

בעניין:

1. _____ מנסי, ת"ז _____
תושב השטחים הכבושים

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

ע"י ב"כ עוה"ד נמרוד אביגאל (מ"ר 51583) 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 אלעד כהנא (מ"ר 49009) ו/או נועה
דיאמונד (מ"ר 54665)

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 ולנמק:

- א. מדוע לא ישיב לפניות העותרים אליו בשים לב לנסיבות העניין;
- ב. מדוע לא יתיר את יציאתו של העותר 1 מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, על מנת שלא יאבד את מעמד התושבות הארעית שלו בסעודיה וכן לצרכי קיום מצוות דתו ועבודתו;
- ג. מדוע לא יודיע מהו התאריך המדויק בו יפוג תוקפו של האיסור על יציאתו של העותר 1 מן הגדה המערבית;
- ד. מדוע לא ינמק את סירובו להתיר את יציאת העותר 1, ולא יציג את סיבת הסירוב ונימוקיו ואת אופי הראיות עליהן הוא נשען.

בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה. העותר 1, אשר נדרש לצורך עבודתו לצאת תכופות לערב הסעודית, מחזיק במעמד של תושב ארעי שם, ויציאתו מערב הסעודית מוסדרת באמצעות ויזת יציאה שתוקפה יפוג ביום 10.5.11. חריגה מתקופה זו עלול לגרום לשלילת מעמדו, לגרום לו לנזק כלכלי כבד ולשלילת זכויותיו בערב הסעודית.

העותר 1 יצא את ארצו ללא כל מניעה מאז ומתמיד, פעמים רבות, אלא שבחודש מרץ האחרון גילה להפתעתו כי המשיב מונע את יציאתו, ומיד הגיש השגה כנגד מניעה זו. חרף דחיפות העניין ופניותיהם של העותרים בבקשה לבחון את העניין בדחיפות הנדרשת, עד היום, מזה למעלה מחודש, עדיין לא נתקבלה תשובה מטעם המשיב לגופו של עניין. על מנת שהעותר יספיק להגיע לסעודיה בזמן, כדי לחדש את מעמדו שם, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון דחוף לא יאוחר מיום 8.5.11.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**), הוא תושב השטחים הכבושים, יליד 1949, המתגורר עם אשתו וילדיו בכפר יאטה.
2. העותר עובד בחברת "אלמערג" לתיירות ונופש, שבבעלות אחיו ובנו, ואשר מטפלת, בין היתר, בנסיעות לערב הסעודית לצורך קיום מצוות החג' והעומרה. העותר מיופה כוח בחברה, ובמסגרת תפקידו בה הוא נדרש מזה שנים רבות לצאת לסעודיה מספר פעמים בשנה, לטפל בהגשת בקשות לקבלת ויזות ללקוחות החברה המבקשים להיכנס לערב הסעודית ולהדריך תיירים.
- העתק תעודת רישום של חברת "אלמערג" ברשם החברות ברשות מצורף ומסומן **ע/1**.
- העתק ייפוי כוחו של העותר בחברה מצורף ומסומן **ע/2**.
3. עבודתו ושהייתו של העותר בערב הסעודית מותרות מכוח מעמדו שם כתושב ארעי. מכיוון שמדובר בתושבות ארעית, יציאותיו של העותר מערב הסעודית מוסדרות באמצעות ויזה מיוחדת לתקופה של 6 חודשים. כך, לפי ויזת היציאה האחרונה שקיבל העותר במועד יציאתו האחרונה מערב הסעודית ביום 20.11.10. בהתאם לכך, על פי לוח השנה ההיגרי (האיסלאמי) עליו לשוב לשם עד ליום 10.5.10. אם לא ישוב במועד זה, יאבד העותר את מעמדו בסעודיה.
- העתק מכרטיס התושבות הסעודי של העותר מצורף ומסומן **ע/3**.
- העתק ויזת היציאה מסעודיה שניתנה לעותר, בה מוטבע תאריך יציאתו בחותמת, מצורף ומסומן **ע/4**.
4. איחור לחזור במועד הקבוע בוויזה עלול להוביל לאבדן מעמדו, ומחייב הליכים בירוקרטיים יקרים, מסורבלים וממושכים, על מנת לנסות לשוב ולזכות במעמד בסעודיה, על אף החריגה.
5. יש להדגיש, כי לאבדן התושבות משמעויות רבות, ביניהן אבדן זכויות בסעודיה ובהן זכותו לעבוד שם, שלילת נגישותו לבנקים במקום, ועוד.
6. כמו כן, העותר מעוניין לצאת את ארצו על מנת לעלות לרגל לסעודיה, לקיום מצוות העומרה. העלייה לרגל למכה היא אחת המצוות המרכזיות בדת האסלאם. ראשונה במעלה היא העלייה לרגל בתקופת החאג', שהסתיימה בחודש נובמבר האחרון. שנייה לה היא מצוות העומרה.
7. את מצוות העומרה ניתן לקיים, מבחינה דתית, בכל ימות השנה. ואולם, מספר הוויזות לכניסה לסעודיה לצרכי עלייה לרגל הוא מוגבל ותחום למועדים מסוימים. ההרשמה לקבלת ויזות לסעודיה החלה השנה בחודש מרץ ותסתיים בחודש אוגוסט.
8. יצוין עוד, כי העותר **מעולם לא נעצר ולא נחקר**, ומזה שנים הוא יוצא את ארצו באופן תדיר ללא כל מניעה.
9. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.

10. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על איזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מארבעים שנה.

