

בעניין:

1. גבריל, ת"ז תושב השטחים הכבושים
2. גבריל, ת"ז תושבת השטחים הכבושים
3. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר 580163517**

ע"י ב"כ עוה"ד נאסר עודה (מ"ר 68398) ו/או בילאל סביחאת (מ"ר 49838) 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) ו/או נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או עביר ג'ובראן-דכוור (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 אל-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 יאפשר את יציאתם של העותרים 1-2 מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, על מנת שיוכלו לבקר את בני משפחותיהם המתגוררים בירדן, ועל מנת שהעותר 1 יוכל לקבל טיפול רפואי שם;

ב. מדוע לא יודיע מהו התאריך המדויק בו יפוג תוקפו של האיסור על יציאתם של העותרים 1-2 מן הגדה המערבית;

ג. מדוע לא ינמק את סירובו לאפשר את יציאתם של העותרים 1-2, 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 לבריאות ולנגישות לטיפול רפואי, והפגיעה בזכותם של העותרים 1-2 לחיי משפחה, ובשים לב למשמעותו של מימד הזמן, כאשר מדובר באיסור על יציאה לחו"ל והשלכת משך הזמן על עוצמת הפגיעה בזכויות העותרים 1-2. כדברי בית המשפט:

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

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

ביום 10.12.2014 הודיע המשיב כי אין מניעה ליציאתם של העותרים מארצם, אולם משהגיע העותר 1 לגשר אלנבי, ביום 14.12.2014, מנעו ממנו נציגי המשיב לצאת, וזאת על אף שנמסר לו כי המניעה הוסרה, ועל אף גילו ומצבו הבריאותי.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותרים 1-2 (להלן יחד: **העותרים**) הינם בני זוג, תושבי השטחים הכבושים, ילידי 1941 ו-1945 בהתאמה, המתגוררים בנפת קלקיליה. בני הזוג חובקים 10 ילדים.
2. העותר 1, קשיש בן 73, סובל מבלוטת ערמונית מוגדלת עקב גידול שפיר ואינו מגיב לטיפול תרופתי. משום כך, העותר 1 זקוק להתערבות כירורגית והוא מבקש לבצעה בבית החולים בירדן.
3. נוסף על כך, העותרים מבקשים לצאת את ארצם כדי לבקר את שני אחיו של העותר 1 וחמשת אחיה של העותרת 2, המתגוררים בירדן. יצוין, כי בני משפחותיהם של העותרים אינם מחזיקים בתעודות זהות פלסטיניות, ומשכך, על פי נהלי המשיב, אינם יכולים להיכנס לגדה המערבית.
4. ייתכן אף כי בני הזוג יבקשו לבקר את בנם _____, אשר הורחק לרצועת עזה במסגרת "עסקת שליט". יצוין, כי לבנם של העותרים נולד לפני שנה וחצי בן, נכד לעותרים, והעותרים טרם זכו לפגוש את נכדם.
5. יצוין, כי בעבר יצאו העותרים את ארצם ללא מגבלות, על מנת לבקר קרובי משפחה. יציאתו האחרונה של העותר 1 הייתה לפני כשנתיים, ויציאתה האחרונה של העותרת 2 הייתה לפני כשלוש שנים.
6. העותרים מעולם לא נעצרו ולא נחקרו.
7. העותרת 3 (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 ושבע שנים.

איסור על יציאה מן הארץ בשטחים הכבושים

9. 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.

10. 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.

11. 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.

12. 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

13. 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.

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

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

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

17. מרכיב יסודי בכללי המינהל התקין הוא מסירת תשובות מנומקות; בענייננו, התשובות להשגות שמגישים תושבים אינן מנומקות בדרך כלל. 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

18. גם לאחר שנודע לתושב על ההחלטה 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 טפסים על-ידי חיילים, לרוב בעברית, במקום לאפשר לתושב 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 של 8 שבועות לכל המאוחר. בפועל, במקרים רבים המת"קים אינם עומדים אף בלוחות זמנים אלה והפונים נאלצים להמתין שבועות וחודשים לקבלת תשובה.

19. 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 שתושב השטחים יוכל 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'.

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

21. 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.

