

בעניין:

1. _____ הודלי, ת"ז _____
תושב 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 נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או נמרוד אביגאל (מ"ר 51583) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088)

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 יתיר את יציאתו של העותר 1 מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, על מנת שיוכל להתראות עם אשתו ובנותיו המתגוררות שם וכן לעלות לרגל למכה;
- ב. מדוע לא יודיע מהו התאריך המדויק בו יפוג תוקפו של האיסור על יציאת העותר 1 מן הגדה המערבית;
- ג. מדוע לא ינמק את סירובו להתיר את יציאת העותר 1, ולא יציג את סיבת הסירוב ונימוקיו ואת אופי הראיות עליהן הוא נשען.

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב להגיב לעתירה בהקדם, הן לאור הפגיעה בזכותו של העותר לחיי משפחה ולחופש הדת והפולחן והן בשל משמעותו של מימד הזמן, כאשר מדובר באיסור על יציאה לחו"ל והשלכת משך הזמן על עוצמת הפגיעה בזכויותיו של העותר. וכדברי 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).

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**), הוא פלסטיני תושב השטחים הכבושים, יליד 1960, המתגורר ברמאללה. העותר עובד ברשות המים הפלסטינית ברמאללה.
2. רעייתו של העותר, גב' _____ הודלי ובנותיו – _____ בת ה-27 _____ בת ה-24 – מתגוררות בירדן. העותר לא ראה אותן מזה כעשור.
3. בנוסף, העותר מעוניין לעלות לרגל למכה ולקיים את מצוות העומרה, היא אחת המצוות החשובות באסלאם. יצוין כי העלייה לרגל מותנית בקבלת ויזה מהממלכה הסעודית, וכי אלו מונפקות מדי שנה לחודש מרץ ואילך.
4. יצוין, כי העותר לא יצא את ארצו מאז 1987.
5. עוד יצוין, כי העותר הגיש בעבר עתירה לבית משפט נכבד זה, לאפשר את יציאתו לירדן כדי שיוכל לפגוש את בני משפחתו (בג"ץ 9009/06 הודלי נ' **מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**). במהלך הדיון בעתירה, חזר בו העותר מהסעד לו עתר.
- כמו כן, העותר הגיש עתירה נוספת לבית המשפט הנכבד, על מנת לבקר את בני משפחתו וכן להשתתף בכנס במסגרת עבודתו (בג"ץ 6000/10 הודלי נ' **המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**). העותר חזר בו מהעתירה לאחר הגשת תגובת המשיב, עוד בטרם התקיים בה דיון.
6. למעלה מן הצורך ולמען שלימות התמונה בלבד יצוין, שהעותר נאסר בשנת 1990 בגין עבירות ביטחוניות וסיים לרצות את מאסרו בשנת 2002, וכי בין השנים 2007-2009 הוא הוחזק במעצר מינהלי. מאז שחרורו, לפני כשנתיים וחצי, לא נעצר ולא נחקר.
7. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
8. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על איזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מארבעים וארבע שנים.

איסור על יציאה מן הארץ בשטחים הכבושים

9. כידוע, לכל אדם מוקנית הזכות לצאת את ארצו. הגבלת זכותו של ישראלי לצאת את הארץ, מטעמי ביטחון, נעשית במקרים נדירים וחריגים, בצו חתום על ידי שר הפנים, בכפוף לשימוע, ולרוב לתקופה של שישה חודשים.
10. לעומת זאת, בשטחים הכבושים מונע המשיב את יציאתם של מאות ושמה אף אלפי אנשים מדי שנה, בלא צו חתום בידי איש וללא הגבלת זמן כלשהי. הליך זה נעשה ללא שימוע, בעל פה או בכתב, ולמעשה, אף מבלי ליידע את האדם כי הוחלט למנוע את יציאתו. ברובם של המקרים נודע לאדם שהוא "מנוע יציאה" רק עם הגיעו למעבר שבגשר אלנבי, מזוודותיו בידי ותכניותיו לפניו.

11. במסגרת עתירה עקרונית שהוגשה בעניין זה (בג"ץ 8155/06 **האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**), קבע המשיב נוהל הנוגע לעניינים אלו, שלכאורה נועד להקל על שתיים מהבעיות המרכזיות שנובעות ממצב זה – אי הידיעה לגבי עצם איסור היציאה; והיעדר שימוע. יצוין, כי בבג"ץ הנ"ל לא התבקשו סעדים בנוגע לנוהל ולכן נמחקה העתירה "תוך שמירת זכותם של העותרים לשוב ולפנות לבית המשפט בעניינים פרטניים הנוגעים לנוהל".