נוהל "בירור מוקדם" ליציאת תושבי השטחים הכבושים לחו"ל

11. מזה שנים מונע המשיב את יציאתם של רבים מתושבי השטחים הכבושים את ארצם. הדבר נעשה ללא מתן זכות טיעון וללא כל הודעה מראש. ברובם של המקרים נודע לאדם שהוא "מנוע יציאה" רק עת הגיעו למעבר שבגשר אלנבי, מזוודותיו בידיו ותכניותיו לפניו.

12. במסגרת עתירה עקרונית שהוגשה בעניין זה (בג"ץ 8155/06 **האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**), קבע המשיב נוהל, אשר אמור לאפשר לתושב השטחים המבקש לצאת לחו"ל לערוך בירור מראש במת"ק האם הוא מנוע מיציאה לחו"ל ובמידת הצורך, להגיש השגה על המניעה. יודגש, כי על פי הנוהל, ההשגה מתאפשרת רק **לאחר** שכבר הוחלט למנוע את יציאת אותו אדם לחו"ל, שלא לאחר מתן זכות טיעון ואף מבלי שדבר ההחלטה נמסר לאיש.

13. יצוין, כי גם הליך ההשגה שנקבע בנוהל לא נותן ביטוי לזכות הטיעון ולכללי הצדק הטבעי. למעשה, הנוהל אף מרע את מצבו של מי שהמשיב החליט למנוע את יציאתו, לעומת המצב שהיה לפני שבא לעולם: אם בעבר יכול היה אותו אדם לפנות באמצעות באי כוחו למשיב (וליתר דיוק יועמ"ש המשיב), להעלות באמצעותם את טענותיו במכתב מפורט או אף בשיחת טלפון ולקבל תשובות ענייניות ומפורטות, הרי שהליך ההשגה מחייב **נוכחות אישית** מצידו במת"ק **ומנוע ייצוג**. לא מדובר אך בהשחתת זמנו של אדם, שנדרש לבזבז ימים שלמים בבירוקרטיה המתישה הכרוכה בפנייה למת"ק, אלא גם בסילוק באי כוחו – עורכי דין או ארגוני זכויות אדם – מהתמונה.

14. על פי הנוהל, משך בדיקת ההשגה הוא שמונה שבועות לכל היותר; כלומר, **במשך חודשיים לאחר שהפונה כבר הוחזר מהגשר, ערב נסיעתו המתוכננת**. דהיינו, אדם המעוניין לברר האם הוא מנוע יציאה, להגיש השגה על המניעה במקרה הצורך ואולי אף לפנות לבית המשפט, נאלץ להתייצב במת"ק לבירור מוקדם **כשלושה חודשים קודם לנסיעתו**.

15. כעולה מהודעת המשיבים מיום 11.2.2010 בבג"ץ 8155/06 הנ"ל, הנוהל קובע כי לאחר קבלת ההחלטה בעניינו, תימסר לפונה התשובה בכתב או בטלפון **בהקדם**.

16. עוד נקבע בנוהל, כי ניתן לפנות למשיב בהשגה נוספת רק **בתום תשעה חודשים** מיום הגשת ההשגה; בקשה חדשה להתרת יציאה ניתן להגיש, על פי הנוהל, אך ורק במקרה של "צורך הומניטארי מיוחד".

17. מדובר בנוהל מסורבל, ממושך, מתיש ומייגע. רבים מתושבי השטחים כלל אינם מכירים אותו, שכן המשיב לא עשה די כדי לפרסמו. התוצאה היא שבפועל, רק מעטים שבמעטים מבין אלו שהנוהל נועד לכאורה לשימושם (שכן כל מי שמעוניינים לצאת לחו"ל אינם יודעים האם המשיב החליט למנוע את יציאתם או לא), אכן מכירים את הנוהל ופונים על פיו לבירור מוקדם: מתוך למעלה **מחצי מיליון** תושבי השטחים הכבושים אשר יוצאים מדי שנה את הגדה, פונים למשיב על פי הנוהל מדי שנה **כ-150 בני אדם בסך הכול**.

18. כך מונע המשיב את יציאתם של תושבי השטחים מהגדה לירדן, על דעת עצמו, **לתקופה בלתי מוגבלת**, בלא שתינתן לאדם שיציאתו נאסרה הזדמנות של ממש לטעון כנגד החלטה זו.
19. יצוין, כי מכיוון שבבג"ץ 8155/06 הנ"ל, לא התבקשו סעדים בנוגע לנוהל אשר גובש במסגרתו, ביקשו העותרים למחוק את עתירתם וכך נעשה ביום 21.2.10, "תוך שמירת זכותם של העותרים לשוב ולפנות לבית המשפט בעניינים פרטניים הנוגעים לנוהל".

