

בעניין:

1. _____ אבו סלאמה, ת"ז _____
תושב השטחים הכבושים

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר
ע"י ב"כ עוה"ד אלעד כהנא (מ"ר 49009) ו/או עידו בלום (מ"ר
44538) ו/או 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

- נגד -

המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם, מדוע לא ישיב לפניות העותר 1 ויתיר את יציאתו מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, על מנת שיוכל להתחיל את שנת לימודיו האחרונה לתואר ברפואה, באוניברסיטת חדרמות למדעים וטכנולוגיה בתימן.

בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה.

על מנת שיוכל להתחיל את שנת הלימודים הנוכחית, שהיא שנת לימודיו האחרונה, על העותר להתייצב באוניברסיטה שבתמן לא יאוחר מיום 31.12.09. אי לכך, על העותר לצאת לירדן לכל המאוחר ביום 29.12.09.

אולם, על אף דחיפות העניין, משתהה המשיב במתן מענה לפניות העותרים.

יצוין, כי במקור נדרש העותר להתייצב ללימודיו עד סוף חודש נובמבר, אולם בשל הנסיבות הסכימה האוניברסיטה להאריך את המועד כאמור.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**) הוא פלסטיני מהעיר ג'נין, הלומד בחמש השנים האחרונות בפקולטה לרפואה של אוניברסיטת חדרמות למדעים וטכנולוגיה בתימן. בכל התקופה הזו חזר העותר, מדי שנה, לביקור משפחתו בג'נין למשך חופשת הקיץ, ולאחריה שב ללימודיו בתימן.
2. העותר מעוניין לשוב ללימודיו, על מנת שיוכל להתחיל את שנתו השישית והאחרונה לתואר, בסופה יקבל תואר דוקטור ברפואה, כך שהעותר יוכל להתחיל את התמחותו בתחום. במקור אמור היה העותר להתחיל את לימודיו בתחילת חודש אוקטובר 2009; כפי שיפורט להלן, נודע לעותר כי המשיב מונע את יציאתו מהגדה לחו"ל, ועל כן ניסה לדחות את המועד. מן האוניברסיטה נמסר לו שהוא יוכל להתייצב ללימודיו לכל המאוחר **בסוף דצמבר**.
- העתק מאישור האוניברסיטה בתימן בדבר קבלת העותר לשנת לימודיו השישית, מצורף ומסומן ע/1.
3. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
4. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על שטח הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בשטחי הגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה יותר מארבעים שנה.

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

5. 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 מראש לעניין קיומה של מניעה ביטחונית ליציאתם (להלן: **הנוהל**).
6. הנוהל כולל הליך של הגשת בקשה במת"ק, לבירור האם קיימת מניעה כנגד יציאת הפונה לחו"ל. אם הבקשה מסורבת, ניתן להגיש ערעור או השגה, **אשר תטופל לכל היותר בתוך ששה שבועות**.
7. נוהל זה חל גם כאשר ידוע לפונה כי קיימת מניעה כנגד יציאתו לחו"ל, למשל, אם הוחזר כלעומת שבא מגשר אלנבי על ידי המשיב. במקרה זה מאפשר הנוהל לפנות ישירות למשיב בהליך ההשגה האמור.

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

9. 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.

השתלשלות העניינים

10. ביום 1.8.09 הגיע העותר לביקור משפחתו בג'נין. כשהגיע לגשר אלנבי, נעצר למשך כ-40 ימים, במהלכם תחקר בנוגע לעניינים שונים, אולם בסופם שוחרר העותר בלא כל מגבלות ביום 9.9.09, מבלי שהוגש נגדו כתב אישום ואף לפני הדיון בעניין מעצרו. יודגש, כי לא נאמר לו דבר בנוגע לאיסור או מגבלה כלשהי על יציאתו מהגדה או חזרתו ללימודיו.

11. עם תחילתה הקרבה של שנת הלימודים הנוכחית, היא שנת הלימודים האחרונה של העותר, ביקש העותר לשוב ללימודיו. ביום 8.10.09 הגיע לגשר אלנבי, כבכל שנה, על מנת לצאת מירדן ומשם להמשיך לתימן. העותר גילה להפתעתו עם הגיעו לגשר כי הפעם מונעים חיילי המשיב את יציאתו ונמסר לו באופן לאקוני שהוא "מנוע יציאה". לאחר דברים אלו, הושב העותר כלעומת שבא.

