

העותרת:

האגודה לזכויות האזרח בישראל

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

ת"ד 34510, ירושלים 91000
טל': 02 - 6521218 ; פקס': 02 - 6521219

- נ ג ד -

המשיב:

מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

עתירה דחופה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המורה למשיב לבוא וליתן טעם כדלקמן:

- א. מדוע לא יבוטלו ההוראות על-פיהן נאסרת תנועתם של תושבי שכם, כולם או חלקם, הנמנים על קבוצות אוכלוסייה שונות, ואשר על-פיהן מוגבלים הם לתחומי העיר בלבד.
- ב. מדוע לא תבוטל ההכרזה בדבר סגירת שטח (כתר) (אזור A), מיום 3.12.2001 (קמצ"מ 196, עמ' 3075) (העתק מההכרזה מצורף ומסומן כנספח ע/1).

מבוא ובקשה לדיון דחוף

- ג. עניינה של עתירה זו בהוראות, שנתן המשיב, המקבילות להוצאתם של "צווי הגבלה" המוניים. מתן הוראות אלה ואכיפתן מביאים הלכה למעשה לשלילת חופש התנועה, ולתיחום מקומות מגוריהם ומחיייתם של עשרות אלפי בני-אדם, וזאת שלא באמצעות צו, ללא עילה פרטנית, בלא בחינה של כל מקרה לגופו וללא כל ביקורת.
- ד. על פי ההוראות, הנאכפות על-ידי כוחות הצבא בשטח, נאסרה היציאה ממתחם העיר שכם, על אנשים, הנמנים על קבוצות גיל מסוימות, המשתנות מעת לעת. המתחם הסגור כולל את העיר שכם, שלושה מחנות פליטים ו-15 כפרים הסמוכים לעיר. סך-הכל מונה אוכלוסיית מרחב זה מעל 200,000 בני אדם.

- ה. בעת האחרונה, מוטלים האיסורים על אנשים בטווח הגילאים 16-30, ולעיתים 15-35. האיסורים מוטלים תמיד על נערים וגברים, ולעיתים אף על נערות ונשים בגילאים אלה. המדובר בעשרות אלפי בני אדם שחופש התנועה שלהם נשלל.
- ו. עם כל יום שעובר, הפגיעות בתושבים כתוצאה משלילת חופש התנועה שלהם הולכות ומחמירות. אנשים מאבדים את מקומות עבודתם, ועימם נגדעים מקורות מחייתן של אלפי משפחות. תלמידים וסטודנטים אינם מצליחים להגיע למוסדות החינוך וההשכלה, ושנות לימודים שלמות מוחמצות.
- ז. קבוצות האוכלוסייה, עליהן הוטלו איסורי התנועה, מהוות את עיקר כוח העבודה באזור, ואת עמוד התווך לקיום הכלכלה, השירותים והחיים החברתיים. כתוצאה מכך, מעבר לפגיעה האישית בכל אחד ואחד מהתושבים המנועים, גורמים איסורי התנועה אף לשבר ולהרס של מרקם החיים של האוכלוסייה האזרחית. הם גורמים לשיבוש חמור ביכולתם של מוסדות חינוכיים, בריאותיים, וחברתיים להמשיך ולתפקד, ובכך הם אף מערערים את יכולתה של החברה לשרוד מבחינה כלכלית וחברתית.
- ח. אין כל ידיעה, ואין כל צפי, מתי יבוטלו, אם יבוטלו, איסורי התנועה האמורים. כבר עתה מצויים אנו כששה חודשים מאז שתנועתן של קבוצות שלמות מתושבי העיר שכם שבה ונמנעה. ואולם, מדיווחים מהשטח עולה, כי בחודשיים האחרונים הוחמרו עד מאוד אמצעי האכיפה והפיקוח.
- ט. מדובר בהוראות בלתי-חוקיות בעליל, הנוגדות מושכלות יסוד בשיטתנו המשפטית, ואשר דגל שחור מתנוסס מעליהן.
- י. מתשובה שניתנה מטעמו של המשיב לפניית העותרת עולה, כין אין הוא מכחיש, כי אלה הם פני הדברים מן הבחינה העובדתית. לטענתו, ההוראות, הקובעות את איסורי התנועה, הוצאו מכוחה של ההכרזה בדבר סגירת שטח (כתר) (אזור A), שנחתמה על-ידו ביום 3.12.2001, לפני קרוב ל-5 שנים ואשר לא בוטלה עד היום.
- יא. לשיטתו של המשיב, די בכך, שאדם יימנה על קבוצה, המהווה "קבוצת סיכון" (הנקבעת על פי שיוכו האתני-לאומי ועל פי גילו), כדי שניתן יהיה לשלול ממנו את חופש התנועה שלו, ולהגביל אותו, לתקופה בלתי מוגבלת, לשטח עיר אחת. הנה כי כן, עמדתו של המשיב היא, כי רשאי הוא לשלול את חופש תנועתו של אדם, אף אם נגד אותו אדם אין אפילו בדל ראיה וחשד, שהינו מעורב בפעילות, המסכנת את הביטחון. ודוקו, אין חולק, כי רובם הכמעט מוחלט של הנפגעים מאיסורי התנועה אינם חשודים כלל ועיקר בפעילות טרור כלשהי, ועל כן גם אינם מהווים כל סיכון ביטחוני, אשר עשוי להצדיק את הגבלת תנועתם.
- יב. מדובר, איפוא, באיסורי תנועה, המוטלים על בני-אדם והפוגעים בהם באופן שרירותי, על בסיס הבחנות גורפות וללא כל בדיקה או ביסוס פרטניים. השרירותיות, הגלומה בשלילת חופש התנועה של אדם אך בשל כך שנמנה על קבוצת גיל מסויימת, אינה שונה מהשרירותיות, שהייתה גלומה בשלילת חופש התנועה שלו אך בשל כך ששמו הוא אחמד או מוחמד.

- יג. פגיעה כזו בחירותו של אדם נמנית על האמצעים החמורים ביותר, שהוקנו בידיו של המפקד הצבאי על-פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. בשל כך הוגבלה סמכות זו באמצעות הצבתם של תנאים פורמליים ומהותיים. ואולם, אף אחד מתנאים אלה לא מתקיים בענייננו. על כן משוללות הוראות הגבלת התנועה הללו כל סמכות ונטולות כל בסיס חוקי.
- יד. בהוציאו הוראות אלה אחראי המשיב להפרה חמורה של חובתו, על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, להבטחת אורחות החיים והסדר הציבורי של האוכלוסייה המוגנת. כמו כן, בהיות איסורי התנועה מוטלים ונאכפים באופן גורף על קבוצות אוכלוסייה שלמות, הרי שסותרים הם גם את העיקרון האוסר על ענישה קולקטיבית, שהינו אחד מעקרונות היסוד של דיני הלחימה והתפיסה הלוחמתית. כן הם נגועים בחוסר סבירות קיצוני ובהיעדר מידתיות.
- טו. לא זו אף זו, לא רק שמדובר באמצעי בלתי-חוקי, אלא שתרומתו לביטחון הינה מפוקפקת ביותר, ואף מוטלת בספק. תרומה שכזו לביטחון, ככל שהיא קיימת, היא בטלה בשישים לעומת התרומה המשמעותית הרבה יותר להגברת השנאה ולהגברת המוטיבציה לבצע פיגועים בטווח הקצר וביתר שאת לטווח הרחוק, ולפיכך, בסופו של דבר, לפגיעה בביטחון.
- טז. אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון דחוף בעתירה.

תוכן עניינים

5.....הרקע העובדתי

5..... א. איסורי התנועה

7..... ב. האמצעים הננקטים לאכיפתם של איסורי התנועה

8..... ג. הפגיעות באוכלוסייה האזרחית

10..... ד. הפניות למשיב ועמדת המערכת הצבאית

12.....הטיעון המשפטי

12..... א. מבוא

13..... ב. סגירתו ותיחומו של אדם ב"מתחם עיר" – שלילה גורפת של זכויות יסוד

14..... ג. שלילה קולקטיבית של חופש התנועה – חריגה מסמכות ופגיעה בלתי-חוקית בזכויות אדם

15..... משפט בינלאומי הומניטרי

19..... חקיקה צבאית

20..... משפט ישראלי

24..... הפרקטיקה על-פיה נוהג המשיב ביחס לישראלים תושבי השטחים

25..... סיכום

26..... ד. הטלתם של איסורי תנועה ללא עיגון חוקי תקף – אי-חוקיותו של "צו הכתר"

30..... ה. ענישה קולקטיבית

31..... ו. הפרת החובה להבטחת אורחות החיים והסדר הציבורי

33..... ז. פעולות המשיבים נגועות בחוסר סבירות קיצונית

34..... ח. פגיעה בלתי-מידתית בזכויות אדם

35..... תנאי המידתיות הראשון

37..... תנאי המידתיות השני

40..... תנאי המידתיות השלישי

הרקע העובדתי

א. איסורי התנועה

1. עניינה של עתירה זו הינו באיסורי תנועה המוניים, שהוטלו על תושבי העיר שכס וסביבתה. מדובר בהוראות, שניתנו על-ידי המשיב, שתוצאתן הינה – שלילת חירותם והגבלה קיצונית של חופש תנועתם של רבבות בני אדם לתחום מגורים ומחייה מצומצם ביותר, וזאת אך בשל היותם נמנים על קבוצות אוכלוסייה מסויימות, המוגדרות על-פי שיוך אתני, מגדרי וגילאי.
2. השימוש באמצעים קיצוניים אלה על ידי המשיב החל, לפי מיטב ידיעתנו, במהלך שנת 2002, והוא הופסק, לגבי העיר שכס, רק בתחילת שנת 2004. בחודש דצמבר 2005 שב המשיב והטיל איסורי תנועה על כל תושבי צפון הגדה המערבית. בחודש ינואר 2006 דווח על הסרתם, ואולם בחודש פברואר 2006 הם שבו והשתו. בתחילת חודש יוני 2006 התבשרו התושבים על ביטולם של האיסורים. הביטול החזיק מעמד שבוע בלבד. לאחריו שב המשיב והטיל איסורי תנועה גורפים על מרחב העיר שכס. כחודש לאחר מכן, ביום 20.7.2006, שב המשיב והטיל איסורי תנועה דומים אף על נפות ג'נין וטול כרם. איסורים אלה הוסרו בתחילת חודש ספטמבר, וחודשו ביום 14.9.2006. להלן נתמקד באיסורים, שהוטלו על אזור העיר שכס.
3. על-פי הוראותיו של המשיב, נאסרה יציאתן של קבוצות אוכלוסייה שנקבעו ממרחב העיר שכס, הכולל את העיר שכס, שלושה מחנות פליטים ו-15 כפרים הסמוכים לעיר. סך-הכל, מונה אוכלוסיית המרחב הסגור מעל 200,000 בני אדם.
מפה של המרחב הסגור מצורפת ומסומנת **כנספח ע/2**.
- רשימה של הישובים, הכלולים במרחב הסגור, ומספר התושבים בהם, מצורפת ומסומנת **כנספח ע/3**.
4. האיסורים מוטלים על פלסטינים תושבי הגדה המערבית, אשר כתובתם הרשומה במרשם האוכלוסין, מצויה במרחב העיר שכס, והנמנים על קבוצות גיל מסויימות.
5. קבוצות הגיל, עליהן חלים האיסורים, משתנות מעת לעת. כשהוטלו איסורי התנועה מחדש, במהלך חודש יוני 2006, הם הושטו על כל התושבים הפלסטינים במרחב העיר שכס, הנמנים על הגילאים 16-25. ואולם בהמשך, ובמהלך כל חודש אוגוסט ומחצית ספטמבר, הן הוטלו על כל אלה, שגילם בין 16 ל-30, ולעיתים אף בין 15 ל-35. איסורי התנועה מוטלים תמיד על נערים וגברים, אך בתקופה האחרונה הוחלו לעיתים אף על נערות ונשים.
6. מספרם של האנשים, הנפגעים מהוראותיו של המשיב, עומד על עשרות אלפי בני אדם. כך למשל:
 - 6.1. כאשר ניתנת הוראה לאסור את תנועתם של תושבים, גברים, בין הגילאים 16-30, מספר הנפגעים מהוראה זו עומד על כ-26,000 נפש.

- 6.2. כאשר ניתנת הוראה לאסור את תנועתם של תושבים, גברים, בין הגילאים 15-35, מספר הנפגעים מהוראה זו עומד על כ-36,000 נפש
- 6.3. כאשר ניתנת הוראה לאסור את תנועתם של גברים ונשים, בין הגילאים 15-35, מספר הנפגעים מאמיר למעל 73,000 נפש.
- ראו טבלה נספח ע/3.
7. אוכלוסיית מרחב העיר שכס נתונה לפגיעות קשות במרקם חייה ובזכויותיה מזה מספר שנים. מאז תחילת האינתיפאדה השנייה נתון מרחב העיר שכס תחת "כיתור" מתמשך. במהלך השנים הללו, הכניסה והיציאה ממנו מתאפשרות, כעקרון, אך ורק דרך שורת מחסומים, המקיפים את העיר, ורק לאחר בידוק על-ידי כוחות הצבא, המאיישים את המחסומים. הבדיקות נערכות על כל אדם, כלי רכב או סחורה, הנכנסים למרחב העיר או היוצאים ממנו. כאמור, במהלך השנים 2002 ו-2003 היו רבים מתושבי הגדה המערבית נתונים לאיסורי תנועה דומים, אולם איסורי התנועה, הנוגעים למרחב העיר שכס בוטלו רק בתחילת שנת 2004. גם לאחר ביטול האיסורים, ובמשך כל השנים האחרונות, נמשך הכיתור שהוטל על העיר, וכל יציאה או כניסה אליה כפופה לבידוק קפדני.
8. כאמור, לפני מספר חודשים החליט המשיב לשוב ולהטיל איסורי תנועה, על-פיהם נשללה מרבבות בני-אדם זכותם לצאת את מרחב העיר.
9. תחילת השתתם המחודשת של איסורי תנועה ממין זה בחודש דצמבר 2005. באותה עת, בנוסף למרחב העיר שכס, הוטלו איסורי התנועה גם על שאר תושבי צפון הגדה המערבית (נפות ג'נין וטול כרם). בחודש ינואר 2006 דווח על הסרתם של האיסורים, ואולם בחודש פברואר הם שבו והושטו. מאז, ובעקבות פניות חוזרות ונשנות של העותרת למשיב, הודיע המשיב על ביטולם של איסורי התנועה בתחילת חודש יוני 2006.
- העתקים מפניות העותרת למשיב מימים 5.1.2006, 10.1.2006, 27.2.2006, 9.4.2006 ומתשובת המשיב מיום 7.6.2006 מצורפים ומסומנים **כנספח ע/4**.
10. הסרתם של איסורי התנועה בתחילת חודש יוני 2006 החזיקה מעמד כשבוע בלבד. לאחריו שבו והוטלו איסורים על תושבי מרחב העיר שכס.
11. משמעות הדבר היא, כי מאז חודש פברואר 2006, ובמשך למעלה מחצי שנה(!), נתונות קבוצות שלמות של אוכלוסייה, המונות עשרות אלפי בני-אדם, לאיסור מוחלט לצאת ממרחב העיר שכס.
12. האיסורים – על מי נגזר להיות מרותק בעירו, ומי הם "בני המזל", שהמשיב מתיר להם לצאת ממנה – אינם נקבעים בצו או בהוראה כתובה אחרת. הם עוברים, ככל הנראה ועל פי המידע המצוי בידי העותרת, מלשכת אלוף הפיקוד במורד שרשרת הפיקוד עד לחיילים, המוצבים במחסומים או המסיירים בשטח, באמצעות פקודות, המועברות על-פה. ההוראות, הקובעות מי הן קבוצות הגיל שתנועתן נאסרה, עשויות להשתנות מדי יום.

