

בעניין:

1. ד"ר _____ אבו טאמע, ת"ז _____
תושב השטחים הכבושים

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר

ע"י ב"כ עוה"ד עידו בלום (מ"ר 44538) ו/או אלעד כהנא (מ"ר 49009) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או ליאורה בכור (מ"ר 50217) ו/או מרטין קיאל (מ"ר 54087)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא יתיר לעותר 1 לצאת מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, לצורך השתתפות בכנס בינלאומי באוניברסיטת ירדן, אליו הוזמן במסגרת עבודתו;
2. מדוע לא ינמק את סירובו, ולא יציג בפני העותר את סיבת הסירוב ונימוקיו ואת אופי הראיות עליהן הוא נשען.

בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה.

העותר הוא מרצה לחינוך גופני באוניברסיטת כדורי שבטולכרם. העותר הוזמן לכנס בינלאומי בנושא קידום התרבות והספורט באוניברסיטאות הפלסטיניות, על מנת להציג מחקר חשוב שערך. הכנס יתקיים באוניברסיטת ירדן, בשבוע הבא, בין התאריכים 16.6.10–17.6.10.

המשיב הודיע לעותר כי הוא "מנוע יציאה", אך על אף מועדו הקרוב של הכנס משתהה המשיב בטיפול בהשגה שהגיש העותר כנגד המניעה.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**), הוא פלסטיני בן 43, המתגורר בגינין, נשוי ואב לשלושה ילדים.
2. העותר הוא מרצה לחינוך גופני באוניברסיטת כדורי אשר בטולכרם, ובעבר כיהן אף כיו"ר ההתאחדות לספורט במוסדות הפלסטיניים להשכלה גבוהה, וכראש החוג לאתלטיקה. העתק אישור בדבר עבודתו של העותר כמרצה בכיר באוניברסיטת כדורי מצורף ומסומן **ע/1**.
3. במסגרת עבודתו, נוסע העותר מדי פעם בפעם לחו"ל לכנסים מקצועיים, השתלמויות וכדומה. לאחרונה נסע העותר לירדן בחודש מאי 2008, בלא כל בעיה מיוחדת. לעומת זאת, שנה לאחר מכן, בחודש מאי 2009, מנעו נציגי המשיב את יציאתו לחו"ל, עת הגיע לגשר אלנבי.
4. ביום 16.5.10 קיבל העותר הזמנה רשמית להשתתף בכנס בינלאומי בנושא קידום התרבות והספורט באוניברסיטאות הפלסטיניות, על מנת להציג מחקר שערך בנושא תרומתם של תכני חינוך גופני באוניברסיטאות פלסטיניות. הכנס יתקיים באוניברסיטת ירדן, **בתאריכים 17.6.10–16.6.10**. העתק ההזמנה הרשמית שקיבל העותר לכנס מצורף ומסומן **ע/2**.
- העתק תקציר עיקרי מחקרו של העותר, אותו התבקש להציג בכנס, מצורף ומסומן **ע/3**.
5. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
6. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על שטח הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בשטחי הגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מארבעים שנה.

נוהל המשיב

7. מזה השנים מונע המשיב את יציאתם של רבים מתושבי השטחים הכבושים לירדן. הדבר נעשה ללא הודעה מראש, ללא מתן זכות טיעון, וכאשר על דבר המניעה נודע לרוב אך ברגע בו הגיע אותו אדם למעבר שבגשר אלנבי, מזוודותיו בידיו ותכניותיו לפניו.
8. במסגרת עתירה עקרונית שהוגשה בעניין זה (בג"ץ 8155/06 **האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**), קבע המשיב נוהל, המאפשר לתושב המבקש לצאת לחו"ל לערוך בירור במת"ק האם הוא "מנוע יציאה" וכן להגיש השגה על כך, במקרה של סירוב.

