

בעניין:

1. _____ סעאפין, ת"ז _____

תושב הרשות הפלסטינית, מחברון

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

ע"י ב"כ עוה"ד נירית היים (מ"ר 48783) ו/או עידו בלום (מ"ר 44538) ו/או יותם בן הלל (מ"ר 35418) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או ליאורה בכור (מ"ר 50217).

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 לאזור הגדה המערבית

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא ולנמק:

א. מדוע לא יתיר את יציאתו של העותר 1 (להלן: **העותר**) מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי;

ב. מדוע, וזאת לאחר שעניינו הפרטני של העותר כבר נבדק על ידי הגוף המוסמך מטעמו, לא יכבד את הודעתו לפיה העותר אינו מנוע יציאה;

ג. מדוע לא ישיב לפניות המופנות אליו בכתב במהירות הראויה ובתוך זמן סביר, כדין.

בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה.

העותר מעוניין לצאת בהקדם לירדן ומשם למכה שבסעודיה, על מנת לקיים את מצוות החאג', וכן מעוניין לבקר את בני משפחתו המתגוררים בירדן. יציאת העותר מהגדה המערבית לירדן, בדרך לקיום מצוות החאג', בקבוצה מאורגנת, תתקיים **בתאריך 10.11.09**.

בתאריך 4.8.09 קיבל העותר תשובה בכתב מן המשיב, על פיה אין מניעה ליציאתו מהגדה. עם זאת, כשהיה בדרכו לירדן בתאריך 2.9.09, מנעו נציגי המשיב את יציאתו בגשר אלנבי.

ניסיונות העותרים לפנות שוב ושוב אל המשיב על מנת לברר ולחקור את פשר הבעיה, עלו בתוהו.

התשתית העובדתית

מבוא

1. המילה הערבית חאגי' (ערבית: حج) פירושה כשלעצמה עלייה לרגל. תקופת החאגי' השנה תיערך בחודש נובמבר, אז יצטרפו ויתרכזו במכה שבסעודיה עולים לרגל מכל רחבי העולם על מנת לקיים את הטקסים הדתיים.
2. מספר הוויזות לכניסה לסעודיה לצרכי עלייה לרגל הוא מוגבל ועל כן רק בני המזל אשר זכו לקבל ויזת כניסה למדינה מתוך מכסה מוגבלת של אשרות כניסה, יוכלו למלא את המצווה הדתית החשובה.
3. לשכת החאגי' והעומרה ברשות הפלסטינית עורכת מדי שנה הגרלה, ומודיעה בסמוך לתקופת החאגי', למי מתושביה מובטח מקום במכסת העולים לרגל למכה. יובהר כי להגרלה נרשמים בין 20 אלף ל-40 אלף פלסטינים מהגדה, אולם מספר אשרות הכניסה שמנפיקה סעודיה, אינו עולה על 3,000.

הצדדים

1. העותר, פלסטיני יליד שנת 1962 מחברון, נשוי ואב ל-8 ילדים.
2. במכתב מתאריך 6.7.09, הודיעה לשכת החאגי' והעומרה ברש"פ לעותר, כי מקומו וכניסתו לסעודיה לרגל החאגי' הקרוב, עדיין מובטחים, הואיל ובשנה שעברה, עת ביקש לקיים את מצוות החאגי', לאחר ששמו עלה בהגרלה, מנע המשיב את יציאתו. לאור האמור, לעותר אישור על פיו מקומו בעלייה לרגל לחאגי' שמור.
העתק המכתב מתאריך 6.7.09 מצורף ומסומן ע/1.
3. לעותר קרובי משפחה רבים המתגוררים בירדן, ביניהם אחיותיו ספיה, הנייה ופאטמה, בני זוגן וילדיהם, ודודתו, כולם מצפים לביקורו.
4. יצוין כי בשנת 1995 הוגשה עתירה בעניין המניעה שהטיל המשיב על יציאתו של העותר לחו"ל (ראו: בג"ץ 5633/95 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' שר הביטחון ואח'). בעקבות הגשת העתירה הודיע המשיב כי "אין כעת מניעה מטעמי ביטחון ליציאתו" והעתירה בעניינו נמחקה בהסכמה. לאור הסרת המניעה יצא העותר לחו"ל במהלך שנת 1996 ללא כל בעיות, ומאז, משך חמש עשרה שנים, התנגד המשיב ליציאת העותר מהגדה לחו"ל, עד שהודיע לעותר, בתאריך 4.8.09, כי אינו מנוע יציאה לחו"ל.
5. העותרת 2 (להלן: המוקד להגנת הפרט או המוקד) היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.

6. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על אזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי, מזה כארבעים שנה.

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

7. במסגרת עתירה עקרונית בעניין מנועי יציאה לחו"ל (בג"ץ 8155/06 האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון), קבע המשיב נוהל חדש, המאפשר לתושבי השטחים המבקשים לצאת לחו"ל, לערוך בירור מוקדם לקיומה של מניעה ביטחונית ליציאתם (להלן: הנוהל).

8. הנוהל כולל הליך של הגשת בקשה במת"ק, אשר תשובה לה תתקבל לכל היותר בתוך ששה שבועות. יצויין כאן כי בהתאם לנוהל, במידה והמשיב החליט להתנגד ליציאה, והתשובה לבקשה הינה כי קיימת מניעה על היציאה לחו"ל, על המשיב ליתן את תשובתו בכתב על גבי טופס הבקשה. אם הבקשה, מסורבת, ניתן להגיש ערעור או השגה, אשר תטופל גם היא לכל היותר בתוך ששה שבועות.

9. במסגרת בג"ץ 8155/06, הודיעו המשיבים (בהודעותיהם מיום 24.9.08 ומיום 10.3.09) כי גם מי שלא פנה מראש בהליך של "בירור מוקדם" על פי הנוהל, אלא הגיע ישירות לגשר אלנבי ושם נמסר לו כי הוא מנוע יציאה, יכול לפנות מייד בהליך של השגה בהתאם לנוהל.

10. בהערת אגב יצוין, כי בג"ץ 8155/06 עודנו תלוי ועומד, וכי הנוהל והוראותיו ניצבים כיום במוקד המחלוקת בין הצדדים.

11. בתוך כך, טוענים העותרים, כי מדובר בנוהל המנוגד לעקרונות בסיסיים של מינהל תקין, מעגן פגיעות בלתי מוצדקות ובלתי סבירות בזכויות אדם ומכביד על תושבי השטחים המבקשים לצאת לחו"ל. אלא שבמסגרתה של עתירה זו אין צורך להידרש לשאלות העקרוניות, הנוגעות לנוהל החדש וליישומו.

מיצוי הליכים

12. בחודש יוני 2009 הגיש העותר בקישור הפלסטיני הקרוב למקום מגוריו בקשה לבירור קיומה של מניעה על יציאתו לחו"ל.

13. בתאריך 22.7.09 טרם נתקבלה התשובה לבקשה שהגיש, ובעודו מקווה כי לאור השנים הרבות שחלפו לא ימנעו עוד את יציאתו, יצא לגשר אלנבי בדרכו לירדן, על מנת לפגוש את קרובי משפחתו, אך בגשר מנעו נציגי המשיב את יציאתו.

14. בתאריך 4.8.09 ניגש העותר למת"ק הישראלי כשבידו טופס השגה, בהתאם לנוהל שקבע המשיב. בהשגתו ביקש העותר כי עניינו יישקל מחדש באופן מקיף על ידי גורמי הביטחון, בין היתר לאור בקשתו המיוחדת לצאת לחאג' בתחילת חודש נובמבר 2009. אל הטופס צורף אישור כי לעותר מובטחת אשרת כניסה לסעודיה לצורך החאג'.

יודגש כי העותר המתין 5 שעות במת"ק ורק בעקבות פניות טלפוניות חוזרות ונשנות של נציגת המוקד להגנת הפרט, ניאותו החיילים במת"ק לטפל בו ולקבל את ההשגה שביקש להגיש.

העתק מנוסח הטופס אותו ביקש העותר להגיש מצורף ומסומן ע/2.

15. לאחר שהגיש את ההשגה, **מסר לו הקצין במת"ק בעל פה כי הוא לא מנוע יציאה** ותחילה סירב למסור לעותר אישור על כך בכתב.

