

בעניין:

1. חמדאן, ת"ז
תושבת השטחים הכבושים

2. 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)

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

העותרות

- 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 לעותרת 1 לצאת מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, על מנת שתוכל לבקר את אמה החולה שבירדן;

2. מדוע לא ינמק את סירובו, ולא יציג בפני העותרת את סיבת הסירוב ונימוקיו ואת אופי הראיות עליהן הוא נשען.

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב להגיב לעתירה בהקדם, הן לאור משמעותו של מימד הזמן, כאשר מדובר באיסור על יציאה לחו"ל והשלכת משך הזמן על עוצמת הפגיעה בזכויותיה של העותרת. כדברי בית המשפט:

לעניין עוצמתה של הפגיעה בזכות - או "מידתיותה" של הפגיעה - יש לשקול גם את משך הזמן של ההגבלה. ככל שמשך הזמן של ההגבלה ארוך יותר, גדלה עוצמת הפגיעה. לא הרי הגבלה על זכות היציאה מן הארץ למספר ימים כהגבלה למספר חודשים או אפילו שנים.

(בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695 (2002); וראו גם: בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 1)2006, 320, 331; ובג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על 1)2005, 1114, 1127).

והן לאור מצבה הרפואי של האם הקשישה, בת 86, הסובלת מסכרת, לחץ דם גבוה, התקשות עורקי הלב ואבנים בכיס המרה.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**), היא פלסטינית בת 64 המתגוררת ביישוב ביתוניא. אמה של העותרת, קשישה בת 86 שמצב בריאותה ירוד, מתגוררת בירדן. האם סובלת מסכרת, לחץ דם גבוה, התקשות עורקי הלב ואבנים בכיס המרה. מצבה של האם מחריף מיום ליום, והעותרת מבקשת לצאת לירדן על מנת לבקרה. יצוין, כי העותרת לא ראתה את אמה מזה קרוב לשנתיים.

העתק מסמך רפואי בדבר מצבה של האם מצורף ומסומן ע/1.

2. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.

3. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על שטח הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בשטחי הגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה יותר מארבעים שנה.

החופש לצאת את השטחים הכבושים

4. כפי שנפסק לא פעם, המשיב הוא נאמן של השטחים הכבושים. מכלול סמכויותיו בשטח הכבוש נתון לו מכוח המשפט הבינלאומי, ובכפוף לו. בין היתר, מחויב המשיב בהוראות המשפט הבינלאומי המינהגי, הן ההומניטארי, כפי שנקבע בתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907, ובאמנת גינבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה; והן משפט זכויות האדם.

5. סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966, קובע:

Everyone shall be free to leave any country, including his own.

על הוראה זו מוסיף הדין ההומניטארי, כקבוע בתקנה 43 לתקנות האג 1907, כי:

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

וכן סעיף 27 לאמנת גינבה הרביעית, הקובע כי:

מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם...

נוהל המשיב

6. במשך השנים מנע המשיב את יציאתם של תושבי הגדה לירדן. הדבר נעשה ללא מתן זכות טיעון; החלטת המשיב נודעה לתושב אך ברגע בו הגיע למעבר שבגשר אלנבי, מזוודותיו בידי ותכניותיו לפניו, אז סירבו נציגי המשיב לאפשר את יציאתו, וללא כל נימוק.

7. במסגרת עתירה עקרונית שהוגשה בשל המצב, לפיו איש מתושבי הגדה אינו יכול לדעת האם המשיב מונע את יציאתו לחו"ל (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 מראש האם המשיב מונע את יציאתו לחו"ל. מאחר שהנוהל לא פורסם ברבים ואינו ידוע לרוב תושבי השטחים הכבושים, ומאחר שהליך הבירור דורש התייצבות אישית שאורכת לעיתים יום שלם, כמעט שלא נעשה שימוש בהליך הבירור והוא היה לאות מתה. רוב תושבי הגדה עדיין מגלים כי המשיב מונע את החלטתם, בעת הגיעם לגשר אלנבי לצורך היציאה לירדן.