12. למעשה, הנוהל קיבע את המצב הקיים: הנוהל אינו מחייב את המשיב ליידע אדם כי יציאתו לחו"ל נאסרה, ותחת זאת מטיל על האדם את נטל הבירור, להתייצב באופן אישי במת"ק הרלבנטי ולברר בעצמו האם הוא רשאי לצאת לחו"ל.

כמו כן, הנוהל לא מאפשר כל שימוע, ודאי לא באמצעות עורך דין. תחת זאת, הנוהל קבע כי לאחר שאדם גילה כבר שהוא "מנוע", הוא יכול להגיש השגה בת שורות ספורות, בדיעבד ובכתב, וזו תיבחן תוך פרק זמן ממושך, של שמונה שבועות.

13. היכולת לפעול בהליך הבירור ובהליך ההשגה (הן בשלב הגשת הבקשה והן בשלב קבלת התשובה), מותנית בהתייצבות אישית ופיסית של האדם במת"ק הגזרתי. מובן כי הנסיעה למת"ק תלויה במצבו הבריאותי, במצבת המחסומים בדרך למת"ק ואף בשאלה האם אותו אדם מכיר בכלל את הנוהל שמטיל עליו את חובת הבירור.

עוד מובן, שחובת ההתייצבות האישית הדירה עורכי דין וארגוני זכויות אדם מהליך הטיפול, ואדם הנדרש להגיש השגה על החלטת המשיב לאסור על יציאתו, נאלץ לעשות זאת בעצמו אל מול חייל אנונימי.

בשולי הדברים יצוין, כי אף לאחר שהגיע אדם למת"ק, קבלת תשובות לבקשותיו מותנית בנוכחותו הפיסי של הקצין הרלבנטי, שפעמים רבות אינו זמין או אף אינו נמצא כלל, וכן בשאלה האם חיילי המשיב עצמם מכירים את הנוהל (שאלה שלמרבה הצער, התשובה לה אינה תמיד חיובית).

14. יודגש, כי גם לאחר קביעת הנוהל, "איסורי יציאה" מוטלים ללא כל שימוע, ושלא באמצעות צו חתום ותחום בזמן. על פניו, האיסור הוא בבחינת "מעטה ועד עולם", מבלי שאף ידוע מי הגורם שאישר את החלטה, דרגתו ותפקידו.

על פניו, כל גורם זוטר יכול להחליט, כי אדם אינו יכול לצאת את ארצו.

15. נוכח האמור לעיל, ניתן לתאר בנקל את הנחיתות המובנית בה מצוי תושב השטחים הכבושים המגלה יום אחד, ערב נסיעתו לחו"ל, כי אינו יכול לצאת את הארץ. מצד אחד, ההליך המינהלי שעליו למצות הוא מסורבל, מתיש וארוך ביותר, אך מצד שני הוא כמעט שלא מספק לו כל הגנה: עליו להתמודד לבדו, ללא עורך דין וללא שימוע מול חייל אנונימי, עם החלטה שאין ידוע מתי התקבלה, בידי מי, מדוע ואימתי תפוג.

המסגרת הנורמטיבית

16. כידוע, על החלטות המפקד הצבאי בשטח הכבוש חולש הדין הבינלאומי, וממנו יונק המפקד הצבאי את סמכויותיו.

17. לצד חובותיו של המפקד הצבאי להגן על תושבי השטח הכבוש, ובאופן ספציפי על זכות היציאה מהארץ (ס' 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966), מקנה הדין הבינלאומי למפקד הצבאי את הסמכות להגביל את חירויות הפרט בשל צרכי ביטחון (ס' 27 לאמנת ג'נבה הרביעית).

18. הדין הבינלאומי אינו מסמיך באופן מפורש את המפקד הצבאי להגביל יציאה מהארץ מטעמי ביטחון, אלא משאיר בידי את האפשרות לנקוט באמצעים ביטחוניים שונים, ובלבד שלא יעלו על מעצר או הגבלת תנועה (ס' 78 לאמנת ג'נבה הרביעית), ובכפוף לקיומו של צורך ביטחוני מובהק ותוך איזון ראוי עם הזכויות הנפגעות.

19. יצוין, כי על אף היות הגדה המערבית שטח צבאי סגור, להכרזה זו לא נלווית הוראה האוסרת על היציאה ממנה לחו"ל: על פי החקיקה הצבאית בגדה, עצם ההכרזה על שטח כשטח צבאי סגור לא מגבילה את זכותו של אדם לצאת ממנו או להיכנס אליו, ולשם כך על המפקד הצבאי לקבוע הוראות פרטניות לכל שטח ושטח (סעיף 318(ב) לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009).

ואכן, המשיב עצמו הצהיר במסגרת תגובתו מיום 25.7.07 בבג"ץ 8155/06 הנ"ל, כי מפקד האיזור החליט שלא לדרוש היתרים פרטניים ליציאה לחו"ל.