22. **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, והוא כמעט שלא מספק לו כל הגנה: עליו להתמודד עם החלטה שאין יודע מתי התקבלה, בידי מי, מדוע ואימתי יוכל לצאת את ארצו.

מיצוי ההליכים

23. ביום 4.3.2013, עת הגיעו העותרים לגשר אלנבי בדרכם לירדן, מנעו נציגי המשיב את יציאתם.

24. ביום 6.3.2013 הגיש המוקד להגנת הפרט, בשמם של העותרים, השגה על מניעת יציאתם במת"ק קלקיליה, וביקש כי תותר יציאתם של העותרים לירדן כדי שלא תיפגע זכותם לשימור המארג המשפחתי.

העתק מכתב המוקד מיום 6.3.2013 מצורף ומסומן **ע/1**.

העתק טפסי טיפול בבקשה מצורפים ומסומנים **ע/2 א-ב**.

25. ביום 26.5.2013 התקבלה תשובה מטעם קצין פניות הציבור של המינהל האזרחי, ובה הודיע האחרון כי המניעה על יציאתם של העותרים לחו"ל הוסרה ללא כל תנאי.

העתק מכתב קצין פניות הציבור מיום 26.5.2013 מצורף ומסומן ע/3.

26. יצוין, כי מאז הסרת המניעה על יציאתם לחו"ל, העותרים לא הצליחו לנסוע לחו"ל עקב מצבם הכלכלי הקשה. ביום 23.9.2014, לאחר שאספו את הסכום הדרוש להם לנסיעתם, הגיעו העותרים שוב לגשר אלנבי בדרכם לירדן, על מנת שהעותר 1 יקבל את הטיפול הרפואי שהוא נזקק לו, וכדי שהעותרים יוכלו לפגוש את בני משפחותיהם. בגשר פנה אליהם קצין והתנה את יציאתם של העותרים בחתימה על מסמך התחייבות, שלא יפגשו את בנם ג'בריל שהורחק במסגרת "עסקת שליט" לרצועת עזה.

27. העותר 1 חתם על המסמך, אולם לאחר שהבין את תוכנו, ביקש לחזור בו ולקבל את המסמך החתום לידי. לאחר המתנה ממושכת נמסר לעותרים על ידי נציגי המשיב בגשר כי הם מנועים מלצאת לחו"ל. בניגוד לנהלי המשיב, לא נמסר לעותרים כי באפשרותם להגיש עוד בהיותם בגשר השגה על המניעה.

העתק "נוהל טיפול בבקשות תושבים פלסטינים לבירור קיום מניעה ליציאתם לחו"ל ולהסרתה", מחודש מרץ 2011, מצורף ומסומן ע/4.

28. ביום 1.10.2014 הגיש המוקד להגנת הפרט, בשמם של העותרים, השגה על מניעת יציאתם במת"ק קלקיליה. במכתבו הסביר המוקד את השתלשלות העניינים, צירף מסמכים רפואיים שמעידים על מצבו של העותר 1, וביקש כי תותר יציאתם של העותרים לירדן כדי שלא תיפגענה זכויותיהם לחופש תנועה, לנגישות לטיפול רפואי ולחיי משפחה.

העתק מכתב המוקד מיום 1.10.2014 מצורף ומסומן ע/5.

העתק טפסי טיפול בבקשה מצורפים ומסומנים ע/6 א-ב.

29. על פי נהלי המשיב, עליו להשיב להשגות תושבים על מניעת יציאתם לחו"ל תוך פרק זמן של שמונה שבועות. אף על פי כן, שמונת השבועות עברו והמשיב לא השיב להשגות העותרים. משכך, פנה המוקד ביום 27.11.2014 בשנית למת"ק קלקיליה, וביקש לקבל תשובה ללא כל דיחוי נוסף, אחרת תישקל פנייה לערכאות.

העתק פניית המוקד מיום 27.11.2014 מצורף ומסומן ע/7.

30. שבוע נוסף עבר ותשובה - אין, ולכן פנה המוקד ביום 4.12.2014 בשלישית למת"ק קלקיליה, ביקש לקבל תשובה להשגות העותרים ללא כל דיחוי נוסף, והודיע כי אם לא תתקבל תשובה עד ליום 10.12.2014, תישקל פנייה לערכאות.

