

בעניין:

1. _____ אלדיריה, 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 לשוב למשפחתו ולעבודתו ולקבל את התואר שסיים שם;
 - 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 לנוכח הפגיעה בזכויות העותר 1 לחופש התנועה, לחיי משפחה, לחופש העיסוק ולהשכלה, ובשים 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 נו(5) 695 (2002); וראו גם: בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על(1)2006, 320, 331; ובג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על(1)2005, 1114, 1127.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**), הוא תושב השטחים הכבושים, יליד 1985, השוהה בשנים האחרונות עם הוריו ואחיו בירדן.
2. העותר התחיל את לימודיו לתואר ראשון בשיווק ויחסי ציבור בפקולטה לכלכלה ומדעים באוניברסיטה הפרטית למדע שימושי בעמאן בשנת 2006, וסיים את לימודיו בחודש אוגוסט האחרון, אולם טרם השלים את חובותיו לאוניברסיטה וטרם קיבל את תעודות הסיום. העתק הודעה מהאוניברסיטה למדע שימושי בירדן בדבר סיום לימודיו של העותר מצורף ומסומן **ע/1**.
3. מחודש יולי האחרון עובד העותר כמנהל השיווק בחברת "אלמאסעה" בירדן, שבבעלות אביו, העוסקת בייצור מכוונות לחיתוך אבנים.
4. העותר, ששב לגדה המערבית על מנת להשתתף בהלוויית דודו, תכנן לשוב לירדן במהרה לעבודתו, ועל מנת להשלים את קבלת התואר, אולם המשיב מונע ממנו לצאת את ארצו. זאת, כפי שיתואר בהמשך – בשל סירובו של העותר לשתף פעולה עם כוחות הביטחון הישראליים.
5. המשיב מונע מהעותר לשוב לבית הוריו ולמשפחתו, לקבל את התואר בשבילו למד משך ארבע וחצי שנים, ולחזור לעבודתו, תוך שנגרמים נזקים של ממש לעסקיו.
- העתק הודעת חברת "אלמאסעה" מיום 17.12.11 בדבר הצורך בחזרתו של העותר לעבודתו והנזקים שנגרמים לחברה מצורף ומסומן **ע/2**.
6. יצוין, 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 ארבעים וארבע שנים.

"איסור יציאה מן הארץ" בשטחים הכבושים

9. כידוע, לכל אדם מוקנית הזכות לצאת את ארצו. הגבלת זכותו של ישראלי לצאת את הארץ, מטעמי ביטחון, נעשית במקרים נדירים וחריגים, בצו חתום על ידי שר הפנים, בכפוף לשימוע, ולרוב לתקופה של עד שישה חודשים.
10. לעומת זאת, בשטחים הכבושים מונע המשיב את יציאתם של אנשים רבים מדי שנה, בלא צו חתום בידי איש וללא הגבלת זמן כלשהי. הליך זה נעשה ללא שימוע, בעל פה או בכתב, ולמעשה, אף מבלי ליידע את האדם בו עסקינן כי הוחלט למנוע את יציאתו. ברובם של המקרים נודע לאדם שהוא "מנוע יציאה" רק עת הגיעו למעבר שבגשר אלנבי, מזוודותיו בידיו ותכניותיו לפניו.

11. 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 לברר מראש במת"ק האם הוא מנוע מיציאה לחו"ל ובמידת הצורך, להגיש השגה על המניעה. יצוין, כי מטבע הדברים בבג"ץ הנ"ל לא התבקשו סעדים בנוגע לנוהל שגובש לאחר הגשתו ולכן העתירה נמחקה "תוך שמירת זכותם של העותרים לשוב ולפנות לבית המשפט בעניינים פרטניים הנוגעים לנוהל".

12. למעשה, הנוהל קיבע את המצב הקיים: הנוהל אינו מחייב את המשיב ליידע אדם כי יציאתו לחו"ל נאסרה, ותחת זאת מטיל על האדם את נטל הבירור, להתייצב באופן אישי במת"ק הרלבנטי ולברר בעצמו האם הוא רשאי לצאת לחו"ל.

13. כמו כן, הנוהל לא מאפשר כל שימוע, ודאי לא באמצעות עורך דין. תחת זאת, הנוהל קבע כי לאחר שאדם גילה שהוא כבר "מנוע", הוא יכול להגיש השגה בת שורות ספורות, בדיעבד ובכתב, וזו תיבחן תוך פרק זמן ממושך, של שמונה שבועות.