9. על פי הנוהל, משך בדיקת ההשגה יהיה שמונה שבועות לכל היותר; כלומר, במשך חודשיים לאחר שהתושב כבר הוחזר מהגשר, ערב נסיעתו המתוכננת. אחת הבעיות המרכזיות בנוהל הוא העובדה, שאין בו כל פתרון מובנה למקרים דחופים, המחייבים מענה מהיר, כפי שנדרש גם במקרה הנוכחי.

10. יצוין, כי מכיוון שבג"ץ 8155/06 לא עסק במקורו בנוהל, אשר גובש במסגרתו, ביקשו העותרים למחוק את עתירתם וזו נמחקה ביום 21.2.10, "תוך שמירת זכותם של העותרים לשוב ולפנות לבית המשפט בעניינים פרטניים הנוגעים לנוהל".

השתלשלות העניינים

11. ביום 20.5.10, בסמוך לאחר שאושרה השתתפותו בכנס, פנה העותר למת"ק הישראלי בגינין, על מנת לברר האם הוא "מנוע יציאה". במת"ק נמסר לו כי הוא אכן "מנוע", ועל כן הגיש מייד השגה. בהשגה הודגש כי על העותר לצאת לירדן עד ליום 16.6.10.

העתק טופס ההשגה שהגיש העותר ביום 20.5.10 מצורף ומסומן ע/4.

12. ודוק: בטופס לא נמסר אף בדל נימוק לקיומה של המניעה, אלא אך סומן הסעיף הקובע כי "בכוונתנו למנוע את יציאתך לחו"ל".

13. ביום 25.5.10 פנה המוקד להגנת הפרט לראש מת"ק גינין, סא"ל עאדל מסאלחה, הדגיש בפניו את חשיבותו ודחיפותו של העניין וביקש לזרז את הטיפול בעניין. העתק מן הפנייה נשלח גם ליועמ"ש המשיב. בפנייה צוין כי:

מר אבו טאמע פנה למת"ק מייד לאחר קבלת ההזמנה לכנס לאור המועד הקרוב שבו הוא אמור להתקיים, ופעל בהתאם לנוהל, אולם אין בנוהל זה כל מענה לנסיבות דחופות כגון אלה ולצורך במתק מענה מהיר.

העתק מפניית המוקד להגנת הפרט לרמת"ק גינין מיום 25.5.10 מצורף ומסומן ע/5.

14. אולם, הכנס קרב ובא, ותשובה אין. בנסיבות אלה לא נותר לעותר אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

חובת המשיב להשיב לפניית במהירות הראויה

15. המשיב משתהה בטיפול בבקשת העותר, על אף דחיפותה של הבקשה והשלכותיה על זכויותיו של העותר. השתהות זו נובעת, כך יש להניח, גם מכך שבנוהל הרלבנטי לא נקבעה פרוצדורת טיפול מיוחדת אשר תיתן מענה למקרים דחופים.

16. כלל ידוע הוא כי "החובה לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשוניים של מינהל תקין" (י' זמיר, הסמכות המינהלית (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 717).

וראו בעניין זה:

- בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441, 451 (1994);
 בג"ץ 7198/93 מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מח(2) 844, 853 (1994);
 בג"ץ 5931/04 מזורסקי נ' מדינת ישראל – משרד החינוך, פ"ד נט(3) 769, 782 (2004);
 בג"ץ Avocats Sans Frontieres נ' אלוף פיקוד דרום תק-על 4751 (2) 2006 (2006).
 17. וכבר נפסק כי כאשר מדובר בזכויות אדם מקבל מושג "הזמן הסביר" משמעות מיוחדת
 (בג"ץ 1999/07 גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006,
 תק-על 569, 551 (2) 2007);
 וכי בעניינים הנוגעים לזכויות אדם -

יש מקום לצפות להסדרה מהירה יותר של העניין [...] התמשכות פגיעה
 בזכויות אדם מחמירה לא פעם את היקף הפגיעה ותוצאתה עלולה להיות
 שחיקה של הזכות כמו גם פגיעה קשה ומתמשכת בפרט.

