

בעניין:

1. דרויש, 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 אלעד
כהנא (מ"ר 49009) ו/או נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או בנימין
אחסתרובה (מ"ר 58088)

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 להגיע ללימודיו באוניברסיטת "Bonn-Rhein-Sieg" שבגרמניה;
- 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.

בקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה. העותר, סטודנט תואר שני לכימיה וביולוגיה באוניברסיטת "ביר-זית", התקבל לתכנית יוקרתית לחילופי סטודנטים באוניברסיטת "Bonn-Rhein-Sieg" שבגרמניה. על העותר להגיע ללימודיו בגרמניה עד ליום 4.10.11. משכך, על העותר לצאת לחו"ל, לכל המאוחר, **ביום 2.10.11**.

העותר גילה כי המשיב מונע את יציאתו רק עת הגיע לגשר אלנבי במועד היציאה עצמה, ופעל מייד והגיש השגה כנגד ההחלטה. ביום 20.9.11 הודיע המשיב, כי השגתו של העותר נדחתה.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**), אזרח ירדן, בעל דרכון ירדני, הוא תושב השטחים הכבושים, בן 26, המתגורר בבית הוריו בכפר בית אללו שבגדה המערבית.
2. העותר הוא סטודנט בשנה השנייה ללימודי התואר השני בכימיה וביולוגיה באוניברסיטת "ביר זית" בגדה, שם הוא גם עובד כעוזר הוראה במחלקה לכימיה. לאחרונה, התקבל העותר לתכנית התמחות יוקרתית, אשר תתקיים באוניברסיטת "Bonn-Rhein-Sieg" שבגרמניה בין התאריכים 31.12.11-1.10.11.
- העתק אישור מאוניברסיטת "ביר זית" על לימודיו ועבודתו של העותר בה, וקבלתו לתכנית הלימודים בגרמניה, מצורף ומסומן **ע/1**.
3. ההתמחות, אשר ממומנת על ידי המשרד למחקר ופיתוח במחוז צפון הריין-ווסטפליה שבגרמניה (MIWF NRW), מיועדת לסטודנטים מאוניברסיטאות נבחרות בשטחים הכבושים, במטרה להקנות להם ניסיון מחקרי ולהוות כר לשיתופי פעולה עתידיים.
- העתק אישור ה-MIWF NRW על קבלת העותר לתוכנית, בליווי תרגום, מצורף ומסומן **ע/2**.
4. לעותר נמסר, כי עליו להגיע לגרמניה עד ליום 4.10.11, אז תחל ההתמחות בפועל.
5. למעלה מן הצורך ולמען שלימות התמונה יצוין, כי בשנת 2008 נעצר העותר והורשע, במסגרת הסדר טיעון, בחברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת, ושחרר ביום 4.3.09. מאז **לא נעצר העותר**.
6. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
7. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על איזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה ארבעים וארבע שנה.

נוהל בירור מוקדם ליציאת תושבי השטחים הכבושים לחו"ל

גיבושו של הנוהל במסגרת בג"ץ 8155/06

8. מזה שנים מונע המשיב את יציאתם של רבים מתושבי השטחים הכבושים את ארצם. בעוד שבישראל מותנית סמכות שר הפנים לעשות זאת במסירת צו חתום, האוסר על היציאה ובכפוף לשימוע, לגבי תושבי השטחים הדבר נעשה בסתר, ללא מתן זכות טיעון וללא כל הודעה מראש. ברובם של המקרים נודע לאדם שהוא מנוע יציאה רק עת הגיעו למעבר שבגשר אלנבי, מזוודותיו בידיו ותכניותיו לפניו.
9. 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.

