

בעניין:

1. קטש, ת"ז
תושב השטחים הכבושים

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

ע"י ב"כ ב"כ עוה"ד אלעד כהנא (מ"ר 49009) 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 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 מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, ומשם למכה שבסעודיה, על מנת לקיים את מצוות דתו, המצוות העומרה, ולעלות לרגל למכה, וכן על מנת לבקר את קרובי משפחתו בקטאר;

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

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב להגיב לעתירה בהקדם, הן משום שהמועד בו רשאי העותר לקיים את מצוות העומרה יחול בסביבות חודש מרץ 2010, והן לאור משמעותו של מימד הזמן, כאשר מדובר באיסור על יציאה לחו"ל והשלכת משך הזמן על עוצמת הפגיעה בזכויותיו של העותר. כדברי בית המשפט:

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

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

התשתית העובדתית

מבוא: היציאה לקיום מצוות העומרה

1. העלייה לרגל למכה היא אחת המצוות המרכזיות בדת האסלאם. ראשונה במעלה היא העלייה לרגל בתקופת החאג', שמסתיימת בימים אלו. שנייה לה היא מצוות העומרה.
2. את מצוות העומרה ניתן לקיים, מבחינה דתית, בכל ימות השנה. ואולם, מספר הוויזות לכניסה לסעודיה לצרכי עלייה לרגל הוא מוגבל ותחום למועדים מסוימים. סעודיה מאפשרת כניסת עולים לרגל לתחומה לקיום העומרה בחלוף מספר חודשים מתום חג הקורבן, המסתיים בימים אלה, כאשר המועדים המדויקים נקבעים בסביבות החודשים פברואר-מרץ.

הצדדים

3. העותר 1 (להלן: **העותר**), הוא תושב השטחים הכבושים, יליד 1966, המתגורר באל-בירה ועובד כפקיד בלשכת התעסוקה ברמאללה. העותר נשוי ובני הזוג חובקים שני ילדים – ילד בן 17 וילדה בת 16.
4. העותר נרשם במשרדי הוואקף ליציאה לקיום מצוות העומרה כבר ביום 28.4.10, אולם, כמפורט להלן, נציגי המשיב מנעו מהעותר באותה עת לצאת את ארצו ולעלות לרגל. העתק אישור משרד הוואקף ברשות הפלסטינית מצורף ומסומן **ע/1**.
5. כמו כן, העותר מעוניין לפגוש את דודיו ודודותיו המתגוררים בקטאר, אותם לא ראה מזה שנים.
6. למעלה מן הצורך, ולמען שלימות התמונה, יצוין כי רעייתו של העותר, גב' כאפח קטש, נעצרה ביום 1.8.10 והיא מוחזקת במעצר מינהלי. גב' קטש אמורה להשתחרר מהמעצר ביום 5.12.10.
- העותר, לעומת זאת, לא נעצר ולא נחקר מעולם, למעט מעצר קצר בשנת 1988 ומספר ימי מעצר בשנת 2003.
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 אזור 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 נשלח אליו.

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 פרסומו: אם בעבר יכול היה אותו אדם לפנות באמצעות באי כוחו למשיב (וליתר דיוק ליועמ"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 בבזבוז 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 הכל**.

16. כך, מונע המשיב יציאתם של תושבי השטחים מהגדה לירדן, על דעת עצמו, לתקופה בלתי מוגבלת, בלא שתינתן 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 וזו נמחקה ביום 21.2.10, "תוך שמירת זכותם של העותרים לשוב ולפנות לבית המשפט בעניינים פרטניים הנוגעים לנוהל".

מיצוי ההליכים

18. כבר בשלהי שנת 2009, עת ניסה העותר לצאת את ארצו לירדן כדי לקיים את מצוות העומרה, מנעו נציגי המשיב בגשר אלנבי את יציאתו וזאת מבלי למסור ולו בדל נימוק אודות פשר הדבר.

19. ביום 13.5.10 הגיע העותר למת"ק רמאללה והגיש השגה על החלטת המשיב למנוע את יציאתו, בהתאם לנוהל האמור. יצוין, כי העותר הגיש באותה עת השגה נוספת, עבור רעייתו, אשר גם את יציאתה מנע המשיב.

העתק טופס ההשגה, כפי שנמסר ישירות למת"ק הישראלי ביום 13.5.10, מצורף ומסומן ע/2.

20. ביום 1.7.10, בחלוף שבעה שבועות מיום הגשת ההשגה, פנה המוקד במכתב לראש מת"ק רמאללה והזכיר לו כי על פי הנוהל האמור, תשובה להשגה צריכה להינתן עד יום 8.7.10.

העתק פניית המוקד מיום 1.7.10 מצורף ומסומן ע/3.

