

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ שרף, ת"ז \_\_\_\_\_

תושב השטחים הכבושים

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

ע"י ב"כ עוה"ד נמרוד אביגאל (מ"ר 51583) ו/או עידו בלום  
(מ"ר 44538) 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) ו/או אלעד כהנא (מ"ר 49009) ו/או נועה  
דיאמונד (מ"ר 54665)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר  
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200  
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

**העותרים**

- נ ג ד -

**המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**

**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 מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, על מנת שיוכל לעבור ניתוח במפרק הירך בבית החולים אל-איסראיה שבירדן;

ב. מדוע לא יודיע מהו התאריך המדויק בו יפוג תוקפו של האיסור על יציאתו של העותר 1 מן הגדה המערבית;

ג. מדוע לא ינמק את סירובו להתיר את יציאת העותר 1, ולא יציג את סיבת הסירוב ונימוקיו ואת אופי הראיות עליהן הוא נשען;

ד. מדוע לא יימנע מהתניית יציאתו של העותר 1 בשיתוף פעולה עם גורמי הביטחון הישראליים.

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב להגיב לעתירה בדחיפות, וזאת הן לנוכח מצבו הרפואי של העותר 1, אשר מתקשה בהליכה, סובל מכאבים ולאחרונה הופנה על ידי רופאיו לעבור ניתוח דחוף בירדן, והן בשים לב למשמעותו של מימד הזמן, כאשר מדובר באיסור על יציאה לחו"ל והשלכת משך הזמן על עוצמת הפגיעה בזכויות העותר 1. וכדברי בית המשפט:

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

(בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד (נו5) 695 (2002); וראו גם: בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על (1)2006 (1) 320, 331; ובג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על (1)2005 (1) 1114, 1127).

## התשתית העובדתית

### הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**), הוא תושב השטחים הכבושים, יליד 1964, המתגורר עם אשתו וילדיו בחברון.
2. העותר סובל מזה שנים מכאבים ברגלו ובגבו, אשר מקורם במפרק ירכו. עוד בשנת 2008 עבר העותר ניתוח DHS (Dynamic Hip Screw), הכולל החדרת בורג למפרק הירך, בבית החולים אלאהלי בחברון, לאחר ששבר את עצם הירך. למרבה הצער, חודשים ספורים לאחר מכן עבר העותר תאונת דרכים, אשר גרמה לתזוזה בשבר הקודם, ובעקבותיה לא יכול היה להזיז את רגלו וסבל מכאבים עזים. בשנת 2009 אושפז העותר בבית החולים אל-מקאסד שבירושלים המזרחית, ובמסגרת ניתוח נוסף הוסר ההתקן הקודם בירכו, ובמקומו הוחלף מפרק הירך של העותר (Total Hip Replacement - THR).
3. הניתוח האחרון לא צלח, ומאז סובל העותר מדיסקופתיה (ניוון הסחוס) ומכאבים קשים בהליכה ברגלו ובגבו התחתון, אשר מקרינים לאיזורים אחרים בגופו וגורמים לתחושת רדימות. בשל כאביו, העותר איננו מסוגל ללכת ברציפות, ונזקק למנוחות תכופות. לאחרונה, קבעו רופאיו כי עליו לפנות בדחיפות לניתוח חוזר, שבו יוחלף בשנית מפרק ירכו, בבית החולים אל-איסראיה בירדן, המתמחה בניתוחים מסוג זה.  
העתק מסמכים רפואיים מצורפים ומסומנים **ע/1 א-ה**.
4. לא למותר לציין, כי עד קרות תאונת הדרכים אותה עבר העותר בשנת 2008 עבד העותר כמנהל עבודה באתרי בנייה. אולם, מאז אותה תאונה הוא מובטל ואינו מסוגל לפרנס את משפחתו.
5. לפני שנת 2007 יצא העותר את ארצו בלי שנתקל בבעיות. בשנת 2007, עת הגיע לגשר אלנבי במטרה לצאת את ארצו, גילה העותר להפתעתו כי המשיב מונע את יציאתו. משכך, פנה העותר למת"ק הישראלי בחברון, על מנת לברר את פשר הדבר ושם נפגש עם איש שב"כ. איש השב"כ **לחץ על העותר לשתף פעולה עם כוחות הביטחון ואמר לו כי אם ברצונו לראות את בתו, עליו להגיע לפגישה ביניהם מדי שבוע**. לאחר שהעותר סירב לניסיון זה של איש השב"כ להפכו למשתף פעולה, איים איש השב"כ כי **ידוע לו איפה גר העותר**, וסילק אותו מהמקום. **מאז, אכן מונע המשיב את יציאתו של העותר לירדן**.
6. יצוין עוד, כי **העותר מעולם לא נעצר**.
7. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
8. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על איזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מארבעים שנה.