העתק פניית המוקד מיום 4.12.2014 מצורף ומסומן ע/8.

31. ביום 9.12.14 מסר חייל במשרד קצין פניות הציבור של המינהל האזרחי לנציג המוקד, בטלפון, כי המניעה כנגד יציאת העותרים הוסרה, וכי הודעה בכתב על כך תישלח בהמשך היום.

32. ביום 10.12.2014 הודיע בכתב קצין פניות הציבור של המינהל האזרחי, סרן אלירן ששון, כי בקשתם של העותרים להסרת מניעת היציאה לחו"ל אושרה.

העתק מכתב קצין פניות הציבור מיום 10.12.2014 מצורף ומסומן ע/9.

33. אשר על כן, ביום 14.12.2014 הגיע העותר 1, קשיש בן 73, לגשר אלנבי, בדרכו לירדן. עם הגיעו, עוכב העותר משך מספר שעות ולאחריהן, להפתעתו, סירבו נציגי המשיב בגשר לאפשר את יציאתו.

34. עוד באותו יום שוחחה נציגת המוקד טלפונית עם קצין פניות הציבור של המינהל האזרחי, כדי לברר את פשר העניין. בשיחה, טען סרן אלירן ששון כי נפלה טעות, והוא שלח מכתב שלפיו המניעה על יציאת העותרים הוסרה כאשר המניעה בעינה עומדת(!).

35. לאור התנהלותו המקוממת של המשיב, הזמן שחלף וכמובן מצבו הבריאותי של העותר 1, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

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.

א. המסגרת הנורמטיבית

37. 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.

(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'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, 385 (407).

38. 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)).

39. 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>

40. 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; נ.ע.).

41. זכותם של תושבים מוגנים לצאת את השטח מעוגנת גם בסעיף 35 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949):

All protected persons who may desire to leave the territory... may be entitled to do so... The applications of such persons to leave shall be decided in accordance with regularly determined procedures and the decision shall be taken as rapidly as possible... if any such person is refused to leave the territory he shall be entitled to have such refusal reconsidered...

(ההדגשה הוספה; נ.ע.).

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)).

42. 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.

43. 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.

44. 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.

45. 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 בהיתן צו (או תוך כדי מעצר או בשל היעדר מסמכים).

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

46. יש לזכור כי שלילת זכותם של העותרים לצאת לחו"ל, תוך פגיעה חריפה בחירותם ובכבודם כבני אדם, משמעה **כליאתה בפועל בתוך שטח הגדה המערבית למשך זמן בלתי ידוע**.

47. לעניין זה יש להדגיש כי לשאלת משך זמן ההגבלה, משמעות כבדת משקל במימוש זכות היציאה מהמדינה, במובן זה שהזכות לצאת היא זכות המוקנית לאדם בכל עת שיחפוץ, ועל כן, כאשר מוגבלת זכות היציאה, **מידת הלגיטימיות שלה הולכת ופוחתת ככל שמתארכת תקופת המניעה**. לא הרי הגבלת הזכות לימים ספורים כהגבלתה לחודשים, לשנים או לעד.

ככל שההגבלה נפרשת על פני היקף גיאוגרפי נרחב יותר, וככל ששאר תנאיה קשים יותר, **וזמן התמשכותה ארוך יותר**, כך הולכת וגדלה עוצמת הפגיעה, והשיקלול בינה לבין הערך הנוגד הופך להיות קשה ומורכב יותר (הדגשים אינם במקור; נ.ע.).

(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; נ.ע.).

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

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

49. 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).

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

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

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

51. 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 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 עבריני 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 העותרות;

52. 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 העותרת מן הארץ לתקופה מוגבלת של שנים-עשר חודשים. משמעות הדבר אינה שבתום התקופה האמורה לא יהיה בידי השר להוציא נגד העותרת 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 העותרת 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).

53. 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.

54. 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. (ההדגשה הוספה; נ.ע.).

55. המשיב מבקש להפוך את הדין על פיו, ולהתנער מחובותיו כרשות מינהלית. החלטתו למנוע את יציאתם של העותרים 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.

56. כל זאת, בל נשכח, בעוד המשיב אינו ממתין למידע חדש אותו יספקו לו העותרים, כי אם החלטתו נסמכת, כל כולה, על מידע שנותר מעיניהם, ומבלי שנערך שימוע בנוכחותם.

