

4. עמותת גישה - מרכז לשמירה על הזכות לנוע (ע"ר)

ע"י ב"כ עוה"ד סיגי בן ארי; מונא חדאד
אסנת כהן ליפשיץ; מוריה פרידמן שריר;
מ"גישה - מרכז לשמירה על הזכות לנוע"
רחוב הרכבת 42 תל אביב, 67770
טלפון: 03-6244120; פקס: 03-6244130
דוא"ל: info@gisha.org

העותרות

- נגד -

1. מתאם פעולות הממשלה בשטחים
2. מנהלת תיאום וקישור לרצועת עזה
3. המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)
רחוב מח"ל 7, מעלות דפנה, ירושלים.
ת.ד. 49333, מיקוד: 9149301.
טלפון: 02-5419555; פקס: 02-6468053
דוא"ל: DA-JER-civil@justice.gov.il

המשיבים

תגובת העותרים לתגובת המשיבים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 31.3.2019, מוגשת בזו תגובת העותרים לתגובה
המקדמית מטעם המשיבים כדלקמן:

בקשת העותרת עומדת בקריטריונים שנקבעו במסגרת מדיניות הבידול

1. המשיבים בתגובתם טוענים באריכות בנוגע למדיניות הבידול בין רצועת עזה לגדה המערבית אשר אושרה על ידי בתי המשפט. יודגש, כי הגם שהעותרת 4 מתנגדת למדיניות זו ולא אחת מבקשת לאתגר את היבטיה השונים בבתי המשפט, הרי שהעתירה דן אינה עוסקת במדיניות הבידול. בקשת העותרת, כמפורט בס' 18-19 לכתב העתירה, עומדת בקריטריונים שקבעו המשיבים עצמם, במסגרת מדיניות הבידול, למעבר מעזה לגדה המערבית כך שמותר מעברם של בעלי מען רשום בגדה מרצועת עזה לגדה המערבית לצורך מגורי קבע. זאת בהתאם למתחייב ע"פ דיני המשפט הבינלאומי, כמפורט בס' 21-35 לכתב העתירה.
2. עוד טוענים המשיבים כי המשמעות של מתן אפשרות לעותרת לשוב לגדה היא "פגיעה משמעותית במדיניות הבידול בין האזורים ובטעמים הביטחוניים העומדים בבסיסה" (ס' 40 וטענה דומה עולה גם בס' 34). ואולם, כאמור, בקשת העותרת היא במסגרת הקריטריונים

הצרים שקבעו המשיבים ואשר, לטעמם הם, נותנים מענה לסיכונים הביטחוניים הנטענים. ודוק: **המעבר המבוקש הוא חד פעמי** וקשה להבין כיצד אישורה של נסיעה חד כיוונית של שעות ספורות בשטח מדינת ישראל, במסגרת הקריטריונים, תוכל להוות "פגיעה משמעותית במדיניות הבידול". זאת ועוד, **כנגד העותרת לא עמדה, ולא עומדת טענה ביטחונית כלשהי ומעברה הקריטריוני לגדה בוודאי שלא יהווה סיכון ביטחוני.**

3. באשר לטענת המשיבים בס' 32 לתגובתם, כי העותרת אוחזת במקל בשני קצותיו, הרי שמדובר בטענה שגויה ומטעה. בעתירות המוזכרות שהוגשו אף הן ע"י העותרת 4 (בג"ץ 751/18 ובג"ץ 8530/18) מדובר על עותרים, בעלי מען רשום בגדה, המתגוררים ברצועת עזה ומבקשים לבקר אצל קרוב חולה בגדה המערבית, בהתאם לקריטריונים שקבעו המשיבים למעבר מעזה לגדה. טענת המשיבים לא ברורה כלל בהקשר זה, שהרי הן העותרים בעתירות שצוינו לעיל והן העותרת בעתירה דנן, שמען כולם רשום בגדה המערבית, **פנו למשיבים בבקשה לעבור לגדה בהתאם לסטטוס ההרשאות למעבר מרצועת עזה לגדה המערבית** וכל הבקשות התבקשו במסגרת הקריטריונים הקבועים בו. שהרי, כל עוד מתגורר אדם ברצועת עזה (ולא משנה מהי כתובתו הרשומה) הוא יפנה את בקשותיו למשיבים בהתאם לקריטריונים ליציאה מעזה ועל כן, מדובר באחיזה בקצה אחד של המקל.