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

9. מזה שנים מונע המשיב את יציאתם של רבים מתושבי השטחים הכבושים את ארצם. הדבר נעשה ללא מתן זכות טיעון וללא כל הודעה מראש. ברובם של המקרים נודע לאדם שהוא "מנוע יציאה" רק עת הגיעו למעבר שבגשר אלנבי, מזוודותיו בידי ותכניותיו לפניו.
10. במסגרת עתירה עקרונית שהוגשה בעניין זה (בג"ץ 8155/06 **האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**), קבע המשיב נוהל, אשר אמור לאפשר לתושב השטחים המבקש לצאת לחו"ל לערוך בירור מראש במת"ק האם הוא מנוע מיציאה לחו"ל ובמידת הצורך, להגיש השגה על המניעה. יודגש, כי על פי הנוהל, ההשגה מתאפשרת רק **לאחר** שכבר הוחלט למנוע את יציאת אותו אדם לחו"ל, שלא לאחר מתן זכות טיעון ואף מבלי שדבר ההחלטה נמסר לאיש.
11. יצוין, כי גם הליך ההשגה שנקבע בנוהל לא נותן ביטוי לזכות הטיעון ולכללי הצדק הטבעי. למעשה, הנוהל אף מרע את מצבו של מי שהמשיב החליט למנוע את יציאתו, לעומת המצב שהיה לפני שבא לעולם: אם בעבר יכול היה אותו אדם לפנות באמצעות באי כוחו למשיב (וליתר דיוק יועמ"ש המשיב), להעלות באמצעותם את טענותיו במכתב מפורט או אף בשיחת טלפון ולקבל תשובות ענייניות ומפורטות, הרי שהליך ההשגה מחייב **נוכחות אישית** מצידו במת"ק **ומונע ייצוג**. לא מדובר אך בהשחתת זמנו של אדם, שנדרש לבזבז ימים שלמים בבירוקרטיה המתישה הכרוכה בפנייה למת"ק, אלא גם בסילוק באי כוחו – עורכי דין או ארגוני זכויות אדם – מהתמונה.
12. על פי הנוהל, משך בדיקת ההשגה הוא שמונה שבועות לכל היותר; כלומר, **במשך חודשיים לאחר שהפונה כבר הוחזר מהגשר, ערב נסיעתו המתוכננת**. דהיינו, אדם המעוניין לברר האם הוא מנוע יציאה, להגיש השגה על המניעה במקרה הצורך ואולי אף לפנות לבית המשפט, נאלץ להתייצב במת"ק לבירור מוקדם **כשלושה חודשים קודם לנסיעתו**.
13. כעולה מהודעת המשיבים מיום 11.2.2010 בבג"צ 8155/06 הנ"ל, הנוהל קובע כי לאחר קבלת ההחלטה בעניינו, תימסר לפונה התשובה בכתב או בטלפון **בהקדם**.
14. עוד נקבע בנוהל, כי ניתן לפנות למשיב בהשגה נוספת רק **בתום תשעה חודשים** מיום הגשת ההשגה; בקשה חדשה להתרת יציאה ניתן להגיש, על פי הנוהל, אך ורק במקרה של "צורך הומניטארי מיוחד".
15. מדובר בנוהל מסורבל, ממושך, מתיש ומייגע. רבים מתושבי השטחים כלל אינם מכירים אותו, שכן המשיב לא עשה די כדי לפרסמו. התוצאה היא שבפועל, רק מעטים שבמעטים מבין אלו שהנוהל נועד לכאורה לשימושם (שכן כל מי שמעוניינים לצאת לחו"ל אינם יודעים האם המשיב החליט למנוע את יציאתם או לא), אכן מכירים את הנוהל ופונים על פיו לבירור מוקדם: מתוך למעלה **מחצי מיליון** תושבי השטחים הכבושים אשר יוצאים מדי שנה את הגדה, פונים למשיב על פי הנוהל מדי שנה **כ-150 בני אדם בסך הכול**.
16. כך מונע המשיב את יציאתם של תושבי השטחים מהגדה לירדן, על דעת עצמו, **לתקופה בלתי מוגבלת**, בלא שתיתן לאדם שיציאתו נאסרה הזדמנות של ממש לטעון כנגד החלטה זו.

17. יצוין, כי מכיוון שבבג"ץ 8155/06 הנ"ל, לא התבקשו סעדים בנוגע לנוהל אשר גובש במסגרתו, ביקשו העותרים למחוק את עתירתם וכך נעשה ביום 21.2.10, "תוך שמירת זכותם של העותרים לשוב ולפנות לבית המשפט בעניינים פרטניים הנוגעים לנוהל".

### מיצוי ההליכים

18. נוכח כאביו הקשים ורצונו לעבור את הניתוח הנדרש בירדן, קיווה העותר כי על אף המניעה שהוטלה עליו מאז סירב לשתף פעולה עם גורמי הביטחון, הרי שבשל הנסיבות יאפשרו הפעם את יציאתו לטיפול הרפואי החשוב. משכך, הגיש העותר באמצע חודש אוקטובר האחרון למשיב, באמצעות משרד הקישור הפלסטיני, השגה כנגד החלטת המשיב למנוע את יציאתו. להשגתו צירף העותר את הדוחות הרפואיים שהיו בידי אשתו עת (ר' 1/א-ב).

