

שעוּאן ראתב עבדאללה ג'ברין, ת.ז. 959106139

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או שלומי זכריה ו/או נטע
פטריק מרח' אחד העם 49, תל-אביב 65206; טל: 03-
6206947/8/9, פקס: 03-6206950

-- נ ג ד --

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד
המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים

עתירה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לבוא וליתן טעם, באם יחפוץ:

א. מדוע לא יסיר את האיסור שהטיל על העותר לצאת את איו"ש לחו"ל;

ב. מדוע לא יאפשר יציאתו של העותר להולנד בין התאריכים 14-11 במרץ, שנה זו, לצורך השתתפות בטקס הענקת פרס יוקרתי למגיני זכויות אדם המוענק השנה לארגון "אל-חאק" שהעותר מנהלו הכללי, ולארגון זכויות האדם הישראלי "בצלם".

בקשה לקביעת דיון דחוף

עניינה של עתירה זו בהחלטת המשיב שלא לאפשר את יציאתו לחו"ל של העותר, שהינו מנכ"ל ארגון זכויות האדם הידוע "אל-חאק" הפועל בעיר רמאללה שבגדה המערבית (להלן: "הארגון").

הארגון זכה לאחרונה בפרס יוקרתי המוענק ע"י ארגון הולנדי למגיני זכויות אדם הנאבקים לקידום ערכי הדמוקרטיה ולמיגור תופעות של אפליה וגזענות. טקס הענקת הפרס עתיד להיערך בהולנד בין התאריכים 14-11 במרץ שנה זו, קרי בעוד כשלושה שבועות.

העותר הוזמן לטקס לצורך קבלת הפרס מטעם הארגון שבראשו הוא עומד.

האיסור נשוא עתירה זו, שפוגע קשות בזכות היסוד של העותר לחופש תנועה וגם ביכולתו למלא את תפקידו כמנכ"ל הארגון, יוצר פגיעה נקודתית חמורה ביותר בנוגע לאפשרות של העותר להגיע לטקס חלוקת הפרס בו זכה ארגונו.

לנוכח הפגיעה החמורה בזכויות יסוד כאמור ולוח הזמנים הקצר עד למועד שבו יתקיים הטקס, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למזכירות לקבוע תיק זה לדיון במועד קרוב ככל שניתן ובמידת האפשר לא יאוחר מסוף חודש זה.

"I am here today because, due to certain strange characteristics of the country whose citizens my husband and I are, my husband's presence at the ceremony of the Nobel peace award turned out to be impossible"

(גב' אלנה בונר סחרובה, מקבלת את פרס נובל לשלום בשם בעלה, המדען ופעיל זכויות האדם אנדריי סחרוב, 10 בדצמבר 1975, אוסלו)

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בסירובו של המשיב לאפשר לעותר, זה **שלוש שנים**, לצאת את הגדה המערבית לחו"ל.
2. כפי שיפורט להלן, העותר הינו **פעיל זכויות אדם מרכזי בגדה** והצרת צעדיו מעלה ניחוח לא נעים של התנכלות לאדם הפועל למען ביצור זכויות האדם של בני עמו. המשיב מונע כאמור מהעותר לצאת את הגדה לצורך עבודתו – לכינוסים, להרצאות, לפגישות עבודה והכל כמוזמן של ארגוני זכויות אדם זרים ובינלאומיים לגיטימיים ומוכרים ואף בהזמנת ארגון האומות המאוחדות.
3. עניינו של העותר נדון בבית משפט נכבד זה מספר פעמים, כפי שיפורט להלן, ונדחה בכל פעם על בסיס חומר חסוי שהוצג להרכב השופטים במעמד צד אחד.
4. השורה התחתונה היא, שזה **שלוש שנים** העותר מנוע מלממש את זכותו לחירות תנועה על בסיס האשמות שהוא אינו יודע את מהותן ואת מקורן, וברי כי אינו יכול להתמודד עימם.
5. **עתירה זו מוגשת לאחר שהארגון שבראשו עומד העותר, שהינו ארגון זכויות האדם הפלסטיני הגדול הוותיק והמוכר בגדה המערבית, זכה בפרס יוקרתי של ארגון הולנדי המוענק למגיני זכויות אדם. השנה מוענק הפרס לארגון "אל חאק" שהעותר הוא מנכ"ל ולארגון זכויות האדם הישראלי "בצלם".**
6. אם החלטת המשיב בעניינו של העותר תישאר על כנה, לא יוכל העותר לקבל בשם ארגונו את הפרס, בטקס שאמור להתקיים בהולנד בשבוע השני של מרץ (בתאריכים 11-14 במרץ).
7. התנהלותו של המשיב מעלה תהיות קשות הן ברמה המשפטית – בשל העובדה כי מניעת יציאתו של העותר מן הארץ לא נעשית דרך צו מינהלי או אחר תוך מתן זכות שימוע וערר

אלא באמצעי הפיזי של אי-מתן אפשרות לעבור בשערי מעברי הגבול – והן ברמה הציבורית שכן התעקשות המשיב לרתק את העותר לגדה המערבית גובה מחיר של פגיעה בתדמיתה ובמעמדה של ישראל. פגיעה זו עשויה להיות גבוהה במיוחד כעת כאשר פועלו של העותר כמגן זכויות אדם מקבל גושפנקא בצורת הזכייה בפרס האמור.

8. בעתירה זו ייטען להלן כי המשיב פגע בזכויותיו של העותר באופן בלתי חוקי, הן בשל הפגיעה בחופש התנועה האישי הקיים לו והן בשל העובדה כי רמס את זכויותיו כמי שהוא *מגן זכויות אדם* - נציג החברה האזרחית שהמשפט פורש עליו רשת הגנה מיוחדת ומוגברת. עוד יטען כי המשיב לא שקל את כל השיקולים הנדרשים ושגה כאשר לא ביצע את האיזון הראוי ביניהם.

9. כפי שכבר נאמר לעיל, קדמו לעתירה זו עתירות קודמות שהוגשו בשלבים הראשונים של הטלת האיסור, והאחרונה שבהם לפני שמונה חודשים, בתחילת יוני 2008. עתירות אלה, שיפורטו בהמשך, נדחו ע"י בית המשפט הנכבד. בעתירה זו יבקש העותר מבית המשפט הנכבד להכריע בשאלות העקרוניות שעלו בעתירה הקודמת ולא קיבלו מענה בפסקי-הדין. בנוסף, יטען העותר כי **חלוף הזמן המשמעותי** מחייב בחינה מחודשת של עניינו וביקורת שיפוטית נוספת, שכן כידוע הלכה מושרשת היא כי התמשכות פגיעה בזכויות יסוד ע"י הרשות משנה את נקודת האיזון בין האינטרסים המתחרים.

10. סופו של יום שלא ייתכן, על-פי כל קנה מידה נורמטיבי, למנוע ללא הגבלה פגיעה בזכויות יסוד באמצעות הליכים חד-צדדיים וסודיים, שבהם אין לנשוא הפגיעה מהם יכולת להתגונן ולהפריך את ההאשמות נגדו. אמירה זו, אסור לה שתהפך למס שפתיים שאין בצידה סעד אופרטיבי. שלוש שנים של איסור יציאה מהגדה המערבית היא הגבלה חמורה וחריפה לכל אחד, קל וחומר, למי שעבודתו מחייבת נסיעות לחו"ל, וכשהדבר נעשה באמצעי חירום מנהליים המבוססים על חומרים חסויים וחשאיים – הוא מטיל צל כבד על השלטון כולו ויחסו לחירויות האזרח.

11. מכל הסיבות הללו יבקש העותר סעד מבית המשפט כנגד המשיב כאמור בפתח כתב העתירה.

