

בעניין:

1. מור, ת"ז
תושב השטחים הכבושים

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר
ע"י ב"כ עוה"ד טליה יהודה (מ"ר 56918) 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 אלעד כהנא (מ"ר 49009) 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 ישיב לפניות העותרים אליו מזה קרוב לשלושה חודשים;
- ב. מדוע לא יתיר את יציאתו של העותר 1 מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, ומשם למכה שבסעודיה, לצורך עבודתו;
- 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 לקיום דיון דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה. פרנסתו של העותר, כמדריך לעולי הרגל לחאגי ולעומרה, תלויה, מטבע הדברים, בנוכחותו בסעודיה.

העותר, שהמשיב מונע את יציאתו לחו"ל, נדרש לצאת את ארצו לצורך הדרכת עולי הרגל, וזאת עם תחילת היציאה לעומרה **ביום 1.2.12**.

בנסיבות אלו, ובשים לב לאי המענה הממושך מצד המשיב, ולפגיעה החמורה בזכויותיו של העותר, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**) הוא תושב השטחים הכבושים, יליד 1960, המתגורר בכפר יאטא שליד חברון עם אשתו וארבעת ילדיו. העותר עובד כמדריך תיירים, המתמחה בליווי מאמינים העולים לרגל למכה על מנת לקיים את מצוות החאגי והעומרה.
2. השנה תחל היציאה לעומרה ביום 1.2.12, ותסתיים בתחילת חודש אוגוסט 2012.
3. מזה **25 שנה** נוהג העותר לצאת את ארצו מדי חודש, ובמיוחד בתקופות החגים, עם הקבוצות אותן הוא מלווה. על מנת שלא לאבד את עבודתו בחברות התיירות בהן הוא מועסק, על העותר לצאת את ארצו כבר בתחילת חודש פברואר, בכדי ללוות את עולי הרגל עם יציאת הקבוצות הראשונות לעומרה. עוד חשוב לציין, כי העותר הוא מפרנס יחיד, אשר בנו, עומר, בן ה-18, סובל מסכרת, ומטבע הדברים נזקק לתרופות ולטיפולים יקרים.

העתק אישור מנכ"ל חברת "אפואג" כי העותר הוא עובד החברה מצורף ומסומן ע/1.

העתק אישור מנכ"ל חברת "אבו אלחלאווה" על עבודת העותר בחברה, ועל תאריך היציאה הראשונה לעומרה, מצורף ומסומן ע/2.
4. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
5. 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 יציאה מן הארץ" בשטחים הכבושים

6. כידוע, לכל אדם מוקנית הזכות לצאת את ארצו. יש להדגיש, כי על החלטות המפקד הצבאי לפגוע בזכות זו בשטח הכבוש חולש **הדין הבינלאומי, וממנו בלבד** יונק המפקד הצבאי את סמכויותיו. מכוחו מחוייב המפקד הצבאי להגן על תושבי השטח הכבוש, ובאופן ספציפי על זכות היציאה מהארץ. סמכותו המצומצמת של המפקד הצבאי, על פי המשפט הבינלאומי, להגביל את תנועתם של תושבי השטחים, מותנית בקיומו של צורך ביטחוני מובהק ותוך איזון ראוי עם הזכויות הנפגעות, וזאת כפי שיפורט בהמשך.
7. בשולי הדברים יצוין, כי גם על פי החקיקה הצבאית בשטחים לא נדרש כל היתר על מנת לצאת לירדן, וגם על פי הסכם הביניים מותנית הגבלת היציאה בהוצאת צו פרטני על ידי המפקד הצבאי, וכל זאת כפי שיתואר בהמשך.
8. הגבלת זכותו של ישראלי לצאת את הארץ, מטעמי ביטחון, נעשית במקרים נדירים וחריגים, בצו חתום על ידי שר הפנים, בכפוף לשימוע, ולרוב לתקופה של עד שישה חודשים.
9. לעומת זאת, בשטחים הכבושים מונע המשיב את יציאתם של אנשים רבים 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 בו עסקינן כי הוחלט למנוע את יציאתו. ברובם של

המקרים נודע לאדם שהוא "מנוע יציאה" רק עת הגיעו למעבר שבגשר אלנבי, מזוודותיו בידיו ותכניותיו לפניו.