(בג"ץ 8060/03 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק-על 775, 780 (2) 2006 (2006).

- וראו גם: בג"ץ 10428/05 עליוה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, תק-על 1743 (3) 2006,
 1744 (2006); בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, תק-על 1207 (1)
 2009, 1999 (2007).

הבסיס הנורמטיבי: יציאה מן השטחים הכבושים

18. כידוע, המפקד הצבאי אינו שואב את סמכותו מן החקיקה הצבאית אשר קובע הוא עצמו, כי
 אם מהוראות המשפט הבינלאומי, אשר מהוות את הבסיס הנורמטיבי הבלעדי להפעלת
 סמכויותיו (בג"ץ 2150/07 אבו צפיה נ' שר הביטחון (לא פורסם, 29.12.09)).
 19. משכך, את סמכותו של המפקד הצבאי למנוע יציאתו של תושב מוגן מן השטחים הכבושים,
 את היקפה ואת התנאים להפעלתה, יש לבחון על פי הסמכויות אשר מוענקות לו במשפט
 הבינלאומי.
 20. על פי המשפט הבינלאומי, נקודת המוצא הנורמטיבית הינה כי המשיב מחויב להתיר לתושבי
 השטחים הכבושים לצאת מארצם. כפי שמתארת זאת המלומדת זילברשץ:

ההחלה המשותפת של הדינים הכלליים בזכויות האדם והמשפט ההומניטרי
 הקבוע באמנות האג וג'ינבה על שטחים המוחזקים בתפישה לוחמתית
 מובילים למסקנה שזכות היציאה ממדינה, המוקנית לכל אדם על-פי
 האמנות הבינלאומיות מוקנית גם לתושבי שטחים המוחזקים בתפישה
 לוחמתית, בין אם הם אזרחי המעצמה שממנה נלקח השטח ובין אם לאו.

זכות היציאה מהמדינה מוכרת גם כנורמה מנהגית במשפט הבינלאומי, ועל-
 כן היא הופכת להיות חלק ממשפטה הפנימי של מדינת ישראל. הממשל
 הצבאי בשטחים, הכפוף להלכות המשפט המנהלי הישראלי ולהלכות
 המשפט הבינלאומי המנהגי מחויב לאפשר לתושבי השטחים לממש זכות-
 יסוד חשובה זו

(יפה זילברשץ "זכות היציאה ממדינה" משפטים כ"ג 86 (תשנ"ד)).

21. זכותם של תושבים מוגנים לצאת את השטח מעוגנת גם בסעיף 35 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949):

All protected persons who may desire to leave the territory...may be entitled to do so.... The applications of such persons to leave shall be decided in accordance with regularly determined procedures and the decision shall be taken as rapidly as possible...if any such person is refused to leave the territory he shall be entitled to have such refusal reconsidered... [emphasis added].

המלומד פיקטה מבהיר בפרשנותו כי:

It should be noted that the right to leave the territory is not in any way conditional, so that no one can be prevented from leaving as a measure of reprisals...It is therefore essential for States to safeguard the basic principal by showing moderation and only invoking these reservations when reasons of the utmost urgency so demand. [emphasis added].

(Pictet J.S. Commentary: IV Geneva Convention – Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. P. 235-236 (Geneva, 1958)).

22. מקור סמכותו של המפקד הצבאי להגביל במקרים חריגים את זכות היציאה, מצוי בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובע בסיפא באופן כללי כי:

[T]he Parties to the conflict may take such measures of control and security in regard to protected persons as may be necessary as a result of the war.

וכך נאמר לגבי הסיפא לסעיף, בפרשנות הצלב האדום:

The various security measures which States might take are not specified; the Article merely lays down a general provision... What is essential is that the measures of constraint they adopt should not affect the fundamental rights of the persons concerned. As has been seen, those rights must be respected even when measures of constraint are justified.