10. הנוהל שגיבש המשיב לא העלים את הפגיעה הקשה בזכויותיהם של אלה שהמשיב החליט למנוע את יציאתם. החלטה זו עודנה ניתנת ללא זכות טיעון, בהליך שנסתר מעיני אותם אנשים, מבלי שהמשיב מוסר, מטעמו, הודעה מראש על החלטתו, ורק לאחריה ניתן לפעול על פי הנוהל. **כך, רובם של הפונים מגלים כי המשיב מונע את יציאתם רק בהגיעם לגשר אלנבי.**

11. הנוהל דורש מהפועל על פיו לעמוד בהליך בירוקראטי ארוך, מסורבל ומתיש. על פי הנוהל, משך בדיקת ההשגה הוא שמונה שבועות לכל היותר. 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**. עוד נקבע בנוהל, כי ניתן לפנות למשיב בהשגה נוספת רק **בתום תשעה חודשים** מיום הגשת ההשגה.

12. זאת ועוד. המשיב לא עשה די לפרסום הנוהל ולכן רבים מתושבי השטחים אינם מכירים אותו. אולם ממקרים רבים למד המוקד, כי אף נציגי המשיב אינם מכירים את הנוהל, לא פועלים על פיו ומטעים את הפונים אליהם במתן תשובות שגויות, וכך נוצרים כשלים רבים שאך מרעים את המצב ששרר טרם בא הנוהל לעולם.

13. 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".

ההחלטה על ה"מניעה" – ללא צו חתום, ללא נימוקים וללא הגבלת זמן

14. הנוהל אינו מתייחס לאופן קבלת ההחלטה בדבר קיומה של "מניעה", ובמובן זה נשאר המצב כשהיה ערב פרסומו: החלטותיו של המשיב למנוע את יציאתו של אדם נעשות ללא צו חתום. כלומר, אותו אדם אינו יודע מיהו בעל הסמכות שהחליט על המניעה, או שדחה את השגתו. למעשה, מתשובות בכתב שניתנו לפונים (בעברית בלבד, אגב) עולה פעמים רבות, שמי שהחליט בדבר לא היה בעל הסמכות (המשיב, הוא המפקד הצבאי) אלא הגורם המייעץ בלבד – השב"כ, ו**ברובם המוחלט** של המקרים, נמסרות התשובות להשגות גם ללא כל נימוק, כשלוש נכתב פשוט "סורב", או "סורב על ידי שב"כ" (ר' למשל: בג"ץ 9406/10 **אעבידו נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; ובג"ץ 266/11 **אסתיתיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**).

15. כמו כן, מכיוון שאין מדובר בצו חתום, הרי ש"מניעות" אלו אינן תחומות בזמן והן בגדר 'מעטה ועד עולם'. המוקד אף נתקל במקרים, בהם נמסר לאנשים שה"מניעה" הביטחונית נגדם עומדת על 100 שנים! המשיב אף אינו מתחייב לבחון מחדש את החלטתו תוך זמן קצוב.

רק מעטים שבמעטים מודעים לנוהל ופונים על פיו

16. נטל הבירור אודות קיומה של מניעה עבר אל כל אותם מאות אלפי אנשים המבקשים לצאת לחו"ל. אלא שרבים מתושבי השטחים כלל אינם מכירים את הנוהל ואחרים מוותרים מלכתחילה על כניסה להליך הממושך והמסורבל שהוא מציע: על פי הנתונים שמסר המשיב, 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**.

היעדר פתרונות מוסדרים למקרים דחופים

17. משכך, פעמים רבות אנשים מגלים אודות קיומה של מניעה רק ברגע האחרון. אף על פי כן, בנוהל המשיב אין כל פתרון למי שיציאתו דחופה (ר' למשל: בג"ץ 10104/09 **אבו סלאמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; בג"ץ 7502/10 **ג'ראר נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; ובג"ץ 3196/11 **חסונה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**).

המת"קים הישראליים אינם מכירים את הנוהל

18. במקרים רבים התברר כי החיילים והקצינים במת"קים אינם מכירים את הנוהל, וזאת חרף העובדה שחלפו כבר כשלוש שנים מאז פרסומו! כך, פונים שכבר שמעו על הנוהל והגיעו למת"ק, נדהמו לגלות שהחיילים לא מכירים את הטופס להגשת הבקשה (ר' למשל: בג"ץ 3196/11 **חסונה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**) או מסרבים לטפל במי שכבר הצליח להשיג טופס בעצמו (ר' למשל: בג"ץ 86/11 **שלאלדה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**). מי שכבר הצליח להגיש את הטופס, גילה כי פנייתו כלל אינה מטופלת, או נענית בחלוף חודשים רבים, חרף מסגרת הזמן הקבועה בנוהל (ר' למשל בג"ץ 4/11 **אלנגארה נ' המפקד הצבאי**; ובג"ץ 2182/11 **אחליל נ' המפקד הצבאי**).