19. ביום 22.11.10 קיבל העותר את תשובת המשיב בכתב, באמצעות משרד הקישור הפלסטיני, לפיה ההשגה סורבה. בטופס ההשגה נכתב "תגובת הגורם המאבחן מסורב". הא ותו לא.

העתק החלטת הסירוב מצורף ומסומן ע/2.

20. כפי שתואר לעיל, לאחרונה קבעו רופאיו של העותר – הסובל מכאבים ומתקשה בתפקוד היומיומי – כי עליו לעבור ניתוח חוזר בדחיפות, והפנו אותו לבית החולים אל-איסראיה בירדן, אשר מתמחה בנייתוחים מסוג זה.

21. בנסיבות אלה לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט.

### הטיעון המשפטי

#### א. היקף סמכות המפקד הצבאי לאסור על היציאה מהשטחים הכבושים

22. כמפקד השטח הכבוש, למשיב חובה אקטיבית להגן על זכויותיהם של התושבים, להבטיח את חייהם התקינים ולשמור על זכויותיהם. תקנה 43 לתקנות האג, קובעת:

בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים... (ההדגשה הוספה).

23. 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 באיזור יהודה והשומרון, פ"ד לז' (4) 785, 797 (1983); ההדגשה הוספה).

24. ובמקרה אחר נפסק כי:

במסגרת הפנמתם של הדינים ההומניטריים מן הראוי הוא כי יודגש, כי חובתו של המפקד הצבאי אינה מתמצית בהימנעות הצבא מפגיעה בחייהם ובכבודם

של התושבים המקומיים... חובתו היא גם "חיובית"... עליו להגן על חייהם וכבודם של התושבים המקומיים, הכל במגבלות הזמן והמקום.

(בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 407, 385).

25. כפי שנפסק לא פעם, המשיב הוא נאמן השטחים הכבושים, ואינו הריבון שם. מכלול סמכויותיו בשטח הכבוש נתון לו מכוח המשפט הבינלאומי, ובכפוף לו. בין היתר, מחויב המשיב בהוראות המשפט הבינלאומי המינהגי, הן ההומניטארי, כפי שנקבע בתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907, ובאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה; והן משפט זכויות האדם.

26. מובן כי המשיב לא שואב את סמכותו מן החקיקה הצבאית אשר הוא עצמו קובע, אלא ממכלול המשפט הבינלאומי, אשר מהווה את הבסיס הנורמטיבי הבלעדי להפעלת סמכויותיו (בג"ץ 2150/07 אבו צפייה נ' שר הביטחון (לא פורסם, 29.12.2009)).

27. משכך, את סמכותו של המפקד הצבאי למנוע יציאתו של תושב מוגן מן השטחים הכבושים, את היקפה ואת התנאים להפעלתה, יש לבחון על פי הסמכויות אשר מוענקות לו **במשפט הבינלאומי**.

28. על פי המשפט הבינלאומי, נקודת המוצא הנורמטיבית הינה כי המשיב מחויב להתיר לתושבי השטחים הכבושים לצאת מארצם. כפי שמתארת זאת המלומדת זילברשץ:

ההחלה המשותפת של הדינים הכלליים בזכויות האדם והמשפט ההומניטרי הקבוע באמנות האג וג'נבה על שטחים המוחזקים בתפישה לוחמתית מובילים למסקנה שזכות היציאה ממדינה, המוקנית לכל אדם על-פי האמנות הבינלאומיות, מוקנית גם לתושבי שטחים המוחזקים בתפישה לוחמתית, בין אם הם אזרחי המעצמה שממנה נלקח השטח ובין אם לאו.

זכות היציאה מהמדינה מוכרת גם כנורמה מנהגית במשפט הבינלאומי, ועל-כן היא הופכת להיות חלק ממשפטה הפנימי של מדינת ישראל. הממשל הצבאי בשטחים, הכפוף להלכות המשפט המינהגי הישראלי ולהלכות המשפט הבינלאומי המנהגי, מחויב לאפשר לתושבי השטחים לממש זכות-יסוד חשובה זו.

(י' זילברשץ "זכות היציאה ממדינה" משפטים כ"ג 69, 86 (תשנ"ד)).

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

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

30. מקור סמכותו של המפקד הצבאי להגביל את זכותם של תושבי השטחים לצאת את ארצם מצוי, אם כן, באמנת ג'נבה הרביעית. סעיף 27 לאמנה, הקובע את חובות המפקד הצבאי כלפי תושבים מוגנים בשטח כבוש, קובע בסיפא כי:

The Parties to the conflict may take such measures of control and security in regard to protected persons as may be necessary as a result of the war.

31. וכך נאמר בפרשנות הצלב האדום לגבי הסיפא לסעיף:

The various security measures which States might take are not specified; the Article merely lays down a general provision...

What is essential is that the measures of constraint they [the States; N.A.] adopt should not affect the fundamental rights of the persons concerned. As has been seen, those rights must be respected even when measures of constraint are justified.