12. ביום 11.10.09 פנה העותר, בליווי עורך דינו, ריאד אלעארדה, למת"ק בג'נין, כדי לברר את סיבת הסירוב ולהגיש השגה. חיילי המת"ק סרבו לטפל בפנייתו, והוא שב כלעומת שבא.

13. ביום 12.10.09 פנה עו"ד אלעארדה ליועמ"ש המשיב בנוגע ליציאת העותר לחו"ל. בתשובת היועמ"ש מיום 25.10.09, שהתקבלה אצל העותר סמוך למועד זה, נמסר כי בפנייה "לא צוינו נסיבות הומניטאריות חריגות המצדיקות את התערבות לשכת היועמ"ש", והוא הופנה למצות הליכים מול הגורם המינהלי.

העתק תשובת יועמ"ש המשיב מיום 25.10.09 מצורף ומסומן ע/2.

14. לאחר שניסיונותיו לפנות למת"ק הישראלי עלו בתוהו, ניגש העותר בתחילת חודש נובמבר לקישור הפלסטיני בג'נין כדי לברר אודות המניעה. העותר הגיש בקשה אצל הקישור, שיצר קשר עם המת"ק הישראלי, ולאחר בירור מולם נמסר לעותר טלפונית שהמניעה הוסרה.

15. בהתבסס על מידע זה, הגיע העותר לגשר אלנבי ביום 2.11.09, במטרה לצאת לירדן ומשם להמשיך לתימן. אלא שגם הפעם מנעו נציגי המשיב את יציאתו, ושוב נמסר לו כי יציאתו מנועה על ידי השב"כ.

16. בשלב זה פנה העותר למשיב והגיש השגה כנגד מניעת יציאתו לחו"ל, במת"ק ג'נין, ביום 12.11.09. לעותר ניתן אישור בכתב, לפיו הגיש השגה לחייל בשם אופיר.

העתק טופס ההשגה שהגיש העותר ביום 12.11.09 מצורף ומסומן ע/3.

העתק האישור שניתן לעותר על הגשת ההשגה מצורף ומסומן ע/4.

17. ביום 15.11.09 פנה המוקד להגנת הפרט טלפונית למת"ק ג'נין, במטרה לזרז את הטיפול בהשגת העותר נוכח דחיפות העניין. עם זאת, נטען לפתע שלפי רישומי המשיב כלל לא הוגשה השגה, ונמסר לנציגת המוקד כי תיעשה בדיקה בעניין ותינתן למוקד תשובה למחרת. הודעה כאמור לא נמסרה למוקד, ורק ביום 19.11.09 הצליחה נציגת המוקד להשיג טלפונית את האחראי אצל המשיב, קצין בשם מהדי, שהשיב לה ש"לא אותרה ההשגה" וכי "על העותר להגיש את השגתו מחדש"(!).

18. המוקד פנה שוב, טלפונית, למשיב, ועמד על כך שבקשה כאמור הוגשה. ואכן, לאחר מספר ימים, ביום 24.11.09, נמסר לנציגת המוקד על ידי אותו קצין כי ההשגה נמצאה והועברה כבר ביום 12.11.09, בשעה 14:30, לאבחון השב"כ.

19. במקביל, נאלץ העותר לעמוד בקשר מול האוניברסיטה, בניסיון לדחות את מועד תחילת לימודיו. בתחילה, ביום 17.11.09, הסכימה האוניברסיטה לאפשר לו להתחיל את לימודיו בתחילת דצמבר. לאחר זמן מה ביקש שוב את הארכת המועד בשל הנסיבות, וביום 5.12.09 הסכימה האוניברסיטה לדחות את המועד, לא יאוחר מסוף דצמבר, תוך שהדגישה כי עדיף שיגיע מוקדם ככל שניתן.

20. בשל דוחק הזמנים, פנה המוקד להגנת הפרט ליועמ"ש המשיב ביום 7.12.09, בבקשה לזרז את הטיפול בעניין. בפנייתו ציין המוקד כי בהתחשב בנסיבות הדחופות, אם לא יינתן מענה לפנייה עד ליום 17.12.09, ייאלץ המוקד לשקול פנייה לערכאות.

העתק פניית המוקד ליועמ"ש המשיב מיום 7.12.09 מצורף ומסומן ע/5.