שוב יודגש, כי רק בעקבות פנייה טלפונית של נציגת המוקד להגנת הפרט, מסר הקצין במת"ק אישור בכתב לעותר ובו נכתב כי העותר לא מנוע יציאה לחו"ל.

העתק מן האישור אותו קיבל העותר לפיו הוא אינו מנוע יציאה, מצורף ומסומן ע/3.

16. למרבה השמחה, באותו יום, בתאריך 4.8.09, קיבל העותר גם טלפון מהקישור הפלסטיני ושוב נמסר לו, הפעם באמצעות הקישור הפלסטיני, כי הוא אינו מנוע יציאה.

17. **ואולם, על אף הקדשת הזמן והמאמצים על מנת לוודא כי אין כל מניעה על יציאתו לחו"ל, ועל הוודאות אותה אמור להבטיח הנוהל שקבע המשיב, בתאריך 2.9.09, כשהיה בדרכו לחו"ל, למרבה עוגמת הנפש, שוב מנעו את יציאתו.**

18. העותר, אשר הציג את טופס הסרת המניעה לנציג המשיב בגשר אלנבי, נענה בתשובה התמוהה: **במינהל האזרחי אמנם אין מניעה ליציאה, אך בשב"כ כן קיימת!**

19. לא מיותר לציין את האבסורד הגמור שבסיטואציה שתוארה לעיל.

20. ראשית, לא יכולה להיות מחלוקת כי המשיב (באמצעות המינהל האזרחי) הוא בעל סמכות ההחלטה בעניין יציאתו של העותר לחו"ל ולא השב"כ, ולכן לא ברור מדוע זה נציג המשיב עצמו בגשר אלנבי הודיע לעותר, כי אולי המשיב מתיר את יציאתו, אבל השב"כ לא מתיר.

21. שנית, כפי שהוזכר לעיל, הוראותיו של ההליך המסורבל והארוך בנוהל שקבע המשיב, נועדו כד טוען המשיב, ליצור ודאות ולצמצם את הפגיעה המיותרת באותם פלסטינים שתוכניותיהם וההוצאות הכספיות שהוציאו בדרכם לחו"ל, כולם ירדו לטמיון, אם יוודע להם לראשונה בהגיעם לגשר אלנבי כי הם "מנועים". מטרתו של ההליך, כד טוען המשיב, היא לאפשר לגוף המוסמך מטעם המשיב, לאסוף נתונים ולשקול את השיקולים הנדרשים, ולאפשר לפרט שעניינו עלול להיפגע לתכנן את יציאתו לחו"ל, מבעוד מועד.

22. והנה, על אף העובדה שזמן קצר קודם לכן, נמסר לעותר מן המשיב כי אין מניעה על יציאתו לחו"ל, כשהגיע לגשר אלנבי על מזוודותיו, הודיעו לו למרבה התדהמה, בדיוק את ההיפך.

23. בתאריך 6.9.09 פנה המוקד להגנת הפרט אל יועמ"ש המשיב במכתב, שעניינו טיפול בפניות פלסטינים שהוחזרו מהגשר זמן קצר לאחר מתן אישור במת"ק, לפיו אין מניעה על יציאתם לחו"ל, ובכל זאת בהגיעם לגשר אלנבי על מזוודותיהם מנעו את יציאתם.

24. לאור הצורך בקבלת תשובות בעניין קיומה של מניעת יציאה טרם מועד הנסיעה, ולאור ה"טרטור" המיותר עם פנייתם למת"ק הגזרתי בהתאם לנוהל, המתנה ממושכת סחבת ובירוקרטיה, תוך פגיעה קשה בזכויותיהם המוגנות וגרימת עוגמת נפש מרובה, התבקש יועמ"ש המשיב לתת את הדעת על כך, **שמלבד עניינו של העותר כאן, פנה המוקד להגנת הפרט (וטרם נתקבלה כל תשובה לפניית אלו) אף בעניינם של 3 פלסטינים נוספים, שלהם נמסר כי אין מניעה על היציאה, וגם בעניינם חל אותו ליקוי ואותה תקלה, שכן לתדהמתם על אף שהבירור המוקדם העלה שהם אינם מנועים, בכ"ז מנעו את יציאתם בגשר אלנבי, כשהם בדרכם לחו"ל.**

