי המשיב יודע כי מדובר בסוגיה שנויה ומחלוקת, ובודאי שגירושם של תושבי השטחים (אשר אין מחלוקת בדבר מעמדם החוקי בשטחים) כ"מסתננים" אינו מובן

מאליו. אולם בטופס התשאול לא רק שלא נזכר נימוק זה, אלא לא נטען כלל כי העותר הוא כביכול "מסתנן"!

33. בסופו של דבר, האבסורד הרב ביותר, כאמור לעיל, הוא כי טופס התשאול (השני) עוסק כולו בגירושם של נתינים זרים לארץ מוצאם – ואילו העותר הוא דווקא נתין השטחים, הנמצא כבר בארץ מוצאו.

34. אולם מעבר לכל הפגמים המהותיים שנפלו בהליך ה"תשאול" שנערך לעותר יש להדגיש: אף אילולא נפלו פגמים כה רבים ב"טופס התשאול", הרי גם אז לא היה בכך די כדי להוות תשאול מלא כדין. כך, במהלך דיון שהתקיים במסגרת בג"ץ 8731/09 עזאם נ' מפקד איזור הגדה המערבית (לא פורסם), אשר עסק ב"תשאול" מאותו סוג, מתח בית המשפט ביקורת על ה"תשאול" אותו עורך המשיב בטרם גירושם המהיר של תושבי שטחים מן הגדה לרצועה, שאינו מהווה שימוע מלא. בעקבות הערות בית המשפט הודיעו אז המשיבים כי יערכו לעותרת שימוע מלא בנוכחות בא כוחה. בהתאם לכך, בהחלטתו מיום 12.11.09 הורה בית המשפט כי:

בהסכמה ייערך לעותרת שימוע. השימוע יקיים במחסום ארוז במהלך השבוע הבא. בא כוח העותרת יהיה זכאי להיות נוכח בשימוע ולהעביר טענות בכתב, לאחר מכן תינתן החלטה חדשה.

החזקת העותר במעצר במשך יומיים בלא כל אסמכתא חוקית?

35. העותר נעצר ביום 28.10.09, בהתאם לפקודת מעצר ראשונית למשך 96 שעות, על פי סעיף 78 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378, תש"ל-1970. בשיחה שהתקיימה כאמור לעיל ביום 29.10.09, סגן שפיר מלשכת יועמ"ש המשיב הבהירה לב"כ העותרים בשיחה טלפונית, כי אכן פקודת המעצר תסתיים ביום 1.11.09 בשעות הצהריים.

36. אולם יום 1.11.09 חלף – אך גם לאחר תאריך זה המשיך המשיב להחזיק את העותר במעצר! רק יומיים לאחר מכן, ביום 3.11.09, הוציא המשיב כנגד העותר "צו גירוש" לפי הצו בדבר מניעת הסתננות, אשר מהווה, לטענתו, "אסמכתא חוקית" למעצרו.

37. יצוין, כי כפי שיתואר בהמשך, העותרים סבורים כי צו הגירוש שהוצא לעותר לפי הצו בדבר מניעת הסתננות הוא חסר כל בסיס או תוקף חוקי ומהווה אבסורד גמור. אולם בכל מקרה, צו זה לא הוצא אלא יומיים תמימים לאחר שככל הנראה פקעה פקודת המעצר הראשונית.

38. מן האמור עולה, כי על פניו החזיק המשיב את העותר במשך יומיים **במעצר בלתי חוקי**, ונראה כי על המשיב לספק הסברים ברורים לשאלות הקשות העולות בנוגע לכך.

39. וכבר נפסק כי כאשר אדם מוחזק – ולו ימים ספורים – במעצר בלתי חוקי, הרי:

אין מדובר בפגם טכני בלבד כי אם בליקוי מהותי, הטומן בחובו פגיעה קשה בחירותו של אדם ובזכויותיו של הנאשם בדין הפלילי.

(בש"פ 8892/08 מדינת ישראל נ' ואהבה, תק-על 2008(4) 1150, 1153).

ובמקרה אחר הדגיש כב' השופט לוי :

אני מתקשה להשלים עם השימוש במונח "תקלה טכנית" להחזקתו של אדם במעצר שלא כחוק, גם אם המעצר נמשך יממה אחת בלבד. המדובר בפגיעה בזכות לחירות אישית המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

[...] תחושתתי היא שעובדת שחרורו של העורר ממעצר בלתי חוקי לא זו בלבד שנתפסה כ"תקלה", אלא אף כספק הליך-סרק ספק-מטרד, אותו ניתן היה לסלק בהינף יד על מנת להחזיר את ההליכים למסלולם ערב השחרור. גישה זו היא כמובן שגויה, הואיל והיא כרוכה בשלילת זכות יסוד שהכל מצווים לקיימה.

(בש"פ 8024/02 אלכסנדר נ' מדינת ישראל, תק-על 2002(3), 1441).

החלטה העומדת למבחן: הוצאת צו גירוש מכוח הצו בדבר מניעת הסתננות בשל "שהייה בלתי חוקית" (ולא החלטה על גירוש מטעמי ביטחון)

40. המשיב מנסה להדגיש בתגובתו את הטענות הביטחוניות הקיימות, לכאורה, כנגד העותר, אולם השאלה המרכזית העומדת על הפרק אינה השאלה הביטחונית, שכן ממילא הבסיס והתנאי ההכרחי לתקינות החלטתו של המשיב לגרש את העותר הוא שאכן מדובר ב"מסתנן" ו"שוהה בלתי חוקי".

41. מובן כי אם העותר אינו "מסתנן", הרי שלא ניתן לגרשו כ"מסתנן" בלא קשר לטיעונים ביטחוניים. יוזכר, כי לרשות המפקד הצבאי עומדים מגוון אמצעים בהם הוא יכול לנקוט כלפי מי שיש לו כלפיהם טענות ביטחוניות – גם אם אינם "מסתננים".

42. ההחלטה העומדת למבחן בענייננו אינה, איפה, החלטה על "גירוש מטעמי ביטחון", כי אם החלטה על "גירוש מסתנן", וככזאת יש לבחנה.

כדברי הנשיא שמגר :

לשם הסרת ספק ברצוני להוסיף ולהבהיר כי אין גם לערבב את סמכות הגירוש כלפי מסתנן עם סמכות הגירוש מטעמי בטחון המוגדרת בתחיקה אחרת. כפי שהוסבר, מתייחסת סמכות הגירוש לפי הצו בדבר מניעת הסתננות אך ורק למי ששוהה באזור אחרי שנכנס אליו שלא כדין.... הסמכות לגרש קמה ועולה בשל היותו של פלוני מסתנן, היינו, בשל היותו מי שנכנס לאזור ביוזעין ושלא כדין לאחר שהייה אחרי מועד פלוני בארצות המפורטות בצו ותו לא.

(בג"ץ 454/85 דהמודי נ' שר הבטחון, פ"ד לט(3) 401, 410 (1985)).

לאור האמור, הניסיון "לנפנף" בטענות ביטחוניות כלפי העותר, אינו אלא ניסיון לזרות חול בעיני בית המשפט, שכן אם אכן, כפי שטוענים העותרים, יהא זה אבסורד גמור לראות בעותר "מסתנן", הרי מובן שהטענות הביטחוניות אינן מעלות ואינן מורידות.

43. יצוין גם, כי עולה הרושם שהניסיון "לבסס" את החלטת הגירוש על טענות ביטחוניות, אינו אלא ניסיון בדיעבד, שכן כאמור לעיל, מטופס התשאול הראשוני שנערך לעותר (נספח מש/1 לתגובת המשיב), על בסיסו הוחלט על הרחקתו, עולה כי לא הועלו אז כנגד העותר טענות ביטחוניות כלשהן, והסעיף הנוגע ל"חומר ביטחוני שלילי" נמחק וסומן כבלתי רלבנטי!

44. רק לאחר שהוגשה העתירה, בתשאל החוזר שנערך לעותר (נספח מש/2 לתגובת המשיב), הועלו לפתע טענות ביטחוניות והסעיף הרלבנטי מולא. יצוין, כי בתשאל לא הועלו בפני העותר כל טענות ביטחוניות ספציפיות, אלא אמירה כללית ולאקונית בלבד על עצם קיומן.

העותר מלכתחילה אינו יכול להחשב ל"מסתנן" ועל כן צו הגירוש חסר בסיס חוקי

45. כאמור בתגובת המשיב, ביום 3.11.09 הוצא כנגד העותר צו גירוש מהגדה על פי הצו בדבר מניעת הסתננות (מס' 329), התשכ"ט-1969, אשר לטענת המשיב "מהווה גם אסמכתא להחזקתו במשמורת עד להרחקתו לרצועת עזה". הצו צורף לתגובת המשיב כנספח מש/3.

46. אולם מדובר בהליך חסר כל בסיס חוקי, שכן ברור וגלוי שהעותר אינו יכול להיחשב כלל "מסתנן" על פי הצו בדבר מניעת הסתננות!

47. ראשית, כאשר עבר העותר מרצועת עזה לגדה המערבית (וגם שנים לאחר מכן) לא הייתה כל מחלוקת כי רצועת עזה והגדה המערבית מהוות יחידה טריטוריאלית אחת. זה היה הבסיס להסכם הביניים. זה היה הבסיס להסדרי "המעבר הבטוח".

בית המשפט תיאר זאת בפרשת עג'ורי, בהתייחסו לאפשרות להוציא צו "תיחום מגורים" מהגדה המערבית לרצועת עזה ולהפך – על בסיס היותן איזור אחד:

בעניין שלפנינו, עניין לנו בהעברה כפויה של אדם ממקום מגוריו למקום אחר באותו אזור, וזאת בשל צרכי ביטחון בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית...

נטען בפנינו כי אזור חבל עזה - אליו מבקש המפקד הצבאי של אזור יהודה והשומרון להעביר את העותרים - מצוי מחוץ לאזור [...]

דינה של טענה זו להידחות... 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.

[...]

אין לראות באזור יהודה ושומרון ובאזור חבל עזה שני אזורים הזרים זה לזה, אלא יש לראותם כאזור אחד.

בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 1021(3)2002, 1021,

(1029-1028).

48. יודגש, כי קביעה זו בפרשת עגירי נוגעת באופן ישיר ממש לסוגייה העומדת על הפרק בענייננו, דהיינו השאלה האם מגורים ברצועת עזה ומגורים בגדה המערבית מהווים מגורים באותו איזור (ועל כן תיחום מקום המגורים לאחד מהם הינו תיחום מקום מגורים בתוך אותו איזור).

