

בעניין:

1. _____ עבאסי, ת.ז. _____
תושב הרשות הפלסטינית

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 עביר ג'ובראן (מ.ר. 44346) ו/או יוסי וולפסון (מ.ר. 26174) ו/או יותם בן הלל (מ.ר. 35418) ו/או חוה מטרס-עירון (מ.ר. 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ.ר. 37566) ו/או ידן עילם (מ.ר. 39475) ו/או אלון מרגלית (מ.ר. 35932)

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 -

1. אלוף פיקוד דרום
2. שר הפנים
3. שר הביטחון
4. מתאם הפעולות בשטחים
5. ממשלת ישראל
6. מדינת ישראל

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם, מדוע לא יאפשרו את יציאתו של העותר 1, בכל דרך אפשרית, מרצועת עזה לירדן או למצרים, על מנת שיוכל להגיע ליפן, לצורך לימודיו שם.

בקשה לדין דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע מועד דחוף לשמיעת העתירה.

העותר קיבל מלגת לימודים מיוחדת מטעם משרד החינוך היפני, ב-University of Electro Communications שבטוקיו. לשם כך עליו להגיע ליפן עד סוף חודש אפריל 2008, אחרת עומדת מלגת הלימודים בסכנת ביטול.

אי לכך, על העותר לצאת מהרצועה לכל המאוחר ביום 28.4.08, על מנת להגיע ליפן במועד.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**), יליד שנת 1985, הוא בעל תואר ראשון בהנדסת תקשורת, ועובד בצלב האדום כרכז פרויקטים.
2. העותר קיבל מלגת לימודים מטעם משרד החינוך היפני, ב-University of Electro Communications שבטוקיו. לשם כך עליו להגיע ליפן עד סוף חודש אפריל 2008, אחרת עומדת מלגת הלימודים בסכנת ביטול.
העתקי מכתבים רשמיים מטעם שגרירות יפן בישראל, מיום 17.3.08, על קבלתו של העותר ללימודים ועל פרטי המלגה, מצורפים ומסומנים **ע/1-2/ע**.
העתק אשרת כניסה ליפן מצורף ומסומן **ע/3**.
העתק אישור כניסה לירדן לשם מעבר ליפן מצורף ומסומן **ע/4**.
3. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט** או **המוקד**) היא עמותה רשומה בישראל שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים.
4. המשיב 1 הוא בעל השליטה האפקטיבית במעברים היבשתיים, הימיים והאוויריים מהרצועה ואליה, מטעם מדינת ישראל, המשיבה 6. המשיב 1 הוא האחראי על הוצאת היתרי כניסה לישראל לצורך כניסה לישראל. המשיב 2 הוא בעל הסמכות, אותה האציל למשיב 1.
5. המשיב 4 הנו האחראי על קביעת מדיניות הצבא בשטחים הכבושים, ומונה מטעם המשיב 3 לעקוב אחרי המצב ההומניטארי ברצועה.
6. המשיבה 5 (להלן: **הממשלה**) היא האחראית על פעולות ישראל ועל מדיניותה ככל הנוגע להסדרי חופש התנועה בכלל והסדרי היציאה לחו"ל בפרט, מרצועת עזה דרך הים, האוויר והיבשה.

מיצוי הליכים

7. מייד לאחר שקיבל את ההודעה הסופית משגרירות יפן על קבלת המלגה, ביום 19.3.08, ביקש העותר לפנות למשיבים באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית בעזה, בבקשה להתיר את יציאתו מהרצועה. אולם מהוועדה האזרחית נמסר לו כי הצד הישראלי מסרב לקבל פניות כאלו.

8. ביום 2.4.08 פנה המוקד להגנת הפרט אל המוקד ההומניטארי במת"ק ארז, וביקש לאפשר את יציאתו של העותר מעזה בדחיפות, בכל דרך אפשרית. במכתב הודגש כי לאור האמור לעיל, תשובה המתנה את הטיפול בבקשת העותר בהעברת בקשה באמצעות הוועדה האזרחית תהיה חסרת טעם.