העתקי תלונות ששלח המוקד למשיב בדבר כשלים מסוג זה מצורפים ומסומנים **ע/א3-ד**.

19. כמו כן, המוקד נתקל שוב ושוב באי עמידה בזמנים הקבועים בנוהל ובעיקר בחריגה מתקופת שמונת השבועות הקבועה בו לבחינת ההשגה. אך לאחרונה שב ומתח בית המשפט ביקורת על התנהלות זו:

שוב מתברר שהנוהל שגובש במסגרת העתירה בבג"ץ 8155/06, לעניין מניעת יציאה של תושבי שטחים מהארץ והמועדים שנקבעו לתשובות שיש לתת לפונים, לרבות תשובות על ההשגה המוגשת בעניין סירוב להתיר יציאה, אינו מקוים כראוי וככל הנראה יש תקלות שיש לפעול למניעתן.

(בג"ץ 9402/10 **אלמחאריק נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית** (לא פורסם, 23.03.11)).

היעדר מידע עדכני ומסירת תשובות שגויות

20. כשל שחזר על עצמו שוב ושוב, עד שנדמה כי מדובר בכשל מובנה ולא בחוסר היכרות עם הנוהל, הוא מסירת תשובות שגויות במת"קים: פונים רבים שמחו לגלות במת"ק, כי אין כל כוונה למנוע את יציאתם לחו"ל, ורק עת הגיעו לגשר אלנבי גילו כי מדובר בעורבא-פרח, וכי התשובה שניתנה להם – לאחר שפעלו בהתאם לנוהל – הייתה שגויה, ולמעשה, כל הליך הבירור הפך מיותר ומטעה! (ר' למשל בג"ץ 8269/09 **סעאפין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; בג"ץ 772/10 **חאטר נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; בג"ץ 2678/10 **חמדאן נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; בג"ץ 4594/10 **מחאריק נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; בג"ץ 5594/10 **ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; בג"ץ 6876/10 **ח'לף נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; בג"ץ 7044/10 **נופל נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; בג"ץ 7498/10 **ג'ואריש נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; ובג"ץ 9401/10 **רואג'בה נ' המפקד הצבאי**).

21. ביום 17.1.11 התקיים הדיון בבג"ץ 9401/10 הנ"ל, במסגרתו עמדה כבוד השופטת נאור על חומרת הדברים והדגישה, כי "צריך לצמצם עד לאפס את הבעיה". אולם הבעיה חוזרת על עצמה שוב ושוב.

חובת ההתייצבות האישית והשלכותיה

22. הטלת הנטל על התושב לברר בעצמו את דבר קיומה של המניעה, תוך התייצבות פיזית במת"ק, הפכה להיות הליך בירוקרטי סיוזיפי, מסורבל ומייגע. קשיים אלו אך התעצמו עם הדרישה כי הפונה יתייצב במת"ק באופן אישי, והיעדר אפשרות לבירור בטלפון או בכתב. חובת ההתייצבות הפכה את הליך הבירור להליך התלוי במצבו הבריאותי של האדם; בקיומו של סגר; וכמובן, במצבת כוח האדם במת"ק. כך, פונים שכבר גילו על הנוהל והגיעו למת"ק, נאלצו להמתין שעות עד שיתפנה הגורם היחיד המוסמך לטפל בהם על פי הנוהל. לעיתים נענו בחלוף שעות, כי הקצין "בישיבות" או "עסוק", ועל כן עליהם לשוב ביום אחר (ר' למשל: בג"צ 6063/10 דיריה נ' המפקד הצבאי; בג"ץ 3724/11 אבו עקר נ' המפקד הצבאי).