ראו: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/380-600032?OpenDocument>

23. דהיינו, האמנה מסמיכה את המפקד הצבאי להגביל את חירותו של הפרט, אם הדבר **הכרחי** משיקולי ביטחון, תוך איזון ראוי ובתנאי שאין בכך פגיעה בזכויות היסוד שלו.

24. חשוב להזכיר גם את סעיף 78 לאמנת גינבה הרביעית, המדגיש כי המעצמה הכובשת רשאית להטיל מגבלות ביטחוניות **אך ורק אם הדבר הכרחי מסיבות ביטחוניות החלטיות**, דהיינו:

If the Occupying Power considers it necessary, for imperative reasons of security...

25. בשולי הדברים יוער, כי החקיקה הצבאית דווקא לא מסדירה את סמכות מניעת יציאה מן הגדה המערבית. אמנם הגדה המערבית הוכרזה כ"שטח סגור" על פי סעיף 90(ב) לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תשי"ל-1970, המסמיך את המפקד הצבאי לקבוע בעקבות הכרזה כזאת איסור או מגבלה על יציאה מן השטח הסגור, אולם המפקד הצבאי לא עשה זאת ולא קבע מגבלה על יציאה מן הגדה. גם הסכם אוסלו לא קבע הוראות המסמיכות את המפקד הצבאי למנוע יציאה מן הגדה המערבית בשל מניעה "ביטחונית" כללית, אלא רק בנסיבות ספציפיות ביותר, כגון מניעה אגב מעצרו של חשוד.

חובת המפקד הצבאי להבטיח את חייהם התקינים של תושבי השטחים

26. מטרת יציאתו של העותר אינה רק מטרה אישית-פרטית הנוגעת לתועלתו הוא. העותר מבקש לצאת במסגרת תפקידו כאיש אקדמיה בכיר, ובמסגרת מחקר ופעילות הנוגעת לפיתוח מערכת ההשכלה הגבוהה בשטחים, בתחום התרבות והספורט.

27. בנסיבות אלה, בהן יציאתו לירדן משליכה על פיתוח החינוך וההשכלה בשטחים הכבושים בכלל, יש לכך נגיעה ישירה לחובותיו היסודיות של המפקד הצבאי בשטחים הכבושים. תקנה 43 לתקנות האג, קובעת:

בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים...

28. החובה להבטיח את הסדר והחיים התקינים ולפעול למען צרכי החברה חלה על כל תחומי החיים האזרחיים:

הרישא של תקנה 43 לתקנות האג מעניק לממשל הצבאי סמכות ומטיל עליו חובה להחזיר ולהבטיח את 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"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 797 (1983)).

29. בהבטחת החיים התקינים יש משקל רב לחלוף הזמן והשפעתו על האוכלוסייה. ככל שהתפיסה הצבאית ארוכה יותר, כך עולה משקלם של צורכי האוכלוסייה המקומית:

צרכיו של כל שטח, בין זה הנתון לשלטון צבאי ובין אחר, משתנים בדרך הטבע עם חלוף הזמן וההתפתחויות הכלכליות המתלוות לכך... אלמנט הזמן הוא גורם משפיע על מירווח הסמכויות, בין אם שוקלים את צורכי הצבא ובין אם שוקלים צורכי השטח, או כאשר מעצבים את האיזון בין השניים.

אך טבעי הוא, כי בתפיסה צבאית קצרת מועד הצרכים הצבאיים-ביטחוניים שולטים ברמה. לעומת זאת, בתפיסה צבאית ארוכת מועד צורכי האוכלוסייה המקומית מקבלים יתר תוקף.

(שם, בעמ' 801).