הן בעניינו של העותר כאן, והן בעניינם של אותם פלסטינים שעניינם הוזכר שוב במכתב, **נתבקשו מן המשיב תשובות ודאיות, בדיקת הכשלים והליקויים שגרמו ל"טרטור" המיותר, ונקיטת צעדים על מנת לוודא שלא יתרחשו מקרים דומים בעתיד.**

העתק מן המכתב נשלח, בין היתר, לראש המינהל האזרחי, למפקד גשר אלנבי ולראשי המת"קים ביריחו, בית לחם, חברון וקלקיליה.

העתק המכתב מתאריך 6.9.09, מצורף ומסומן ע/4.

25. בתאריך 15.9.09 פנה העותר באמצעות המוקד להגנת הפרט **במכתב נוסף** אל יועמ"ש המשיב, בו נתבקשה החשת המענה לבקשה לבירור התקלה בעניינו, שכן העותר מעוניין לצאת למכה בזמן ובמועד, כדי לקיים את מצוות החאג'. אל המכתב צורף אישור מלשכת החאג' והעומרה ברש"פ, בדבר אשרת כניסה לעותר לסעודיה, במסגרת מכסת העולים לרגל לחאג'.

העתק המכתב מתאריך 15.9.09 מצורף ומסומן ע/5.

26. בתאריך 21.9.09 פנה המוקד להגנת הפרט **במכתב נוסף** אל יועמ"ש המשיב, בו הדגיש את החשיבות הרבה בקבלת תשובה בעניינו של העותר, במקביל לדרישה לבדוק את הכשלים שנפלו בטיפול בעניינם של אותם מקרים נוספים שפורטו במכתב מתאריך 6.9.09.

העתק המכתב מתאריך 21.9.09 מצורף ומסומן ע/6.

27. במכתב מתאריך 23.9.09 מסרה טוראית סיון זיגדון מלשכת יועמ"ש המשיב, כי הפנייה בעניינו של העותר הועברה לבדיקת הגורמים המוסמכים, ובנוגע לעניין העקרוני המוזכר במכתב מתאריך 6.9.09 הודיעה, כי הנושא מצוי בבדיקה.

העתק מכתב התשובה מתאריך 23.9.09 מצורף ומסומן ע/7.

28. בתאריך 7.10.09 פנה העותר באמצעות המוקד להגנת הפרט אל יועמ"ש המשיב **ושוב ביקש את החשת המענה לפנייתו.** בשל מועד היציאה לחאג' ההולך ומתקרב ועל מנת שלא יישללו זכויותיו של העותר לחופש תנועה וכל הזכויות הנגזרות ממנה, נתבקשה תשובת היועמ"ש בתוך שבוע ימים.

29. הנה כי כן, על אף הפניות החוזרות והנשנות ועל אף הזמן ההולך ומתקצר, עד למועד כתיבת שורות אלו לא נמסר כל מענה לפנייתו של העותר ובנסיבות אלה לא נותר לו אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

הסמכות לבטל את החלטת הרשות המינהלית, לחזור ממנה, מתי ובאלו תנאים

30. לאחר שעניינו הפרטני של העותר נבדק על ידי הגוף המוסמך מטעם המשיב, הודיעו לו במתי"ק, בעל פה וגם בכתב, כי הוא אינו מנוע יציאה לחו"ל, וכמו כן נמסרה לו הודעה טלפונית מהקישור הפלסטיני, כי הוא אינו מנוע יציאה. ואולם, למרות האישור שקיבל מטעם המשיב, ולמרות שהציג אישור זה מול נציגי המשיב בגשר אלנבי, מנעו את יציאתו.