21. ביום 11.7.10 התקשר אל העותר חייל ממת"ק רמאללה ומסר לו כי השגתו, כמו גם השגת רעייתו, סורבה. לעותר נמסר כי יוכל להגיע למת"ק על מנת לקבל את התשובה להשגתו בכתב. לפיכך, הגיע העותר ביום 13.7.10 למת"ק רמאללה ושם נמסרו לו העתקי הטפסים שהגיש, ועליהם סימון המורה כי ההשגות סורבו. זאת, מבלי שיפורט דבר מעבר לכך.

העתק טופס הסירוב להשגת העותר מיום 13.7.10 מצורף ומסומן ע/4.

22. ביום 3.10.10 הגיע העותר למת"ק כדי לברר, האם החלטת המשיב למנוע את יציאתו לחו"ל עומדת בעינה. העותר מילא את טופס הבקשה, והוא הוחזר לו חתום, כאשר עליו מסומן כי "יש מניעה ביטחונית" לאשר את יציאתו לחו"ל. זאת, ללא כל נימוק.

23. כאמור, על פי הנוהל הרלבנטי יכול העותר להגיש השגה חוזרת רק בחלוף תשעה חודשים מיום הגשת ההשגה הקודמת. משכך, אין העותר – המעוניין לבקר את קרוביו וכן לעלות לרגל בעוד מספר חודשים – יכול להגיש השגה חדשה בנושא. על כן, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

א. חובת המשיב להבטיח את חייהם התקינים של תושבי השטחים

24. 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).

25. 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-גוונות, 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 לז' (4) 785, 797 (1983); ההדגשה הוספה).

26. 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) 385, 407.

ב. היקף סמכות המפקד הצבאי לאסור על היציאה מהשטחים הכבושים

27. 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 דינייה ומנהגיה של המלחמה ביבשה משנת 1907, הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907, ובאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה; והן משפט זכויות האדם.

28. 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)).

29. 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**.

30. 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 המנהלי 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)).

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

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

32. 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.

33. וכך נאמר לגבי הסיפא לסעיף, בפרשנות הצלב האדום :

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; I.B] 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>

34. 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 ; א.כ.).

35. 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; א.כ.).

36. 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; א.כ.).

37. 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.

38. 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.

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

39. יש לזכור כי משמעותה של שלילת זכותו של העותר לצאת לחו"ל, תוך פגיעה חריפה בחירותו ובכבודו כבני אדם, משמעותה כליאתו בפועל בתוך שטח הגדה המערבית למשך זמן בלתי ידוע.

40. 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).

41. לא 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, 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).

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

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

כך היה, למשל, בבג"ץ 8857/08 **עצפור נ' המפקד הצבאי 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**.

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

ד. הפגיעה בזכויות העותר

(i) הזכות לחופש התנועה

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

46. 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.

47. 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).

48. 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)).

49. 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 מאליו..."

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

50. 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)).

51. 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) זכותו של העותר לחופש הדת והפולחן

52. המשיב פוגע פגיעה קשה בזכותו של העותר לחופש הדת והפולחן, בכך שהוא מונע ממנו לצאת את ארצו לשם מימוש מצוות העומרה, מצווה כה חשובה על פי דתו. זאת, לאחר שקיום המצווה נמנע מהעותר כבר בשנת 2009 וכן במאי 2010.

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

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

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

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

ובמקרה אחר הודגש כי :

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

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

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

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

55. סעיף 46 לאמנת האג (1907) קובע כי :

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

56. סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949), שהוזכר לעיל, קובע כי :

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

57. המלומד פיקטה בפרשנותו לסעיף 27 מציין כי :

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

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

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

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

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

(iii) זכות העותר לחיי משפחה

59. הזכות לחיי משפחה, הכוללת בין היתר את הזכות של אחיינים ודודים לשמור על קשריהם המשפחתיים, היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. כנגד זכות זו מוטלת על המשיב החובה לכבד את התא המשפחתי.

60. תקנה 46 לתקנות האג, המהווה דין ביני"ל מנהגי, קובעת :

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

61. מודגש גם במשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי, תחת כלל 105 למחקרו של הצלב האדום:

Family life must be respected as far as possible.

(Henckaerts J.M. Doswald-Beck L. Customary *International Humanitarian Law*. Vol I: Rules. ICRC (2005). pp. 379-383).

ובית המשפט הנכבד פסק פעמים חוזרות ונשנות כי:

ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות. (בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 787, 728).

ר' עוד:

סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית 1949;

סעיף 10 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות 1966;

סעיפים 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966;

סעיף 12 וסעיף 16(3) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948;

סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם 1950.

62. בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים, ובמיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין **עדאלה** (בג"צ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2) 1754).

כך, למשל, כותב הנשיא ברק, בסעיף 25 לפסק דינו:

חובתנו הראשונית והבסיסית לקיים, לטפח ולשמור על התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית - הלוא היא המשפחה הטבעית. [...]