מיצוי ההליכים

20. ביום 22.3.11 הגיע העותר לגשר אלנבי, במטרה לצאת את ארצו לירדן, לצרכי עבודתו. כפי שתואר לעיל, העותר יוצא את ארצו מספר פעמים בשנה, מזה שנים רבות, ומשכך הופתע כאשר באותו יום מנעו נציגי המשיב שבגשר אלנבי את יציאתו, וזאת ללא בדל של הסבר או נימוק.
21. למחרת, ביום 23.3.11, הגיע העותר בדחיפות למת"ק הישראלי בחברון על מנת להגיש השגה על החלטת המשיב. כתבן פלסטיני, שיושב דרך קבע בכניסה למת"ק, מסר לעותר כי המת"ק אינו מאפשר למלא את טופס ההשגה שם, אלא שהעותר חייב למלא את הטופס באמצעותו, בתשלום. משהבין העותר כי זו הדרך היחידה להגיש השגה, פעל כאמור וכך הגיש את הטופס לחיילי המת"ק. יצוין שלפי הנוהל, אין כל דרישה למלא את טפסי ההשגה באמצעות "כתבנים" שכאלה, אולם המוקד נתקל כמה וכמה פעמים בבעיה זו במת"ק הישראלי בחברון, לפיה סירבו חיילי המת"ק לתת טפסי השגה לפונים, והדריכו אותם לפנות לכתבנים פלסטינים. תופעה חוזרת ונשנית זו הביאה את המוקד לפנות בעניין לפרקליטות המדינה.
- העתק פניית המוקד לפרקליטות המדינה מיום 16.2.11 מצורף ומסומן ע/5.
22. בטופס ההשגה, שהעתק ממנו נמסר לעותר, נרשם כי תינתן תשובה להשגתו בתוך שמונה שבועות. עם זאת, נכתב על הטופס בכתב יד, כי על העותר לשוב לקבל תשובה להשגתו בתאריך 23.5.11, דהיינו בתוך כתשעה שבועות.
23. יצוין, כי אל המוקד מגיעים פונים רבים אשר פועלים על פי הנוהל ונמסר להם כי התשובה להשגתם תינתן בתוך חודשיים, ודומה כי חיילי המת"ק מבלבלים בין 8 שבועות, המועד האחרון למתן תשובה על פי הנוהל, לבין חודשיים ימים, אשר חורגים מתקופה זו.
- העתק טופס ההשגה שהגיש העותר ביום 23.3.11 מצורף ומסומן ע/6.
24. בנוהל המשיב אין כל ישועה למי שיציאתו דחופה ומבקש שתינתן תשובה להשגתו לפני אותו מועד אחרון. משכך, פנה המוקד למשיב ביום 30.3.11, בבקשה כי השגתו של העותר תטופל בדחיפות. בפנייתו הדגיש המוקד, כי החלטתו של המשיב למנוע את יציאת העותר פוגעת בעבודתו וכי מעמדו בסעודיה יישלל ביום 10.5.11.
- העתק פניית המוקד למשיב מיום 30.3.11 מצורף ומסומן ע/7.
25. כעבור שבועיים, ביום 12.4.11, משלא נתקבלה כל תגובה, פנה המוקד למשיב בשנית והזכיר את דחיפות העניין. המוקד הוסיף, כי בנסיבות העניין, אם לא יתקבל מענה עד ליום 25.4.11, ישקלו העותרים פנייה לערכאות.

העתק פניית המוקד למשיב מיום 12.4.11 מצורף ומסומן ע/8.

26. נכון להיום, בחלוף כחודש מיום הגשת ההשגה, וחרף דחיפותה, לא התקבל כל מענה מטעם המשיב.

27. בנסיבות אלה לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

א. היקף סמכות המפקד הצבאי לאסור על היציאה מהשטחים הכבושים

28. כמפקד השטח הכבוש, למשיב חובה אקטיבית להגן על זכויותיהם של התושבים, להבטיח את חייהם התקינים ולשמור על זכויותיהם. 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... (ההדגשה הוספה).

29. 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 עמם.

(בג"ץ 393/82 ג'מעייט אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 797 (1983); ההדגשה הוספה).

30. ובמקרה אחר נפסק כי:

במסגרת הפנמתם של הדינים ההומניטריים מן הראוי הוא כי יודגש, כי חובתו של המפקד הצבאי אינה מתמצית בהימנעות הצבא מפגיעה בחייהם ובכבודם של התושבים המקומיים... חובתו היא גם "חיובית"... עליו להגן על חייהם וכבודם של התושבים המקומיים, הכל במגבלות הזמן והמקום.

(בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 407).

31. כפי שנפסק לא פעם, המשיב הוא נאמן השטחים הכבושים, ואינו הריבון שם. 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 ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה; והן משפט זכויות האדם.

32. מובן כי המשיב לא שואב את סמכותו מן החקיקה הצבאית אשר הוא עצמו קובע, אלא ממכלול המשפט הבינלאומי, אשר מהווה את הבסיס הנורמטיבי הבלעדי להפעלת סמכויותיו (בג"ץ 2150/07 אבו צפייה נ' שר הביטחון (לא פורסם, 29.12.2009)).

33. 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**.

34. 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'נבה 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 המינהלי הישראלי ולהלכות המשפט הבינלאומי המנהגי, מחויב לאפשר לתושבי השטחים לממש זכות-יסוד חשובה זו.

(י' זילברשץ "זכות היציאה ממדינה" **משפטים** כ"ג 69, 86 (תשנ"ד)).

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

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

36. מקור סמכותו של המפקד הצבאי להגביל את זכותם של תושבי השטחים לצאת את ארצם מצוי, אם כן, באמנת ג'נבה הרביעית. סעיף 27 לאמנה, הקובע את חובות המפקד הצבאי כלפי תושבים מוגנים בשטח כבוש, קובע בסיפא כי :

The 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.

37. וכך נאמר בפרשנות הצלב האדום לגבי הסיפא לסעיף :

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 [the States; N.A.] 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>.

38. סעיף 78 לאמנה מגדיר ומגביל את מרווח שיקול דעתו של המפקד הצבאי בעת שהוא נוקט באמצעי ביטחון כנגד תושבים מוגנים :

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.

(ההדגשה הוספה ; נ.א.).

39. 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...