31. כלל ידוע הוא, כי קודם לקבלת החלטה על הרשות המינהלית לאסוף נתונים ולבסס תשתית עובדתית, משיקולים עניינים בלבד. יפים לעניינו דבריו של פרופ' י' זמיר:

רשות מינהלית סבירה, כמו כל אדם סביר, לא תקבל החלטה אלא על יסוד תשתית של עובדות. כך לגבי החלטה אם יש לרשות סמכות במקרה מסויים; כך לגבי החלטה אם נתקיימו במקרה זה התנאים המחייבים את הרשות, או מרשים לה, להפעיל את הסמכות; וכך גם לגבי החלטה כיצד להפעיל באותו מקרה את שיקול הדעת שהחוק העניק.

אכן, שיקול הדעת הוא חופש לבחור בין אפשרויות שונות, אך אין הוא חופש מוחלט. שיקול דעת אינו קפריזה. רשות מינהלית שמפעילה את שיקול הדעת שלה ללא בירור העובדות הנוגעות לעניין, ומחליטה על יסוד תחושה בעלמא, או שדעתה נחושה להגיע לתוצאה מסוימת ללא תלות בעובדות המקרה, אינה מפעילה שיקול דעת כנדרש בחוק. במקרה כזה ניתן לומר על הרשות כי היא פועלת בשרירות. שרירות היא סוג של שחיתות. יש בה חומרה קיצונית. היא עילה לפסול כל החלטה מינהלית.

(י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (נבו, כרך ב', תשנ"ו) 733, ההדגשה הוספה).

32. החלטה של רשות מינהלית אמורה להתקבל לאחר שנשקלו כל השיקולים הענייניים הרלוונטיים. החלטה שנמסרת לתושב או לאזרח אמורה להיות יציבה וסופית.

33. החשיבות של סופיות ההחלטה ויציבותה, באה כדי להגן ולשמור על אינטרס הצפייה וההסתמכות של אותו אזרח או פרט (ראו: י' זמיר, לעיל, בעמ' 983), וכדי לשמור על אמון הציבור ברשות. הסמכות לשנות או לבטל החלטה של רשות מינהלית נועדה למקרים חריגים ולנסיבות מיוחדות, כמו תרמית הונאה, טעות הפתעה, היסח דעת או ראייה חדשה שהתגלתה, תוך התחשבות ואיזון במידת הפגיעה שתיגרם לפרט אם תשתנה ההחלטה (ראו: בג"ץ 799/80 שלם נ' פקיד הרישוי לפי חוק כלי היריה, פ"ד לוי (1) 317 (1981)).

הסמכות לבטל החלטה יכולה להיות מכוח הסמכה מפורשת בחוק לאותה רשות מינהלית, או מכוח הסמכה כללית בהתאם לסעיף 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 (להלו: **חוק הפרשנות**), למעט החלטות של רשויות שהחוק קובע תנאים לשינוי וביטול החלטות.

(ראו: י' זמיר, לעיל, בעמ' 992-995).

34. הפסיקה מבחינה בין סירוב לבקשת פונה לבין **ביטול החלטה שכבר התקבלה בעניינו**. הפסיקה מכירה בזכותה של הרשות לבטל החלטה, בנסיבות חריגות ומיוחדות. יחד עם זאת, מדגישה הפסיקה את זכותו של הפרט שייפגע להשמיע את טענותיו בעניין.

לא הרי ביטול רישיון, שכבר ניתן, כהרי מתן רישיון חדש. רישיון חדש, הרי הלכה פסוקה היא, שגם חשד מבוסס יכול – בדרך כלל – לשמש סיבה מספקת לסירוב רישיון; אולם באשר לביטול רישיון שכבר ניתן, סבורים אנו כי אחרי מתן הרישיון, **אין לבטלו ע"ס חשד גרידא ללא חקירה, שהנוגע בדבר מוזמן להשתתף בה ולהשמיע את טענותיו**.

(השופט ויתקון, בבג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696, 700, ההדגשה הוספה).

35. בעניין שוורץ נקבע, כי הרשות המינהלית אשר מבטלת החלטה, חייבת להעניק לפרט שהחלטה נוגעת לו את הזכות להשמיע את דבריו, וכי אין להשתמש בסמכות זו אלא במקרים חריגים.