ב. רקע עובדתי

12. העותר הינו אזרח פלסטיני תושב הכפר סעיר אשר בגדה המערבית, בן 48 שנים, נשוי ואב לארבעה ילדים. העותר הינו פעיל זכויות אדם ותיק שאף זכה בפרסים על פעילותו ובראשית שנת 2006 הוא מונה לשמש מנכ"ל ארגון זכויות האדם הפלסטיני "אל-חאק" והוא מכהן בתפקיד זה עד היום.

13. ארגון "אל-חאק", אשר מרכזו ברמאללה, הינו ארגון זכויות האדם הפלסטיני הוותיק ביותר הפועל כיום בגדה המערבית. החל מהקמתו בשנת 1979, השתתף הארגון במאבקים לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים באמצעות עריכת מחקרים, מתן סיוע משפטי ותיעוד פגיעות פרטניות וקולקטיביות בזכויות אדם.
14. הארגון הינו ארגון זכויות אדם מוכר המשתף פעולה זה שנים עם ארגונים זרים, בינלאומיים וישראלים ידועים ומוכרים.
15. המשיב הינו המפקד הצבאי של כוחות צה"ל בגדה המערבית, המופקד על שמירת הסדר והחיים הציבוריים בשטחים הכבושים כמו גם על שלום וביטחונם של אזרחי השטח הכבוש.
16. מתוקף תפקידו כמנכ"ל ארגון "אל-חאק" וכפעיל ותיק בתחום זכויות האדם מוזמן העותר מפעם לפעם להשתתף בכנסים בינלאומיים, בפגישות עבודה ובהרצאות בחו"ל.
17. עוד בטרם מונה לתפקידו הנוכחי, בשנת 2004, ביקש העותר לצאת את הגדה לצורך לימודי תואר שני באירלנד אך נתקל בסירוב המשיב. בעקבות זאת, עתר העותר לבית משפט נכבד זה ובמסגרת העתירה (בג"צ 7169/04 שעואן ראתב עבדאללה ג'ברין נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש) בחן המשיב את עניינו של העותר בשנית והחליט להתיר את יציאתו לחו"ל. לפיכך, נמחקה העתירה בהסכמת הצדדים.
- העתק הבקשה המוסכמת למחיקת העתירה בבג"צ 7169/04 האמור מצורף לעתירה זו ומסומן נספח א'.
- העתק פסק הדין בבג"צ 7169/04 מצורף לעתירה זו ומסומן נספח ב'.
- סך-הכל יצא העותר את הגדה לחו"ל בין השנים 1999-2006 בשמונה הזדמנויות שונות, האחרונה שבהם בחודש פברואר 2006. יצויין כי בחלק מהמקרים נדרש העותר לחתום על טופס התחייבות הנוגעים ליציאתו ובו התחייב שלא יעסוק ב"פעילות חבלנית" במהלך שהותו בחו"ל.
- העתק תשובה מטעמו של יועמ"ש איו"ש המתירה את יציאתו של העותר לחו"ל בפברואר 2006 בכפוף לחתימתו על טופס ההתחייבות האמור, מצורף לעתירה ומסומן נספח ג'.
- העתק מכתב מטעמו של יועמ"ש איו"ש, בעקבות החתימה על הטופס והמציינת כי יציאת העותר לחו"ל בפברואר 2006 מאושרת, מצורף לעתירה ומסומן נספח ד'.
18. במאמר מוסגר יצויין שכלל לא ברור מה הבסיס המשפטי לדרישה לחתום על הטופס האמור כתנאי ליציאה לחו"ל, אך מכל מקום כאמור העותר הסכים לחתום עליו ואף חתם ויצא לחו"ל.

19. אלא שהחל מחודש מרץ 2006, מונע המשיב מהעותר בשיטתיות לצאת לחו"ל והלכה למעשה הוא מרתק אותו לגדה המערבית – כל זאת ללא שהוצא נגדו צו מינהלי וללא שהתקיים בעניינו הליך שימוע כלשהו למעט הליכים בבית המשפט הנכבד שיפורטו להלן.

20. בתאריך ה- 23.3.06 פנה העותר לגשר אלנבי על-מנת לצאת לירדן אך הוא הוחזר מהצד הירדני של הגבול וגורמי הביטחון הישראליים הגישו לעותר צו משטרתי המורה לו לסור לפגישה עם נציג השב"כ האחראי על מקום מגוריו בכפר עציון. העותר פעל בהתאם לאמור בצו והגיע למשרד הקישור אליו הוזמן שלושה ימים לאחר מכן, ביום 26.3.06.

21. כשהתייצב העותר בשער משרד הקישור בעציון הוא נדרש להמתין מחוץ למתקן ארבע שעות בטרם הורו לו להיכנס. עם כניסתו למתקן נלקחה ממנו תעודת הזהות שלו והוא התבקש לפשוט את הבגדים מעל פלג גופו העליון בטרם הכניסה למתקן. העותר סרב להיענות לדרישה שנראתה לו משפילה ופוגעת בכבודו כאדם וכתוצאה מכך שילח אותו החייל שביצע את הבדיקה הביתה תוך שהוא מסרב להחזיר לו את תעודת הזהות שלו. החייל עמד בסירובו על אף הפצרות העותר כי בלעדיה אין הוא יכול לנוע כחוק בשטחי הגדה המערבית. בעקבות אירוע זה פנה ארגון "אל-חאק" בתלונה ליועץ המשפטי באיו"ש.

העתק התלונה שהגיש ארגון "אל-חאק" ליועמ"ש איו"ש מצורף לעתירה ומסומן נספח ה'.

22. תעודת הזהות של העותר הוחזרה לו רק כעבור שלושה חודשים בעקבות פנייתו של עו"ד יוסי וולפסון מארגון זכויות האדם הישראלי המוקד להגנת הפרט.

מכתבו של עו"ד וולפסון אל יועמ"ש איו"ש ומכתבי התשובה מטעם יועמ"ש איו"ש אל עו"ד וולפסון מצורפים לעתירה ומסומנים נספח ו'.

23. לאחר אירוע זה, ביום 4.10.06 פנה העותר ליועמ"ש איו"ש בבקשה להתיר את יציאתו לצורך השתתפות בכנס בספרד, אולם בקשתו סורבה בנימוק כי הוא פעיל בארגון החזית העממית ועל-כן יציאתו לירדן (בכדי להגיע לספרד) עלולה לסכן את בטחון האזור.

העתק מכתבו של טוראית תמר לקויר בשם יועמ"ש איו"ש מתאריך 12.10.06 מצורף לעתירה ומסומן נספח ז'.

24. בנובמבר 2006 הוזמן העותר להשתתף בכנס של ארגון "CHRISTIAN AID" במצרים. המדובר בארגון נוצרי אמריקאי התומך בפעילות למען זכויות אדם בכל רחבי העולם.

העותר הגיש עתירה לבית משפט נכבד זה בבקשה כי בית המשפט יורה למשיב לאפשר את יציאתו לכינוס האמור (בג"צ 9703/06 שעואן גאברין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית).

העתק כתב העתירה בבג"צ 9703/06 מצורף לעתירה ומסומן נספח ח'.

25. לאחר דיון שחלקו התקיים במעמד צד אחד ובו הוצג לשופטי בית המשפט הנכבד חומר חסוי, נדחתה עתירתו של העותר.

העתק פסק הדין בבג"צ 9703/06 מצורף לעתירה ומסומן נספח ט'.

26. ההגבלה הנמשכת על יציאתו של העותר מהארץ, אשר פגעה ופוגעת בתיפקוד הארגון שבראשו הוא עומד, הביאה לגל מחאות מצד ארגוני זכויות אדם בינלאומיים. ביום 11.3.2007 שיגר ארגון זכויות האדם הבינלאומי "HUMAN RIGHTS WATCH" מכתב לראש ממשלת ישראל, מר אהוד אולמרט, ובו קבל על הצרת צעדיו של העותר ודרש להסיר את המגבלות שהוטלו עליו.