14. היכולת לפעול בהליך הבירור ובהליך ההשגה (הן בשלב הגשת הבקשה והן בשלב קבלת התשובה), מותנית בהתייצבות אישית ופיסית של האדם במת"ק הגזרת. מובן כי ההגעה למת"ק תלויה במצבו הבריאותי, במצבת המחסומים בדרך למת"ק ואף בשאלה האם אותו אדם מכיר בכלל את הנוהל, שמטיל עליו את חובת הבירור וכרוך במסכת בירוקרטית מתישה.

15. עוד מובן, שחובת ההתייצבות האישית הדירה עורכי דין וארגוני זכויות אדם מהליך הטיפול, ואדם הנדרש להגיש השגה על החלטת המשיב לאסור על יציאתו, נאלץ לעשות זאת בעצמו אל מול חייל אנונימי.

16. בשולי הדברים יצוין, כי אף לאחר שהגיע אדם למת"ק, קבלת תשובות לבקשותיו מותנית בנוכחותו הפיסית של הקצין הרלבנטי, שפעמים רבות אינו זמין או אף אינו נמצא כלל, וכן בשאלה האם חיילי המשיב עצמם מכירים את הנוהל (שאלה שלמרבה הצער, התשובה לה אינה תמיד חיובית).

17. יודגש, כי גם לאחר קביעת הנוהל, "איסורי יציאה" מוטלים ללא כל שימוע, ושלא באמצעות צו חתום ותחום בזמן. על פניו, האיסור הוא בבחינת "מעטה ועד עולם", מבלי שאף ידוע מי הגורם שאישר את החלטה, דרגתו ותפקידו.

על פניו, כל גורם זוטרי יכול להחליט, כי אדם אינו רשאי לצאת את ארצו.

18. נוכח האמור לעיל, ניתן לתאר בנקל את הנחיתות המובנית בה מצוי תושב השטחים הכבושים המגלה יום אחד, ערב נסיעתו לחו"ל, כי אינו רשאי לצאת את הארץ. מצד אחד, ההליך המינהלי שעליו למצות הוא מסורבל, מתיש וארוך ביותר, אך מצד שני הוא כמעט שלא מספק לו כל הגנה: עליו להתמודד לבדו, ללא עורך דין וללא שימוע מול חייל אנונימי, עם החלטה שאין יודע מתי התקבלה, בידי מי, מדוע ואימתי תפוג.

המסגרת הנורמטיבית

19. כידוע, על החלטות המפקד הצבאי בשטח הכבוש חולש הדין הבינלאומי, וממנו יונק המפקד הצבאי את סמכויותיו.

20. לצד חובותיו של המפקד הצבאי להגן על תושבי השטח הכבוש, ובאופן ספציפי על זכות היציאה מהארץ (ס' 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966), מקנה הדין הבינלאומי למפקד הצבאי את הסמכות להגביל בנסיבות חריגות את חירויות הפרט בשל צרכי ביטחון (ס' 27 לאמנת ג'נבה הרביעית).

21. הדין הבינלאומי אינו מסמיך באופן מפורש את המפקד הצבאי להגביל יציאה מהארץ מטעמי ביטחון, אלא משאיר בידיו את האפשרות לנקוט באמצעים ביטחוניים שונים, ובלבד שלא יעלו על מעצר או תיחום מגורים (ס' 78 לאמנת ג'נבה הרביעית), ובכפוף לקיומו של צורך ביטחוני מובהק ותוך איזון ראוי עם הזכויות הנפגעות.

22. יצוין, כי על אף היות הגדה המערבית שטח צבאי סגור, להכרזה זו לא נלווית הוראה האוסרת על היציאה ממנה לחו"ל: על פי החקיקה הצבאית בגדה, עצם ההכרזה על שטח כשטח צבאי סגור לא מגבילה את זכותו של אדם לצאת ממנו או להיכנס אליו, ולשם כך על המפקד הצבאי לקבוע הוראות פרטניות לכל שטח ושטח (סעיף 318(ב) לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009).

23. ואכן, המשיב עצמו הצהיר במסגרת תגובתו מיום 25.7.07 בבג"ץ 8155/06 הנ"ל, כי מפקד האיזור החליט שלא לדרוש היתרים פרטניים ליציאה לחו"ל.

24. בשנת 1995 הוציא המפקד הצבאי את המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון) (מס' 7), התשנ"ו-1995, אשר עיגן בחקיקה הצבאית בגדה את הסכם אוסלו בין ישראל לאש"ף, והפך את הוראות ההסכם לחלק מהדין בשטחים הכבושים.

