

**בבית המשפט העליון  
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ 11/

בעניין:

1. ח \_\_\_\_\_, ת"ז 2 \_\_\_\_\_  
תושב הרשות הפלסטינית
2. פ \_\_\_\_\_, ת"ז 8 \_\_\_\_\_  
תושב הרשות הפלסטינית
3. ע \_\_\_\_\_, ת"ז 3 \_\_\_\_\_  
תושב הרשות הפלסטינית
4. ע \_\_\_\_\_, ת"ז 2 \_\_\_\_\_  
תושב הרשות הפלסטינית
5. א \_\_\_\_\_, ת"ז 1 \_\_\_\_\_  
תושב הרשות הפלסטינית
6. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר**  
ע"י ב"כ עוה"ד אלעד כהנא (מ"ר 49009) ו/או עידו בלום (מ"ר 44538) 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 נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או נמרוד אביגאל (מ"ר 51583)  
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. **המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**
2. **מתאם פעולות הממשלה בשטחים**

**המשיבים**

**עתירה למתן צו על תנאי**

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

- א. מדוע לא ישיבו לפניות העותרים אליהם מזה **כחמישה חודשים**;
- ב. מדוע לא יתירו את מעברם של העותרים – חברי צוות צילום סרטים דוקומנטריים מחברת ההפקות "מיאר" – דרך ישראל אל הגדה המערבית, במסגרת צילומו והפקתו של הסרט "חכאית מסרח" ("סיפורו של תיאטרון"), העוסק בתולדות התיאטרון הפלסטיני בשטחים הכבושים ושצילומיו החלו לפני כחצי שנה.
- בית המשפט מתבקש להורות למשיבים להגיב לעתירה בהקדם. העותרים ממתינים לתשובת המשיבים מזה **כחמישה חודשים תמימים**. העותרים החלו בצילום סרטם, ביטוי מובהק של הזכות לחופש הביטוי וחלק חשוב מפיתוח התרבות והאמנות הפלסטינית, לפני כחצי שנה. ככל שחולף הזמן, נגרמים להם נזקים כלכליים ועתידו של הסרט לוט בערפל. יתכן שבתשובת המשיבים אף יהיה כדי לייתר את העתירה.

## מבוא

1. עתירה זו, העוסקת בכיבוש המגביל בני אדם מלעבור מחלק אחד של ארצם לאחר, אינה עוסקת במלחמה ובמוות. היא עוסקת בחיים, באמנות וביצר האדם, החזק מכל טנק, ליצור, לפתח ולחיות.
2. העותרים, חמישה אנשי תקשורת הגרים ברצועת עזה, החלו בפרוייקט קולנועי הסוקר את הצד הלא מוכר של החיים בשטחים הכבושים – עולם האמנות. הסרט עוסק בתולדות התיאטרון בשטחים הכבושים ובהתפתחותו עם השנים, והוא כולל ראיונות עם שחקנים ובמאים, שבשל הכיבוש והעיסוק המתמיד בו, אינם מוכרים כמעט מחוץ לגבולות ארצם. לשם השלמת פרוייקט זה, על העותרים להמשיך את צילומי הסרט בגדה, שם ממתנינים להם אמנים פלסטינים רבים אחרים.

## התשתית העובדתית

### הצדדים

3. העותרים 5-1 הם אנשי תקשורת, המחזיקים בתעודות עיתונאי מלשכת העיתונות הפלסטינית.

העתק תצלום תעודות העיתונאי של העותרים 5-1 מצורף ומסומן ע/1.

4. העותר 1 הוא במאי סרטים דוקומנטאריים, שלמד תקשורת באוניברסיטה וסיים את לימודיו בשנת 2000. מאז ביים העותר מספר סרטים קצרים, העוסקים בחייהם של פלסטינים במחנות הפליטים וכן בהתמודדותם של ילדים עם האלימות והלחימה הסובבים אותם.

5. העותר 2 הוא מנהל חברת ההפקה "מיאר" (לשעבר "אלמנטאר"), אותה הקים בשנת 1998, בה מועסק העותר 1. עד היום הפיקה החברה מאות סרטים, שהוקרנו בערוצי הטלוויזיה הפלסטינית ובמדינות ערב.

ניתן לקרוא עוד באתר החברה: <http://www.mayarmedia.com/eng/index.php>.

