

- העותרים:
1. חוסין עבד עיד זואהרה
 2. נג'אח סעיד עיד זואהרה
 3. הנד חוסין עבד זואהרה
 4. האלה חוסין עבד זואהרה (קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 1 ו-2)
 5. חולה חוסין עבד זואהרה (קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 1 ו-2)
 6. עבד אלעזיז חוסין עבד זואהרה (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 1 ו-2)
 7. סונדוס חוסין עבד זואהרה (קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 1 ו-2)
 8. אלא'א חוסין עבד זואהרה (קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 1 ו-2)

 9. היתם חוסין עבד זואהרה
 10. סנאא אחמד סעיד זואהרה

 11. דיפה מוחמד עלי זואהרה

 12. ח'ליל עיסא אבראהים אלחמידי
 13. אמנה ח'ליל עלי אלחמידי
 14. בהאא ח'ליל עיסא אלחמידי (קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 12 ו-13)
 15. ראמי ח'ליל עיסא אלחמידי (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 12 ו-13)
 16. מוחמד ח'ליל עיסא אלחמידי (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 12 ו-13)
 17. יאסמין ח'ליל עיסא אלחמידי (קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 12 ו-13)
 18. ורוד ח'ליל עיסא אלחמידי (קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 12 ו-13)
 19. לינא ח'ליל עיסא אלחמידי (קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 12 ו-13)

 20. סעיד עיד מוחמד זואהרה
 21. פאטמה אבראהים מוחמד זואהרה
 22. סאמיה סעיד עיד זואהרה
 23. דלאל סעיד עיד זואהרה

24. אחמד סעיד עיד זואהרה
25. פאטמה ח'ליל עלי זואהרה
26. סוסן אחמד סעיד זואהרה
27. נדא אחמד סעיד זואהרה (קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 24 ו-25)
28. נאדיה אחמד סעיד זואהרה (קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 24 ו-25)
29. דעאא אחמד סעיד זואהרה (קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 24 ו-25)
30. מוחמד אחמד סעיד זואהרה (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 24 ו-25)
31. ואיל אחמד סעיד זואהרה (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 24 ו-25)
32. אסאמה אחמד סעיד זואהרה (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 24 ו-25)
33. עיד סעיד עיד זואהרה
34. חנאן ח'דר עיד זואהרה
35. פראס עיד סעיד זואהרה (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 33 ו-34)
36. אחמד עיד סעיד זואהרה (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 33 ו-34)
37. הנאדי עיד סעיד זואהרה (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 33 ו-34)
38. היא עיד סעיד זואהרה (קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 33 ו-34)
39. פאטמה עיד סעיד זואהרה (קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 33 ו-34)
40. היפא עיד סעיד זואהרה (קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 33 ו-34)
41. חאלד סעיד עיד זואהרה
42. אימאן סלימאן מוחמד זואהרה
43. סעיד חאלד סעיד זואהרה (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 41 ו-42)
44. ראניא חאלד סעיד זואהרה (קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 41 ו-42)
45. אסעד חאלד סעיד זואהרה (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 41 ו-42)
46. סאיד חאלד סעיד זואהרה (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 41 ו-42)
47. בסאם סעיד עיד זואהרה
48. זובידה עאיד עיד זואהרה
49. עבד אלרחמאן בסאם סעיד זואהרה (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 47 ו-48)

כולם ע"י ב"כ עוה"ד עודד פלר ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר
ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה
מרגלית ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס ו/או
סוניה בולוס ו/או לימור יהודה ו/או עאזם בשארה

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154

טל': 5608185 - 03 ; פקס: 5608165 - 03

- נ ג ד -

המשיבים: 1. ראש הממשלה

2. שר הביטחון

3. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון

4. שר הפנים

באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנית אל המשיבים, והמורה להם לבוא וליתן טעם כדלקמן:

1. מדוע לא תפורק גדר ההפרדה באזור אוס אל-עצאפיר, המפרידה בין תושבי המובלעת, שבה מתגוררים העותרים, לבין הגדה המערבית;
2. לחלופין, מדוע לא יוקנו לעותרים רישיונות לישיבת קבע בישראל.

מבוא, בקשה לדיון דחוף ובקשה לאיחוד דיון עם בג"ץ 1285/06

עתירה זו יוצאת נגד תוואי גדר ההפרדה באזור אום אל-עצאפיר, הנמצא דרומית לשכונת הר חומה בירושלים. עם סיום בניית גדר ההפרדה הפכה ח'רבת אום אל-עצאפיר למובלעת המכותרת מכל עבריה. העותרים, בני משפחת זואהרה-אלחמיד, נושאי תעודות זהות פלסטיניות, כלואים במובלעת החסומה מצדה האחד על-ידי גדר ומצדה השני על-ידי שכונת הר חומה, שבשטח המוניציפאלי של ירושלים.

העותרים יכולים להיכנס ולצאת מבתיהם, המצויים בשטח שסופח למדינת ישראל בשנת 1967 אל עיר המחוז, בית סאחור, ולשוב אל בתיהם, רק בכפוף להיתרי שהייה זמניים, המונפקים במנהלת התיאום והקישור בבית לחם.

תצלום אוויר של המובלעת ושל תוואי הגדר מצ"ב ומסומן ע/1. תוואי הגדר, הבולט על גבי התצלום בצבע חום, מתפתל ממערב למזרח. מדרום לו העיר בית לחם והעיירה בית סאחור, ומצפון לו - הר חומה. בתי העותרים, המסומנים בעיגול אדום, הם מצפון לגדר ומדרום להר חומה.

בחינה של תוואי הגדר באזור מעלה, כי המשיבים כלל לא שקלו את הפגיעות בתושבי המובלעת כתוצאה מבניית הגדר בתוואי הנבחר, ומכל מקום לא איזנו כראוי את צרכי הביטחון באזור עם צרכיה של האוכלוסייה המקומית. זאת ועוד, המשיבים לא בחנו תוואי חלופי, שיתיר את בתיהם של העותרים בשטח הגדה המערבית, וימנע את ניתוקם המוחלט ממרכז חייהם בבית סאחור.

גדר ההפרדה הפכה את חייהם של בני משפחת זואהרה-אלחמיד בלתי נסבלים. העותרים מתגוררים בשטח שסופח למדינת ישראל ללא מעמד וללא זכויות, בעוד נגישותם למרכז חייהם בבית סאחור כמעט שאינה אפשרית.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון דחוף בעתירה.

כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד לאחד את הדיון בעתירה זו עם העתירה בעניין מובלעת אל-וואטא (בג"צ 1285/06). שתי המובלעות קרובות זו לזו מבחינה גיאוגרפית, והרקע העובדתי בשתי העתירות דומה מאוד. העותרים בעניין אל-וואטא, כמו העותרים כאן, הינם פלסטינים המתגוררים מדרום לירושלים, בשטח שסופח לעיר בשנת 1967. מרכז חייהם של העותרים בעניין אל-וואטא הוא בבית לחם ומרכז חייהם של העותרים כאן הוא בבית סאחור הסמוכה (מובלעת אל-וואטא שוכנת מערבה למובלעת אום אל-עצאפיר). העותרים בשתי העתירות נותקו ממרכז חייהם בעקבות בניית גדר ההפרדה וסופחו דה-פקטו לישראל. הם שוהים במובלעות מכוח היתרי שהייה זמניים, שהונפקו להם על ידי שלטונות הצבא בבית לחם. על מנת להיכנס לגדה המערבית ולצאת ממנה על העותרים

בשתי העתירות להיתדפק על שערי "מעבר רחל", המחסום החדש בפאתי בית לחם. הקשיים בהם הם נתקלים מאז הוקמה הגדר, והפגיעה האנושה בזכויותיהם – משותפים לתושבי שתי המובלעות.

העתירה בבג"ץ 1285/06 הוגשה ביום 9.2.2006. עוד באותו היום החליטה כב' השופטת חיות, כי העתירה תידון בפני הרכב בהקדם, וכי המשיבים יגישו תגובתם לעתירה שבעה ימים לפני מועד הדיון שייקבע.