8. על אף שהדבר לא התבקש במסגרת העתירה העקרונית, בנוהל האמור נקבע הליך השגה על החלטת המשיב למנוע יציאת תושב לחו"ל. גם הליך זה לא כולל שימוע או זכות טיעון ממשית (בין היתר, מכיוון שהתושב לא מתייצב בפני ועדה ואינו יכול להיעזר בעורך דין על מנת להשיג על ההחלטה, ועליו לפנות בעצמו ישירות למשיב). תחילה קבע הנוהל כי משך בדיקת ההשגה של תושב, שהמשיב מנע את יציאתו בגשר אלנבי, יהיה **שישה שבועות**; ומשלב מסוים אף האריך את התקופה וקבע כי ההשגה תיבדק במשך **שמונה שבועות**, כלומר, במשך חודשיים לאחר שהתושב כבר הוחזר מהגשר, ערב נסיעתו המתוכננת.

לאחר קבלת ההחלטה בעניינו, רשאי התושב לפנות למשיב בשנית רק בחלוף תשעה חודשים מיום הגשת ההשגה הקודמת.

9. יצוין, כי מכיוון שבבג"ץ 8155/06 לא התבקשו סעדים בנוגע לנוהל, 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

10. ביום 29.11.09 הגיעה העותרת לגשר אלנבי בדרכה לירדן כדי לבקר את אמה. להפתעתה, לאחר המתנה של ארבע שעות במקום, גילתה העותרת שנציגי המשיב מונעים את יציאתה, בלי להסביר לה מדוע. כל שנאמר לה הוא שהיא "מוחזרת" וכי יש לה "מניעה", ואם ברצונה לברר יותר, עליה לעשות זאת מול הרשות הפלסטינית.

11. למחרת, ביום 30.11.09, הגיעה העותרת בשנית לגשר. שוב חיכתה במקום מספר שעות, לאחריהן נאמרה לה תשובה דומה בדבר היותה "מוחזרת". כמו כן, על דרכונה הודבקה מדבקה המהווה אסמכתא להחלטת המשיב, בה נכתב בלאקוניות כי העותרת היא "מוחזרת" יציאה 30.11.09. העותרת ביקשה להגן על עצמה ולטעון כנגד החלטת המשיב, אולם נציגי המשיב סירבו.

העתק האישור שניתן לעותרת מיום 30.11.09 מצורף ומסומן ע/2.

12. מבירור מול הרשות הפלסטינית שערכה העותרת באותו יום, נמסר לה, לאחר בירור מול המשיב, כי המשיב אינו מונע את יציאתה לירדן, והיא רשאית לצאת דרך הגשר, ועל כן לא ברור מדוע מנע הצד הישראלי את יציאתה.

13. מאחר שנציגי המשיב מנעו את יציאת העותרת לחו"ל מספר פעמים, כאמור, ניגשה העותרת ביום 29.12.09 למת"ק הישראלי ברמאללה כדי להגיש השגה על החלטת המשיב, בהתאם לנוהל האמור. אלא שבמקום נמסר לה כי אכן, כפי שנמסר לה מהרשות הפלסטינית, המשיב אינו מונע את יציאתה לחו"ל. לעותרת ניתן אישור בכתב והיא חזרה לביתה.

יצוין, כי אין זו הפעם הראשונה בה נתקל המוקד במקרים בהם מונעים נציגי המשיב את יציאתם של תושבי השטחים הכבושים לחו"ל, וזאת חרף העובדה שבירורים קודמים במת"ק הישראלי מעלים כי אין כל סיבה למנוע את יציאתם לחו"ל.

העתק אישור המשיב מיום 29.12.09 מצורף ומסומן ע/3.

14. ביום 4.1.10 הגיעה העותרת לגשר אלנבי על מנת לצאת סוף כל סוף לירדן. אלא שגם הפעם, ולמרות תשובת המשיב, שוב מנעו נציגי את יציאתה לחו"ל, מבלי לפרט ולו באופן כללי את נימוקי ההחלטה.

15. ביום 6.1.10 פנה המוקד להגנת הפרט ליועמ"ש המשיב, בתלונה על ההתנהלות בעניינה של העותרת. המוקד הזכיר בפנייתו כי אין זו הפעם הראשונה בה נמסר לאדם כי הוא רשאי לצאת לחו"ל, וחרף זאת מונע המשיב את יציאתו. כמו כן, התבקש טיפול היועמ"ש בעניינה של העותרת, כך שתותר יציאתה לחו"ל.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט מיום 6.1.10 מצורף ומסומן ע/4.