21. ביום 10.12.09 ניתנה תשובת יועמ"ש המשיב, אך שוב מדובר בתשובה שאין בה תשובה, לפיה לא ראה היועמ"ש "הצדקה הומניטארית" להתערבות משרדו בטיפול בבקשה. גם מהיועמ"ש נמסר, כי הבקשה הועברה מיידית לבחינת הגורמים הרלבנטיים.

העתק תשובת יועמ"ש המשיב מיום 10.12.09 מצורף ומסומן ע/6.

22. ביום 14.12.09 פנתה נציגת המוקד טלפונית למת"ק על מנת לברר אודות מצב הטיפול בהשגה. קצין בשם מהדי מסר לה כי "יתכן ותינתן תשובה בעניין עד סוף היום", אולם תשובה זו לא ניתנה, וגם לאחר שהתקשרה נציגת המוקד ביום 15.12.09, נמסר לה שטרם התקבלה תשובה.

23. ואולם, אחר הצהריים באותו יום, התקשרה למוקד קצינה בשם רעות ממת"ק ג'נין ולמרבה ההפתעה, על אף שמזה למעלה מחודש ימים מצויה כבר הבקשה, לכאורה, בטיפול השב"כ - ביקשה שהבקשה והמסמכים הרלוונטיים יישלחו שנית בדחיפות, כדי שהשב"כ יוכל לבדוק את העניין. נציגת המוקד הבהירה לה שבשל דוחק הזמנים נשקלת האפשרות לעותר בדחיפות, ונמסר לה בתגובה שהבקשה תטופל מיידית.

24. נכון למועד הגשת עתירה זו, טרם התקבלה תשובה להשגה. בנסיבות אלה, ובהתקרב המועד ליציאת העותר לחו"ל, לא נותר לו אלא לעתור לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

חובת המשיב להשיב במהירות הנדרשת מנסיבות המקרה

25. חובת המשיב, כרשות מינהלית, להשיב לפניית המוגשות אליה תוך זמן סביר, כאשר המונח "זמן סביר" שואב את תוכנו מנסיבות המקרה. בנסיבות המקרה שלפנינו נדרשת התייחסות המשיב במהירות יחסית ותוך רגישות לסיטואציה בה נמצא העותר.

26. מדובר במי שאמור להתחיל את שנת לימודיו השישית והאחרונה. המועד המקורי לתחילת הלימודים חלף זה מכבר, והעותר פעל שוב ושוב כדי להאריכו ככל שניתן. איחור מצד העותר ידחה את מועד סיום לימודיו, ובהתאם, את מועד תחילת התמחותו.

נסיבות אלה אמורות היו לעמוד לנגד עיני המשיב בקבלו את הבקשה, ובמיוחד בשים לב להתנהלות העותר בלוח הזמנים שנכפה עליו: לעותר, שיציאתו לא נתקלה בבעיות בעבר, נודע על קיומה של המניעה נגד יציאתו רק במועד היציאה ממש, בשל עמדת המשיב לפיה אין הוא מחויב ליידע את מנועי היציאה בדבר; ועל קיומו של הליך ההשגה למד רק לאחר פנייתו ליועמ"ש המשיב, כפי שהיה נהוג לפני הנוהל החדש, שאינו מוצג ומוסבר למנועי היציאה. לאחר מכן פעל העותר כנדרש על פי הנוהל לבירור מראש אודות המניעה, אלא שמהקישור הפלסטיני נמסר לו כי הצד הישראלי הודיע שהמניעה הוסרה.

לאחר ששוב נודע לו, במועד היציאה ממש, כי הוא אינו יכול לצאת לחו"ל, פעל במהירות להגשת ההשגה. לאחר הגשת ההשגה פעלו העותרים כדי לזרז את הטיפול בפנייה, על דרך של פנייה ליועמ"ש המשיב ולמת"ק.

27. ראוי לעיין בתגובת יועמ"ש המשיב מיום 10.12.09, מדוע לשיטתו אין "כל הצדקה הומניטארית" לטפל בבקשה. **ראשית**, במסגרת בג"ץ 8155/06, ניתנה החלטה ביום 18.5.08 ולפיה "קיומו של הנוהל החדש לא ביטל אפשרות הפנייה ללשכת היועץ המשפטי ליהודה ושומרון לשם טיפול והתערבות **במקרים דחופים**..." (ההדגשה שלי, א.כ.). השאלה האם קיימת הצדקה הומניטארית – תהיה אשר תהיה לפי שיטת המשיב – אינה הקריטריון לזירוז הטיפול בפנייה.