בשתי העתירות מתבקשים סעדים זהים; בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על פירוק גדר ההפרדה באיזור המובלעות, ולחלופין - להורות על הקניית רישיונות לישיבת קבע לעותרים. העותרים בשתי העתירות מיוצגים על ידי האגודה לזכויות האזרח בישראל, והטענות המשפטיות בשתי העתירות זהות זו לזו. הבעיה העקרונית המשותפת העולה בשתי העתירות, הרקע העובדתי הדומה, הסעדים הזהים, המבוקשים בשתי העתירות, ייצוגם המשותף של העותרים כולם והמסגרת המשפטית האחת - מצדיקים קיומו של דיון משותף בעתירות. איחוד הדיון בעתירות עולה בקנה אחד עם הצורך למקד ולמצות את ההתדיינות המשפטית באופן האפקטיבי והיעיל ביותר.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על איחוד הדיון בעתירות.

בקשה לצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו ביניים, המורה למשיב 3, ליתן בידי העותרים היתרים בלתי מוגבלים בזמן לשהייה בישראל, המאפשרים כניסה לבית סאחור ויציאה ממנה אף בעת סגר על השטחים, וזאת עד להכרעה בעתירה. כן מבוקש כי בהיתרים יירשם, כי העותרים מתגוררים בשכונת הר חומה (ולא בבית סאחור).

כמפורט בהרחבה רבה בעתירה, בעקבות בניית גדר ההפרדה נכלאו העותרים, פלסטינים נושאי תעודות זהות פלסטיניות, תושבי אום אל-עצאפיר מאז סוף שנות הארבעים, בבתיים, שבתחומה המוניציפאלי של העיר ירושלים. הם נותקו מעירם בית סאחור, וחייהם הוכפפו למשטר של היתרים, הניתנים לשלושה חודשים בכל פעם.

על מנת שהעותרים יוכלו להמשיך ולשהות בבתיים ללא חשש שיגורשו מהם, ועל מנת שיוכלו לצאת אל עירם בית סאחור לצורך עבודה, לימודים, קבלת שירותים רפואיים, עריכת קניות ועוד, על העותרים לבקש לחדש את ההיתרים מדי שלושה חודשים. היתרים אלה ממילא אינם מועילים להם שעה שעל השטחים מוטל סגר.

בעתירה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על פירוק הגדר באיזור המובלעת, סעד שיאפשר לעותרים לשוב ולחבור לבית סאחור. לחלופין מתבקש בית המשפט הנכבד להורות ליתן רישיונות לישיבת קבע לעותרים, ולהשלים את חיבורם לישראל.

עד להכרעה בעתירה יש להבטיח ששגרת חייהם של העותרים תישמר. הגבלת ההיתרים בזמן מגבילה את תנועתם של העותרים לשרירות שבחידושם, וכופה על העותרים ארעיות והעדר בטחון באשר להמשך שהותם בבתייהם ובאשר ליכולתם לשמור על פרנסתם.

מאחר שהעותרים מתגוררים בבתייהם שלהם באופן קבוע (מהם הם יוצאים לעמל יומם, ללימודים, לביקור קרובים, לרכישת מצרכים ולבדיקות רפואיות, ואליהם הם חוזרים), ומאחר שממילא ניתנים להם היתרים, מאזן הנוחות מצווה כמו מעצמו, כי ההיתרים שיינתנו לעותרים יהיו קבועים, ויאפשרו להם לנוע בחופשיות ללא ההטרדה שבתחינה על חידושם מעת לעת.

זאת ועוד, כמפורט בהרחבה בעתירה, הרישום בהיתרים, לפיו העותרים מתגוררים בבית סאחור, מקשה עליהם מאוד, שעה שהם פוגשים בשוטרי מגיב. הללו מסיקים שהעותרים מתגוררים בפועל בבית סאחור, ועל כן מסרבים לאפשר להם לשהות בתחומי המובלעת או לנוע בתחומי הר חומה, ולא אחת ארע שגרשו מי מהם לתחומי הגדה. משום כך, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב 3 לרשום בהיתרים, שיינתנו לעותרים, כי הם מתגוררים בהר חומה.

הרקע העובדתי

הצדדים לעתירה

1. העותרים, בני משפחת זוואהרה-אלחמידי, הם תושבי חירבת אום אל-עצאפיר, הסמוכה לבית סאחור. השכונה מצויה דרומית לשכונת הר חומה וסופחה לירושלים בשנת 1967.
2. המשיבים 1 ו-2 הם ראש ממשלת ישראל ושר הבטחון, אשר בחודש יוני 2002 הוסמכו על-ידי ממשלת ישראל לקבוע את תוואי גדר ההפרדה.
3. המשיב 3 הינו המפקד הצבאי בגדה המערבית, האחראי הן על הביטחון והן על מרקם החיים האזרחיים בשטחים הכבושים, ומוסמך, בין היתר, ליתן היתרי כניסה ושהייה בישראל לפלסטינים.
4. המשיב 4, שר הפנים, מוסמך ליתן רישיונות לישיבת קבע בישראל.

אום אל-עצאפיר ובני משפחת זוואהרה-אלחמידי

5. מאז סוף שנות הארבעים של המאה הקודמת, מתגוררת משפחת זוואהרה-אלחמידי בח'רבת אום אל-עצאפיר. מקורה של המשפחה באזור העיר העתיקה בירושלים. בשנת 1948 רכשו קרקעות בבית סאחור ובנו במקום בית. בשנת 1958 בנו בית נוסף. בני המשפחה מתגוררים בשני המבנים, הסמוכים זה לזה.
- העתקי תצלומי אוויר של אום אל-עצאפיר משנת 1967 ומשנת 1998, עליהם נראה מתחם הבתים של משפחת זוואהרה-אלחמידי, מצ"ב ומסומנים ע/2 ו-ע/3.
6. העותרים הם בנו, נכדיו, ניניו ובני ניניו של עיד זוואהרה. הם מתקיימים ממלאכת כפיים. הגברים הם פועלים, ועיקר עבודתם בבניין. העותר 47 הוא רועה צאן. נשות המשפחה עובדות במשק הבית. הילדים לומדים בבית הספר בבית סאחור.
7. העותרת 11, דיפה, היא אלמנתו של עבד, שהיה בנו של עיד.
8. העותר 1, חוסין, הוא בנם של דיפה ושל עבד. העותרת 2, נגי'אח, היא אשתו (ובתו של סעיד, העותר 20). לחוסין ולנגי'אח 7 ילדים. העותרים 3 - 7 הם תלמידים בבית ספר. העותרת 8, תינוקת בת שלוש, סובלת מאז לידתה ממוגבלות פיזית והתפתחותית קשה.
9. העותר 9, בנם של העותרים 1 ו-2, היתם, נשוי, לעותרת 10, סנא (בתם של העותרים 24 ו-25).
10. העותר 12, חיליל, הוא נכדו של עיד (אימו, חוסין, היתה בתו של עיד). העותרת 13, אמנה, היא אשתו. לחיליל ולאמנה 6 ילדים קטינים, העותרים 14 - 19, כולם תלמידים בבית הספר בבית סאחור.
11. העותר 20, סעיד, הוא בנו של עיד. סעיד בן 69, וכאמור אינו עובד כיום. העותרת 21, פאטמה, היא אשתו. לסעיד ולפאטמה 8 ילדים בוגרים. 7 מהם, העותרים 2, 22, 23, 24,

33, 41 ו-47 כלולים בעתירה זו (בתם, סמיחה, המתגוררת בבית לחם, אינה כלולה בעתירה).

12. העותרות 22 ו-23, סאמיה ודלאל, הן בנותיהם הבגירות של העותרים 20 ו-21, המתגוררות עימם. העותרת 23 לומדת בבית סאחור.