מקרים חריגים ביותר שכן, כרגיל, זכותו של האזרח לדעת, אם בידי החלטה סופית ומחייבת, ואין להטרידו שוב ושוב באותו נושא... **אין זה רצוי שהאזרח יהיה צפוי על לא עוול בכפו לשינוי החלטה קודמת**, ואין להשתמש בסמכות זו אלא במקרים מיוחדים יוצאי דופן.

(הנשיא שמגר, בבג"ץ 707/81 שוורץ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, תל אביב-יפו, פ"ד לו(2) 665, (1982) ההדגשה הוספה).

ראו גם:

בג"צ 654/78, **ריבה גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח'**, פ"ד לה(2) 649, (1979).

36. הרציונל שעומד ביסוד עיקרון זה, אינו חל אך ורק על החלטות הקשורות להענקת רישיונות למיניהם וביטולם, אלא גם על החלטות אחרות. כדברי פרופ' זמיר:

אין ההבדל מוגבל לרישיונות, אלא הוא משתרע בדרך כלל על מקרים של שינוי או ביטול החלטות. המכנה המשותף, **המייחד מקרים אלה, הוא הפגיעה בזכות מוקנית ובציפייה לגיטימית**.

(י' זמיר, לעיל, בעמ' 1002).

החובה לפעול במהירות וביעילות והחובה ליתן מענה בכתב

37. **המשיב משתהה במתן מענה לבקשת העותרים**, לברר מדוע, וזאת לאחר שעניינו הפרטני של העותר כבר נבדק על ידי הגוף המוסמך מטעמו, לא יכבד את הודעתו לפיה העותר אינו מנוע יציאה, זאת על אף האופי ההומניטארי של הבקשה ואף על פי שחוסר התיאום בן גורמי המשיב השונים, היא שגרמה לפגיעה קשה בזכויותיו של העותר, **ובציפייתו הלגיטימית להסתמך על התשובה שניתנה לו מן המשיב**.

38. 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).

39. 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).

40. סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, מחדד חובה זו ומגדיר מסגרת זמנים ברורה, בקובעו כי חובה על עובד ציבור להשיב בכתב לפניות המופנות אליו לכל היותר בתוך ארבעים וחמישה יום. במקרים מסוימים, המנויים בחוק, נקבע כי אין חובה להשיב בתוך ארבעים וחמישה יום, אך בכל מקרה חובה להודיע למבקש בכתב בתוך ארבעים וחמישה יום את הטעמים לכך.

41. גם היועץ המשפטי לממשלה הבהיר בהנחיותיו – המחייבות את המשיבים – את החובה להשיב לפניות בהקדם האפשרי ולא יאוחר מארבעים וחמישה יום (הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה מס' 3.1004 – חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, סעיף ג.1).

הוראה מקבילה נקבעה גם בהוראות משרד הביטחון, המחייבות כמובן אף הן את המשיבים (הוראת משרד הביטחון מס' 10.06 – דפוסי התנהגות ציבורית והיבטים משפטיים בפעולות עובדי משרד הביטחון, סעיף 21).

42. אף פקודות הצבא עצמן מחייבות מענה בכתב, בהקדם ולכל המאוחר בתוך 45 יום:

פקודת מטכ"ל 08.0101 - פניות גורמים אזרחיים - חובת מתן תשובה והנמקה, קובעת בסעיף 4, כי:

חייל שקיבל פנייה בכתב מגורם אזרחי, והוא מוסמך על-פי דין לטפל בנושא הפנייה, ישיב לפונה בהקדם, אך לא יאוחר מ-45 ימים מיום קבלת הפנייה.

43. הנה כי כן, על אף החובה להשיב במהירות ראויה, תוך הקדשת מאמץ להימנע מפגיעה בזכויות, נוהג המשיב כאילו רשאי הוא לעכב מתן תשובות והחלטות כרצונו, תוך זלזול בפונים אליו והתעלמות מהמתנינים לתשובותיו. התנהלות זו הינה בלתי סבירה ובלתי מידתית, וגורמת לפגיעה קשה בזכויותיו של העותר.