6. העותרים 2-1 החלו לקדם את צילומיו של סרט חדש אודות התיאטרון הפלסטיני, שהעותר 1 מביים והעותר 2 מפיק. יחד עמם עובדים על הסרט העותר 3, האחראי על תיאום הכנת הסרט מן ההיבט המינהלתי; העותר 4, צלם הסרט; והעותר 5, טכנאי הקול.

7. בחודש יוני 2010 החל הצוות בהכנת הסרט "חכאית מסרח" ("סיפורו של תיאטרון"), סרט דוקומנטרי בן כ-50 דקות, העוסק בתולדות התיאטרון הפלסטיני בשטחים הכבושים. מדובר בסרט בעל חשיבות רבה לתרבות הפלסטינית, שכן בעוד שהתקשורת העולמית והמקומית עוסקות לרוב בסיקור המוות והמלחמה, מדובר בסרט שעוסק בחיים, בתרבות וביצירה, באהבה וביופי. הסרט נועד להציג פן אחר של החיים בשטחים הכבושים, פן המוכיח כי

התקווה האנושית חזקה מכל. הסרט גם מהווה מסר של הוקרה לאנשים שבחרו להקדיש את חייהם לאמנות, בתנאים של כיבוש צבאי בן למעלה מארבעה עשורים, ושעבודתם כמעט ושאינה מוכרת לרבים בעולם.

8. הצילומים נערכו בינתיים בשלושה תיאטראות ברצועה – תיאטרון רשאד אלשווא אלתיקאפי; תיאטרון מרכז סעיד אלמחסאל; ותיאטרון אלהאל אלאחמר אלפלסטיני. הצילומים כללו ראיונות עם שחקנים, במאים ומבקרי תיאטרון ברצועה, בהם השחקנית אינאס אלסקא, השחקן סעיד אלביתאר והבמאי מוסטפא אלנביה.

מכיוון שהסרט סוקר את התפתחות התיאטרון הפלסטיני, וחלק נכבד מהתפתחות זו אירע בגדה המערבית, לא ניתן להשלימו ללא המשך צילומי הסרט בגדה.

9. העותרת 6 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.

10. המשיב 1 הוא המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מארבעים שנה. המשיב הוא בעל הסמכות להתיר את מעברם של פלסטינים אל הגדה וממנה.

11. המשיב 2, מתאם פעולות הממשלה בשטחים, הוא האחראי על יישום מדיניות ישראל בגדה המערבית וברצועת עזה, וממונה, בין היתר, על מינהלת התיאום והקישור לרצועת עזה.

### מיצוי הליכים

12. ביום 18.7.10 הגישו העותרים בקשה למשיבים, באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית, לעבור לגדה לצורך המשך צילומי הסרט. ביום 28.7.10 אף נמסר להם, לאחר בירור עם נציג הוועדה האזרחית, כי הבקשה אכן נקלטה אצל המשיבים.

העתק בקשת העותרים לעבור לגדה מצורף ומסומן ע/2.

13. ביום 5.8.10 פנה המוקד להגנת הפרט למשיב 2, בבקשה להתיר את מעבר העותרים לגדה. המוקד הדגיש כי מדובר בעיתונאים, עובדי סוכנות תקשורת, המפיקה סרטים דוקומנטריים ותוכניות טלוויזיה, שהחלו בצילום סרט חדש העוסק בתולדות התיאטרון הפלסטיני. המוקד הוסיף כי המשך הכנת הסרט מחייב את מעבר העותרים לגדה, לצורך עריכת ראיונות וצילומים עם שחקנים ובמאים פלסטינים.

עוד הוסיף המוקד, כי למעבר חשיבות רבה לא רק לעיסוקם של העותרים, אלא למימוש זכותם לחופש ביטוי ולקידום חופש העיתונות וכן לתיעוד התרבות הפלסטינית.

העתק פניית המוקד למשיב מיום 5.8.10 מצורף ומסומן ע/3.

14. ביום 5.9.10 פנה המוקד למשיב בשנית וציין כי חלף חודש מאז פנייתו, וכחודש וחצי מאז הגישו העותרים את בקשתם. משכך, ביקש המוקד להתיר את מעברם של העותרים בדחיפות.

העתק פניית המוקד למשיב מיום 5.9.10 מצורף ומסומן ע/4.