10. 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 לברר מראש במת"ק האם הוא מנוע מיציאה לחו"ל ובמידת הצורך, להגיש השגה על המניעה. יצוין, כי מטבע הדברים בבג"ץ הנ"ל לא התבקשו סעדים בנוגע לנוהל שגובש לאחר הגשתו ולכן העתירה נמחקה "תוך שמירת זכותם של העותרים לשוב ולפנות לבית המשפט בעניינים פרטניים הנוגעים לנוהל".

11. 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.

12. כמו כן, הנוהל לא מאפשר כל שימוע, ודאי לא באמצעות עורך דין. תחת זאת קבע הנוהל, כי לאחר שאדם גילה 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 הגורתי. מובן כי ההגעה למת"ק תלויה במצבו הבריאותי, במצבת המחסומים בדרך למת"ק ואף בשאלה האם אותו אדם מכיר בכלל את הנוהל, שמטיל עליו את חובת הבירור וכרוך במסכת בירוקרטית מתישה.

14. 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.

15. בשולי הדברים יצוין, כי אף לאחר שהגיע אדם למת"ק, קבלת תשובות לבקשותיו מותנית בנוכחותו הפיסית 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).

16. 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 ההחלטה, דרגתו ותפקידו. על פניו, כל גורם זוטר יכול להחליט, כי אדם אינו רשאי לצאת את ארצו.

17. נוכח האמור לעיל, ניתן לתאר בנקל את הנחיתות המובנית בה מצוי תושב השטחים הכבושים המגלה יום אחד, ערב נסיעתו לחו"ל, כי אינו רשאי 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 יודע מתי התקבלה, בידי מי, מדוע ואימתי תפוג.

מיצוי ההליכים

18. כפי שצוין לעיל, מאז שנת 1987 נוהג העותר לצאת את ארצו מדי חודש כמלווה לעולי הרגל, ולאחרונה שב מנסיעה בסוף חודש אוגוסט 2011. אשר על כן, נקל לשער את הפתעתו ומבוכתו של העותר כאשר עם הגיעו בראש הקבוצה שבהדרכתו, ביום 21.10.11, לגשר אלנבי, מנעו נציגי המשיב שבגשר את יציאתו, והוא נאלץ לשלוח את הקבוצה ללא הדרכה וליווי.

19. הסברי העותר בדבר מטרת יציאתו ודחיפותה לא הועילו, ולאחר עיכוב ממושך ובלתי מוסבר מילא אחד מנציגי המשיב שבגשר טופס השגה בעברית, ואמר לעותר כי עליו להגישו במת"ק שבאיזור מגוריו.

העתק טופס ההשגה שמולא לעותר בגשר ביום 21.10.11, מצורף ומסומן ע/3.

20. לעותר לא הייתה ידועה האפשרות להגיש את ההשגה כבר בגשר, ואשר על כן, ביום 23.10.11 הגיע למת"ק הישראלי בחברון, על מנת להגיש את טופס ההשגה. בניגוד לפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 86/11 **שלאלדה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**, נשלח העותר ע"י חיילי המשיב לכתבן פלסטיני שיושב בכניסה למת"ק, על מנת שימלא עבורו טופס השגה חדש **בעברית**, בתשלום(!). בטופס ההשגה, שהעתק ממנו נמסר לעותר, נרשם כי התשובה להשגה תינתן בתוך 8 שבועות. עם זאת, לעותר נמסר "טופס טיפול בבקשה", על פיו עליו לחזור למת"ק לשם קבלת התשובה להשגתו עד ליום 23.12.11. יצוין, כי אל המוקד מגיעים פונים רבים אשר פועלים על פי הנוהל ונמסר להם כי התשובה להשגתם תינתן בתוך חודשיים, תוך חריגה מהנוהל, הקובע כי המועד האחרון למתן תשובה הינו בתוך 8 שבועות – פרק זמן ארוך לכשעצמו.