(ההדגשה הוספה; נ.א.).

40. 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.

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

(ההדגשות הוספו; נ.א.).

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

42. יוער, כי החקיקה הצבאית אשר קבע המפקד הצבאי דווקא אינה מסדירה את סמכות מניעת היציאה מן הגדה המערבית.

על פי החקיקה הצבאית (סעיף 318 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009), אם המפקד הצבאי מעוניין לאסור על יציאה משטח כלשהו, עליו להכריז באופן כללי על "שטח סגור" ובנוסף עליו לקבוע הוראות מפורשות ובהן איסור קונקרטי על יציאה מן השטח הסגור. דהיינו, לעצם ההכרזה על שטח סגור אין משמעות כשלעצמה, אלא באמצעות ההוראות הנלוות אליה, הקובעות את האיסורים הרלבנטיים בכל מקרה. אולם, המפקד הצבאי לא עשה זאת ולא קבע הוראה המגבילה את היציאה מן הגדה. כאמור, לעצם ההכרזה הכללית על הגדה כ"שטח סגור" אין כל רלבנטיות לעניין.

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.

ב. חובת המשיב להשיב במהירות הראויה

43. המשיב מחויב להשיב לפנייה תוך פרק זמן סביר מכוח הדין. 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).

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 מישראל 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) 782, 769 (2004);
 בג"ץ Avocats Sans Frontieres נ' אלוף פיקוד הדרום, תק-על 4751 (2)2006 (2006).

44. 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 4751 (2)2007 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 780, 775 (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 1744 (1)2007 2009, 1999 (2007).

45. בענייננו נדרשת תשובה מהירה אשר תואמת את דחיפות יציאתו של העותר, כאשר בכל יום שנמנעת יציאתו ניזוקה עבודתו, והולך ומתקרב המועד האחרון לחידוש היתר השהייה הסעודי שבידיו. אולם חרף הדחיפות, אשר הובהרה בפניות העותרים אליו, נמנע המשיב מלתת תשובתו מזה כחודש ימים.

ג. פגיעה קיצונית ובלתי מידתית: איסור יציאה גורף וללא מסגרת זמן ידועה

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

47. 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 (הדגשים אינם במקור).

(בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 320 (1)2006 15 פס' (2006)).

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

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 [...]

נוסף על-כך, יש לקבוע זמן מירבי שמעבר לו לא ניתן יהיה לטעון כי הנסיבות המצדיקות הגבלת הזכות ממשיכות להתקיים. [...]

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 (הדגשים אינם במקור).

(יפה זילברשץ "זכות היציאה ממדינה" **משפטים** כ"ג 69, תשנ"ד).

48. הוראות חוק שונות מקנות לגורמים שלטוניים את הסמכות להגביל את זכות היציאה מהארץ. ואולם, ברובן ככולן עוברת כחוט השני מגבלת זמן להגבלה מסוג זה. כך, סעיף 348 לתקנות סדר הדין האזרחי, וסעיף 22(ד) לתקנות ההוצאה לפועל, תש"ס-1979, קובעות כי צו עיכוב יציאה מן הארץ יפוג בתום שנה מיום נתינתו.

כך גם מקום בו זכות היציאה מן הארץ מוגבלת מטעמי ביטחון, בצו איסור יציאה מן הארץ מטעמי ביטחון בהתאם לתקנה 6 לתקנות שעת חירום (יציאה לחוץ – לארץ), התש"ח-1948. בהפעילו ביקורת שיפוטית על צווי עיכוב יציאה מהארץ מכוח תקנה 6 האמורה, התייחס בית המשפט באופן מפורש **למגבלת הזמן** הקבועה בהם ולמשך התקופה בה נקבע שיעמדו בתוקף, בקביעתו האם מדובר בהחלטה מידתית או לא (בג"ץ 4706/02 **סלאח נ' שר הפנים**, נו(5) 695, ס' 11 לפסק הדין); בג"ץ 5211/04 **ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף**, מיום 26.7.04, ס' 13 לפסק הדין).

49. במאמרה "עיכוב יציאה מהארץ על פי צו של בית משפט", סוקרת המלומדת זילברשץ הוראות חוק אשר מסמיכות ערכאות שיפוטית להגביל את זכות היציאה מהארץ, תוך שימת דגש על מגבלת הזמן הקבועה בהם וחשיבותה:

אם בכל זאת ניתן הצו, **עליו להיות מוגבל בזמן** ונחיצותו חייבת להיבחן מחדש על ידי בית המשפט בכל פרק זמן סביר, או לבקשת כל אחד מן הצדדים לדיון בכל עת. גורם הזמן הוא מרכיב חשוב במימוש זכות היציאה. ככל שהגבלת היציאה היא לתקופה ארוכה יותר, הפגיעה בזכות היציאה גדולה יותר, ועל כן מראש, **צו עיכוב היציאה חייב להיות לפרק זמן קצוב**. בית המשפט שבוחר להאריך את הצו לבקשת התובע, חייב לבחון אם אכן הוצאתו מחדש עומדת באמות מידה של התכלית הראויה להגבלת זכות היציאה.

(יפה זילברשץ "עיכוב יציאה מהארץ על-פי צו של בית משפט" **מחקרי משפט** יב, תשנ"ה).