15. ביום 14.11.10 פנה המוקד למשיב בפעם השלישית, וציין כי חלפו למעלה משלושה חודשים מיום פנייתו הראשונה של המוקד (וארבעה חודשים מיום הגשת בקשת העותרים!). משכך, ביקש המוקד כי מעברם של העותרים יותר בדחיפות.

העתק פניית המוקד למשיב מיום 14.11.10 מצורף ומסומן ע/5.

16. על אף הזמן הרב בו ממתנינים העותרים לתשובה לבקשה (חמישה חודשים) וחרף חשיבות מעברם של העותרים לגדה – נמנעים המשיבים מלהשיב לפניית העותרים ולהתיר את מעברם לגדה. משכך, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט.

## הטיעון המשפטי

### א. חובת המשיבים להשיב לפניית אליהם תוך זמן סביר ובמהירות ראויה

17. המשיבים, ככל רשות מינהלית, מחוייבים להשיב לפנייה תוך זמן סביר ובמהירות ראויה מכוח הדין. כלל ידוע הוא כי "החובה לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשונות 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 4212/06 **Avocats Sans Frontieres נ' אלוף פיקוד הדרום**, תק-על 2006(2) 4751 (2006).

18. ברגיל, מחייב הדין מענה תוך תקופה מקסימאלית של 45 ימים מיום הפנייה, תקופה שחלפה בענייננו. סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, מחדד חובה זו ומגדיר מסגרת זמנים ברורה, בקובעו כי חובה על עובד ציבור להשיב בכתב לפניית המופנות אליו **בתוך ארבעים וחמישה יום**. במקרים מסוימים, המנויים בחוק, נקבע כי אין חובה להשיב בתוך ארבעים וחמישה יום, אך **בכל מקרה חובה להודיע למבקש בכתב בתוך ארבעים וחמישה יום את הטעמים לכך**. ר' גם הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 3.1004 – חוק לתיקון סידרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, סעיף ג.1; הוראת משרד הביטחון מס' 10.06 – דפוסי התנהגות ציבורית והיבטים משפטיים בפעולות עובדי משרד הביטחון, סעיף 21; פקודת מטכ"ל 08.0101 - פניות גורמים אזרחיים - חובת מתן תשובה והנמקה, סעיפים 4 ו-6.א.

19. 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 2007(2) 569, 551);

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 2006(2) 775, 780 (2006).

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

20. במקרה דנן, העותרים ממתניים לתשובה בעניינם מזה כחמישה חודשים, פרק זמן העולה, לכל הדעות, על פרק הזמן הסביר במהלכו נאלץ אדם להמתין לתשובה, ואף על פרק הזמן המקסימאלי הקבוע בדין.

### **ב. חשיבות המעבר – חופש הביטוי האמנותי והזכות לתרבות**

21. מניעת המעבר משמעו, חיסול סרטם של העותרים עוד בשלבי הכנתו. מדובר בפגיעה מובהקת בזכותם של העותרים לחופש הביטוי האמנותי, אשר נפסק לא אחת כי הוא מוגן בגדרי הזכות לחופש הביטוי (רי למשל בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת, פ"ד נ(5) 661). בענייננו מדובר בפגיעה כפולה ומכופלת בחופש הביטוי האמנותי, שכן מדובר בסרט העוסק באמנות וביצירה.

22. חופש הביטוי הוא זכות יסוד המושרשת באופן עמוק במארג זכויות האדם. בית משפט נכבד זה אף קבע כי מדובר בזכות יסוד חוקתית, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולא זו אף זו, אלא שעל המדינה קיימת, בנסיבות המתאימות, חובה חיובית לקדמו (רי למשל בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, 12.12.06).

23. אין צורך להכביר על מעמדה הבכיר של הזכות לחופש הביטוי. באינספור פסקי דין עמד בית המשפט על חשיבותה הנעלה, על היותה נשמת אפה של הדמוקרטיה, ועל האיזונים הקפדניים הנדרשים על מנת להגבילה (רי למשל בג"ץ 75/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871; בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוזי הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 398). כך למשל נפסק:

אמנם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו נוקב בשמו של חופש הביטוי ואינו מגדירו, בלשון מפורשת, כזכות-יסוד. אך אין בכך כלום: אף ללא הוראה מפורשת, כלול חופש הביטוי בכבוד האדם, כמשמעו בסעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד. שכן, מהו כבוד האדם ללא החירות היסודית הנתונה לאדם, לשמוע את דברי זולתו ולהשמיע את דבריו שלו; לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו!?

(עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד (4) 136, 157).

וכן:

כיום אין עוד חופש הביטוי בבחינת זכות יסוד שאינה כתובה עלי ספר... מדובר בזכות חוקתית מוגנת.

(דברי כבוד השופט א' ריבלין ברע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר (טרם פורסם), פסקה 10 לפסק דינו).

24. מעמדה הבכיר של הזכות לחופש הביטוי עוגן גם במשפט הבינלאומי. כך למשל נקבע בסעיף 20 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966:

Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, **regardless of frontiers**, either orally, in writing or in print, **in the form of art**, or through any other media of his choice.

ר' גם:

סעיף 19 להכרזה הבינלאומית בדבר זכויות האדם;

סעיף 10 לאמנה אירופית בדבר זכויות האדם.

25. כמו כן, משפט זכויות האדם הבינלאומי הכיר גם בחשיבותה של הזכות לתרבות. סעיף 15 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, קובע:

(1) The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone:

(a) **To take part in cultural life;**

....

(2) The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant **to achieve the full realization of this right shall include those necessary for the conservation, the development and the diffusion of science and culture.**

(3) The States Parties to the present **Covenant undertake to respect the freedom indispensable for scientific research and creative activity.**

(4) The States Parties to the present **Covenant recognize the benefits to be derived from the encouragement and development of international contacts and co-operation in the scientific and cultural fields.**

26. מזה למעלה מארבעה עשורים מצוי העם הפלסטיני תחת כיבוש צבאי. חרף זאת, עלה בידו לפתח חיי תרבות, תיאטרון וקולנוע. הנה לפנינו עותרים, אשר בחרו להקדיש את חייהם ליצירה, לחירות ולאמנות. והנה המשיבים, אשר בוחרים להמשיך ולהתעלם מפנייתם, ולצרום בתודעת העולם את גדרות התיל שנטעו בלב וסביב השטחים הכבושים.

## ג. הפגיעה בזכויות נוספות של העותרים

### (i) חופש התנועה

27. לכל אדם נתונה הזכות לנוע בתוך ארצו באופן חופשי. הזכות לחופש התנועה היא הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש יכולותיו וזכויותיו. הזכות לחופש התנועה נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי.

ראו:

בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, פסקה 10 ;  
בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם ו-21 אח' נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, פסקה 15 ;  
בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האיזורי, תק-על 1994(1) 1139, 1147.

28. הזכות לחופש התנועה היא המנוע שמניע את מארג זכויותיו של האדם. המנוע שמאפשר לאדם לממש את האוטונומיה שלו, את בחירותיו. כאשר מגבילים את חופש התנועה נפגע אותו "מנוע" וכתוצאה מכך חלק מהאפשרויות והזכויות של אדם חדלות מלהתקיים. כבודו כאדם נפגע. מכאן החשיבות הרבה המיוחדת לזכות לחופש התנועה.

29. כאשר מגבילים אדם מלנוע בתוך שטח המדינה או הישות בה הוא מתגורר, פוגעים בחייו החברתיים, פוגעים בחייו התרבותיים ובזכויות האדם שלו, פוגעים בחופש הבחירה שלו. אותו אדם מוגבל בשאלות המהותיות ביותר של חייו: היכן יתגורר, עם מי יחלוק את חייו, היכן ילמדו ילדיו, איפה יקבל טיפול רפואי, מי יהיו חבריו, היכן יעבוד, במה יעסוק והיכן יתפלל.

30. הזכות לחופש התנועה מעוגנת גם בדין ההומניטארי הבינלאומי. אמנת ג'נבה הרביעית מקבעת את חופש התנועה כזכות יסוד של מוגנים, בין בשטח כבוש ובין בשטח מדינת אויב. סעיף 27 לאמנה קובע כי מוגנים יהיו זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך ארץ לכבודם.