13. העותר 24, אחמד, בנם של העותרים 20 ו-21, נשוי לעותרת 25, פאטמה. לאחמד ולפאטמה 8 ילדים. כאמור, העותרת 10, סנאא, בגירה ונשואה לעותר 9 (בנם של העותרים 1 ו-2). העותרים 26 - 31 הם תלמידי בית ספר. העותר 32 הוא תינוק בן שנתיים.

14. העותר 33, עיד, בנם של העותרים 20 ו-21, נשוי לעותרת 34, חנאן. לעיד ולחנאן 6 ילדים קטינים. העותרים 35 ו-37 - 39 הם תלמידי בית ספר. העותר 36 סובל מבעיות מוטוריות ואינו לומד. העותרת 40 היא תינוקת בת יומה.

15. העותר 41, חאלד, בנם של העותרים 20 ו-21, נשוי לעותרת 42, אימאן. לחאלד ולאימאן 4 ילדים קטינים. העותרים 43 ו-44 הם תלמידי בית ספר. העותר 45 הוא בן חמש, והעותר 46 הוא בן שנתיים.

16. העותר 47, בסאם, בנם של העותרים 20 ו-21, נשוי לעותרת 48, זובידה. העותר 49, עבד, בן שנה וחצי, הוא בנם. לידתו של העותר 49 לא נרשמה מעולם, ואין לו מספר מזהה.

17. בשנת 1967, לאחר מלחמת ששת הימים, סופחו אדמות ח'רבת אום אל-עצאפיר לירושלים, ומאז שוכן היישוב בתחום השיפוט המוניציפאלי של עיריית ירושלים. סמוך לאחר מכן נערך מפקד אוכלוסין במזרח ירושלים. בני המשפחה, שמרכז חייהם היה בבית סאחור, לא התפקדו במפקד ולא רכשו מעמד של קבע בישראל. בני המשפחה התפקדו בבית לחם וקיבלו תעודות זיהוי פלסטיניות.

18. אף שבתיהם של העותרים סופחו לירושלים, רשויות השלטון במדינת ישראל מתעלמות מהם. בתיהם של העותרים סמוכים מאוד לבית סאחור, ועד להתחלת עבודות בניית שכונת הר חומה במחצית השניה של שנות התשעים, היו מרוחקים מן השכונות שנבנו

בשטח שסופח לירושלים. עיריית ירושלים מעולם לא שלחה לעותרים חשבונות ארנונה לתשלום, וממילא מעולם לא סיפקה להם שירותים מוניציפאליים.

ביום 4.9.2003 התפרסם סיפורם של בני המשפחה בעיתון "הארץ" (עמירה הס, "קילומטר וחצי מארץ אסורה"). לשאלת העיתון השיבה עיריית ירושלים, כי שכונת אום אל-עצאפיר ובני המשפחה אינם מוכרים לה. העתק הכתבה מצ"ב ומסומן ע/4.

19. עד להקמת גדר ההפרדה קיבלו בני המשפחה את כל השירותים החיוניים, להם הם זקוקים, מבית סאחור ומן היישובים הפלסטינים הסמוכים. הם רכשו מזון ומצרכים בבית סאחור, והעיירה סיפקה להם מים. חלק מבני המשפחה מחזיקים בביטוח בריאות של הרשות הפלסטינית, ושירותי בריאות ניתנים להם בבית החולים בבית ג'אלה. ילדיהם לומדים בבית סאחור. הגברים עובדים בבית סאחור, בבית לחם וביישובים הפלסטינים הסמוכים, ומדי פעם - בירושלים.

הקמת גדר ההפרדה

20. עד ראשית שנות האלפיים נכנסו העותרים לגדה המערבית ושוו לבתיהם באופן חופשי. בין בתי העותרים לבית סאחור חיבר כביש עפר. ברשות בני המשפחה היו שלוש מכוניות, הנושאות לוחיות רישוי פלסטיניות, ועימן התנהלו בחופשיות מבתיהם לבית סאחור, ובחזרה. הנסיעה מבתי העותרים לבית סאחור נמשכה דקות ספורות, והליכה ברגל לאורך כביש העפר – כרבע שעה.

21. ביום 23.6.2002 אישרה הממשלה את הקמת גדר ההפרדה באיזור "עוטף ירושלים". סמוך לאחר מכן החלו עבודות חפירה ובניית גדר להפרדת בית סאחור מירושלים.

22. כביש העפר שבין בתי העותרים לבית סאחור נחסם באבנים. הצינור, שהוביל מים מבית סאחור לבתי העותרים - נותק. מכשול ההפרדה נמתח ממערב למזרח, וחצה בין בתי העותרים לבין בית סאחור; בתי העותרים - מצפון, בית סאחור - מדרום, ובתו וך - שוחות, גדרות ותיל. בניית גדר ההפרדה הסתיימה בשנת 2003 והעותרים נותקו מבית סאחור כליל.

פגיעת תוואי הגדר בעותרים

23. עם העבודות לבניית הגדר חדלו להיות מובנות מאליהן שהייתם של העותרים בבתיהם, כל שכן כניסתם ירושלים. במהלך חודש יוני 2003 הגיע לבתי העותרים קצין מג"ב, ולאחר שערך חיפוש בבתיים, אסף את תעודות הזהות של העותרים 1, 12, 24 ו-33, וביקש מהם להתלוות אליו למחסו 300, הסמוך לבית לחם, לצורך בירור מעמדם. העותרים המתונו שעה ארוכה במחסום. לאחר חקירתם, הודיעו להם השוטרים, כי בתיים נמצאים בשטח מדינת ישראל והורו להם לעזוב את בתיים לאלתר.

24. כך לפתע, ללא היתרי שהייה, הפכו שהייתם של העותרים בבתיים וכניסה לירושלים אסורות. כפי שיפורט בהמשך, רק בעקבות פניות חוזרות ונשנות של האגודה לזכויות האזרח בישראל (להלן – האגודה לזכויות האזרח או האגודה), הונפקו לעותרים היתרי כניסה לישראל, שתוקפם יפה לשלושה חודשים בכל פעם. בהיתרים מצויין, כי העותרים מתגוררים בבית סאחור, וכי הם רשאים להיכנס לירושלים וללון בה למטרת "צרכים אישיים". הם אינם רשאים לנהוג ברכב בישראל ואינם רשאים לעבוד בישראל.

העתק היתר שניתן לעותר 1 מצ"ב ומסומן ע/5.

25. למותר לציין, כי ההיתרים אינם מחודשים באופן אוטומטי. כפי שיפורט בהמשך, בחודש מאי 2004, כמו גם בחודש יולי 2004 ובחודש מאי 2005, כשפקעו ההיתרים שבידי העותרים 1 ו-12, סרב המת"ק להאריכם. ללא היתרים לא יכולים היו העותרים 1 ו-12 לצאת את בתיים מחשש שיעצרו, וודאי שלא יכולים היו לצאת אל הגדה ולשוב ממנה לבתיים. העותר 1, שלשולחנו סמוכו ת 8 נפשות, והעותר 12, שלשולחנו סמוכו ת 7 נפשות, רותקו משך שבועות ארוכים לביתם והושבתו ממלאכה. רק בעקבות התערבות האגודה לזכויות האזרח – בכל אותם מקרים – חודשו ההיתרים.

26. בתקופות שבין היתר להיתר ובזמן שהשטחים מצויים תחת עוצר ("סגר") העותרים מרותקים לבתיים. כך, למשל, בתקופת חגי תשרי בשנה האחרונה (תשס"ו, 2005), הוטל כמדי שנה עוצר על השטחים. בהעדר אפשרות להיכנס לשטחים ולצאת מהם יצא העותר 12 לקנות לחם במכולת בהר חומה. בדרך נעצר על-ידי שוטרי מג"ב. העותר 12 הציג בפניהם את ההיתר והסביר היכן הוא מתגורר, ואולם השוטרים הבהירו לו שבהיתר כתוב שהוא מתגורר בבית סאחור, וכי ההיתר אינו יכול לסייע לו לשהות בישראל בעת עוצר על השטחים. העותר 12 נלקח ברכב המשטרתי, וננטש סמוך למחסום בבית לחם. הוא נאלץ לשוב ברגל לביתו. ימים מספר לאחר מכן שוב נעצר העותר 12 על ידי שוטרי מג"ב, והפעם בדרכו לעבודה בשטחים. העותר הבהיר שעליו להגיע לעבודה, ואולם

השוטרים אמרו לו, כי על השטחים הוטל עוצר, והורו לו לשוב לביתו. מאוחר יותר באותו היום ניסה העותר 12 לצאת שוב לעבודה, ואולם גם הפעם נעצר על ידי שוטרי מג"ב. הפעם נלקח ברכב המשטרה למחסום 300, הסמוך לבית לחם. העותר 12 שב והבהיר, כי עליו להתפרנס. הוא נכלא במחסום משך שעה ארוכה, ורק לאחר שהתקשר לארגון "הצלב האדום" שוחרר לשוב ברגל לביתו.