העתק מכתבה של שרה לאה וויטסון, מנכ"ל החטיבה לענייני המזרח התיכון וצפון אמריקה בארגון "HUMAN RIGHTS WATCH", מתאריך 11.3.07 מצורף לעתירה ומסומן נספח י'.

27. כן יצאו שלושה ארגוני זכויות אדם בינלאומיים בהצהרה משותפת המוחה נגד ההגבלה המתמשכת על חופש התנועה של העותר המונעת ממנו, כנציג הארגון שהוא עומד בראשו, לצאת לחו"ל למטרות מקצועיות ולהיענות להזמנות שקיבל מארגונים לא-ממשלתיים בעולם.

העתק ההצהרה המשותפת שפרסמו הארגונים "HUMAN RIGHTS WATCH", "OMCT", "FIDH" בתאריך 2.5.07 מצורף לעתירה ומסומן נספח יא'.

28. בנוסף פנו ארגוני זכויות אדם ישראלים, במכתבים הקוראים לגורמים האמונים על כך, להסיר את מגבלות התנועה שהוטלו על העותר.

מכתב מאת עו"ד שרי בשי, מנכ"לית עמותת "גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע" מתאריך 20.5.08; מכתב מאת גבי הדס זיו, מנכ"לית עמותת "רופאים לזכויות אדם" מתאריך 25.5.08; מכתב מאת גבי רחל בנוזמן, מנכ"לית האגודה לזכויות האזרח בישראל מתאריך 2.6.08 מצורפים לעתירה ומסומנים נספח יב'.

29. ביום 1.5.07 פנה העותר, הפעם באמצעות ב"כ הח"מ, פעם נוספת ליועמ"ש איו"ש בבקשה להתיר את יציאתו של העותר מהארץ לשם השתתפות בכנס בינלאומי בנושא שלום שנערך בנירנברג, גרמניה ב-27-25 ביוני.

30. משלא הגיעה כל תשובה, פנה הח"מ בשמו של העותר פעם נוספת, ביום 9.5.07, ללשכת יועמ"ש איו"ש בבקשה לזרז את הטיפול בפנייתו של העותר. בפנייתו השנייה ציין הח"מ כי בינתיים העותר הוזמן גם לסדרת פגישות עבודה בגינה באמצע חודש מאי, וגם מטעם זה התבקשה תשובה מהירה.

העתק מכתביו של ב"כ העותר ללשכת יועמ"ש איו"ש מצורפים לעתירה ומסומנים נספח יג.

31. ביום 9.5.07 התקבלה תשובת ביניים של נציג יועמ"ש איו"ש ובה נאמר כי "פנייתך הנוכחית הועברה לבדיקה מחודשת. לכשתסתיים בדיקה זו נודיעך בדבר תוצאותיה".

העתק תשובת נציג יועמ"ש איו"ש מצורף לעתירה ומסומן נספח יד.

32. הזמן נקף ולא התקבלה כל תשובה סופית. העותר נאלץ להחמיץ את פגישות העבודה בגינבה וביום 12.6.2007 הגיש עתירה נוספת לבית המשפט הנכבד (בג"צ 5182/07 ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, להלן: "העתירה השנייה").

33. ביום 22.6.2007 דחה בית המשפט הנכבד (כב' השופטים לוי, רובינשטיין ואלון) את העתירה השנייה. בפסק-הדין קבע ההרכב הנכבד כי החומר בחסוי שהוצג בפניו במעמד צד אחד ייש יסוד לטענת המשיב באשר לפעילותו של העותר בארגון הטרור החזית העממית".

34. לעניין טענת העותר שהועלתה בעתירה כי מקום שבו מפקד כוחות צה"ל מעוניין להגביל זכותו של תושב הגדה לצאת לחו"ל יש לקיים הליך מסודר של הוצאת צו וקיום שימוע, אמר בית המשפט הנכבד :

"אף אנו בדעה כי יש מקום להליכים מסודרים ככל הניתן, כי תשובות לפניית צריך שיינתנו על-ידי הרשויות בזמן סביר ככל האפשר, ועל-פני הדברים נראה כי ראוי לאדם שיש החלטה למנוע יציאתו יקבל מראש הודעה על כך, כדי שיוכל לשקול את צעדיו המשפטיים... על פני הדברים יש מקום להסדרת אפשרות להשיג על סירוב, שאינה בהכרח פנייה לבית משפט זה באין זולתו."

פסק-הדין בבג"צ 5162/07 מצ"ב ומסומן נספח טו.

35. ביום 14.1.2008, שבעה חודשים לאחר מתן פסק-הדין בעתירה השנייה, פנה הח"מ בשם העותר למשיב וביקש לאפשר לו לצאת את הגדה.

עותק הפנייה מצ"ב ומסומן נספח טז.

36. לאחר תשובה טכנית המאשרת את קבלת הפנייה (מיום 20.2.2008) ושלוש תזכורות מטעם העותר (בימים 19.2.2008, 19.3.2008 ו-6.4.2008), ועוד תשובת ביניים מטעם המשיב (מיום 6.4.2008), התקבלה תשובתו הסופית של המשיב רק ביום 29.4.2008 – **שלושה וחצי חודשים לאחר הפנייה הראשונה!**

עותקי תשובות הביניים והתזכורות מצ"ב ומסומנים נספח יז.

- עותק תשובתו הסופית של המשיב מיום 29.4.2008 מצ"ב ומסומנת נספח יח'.
37. בתשובתו הסופית (נספח יח') דחה המשיב את בקשת העותר לאור "מידע מודיעיני חסוי" ו-"עקב היותו פעיל בארגון החזית העממית".
38. המשיב לא פעל כהמלצת בית המשפט הנכבד בפסק-דינו בעניינו של העותר, לא הוצא צו ולא קוים הליך שימוע.
39. לאור זאת הגיש העותר עתירה נוספת באמצעות הח"מ לבית המשפט הנכבד ביום 4.6.2008 (בג"צ 5022/08 שעואן ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, להלן: "העתירה השלישית").
40. ביום 7.7.2008 דחה בית המשפט הנכבד (כב' השופטים לוי, רובינשטיין ומלצר) את העתירה השלישית, וגם הפעם על בסיס חומר חסוי שהוגש במעמד צד אחד וגם הפעם מבלי להידרש לשאלות המשפטיות שהועלו בכתב העתירה השלישית.
- פסק-הדין בעתירה השלישית מצ"ב ומסומנת נספח יט'.
41. כחצי שנה לאחר מתן פסק-הדין בעתירה השלישית פנה הח"מ פעם נוספת למשיב בבקשה לדעת האם האיסור על יציאתו לחו"ל עדיין בתוקף.
- עותק המכתב מיום 5.1.2009 מצ"ב ומסומנת נספח כ'.
42. שבוע לאחר מכן, ביום 13.1.2009, התקבלה תשובת המשיב לפיה המניעה ליציאתו של העותר לחו"ל בעינה עומדת.
43. בתחילת חודש פברואר 2009 הודע ל"אל חאק" כי הארגון ההולנדי "ג'ון רסיסטנס 1940-1945" (Geuzen resistance) החליט להעניק להם את הפרס היוקרתי שלהם לשנת 2009, יחד עם ארגון זכויות האדם הישראלי "בצלם". ארגון ג'ון רסיסטנס הוקם ע"י ניצולי המחתרת ההולנדית שפעלה בימי מלחמת העולם השנייה בהולנד נגד הנאצים והוא קרוי על שמה של המחתרת. הארגון מעניק מידי שנה את הפרס לארגוני זכויות אדם וליחידים שפעלו למען דמוקרטיה ולמיגור אפליה בעולם.
44. בעקבות הודעה זו קיבל העותר הזמנה להשתתף בטקס הענקת הפרס בשם הארגון שבראשו הוא עומד, ולאור זאת פנה הח"מ בשם העותר פעם נוספת למשיב וביקש את אישורו ליציאת העותר להולנד.
- עותק הפנייה מיום 9.2.2009 מצ"ב ומסומנת נספח כא'.
45. ביום 12.2.2009 התקבלה החלטת המשיב הדוחה את הבקשה.
- עותק תשובת המשיב מיום 12.2.2009 מצ"ב ומסומנת נספח כב'.