49. הצו בדבר מניעת הסתננות קובע שתי חלופות להיות אדם מסתנן :

50. **החלופה הראשונה** (והעיקרית), הינה סעיף 1 לצו בדבר מניעת הסתננות, הקובע כי "מסתנן" הוא מי שהגיע מחוץ לשטחים ונכנס אליהם "ביודעין ושלא כדין" לאחר שהייה באחת מתוך המדינות הזרות הגובלות בישראל :

"מסתנן" – מי שנכנס לאזור ביודעין ושלא כדין לאחר ששהה בגדה המזרחית של הירדן, בסוריה, במצרים, או בלבנון לאחר היום הקובע.

העתק מהצו בדבר מניעת הסתננות (מס' 329), התשכ"ט-1969 מצורף ומסומן ע/6.

51. מובן כי אדם לא יכול להחשב כ"מסתנן" אם נכנס מתוך חלק אחד של האיזור לחלק אחר של האיזור, וממילא גם לשון הצו מוציאה אדם כזה מתחולתו.

52. יצוין, כי בהתייחסו לצו בדבר מניעת הסתננות אשר הוצא ביחס לרצועת עזה, הבהיר בית המשפט כי בעת הוצאת הצו המקורי בשנת 1967 יכול היה להחשב גם מי שעבר בין הגדה לבין עזה כ"מסתנן". אולם, בשנת 1969 שונה הצו, ונוסחו מאז – **הזהה לנוסחו של הצו בדבר מניעת הסתננות ביחס לגדה המערבית, הרלבנטי לענייננו – מוציא במפורש מתחולתו את מי שעבר בין הגדה לרצועת עזה** :

ביום 4 בספטמבר 1967 פורסם באזור רצועת עזה הצו בדבר מניעת הסתננות (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 82), תשכ"ז-1967, לפיו נקבעה ההסתננות כעבירה והובאה הגדרה של המסתנן, המתייחסת על-פי נוסחה אל מי שנכנס לאזור ביודעין ושלא כדין לאחר ששהה באזור אחר, במצרים, בגדה המזרחית של הירדן, באזור הגדה המערבית, בסוריה או בלבנון. תחילתו של הצו מיום 6.6.67.

אגב, גם כניסה לעזה אחרי שהות קודמת ביהודה ושומרון הייתה בגדר הסתננות בעת פירסומו של הצו הנ"ל, אם לא נתקבל היתר לכניסה לאזור.

[...]

סיכומו של דבר, מי שנכנס לאזור עזה אחרי יום 6.6.67, אחרי ששהה באחת מן המדינות הנ"ל או ביהודה ושומרון, בלי שהוענק לו רישיון, אישי או כללי כדי שכניסתו תהיה כדין, נחשב ברצועת עזה למסתנן...

הצו שהוא בתוקף כיום הוא הצו בדבר מניעת הסתננות (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 290), מיום 18.6.69, המביא בסעיף 1 הגדרה של מסתנן אשר זה נוסחה :

"מסתנן" - מי שנכנס לאזור ביודעין ושלא כדין לאחר ששהה בגדה המזרחית של הירדן, בסוריה, במצרים, או בלבנון לאחר היום הקובע".

השוני המטריאלי שבהגדרה זו הוא בהוצאתה מן ההגדרה של ההתייחסות לשהות בשטח מוחזק אחר.

(בג"ץ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לט(1) 309, 318-319; ההדגשה הוספה).

53. כאמור, טופס התשאול אשר נערך לעותר עובר להוצאת הצו חושף את גודל האבסורד, שכן מדובר ב"נוהל גירוש ירדנים" המכוון כולו לזרים אשר אכן הגיעו ממדינות זרות ואינם תושבי השטחים – ולא בכדי, שכן הרעיון לפיו ניתן להכריז על תושב השטחים כמסתנן בארצו הוא רעיון חדש, ובעבר אכן הוכרזו כמסתננים זרים בלבד.

54. החלופה השנייה – אשר עליה מבקש המשיב להסתמך (ס' 15 לתגובת המשיב) – הינה סעיף 6 לצו בדבר מניעת הסתננות, הקובע כי:

מי שנכנס לאזור לאחר היום הקובע על-פי רישיון ונשאר באזור שלא כדין לאחר תום תוקף הרישיון, או בניגוד לתנאיו, רואים אותו לעניין סעיף 3 כמסתנן.

55. על פי פרשנותו של המשיב, מכיוון שסעיף זה אינו חוזר ומפרט את רשימת המדינות המפורטות בסעיף 1, הרי שניתן להפעילו כלפי כל זר בלא קשר למקום ממנו הוא בא.

56. ראשית, יש להדגיש, כי בין אם סעיף זה או אחר של הצו בדבר מניעת הסתננות מכוון כלפי זרים ממדינות מסויימות, ובין אם הוא מכוון כלפי זרים מכל מדינה שהיא – מובן כי התנאי הבסיסי לכך שאדם ייחשב כמסתנן הוא שאכן מדובר בנתין זר.

הרעיון לפיו אדם יכול להחשב כ"מסתנן" בארצו שלו הוא כל כך אבסורדי, עד כי מגוחך כמעט להתפלמס על לשונו של סעיף זה או אחר בניסיון "להוכיח" כי נתין מדינה (או "ישות מדינית") כלשהי הוא "מסתנן" בתוך שטחי מדינתו שלו, בה יש לו מעמד כדין.

מובן כי בדיוק כפי שישראלי אינו יכול "להסתנן" לתוך ישראל, כך גם תושב הרשות הפלסטינית אינו יכול "להסתנן" לתוך שטחי הרשות הפלסטינית – על אחת כמה וכמה כאשר הוא עושה זאת באמצעות "המעבר הבטוח" אשר איפשר מעבר חופשי של עשרות אלפי בני אדם הלוך וחזור בין חלקי השטחים.

57. יצוין גם כי התיזה שמציג המשיב, לפיה סעיף 6 לצו בדבר מניעת הסתננות נועד לחול על זרים בלא קשר למקום ממנו הגיעו, עומדת בסתירה מוחלטת לרציונל העומד מאחור הצו בדבר מניעת הסתננות.

כפי שתיאר זאת כב' הנשיא שמגר:

הצו בדבר מניעת הסתננות, כדוגמת החוק למניעת הסתננות בישראל אינו אלא הוראת חוק הבאה להחמיר ולפרט בכל הנוגע לכניסה שלא כדין לתחומנו מתוך ארצות האוייב וזאת על רקע התגברותה של התופעה העבריינית האמורה, אשר הניעה את הרשות המחוקקת לפעולה והולידה את התחיקה המיוחדת האמורה.

(בג"ץ 454/85 כסראווי נ' שר הביטחון, פ"ד לט(3) 401, 409-410 (1985)).

58. אולם כאמור לעיל, בכל מקרה אין צורך להדרש לשאלה פרשנית זו – דהיינו, האם סעיף 6 מכוון כנגד זרים ששהו במדינות אויב, בהתאם לרציונל העומד מאחורי הצו בדבר מניעת הסתננות, או שמא כוון כנגד זרים בלא קשר למקום ממנו הגיעו – מהסיבה הפשוטה שאין

כל מחלוקת כי העותר כלל **איננו אזרח זר**, אלא תושב הרשות הפלסטינית (ובוודאי שלא ניתן היה להתייחס אליו כ"זר" על פי המצב העובדתי והמשפטי באמצע שנת 2000, כאשר החל להתגורר בגדה).

59. בהקשר זה, יצוין כי מרשם האוכלוסין הפלסטיני היה ועודנו מרשם אחד לגדה המערבית ולרצועת עזה, וכל תושבי הרשות הפלסטינית – בעזה ובגדה – הם בעלי מעמד נתינות זהה ומחזיקים כולם בתעודת זהות זהה לחלוטין.

60. אולם מופרכותו של הניסיון להכריז על העותר כ"מסתנן" חורג אף מעבר לאבסורד המושגי הבסיסי שבכך: שכן מבחינה עובדתית פרטנית גרידא, התיר המשיב את כניסתו של העותר לגדה המערבית (בלא צורך בהיתר כלשהו) (כפי שהתיר את מעברם של כל מי שעברו באמצעות המעבר הבטוח וכפי שיתואר בפירוט בהמשך).

61. לא יתכן שהמפקד הצבאי יאפשר מעבר באופן שוטף ומוצהר בלא צורך ברישיון כלשהו, ולאחר מכן יבוא בטענות כלפי העוברים, על כך שנשאר לאחר ש"תם תוקף הרישיון" (שאינו קיים)!

יש לתהות מתי, לעמדת המשיב, אכן הפך העותר ל"מסתנן" – דהיינו, מתי סבור המשיב כי פג תוקפו של אותו "רישיון" דמיוני שלא הונפק מעולם, וכיצד בדיוק הפר העותר את תנאיו של רישיון שלא היה ולא נברא – וגם לא היה בו צורך.

אין זאת, כי מדובר בהתנהלות בלתי נסבלת, העומדת בניגוד מוחלט לעקרונות היסוד של המשפט ומאפיינת משטרים אפלים.

62. הנה כי כן, מובן שיהיה זה רחוק מן המציאות לומר כי העותר "נכנס לאיזור על פי רישיון ונשאר באזור שלא כדין לאחר תום תוקף הרישיון", כלשונו של סעיף 6 לצו בדבר מניעת הסתננות. שכן, המשיב התיר אז את כניסתו, מעברו ושהייתו – כמו גם יתר העוברים במעבר הבטוח – **בלא צורך ברישיון ובלא מגבלה על השהייה בחלק זה או אחר של השטחים.**

63. לאור האמור, מובן כי צו הגירוש שהוצא לעותר כ"מסתנן" על פי הצו בדבר מניעת הסתננות הוא חסר כל בסיס חוקי ואין לו כל תוקף.

משמעות הדבר, בין היתר, היא כי **מאז יום 3.11.09 מוחזק העותר במשמורת בלא כל אסמכתא חוקית!**

טענות המשיב

64. טענותיו העיקריות של המשיב כלפי העותר, עליהן הוא מבקש לבסס את הקביעה כי העותר הוא לכאורה "מסתנן" ו"שוהה בלתי חוקי" בביתו הן שתיים:

א. מאז נכנס לגדה המערבית, מעולם לא הונפק לעותר "היתר שהייה" שם.

ב. העותר לא הגיש "בקשה להשתקעות" בגדה, ולא קיבל "היתר השתקעות" שם.

65. כאמור לעיל, ממילא לא ניתן לראות בעותר "מסתנן" והטענות בעניין זה הן מופרכות מן היסוד. אולם, כפי שיפורט להלן, גם אם יבקש המשיב לבסס את טענותיו על היות הגדה המערבית "שטח סגור", הרי גם אז מדובר בטענות חסרות כל בסיס, עד כדי אבסורד ממש – הן מן ההיבט העובדתי והן מן ההיבט המשפטי.

