

בעניין:

1. דבאבסי, ת"ז
תושב השטחים הכבושים

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

ע"י ב"כ עוה"ד טל שטיינר (מ"ר 62448) ו/או חוה מטרס-
עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או ענת
גונן (מ"ר 28359) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) נועה
דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088)
ו/או בילאל סביחאת (מ"ר 49838) ו/או עביר ג'ובראן-
דכוואר (מ"ר 44346)

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

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

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 אליו במהירות המתחייבת מהוראות הדין ומנהליו-שלו;
- ב. מדוע לא יתיר את יציאתו של העותר 1 מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, לביקור בני משפחתו, ויימנע מהתניית יציאה זו בתנאים הפוגעים בזכותו של העותר לחופש תנועה ולחיי משפחה;
- 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.

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב להגיב לעתירה בהקדם, וזאת לנוכח הפגיעה בזכותו של העותר 1 לחיי משפחה, ובשים לב למשמעותו של מימד הזמן, כאשר מדובר באיסור על יציאה לחו"ל והשלכת משך הזמן על עוצמת הפגיעה בזכויות העותר 1. 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 2006(1) 320, 331; ובג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, 1127).

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**) הוא תושב השטחים הכבושים, **קשיש בן 80**, נשוי ואב לאחד-עשר ילדים, המתגורר בטלזה שליד שכם.
2. לעותר שלושה אחים המתגוררים בירדן, שהמבוגר שבהם, מר דבאבסי, בשנות השבעים לחייו. יצוין כי אחיו זה של העותר אינו מחזיק בתעודת זהות פלסטינית, ומשכך אינו יכול להיכנס לגדה המערבית ולהיפגש עם העותר שם. העותר מבקש לבקר את אחיו החיים בירדן, לאחר שלא נפגש עם המבוגר שבהם מאז שנת 2012.
3. יצוין כי בנו של העותר, מר _____ דבאבסי, גורש ללבנון יחד עם קבוצת "מגורשי מרג' א-זהור" בשנת 1992. בעוד שיתר מגורשי קבוצה זו חזרו לבתיהם שבגדה המערבית בשנת 1994, נותר בנו של העותר בגלות, חי בסוריה ומאוחר יותר בטורקיה, נישא והביא ילדים לעולם. לאחרונה ביקר העותר את בנו בשנת 2011, והוא מבקש לשמור לעצמו את האפשרות להמשיך מירדן לטורקיה, ולפגוש שם את בנו ואת משפחתו.
4. יצוין כי בשל גילו המופלג של העותר, קיים חשש אמיתי כי תהיה זו ההזדמנות האחרונה למפגש בין העותר לבין בנו ואחיו החיים בחו"ל.
5. אין זו הפעם הראשונה בה בא עניינו של העותר בפני בית המשפט נכבד זה. בשנת 2005 נאלץ העותר לעתור לבית המשפט, לאחר שהמשיב סירב להתיר את יציאתו לחו"ל דרך גשר אלנבי (בג"ץ 642/05 **דבאבסי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**). לאחר הגשת העתירה, הודיע המשיב כי הוא אינו עומד על התנגדותו ליציאת העותר לחו"ל, והעתירה נמחקה לבקשת העותרים.
6. לאחר מחיקת העתירה, ועד לאירועים נשואי העתירה שלפנינו, המשיך העותר לצאת לחו"ל ללא בעיות, ונסיעתו האחרונה נערכה **בחודש אפריל שנת 2012**.
7. יצוין, כי העותר מעולם לא נעצר ולא נחקר.
8. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
9. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על איזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה ארבעים ושש שנים.

איסור על יציאה מן הארץ בשטחים הכבושים

10. 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 מחויב המפקד הצבאי להגן על תושבי השטח הכבוש, ובאופן ספציפי על זכות היציאה מהארץ. סמכותו המצומצמת של המפקד הצבאי, על פי המשפט הבינלאומי, לאסור על יציאה מן השטחים הכבושים, מותנית בקיומו של צורך ביטחוני מובהק ותוך איזון ראוי עם הזכויות הנפגעות.