הדרת ארגוני זכויות אדם ועורכי דין מן התהליך

23. בנוסף, הנוהל קבע, בנוסף להליך הבירור, הליך השגה. הליך השגה זה החליף את המצב שקדם לנוהל, לפיו אדם שכבר גילה שהוא "מנוע", היה פונה למשיב (וליתר דיוק ליועמ"ש המשיב) בכתב, באמצעות ארגון או עו"ד שייצגו. כעת, לפי הנוהל, נדרשת, ללא כל סיבה הגיונית, נוכחות פיזית במת"ק. מובן, כי בכך נפגמה עד מאד יכולתו של אדם להגן על עצמו במצבים אלו, וכמובן – זכותו לייצוג. בעניין זה אף פנתה לשכת עורכי הדין בתלונה לראש המינהל האזרחי ביום 24.2.11.

העתק תלונת לשכת עורכי הדין מיום 24.2.11 מצורף ומסומן ע/4.

הליך ההשגה – בדיעבד ובכתב

24. הליך ההשגה נעשה ללא ייצוג, בדיעבד ובכתב. בהקשר זה ר' עע"מ (מינהליים) 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ, תק-על 2009(3), 2255, (2009); ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, תק-על 1985(2), 113, 123 (1985).

מיצוי ההליכים

25. ביום 14.8.11 הגיע העותר לגשר אלנבי, על מנת לצאת לירדן, במטרה לחדש שם את הדרכון הירדני שלו, לקראת נסיעתו ללימודים בגרמניה, ועל מנת לבקר את דודיו שחיים בירדן. אולם, נציגי המשיב בגשר אלנבי מנעו את יציאתו, מבלי שנמסר לו כל נימוק או הסבר בעניין.

26. עוד באותו יום הגיע העותר בדחיפות למת"ק הישראלי ברמאללה, על מנת להגיש השגה על החלטת המשיב למנוע את יציאתו. בטופס הטיפול בבקשה, שהעתק ממנו נמסר לעותר, נכתב כי התשובה תינתן עד ליום 14.10.11.

העתק טופס ההשגה מיום 14.8.11 מצורף ומסומן ע/5.

העתק טופס הטיפול בבקשה מיום 14.8.11 מצורף ומסומן ע/6.

27. כאמור לעיל, בנוהל המשיב אין כל ישועה למי שיציאתו דחופה ומבקש שתינתן תשובה להשגתו לפני אותו מועד אחרון. משכך, פנה המוקד למשיב ביום 13.9.11, בבקשה כי השגתו של העותר תטופל בדחיפות. בפנייתו הדגיש המוקד את דחיפות יציאתו של העותר ללימודיו בגרמניה.

העתק פניית המוקד למשיב מיום 13.9.11 מצורף ומסומן ע/7.

28. ביום 18.9.11 פנה המוקד למשיב בשנית והזכיר את דחיפות העניין. המוקד הוסיף, כי בנסיבות העניין, אם לא יתקבל מענה עד ליום 20.9.11, ישקלו העותרים פנייה לערכאות.

העתק פניית המוקד למשיב מיום 18.9.11 מצורף ומסומן ע/8.

29. ביום 20.9.11 הודיע המשיב לעותר, בטלפון, כי השגתו סורבה. העותר הגיע למת"ק הישראלי, שם נמסר לו, על גבי טופס ההשגה שהגיש, כי "יש מניעה ביטחונית לאשר את יציאתך לחו"ל". הא, ותו לא.

העתק טופס ההשגה עם התשובה מיום 20.9.11 מצורף ומסומן ע/9.

30. בנסיבות אלה, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

א. היקף סמכות המפקד הצבאי לאסור על היציאה מהשטחים הכבושים

31. 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).

32. 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).

33. 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).

34. 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.

35. 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)).

36. 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**.

37. 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 המינהלי 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)).

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

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

39. 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.

40. 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>

41. 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.).

42. 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.).

43. 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.).

44. 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.

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

46. 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.