20. בשנת 1995 הוציא המפקד הצבאי את המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון) (מס' 7), התשנ"ו-1995, אשר עיגן לחקיקה הצבאית בגדה את הסכם אוסלו בין ישראל לאש"ף, והפך את הוראות ההסכם לחלק מהדין בשטחים הכבושים.

נספח V לתוספת הראשונה להסכם קבע הוראות שונות בדבר יציאה לחו"ל מהשטחים, ובין היתר הסדיר את הסמכות למנוע יציאת אדם מחו"ל. ס' 3(4)(b) לחלקו ה-11 של הנספח, קבע כי הגבלת יציאתו של תושב השטחים הכבושים יכולה להיעשות רק בהיתן צו (או תוך כדי מעצר או בשל היעדר מסמכים).

מיצוי ההליכים

21. ביום 22.9.11 הגיע העותר למת"ק רמאללה, על מנת לברר האם המשיב עודו מונע את יציאתו לחו"ל, ואם כן, להגיש השגה. לאחר שנמסר לו שהמשיב עודו מונע את יציאתו, הגיש העותר השגה. יצוין, שעל טופס ההשגה נרשם שהחלטה בהשגה תתקבל תוך שישה שבועות.

העתק טופס ההשגה מצורף ומסומן ע/1.

22. ביום 21.11.11 הגיע העותר למת"ק על מנת לקבל תשובה להשגתו. על אף שחלפו ששת השבועות, שלפי הטופס שניתן לו בסופם הייתה אמורה להתקבל החלטה; ועל אף שחלפה גם התקופה המקסימאלית הקבועה בנוהל; נמסר לעותר כי טרם התקבלה החלטה בעניינו ועליו לשוב בשבוע שלאחר מכן.

23. בשל מחלה, לא עלה בידי העותר להגיע למת"ק פעם נוספת בשבוע שלאחר מכן. ביום 1.12.11 הגיע העותר למת"ק בפעם השנייה, על מנת לקבל תשובה להשגתו. החייל במקום מסר לעותר

בעל פה שהוא "מסורב" ושאינן אפשרות לתת לו את ההחלטה בכתב. זאת, בניגוד לנוהל האמור.

24. ביום 22.12.11 שוחחה נציגת המוקד עם נציג המשיב, שאישר כי ההשגה אכן סורבה.

25. משכך, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

א. היקף סמכות המפקד הצבאי לאסור על היציאה מהשטחים הכבושים

26. על פי המשפט הבינלאומי, נקודת המוצא הנורמטיבית היא כי המשיב מחויב לאפשר לתושבי השטחים הכבושים לצאת מארצם. כפי שמתארת זאת המלומדת זילברשץ:

ההחלה המשותפת של הדינים הכלליים בזכויות האדם והמשפט ההומניטרי הקבוע באמנות האג וגינבה 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)).

והדברים מעוגנים היטב במשפט הבינלאומי ובפסיקת בית משפט נכבד זה (ר' למשל: סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966; תקנה 43 לתקנות האג; בג"ץ 393/82 ג'מעייט אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 797 (1983); בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, (407).

27. כפי שנפסק לא פעם, המשיב הוא נאמן השטחים הכבושים, ואינו הריבון שם. מכלול סמכויותיו בשטח הכבוש נתון לו מכוח המשפט הבינלאומי, ובכפוף לו. 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 צפיה נ' שר הביטחון (לא פורסם, 29.12.2009)).

28. 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**. 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.

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>

29. 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 ; א.כ.).

30. זכותם של תושבים מוגנים לצאת את השטח מעוגנת גם בסעיף 35 לאמנת גינבה 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 ; א.כ.).

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 ; א.כ.).

31. 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.

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

32. 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**.

33. 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 שהגבלה 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 2006(1) 320, פס' 15 (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).

34. 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).

35. במאמרה "עיכוב יציאה מהארץ על פי צו של בית משפט", סוקרת המלומדת זילברשץ הוראות חוק אשר מסמיכות ערכאות שיפוטיות 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).

36. ודוק: הכלל לפיו הגבלת חירות **חייבת** להיות תחומה בזמן, 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 עברייני 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 העותרים;

37. עיקרון 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 היציאה, 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"ץ 5211/04 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, פס"ד מיום 26.7.04, פורסם באתר ביהמ"ש).

38. 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.

39. 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).

40. 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 מי שזכותם נפגעה מהחלטתו. אותם אנשים נאלצים, על פי החלטת המשיב, לפנות שוב ושוב כנגד החלטת המשיב, והם אף מוגבלים לעשות כן אך אחת לתשעה חודשים.

