

- בעניין: 1. _____ קבהא, ת.ז.
תושב הרשות הפלסטינית
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר - ע"ר
ע"י ב"כ עו"ד ידין עילם
רח' יהודה הלוי 45 תל אביב-יפו, 65157
טל': 03-5606080, פקס: 03-5606083, סלולארי: 054-2266488
דוא"ל: yadin@yelaw.co.il

העותרים

– נ ג ד –

המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם מדוע לא יורה על הפסקת עיכובו והשפלתו של העותר 1 (להלן: **העותר**) במעבר ריחן.

בקשה לקיום דיון דחוף

העותר הינו תושב היישוב ברטעה אלשרקיה שבנפת ג'נין, שהינו חלק ממובלעת ברטעה הנמצאת במרחב התפר. לעותר היתר של תושב קבוע במרחב התפר שתוקפו עד ליום 2.11.2011. היות והעותר גר במובלעת, הוא נאלץ לעבור דרך מעבר ריחן (הידוע גם כ-מחסום ברטעה) בכל פעם שהוא מעוניין לצאת לצידה המזרחי של גדר ההפרדה ובכל פעם שהוא מבקש לחזור לביתו.

מעבר ריחן מאויש הן על ידי חיילים, הן על ידי אנשי חברת אבטחה פרטית. מאז חודש מאי 2010, מעוכב העותר על ידי מפעילי המעבר בכל הפעמים בהן הוא מבקש לעבור במחסום. זמני העיכוב נעים בין 30 דקות ל-3 שעות.

בכל פעם מתבקש העותר להמתין ולאחר מכן להיכנס לחדר קטן, להוריד את בגדיו ולהישאר לבוש בתחתוניו בלבד. אחר כך נכנסים שני אנשי ביטחון ועורכים עליו חיפוש ידני, ורק לאחר שנגמר כל ההליך המשפיל הנ"ל, מורשה העותר להמשיך בדרכו.

לעותר אין כל מושג מדוע הוא מעוכב ומושפל במחסום באופן יומיומי. כשהעותר שואל את אנשי הביטחון במחסום מדוע הם מעכבים אותו, לעיתים לא מקבל העותר כל תשובה ולפעמים הוא נענה שאלו הנחיות של השב"כ.

בכל יום שחולף גוברות תחושות ההשפלה, הסבל וחוסר האונים שחש העותר. יודגש, כי תושבי המובלעות נצרכים לשירותים ומצרכים רבים, הניתנים להשגה רק בערים הנמצאות בצידה המזרחי של גדר ההפרדה ועל אחת כמה וכמה שהעותר, שהינו הבעלים של חנות, נזקק לעבור במעבר ריחן על בסיס כמעט יומיומי וכך הוא חווה שוב ושוב עיכובים והשפלות במחסום.

בית משפט נכבד זה, בפסיקות רבות בעתירות הנוגעות לגדר ההפרדה, קבע כי יש לצמצם ככל הניתן את הפגיעה בתושבים אשר ניזוקו מהקמת גדר ההפרדה. **בהתחשב בכל אלה, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע את העתירה לדיון במועד המוקדם ביותר האפשרי ולקבוע זמן קצר ככל הניתן לתגובת המשיב היות והניסיון מלמד שלעיתים, תגובת המשיב מייתרת את הצורך בדיון בעתירה.**

התשתית העובדתית

1. מאז הוקמה גדר הפרדה הוחל במשטר היתרים הדורש כי תושב פלסטיני המעוניין להיכנס למרחב התפר יצטייד בהיתר. כנגד משטר ההיתרים הוגשו שתי עתירות לבית משפט נכבד זה: בג"ץ 9961/03 **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' ממשלת ישראל** ובג"ץ 639/04 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון** (שתי העתירות להלן: **עתירות משטר ההיתרים**). שתי עתירות אלה מחכות למתן פסק דין והעותרים מבקשים להבהיר לבית המשפט הנכבד כי בהגשת העתירה דנא אין משום חזרה מעמדתם כי יש לבטל את משטר ההיתרים והם מקווים כי בית המשפט הנכבד יאמץ את עמדתם זו בפסק דינו.