רקע: הסדרי התנועה בין רצועת עזה לגדה המערבית ו"המעבר הבטוח"

66. 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.

67. 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.

68. 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.

69. 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.

70. 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.

71. 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.

72. למותר לציין, כי בניגוד למצג שמנסה, אולי המשיב, ליצור, הרי ש"כרטיס המעבר הבטוח" לא היווה היתר כניסה או שהייה כלשהו, אלא כשמו כן הוא – כרטיס שאיפשר את עצם המעבר דרך ישראל באמצעות המעבר הבטוח.

73. 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/7.

74. 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.
75. בתקופה בה פעל המעבר עברו בין רצועת עזה לגדה המערבית בממוצע מדי חודש למעלה מ-10,000 בני אדם. בסך הכל למעלה מ-100,000 פלסטינים עברו באופן חופשי בין חלקי השטחים בתקופה זו. ביניהם, כאמור, היה גם העותר.
76. 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.
77. המזרחן והמשפטן ד"ר גיא בכור, תיאר את הסדרי "המעבר הבטוח" והרציונל שעמד מאחוריהם, תוך שהוא מדגיש את העובדה שכל הסדרי המעבר התמקדו אך ורק בהיבט המעבר דרך ישראל:

ממשלת ישראל ואש"ף אימצו מסמך רשמי, עליו חתמו שר החוץ שלמה בן עמי ומאש"ף ג'מיל טריפי, שהיה אחראי על העניינים האזרחיים ברשות הפלסטינית החדשה של ערפאת.

ההסכם כלל את התנאים הבאים, באופן כללי:

כל פלסטיני שירצה לעבור בין הגדה לעזה וההיפך, יוכל לעשות זאת, בשני כבישים רגילים, עליהם יוכרז שהם "מעבר בטוח", בכפוף לכך שיקבל

כרטיס מגנטי כמו כרטיס אשראי, מהרשות הפלסטינית. בשלב הראשון הוקם רק כביש אחד: **דרך אשקלון וקרית גת עד למעבר תרקומיא בואכה חברון.**

באופן כללי, ישראל תאשר לכל פלסטיני לעבור בשני הכיוונים... לא נקבע מנגנון סירובים ישראלי, הרי זה מעבר כמעט-אקסטריטוריאלי מבחינת ישראל. קטינים כמעט ולא היו צריכים אישור, ואפילו מסורבי כניסה לישראל היו זכאים, ברוב המקרים, לעבור במעבר, שחיבר באופן היסטורי בין שני חלקי הרשות הפלסטינית. **הכוונה היתה שזה יהיה החיבור גם של המדינה הפלסטינית.**

[...] ישראל דרשה בכל זמן המשא ומתן שחלילה, **לא יזלוג איש מן הפלסטינים הנוסעים אל עומק שטחי ישראל**, תנאי ראוי ונכון.

המנגנון שנקבע היה שכל מכונית פלסטינית שיוצאת לדרך הדו-צדדית... תקבל מדבקה ועליה שעת היציאה, והיא חייבת להגיע לצד השני תוך "זמן סביר", שהוא עד לסביבות שעה וחצי-שעתיים לכל היותר...

והעיקר שהפלסטינים לא יעברו אל יתרו כבישי ישראל, מן הכביש הזה. הרי מדובר בכביש ישראלי רגיל, שאין בעיה להיכנס אליו לקריאת גת, לאשקלון, לאשדוד ולכל הארץ בעצם [...]

כל מהותו של ההסכם היתה שבשום פנים לא יסתננו פלסטינים מן הכביש לארץ, וכי עליהם להגיע אל הצד הפלסטיני השני תוך הזמן שנקבע.

(גיא בכור "והיום חידה: מיצאו איפה מסתתר הפגם הנסתר. סיפורו הלא-יאומן של 'המעבר הבטוח'" **3.2.2009 Gplanet** (http://www.gplanet.co.il/prodetailsamewin.asp?pro_id=1038)

מעברו של העותר מרצועת עזה לגדה המערבית

78. כאמור, העותר עבר מרצועת עזה לגדה המערבית במסגרת המעבר הבטוח. העותר תיאר בתצהירו את האופן בו נעשה מעברו בפועל:

אני זוכר היטב את מהלך האירועים הנוגעים למעברי מרצועת עזה לגדה המערבית.

בחודש אוקטובר 1999 החל לפעול "המעבר הבטוח" בין עזה לבין הגדה, שאפשר מעבר חופשי בין חלקי השטחים, בהתאם ל"הסכם אוסלו". לצורך המעבר, היה צריך לקבל "כרטיס מגנטי" למעבר הבטוח. הגשתי בקשה לקבל כרטיס מגנטי, וקיבלתי.

ביום ראשון, 13.8.00, הגעתי למחסום ארז, בדרכי לעבור לגדה המערבית. במחסום מסרתי את הכרטיס המגנטי לידי החיילת, היא בדקה את פרטי במחשב, ומסרה לי חזרה את הכרטיס, ופתק לנסיעתי במעבר הבטוח. החיילת לא שאלה אותי כל שאלה ולא אמרה לי דבר.

במחסום ארז עליתי על אוטובוס, ביחד עם כחמישים פלסטינים נוספים, ומשם נסענו באופן ישיר עד לגדה המערבית, למחסום תרקומיה, בלא עצירות.

במחסום תרקומיה ירדנו מהאוטובוס, בדקו שוב את פרטי, ונדרשתי להחזיר את הפתק שקיבלתי במחסום ארז. לאחר שהחזרתי את הפתק, התירו את כניסתי לגדה. גם כאן לא נשאלתי כל שאלה ולא נאמר לי דבר הנוגע למגבלת זמן או כל מגבלה אחרת לשהותי בגדה.

79. הנה כי כן, העותר נכנס לגדה המערבית ושהה בה באישורו של המפקד הצבאי וכדון, בלא כל תנאים או מגבלות ובלא צורך לקבל היתר כלשהו לשם כך.

חיינו של העותר עם משפחתו בגדה המערבית

80. מאז שנת 2000 מתגורר העותר בגדה המערבית. **שם גר, שם עבד, שם נישא ושם נולדו ילדיו ושם בנה את חיינו.**
81. בשנת 2002 החל העותר לעבוד כמורה לשפת הסימנים בעמותה לחירשים ברמאללה. שם הכיר את אשתו, הסובלת מחרשות גמורה כמעט.
82. בשנת 2003 נולדה בתו מלאכ, בשנת 2006 נולדה בתו בינה, ובשנת 2009 נולד בנו הקטן מוחמד. כולם נולדו ברמאללה, וכתובתם נרשמה בכפר סילוואד.
- העתק תעודת הזהות של העותר, עליה צוין כי הונפקה **ברמאללה ביום 20.8.07**, מצורף ומסומן ע/8.
- העתק חוזה הנישואין של העותרים, אשר נחתם ביום 22.8.08 בכפר סילוואד שבגדה המערבית, מצורף ומסומן ע/9.
- העתקי תעודות הלידה של ילדיו של העותר, העותרים 3-5, מצורפים ומסומנים ע/10.
- העתק חוזה השכירות לביתם של העותרים בסילוואד, אשר נחתם על ידי העותר בסילוואד בתאריך 1.4.03 מצורף ומסומן ע/11.

המשיב עצמו לא ראה בעותר "שוהה בלתי חוקי" או "מסתנן" – ואף סרב לאפשר לו לעבור לרצועת עזה כשרצה בכך

83. גם בשנים שחלפו לאחר שעבר העותר להתגורר בגדה המערבית – ואף עד העת האחרונה ממש – ברור היה כי גם המשיב עצמו לא רואה בעותר "שוהה בלתי חוקי".
84. העותר תיאר את הדברים בתצהירו:

מעולם לא נאמר לי כי יש משהו בלתי חוקי בשהייה שלי בגדה. כאמור לעיל, בשנת 2000 אפשרו את מעברי מעזה לגדה באופן חופשי, באמצעות המעבר הבטוח, בלי תנאים או מגבלות לכניסה או לשהייה ובלי צורך בהיתר כלשהו. כפי שאתאר מייד, גם בפעמים הרבות בהן כוחות הבטחון הישראליים בדקו את תעודת הזהות שלי לא התעוררה כל בעיה והתירו לי לשוב לביתי – ובשנת 2007 אף מסרו לי שאני חייב להשאר בגדה ואסור לי לעבור לרצועה:

בשנת 2004, עבדתי בבנייה בסמוך לדיר ג'ריר (לא רחוק מביתי בסילוואד). עבר רכב עם סיור שגרתי של חיילים ישראלים, אשר עצרו לידינו וביקשו מאיתנו תעודות זהות. קצין בשם "קפטן חסן" בדק את תעודת הזהות שלי, ושאל אותי מספר שאלות לגבי פרטיי, מקום מגורי, אשתי ומשפחתי. קפטן חסן שאל אותי גם איך הגעתי לגדה מעזה, ותיארת לי את מעברי באמצעות המעבר הבטוח. לאחר מכן השיב לי את מסמכי והורה לי ללכת לדרכי בלא כל בעיה.

בשנת 2007 רציתי לנסוע לביקור ברצועה, ולכן הגשתי בקשה במת"ק הישראלי בבית-אל. אולם החייל במת"ק בדק את פרטיי במחשב, ומסר לי שהבקשה מסורבת, שאיני יכול לעבור לרצועה והורה לי לשוב לביתי כלעומת שבאתי.

בתחילת שנת 2009 הגיעו כוחות הבטחון הישראליים לשכונה שבה אני גר, ערכו חיפוש בבתי כל השכנים, וגם בביתי. החיילים לקחו את תעודת

הזהות שלי, וערכו לגביה בדיקה. בסיום הבדיקה השיבו לי את תעודת הזהות בלא כל בעיה ובלא כל טענה.

גם במקרים אחרים במהלך השנים בדקו את תעודותיי במחסומים ובחשמי פתע, ושחררו אותי לדרכי בלא כל בעיה ובלא כל טענה.

התייחסות לטענות המשיב

הטענה לפיה היה על העותר להחזיק מאז שנת 2000 ב"היתר שהייה" - שהמשיב החל להנפיקו רק שבע שנים לאחר מכן

85. המשיב טוען בתגובתו כלפי העותר כי "אין בידו היתר שהייה תקף באיו"ש" (כך, למשל, בסעיף 12 לתגובת המשיב), אולם המשיב "שוכח" לציין כי **החליט לראשונה על עצם קיומם של "היתרי שהייה" רק בסוף שנת 2007, דהיינו 7 שנים לאחר שעבר העותר מרצועת עזה לגדה!**

86. העותר לא היה חריג בכך שלא נדרש לקבל היתר כלשהו מהמשיב, לשם כניסתו לגדה ושהייתו שם. למעשה, איש לא נדרש לקבל היתר כזה, שכן במשך שנים על גבי שנים, היתרים כאלה **לא היו קיימים כלל**, וזאת באופן התואם לחלוטין את החקיקה הרלבנטית, כפי שיתואר בהמשך.