ג. חובת המשיב לנמק החלטתו כחלק אינהרנטי מזכותם של העותרים לשימוע

57. העותרים, אשר זכויותיהם הוגבלו בעקבות החלטת המשיב, זכאים לכך כי ההחלטה בעניינם תתקבל בדרך מינהלית תקינה וכי המשיב יחשוף את הטעם להגבלת זכותם 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; (ההדגשה הוספה; נ.ע.)).

ועוד:

גם בהחלטה סטנדרטית, אין די בכך שהרשות תנמק את החלטתה באופן כללי וסתמי תוך ציון "הכותרת" של טעמיה וללא התייחסות עניינית וספציפית לנסיבות המקרה הנידון. **דהיינו, בהודעה בנוסח "בקשתך נדחתה מטעמי ביטחון" – לא סגי.**

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

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

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

המקרה שלפנינו מדגים יפה את החשיבות הרבה שיש ליחס לשמירה קפדנית של הכללים בדבר זכות השמיעה. משלא ניתנה לעותרת האפשרות לשמוע 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"ץ 598/77, בעמ' 168). זכות זו משמעותה מתן הזדמנות נאותה להגיב על מידע שנתקבל, והעשוי להשפיע על החלטה בעניינו של העותרת (ראה: בג"ץ 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"ץ 656/80 **סאלב אבו רומי נ' שר הבריאות**, פ"ד לה(3) 185, 190).

60. זכות בסיסית זו, המטילה חובות ברורות, מעוגנת גם במשפט הבינלאומי (ר' סעיפים 1, 2 ו-7 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם; סעיפים 27 ו-147 לאמנת ג'נבה הרביעית; סעיפים 2, 4 ו-14 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות; סעיף 2 לאמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות; סעיפים 6 ו-13 לאמנה האירופית לזכויות אדם; ועוד).

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

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

כך היה, למשל, בבג"ץ 8857/08 **עצפור נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; בג"ץ 25/09 **גאנס נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; בג"ץ 4819/09 **ד"ר אלהור נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; בג"ץ 8678/10 **חאזם קטש נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית** ובג"ץ 10104/09 **אבו סלאמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**.

63. 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 העותרים**(i) הזכות לחופש התנועה**

64. המשיב מונע מן העותרים לצאת לחו"ל. בכך, פוגע הוא בזכויותיהם הבסיסיות של העותרים לכבוד ולאוטונומיה, לחופש תנועה וכל הזכויות הנגזרות מהזכות לחופש התנועה.

65. הזכות לחופש התנועה היא המנוע שמניע את מארג זכויותיו של האדם, המנוע שמאפשר לאדם לממש את האוטונומיה שלו, את בחירותיו. כאשר מגבילים את חופש התנועה נפגע אותו "מנוע" וכתוצאה מכך חלק מהאפשרויות והזכויות של האדם נפגעות ואף חדלות מלהתקיים. מכאן החשיבות הרבה המיוחדת לזכות לחופש התנועה.

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

ראו בעניין זה:

סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966;

סעיף 2 לפרוטוקול 4 לאמנה האירופית לזכויות האדם 1950;

סעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948;

בג"ץ 6358/05 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).

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

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

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

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

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

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

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

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

69. זכות זו קיימת גם בזמן מלחמה, כפי שקובע סעיף 35 לאמנת 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)).

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

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

(ii) זכות העותרים לחיי משפחה

71. העותרים מעוניינת לבקר את בני משפחותיהם המתגוררים בירדן. מדובר במימוש בסיסי של לב-ליבה של הזכות לחיי משפחה.

72. הזכות לחיי משפחה, הכוללת את הזכות של אדם לשמור על קשריו עם הוריו ואחיו, היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. זכות זו מטילה על המשיב חובה מוחלטת וברורה לכבד ולשמר את התא המשפחתי של העותרים.

73. 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.

74. 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.

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

76. חלק מהזכות לחיי משפחה היא זכותו של כל אדם להוות חלק מחייה של משפחתו הקרובה. המשיב פוגע קשות בזכותם של העותרים ובני משפחותיהם לחיי משפחה בכך שהוא מנתק אותם אלה מאלה, ובכך שהוא מונע מהעותרים לממש את זכותם לראות ולחלוק בחייהם של בני משפחותיהם.