50. דוק: הכלל לפיו הגבלת חירות **חייבת** להיות תחומה זמן, אינו מצומצם לפגיעה בזכות לצאת את הארץ. מקום בו נשללת חירותו של אדם, **לרבות מטעמים מניעתיים**, חייב הדבר להיעשות לתקופה קצובה שסופה ידוע מראש (ושניתן להאריך או לחדש אם יש נסיבות המצדיקות זאת). כך למשל במקרים הבאים:

צו מעצר לפי חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, חייב להיות מוגבל בזמן (ס' 18(א)(7) לחוק), כאשר הארכת מעצר מכוח החוק מוגבלת גם היא במועדה בהתאם להחלטת בית המשפט;

גם צו מעצר לפי חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979 צריך להיות תחום בזמן (סעיף 2(א) לחוק) כשניתן להאריך את תוקפו למועד ידוע בהתאם להחלטת בית המשפט;

כך גם צווים לפיקוח ותיחום מקום מגורים, בהתאם לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), תחום בזמן (ר' למשל בג"ץ 7015/02 **עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(6), 352);

ניתן לציין גם צווים המטילים מגבלות על מגורים או עבודה לפי חוק מגבלות על חזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע העבירה, התשס"ה-2004, שחייבים גם הם להיות מוגבלים בזמן (ס' 3(ד)(1) לצו), וכן צווי פיקוח לפי חוק הגנה על הציבור מפני עבריין מין, תשס"ו-2006 (סעיפים 12-14 לחוק). ודוק: במקרים אלו מדובר במגבלות עקב הרשעה, **בניגוד לענייננו**, בו מדובר על מגבלות עקב חומר החסוי מפני העותר;

51. עקרון המידתיות, אשר מחייב כי כל פגיעה בזכות מוגנת צריכה להיות מידתית, מושרש הן במשפט הבינלאומי, הן במשפט המינהלי והן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חובת המידתיות חולשת על כל הוראות החוק המקנות לרשות סמכות להגביל את זכות הציאה, וזאת אף כאשר בחוק הספציפי לא קיימת הוראה מפורשת לעניין מגבלת הזמן.

על חשיבות הזכות הנתונה לכל אדם לצאת מישראל אין איש חולק. עוד לפני יותר מחמישה עשורים קבע בית-משפט זה, כי "חירות התנועה של האזרח מן הארץ אל מחוצה לה היא זכות טבעית" (השופט זילברג בבג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 536). ובינתיים - כלום יש להזכיר? - עוגנה החירות האמורה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע (בסעיף 6(א)), כי "כל אדם חופשי לצאת מישראל". אך חוק היסוד לא גרע מסמכות השר על-פי תקנה 6 הנ"ל, בהיות התקנה בגדר "דין שמור", כמשמעו בסעיף 10 לחוק היסוד. עם זאת, כפי שכבר צוין, אף שחוק היסוד איננו משפיע על תוקפה של תקנה 6, הוא משפיע על פרשנותה, וכפועל-יוצא מכך - על הזהירות המיוחדת שבה יש להתייחס להפעלת הסמכות בידי שר הפנים, לנוכח המשקל הנכבד שיש ליתן לזכותו של האדם הנפגע מהפעלתה (השוו: דברי חברי, הנשיא, שנאמרו בהקשר שונה מזה שבענייננו, בבש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 290, 293). **הבחינה הנדרשת היא כפולה: תכלית הוצאתו של הצו ומידתיותו.**

[...]

השר הסתפק באיסור יציאתו של העותר מן הארץ לתקופה מוגבלת של שנים-עשר חודשים. משמעות הדבר אינה שבתום התקופה האמורה לא יהיה בידי השר להוציא נגד העותר צו שיאסור את יציאתו מן הארץ למשך תקופה נוספת. משמעותו היא, כי השר קיבל על עצמו לשוב ולשקול, בתום תקופתו של צו האיסור הנוכחי, אם החשש שיציאת העותר מישראל עלולה לפגוע בביטחון המדינה, עודנו מתקיים בעוצמה המצדיקה את הוצאתו של צו איסור חדש.

(בג"צ 5211/04 **מרדכי ואנונו ואח' נ' אלוף פיקוד העורף ואח'**, פס"ד מיום 26.7.04, פורסם באתר ביהמ"ש).

52. עיקרון המידתיות במשפט הבינלאומי קובע, כי כאשר הדין הבין לאומי מאפשר למדינה לפגוע בזכויות מוגנות בשל קיומו של צורך מכריע לעשות כן, על אותה פגיעה להיות מידתית. עיקרון זה חל אף כאשר המדינה פוגעת בזכות לצאת מהמדינה.

Restrictions on the right to leave must be 'provided by law, must be necessary in a democratic society for the protection of these purposes and must be consistent with all other rights recognized in the Covenant'. In addition to these limitations, General Comment No. 27 requires restrictions on the right to leave to be proportionate, appropriate under the circumstances, and the 'least intrusive instrument amongst those which might achieve the desired result [...] The application of restrictions in any individual case must be based on clear legal grounds and meet the test of necessity and the requirements of proportionality

(Harvey and Barnidge "Human Rights, Free Movement, and the Right to Leave in International Law" *International Journal of Refugee Law*, Vol. 19, Issue 1, pp. 1-21, 2007

לקריאה נרחבת על עיקרון המידתיות במשפט הבינלאומי ר' יובל שני **שימוש בעקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי** (2009), פורסם באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה www.idi.org.il.