87. רק לקראת סוף שנת 2007, טיפל המוקד להגנת הפרט בכמה מקרים, במסגרתם התברר לפתע כי המשיב – בלא כל התראה מוקדמת, בלא כל פרסום, ובלא כל צו רשמי – החל להנפיק דה-פקטו היתרים שעד אז לא נראו כמותם: "היתרי שהייה" עבור פלסטינים בגדה המערבית.

88. המוקד להגנת הפרט פנה למתאם הפעולות בשטחים, בבקשה לפי חוק חופש המידע, בניסיון להבין את פשר השינוי הפתאומי, מהותו, מועד תחילתו והבסיס החוקי לו.

89. מתשובת דובר המתפ"ש מיום 18.5.08, התברר כי המשיב החליט בהחלטה פנימית – בלא כל הליך פורמלי, בלא כל שינוי בחקיקה הרלבנטית ובלא מתן כל פרסום להחלטתו – כי "**החל מחודש נובמבר 2007** תושב רצועת עזה השוהה באיו"ש נדרש להחזיק בהיתר שהייה ביהודה ושומרון וההיתר נועד למטרה זו בלבד".

עוד נכתב בתשובה, כי **היתר השהייה הראשון אי פעם הונפק רק בתאריך 25.12.07!** (כלומר, כמעט **שנתיים** לאחר שהותרה כניסתו של העותר לגדה בלא צורך בהיתר כלשהו).

העתקי פניית המוקד להגנת הפרט, ותשובת דובר מתאם הפעולות בשטחים מיום 18.5.08 מצורפים ומסומנים **ע/12-ע/13**.

90. גם אם קיימת מחלוקת לגבי חוקיותה של אותה החלטה פנימית מסוף שנת 2007 (העותרים סבורים כי מדובר בהחלטה חסרת כל בסיס חוקי), הרי בודאי שאין מחלוקת על כך שעד לאותו מועד **לא היו קיימים כלל היתרי שהייה בגדה**, ומטבע הדברים מאות ואלפי האנשים שהמשיב התיר את כניסתם לגדה עד אז לא נדרשו לקבל היתר כלשהו לשם כניסתם,

שהייתם או מגוריהם בגדה – על אחת כמה וכמה כשמדובר במי שעברו באמצעות המעבר הבטוח, שאז לא נדרשו להחזיק אפילו בהיתר לשם כניסתם לישראל ומעברם דרכה.

91. אולם גם אחרי שחדל המעבר הבטוח מלפעול, במשך שנים על גבי שנים ההיתר היחיד אשר נדרש לשם מעבר בין עזה לגדה (ולהפך) היה היתר כניסה לישראל, הדרוש באופן טבעי לשם מעבר בין שני חלקי השטחים דרך ישראל – מעבר המחויב מבחינה גיאוגרפית גרידא.

92. אופן פעולתו זה של המפקד המפקד הצבאי – אשר לא הנפיק ולא חייב קבלת היתרים לשם כניסה לגדה המערבית או שהייה בה – לא נעשה בחלל הריק. הוא תאם אף את החקיקה הצבאית הקיימת (כפי שהיא קיימת ותקפה עד היום), אשר אף היא אינה מחייבת קבלת היתר כתוב כלשהו לשם כניסה או שהייה בגדה ואינה קובעת כל מגבלות על השהייה או המגורים בה.

הטענה לפיה היה על העותר להגיש "בקשה להשתקעות" ולקבל "היתר השתקעות" – שלא היה קיים מעולם

93. האבסורד שבטענותיו של המשיב לגבי "היתר השהייה" בגדה, אשר החליט על קיומו רק לאחרונה, מחוויר אל מול האבסורד שבטענות לגבי "היתר השתקעות". שכן מאז שנת 1967 ועד עצם היום הזה, מעולם לא היה קיים "היתר השתקעות" או "היתר העתקת מקום מגורים" לפלסטיני בגדה המערבית – יהא מענו הרשום אשר יהא.

94. גם בעניין זה, בניסיון להסביר את המציאות בה, בפועל, לא היה מעולם "היתר העתקת מקום מגורים בשטחים", טען המשיב בעבר כי הפרוצדורה, כביכול, לבקשה וקבלה של "היתר להעתקת מקום מגורים" הינה הפרוצדורה של שינוי מען במרשם האוכלוסין.

דהיינו, בהתאם לטענה זו, מאז ומעולם, כאשר אדם שעבר מישוב כלשהו שנמצא בעזה לישוב בגדה המערבית הגיש הודעה על עדכון מענו הרשום, ראה בכך המשיב "בקשה להעתקת מקום מגורים", ועדכון המרשם בפועל היווה את "היתר" הנדרש – בעוד אם עבר לאותו מקום מישוב כלשהו שנמצא בגדה, אותו טופס בדיוק היווה עדכון כתובת בלבד ולא יותר מכך. אין זאת, כי מדובר בטענה חסרת בסיס וחסרת הגיון.

ערבוב מין בשאינו מינו: קבלת היתר לפי הצו בדבר שטחים סגורים – באמצעות עדכון כתובת לפי הצו בדבר תעודות זהות?

95. כאמור, עמדת המשיב היא שהדרישה ל"היתר העתקת מקום מגורים" מוסדרת, לכאורה, בצו בדבר שטחים סגורים. אולם בה בעת הוא טוען שהסמכות והפרוצדורה בכל הנוגע למען הרשום הייתה דווקא על פי הצו בדבר תעודות זהות ומרשם אוכלוסין (צו בדבר תעודות זהות ומרשם אוכלוסין (יהודה והשומרון) (מס' 297), התשכ"ט-1969) (שהפרוצדורות הנוגעות לו הועברו במסגרת הסכם אוסלו לאחריות הרשות הפלסטינית).

96. יודגש, כי על פי טענת המשיבים, הדרישה והפרוצדורה לקבלת "היתר העתקת מקום מגורים" היו קיימות עוד קודם להסכם הביניים ("הסכם אוסלו"). דהיינו, על פי עמדה זו, הצו בדבר

תעודות זהות ומרשם אוכלוסין, הוא אשר קבע כביכול את הפרוצדורה להגשת בקשות "העתקת מקום מגורים" על פי הצו בדבר שטחים סגורים – לפחות עד שנת 1995.

97. המצב המשפטי, טרם החתימה על הסכם אוסלו, בעניין עדכון הכתובת הרשומה, עוגן בסעיף 13 לצו בדבר תעודות זהות ומרשם אוכלוסין ולפיו חובתו של תושב השטחים להודיע לרשות המוסמכת על שינוי מענו תוך 30 יום לאחר השינוי בפועל:

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

מדובר בחובת דיווח רטרואקטיבי בלבד על שינוי מענו של פלסטיני תושב השטחים, בדומה לחובה החלה על ישראלים בתוך ישראל, והדבר לא היה מותנה באישור מוקדם או מאוחר של המפקד הצבאי או כל גורם אחר.

98. לאור האמור, נראה שאין צורך להכביר מילים בדבר האבסורד הקיצוני הטמון בתיזה לפיה הסעיף האמור קבע, למעשה, את הפרוצדורה להגשת בקשות על-פי הצו בדבר שטחים סגורים. יתרה מכך – אפילו לו היה המפקד הצבאי אכן מחליט לפעול באופן מוזר ותמוה שכזה, הרי אין לצפות כי אדם מן השורה ינחש כי כאשר הוא מוסר לפקיד משרד הפנים טופס הודעה על כתובתו החדשה, למעשה החליט המפקד הצבאי לראות בכך "בקשת השתקעות" על פי הצו בדבר שטחים סגורים – בדיוק כפי שאדם בישראל אשר מגיש את הטופס הישראלי המקביל (והזהה כמעט) במשרד הפנים לא מצפה שיהיה בכך דבר מעבר למה שהוא: עדכון כתובת.

99. למותר לציין כי תיזה תמוהה זו לא הוחלה ולא נטענה מעולם בנוגע לנתינים זרים אשר ביקשו להשתקע בתוך השטח הסגור – אף כי השטח הוא אותו השטח, והצו אותו הצו.

עדכון כתובת במרשם האוכלוסין – תנאי לחוקיות המגורים באותה כתובת?

100. נקודת המוצא ביחס למרשם האוכלוסין, הינה כי מרשם האוכלוסין הינו מרשם סטטיסטי-תיעודי, המהווה לכל היותר ראייה לכאורה לאמיתותו (למעט פרטים מסוימים כאמור בחוק). כך נפסק כבר לפני ארבעים וחמש שנה, בפרשת פונק-שלינגר:

ברור הדבר ונעלה מספק, כי תפקידו של פקיד רישום... אינו אלא תפקיד של מאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול ספר התושבים.

(בג"ץ 143/62 פונק שלינגר נ' שר-הפנים פ"ד יז(1), 225, 243 (1963)).

101. מאז פרשת פונק שלינגר קבע בית-המשפט העליון, וחזר וקבע, כי תפקידו של פקיד רישום אינו אלא תפקיד של איסוף חומר סטטיסטי, ושום סמכות שיפוטית לא ניתנה בידו. על כן, הפקיד חייב לרשום את שהאזרח אומר לו, אלא אם כן הדברים אמורים ב"אי-נכונות של רישום הגלויה לעין, והיא אינה מוטלת בספק סביר".

ראו :

בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, תק-על 2006(4) 1725, 1731 (2006);
 בג"ץ 1779/99 פלונית נ' שר הפנים פ"ד נד(2) 368, 375-376 (2000);
 בג"ץ 2901/97 נעמת נ' שר הפנים תק-על 2002(1) 634, 640 (2002);
 בג"ץ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ(5) 89, 93-94 (1994).

102. בפסיקה הודגש כי שיקול הדעת שניתן בידי פקיד המרשם שעה שהוא רושם את פרטיו של אדם במרשם האוכלוסין הוא טכני ומוגבל:

מרווח הפעולה של פקיד הרישום ואפילו של פקיד הרישום הראשי, ככל שהדבר נוגע לרישום הראשון, ולשינויים ברישום, אינו בלתי-מותחם, כי המחוקק ציין את הנושאים שיש לרשום, את תחומו של שיקול הדעת של פקיד הרישום, את חובת ההודעה על השינויים והוראות כיוצא באלה. אין לפקיד הרישום או לפקיד הרישום הראשי או לשר הפנים סמכויות מעבר לקלסיפיקציות ולדרכי הרישום הקבועות בחוק, או בתקנות שהותקנו מכוח הסמכה מפורשת שבחוק.