25. נספח V לתוספת הראשונה להסכם קבע הוראות שונות בדבר יציאה לחו"ל מהשטחים, ובין היתר הסדיר את הסמכות למנוע יציאת אדם מחו"ל. ס' 3(4)(b) לחלקו ה-11 של הנספח, קבע כי הגבלת יציאתו של תושב השטחים הכבושים יכולה להיעשות רק בהינתן צו (או תוך כדי מעצר או בשל היעדר מסמכים).

מיצוי ההליכים

26. במהלך לימודיו בירדן, משך השנים האחרונות, נהג העותר לשוב לגדה המערבית בחופשות הלימודים ולבקר את סבו וסבתו, דודיו וחברי ילדותו. כך, ביום 2.9.11 שב העותר לירדן, לאחר ששהה עם סבו וסבתו משך חופשה קצרה. למרבה הצער, דודו מצד אמו, מר טארק יוסף, אשר הסיע את העותר לגשר אלנבי, נהרג בתאונת דרכים בדרכו חזרה לביתו. בנסיבות אלה, שב העותר בדחיפות לגדה על מנת להשתתף בהלוויה ובטקסי האבלים, וביום 6.9.11 הגיע לגשר אלנבי, על מנת לשוב לירדן.

העתק תעודת פטירת הדוד מצורף ומסומן ע/3.

27. לתדהמתו של העותר, שנהג לצאת לירדן פעמים רבות ללא כל בעיה, מנעו הפעם נציגי המשיב בגשר את יציאתו, מבלי שנמסר לו בדל של נימוק בעניין, והוא התבקש להגיע בתוך יומיים לפגישה במת"ק הישראלי בעציון עם איש שב"כ המכונה "קפטן" גדעון.

28. ביום 8.9.11 הגיע העותר למת"ק, כפי שהורו לו, שם שאל אותו "קפטן" גדעון שאלות שונות וכלליות על הדוד שנפטר ועבודתו בירדן. העותר ביקש כי תותר יציאתו, והדגיש את דחיפות

וחשיבות חזרתו לירדן. בתום הפגישה, הודיע איש השב"כ לעותר כי אין נגדו חומר ביטחוני, וכי יציאתו תותר תוך ימים ספורים, לאחר שתוסר המניעה במחשבי מסוף גשר אלנבי.

29. ביום 14.9.11 שב העותר לגשר אלנבי, מתוך הנחה שהעניין נפתר, אולם לתדהמתו שוב מנעו נציגי המשיב במקום את יציאתו. העותר שב מייד למת"ק עציון, ולאחר המתנה ארוכה נכנס לפגישה נוספת עם "קפטן" גדעון. העותר שאל מדוע מונעים עדיין את יציאתו, ולתדהמתו השיב לו איש השב"כ: **"אני מצטער, אתה מנוע, אבל יש לך שתי דרכים לפתור את זה: או שנביא רכב, ניסע יחד לתל אביב, נשתה כוס קפה ונסכם בינינו דברים, או שתמצא לך עורך דין"**. העותר סירב בתוקף להצעה לשתף פעולה עם כוחות הביטחון, והודיע שבכוונתו לפנות לעורך דין. בתשובה, השיב לו איש השב"כ: **"חבל, כי ככה אתה מפסיד"**.

30. ביום 25.10.11 שב העותר למת"ק עציון, והגיש השגה על החלטת המשיב למנוע את יציאתו. העותר קיבל אישור על הגשת השגה, בו נכתב כי התשובה תינתן עד 8 שבועות.

העתק טופס ההשגה מיום 25.10.11 מצורף ומסומן ע/4.

31. ביום 21.11.11 התקשר לעותר קצין קישור ממת"ק עציון, וביקש ממנו לשוב למת"ק. עם הגיעו, התברר העותר כי השגתו סורבה, והדבר סומן ב-X בטופס ההשגה שהגיש, **ללא כל נימוק**.

העתק טופס ההשגה עם התשובה מיום 21.11.11 מצורף ומסומן ע/5.

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

הטיעון המשפטי

א. היקף סמכות המפקד הצבאי לאסור על היציאה מהשטחים הכבושים

33. על פי המשפט הבינלאומי, נקודת המוצא הנורמטיבית היא כי המשיב מחויב לאפשר 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)).

34. והדברים מעוגנים היטב במשפט הבינלאומי ובפסיקת בית משפט נכבד זה (ר' למשל: סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966; תקנה 43 לתקנות האג; בג"ץ 393/82 ג'מעייט אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פ"ד (4) 785, 797 (1983); בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד (5) 385, 407).