16. ביום 7.2.10, בחלוף כחודש ממועד הפנייה, פנה המוקד להגנת הפרט פעם נוספת ליועמ"ש המשיב, וביקש את התייחסותו לפנייה.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט מיום 7.2.10 מצורף ומסומן ע/5.

17. ביום 11.2.10 התקבלה אצל המוקד להגנת הפרט תשובת היועמ"ש מאותו יום. בתשובה נמסר כי "בשל תקלה טכנית לא עודכנה מניעתה הביטחונית של מרשתכם במערכות הממוחשבות הרלבנטיות. בשל טעות זו, נמסר למרשתכם כי לא מוזנת כנגדה כל מניעה ביטחונית ליציאה לחו"ל". עוד נמסר, כי "בעת האחרונה נערכה עבודת מטה מקיפה שהתמקדה בדרכים לשיפור יישום [הנוהל] וכן מניעת הישנות של תקלות שונות שאירעו בעבר. בסופה של עבודת המטה ניתנו הנחיות פרטניות לגורמים הרלבנטיים ואלו מיושמות בפועל בימים אלו".

לגופו של עניין נמסר, כי "לא ניתן להתיר את יציאתה של מרשתכם לחו"ל וזאת לאור קשריה לארגון החמאס. גורמי הביטחון סבורים, כי המידע הביטחוני הקיים בעניינה של מרשתכם מעלה חשש ממשי כי יציאתה לחו"ל תסכן את ביטחון האזור".

העתק תשובת יועמ"ש המשיב מיום 11.2.10 מצורף ומסומן ע/6.

18. משנמסר לעותרת דבר החלטת המשיב, לא נותר לה אלא לפנות לבית המשפט בעתירה כנגד החלטה, שנימוקה אינם ידועים ולו באופן כללי. למעשה, עתירה זו מוגשת בליט ברירה, מאחר שלעותרת לא ניתנה הזדמנות של ממש לכלכל את צעדיה.

הטיעון המשפטי

א. המסגרת הנורמטיבית

19. סמכותו של המשיב בשטחים הכבושים, לרבות הסמכות להתקין את החקיקה הצבאית החלה בהם, היא מכוח המשפט הבינלאומי. דהיינו, מקור הסמכות הנורמטיבי הוא המשפט הבינלאומי (בג"ץ 2150/07 אבו צפיה נ' שר הביטחון, 29.12.09). משכך, הסמכות להגביל יציאתו של תושב מוגן לחו"ל היא מכוח ההוראות המסמיכות בדין הבינלאומי ההומניטארי, ומופעלת בהתאם להן.

20. בעניינינו, מקור הסמכות מצוי בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית. בסעיף זה, הקובע כאמור את חובות המפקד הצבאי כלפי תושבים מוגנים בשטח הכבוש, נקבע, בסיפא, 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>

21. דהיינו, האמנה מסמיכה את המפקד הצבאי להגביל את חירותו של הפרט, אם הדבר נדרש משיקולי ביטחון, תוך איזון ראוי עם זכויותיו. אמצעי ההגבלה אינם מפורטים בסעיף ומותרים לשיקול דעתו של המפקד הצבאי, תוך איזון ראוי כנדרש בנסיבות העניין. סמכויות אלו משתמעות גם מנוסח סעיף 78 לאמנה, המגביל את מרווח שיקול דעתו של המפקד הצבאי:

If the Occupying Power considers it necessary, for imperative reasons of security, to take safety measures concerning protected persons, it may, at the most, subject them to assigned residence or to internment

22. מכוח סמכות זו, מוסמך המשיב לקבוע מגבלות על חירותו של הפרט ועל חופש התנועה שלו, לרבות זכותו לעזוב את ארצו. במקרים בהם ההגבלה עולה לכדי תיחום מגורים או מעצר, מחויב המשיב גם לנקוט בהליך הקבוע בסעיף.

23. בשולי הדברים יוער, כי סמכות המשיב להגביל יציאת תושב לחו"ל מכוח אמנת ג'נבה לא הוסדרה באופן ספציפי בחקיקה הצבאית. אמנם סעיף 90(ב) לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תש"ל-1970, מסמיך את המפקד הצבאי לקבוע הוראות המגבילות יציאה מהשטח, אולם עד היום לא פורסמה הוראה כאמור מכוח הסעיף. ממילא כוחן של מגבלות המוטלות על תושביו של שטח כבוש, לרבות כזה שהוכרז כשטח צבאי סגור, פוחת ככל שחולף הזמן והכיבוש הופך למצב של קבע. על כך נאמר:

מצב זה אפשרי אולי אם התפישה הלוחמתית היא לתקופה קצרה; אבל כאשר היא נמשכת שנים רבות, אין זה סביר שלרוב תושבי השטחים לא תהיה קיימת הזכות לצאת מהם במשך כל שנות התפישה הלוחמתית... 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 69, 85-86 (תשנ"ד)).