(בג"ץ 230/86 מילר נ' שר הפנים פ"ד מ(4), 436, 444-445 (1986)).

ובפרשת פונק-שלינגר הדגיש השופט זוסמן כי:

טעם לפגם מבחינת המינהל יש בכך שאזרח הבא להודיע פרטים לצרכים סטטיסטיים... יעמוד בפני פקיד חשדן שיצלול לנבכי עברו.

(פרשת פונק-שלינגר לעיל, בעמ' 252).

103. ההחלטה לפיה עדכון כתובתו של אדם במרשם האוכלוסין מהווה תנאי מהותי לעצם חוקיות מגוריו באותה כתובת – בלא כל בסיס חוקי מפורש ובלא כל פרסום רשמי – מעמידה את האדם במצב בלתי אפשרי וחותרת תחת עקרונות היסוד של המשפט:

104. גירושו של אדם מביתו שבגדה המערבית לרצועת עזה, תוך התבססות על כתובת בלתי מעודכנת, אינה שונה מן ההיבט החוקי והמשפטי מהוצאת אדם מביתו שבתל-אביב וגירושו לבאר-שבע או לקרית-שמונה – רק משום ששם מופיעה כתובתו במרשם האוכלוסין.

מובן שאדם המתגורר בתל-אביב עם כתובת בלתי מעודכנת לא מעלה על דעתו כי יום בהיר אחד יפשטו כוחות הביטחון לפתע על ביתו ויגרשוהו משם משום שעל פי מרשם האוכלוסין הוא מתגורר במקום אחר.

הסמכויות הנוגעות לרישום כתובות במרשם האוכלוסין ממילא הועברו לידי הרשות הפלסטינית

105. המצב המשפטי, טרם החתימה על הסכם אוסלו, בעניין עדכון הכתובת הרשומה, עוגן בסעיף 13 לצו בדבר תעודות זהות ומרשם אוכלוסין ולפיו חובתו של תושב השטחים להודיע לרשות המוסמכת על שינוי מענו תוך 30 יום לאחר השינוי בפועל:

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

מדובר בחובת דיווח רטרואקטיבי בלבד על שינוי מענו של פלסטיני תושב השטחים, בדומה לחובה החלה על ישראלים בתוך ישראל, והדבר לא היה מותנה באישור מוקדם או מאוחר של המפקד הצבאי או כל גורם אחר.

106. בהסכם הביניים בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית ("הסכם אוסלו"), הועברו הסמכויות בתחום מרשם האוכלוסין לידי הרשות הפלסטינית, ונקבע כי הרשות הפלסטינית תנהל את מרשם האוכלוסין של תושבי השטחים. המרשם שבניהול הרשות הוא המרשם הקובע.

יצוין, כי הסמכויות אשר הועברו לרשות הפלסטינית הן בדיוק אותן הסמכויות אשר היו בידי המפקד הצבאי, ולא יותר מכך. דהיינו, הסמכויות על פי הצו בדבר תעודות זהות ומרשם אוכלוסין הועברו כפי שהן לרשות הפלסטינית, ובתוך כך הסמכות לקבלת הודעות עדכון כתובת שהייתה קבועה בסעיף 13 האמור לעיל.

107. יחד עם העברת הסמכות, נקבעו נהלי עדכון שמטרתם:

...to avoid discrepancies and with a view to enabling Israel to maintain an updated and current registry.

אחד הנהלים, הקבוע מפורשות בהסכם בסעיף 28 לנספח III, הוא כי:

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.**

108. יש לציין כי הסכם אוסלו, וסעיף 28 לנספח III, מדברים כל העת על "תושבי רצועת עזה והגדה המערבית" בנשימה אחת, ומתייחסים למרשם אחד ולא לשני מרשמי אוכלוסין. אין שום התייחסות מיוחדת לשינוי מען בין שני חלקי השטחים, וזאת בהתאם לעקרון היסוד הקבוע בהסכם, לפיו רצועת עזה והגדה המערבית מהוות יחידה טריטוריאלית אחת.

109. המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון) (מס' 7), התשנ"ו-1995 (להלן: **מנשר מס' 7**), עיגן לתוך החקיקה הצבאית את הסכם אוסלו, כולל נספח III. כך נקבע בסעיף 5 למנשר:

העברת הכוחות ותחומי האחריות בהתאם לנספח III להסכם הביניים כוללת את העברת כל הזכויות, החובות וההתחייבויות הנוגעות אליהם, ויחולו בעניין זה הוראות הסכם הביניים.

110. הדברים מפורשים וברורים: הסמכות לעדכן את מענו הרשום של תושב הרשות הפלסטינית הועברה לידי הצד הפלסטיני. על מנת להבטיח כי בידי ישראל יימצא העתק מדויק של מרשם האוכלוסין הפלסטיני, נקבע על כי על הצד הפלסטיני לעדכן בדיעבד את הצד הישראלי על כל שינוי שערך במרשם – תוך שמודגשת באופן מיוחד החובה להודיע על שינויים שערך הצד הפלסטיני במען הרשום.

111. יודגש, כי בעבר הכיר המשיב במפורש בכך שהסמכות בעניין שינויי מען – לרבות שינוי מען בין עזה לגדה – עברה כולה לידי הרשות הפלסטינית.

כך, למשל, ביום 4.12.95, פנתה ח"כ נעמי חזן אל האלוף אורן שחור, אז מתאם הפעולות בשטחים, והעלתה מספר שאלות בעניין המעבר בין עזה והגדה המערבית, ובין היתר בנוגע לשינוי מען מהגדה לרצועה ולהפך.

ביום 9.1.96 (לאחר הוצאת מנשר מס' 7, אשר עיגן כאמור את נספח III להסכם בחקיקה הצבאית הפנימית של השטחים), התקבלה התשובה מעוזר מתאם הפעולות בשטחים, ס"ל שמוליק אוזנבוי, ואשר לפיה:

במהלך חודש ינו' 96 עתיד להפתח "המעבר הבטוח" שיקשר בין עזה לאיו"ש.

בעקבות פתיחת המעבר, יתאפשר מעברם החופשי של תושבי עזה-איו"ש בין האזורים.

באשר לשאלתך בנוגע לשינוי מען מהגדה לרצועה, הריני להודיעך כי הטיפול בנושא עבר לאחריות הרש"פ ולכן יש לפנות אליהם בענין זה.

העתק מכתבו של עוזר מתאם הפעולות בשטחים מיום 9.1.96 מצורף ומסומן ע/14.

הטענה לפיה עצם ההכרזה על "שטח סגור" מחייבת בהכרח קבלת "היתר כניסה" כתוב, "היתר שהייה" ו"היתר השתקעות"

112. המשיב טוען (בסעיף 19 לתגובתו) כי "בהתאם לצו בדבר שטחים סגורים (אזור הגדה המערבית)(מס' 34) תשכ"ז-1967, הכניסה אליו והשהייה בו דורשות היתר פרטני מאת המפקד הצבאי, ומקל וחומר השתקעות - ישיבת קבע - באיו"ש מחייבת היתר מטעם המפקד הצבאי".

113. דהיינו, לעמדת המשיב, כל טענותיו האמורות לעיל בדבר דרישת "היתר כניסה", "היתר שהייה" ו"היתר השתקעות" – ובכלל זאת ההחלטה מסוף 2007 על הנפקתם של היתרי שהייה, וכן הטענות (חסרות הבסיס כאמור לעיל) לפיהן בקשות "היתרי השתקעות" יש להגיש באמצעות הודעה על עדכון כתובת במרשם האוכלוסין וכיוב' – הכל כביכול גלוי, ברור ובבחינת מובן מאליו, על פי הצו בדבר שטחים סגורים.

114. אולם מדובר בהילוך משפטי חסר כל בסיס או עיגון בחקיקה בכלל ובצו האמור בפרט, כפי שיתואר להלן.

115. בשנת 1967 הוכרזה הגדה המערבית כ"שטח סגור" (אם כי עד שנת 1988 היו קיימים במקביל היתרי כניסה ויציאה כלליים). אולם, בניגוד למצג אותו מנסים המשיבים לצייר, הכרזה זו לא חייבה החזקת היתר בכתב דווקא, לא הבחינה בין כניסה לגדה לבין שהייה בה, ולא כללה כל מגבלה על מגורים או "השתקעות" בה – הן על פי לשונה והן כפי שיושמה.

דהיינו, על פי החקיקה הצבאית, **מי שהותר לו בפועל להיכנס לגדה המערבית, אינו זקוק לכל היתר נוסף לשם המשך שהייתו שם, בין באופן זמני ובין לצמיתות.**

116. הצו בדבר שטחים סגורים (אזור הגדה המערבית) (מס' 34) תשכ"ז-1967 (להלן: **הצו בדבר שטחים סגורים**), הוצא מכוח סעיף 70 לצו בדבר הוראות ביטחון (אזור הגדה המערבית), תשכ"ז-1967, (אשר בוטל רשמית בשנת 1972, והוחלף בצו אחר ושונה).

117. עם זאת, במשך כעשרים שנה הייתה ההכרזה על הגדה כשטח סגור במובנים רבים לאות מתה, שכן עד שנת 1988 היו קיימים היתרים כלליים, אשר אפשרו את התנועה בין השטחים לבין ישראל באופן חופשי (היתר כניסה כללי (תושבי אזורים מוחזקים) (מס' 5) (יהודה והשומרון), תשל"ב-1972 והיתר יציאה כללי (מס' 5) (יהודה והשומרון), תשל"ב-1972).

118. בשנת 1988, לאחר פרוץ האינתיפאדה, התלה המפקד הצבאי את ההיתרים הכלליים, בהוראה בדבר התלית היתר כניסה כללי (תושבי אזורים מוחזקים) (מס' 5) (הוראת שעה) (יהודה והשומרון), התשמ"ח-1988, אשר נעשתה מכוח סעיף 90 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל-1970.

119. בהתאם להוראה זו, מי שהגיע מרצועת עזה וביקש להיכנס לגדה המערבית, לא יכול היה עוד להיכנס לגדה באופן חופשי, אלא נדרש כי המפקד הצבאי יאשר ויאפשר את כניסתו. אולם, בדומה לרובם המוחלט של הצווים המכריזים על "שטחים סגורים", אין בצו זה כל מגבלה על "שהייה", "השתקעות" או "העתקת מקום מגורים". דהיינו, מי שהותרה כניסתו לגדה רשאי להשאר בה כרצונו, בלא כל תנאים או מגבלות.

120. זאת ועוד, הצו אינו מחייב קבלתו של היתר בכתב דווקא, אלא רק מחייב שהמפקד הצבאי יתיר את כניסתו של כל אדם המבקש להכנס באופן אישי.