העתק טופס ההשגה שהגיש העותר ביום 23.10.11, מצורף ומסומן ע/4.

העתק טופס הטיפול בבקשה שניתן לעותר ביום 23.10.11, מצורף ומסומן ע/5.

21. ביום 20.12.11, לאחר שחלפו למעלה מ-8 שבועות ממועד הגשת ההשגה, שב העותר למת"ק חברון, על מנת לקבל תשובה להשגתו, אלא שנמסר לו כי עליו לשוב בתוך 3 ימים נוספים, בטענה ש"עוד לא ה-23.12.11".

22. ביום 26.12.11, לאחר שחלפו למעלה מחודשיים ממועד הגשת ההשגה, שב העותר בשלישית למת"ק חברון, בתקווה לקבל תשובה להשגתו. אולם, תחת לקבל תשובה, נמסר לעותר טופס טיפול חדש, לפיו עליו לשוב **ביום 25.2.12** לקבלת תשובה, היינו, **למעלה מארבעה חודשים** מיום הגשת ההשגה הראשונה.

העתק טופס הטיפול בבקשה שניתן לעותר ביום 26.12.11, מצורף ומסומן ע/6.

23. ביום 4.1.12 פנה המוקד להגנת הפרט למשיב בתלונה על ההתנהלות הלקויה בעניינו של העותר, והדגיש את הפגיעה הקשה בזכויותיו. המוקד הודיע, כי אם לא תינתן לעותר תשובה להשגה ללא דיחוי נוסף, תישקל פנייה לערכאות.

העתק פניית המוקד למשיב מיום 4.1.12 מצורף ומסומן ע/7.

24. נכון להיום טרם התקבל כל מענה מטעם המשיב, וזאת **קרוב לשלושה חודשים** מיום הגשת ההשגה, תוך הפרה בוטה של הנוהל ופגיעה קשה בזכויות העותר.

25. בנסיבות אלה, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

א. המסגרת הנורמטיבית

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 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.

(יפה 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'מעית 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, בתנאי שקיים **צורך ביטחוני מובהק** ותוך איזון ראוי עם הזכויות הנפגעות.

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 ; ט.י.).

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 ; ט.י.).

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.

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

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.

32. 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), התשי"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.

33. 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.

34. נספח V לתוספת הראשונה להסכם קבע הוראות שונות בדבר יציאה לחו"ל מהשטחים, ובין היתר הסדיר את הסמכות למנוע יציאת אדם מחו"ל. ס' 4(b)(3) לחלקו ה-9 של הנספח, קבע כי הגבלת יציאתו של תושב השטחים הכבושים יכולה להיעשות רק בהינתן צו (או תוך כדי מעצר או בשל היעדר מסמכים).

ב. חובת המשיב להשיב תוך זמן סביר

35. המשיב מחויב להשיב לפניות אליו 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 **מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר**, פ"ד מח(2) 844, 853 (1994);
 בג"ץ 5931/04 **מזורסקי נ' מדינת ישראל – משרד החינוך**, פ"ד נט(3) 769, 782 (2004);
 בג"ץ 4212/06 **Avocats Sans Frontieres נ' אלוף פיקוד הדרום**, תק-על 2006(2) 4751 (2006).

36. בענייננו, היה על המשיב לתת את תשובתו להשגה בתוך 8 שבועות, בהתאם לנוהל. והנה, בחלוף **קרוב לשלושה חודשים**, טרם התקבלה תשובת המשיב להשגה.