עתירה זו מוגשת כדי לפתור את הבעיה הפרקטית של העותר ויש בה כדי להמחיש לבית המשפט הנכבד כי מעבר לטענה כי משטר ההיתרים עומד בניגוד לעקרונות היסוד של המשפט המינהלי והחוקתי בישראל ובניגוד למשפט הבינלאומי ההומניטארי והמשפט הבינלאומי של זכויות האדם, משטר ההיתרים גם אינו "מצמצם את הפגיעה בהם (בתושבים הפלסטינים - י.ע.) ככל הניתן" (ראו: בג"ץ 10905/05 **ראש עיריית ג'י'וס נ' ראש הממשלה**. לא פורסם. ניתן ביום 9.9.2009. סעיף 43 לפסק הדין. להלן: **עניין ג'י'וס**)

2. **לטענת העותרים, המשיב מתנהל במעין מדרון חלקלק. לצורך מתן אישורו של בית משפט נכבד זה לבניית הגדר, הבטיח המשיב הבטחות לפיהן הנזק אשר ייגרם לאוכלוסייה הנפגעת מבניית הגדר יהיה מינימלי. לאחר שבית המשפט הנכבד נתן אישורו והגדר נבנתה, לא עומד המשיב בהבטחותיו, ומיום ליום מורע מצבם של התושבים אשר נפגעו מבנייתה.**

הצדדים לעתירה והרקע העובדתי

3. העותר הינו תושב פלסטיני בן 23 שנים, המתגורר ביישוב ברטעה אלשרקיה שבנפת ג'נין, הנמצא במרחב התפר.

4. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.

5. המשיב הוא המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מארבעים ושלוש שנה.

6. בשנת 2002 החליטה ממשלת ישראל להקים גדר הפרדה. גדר הפרדה, אשר הושלמה בשנת 2003, הפכה את היישוב בו מתגורר העותר, יחד עם שישה יישובים נוספים, למובלעת.

7. העותר הינו הבעלים של חנות לממכר מכשירי טלפון ניידים הממוקמת ביישוב בו הוא מתגורר. לעותר היתר של תושב קבוע במרחב התפר שתוקפו מיום 2.11.2009 ועד 2.11.2011.

העתק ההיתר של תושב קבוע במרחב התפר שברשות העותר, מצורף ומסומן **1/ע**

8. היות והעותר גר במובלעת, הוא נאלץ לעבור דרך מעבר ריחן, בכל פעם שהוא מעוניין לצאת מביתו לצידה המזרחי של גדר הפרדה ובכל פעם שהוא מבקש לחזור לביתו. המעבר מאויש הן על ידי חיילים, הן על ידי אנשי חברת אבטחה פרטית.

9. מאז חודש מאי 2010, **מעוכב העותר על ידי מפעילי המחסום בכל פעם בה הוא מבקש לעבור במחסום. זמני העיכוב נעים בין 30 דקות ל-3 שעות. היות והעותר יוצא ממרחב התפר ונכנס למרחב**

התפר באותו יום, העיכוב היומי הינו כפול. כשהעותר שואל את אנשי הביטחון במעבר מדוע הם מעכבים אותו, לעיתים לא מקבל העותר כל תשובה ולפעמים הוא נענה שאלו הנחיות של השב"כ.

10. כך לדוגמא, ביום 4.6.2010 עוכב העותר למשך שלוש שעות ביציאה ממובלעת ברטעה, בין 7:30 ל-10:30 בבוקר, ולמשך שעה נוספת בחזרתו, בין 13:00 ל-14:00 בצהריים; ביום 25.7.2010 עוכב העותר בין השעות 8:00 ל-8:30 ביציאה מהמובלעת, ובין השעות 12:30 ל-13:30 בחזרה אליה; ביום 10.8.2010, בשעה 9:20, התקשר העותר למוקד להגנת הפרט ומסר כי הגיע למעבר ריחן בשעה 8:00, הורד מהמונית בה נסע ועוכב. נציגי המוקד ניסו להשיג טלפונית את ה"תא הומניטארי" במנהל האזרחי, אך ללא הועיל. בשעה 9:45 הורשה העותר להמשיך בדרכו.