11. יצוין, כי 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.

12. על אף האמור לעיל, בשטחים הכבושים מונע המשיב את יציאתם של אנשים רבים מדי שנה, בלא צו חתום בידי איש, ללא הגבלת זמן כלשהי, ובלא שהמשיב מוסר הודעה מראש. יצוין, כי רק לאחר שהוגשה עתירה עקרונית לבג"ץ (בג"ץ 8155/06 **האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**), קבע המשיב נהלים המאפשרים לברר מראש האם החליט למנוע את יציאתו של אדם כלשהו, וכן להשיג על ההחלטה.

13. יודגש, כי נהלי המשיב מאלצים את תושבי השטחים הכבושים לפעול בהליך מינהלי ממושך, מסורבל ומתיש, אשר אינו מאפשר למבקש לעמוד על זכויותיו. וזאת, כפי שיוסבר להלן.

קבלת ההחלטה והפגיעה בכללי הצדק הטבעי

14. 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. לעומת זאת, כאשר מדובר בהגבלת זכותם של פלסטינים לצאת את ארצם, ההחלטה מתקבלת באופן שונה לחלוטין, אשר אינו מתיישב עם כללי המשפט המינהלי.

15. ההחלטה למנוע מפלסטיני לצאת מארצו, וכן ההחלטה בהשגה על החלטת המשיב שלא להתיר את היציאה לחו"ל, מתקבלת בסתר, על ידי בעל תפקיד לא ידוע, במועד סודי, בלא כל הליך מסודר, ובלא שהאדם המדובר יודע שהתקבלה החלטה בעניינו וללא כל הליך שימוע או מתן זכות טיעון.

16. כל שנהלי המשיב מאפשרים הוא, כי מי שכבר גילה כי המשיב אוסר על יציאתו, יכול להגיש בדיעבד השגה בכתב, וזו תידון בפרק זמן ממושך של **8 שבועות**.

17. 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".

18. מרכיב יסודי בכללי המינהל התקין הוא מסירת תשובות מנומקות; בענייננו, התשובות להשגות שמגישים תושבים לרוב אינן מנומקות. ברובם המכריע של המקרים התשובה

היחידה שניתנת היא "מסורב", "מנוע שב"כ", "מנוע יציאה" וכיוב'. הא ותו לא. ברי, כי תשובות אלה אינן מאפשרות לאדם להתמודד בצורה ממשית ורצינית עם החלטת המשיב למנוע את יציאתו מארצו. כידוע, "את טענות הצד השני אפשר לסתור רק כשהן ידועות; עם ספינקס אי אפשר להתווכח" (בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 541 (1953)).

טיפול ממושך וכשלים במת"קים

19. גם לאחר שנודע לתושב על החלטה למנוע את יציאתו לחו"ל, צפויה לו דרך חתחתים בהגיעו להגיש השגה על החלטה זו של המשיב: ראשית, הרישומים במחשבי המת"קים אינם מעודכנים ועל כן הפונה למת"ק חייב להמתין ארבעה ימים בטרם יוכל לברר האם בכלל התקבלה החלטה למנוע את יציאתו. שנית, הפונים למת"קים נתקלים במקרים רבים בהתנהלות מקוממת מצד חיילי המת"ק וקציניו - החל מחיילים המסרבים לקבל בקשות בלא הסבר או בשל חוסר היכרות עם הנהלים; דרך מחסור בטפסים; מילוי הטפסים על-ידי חיילים, לרוב בעברית, במקום לאפשר לתושב השטחים למלא את הטופס בעצמו; סירוב לקבל טפסים הכתובים בערבית; וכלה בהיעדרות בעלי תפקידים, אשר נוכחותם נדרשת לצורך הגשת בקשות ולצורך קבלת תשובות. שלישית, על-פי נהלי המשיב, עליו למסור תשובה להשגות בתוך פרק זמן ממושך של 8 שבועות לכל המאוחר. בפועל, במקרים רבים, המת"קים אינם עומדים אף בלוחות זמנים אלה והפונים נאלצים להמתין שבועות וחודשים לקבלת תשובה.