53. החלטתו של המשיב הינה בגדר 'מעטה ועד עולם' ומשכך, אינה מידתית. יפים לענייננו דברי כבוד הנשיא ברק בדנ"פ 7048/97 **פלוניס נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721, לעניין חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979, אשר אינו קובע מגבלת זמן מקסימאלית לכלל המעצר המינהלי:

מעצר מינהלי אינו יכול להימשך ללא סוף. ככל שתקופת המעצר שחלפה הולכת ומתארכת, כך נדרשים שיקולים כבדי משקל יותר כדי להצדיק הארכת מעצר נוספת. **עם חלוף הזמן הופך האמצעי של המעצר המינהלי למכביד עד כדי כך שהוא חדל להיות מידתי**. אכן, גם כאשר נתונה הסמכות לפגוע בחירות באמצעות צו מעצר, השימוש בסמכות זו חייב להיות מידתי. אין לעבור את "נקודת השבירה" שמעבר לה, המעצר המינהלי שוב אינו מידתי. מיקומה של "נקודת השבירה" משתנה עם הנסיבות. הכול תלוי בחשיבותה של התכלית שהמעצר המינהלי מבקש להגשים; הכול מותנה במידת ההסתברות של הגשמת התכלית על-ידי השימוש במעצר ובמידת התאמתו של המעצר המינהלי להשגת התכלית; הכול קשור בקיומם של אמצעים חלופיים להשגת התכלית שפגיעתם בחירות הפרט קטנה יותר; הכול נגזר מחריפותה של הפגיעה בחירות הפרט על רקע התכלית הראויה שאותה מבקשים להשיג. (ההדגשים הוספו).

54. המשיב מבקש להפוך את הדין על פיו, ולהתנער מחובותיו כרשות מינהלית. החלטתו למנוע את יציאתו של העותר אינה תחומה בזמן, ויותר מכך – המשיב אף אינו מתחייב לבחון מחדש את החלטתו תוך זמן קצוב. למעשה, המשיב הופך בכך את נטל האחריות ומטילו על האדם אשר זכותו נפגעה מהחלטתו. אותו אדם נאלץ, על פי החלטת המשיב, לפנות שוב ושוב כנגד החלטת המשיב, והוא אף מוגבל לעשות כן אך אחת לתשעה חודשים.

55. כל זאת, בל נשכח, בעוד המשיב אינו ממתין למידע חדש אותו יספק לו העותר, כי אם החלטתו נסמכת, כל כולה, על מידע שנסתר מעיני העותר, ומבלי שנערך שימוע בנוכחות העותר.

56. משנמנע המשיב מלתחום את הפגיעה בעותר, מוסמך בית המשפט להקטין את הפגיעה, בין על דרך תחימת ההגבלה ובין על דרך שיוורה הוא למשיב לבחון את החלטתו מחדש בתוך זמן קצוב. כך, על דרך השאלה, פורשה בבבג"ץ 2320/98 **עבד אל פתאח מחמוד אלמעמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון**, פ"ד נב(3) 346, סמכותו של בית המשפט להורות על קיצור מעצר מינהלי על מנת לחייב את המפקד הצבאי לשקול מחדש את החלטתו:

אפשר שהשופט יחליט לקצר את תקופת המעצר, לא כדי לחייב את המפקד הצבאי לשחרר את העצור, אלא כדי לחייב את המפקד הצבאי לשקול מחדש את החומר נגד העצור ולהחליט מחדש אם חומר זה מצדיק את המשך המעצר. אפשר שהשופט יחליט כך במקרה גבולי שקיים בו ספק אם החומר נגד העצור מצדיק מעצר ממושך, או במקרה שבו קיימת אפשרות סבירה שהנסיבות ישתנו כך שהחומר אשר הצדיק את המעצר בשעתו לא יצדיק עוד את המשך המעצר. במצב כזה עשוי השופט ללכת בדרך ביניים: הוא יכול לתת החלטה המקצרת את תקופת המעצר, כדי שהמפקד הצבאי ישקול מחדש, לאור החלטת השופט, אם יש הצדקה להמשך המעצר. (עמוד 363 לפסק הדין).

ד. חובת המשיב לנמק החלטתו כחלק אינהרנטי מזכותו של העותר לשימוע

57. העותר, אשר זכויותיו הוגבלו בעקבות החלטת נציגי המשיב בגשר אלנבי, זכאי לכך כי ההחלטה בעניינו תתקבל בדרך מינהלית תקינה וכי המשיב יחשוף את הטעם להגבלת זכותו זו, והרציונאל 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.**

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

ועוד:

גם בהחלטה סטנדרטית, אין די בכך שהרשות תנמק את החלטתה באופן כללי וסתמי תוך ציון "הכותרת" של טעמיה וללא התייחסות עניינית וספציפית לנסיבות המקרה הנידון. **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; הדגשים אינם במקור).

58. חובת ההנמקה איננה חלה רק מתוקף נוהל כזה או אחר, ולא מדובר בעניין פורמלי: מדובר בחובה החולשת על יסודות המשפט המינהלי כחלק בלתי נפרד מזכות השימוע וזכותו של אדם לדעת מהן טענות הרשות ולהביא את עמדתו בפניה.

59. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) ברק:

המקרה שלפנינו מדגים יפה את החשיבות הרבה שיש ליחס לשמירה קפדנית של הכללים בדבר זכות השמיעה. משלא ניתנה לעותר האפשרות לשמוע את התלוות נגדו ולהשמיע את תגובתו שלו, התגבשה בו ההכרה, כי שיקולי הרשויות הם פסולים ומפלים, והאמון שלו כאזרח באמינות השלטון התערער.

מצב דברים זה באים הכללים בדבר זכות השמיעה למנוע, שכן הם מכוונים לא רק לכך שהלכה למעשה ייעשה צדק עם הנפגע, אלא הם מכוונים גם להבטיח את האמון של הציבור בפעילותם התקינה של השלטונות...