28. **שנית**, לטענת המשיב לא מדובר במקרה דחוף, מכיוון שהעותר יכול היה להגיש השגה נגד מניעת יציאתו לחו"ל עם הגיעו לאזור בתחילת חודש אוגוסט – וזאת תוך התעלמות מוחלטת מהעובדה שהעותר לא יכול היה להגיש השגה לפני שידע אודות המניעה, ובשל נוהלי המשיב, מניעה זו נודעה לו רק בחודש אוקטובר. ממילא תמוה כיצד יכול היה העותר להגיש השגה כשהוא מוחזק במעצר אצל המשיב, ממנו שוחרר ללא כתב אישום כעבור חודש. לבסוף, טוען המשיב, שמועד תחילת הלימודים היה ידוע לעותר – ואכן, העותר ביקש לצאת לחו"ל כמעט חודשיים לפני תחילת המועד, אותו גם הצליח לדחות.

29. לא ניתן להתעלם גם מהציניות שבדברים אלו, בהתחשב במסע התמוה שעברה הבקשה מיום שהוגשה למת"ק: הבקשה אובדת, צצה ושבה, לכאורה מועברת מיידית לטיפול השב"כ, אך הגשתה מתבקשת שנית בחלוף כחמישה שבועות(!) כדי שתוכל להיבחן על ידי השב"כ, שלכאורה בוחן אותה כבר מיום הגשתה.

30. מהשתלשלות העניינים, שאופיינית למקרים רבים בהם מטפל המוקד, עולה כי בניגוד להתחייבות המשיב בבג"ץ 8155/06, המשיב מתעלם מדחיפותם של מקרים, דחיפות הנגרמת בשל נהליו שלו, ובוחר להיצמד אך ורק ל"נסיבות הומניטאריות" (כפי שהוא מגדיר אותן) כסיבה לזירוז הטיפול.

31. כלל ידוע הוא כי "החובה לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשונים של מינהל תקין" (י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 717).

וראו בעניין זה:

בג"ץ 6300/93 **המכון להכשרת טוענות נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מח(4) 441, 451 (1994);
 בג"ץ 7198/93 **מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר**, פ"ד מח(2) 844, 853 (1994);
 בג"ץ 5931/04 **מזורסקי נ' מדינת ישראל – משרד החינוך**, פ"ד נט(3) 769, 782 (2004);
 בג"ץ 4212/06 **Avocats Sans Frontieres נ' אלוף פיקוד הדרום**, תק-על 2006 (2) 4751 (2006).

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

יש מקום לצפות להסדרה מהירה יותר של העניין [...] התמשכות פגיעה בזכויות אדם מחמירה לא פעם את היקף הפגיעה ותוצאתה עלולה להיות שחיקה של הזכות כמו גם פגיעה קשה ומתמשכת בפרט.
 (בג"ץ 8060/03 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, תק-על 2006 (2) 775, 780 (2006)).

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

חובת המשיב להבטיח את חייהם התקינים של תושבי השטחים

33. כמפקד השטח הכבוש, על המשיב מוטלת חובה אקטיבית להגן על זכויותיהם של התושבים, להבטיח את החיים 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).

34. 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'מעייט אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לו(4) 785, 797 (1983) ההדגשה הוספה).

הזכות לחופש התנועה וזכותו של העותר לצאת מארצו

35. המשיב מונע מהעותר לצאת לחו"ל. בכך, פוגע בזכויותיו הבסיסיות לכבוד ולאוטונומיה, לחופש תנועה וכל הזכויות הנגזרות מזכותו לחופש תנועה.

36. 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.

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

ראו בעניין זה:

סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966;

סעיף 2 לפרוטוקול 4 לאמנה האירופית לזכויות האדם 1950;

סעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948;

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

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

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

38. 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)).

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

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

השופט זילברג נתן ביטוי לאותה תחושה בקובעו בפסק הדין בבג"צ 111/53, קאופמן נ. שר הפנים ואח', פ"ד ז' 534, עליו הסתמכה גם חברתי הנכבדה, המשנה לנשיא, לאמור:
 "חירות התנועה של האזרח מן הארץ אל מחוצה לה, היא זכות טבעית, מוכרה, כדבר מובן מאליה...".
 (בג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701, 712 (1986)).

40. 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 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)).

41. 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.