20. ביום 10.1.12 הודיע המשיב כי מעתה ניתן להגיש בקשות לבירור אודות מניעה, וכן השגות, בפקס, באמצעות עו"ד, וכי התשובה תימסר לעו"ד. אולם, כדי שיוכל תושב השטחים לפנות באופן זה, עליו לשכור את שירותיו של עורך דין לצורך משלוח פקס, כיוון שבאופן אבסורדי, הוא עצמו אינו רשאי לשלוח את פנייתו בפקס. כמו כן, גם במקרים של פנייה באמצעות פקס, פעמים רבות משתהים המת"קים זמן רב מאוד עד למתן מענה, לא משיבים בכתב וכיוב'.

21. בעיה חמורה נוספת היא היעדר מענה למקרים דחופים, כגון תושב השטחים הכבושים המגלה כי הוא מנוע יציאה, בהיותו בגשר אלנבי, ועליו להתייצב בחו"ל עד לתאריך מסוים, בשל טיפול רפואי או התחלת לימודים.

22. לבסוף יצוין, כי רבים מהפלסטינים אינם פונים למת"קים הישראליים, כיוון שאינם יודעים כלל כי באפשרותם לברר מראש האם הם מנועים, או להגיש השגה על החלטת המשיב למנוע את יציאתם לחו"ל. חלקם אף מעדיפים לוותר מראש על ההליך המסורבל והמתיש הניצב לפניהם.

23. 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 ארצו. כפי שנאמר לעיל, ההליך המינהלי שעליו למצות הוא מסורבל, מתיש וארוך ביותר, וכמעט שאינו מספק לו הגנה: עליו להתמודד עם החלטה שאין יודע מתי התקבלה, בידי מי, מדוע ואימתי יוכל לצאת את ארצו.

מיצוי ההליכים

24. ביום 22.9.2013 הגיע העותר יחד עם אשתו לגשר אלנבי, במטרה לעבור לירדן ולבקר את אחיו החיים שם. נציגי המשיב בגשר מנעו את מעברו של העותר, ומסרו לו כי עליו לגשת למת"ק הקרוב למקום מגוריו כדי לברר את פשר המניעה. אשתו של העותר המשיכה במסעה בלעדיו. יצוין כי בניגוד לנהלי המשיב, לא יידעו נציגי המשיב את העותר בדבר זכותו להגיש השגה על ההחלטה למנוע את יציאתו לחו"ל עוד בהיותו בגשר.

העתק "נוהל טיפול בבקשות תושבים פלסטינים לבירור קיום מניעה ביטחונית ליציאתם לחו"ל ולהסרתה", מחודש מרץ 2011, מצורף ומסומן ע/1.

25. למחרת, ביום 23.9.2013, הגיע העותר למת"ק שכס, ומילא שם טופס השגה על החלטת המשיב שלא להתיר את יציאתו לחו"ל. נציגי המשיב במת"ק נטל מהעותר את טופס ההשגה, ומסר לו כי תוך שמונה שבועות יקבל תשובה טלפונית מנציגי המת"ק.

26. ביום 29.9.2013 פנה המוקד להגנת הפרט למשיב, בשמו של העותר, וביקש לוודא כי השגתו התקבלה והיא נמצאת בטיפול.

העתק מכתב המוקד מיום 29.9.2013 מצורף ומסומן ע/2.

27. ביום 1.10.2013 התקבלה תשובת המשיב, הנושאת את התאריך 30.9.2013, ומאשרת כי השגתו של העותר התקבלה והועברה לטיפול הגורמים הביטחוניים ביום 24.9.2013.

העתק מכתב המשיב מיום 30.9.2013 מצורף ומסומן ע/3.