13. ההוראות אינן מועברות ואינן מפורסמות בדרך כלשהי לתושבים. ככלל, חלקם יתוודעו אליהן לראשונה רק עת יגיעו לאחד המחסומים שבפאתי מרחב העיר. אז יאולצו לשוב על עקבותיהם, כלעומת שבאו, לעיתים אחרי המתנה של שעות בתור שלפני המחסום. אחרים ילמדו על קיומן של ההוראות משמועות, שיופצו בעיר על-ידי אנשים, שכבר נדחו על פיהן באחד המחסומים.

ב. האמצעים הננקטים לאכיפתם של איסורי התנועה

14. איסורי התנועה האמורים נאכפים על האוכלוסייה באמצעים שונים, ובכללם:
- 14.1. מניעת מעברם של האנשים במחסומים, שהוצבו על מספר דרכי גישה בפאתי מרחב העיר שכם. מחסומים אלה כוללים את מחסום חווארה, מחסום בית-איבא, מחסום בית-פוריק, מחסום אסירה א-שמאליה, ומחסום א-טור, המיועדים למעבר בני אדם. מחסום נוסף, עוורתא, מיועד למעבר סחורות (פירוט של המורשים לעבור בכל אחד מהמחסומים מצורף ומסומן **כנספח ע/5**);
 - 14.2. חסימתן של יתר דרכי הגישה לעיר שכם באמצעות מכשולים פיזיים שונים, ובכללם: הצבת ערימות עפר, חפירת תעלות, הצבת גדרות תיל;
 - 14.3. הצבתן של עמדות תצפית, השולטות על דרכי הגישה למרחב העיר;
 - 14.4. איסור התנועה על פלסטינים בכבישים העוקפים, המקיפים את העיר שכם;
 - 14.5. מרדפים, שעורכים כוחות סיור של הצבא, אחר אנשים, המנסים למצוא דרכים חלופיות לצאת מן המצור.
- מפה ובה סימון חלק מהאמצעים המתוארים לעיל מצורפת ומסומנת **כנספח ע/6**.
15. תושבים, שנתפסים כשהם מנסים לעבור בדרכים "עוקפות מחסום" (בו כאמור לא ניתן להם לעבור), צפויים ל"עונשים" שונים ומשונים.
16. אחד מהעונשים הנפוצים הוא שימוש בסמכויות ה"עיכוב" לצורכי ענישה (מעשה, שאין כל חולק כי הינו אסור). "נוהל" מקובל הוא, כי פלסטיני, שנמצא מנסה "לעקוף" את המחסום או לצאת מ"מתחם הכתר", ואשר נתפס על ידי כוחות צבא, צפוי להיות מוחזק, בתנאי כליאה שונים (מכלאה מגודרת תיל, תא עשוי בטון, או סתם כך – כפות בשטח הפתוח, בצמוד למחסום), למשך מספר שעות, בסופן יישלח חזרה לתוך תחומי העיר. ודוקו, אין המדובר במקרים בודדים. כאמור, זהו ה"נוהל" הרגיל, לפיו פועלים הכוחות.
- העתקים מעדויות מר אלאגבר, תושב הכפר קבלאן, הגב' טחאן, תושבת שכם, ומר חמאייל תושב הכפר ביתא, וכן סיכום דו"חות מחסום Watch מחודש יולי 2006 מצורפים ומסומנים **כנספח ע/7**.
17. תופעה נפוצה נוספת הינה שימוש מוגבר באלימות פיזית על-ידי כוחות הביטחון. ואכן, עם החמרת מגבלות התנועה בשטחי הגדה המערבית בכלל, ובאזור צפון הגדה המערבית בפרט, חלה עליה משמעותית במספר האירועים, בהם כוחות הביטחון היכו והתעללו בפלסטינים.

מתחקיר ארגון בצלם עלה, כי על פי רוב, הרקע למעשים היה "אכיפת" איסורי תנועה ומגבלות תנועה שונות.

העתק מתחקיר ארגון בצלם, שפורסם ביום 21.8.2006 "מכים ומתעללים בצל המלחמה", מצורף ומסומן **כנספח ע/8**.

עדותו של מר נעים אישתייה מצורפת ומסומנת **כנספח ע/9**.

18. ואולם, הסיכון בו נתונים האנשים, אשר כל פשעם הוא, שניסו לקיים שגרה מינימלית של חיים, עשוי להגיע לכדי סכנת חיים של ממש.

כך למשל, באירוע שהתרחש ביום 20.8.2006 ירו חיילים לעבר שלוש מוניות פלסטיניות, שניסו לעשות את דרכן משכם דרומה בדרך לא דרך, תוך עקיפת המחסום. כתוצאה מהירי, נהרג אזרח פלסטיני ושלושה אזרחים פלסטינים אחרים נפצעו.

העתק מכתבה, שפורסמה באתר האינטרנט וואלה על אירוע זה, מצורפת ומסומנת **כנספח ע/10**.

עדות שנגבתה מתושבי הכפר סאלם שהיו עדים לאירוע מצורפת ומסומנת **כנספח ע/11**.

19. נוסף על הכל, הרי שבחודשיים האחרונים חלה החמרה בתנאי המעבר במחסומי שכס. בעיקר בשני המחסומים העיקריים הסובבים את העיר – מחסום חווארה ובית איבא – נצפים בחודשיים האחרונים עיכובים ממושכים במעבר במחסומים, המביאים להמתנה, שיכולה להגיע עד כדי 4-5 שעות. המדובר בהמתנה בתנאים לא תנאים – הצטופפות של מאות רבות של אנשים, ביניהם גם זקנים, תינוקות, נשים הרות וחולים, ועמידה תחת השמש היוקדת. בנוסף, נדרשים הגברים לחשוף את פלג גופם העליון, ולעיתים גם את רגליהם.

עדויות שלמה דביעי, תחקירנית "בצלם", מר עומר נאסר, מר עימאד סלאחאת, מצורפות ומסומנות **כנספח ע/12**.

ג. הפגיעות באוכלוסייה האזרחית

20. נראה, כי הפגיעה באוכלוסייה האזרחית כתוצאה מאיסורי התנועה הדרקוניים נשוא עתירה זו הינה כה ברורה, שאיננה צריכה הסבר נוסף. ועם זאת, פטור בלא כלום אי אפשר.

21. בהינתן איסורים אלה, מוגבל "טווח התנועה" של קבוצות האוכלוסייה הרלבנטיות למספר קילומטרים רבועים. באבחת הוראה, המועברת בעל פה, מצטמצם עולמם לתחומיה של עיר. מרגע זה, נמנע מהם להגיע לעבודתם, אם זו מצויה בכל עיר או ישוב אחר בגדה המערבית. כך גם נמנע מהם לקיים קשרי מסחר - לשווק תוצרת, שמקורה בשכם, או לרכוש סחורה ולמוכרה בעיר. נמנע מהם להגיע למוסדות לימוד, המצויים מחוץ לעיר, או למוסדות בריאות. אם נערכת חתונה או שמחה אחרת של בן משפחה מחוץ לעיר, לא יזכו להשתתף בה, ואם חס וחלילה בן משפחה מחוץ לעיר נפטר, לא יהיו רשאים להגיע ללוויה או לניחום אבלים.

עדויותיהם של בסאם עיד, עלאא קבבגי, ראמי חשאש, מוהנד קבבגי, מחמד סמארה, מחמד אבו סעדה, ומורה (שסירב למסור את פרטיו), תושבי העיר שכם מצורפות ומסומנות **כנספח ע/13**. כן ראו עדויות שצורפו כנספחים ע/7, ע/9 ו-ע/12.

22. הנה כי כן, ענייננו באיסורים, המביאים לשלילה כמעט מוחלטת של חופש התנועה של עשרות אלפי בני אדם, ולפגיעה קשה בשלל זכויות אדם נוספות. זאת ועוד, מניעת תנועתם של האנשים, עליהם חלים איסורי התנועה, מביאה לשבירת מטה לחמן של אלפי משפחות, שמפרנסיהן איבדו את מקורות פרנסתם עקב כליאתם בעירם.

23. בענייננו, מוטלים האיסורים על קבוצות הגיל, המהוות את עמוד השדרה המרכזי של החברה המקומית מכל הבחינות ומכל ההיבטים הדרושים לצורך התקיימותה של החברה. אנשים אלה מהווים את עיקר כוח העבודה והפרנסה של החברה, והם אלה האחראים להפעלתם של שירותים חברתיים חיוניים, ובהם בתי-ספר ובתי-חולים.

24. לטענת המשיב, בתקופות, בהן מוטלים איסורי תנועה על קבוצות אוכלוסייה, מפעיל הוא באמצעות המנהל האזרחי במת"ק שכם, מנגנון היתרים. לטענתו, מנגנון זה אמור ליתן מענה סביר לצורכי האוכלוסייה, ובמסגרתו מונפקים "היתרי תנועה בכתר", שמאפשרים לנוע במחסומי הכתר סביב העיר שכם (סעיף 18 למכתבו של סרן עאסם חאמד, קצין ייעוץ מדור ביטחון ופלילי, בלשכת היועץ המשפטי לאיו"ש).

העתק ממכתבו של סרן חאמד, מיום 1.8.2006 מצורף ומסומן **כנספח ע/14**.

25. דא עקא, שבחינת מצב הדברים בשטח מראה, כי צורכי האוכלוסייה לחוד, ו"מנגנון ההיתרים" לחוד. התושב, המבקש להשיג את ההיתר הנכסף, צפוי למסע כמעט בלתי אפשרי, שבסופו מרבית הסיכויים הם, שלא יזכה להיתר המיוחל:

25.1. מאחר שמת"ק שכם מצוי מחוץ למתחם, הסגור בפני התושבים על פי ההוראות, המבקש היתר תנועה נדרש לעבור את המחסום אל מחוץ לכתר. ככלל, החיילים במחסום מאפשרים רק לאנשים שיש בידם מסמכים רפואיים, המוכיחים את בקשתם, לעבור על-מנת להגיע למת"ק. אחרים יצטרכו לגייס בן משפחה או את מעסיקם, שיגיש בשמם את הבקשה.

25.2. בקשתו לקבלת היתר תנועה בכתר של תושב, שסומן על-ידי מאן דהוא כ"מנוע שב"כ" או כ"מנוע משטרה", תידחה על הסף (כיום, לפי המידע שבידי העותרת, רשומים בשטחים כ-250,000 "מנועים").

25.3. כמו כן, ככלל, לא יונפקו היתרים לצורכי חיים בסיסיים – לצורך הגעה לעבודה, לצורך מסחר עצמאי, לצורך לימודים, לצורך ביקור קרובי משפחה וכד', אלא אך ורק לצרכים הומניטריים דחופים (טיפול רפואי דחוף).

25.4. לא למותר לציין, כי הגשת בקשה להיתר כרוכה במאמץ ובהשקעת זמן אדירים – איסוף המסמכים הנדרשים, גיוס בן משפחה/מעסיק, המתנה במחסום (שבימים אלה יכולה להגיע ל-4-5 שעות), המתנה של שעות אינסופיות במת"ק. וכל זאת, כשהסיכויים לכך, שבסופו של תהליך יושג ההיתר המיוחל, הינם נמוכים עד מאוד.

ראו עדויות תאבת אלאגבר, נרמין טחאן, נספח ע/7; עדויות ראמי חשאש, ומוהנד קבבגי, נספח ע/13; .

ד. הפניות למשיב ועמדת המערכת הצבאית

26. העותרת פנתה למשיב ביום 12.7.2006 בדרישה דחופה להורות לאלתר על ביטולן של ההוראות, על-פיהן נאסרה יציאתם של אלפי אנשים מהעיר שכם.

העתק מפניית העותרת למשיב מיום 12.7.2006 מצורף ומסומן **כנספח ע/15**.

27. ביום 1.8.2006 התקבלה תשובתו של סרן עאסם חאמד, קצין ייעוץ מדור ביטחון ופילי בלשכת היועץ המשפטי לאזור יהודה והשומרון, בשמו של המשיב. בתשובה, נדחו כל טענות העותרת, תוך שנטען, כי המשיב רואה את איסורי התנועה האמורים כאחד מהאמצעים החוקיים העומדים לרשותו. לפי טענתו, המקור החוקי להטלתם של איסורי התנועה האמורים הינו ההכרזה בדבר סגירת שטח (כתר) (אזור A), שנחתמה על-ידי המשיב ביום 3.12.2001 (קמצי"מ 196, עמ' 3075), ואשר עומדת בתוקפה עד היום, בצד מקורות אחרים שלא פורטו.

העתק מתשובתו של סרן חאמד מיום 1.8.2006 צורף **כנספח ע/14**.

28. בתשובתו טוען המשיב, כי הטלתו של "כתר" על העיר שכם נדרש עקב היותה של העיר מוקד לפעילות גורמי טרור במהלך שנות העימות המזוין, ולנוכח זאת שיצאו ממנה מספר רב של פיגועים ומפגעים. לטענתו, לפני יותר משנה, לאור הערכת מצב עיתית, הוחלט על הסרת מגבלות התנועה, שהוטלו על אפשרות הכניסה והיציאה מהעיר שכם. ואולם, מאחר שבחודשים האחרונים חלה עלייה דרמטית במספר ההתרעות, המצביעות על כוונות גורמים בעיר שכם להוציא אל הפועל פיגועים, הוחלט לשוב ולהטיל את איסורי התנועה. בתשובה נאמר, כי מגבלות התנועה לפי קבוצות גיל הן אחד האמצעים, בהם נעשה שימוש על-ידי כוחות הביטחון. בתשובה נטען, כי קבוצת הגילאים שתנועתה נאסרה, ואשר משתנה מעת לעת, "מהווה – לפי חוות דעתם של גורמי הביטחון – סיכון ביטחוני גדול יותר, דבר שנלמד מהמודיעין הקיים ומניסיון השנים האחרונות המצביע על קבוצה זו כקבוצה המעורבת ביותר בפעילות פח"ע, בייחוד כשמדובר במפגעים מתאבדים". עוד נטען, כי בחינה פרטנית של אנשים בני קבוצה זו הוכרה כבלתי יעילה. הנה כי כן, המשיב מאשר:

28.1. כי איסורי תנועה גורפים מוטלים על קבוצות בני-אדם, האוסרים עליהם לצאת ממתחם העיר שכם;

28.2. כי מדובר באנשים, הנמנים על קבוצות מסוימות, העונות על "פרופיל סיכון", שנקבע על ידי גורמי הביטחון;

28.3. כי אין כל חשד קונקרטי, המבוסס על ראיות, כלפי האנשים שחופש תנועתם נשלל, וכל "פשעם" הוא שהם נמנים על פרופיל הסיכון;

28.4. וכי הבסיס החוקי לאיסורי התנועה הינה הכרזה, שנחתמה בשנת 2001, והמכריזה על שטח העיר שכם, כמו גם על כל יתר שטחי A בגדה המערבית, כשטח צבאי סגור, הכרזה שאיננה מוגבלת בזמן, ואשר עד כה לא בוטלה.

29. בתגובת המשיב לפניית העותרת אין כל הסבר, מדוע איסורי התנועה, המוטלים באופן גורף על קבוצות אוכלוסייה שלמות, הינם אמצעי הכרחי. כך, למשל, לא הובהר מדוע בדיקת התושבים וכלי הרכב היוצאים מן העיר איננה מספקת. כן לא הובהר, כיצד איסורי תנועה, המגבילים בעיקר את האזרחים מן השורה, בעוד שפעילים בארגונים יכולים בקלות, או בקלות יחסית לעוקפם (למשל, באמצעות שימוש בתיעוד מזויף), מביאים לתרומה משמעותית לביטחון, במיוחד בהתייחס לאיזון מול הפגיעה הקשה, שאיסורים אלה גורמים לאוכלוסייה האזרחית. כן לא הובהר, האם במסגרת שיקול הדעת, שהביא למתן ההוראות האוסרות, נלקחה בחשבון גם הפגיעה בביטחון, הנגרמת עקב הפגיעות להן גורמות הוראות אלו עצמן באוכלוסייה המקומית, פגיעות המביאות להגברת האיבה ולשאיפות נקם בקרב האוכלוסייה הנפגעת.