פגיעה קיצונית ובלתי מידתית: "איסור יציאה" גורף, ללא נימוקים, ללא שימוע וללא מסגרת זמן ידועה

42. יש לזכור ששליטת זכותו של העותר לצאת לחו"ל, תוך פגיעה חריפה בחירותו ובכבודו כבן אדם, משמעה כליאתו בפועל בתוך שטח הגדה המערבית למשך זמן בלתי ידוע.

43. 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).

(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).

44. לא רק זו אף זו - העותר, אשר זכויותיו הוגבלו בעקבות החלטת המשיב, זכאי לכך כי ההחלטה בעניינו תתקבל בדרך מינהלית תקינה וכי המשיב יחשוף את הטעם להגבלת זכותו זו. הרציונאל לכך 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. יש מקרים בהם שיקולים של בטחון המדינה או יחסי החוץ שלה מונעים גילוי חלק מן הנימוקים, או מונעים ניסוח מסויים של הנימוקים, אך עדיין מאפשרים לתת הנמקה, ולו רק חלקית, שלא תפגע בבטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה.**

(י' זמיר, **הסמכות המנהלית** (כרך ב, תשנ"ו), בעמ' 917, הדגשים אינם במקור).

45. מיותר לציין, כי ככלל אין המשיב נוהג לפרט את הסכנה שלדעתו נשקפת מהפונה; את העובדות מהן הוא מסיק קיומה של סכנה זו; ואת חומר הראיות בו מעוגנות עובדות אלה. ואולם, מניסיונו של המוקד עולה שכאשר המשיב ניאות לחשוף את נסיבות המניעה, **מצליחים הפונים בקלות יחסית להביא לשינוי החלטתו**. בשנה האחרונה טיפל המוקד בשלושה מקרים חריגים כאלה, בהם נחשף חלק מהחומר, ודי היה בכך כדי להוכיח לעותרים ולבית המשפט כי אין למניעה על מה לסמוך. ר' בג"ץ 8857/08 **עצפור נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**; בג"ץ 25/09 **גאנס נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**; בג"ץ 4819/09 **ד"ר אלהור נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית** ועוד.

46. מובן ש"פריבילגיה" זו, של מתן הזדמנות לאדם להוכיח את חפותו, נמנעת כל עוד לא מסגיר המשיב את הסיבות בשלן החליט להטיל מגבלות על אותו אדם.

הפגיעה בזכותו של העותר לחינוך ורכישת השכלה

47. מניעת יציאתו של העותר לירדן פוגעת קשות ביכולתו לרכוש חינוך והשכלה, וכך להגשים את עצמו ולהתפרנס. מעבר לזכותו של העותר לבחור את מקום לימודיו. יתרה מכך, מדובר במי שכבר החל את לימודיו ונתרה לו אך שנה אחת כדי לסיימם. מדובר בפגיעה בזכותו לחינוך ולרכישת השכלה – זכות אשר הוכרה כזכות יסוד הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי.

ראו לעניין זה:

סעיף 26 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948;
 סעיף 13 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות, ותרבותיות 1966;
 הערה כללית מס' 13 על יישומה של האמנה 1999;
 בג"ץ 2599/00 יתד נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 843-842 (2002);
 בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2006 (1) 2562 (2006);
 בג"ץ 6914/06 ארגון הורים ארצי נ' מדינת ישראל, תק-על 2007 (3) 2525 (2007);
 בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, תק-על 2002 (2) 1008, 1010 (2002).

48. זכות זו נשמרת גם בזמן מלחמה ומהווה חלק מחובותיה - האקטיביות והפסיביות - הבסיסיות של המעצמה הכובשת כלפי האוכלוסייה הכבושה. זכות זו מעוגנת בין היתר בכוונותיו ורוחו של סעיף 46 לאמנת האג 1907:

יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומנהגי הפולחן...

לעניין הזכות לחינוך במסגרת תחולתו של משפט זכויות האדם וחובותיה האקטיביות של המעצמה הכובשת בסוגייה זו ראו גם:

Horowitz J.T. "The right to education in Occupied Territories: Making more room for human rights in occupation law." *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol 7, 2004. pp. 233-277;

Mottershaw E. "Economic, Social and Cultural rights in Armed Conflict: International Human Rights law and International Humanitarian law." *International Journal of Human Rights*, Vol 12, No 3, June 2008. pp. 449-470; and

Lubell N. "Challenges in Applying Human Rights law to Armed Conflict." *International Review of the Red Cross*, Vol 87, No 860, Dec. 2005. pp. 761-763.