11. העותר נוסע מביתו בברטעה לצד המזרחי של גדר ההפרדה, באמצעות מונית המשמשת לתחבורה ציבורית. כשהעותר מעוכב ולא מורשה להמשיך יחד עם שאר הנוסעים, הדבר מחריף את תחושת ההשפלה שהוא חש ופוגע בשמו הטוב. בכל פעם מתבקש העותר להמתין על ספסל ליד עמדת אנשי הביטחון, לאחר מכן נדרש העותר להיכנס לחדר קטן, להוריד את בגדיו ולהישאר לבוש בתחתוניו בלבד, לדקות ארוכות ולעיתים אף לשעה ויותר. אחר כך נכנסים שני אנשי ביטחון ועורכים עליו חיפוש ידני, ורק לאחר שנגמר כל ההליך המשפיל הני"ל, מורשה העותר להמשיך בדרכו.

12. לפני כשמונה חודשים קיבל העותר זימון לתחקיר שב"כ. התחקיר התבצע על ידי איש שב"כ המכונה זוהר וארך כשעה. איש השב"כ שאל את העותר שאלות בנוגע לאורח החיים שלו, לידידיו ולבני משפחתו. חלק גדול מהתחקיר עסק בשאלות לגבי אחת מחברותיו של העותר ברשת החברתית "פייסבוק". העותר הבין מאותו איש שב"כ כי אחת מחברותיו של העותר ברשת הפייסבוק הינה עובדת של חברת הביטחון המפעילה את מחסום ברטעה. כמו כן, באותו תחקיר נשאל העותר על ידי איש השב"כ האם זה נכון ששב"חים שוהים בברטעה, והעותר השיב כי הדבר ידוע לכולם. איש השב"כ הציע לעותר לעזור לו ולגלות היכן שוהים השב"חים, ובתמורה יעזור לעותר בכל מה שירצה, למשל בהנפקת היתר כניסה לישראל לעותר. העותר סירב להצעה ואמר לאיש השב"כ כי יש לו את העסק שלו, את הפרנסה שלו, והוא אינו זקוק להיתר כניסה לישראל. עוד אמר העותר לאיש השב"כ שאם הוא זקוק למידע, הוא יכול לפנות למועצה המקומית בברטעה.

13. העותר, שהינו תושב שומר חוק, מצהיר כי אין לו כל קשר לפעילות נגד ביטחון האיזור וכי אין לו מושג מדוע משפילים ומעכבים אותו מדי יום במחסום. בחודש יוני 2010 פנה העותר, באמצעות עיריית ברטעה, למת"ק הישראלי בבקשה לברר את סיבת העיכוב, אך הפנייה לא נענתה.

14. ביום 25.7.2010 פנה הח"מ, בשם העותרים, במכתב ליועצו המשפטי של המשיב וביקש כי יתערב בעניינו של העותר אצל גורמי הביטחון, על מנת שאלה יפסיקו לעכב ולהשפיל את העותר במחסום ברטעה. בסעיף 8 למכתב נאמר: **"לאור הדחיפות הרבה והפגיעה היומיומית הנגרמת למרשי, אודה לקבלת תשובתך לא יאוחר מיום 12.8.2010.** לאחר מועד זה ניאלץ לפנות לערכאות אך אנו מקווים כי העניין יוכל להיפתר ללא התערבות שיפוטית".

העתק המכתב, מיום 25.7.2010, מצורף ומסומן ע/2

15. למרבה הצער, עד לרגע הגשת העתירה, ולמרות שהעותרים המתינו 10 ימים נוספים מעבר למועד בו נתבקשה תשובתו של המשיב, לא נתקבלה כל תשובה והעותרים נאלצים, פעם נוספת, להטריח את בית המשפט הנכבד בעתירה שדומה כי הסעד המבוקש בה היה יכול להתקבל ללא צורך בהגשתה.

16. לאחר שהעותרים עשו כל שביכולתם בכדי לאיין את הצורך בהגשת העתירה ולאחר שכל מאמציהם עלו בתוהו, מאחר שחלפו כבר יותר משלושה חודשים שבהם העותר מעוכב ומושפל במחסום באופן יומיומי, ומאחר שיועצו המשפטי של המשיב לא הגיב לפניית העותרים, לא נותרה לעותר כל ברירה מלבד לפנות בבקשת סעד מבית משפט נכבד זה.