ראו : <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/380-600032?OpenDocument>

32. סעיף 78 לאמנה מגדיר ומגביל את מרווח שיקול דעתו של המפקד הצבאי בעת שהוא נוקט באמצעי ביטחון כנגד תושבים מוגנים :

If the Occupying Power considers it necessary, for **imperative reasons of security**, to take safety measures concerning protected persons, it may, at the most, subject them to assigned residence or to internment.

(ההדגשה הוספה ; נ.א.).

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

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

(ההדגשה הוספה ; נ.א.).

34. המלומד פיקטה מבהיר בפרשנותו כי :

It should be noted that the right to leave the territory is not in any way conditional, so that no one can be prevented from leaving as a measure of reprisals... It is therefore essential for States to safeguard the basic principal by showing moderation and only invoking these reservations when reasons of the utmost urgency so demand.

(Pictet J.S. Commentary: IV Geneva Convention – Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. P. 235-236 (Geneva, 1958)).

(ההדגשות הוספו ; נ.א.).

35. דהיינו, האמנה מסמיכה את המפקד הצבאי להגביל את חירותו של הפרט, אך ורק אם הדבר הכרחי משיקולי ביטחון מובהקים, תוך איזון ראוי ובתנאי שאין בכך פגיעה בזכויות היסוד שלו.

36. יוער, כי החקיקה הצבאית אשר קבע המפקד הצבאי דווקא **אינה** מסדירה את סמכות מניעת היציאה מן הגדה המערבית.

על פי החקיקה הצבאית (סעיף 318 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009), אם המפקד הצבאי מעוניין לאסור על יציאה משטח כלשהו, עליו להכריז באופן כללי על "שטח סגור" **ובנוסף** עליו לקבוע הוראות מפורשות ובהן איסור קונקרטי על **יציאה** מן השטח הסגור. דהיינו, לעצם ההכרזה על שטח סגור אין משמעות כשלעצמה, אלא באמצעות ההוראות הנלוות אליה, הקובעות את האיסורים הרלבנטיים בכל מקרה. אולם, המפקד הצבאי **לא עשה זאת ולא קבע הוראה המגבילה את**

**היציאה מן הגדה.** כאמור, לעצם ההכרזה הכללית על הגדה כ"שטח סגור" אין כל רלבנטיות לעניין.

גם הסכם אוסלו לא קבע הוראות המסמיכות את המפקד הצבאי למנוע יציאה מן הגדה המערבית בשל מניעה "ביטחונית" כללית, אלא רק בנסיבות ספציפיות ביותר, כגון מניעה אגב מעצרו של חשוד.

### **ב. האיסור על גיוס משתפי-פעולה מקרב בני האוכלוסייה המוגנת**

37. מהנסיבות שתוארו לעיל (ר' סי' 5) דומה, כי המשיב עושה את סמכותו המצומצמת למנוע את יציאת העותר מהשטחים קרדום לחפור בו. המשיב מבקש להפעיל לחץ על העותר לשתף פעולה עם גורמי הביטחון, תוך שהוא מתנה בכך את זכותו לצאת את ארצו. האמנה מסמיכה את המפקד הצבאי להגביל את חירותו של הפרט, אם הדבר הכרחי משיקולי ביטחון מובהקים, תוך איזון ראוי ובתנאי שאין בכך פגיעה בזכויות היסוד שלו, אולם אין בסמכות המפקד הצבאי להתנות את זכותו של אדם לצאת את ארצו בשיתוף פעולה.

38. המשפט ההומניטארי הבינלאומי אוסר על כוחות המעצמה הכובשת ללחוץ על מוגנים לשתף פעולה עם כוחות הכיבוש, כדי לספק להם מידע על אנשים שונים, בתמורה למימוש זכויותיהם הבסיסיות.

39. לעניין האיסור על הפעלת לחץ על האוכלוסייה המוגנת לצורך שיתוף-פעולה, ראו סעיף 31 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949):

אין להשתמש כלפי מוגנים בשום כפייה גופנית או מוסרית, ובפרט לשם השגת ידיעות מהם או מצד שלישי.

וסעיף 51 לאמנת ג'נבה הרביעית:

אסור לה למעצמה הכובשת להכריח מוגנים לשרת בכוחותיה המזוינים או בכוחות העזר שלה. כל לחץ או תעמולה, שמטרתם להבטיח התנדבות לצבא, אסורים.

40. הפרה של איסור זה מטילה, על פי דיני המלחמה, **אחריות פלילית בינלאומית באופן אישי** על מבצעי המעשה (ראו: סעיף 147 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949)).

לעניין הפרה של האיסור על גיוס משתפי פעולה ראו גם:

סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949);

סעיף 44 לתקנות האג (1907);

פרשנות פיקטה לסעיף 31 (Pictet J. Ed. Commentary: IV Geneva Convention, ICRC 1958. pp. 219-220);

וכלל 87 למחקרו של הצלב האדום על המשפט ההומניטארי הבינלאומי המנהגי (Henckaerts J. Doswald-Beck L. Customary International Humanitarian Law, ICRC, 2005. pp. 306-308).