בשל דחיפות העניין, התבקשה תשובת המת"ק לכל המאוחר עד ליום 10.4.08, שאחרת לא יהיה מנוס מלשקול פנייה לערכאות משפטיות.

העתק ממכתב המוקד מיום 2.4.08 מצורף ומסומן 5/ע.

9. מאז פנו נציגי המוקד להגנת הפרט מספר פעמים למת"ק עזה, לאחרונה ביום 15.4.08, אך מענה ענייני לא ניתן. שוב ושוב נמסר כי הפנייה "בטיפול".

10. כך, עד כתיבת שורות אלו, על אף הדחיפות הרבה, טרם התקבלה תשובה עניינית כלשהי.

הטיעון המשפטי

אי מענה

11. המשיבים משתהים בטיפול בבקשת העותר, על אף דחיפותה של הבקשה והשלכותיו הקשות של העיכוב על זכותו של העותר לחינוך ואף על עתידו המקצועי.

12. אחת החובות הבסיסיות המוטלות על רשות מנהלית, הינה לטפל ולענות לבקשות המופנות אליה תוך זמן סביר, ובהתאם לדחיפותו של כל מקרה. כלל ידוע הוא כי "החובה לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשונים של מינהל תקין" (י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 717).

בהתאם לכך, קובע גם ס' 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, כי "**הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו - משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה...**".

וראו בעניין זה:

בג"צ 6900/93 **המכון להכשרת טוענות נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מח(4) 441, 451 (1994);

בג"צ 7198/93 **מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר**, פ"ד מח(2) 844, 853 (1994);

בג"צ 5931/04 **מזורסקי נ' משרד החינוך**, פ"ד נט(3) 769, 782 (2004);

בג"צ 4212/06 **Avocats Sans Frontieres נ' אלוף פיקוד הדרום**, תק-על 2006(2), 4751 (2006).

חובות המשיבים ביחס לחופש התנועה של תושבי הרשות הפלסטינית הנמצאים

ברצועת עזה

קיומה של סמכות מטילה חובות ביחס להפעלתה

13. בידי המשיבים נתונה הסמכות להתיר את יציאתם של פלסטינים מרצועת עזה לחו"ל. כבכל מקום בו ניתנת סמכות בידי רשות שלטונית, הרי גם בענייננו הפעלת סמכות זו כפופה לכללי המשפט המינהלי.

14. סמכות משמעה גם אחריות :

הלכה היא מלפנינו כי סמכות המוקנית לרשות מינהלית נושאת עימה אחריות המוטלת עליה לפעול באותם עניינים שבהם הוקנתה לה הסמכות.

(בג"ץ 7120/07 **אסיף ינוב גידולים בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל** תק-על 2007(4) 5065, 5094 (2007)).

15. ויפים לעניין זה דבריו של השופט חשין :

לא להתנאות בה ניתנה סמכות לרשות הציבור, וסמכות - כל סמכות - שלובה באחריות המוטלת על רשות הציבור להסדיר כיאות אותו תחום חיים שהסמכות פרושה עליו. אחריות פירושה למעשה הוא, חובה להפעיל את הסמכות הניתנת לרשות כל אימת שהנסיבות מחייבות הפעלתה של הסמכות.

[...]

ראו עוד דברי הנשיא שמגר בבג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, ולפיהם :

הקניית סמכות במקרה דנן מתלווה בחובה לשקול את הצורך בהפעלתה ... גם כאשר המחוקק לא קבע חובה להפעיל סמכות בדרך מוגדרת, נולדת וקמה יחד עם הקניית הסמכות גם החובה לשקול את עצם הצורך וההצדקה להפעלתה של הסמכות.