זכות זו אין משמעותה אך הליך פורמלי של הזמנה ושמיעה. זכות השמיעה משמעותה הזכות לשמיעה הוגנת (בג"צ 598/77, בעמ' 168). זכות זו משמעותה מתן הזדמנות נאותה להגיב על מידע שנתקבל, והעשוי להשפיע על ההחלטה בעניינו של העותר (ראה: בג"צ 361/76).

על-כן, אין מקיימים כהלכתה את זכות השמיעה, אם אין מפנים את תשומת לבו של הפונה למידע, שנתקבל בעניינו, ומאפשרים לו להגיב עליו כראוי.

(בג"צ 656/80 **סאלב אבו רומי נ' שר הבריאות**, פ"ד לה(3) 185, 190).

60. זכות בסיסית זו, המטילה חובות ברורות, מעוגנת גם במשפט הבינלאומי (ר' סעיפים 1, 2 ו-7 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם; סעיפים 27 ו-147 לאמנת ג'נבה הרביעית; סעיפים 2, 4 ו-14 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות; סעיף 2 לאמנה הבינלאומית

לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות; סעיפים 6 ו-13 לאמנה האירופית לזכויות אדם; ועוד).

61. חשיבותה של ההנמקה עולה גם מתוך אותם מקרים ספורים, בהם דווקא ניאות המשיב לפרט במידת מה את הסיבות למניעה.

62. בכמה וכמה מתוך אותם מקרים, הצליחו ה"מנועים" להוכיח בקלות יחסית כי הטענות שהועלו נגדם הן חסרות יסוד, ולהביא להסרתה של המניעה:

כך היה, למשל, בבג"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**; בג"ץ 8678/10 **חאזם קטש נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**.

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

ה. הפגיעה בזכויות העותר

(i) הזכות לחופש התנועה

64. המשיב מונע מן העותר לצאת לחו"ל. בכך, פוגע הוא בזכויותיו הבסיסיות של העותר לכבוד ולאוטונומיה, לחופש תנועה וכל הזכויות הנגזרות מהזכות לחופש התנועה. הדברים אמורים במיוחד בענייננו, בו מדובר במי שיש שמחזיק בתושבות אירעית במדינה אחרת, ומעוניין להגיע אליה כדי לשמור על מעמדו שם.

65. 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.

66. 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 **ואנונו נ' אלון 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).

67. 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)).

68. 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"ץ 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)).

69. זכות זו קיימת גם בזמן מלחמה, כפי שקובע סעיף 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)).

70. 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) זכותו של העותר לחופש העיסוק

71. עבודתו של העותר דורשת את יציאתו מספר פעמים בשנה לחו"ל, ואכן מזה שנים רבות יוצא העותר את ארצו בתכיפות גבוהה, וכך היה עד לשנה זו. במיוחד חיונית נוכחותו ועבודתו של העותר בסעודיה, לשם כך עליו לשמור על תושבתו בה. המשיב, המונע מהעותר לצאת את ארצו, פוגע בכך פגיעה קשה בזכותו 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 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, 540-541 (2004)).

72. זכותו של העותר להתפרנס ולבחור בחופשיות את עבודתו מעוגנת היטב במשפט זכויות האדם הבינלאומי; סעיף 6 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, סוציאליות ותרבותיות (1966) קובע:

The right to work... includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses and accepts... The steps to be taken by a State Party... to achieve the full realization of this right shall include technical and vocational guidance and training programmes, policies and techniques to achieve steady economic, social and cultural development and full and productive employment under conditions safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual.

דברים אלה מובהרים בפרשנותה של ועדת האו"ם לזכויות האדם לסעיף זה בצורה הבאה:

The **right to work contributes at the same time to the survival of the individual and to that of his/her family**, and insofar as work is freely chosen or accepted, to his/her development and recognition within the community... The right to work, as guaranteed in the ICESCR, affirms **the obligation of States parties to assure individuals their right to freely chosen or accepted work, including the right not to be deprived of work unfairly**. This definition underlines the fact that respect for the individual and his dignity is expressed through the freedom of the individual regarding the choice to work, while emphasizing the importance of work for personal development as well as for social and economic inclusion.

(CESCR General Comment No. 18 (2005), The Right to Work. UN Doc. E/C.12/GC/18 (Adopted on 24 November 2005)).

(Mundlak G. "The right to work: Linking human rights and employment policy." *International Labour Review*, Vol 146, No 3-4, 2007. pp. 192-194).

73. 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 להתפרנס היא בעלת חשיבות נכבדה ביותר, שכן היא מאפשרת לאדם לממש זכויות אחרות; מבין אלה חשוב להזכיר את הזכות לדיוור, 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;

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.

(iii) זכותו של העותר לחופש הדת והפולחן

74. המשיב פוגע פגיעה קשה בזכותו של העותר לחופש הדת והפולחן, בכך שהוא מונע ממנו לצאת את ארצו לשם מימוש מצוות העומרה, מצווה כה חשובה על פי דתו.

75. בפסיקה הודגש כי חופש הדת הוא הגרעין החברתי והתרבותי של כל קהילה, כל משפחה וכל אדם. בפסיקה הודגש עוד כי זכות התנועה והגישה למקומות קדושים היא בעלת עוצמה חוקתית גבוהה במיוחד, היא בעלת חשיבות קולקטיבית וחשיבות אינדיבידואלית מיוחדת.