41. בדומה לכך, פסק בית משפט נכבד זה בעניין "נוהל שכך", ויפים דבריו של הנשיא ברק בפסק דינו, על דרך האנאלוגיה, לעניין גיוס משתפי פעולה:

עקרון בסיסי העובר כחוט השני בדיני התפיסה הלוחמתית הוא האיסור של שימוש בתושבים מוגנים כחלק מהמאמץ המלחמתי של הצבא התופס. אין לנצל את האוכלוסייה המקומית לצרכיו הצבאיים של הצבא התופס (ראו פלק

עמ' 218). **אין לנדב אותם ל"שיתוף פעולה" עם הצבא** (ראו סעיף 23 (B) לתקנות האג וסעיף 51 לאמנת ג'נבה הרביעית. ראו גם פיקטה, ע' 292). מעקרון כללי זה נגזר האיסור הספציפי של שימוש בתושבים מקומיים כ"מגניי אנוש... **כן נגזר מעקרון זה איסור השימוש בכפייה** (גופנית או מוסרית) כלפי אנשים מוגנים לשם השגת ידיעות (סעיף 31 לאמנת ג'נבה הרביעית; פיקטה, עמ' 219). אין לבסס נוהל על הסכמה, כאשר ברבים מהמקרים זו לא תהא אמיתית (ראו פלק עמ' 252). יש להימנע ממצב בו תתבקש הסכמה זו". מה גם שלא יהיה לה תוקף, הואיל ולאור סעיף 8 לאמנה הרביעית (פיקטה עמ' 72, 74), תושב מוגן אינו רשאי לוותר על זכויותיו.

(בג"ץ 3799/02 **עדאלה נגד אלוף פיקוד מרכז**, תק-על 2005(4), 49 (2005); ההדגשה הוספה).

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

42. יש לזכור כי שלילת 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, והשיקול בינה לבין הערך הנוגד הופך להיות קשה ומורכב יותר (הדגשים אינם במקור).

(בג"ץ 6358/05 **ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף**, תק-על 2006(1) 320, פס' 15 (2006)).

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

יש לתחום את הגבלת זכות היציאה בזמן; שהרי הגבלת יציאה מהארץ לימים לא דומה להגבלתה במשך חודשים או להגבלה של שנים. כיצד ייקבע זמן הגבלת הזכות ליציאה? ראשית, **יש להקפיד על-כך שברגע שהאינטרס חדל להתקיים יתאפשר לאדם לממש את זכותו ליציאה מהארץ** [...]

נוסף על-כך, **יש לקבוע זמן מירבי שמעבר לו לא ניתן יהיה לטעון כי הנסיבות המצדיקות הגבלת הזכות ממשיכות להתקיים**. [...]

תיחום זמן הגבלתה של זכות היציאה עומד בתיאום עם הדרישה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהגבלת זכות לא תהיה במידה העולה על הנדרש (הדגשים אינם במקור).

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

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

כך גם מקום בו זכות היציאה מן הארץ מוגבלת מטעמי ביטחון, בצו איסור יציאה מן הארץ מטעמי ביטחון בהתאם לתקנה 6 לתקנות שעת חירום (יציאה לחוץ – לארץ), התש"ח-1948. בהפעילו ביקורת שיפוטית על צווי עיכוב יציאה מהארץ מכוח תקנה 6 האמורה, התייחס בית המשפט באופן מפורש **למגבלת הזמן** הקבועה בהם ולמשך התקופה בה נקבע שיעמדו בתוקף,



בקביעתו האם מדובר בהחלטה מידתית או לא (בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, נו(5) 695, ס' 11 לפסק הדין); בג"ץ 5211/04 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, מיום 26.7.04, ס' 13 לפסק הדין).

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

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

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

46. ודוק: הכלל לפיו הגבלת חירות חייבת להיות תחומה זמן, אינו מצומצם לפגיעה בזכות לצאת את הארץ. מקום בו נשללת חירותו של אדם, לרבות מטעמים מניעתיים, חייב הדבר להיעשות לתקופה קצובה שסופה ידוע מראש (ושניתן להאריך או לחדש אם יש נסיבות המצדיקות זאת). כך למשל במקרים הבאים:

צו מעצר לפי חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, חייב להיות מוגבל בזמן (ס' 18(א)(7) לחוק), כאשר הארכת מעצר מכוח החוק מוגבלת גם היא במועדה בהתאם להחלטת בית המשפט;

גם צו מעצר לפי חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979 צריך להיות תחום בזמן (סעיף 2(א) לחוק) כשניתן להאריך את תוקפו למועד ידוע בהתאם להחלטת בית המשפט;

כך גם צווים לפיקוח ותיחום מקום מגורים, בהתאם לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), תחום בזמן (ר' למשל בג"ץ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6), 352);