28. על פי נהלי המשיב, עליו להשיב על השגה שמגיש תושב על ההחלטה למנוע את יציאתו לחו"ל, **לא יאוחר משמונה שבועות** מיום הגשתה. בענייננו, שמונה שבועות חלפו וטרם התקבלה תשובת המשיב להשגת העותר. משכך, ביום 21.11.2013 פנה המוקד בשנית למשיב, התריע כי עברו שמונה שבועות מיום הגשת השגתו של העותר, וביקש כי ההשגה תיענה ללא דיחוי.

העתק מכתב המוקד מיום 21.11.2013 מצורף ומסומן ע/4.

29. ביום 25.11.2013 התקבלה תשובת המשיב, הנושאת את התאריך 24.11.2013. בתשובתו מסר המשיב כי בקשתו של העותר להסרת המניעה הביטחונית ליציאתו לחו"ל אושרה על ידי הגורמים הביטחוניים כבר ביום 15.10.2013 – אך זאת בכפוף לכך "שזה יחתום על הצהרה כי לא ייפגש עם בנו".

העתק מכתב המשיב מיום 24.11.2013 מצורף ומסומן ע/5.

30. יצוין מיד, כי העותר מסרב בתוקף לחתום על הצהרה כאמור, ורואה בה פגיעה אנושה בזכותו לפגוש את בנו החי בחו"ל, אותו לא ראה שנים רבות – וזאת בערוב ימיו, כאשר אין כל וודאות כי יזכה לראות את בנו שוב בחייו.

31. משכך, ביום 5.12.2013 השיב המוקד למשיב, ומסר כי העותר מסרב לחתום על הצהרה כאמור. המוקד דרש כי המשיב ימסור את תשובתו המנומקת להשגת העותר, וזאת כאשר לפי נהלי המשיב היה עליו להשיב להשגה זו למעלה משבועיים קודם לכן.

העתק מכתב המוקד מיום 5.12.2013 מצורף ומסומן ע/6.

32. למעלה משלושה שבועות חלפו מאז שלח המוקד את מכתבו האחרון, וארבעה-עשר שבועות מאז הגיש העותר את השגתו - אך המשיב טרם השיב לפניית המוקד, וטרם מסר את החלטתו הסופית בהשגתו של העותר. בנסיבות אלה, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

א. החובה להשיב במהירות

33. המשיב מחויב להשיב לפנייה במהירות המתחייבת, 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) 451, 441 (1994);
בג"ץ 7198/93 **מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר**, פ"ד מח(2) 853, 844 (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 2006(2) 4751 (2006).

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

35. כאמור לעיל, נהלי המשיב עצמו קובעים כי השגות על החלטתו למנוע את יציאתם של תושבים לחו"ל צריכות להיענות תוך פרק זמן של שמונה שבועות. בענייננו, **ארבעה-עשר שבועות חלפו** וטרם התקבלה החלטתו הסופית של המשיב. השתהות המשיב מונעת למעשה את יציאתו של העותר לחו"ל, ופוגעת בזכותו לחופש תנועה ובזכותו לחיי משפחה, הנגזרת ממנה.

ב. היקף סמכות המפקד הצבאי לאסור על היציאה מהשטחים הכבושים

36. כידוע, ביום כ"ט בנובמבר 2012 החליטה העצרת הכללית של האו"ם להעניק לפלסטין מעמד של מדינה משקיפה שאינה חברה באו"ם (החלטה מס' A/RES/67/19).

ברור כי גם לאחר החלטת העצרת הכללית, ממשיך המפקד הצבאי לשאת בכל החובות החלות עליו על פי המשפט הבינלאומי, ככוח כובש המחזיק בשטח.

37. 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; ט.ש.).

38. 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 עמהם.

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

39. 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).

40. 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 גינבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה; והן משפט זכויות האדם.

41. 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)).

42. 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**.

43. 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 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)).

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

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

45. 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.

46. 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>.

47. 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; ט.ש.).

48. 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 ; ט.ש.).

49. 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)).

50. 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.

51. 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.

52. 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.

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

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

54. 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 (הדגשים אינם במקור).

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

55. 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).

56. 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).