ג. הטיעון המשפטי

47. העותר יטען להלן כי לא היה יסוד לקביעה כי יציאתו לחו"ל מסכנת את ביטחון האזור וכי בכל מקרה הזמן שחלף מאז הוטלה לראשונה ההגבלה עליו מחייב איזון חדש המטיל על המשיב נטל כבד בהרבה מזה שהוטל עליו בשלבים הקודמים.

48. בנוסף וכאמור בפתח העתירה, היות והעתירה הקודמת הוכרעה ללא שהוכרעו השאלות המשפטיות העקרוניות שהעלתה, אלא על בסיס בחינת החומר החסוי המודיעיני שהוצג במעמד צד אחד בלבד, אין לעותר מנוס אלא לחזור על טענותיו העקרוניות והנוגעות להפרת עקרון החוקיות וכלי הצדק הטבעיים ומשקלה של חירות התנועה ובייחוד חירות התנועה של מי שהם בעלי מעמד של מגיני זכויות אדם.

49. לפיכך, אלה יהיו טענותיו של העותר:

- א. לא היה יסוד (עובדתי) לקביעה כי יציאת המשיב לחו"ל תסכן את הבטחון;
- ב. חלוף הזמן מאז הוטלה לראשונה ההגבלה על העותר מחייב יצירת איזון קפדני ודווקני יותר אשר מטיל על המשיב נטל כבד ביותר;
- ג. האופן שבו הוטלה המגבלה פוגע בעקרון החוקיות ובכללי הצדק הטבעיים;
- ד. המגבלה – כשלעצמה ובשים לב לזמן שהיא בתוקף – פוגעת באופן לא חוקי בחירות התנועה של העותר כאדם וכ-מגן זכויות אדם.

I. עמדת המשיב

50. עמדת המשיב, כפי שהוצגה בעתירות הקודמות, היא כי הגדה המערבית כולה היא שטח צבאי סגור אשר הכניסה והיציאה ממנו טעון היתר וזאת מכח צו בדבר שטחים סגורים (אזור הגדה המערבית) (מס' 34), תשכ"ז – 1967.

51. כלומר, עמדתו של המשיב היא שבמשך ארבעים ואחת וחצי שנות הכיבוש, עומד על תילו איסור שחל על כשלושה מיליון אזרחים לצאת את הגדה המערבית אלא אם קיבלו היתר מהמפקד הצבאי. יֵאמֵר מִיֵּד שְׁעִמְדָה זֶה אֵינָה סְבִירָה אֵינָה חֹקֵית וְאֵינָה עֹמְדָה בְּכֻלָּי הַמִּשְׁפָּט הַבִּינְלָאוּמִי הַנוֹגְעִים לַשְּׁטַח כְּבוֹשׁ. עֵמְדָה זֶה הִיא גַם עֵמְדָה מִפְּחִידָה וְטוֹטְאֵלִיטְרִית בְּמֵהוּתָה.

52. עמדת העותר בחלק זה הינה כי המשיב הפר את זכותו של העותר לחופש תנועה המעוגנת בארבעה שדות משפטיים נפרדים ומשלימים החלים על עניינו, ועשה זאת ללא עמידה בקריטריונים לחריגים המאפשרים פגיעה בזכות מרכזית זו. עמדת העותר היא כי נקודת המוצא המשפטית הינה כי לכל אזרחי השטח הכבוש זכות יסוד לצאת את השטח, ואילו החריג הוא הטלת הגבלה ספציפית ואינדיבידואלית על מימוש זכות זו.

53. לפיכך, ראשית, יטען העותר בהתבסס על המשפט הבינלאומי ההומניטארי ובפרט דיני התפיסה הלוחמתית, המחייבים את הממשל הצבאי בגדה המערבית, כי זכותו לחופש תנועה הופרה שלא כדין.

54. שנית, יבסס העותר את עתירתו על הוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי – הן כמקור עצמאי והן כמקור לפרשנות הדין ההומניטארי.

55. שלישית, יטען להלן כי לעותר זכות מוגברת להגנה מפני הצרת צעדיו על-ידי השלטון מכוח הענף המשפטי המתפתח של הגנה על "מגיני זכויות אדם".

56. ורביעית, יידרש העותר להוראתו הברורה של המשפט הקונסטטוטיוני הישראלי הקובע את הזכות לחופש תנועה כזכות חוקתית על-חוקית. כמובן ששדה משפטי זה המבוסס על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שחזק והעצים את ההלכה הפסיקתית בעניין חירות התנועה, חל בענייננו דרך "תרמילו" של המפקד הצבאי, כפי שנאמר בבג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לו (4) 785, 810-809 (ההדגשה שלנו):

"כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי שעניינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי".

II. המשפט הבינלאומי של דיני התפיסה הלוחמתית – זכות היציאה והאיסור על סגירת גבולות

57. תקנה 43 של התקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר נוהגיה וכלליה של הלוחמה ביבשה, 1907 (להלן: "תקנות האג"), קובעת את הכלל העליון של הסדר המינהלי של דיני הכיבוש – חובת המעצמה הכובשת להחזיר את הסדר והביטחון בשטח הכבוש על כנו. חובתה של המעצמה הכובשת היא להחזיר את החיים האזרחיים – עד כמה שניתן –

לסדרם. חלק מהחיים האזרחיים הם גם הקשר עם העולם החיצון, נסיעת אזרחים החוצה וכניסת אזרחים פנימה לשטח הכבוש.

58. בכך, בהטלת החובה לאפשר קיומם של חיים אזרחיים סדירים, ובשורה של סעיפי-אמנות נוספים, מעגנים דיני התפיסה הלוחמתית מעין מגילת זכויות לאזרחים הנכבשים המחליפה לתקופת הכיבוש את הסדר החוקתי הטרום-כיבושי.

59. הזכות הראשונה במעלה המוענקת על-ידי דיני הכיבוש לאזרחים המוגנים היא כבוד האדם. על-כן חובתה הראשונה במעלה של המעצמה הכובשת הינה לשמור על כבוד האדם. כמו במשפט הקונסטיטוציוני הישראלי, כך גם במשפט הבינלאומי של דיני הכיבוש, מהזכות לכבוד נגזרות זכויות רבות אחרות (הזכות לכבוד מוזכרת בסעיפים רבים של אמנות דיני התפיסה הלוחמתית וביניהן – סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה, סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית וסעיף 75 לפרוטוקול הראשון המקובלים כולם כמשפט בינלאומי מנהגי).

60. הזכות לחופש תנועה של אזרחים מוגנים, אם-כן, נגזרת סימולטנית מהחובה האמורה של המעצמה הכובשת להשיב את הסדר והביטחון, מחובת הדאגה לצרכים הבסיסיים של התושבים ומהזכות של האזרחים המוגנים לכבוד – שהיא אם הזכויות וממנה נגזרות זכויות יסוד רבות נוספות.

61. אמנת ז'נבה הרביעית קובעת אף באופן ספיציפי כי לאזרחים מוגנים זכות לצאת את השטח אך מעניקה למעצמה הכובשת הנוגעת בדבר סמכות למנוע יציאה זו אם היא מנוגדת "לטובתה הלאומית של המדינה":

"מוגנים הרוצים לצאת את השטח, אם בראשית הסכסוך ואם בהמשכו, יהיו זכאים לעשות כן, חוץ מבמקרה שיציאתם היא בניגוד לטובתה הלאומית של המדינה..."