(רע"פ 7861/03 **מדינת ישראל נ' המועצה האזורית גליל תחתון** תק-על 2006(2) 1437, 1443 (2006))

16. המפתח ליציאתו של העותר לחו"ל מצוי בידי ישראל. הפתרון ליציאתו ריאלי, ואף ננקט במקרים דומים בעבר הרחוק והקרוב. המשיבים מחזיקים בסמכות להחליט אם פתרון זה יינתן לעותר, ומקיומה של הסמכות נובעת החובה להפעיל שיקול דעת, ולהפעילו בסבירות.

חובות המשיבים על פי הדין הבינלאומי והפנימי

17. אין צורך בגדרה של עתירה זו לבחון לעומק את מעמדה של רצועת עזה. די לנו בכך כי בכל האמור **בחופש התנועה מתוך רצועת עזה ואליה שולטת ישראל שליטה מלאה ואפקטיבית**, וכי אין כוח אחר היכול להוציא סמכויות בתחום זה לפועל, בכדי לקבוע כי על ישראל מוטלת חובה ברורה כלפי האוכלוסייה ברצועה בכל הכרוך בתחום זה.

18. גם כב' הנשיאה ביניש ציינה לאחרונה כי :

החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה...
נובעות גם ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין
רצועת עזה.

(בג"צ 9132/07 ג'בר אלבסיוני אחמד נ' ראש הממשלה, תק-על 2008(1)
1217, 1213 (2008)).

19. גם המשפט ההומניטארי הבינלאומי מבסס את הזכות לחופש התנועה, חופש העיסוק, הזכות
לפרנסה ואף את הזכות לכבוד, ואת הזכויות החשובות האחרות שתלויות בהן, מתוך
מחויבותם של המשיבים למנוע פגיעה באוכלוסייה האזרחית. חובה זו איננה מצומצמת למצב
המיוחד של שטח כבוש בלבד.

20. דיני זכויות האדם הבינלאומיים רלוונטיים אף הם לענייננו. על פי דינים אלו לכל אדם נתונה
הזכות לעזוב כל ארץ – לרבות ארצו.

סעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם, 1948 קובע :

Everyone has the right to leave any country, including his own,
and to return to his country.

וראו גם : סעיפים 12 ו-17 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966 ; סעיף 12 לאמנה
בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966.

21. נוסף על המשפט הבינלאומי, נושאים עמם המשיבים בתרמילם את כללי היסוד של המשפט
המינהלי והחוקתי הישראלי – בלא קשר למעמדו של השטח המדובר. המשיבים נושאים, בין
השאר, את עקרונות היסוד הנוגעים לחופש העיסוק וחופש התנועה, ואת חוק יסוד : כבוד
האדם וחירותו על פיו הם מחויבים לנהוג ביחס לכל אדם. טול מאדם את הזכות לנוע ופגעת
בכבודו כאדם.

זכות המעבר דרך ישראל

22. העותר אינו מבקש להיכנס לישראל לשם שהייה בה. לעותר אין כל עניין או רצון לשהות
בישראל. כל שהוא מבקש הוא לעזוב את ארצו ולצאת לחו"ל. מכורח הנסיבות הדרך היחידה
כיום לעשות זאת הינה באמצעות מעבר דרך ישראל.

הזכות העומדת על הפרק אינה, אם כן, זכות הכניסה לישראל - אלא זכות המעבר דרכה.

23. **זכות המעבר (The Right of Transfer/Transit)** מוכרת במשפט הבינלאומי ושונה באופן
מהותי מזכות הכניסה.

נרחיב מעט ביחס לזכות זו.

24. כבר בתנ"ך ניתן למצוא את הגישה, לפיה זכאים אנשים לבוא למדינה בדרישה הלגיטימית למעבר דרכה:

אעברה בארצך, לא ניטה בשדה ובכרם, לא נשתה מי באר, בדרך המלך
נלך עד אשר נעבור גבולך (במדבר, כא 21).

הסירוב לתביעה זו נתפס שם כשרירות לב ואף כמצדיק מלחמה.