30. כאמור לעיל, כבר ביום 5.1.2006 פנתה העותרת למשיב בעניין הטלת איסור תנועה גורף על תנועתם של פלסטינים מצפון הגדה. בעקבות פניות נוספות חוזרות ונשנות, התקבלה לבסוף תשובת המשיב ביום 7.6.2006. בתשובה נמסר, כי המשיב הורה על ביטולן של ההוראות לניתוק צפון הגדה. אולם הסרת האיסורים החזיקה זמן קצר בלבד. כאמור, אך שבוע לאחר הסרתם, הם שוב הוטלו על תושבי אזור העיר שכם. כחודש וחצי לאחר מכן, הם הורחבו והוטלו אף על תושבי נפות ג'נין וטול כרם. לפיכך, העותרת שבה ופנתה למשיב ביום 24.8.2006 אף בעניין הטלת איסורי התנועה על כלל נפות צפון הגדה המערבית. ביום 4.9.2006 התקבלה תשובה מטעם המשיב על הסרתם של איסורי תנועה אלה. ואולם, החל מיום 14.9.2006 הוטלו האיסורים מחדש.

העתק מפניית העותרת למשיב מיום 24.8.2006 מצורף ומסומן **כנספח ע/16**.

העתק מתשובתו של סרן עאסם חאמד מיום 4.9.2006 מצורף ומסומן **כנספח ע/17**.

הטיעון המשפטי

א. מבוא

31. עניינה של עתירה זו בחוקיותן של הוראות, המגבילות בני-אדם לשטח מחיה מצומצם, תוך איסור עליהם לצאת משטח זה, אשר הוטלו באופן גורף, על קבוצות אוכלוסייה שלמות, המונות עשרות אלפי בני-אדם. זאת, בלא שעומדים נגד הנפגעים חשדות או ראיות כלשהם, שיבססו קיומו של סיכון, הנובע מהם באופן אישי.
- ענייננו אם כן – בצווי "הגבלה" או "תיחום מקום מגורים" המוניים, הנעשים בלא בחינה של כל מקרה לגופו, ללא עילה וללא ביקורת.
32. עמדתו של המשיב היא, כי די בכך שאדם נמנה על "קבוצות סיכון", קבוצה המוגדרת על ידי גורמי הביטחון על-פי שיוכו האתני-לאומי של אדם ועל-פי קבוצת גיל, כדי להצדיק את שלילתו של חופש התנועה שלו.
33. עמדה זו של המשיב יכולה להתקיים אך ורק תחת "משטר משפטי חדש", המקעקע תפיסות יסוד, המקובלות בעולם הנאור ובמשפטנו שלנו. משטר על-פיו דינם של אנשים "נחרץ", בלא שיש נגדם בדל ראיה, ובלא שנטען, שיש נגדם חשד. לאנשים אלה, שחופש התנועה שלהם נשלל, לא ניתנת כל זכות ערעור או טיעון, והרשויות, האחראיות לשלילת זכויותיהם פטורות מהחובה לאסוף ולגבש ראיות נגדם ולהרים נטל כלשהו.
34. צו הכתר והוראות איסורי התנועה, שלכאורה הוצאו מכוחו הינם בלתי-חוקיים, ממספר טעמים, שדי בכל אחד מהם כדי להביא לבטלותם:
- 34.1. משום שהם מהווים הפרה של חובתו של המפקד הצבאי להבטחת אורחות החיים והסדר הציבורי;
- 34.2. משום שהם חורגים מהסמכויות, המוקנות למשיב על-פי המשפט הבינלאומי, ומהווים פגיעה בלתי-חוקית ובלתי מוצדקת בחירותם ובחופש תנועתם של תושבים מוגנים;
- 34.3. משום שהם נאכפים ללא מקור חוקי תקף, המסמיך את כוחות הצבא למנוע תנועתם של תושבים בתוך השטח. כפי שנראה להלן, "צו הכתר", עליו מסתמך המשיב, הינו צו בלתי-חוקי בעליל, שיש להורות על בטלותו מדעיקרא;
- 34.4. משום שהם מוטלים על עשרות אלפי בני-אדם, שרובם המכריע אינם חשודים בסיכון כלשהו לביטחון, ולפיכך עולים הם כדי הפרה של האיסור על ענישה קולקטיבית;
- 34.5. משום שהם נגועים בחוסר סבירות קיצוני;
- 34.6. ומשום שהם פוגעים באופן בלתי-מידתי בזכויות אדם.

ב. סגירתו ותיחומו של אדם ב"מתחם עיר" – שלילה גורפת של זכויות יסוד

35. הגבלתו של אדם והגבלת חופש תנועתו לשטח מצומצם, שיטחה של עיר, תוך שלילת יכולתו לנוע מחוצה לו, **פוגעת קשות בכבודו ובחירותו**. ברי, כי ככל שמתארך הזמן, בו מוטלות הגבלות אלה, פגיעתן הולכת ומחריפה.

36. ההגבלה מביאה לפגיעה בזכויות אדם בסיסיות נוספות. הזכות, הנפגעת באופן מיידי וישיר, היא **זכות היסוד לחופש תנועה**. הזכות לחופש תנועה, הכוללת את הזכות לחופש תנועה פנים-מדינתי ואת הזכות לצאת את שטח המדינה, הינה זכות, המוכרת במשפט הבינלאומי וזכתה למעמד של זכות יסוד חוקתית במשפט הישראלי (סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966; סעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; א' ברק, פרשנות במשפט (פרשנות חוקתית), עמ' 428; בג"צ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736, 755). מעמד הבכורה של הזכות לחופש תנועה הביא למסקנה, כי ניתן לפגוע בזכות זו רק מקום שקיימת ודאות קרובה, כי מימושה של הזכות עשוי להביא לפגיעה קשה, רצינית וחמורה בביטחון הציבור (בג"ץ 6893/05 ח"כ לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 889; כן ראו בג"ץ 672/87 עתאמללה נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מ"ב(4) 708). בכל הפסיקה העניפה, ובכלל זאת הפסיקה שדנה באיסור על יציאתו של אדם מן הארץ (ולרבות במאות העתירות שהוגשו נגד מניעת יציאה מהשטחים לחו"ל) לא היה חולק על הנחת המוצא הבסיסית, כי דרושה מניעה ביטחונית פרטנית, המבוססת על מידע קונקרטי, מהימן ועדכני, על מנת לפגוע בחופש התנועה של אדם ולהגבילו (עניין עתאמללה; בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695; לעניין תושבי שטחים ראו, למשל, בג"צ 11848/05 דודין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם)).

37. הגבלתם של התושבים לתחומיה של עיר גוררת עימה אף פגיעה **בזכות לפרנסה, ובנגזרתה – בזכות לקיום בכבוד** (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 וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם), פסקה 15). כפי שראינו, בעקבות מניעת יציאתם של אנשים מהעיר, איבדו רבים את מקומות עבודתם, או את מקורות פרנסתם.

38. כן היא מגבילה את יכולתם של חלק מאלה שתנועתם הוגבלה להגיע למוסדות חינוך, ככל שאלה נמצאים מחוץ לתחומי העיר שכם, ולפיכך פוגעת **בזכותם לחינוך** (סעיף 50 לאמנת ג'נבה; סעיף 13 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות; בג"צ 2599/00 יתד נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834; בג"צ 4363/00 ועד פוריה עילית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203; בג"צ 7374/01 פלונים נ' מנכ"ל משרד החינוך, פ"ד נו(6) 529, 545-546; 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)).

39. כן נפגעת הזכות לחיי משפחה ולקשר עם בני משפחה, המתגוררים מחוץ ל"מתחם הסגור" (סעיף 27 לאמנת ג'נבה; סעיף 46 לתקנות האג; סעיף 23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; סעיף 10 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות; ע"א 7155/96 פלוני נ' היועמ"ש, פ"ד נא(1) 160, 175; בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 782).

40. עוד נפגעת זכותם של מוגנים, הזקוקים לקבלת טיפול רפואי מחוץ לעיר שכם, לבריאות ולקבלת טיפול רפואי (סעיף 55 לאמנת ג'נבה; סעיף 41(1) לפרוטוקול I לאמנת ג'נבה; 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; סעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; בג"צ 332/87 בן שלמה נ' שר הפנים, פ"ד מג(3) 353, 356; בג"צ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם) (2005), פס' 102, 104).

ג. שלילה קולקטיבית של חופש התנועה – חריגה מסמכות ופגיעה בלתי-חוקית בזכויות אדם

41. הוראתו של המשיב – על-פיה נתחם מקום מגוריהם ומחייבתם של עשרות אלפי בני-אדם, תוך שנאסר עליהם לעזוב שטח זה ללא בחינה אינדיבידואלית וללא עילה, חורגת מסמכויותיו של המשיב, ומהווה פגיעה בלתי-חוקית בזכויותיהם של תושבים מוגנים. המדובר באמצעים, הפוגעים באופן חמור וקשה בזכויות אדם יסודיות, ובראשן בזכותן הבסיסית של אדם לחופש תנועה. המשיב איננו מוסמך לעשות שימוש באמצעי ממין זה באופן קולקטיבי, ושלא על סמך חשד ממשי, המבוסס על ראיות, כי האדם הספציפי נגדו ננקט האמצעי מהווה סכנה ממשית לביטחון.

42. ראינו לעיל, כי על-פי הוראות המשיב נאסר על תושבי הגדה המערבית, שכתובתם במרשם האוכלוסין שמנוהל על-ידי המינהל האזרחי מצויה במרחב עיר שכם, לעזוב את המתחם. ואכן, כפי שראינו לעיל, המשיב מודה בפה מלא, כי עושה הוא שימוש באמצעי זה של הגבלת תנועתם של תושבים מוגנים, באופן המוני - בלא כל בדיקה אינדיבידואלית, ובלא לבסס בראיות כלשהן סכנה ממשית, הנשקפת מכל אחד מהאנשים, שתנועתם וחירותם הוגבלו:

"באשר למגבלה על קבוצת גילאים מסוימת מתושבי העיר שכם, הרי שקבוצת גילאים זו (שמשתנה מעת לעת בהתאם להערכות ביטחוניות משתנות) מהווה – לפי חוות דעתם של גורמי הביטחון – סיכון ביטחוני גדול יותר, דבר שנלמד מהמודיעין הקיים ומניסיון השנים האחרונות המצביע על קבוצה זו כקבוצה המעורבת ביותר בפעילות פח"ע, בייחוד כשמדובר במפגעים מתאבדים. יודגש, כי בחינה פרטנית של אנשים בני קבוצה זו, כפי שמצוין בפנייתך, הוכרה כבלתי יעילה, במיוחד כאשר מדובר בקבוצה בעלת פרופיל סיכון אשר לא תמיד ישנו מידע פרטני ביחס לנמנים עליה (ראי בעניין דומה את בג"ץ 7960/04 אלראזי נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה).

סעיף 14 לתשובתו של סרן האמד מיועמ"ש איו"ש (נספח ע/14).

43. הוראות אלה, שנתן המשיב, שקולות למצב, שבו היה מוצא נגד כל אחד ואחת מהאנשים, הנמנים על בני הקבוצה, לא פחות מאשר "צו פיקוח מיוחד" לפי סעיף 86(ב)(2) לצו בדבר

הוראות ביטחון (צו שיכול להורות, כי פלוני "לא יעזוב את העיר, הכפר או הנפה, שבהם הוא גר, ללא רשות בכתב של מפקד צבאי"). ואולם בענייננו ננקט אמצעי זה נגד רבבות אנשים, אך בשל כך שהם עונים ל"פרופיל סיכון", וזאת בלא שעומדים נגדם כל חשד וכל ראייה, כי הם מהווים סכנה לביטחון. דבר זה הינו בלתי-חוקי.

משפט בינלאומי הומניטרי

44. סמכויותיו של המשיב בשטח הכבוש נגזרות מדיני התפיסה הלוחמתית, כפי שאלה באים לידי ביטוי, בין השאר, באמנת האג הרביעית ובאמנת ג'נבה הרביעית. הוראתו של המשיב לשלול את חופש התנועה של עשרות אלפי בני-אדם, ללא בחינה או עילה אינדיבידואלית, חורגת מהסמכויות, המוקנות לו על-פי אמנת ג'נבה הרביעית.

45. סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע, כי :

"מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי, ...

אולם בעלי הסכסוך רשאים לנקוט, לגבי מוגנים, אותם אמצעי פיקוח וביטחון שיהיו דרושים כתוצאה מהמלחמה".

46. הסעיף איננו מפרט מהם אמצעי הביטחון השונים, שהמעצמה הכובשת רשאית לנקוט בהם. עם זאת, מבין האמצעים השונים האפשריים הרי שהגבלת תנועתם של אנשים הינה ממין האמצעים היותר חמורים האפשריים. עומד על כך פיקטה בספרו :

"[T]he article merely lays down a general provision. There are a great many measures, ranging from comparatively mild restrictions such as the duty of registering with and reporting periodically to the police authorities, the carrying of identity cards or special papers, or a ban on the carrying of arms, to harsher provisions such as a prohibition on any change in place of residence without permission, prohibition of access to certain areas, restrictions of movement, or even assigned residence and internment.."

ובהמשך נאמר :

"A great deal is thus left to the discretion of the Parties to the conflict as regards the choice of means. *What is essential is that the measures of constraint they adopt should not affect the fundamental rights of the persons concerned...*"

(ההדגשה הוספה – לי יו)

J. Pictet, Commentary IV Geneva Convention (1958), 207

47. הנה כי כן, סעיף 27 מקנה למפקד הצבאי את הסמכות לנקוט באותם אמצעי ביטחון, הדרושים כתוצאה מהמלחמה. ואולם סמכות זו מוגבלת בכך, שהיא לא תופעל באופן שיפגע בזכויות היסוד של התושבים המוגנים.

48. בצד הוראה כללית זו, מתייחסים סעיפים 41-43 ו-78 לאמנת ג'נבה הרביעית לסמכותו של המפקד הצבאי להשתמש באמצעי של ייחוד מקום מגורים ומעצר. בסעיף 78, המתייחס למוגנים בשטח כבוש, קובעת האמנה הסדר מקיף בכל הנוגע לתיחום מקום מגורים (assigned residence) ומעצר (internment) של אנשים מוגנים (protected persons). אמנת ג'נבה רואה באמצעים אלה, של מעצר ותיחום מקום מגורים, כאמצעים החמורים והחריפים ביותר שהמעצמה הכובשת יכולה לנקוט כלפי תושבים מוגנים (פיקטה, בעמ' 257). לפיכך, נקבע, ניתן לנקוט בהם רק במצבים חריגים ויוצאי-דופן.

49. סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, קובע:

"היתה המעצמה הכובשת סבורה שיש צורך, מטעמי הכרח של בטחון, לנקוט אמצעי בטחון כלפי מוגנים, רשאית היא, לכל היותר, לייחד להם מקום מגורים או לעצרם.

החלטות בנוגע לייחוד מקום מגורים או למעצר, כאמור לעיל, יתקבלו לפי נוהל סדיר שתקבע המעצמה הכובשת בהתאם להוראות האמנה הזאת. נוהל זה יכלול את זכות הערעור של הצדדים הנוגעים בדבר. החלטות על ערעורים יינתנו בהקדם האפשרי. אושרו ההחלטות, הן יהיו נתונות, מתקופה לתקופה, ואם אפשר – כל ששה חודשים – לעיון מחודש מטעם גוף מוסמך שיוקם על-ידי המעצמה האמורה..."

50. נוכח הפגיעה החריפה, הנגרמת בשל נקיטה באמצעים אלה, ועל מנת ליתן ערובות מפני שימוש שרירותי בסמכות פוגענית זו, קובע הסעיף מספר תנאים להפעלתה. מטרותם:

"...to ensure that the principles of humanity will be borne in mind when people are interned or placed in assigned residence".

פיקטה, בעמ' 368

הסעיף מונה תנאים אלה להפעלת הסמכות:

50.1. שתתקבל החלטה בעניינו של האדם הספציפי כלפיו ננקט האמצעי;

50.2. שתינתן לו זכות ערעור;

50.3. וכי ההחלטה תיבחן מחדש כל שישה חודשים.