44. לאור האמור אף נוצר מצב בלתי מתקבל על הדעת לפיו העותרים נאלצו לפנות אל בית המשפט הנכבד על מנת לקבל מענה לפנייתיהם. ולעניין זה ראו דבריו של כב' השופט אוקון:

המשיבים הופכים את בית המשפט לסניף משנה שלהם: דלפק קבלה ומזכירות גם יחד. אילו היה מדובר בהטלת עומס עבודה על בית המשפט, ניתן היה לעבור על מחדלים אלה בלא כלום. ניתן לחשוב גם שיש דגמים מוצלחים יותר מאשר שיעבוד פרקליטות מחוז לטפול בבקשות המופנות אל משרד הפנים, והפיכתה לסדרנית עבודה של משרד זה. אולם, בפועל המשיבים מכבידים על העותרים, גורמים להם להוצאות מיותרות בעניינים של מה בכך, ומשאירים את ענייניהם תלויים ועומדים בלא מענה ממשי וענייני...

חובתו של בית המשפט היא לדאוג לעיגון עיקרון השירות, והכפפתן רשויות המדינה אליו... עקרון זה מחייב גישה רצינית לפניית הפרט, מניעת התעמרות, הטמעת ערכי שיוויון, ושירוש זכויות יתר של בעלי כוח שלטוני או כוח אחר. זכויות הפרט אינן מסתיימות במתן הצהרות חגיגיות. זכויות הפרט הן חומר של יום יום. אם הזכויות לא יעמדו במבחן המעשה, הן יהפכו עד מהרה למטבעות שחוקים המוטלים הלוך ושוב, תוך יצירת אשליה חולפת של כיבוד זכויות, המתפוגגות בשל מחסומים בירוקרטיים בלתי עבירים, המוצבים על כל צעד ושעל.

(עת"מ (ירושלים) 769/04 אבו מיאלה נ' משרד הפנים (לא פורסם, 14.10.04)).

חובת המשיב להבטיח את חייהם התקינים של תושבי השטחים

45. המשיב, כמפקד השטח הכבוש, מחויב להבטיח את החיים התקינים בשטחים ולשמור על זכויותיהם של תושבי השטחים. 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...**

46. במרכז שיקוליו של המפקד הצבאי צריכה לעמוד הדאגה לזכויותיהם של התושבים המוגנים בשטח הכבוש:

אמנת האג מסמיכה את מפקד האיזור לפעול בשני תחומים מרכזיים:
האחד - הבטחת האינטרס הביטחוני הלגיטימי של המחזיק בשטח, והשני - **הבטחת צרכיה של האוכלוסייה המקומית** בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית...

בתחום האחרון מופקד מפקד האיזור **לא רק על שמירת הסדר והביטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם**, ובמיוחד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטאריים שחובה על המפקד לשקול (הדגשים אינם במקור).

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

הזכות לחופש התנועה וזכותו של העותר לצאת מארצו

47. המשיב מונע מהעותר לצאת לחו"ל. בכך, פוגע המשיב בזכותו הבסיסית של העותר לחופש תנועה, לכבוד ולאוטונומיה, ובזכותו לקיים את מצוות דתו.

48. 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.

49. 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 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);
בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, (2006), פסקה 10.

50. 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)).

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

הגבלת חופש תנועתו של אזרח במונח 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 מאליה...".

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

52. זכות זו קיימת גם בזמן מלחמה, כפי שקובע סעיף 35 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949):

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

המלומד פיקטה מבהיר בפרשנותו כי :

It should be noted that the **right to leave the territory is not in any way conditional, so that no one can be prevented from leaving** as a measure of reprisals...It is therefore essential for States to safeguard the basic principle 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)).

53. 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.

הגבלת זכותו של העותר לחופש תנועה באופן בלתי מידתי

54. משמעותה של שלילת זכותו של העותר לצאת לחו"ל, מזה כחמש עשרה שנים ובעתיד למשך זמן בלתי ידוע, תוך פגיעה חריפה בחירותו ובכבודו כאדם, הינה כליאתו בפועל בתוך שטח הגדה המערבית.

55. כמובן שלשאלת 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**.

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).

(פרשת ואנונו, לעיל).

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

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** [...] 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.

56. ככל שתקופת הגבלת היציאה מתארכת, כך הולכת ומחמירה הפגיעה בעותר. לא הרי הגבלת הזכות לימים ספורים כהגבלתה לחודשים, לשנים או לעד.