121. יצוין, כי על פי הדין הקיים בשטחים, היתר או רישיון אינם חייבים להיות בכתב דווקא. הצו בדבר פרשנות (אזור הגדה המערבית) (מס' 130), תשכ"ז-1967, קובע בסעיף 1(33), בצורה רחבה, כי:

"רישיון" – רישיון, היתר, הסמכה, הרשאה, הסמכה או פטור, שניתנו מכוח תחיקת ביטחון.

122. כאמור, בהתאם לכך, גם ההכרזה על הגדה המערבית כשטח סגור לא חייבה קבלת היתר כתוב, לא על פי לשונה – ולא על פי אופן יישומה בפועל. שכן, מי שהגיע מעזה, והותר מעברו דרך ישראל, התיר לו המפקד הצבאי להיכנס לגדה המערבית בלא צורך בהיתר כלשהו.

כאמור לעיל, לא מדובר בעניין חריג, שכן ברחבי השטחים מצויים המוני "שטחים סגורים" אשר כניסה אליהם או מעבר דרכם אינם מחייבים היתר בכתב.

123. יצוין, כי הצו בדבר הוראות ביטחון, אשר מכוחו הוצאה ההוראה האמורה, גם הוא אינו קובע כללים פרטניים ביחס לשטח סגור ואינו מחייב היתר כזה או אחר דווקא. הצו קובע

באופן כללי, כי "מפקד צבאי רשאי להכריז על כל שטח או מקום שהם סגורים", וכי לאחר מכן רשאי המפקד הצבאי לקבוע מגבלות אשר יחולו על אותו שטח סגור (איסור כניסה, איסור יציאה, איסור כניסה ושהייה, או איסור כניסה ויציאה).

ביחס לאופן התרת הכניסה לשטח סגור, כל שקובע הצו הוא כי "מפקד צבאי רשאי בהיתר אישי או בהיתר כללי לפטור אדם מהוראות ההכרזה בדבר סגירת שטח".

124. נקודת המוצא החוקית הינה כי עצם ההכרזה על "שטח סגור" אינה קובעת כשלעצמה רשימה מסויימת של כללים והוראות קבועים, אלא על המפקד הצבאי לקבוע באופן רשמי את הכללים והדרישות אשר יחולו לגבי שטח סגור כזה או אחר.

125. הגיון זה תואם גם את המציאות בשטחים, אשר נעשות בהם הכרזות על שטחים סגורים בהקשרים שונים ובסיטואציות שונות.

126. כידוע, ברחבי השטחים קיימים עשרות (אם לא מאות) שטחים סגורים: חלקם קבועים וחלקם זמניים, חלקם חלים על כלל האוכלוסייה, וחלקם חלים על קבוצה מסוימת בלבד, חלקם מחייבים היתר בכתב ואילו אחרים מסתפקים באישור בעל-פה מהגורם הצבאי שבשטח, חלקם מיושמים בקפדנות, ואחרים הפכו לאות מתה מזה שנים רבות. כל שטח סגור ונסיבותיו, כל צו והוראותיו. **עצם ההכרזה על "שטח סגור" כשלעצמה אינה מחייבת בהכרח דרישה כזו או אחרת.**

127. על כן, במקרים בהם ביקש המפקד הצבאי לקבוע הוראות פרטניות הנוגעות לאופן קבלת ההיתר או לצורתו, או להגביל במפורש את האפשרות "להשתקע" ו"להעתיק את מקום המגורים", הוא עשה זאת בצו מפורש, בנפרד ובנוסף להכרזה על השטח כשטח סגור. כך אכן נעשה במקרים אחרים רבים.

128. באופן זה, למשל, בצו בדבר שטחים סגורים (שטח י"א) (יהודה והשומרון) (מס' 382), תש"ל-1970, ראה המפקד הצבאי לנכון לקבוע במפורש ביחס לשטח מסויים, שסומן במפה שצורפה לאותו צו, כי "אדם הנכנס לתוך שטח י"א שנסגר לפי צו זה, או יוצא מתוכו, כל עוד צו זה בתוקפו, מבלי שתהיה בידיו תעודת היתר בכתב ייאשם בעבירה על הצו בדבר הוראות בטחון". בצו זה אף הוסיף המפקד הצבאי והורה כי "הסמכות להעניק היתרי כניסה ויציאה תהיה בידי המפקד הצבאי של נפת חברון או בידי מי שהוסמך על-ידו".

כפי שניתן לראות, בשונה מהצו המכריז על הגדה המערבית כולה כשטח סגור, הרי לגבי אותו שטח י"א החליט המפקד להורות על הגבלת הכניסה וכן על הגבלת היציאה, ולדרוש החזקתה של תעודת היתר בכתב.

העתק הצו בדבר שטחים סגורים (שטח י"א) (יהודה והשומרון) (מס' 382), תש"ל-1970 מצורף ומסומן ע/15.

129. כאמור, גם הגבלות על "השתקעות" או "העתקת מקום מגורים" נעשו במפורש במקרים המתאימים. למשל, במסגרת תוכנית "ההתנתקות", כאשר שטחי הגדה המערבית שנועדו לפינוי הוכרזו כשטחים סגורים (למרות שהם ממילא נמצאים כבר בתוך שטח הגדה המערבית שהוא "שטח סגור"), **ובנוסף לכך** ראה המפקד הצבאי לנכון להוציא צו נפרד בדבר "איסור העתקת מקום מגורים" לאותם שטחים.

העתק הצו בדבר איסור העתקת מקום מגורים (יהודה והשומרון) (מס' 1556), התשס"ה-2005 מצורף ומסומן ע/16.

130. למעשה, גם מתוקף ההכרזה על הגדה המערבית כולה כ"שטח סגור" בשנת 1967, קבע המפקד הצבאי כי קבוצת אנשים מסויימת ויחידה אכן נדרשת במפורש לקבל "תעודת היתר אישית" על מנת "להעתיק את מקום המגורים לאזור באופן קבוע": **ישראלים**.

הצו המסדיר את תנועתם של ישראלים לתוך הגדה המערבית (היתר כניסה כללי (מס' 5) (תושבים ישראלים ותושבי חוץ) (יהודה והשומרון), תש"ל-1970) קובע בסעיף 2(6) כי אחד התנאים לכניסת **ישראלים** לאזור הוא:

אין להעתיק את מקום המגורים לאזור באופן קבוע או ארעי אלא על-פי תעודת היתר אישית שניתנה על-ידי מפקד צבאי.

131. המפקד הצבאי בחר שלא לקבוע הוראה דומה כאשר מדובר בתושבי השטחים, וכאמור, אכן, מעולם לא היו קיימים "היתרי השתקעות" לתושבי שטחים.

132. למותר לציין, כי ככל הידוע לעותרים אין אף לא מתנחל ישראלי אחד בשטחים, אשר החזיק או מחזיק ב"תעודת היתר אישית" לשם העתקת מקום מגוריו לשטחים.

133. הנה כי כן, כפי שניתן לראות, כאשר מוציא מפקד צבאי צו "שטח סגור" מסויים, הוא **עשוי** לקבוע בו כי לשם כניסה לאותו שטח, קיימת חובה לקבל היתר **בכתב** דווקא, או כי היתר הכניסה מאפשר כניסה לתקופה מוגבלת, או כי באותו שטח קיימת מגבלה כזו או אחרת על "השתקעות" להבדיל מ"שהייה" בלבד וכיוב'.

אולם מובן, כי אם המפקד הצבאי **לא עשה כן**, ולא קבע דווקא הוראות אלו בצו הרלבנטי, הרי בודאי שעשרות שנים לאחר הוצאת הצו הוא אינו רשאי להתחיל "לפרשו" רטרואקטיבית ככולל הוראות פרטניות שמעולם לא היו בו – קל וחומר שאינו יכול לבוא בטענות למי שפעל בהתאם ללשונו של הצו!

134. ישנה ציניות רבה – עד כדי חוסר תום לב ואף הכשלה מכוונת של האזרח התמים – כאשר המפקד הצבאי מתיר בפועל את כניסתם של אינספור אנשים לשטח כלשהו, בלא צורך בהיתר כתוב כלשהו ובלא כל מגבלות, ולאחר שנים בא בטענות כלפי אותם אנשים שהוא עצמו התיר את כניסתם בדרך זו על כך שאין בידם "היתר מתאים".

המשיב עצמו הכיר בעבר בכך שעצם השהות הממושכת בגדה מהווה "העתקת מרכז חיים" מעזה לגדה

135. בעבר, במספר הזדמנויות, הכיר המשיב בכך כי די בעצם השהות הממושכת בגדה המערבית של פלסטיני בעזה, כדי להוות "העתקת מרכז חיים" רשמית בעניינו.

136. כך היה, למשל, בעניינו של מר תורכי פיראני. מר פיראני הוא יליד עזה, אשר עבר בשנת 1997 להתגורר בגדה המערבית. גם הוא לא ביקש ולא קיבל כל "היתר שהייה" או "היתר השתקעות" – שכאמור לא היו קיימים כלל. בדומה לעותר בעתירה זו, גם הוא בנה את חייו בגדה המערבית, התחתן והקים משפחה. בשנת 2006 נכנס מר פיראני לרצועת עזה, על מנת לבקר את אחיו החולה שהתגורר שם. כאשר ביקש לשוב לביתו שבגדה, סירב המשיב לאפשר את חזרתו, בהסתמך על מענו הרשום ברצועת עזה.

137. בעקבות פניית המוקד להגנת הפרט, נתקבלה תשובה מלשכת היועץ המשפטי במת"ק עזה, מטעם מחלקת הדין הבינלאומי, כדלקמן:

מן העיון בבקשתך עולה כי מרשך שהה מזה כעשר שנים באיו"ש, שם נשא אישה והקים משפחה. מאז 26/3/2006 שוהה מרשך ברצועת עזה וכעת ברצונו לחזור למשפחתו וילדיו הנמצאים כיום באיו"ש.

על מנת שנוכל להמשיך ולטפל בבקשה, נבקש כי תמציאו **אסמכתאות המעידות על הזיקה של התושב שבנידון לשטחי איו"ש ומעידות על שהותו ארוכת השנים שם, המהווה למעשה העתקת מרכז חייו לאיו"ש.**

העתק התשובה מיום 27.8.07 מצורף ומסומן ע/17.

138. יצוין, כי לאחר שהועברו המסמכים הנדרשים השתהה המשיב זמן רב בטיפול בבקשה, ועל כן הוגשה עתירה בעניין (בג"ץ 9386/07). בעקבות העתירה אפשר המשיב את חזרתו של מר פיראני לביתו ומשפחתו שבגדה המערבית. למותר לציין כי חזרתו לביתו התאפשרה באמצעות היתר כניסה לישראל ליום אחד אשר אפשר את מעברו בישראל ותו לא.