הטיעון המשפטי

17. הפגיעה בזכויותיו של העותר הינה קשה ויומיומית. בכל פעם בה עובר העותר במעבר ריחן, הוא נאלץ לספוג השפלות העולות כדי פגיעה בכבוד האדם שלו. כמו כן, מאז החלו העיכובים וההשפלות במחסום, הפחית העותר משמעותית את יציאותיו מברטעה, וחופש התנועה שלו נפגע קשות. בנוסף, היות והיציאות היומיומיות מברטעה נחוצות לעותר על מנת לקיים את עסקו, נפגעים חופש העיסוק והזכות לקניין של העותר. הפגיעה בזכויותיו של העותר הינה בניגוד לחובותיו של המשיב.

18. העותר פנה למשיב, בחודש יוני 2010, זמן קצר לאחר שהחלו העיכובים וההשפלות, באמצעות עיריית ברטעה, בבקשה לברר את סיבת העיכוב, אך הפנייה לא נענתה. משלא קיבל כל תשובה ומשההשפלות והעיכובים המשיכו, פנה העותר למוקד להגנת הפרט וביקש סיוע משפטי. ביום 25.7.2010 פנו כאמור העותרים ליועמ"ש המשיב וביקשו את התערבותו. היות והפגיעה בעותר הינה גם קשה וגם יומיומית, והיות ובמועד הפנייה חלפו כבר כ-3 חודשים מאז החלו ההשפלות והעיכובים וכחודש מאז פנה לראשונה העותר למשיב, ביקשו העותרים את תגובתו של המשיב תוך פרק זמן של כ-19 ימים והעתירה מוגשת, כאמור, לאחר כ-10 ימים נוספים. נראה כי המשיב לא שם אל ליבו את דברי בית משפט נכבד זה, לפיהם:

ככל שמדובר בסעד שעיקרו תיקון של פגיעה בזכות יסוד של הפרט, יש מקום לצפות להסדרה מהירה יותר של העניין ותיקון המעוות, מטעמים של שמירה על זכויות היסוד של הפרט וקיום חובת השלטון לכבד ולקיים את הדין החוקתי. "ככלל, הסעד הראוי כנגד הפרת זכויות האדם הוא חיוב הרשות בהגשמה מיידית שלהם"

בג"ץ 8060/03 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, לא פורסם. ניתן ביום 26.4.2006. סעיף 13 לפסק הדין. (כל ההדגשות בעתירה הוספו - י.ע.)

הנורמות המחייבות את המשיב

19. המשיב מחויב לפעול בהתאם למשפט ההומניטרי הבינלאומי ודיני הכיבוש הכלולים בו. המשיב מחויב לפעול גם בהתאם למשפט הבינלאומי של זכויות האדם, ובראש ובראשונה אמנות האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ובדבר זכויות חברתיות וכלכליות. כך נקבע בחוות-הדעת של בית-המשפט הבינלאומי לצדק בעניין חומת הפרדה. גם בית משפט נכבד זה בחן את פעולות המשיב לפי נורמות אלו. לעתים ציין בית המשפט הנכבד שהבחינה נעשית בלי להכריע בדבר תחולתן של אמנות זכויות האדם בשטח הכבוש (למשל: בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2005(3) 3333 סעיף 24), לעתים הוחלו האמנות ללא כל הסתייגות (למשל: בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2003(1) 937; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385).

בנוסף, כרשות ציבורית ישראלית נושא המפקד הצבאי בתרמילו את הנורמות של המשפט הציבורי הישראלי, ובכללן את המחויבות לזכויות האדם ואת האיסור לפגוע בהן פגיעה בלתי מידתית. ראו, למשל: בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתאוניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785 (להלן: עניין ג'מעית אסכאן); בג"ץ 10356/02

הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807.

20. בפסק הדין בעניין רופאים לזכויות אדם קבע בית משפט נכבד זה כי:

במסגרת הפנמתם של הדינים ההומניטריים מן הראוי הוא כי יודגש, כי חובתו של המפקד הצבאי אינה מתמצית בהימנעות הצבא מפגיעה בחייהם ובכבודם של התושבים המקומיים... חובתו היא גם "חיובית"... עליו להגן על חייהם וכבודם של התושבים המקומיים, הכל במגבלות הזמן והמקום.

בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 407.

21. העותרים טוענים כי השפלה יומיומית והטרדה במחסומים ופגיעה בזכויות היסוד של העותר, אינה עולה בקנה אחד עם חובתו של המשיב "להגן על חייהם וכבודם של התושבים המקומיים".