וכפי שנפסק:

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.

(בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4) 801, 785 (1983)).

ב. חובת המשיב לנמק החלטתו

24. העותרת, אשר זכויותיה הוגבלו בעקבות החלטת המשיב, זכאית לכך כי ההחלטה בעניינה תתקבל בדרך מינהלית תקינה וכי המשיב יחשוף את הטעם להגבלת זכותו זו. 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. 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; הדגשים אינם במקור – א.כ.).

25. 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 סגיי" (י' דותן, "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים", **מחקרי משפט** יט (תשס"ב) 5, 37; ההדגשה הוספה – א.כ.).

26. 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 נאות 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 25/09 **גאנס 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.

27. 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.

28. כל שנמסר לעותרת, לאחר שהמשיב מנע את יציאתה מהגשר, הוא כי מיוחסים לה "קשרים" לארגון החמאס. ברי כי לא מדובר בנימוק שאדם יכול להתמודד עמו ולהפריכו. 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.

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

29. יש לזכור ששלילת זכותה של העותרת לצאת לחו"ל, תוך פגיעה חריפה בחירותה ובכבודה כבת אדם, משמעה **כליאתה בפועל בתוך שטח הגדה המערבית למשך זמן בלתי ידוע**.

30. 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 הלגיטימיות 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.
(פרשת ואנונו, לעיל; ההדגשה הוספה – א.כ.).

ראו גם דבריה של המלומדת יפה זילברשץ, במאמרה "זכות היציאה מהמדינה":

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 "זכות היציאה ממדינה" משפטים כ"ג 69, תשנ"ד; ההדגשה הוספה – א.כ.).

ד. הפגיעה בזכויות העותרת

(i) הזכות לחופש התנועה וזכותה של העותרת לצאת מארצה

31. המשיב מונע מהעותרת לצאת לחו"ל. בכך, פוגע המשיב בזכויותיה הבסיסיות לכבוד ולאוטונומיה, לחופש תנועה וכל הזכויות הנגזרות מזכותו לחופש תנועה.

32. 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 האדם נפגעות ואף חדלות מלהתקיים. מכאן החשיבות הרבה המיוחדת לזכות לחופש התנועה.

33. הזכות לחופש תנועה נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המינהגי ומעוגנת היטב במשפט הישראלי.

ראו בעניין זה:

סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966;

סעיף 2 לפרוטוקול 4 לאמנה האירופית לזכויות האדם 1950;

סעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948;

בג"ץ 6358/05 ואנוני נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, פסקה 10 (2006);

בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, פסקה 15 (2005);

בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997).

34. חלק מרכזי בזכות לחופש התנועה היא זכותו של אדם לצאת מארצו:

זכותו של אדם לצאת מארץ מגוריו ולחזור אליה היא "זכות טבעית". היא אחת מזכויות היסוד של האדם. הגבלתה של הזכות פוגעת פגיעה חמורה בזכויותיו.

(בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695, 704 (2002)).

35. יפים לענייננו גם דבריו של כב' השופט בך, בפרשת דאהר:

הגבלת חופש תנועתו של אזרח במובן זה, שנאסרת עליו היציאה מתחום המדינה לארצות אחרות, הינה פגיעה חמורה בזכויות הפרט, ומי כמו הציבור הישראלי חייב, מטעמים מובנים וידועים, להיות רגיש לנושא זה.

השופט זילברג נתן ביטוי לאותה תחושה בקובעו בפסק הדין בבג"צ 111/53, קאופמן נ. שר הפנים ואח', פ"ד ז' 534, עליו הסתמכה גם חברתי הנכבדה, המשנה לנשיא, לאמור:

"חירות התנועה של האזרח מן הארץ אל מחוצה לה, היא זכות טבעית, מוכרה, כדבר מובן מאליה..."

(בג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701, 712 (1986)).

36. זכות זו קיימת גם בזמן מלחמה, כפי שקובע סעיף 35 לאמנת ז'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)).