41. כל זאת, בל נשכח, בעוד המשיב אינו ממתין למידע חדש אותו יספק לו העותר, כי אם החלטתו נסמכת, כל כולה, על מידע שנותר מעיניו, ומבלי שנערך שימוע בנוכחותו.

42. משנמנע המשיב מלתחום את הפגיעה בעותר, מוסמך בית המשפט להקטין את הפגיעה, בין על דרך תחמת ההגבלה ובין על דרך שיוורה הוא למשיב לבחון את החלטתו מחדש בתוך זמן קצוב. כך, על דרך השאלה, פורשה בבבג"ץ 2320/98 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).

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

43. העותר, אשר זכויותיו הוגבלו בעקבות החלטת המשיב, 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 בבטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה מקובל על המחוקק ועל בית המשפט בהקשרים שונים. ואם יש כאן מקום לתמיחה, 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 בבטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה. אולם, מן הצד השני, **אין בכך בהכרח כדי למנוע גילוי נימוקים באופן מוחלט.**

(יצחק 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.**

(יואב דותן, "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים", **מחקרי משפט** יט (תשס"ב) 5, 37; הדגשים אינם במקור).

44. 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.

45. יפים לעניין זה דבריו של כבי' השופט (כתוארו אז) ברק:

המקרה שלפנינו מדגים יפה את החשיבות הרבה שיש ליחס לשמירה קפדנית של הכללים בדבר זכות השמיעה. משלא ניתנה לעותר האפשרות לשימוע את

התלונות 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 החלטה 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).

46. 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).

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

48. 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"צ 8857/08 עצפור נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית; בג"צ 25/09 גאנס נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית; בג"צ 4819/09 ד"ר אלהור נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית; בג"צ 8678/10 קטש נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית ובג"צ 10104/09 אבו סלאמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית.

49. 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.

ד. הפגיעה בזכויות העותר

(i) הזכות לחופש התנועה

50. המשיב מונע מן העותר לצאת לחו"ל. בכך, פוגע הוא בזכויותיו הבסיסיות של העותר לכבוד ולאוטונומיה, לחופש תנועה וכל הזכויות הנגזרות מהזכות לחופש התנועה.

51. 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 המיוחסת לזכות לחופש התנועה.

52. 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).

53. 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)).

54. יפים לענייננו גם דבריו של כב' השופט בד, 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 מאליו...".

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

55. 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) הזכות לחיי משפחה

56. העותר מעוניין לראות את אשתו ובנותיו לאחר שנים של נתק. מדובר במימוש בסיסי של ליבה של הזכות לחיי משפחה. הזכות לחיי משפחה היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. כנגד זכות זו מוטלת על המשיב החובה לכבד את התא המשפחתי של העותר ולאפשר לו לבקר את בני משפחתו, בשר מבשרו.

57. 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.

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

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) 728, 787).

ר' עוד :

סעיף 27 לאמנת ג'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.

59. 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 ובחייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם.

(iii) זכותו של העותר לחופש הדת והפולחן

60. כאמור, העותר הוא שומר מצוות, המבקש לצאת את ארצו לשם מימוש מצוות העומרה,

מצווה כה חשובה על פי דתו. בהחלטתו למנוע את יציאת העותר, פוגע המשיב פגיעה קשה

בזכותו לחופש הדת והפולחן.

61. 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 דייך 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).

62. 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 1 ו-2 לאמנה לביעור כל צורות ההפליה הגזעית 1965 ;

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

63. סעיף 46 לאמנת האג (1907) קובע כי :

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

64. 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 [...]

65. 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).

66. 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).

סיכום של דברים

67. העותר מעוניין לצאת את ארצו על מנת לפגוש את אשתו ובנותיו וכן על מנת לקיים את מצוות העומרה. סירוב המשיב לאפשר את יציאתו מהגדה פוגע בזכותו לחופש תנועה ובכל הזכויות הנלוות לה.

68. המשיב מונע מהעותר לצאת את ארצו באופן מוחלט וגורף. בכך הופך המשיב את העותר לכלוא בארצו. המשיב אינו תוחם את המניעה בזמן, ומעמיד את העותר במצב של חוסר ודאות מוחלט. בכך הוא פוגע אנושות בזכותו לכבוד ולהליך הוגן ובזכותו לטעון לחפותו.

69. זאת ועוד – המשיב לא נימק את סירובו להתיר את יציאת העותר לירדן, ובכך הוא מאלץ אותו לפנות לבית המשפט הנכבד, מבלי שתהיה לו אפשרות של ממש לשקול לעומק את עניינו.

70. 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, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הוא נשלח בתיאום כאמור, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין באי כוחו.

אלעד כהנא, עו"ד
ב"כ העותרים

28 בדצמבר 2011

[ת.ש. 46246]