51. על התנאים המהותיים, שצריכים להתקיים לצורך הפעלת הסמכות, עמד בית-משפט זה בהרחבה בפסק-דינו, שניתן בבג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פ"ד נו"ד (6) 352). נפסק, כי ניתן לנקוט באמצעי זה של תיחום מקום מגורים, אך ורק בהתקיים, בין היתר, התנאים המצטברים הבאים:

51.1. כי נשקף סיכון מהאדם עצמו שמקום מגוריו תוחם;

51.2. כי אין די בסיכון של מה בכך, אלא נדרשות ראיות מינהליות, שגם אם אין קבילות בבית-משפט, הינן ברורות ומשכנעות, שאם לא יינקט האמצעי של תיחום מקום המגורים, קיימת אפשרות סבירה, כי תהא נשקפת מאותו אדם סכנה ממשית לפגיעה בביטחון האזור;

- 51.3. כי מתקיים יחס מידתי בין הסיכון שמבקשים למנוע לבין האמצעי.
52. **בשום פנים לא יתכן שימוש באמצעי זה כאמצעי קולקטיבי.** עמד על כך פיקטה בספרו :
 "...That is why article 78 speaks of imperative reasons of security; there can be no question of taking collective measures: each case must be decided separately... their exceptional character must be preserved."
 פיקטה, עמ' 367-368
53. הפרשנות המסורתית של סעיף 78 לאמנת ג'נבה רואה אומנם כ"תיחום מקום מגורים" מצב, שבו האדם מועבר ממקום מגוריו לאזור אחר, שבו ניתן לפקח על פעולותיו ביתר קלות (פיקטה, בעמ' 256). עם זאת, נאמר, כי המונחים בסעיף עשויים לקבל פרשנות שונה במדינות שונות (שם).
54. ואכן, נראה, כי פרשנות ראויה של הוראות האמנה, פרשנות, המעניקה הגנה נאותה לאוכלוסייה האזרחית, הינה, כי יש לראות אף במצב בו נאסר על אדם לעזוב את תחומיה של עיר, וכתוצאה מכך, מקום מגוריו ומחייטו תוחם והוגבל באופן חריף, כאמצעי הנופל בגדר "תיחום מקום מגורים".
55. כפי שפורט לעיל, גם שימוש באמצעי זה מביא לפגיעה קשה וחרیפה בזכויות יסוד – בזכות לחופש תנועה, בזכות לעבודה ולפרנסה, בזכות לטיפול רפואי ובזכות לחיי משפחה. לא זו אף זו, הדרך בה ננקט אמצעי זה – באופן גורף, ובלא שהתקיים בעניינו של מי מהנפגעים הליך הוגן, שוללת קיומן של הגנות בסיסיות מפני פגיעה שרירותית.
56. ואכן, בית הדין הפלילי הבינלאומי בעניין יוגוסלביה לשעבר ([International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia \(ICTY\)](#)) ראה בהגבלות תנועה דומות שלילה של זכויות יסוד וכפעולות שעלולות להגיע אף לכדי עבירת הרדיפה (Persecution). לעניין זה יש לציין, עם זאת, כי על מנת לבסס קיומה של עבירה זו נדרשת שלילה של מספר זכויות יסוד, ובחינת שלילתן כמכלול :

"The Prosecution charges the Accused with "the denial of fundamental rights to Bosnian Muslims and Bosnian Croats, including the right to employment, freedom of movement, right to proper judicial process, or right to proper medical care" as persecutions...

The jurisprudence of this Tribunal has specified that acts, which deny fundamental rights may amount to persecution, provided they are of sufficient gravity or severity... In order to establish the crime of persecution, underlying acts should not be considered in isolation, but in context, looking at their cumulative effect. The Trial Chamber considers that it is not necessary to examine the fundamental nature of each right individually, but rather to examine them as a whole.

...

The Trial Chamber finds that a great number of Bosnian Muslims and Bosnian Croats in the municipalities of the ARK were unjustifiably deprived of their right to freedom of movement as a consequence of being detained and imprisoned, or by being forcibly displaced from the area where they resided. *In addition, Bosnian Muslims or Bosnian Croats wishing to leave the area were forced to abide by strict departure procedures.*

There is also evidence to show that after 1 April 1992, in the territory of the ARK, Bosnian Muslims and Bosnian Croats were discriminated against at checkpoints and that, in one instance, curfew was imposed but applied only against non-Serbs. *The Trial Chamber concludes that Bosnian Muslims and Bosnian Croats in the municipalities of the ARK were denied the right to freedom of movement on discriminatory grounds.*

Prosecutor v. Brdjanin, Case No. IT-99-36-T (2004), Articles 1030, 1032, 1043-1044

ניתן לעיין בפסק הדין באתר בית הדין בכתובת:

<http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm>

57. לשם שלמות התמונה נציין, כי הגבלות התנועה, אליהן התייחס בית המשפט, היו:

“All male persons between 28 and 60 years of age are forbidden to leave the territory of the ARK without a special permit ...”

שם, בהערת שוליים לסעיף 1043 לפסק הדין

58. בין שיש לראות את האמצעי בו עסקינן כאמצעי, הנופל תחת כנפיו של סעיף 78 לאמנת ג'נבה, ובין שלא, הרי שיש לראותו בכל מקרה כאמצעי, שהמפקד הצבאי מוסמך לעשות בו שימוש, על-פי סעיף 27, אך ורק נגד תושב, המשתתף באופן פעיל בלחימה, או כזה המהווה בעצמו סכנה לביטחון, ולא באופן גורף נגד קבוצת אוכלוסייה, אשר אין נגדה כל ראייה להיותה כולה סיכון ביטחוני.

59. אימוץ פרשנות זו ראוי אף בהתחשב בעקרונות היסוד של המשפט הבינלאומי ההומניטרי, עקרון ההבחנה בין לוחמים לבין אזרחים ועיקרון המידתיות. המדובר בעקרונות, אשר נועדו לשרת את מטרת העל של המשפט הבינלאומי ההומניטרי, קרי הקטנת הסבל, הנגרם לאוכלוסייה האזרחית בעת סכסוכים מזויינים. לא למותר להזכיר את סעיף 50 לפרוטוקול הראשון הנספח לאמנת ג'נבה הרביעית הקובע, כי במקרה של ספק באשר להיותו של אדם אזרח, ייחשב אדם זה כאזרח (סעיף 50(1) לפרוטוקול).

“אימוץ פרשנות זו ראוי אף בהתחשב בתכליתה של אמנת ג'נבה – מתן הגנה רחבה ככל הניתן לאנשים מוגנים. פרשנות זו ראויה היא במיוחד, נוכח התמשכותו של הכיבוש הישראלי בגדה המערבית. כיבוש כה ממושך, מצדיק להגביר את ההגנה הניתנת לאוכלוסייה הכבושה”.

א' בן-נפתלי, ק' מיכאלי, "פרשת לך לך: בין אדם למקום", המשפט ט (2004), 56, 64-66.

פרשנות אחרת תביא, כפי שאנו רואים בענייננו, לפגיעה שרירותית, בלתי-מוצדקת ובלתי-מידתית בזכויות אדם בסיסיות של מוגנים.

60. אשר על כן מחובתו של המפקד הצבאי להפריד ולהבחין בין תושב תמים לבין לוחם או אזרח, המשתתף בפעילות, המסכנת את ביטחון הכוח הכובש, ומחובתו לכבד את זכויותיה של האוכלוסייה האזרחית ולהגן עליהן - נגזר איסור ברור לפגוע בזכויות יסוד של מוגן, ללא עילה כדין, ובלא שיועמדו לו הגנות מפני פגיעה שרירותית שכזו. בהתקיים ספק כלשהו באשר לשאלה אם אדם מסוים מעורב בלחימה או בפעילות נגד הכוח הכובש, הרי שספק זה פועל לטובתו.

חקיקה צבאית

61. נראה, כי אף מתקין הצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל – 1970 (להלן "הצו בדבר הוראות ביטחון") סבר, כי הגבלות ממין אלו, בהן עסקינן בעתירה זו, יכולות להיות מוטלות אך ורק על בסיס אינדיבידואלי. זאת, בין שראה לנגד עיניו, עת חוקק את הצו, את הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה ובין אם לאו. פרק ה' לצו בדבר הוראות ביטחון כותרתו "צווי הגבלה, וצווי פיקוח". סעיף 84א' קובע, כי "לא יפעיל מפקד צבאי סמכות לפי פרק זה ולפי פרק ה1 אלא אם הוא סבור כי הדבר הכרחי בגלל טעמי בטחון הכרחיים".

62. סעיף 85 הכלול בפרק ה' עוסק בהוצאתם של צווי הגבלה:

"85(א) מפקד צבאי רשאי לתת צו, לגבי כל אדם, למטרות הבאות, כולן או מקצתן:

(1) להבטיח שאותו אדם לא יימצא בכל אחד מאותם השטחים באזור שיפורטו בצו אלא במידה שהורשה לו הדבר בצו, או בידי רשות או אדם שיינקבו בצו;

...

(ג) למטרת סעיף זה תוקם וועדת ערעורים שחבריה נתמנו על ידי מפקד האזור..."

63. סעיף 86 העוסק בהוצאתם של צווי פיקוח מיוחד, קובע:

"86(א) מפקד צבאי רשאי להורות בצו שאדם יהיה נתון לפיקוח מיוחד.

(ד) אדם הנתון בפיקוח מיוחד לפי סעיף זה – יהיה כפוף להגבלות הבאות, כולן או מקצתן, כפי שיורה המפקד הצבאי:

...

(2) לא יעזוב את העיר, הכפר או הנפה, שבהם הוא גר, ללא רשות בכתב של מפקד צבאי;"

64. על-פי סעיפים אלה, מוסמך המפקד הצבאי להגביל תנועתו של אדם, ממנו נשקפת סכנה לביטחון. מדובר בסמכויות אדמיניסטרטיביות ביחס לאנשים בודדים בלבד (ראו מ' דרורי,

החקיקה באזור יהודה והשומרון (תשל"ה-1975) עמ' 182). נוכח חומרתו של הפיקוח המיוחד, ניתנה הזכות למי שניתן נגדו צו פיקוח לפנות בערעור לועדת ערעורים (שם, בעמ' 180-181).

65. סעיפים אלה בצו בדבר הוראות ביטחון הינם הסדרים ספציפיים, ובגדר הוראת דין מיוחדת (lex specialis). כאשר עניין מסויים נופל לגדרה של הוראה כזו, הרי שיש לפנות אליה, ועל-פיה להכריע. מה שנאסר על פיה אסור גם אם הוראה כללית עשויה לכאורה להתפרש כמתירה אותה (ראו עניין עגזרי, בעמ' 367; בג"ץ 4445/02 מור נ' ראש-עיריית הרצליה, פ"ד נו(6) 900, 908, והאסמכתאות המפורטות שם; בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 541; א' ברק פרשנות במשפט, כרך א, תורת הפרשנות הכללית, עמ' 551).

66. פעולותיו והוראותיו של המשיב בעניינינו חורגות לפיכך מסמכויותיו על-פי הצו בדבר הוראות ביטחון.

משפט ישראלי

67. מסקנה זו, כי הגבלת חופש תנועתו של אדם הינה מותרת ואפשרית אך ורק על בסיס אינדיבידואלי, נגזרת אף מהמשפט החוקתי והמינהלי הישראלי, כפי שפותח בפסיקתו העניפה של בית משפט זה.

68. עיקר הפסיקה עד כה, עסקה בהגבלות על חופש התנועה, שנבעו מהטלת איסור על יציאתו מן הארץ של אדם, ולא על הגבלות על תנועתו של אדם בתוך מדינתו. לפיכך, מן הראוי תחילה להביא את עמדתו של בית המשפט באשר למדרג החומרה של ההגבלות השונות על חופש התנועה, ובכלל זאת את קביעתו, כי הגבלת התנועה לתחומי עיר מסוימת מצויה במדרג חומרה גבוה מפגיעה בחופש התנועה על דרך של איסור יציאה מן הארץ. מכאן שיש ליישם את האמור בפסיקה בעניין איסורים והגבלות על יציאה מן הארץ בבחינת קל וחומר לגבי הגבלות תנועה של אדם בתוך מדינתו.

"צווי הגבלה יכול שיהיו שונים ומגוונים, וגם מידת פגיעתם אינה שווה לכל נפש. לא הרי צו הגבלה המטיל על המוגבל "מעצר בית" (תקנה 110(4) לתקנות הני"ל) כהרי צו הגבלה המגביל את תנועתו לאזור, שבתחומו רשאי הוא לנוע בחופשיות. ואינה דומה הגבלה לאזור מסוים, לגבי מי שמתגורר וגם עובד בו, להגבלה של מי ש"הוגלה" לאזור על-פי הצו. כשם שלא דומה מי שנאסרה עליו היציאה מן הארץ למי שחופש תנועתו הוגבל בתוך תחומי המדינה..."

סעיף 5 לפסק דינו של השופט גולדברג, בג"ץ 672/87 עתאמללה נ' אלון פיקוד הצפון, פ"ד מב(4) 708. ההדגשה הוספה – ל"י

"... אין צריך לומר כי הפגיעה החמורה ביותר בחופש התנועה והזכות לחירות היא כליאתו של אדם בבית סוהר... פחותה הימנה היא הגבלת חופש התנועה למקום מגורים מסוים... פחותה הימנה היא הגבלת התנועה

לתחומי עיר מסוימת, ופחותה הימנה הגבלת התנועה על דרך של איסור כניסה לתחומי עיר מסוימת... פחותה הימנה היא פגיעה בחופש התנועה על דרך של איסור יציאה מן הארץ, כמו על-ידי תקנה 6 לתקנות או איסור יציאה של נאשם או עיכוב יציאה של חייב. פחותה הימנה היא ההגבלה על דרך של איסור כניסה לארץ מסוימת, כמו איסור כניסה לארץ אויב לפי תקנה 5 לתקנות..."

סעיף 10 לפסק דינו של השופט טירקל, בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695

69. המשפט הישראלי הציב את חופש התנועה כזכות יסוד חוקתית המעוגנת בסעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

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

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

ראו גם בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, תק-על(1)94, 1139, 1147

70. בית המשפט קבע, כי באיזון שבין ההגבלה על חופש תנועה מחוץ לתחום המדינה לבין הסיכון לפגיעה בביטחון המדינה, יש להפעיל את מבחן "החשש הכן והרציני". מבחן זה משליך הן על **חוזקו של החשש** לפגיעה בביטחון המדינה, והן על **עוצמת אותה סכנה לביטחון המדינה**, הדרושים לשם הצדקת הפגיעה בחופש התנועה. לשם הצדקת הפגיעה בחופש התנועה נדרש כי שני התנאים הללו יתקיימו במצטבר:

"...לגבי חופש תנועה מחוץ לתחום המדינה מקובל עלי (כאמור) מבחן "החשש הכן והרציני". בעת יישומו של מבחן זה עלינו לשוות לנגד עינינו מצד אחד את הצורך בשמירה על הזכות שבה מדובר - שעם היותה פחותה מזכות התנועה הפנים-ארצית היא עודנה חשובה - ומצד אחר את הצורך למנוע את התרחשות הסכנה לביטחון המדינה, אם חופש התנועה לא יוגבל. צריך איפוא להתקיים קשר סיבתי בין השניים (כמבואר לעיל), כמו כן יש להביא בכלל השיקולים את חומרת הסכנה, שעליה סב החשש הכן והרציני, שהרי החשש לביטחון המדינה יכול שילבש צורות שונות ויתבטא באופנים שונים בעלי מידת חומרה שונה. לא הרי סכנה קלת ערך או בעלת משקל קל יחסית כהרי סכנה הנוגעת לאינטרס חיוני ממש."

סעיף 3 לפסק דינה של המשנה לנשיא בן-פורת, בג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701

71. משמעות הדרישה לקיומו של חשש כן ורציני היא, כי לביסוסו של חשש זה אין להסתפק רק בחשדות כלליים ועמומים, אלא יש צורך בקיומן של ראיות חד-משמעיות, מוצקות ומשכנעות:

"...מידת הסכנה נלמדת מן הראיות המצויות לפני מוציא הצו, אשר עליו להשתכנע, כי הן מחייבות את ההגבלה, בהיותן חד-משמעיות ומשכנעות לקיומה של אותה סכנה."