סרבו לו לאדם כזה מתן רשות לצאת את השטח, יהיה זכאי לכך שבית משפט נאות או ועדה אדמיניסטרטיבית נאותה, שנתמנו לצורך זה על ידי המעצמה העוצרת, ישונו וידונו בסירוב בהקדם האפשרי..."

(סעיף 35 לאמנה).

62. בין אם סעיף 35 המצוטט לעיל אינו מתכוון לעסוק בשאלת היציאה הבודדת של אדם קונקרטי זה או אחר אלא בסמכות לסגור את הגבולות לחלוטין, ובין אם לאו (כפי שמציע הסיפא העוסק בסירוב ל"אדם"), **הכלל הוא שיש לאפשר יציאה של השטח בו מתנהל הסכסוך והחריג הוא מניעת היציאה**. צו מס' 34 הוא לפיכך מנוגד להוראה ברורה של אמנת ג'נבה שהוראותיה הן מנהגיות - ועל-כן בלתי חוקתית.

63. פרמטר מרכזי לשאלת רוחבו של החרוג לזכות היציאה מהשטח הכבוש והיכולת להשתמש בו היא שאלת זמניות המצב שבו המוגן נתון למרות המעצמה העוצרת אותו מלצאת. כלומר, יש לתת משקל לעובדה כי אזור הגדה המערבית בו מתגורר העותר נתון תחת כיבוש ארוך-טווח מזה ארבעים שנה. יפים לעניין זה דבריה של פרופסור יפה זילברשץ לפיהם:

"תפיסת השטחים המוחזקים כשטחים סגורים יכולה אולי להלום מציאות של תפיסה לוחמתית קצרת מועד בת מספר מועט של חודשים, אך כאשר התפיסה הלוחמתית מתארכת לשנים רבות כמו זו של ישראל ביהודה, שומרון ועזה, הרי שקשה לראות בשטחים שטחים סגורים שמהם אין לאנשים אפשרות יציאה בזכות."

יפה זילברשץ, "חופש התנועה: כניסה למדינה, שהות בה והיציאה ממנה", בתוך: **משפט בינלאומי** (2003) (רובי סיבל, עורכת) 189, 217.

64. גישה זו המבקשת להבחין בין שטחים המצויים תחת תפיסה לוחמתית שנים ארוכות ושטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית תקופה קצרה, אומצה ע"י בית משפט נכבד זה בבג"צ 393/82 **אסכאן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש ואח'**, פ"די לז (4) 785-800.802.

65. כך או אחרת, ברור כי עמדתו הגורפת של המשיב וצו 34 מהווים הפרה של המשפט הבינלאומי ההומניטרי שהוא הוא המקור החוקי המעניק למשיב סמכויות שונות וביניהן סמכויות חקיקה בשטח הכבוש. ברור אם-כן גם כי לעותר זכות לחופש תנועה ע"פ המשפט ההומניטארי וכי זו הופרה ומופרת על-ידי החלטות המשיב.

III. משפט זכויות האדם הבינלאומי

66. העותר יטען כי יש לפרש את הזכות לחופש תנועה הקבועה בדיני התפיסה הלוחמתית באמצעות הוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי, החל אף באופן עצמאי על פעילות צה"ל בגדה המערבית.

67. מסלול פרשני זה התקבל הן בפסיקתו בית המשפט הבינלאומי לצדק שבהאג (ICJ), שקבע כי היחס בין המשפט ההומניטארי למשפט זכויות האדם הבינלאומי הוא יחס של חוק מיוחד וספיציפי, והן בפסיקתו של בית המשפט הנכבד. לעניין זה ראו:

Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, 1996 (I) I.C.J. 66;

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ Advisory Opinion, 2004, para.102-114.

68. כלומר, גם על-פי גישה מצמצמת המעניקה למשפט זכויות האדם הבינלאומי מעמד פרשני ולא עצמאי בשטח הכבוש (גישה שאיננו שותפים לה), הוראותיו יחולו על כל סיטואציה שהמשפט ההומניטרי לא נותן לה מענה ברור וחד משמעי.

69. ערכאות בינלאומיות הביעו עמדתם כי אין לראות את הדינים ההומניטאריים כמערכת אלטרנטיבית לדיני זכויות האדם אלא כחריג לתחולה המלאה והאוניברסאלית של דיני זכויות האדם שמטרתם להגן על כל בני האדם בכל מצב.

70. זאת ועוד, בחוות הדעת של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין חומת ההפרדה שהוזכר לעיל נקבע שמשפט זכויות האדם חל במקביל לדינים ההומניטאריים, והחריגים לתחולתו נמצאים בתוכו כפי שניתן לראות בסעיף 4 ל-ICCPR. כאמור בפסקה 106 לחוות הדעת:

"More generally, the Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind found in art. 4 of the ICCPR..."

71. מכל מקום, הזכות לחופש תנועה נהנית מהגנה רחבה באמנות בינלאומיות שונות. ראש וראשונה להן הייתה ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם משנת 1948 שקבעה בסעיף 13(2) כי:

"Every one has the right to leave any country, including his own, and to return to his country"

72. סעיף 12(2) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 (ICCPR) (להלן: "האמנה הבינלאומית") קובעת כי:

"Every one shall be free to leave any country, including his own"

73. ניסוח זה זהה מופיע בפרוטוקול הרביעי של האמנה האירופאית בדבר זכויות האדם וחירויותיו הבסיסיות (ECHR) (להלן: "האמנה האירופית").

74. האמנה האמריקאית בדבר זכויות האדם משנת 1969 (IACHR) קבעה אף היא בסעיף 22 (2) כי:

"Every person has the right to leave any country freely, including his own"

75. לסיום נזכיר כי בצ'רטר האפריקני בדבר זכויות אדם והעמים, משנת 1981 (AfCHR), נקבע בסעיף 12 (2) כי:

"Every individual shall have the right to leave any country including his own, and to return to his country..."

76. ניתן לראות, אם כן, כי זכות היציאה מהמדינה וחזרה אליה קבועה הן באמנות האוניבסאליות והן באמנות האזוריות, וביניהן באמנת האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966, שעליה חתמה מדינת ישראל ושאותה אישררה ושנכנסה לתוקפה לגביה ביום ה-3.1.1992.

77. בשל העובדה כי זכות זו הוכרה בשורה ארוכה של אמנות בינלאומיות, בהצהרות, בהחלטות, בדו"חות ובמסמכים בינלאומיים, כמו גם בחוקים פנימיים של מדינות (ביניהן ישראל), הרי שניתן לומר בוודאות כי הזכות ליציאה הינה זכות מנהגית (ראו: יפה זילברשץ, "זכות היציאה ממדינה" משפטים כג (תשנ"ד) 70, 83).

78. משפט זכויות האדם הבינלאומי אכן מכיר בחריג לזכות היציאה מהמדינה (ראו: סעיף 3)2 לאמנה האירופית; סעיף 12(3) לאמנה הבינלאומית). החריג הוא צר ביותר ומוגדר באמנות כך (הנוסח להלן לקוח מהאמנה האירופית):

"No restriction shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety ..."

79. כלומר: פגיעה בחופש התנועה בתוך המדינה והחוצה ממנה אפשרית בהתקיים התנאים הבאים:

א. הפגיעה נעשית מכוח הסמכה מפורשת בחוק;

ב. הפגיעה הכרחית בחברה דמוקרטית;

ג. הפגיעה מחוייבת מטעמי ביטחון לאומי או ביטחון הציבור;

80. הפרשנות שניתנה להגדרה זו של החריג לחירות התנועה, בהקשר של יציאה מהארץ, הינו מצמצם ביותר ודרש וודאות לפגיעה באותם אינטרסים מוגנים על-ידי החריג.
81. במקרה שלפנינו הפגיעה בזכותו של העותר לא נעשתה בהתאם לפרוצדורות הקבועות בחוק (כפי שנטען בתת הפרק הקודם). לגבי התקיימות שני התנאים הנוספים, העותר משוכנע כי הם אינם מתקיימים אולם הוא כמובן אינו יודע מה טיב טענות המשיב כלפיו (הנשמרות בסוד).
82. אי-התקיימותו של התנאי השני (שהחריג יהיה הכרחי בחברה דמוקרטית) מתחזקת במיוחד לנוכח היותו של העותר פעיל זכויות אדם, ועל-כך נרחיב בהמשך.