27. אף בתקופות שאינן תקופות של עוצר אין בהיתרים למנוע התנכלויות של שוטרי מג"ב. כך, למשל, בחודש דצמבר 2005 נעצר העותר 47, רועה צאן, על-ידי שוטרי מג"ב בעת שהיה במרעה. העותר 47 הציג בפניהם את ההיתר, ואולם השוטרים הודיעו לו שעליו להתלוות אליהם. הכבשים הופקרו בשטח, והעותר 47 נלקח למחסום בבית לחם לצורך "ביור". מן השעה עשר בבוקר ועד לשעה שתיים בצהריים נאלץ העותר 47 להמתין, כך סתם, ללא שום תכלית, עד ששוחרר לשוב ברגל לחפש את הצאן.

28. ככל שלעותרים אפשרות מוגבלת להיכנס לשטחים ולצאת מהם (ונעמוד על כך מיד), הרי שנגישות פלסטינים אחרים אל המובלעת מן השטחים בלתי אפשרית. קרוביהם של העותרים, המתגוררים בשטחים, אינם רשאים להיכנס לתחומי המובלעת.

29. לעותרים עומדת אפשרות אחת בלבד להיכנס לתחומי הגדה המערבית ולעירם בית סאחור: דרך "מעבר רחל" – מסוף שהחליף ביום 15.11.2005 את מחסום 300. "מעבר רחל" מרוחק מרחק חמישה קילומטרים מאום אל-עצאפיר. על העותרים להזמין מונית "ספיישל" מבית צפאפא על מנת שתוביל אותם למסוף. מחיר הנסיעה במונית למסוף הוא 50 ₪. מחיר הנסיעה מן המסוף לתחומי העיר בית לחם לאחר המעבר - 10 ₪. לבית סאחור - 15 ₪. עלות הנסיעה לבית סאחור, אם כן, מגיעה לכ-65 ₪ (בכיוון אחד).

30. כאמור, עד להקמת הגדר חיבר כביש עפר בין אום אל-עצאפיר לבין בית סאחור. הנסיעה מבתי העותרים לבית סאחור נמשכה דקות ספורות, והליכה ברגל לאורך כביש העפר – כרבע שעה. כיום, על מנת להגיע בזמן לעבודה וללימודים, על העותרים להשכים קום, וגם בכל אין להבטיח שיגיעו בזמן. רק בהגיעם למסוף מתברר לעותרים האם כוחות הבטחון מתירים באותו היום לעבור במסוף. בדרך כלל המעבר מותר, ואולם מדי פעם (כך, למשל, ביום 24.7.2005, ולאחרונה ביום 12.12.2005), ללא הודעה מוקדמת, המעבר נסגר, והעותרים נאלצים לסוב על עקבותיהם ולשוב כלעומת שבאו. ביום שכזה הם מושבתים מעבודה ומלימודים.

31. אם המעבר מותר על העותרים להמתין בתור. לאחר המתנה נערכת בדיקת תעודות זהות. לאחריה – בדיקה לגילוי מתכות. לאחר מכן אפשר להיכנס לבית לחם. משך המתנה במסוף משתנה מפעם לפעם – מדקות לשעות. אם התור ארוך והבדיקות נמשכות יש להמתין בתור הצפוף, בחוץ, בעמידה, חשופים לפגעי מזג האוויר ולשרירות ליבם של השוטרים ושל החיילים. כך, למשל, ביום 8.2.2006 הגיעו העותרים 1 ו-2 עם בתם, העותרת 8, תינוקת בת שלוש, הסובלת מאז לידתה ממוגבלות פיזית והתפתחותית קשה, ל"מעבר רחל". הפעוטה אינה יכולה לעמוד או לשבת ויש לשאת אותה. במקום השתרך תור, והקור היה מצמית. העותר 1 ביקש מן החיילים לאפשר לבתו להיכנס פנימה, לתוך המתקן, או לאפשר להם לעבור עימה במונית. החיילים סרבו. העותר 1 נאלץ לאמץ אליו את הפעוטה משך דקות ארוכות עד שהתאפשרה הכניסה.

32. כדי לשוב יש לנסוע במונית חזרה אל המסוף. הבדיקות ביציאה מבית לחם קפדניות יותר. בשלב הראשון יש להמתין משך זמן לא ידוע בתור לבדיקת תעודות זהות. מי שעבר את הבדיקה עובר דרך שער חשמלי במעבר צר החסום מכל עבריו. שוטרת ישראלית צופה בו דרך חלון זכוכית ממגן, ועורכת תשאול באמצעות מערכת כריזה. לאחר התשאול נפתח שער שני, והנבדק עובר למסלול בו מצלמים אותו ועורכים בדיקה לגילוי מתכות. לאחר הבדיקה הזו נפתח שער שלישי. הנבדק מוסר את כל הציוד שברשותו ובכיסיו לבדיקה באמצעות מכונת שיקוף. אם הבדיקה עברה בהצלחה עובר הנבדק שער רביעי. בשלב זה נבדקים פרטיו במסוף המחשב. אם במסוף המחשב או על גבי אישור הכניסה לישראל מצויין שיש מניעה, על הנבדק להמתין לאישור. ההמתנה נמשכת בין עשרים דקות למספר שעות. יש להמתין בעמידה. אין במקום כסא או ספסל, ואסור להישען. לאחר קבלת האישור יוצאים מן המסוף ויש להזמין מונית כדי לשוב עימה הביתה. כך מדי יום.

עוד על "מעבר רחל": טלי חרותי-סובר, "תיירים מושפלים כמו פלסטינים", 7.12.2005, ynet.
העתק הכתבה מצ"ב ומסומן ע/6.

33. על משמעותה של "מניעה" יעיד סיפורו של העותר 12. במהלך חודש ינואר 2006 בדרכו חזרה לביתו כמדי יום הגיע העותר 12 ל"מעבר רחל". בשלב הבדיקה הודיעו לעותר 12, שיש "מניעה", ושלא יוכל לעבור. גם הפעם נאלץ העותר 12 להזעיק את אנשי "הצלב האדום", ורק בהתערבותם ולאחר שעתיים של המתנה במחסום הותר לו לשוב לביתו.

34. פרנסה, לימודים, שירותי בריאות, תפילה, פגישה עם קרובים ועם מכרים – כל אלה הפכו משימות מורכבות, מתישות ויקרות. על העותרים להשכים קום מדי יום, להסתמך על חשבונם על שירותי מוניות, לעמוד במחסומים ולייחל לאפשרות שיותר להם להיכנס לגדה. כך גם בדרך חזרה לבתיהם מן הגדה. כך, כאמור, מדי יום.

35. מדינת ישראל אינה מספקת שירותי חירום לאום אל-עצאפיר, ואף שירותי חירום פלסטינים אינם יכולים להגיע אל המובלעת. העותרים, שאינם מבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי בישראל, אינם זכאים לשירותי חירום רפואיים מישראל. כניסת אמבולנס פלסטיני מן השטחים מצריכה אישור המינהל האזרחי ותיאום. משכך, העותרים אינם יכולים לקבל מענה רפואי מייד.