25. **המשפט הבינלאומי מכיר בקיומה של זכות מעבר (right of transfer) שיש בה משום הגבלה על עיקרון הריבונות.** מדינה מחויבת לאפשר מעבר בתחומה לנתינים זרים המבקשים להגיע למדינה אחרת. זכות המעבר מתקיימת כשהמעבר נחוץ (גם אם קיימות חלופות), וכשאין בו כדי לפגוע במדינה הנעברת. המעבר יכול שיהיה בתנאים שמטרתם להגן על אינטרסים לגיטימיים של המדינה הנעברת.

26. המלומד אופרטי מציין בספרו כי:

Jurists over the past six decades have definitely favored the view that States whose economic life and development depend on transit can legitimately claim it.

(K. Uprety, *The Transit Regime for Landlocked States: International Law and Development Perspectives* (The World Bank, 2006), p. 29).

כאשר מדובר במובלעת, זכות המעבר היא בעלת תוקף מנהגי ונובעת באופן טבעי מעצם קיומה של המובלעת. המלומד פאראן מבסס זאת, בין השאר, על העיקרון המשפטי לפיו חזקה על המעניק משהו כי העניק גם את הדבר שבלעדיו ההעניקה היא חסרת ערך
(*cuicunque aliquis auid concedit concedere videtur et id sine quo res ipsa non potuit*).

כדבריו של פאראן:

The law would not recognize the right of state A to a detached piece of its territory enclaved in state B's unless it was possible for state A to use that right. The existence of a right implies its exercise: without a right of free communication the rights of a state to its exclaves would be incapable of exercise and therefore nugatory. Hence there is no need for an express treaty between the two states concerned to give such a right: it is implicit in the very existence of the enclave. If a treaty is made, it may well regulate the exercise of this international way of necessity: but in its absence the right of way will still exist, for the necessity is still in being.

(d'Olivier Farran, C., International Enclaves and the Question of State Servitudes, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.4, No. 2. (Apr. 1955) 294, pp. 304).

27. זכות המעבר קיימת גם במקום שאין יחסי קרבה. מקרים קלאסיים, שעל הרקע שלהם התפתח עקרון זכות המעבר, הם המקרים של **מדינות ללא גישה לים** (כגון שווייץ או מדינות הקווקז), **מובלעות** המוקפות במדינה אחרת (כגון מערב ברלין עובר לאיחוד גרמניה ומובלעת הר הצופים בשנים 1948-1967) ו**מדינות מפוצלות מבחינה גיאוגרפית** (כמו השטחים הפלסטיניים).

28. במאמרו המקיף של המלומד לאוטרפאכט על זכות המעבר הוא מתאר אותה באופן הבא :

On that view, there exists in customary international law a right to free or innocent passage for purposes of trade, travel and commerce over the territory of all States – a right which derives from the fact of the existence of international community and which is a direct consequence of the interdependence of States.

(E. Lauterpacht, Freedom of Transit in International Law, *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 44 (1958), pp. 313-356, p. 320).

את האופי המינהגי של זכות המעבר מבסס לאוטרפאכט על כתבי מלומדים מגרוטיוס ועד ימינו, כמו גם על הפרקטיקה של המדינות. הוא מוכיח שעקרון היסוד של חופש המעבר חוזר בצורה אחידה באינספור אמנות דו-צדדיות ורב-צדדיות (האמנות המוקדמות ביותר שהוא מזכיר הן מהמאה האחת-עשרה), שהסדירו את היישום הקונקרטי שלו בהקשרים שונים: במעבר בנהרות ונתיבי מים או במעבר קרקעי בשטחיהן של מדינות שונות. הוא מראה כיצד אותו היגיון יושם בנוגע לנתיבים ימיים.

בין האמנות המודרניות והרחבות יותר מבחינת מספר הצדדים להן, ניתן להזכיר את האמנה בדבר הים הפתוח (1958) (סעיף 3, בדבר זכות גישה לים של מדינות ללא חוף ים); האמנה בדבר הים הטריטוריאלי והאזור הסמוך (1958) (סעיפים 14-24 בדבר מעבר תמים במים טריטוריאליים); אמנת האו"ם על המשפט הימי (1982) (סעיף 125 על זכות הגישה לים וחופש המעבר) והסכם GATT (סעיף V בדבר זכות המעבר).