31. חשוב לציין גם את סעיפים 41-43 (החלים בשטח מדינה המעורבת בקונפליקט) ו-78 (החל באזור כבוש). סעיפים אלו עוסקים בהגבלת חירות, על ידי מעצר או תיחום מקום המגורים. האמצעים הם דווקניים והשימוש בהם הוא דווקני. בא ללמדך, כי חופש התנועה של המוגנים בכל שאר הנסיבות היה חשוב מאוד למדינות החברות. רק במקום בו יש, ככלל, חובה לכבד את חופש התנועה, יש צורך לקבוע כללים מפורשים ודווקניים להגבלתו:

סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית מהווה הן מקור להגנה על זכותו של הנעבר והן מקור לאפשרות הפגיעה בזכות זו. דבר זה בא לידי ביטוי, בין השאר, בהוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית עצמה, הקובעת כי האמצעים הנקבעים על ידה הם האמצעים שהמעצמה הכובשת (כלומר, המפקד הצבאי) רשאית "לכל היותר" (at most) לבצע.

(בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2002(3), 1021, עמ' 1027).

32. משפט זכויות האדם הבינלאומי אף הוא מקור מחייב המעגן את חופש התנועה כזכות אדם בסיסית. כך קובע סעיף 12(א) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, אשר ישראל חתמה עליה ואשררה אותה:

אדם הנמצא כחוק בתוך שטחה של מדינה זכותו, בתוך שטח זה, לנוע ולבחור את מקום מגוריו באורח חופשי.

33. סעיף 12 הנ"ל הוא מקור מחייב. כמקור לפרשנות ראו גם סעיף 13 להכרזה האוניברסאלית על זכויות האדם וסעיף 2 לפרוטוקול הרביעי מ-1963 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם.

(ii) הפגיעה בחופש העיסוק של העותרים

34. במסגרת עיסוקם, נדרשים העותרים להתייבב בגדה המערבית על מנת להשלים את הליכי הכנת הסרט. אין צורך להכביר מילים בדבר ההשלכות של הפגיעה ביכולתם של העותרים להשלים את עבודתם ולמלא את תפקידם במסגרת עיסוקם. מדובר בפגיעה בזכותם להתפרנס ובזכותם לחופש העיסוק:

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 והתרבות והספורט, פ"ד (מג) 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, 540-541 (2004)).

35. זכות זו הייתה קיימת במשפט הישראלי בטרם חוקקו חוקי-היסוד, והינה גם מעוגנת בשלל מקורות של המשפט המשווה אליהם מפנים בתי המשפט לצורך הגדרת היקפה:

זמן רב טרם חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק, עוד בראשית ימיו של בית-משפט זה, הכירה שיטתנו המשפטית בחופש העיסוק כזכות יסוד "טבעית", ובעקבותיה הכירה פסיקתנו בשורה של זכויות יסוד נוספות "שאינן כתובות על ספר" (ראו: בג"צ 1/49 בז'רנו ואח' נ' שר המשטרה ואח', פ"ד ב 80, 82-83).

[...]

נראה כי ראוי לאמץ את הגישה לפיה ככל שהפגיעה נוגעת לשלילת עיסוק או למניעת כניסה לעיסוק, כך עשויה היא להיחשב קשה וחריפה יותר מפגיעה באופן מימוש העיסוק, וזאת נוכח הפגיעה החמורה יותר בחופש הבחירה של האדם ובזכותו לאוטונומיה אישית.

(בג"ץ 4769/95 רון מנחם ואח' נ' שר התחבורה ו-2 אח', פ"ד נו(1) 235, עמ' 259-260).

36. 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 של כל אדם, ולכן היא מהווה חלק אינהרנטי מהתנאים הדרושים למימוש חיים של כבוד וחירות (human dignity). הזכות להתפרנס היא בעלת



חשיבות נכבדה ביותר, שכן היא מאפשרת לאדם לממש זכויות אחרות; מבין אלה חשוב להזכיר את הזכות לדיור, הזכות לחינוך, הזכות לחיי תרבות, הזכות לרמת חיים נאותה, הזכות להתאגדות וכו'.