36. לא רק שירותי חירום נמנעים מן העותרים. כיוון שהם נאלצים להסתמך מדי יום על שירותי מוניות יקרים גם טיפול רפואי יומיומי הפך בלתי אפשרי. כאמור, העותרת 8 הפעוטה סובלת מאז לידתה ממוגבלות פיזית והתפתחותית קשה. היא זקוקה לטפולים שיקומיים מתמשכים ותכופים. משום עלויות הנסיעה היומיומיות לבית לחם ובחזרה לצורך הטיפולים נאלצה אימה, העותרת 2, לעקור עימה מן המובלעת במהלך שנת 2003, והשתיים עברו להתגורר אצל קרובים בגדה. מצב דברים זה לא החזיק לאורך זמן. לעותרת 2 ילדים נוספים, והיא נאלצה לשוב אל המובלעת. הטיפול השיקומי של העותרת 8 הופסק.

37. ואכן, לבד מן ההגבלה החריפה על תנועתם של העותרים, המתקיימים ממילא בצמצום רב, השיתה עליהם הגדר עלויות, שאין ביכולתם לעמוד בהן. מרבית הגברים הם פועלים, המשתכרים בדוחק. נסיעה לגדה ובחזרה במחיר של 130 ₪, אינה מצדיקה פעמים רבות יציאה לעבודה.

38. העותרים אף אינם יכולים לשלוח את ילדיהם במספר מוניות מדי יום לבית הספר ובחזרה. תחילה עשו העותרים מאמצים שכאלה, ואולם כספם אזל. הגדר כפתה על הילדים טרנספר של ממש. הילדים, הלומדים בבית ספר בבית סאחור, נאלצו לעזוב את הבית, ובחודשים האחרונים הם מפוזרים אצל קרוביהם בבית סאחור ובבית לחם, רחוקים מהוריהם. הם חוזרים הביתה לביקורים בלבד.

39. משום עלויות הנסיעה העותרים חדלו להתפלל בבית סאחור והם מתפללים בביתם.

40. העותרים חדלו לקנות מצרכים בבית סאחור, שכן ממילא הם אינם יכולים להעבירם במחסום. העברת מצרכים מן הגדה דרך "מעבר רחל" אסורה. כאשר ניסה העותר 1 להעביר עגבניות ולחם שרכש בגדה, הוחרמו המצרכים ב"מעבר רחל". על העותרים לרכוש מצרכים בהר חומה, שם מחירים גבוה בעשרות אחוזים ממחירים בגדה.

41. עיריית ירושלים אינה מספקת לעותרים מים. עד להקמת הגדר סופקו לעותרים מים זורמים באמצעות צינור שנמתח מבית סאחור. עם הקמת הגדר הצינור נותק. אספקת המים הזורמים לבתי העותרים פסקה. הם אוגרים מי גשמים בבאר שנחפרה בחצרם.

42. חופש התנועה, הזכות לפרנסה, הזכות לבריאות, הזכות לחינוך, הזכות לחיי משפחה, חופש הפולחן והכבוד – כבוד האדם – כל אלה הוקרבו על מזבח הגדר. שגרת חייהם של העותרים נרמסה. הגדר דנה אותם לחיי גטו בלתי נסבלים.

המגעים עם המשיבים

43. ביום 12.6.2003 פנה מר פיראס עלמי מהאגודה לזכויות האזרח לאל"מ שלמה פוליטיס, היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון, בבקשה לאפשר גישה חופשית של העותרים, תושבי אום אל-עצאפיר, אל עירם, בית סאחור. הפנייה, כמו גם פניות תזכורת מיום 15.6.2003 ומיום 17.6.2003, לא נענו. מר עלאמי פנה שוב ושוב באמצעות הטלפון ללשכתו של אל"מ פוליטיס בבקשה להשיב לפניות, ואולם ללא הועיל. גם פניותיה של עו"ד פאטמה אלעג'ו לאל"מ פוליטיס בעניין זה מיום 16.7.2003 ומיום 18.8.2003 לא נענו.

העתק הפנייה מיום 12.6.2003 מצ"ב ומסומן ע/7.

העתק הפנייה מיום 16.7.2003 מצ"ב ומסומן ע/8.

העתק הפנייה מיום 18.8.2003 מצ"ב ומסומן ע/9.

44. ביום 9.9.2003 פנתה עו"ד אלעג'ו לאל"מ פוליטיס שוב. ביום 22.9.2003 התקבלה תשובתו של רס"ן גיל לימון ממשדד היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון. בתשובה נטען, כי העותרים מתגוררים בשטח המוניציפאלי של עיריית ירושלים ללא היתר כדון,

ולפיכך עליהם לפנות למשרד הפנים על מנת להסדיר את עניינם. רס"ן לימון הוסיף, כי לעותרים הונפקו היתרי מעבר זמניים כדי לאפשר להם להסדיר את מעמדם בישראל.

העתק מכתבה של עו"ד אל עג'ז מיום 9.9.2003 מצ"ב ומסומן ע/10.

העתק תשובתו של רס"ן לימון מיום 22.9.2003 מצ"ב ומסומן ע/11.

45. עו"ד אלעג'ז השיבה לרס"ן לימון בי ום 23.10.2003, ושבה והעמידה אותו על כך, שהעותרים מקבלים את כל השירותים להם הם נזקקים מבית סאחור ולא מירושלים, ובמכתבו לא ניתן כל מענה לבעייתם של העותרים. רס"ן לימון לא השיב.

העתק המכתב מיום 23.10.2003 מצ"ב ומסומן ע/12.

46. ביום 5.5.2004 פנתה עו"ד אלעג'ז לרס"ן לימון בעניין סירוב המת"ק לחדש את ההיתר לעותר 1, וביום 18.7.2004 פנתה לאל"מ יאיר לוטשטיין, שהחליף את אל"מ פוליטיס בתפקידו, בעניין חידוש היתר השהייה של העותר 12. הפניות לא נענו.

העתקי הפניות מצ"ב ומסומנים ע/13 ו-ע/14.

47. משלא חודשו ההיתרים של העותרים 12, 21 ו-25 שבה ופנתה עו"ד אלעג'ז לרס"ן לימון ביום 21.11.2004. ביום 23.11.2004 אף שוחחה עימו אודות פנייתה, והעבירה אליו שוב את הדברים בכתב. בעקבות זאת חודשו ההיתרים.

העתק הפנייה מיום 21.11.2004 מצ"ב ומסומן ע/15.

העתק הפנייה מיום 23.11.2004 מצ"ב ומסומן ע/16.

48. בי ום 6.2.2005 פנתה עו"ד אלעג'ז לעו"ד דניאל סלומון, היועץ המשפטי למינהל האוכלוסין במשרד הפנים, בבקשה להסדיר את מעמדם בישראל של תושבי חירבת אום אל-עצאפיר. הפנייה לא נענתה.

העתק הפנייה מיום 6.2.2005 מצ"ב ומסומן ע/17.

49. ביום 22.5.2005 פנתה עו"ד אלעג'ו לקמ"א סנדרה אופינקרו, רמ"ד מרשם אוכלוסין במינהל האזרחי, בבקשה לחדש את ההיתרים של העותרים 1 ו-12. ביום 10.7.2005 השיבה קמ"א אופינקרו, כי ההיתרים חודשו. בפועל לא נמסרו לעותרים היתרים חדשים עד לחודש אוגוסט 2005.

העתק הפנייה מיום 22.5.2005 מצ"ב ומסומן ע/18.

העתק התשובה מיום 10.7.2005 מצ"ב ומסומן ע/19.

50. ביום 15.8.2005 פנתה עו"ד אלעג'ו לגב' אסנת מנדל, מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, בבקשה לפרק את הגדר באזור ח'רבת אום אל-עצאפיר, ולחלופין – להקנות לתושבי האזור רישיונות לישיבת קבע בישראל. במכתבה עמדה עו"ד אלעג'ו על הפגיעות החמורות בתושבים, וגוללה את מסכת הפניות למשיבים. הפנייה לא נענתה.

העתק הפנייה מיום 15.8.2005 מצ"ב ומסומן ע/20.