סעיף 5 לפסק דינו של השופט גולדברג, בג"ץ עתאמללה

72. על מבחן "החשש הכן והרציני" לקיומה של סכנה ממשית לגרימת נזק משמעותי לביטחון המדינה להיות מופעל **בהתייחס לאדם מסוים**, אשר חופש התנועה שלו עומד להיות מוגבל בשל אותו סיכון לנזק:

"... החשש ה"רציני", המצדיק מתן צו לאיסור יציאתו של אדם מן המדינה, **חייב להיות מושתת על ההערכה, שקיימת סכנה של ממש, כי עקב נסיעתו של אותו אדם לחוץ-לארץ עלול להיגרם נזק משמעותי לביטחון המדינה**, וכדי להגדיר את המבחן מההיבט השלילי, הרי הייתי קובע, שמשמעותו של הדיבור "חשש רציני" היא, שחשש קלוש, שולי, רחוק או **תיאורטי בלבד** אינו מצדיק את הוצאתו של צו איסור יציאה על-פי תקנה 6 לתקנות." סעיף 10 לפסק דינו של השופט ג' בד, בג"צ דאהר. ההדגשות הוספו – ל' י"

"...אולם כל מידה של פגיעה בחופש התנועה חייבת להיות תולדה של העמדת שני הערכים, זה מול זה, ושל השכנוע, כי הפגיעה אכן מתחייבת **למען השגת המטרה הביטחונית הספציפית** שהיא באה למנוע. משמעות הדבר, כי חייב להיות קשר ישיר בין האמצעי שנקט לבין **מידת הסכנה הנשקפת מן האיש שכנגדו הוצא צו ההגבלה**..."

סעיף 5 לפסק דינו של השופט גולדברג, בג"צ עתאמללה. ההדגשות הוספו – ל' י"

"...בבואנו להניח את הזכויות המתנגשות על כפות המאזניים, סבורני שיש לשקול בתחילה את **עוצמת הפגיעה בזכותו של הפרט** ולאחר מכן את עוצמת הפגיעה בזכותו של הציבור. עוצמת הפגיעה בזכותו של הפרט תיבדק לפי מידת היקפה הגאוגרפי של ההגבלה, משך הזמן של ההגבלה, ואף לפי **עניינו האישי** של האדם שיציאתו נאסרה, ביציאה מן הארץ.

סעיף 9 לפסק דינו של השופט טירקל, בג"צ סלאח. ההדגשות הוספו – ל' י"

73. פרשנות המחייבת קיומה של סכנה לביטחון מהאדם עצמו, כתנאי לפגיעה בזכויות אדם בסיסיות שלו, נדונה אף בדנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון (פ"ד נד(1) 721). באותו מקרה נפסק, כי הפגיעה בזכויות אדם בסיסיות הנגרמת עקב מעצרו המינהלי של אדם, שלא על פי הצדקה פרטנית המבססת את הסכנה הנשקפת ממנו עצמו - היא כה חריפה, עד כי רק הוראה בחוק אשר תקבע במפורש את תחולת החוק על מי, שממנו עצמו אין נשקפת סכנה שכזו תוכל להוביל למסקנה, כי החוק נועד לאפשר מעצר מינהלי מסוג זה. מן הראוי להוסיף, כמובן, כי גם במקרה שכזה תצטרך חוקתיותה של הוראה שכזו להיבחן (שם, בעמ' 741). הנשיא ברק מדגיש, כי המעבר ממעצרו המינהלי של אדם שממנו נשקפת סכנה לביטחון המדינה למעצרו המינהלי של אדם שממנו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה, איננו מעבר "כמותי" כי אם "איכותי". בית המשפט קובע, כי במצב דברים זה "הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של ביטחון המדינה מובילים לנקיטת צעד זה." (שם, עמ' 742).

בית המשפט בחר לאמץ פרשנות זו אף בהנחה, שמדובר באמצעי שהינו יעיל לקידום ביטחונה של המדינה, שכן "לא כל אמצעי יעיל הוא גם חוקי" (שם, בעמ' 744).

כן השוו בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נז(2) 349.

74. לאור כל האמור לעיל, מבקשים העותרים לקבוע בזאת, כי אין לראות בפסיקתו של בית משפט זה בבג"ץ 7960/04 אלראזי נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה (פסק-דין מיום 29 לספטמבר 2004, להלן "עניין אלראזי") הלכה פסוקה. בפסק דין זה קבע בית המשפט, בהתחשב "בנסיבות הקשות" אשר שררו, לדבריו, בעת מתן הכרעתו, כי אין להתערב בהחלטת מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה לאסור את יציאתם של מספר סטודנטים פלסטינים מאזור חבל עזה לאזור יהודה והשומרון לצורכי לימודים. זאת למרות הודאתו של המפקד הצבאי, כי דחיית בקשות הסטודנטים לא התבססה "על אבחון פרטני המתייחס לכל אחד ואחד מן העותרים באופן אישי, אלא על הערכת גורמי הביטחון כי די ב"פרופיל הסיכון" שאליו משתייכים העותרים כדי להקים יסוד לחשש כי ארגוני הטרור הפועלים באזור חבל עזה ינצלו את יציאתם לבית-לחם לביצוע פיגועים בשטחי ישראל ובאזור יהודה והשומרון...".

75. המשנה לנשיא מצא כתב בפסק הדין, כי "הננו נכונים להניח כי לפחות חלק מן העותרים ביקשו לצאת לבית-לחם במטרה ללמוד שם, ולא לשום מטרה אחרת. עם זאת שוכנענו כי בהתרת יציאתם מאזור חבל עזה כרוך סיכון מהותי לביטחון הציבור בישראל ובאזורים...".

76. כאמור לעיל, לדעת העותרים אין לראות בפסק דין זה הלכה פסוקה, וזאת בעיקר עקב העובדה, כי אין בו כל התייחסות או התמודדות עם הסוגיות כבדות המשקל המתחייבות מהודאת המפקד הצבאי, כי עמדתו בנדון, הפוגעת פגיעה חמורה בחופש התנועה של הסטודנטים העותרים, מתבססת אך על הקביעה בדבר השתייכותם ל"פרופיל סיכון" ולא על בסיס אבחון פרטני, כנדרש ברגיל על-פי החוק והפסיקה. פסיקה כה חריגה בנוף הפסיקה הישראלי, שחלקה נסקר לעיל, תוך סטייה שכזו מן ההלכה הכללית ללא כל דיון בסוגיות אלו וללא כל נימוק אינו יכול לבסס שינוי הלכה. מן הראוי לציין, כי עמדתו של המפקד הצבאי בעניין אלראזי עומדת כעת לעיון במספר עתירות שתלויות ועומדות (ראו, למשל, בג"ץ 11120/05 חמדאן נ' אלוף פיקוד הדרום).

77. אף את ניסיונו של המשיב להסתמך על פסק-הדין שניתן בבג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (2006) (טרם פורסם), יש לדחות. אומנם, בפסק-הדין נדחו העתירות נגד חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל. ואולם, עיון בחוות דעתם של השופטים שישבו בדיון מעלה, כי רוב השופטים דחו את הטענה, כי די בכך שאדם נמנה על "קבוצת סיכון" כדי להכשיר פגיעה בזכויות יסוד. הכיצד? חמישה מאחד-עשר השופטים קבעו באופן חד-משמעי, כי פגיעה גורפת בזכות לחיי משפחה, ולשוויון, אשר לא מתבססת על בדיקה אינדיבידואלית, מהווה פגיעה העולה על הנדרש (הנשיא ברק, והשופטים ביניש, פרוקצ'יה, גיבראן וחיות). הנשיא ברק עומד על כך, ש :

"הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות. כך הדבר במשפטנו שלנו. כך הדבר במשפט המשווה (ראו N. Emiliou, The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study, 30, 99 (1996); להלן – אמיליו). זוהי הגישה המקובלת בבית הדין האירופי לזכויות האדם... כך הדבר גם במשפט הקהילה האירופית..." (פיסקה 70 לחוות דעתו של הנשיא ברק).

78. אף השופט לוי סבר, כי החוק פוגע בזכויות חוקתיות במידה העולה על הנדרש. החלטתו שלא להצטרף לחוות-דעתו של הנשיא ברק נבעה מכך, שסבר, כי מן הראוי לאפשר למדינה לגבש בתוך תשעה חודשים הסדר חלופי. לעומת זאת, המשנה לנשיא חשין, והשופטת נאור סברו, כי אין מדובר כלל בפגיעה בזכויות המוגנות על-ידי חוק היסוד, אך שגם אם קיימת פגיעה כאמור, הרי שהיא מידתית. שלושה שופטים מבין אחד-עשר שופטי ההרכב (השופטים גרוניס, עדיאל וריבלין) סברו, כי אכן מדובר בפגיעה בזכות יסוד, אך כי הפגיעה אינה בלתי-מידתית.
79. הנה כי כן, עיון בחוות דעתם של רוב השופטים בעניין עדאלה מעלה, כי דעת רוב השופטים הייתה, כי פגיעה גורפת בזכות יסוד, שאיננה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית הינה פגיעה בלתי מידתית. זאת ועוד, בעניין עדאלה נדון חוק של הכנסת בו הפגיעה בזכות, תוך נקיטה באמצעי גורף, נקבעה בהוראה מפורשת בו. בענייננו, לעומת זאת, מבקש המשיב להכשיר פגיעה קולקטיבית בזכויות יסוד, על דרך אימוצה של פרשנות "מרחיבה" של הוראות דין, במשפט הבינלאומי, ובחקיקה הצבאית, פרשנות המרחיבה את הפגיעה בזכויות אדם.

הפרקטיקה על-פיה נוהג המשיב ביחס לישראלים תושבי השטחים

80. נבקש להפנות אף לדרך פעולתו של המשיב בטרם הוצאתם של צווי הגבלה נגד תושבי הגדה המערבית, שהינם אזרחי מדינת ישראל. במסגרת דיון שקיימה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ביום 5.7.2006 בעקבות הוצאתם של 11 צווי הגבלה על ישראלים ביהודה ושומרון, עמד עו"ד שי ניצן, המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), על הפרקטיקה על-פיה פעל המשיב בטרם הוציא את צווי ההגבלה נגדם.
81. בדיווח עמד עו"ד ניצן על כך, שצווי ההגבלה הוצאו אך ורק נגד אנשים אשר התגבש נגדם חומר ראיות אשר הוכיח, כי הם מהווים באופן חד-משמעי גורם מסכן לביטחון החיים והרכוש. באופן כללי הבהיר, כי לתהליך הוצאת צווי הגבלה קודם: איסוף חומר מודיעיני מעמיק על-ידי גורמי הביטחון, קבלת חוות דעת של יועמ"ש איו"ש, התייעצות עם פרקליטות המדינה לשם קבלת חוות דעת, ולבסוף – אישורו הסופי של אלוף הפיקוד. כן דיווח, כי לכל אלה נגדם הוצאו הצווים ניתנו התראות מראש, וניתנה להם האפשרות להגיש הסתייגות לצו.
82. לא למותר להזכיר, את דבריו של יו"ר הוועדה, מנחם בן-ששון לסיכום הדיון:

"בדיון הוועדה הושם דגש על ההבדל בין גישה פלילית בדיעבד לעבירה לבין צווי הגבלה, שתכליתם מניעתית, והם נועדו לשם שמירה על ביטחון התושבים. הוועדה מחזקת את ידי כוחות הביטחון ורשויות החוק בשמירה על החוק ובשמירה על ביטחון תושבי אזור יהודה ושומרון. הוועדה סבורה כי על המפקד באזור לשקול בקפידה הוצאת צווי הגבלה, תנאי הגבלה וזמן הגבלה, בהתאם לכל מקרה פרטני."

(ההדגשה הוספה – ל' י')

העמוד הרלבנטי מפרוטוקול הדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 5.7.2006 מצורף ומסומן כנספח ע/18.

הפרוטוקול המלא ניתן לעיון באתר האינטרנט של הכנסת בכתובת:

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2006-07-05.rtf>

כן ראו ההודעה לעיתונות מטעם ועדת חוקה, חוק ומשפט, אשר התפרסמה ביום 5.7.2006, המצורפת ומסומנת כנספח ע/19.

סיכום

83. מכל המקורות שנסקרו לעיל עולה – כי הבסיס היחיד להגבלת תנועתו של אדם, מהטעם שתנועתו של אותו אדם מהווה "סיכון ביטחוני" הינו חשד ממשי המגובה בראיות, כי מאותו אדם נשקפת סכנה לביטחון. כך נדרש על מנת למנוע יציאתו של אדם לחו"ל. כך יש לדרוש, מקל וחומר, עת מבקשים להגביל את חופש התנועה של האדם בתוך השטח עצמו.
84. לפיכך, "תיחום מקום מגורים" או "הגבלת תנועה" המוניים, ללא עילה אישית וללא בדיקה אינדיבידואלית של כל אחד ואחת מאלה כלפיהם ננקט אמצעי זה – הינו אסור על פי המשפט הבינלאומי הפומבי, על פי משפט זכויות האדם, ועל פי המשפט המינהלי והחוקתי הישראלי.
85. דא עקא, שכפי שראינו לעיל, המשיב מודה בפה מלא, כי עושה הוא שימוש באמצעי זה של הגבלת תנועתם של תושבים מוגנים, באופן המוני - בלא כל בדיקה אינדיבידואלית, ובלא לבסס בראיות כלשהן, סכנה ממשית הנשקפת מכל אחד מהאנשים, שתנועתם וחירותם הוגבלו. זאת, אך משום שאיתרע מזלם והינם נמנים על קבוצה בעלת "פרופיל סיכון" – לפי חוות דעתם של גורמי הביטחון.
86. נראה, כי עת הורה המשיב לאסור על יציאתם מהשטח הסגור של כל אותם אנשים, שלפי הערכתו נמנים על "קבוצות סיכון", התעלם הוא לחלוטין מחובותיו על-פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, מהוראותיו של הצו בדבר הוראות ביטחון ומפסיקתו של בית משפט זה.
87. העולה מהמקובץ הוא – כי מדובר בהוראות ובאיסורים, החורגים מסמכויותיו של המשיב, והמהווים הפרה של חובותיו על פי המשפט הבינלאומי והמשפט הישראלי.

ד. הטלתם של איסורי תנועה ללא עיגון חוקי תקף – אי-חוקיותו של "צו הכתר"

88. לטענתו של המשיב, המקור החוקי התקף לנקיטה באמצעי האמור, של הגבלת תנועתם של תושבים מוגנים, הינה ההכרזה בדבר סגירת שטח (כתר) (אזור A) ("צו הכתר"), שנחתמה ביום 3.12.2001, וזאת, לצד סמכותו "המעוגנת בתחיקת הביטחון, להורות אף בדרכים אחרות על נקיטה באמצעי זה." (סעיף 16 למכתבו של סרן חאמד מיום 1.8.2006, ע/14).

89. אין אנו יודעים מהן ה"דרכים האחרות", שלפי דעת המשיב מסמיכות אותו לנקוט באמצעי זה. משמדובר בשלילה של חופש התנועה, הרי שהמינימום ההכרחי הוא, שהמשיב יוכל להצביע על מקור סמכות ברור, המסמיך אותו באופן חד-משמעי לפגוע בדרך זו בזכויות אדם (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 520-521; בג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 762). לפיכך, נפנה לבחינת חוקיותו של מקור הסמכות, בו נתלה המשיב – צו הכתר.

89.1. על-פי "צו הכתר", שנחתם בסוף שנת 2001, הוכרזו כל שטחי A בגדה המערבית כשטח צבאי סגור.

89.2. על-פי סעיף 2(ב) לצו נקבע, כי: "לא ייכנס אדם לשטח הסגור ולא ייצא ממנו".

89.3. בסעיף 3 לצו נקבע, כי:

"הכרזה זו לא תחול על:

- (א) חייל, שוטר וכל מי שנמנה על כוחות הביטחון במסגרת מילוי תפקידים;
- (ב) כל מי שניתן לו היתר לכך על ידי או על ידי מי שהוסמך לכך על ידי."