49. לא ניתן להפריז בחשיבותם של הלמידה והחינוך לקידומו האישי של האדם, או במקומם המרכזי בחייה התקינים של חברה. כלשונו של בית משפט נכבד זה:

מדובר באחת הפונקציות החשובות ביותר של הממשלה והמדינה. החינוך הוא חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי חופשי חי ומתפקד. הוא מהווה יסוד הכרחי למימושו העצמי של כל אדם. הוא חיוני להצלחתו ולשגשוגו של כל פרט ופרט. הוא חיוני לקיומה של חברה, בה חיים ופועלים אנשים המשפרים את רווחתם ותורמים, בתוך כך, לרווחתה של הקהילה כולה.

(בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נ(3) 2, 24 (1996)).

50. הזכות לחינוך הוכרה הן במשפט הישראלי והן במשפט הבינלאומי כזכות יסוד המוענקת לכל אדם בהיותו אדם. חשובים לענייננו דבריה של כב' השופטת פרוקצ'יה:

הזכות לחינוך הוכרה במשפטנו כזכות יסוד המוקנית לכל אדם... הזכות לחינוך הובטחה במגילת העצמאות, והיא מעוגנת באמנות שונות במשפט הבינלאומי שישראל אשררה או שהיא צד להן, וכן במשפט הבינלאומי המנהגי (סעיף 26 בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948); סעיף 13 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966); סעיפים 28 ו-29 לאמנה בדבר זכויות הילד (1989); Y. Dinstein, "Cultural Rights", 9 Israel Yearbook on Human Rights (1979) 58; בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עילית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203, 213-215 (2002)). הזכות לחינוך מעוגנת בדברי חקיקה שונים בספר החוקים הישראלי (יורם רבין, הזכות לחינוך, (תשס"ב-2002), עמ' 301 ואילך). הזכות לחינוך אינה זכות חדשה עמנו, והיא נטועה עמוק בערכי היהדות ובמורשת ישראל (פרשת יתד, עמ' 842; פרשת התנועה לאיכות השלטון). חשיבותה המכרעת של הזכות לחינוך נובעת מחיוניות החינוך למימוש זכויות האדם כפרט ולמיצוי האוטונומיה האישית שלו, כגורם המפתח את אישיותו ואת יכולותיו, ונותן בידיו כוחות התמודדות ואפשרות לממש שוויון הזדמנויות בחברה בה הוא חי בנערותו ובבגרותו. הזכות לחינוך מקרינה על זכויות יסוד אחרות של האדם, כגון חופש הביטוי וחופש העיסוק; מימוש הזכות לחינוך נועד להשיג תכליות חברתיות. החינוך מהווה חוליה מקשרת בין מגזרי החברה השונים והמגוונים ואמצעי גישור חיוני לבניית מירקם חברתי הרמוני. החינוך הוא אמצעי חשוב לקידום ערכים דמוקרטיים חופשיים. הוא תנאי חיוני למימוש העצמי של הפרט, ולקיום חיי חברה תקינים...

[...]

החינוך, לבד מחשיבותו כזכות מהותית של האדם, נושא עמו חשיבות גדולה גם מנקודת מבטה של החברה בכללותה. "החינוך מעצב את פני החברה וקובע את דמותה, לא רק מבחינת הישגי הידע והמומחיות הנרכשים, אלא גם בעיצוב התשתית הערכית והמוסרית המאפיינת אותה" (בג"ץ 6914/06 ארגון ההורים הארצי נ' מדינת ישראל, לא פורסם, ניתן ביום 14.8.07).

(בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי נ' משרד החינוך, תק-על 2008(3) 1421, 1402 (2008)).

סיכומם של דברים

51. סירובו של המשיב להתיר את יציאתו של העותר לירדן ומשם לתימן, פוגע בזכות היסוד שלו לעזוב את ארצו, באוטונומיה שלו וביכולתו להגשים ולממש את הזכות הבסיסית כל כך לחינוך ולרכישת השכלה.

52. חופש התנועה אינו עוד זכות ככל זכות אחרת, שכן חופש התנועה הוא המפתח להגשמת זכויות אדם בסיסיות. 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.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד בגדה המערבית ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הוא ניתן בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין באי כוחו.

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.

אלעד כהנא, עו"ד

ב"כ העותרים

17 בדצמבר, 2009

[ת.ש. 63217]