ניתן לציין גם צווים המטילים מגבלות על מגורים או עבודה לפי חוק מגבלות על חזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע העבירה, התשס"ה-2004, שחייבים גם הם להיות מוגבלים בזמן (ס' 3(ד)(1) לצו), וכן צווי פיקוח לפי חוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין, תשס"ו-2006 (סעיפים 14-12 לחוק). ודוק: במקרים אלו מדובר במגבלות עקב הרשעה, בניגוד לענייננו, בו מדובר על מגבלות עקב חומר החסוי מפני העותר;

47. עקרון המידתיות, אשר מחייב כי כל פגיעה בזכות מוגנת צריכה להיות מידתית, מושרש הן במשפט הבינלאומי, הן במשפט המינהלי והן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חובת המידתיות חולשת על כל הוראות החוק המקנות לרשות סמכות להגביל את זכות היציאה, וזאת אף כאשר בחוק הספציפי לא קיימת הוראה מפורשת לעניין מגבלת הזמן.

על חשיבות הזכות הנתונה לכל אדם לצאת מישראל אין איש חולק. עוד לפני יותר מחמישה עשורים קבע בית-משפט זה, כי "חירות התנועה של האזרח מן הארץ אל מחוצה לה היא זכות טבעית" (השופט זילברג בבג"ץ 111/53 קאופמן

נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 536). ובינתיים - כלום יש להזכיר? - עוגנה החירות האמורה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע (בסעיף 6(א)), כי "כל אדם חופשי לצאת מישראל". אך חוק היסוד לא גרע מסמכות השר על-פי תקנה 6 הנ"ל, בהיות התקנה בגדר "דין שמור", כמשמעו בסעיף 10 לחוק היסוד. עם זאת, כפי שכבר צוין, אף שחוק היסוד איננו משפיע על תוקפה של תקנה 6, הוא משפיע על פרשנותה, וכפועל-יוצא מכך - על הזירות המיוחדת שבה יש להתייחס להפעלת הסמכות בידי שר הפנים, לנוכח המשקל הנכבד שיש ליתן לזכותו של האדם הנפגע מהפעלתה (השוו: דברי חברי, הנשיא, שנאמרו בהקשר שונה מזה שבענייננו, בבש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 290, 293). **הבחינה הנדרשת היא כפולה: תכלית הוצאתו של הצו ומידתיותו.**

[...]

השר הסתפק באיסור יציאתו של העותר מן הארץ לתקופה מוגבלת של שנים-עשר חודשים. משמעות הדבר אינה שבתום התקופה האמורה לא יהיה בידי השר להוציא נגד העותר צו שיאסור את יציאתו מן הארץ למשך תקופה נוספת. משמעותו היא, כי השר קיבל על עצמו לשוב ולשקול, בתום תקופתו של צו האיסור הנוכחי, אם החשש שיציאת העותר מישראל עלולה לפגוע בביטחון המדינה, עודנו מתקיים בעוצמה המצדיקה את הוצאתו של צו איסור חדש.

(בג"צ 5211/04 **מרדכי ואנונו ואח' נ' אלוף פיקוד העורף ואח'**, פס"ד מיום 26.7.04, פורסם באתר ביהמ"ש).

48. עיקרון המידתיות במשפט הבינלאומי קובע, כי כאשר הדין הבין לאומי מאפשר למדינה לפגוע בזכויות מוגנות בשל קיומו של צורך מכריע לעשות כן, על אותה פגיעה להיות מידתית. עיקרון זה חל אף כאשר המדינה פוגעת בזכות לצאת מהמדינה.

Restrictions on the right to leave must be 'provided by law, must be necessary in a democratic society for the protection of these purposes and must be consistent with all other rights recognized in the Covenant'. In addition to these limitations, General Comment No. 27 requires restrictions on the right to leave to be proportionate, appropriate under the circumstances, and the 'least intrusive instrument amongst those which might achieve the desired result [...]'. The application of restrictions in any individual case must be based on clear legal grounds and meet the test of necessity and the requirements of proportionality

(Harvey and Barnidge "Human Rights, Free Movement, and the Right to Leave in International Law" *International Journal of Refugee Law*, Vol. 19, Issue 1, pp. 1-21, 2007

לקריאה נרחבת על עיקרון המידתיות במשפט הבינלאומי ר' יובל שני **שימוש בעקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי** (2009), פורסם באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il).

49. החלטתו של המשיב הינה בגדר 'מעטה ועד עולם' ומשכך, אינה מידתית. יפים לענייננו דברי כבוד הנשיא ברק בדנ"פ 7048/97 **פלוניס נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721, לעניין חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979, אשר אינו קובע מגבלת זמן מקסימאלית לכלל המעצר המינהלי:

מעצר מינהלי אינו יכול להימשך ללא סוף. ככל שתקופת המעצר שחלפה הולכת ומתארכת, כך נדרשים שיקולים כבדי משקל יותר כדי להצדיק הארכת מעצר נוספת. **עם חלוף הזמן הופך האמצעי של המעצר המינהלי למכביד עד כדי כך שהוא חדל להיות מידתי.** אכן, גם כאשר נתונה הסמכות לפגוע בחירות באמצעות צו מעצר, השימוש בסמכות זו חייב להיות מידתי. אין לעבור את "נקודת השבירה" שמעבר לה, המעצר המינהלי שוב אינו מידתי. מיקומה של