על הזכויות הנפגעות

הזכות לכבוד

22. כאמור לעיל, בכל פעם בה עובר העותר במעבר ריחן, הוא סופג השפלות העולות כדי פגיעה בכבוד האדם שלו. העובדה שלעותר מעולם לא נאמר מדוע הוא מעוכב ומושפל, רק מעמיקה את תחושת ההשפלה והביזוי שהוא חש.

23. זכות האדם לכבוד הוכרה כזכות יסוד במשפט הישראלי. סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי: אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" ובסעיף 4 נקבע: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".

24. הזכות לכבוד הוכרה גם במשפט הבינלאומי. כך לדוגמה קובע סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית כי:

Protected persons are entitled, in all circumstances, **to respect for their persons, their honour**, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. **They shall at all times be humanely treated**, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity...

הזכות לחופש תנועה פנימי

25. הזכות לחופש תנועה פנימי או לחופש תנועה פנים-מדינתי מוכרת במשפט הישראלי והבינלאומי ולפי פסיקת בית משפט נכבד זה, היא אף מעוגנת במשפט הבינלאומי המנהגי.

26. בפסק הדין בבג"ץ 1890/03 (עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל פ"ד נט(4) 736, 754-755), נאמר כך:

חופש התנועה הוא מזכויות היסוד של האדם והוכר במשפטנו הן כזכות יסוד העומדת על רגליה היא... והן כזכות הנגזרת מן הזכות לחירות (הנשיא ברק והשופט חשין בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, בע' 59 ו-147 בהתאמה (להלן: פרשת חורב)). כמו כן, יש הגורסים כי חופש זה אף נגזר מכבוד האדם.

על מעמדו של חופש התנועה במשפטנו עמד בית משפט זה בפרשת חורב הנ"ל... באותה פרשה ציין הנשיא ברק כי חופש התנועה הוא "מהזכויות היותר בסיסיות" (שם, בע' 49), כי הזכות לחופש התנועה "עומדת בשורה הראשונה של זכויות האדם" (שם, בע' 51), וכי חופש התנועה הוא "חופש המצוי ברמה הגבוהה ביותר במידרג הזכויות בישראל" (שם, בע' 53). כן הוסיף הנשיא בפרשת חורב הנ"ל כי "לרוב, מעמידים את חופש התנועה בתוך גבולות המדינה על רמה חוקתית דומה לזו של חופש הביטוי" (שם, בע' 49). יש לציין כי דברים דומים על מעמדו של חופש התנועה אמרו אף השופטים שלא הצטרפו לדעת הרוב של הנשיא ברק בפרשת חורב (ראו למשל דברי השופט חשין שם בע' 147, ודברי השופט טל בע' 147).

181). על מעמדו של חופש התנועה במשפט הישראלי בעקבות פרשת חורב ראו גם: יי זילברשץ "על חופש התנועה הפנים-מדינתית: בעקבות בג"צ 5016/96 חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח"י משפט וממשל ד (תשנ"ח) 793, 806-809 (להלן: זילברשץ).

חופש התנועה מוכר כזכות יסוד גם במשפט הבינלאומי. חופש התנועה הפנים-מדינתית מעוגן בשורה ארוכה של אמנות והכרזות בינלאומיות בדבר זכויות אדם (כך בין היתר, בסעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966), בסעיף 13 להכרזה האוניברסאלית על זכויות האדם (Universal Declaration of Human Rights, 1948), ובסעיף 2 לפרוטוקול הרביעי מ-1963 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם מ-1950) ונראה כי הוא מעוגן גם במשפט הבינלאומי המינהגי (ראו: זילברשץ הנ"ל, בע' 800-801).

27. בסעיף 14 לפסק הדין בפרשת יאנון נכתב כך:

העתירה שלפנינו עוסקת בשטחים חקלאיים הנמצאים בהחזקתם של התושבים הפלסטינים ואשר נסגרים בהוראת המפקד הצבאי. לפיכך, אל מול הזכות לביטחון ולהגנה על שלמות הגוף נמצאים מן הצד האחר השיקולים הנוגעים להגנה על זכויותיהם של התושבים הפלסטינים ובהתחשב במהות העניין שלפנינו, הרי שמדובר בעיקר בזכות לחופש תנועה ובזכות לקניין. בפסק הדין שניתן בבג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) ציינו כי חופש התנועה הוא מזכויותיו הבסיסיות ביותר של האדם. עמדנו על כך שבשיטתנו המשפטית הוכר חופש התנועה הן כזכות יסוד העומדת על רגליה, הן כזכות הנגזרת מהזכות לחירות, ויש אף הגורסים כי מדובר בזכות הנגזרת מכבוד האדם... חופש התנועה מוכר גם כזכות יסוד במשפט הבינלאומי וזכות זו מעוגנת בשורה של אמנות בינלאומיות... חשוב להדגיש כי בענייננו, אין מדובר בתנועה של תושבים פלסטינים באזורים בלתי מסוימים ברחבי יהודה ושומרון, אלא בגישה של התושבים לאדמות השייכות להם. בנסיבות אלה, כאשר התנועה מתבצעת במרחב פרטי, יש ליתן משקל רב במיוחד לזכות לחופש תנועה ולצמצם למינימום את המגבלות המוטלות עליה. ברור, כי יש לבחון מגבלות המוטלות על חופש התנועה במרחב הציבורי באופן שונה ממגבלות המוטלות על חופש התנועה של אדם בתוך המתחם הקשור לביתו שלו ואין דיין של הראשונות כדין של האחרונות...

הזכות לחופש העיסוק ולקניין

28. היות והעותר הינו, כאמור, הבעלים של חנות לממכר מכשירי טלפון ניידים בברטעה, מטה לחמו תלוי בקשר יומיומי עם ספקים, חנויות אחרות ואנשים בתעשיית הטלפון הסלולארית, אשר רובם ככולם מצויים בצידה השני של גדר ההפרדה. היות ואין אדם המעוניין לשאת השפלות ועיכובים על בסיס יומיומי, העותר נאלץ לצמצם את תדירות מעבריו במעבר ריחן. צמצום זה מביא לפגיעה בעבודתו ובהכנסותיו של העותר וכך נפגעות זכויות היסוד שלו לחופש העיסוק ולקניין.

29. כאמור, המשיב, כרשות מינהלית, נושא בתרמילו את עקרונות היסוד של המשפט הישראלי בכל פעולותיו, ובתוך כך את עקרון היסוד של חופש העיסוק, אשר הוכר כזכות יסוד בחוק יסוד: חופש העיסוק:

טעם נוסף... נמצא בזכות היסוד של חופש העיסוק, שהוכרה בפסיקת בית משפט זה עוד בטרם חקיקתו של חוק יסוד: חופש העיסוק...

למשפט הישראלי אין אמנם תחולה ישירה באזור, אך בית משפט זה מחיל את עקרונות היסוד שלו על המפקד הצבאי באזור ועל פיקודיו מכוח הסמכות הפרסונלית, בהיותם נמנים על רשויות המדינה ופועלים שם בשרותה... ממש כמו שהוא מחיל עליהם את כללי המשפט המינהלי.

בג"ץ 3940/92 ג'ראר נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד מז(3) 298, 304.

30. זכות האדם לקניין הוכרה אף היא כזכות יסוד במשפט הישראלי. סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע: "אין פוגעים בקנינו של אדם."

על גדר ההפרדה, מרחב התפר והעתירות בעניינם

31. הפגיעה בזכויותיו של העותר הינה תוצאה ישירה של הקמת גדר ההפרדה החוצצת בין ביתו של העותר לבין מרבית השטח הכבוש, הנמצא ממזרח לגדר ההפרדה.

32. כנגד הקמת גדר ההפרדה הוגשו לבית משפט נכבד זה מספר רב של עתירות. עניינה של העתירה דנא אינו גדר ההפרדה עצמה. עניינה של העתירה הינו הפגיעות בזכויותיו של העותר בהן הוא נתקל בכל פעם שהוא מנסה לעבור מצד אחד של גדר ההפרדה אל צידה השני.