לתושבי האיזור זכות חוקתית לחופש דת ופולחן... כן נתון לתושבי האיזור חופש תנועה, באמצעותו ניתן לממש, בין היתר, את זכות הגישה למקומות קדושים. **לזכות התנועה והגישה למקומות קדושים עוצמה חוקתית גבוהה** (פרשת חורב, שם, עמ' 49; בג"צ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פד"י מ(2) 701, 708; בג"צ 2481/93 דיין נ' ניצב יהודה וילק, פד"י מח(2) 456, פסקה 17). **במקרה זה, חופש התנועה כרוך ומשתלב באופן הדוק בזכות למימוש חופש הדת והפולחן...**

חופש הפולחן כביטוי של חופש דת נמנה על זכויות היסוד של האדם. הוא משתרע על חירותו של הפרט להאמין, ולנהוג על פי אמונתו תוך מימוש ציווייה ומנהגיה... **חופש זה קשור למימוש זהותו העצמית של האדם. בתחומי חופש זה מוכרת כמיהתו של האדם המאמין להתפלל במקום קדוש. הכרה זו משתלבת בהגנה החוקתית הרחבה הניתנת לזכות הגישה של בני הדתות השונות אל המקומות המקודשים להם ואיסור הפגיעה ברגשותיהם ביחס לאותם מקומות** (סעיף 1 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967). חופש הדת מוחזק כענף של חופש ביטוי בתחום האמונה הדתית... חופש זה הוכר בהלכה הפסוקה כזכות יסוד חוקתית של האדם.

(בג"צ 10356/02 הס' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 456 (2004); ההדגשה הוספה).

ובמקרה אחר הודגש כי:

הגבלת זכות היציאה מן הארץ של מי שיציאתו חיונית וחשובה עשויה להעצים את הפגיעה בו... **הגבלת יציאה של אדם המבקש לעלות לרגל למקום קדוש**

לדתו היא פגיעה בזכותו לחופש הדת והפולחן, ובתור שכזה היא חמורה ביותר.

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

76. הזכות לחופש הדת והפולחן נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי:

סעיף 18 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948;

סעיף 18 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות 1966;

סעיף 13 לאמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות 1966;

סעיפים 2 ו-5 לאמנה לביעור כל צורות ההפליה הגזעית 1965;

וסעיפים 1, 2, 3 ו-4 להכרזה בדבר הביעור של כל צורות ההפליה הדתית 1981.

77. סעיף 46 לאמנת האג (1907) קובע כי:

יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות הדת והפולחן).

78. סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949), שהוזכר לעיל, קובע כי:

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

79. המלומד פיקטה בפרשנותו לסעיף 27 מציין כי:

The right to respect for religious convictions is part of freedom of conscience and freedom of thought in general... Religious freedom is closely connected with the idea of freedom to practice religion through religious observances, services and rites. **Protected persons in the territory of a Party to the conflict or in occupied territory must be able to practice their religion freely, without any restrictions** other than those necessary for the maintenance of public law and morals... Article 27 reaffirms the provision in Article 46 of the Hague Regulations that occupying forces are bound to respect "religious convictions and practice"... The obligation to respect manners and customs is particularly important in the case of occupied countries. [emphasis added].

(Pictet J.S. Commentary: IV Geneva Convention – Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. (Geneva, 1958), pp. 203-204).

80. ועדת האו"ם לזכויות אדם הדגישה בפרשנותה לסעיף 18 לאמנה הבינלאומית לזכויות

אזרחיות ומדיניות (1966), כי:

The freedom to manifest religion or belief in worship, observance, practice and teaching encompasses a broad range of acts. The concept of worship extends to ritual and ceremonial acts given direct expression to belief, as well as various practices integral to such acts...

(ICCPR, General Comment 22, Freedom of Religion, Article 18. A/48/40, Part I, (1983), Annex VI (p. 208-211); CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, para. 4).

סיכומם של דברים

81. העותר מבקש לשמור על תושבותו הארעית שבסעודיה, החיונית לו במיוחד לצרכי עבודתו. כמו כן, מבקש העותר לקיים את מצוות דתו ולהמשיך בעבודתו, לצרכיה עליו לצאת את ארצו, ולממש בכך את זכותו לחופש העיסוק. סירוב נציגי המשיב בגשר להתיר את יציאתו פוגע בזכותו לחופש התנועה ובכל הזכויות הנלוות לה.
82. בהתעלמותו הממושכת מעניינו, מונע המשיב מהעותר לצאת את ארצו באופן מוחלט וגורף. בכך הופך המשיב את העותר לכלוא בארצו. החלטת המשיב שנמסרה לעותר בגשר אינה תחומה בזמן, ובכך מעמיד המשיב את העותר במצב של חוסר ודאות מוחלט. בכך הוא פוגע אנושות בזכותו של העותר לכבוד ולהליך הוגן ובזכותו לטעון לחפותו.
83. זאת ועוד – נציגי המשיב בגשר לא נימקו את הסירוב להתיר את יציאת העותר לירדן, ובכך מאלצו המשיב לפנות לבית המשפט הנכבד, מבלי שתהיה לו אפשרות של ממש לשקול לעומק את עניינו.
84. חופש התנועה אינה עוד זכות ככל זכות אחרת, שכן חופש התנועה הוא המפתח להגשמת זכויות אדם בסיסיות: הזכות לחיי משפחה, חופש הדת והפולחן, חופש העיסוק, הזכות לטיפול רפואי, הזכות לחינוך ועוד.
- 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.
- 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 נשלח בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין באי כוחו.