30. חובותיה של מעצמה כובשת הן לא רק להשיב את החיים לקדמותם, אלא גם לפתח ולאפשר את התפתחותה של האוכלוסייה והחברה המקומית. המשיב חייב לעמוד בסטנדרטים הגבוהים ביותר החלים על מצב של כיבוש המתמשך תקופה כה ארוכה. כך סיכם המלומד Sassòli את עמדתו של המשפט הבינלאומי:

In practice, aside from the case of legislation contrary to human rights standards already mentioned, legislative action by the occupying power to ensure civil life will mainly be necessary where a failed state is occupied. Here again it **must stay as close as possible to similar local standards and the local cultural, legal and economic traditions...** Sooner or later, a prolonged military occupation faces the **need to adopt legislative measures in order to let the occupied country evolve.** As the legislative function is a continuous, necessary function of every state on which the evolution of civil life depends, a legislative vacuum created by the disruption of the legitimate sovereign must at a certain point in time be filled by the occupying power.

(Sassòli M. "Legislation and maintenance of Public Order and Civil life by Occupying Power." *European Journal of International law*, Vol 16, No 4, 2005. pp 687-679). [emphasis added].

חובת המשיב לנמק החלטתו

31. העותר, אשר זכויותיו נפגעות בעקבות החלטת המשיב, זכאי לכך כי ההחלטה בעניינו תתקבל בדרך מינהלית תקינה וכי המשיב יחשוף את הטעם להגבלת זכותו זו.

32. הרציונאל לכך הוא ברור: ללא פירוש טעם הסירוב, לא יוכל אדם שנפגע מן ההחלטה לכפור בטענות שעומדות כנגדו וזכויותיו המוגנות עלולות להיות מוגבלות ללא כל ביקורת או מבחן.

33. גם כאשר היקף ההנמקה מוגבל בשל שיקולי ביטחון, עדיין אין בכך בהכרח כדי למנוע גילוי נימוקים באופן מוחלט:

פטור מגילוי נימוקים, עובדות או מסמכים כאשר הגילוי עלול לפגוע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה מקובל על המחוקק ועל בית המשפט בהקשרים שונים. ואם יש כאן מקום לתמיהה, אין זה בגלל עצם הפטור, אלא בגלל היקף הפטור. שכן, מצד אחד, סביר הדבר שעובד הציבור לא יהיה חייב לגלות נימוקים להחלטתו במידה שיהיה בכך כדי לפגוע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה. אולם, מן הצד השני, **אין בכך בהכרח כדי למנוע גילוי נימוקים באופן מוחלט. יש מקרים בהם שיקולים של בטחון המדינה או יחסי החוץ שלה מונעים גילוי חלק מן הנימוקים, או מונעים ניסוח מסויים של הנימוקים, אך עדיין מאפשרים לתת הנמקה, ולו רק חלקית, שלא תפגע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה.**

(י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ב, תשנ"ו), בעמ' 917; ההדגשה הוספה, ע.ב.).

ודוק:

גם בהחלטה סטנדרטית, אין די בכך שהרשות תנמק את החלטתה באופן כללי וסתמי תוך ציון 'הכותרת' של טעמיה וללא התייחסות עניינית וספציפית לנסיבות המקרה הנדון. דהיינו, בהודעה בנוסח 'בקשתך נדחתה מטעמי ביטחון' – לא סגי.

(י' דותן, "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים", **מחקרי משפט** יט (תשס"ב) 5, 37).

34. מיותר לציין, כי ככלל, אין המשיב נוהג לפרט את הסכנה שלדעתו נשקפת מהפונה; את העובדות מהן הוא מסיק קיומה של סכנה זו; ואת חומר הראיות בו מעוגנות עובדות אלה. ואולם, מניסיונו של המוקד עולה שכאשר המשיב ניאות לחשוף את נסיבות המניעה, **מצליחים הפונים בקלות יחסית להביא לשינוי החלטתו**. בשנה האחרונה טיפל המוקד בארבעה מקרים חריגים כאלה, בהם נחשף חלק מהחומר, ודי היה בכך כדי להוכיח למשיב ולבית המשפט כי אין למניעה על מה לסמוך. ר' בג"ץ 8857/08 **עצפור נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; בג"ץ 4819/09 **ד"ר אלהור נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; בג"ץ 10104/09 **אבו סלאמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית** ועוד.