37. הזכות לעזוב את ארץ המגורים הוכרה כזכות יסוד אף במספר ניכר של אמנות והצהרות בין-לאומיות. ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948) בסעיף 13, והאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966) בסעיף 12(2), קובעות כי כל אדם זכאי לעזוב את ארצו:

Everyone shall be free to leave any country, including his own.

(ii) הפגיעה בזכותה של העותרת לחיי משפחה

38. הזכות לחיי משפחה, הכוללת את הזכות של הורים וילדים, אחים, אחיינים ודודים לשמור על קשריהם המשפחתיים, היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. כנגד זכות זו מוטלת על המשיב החובה לכבד את התא המשפחתי.

39. תקנה 46 לתקנות האג, המהווה דין בינ"ל מנהגי, קובעת:

יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומנהגי הפולחן.

40. גם במשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי, תחת כלל 105 למחקרו של הצלב האדום מודגש נושא זה :

Family life must be respected as far as possible.

(Henckaerts J.M. Doswald-Beck L. Customary *International Humanitarian Law*. Vol I: Rules. ICRC (2005). pp. 379-383).

ובית המשפט הנכבד פסק פעמים חוזרות ונשנות כי :

ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות. (בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 787,728).

ר' עוד :

סעיף 27 לאמנת ז'נבה הרביעית 1949 ;
 סעיף 10 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות 1966 ;
 סעיפים 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966 ;
 סעיף 12 וסעיף 16(3) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948 ;
 סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם 1950.

41. בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים, ובמיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין **עדאלה** (בג"צ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2) 1754).

כך, למשל, כותב הנשיא ברק, בסעיף 25 לפסק דינו :

חובתנו הראשונית והבסיסית לקיים, לטפח ולשמור על התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית - הלוא היא המשפחה הטבעית. [...]

הקשר המשפחתי... מונח ביסוד המשפט הישראלי. למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחיייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם.

כידוע, בעניין **עדאלה** נדחתה בסופו של דבר העתירה, כיוון שחלק מן השופטים, אשר סברו (כמו רוב השופטים) כי קיימת לכל אדם זכות בסיסית וחוקתית לחיי משפחה, סברו כי על אף חשיבותה ומרכזיותה של זכות זו, שיקולי ביטחון כבדי משקל עשויים בנסיבות מסוימות להתיר פגיעה בה אם זו מעוגנת בחקיקה ראשית.

42. חלק מהזכות לחיי משפחה היא זכותו של כל אדם להוות חלק מחייהם של קרובי משפחתו, ובמיוחד הוריו. המשיבים פוגעים בזכותה של העותרת ובני משפחתה לחיי משפחה בכך שהם מנתקים את בני המשפחה אלה מאלה, ובכך שהם מונעים מהעותרת לממש את זכותה להתראות עם אמה הורתה, קשישה חולה בת 86 שנים!

43. המלומד Minow מדגיש, כי החברה יוצאת נשכרת מכך שהתא המשפחתי מוגדר באופן רחב והערכים המשפחתיים תורמים להתפתחות של חברה סובלנית ומאוזנת:

Society gains through defining family membership broadly: the values signaled by 'family' are worthwhile and yet fragile; stability, nurturance and care should be promoted whenever possible, and people committed to taking on these tasks should be encouraged to do so.

(Minow M. "All in the Family and in All Families: Membership, loving and owing." *West Virginia Law Review*, Vol 95, 1992-1993. pp 275, 304).

סיכומם של דברים

44. סירובו של המשיב להתיר את יציאתה של העותרת לירדן, פוגע בזכות היסוד שלה לעזוב את ארצה, באוטונומיה שלה ובזכותה לחיי משפחה. מדובר בפגיעה קשה במיוחד בשים לב לגילה המופלג של האם ולמצבה הרפואי.

45. פגיעה זו מחמירה בשל כך שהחלטת המשיב התקבלה ללא שניתנה לעותרת זכות טיעון ולא נקבעה בה מסגרת זמן כלשהי, והיא נמסרה לעותרת בגשר בלא כל נימוק. גם התיאור הכללי שנמסר לעותרת בהחלטת המשיב בהשגתה, אינו מהווה הנמקה ראויה המאפשרת לעותרת להפריך את שמיוחס לה.

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 העותרת לבין באי כוחה.

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 העותרות ושכ"ט עו"ד.