הפגיעה בזכותו של העותר לחופש הדת והפולחן

57. המשיב פוגע פגיעה קשה בזכותו של העותר לחופש הדת והפולחן, בכך שהוא מונע ממנו לצאת מארצו לשם מימוש מצוות החאג', מצווה כה חשובה בדת האיסלאם.

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

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

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

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

הגבלת זכות היציאה מן הארץ של מי שיציאתו חיונית וחשובה עשויה להעצים את הפגיעה בו... **הגבלת יציאה של אדם המבקש לעלות לרגל למקום קדוש לדתו היא פגיעה בזכותו לחופש הדת והפולחן, ובתור שכזה היא חמורה ביותר.**

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

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

- סעיף 18 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948;
- סעיף 18 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות 1966;
- סעיף 13 לאמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות 1966;
- סעיפים 2 ו-5 לאמנה לביעור כל צורות ההפליה הגזעית 1965;
- וסעיפים 1, 2, 3 ו-4 להכרזה בדבר הביעור של כל צורות ההפליה הדתית 1981.

סעיף 46 לאמנת האג (1907) קובע כי :

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

סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949) קובע כי :

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

60. המלומד פיקטה בפרשנותו לסעיף 27 מציין כי :

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

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

61. ועדת האו"ם לזכויות אדם הדגישה בפרשנותה לסעיף 18 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות (1966) כי :

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

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

הפגיעה בזכות לחיי משפחה

62. המשיב פוגע פגיעה קשה בזכותו של העותר לחיי משפחה, בכך שהוא מונע ממנו לצאת מארצו כדי לפגוש את בני משפחתו הקרובים.

בעידן בו "כבוד האדם" הינו זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו...

(ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1), 160 (1997)).

63. הזכות לחיי משפחה כוללת את הזכות של הורים וילדים, אחים, דודים, אחיינים וסבים, לשמור על קשריהם המשפחתיים. בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים. כך במיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין **עדאלה**.

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.

(בג"צ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006 (2) 1754 (2006)).

64. פעמים חוזרות ונשנות נפסק על ידי בית משפט נכבד זה כי ישראל מחויבת להגן על הזכות לחיי משפחה אף מכוחו של המשפט הבינלאומי. ראו דברי כב' השופט חשין:

ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות.

(בג"צ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים** פ"ד נג(2) 728 (1999)).

65. הזכות לחיי משפחה הינה זכות מוכרת ומוגנת במשפט הבינלאומי ההומניטארי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי. ראו:

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 8 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם (1950).

סעיף 16 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם, 1948, קובע:

The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.

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.

66. כנגד זכות היסוד של העותר לחיי משפחה, מוטלת על המשיב החובה לכבד את התא המשפחתי.

סיכום של דברים

67. העותר מעוניין לצאת מארצו, כדי לקיים את מצוות החאג' בסעודיה ולממש את זכות היסוד שלו לחופש הדת והפולחן, לחירות רוחנית, לכבוד ולאוטונומיה.

68. העותר מעוניין לצאת מארצו, כדי לממש את זכותו לשמור על המארג המשפחתי וזכותו להיפגש עם בני משפחתו הקרובים.

69. סירוב המשיב לאפשר את יציאתו של העותר מהגדה, מיד לאחר שהודיע לעותר, כי עניינו נבדק על ידי הגורמים המוסמכים מטעם המשיב ואין עוד מניעה על יציאתו לחו"ל, פוגע בצפייה הכלל כך מוצדקת של העותר להסתמך על הודעה זו.

70. סירוב המשיב לאפשר את יציאתו של העותר מהגדה, מבלי לנמק את החלטתו, פוגע בזכותו של העותר לכבוד ולהליך הוגן ובזכותו לטעון לחפותו.

71. 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. זכותו של אדם לעזוב את ארצו ולצאת לחו"ל היא כה מהותית וחשובה, עד כי הגבלתה צריכה להיעשות במקרים חריגים ביותר, ורק מטעמים ביטחוניים פרטניים, כבדי משקל במיוחד.

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 באת כוחו.