35. מובן ש"פריבילגיה" זו, של מתן הזדמנות לאדם להוכיח את חפותו, נמנעת כל עוד לא מסגיר המשיב את הסיבות בשלהן החליט להטיל מגבלות על אותו אדם.

36. כל שנמסר לעותר, כאשר פנה למת"ק, הוא שאינו רשאי לצאת את ארצו, ובטופס הרלבנטי סומן הסעיף הקובע "בכוונתנו למנוע את יציאתך לחו"ל".

37. ודוק: חובת ההנמקה היא חובה של רשות מינהלית, אך היא אינה מתקיימת בעלמא ובמנותק מזכויותיו המהותיות של הפרט. בהיעדר הנמקה, נפגעת יכולתו של אדם לכלכל את צעדיו ולתקוף את ההחלטה. בהיעדר הנמקה, נאלץ אדם לעתור לבית המשפט כשאין הוא יכול לחשב בצורה אמיתית את סיכויו וסיכוניו, והוא נדרש לגשש באפילה אחר זכותו.

פגיעה קיצונית ובלתי מידתית: "איסור יציאה" גורף, ללא שימוע וללא מסגרת זמן ידועה

38. יש לזכור ששלילת זכותו של העותר לצאת לחו"ל, תוך פגיעה חריפה בחירותו ובכבודו כבן אדם, משמעה **כליאתו בפועל בתוך שטח הגדה המערבית למשך זמן בלתי ידוע.**

39. לעניין זה יש להדגיש כי לשאלת משך זמן ההגבלה, משמעות כבדת משקל במימוש זכות היציאה מהמדינה, במובן זה שהזכות לצאת היא זכות המוקנית לאדם בכל עת שיחפוץ, ועל כן, כאשר מוגבלת זכות היציאה, מידת הגליטימיות שלה הולכת ופוחתת ככל שמתארכת תקופת המניעה. לא הרי הגבלת הזכות לימים ספורים כהגבלתה לחודשים, לשנים או לעד.

ככל שההגבלה נפרשת על פני היקף גיאוגרפי נרחב יותר, וככל ששאר תנאיה קשים יותר, וזמן התמשכותה ארוך יותר, כך הולכת וגדלה עוצמת הפגיעה, והשיקלול בינה לבין הערך הנוגד הופך להיות קשה ומורכב יותר.
(בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלון פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, 327 (2006)).

ראו גם דבריה של המלומדת יפה זילברשץ:

יש לתחום את הגבלת זכות היציאה בזמן; שהרי הגבלת יציאה מהארץ לימים לא דומה להגבלתה במשך חודשים או להגבלה של שנים. כיצד ייקבע זמן הגבלת הזכות ליציאה? ראשית, יש להקפיד על-כך שברגע שהאינטרס חדל להתקיים יתאפשר לאדם לממש את זכותו ליציאה מהארץ [...] תיחום זמן הגבלתה של זכות היציאה עומד בתיאום עם הדרישה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהגבלת זכות לא תהיה במידה העולה על הנדרש.

(יפה זילברשץ, שם, 107-108).

הפגיעה בזכויות העותר

40. מעבר לפגיעה בזכותו של העותר לחופש התנועה ובמיוחד בזכותו לצאת את ארצו, כאמור לעיל, הרי המשיב פוגע קשות בזכות לחופש העיסוק.