33. בפסק הדין בעניין ג'יוס, אמר בית משפט נכבד זה כך (בסעיף 32 לפסק דינו):

במסגרת החובה להגן על זכויותיהם של תושבי האזור, **על המפקד הצבאי להתחשב בפגיעה העשויה להיגרם בזכויותיהם של התושבים המוגנים** - הן אלה שאדמותיהם מופקעות לשם בניית הגדר, הן אלה שהגדר חוצצת בינם לבין אדמותיהם **והן אלה אשר הגדר מקשה על גישתם אל הערים הגדולות הסמוכות לכפריהם, אשר בהן ניתנים להם שירותי בריאות, חינוך, דת, תעסוקה וכיוצא באלה...** בהקשר זה יודגש, כי זכויות האדם של התושבים המקומיים כוללות את מיגוון זכויות האדם. כך, למשל, קובע סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית (Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons Geneva, in Time of War, 1949, להלן: אמנת ג'נבה הרביעית) כי התושבים המוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם. כן קובע הסעיף כי היחס אליהם יהא תמיד אנושי, והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשי אלימות, איומים באלימות, ומפני עלבונות. וכל זאת, בכפוף לאיזונים הנדרשים אל מול זכויות מתחרות של בני אדם אחרים או אל מול אינטרסים ציבוריים. בדומה, קובע סעיף 46 לאמנת האג הרביעית משנת 1907 (Convention Hague 1907 Respecting the Laws and Customs of War on Land, (IV), להלן: אמנת האג) כי יש לכבד את זכויותיהם של התושבים המקומיים לחיים, כבוד, חופש דת ופולחן, חיי משפחה וכן קניין פרטי. זכות הקניין והיחס כלפי רכוש פרטי של התושבים המקומיים מעוגנים ומוגנים גם על-ידי סעיפים 23(g) ו-52 לאמנת האג, וכן בסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית.

משטר ההיתרים

34. העתירות שהוגשו בעניין תוואי גדר ההפרדה לא עסקו, ככלל, בשאלה האם, לאחר בניית הגדר, יצטרכו התושבים הפלסטינים המעוניינים להיכנס למרחב התפר להצטייד בהיתר כדי לעשות כן, מה תהיה הפרוצדורה להשגת ההיתר וכיו"ב.

35. בעתירות משטר ההיתרים העלו העותרים את הדרישה כי תבוטל ההכרזה בדבר היות מרחב התפר שטח צבאי סגור וכי יבוטלו הצווים שהותקנו מכוחה המחייבים תושבים פלסטינים המעוניינים להיכנס למרחב התפר, להצטייד בהיתרי כניסה. בעתירות אלו, אשר הראשונה שבהן הוגשה כאמור בשנת 2003, עדיין לא נתן בית המשפט הנכבד פסק דין.

36. לאור כל האמור לעיל, יהיה מעניין לראות מה כתבו המשיבים בעתירות משטר ההיתרים בנוגע למעבר ירחן. בהודעה מעדכנת של המשיבים, אשר הוגשה לבית משפט נכבד זה ביום 25.5.2009, נכתב כך:

מהלכים שנקטו מאז הגשת כתב התשובה לשם שיפור הסדרי הכניסה למרחב תפר

שדרוג ואזרוח מעבר ריחן

47. בסעיף 147 לכתב התשובה צויין, כי נבחנת האפשרות לאזרח חלק מן השערים במרחב התפר.
48. בחודש מאי 2007 נערך שינוי משמעותי, כאשר שודרג ואזרוח מעבר ריחן. במסגרת מהלך זה הוחלט, כי המעבר, אשר מצוי במרחק של כ-4.3 ק"מ מברטעה המזרחית, ישמש את תושבי הכפרים ברטעה, אום-ריחן וכן כמה כפרים נוספים במרחב התפר, לשם כניסה לתחומי יהודה ושומרון.
49. למהלך זה חשיבות מיוחדת, וזאת נוכח העובדה שבברטעה המזרחית מתגוררים, כאמור, רובם של תושבי מרחב התפר.

ובהמשך:

52. מעבר ריחן נותן מענה ראוי לצרכי התושבים על-ידי מתן שירות בסטנדרטים גבוהים, וזאת באמצעות שימוש בטכנולוגיות מתקדמות, המקלות על הליכי הבידוק במעבר.
53. בהקשר זה, יצוין, כי במעבר ריחן קיימות עמדות בידוק משוכללות עבור הולכי רגל ועבור כלי רכב, אשר נועדו לקצר את תהליך הבידוק ולהקל עליו. כך, למשל, בחודש אפריל 2008 נכנסה לשימוש במעבר מערכת לבדיקת אדם (להלן: מב"א), המאפשרת בידוק ביטחוני ברמה גבוהה, באמצעות גלי רדיו בלבד.
54. מעת כניסתה של מערכת מב"א לפעולה, צומצם, באופן ניכר, הצורך לבידוק פרטני בחדרי בדיקה. עם זאת, יודגש, כי אף עובר לשימוש במערכת, הקפידו הבודקים על מתן תנאים מיטביים בחדרי הבדיקה, בכפוף למגבלות ביטחוניות מחויבות המציאות; וכן הקפידו על כך שבידוק ביטחוני פרטני לגברים ולנשים נעשה בחדרים נפרדים, זולת מקרים בהם ישנם קשרי משפחה בין הנבדקים, ובכפוף להסכמת האישה.
37. **למותר לציין כי העותר חולק על האמור בהודעת המשיבים לעיל וכי האמור בהודעה אינו תואם את ניסיונו האישי.**