89.4. בצו נקבע, כי תחילת תוקפו מיום חתימתו.

89.5. לא נקבעה כל מגבלת זמן לתוקפו.

העתק מההכרזה בדבר סגירת שטח (כתר) אזור (A), מיום 3.12.2001, צורף כנספח ע/1.

90. כפי שניתן לראות במפה המצורפת, שטחי A כוללים את הערים הפלסטיניות העיקריות ומספר מרחבי כפרים בגדה המערבית. כל אחד מהשטחים, שהוגדרו כשטחי A, מופרד ממשנהו.

מפה בה מסומנים השטחים הסגורים, מצורפת ומסומנת כנספח ע/20.

91. מכאן, שמשמעותו דה-יורה של צו הכתר הוא – כליאתם של רוב רובם של תושבי הגדה המערבית בשטחי מחיה קטנים ביותר, מעין "מובלעות", שטחים הכוללים את שטח העיר ולעיתים מרחב נוסף הצמוד לה. הקטן שבשטחים אלה משתרע על כ-3.8 קמ"ר (קלקיליה). שטחי מובלעות אחרים משתרעים למשל על 9.6 קמ"ר (טולכרם), 22 קמ"ר (בית-לחם), 65 קמ"ר (יטא).

היקפם של שטחי A השונים מופיע על גבי המפה שצורפה כנספח ע/20.

92. על-פי צו הכתר נשללה זכותם של תושבי הגדה המערבית לחופש תנועה. החל מעת הוצאתו ואילך, הפלסטינים תושבי הגדה המערבית אינם זכאים יותר לצאת את עירם או להיכנס לעיר אחרת, אלא בהינתן היתר לכך מהמשיב או ממי מטעמו.
93. צו הכתר, המורה על סגירתם של כל שטחי A, נחתם כאמור ביום 3.12.2001, לפני קרוב ל-5 שנים. בצו לא נקצב כל מועד לסיומו. המשיב מעולם לא הורה על ביטולו. ואכן, כפי שהודיע המשיב, הוא עדיין רואה אותו כשריר וקיים, כמעט 5 שנים לאחר שהוצא! המשיב אף ממשיך ומוציא הוראות מכוחו. לפי שיטתו, יכול הצו להמשיך ולעמוד בתוקפו עוד שנים רבות, ולמעשה, ללא כל הגבלת זמן.
94. **בחינתו של צו הכתר מעלה, כי מדובר בצו בלתי-חוקי בעליל**, העומד בסתירה להוראות המשפט הבינלאומי; השולל, הלכה למעשה, באופן אסור את הזכות לחופש תנועה; החורג מהסמכויות, שנקבעו בצו בדבר הוראות ביטחון; ואשר איננו עומד בתנאים, שנקבעו בהלכה הפסוקה להוצאתו של צו שטח צבאי סגור. הכל כפי שיפורט להלן.
95. **ראשית, צו הכתר הוצא בחריגה מהסמכויות, המוקנות למפקד הצבאי על-פי המשפט הבינלאומי ועל פי המשפט הישראלי**. כפי שפורט לעיל, הסמכות לאסור יציאתו של אדם מאזור מתוחם מוגבלת אך למצב, שבו קיים חשד המבוסס ומגובה בראיות לסיכון הנשקף מהאדם הספציפי כלפיו נקט אמצעי זה.
96. דא עקא, שצו הכתר עושה בדיוק את האסור – סוגר את מרביתה של אוכלוסיית הגדה המערבית במתחמים סגורים תוך שהוא אוסר עליהם את היציאה מעירם והכניסה לכל עיר אחרת בגדה המערבית.
97. לפיכך, ומאותם טעמים עליהם עמדנו לעיל, בגינם המשיב איננו מוסמך לאסור על יציאתם של תושבים מהעיר שכם באופן גורף והמוני, בהיעדר עילה אישית, הוא אף איננו מוסמך להוציא צו, הכולא תושבים אחרים בגדה המערבית בתוך תחומי עירם (או עיר אחרת, אליה נקלעו בדרך מקרה).
98. מכאן, שצו הכתר מנוגד להוראות המשפט הבינלאומי ולפיכך הוצא בחריגה מסמכות.
99. **שנית, צו הכתר חורג מסמכויותיו של המפקד הצבאי, על-פי הצו בדבר הוראות ביטחון**, כפי שיש לפרשן על מנת שיעלו בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי.
100. אכן, מבחינה לשונית, ניתן לקרוא את סעיף 90 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל-1970, כמסמך את המפקד הצבאי להכריז על "כל שטח או מקום שהם סגורים" (סעיף 90(א) לצו), ובין השאר, להורות, כי "לא יכנס אדם לשטח הסגור ולא יצא ממנו." (סעיף 90(ב) לצו). וזאת, גם כאשר השטח הסגור הינו עיר או מתחם, המשמש למגורים.
101. דא עקא, שגם סמכות זו לסגירת שטח, שנקבעה בצו בדבר הוראות ביטחון, כפופה להוראותיו של המשפט הבינלאומי ומוגבלת על-פיהן. לפיכך, המפקד הצבאי איננו רשאי

לעשות שימוש בסמכות להורות על סגירת שטח, ככל שהיא חורגת מהסמכויות או סותרת איסורים, שנקבעו במשפט הבינלאומי.

102. כמו כן ראינו, כי לעניין הגבלת תנועתו של אדם, ממנו נשקפת סכנה לביטחון, קבע הצו בדבר הוראות ביטחון הסדרים ספציפיים (סעיפים 84-86 לצו), שהינם בגדר הוראת דין מיוחדת (*lex specialis*). כאשר עניין מסויים נופל לגדרה של הוראה כזו, הרי שיש לפנות אליה, ועל-פיה להכריע. מה שנאסר על פיה אסור גם אם הוראה כללית עשויה לכאורה להתפרש כמתירה אותה (ראו עניין עג'ור, בעמ' 367; בג"ץ 4445/02 מור נ' ראש-עיריית הרצליה, פ"ד נו(6) 900, 908, והאסמכתאות המפורטות שם; בג"ץ 1435/03 פלונת נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 541; א' ברק פרשנות במשפט, כרך א, תורת הפרשנות הכללית, בעמ' 551).

103. בענייננו, וכפי שהראינו לעיל, סגירתם של אנשים בתוך מתחם סגור, תוך הטלת איסור עליהם לצאת ממנו, מהווה הגבלה קיצונית על תנועתם, השקולה למעשה ל"תיחום מקום מגורים", והמוגבלת, בכל מקרה, אך לאותם מקרים, בהם קיים חשד ספציפי נגד האדם הנפגע. אמצעי זה מצוי לפיכך, מחוץ לאמצעים המותרים על פי סעיף 90 לצו בדבר הוראות ביטחון. זוהי הפרשנות הראויה היחידה לסעיף זה בצו. כך הדבר, משום שפרשנות אחרת תביא לסתירה בין סעיף זה עצמו לבין המשפט הבינלאומי, מכוחו יונק המפקד הצבאי את כוחו וסמכותו, ועל פיו מוגבלות סמכויותיו (בג"צ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(2) 197, 229; (בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 793)). פרשנות שכזו תוביל לפיכך, למצב בו סעיף 90 עצמו חורג מסמכויותיו של המשיב על פי דיני המלחמה.

104. כאמור לעיל, קיימים סעיפים אחרים בצו בדבר הוראות ביטחון, המסמיכים את המפקד הצבאי לנקוט באמצעי זה, של הוצאת צווי הגבלה וצווי פיקוח – אלו הם סעיפים 84א', 85 ו-86 לצו. סעיפים אלה מוגבלים להוצאתו של צו כלפי אדם מסוים, מטעמי ביטחון החלטיים, וקובעים את זכותו של הנפגע לערער בפני ועדת ערעורים (ראו עניין עג'ור, בעמ' 367).

105. שלישית, צו הכתר, שמשמעו שלילה דה-יורה של הזכות לחופש תנועה של האוכלוסייה הפלסטינית בגדה המערבית, סותר את הוראותיו של משפט זכויות האדם הבינלאומי.

106. סעיף 12(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966 קובע, כי אדם, הנמצא כחוק בתוך שטחה של מדינה, זכותו, בתוך שטח זה, לנוע ולבחור את מקום מגוריו באורח חופשי. יישומה של הוראה זו לענייננו משמעה, כי הזכות לחופש תנועה של תושבים "מוגנים" בגדה המערבית כוללת את הזכות לנוע ולבחור את מקום מגוריהם בתוך שטח זה.

107. סעיף 5 לאמנה קובע, כי "אין באמנה זו דבר אשר ניתן לפרשו כמורה על זכות שהיא בידי מדינה, קבוצה או יחיד, לפתוח בפעולה או לבצע מעשה אשר תכליתם – הכחדתן של הזכויות והחירויות שהוכרו באמנה זו, או הגבלתן במידה גדולה יותר מכפי שנקבע באמנה זו".

108. כפי שראינו, על פי צו הכתר רוכזה, מבחינה משפטית, רובה ככולה של האוכלוסייה בגדה המערבית בתוך מתחמים סגורים, מבודדים. כפי שגם ראינו, מדובר בשטחים, שלפחות חלקם הינם שטחי מחיה קטנים למדי. סגירתם של תושבים בשטחים אלה שוללת מהם את הזכות הבסיסית לנוע בתוך שטחי הגדה המערבית, ולבחור את מקום מגוריהם באופן חופשי.
109. שלילה זו, שאיננה מוגבלת בזמן, מביאה לשלילה דה-יורה של הזכות לחופש תנועה ביחס לרובה המכריע של האוכלוסייה הפלסטינית בשטחי הגדה המערבית. ככזו, סותרת היא את הוראות האמנה.
110. רביעית, אף לו היה מותר לנקוט באמצעי זה ביחס למתחמים מאוכלסים (ולטענתנו, כאמור, הדבר אסור), הרי שצו הכתר אף איננו עומד בתנאים הבסיסיים, שנקבעו בהלכה הפסוקה להוצאתו של צו שטח צבאי סגור בר-תוקף.
111. כאמור לעיל, על-פי צו הכתר הוכרזו כל שטחי A כשטחים צבאיים סגורים. בצו עצמו לא נקבעה כל הגבלה מבחינת הזמן, וכפי שראינו כבר כיום חלפו כמעט 5 שנים מאז נכנס לתוקף. המשיב עצמו מודה בכך, כי "ה'כתר' שהוטל על הערים הפלסטיניות באזור הוסר בשנים האחרונות מחלק מהערים, עד שהעיר האחרונה שנותרה תחת "כתר" קבוע הינה העיר שכם, ..." (סעיף 6 לתשובתו של סרן חאמד, מיום 1.8.2006, נספח ע/14). הנה כי כן, אף לשיטתו של המשיב, התנאים שהובילו להחלטה להורות על סגירת השטחים חדלו להתקיים מזה זמן (ולפחות לזמן מסוים).
112. למרות כל זאת, עמדתו של המשיב היא, כי כל עוד לא הורה על ביטולו, ממשיך הצו לעמוד בתוקף, ללא כל הגבלת זמן, ובלא תלות בתנאי הזמן והמקום.
113. עמדה זו של המשיב עומדת בסתירה להלכה, שנפסקה על-ידי בית משפט זה, בבג"צ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (טרם פורסם) (2006)). בפסק-דין זה נקבעו מספר תנאים בסיסיים להוצאתו של צו שטח צבאי סגור בר-תוקף, ובראשם, כי צו שטח צבאי סגור יוצא אך ורק לאחר בדיקה פרטנית וקונקרטית של תנאי המקום ואופי הסיכונים המיוחדים לאותו מקום (פיסקה 21 לפסק-הדין). ברי, כי אין כל מקום להותרתו של צו כזה בתוקף "ללא הגבלת זמן" וגם כאשר התנאים להוצאתו פסו מן העולם.
114. לא זו אף זו, עמדתו זו של המשיב בענייננו אף עומדת בניגוד גמור לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, שהוצגה בפני בית משפט זה במסגרת בג"צ 9593/04 האמור. בעניין זה הבהיר היועץ המשפטי לממשלה, כי: "המפקד הצבאי רשאי להגביל את זכות הגישה של התושבים לאדמותיהם באמצעות הפעלת סמכויותיו על פי סעיף 90 לצו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), התש"ל-1970.... דבר זה ייעשה על ידי המפקד הצבאי, אך ורק מקום בו נמצא על ידו כי מימוש זכות הגישה מקים סכנה נקודתית חריגה לתושבים הפלסטינים או למתיישבים הישראלים באיזור, אשר לא ניתן להתמודד עימה בדרך חלופית סבירה אחרת בטווח הזמן המתחייב ממהות הסכנה ואופייה. אף במקרה זה ההגבלה תיעשה לזמן המזערי המתחייב" (ההדגשה הוספה – לי י.).

העתק מהעמודים הרלבנטיים מתגובת המשיבים בבג"צ 9593/04, מיום 31.10.2004, מצורף ומסומן כנספח ע/21.

115. קבלת עמדתו של המשיב והפרקטיקה על-פיה הוא נוהג כחוקיות, משמעה – איונה המוחלט של הדרישה להוצאתו של צו שטח צבאי סגור, ולפיכך – פגיעה אנושה בשלטון החוק.

116. הנה כי כן, צו הכתר אף איננו עומד בדרישות המינימליות על מנת שייחשב לצו שטח צבאי סגור בר-תוקף.

ה. ענישה קולקטיבית

117. איסורי התנועה הגורפים, שעוגנו ב"צו הכתר", והמיושמים בימים אלה כלפי תושבי שכם, מהווים הפרה של העיקרון האוסר על ענישה קולקטיבית, שהינו עיקרון יסוד בתורת המשפט הכללית ובדיני המלחמה והתפיסה הלוחמתית.

118. עקרון זה עוגן במפורש במשפט הבינלאומי ההומניטרי. תקנה 50 לתקנות האג קובעת:

No general penalty, pecuniary or otherwise, shall be inflicted upon the population on account of the acts of individuals for which they cannot be regarded as jointly and severally responsible.

119. בסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית נקבע:

No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited. Pillage is prohibited.

120. אף סעיף 75(2)(d) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה קובע כי:

(2) The following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever, whether committed by civilian or by military agents...

(d) collective punishments

הפרשנות לפרוטוקול מבהירה כי המונח "עונש קולקטיבי" כולל כל סנקציה או הטרדה מכל סוג: פליילים, אדמיניסטרטיביים, משטרתיים וכדומה (Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Y. Sandoz et al. eds., Geneva, 1987) 874). ישראל אמנם אינה צד לפרוטוקול והנה אף מתנגדת עקבית לכמה מסעיפיו. עם זאת, סעיף 75(2)(d) לפרוטוקול הנו בעל מעמד מנהגי (G. von Glahn *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law* (Boston, 7th ed., 1996) 622).

121. החשיבות הטמונה באיסור על עונש קולקטיבי אף מצאה ביטוי באפיונה על ידי ועדת זכויות האדם של האו"ם כנורמה קוגנטית אשר אינה ניתנת לסטייה אף במצבי חירום הנופלים תחת סעיף 4 ל – Human Rights Committee, General Comment 29, States ICCPR – of Emergency (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001) para 11).

122. איסורי התנועה לצאת מהעיר שכם הוטלו, לפי הטענה, כדי להתמודד עם סכנת הטרור. אלא שהאיסורים אינם מוטלים על טרוריסטים או כאלה החשודים בהשתתפות פעילה בפעילות טרור, אלא הם מופנים ומוטלים נגד קבוצות של האוכלוסייה הפלסטינית, אשר נגדן לא מתקיים כל חשד קונקרטי, ובלא אבחנה אינדיבידואלית.