41. הזכות לממש את חופש העיסוק נובעת מההכרה בכך שעבודתו של אדם היא לא רק מקור פרנסה לסיפוק צרכיו הבסיסיים למחייה. **עבודתו של אדם מספקת גם את צרכיו החברתיים, האינטלקטואליים והאישיים, ולכן היא מהווה חלק אינהרנטי מהתנאים הדרושים למימוש חיים של כבוד וחירות (human dignity).**

הזכות לחופש עיסוק מאפשרת לאדם לבחור היכן ישקיע את הונו האנושי. בחירה זו מושפעת משיקולים מגוונים... פגיעה בחופש העיסוק מתקיימת, לא רק כאשר נמנעת מהעובד לחלוטין הזכות לבחור את מעבידו, אלא גם כאשר זכות הבחירה שלו נפגעת, ואפילו בעקיפין. ברוח זו נפסק בבג"ץ 5936/97 ד"ר לם נ' משרד החינוך התרבות והספורט, פ"ד מג(4) 673:

"... אכן, חופש העיסוק הוא החירות של הפרט להגשים את אישיותו ולתרום את תרומתו לחברה על ידי השקעת מאמציו בעיסוק, במלאכה או במשלח יד. חירות זו נפגעת אם הסדרים (נורמטיביים או פיזיים) מונעים ממנו - במישרין או בעקיפין - מלפעול על פי רצונו ויכולתו."

(בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481 (2004)).

42. המשיב, כרשות מינהלית, נושא בתרמילו את עקרונות היסוד של המשפט הישראלי בכל פעולותיו, ובתוך כך את עקרון היסוד של חופש העיסוק:

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

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

(בג"ץ 3940/92 ג'ראר נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד מז(3) 298, 304 (1993)).

43. ועוד, המשיב מחויב להגן על זכויותיהם של תושבי השטחים מכוח חובותיו כמפקד השטח הכבוש, ועל כן מחויב להבטיח את החיים התקינים בשטחים ולשמור על זכויותיהם של תושבי השטחים. הזכות לחופש העיסוק היא אחת מזכויות האדם הבסיסיות, המטילות על המעצמה הכובשת חובה לנקוט בכל הצעדים האפשריים כדי לאפשר את מימושן של זכויות אלה בשטח הכבוש.

לעניין תחולתו של משפט זכויות האדם וחובותיה האקטיביות של המעצמה הכובשת בסוגיית זכויות זו ראו:

Mottershaw E. "Economic, Social and Cultural rights in Armed Conflict: International Human Rights law and International Humanitarian law." **International Journal of Human Rights**, Vol 12, No 3, June 2008. pp. 449-470; and

Lubell N. "Challenges in Applying Human Rights law to Armed Conflict." **International Review of the Red Cross**, Vol 87, No 860, December 2005. pp. 761-763.

44. כאמור לעיל, בענייננו היציאה המבוקשת לירדן אינה נוגעת רק למימוש חופש העיסוק במובנו הצר, אלא נועדה לשרת מטרות חשובות וחיוניות, הנוגעות לכלל האוכלוסייה המוגנת בשטחים הכבושים.

סיכום של דברים

45. השתהותו של המשיב במתן מענה לפניית העותר ליציאתו לכנס החשוב פוגעת בזכות היסוד שלו לעזוב את ארצו, באוטונומיה שלו, בזכותו להתפרנס בכבוד ובזכות לחופש העיסוק.

46. חופש התנועה אינו עוד זכות ככל זכות אחרת, שכן חופש התנועה הוא המפתח להגשמת זכויות אדם בסיסיות. זכותו של אדם לעזוב את ארצו ולצאת לחו"ל היא כה מהותית וחשובה, עד כי הגבלתה צריכה להיעשות במקרים חריגים ביותר, ורק מטעמים ביטחוניים פרטניים כבדי משקל במיוחד.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד בגדה המערבית ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הוא ניתן בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין באי כוחו.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיב, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

עידו בלום, עו"ד

ב"כ העותרים

8 ביוני, 2010

[ת.ש. 15857]