77. 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).

(iii) זכות העותר לבריאות ולנגישות לטיפול רפואי

78. כאמור, העותר 1, קשיש, סובל מבלוטת ערמונית מוגדלת עקב גידול שפיר ואינו מגיב לטיפול תרופתי. משכך, העותר זקוק להתערבות כירורגית והוא מבקש לקבל טיפול רפואי בירדן. המשיב מונע מהעותר לצאת לירדן. בכך פוגע הוא בזכותו היסודית של העותר לבריאות ולטיפול רפואי. התנהלות זו הינה מנוגדת לכללי המשפט הבינלאומי ומשפט זכויות האדם ואינה עולה בקנה אחד עם ההגנה המוענקת לאוכלוסייה הכבושה.

ראו בעניין זה:

סעיף 25 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948;

סעיפים 7, 11 ו-12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות 1976;

סעיף 5 לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזענית 1965;

סעיפים 10, 12 ו-14 לאמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות האפליה כלפי נשים 1979;

וסעיף 24 לאמנה בדבר זכויות הילד 1989.

מלומדים רבים הבהירו את חשיבותה העצומה של זכות זו, שמקורה בזכות לחיים:

Jamar S. D. "The international human right to health." Southern University Law Review, Vol 22, No 1, Fall, 1994 ;

Evans T. "A human right to health?" Third World Quarterly, Vol 23, No 2, 2002. pp 197–215; and

Kinney E.D. "The international human right to health: What does this mean for our nation and world?" Indiana Law Review, Vol 34, 2001. pp 1457-1474.

79. ועדת האו"ם לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, הדגישה מפורשות את המחויבות שיש למדינות החתומות, לאפשר נגישות פיזית ממשית לזכות הבסיסית לבריאות :

Physical accessibility: health facilities, goods and services must be within safe physical reach for all sections of the population... States should refrain... from limiting access to health services as a punitive measure, e.g. during armed conflicts in violation of international humanitarian law.

(UN CESCR General Comment No. 14 (2000), The right to the highest attainable standard of health (August 2000)).

80. חובה זו נובעת אף מסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובע את החובה הבסיסית לנהוג בתושבים המוגנים באופן הומאני, תוך שמירה על כבודם :

Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights... They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof...

81. הן הזכות לחיים והן הזכות לקבל טיפול רפואי שנגזרת ממנה, מצאו את ביטוי במשפט זכויות האדם הבינלאומי בשלוש אמנות שישראל חתומה עליהן. יודגש, כי משפט זכויות האדם הבינלאומי מחייב את המדינה גם בעת מלחמה (ראו בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נז(2) 349).

82. גם סעיף 2 **לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** מעגן את הזכות לחיים, בקובעו: "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". סעיף 4 לחוק-היסוד מוסיף על כך וקובע: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".

83. הזכות לבריאות היא התשתית שעליה נבנות – בהתאם למשפט זכויות האדם – שאר הזכויות, הן האזרחיות והן הכלכליות. כמעט כל שאר זכויות האדם, בסיסן בזכות לבריאות, אשר מאפשרת לאדם לחיות חיים שלמים בקרב משפחתו, להמשיך לפרנס את משפחתו, ולטפל בילדיו ובהוריו. מכאן נובעת חובתה של מדינה לאפשר את מימושה של זכות זו באופן אקטיבי ובכל צורה שהיא.

84. **הזכות לשלמות הגוף, לבריאות וחיים, הכוללת בחובה את הזכות לקבלת טיפול רפואי**, הינן זכויות יסוד המוקנות לכל אדם באשר הוא אדם. כדברי כב' הנשיא (דאז) ברק :

כבודו של אדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי (ראו בג"ץ 161/94 אטרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם) ... אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע.
(רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(2) 360, 376).