35. כפי שנפסק לא פעם, המשיב הוא נאמן השטחים הכבושים, ואינו הריבון שם. מכלול סמכויותיו בשטח הכבוש נתון לו מכוח המשפט הבינלאומי, ובכפוף לו. 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 צפיה 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**. 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.

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>.

37. 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.).

38. 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.).

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 principle 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.).

39. 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.

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

40. מהנסיבות שתוארו לעיל (ר' ס' 29 לעיל) דומה, כי המשיב עושה את סמכותו המצומצמת למנוע את יציאת העותר מהשטחים קרדום לחפור בו. נראה, כי המשיב מבקש להפעיל לחץ על העותר לשתף פעולה עם גורמי הביטחון, תוך שהוא מתנה בכך את זכותו לצאת את ארצו.

41. המפקד הצבאי מוסמך 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.

42. 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.

43. 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.

44. 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 ICRC, Pictet J. Ed. Commentary: IV Geneva Convention, ICRC 31 (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).

45. 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"מגיני 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

46. 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**.

47. 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 הליגיטימיות 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).

(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).

48. 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, תשי"ט-1979, קובעות כי צו עיכוב יציאה מן הארץ יפוג בתום שנה מיום נתינתו.

49. 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), התשי"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).

50. במאמרה "עיכוב יציאה מהארץ על פי צו של בית משפט", סוקרת המלומדת זילברשץ הוראות חוק אשר מסמיכות ערכאות שיפוטית 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 עיכוב 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 "עיכוב יציאה מהארץ על-פי צו של בית משפט" **מחקרי משפט** יב, תשנ"ה).

51. ודוק: הכלל לפיו הגבלת חירות **חייבת** להיות תחומה בזמן, 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 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 לענייננו, בו מדובר על מגבלות עקב חומר החסוי מפני העותרים;

52. עיקרון 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 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 נ' אלוף פיקוד העורף**, פ"ד נח(6) 644 (2004)).

53. 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.

54. 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).

55. 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 מי שזכותם נפגעה מהחלטתו. אותם אנשים נאלצים, על פי החלטת המשיב, לפנות שוב ושוב כנגד החלטת המשיב, והם אף מוגבלים לעשות כן אך אחת לתשעה חודשים.

56. כל זאת, בל נשכח, בעוד המשיב אינו ממתין למידע חדש אותו יספק לו העותר, כי אם החלטתו נסמכת, כל כולה, על מידע שנסתר מעיניו, ומבלי שנערך שימוע בנוכחותו. **ודומה כי כל עניינה בהפעלת לחץ אסור על העותר, לשתף פעולה עם כוחות הביטחון.**

57. משנמנע המשיב מלתחום את הפגיעה בעותר, מוסמך בית המשפט להקטין את הפגיעה, בין על דרך תחימת ההגבלה ובין על דרך שיוורה 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

58. העותר, אשר זכויותיו הוגבלו בעקבות החלטת נציגי המשיב בגשר, 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.**

(יצחק 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.**

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

59. 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.

60. יפים לעניין זה דבריו של כבי' השופט (כתוארו אז) ברק:

המקרה שלפנינו מדגים יפה את החשיבות הרבה שיש ליחס לשמירה קפדנית של הכללים בדבר זכות השמיעה. משלא ניתנה לעותר האפשרות לשמוע את התלוונות 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"ץ 656/80 **סאלב אבו רומי נ' שר הבריאות**, פ"ד לה(3) 185, 190 (שנה)).

61. 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).

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

63. 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 לאיזור הגדה המערבית**; בג"ץ 25/09 **גאנס נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; בג"ץ 4819/09 **ד"ר אלהור נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; בג"ץ 10104/09 **אבו סלאמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית** ובג"ץ 8678/10 **חאזם קטש נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**.

64. 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

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

66. 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.

67. 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).

68. 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)).

69. 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)).

70. 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)).

71. 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 לחיי משפחה

72. העותר מבקש לשוב לבית הוריו המתגוררים בירדן עם יתר אחיו. מדובר בביטוי המובהק ביותר של זכותו של אדם לחיי משפחה. המשיב מונע מהעותר לשוב לביתו, וקורע אותו ממשפחתו.

73. הזכות לחיי משפחה, הכוללת בעיקר את זכותו של אדם לשמור על קשריו עם משפחתו הגרעינית, היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. כנגד זכות זו מוטלת על המשיב החובה לכבד את התא המשפחתי.