29. זכות המעבר מותנית, כאמור, בהיעדר פגיעה במדינה הנעברת. לצורך זה יכולה הזכות להיות מותנית בתשלומים על הוצאות הכרוכות בעצם המעבר; בדרישות כגון הסגר למניעת הפצת מחלות, וכיוצא באלו. באשר לשיקולי ביטחון, כותב לאוטרפאכט:

In terms of the problem of transit, there is room for the view that States are not entitled arbitrarily to determine that the enjoyment of a right of transit is excluded by considerations of security. What they may do is, by reference to the factor of security, to indicate one route of transit in preference to another or, possibly, to allow the use of the route subject only to certain conditions. But it must be doubted whether the discretion of the State stretches beyond this.

(שם, עמ' 340).

30. גישה זו משתקפת באמנות שעייגנו בנסיבות קונקרטיות את העיקרון הכללי של זכות המעבר. זכות המעבר אינה חדלה מלהתקיים בעת חירום, ואף לא בעת מלחמה, אולם ניתן להגביל אותה בהתאם לנסיבות. ההגבלה צריכה להיות מינימאלית ככל הניתן – הן מבחינת היקפה והן מבחינת משכה.

סיכום

31. חופש התנועה אינה עוד זכות ככל זכות אחרת, שכן חופש התנועה הוא המפתח להגשמת זכויות אדם בסיסיות: חופש העיסוק, הזכות לטיפול רפואי, הזכות לחיי משפחה, הזכות לחינוך, הזכות לפולחן ועוד. זכותו של אדם לעזוב את ארצו ולצאת לחו"ל היא כה מהותית וחשובה, עד כי הגבלתה צריכה להיעשות רק מטעמים פרטניים כבדי משקל, ואין כל אפשרות להקפיאה כליל לתקופה ממושכת.

ויפים לענייננו דבריו של הנשיא (דאז) ברק בפרשת עדאלה:

אין אפשרות לקיים הבחנה חדה בין מעמד זכויות האדם בעת לחימה ומעמדן בעת שלום. קו הגבול בין טרור לרגיעה הוא דק. כך בכל מקום. כך בוודאי בישראל. אין אפשרות לקיים אותו לאורך זמן. עלינו להתייחס לזכויות האדם ברצינות הן בעת לחימה והן בעת רגיעה. עלינו להשתחרר מהאמונה התמימה, כי עם חלוף הטרור ניתן להשיב את מחוגי השעון אחורה.

(בג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים תק-על 2006(2) 1754, 1766 (2006)).

32. ברצועת עזה מתגוררים כמיליון וחצי תושבים. הרעיון שאפשר למנוע בצורה גורפת את היציאה מתוך רצועת עזה הוא רעיון אבסורדי ממש, אשר לא רק מנוגד לרוח אמנת ג'נבה הרביעית אלא לרעיון זכויות האדם כולו.

33. המשיבים אינם רשאים לנצל את שליטתה האפקטיבית של ישראל על דרכי הכניסה והיציאה אל ומרצועת עזה, בכדי לנעול את השערים ולהותירה סגורה ומסוגרת. המשיבים יכולים וחייבים למצוא פתרונות אשר יאפשרו תנועה מן הרצועה. חלק מהפתרונות כבר מוכרים וכבר יושמו בעבר – כגון יציאה ממחסום ארז ומשם דרך גשר אלנבי לירדן או דרך מעבר ניצנה למצרים. ניתן לחשוב על פתרונות נוספים ומגוונים. סמכות – ובמיוחד סמכות בלעדית – משמעה גם אחריות. מאחריות זו אין המשיבים רשאים להתנער.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד ברצועת עזה 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 המשיבים, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיבים את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.