123. המשיב איננו רשאי להגביל את חופש תנועתו של אדם (למשל, לאסור על יציאתו ממדינה או על תנועתו בתוך שטח המדינה), אלא אם האדם המיועד מהווה הוא עצמו סיכון לביטחון האזור (השוו: בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 370-372). על הכרחיותה של מסקנה זו, והיותה נגזרת אף מערכיה היסודיים של מדינת ישראל, עמד בית משפט נכבד זה:

"מסקנה זו מתבקשת מערכינו היהודים והדמוקרטיים. ממורשתנו היהודית למדנו כי "לא-יומְתו אָבוֹת עַל-בְּנֵים וּבְנֵים לֹא-יוֹמְתוּ עַל-אָבוֹת אִישׁ בְּחֻטְאוֹ יוֹמְתוֹ" (דברים, כד, טז). "...איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת" (השופט מ' חשין בבג"ץ 2006/97 אבו פארה גנימת נ' אלוף פיקוד מרכז – עוזי דיין פ"ד נא(2) 651, 654); "איש בחטאו ייעצר – ולא בחטאם של אחרים" (השופט טירקל בבש"פ 4920/02 פדרמן נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). מאופיינו כמדינה דמוקרטית שוחרת חופש וחירות מתבקשת המסקנה כי אין תוחמים את מקום מגוריו של אדם אלא אם אותו איש בעצמו, במעשיו שלו, הוא סכנה לביטחון המדינה (השוו דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741).

בג"צ עג'ורי, עמ' 372

124. ודוקו, איסור זה חל בין שמטרת ההגבלה הינה ענישה ובין שמטרתה מניעה. בהיות המניעה מכוונת, לפי הטענה, למניעתו של סיכון ביטחוני, מחוייבת היא להיות מוגבלת ומכוונת אך כלפי אלה, המהווים בעצמם סיכון ביטחוני.

125. ויודגש – אין מדובר בענייננו בפגיעה "אגב אורחא" באנשים שלא פשעו, אך המושפעים באופן עקיף ובלתי ישיר מנקיטתו של צעד נגד אדם הקרוב להם (השוו דברי הנשיא ברק ביחס לפגיעה בבני משפחותיהם של אלה שמקום מגוריהם תוחם, בעניין עג'ורי, עמ' 372). ענייננו בהוראות, המכוונות והפוגעות באופן ישיר ומיידי באנשים, שהמשיב עצמו מודה, כי לא קיים כלפיהם כל חשד שחטאו. למעשה אין כל מחלוקת על כך, שמרביתם המכרעת של האנשים, הנפגעים מהוראותיו של המשיב, הינם אנשים שלא מהווים סכנה לביטחון.

126. אשר על כן, ענייננו בהוראות, המהוות הלכה למעשה ענישה קולקטיבית פסולה ואסורה.

ו. הפרת החובה להבטחת אורחות החיים והסדר הציבורי

127. סמכויותיו של המשיב וחובותיו בשטח הכבוש נתחמו על ידי תקנה 43 לתקנות האג:

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

128. ומה כוללות סמכויות אלה?

"הרישא של תקנה 43 לתקנות האג מעניק לממשל הצבאי סמכות ומטיל עליו חובה להחזיר ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים. סמכות זו כפולה היא: ראשית, החזרת הסדר והחיים הציבוריים על כנם, במקום שהם שובשו בעבר; שנית, הבטחת המשך קיומם של הסדר והחיים הציבוריים. אין התקנה מגבילה עצמה להיבט מיוחד של הסדר והחיים הציבוריים. היא משתרעת על הסדר והחיים הציבוריים בכל היבטיהם. על-כן חלה סמכות זו – בצד ענייני ביטחון וצבא – גם על נסיבות "אזרחיות" רב-גוניות, כגון נסיבות כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם."

בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 798.

129. צו הכתר ואיסורי התנועה, שהוטלו לכאורה מכוחו, מפריס הן את החובה לאזן בין צורכי הביטחון לבין זכויותיה וחיייה של האוכלוסייה האזרחית, והן את החובה להימנע משינוי המצב המשפטי.

130. כפי שראינו, צו הכתר הוצא כבר לפני קרוב ל-5 שנים, והביא ליצירתו של מצב משפטי חדש – בו נשללה זכותם של מרבית תושבי השטח הכבוש לחופש תנועה. כיום, זכות בסיסית זו נתונה ל"חסדיו" של המשיב – ירצה יסיר את ה"כתר" וייתן "היתרי תנועה" לתושבי אזורי A, שהפכו אזורים סגורים, שהיציאה מהם והכניסה אליהם אסורה; ירצה יחמיר את ה"כתר", ולא יאפשר לתושבי אותם אזורים לצאת מהם. כל זאת, בלא כל צורך בהוצאתו של צו נגד מי מהם.

131. עוד ראינו, כי איסורי התנועה מוטלים על אותם חלקים באוכלוסייה האזרחית, המהווים את עמוד השדרה שלה מכל הבחינות – כלכלית, חברתית, חינוכית, סוציאלית, בריאותית ותחבורתית.

132. הנה כי כן, מלבד הפגיעה האנושה ממנה סובלים כל אחד ואחד מהפרטים שחופש תנועתו נשלל ממנו, מביאות הוראותיו של המשיב אף לשבר ולהרס של החברה האזרחית בכללותה. מניעת תנועתם של עובדים – פוגעת באפשרותן של משפחות שלמות להתפרנס; מניעת תנועתם של מורים – פוגעת בתפקודם של מוסדות החינוך וההשכלה; מניעת תנועתם של רופאים וצוות רפואי – משבשת את תפקודם של בתי-החולים ומוסדות בריאות; מניעת תנועתם של עובדים בשירותי רווחה, של נהגים – פוגעת ומשבשת שירותים חברתיים חיוניים; מניעת תנועתם של הורים וקרובי משפחה – פוגעת בקשרי משפחה, ועוד כיוצא בזה.

133. כך במיוחד משעסקינן באיסורי תנועה, הנאכפים מזה תקופה ארוכה. כאמור, כבר כעת מצויים אנו למעלה מחצי שנה מאז חודשו איסורי התנועה על תושבי העיר שכם.
134. הנה כי כן, הוראותיו של המשיב עומדות אף בניגוד להוראת הבסיס ממנה יונק הוא את סמכותו, ובה נקבעה חובתו הבסיסית כלפי תושבי השטח.

ז. פעולות המשיבים נגועות בחוסר סבירות קיצונית

אי-סבירות I

135. החלטת המשיב לאסור על כל הפלסטינים, תושבי הגדה המערבית, שכתובתם הרשומה הינה מרחב העיר שכם, וגילם בתעודת הזהות הינו בין 16-35, לצאת מהעיר שכם, נסמכת לטענתו, על הערכותיהם של גורמי הביטחון, שקבוצות אוכלוסייה אלה מהוות "קבוצות סיכון".
136. בתשובת המשיב מיום 1.8.2006 (נספח ע/14) לא נמסר כל נתון וכל פירוט באשר לנתונים, מהם נגזרה מסקנה זו. כן לא נמסר כל הסבר על אופן הפעלת שיקול הדעת שהוביל אליה. בין השאר, לא נמסר כל נתון המצביע על הסיכוי הסטטיסטי, שאדם מסוים, שנמצא ב"קבוצת הסיכון" האמורה, אכן משתתף בפעילות חבלנית.
137. כזכור, ענייננו באוכלוסייה נפגעת של עשרות אלפי בני אדם (!). אין זה בלתי מתקבל על הדעת, לפיכך, שהסיכוי הסטטיסטי, שאדם מסוים מתוך אוכלוסייה זו קשור בקשר כלשהו לפעילות חבלנית, לא יעלה על 5%. יש לשער, שהאחוז שבו מדובר הינו קטן בהרבה.
138. מכאן, שהחלטת המשיב להגביל את תנועתם של בני הקבוצות שנבחרו הינה סבירה ו"הגיונית" באותה המידה שבה היה נקבע, כי תיאסר תנועתם של כל התושבים ששם הינו אחמד או מחמד.
139. הנה כי כן, השרירות, הגלומה בהטלת איסור תנועה על אדם בשל גילו, איננה גדולה מהשרירות, הגלומה בהטלת איסור תנועה על אדם בשל שמו.

אי-סבירות II

140. איסורי התנועה מוטלים על תושבים, על פי הכתובת הרשומה שלהם במרשם האוכלוסין, המנוהל על-ידי המנהל האזרחי. דא עקא, שנתון זה, במיוחד בימים אלה, רחוק מלהיות מעודכן. כך הדבר, בין היתר, משום שמאז סוף שנת 2000 מערים המינהל האזרחי קשיים על שינוי כתובות של תושבי הגדה, ומשום שמאז ניתוק הקשרים בין המינהל האזרחי והמת"קים הפלסטינים עליו החליטה ישראל לפני מספר חודשים, האפשרות לשינוי כתובת נשללה לחלוטין.
141. משמדובר, איפוא, בנתון, שסיכויי רבים להיות בלתי מעודכן, ולא משקף את המצב העובדתי לאשורו, הרי שמדובר במאפיין שרירותי לחלוטין.

142. לא זו אף זו, בהחלט סביר לשער, כי דווקא אלה המעורבים בפעילות טרור יכולים להשיג, ביתר קלות, אמצעים שונים על מנת לעקוף את האיסורים האמורים. כך, למשל, באמצעות השגתו של תיעוד מזוייף.

אי-סבירות III

143. איסורי התנועה האמורים עולים כדי "תקנה שהציבור אינו יכול לעמוד בה".
144. מדי יום, נשלחים כוחות סיור של הצבא לבצע מרדפים אחרי תושבים, המנסים למצוא דרך על מנת לעקוף את המחסומים והחסימות. בקשתם של התושבים פשוטה, בסיסית והגיונית – להגיע למקומות עבודתם, למוסדות החינוך או ההשכלה, לרופא, לקרובי משפחתם. הם עושים זאת על אף תנאי דרך בלתי נסבלים, שעות ארוכות של נסיעות בדרכי עפר, אותן הם נאלצים לערוך באמצע הלילה, שעות בהן פחותה הסכנה שיפגשו חיילים. הם עושים זאת, על אף חשש ממשי מהיתקלות עם חיילים, חשש העשוי להגיע לסכנה ממשית לחייהם (ראו סעיף 18 לעיל).
145. תושבי האזור עושים זאת, וימשיכו לעשות זאת, כל עוד ייוותרו "חרכים" בכיתור, ההולך ומתהדק סביבם, לא מכיוון שהם פעילים בפעילות, המסכנת את ביטחון האזור או ביטחון מדינת ישראל. הם עושים זאת, ומסתכנים לשם כך, על מנת לקיים צרכי חיים בסיסיים.
146. לו היה מדובר באיסורי תנועה, שהוטלו משך יום או יומיים, נחא. ואולם מדברים אנו באוכלוסייה, הנתונה כמעט דרך קבע (וכבר עתה מדברים אנו על מעל מחצית השנה מאז הושתו מחדש איסורי התנועה האמורים) לאיסורי תנועה שונים, שאת אחריתם לא רואים באופק. במצב דברים זה, אין כל דרך, שהאוכלוסייה תוכל "לקבל" בשוויון נפש גזירה זו, המערערת את יכולתם של יחידיה ושל החברה כולה לשרוד מבחינה כלכלית וחברתית. מדובר אם כן, בגזירה, שהציבור איננו יכול לעמוד בה.
147. דרך פעולה זו של המשיב, ודרך הפעלה זו של שיקול הדעת, יכולות להתבצע אך ורק בהינתן דפוסי חשיבה, המבוססים על זלזול מוחלט בערכי היסוד של כל חברה נאורה – היותו של האדם בן-חורין, הזכאי להכרה ולהגנה על זכויות האדם שלו. ערכים על-פיהם לא יורשע, לא ייענש, ולא יינקטו צעדים, הפוגעים בחירויות היסוד של אדם, בלא אשמה או אחריות אישית.

ח. פגיעה בלתי-מידתית בזכויות אדם

148. בחינת מידתיותה של פגיעה בזכויות במקרה מסויים תלויה בבחינת הנתונים והשיקולים הקשורים לעניין הקונקרטי:

"...בית־המשפט רגיל, בהקשרים שונים, להעריך את המשקל היחסי של זכויות ואינטרסים מתמודדים, על יסוד תשתית של נתונים ושיקולים שהונחה בפניו, ובדרך זאת להגיע אל האיזון הראוי.

כך בדרך-כלל, וכך גם לגבי המידתיות. אין דרך אחרת, אלא הערכה על יסוד נתונים ושיקולים, כדי לקבוע אם פגיעה מסוימת בזכות מסוימת עולה על המידה הנדרשת. בדרך זאת יש ללכת גם כדי לקבוע אם מעצר של חייל בידי שוטר צבאי לתקופה של 96 שעות יש בו פגיעה בחירות האישית העולה על המידה הנדרשת ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי.

בג"צ 6055/99 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241, 274

149. משראינו, שפעולות המשיב פוגעות בצורה קשה וחמורה בזכויות יסוד בעלות מעמד בכורה, מוטל הנטל על המשיב – הטוען, כי מדובר בפגיעה הכרחית מטעמי ביטחון - להוכיח, באמצעות נתונים ועובדות, שהאמצעי שנבחר על ידו הינו מידתי (דברי השופט דורנר בבג"צ 4541/91 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94, 136; חוות דעתו של השופט לוי בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות נ' שר האוצר (טרם פורסם) (2005), פסקאות 10-12, 18-19 (בדעת מיעוט); א' ברק פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 477).

תנאי המידתיות הראשון

150. מבחן המשנה הראשון של המידתיות דורש, שיתקיים קשר רציונאלי בין האמצעי שנקט לבין המטרה, אותה מבקשים להשיג.

151. טענת המשיב היא, כי תכליתם של איסורי התנועה הינה מניעת פגיעה בביטחון, ובאופן ספציפי יותר – מניעתם של פיגועי טרור בתוך תחומי הגדה המערבית ובשטח מדינת ישראל. המשיב לא הביא כל נתונים ועובדות, שיבססו את טענתו בדבר קיומו של קשר רציונאלי בין איסורי התנועה הנדונים לבין מניעת פיגועי טרור. וכבר נפסק, כי "הרמת נטל השכנוע באשר למידתיות הפגיעה בזכות מוגנת כרוכה בביאור עובדתי. הדבר נחוץ לצורך בחינתו של קשר רציונאלי בין התכלית לאמצעי שנבחר לשמש בהשגתה... אכן, רציונאליות דורשת עובדות, "התאמה" מחייבת נתונים..." (פסקאות 18-19 לפסק-דינו של השופט לוי בעניין עמותת מחויבות (דעת מיעוט); א' ברק פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 477).

152. ואולם, על פניו נראה, כי קשר רציונאלי בין האמצעי למטרה איננו מתקיים בענייננו.

153. ראשית, רובם המכריע של הנפגעים מאיסורי התנועה אינם חשודים, באופן ממשי, במעורבות בפעילות טרור.

כל טענת המשיב היא, כי על תושבי העיר שכם נמנים תושבים, המעורבים בפעילות טרור. לטענתו, מונע הוא את תנועתם של קבוצות אוכלוסייה שונות מתושבי העיר שכם, אשר גורמי הביטחון משערים שהינן "קבוצות סיכון". הנה כי כן, ענייננו באנשים חשודים כמסוכנים, לא בשל חשד אישי המבוסס על ראיות, שקיים ביחס לכל אחד ואחת מהם, אלא בשל אפיונים "גנריים", מולדים, שאינם תלויים בשום מעשה שעשו או שמתכננים הם לעשות. הם חשודים אך משום שהינם נמנים על קבוצות סיכון – הם פלסטינים, הם גרים (או רשומים כגרים) בשכם או בסביבתה, והינם בני גילאים מסוימים.

ואכן, המשיב איננו טוען, כי כל תושבי העיר שכם, הנמנים על הקבוצות האמורות, משתתפים בפעילות טרור. הוא אפילו איננו טוען, שרובם או חלק גדול מהם שותפים

בפעילות זו. כל טענתו היא, כי "בחודשים האחרונים חלה עלייה דרמטית במספר ההתראות הביטחוניות-המודיעיניות המצביעות על כוונות גורמי הטרור בעיר שכם להוציא אל הפועל פיגועי טרור... ונעצרו פעילי טרור רבים שמקורם בעיר שכם..." (סעיף 10 למכתבו של סרן חאמד, נספח ע/14).