העותרת היא אדם מוגן וכללי המשפט הבינלאומי מחייבים את המשיבים בכל הנוגע לחזרתה לגדה

4. ראשית ייאמר כי טענת המשיבים שהעותרת אינה אדם מוגן בהתאם לאמנת ג'נבה הרביעית בשל היותה, נכון להיום, מחוץ לשטח הכבוש היא שגויה, שלא לומר אבסורדית ומוטב היה שלא נטענה כלל. העותרים חוזרים ומפנים לכל האמור בסעיפים 21-35 לעתירתם, ובנוסף יבהירו עמדתם להלן.

5. ראשית, טענת המשיבים מאיינת את ס' 49 לאמנת ג'נבה ממשמעותו. נזכיר כי אנו עוסקים בעותרת אשר חיה כל חייה בגדה המערבית, שם נמצאים ביתה ומשפחתה הגרעינית. לאחר שהייה של כשנתיים ברצועת עזה היא מבקשת לחזור לגדה המערבית יחד עם בנותיה לצורך מגורי קבע והמשיבים שוללים ממנה את האפשרות לעשות זאת ומאלצים אותה להישאר ברצועת עזה בעל כורחה. אין ספק כי התנהלות זו מהווה העברה בכפייה לצמיתות של העותרת ממולדתה ועל כן מהווה הפרה של ס' 49 לאמנת ג'נבה הרביעית.

6. שהרי מה משמעותה של העברה בכפייה אם לא נכללת בגדרה גם **מניעת חזרתו של אדם לתוך השטח הכבוש לאחר שיצא ממנו?** היעלה על הדעת כי אדם מוגן שיצא מתוך השטח הכבוש, למקום זה או אחר, למטרה כזו או אחרת, לתקופה בת ימים אחדים או לתקופה ממושכת, תיאסר חזרתו אל אותו שטח משום שהוא חדל להיות "אזרח מוגן" ולכוח הכובש אין כל חובה משפטית כלפיו? האם אכן מבקשים המשיבים לטעון כי ניתן למנוע את חזרתו לגדה המערבית של כל תושב מוגן שיצא משטחי הגדה? ברי כי מדובר בטענה שהיא שגויה, אבסורדית ומרחיקת לכת, המרוקנת מכל תוכן את סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, משחקת לידי הכוח הכובש וחוטאת לבסיס ההגנות הקבועות באמנה. בהתאם, יציאתה של העותרת מתחום הגדה אין משמעותו כי היא מאבדת את זכויותיה וההגנות הנתונות לה במשפט הבינלאומי כאדם מוגן. בוודאי לא את הזכות לחזור להתגורר בשטח הכבוש.

7. מעבר לנדרש יצוין כי אף הפסקה השניה של ס' 49 – הקובעת כי המעצמה הכובשת רשאית לקבל על עצמה פינוי שלם או חלקי של אזור מסוים "אם בטחון או שיקולי הכרח צבאיים ידרשו זאת", זאת כאשר האנשים שפנו באופן זה יוחזרו לבתיהם מיד עם תום פעולות האיבה באותו שטח – מחזק את הפרשנות הברורה מאליה שצוינה לעיל, שהרי אילו ההגנה מפני הרחקה בכפייה היתה תמה כאשר המוגנים אינם נמצאים עוד בשטח הכבוש הרי שלא היה כל צורך להבטיח את חזרתם.
8. כמפורט בעתירה, סעיף 49(1) לאמנת ג'נבה הוא בעל תחולה רחבה ביותר, והאיסורים המעוגנים בו מהווים חלק מהמשפט הבינלאומי ההומניטארי המחייבים את המפקד הצבאי בכל פעולותיו ובקביעת מדיניותו (להרחבה בעניין זה ראו: Margalit, A., & Hibbin, S. (2010). *Unlawful Presence of Protected Persons in Occupied Territory? An Analysis of Israel's Permit Regime and Expulsions from the West Bank under the Law of Occupation. Yearbook of International Humanitarian Law, 13*, 245-282). מתגובת המשיבים עולה כי אף הם אינם מכחישים את תחולתו של הסעיף בגדה המערבית, כמו גם את תחולת סעיף 8 לאמנה (הקובע כי מוגנים אינם רשאים לוותר על זכויותיהם מכח האמנה), אך נותנים לו, כמוסבר לעיל, פרשנות מעוותת ומופרכת.
9. יודגש כי אף אם יצאה העותרת מהגדה המערבית לעזה מרצון ומבחירה (דבר שהעותרים כאמור כופרים בו), כפי שיוצאים לחו"ל רבים מתושביה המוגנים של הגדה המערבית, הרי העובדה שהמשיבים **מסרבים לחזרתה לגדה** מהווה העברה בכפייה בניגוד לס' 49 לאמנה.
10. זאת ועוד. המשיבים טוענים, שוב באופן שגוי ומעוות, כי העותרת אינה אדם מוגן בהתאם לסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית. ואולם, אדם מוגן מוגדר בסעיף 4 כדלקמן:

"Persons protected by the Convention are those who, at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals."

11. ברי כי העותרת אכן עונה על הגדרה זו שהרי היא מבקשת לחזור למולדתה בתוך השטח הכבוש כך ש**ברגע נתון** זה ("at a given moment") היא ניצבת נוכח מדיניות הכוח הכובש ו**נשלטת על ידי** ("in the hands of") אותה מדיניות שמחילה ישראל ככוח כובש בגדה המערבית. המפקד הצבאי אינו יכול לשלול את המעמד של אדם מוגן או להתנותו כאוות נפשו. לדבריהם של המלומדים מרגלית והיבן הנ"ל:

"If the Military Commander was able to deny the status of protected person and its attached protections to inhabitants of the occupied territory, or to make this status subject to

different conditions at his own discretion, this would make a mockery of the Convention itself."

12. לא למותר לציין כי העותרת אף נמצאת תחת שליטת ישראל נוכח שליטתה על המעברים שבין רצועת עזה לבין שטח הגדה המערבית, שליטה שאין עליה עוררין. גם מנסיבות אלה מחויבת ישראל מכוח המשפט הבינלאומי לכבד ולהגן על אותן זכויות האדם המושפעות משליטתה (ראו: Aeyal Gross, *Rethinking Occupation: The Functional Approach*, Opinio Juris (Apr. 23, 2012); ארגון הצלב האדום אף הוא אימץ גישה זו הרלוונטית למעמדה של רצועת עזה בדוח "International Humanitarian Law and The Challenges of Contemporary Armed Conflict" מאוקטובר 2015, בקישור: [https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2015/11/2015-ICRC-Report-\(IHL-and-Challenges-of-Armed-Conflicts\).pdf](https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2015/11/2015-ICRC-Report-(IHL-and-Challenges-of-Armed-Conflicts).pdf)).

13. זאת ועוד, מבלי לפגוע באי אילו מטענות העותרים לעיל, המשיבים מחויבים כלפי העותרת גם מכוח תקנה 43 לתקנות האג, המשקפת משפט בינלאומי מנהגי החל על המשיבים ואשר המשיבים עצמם מפנים אליה בצורה חסרה (סעיף 34 לתגובתם), המטילה על המדינה הכובשת, באמצעות המפקד הצבאי, את החובה לכבד ולטפח את החיים האזרחיים ולדאוג באופן פוזיטיבי לצרכיה של האוכלוסייה האזרחית. כפי שנקבע זה מכבר, תקנה 43 היא רחבה ואינה חלה רק על מי שהם בבחינת "תושבים מוגנים", אלא "על כלל האוכלוסייה הנמצאת בתחומי האזור הנתון" (בג"ץ 2150/07 **אבו צפיה נ' שר הביטחון** (29.12.2009)). "החובה להבטיח את הסדר והחיים התקינים משתרעת על נסיבות "אזרחיות" רב גוניות, כגון נסיבות כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות... וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם" (בג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאונה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקדת כוחות הצבא**, פ"ד לז' (4) 785 (1983)). מכוח חובה זו לשמור על חיים תקינים על כל היבטיהם, הרי שמניעת חזרתה של העותרת לביתה הנמצא בגדה, מהווה הפרה בוטה של חובת המשיבים.

14. בנוסף על כך, אמנות רבות מעגנות את זכותו של אדם לחזור לביתו ולמולדתו ומטילות איסור על שלילת זכות זו. כך סעיף 13(2) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם ("כל אדם זכאי לעזוב כל ארץ, לרבות ארצו ולחזור אל ארצו") וסעיף 12(4) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ("לא תישלל באורח שרירותי מאיש הזכות להיכנס לארצו הוא").