למעשה, המשיב עצמו הודה, במסגרת תגובתו מיום 25.7.07 בבג"ץ 8155/06 הנ"ל, כי מפקד האיזור החליט שלא לדרוש היתרים פרטניים ליציאה לחו"ל. אם כן, כפי שניתן להבין, תושבי השטחים הכבושים אינם נדרשים בהיתרים פרטניים כעניין שבשגרה.

47. 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. פגיעה קיצונית ובלתי מידתית: איסור יציאה גורף וללא מסגרת זמן ידועה

48. 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.

49. 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, והשיקולל בינה לבין הערך הנוגד הופך להיות קשה ומורכב יותר (הדגשים אינם במקור).

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

50. 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).

51. במאמרה "עייכוב 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 עייכוב 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 "עייכוב יציאה מהארץ על-פי צו של בית משפט" מחקרי משפט יב, תשנ"ה).

52. 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 עגירי 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 עברייני 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 12-14 לחוק). ודוק: במקרים אלו מדובר במגבלות עקב הרשעה, בניגוד לעניינינו, בו מדובר על מגבלות עקב חומר החסוי מפני העותר;

53. 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). ובינתניים - 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 הזהירות 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).

54. 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

55. החלטתו של המשיב הינה בגדר 'מעטה ועד עולם' ומשכך, אינה מידתית. יפים לענייננו דברי כבוד הנשיא ברק בדנ"פ 7048/97 **פלונים 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).

56. 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.

57. 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.

58. 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).

ג. חובת המשיב לנמק החלטתו כחלק אינהרנטי מזכותו של העותר לשימוע

59. 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).

60. 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.

61. 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 התלוות 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).

62. 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).

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

64. 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**; בג"צ 8678/10 **חאזם קטש נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**.

65. 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.

ד. הפגיעה בזכויות העותר**(i) הזכות לחופש התנועה**

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

67. 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.

68. 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' אלוף 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).

69. 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)).

70. 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 מאליו...".

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

71. 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)).

72. 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 לחינוך והשכלה

73. כאמור, העותר מעוניין לצאת את ארצו על מנת להשתתף בתכנית התמחות יוקרתית, אשר תתקיים באוניברסיטת "Bonn-Rhein-Sieg" שבגרמניה, אליה התקבל לאחרונה ולצרכה קיבל מלגה. יוזכר עוד, כי התכנית נועדה לסטודנטים מהשטחים, במטרה לקדם, להקנות להם ניסיון מחקרי ולהוות כר לשיתופי פעולה עתידיים.

74. החלטת המשיב למנוע מהעותר לצאת את ארצו לירדן פוגעת בזכותו להתפתח בתחום לימודיו ובזכותו לרכוש חינוך והשכלה – זכות אשר הוכרה כזכות יסוד הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי.

ראו לעניין זה :

סעיף 26 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948 ;

סעיף 13 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות, ותרבותיות 1966 ;

הערה כללית מס' 13 על יישומה של האמנה 1999 ;

בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2562 (1)2006 ;

בג"ץ 6914/06 ארגון הורים ארצי נ' מדינת ישראל, תק-על 2525 (3)2007 ;

בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, תק-על 1008 (2)2002, 1010 (2002).

75. ובלשונה של השופטת דורנר :

זכות-היסוד לחינוך - יצירת החוק, המשפט הבינלאומי והפסיקה - עומדת על רגליה שלה.

(בג"ץ 2599/00 יתד נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5), 834, 844).

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

הזכות לחינוך הוכרה במשפטנו כזכות יסוד המוקנית לכל אדם... הזכות לחינוך הובטחה במגילת העצמאות, והיא מעוגנת באמנות שונות במשפט הבינלאומי שישראל אשררה או שהיא צד להן, וכן במשפט הבינלאומי המנהגי...

[...]

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

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

(iii) הפגיעה בחופש העיסוק של העותר

77. כמתואר לעיל, העותר עובד כעוזר הוראה במחלקה לכימיה באוניברסיטת "ביר-זית". מובן, כי להשתתפותו בהתמחות יוקרתית בגרמניה, שנועדה, בין היתר, לקדם שיתוף פעולה אקדמי ולהקנות ניסיון מעשי, יכולה להיות השפעה משמעותית על המשך דרכו האקדמית ולעתידו המקצועי של העותר.