האיסור על גיוס משתפי-פעולה מקרב בני האוכלוסייה המוגנת

38. כפי שתואר בסעיף 11 לעיל, העותר נתבקש לשתף פעולה עם השב"כ. הקשיים בהם נתקל העותר בעת מעברו במעבר ריחן, התחילו לאחר שהעותר סירב לשתף פעולה עם השב"כ ולעותר נאמר כי העיכובים וההשפלות אותם הוא עובר הינם בהנחיה של השב"כ.
39. הדרישה לשתוף פעולה מנוגדת למשפט הבינלאומי. כך למשל סעיף 31 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה קובע כי "אין להשתמש כלפי מוגנים בשום כפייה גופנית או מוסרית, ובפרט לשם השגת ידיעות מהם או מצד שלישי" על פי סעיף 147 לאותה אמנה, הפרה של האיסור הקבוע בסעיף 31, מהווה הפרה חמורה של האמנה. הפרה חמורה של האמנה, על פי סעיף 146, מחייבת את הצד לאמנה "לחפש את האנשים שלפי הטענה ביצעו - או ציוו לבצע - את ההפרות החמורות האלה, ויעמיד אנשים כאלה לדין בפני בתי המשפט שלו ללא התחשבות באזרחותם." גם לפי סעיף 44 לאמנת האג 1907

"אסור לצד להכריח אוכלוסיית שטח כבוש לספק ידיעות על צבא הצד הלוחם השני או על אמצעי-הגנתו."

40. בית משפט נכבד זה כבר פסק, ונראה כי הדברים יפים, באנלוגיה, גם למקרה שלפנינו, כי:

באיזון בין שיקולים נוגדים אלה, ידו של מי על העליונה? לדעתי, **ידם של השיקולים האוסרים על הצבא לעשות שימוש בתושב מקומי על העליונה**... עקרון בסיסי העובר כחוט השני בדיני התפיסה הלוחמתית הוא האיסור על שימוש בתושבים מוגנים כחלק מהמאמץ המלחמתי של הצבא התופס. אין לנצל את האוכלוסיה האזרחית לצרכיו הצבאיים של הצבא התופס... אין "לנדב" אותם לשיתוף פעולה עם הצבא... **כן נגזר מעקרון זה איסור השימוש בכפיה (גופנית או מוסרית) כלפי אנשים מוגנים לשם השגת ידיעות.**

בג"ץ 3799/02 **עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל**, טרם פורסם, 6.10.2005, סעיף 24 לפסק הדין.

סיכום

41. המשיב פוגע בזכויות יסוד של העותר.
42. לעותר ישנה זכות לעבור במעבר ריחן, בעת מעברו מחלק אחד של השטח הכבוש למשנהו, מבלי להיתקל בפגיעות והשפלות.
43. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי, כמבוקש בראש העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיב להפוך את הצו על-תנאי להחלטי ולחייב את המשיב בהוצאות העותרים ושכ"ט עורך דין.
44. כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד **לקבוע את העתירה לדיון במועד המוקדם ביותר האפשרי ולקצוב זמן קצר ביותר לתגובת המשיב**. זאת הן לאור הנזק היומיומי לעותר, הן משום שהניסיון מלמד שלעיתים, לאחר הגשת התגובה, מתייתר הצורך בדיון בעתירה לגופא.
45. עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד בגדה המערבית ונשלח למוקד להגנת הפרט בפקס, לאחר תיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת יפוי הכוח שאף הוא ניתן בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין באי כוחו.

ט' אלול תש"ע
19 אוגוסט 2010

ידין עילם, עו"ד
ב"כ העותרים