51. ביום 7.11.2005 פנה הח"מ לגב' מנדל שוב, בבקשה להשיב למכתבה של עו"ד אלעג'ו. במכתבו הוסיף הח"מ, כי המשיבים מתבקשים להחליף את ההיתרים שבידי העותרים, וליתן בידיהם היתרים המאפשרים להם לעבוד בישראל, עליהם יירשם, כי העותרים מתגוררים בהר חומה, וזאת על מנת שתתאפשר כניסתם לבתיהם ולישראל גם בתוקפת סגר. במכתבו העלה הח"מ הצעה לפתרון חלופי, במקום שינוי תוואי הגדר; הכשרת שביל בין המובלעת לבין בית סאחור ופתיחת שער בגדר, אשר יאפשר מעבר קבוע של הולכי רגל ושל כלי רכב ונסיעה מן המובלעת לבית סאחור. ביום 9.11.2005 העבירה גב' מנדל את מכתבו של הח"מ לרס"ן לימון.

העתק הפנייה מיום 7.11.2005 מצ"ב ומסומן ע/21.

העתק מכתבה של גב' מנדל והעתק המכתב הנלווה לו מצ"ב ומסומנים ע/22 ו-ע/23.

52. בעקבות המכתב יצר משרדו של מר אהרן צברי, עוזר ראש "מנהלת קשת צבעים", האחראית להקמת גדר ההפרדה בגדה המערבית, קשר עם האגודה לזכויות האזרח, ונקבע סיור במובלעת ליום 29.11.2005. הסיור נדחה, ובסופו של דבר לא התקיים כלל. במקום זאת התקבלו במשרדי האגודה שני מכתבים כמעט זהים זה לזה מסרן חמוטל שמש, מלשכת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון; האחד מיום 7.12.2005 והשני

מיום 21.12.2005. בתשובות נטען, כי הפגיעה בחופש התנועה של העותרים "אינה כה גדולה" ואינה בלתי מידתית.

העתקי המכתבים מצ"ב ומסומנים ע/24 ו-ע/25.

הטיעון המשפטי

פירוק הגדר באזור ח'רבת אום אל-עצאפיר

53. גדר ההפרדה בתוואי הנוכחי פוגעת פגישה אנושה ונמשכת בעותרים. העותרים מתגוררים בשטח שסופח למדינת ישראל ללא מעמד וללא זכויות. נגישותם למרכז חייהם בבית סאחור הפכה כמעט בלתי אפשרית. הגדר הפכה את אזור מגוריהם של העותרים לגטו וכפתה עליהם חיים בלתי נסבלים. פגיעות אלה אסורות הן על-פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, הן על-פי משפט זכויות האדם הבינלאומי והן על-פי המשפט הישראלי.

54. המשפט הבינלאומי אינו מכיר בסיפוח מזרח ירושלים על-ידי מדינת ישראל ורואה במזרח ירושלים שטח כבוש. בהתאם לכך חלים דיני התפיסה הלוחמתית על השטח שנכבש וסופח לירושלים, ובתוכו אזור ח'רבת אום אל-עצאפיר. תושבי האזור הם תושבים מוגנים (על כך, למצער, אין מחלוקת – גם המשיבים רואים בהם כאלה). כתושבים מוגנים מוטלת על המשיבים חובה להגן על זכויותיהם של העותרים הן מתוקף חובות פרטניות, המעוגנות במשפט הבינלאומי ההומניטארי (אמנת ג'נבה הרביעית) (להלן – **אמנת ג'נבה**) ותקנות האג, והן מתוקף חובתו הכללית של המשיב 3 לשמור על הסדר והחיים הציבוריים, המעוגנת בתקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה משנת 1907. הפסיקה פרשה את חובתו הפוזיטיבית של המשיב 3 ככזו המחייבת אותו לדאוג לזכויותיהם ולאיכות חייהם של תושבי השטח הכבוש (ר' : בג"צ 393/82 אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 798-797; בג"צ 202/81 טביב נ' שר הבטחון, פ"ד לו(2) 622, 629; בג"צ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו(5) 1, 6; בג"צ 493, 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 309 - 310). כמפורט בהרחבה בפרק העובדתי, תוואי הגדר באזור אום אל-עצאפיר מפר את חובת המשיב 3 לשמור על זכויותיהם ועל אורח חייהם התקין של תושבי אום אל-עצאפיר.

55. החלת הדין הישראלי באזור על-ידי מדינת ישראל אינה ממעטת מן ההגנות שמעניק הדין הבינלאומי ההומניטארי. ככל שמדינת ישראל מבקשת לראות באזור ובתושביו חלק מישראל, הרי שהיא בוחרת להחיל על האזור ועל תושביו נדבכים נוספים של הגנה נורטיבית, שאינם נופלים בעוצמתם מן הדין הבינלאומי ההומניטארי. הדין הישראלי נושא בציקלונו הגנות חוקתיות משלו ואת מחוייבויותיה של ישראל על-פי הוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי. מכאן שהחלתו של הדין הישראלי באזור, ככל שמדינת ישראל עומדת על החלתו על האזור ועל תושביו, מחילה לשיטתה שלה את זכויות היסוד המעוגנות בדין הישראלי ואת מחוייבויותיה של ישראל על-פי משפט זכויות האדם הבינלאומי.

56. שעה שאין סתירה ממשית בין הוראות החוק הישראלי לבין המשפט הבינלאומי – המשפט ההומניטארי ומשפט זכויות האדם – יש לפעול בדרך שמתיישבת עם המשפט הבינלאומי (ר' : יורם דינשטיין המשפט הבינלאומי והמדינה (שוקן, ואוניברסיטת תל-אביב, 1971) 46; בג"צ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (פסק דין מיום 15.9.2005), פסקה 74 לפסק דינו של הנשיא ברק (להלן – עניין מראעבה)). כפי שנראה להלן, אין בדין הישראלי חובה או זכות המתנגשות עם הוראות הדין הבינלאומי, והמתירות פגיעה אנושה כל כך בזכויותיהם של העותרים.

57. כל מערכות הדינים החלות או מוחלות באזור מצביעות על כך שהפגיעה בעותרים אסורה. הגדר פוגעת פגיעה קשה בשורה של זכויות המוגנות הן על-ידי המשפט הבינלאומי – המשפט ההומניטארי ומשפט זכויות האדם – והן על-ידי המשפט הישראלי החוקתי:

1. **בחופש התנועה של העותרים** (ר' סעיף 13 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם משנת 1948; סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966; בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1; בג"צ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 472, 456;

2. **בזכותם לפרנסה, ובנגזרתה – בזכותם לקיום בכבוד** (ר' סעיף 39 לאמנת ג'נבה; סעיפים 6, 7 ו-11 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966; דנג"צ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ"ד(5) 330, 381; רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו

פ"ד נה(3) 573, 630; בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום לשלום
וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם);

3. **בזכותם לחינוך** (ר' סעיף 50 לאמנת גינבה; סעיף 13 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות; בג"צ 4363/00 ועד פוריה עילית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203; בג"צ 667/03 אבו גנאם נ' משרד החינוך (טרם פורסם, סעיף 6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה); בג"צ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון-לציון נ' שרת החינוך, התרבות והספורט (טרם פורסם, סעיף 4 לפסק דינה של השופטת ביניש);

4. **בזכותם לבריאות** (ר' סעיף 141) לפרוטוקול I לאמנת גינבה; סעיף 55 לאמנת גינבה; סעיף 25(1) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם; סעיף 28 לאמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989; סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות; בג"צ 332/87 בן שלמה נ' שר הפנים, פ"ד מג(3) 353, 356; סעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו);

5. **בזכותם לחיי משפחה ולקשר עם בני משפחתם הקרובים שבמובלעת ובגדה** (ר' סעיף 27 לאמנת גינבה בדבר הגנת אזרחים בימי המלחמה; סעיף 46 לאמנת האג משנת 1907; סעיף 23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; ע"א 7155/96 פלונגי נ' היועמ"ש, פ"ד נא(1) 160, 175; בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 782).