מקרים קודמים: המשיב התיר שוב ושוב את חזרתם לגדה של פלסטינים הרשומים בעזה

139. בהמשך לכל האמור לעיל, הרי שבניגוד לעמדתו הנוכחית, במקרים רבים בעבר בהם הורחקו פלסטינים המתגוררים בגדה לרצועת עזה בנסיבות שונות בשל כתובתם הרשומה (בין אם הורחקו באופן אקטיבי, ובין אם נסעו לביקור ברצועה ומצאו עצמם לכודים שם), הכיר המשיב בזכותם של אותם תושבים להמשיך ולהתגורר בבתיהם בגדה המערבית – והתיר את שובם לבתיהם בגדה בלא כל טענות, תנאים או מגבלות.

140. כך היה בעניינו של מר תורכי פיראני, כאמור לעיל, וכך היה גם במקרים רבים אחרים, ככולם התיר המשיב את חזרתם של תושבי השטחים לבתיהם בגדה, על אף שכתובתם רשומה בעזה. חשוב לציין, כי בכל אותם מקרים, בהם אפשר המשיב במפורש מעבר

לצמיתות או לתקופות ממושכות בין שני חלקי השטחים, הונפק היתר אחד ויחיד: כניסה לישראל לזמן קצר, דהיינו רק למשך הזמן הדרוש למעבר בתוך ישראל ולא יותר מכך.

141. כך נהג המשיב, למשל, בעניינו של מר חאלד כחלות (בג"ץ 5504/03), בעניינו של מר נדאל נבאהין (בג"ץ 3555/05), ובעניינו של מוחמד ג'דילי (בג"ץ 4465/05), כולם פלסטינים המתגוררים בגדה המערבית במשך שנים, אשר המשיב סירב תחילה לאפשר להם לשוב מרצועת עזה לבתיהם שבגדה, בהסתמך על כך שמענם רשום באופן שגוי ברצועת עזה.

בכל אותם מקרים, בעקבות עתירה לבג"ץ, אפשר המשיב את חזרתם לצמיתות לבתיהם בגדה המערבית. המשיב אף נתן בעניינם הודעות מטעם פרקליטות המדינה המצהירות על כך שיוכלו לקבל מענה לפנייתיהם במת"קים שבגדה, ואף לצאת לחו"ל ולחזור דרך גשר אלנבי.

ההיתר היחיד שהונפק לשם חזרתם לגדה המערבית לצמיתות באותם מקרים – כמו גם במקרים רבים אחרים – היה היתר כניסה לישראל ליום אחד בלבד, אשר נועד לאפשר את מעברם הקצר בתוך ישראל ותו לא.

העתקי המכתבים מטעם פרקליטות המדינה בעניינם של מר נבאהין, מר ג'דילי ומר כחלות מצורפים ומסומנים ע/18.

העתקי היתרי הכניסה לישראל ליום אחד בלבד אשר הונפקו לשם מעברם של מר נבאהין ומר ג'דילי דרך ישראל, לגדה המערבית לצמיתות, מצורפים ומסומנים ע/19.

142. בבג"ץ 5463/06 **אפנדי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, נדון עניינו של פלסטיני, תושב השטחים. בשנת 1991 עבר העותר להתגורר יחד עם בני משפחתו בביר נבאלה שבגדה המערבית. 15 שנה לאחר מכן, ביום 4.2.06, נתפס קרוב לביתו בביר נבאלה וגורש מייד לרצועת עזה, בשל העובדה שמענו הרשום הוא בעזה. בעקבות העתירה הסכימו המשיבים להתרת שובו לביתו שבגדה.

העתק מהיתר הכניסה לישראל אשר הונפק למר אפנדי לשם שובו לביתו מצורף ומסומן ע/20.

143. בבג"ץ 9951/06 **אבו בטיחאן נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, נדון עניינו של פלסטיני, תושב השטחים. בשנת 1998 עבר העותר להתגורר בגדה המערבית, שם הכיר את אשתו ובנה לו משפחה. בחודש ינואר 2006 עבר העותר לרצועת עזה, דרך ישראל - עם אשתו שהייתה אז בהריון, ועם בנם בן השנה וחצי - על מנת להשתתף בהלוויית אחיו. בחודש אוגוסט 2006 ניתן אישור מעבר מעזה לגדה, דרך ישראל, לאשתו וילדו בלבד, לאור הריונה ומצבה הרפואי הקשה, והיות והמען הרשום שלה הינו טולכרם שבגדה המערבית. בקשתו של העותר להיתר סורבה. בעקבות העתירה הסכימו המשיבים להתיר את שובו לביתו שבגדה, כמבוקש.

העתק מהיתר הכניסה לישראל אשר הונפק למר אבו בטיחאן לשם שובו לביתו מצורף ומסומן ע/21.

בבג"ץ 810/07 **אבו שעבאן נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית**, נדון עניינו של צעיר פלסטיני, אשר מענו הרשום הנו עזה, למרות שרוב חייו התגורר בחברון שבגדה המערבית. בשל ויכוח

שפרץ בינו לבין אביו, ברח הצעיר לעזה בשנת 2005 ומאז לא הצליח לקבל היתר כניסה לישראל לצורך חזרתו לבית אביו. לאחר הגשת העתירה הסכימו המשיבים כי העותר יחזור לבית הוריו. גם עבורו הונפק היתר כניסה לישראל ליום אחד ותו לא.

העתק מהיתר הכניסה לישראל אשר הונפק למר אבו שעבאן לשם שובו לביתו מצורף ומסומן ע/22.

144. במקרים אחרים התיר המשיב את המעבר מעזה לגדה, גם בלא צורך בהגשת עתירה בעניין:

145. **גב' אימאן אבו גוש** היא ילידת עזה, אשר עברה להתגורר בגדה בשנת 2000 בעקבות נישואיה. בשנת 2003 נכנסה לרצועת עזה, עם שלוש בנותיה, לביקור בני משפחתה שם. כאשר ביקשה לשוב לביתה נתקלה בסירוב – לאור העובדה שכתובתה רשומה ברצועת עזה.

בעקבות פניית המוקד להגנת הפרט ליועמ"ש המשיב, התיר המשיב את חזרתה לביתה שברצועה בלא כל מגבלות, באמצעות היתר כניסה לישראל ליום אחד.

העתק מפניית המוקד להגנת הפרט מיום 26.7.05, וכן העתק מהיתר הכניסה לישראל אשר הונפק לשם חזרתם של גב' אבו גוש ובנותיה לביתם שבגדה המערבית, מצורפים ומסומנים ע/23.

מר עיד סלילה התגורר ברצועת עזה עד שנת 1999, אז עבר להתגורר עם אשתו בטולכרם שבגדה המערבית. בשנת 2004 נעצר במחסום בגדה, וכעבור מספר ימים גורש לרצועת עזה, הרחק מביתו, מאשתו ומילדיו – בשל העובדה שכתובתו רשומה ברצועת עזה. גם כאן, בעקבות פניית המוקד להגנת הפרט הודיע יועמ"ש המשיב כי יונפק לו אישור באמצעותו יוכל לשוב לגדה. האישור המדובר, אשר אכן הונפק ואפשר את שובו לביתו, לא היה כמובן, אלא היתר כניסה לישראל ליום אחד.

העתקים מפניית המוקד להגנת הפרט בעניינו של מר סלילה מיום 17.5.04, תשובת יועמ"ש המשיב מיום 10.8.04 והיתר הכניסה לישראל אשר הונפק לשם שובו לביתו, מצורפים ומסומנים ע/24.

146. **הנה כי כן, בכל המקרים האמורים (כמו גם במקרים רבים נוספים), סבר גם המשיב כי אין כל פגם בהמשך מגוריהם שלא אותם תושבי שטחים בגדה – על אף שכתובתם רשומה בעזה – והתיר להם לשוב לבתיהם בגדה המערבית.**

147. **בכל המקרים, בלא יוצא מן הכלל, הוסדר המעבר באמצעות היתר חד-יומי לכניסה לישראל, אשר שימש לשם מעברם הקצר דרך ישראל, ותו לא. איש מהם לא קיבל "היתר שהייה", "היתר השתקעות" או כל היתר אחר לשם המשך שהייתם ומגוריהם בבתיהם שבגדה – על אף שמענם הרשום של כולם הינו "עזה".**

הנסיון להחיל על העותר באופן רטרואקטיבי תפיסות וכללים שהתגבשו שנים רבות לאחר שעבר להתגורר בגדה המערבית כדין

148. כאמור לעיל, נקודת המוצא של הסכם הביניים (שבמסגרת יישומו הוצב העותר בגדה המערבית) הינה כי:

שני הצדדים להסכם רואים בגדה המערבית וברצועת עזה יחידה טריטוריאלית אחת, ששלמותה ומעמדה יישמרו במשך תקופת הביניים (פרק 5 סעיף XXXI).

149. עמדתו הנוכחית של המשיב, הרואה ככל הנראה ברצועת עזה ובגדה המערבית שתי יחידות טריטוריאליות נפרדות, ועל כן מחייבת, אולי, "היתר מיוחד" על מנת שפלסטיני המתגורר ב"יחידה" אחת יעבור להתגורר ב"יחידה" השנייה, **הינה עמדה חדשה**, הסותרת באופן מוחלט את עקרון היסוד שבהסכם הביניים, ואת עמדתה הברורה והמוצהרת של ישראל בעת חתימתו של הסכם הביניים ויישומו ובעת מעברו של העותר.

בתקופה בה עבר העותר להתגורר בגדה המערבית ואף שנים לאחר מכן, לא היה ספק כי ישראל רואה בגדה המערבית וברצועת עזה יחידה טריטוריאלית אחת. על כן מובן מדוע במשך שנים לא היה קיים כלל "היתר השתקעות בגדה" או "היתר שהייה" לפלסטינים ומדוע לא היה כלל צורך בהיתרים כאלה.

ההפך הוא הנכון: בתקופה בה עבר העותר שקדו הצדדים על קידום פתרונות אשר יקלו את המעבר החופשי בין רצועת עזה והגדה המערבית, והדברים הגיעו לשיא כאשר לקראת סוף שנת 1999 נפתח למשך כשנה **המעבר הבטוח**, בהתאם להסכם הביניים, אשר אפשר מעבר חופשי של פלסטינים הלוך וחזור בין עזה לבין הגדה המערבית.