78. בנסיבות אלה, החלטת המשיב למנוע את יציאת העותר, פוגעת בזכותו לחופש העיסוק:

הזכות לחופש עיסוק מאפשרת לאדם לבחור היכן ישקיע את הונו האנושי. בחירה זו מושפעת משיקולים מגוונים... פגיעה בחופש העיסוק מתקיימת, לא רק כאשר נמנעת מהעובד לחלוטין הזכות לבחור את מעבידו, אלא גם כאשר זכות הבחירה שלו נפגעת, ואפילו בעקיפין. ברוח זו נפסק בבג"ץ 5936/97 ד"ר לם נ' משרד החינוך התרבות והספורט, פ"ד מג(4) 673:

"... אכן, חופש העיסוק הוא החירות של הפרט להגשים את אישיותו ולתרום את תרומתו לחברה על ידי השקעת מאמציו בעיסוק, במלאכה או במשלח יד. חירות זו נפגעת אם הסדרים (נורמטיביים או פיזיים) מונעים ממנו - במישרין או בעקיפין - מלפעול על פי רצונו ויכולתו."

(בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, 540-541 (2004)).

79. הזכות לממש את חופש העיסוק נובעת מההכרה בכך שעבודתו של אדם היא לא רק מקור פרנסה לסיפוק צרכיו הבסיסיים למחייה. עבודתו של אדם מספקת גם את צרכיו החברתיים, האינטלקטואליים והאישיים של כל אדם, ולכן היא מהווה חלק אינהרנטי מהתנאים הדרושים למימוש חיים של כבוד וחירות (human dignity). הזכות להתפרנס היא בעלת חשיבות נכבדה ביותר, שכן היא מאפשרת לאדם לממש זכויות אחרות; מבין אלה חשוב להזכיר את הזכות לדיור, הזכות לחינוך, הזכות לחיי תרבות, הזכות לרמת חיים נאותה, הזכות להתאגדות וכו'.

ראו לעניין זה:

סעיפים 6 עד 8 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות סוציאליות ותרבותיות (1966);

סעיף 8(3)(a) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966);

סעיפים 20, 23 ו-25 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948);

סעיף 11 לאמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה (1979);

סעיף 5(i)(e) לאמנה בינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית (1965);

סעיפים 15 ו-27 לאמנה בדבר זכויות הילד (1989);

סעיפים 2 ו-3 לאמנה נגד הפליה (תעסוקתית) של ארגון העבודה הבינלאומי (מס' 111) (1960);

האמנה לקידום התעסוקה ולמאבק נגד האבטלה של ארגון העבודה הבינלאומי (סמ' 168) (1991);

הצהרת פילדלפיה של ארגון העבודה הבינלאומי (1944);

הצהרת קופנהגן ותוכנית הפעולה שאומצה על ידי הוועידה העולמית להתפתחות חברתית (1995).

לעניין תחולתו של משפט זכויות האדם וחובותיה האקטיביות של המעצמה הכובשת בסוגיית זכויות זו ראו:

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

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

סיכומם של דברים

80. העותר מעוניין לצאת את ארצו על מנת להשתתף בתכנית התמחות יוקרתית, אשר תתקיים באוניברסיטת "Bonn-Rhein-Sieg" שבגרמניה, אליה התקבל לאחרונה. סירוב המשיב לאפשר את יציאתו מהגדה פוגע קשות בזכותו לחופש תנועה ובכל הזכויות הנלוות לה.

81. בהחלטתו, מונע המשיב מהעותר באופן מוחלט וגורף לצאת את ארצו. בכך הופך המשיב את העותר לכלוא בארצו. החלטת המשיב אינה תחומה בזמן, ובכך מעמיד אותו המשיב במצב של חוסר ודאות מוחלט. בכך הוא פוגע אנושות בזכותו לכבוד ולהליך הוגן ובזכותו לטעון לחפותו.

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

83. 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.