58. מקורן של כל הפגיעות כולן בהגבלה החריפה כל כך על חירות תנועתם של העותרים.

בבג"צ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל (טרם פורסם; להלן – עניין עיריית בית לחם), קבע בית המשפט ארבעה מבחני משנה לבחינת עוצמת הפגיעה בחירות התנועה. על-פי מבחנים אלה יש לבדוק את: (א) היקפה הגיאוגרפי של ההגבלה; (ב) מידת האינטנסיביות של ההגבלה; (ג) משך ההגבלה על פני ציר הזמן; (ד) והאינטרסים שלשם מימושם נדרש חופש התנועה. יישומם של המבחנים בעניינו מלמד על עוצמתה הרבה של הפגיעה:

1. בחינת היקפה הגיאוגרפי של הפגיעה בענייננו מעלה, כי מדובר בפגיעה קשה ביותר. תושבי מובלעת אום אל-עצאפיר יכולים לנוע בחופשיות בתחומי המובלעת בלבד. יציאתם מן המובלעת לירושלים וכניסתם חזרה למובלעת מבית לחם כפופה להיתרים זמניים ולמעבר מוגדר, דרכו התנועה מוגבלת.

2. ההגבלה כמעט מוחלטת. בעניין עיריית בית לחם קבע בית המשפט, כי "לעניין הערכת עוצמת הפגיעה בגדר ההפרדה, יש להביא בחשבון שיקולים כגון כמותם ומיקומם של שערי יציאה ומעברים מתוכננים בגדר, המרחק בינם לבין מקום מגוריהם ועבודתם של תושבי המקום, ונוחות ומהירות המעבר באותם שערים ומעברים." (פסקה 17 לפסק הדין). העותרים יכולים לצאת לבית לחם רק ברגל, באמצעות מעבר "מעבר רחל" בלבד.

3. משך ההגבלה אינו ידוע. ברי, כי גדר ההפרדה אינה תופעה זמנית, ודומה, כי הגבלת התנועה תימשך ללא הגבלה.

4. האינטרסים שלשם מימוש נדרש חופש התנועה מבהירים מעל לכל ספק כי הפגיעה בחופש התנועה הינה קיצונית בחומרתה. חופש התנועה נדרש לשם מימוש כל צורכיהם היומיומיים של תושבי המובלעות. חופש התנועה דרוש לתושבים על מנת להגיע למקום עבודתם ולמוסדות החינוך, לרכוש מצרכים, לבקר קרובים וליהנות משירותי בריאות ומשירותי חירום.

59. בבניית הגדר בתוואי הנוכחי התעלמו המשיבים כליל מזכויותיהם של העותרים ומשכך, נוסף על הפרת חובותיהם על-פי המשפט הבינלאומי ועל-פי המשפט החוקתי, נהגו בחוסר סבירות:

"...במסגרת חובתו של המפקד הצבאי להפעיל את שיקול דעתו בסבירות, עליו להביא בגדר שיקוליו גם את האינטרסים והזכויות של האוכלוסייה המקומית, לרבות את הצורך למזער את מידת הפגיעה בחופש התנועה שלה..." (עניין עיריית בית לחם, סעיף 15 לפסק הדין).

60. ואכן, בחינת תוואי גדר ההפרדה באזור אום אל-עצאפיר מעלה, כי המשיבים לא איזנו כראוי בין הצרכים הביטחוניים-צבאיים של מדינת ישראל לבין טובתה של האוכלוסייה

המקומית באזור. דומה, כי המשיבים לא שקלו כלל את הפגיעות בזכויותיהם של העותרים ואף לא ניסו למזער את הפגיעה בחופש התנועה וביתר זכויותיהם. בכך חטאו המשיבים לא רק לחובתם לנהוג בסבירות, אלא גם לחובתם לפעול באופן שהפגיעות בזכויות העותרים תהיינה מידתיות (ר' עניין מראעבה, סעיפים 110 – 116 לפסק הדין).

61. אף אם נקבל, כי תוואי הגדר מקיים את מבחן המידתיות הראשוני (מבחן הקשר הרציונאלי), על-ידי יצירת הפרדה בין דרום ירושלים לבין צפון בית סאחור (אף שהתוואי אינו מפריד בין העותרים – פלסטינים בעצמם – לבין ירושלים), הרי שהוא ודאי אינו מקיים את מבחן המידתיות השני (מבחן הפגיעה הפחותה) ואת המבחן השלישי (מידתיות במובנה הצר).

62. באשר למבחן הפגיעה הפחותה – אפשר היה להימנע מפגיעה חריפה כל כך בעותרים על-ידי הסטת תוואי הגדר עשרות מטרים צפונה לבתיהם. בטחון תושבי ישראל לא היה נפגע, ושגרת חייהם של העותרים היתה נשמרת. בתיהם של העותרים סמוכים מאוד אל הגדר ועל כן פתרון זה עודנו אפשרי. יפים לענייננו דברי בית המשפט בעניין מראעבה:

”נראה לנו כי לא הושקע המאמץ הנדרש, ולא נבחן לפרטיו תוואי חלופי שיוכל להבטיח את הביטחון, ושפגיעתו בתושבי הכפרים קטנה יותר. על המשיבים לשוב ולשקול את התוואי הקיים מחדש. עליהם לבחון האפשרות של הוצאת כפרי המובלעת, כולם או מקצתם, מחוץ לצד הישראלי של הגדר. כמובן, שינוי זה לא ניתן לעשותו בן יום, שכן הדבר מחייב הריסת הגדר הקיימת... [ו]בניית גדר חדשה...” (סעיף 114 לפסק הדין).

63. באשר למבחן המידתיות במובנה הצר (התועלת מול הנזק) – הרי שהפגיעה בזכויותיהם של תושבי המובלעת, על רקע חלופה בדמות הסטת הגדר עשרות מטרים צפונה, עולה על התועלת שבתוואי הנוכחי. יתרה מזו, בעניין בית סוריק נפסק, כי גדר ההפרדה תהיה בלתי מידתית, אם יוצג תוואי חלופי לגדר שהיתרון הביטחוני הצומח ממנו פחות אמנם מזה המובטח בתוואי שנבחר על-ידי המשיבים, ואולם הנזק הנגרם ממנו פחות בצורה משמעותית מן התוואי המקורי (בג”צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ’ ממשלת ישראל, פ”ד נח(5) 807, 841). בעניין מראעבה נפסק עוד, כי יש לבחון אם ישנו תוואי חלופי שמעניק לישראל את מידת הביטחון הנדרשת ופגיעתו במרקם החיים הפלסטיני קטנה יותר. כלומר, מקום בו תוספת הביטחון המושגת על-ידי התוואי הקיים אינה שקולה כנגד תוספת הפגיעה של התוואי הקיים יש לבחור בתוואי חלופי, בו הפגיעה מצומצמת יותר (סעיפים 115 ו-116 לפסק הדין). התוואי בו נבנתה הגדר אינו התוואי

היחיד המעניק ביטחון לישראל. הסטת הגדר עשרות מטרים צפונה, וחיבורם של העותרים חזרה לבית סאחור, לא יפגעו בביטחון תושבי מדינת ישראל במאום.

לחלופין – יש להקנות לעותרים רשיונות לישיבת קבע בישראל

64. בשנת 1967 סיפחה מדינת ישראל את ח'רבת אום אל-עצאפיר דה יורה. לסיפוח לא היתה משמעות בפועל. תושבי המובלעת נותרו כשהיו חלק מבית סאחור. רשויות המדינה התעלמו מהם. באה גדר ההפרדה בראשית שנות האלפים וסיפחה את ח'רבת אום אל-עצאפיר דה פקטו. תושבי המובלעת נותקו מבית לחם. רשויות המדינה עודן מתעלמות מהם.