74. תקנה 46 לתקנות האג, המהווה דין בינ"ל מנהגי, קובעת:

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

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

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) 728, 787).

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.

76. 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, שהיא, 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.

77. חלק מהזכות לחיי משפחה היא זכותו של כל אדם להוות חלק מחייהם של קרובי משפחתו. המשיב פוגע קשות בזכותו של העותר ובני משפחתו לחיי משפחה בכך שהוא מונע ממנו לשוב לבית הוריו וקורע אותו ממשפחתו.

(iii) זכותו של העותר לחופש העיסוק וזכותו לפרנס את משפחתו

78. העותר מבקש לשוב לעבודתו כמנהל השיווק בחברת "אלמאסעה" בירדן.

79. בנסיבות אלה, החלטת נציגי המשיב בגשר למנוע את יציאת העותר, פוגעת בזכותו של העותר 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)).

80. זכותו של העותר להתפרנס ולכלכל את משפחתו מעוגנת היטב במשפט זכויות האדם הבינלאומי; סעיף 6 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, סוציאליות ותרבותיות (1966) קובע:

The right to work...includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses and accepts...The steps to be taken by a State Party...to achieve the full realization of this right shall include technical and vocational guidance and training programmes, policies and techniques to achieve steady economic, social and cultural development and full and productive employment under conditions safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual.

דברים אלה מובהרים בפרשנותה של ועדת האו"ם לזכויות האדם לסעיף זה בצורה הבאה:

The right to work contributes at the same time to the survival of the individual and to that of his/her family, and insofar as work is freely chosen or accepted, to his/her development and recognition within the community...The right to work, as guaranteed in the ICESCR, affirms **the obligation of States parties to assure individuals their right to freely chosen or accepted work, including the right not to be deprived of work unfairly**. This definition underlines the fact that respect for the individual and his dignity is expressed through the freedom of the individual regarding the choice to work, while emphasizing the importance of work for personal development as well as for social and economic inclusion.

(CESCR General Comment No. 18 (2005), The Right to Work. UN Doc. E/C.12/GC/18 (Adopted on 24 November 2005)).

(Mundlak G. "The right to work: Linking human rights and employment policy." *International Labour Review*, Vol 146, No 3-4, 2007. pp. 192-194).

81. 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 לדיוור, 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(e)(i) 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.

(iv) הפגיעה בזכותו של העותר לחינוך ורכישת השכלה

82. העותר סיים את לימודיו בירדן, וכל שנותר לו הוא להשלים את חובותיו לאוניברסיטה ולקבל את התואר. מניעת יציאתו של העותר לחו"ל פוגעת קשות ביכולתו לרכוש חינוך והשכלה, וכך להגשים את עצמו ולהתקדם בחייו. מדובר בפגיעה בזכותו לחינוך ולרכישת השכלה – זכות אשר הוכרה כזכות יסוד הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי.
 ראו לעניין זה:

סעיף 26 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948;
 סעיף 13 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות, ותרבותיות 1966;
 הערה כללית מס' 13 על יישומה של האמנה 1999;
 בג"ץ 2599/00 יתד נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 842-843 (2002);
 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).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

החינוך, לבד מחשיבותו כזכות מהותית של האדם, נושא עמו חשיבות גדולה גם מנקודת מבטה של החברה בכללותה. "החינוך מעצב את פני החברה וקובע את דמותה, לא רק מבחינת הישגי הידע והמומחיות הנרכשים, אלא גם

בעיצוב התשתית הערכית והמוסרית המאפיינת אותה" (בג"ץ 6914/06 ארגון ההורים הארצי נ' מדינת ישראל, (לא פורסם, ניתן ביום 14.8.07)).

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

סיכומם של דברים

86. העותר מעוניין לצאת לירדן על מנת לשוב לחיק הוריו בעמאן, לשוב לעבודתו ולקבל את תעודות התואר מהאוניברסיטה. סירוב המשיב לאפשר את יציאתו מהגדה פוגע בזכותו לחופש תנועה ובכל הזכויות הנלוות לה.

87. החלטתו של המשיב אינה תחומה בזמן, ובכך מעמיד המשיב את העותר במצב של חוסר ודאות מוחלט. בכך הוא פוגע אנושות בזכותו של העותר לכבוד ולהליך הוגן ובזכותו לטעון לחפותו.

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

89. אם לא די בכך, כפי שתואר לעיל, המשיב מתנה 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.

90. 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.