"נקודת השבירה" משתנה עם הנסיבות. הכול תלוי בחשיבותה של התכלית שהמעצר המינהלי מבקש להגשים; הכול מותנה במידת ההסתברות של הגשמת התכלית על-ידי השימוש במעצר ובמידת התאמתו של המעצר המינהלי להשגת התכלית; הכול קשור בקיומם של אמצעים חלופיים להשגת התכלית שפגיעתם בחירות הפרט קטנה יותר; הכול נגזר מחריפותה של הפגיעה בחירות הפרט על רקע התכלית הראויה שאותה מבקשים להשיג. (ההדגשים הוספו).

50. המשיב מבקש להפוך את הדין על פיו, ולהתנער מחובותיו כרשות מינהלית. החלטתו למנוע את יציאתו של העותר אינה תחומה בזמן, ויותר מכך – המשיב אף אינו מתחייב לבחון מחדש את החלטתו תוך זמן קצוב. למעשה, המשיב הופך בכך את נטל האחריות ומטילו על האדם אשר זכותו נפגעה מהחלטתו. אותו אדם נאלץ, על פי החלטת המשיב, לפנות שוב ושוב כנגד החלטת המשיב, והוא אף מוגבל לעשות כן אך אחת לתשעה חודשים.

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

52. משנמנע המשיב מלתחום את הפגיעה בעותר, מוסמך בית המשפט להקטין את הפגיעה, בין על דרך תחימת ההגבלה ובין על דרך שיורה הוא למשיב לבחון את החלטתו מחדש בתוך זמן קצוב. כך, על דרך השאלה, פורשה בבבג"ץ 2320/98 **עבד אל פתאח מחמוד אלמעמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון**, פ"ד נב(3) 346, סמכותו של בית המשפט להורות על קיצור מעצר מינהלי על מנת לחייב את המפקד הצבאי לשקול מחדש את החלטתו:

אפשר שהשופט יחליט לקצר את תקופת המעצר, לא כדי לחייב את המפקד הצבאי לשחרר את העצור, אלא כדי לחייב את המפקד הצבאי לשקול מחדש את החומר נגד העצור ולהחליט מחדש אם חומר זה מצדיק את המשך המעצר. אפשר שהשופט יחליט כך במקרה גבולי שקיים בו ספק אם החומר נגד העצור מצדיק מעצר ממושך, או במקרה שבו קיימת אפשרות סבירה שהנסיבות ישתנו כך שהחומר אשר הצדיק את המעצר בשעתו לא יצדיק עוד את המשך המעצר. במצב כזה עשוי השופט ללכת בדרך ביניים: הוא יכול לתת החלטה המקצרת את תקופת המעצר, כדי שהמפקד הצבאי ישקול מחדש, לאור החלטת השופט, אם יש הצדקה להמשך המעצר. (עמוד 363 לפסק הדין).

#### ד. חובת המשיב לנמק החלטתו כחלק אינהרנטי מזכותו של העותר לשימוע

53. העותר, אשר זכויותיו הוגבלו בעקבות החלטת המשיב, זכאי לכך כי ההחלטה בעניינו תתקבל בדרך מינהלית תקינה וכי המשיב יחשוף את הטעם להגבלת זכותו זו, והרציונאל הוא ברור: **ללא פירוש טעם הסירוב, לא יוכל אדם שנפגע מן ההחלטה לכפור בטענות שעומדות כנגדו וזכויותיו המוגנות עלולות להיות מוגבלות ללא כל ביקורת או מבחן.** גם כאשר היקף ההנמקה מוגבל בשל שיקולי ביטחון, עדיין אין בכך בהכרח כדי למנוע גילוי נימוקים באופן מוחלט.

פטור מגילוי נימוקים, עובדות או מסמכים כאשר הגילוי עלול לפגוע בבטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה מקובל על המחוקק ועל בית המשפט בהקשרים שונים. ואם יש כאן מקום לתמיהה, אין זה בגלל עצם הפטור, אלא בגלל היקף הפטור. שכן, מצד אחד, סביר הדבר שעובד הציבור לא יהיה חייב לגלות נימוקים להחלטתו במידה שיהיה בכך כדי לפגוע בבטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה. אולם, מן הצד השני, **אין בכך בהכרח כדי למנוע גילוי נימוקים באופן מוחלט.**

(י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ב, תשנ"ו), בעמ' 917; ההדגשה הוספה).

ועוד :

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

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

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

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

המקרה שלפנינו מדגים יפה את החשיבות הרבה שיש ליחס לשמירה קפדנית של הכללים בדבר זכות השמיעה. משלא ניתנה לעותר האפשרות לשימוע את התלונות נגדו ולהשמיע את תגובתו שלו, התגבשה בו ההכרה, כי שיקולי הרשויות הם פסולים ומפלים, והאמון שלו כאזרח באמינות השלטון התערער.