85. היבט מרכזי של הזכות לבריאות הינה זכותו של אדם לבחור את הרופא אשר בידי יפקיד את הטיפול הרפואי שהוא זקוק לו. כדבריו של כב' השופט מ' אלון:

בעולמו של המשפט העברי, לא רק חובתו של חולה להתרפא אלא זכות יסוד היא לו לקבל את הטיפול הרפואי מרופא שבו יש לחולה אמון ושנבחר על ידו.
(ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 113 (1993)). ראו גם: רע"א 7757/95 נורדן נ' חטאב, תק-על(1) 643 (1996).

במקרה אחר נאמר כי:

הלכה פסוקה בידינו, מכוח עקרון החירות האישית של כל הנברא בצלם, כי זכות יסוד היא לאדם שלא ייפגע בגופו על כורחו ושלא בהסכמתו (בג"ץ 373, 370, 355/79, 391; ע"א 548/78, בעמ' 755). זכות יסוד זו כוללת בתוכה זכותו של אדם לבחור ולהחליט בידי מי מבין הרופאים המוסמכים לכך מפקיד הוא את הטיפול הרפואי שהוא זקוק לו, שהרי בחירה והחלטה אלה חלק מהותי הן מזכותו היסודית לשלמותו ולשלמו הגופניים והנפשיים, ושלא להיות "נפגע" בהם אלא בהסכמתו.

(עע"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר, פ"ד לז(3) 201, 203 (1983)).

86. גם הוועדה לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרופא בה ("ועדת אמוראיי") נתנה דעתה לסוגיה זו, ובדו"ח שהגישה בשנת 2002 נכתב:

הזכות לבחור רופא הינה נגזרת של הזכות לבריאות, ועל מנת להגשים את הזכות לבריאות במלואה, ראוי לאפשר בחירת רופא. זאת ועוד - יש והזכות לבחור רופא נתפסת כהגשמה של האוטונומיה של הרצון החופשי, במסגרת כבוד האדם וחירותו.

(דו"ח הוועדה לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרופא בה, 159 (2002), <http://www.health.gov.il/Download/pages/1-264.pdf>.)

87. ויפים דבריו של כב' השופט רובינשטיין, בתפקידו כיועץ המשפטי לממשלה, בעניין זה:

טיפול רפואי הוא מן המורכבות והקשות שבחובות בני אנוש. יש בו ייחוד, הואיל והוא כרוך לא אחת בסיכון חיי המטופל, קרי, נכללת בו אחריות לחיי אדם. בעקבות זאת, אדם הנדרש לעבור פרוצדורות רפואיות - כמו ניתוח קשה - שיש בהן סיכון כזה, וגם אחרות העשויות להשפיע על גופו ועל איכות חייו, מעוניין לברר את כושרו המקצועי של הרופא המטפל, ולקבל אפשרות לבחור בו בהתאם למוניטין שלו.

(שירותי רפואה פרטיים (שר"פ) או שר"מ (שירותי רפואה משלימים) בבת חולים ממשלתיים" (חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה, 14.2.2002)).

סיכומם של דברים

88. העותרים מבקשים לצאת את ארצם לירדן, על מנת שיוכלו לבקר את בני משפחותיהם המתגוררים בירדן, וכדי שהעותר 1 יוכל לקבל טיפול רפואי שם. סירוב המשיב לאפשר את יציאתם מהגדה פוגע בזכותם לחופש התנועה ובכל הזכויות הנלוות לה.

89. בהתנהלותו המקוממת של המשיב, אשר לא מסר תשובה בזמן, והמוסר כי המניעה הוסרה, ולבסוף מונע בפועל את יציאתם מארצם, מונע המשיב מהעותרים באופן מוחלט וגורף לצאת

את ארצם. בכך הופך המשיב את העותרים לכלואים בארצם. החלטת המשיב שנמסרה לעותרים אינה תחומה בזמן, ובכך מעמיד אותם המשיב במצב של חוסר ודאות מוחלט. בכך הוא פוגע אנושות בזכותם לכבוד ולהליך הוגן ובזכותם לטעון לחפות.

90. זאת ועוד - המשיב לא נימק את סירובו להתיר את יציאת העותרים לירדן, ובכך נאלצו העותרים לפנות לבית המשפט הנכבד, מבלי שתהיה להם אפשרות של ממש לשקול לעומק את עניינם.

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 העותרים לבין באי כוחם.

18 בדצמבר, 2014

נאסר עודה, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 76862]