III. הגנה על מגיני זכויות אדם

83. העותר יטען כי בעניינו חלה לא רק הזכות לחופש תנועה הקיימת ועומדת לכל אדם, אלא הזכות המוגברת והמועצמת לתנועה בלתי מופרעת העומדת למגיני זכויות אדם. כוונתנו לענף משפטי בינלאומי מתפתח הקובע הגנה מוגברת לעוסקים בהגנה על זכויות האדם, מסוגו של העותר.
84. בשנת 1999, במסגרת ציון יובל שנים להקמת האומות המאוחדות, קיבלה העצרת הכללית של האו"ם את ה"הכרזה בדבר מגיני זכויות אדם". הכרזה זו הגדירה זכויות יסוד שעליהן מתבקשות המדינות החברות באומות המאוחדות לשמור בכל הנוגע למגיני זכויות אדם. ההכרזה קובעת בסעיף 5 (ההדגשה שלי; מ.ס.):

"Article 5: For the purpose of promoting and protecting human rights and fundamental freedoms, everyone has the right, individually and in association with others, at national and international levels:

(a) To meet or assemble peacefully;

(b) To form, join and participate in non-governmental organizations, associations or groups;

(c) To communicate with non-governmental or intergovernmental organizations."

Declaration on the right and responsibility of individuals, groups and organs of society to promote and protect Universally Recognized Human Rights and

Fundamental Freedoms" (UN General Assembly Resolution 53/144, March 1999(A/RES/53/144)).

85. עוד יצויין כי בפתיח של ההכרזה צויין כי היעדר קיומו של מצב של שלום אינו מהווה הצדקה לפגיעה בזכויות הכלולות בה (ההדגשה שלי; מ.ס.):

"...Recognizing the relationship between international peace and security and the enjoyment of human rights and fundamental freedoms, and mindful that the absence of international peace and security does not excuse non-compliance"

86. אם-כן, מגיני זכויות אדם הוכרו כקבוצה מיוחדת הזקוקה להגנה מיוחדת, בדומה לנציגים אחרים של החברה האזרחית ובהם עיתונאים, אנשי ארגוני סיוע הומניטארי וצוותי רפואה.

87. ולדבר הגיון רב. פעילי זכויות אדם הן יעד לפגיעה מצד רשויות המבוקרות על-ידם, בדומה לעיתונאים. לשלטונות, ובמיוחד של חבלי ארץ בהם אין דמוקרטיה – כמו שטחים כבושים – פיתוי גבוה להצר צעדיהם ולמנוע מהם פעילות חופשית. על-כן, ומכיוון שיש חשיבות רבה ביותר לפעילותם של פעילי זכויות אדם, מבקש המשפט הבינלאומי להגן עליהם באופן מיוחד.

88. תנועה בלתי מופרעת – בתוך השטח וממנו החוצה וחזרה פנימה – הינו תנאי לתיפקוד של מגיני זכויות אדם וארגוני זכויות אדם. על-כן, חופש התנועה שלהם הופך לזכות שההגנה עליה נדרשת לא רק בשל האינטרס הפרטי של אותם פרטים, אלא בשל אינטרס חברתי רחב של הציבור בכללותו.

89. דו"ח שפורסם ב- 2006 בעקבות ביקורה של שליחת מזכ"ל האו"ם למגיני זכויות אדם, בישראל ובשטחים התייחס מפורשות להגבלות על חופש התנועה בשטחים הכבושים המציבות מכשול בפני עבודתם של מגיני זכויות אדם (הדגשה שלי; מ.ס.):

"Restrictions on the freedom of movement resulting from the Wall and other barriers, checkpoints, closures, requirement of permits and bans imposed on defenders to travel; use of excessive force on peaceful action to protest; use of security and anti-terrorism laws to place defenders under administrative detention; unsubstantiated allegations to undermine their

credibility and other forms of harassment, intimidation and humiliation of defenders has rendered their situation absolutely incompatible with international norms and standards of human rights or the principles set forth in the Declaration.”

(Excerpts of the 2006 Report of the UN Special Representative of the Secretary General on Human Rights Defenders, Country Visit to Israel and the Occupied Palestinian Territory, E/CN.4/2006/95/Add.3, 10 March 2006 (p.3)).

90. העותר הוא פעיל ותיק בתחום זכויות האדם המכהן כמנכ"ל ארגון "אל-חאק" ומבקש לצאת את הגדה המערבית בכדי ליטול חלק בכנסים, סמינרים ופגישות עבודה בנושאי זכויות אדם אליהם הוא מוזמן מתוקף תפקידו. כפי שנראה להלן, מטרת נסיעתו של העותר הינה בעלת משמעות בשאלת האיזון שיש לערוך בין זכות התנועה לבין אינטרסים המתנגשים בה. העותר יטען, ברוח הדומה לעיקרי ההכרזה בדבר מגיני זכויות אדם כי העובדה שהוא מבקש את זכות היציאה למטרה של השתתפות בכנס בינלאומי בנושא זכויות אדם, הינה בעלת משקל ונוגעת גם לזכותו לחופש הביטוי.

IV. המשפט החוקתי הישראלי

91. חופש התנועה היה לעקרון יסוד בשיטת המשפט הישראלית עוד בטרם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אך אין ספק כי עקרון זה קיבל משנה תוקף עם עיגונו בסעיף 6(א) לחוק היסוד. (ראו למשל, בג"ץ 111/53 **חיה קאופמן נ' שר הפנים** פ"ד ז' 534; בג"ץ 448/85 **דאהר נ' שר הפנים** פ"ד מ (2) 701 (להלן: **בג"ץ דאהר**). אחרי חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ראו למשל, בג"ץ 4706/02 **סלאח נ' שר הפנים** פ"ד נו (5) 695 (להלן: **בג"ץ סלאח**); בג"ץ 3914/92 **לאה לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב** פ"ד מח (2) 491).

92. עקרונות אלה שנקבעו הן לפני והן אחרי חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התקבלו כחלים גם על פעילות צה"ל בשטחים וכמעניקי זכות לחופש תנועה לאזרחים הפלסטינים החיים בגדה המערבית. כדברי השופטת (כתוארה אז) בייניש בבג"ץ 9593/04 **ראשד מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון** (טרם פורסם):

"חופש התנועה הוא מזכויותיו הבסיסיות ביותר של האדם. עמדנו על כך שבשיטתנו המשפטית הוכר חופש התנועה הן כזכות יסוד העומדת על רגליה, הן כזכות הנגזרת מהזכות

לחירות, ויש אף הגורסים כי מדובר בזכות הנגזרת מכבוד האדם. חופש התנועה מוכר גם כזכות יסוד במשפט הבינלאומי וזכות זו מעוגנת בשורה של אמנות בינלאומיות".

93. עיגונו של חופש התנועה בחוק יסוד העוסק בכבודו של אדם ובחירותו מיטיב לשקף את התובנה העתיקה כי חירות ותנועה קשורות זו בזו קשר בל ינותק. הפילוסוף היווני אפיקטטוס הגדיר את החירות כך: "אני הולך לאן שאני חפץ ושב מתי שאני חפץ" (ראו: בתוך: יפה זילברשץ, "זכות היציאה ממדינה" משפטים כג (תשנ"ד) 71).