65. במקום לבנות את הגדר צפונה לבתיהם של העותרים או להשלים את הסיפוח על-ידי הקניית מעמד של קבע לתושבי האזור, כלאו המשיבים את העותרים בגטו והפכו אותם שוהים שלא כדין בבתיהם שלהם. משכשלו הנסיונות להטיל על העותרים משטר של אימה (פן יגורשו מבתיהם), הטילו עליהם משטר של היתרים. לא משטר זמני עד להסדרת מעמדם, כי אם משטר בלתי מוגבל של היתרים, שיש להתחנן על חידושם מעת לעת. ההיתרים אינם מאפשרים לעותרים להחזיק בכלי רכב, ואינם מאפשרים להם לנהוג בישראל (כלומר, בסמוך לבתיהם). הם מאפשרים להם ללון כזרים בבתיהם שלהם ולצעוד ברגל מרחק קילומטרים (או לשכור שירותי מוניות) כדי להתדפק על שערי המחסום המשוכללים הסוגרים על בית לחם.

66. מדובר בתופעה, החוזרת על עצמה במספר אזורים שעל הגבול המוניציפאלי של ירושלים, תופעה עליה ממאנים המשיבים לתת דעתם. בבג"ץ 1285/06 ג'אדו נ' ראש הממשלה (שבית המשפט הנכבד מתבקש לדון בו במאוחד עם עתירה זו) הובא סיפורם של תושבי מובלעת אל-וואטא, השוכנת דרומית לגילה וסמוך לבית לחם. העותרים בעניין אל-וואטא, כמו העותרים כאן, הינם פלסטינים המתגוררים מדרום לירושלים, בשטח שסופח לעיר בשנת 1967. מרכז חייהם של העותרים בעניין אל-וואטא הוא בבית לחם. כמו העותרים כאן, גם העותרים בעניין אל-וואטא נותקו ממרכז חייהם בעקבות בניית גדר ההפרדה וסופחו דה-פקטו לישראל, אף שאין להם מעמד בה. הם שוהים במובלעת מכוח היתרי שהייה זמניים, שהונפקו להם על ידי שלטונות הצבא בבית לחם. על מנת להיכנס לגדה המערבית ולצאת ממנה נדרשים העותרים בעניין אל-וואטא, ממש כעותרים כאן, להיתדפק על שערי "מעבר רחל", המחסום החדש בפאתי בית לחם. הקשיים בהם הם נתקלים מאז הוקמה הגדר, והפגיעה האנושה בזכויותיהם – משותפים לתושבי שתי המובלעות.

67. כך ארע גם בכפר סווארחה, שרק חלקו ממוקם בתחום המוניציפאלי של ירושלים. בעניין סורחי נדונה בקשתם של בני משפחה מן הכפר לרכוש רישיונות לישיבת קבע בישראל. המערערים באותו עניין ביקשו להוכיח כי הם זכאים לרכוש רישיונות לישיבת קבע בישראל, וערעורם נגע לשאלה, האם ביתם בתחום המוניציפאלי של ירושלים והאם שהו בשטח המוניציפאלי בעת מפקד האוכלוסין בשנת 1967. בית המשפט דחה את ערעורם על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בעניין זה, וקבע, שלא עמדו בנטל להוכיח את זכאותם על-פי קריטריונים אלה. עם זאת, בסיום פסק דינו העיר הנשיא ברק:

"בערעור שלפנינו (ובשפה רפה גם בפני ערכאת הדיון), תארו המערערים את מצוקות חייהם נוכח הקמת גדר ההפרדה בסמוך לביתם. אכן, מתקבל הרושם שהמערערים נקלעו למצב קשה, בו מן הצד האחד נותקה זיקתם לכפרם ממזרח, ומצד שני נקבע שהם אינם זכאים לתושבות קבע במקום מגוריהם הנוכחי, ממערב לגדר. הנושא לא הונח בפנינו להכרעה ולכן לא נביע בו עמדה כלשהי. נציין רק שראוי למשיב כי יבחן את מצבם של המערערים ושל כמותם, במטרה למצוא הסדר הומניטרי לעניין."
(עע"מ 10811/04 סורחי נ' משרד הפנים (טרם פורסם)).

68. דברי כבוד הנשיא נפלו על אוזניים ערלות. המשיבים מקימים גטאות, איים של סיפוח, תחומים אפורים שהחיים בהם שחורים משחור, בהם מתגוררים תושבים מוגנים בבתיהם שלהם בשטח שישראל רואה בו שטחה. המשיבים אינם נכונים לשקול הקניית מעמד לעותרים, שמא מייחלים שחיהם יהפכו בלתי נסבלים כדי כך, שיעקרו מבתיהם ויעברו לגדה.

69. תוצאה זו אינה יכולה לעמוד. ככל שיימצא שלא מוטלת על המשיבים חובה לפרק את הגדר, הרי שמוטלת עליהם חובה להשלים את שהחלו על-ידי מתן רישיונות לישיבת קבע בישראל. הקביעה הנורמטיבית, כי האזור הוא חלק מירושלים, "שטח של ארץ ישראל, שבו חלים המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה", טומנת בחובה את החובה הנורמטיבית ליצור "אינטגרציה של האזור ותושביו למערכת המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה" (בג"צ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה ושר הפנים, פ"ד מב(2) 424, 429 (להלן – ענין עווד)). יש להחיל על תושבי האזור את הוראות חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, וליתן להם מעמד של קבע בישראל (עניין עווד, בעמ' 429 - 430).

70. יודגש – הסדר זה הוא הסדר חלופי, פתרון רע מאוד לגבי דידם של העותרים, פתרון של לית ברירה, בבחינת הרע במיעוטו. כל מבוקשם של העותרים הוא לשוב ולחבור לעירם

בית סאחור, המהווה מזה שנים ארוכות מרכז חייהם. ברם, אם ורק אם ימצא, כי אין אפשרות להשיב לעותרים את שגרת חייהם שגזלה מהם הגדר – חובה לתת להם מעמד של קבע בישראל.

71. ללא פירוק הגדר וללא מעמד של קבע בישראל נעדרים העותרים הגנה חוקית על כל אותן זכויות, הדורשות, במפורש או במשתמע, מסגרת חברתית-פוליטית שתספק אותן. באופן מעשי, נשללות מהם רוב זכויות האדם, אשר מניחות מסגרת כזו למימושן. בהעדר אפשרות מעשית לממש את זכויותיהם בבית לחם, יש להבטיח לעותרים חופש תנועה בישראל, זכות לתעסוקה בישראל, נגישות לשירותי חירום ולשירותים סוציאליים בישראל, זכות כניסה קבועה לישראל וחסינות מפני גירוש (ר' נעמה כרמי הגבלות על הגירה: מדיניות הגירה בתורת הצדק הליברלית חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה" (אוניברסיטת תל-אביב, 1999), 9 - 11, 66 - 67).

72. לא תהא זו אלא הכרה במציאות שכפתה הגדר:

"רישיון לשיבת קבע – להבדיל ממעשה התאזרחות – הוא ייצור כלאים. מחד גיסא הוא בעל אופי קונסטטיטוטיבי המעמיד את הזכות לשיבת קבע; מאידך גיסא הוא בעל אופי דקלרטיבי, המבטא את המציאות של ישיבת הקבע... אכן ישיבת-קבע מעצם מהותה משמעותה מציאות חיים. הרישיון, משניתן, בא ליתן תוקף חוקי למציאות זו." (עניין עונד, בעמ' 426).

73. נשוב ונזכיר, כי ישיבתה של משפחת זוואהרה-אלחמידי בחירת אום אל-עצאפיר קדמה לכיבוש הישראלי בשנת 1967. די בכך כדי לזכותם בתושבות קבע.

74. למעלה מן הצורך נציין עוד, כי ככל שמדינת ישראל רואה בהקמת גדר ההפרדה משימה לאומית "מעניינה המיוחד של המדינה" – והרי כך בדיוק רואה היא את המשימה – זכאים העותרים לקבל רישיונות לשיבת קבע חרף הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (ר' סעיף 3 לחוק).

מכל הטעמים האלה מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפכו מוחלט.

עודד פלר, עו"ד
בי"כ העותרים

22 בפברואר 2006