ראו לעניין זה:

סעיפים 6 עד 8 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות סוציאליות ותרבותיות (1966);  
 סעיף 8(3)(a) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966);  
 סעיפים 20, 23 ו-25 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948);  
 סעיף 11 לאמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה (1979);  
 סעיף 5(e)(i) לאמנה בינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית (1965);  
 סעיפים 15 ו-27 לאמנה בדבר זכויות הילד (1989);  
 סעיפים 2 ו-3 לאמנה נגד הפליה (תעסוקתית) של ארגון העבודה הבינלאומי (מס' 111) (1960);  
 האמנה לקידום התעסוקה ולמאבק נגד האבטלה של ארגון העבודה הבינלאומי (סמ' 168) (1991);  
 הצהרת פילדלפיה של ארגון העבודה הבינלאומי (1944);  
 הצהרת קופנהגן ותוכנית הפעולה שאומצה על ידי הוועידה העולמית להתפתחות חברתית (1995).

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.

37. ועוד, המשבי, 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, 304-305 (1993)).

#### ד. המעבר מרצועת עזה לגדה המערבית

38. רצועת עזה והגדה המערבית הן יחידה משפטית אחת. הדבר מעוגן בחקיקה הצבאית: מנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון), (מס' 7), התשנ"ו-1995, שעיגן את הסכם הביניים בין ישראל לאש"ף ("הסכם אוסלו"), אשר קובע – כעקרון יסוד – כי הגדה והרצועה

מהוות שני חלקים של יחידה טריטוריאלית אחת. הדבר אף עוגן בפסק דינו של בית משפט נכבד זה (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 352).

גם שינויים שחלו בהיקף השליטה של ישראל על רצועת עזה עקב יישום תכנית ההתנתקות, לא פגמו בהכרה זו. אכן, מדובר בשתי שאלות שונות – שאלת היקף חובות המשיבים כלפי אוכלוסיה אזרחית, ושאלת היותן של יחידות גיאוגרפיות אלה חלק מיישות מדינית אחת (ואכן, מוכרים מקרים אחרים בהיסטוריה, בהם חולק שטחה של מדינה אחת תחת כובשים שונים, מבלי שהדבר השפיע על היותה מדינה אחת).

39. היקף השליטה הישראלית על רצועת עזה והגדה הוא שמחייב את העותרים באישור המשיבים. מכך, שלמשיבים יש חובות של ממש כלפי העותרים. חובות אלו הוכרו בפסיקת בית משפט זה, ונקבע כי לישראל חובות מיוחדות החלות על תושבי רצועת עזה. כפי שפסק בית משפט זה:

בנסיבות שנוצרו, החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה; חובות אלה נובעות גם ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו תלות כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל.

(בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, 30.1.08, סי' 12 לפסק הדין).

40. כאמור, שליטת המשיבים באפשרות המעבר בין רצועת עזה לגדה המערבית גוררת מאליה חובות כלפי העותרים. כך הוכר בפסיקת בית משפט זה. המעבר בישראל מהגדה לרצועה הוא הדרך היחידה העומדת בפני העותרים, למימוש זכותם לחופש הביטוי ולחופש התנועה.

41. ודוק: העותרים אינם מבקשים לשהות בישראל, אלא אך לעבור דרכה, בשל כורח הנסיבות שכפו עליהם המשיבים.

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

43. 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.

44. **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.

45. 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).

46. 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 (*cuicumque 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).

47. זכות המעבר קיימת גם במקום שאין יחסי קירבה. 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) ומדינות מפוצלות מבחינה גיאוגרפית (כמו השטחים הפלסטיניים).

48. 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).

49. 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).

50. 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.

51. ניתן לראות כי היקפה של זכות המעבר רחב מהיקפה של זכות הכניסה לשם שהייה, ועל כן נדרשים נימוקים בעלי משקל רב יותר בכדי לפגוע בה.

### סיכום של דברים

52. העותרים מבקשים לעבור מחלק אחד של ארצם למשנהו, על מנת לפתח את תרבות עמם, הנתון לכיבוש צבאי בן למעלה מארבעה עשורים. בהשתהותם מלהשיב לבקשה, פוגעים המשיבים לא רק בזכויותיהם הבסיסיות של העותרים, אלא בחופש הביטוי והיצירה,

התרבות והאמנות הפלסטינית, שגם כך נדרשת להתגבר על קשיים רבים שמציבים בפניה החיים תחת כיבוש, על מנת לשגשג.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד ברצועת עזה ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפויי הכוח שאף הם ניתנו בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותרים לבין באי כוחם.

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 המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

---

אלעד כהנא, עו"ד

ב"כ העותרים

10 בינואר 2011

[ת.ש. 66125]