150. ככל שחל שינוי בעמדתו של המשיב, אשר החל בעת האחרונה ליישם מדיניות של "בידול" בין רצועת עזה לגדה המערבית, להטיל מגבלות על המעבר ביניהן, או לחייב לראשונה החזקת היתרים שונים ומשונים וכיוב' (מבלי להדרש בשלב זה לשאלה האם מדובר במגבלות ובדרישות חוקיות), בודאי שאין לזקוף זאת לחובת העותר, אשר מעברו נעשה בהסכמת ישראל ואף בהתאם לעמדתה הרשמית, ואשר לא הייתה לו כל סיבה לחשוד שיש אף שמץ של "חוסר חוקיות" במגוריו בביתו.

151. מקוממת במיוחד עמדת המשיבים לפיה יש לבחון את עניינו של העותר כפי שנבחן עניינם של מי שמבקשים **לעבור כעת מעזה לגדה המערבית** – ואף להחיל בעניינו את "נוהל טיפול בבקשות השתקעות" שהמשיב קבע ביום **8.3.09**, דהיינו לפני כחודש ימים בלבד.

152. מובן שאין כל דמיון או הקבלה בין השיקולים הנוגעים למי שמבקש **כעת** לעבור בפועל בין עזה לגדה, לבין שיקולים הנוגעים למי שמתגורר כבר ארבע-עשרה שנה בביתו שבגדה המערבית.

פסקי הדין אליהם מפנה המשיב

153. המשיב מפנה לשלושה פסקי דין בניסיון לתמוך בעמדתו. אולם עיון בפסקי הדין מגלה שאין בהם דבר אשר עשוי לחזק את עמדת המשיב.

154. בעניין ג'נים (בג"ץ 7880/03), בית המשפט הנכבד לא שוכנע כי העותר התגורר בעיר קלקיליה טרם מעצרו. באותו מקרה אף החליט בית המשפט להשאיר את הדלת פתוחה בפני העותר לפנות אליו שוב לצורך שקילת עניינו מחדש, **במידה שיוכל להמציא פרטים נוספים שיתמכו בטענתו הנ"ל באשר למקום המגורים טרם שחרורו.**

בדומה לכך, גם בעניין אלנבאהין (בג"ץ 10735) קבע בית המשפט כי לא שוכנע שהעותר אכן מתגורר בגדה המערבית, אלא קבע כי **"מהחומר שלפנינו עולה, כי מקום מגוריו הוא בעזה"**.

155. בעניין ורד (בג"ץ 3519/05) דובר בכלל באדם אשר שוחרר כבר לרצועת עזה, ובית המשפט דן בעתירה בה התבקש המשיב להתיר את מעברו דרך ישראל לגדה המערבית. באותו מקרה בית המשפט נמנע מלהכריע בכל הסוגיות העקרוניות, לאחר שהעותר הוכרז כ"מבוקש" ובקשתו לשוב לגדה המערבית הפכה לבלתי מעשית ממילא, כדברי בית המשפט:

משמעות הכרזתו של העותר כמבוקש היא כי הוא מסתתר מפני גורמי הביטחון כפעיל טרור צבאי. בנסיבות אלה נראה כי עתירה זו, אף שהיא מעלה שאלות עקרוניות לא פשוטות, הפכה לעתירה תיאורטית.

"חוד החנית" של העתירה הוא עניינו הפרטני של העותר ומשהפך עניין חזרתו של העותר לאזור יהודה ושומרון בלתי מעשי לעת הזו, ממילא אין עוד טעם לדון בשאלות הכלליות שהעלו העותרים, נכבדות ככל שתהיינה.

יצוין כי מפסק הדין עולה כי בית המשפט דווקא ראה את הבעייתיות הרבה בסיטואציה בה אדם מגורש מביתו על סמך הרישום במרשם האוכלוסין, שכן על אף התייתרות העתירה מצא בית המשפט לנכון להעיר כי:

בשולי הדברים ראינו לציין כי מן הראוי שהמשיבים ישקלו קביעת נוהל אשר יאפשר למורחק, בנסיבות מתאימות וגם ללא הוצאת צו לתיחום מגורים, הליך של שימוע להעלאת טענותיו שעה שהוא **חולק על הרישום במרשם האוכלוסין הפלסטיני.**

156. יתרה מכך, כאמור לעיל, קיימות אינספור דוגמאות המעידות על כך שכללל, בעקבות עתירות לבית המשפט, התיר המשיב למי שגורשו מהגדה לרצועה בהסתמך על מענם הרשום בעזה, אך הצליחו להראות שאכן התגוררו בגדה, לשוב לבתיהם בגדה המערבית בלא תנאים או מגבלות.

האיסור החמור על העברות כפייה במשפט הבינלאומי

157. אין זאת, כי הרחקתו הכפויה של העותר מביתו וממשפחתו, מהווה לא פחות מאשר העברת כפייה של תושב מוגן בשטח כבוש.

158. סעיף 49 לאמנת ז'נבה (1949) אוסר באיסור חמור על העברה כפויה של תושבים מוגנים מבתיהם:

Individual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive.

יצוין, כי סעיף זה מתייחס, לפי הפרשנות הסטנדרטית שהתקבלה בניסוחו של סעיף 17(1) לפרוטוקול השני לאמנות ג'נבה, גם להעברה בתוך שטח כבוש, מחלק אחד לחלק אחר של אותו השטח.

159. האיסור על העברה כפויה הוא מהחמורים שבאמנה. הפרתו נחשבת להפרה חמורה, לפי סעיף 147 לאמנה.

160. המלומד Roch, במאמרו על העברות הכפייה אשר בוצעו ביוגוסלביה, מדגיש כי האיסור מתייחס לכל הרחקה של קבוצות או יחידים מבתיהם בניגוד לרצונם:

Regardless of which method the perpetrator chooses, the effect is the same: individuals or groups of individuals are removed from their homes and *Heimatslaender* against their own free will.

(M.P. Roch, *Forced Displacement in the Former Yugoslavia: A Crime Under International Law?*, 14:6 DICKINSON JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 18 (1995-1996))

161. בחוקת בית-הדין הפלילי הבינלאומי נקבעו גירוש והרחקת כפייה כפשע מלחמה, שבית-הדין מוסמך לדון בו (סעיף 8(2)(a)(vii)). העברת כפייה מהווה גם פשע נגד האנושות, וזאת כשהיא נעשית במסגרת מדיניות שיטתית. בהקשר זה היא הוגדרה שם (בסעיף 7(2)(d)) כ:

Forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law.

162. המלומדת מ' סטאוורופולו מדגישה את החומרה הרבה שבהרחקתו הכפויה של אדם מביתו:

Some have observed that an individual's forced deprivation of his home violates a basic human right. "Home" constitutes not only a means of "shelter", but also a means of placing a person in a social and physical space, and of circumscribing a person's

private life and social interaction... Observers have never disputed the tragedy involved in one's separation from his home...

(Maria Stavropoulou, *The Right Not To Be Displaced*, 9 AM. U. J. INT'L L. & POL'Y 689, 717 (1993-1994)).

163. בהמשך מציינת סטאוורופולו כי הרחקתו הכפוייה של אדם מביתו מפרה בהכרח שורה ארוכה של זכויות יסוד בהתאם למשפט הבינלאומי, ואף עולה עד כדי הפרה של האיסור החמור לנהוג באופן "אכזרי, בלתי אנושי או משפיל":

Displacement threatens the life, liberty, and security of the displaced – rights which are guaranteed, *inter alia*, in article 3 of the Universal Declaration and 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights. In such cases, **there can be little doubt that displacement will amount to cruel, inhuman or degrading treatment** as illustrated in Article 5 of the Universal Declaration and article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

Article 12 of the Universal Declaration and article 17 of the international Covenant on Civil and Political Rights prohibit arbitrary interference with an individual's home and privacy. Article 17(2) of the Universal Declaration provides that "no one shall be arbitrarily deprived of his property". Article 25(1) also provides that "everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family..." similar provisions are found in the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights. It provides for the protection of the family (article 10); the right to an adequate standard of living, Shelter and food (article 11); the right to physical and mental health (article 12); the right to work (article 6); the right to education (article 13); and the right to pursue freely one's own economic, social and cultural development (article 1); the right to participate in cultural life (article 15). All of the above rights are inevitably violated to a greater or lesser degree when forced displacement occurs.

Displacement may also infringe on a number of other provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights...

The Freedom of movement is inherently breached when displacement occurs, not only because the displaced are restricted invariably in their movement... but also **because they cannot exercise their right to return to their home country or principal area.**

(שם, בעמ' 736-737) [ההדגשה הוספה].

164. גם בית המשפט נכבד זה הדגיש כי :

נקודת המוצא העקרונית הינה, כי הוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו הכפויה למקום אחר פוגעת קשות בכבודו, בחירותו ובקניינו. ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי של אדם, של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים...

מספר זכויות אדם בסיסיות נפגעות בשל עקירתו הלא רצונית של אדם מביתו והעברתו למקום אחר, גם אם העברה זו אינה כרוכה בחצייתו של גבול מדיני.

(בג"ץ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2002(3) 1021, 1026 (2002).

סיכומם של דברים

165. הנה כי כן, העותר עבר מרצועת עזה לגדה המערבית כדין. המפקד הצבאי עצמו התיר את כניסתו לגדה דרך מחסום "תרקומיה", בלא כל תנאים או מגבלות, ובלא צורך בקבלת היתר מיוחד כלשהו. היתרים כאלה לא היו קיימים כלל.

166. במקרים רבים אחרים בהם גורשו פלסטינים המתגוררים בגדה לעזה בשל מענם הרשום בעזה התיר המשיב את חזרתם לבתיהם, גם אז בלא כל צורך בהיתר כלשהו, למעט היתר כניסה לישראל מטעם שר הפנים, אך ורק למשך המעבר דרך ישראל.

167. המשיב עצמו לא ראה בעותר "שוהה בלתי חוקי", ואף סרב לאפשר לו לעבור לרצועת עזה כשרצה בכך.

168. החלטת המשיב להרחיק את העותר לעזה בנסיבות אלה פוגעת באופן קיצוני בעותר ובמשפחתו, ומהווה **העברת כפייה**, האסורה באיסור חמור על פי המשפט הבינלאומי. היא פוגעת בזכותו **לחופש תנועה**, ובזכותו לבחור את המקום בו יתגורר עם משפחתו. היא פוגעת בנושאות בזכותו **לחיי משפחה**, **לזוגיות ולהורות** וממיטה אסון על המשפחה. היא פוגעת באופן קשה במיוחד בילדיו, אשר יאלצו לחיות עם אמם בלא אב – ובאשתו כבדת השמיעה אשר תלויה בו כמעט לחלוטין במהלך היומיום.

169. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד **להוציא צו על תנאי כמבוקש בעתירה, ולאחר שמיעת המשיב לעשותו למוחלט.**

4 בינואר 2010

עידו בלום, עו"ד
ב"כ העותרים