מצב דברים זה באים הכללים בדבר זכות השמיעה למנוע, שכן הם מכוונים לא רק לכך שהלכה למעשה ייעשה צדק עם הנפגע, אלא הם מכוונים גם להבטיח את האמון של הציבור בפעילותם התקינה של השלטונות...

זכות זו אין משמעותה אך הליך פורמלי של הזמנה ושמיעה. זכות השמיעה משמעותה הזכות לשמיעה הוגנת (בג"צ 598/77, בעמ' 168). זכות זו משמעותה מתן הזדמנות נאותה להגיב על מידע שנתקבל, והעשוי להשפיע על ההחלטה בעניינו של העותר (ראה: בג"צ 361/76).

על-כן, אין מקיימים כהלכתה את זכות השמיעה, אם אין מפנים את תשומת לבו של הפונה למידע, שנתקבל בעניינו, ומאפשרים לו להגיב עליו כראוי.

(בג"צ 656/80 **סאלב אבו רומי נ' שר הבריאות**, פ"ד לה(3) 185, 190).

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

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

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

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

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

ה. הפגיעה בזכויות העותר(i) הזכות לחופש התנועה

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

61. 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.

62. 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).

63. 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)).

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

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

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

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

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

65. זכות זו קיימת גם בזמן מלחמה, כפי שקובע סעיף 35 לאמנת גינבה הרביעית (1949):

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

המלומד פיקטה מבהיר בפרשנותו כי :

It should be noted that the **right to leave the territory is not in any way conditional, so that no one can be prevented from leaving** as a measure of reprisals... It is therefore essential for States to safeguard the basic principal by showing moderation and **only invoking these reservations when reasons of the utmost urgency so demand**. [emphasis added].

(Pictet J.S. Commentary: IV Geneva Convention – Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. P. 235-236 (Geneva, 1958)).

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

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

(ii) זכות העותר לבריאות ולנגישות לטיפול רפואי

67. המשיב מונע מהעותר לצאת לירדן, לשם הופנה לצורך ניתוח במפרק הירך בבית החולים אל-איסראיה. התנהלות זו של המשיב פוגעת בזכותו היסודית של העותר לבריאות ולטיפול רפואי. התנהלות זו הינה מנוגדת לכללי המשפט הבינלאומי ומשפט זכויות האדם ואינה עולה בקנה אחד עם ההגנה המוענקת לאוכלוסייה הכבושה.

ראו בעניין זה :

סעיף 25 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948 ;

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

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

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

וסעיף 24 לאמנה בדבר זכויות הילד 1989.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

כבודו של אדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי (ראו בג"צ 161/94 **אטרי נ' מדינת ישראל** (לא פורסם)... אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע.

(רע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה(2) 360, 376).

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

בעולמו של המשפט העברי, לא רק חובתו של חולה להתרפא אלא זכות יסוד היא לו לקבל את הטיפול הרפואי מרופא שבו יש לחולה אמון ושנבחר על ידו.

(ע"א 506/88 **שפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 87, 113 (1993); ראו גם: רע"א 7757/95 **נורדן נ' חטאב**, תק-על 96(1) 643 (1996)).

במקרה אחר נאמר כי:

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

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

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

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

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

76. ויפים דבריו של כבי' השופט רובינשטיין, בתפקידו כיועץ המשפטי לממשלה, בעניין זה:

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

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

### סיכומם של דברים

77. העותר מעוניין לצאת את ארצו על מנת לעבור ניתוח להחלפת מפרק ירך בבית החולים אל-איסראיה שבירדן. סירוב המשיב לאפשר את יציאתו מהגדה פוגע קשות בזכותו לחופש תנועה ובכל הזכויות הנלוות לה, ובעיקר בזכותו של העותר לבריאות ולנגישות לטיפול רפואי.

78. המשיב מונע מהעותר לצאת את ארצו באופן מוחלט וגורף. בכך הופך המשיב את העותר לכלוא בארצו. המשיב אינו תוחם את המניעה בזמן, ומעמיד את העותר במצב של חוסר ודאות מוחלט. בכך הוא פוגע אנושות בזכותו לכבוד ולהליך הוגן ובזכותו לטעון לחפותו.

79. זאת ועוד – המשיב לא נימק את סירובו להתיר את יציאת העותר לירדן, ובכך הוא מאלץ אותו לפנות לבית המשפט הנכבד, מבלי שתהיה לו אפשרות של ממש לשקול לעומק את עניינו.

80. אם לא די בכך, כפי שתואר לעיל, המשיב התנה את זכותו של העותר לצאת את ארצו בכך שישתף פעולה עם כוחות הביטחון. מובן שמדובר בהפרה חמורה של הדין, בחריגה מסמכות, ובהפרת חובותיו של המשיב, והכול כפי שפורט לעיל.

81. 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.



לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיב, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

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

---

נמרוד אביגאל, עו"ד  
ב"כ העותרים

17 בפברואר 2011

[ת.ש. 67795]