מבחן עובדתי של מרכז חיים אינו רלוונטי לבקשת העותרת

15. טוענים המשיבים בס' 27 לתגובתם כי מבחינה עובדתית העותרת היא תושבת רצועת עזה (ס' 27) וכי מרכז חייה ברצועת עזה (ס' 33) ועל כן לא מוטלת עליהם החובה המשפטית לאפשר את מעברה לגדה. **ראשית** יאמר, כי בחינה עובדתית, או בחינה של מרכז חיים **אינם** תנאים הקבועים בנהלי המשיבים המאפשרים מעבר מעזה לגדה לצורך מגורי קבע למי שמענו רשום בגדה והמשיבים אינם יכולים באחת להוסיף תנאים המשרתים את עמדתם בניגוד לנהלים הכתובים ובניגוד לפרקטיקה הנוהגת על ידיהם בבקשות ממין זה. אצל העותרים מצויות דוגמאות רבות להיתרים למעבר מעזה לבגדה לצורך מגורי קבע שנתנו המשיבים לבעלי מען

רשום בגדה אשר התגוררו רוב חייהם בעזה, חלקם אף נולדו בה. זוהי ראייה לכך שהמשיבים עצמם אינם רואים במבחן של מרכז חיים כרלוונטי לבחינת בקשה כבקשתה של העותרת (וזאת בהלימה לכללי המשפט הבינלאומי) ואף לא קבעו כך בהנהליהם. **שנית**, מבחינה עובדתית של מרכז החיים של העותרת עולה ההיפך הגמור. היינו, העותרת היא תושבת הגדה המערבית, שהרי היא נולדה בה וחייה בה כל חייה, למעט כשנתיים במהלכן מתגוררת בעזה.

שאלת הרצון החופשי

16. המשיבים טוענים שוב ושוב כי העותרת עברה והשתקעה ברצועת עזה "מרצונה החופשי" (ס' 28, 39), ו"מבחירה חופשית" להעתיק את חייה באופן מוחלט ושאינו מוגבל בזמן (ס' 37). המשיבים מתעלמים מכך שלעותרת לא היתה אפשרות, נוכח מדיניותם, לקיים חיי משפחה עם בן זוגה בגדה המערבית (ואף לא לבקר אותו בעזה כפי שהם מציינים בס' 21 לתגובתם). לכן מעברה לרצועת עזה הוא תולדה של כפייה ושל חוסר אפשרות מכוונת על ידי מדיניות ישראל לקיים חיי משפחה במולדתה.

17. זאת ועוד. לא ברור על סמך מה טוענים המשיבים כי לעותרת היתה "ידיעה ברורה וגלויה על משמעות העתקת חייה" (ס' 29) וכי "הודע לה" (ס' 30) כי רק טעמים הומניטאריים חריגים יאפשרו את חזרתה לגדה וכי המסמך עליו חתמה "מבסס מודעות" כי התושב המבקש השתקעות ברצועת עזה מבין את המשמעות של צעד זה (ס' 39). העותרים יחזרו שוב על מה שצוין בעתירה בפירוט: לא ניתן להבין באופן חד משמעי מנוסח ההתחייבות כי העותרת מבינה שהיא מוותרת על זכותה לחזור לגדה ומהי משמעות הוויתור, במיוחד כאשר הדבר לא הוסבר לה והחתמתה על המסמך לא נעשתה בפני נציג של המשיבים. למרות זאת טוענים המשיבים בעלמא כי העותרת הבינה והיתה מודעת למשמעות חתימתה.

18. זאת ועוד. העובדה כי העותרת רשמה את בנותיה כבעלות מען גדה (אף את העותרת 3 אשר נולדה בעזה לאחר המעבר לרצועה), יש בה בכדי להעיד כי העותרת חשבה על אפשרות של חזרה לגדה בשלב כזה או אחר ולא הבינה כלל את משמעות שמייחסים המשיבים לחתימתה על התחייבות.

לאור כל הנאמר לעיל ובכתב העתירה מתבקש בית בית המשפט הנכבד להורות למשיבים **לאשר את בקשת העותרות 1-3, אם ובנותיה הקטינות, שמענן הרשום הוא בגדה, לחזור מרצועת עזה לגדה המערבית לצורך מגורי קבע.**

היום, 2.4.2019

ב"כ העותרות,


סיגי בן ארי, עו"ד


מונא חדאד, עו"ד