37. וכבר נפסק כי כאשר מדובר בזכויות אדם מקבל מושג "הזמן הסביר" משמעות מיוחדת (בג"ץ 1999/07 **גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006**, תק-על 2007(2) 551, 569 (2007)); וכי בעניינים הנוגעים לזכויות אדם –

יש מקום לצפות להסדרה מהירה יותר של העניין [...] התמשכות פגיעה בזכויות אדם מחמירה לא פעם את היקף הפגיעה ותוצאתה עלולה להיות שחיקה של הזכות כמו גם פגיעה קשה ומתמשכת בפרט.

(בג"ץ 8060/03 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק-על 2006(2) 775, 780 (2006)).

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

38. והנה, אף תקופת שמונת השבועות הקבועה בנוהל המשיב עברה משכבר, והעותר עודו ממתין לתשובה להשגתו. ודוק: אין מדובר בסתם תשובה לשאלת חולין, שכן תשובת המשיב היא-

היא המפתח למימוש זכותו של העותר לחופש העיסוק ופרנסה ולזכותו לחופש תנועה על כל הנגזר מכך.

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

39. 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**.

40. 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, והשיקול בינה לבין הערך הנוגד הופך להיות קשה ומורכב יותר.

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

(ההדגשות הוספו; ט.י.).

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.

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

(ההדגשות הוספו; ט.י.).

41. 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"ם-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).

42. במאמרה "עיקוב 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 עיקוב 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 "עיקוב יציאה מהארץ על-פי צו של בית משפט" מחקרי משפט יב, תשנ"ה).

(ההדגשות הוספו; ט.י.).

43. 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 עג'ורי 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 עברייני 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;

44. 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). ובינתניים - 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, מיום 26.7.04, פ"ד נח(6) 644 (2004))

45. 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

Colin Harvey & Robert Perry Barnidge Jr. *Human Rights, Free Movement, and the Right to Leave in International Law* 19 International Journal of Refugee Law 1, 1-27 (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).

46. 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 (2000), 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. (ההדגשה הוספה; ט.י.).

47. 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.

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

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

49. העותר, אשר זכויותיו הוגבלו בעקבות החלטת נציגי המשיב בגשר, 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 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 בבטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה. אולם, מן הצד השני, **אין בכך בהכרח כדי למנוע גילוי נימוקים באופן מוחלט.**

(י' זמיר, **הסמכות המינהלית** 917 כרך ב, תשנ"ו)

(ההדגשה הוספה; ט.י.).

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 5, 37 תשס"ב)

(ההדגשה הוספה; ט.י.).

50. 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.

51. 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 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 החלטה בעניינו של העותר (ראה: בג"צ 361/76).

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

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

52. 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).

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

54. 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 8678/10 חאזם קטש נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית ובג"ץ 10104/09 אבו סלאמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית.

55. 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

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

57. 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.

58. 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' 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).

59. 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)).

60. 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 מאליו...".

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

61. 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...

(ההדגשות הוספו; ט.ג.).

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)).

(ההדגשות הוספו; ט.י.)

62. 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 וזכותו לפרנס את משפחתו

63. מזה שנים ארוכות עובד העותר כמדריך לעולי הרגל למכה, ובמיוחד, בימי החאגי והעומרה. לצורך כך, על העותר לצאת את ארצו מדי חודש, בראש הקבוצות אותן הוא מדריך. בכך שהמשיב מונע מהעותר לצאת את ארצו, הוא פוגע פגיעה קשה בזכותו של העותר לחופש העיסוק ובזכותו לפרנס את משפחתו. **מובן, כי ככל שיוסיף המשיב למנוע מהעותר לצאת את ארצו, יהיה בכך כדי לפגוע פגיעה אנושה בפרנסתו של העותר.**

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)).

64. לעניין הפגיעה בחופש העיסוק נפסק, כי אין להפריד בין שלילת יכולתו של אדם לעסוק במקצועו לבין פגיעה באופן מימוש העיסוק:

נדגיש כי על אף קיומה הלכאורי של הבחנה עיונית בין סוגי הפגיעה בחופש העיסוק, הרי שבחיי-המעשה ההבחנה בין שלילת עיסוק או פגיעה בכניסה לעיסוק לבין פגיעה באופן מימוש העיסוק, אינה תמיד חדה וברורה. כך למשל, יתכן כי בנסיבותיו של מקרה קונקרטי הגבלת מימוש של עיסוק תהא כה מקיפה ועמוקה, עד שחומרתה תגיע כדי שלילת עיסוק או מניעת כניסה אליו. במקרים מעין-אלה, תיבחן הפגיעה על-פי רמת בדיקה מחמירה יותר, כאמור לעיל.

(בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נז(1), 235, 259-260 (2002)).

65. 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)).

(Guy Mundlak, *The right to work: Linking human rights and employment policy*, 146 International Labour Review 192, 192-194 (2007)

66. הזכות לממש את חופש העיסוק נובעת מההכרה בכך שעבודתו של אדם היא לא רק מקור פרנסה לסיפוק צרכיו הבסיסיים למחייה. עבודתו של אדם מספקת גם את צרכיו החברתיים, האינטלקטואליים והאישיים של כל אדם, ולכן היא מהווה חלק אינהרנטי מהתנאים הדרושים למימוש חיים של כבוד וחירות (Human dignity). הזכות להתפרנס היא בעלת חשיבות כבדה ביותר, שכן היא מאפשרת לאדם לממש זכויות אחרות; מבין אלה חשוב להזכיר את הזכות לדיור, הזכות לחינוך, הזכות לחיי תרבות, הזכות לרמת חיים נאותה, הזכות להתאגדות וכו'.

ראו לעניין זה:

סעיפים 6 עד 8 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות סוציאליות ותרבותיות (1966);
 סעיף 8(3)(a) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966);
 סעיפים 20, 23 ו-25 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948);
 סעיף 11 לאמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה (1979);
 סעיף 5(e)(i) לאמנה בינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית (1965);
 סעיפים 15 ו-27 לאמנה בדבר זכויות הילד (1989);
 סעיפים 2 ו-3 לאמנה נגד הפליה (תעסוקתית) של ארגון העבודה הבינלאומי (מס' 111) (1960);

האמנה לקידום התעסוקה ולמאבק נגד האבטלה של ארגון העבודה הבינלאומי (סמ' 168) (1991);
 הצהרת פילדלפיה של ארגון העבודה הבינלאומי (1944);
 הצהרת קופנהגן ותוכנית הפעולה שאומצה על ידי הוועידה העולמית להתפתחות חברתית (1995).
 לעניין תחולתו של משפט זכויות האדם וחובותיה האקטיביות של המעצמה הכובשת בסוגיית זכויות זו ראו:

Elisabeth Mottershaw, *Economic, Social and Cultural rights in Armed Conflict: International Human Rights law and International Humanitarian law* 12 International Journal of Human Rights 449 (2008)

Noam Lubell, *Challenges in Applying Human Rights law to Armed Conflict* 87 International Review of the Red Cross. 761, 761-763 (2005)

סיכומם של דברים

67. העותר חייב לצאת את ארצו לצרכי עבודתו בחו"ל. סירוב נציגי המשיב בגשר לאפשר את יציאתו מהגדה פוגע בזכותו לחופש תנועה ובכל הזכויות הנלוות לה.

68. בהתעלמו מההשגה שהגיש העותר בעניין, ומפניות העותרים אליו, מונע המשיב מהעותר באופן מוחלט וגורף לצאת את ארצו. בכך הופך המשיב את העותר לכלוא בארצו. החלטת המשיב שנמסרה לעותר בגשר אינה תחומה בזמן, ובכך מעמיד אותו המשיב במצב של חוסר ודאות מוחלט. בעשותו כן, פוגע המשיב אנושות בזכות העותר לכבוד ולהליך הוגן, ובזכותו לטעון לחפותו.

69. זאת ועוד – המשיב לא נימק את סירובו להתיר את יציאת העותר לירדן, ובכך מאלצו המשיב 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 בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הוא ניתן בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין באי כוחו.

17 בינואר 2012

[ת.ש. 70629]