94. אכן, כל זכות, אף כזו הקשורה בטבורה לחירותו של אדם, אינה עומדת יחידה בעולם אלא הינה חלק ממערך זכויות ואינטרסים ביניהם יש לאזן. האיזון שנקבע בפסיקה בהקשר של צו איסור יציאה מן הארץ לפי תקנות לשעת חירום, מקום בו נטען כי הזכות לחופש התנועה החוצה מהמדינה מתנגשת באינטרס של שמירה על בטחון המדינה הוא מבחן החשש הכן והרציני לפגיעה. כפי שיראה להלן, להבנתנו במקרה שלפנינו יש מקום להחמיר את המבחן.

95. בבג"צ סלאח הנ"ל (4706/02) קבע כבי' השופט טירקל אמות מידה וקריטריונים אותם יש לשקול בטרם נפגע בחופש התנועה לצאת מהארץ. בין הקריטריונים יש לבחון את עוצמת הפגיעה לפי מידת היקפה הגיאוגרפי של ההגבלה, משך הזמן שהיא מוטלת והסיבה שבשלה מתבקשת היציאה לחו"ל.

96. בענייננו מוגבלת יציאתו של העותר מהשטחים הגבלה גורפת ולמעשה תחום תנועתו מצומצם לדלת אמותיה של הגדה המערבית. בנוסף, העותר מוגבל מלצאת לחו"ל החל ממרץ 2006, קרי מזה שלוש שנים נשללת זכותו לתנועה. היות ולא הוצא כל צו מינהלי הרי שלכאורה ההגבלה אינה תחומה בזמן ותיאורטית היא יכולה להישאר על כנה לעד.

97. כאמור, גם מטרת הנסיעה מהווה שיקול חשוב באיזון שבין הפגיעה בזכות התנועה לבין השמירה על אינטרס בטחון המדינה. כדברי השופט טירקל בבג"צ סלאח הנ"ל:

"מטרת הנסיעה ויעד הנסיעה הם שיקולים חשובים לעניין עוצמת הפגיעה בזכות. הגבלת זכות היציאה מן הארץ של מי שיציאתו חיונית וחשובה עשויה להעצים את הפגיעה בו. אינו דומה מי שיציאתו נועדה, לדוגמה, לצורך טיפול רפואי למי שיציאתו נועדה למטרת טיול. זאת ועוד, הגבלת יציאה של אדם המבקש לעלות לרגל למקום קדוש לדתו היא פגיעה בזכותו לחופש הדת והפולחן, ובתור שכזו היא חמורה ביותר."

(ההדגשה הוספה; מ.ס.).

98. העותר מבקש לצאת את הגדה בכדי להשתתף בכנסים ופגישות-עבודה שעניינם הגנה על זכויות אדם. באופן קונקרטי, הנסיעה שכרגע עומדת על הפרק נועדה להשתתף בטקס קבלת פרס לארגון שהוא עומד בראשו. יציאתו, אם-כן, היא חלק מעבודתו כמנכ"ל ארגון זכויות אדם. כידוע לכל, חלק בלתי נפרד מעבודתם של ארגוני זכויות אדם היא החלפת מידע ודעות עם עמיתיהם שמעבר לים. קשר זה מושג בין היתר באמצעות ניהול מפגשים, קיום הרצאות והשתתפות בכנסים.

99. מאז מרץ 2006, ביקש העותר לצאת לחו"ל מספר פעמים. בכל הפעמים היציאה לחו"ל נדרשה לצורך עבודתו וכדי להיפגש עם נציגי ארגוני זכויות אדם זרים ובינלאומיים ולהשתתף בכינוסים של ארגון האומות המאוחדות. גם הנסיעה שעומדת כיום על הפרק (להיפגש עם חברי ועדת האו"ם החוקרת את מצב זכויות האדם בשטחים הכבושים) היא חיונית לא רק לעותר אלא למרקם העדין של המשטר המתנהל בשטחים הכבושים בהם פעילותם של ארגוני זכויות האדם היא חיונית מאין כמותה.

100. מטרת נסיעתו של העותר, אם כך, היא לייצג את ארגון זכויות האדם שבראשו הוא עומד. מטרת נסיעתו של העותר היא לשמוע ולהשמיע, להחליף דעות והכל למען ביצור זכויות האדם בשטחים. **מטרת נסיעתו של העותר נופלת, אם כן, במידה רבה גם תחת הגנתו של עקרון חופש הביטוי, שאף הוא, כמובן, עקרון יסוד בשיטתנו המשפטית, ובתוכו תחת כנפיו של הביטוי הפוליטי המוגן יותר מכל ביטוי אחר (ראו: בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח (2)1).**

101. גישה זו, לפיה יש לבחון את מטרת היציאה לחו"ל על מנת להיטיב לאזן בין זכות התנועה לבין אינטרס השמירה על בטחון המדינה, קנתה אחיזה בקרב מלומדים אמריקאים. הפסיקה האמריקאית נחלקה בדעתה ביחס לשאלה תחת איזה תיקון בחוקה האמריקאית נופלת הזכות לחופש תנועה. בעוד שחלק שייכו אותה לתיקון הראשון לחוקה וטענו כי היא חוסה תחת ההגנה על חופש הדיבור, הרי שאחרים שייכו את הזכות לתיקון החמישי לחוקה ולזכות להליך הוגן. לאור חילוקי דעות אלו טענו מלומדים אמריקאיים כי אין להתייחס לזכות לחופש התנועה כמקשה אחת אלא ככל שמטרת הנסיעה היא זכות המעוגנת בתיקון הראשון לחוקה, הרי שניתן יהיה להגבילה רק בהתקיים סכנה ברורה ומיידית לקיום האינטרס הנוגד אותה – הוא המבחן לפגיעה בחופש הביטוי. (לפירוט ראו: יפה זילברשץ "זכות היציאה ממדינה" משפטים כג (תשנ"ד) 70, 105).

102. גישה הרואה בחופש התנועה זכות שחשיבותה זהה לזו של חופש הביטוי מופיעה גם בפסק דינה של המשנה לנשיא בן פורת בבג"ץ דאהר המוזכר לעיל:

"...לענייננו, אין מדובר בחופש הדיבור אלא בחופש התנועה, אך כרגיל אלה זכויות שוות ערך במשקלן, כטענת פרקליטם המלומד של העותרים."

103. ככל שנאמץ את גישתו של כבוד השופט טירקל בפרשת סלאח ואת גישתה של כב' המשנה לנשיא בן-פורת בפרשת דאהר בנוגע לחשיבותה של מטרת הנסיעה לעניין משקלה של זכות התנועה באיזון עם אינטרסים אחרים, הרי שבענייננו יש לאמץ מבחן מחמיר יותר ממבחן "החשש הכן והרציני" ולהגביל את חופש התנועה של העותר רק מקום בו קיימת וודאות קרובה לפגיעה בביטחון המדינה – הוא המבחן הקיים לפגיעה בחופש הביטוי במשפטנו.

104. עוד ינחו אותנו בעניין זה דבריה של כב' המשנה לנשיאה בן-פורת, שציינה בבג"ץ דאהר:

"כמו כן יש להביא בכלל השיקולים את חומרת הסכנה, שעליה סב החשש הכן והרציני, שהרי החשש לביטחון המדינה יכול שילבש צורות שונות ויתבטא באופנים שונים בעלי מידת חומרה שונה. לא הרי סכנה קלת ערך או בעלת משקל קל יחסית כהרי סכנה הנוגעת לאינטרס חיוני ממש".

(שם, פסקה 4, ההדגשה הוספה, מ.ס.).