דא עקא, שאיסורי התנועה אינם מוטלים על "גורמי הטרור בעיר שכם" או על "פעילי טרור שמקורם בעיר שכם", אלא על כלל האוכלוסייה האזרחית. רוב רובם של האנשים שתנועתם הוגבלה, אינם מעורבים, ולא נטען שהינם מעורבים, בפעילות טרור. כל תועלת לביטחון לא צומחת לפיכך מהגבלת תנועתם של אנשים אלה.

154. שנית, אין זה ברור, הכיצד כליאתם במתחם העיר שכם של אנשים החשודים בפעילות טרור, משרתת את הביטחון. השארתם של פעילי טרור בתוך מתחם בו הם יכולים להמשיך ולפעול, מתחם בו אין לכוחות הביטחון שליטה מלאה או עדיפה (וזאת בשונה ממעצר בבית-כלא, או מתיחום מקום מגורים במקום מבודד, שבו ניתן לפקח על מעשיהם ביתר יעילות), נראית כעומדת בניגוד להגיונם של דברים (השוו א' בן-נפתלי, ק' מיכאלי, "פרשת לך לך: בין אדם למקום", המשפט ט (2004), 56, 68).

מהאמור עולה, כי לא מתקיים קשר רציונאלי בין האמצעי למטרה.

155. לא זו אף זו, נראה, כי לא רק שאין באמצעים אלה כדי לתרום לביטחון, אלא קיימת סכנה ממשית, כי יש בהם כדי לפגוע בביטחון – כליאתם של אנשים תמימים ועימה, באופן בלתי נמנע, יצירתה של אבטלה מוגברת, תסכול ורגשות נקמה – אך מכשירה את הקרקע ל"גיוסם" של אותם אנשים לפעילות טרור.

156. על הסכנה הגדולה, הטמונה בהסדרים גורפים, המערבים ציבור שלם בלא אבחנה, עמדו שופטי המיעוט בפרשה הידועה בעניין U.S. v. Korematsu (1944) (323 U.S. 214). בפרשה זו הובלו תושבים ואזרחים אמריקניים ממוצא יפני, החיים בארצות הברית, למחנות הסגר במדינתם הם, בעת מלחמת העולם השנייה, כאשר ארצות הברית נלחמה נגד יפן. היו יחידים מאותו ציבור, שנחשדו בחוסר נאמנות למדינה. בעקבות כך, הוטלה סנקציה כללית של הסגר על ציבור שלם. אמצעים גורפים אלה אושרו ברוב דעות בבית המשפט העליון האמריקאי, תוך שימוש בהצדקה, המזכירה את טיעונו של המשיב בענייננו. המיעוט סבר אחרת. לדעתו של המיעוט, לא התקיים קשר רציונלי בין האמצעי שננקט לבין המטרה:

"In adjudging the military action taken in light of the then apparent dangers, we must not erect too high or too meticulous standards; **it is necessary only that the action have some reasonable relation** to the removal of the dangers of invasion, sabotage and espionage. **But the exclusion, either temporary or permanently, of all persons with Japanese blood in their veins has no such reasonable relation.** And that relation is lacking because the exclusion order necessarily must rely

for its reasonableness upon the assumption that all persons of Japanese ancestry may have a dangerous tendency to commit sabotage and espionage and to aid our Japanese enemy in other ways... no reliable evidence is cited to show that such individuals were generally disloyal...or had otherwise by their behavior furnished reasonable ground for their exclusion as a group.”

(Korematsu, id., at. 235-236)

157. בהמשך עומד בית המשפט על הסכנה הגדולה שבהצדקתם של איסורים גורפים :

“[T]o infer that examples of individual disloyalty prove group disloyalty and justify discriminatory action against the entire group is to deny that under our system of law individual guilt is the sole basis for deprivation of rights... is to adopt one of the cruelest of the rationales used by our enemies to destroy the dignity of the individual and to encourage and open the door to discriminatory actions against other minority groups in the passions of tomorrow.”

(ההדגשה הוספה – ל' י')

(Korematsu, at. 240)

158. ועוד נזכיר את שאמרה ממשלת ארה"ב על הלכת הרוב שנפסקה בעניין Korematsu :

“[T]oday the decision in Korematsu lies overruled in the court of history”.

Korematsu v. United States of America, 584 F. Supp. 1406, 1420 (N.D.Ca. 1984)

מצוטט מתוך :

Prosecutor v. Koradic and Cerkez, Case No. IT-95-14/2-T, ICTY (26 February 2001), Article 290.

159. ואכן כבר נפסק, ש"מבחן הקשר הרציונלי אינו מבחן של קשר סיבתי טכני גרידא בין אמצעי לתכלית. גם כאשר שימוש באמצעי כלשהו עשוי להוביל להשגת המטרה המבוקשת עדיין אין משמעות הדבר כי מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי לתכלית וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית. הדגש במבחן הקשר הרציונלי הוא על היותו של הקשר רציונלי. משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר הגיון" (עניין מוראר, פסקה 25 לפסק-הדין).

תנאי המידתיות השני

160. מבחן המשנה השני של המידתיות דורש, שייבחר האמצעי שפגיעתו הינה הקטנה ביותר. דא עקא, שלרשות המשיב עומדים אמצעים חלופיים רבים להשגת התכלית המבוקשת. כך למשל :

160.1. באפשרותו לפקח ולמנוע כניסתם של אנשים לישראל, על מנת למנוע ביצועם של פיגועי טרור בתוך עורף מדינת ישראל;

160.2. באפשרותו לאתר חשודים בביצוע פעילות טרור ולהעמידם לדין פלילי, או בלית ברירה, לנקוט בצעדים מנהליים נגדם (צווי הגבלה, מעצר מנהלי);

160.3. באפשרותו לנקוט בפעולות מנע אחרות מכוונות מטרה – מעקבים, סיורים, תצפיות, הצבת אבטחה;

160.4. ולבסוף, באפשרותו אף לבצע בדיקה של האנשים וכלי הרכב היוצאים מן העיר – דבר המתבצע ממילא.

161. המשיב טען ולא ייסף כי "יודגש, כי בחינה פרטנית של אנשים בני קבוצה זו, כפי שמצוין בפנייתך, הוכרה כבלתי יעילה, במיוחד כאשר מדובר בקבוצה בעלת פרופיל סיכון אשר לא תמיד ישנו מידע פרטני ביחס לנמנים עליה (ראי בעניין דומה את בג"ץ 7960/04 אלראזי נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה)." (סעיף 14 לתשובתו של סרן חאמד, נספח ע/14). מסקנה זו – אם קיימת אפשרות לבחינה פרטנית אם לאו – איננה שאלה שבמשפט, אלא שאלה שבעובדה. עמד על כך הנשיא ברק בפסק-הדין בבג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (טרם פורסם) (2006):

"69. הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון (ראו פרשת בן-עטיה, עמ' 15; פרשת סטמקה, עמ' 779)..."

כמובן, ייתכנו מצבים בהם הבדיקה האינדיבידואלית לא תגשים את תכליתו הראויה של החוק, ויש לנקוט באיסור גורף. **עם זאת, בטרם מגיעים למסקנה זו יש להשתכנע, על בסיס נתונים ראויים, כי אין תחליף ראוי לאיסור הגורף.** לעתים הבחירה באיסור הגורף באה בשל כישלון בעיצוב הבדיקה האינדיבידואלית ולא משום שבדיקה כזו אינה יעילה..."

70. **הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות...**

(ההדגשה הוספה – ל' י')

(דעת הנשיא ברק הייתה אומנם דעת מיעוט מבחינת תוצאת פסק-הדין, אך בדעת רוב לעניין המהותי; ראו לעיל סעיפים 77-79)

162. בהחלט ייתכן, שלמרות שהמשיב נוקט בכל הפעולות הללו, ועוד ברבות אחרות, אין בידו להשיג את מלוא התכלית המיוחלת – הגנה מלאה על תושבי מדינת ישראל, או על ישראלים המתגוררים בשטחים. ואולם, מציאות החיים היא, שביטחון מלא – אינו בנמצא. ודוק, גם כאשר נעשה שימוש באמצעי הקיצוני של איסורי תנועה גורפים לא מושגת המטרה במלואה, ולא מושג ביטחון מושלם. בכל מקרה, אם כן, מתחייבת החלטה מושכלת

ומאוזנת בדבר הסיכונים שיש ליטול, גם כאלה הנדרשים לשם ההגנה על זכויות האדם.
עמדה על כך השופטת ביניש (כתוארה אז) בציננה :

9" ... לצערנו, דומה כי ההתמודדות בין ערך הביטחון לבין מידת הפגיעה בזכויות אדם לשם קיום הביטחון תלויה אותנו עוד שנים ארוכות. דווקא משום כך עלינו להקפיד על איזונים ראויים ומידתיים בכל הנוגע לפגיעה בזכויות לצורכי ביטחון. שיטת משטר המבוססת על ערכי הדמוקרטיה, אינה יכולה להרשות לעצמה נקיטת אמצעים שיתנו לאזרחי המדינה ביטחון אבסולוטי. **מציאות של ביטחון אבסולוטי אינה קיימת בישראל ואף לא בשום מדינה אחרת. אשר על כן מתחייבת החלטה מושכלת ומאוזנת בדבר יכולתה של המדינה ליטול על עצמה סיכונים לשם הגנה על זכויות האדם.**

11. ... אי ביצוע בדיקה אינדיבידואלית וקביעת איסור גורף מעניקים שוליים רחבים מדי לערך הביטחון בלא לקיים התמודדות הולמת עם ערכים וזכויות העומדים אל מול ערך זה... חסימה גורפת של אפשרות הכניסה לישראל מהאזור המונעת כניסה מכל בן-זוג של אזרח ישראלי, ללא מתן כל אפשרות לבדיקה אינדיבידואלית, ולו מחמירה כפי הנדרש, אינה מעניקה משקל הולם ליחס שבין מידת הסיכון הביטחוני למידת הפגיעה בזכויות האדם, יחס המתחייב מעקרונותיה הדמוקרטיים של שיטתנו.

12. חיינו בישראל מתקיימים כחייה של חברה תקינה, השואפת להתנהל כחברה חופשית המכבדת את זכויות האדם ומקיימת שוויון זכויות, אף בעיתות של חירום ולחימה, שאנו נתונים בהן מאז קום המדינה. על כך הייתה כל השנים גאוותנו. אם לא נעמוד על דמותה של חברתנו כחברה המכבדת את זכויות יחידה בימי מלחמה, נשלם מחיר כבד בעיתות רגיעה.

מדי יום נוטלים אזרחי ישראל סיכונים לביטחון, לסדר הציבורי ולביטחון האישי, אם כי ברמה מוגבלת ומסוימת. כך, מנחים אנו עצמנו שלא לפגוע בזכויות חשודים ובזכויות אדם של מי שעלולים לשמש מוקד פוטנציאלי לסיכון החברה בלא תשתית עובדתית ומשפטית ראויה. זהו סוד כוחה של ישראל כמדינה דמוקרטית השואפת לקיים כאן חברה צודקת המכבדת זכויות אדם גם בתנאים קשים. קיום בחינה פרטנית בהיקף הנדרש לשם שקילת בקשה לאיחוד משפחות אינה בגדר סיכון משמעותי ויוצא דופן, הגם שיש ממש בטענת המדינה שאיסוף מידע ועריכת בדיקה פרטנית, בתנאים השוררים כיום, עלולה להערים קשיים מעשיים לא מעטים. לקשיים אלה ניתן למצוא פתרונות ואף להתחשב בהם בקביעת הליכי הבדיקה. יחד עם זאת, אין להימנע מחובת הבדיקה רק בשל היותה מורכבת וכרוכה במאמץ. להגנה על זכויות אדם יש מחיר ובנסיבות ענייננו, מדובר במחיר ראוי."

עניין עדאלה לעיל, פסקאות 9-12 לפסק-דינה של השופטת ביניש (אף דעת השופטת ביניש נכללה בדעת המיעוט, אך זאת רק לעניין התוצאה, בעוד שלעניין ראיית החוק כלא חוקתי עקב נקיטתו באמצעי גורף היה רוב בפסק-הדין).

163. השאלה היא, אם כן, לא אם ניתן להשיג את המטרה במלואה באמצעי חלופי, אלא – אם האמצעים החלופיים, העומדים לרשות המשיב, שאינם כוללים את האמצעי הפוגעני של שלילה גורפת של חופש התנועה – משיגים את מרבית היעדים, שהמשיב הציב לעצמו (ראו: מ' כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות", משפט וממשל ט (תשס"ו) 297, 318-317). נטל ההוכחה בעניין זה מוטל, כאמור, על המשיב.

תנאי המידתיות השלישי

164. ענייננו בפגיעות קשות בזכויות בעלות מעמד ועוצמה חוקתיים הגבוהים ביותר, והמביאות לפגיעות חריפות באינטרסים חיוניים של הפרט ושל הציבור. מדובר בפגיעות, המתמשכות על פני תקופה ארוכה, והמושגות על אוכלוסייה של עשרות אלפי בני אדם, תוך שהן מביאות לשיבוש קשה של כל ההיבטים של מרקם חייהם.

165. גם בהנחה, שאין באמצעים החלופיים כדי להשיג את אותה "תועלת ביטחונית" שיכולה להיות מושגת באמצעות שימוש באמצעי של איסורי תנועה גורפים, הרי שלא נמסר על-ידי המשיב כל נתון, המבסס את **היתרון הנוסף**, המושג לשיטתו, בעקבות הטלתם של איסורי התנועה הגורפים.

166. לא למותר להזכיר את ממצאיה של הוועדה, אשר בדקה את השלכותיו של השימוש בפרקטיקה של הרס בתי משפחותיהם של חשודים בפעילות טרור. אין המדובר באותו נושא אומנם, ואולם נראה, כי בהחלט יש ללמוד ממנו לענייננו. במשך שנים ארוכות נטען בפני בית משפט זה, כי יש הכרח בשימוש באמצעי של הרס בתי-משפחותיהם של חשודים בפעילות טרור, משום שמדובר באמצעי אפקטיבי והכרחי ליצירת הרתעה ולמניעת טרור. לאחר עשרות שנים הוחלט לבחון לאשורה טענה עובדתית זו. ומשנבדקה נמצא, כי הוכחה עובדתית לה – אין. ואכן, ועדה שמינה הרמטכ"ל דאז משה יעלון, בראשות האלוף אודי שני, ראש אגף התקשוב במטכ"ל, קבעה, "כי לא הוכח שמדובר בהרתעה אפקטיבית, פרט למקרים מועטים יחסית, וכי נזקן של ההריסות עולה על תועלתן, מכיוון שההרתעה – המוגבלת בלאו הכי – אינה שקולה לשנאה ולאיבה שמעורר הצעד הקשה בקרב הפלשתינאים" (ע' הראל, "צה"ל יפסיק הרס בתי מחבלים בשטחים", הארץ באינטרנט 18.2.2005).

העתק מהכתבה מעיתון הארץ, מצורף ומסומן **כנספח ע/22**.

167. כאמור לעיל, ככל שקיימת תוספת לביטחון עקב איסורי התנועה האמורים הרי שמדובר בתוספת שולית. זאת, נוכח העובדה שאלה הנחושים לעקוף את המחסומים כדי לבצע פעילות טרור, יש להם את האמצעים הדרושים לכך (למשל, באמצעות שימוש בתיעוד מזויף).

168. אשר על כן, אף אם קיימת תועלת ביטחונית כלשהי במגבלות התנועה האמורות, אשר לא ניתן להשיגה בדרך אחרת, הרי שמדובר בתוספת לביטחון, אשר איננה עומדת בשום יחס סביר ופרופורציונאלי לפגיעה בזכויות האדם שנגרמת בעטייה (בג"צ 2056/04 מועצת בית

סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 840, 852-850. לא זו אף זו, בהחלט יתכן, כי לו הדבר היה נבדק, היה אף נמצא, כמו בעניין הריסות הבתים, כי הנזק אף עולה על התועלת.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על-תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיב להפכו למוחלט.

היום, 18 בספטמבר, 2006

לימור יהודה, עו"ד
ב"כ העותרת