57. ודוק: 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 עגורני 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 העותרים;

58. 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 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 **מרדכי ואנונו ואח' נ' אלוף פיקוד העורף ואח'**, פס"ד מיום 26.7.04, פורסם באתר ביהמ"ש).

59. 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

60. החלטתו של המשיב הינה בגדר 'מעטה ועד עולם' ומשכך, אינה מידתית. יפים לענייננו דברי כבוד הנשיא ברק בדנ"פ 7048/97 **פלונים 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).

61. המשיב מבקש להפוך את הדיו 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.

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

63. משנמנע המשיב מלתחום את הפגיעה בעותר, מוסמך בית המשפט להקטין את הפגיעה, בין על דרך תחימת ההגבלה ובין על דרך שיורה 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

64. 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 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** (כרך ב, תשנ"ו), בעמ' 917; ההדגשות הוספו; ט.ש).

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; ההדגשות הוספו; ט.ש.).

65. 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.

66. 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 לשימוע 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).

67. 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).

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

69. 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 גאנם נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית; בג"צ 4819/09 ד"ר אלהור נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית; בג"צ 10104/09 אבו סלאמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית.

70. 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.

ה. הפגיעה בזכויות העותר

(i) הזכות לחופש התנועה

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

72. 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.

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

ראו בעניין זה:

סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966 ;

סעיף 2 לפרוטוקול 4 לאמנה האירופית לזכויות האדם 1950 ;

סעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948 ;

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

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

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

74. 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)).

75. 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 מאליו...".

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

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

77. 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

78. העותר, אשר אחיו מתגוררים בירדן, ובנו ומשפחתו מתגוררים בטורקיה, מבקש לבקרו. מדובר במימוש בסיסי של הזכות לחיי משפחה.

79. הזכות לחיי משפחה היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. זכות זו מטילה על המשיב חובה מוחלטת וברורה לכבד ולשמר את התא המשפחתי.

80. 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.

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

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"ץ 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.

82. בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים, ובמיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין **עדאלה** (בג"ץ 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.

83. חלק מהזכות לחיי משפחה היא זכותו של כל אדם להוות חלק מחייהם של קרובי משפחתו. המשיב פוגע קשות בזכותה של העותרת ובעלה לחיי משפחה בכך שהוא מנתק אותם זו מזו, ובכך שהוא מונע מהעותרת לממש את זכותה לחיות לצד בעלה.

84. גם בית הלורדים בבריטניה הדגיש בפסיקתו כי הזכות לחיי משפחה היא זכות טבעית, החיונית למימוש האוטונומיה וחירותו של כל אדם באשר הוא אדם:

Human beings are social animals. They depend on others. Their family, or extended family, is the group on which many people most heavily depend, socially, emotionally and often financially. There comes a point at which, for some, prolonged and unavoidable separation from this group seriously inhibits their ability to live full and fulfilling lives.

(Huang v Secretary of State for the Home Department [2007] UKHL 11, [2007] 2 AC 167, para. 18).

סיכום של דברים

85. העותר מבקש לצאת את ארצו על מנת לפגוש את אחיו המבוגרים המתגוררים בירדן, וכן את בנו החי עם משפחתו בטורקיה. סירוב המשיב לאפשר את יציאתו מהגדה פוגע קשות בזכותו לחופש תנועה ובכל הזכויות הנלוות לה.

86. המשיב נוקט שיהוי בלתי סביר במתן מענה ענייני להשגתו של העותר על ההחלטה למנוע את יציאתו לחו"ל; בכך מונע המשיב מהעותר לצאת את ארצו באופן מוחלט וגורף, והופך 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.

87. זאת ועוד – נציגי המשיב בגשר לא נימקו את סירוב המשיב להתיר את יציאת העותר לירדן, ובכך הוא נאלץ לפנות לבית המשפט הנכבד, מבלי שתהיה לו אפשרות של ממש לשקול לעומק את עניינו.

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.

31 בדצמבר, 2013

טל שטיינר, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 31384]