הקשר המשפחתי... מונח ביסוד המשפט הישראלי. למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם.

כידוע, בעניין **עדאלה** נדחתה בסופו של דבר העתירה, כיוון שחלק מן השופטים אשר סברו (כמו רוב השופטים) כי קיימת לכל אדם זכות בסיסית וחוקתית לחיי משפחה, סברו כי על אף חשיבותה ומרכזיותה של זכות זו, שיקולי ביטחון כבדי משקל עשויים בנסיבות מסוימות להתיר פגיעה בה אם זו מעוגנת בחקיקה ראשית.

63. חלק מהזכות לחיי משפחה היא זכותו של כל אדם להוות חלק מחייהם של קרובי משפחתו – לרבות דודיו. המשיב פוגע קשות בזכותו של העותר ובני משפחתו לחיי משפחה בכך שהוא

מנתק את בני המשפחה זה מאלה, ובכך שהוא מונע מהעותר לממש את זכותו לראות את קרובי משפחתו שבקטאר.

64. גם בית הלורדים בבריטניה הדגיש בפסיקתו כי הזכות לחיי משפחה היא זכות טבעית החיונית למימוש האוטונומיה וחירותו של כל אדם באשר הוא אדם:

Human beings are social animals. They depend on others. Their family, or extended family, is the group on which many people most heavily depend, socially, emotionally and often financially. There comes a point at which, for some, prolonged and unavoidable separation from this group seriously inhibits their ability to live full and fulfilling lives.

(*Huang v Secretary of State for the Home Department* [2007] UKHL 11, [2007] 2 AC 167, para. 18).

65. כמו כן קבע בית הלורדים, כי כאשר הדבר כרוך בהגדרתו של התא המשפחתי, הדבר חייב להיעשות בכל מקרה לגופו בהתחשב בנסיבות בהן נמצאת כל משפחה ומהות היחסים בין בנייה השונים:

Families differ widely, in their composition and in the mutual relations which exist between the members, and marked changes are likely to occur over time within the same family. Thus there is no pre-determined model of family or family life to which article 8 must be applied. The article requires respect to be shown for the right to such family life as is or may be enjoyed by the particular applicant or applicants before the court, always bearing in mind (since any family must have at least two members, and may have many more) the participation of other members who share in the life of that family. In this context, as in most Convention contexts, the facts of the particular case are crucial.

(*EM (Lebanon) v Secretary of State for the Home Department* [2008] WL 4552841, para. 36-37).

66. המלומד Minow מדגיש, כי החברה מרוויחה מכך שהתא המשפחתי מוגדר באופן רחב והערכים המשפחתיים תורמים להתפתחות של חברה סובלנית ומאוזנת:

Society gains through defining family membership broadly: the values signaled by 'family' are worthwhile and yet fragile; stability, nurturance and care should be promoted whenever possible, and people committed to taking on these tasks should be encouraged to do so.

(Minow M. "All in the Family and in All Families: Membership, loving and owing." *West Virginia Law Review*, Vol 95, 1992-1993. pp 275, 304).

67. הזכות לחיי משפחה הורחבה והתפתחה וכיום היא כוללת גם מערכות יחסים לא פורמאליות וכן יחסים בין סבים ונכדים :

The Court has taken a similar approach to the idea of "family life", *expanding it beyond formal relationships and only the closest of links to include de facto arrangements and relationships such as those between grandparent and grandchild and uncle and nephew.*

(Warbrick C. "The Structure of Article 8." *European Human Rights Law Review*, Vol 1, 1998. 33) (emphasis added).

(See also: Feldman D. "The Developing Scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights." *European Human Rights Law Review*, 1997. 265).

סיכום של דברים

68. העותר מעוניין לצאת את ארצו כדי לקיים את מצוות העומרה ולממש את זכותו לחופש הדת והפולחן, לחירות רוחנית, לכבוד ולאוטונומיה. בנוסף, העותר מעוניין לבקר את דודיו ודודותיו. סירוב המשיב לאפשר את יציאתו מהגדה פוגע קשות בזכותו של העותר לחופש תנועה ובכל הזכויות הנלוות לה.

69. 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 של העותר לכבוד ולהליך הוגן ובזכותו לטעון לחפותו.

70. 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.

71. חופש התנועה אינה עוד זכות ככל זכות אחרת, שכן חופש התנועה הוא המפתח להגשמת זכויות אדם בסיסיות: הזכות לחיי משפחה, חופש הדת והפולחן, חופש העיסוק, הזכות לטיפול רפואי, הזכות לחינוך ועוד.

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

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

אלעד כהנא, עו"ד
ב"כ העותרים

25 בנובמבר, 2010

[ת.ש. 65325]