ולא למותר להזכיר את דברי כב' השופט בך באותה פרשה:

"בסיכום ניתן לומר: החשש ה"רציני", המצדיק מתן צו לאיסור יציאתו של אדם מן המדינה, חייב להיות מושתת על ההערכה, שקיימת סכנה של ממש, כי עקב נסיעתו של אותו אדם לחוץ-לארץ עלול להיגרם נזק משמעותי לביטחון המדינה, וכדי להגדיר את המבחן מההיבט השלילי, הרי הייתי קובע, שמשמעותו של הדיבור "חשש רציני" היא, שחשש קלוש, שולי, רחוק או תיאורטי בלבד אינו מצדיק את הוצאתו של צו איסור יציאה על-פי תקנה 6 לתקנות. במיוחד חייבים אנו לשוות לנגד עינינו, כי העובדה, שפעילות של אזרח זה או אחר בחוץ-לארץ אינה נראית רצויה או אף נראית מזיקה מבחינת האספיראציות הלאומיות או המדיניות של הממשלה הנבחרת או של רוב תושבי המדינה, היא כשלעצמה אינה מצדיקה עדיין מתן צו לאיסור יציאתו של אותו אזרח מתחום המדינה".

(שם, פסקאות 10-11)

105. ונזכור כי בג"ץ דאהר כמו גם בג"ץ סלאח עסקו בהגבלת חופש התנועה באמצעות צו מינהלי של איסור יציאה מן הארץ לפי תקנה 6 לתקנות שעת חירום, ועל-כן הם עומדים בתנאי עקרון החוקיות, אולם בכל מקרה הנחיות השופטים באשר לאיזון בין הזכות לאינטרס המתנגש עימה יפות גם לענייננו. יתרה מכך, העותר יטען כי כאשר הגבלת חופש התנועה נעשית מכח צו כללי האוסר על כל הציבור לצאת את השטח הכבוש, הרי

שהרף הנדרש להוכחת סכנה לביטחון המדינה הינו גבוה הרבה יותר וכי על המשיבים להציג ראיות בדבר סכנה ממשית שתתרחש בוודאות קרובה, לו תוסר ההגבלה על היציאה. למותר לציין כי על הראיות לכאורה כנגד העותר להיות פרטניות ומבוססות על מידע קונקרטי מהימן ועדכני על מנת לקיים את הרף להוכחת הסכנה לאינטרס בטחון המדינה.

106. העותר אינו רשאי לצאת מהגדה המערבית מזה שלוש שנים; הוא אינו רשאי לצאת לאף יעד ולשום מטרה; ההגבלה הוטלה על תנועתו ללא משפט או הליך מעין-שיפוטי כלשהו; לא ניתנה לו זכות שימוע, לא זכות טיעון ולא זכות ערעור; ההגבלה היא חמורה ביותר והיקפה בזמן אינו יודע גבול.

107. בכל מקרה, חלה על המשיב החובה לשקול אמצעי שפגיעתו פחותה וכן לבחון היטב האם הפגיעה שקולה לתועלת הצומחת ממנה, עד כמה שצומחת תועלת כלשהי.

108. בפרשת סלאח קבע כבי' השופט טירקל כי על מנת לעמוד בעקרון המידתיות, חובה להידרש למשך הפגיעה בזכות היסוד:

"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 לימים מספר כהגבלה לחודשים מספר או אפילו שנים.

(ההדגשה הוספה; מ.ס.).

109. מכל האינדיקציות שיש לעותר עולה כי שיקול דעת ממשי ורציני כמתואר לא נעשה.

110. וכהוראתו של כבי' השופט טירקל – **"ככל שמשך הזמן של ההגבלה ארוך יותר, גדלה עוצמת הפגיעה"**. בענייננו ההגבלה נמשך שלוש שנים ולא ברור מה יביא להפסקתה. העותר אינו יודע מה הם הראיות שנאספו נגדו, מה מקורן, מה דרגת מהימנותן ומה הן מלמדות עליו. הוא לא נחקר ואף לא זומן לחקירה.

111. אין גם שום אינדיקציות שהמשיב ביצע איזון מחודש בעת שהתבקש בפעם האחרונה לאפשר לעותר לצאת את השטח הכבוש.

112. העותר יטען לפיכך כי המשיב לא ביצע איזון ראוי בין האינטרסים המתחרים בענייננו.

113. מינקותנו לימדונו את הכלל ביחסי דין-אדם ודין-רשות: כל אדם חירות לו לעשות ככל העולה על רוחו אלא אם הדין אוסר עליו; ואילו הרשות מוגבלת היא מעשות כל דבר שאין הדין מסמיך אותה, ובמיוחד אם כרוך הדבר בפגיעה בזכויות יסוד.

114. הדין החל בגדה המערבית מסמיך את המשיב להגביל תנועתו של אדם, אלא שהדין קובע שהדבר יעשה באמצעות צו מינהלי ובפרוצדורה הקבועה בו. כוונתנו היא לפרק ה' לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה ושומרון) (צו מספר 378) העוסק בצווי הגבלה ופיקוח.

115. כך למשל, סעיף 86(ב)(2) קובע כי המשיב רשאי להוציא צו פיקוח מיוחד לפיו אדם יהיה כפוף להגבלה הבאה:

*"לא יעזוב את העיר, הכפר או הנפה שבהם הוא גר, ללא רשות
בכתב של מפקד צבאי".*

116. מקל וחומר ברור כי הסמכה זו מאפשרת למפקד הצבאי גם למנוע יציאה אל מחוץ לשטח הכבוש באמצעות צו פיקוח מיוחד כאמור.

117. הוראות הצו בדבר הוראות ביטחון מסמיכות את המשיב להגביל את תנועתו של אדם אך גם קובעות כי צו הגבלה או צו פיקוח יוצא רק אם המפקד הצבאי "סבור כי הדבר הכרחי בגלל טעמי ביטחון החלטיים" (סעיף 84א לצו בדבר הוראות ביטחון). הצו בדבר הוראות ביטחון אף קובע הליך פרוצדוראלי הכולל ועדת ערר בפניה ישמעו טענות האדם שכנגדו מוצא הצו. רק צו הגבלה או צו פיקוח שעבר במסגרת של ועדת ערר וזכות שימוע יביא בסופו של יום לשימוש חוקי – על-פי עקרון החוקיות – בסמכות הרשות, במקרה זה סמכות המשיב, להגביל את תנועתו של אדם לשטח הכבוש בלבד.

118. בענייננו, טוען המשיב כי הוא אינו צריך לקיים שום הליכים היות ו**נקודת המוצא היא שאין זכות לצאת את הגדה**. עמדה זו, כפי שהוסבר לעיל, אינה מתקבלת על הדעת במשטר המתקיים זה למעלה מארבעה עשורים ובמיוחד כשהמשפט ההומניטארי של דיני התפיסה הלוחמתית אוסרים פרקטיקה שכזו במפורש.

119. ובכן, הטלת מגבלה על יציאה לחו"ל מבלי לקיים הליך שימוע ומבלי לבסס אותה על מקור חוקי המסמיך לפגוע בזכות **באופן אינדיבידואלי** - אינו חוקי, פוגע בעקרון החוקיות וגורם לפגיעה בזכויותיו של העותר אשר אינו יכול להיזקק למעט ההגנות שהוא זכאי להם בצו בדבר הוראות ביטחון (שימוע, הליכי ערר, רף איזון גבוה המחייב "טעמי ביטחון החלטיים" וכד').

120. גם מטעם זה יש לפסול את החלטת המשיב.

לאור כל האמור יתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי כמבוקש בראשית כתב העתירה ולאחר קבלת תגובת המשיב ודיון, להופכו למוחלט.

בנוסף, יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב בהוצאות המשפט של העותר, בשכר-טירחת עורך-דינו והכל בתוספת מע"מ כחוק וריבית מיום החיוב ועד לתשלום בפועל.

נטע פטריק, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותר

Cases/ShawanJabarin/ShawanJabarin17-Bagatz3