

בעניין:

1. _____ הודלי, ת"ז _____

תושב השטחים הכבושים

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

ע"י ב"כ עוה"ד מרטין קיאל (מ"ר 54087) ו/או עידו בלום (מ"ר 44538) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או ליאורה בכור (מ"ר 50217) ו/או אלעד כהנא (מ"ר 49009)

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 וליתן טעם:

1. מדוע לא יתיר לעותר 1 לצאת מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, לביקור משפחתו וכן לכנס חשוב במסגרת עבודתו, שיחל ביום 27.9.10;

2. מדוע לא ינמק את סירובו, ולא יציג בפני העותרים את סיבת הסירוב ונימוקיו ואת אופי הראיות עליהן הוא נשען.

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב להגיב לעתירה מוקדם ככל האפשר, הן לאור משמעותו של מימד הזמן, כאשר מדובר באיסור על יציאה לחו"ל והשלכת משך הזמן על עוצמת הפגיעה בזכויותיו של העותר 1, 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 2006(1) 320, 331; ובג"ץ 1890/03 **עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל**, תק-על 2005(1) 1114, 1127).

הן לאור חשיבות יציאתו לחו"ל של העותר, לכנס מקצועי אליו הוזמן; והן לאור המקרים הרבים בעבר, בהם די היה בתשובת המשיב כדי ליתר את העתירה.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**), הינו פלסטיני בן 50 המתגורר באל-בירה. העותר נשוי ואב לארבעה ילדים, המתגוררים כולם עם אמם בירדן. לעותר קרובי משפחה רבים נוספים המתגוררים בירדן, בהם אחיותיו ואחיו, דודים ודודות.
2. העותר עובד ברשות המים הפלסטינית ברמאללה בתפקיד רב אחריות, אשר יש לו השפעה משמעותית על משק המים. בין היתר, העותר אחראי מתוקף תפקידו למסעי פרסום להעלאת המודעות לחיסכון במים וקשר עם הציבור.
3. העותר הוזמן לכנס בנושא חשוב ומרכזי בעבודתו, מטעם עמותת ACWUA, העוסק בניהול מסעי פרסום להעלאת מודעות ציבורית לחיסכון במים, אשר יתקיים במרוקו בתאריכים 1.10.2010-27.9.2010.
העתק ההזמנה לכנס המקצועי מצורף ומסומן **ע/1**.
העתקי אישורים בדבר עבודתו של העותר ברשות המים מצורפים ומסומנים **ע/2א** ו-**ע/2ב**.
4. המשיב מונע את יציאתו של העותר לפחות מאז שנת 2002, דהיינו **המשיב לא מאפשר לעותר לצאת את ארצו מזה שמונה שנים**. את ילדיו זכה העותר לראות פעם אחת, לפני מספר חודשים, כאשר ביקרו בגדה במסגרת משלחת מאוניברסיטאות ירדניות. את אשתו ויתר בני משפחתו **לא ראה מזה כשמונה שנים**.
5. העותר מבקש לצאת לירדן על מנת לראות את ילדיו, אשתו ומשפחתו המתגוררים שם ועל מנת לנסוע לכנס המקצועי אליו הוזמן במרוקו.
6. יצוין, כי לפני כארבע שנים הגיש העותר עתירה לבית משפט נכבד זה, על מנת להתיר לו לצאת לירדן ולהתראות עם בני משפחתו (בג"ץ 9009/06 הודלי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם)). העתירה נדחתה ביוני 2009, לאחר שהמשיב העלה טענות ביטחוניות כנגד העותר, ובעקבות זאת הודיע ב"כ העותר דאז כי אינו עומד עוד על הסעד הראשי לו עתר. למעלה מן הצורך יצוין, כי בשנת 2007 הושם העותר במעצר מינהלי למשך כשנתיים ושוחרר בחודש יוני דאשתקד, בלא כל תנאים או מגבלות.
7. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
8. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על שטח הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בשטחי הגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה העשור החמישי.

נוהל המשיב

9. מזה שנים מונע המשיב את יציאתם של רבים מתושבי השטחים הכבושים את ארצם. הדבר נעשה ללא מתן זכות טיעון. בעבר, נודע לבעל הדבר על כך שהוא מנוע יציאה אך ברגע בו הגיע למעבר שבגשר אלנבי, מזוודותיו בידיו 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, המאפשר לתושב המבקש לצאת לחו"ל לערוך בירור במת"ק (להלן: **הנוהל** או **נוהל המשיב**) על מנת לדעת אם בכוונת המשיב למנוע את יציאתו לחו"ל ואם כך הדבר, להגיש השגה על המניעה.

גם היום, עדיין מגלים רבים מתושבי הגדה שהמשיב מונע את יציאתם לחו"ל רק בהגיעם לגשר אלנבי, לצורך היציאה לירדן.

11. על פי הנוהל, משך בדיקת ההשגה הוא שמונה שבועות לכל היותר; כלומר, **במשך חודשיים לאחר שהתושב כבר הוחזר מהגשר, ערב נסיעתו המתוכננת.**

12. כעולה מהודעת המשיבים מיום 11.2.2010 בבג"ץ 8155/06 הנ"ל, הנוהל קובע כי לאחר קבלת ההחלטה בעניינו, תימסר לתושב התשובה בכתב או בטלפון **בהקדם**. כך, מונע המשיב יציאתם של תושבים מהגדה לירדן, על דעת עצמו, **לתקופה בלתי מוגבלת**, בלא שתינתן לתושב הזדמנות של ממש לטעון כנגד החלטה זו.

בנוסף, הגביל המשיב באופן בלתי סביר את אפשרות התושב להשיג על ההחלטה, בכך שהתושב נאלץ להמתין תשעה חודשים בטרם יוכל להגיש השגה נוספת – גם אם נשתנו הנסיבות ואף אם בינתיים אין כל סיבה שלא להסיר את המניעה על היציאה, אין הוא מודיע על כך לתושב, המנוע מיציאה לחו"ל.

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

השתלשלות העניינים ומיצוי ההליכים

14. העותר, המתגורר בגדה, שכאמור, המשיב מונע את יציאתו לחו"ל מאז שנת 2002, הגיע בתחילת חודש פברואר 2010 לגשר אלנבי, מתוך תקווה כי אולי הפעם יותר לו לצאת לירדן, על מנת לפגוש את משפחתו, רעייתו וילדיו. אולם נציגי המשיב מנעו את יציאתו, מבלי למסור לו דבר.

15. ביום 23.3.10, בעקבות מניעת יציאתו, ניגש העותר למת"ק רמאללה והגיש השגה על החלטת המשיב, למנוע את יציאתו לחו"ל, בהתאם לנוהל האמור.

העתק טופס ההשגה שהגיש העותר מצורף ומסומן **ע/3**.

16. בינתיים נבחר העותר להשתתף בכנס שהתקיים בתוניס במהלך חודש מאי השנה. ביום 3.5.10 ניגש העותר למת"ק הישראלי, על מנת לצרף להשגתו את המסמכים אודות הכנס. שם נמסר לו כי השגתו סורבה כבר, ועל כן סירבו החיילים לקחת ממנו את המסמכים החדשים.

העתק ההזמנה לכנס הקודם, שהתקיים בטוניס, מצורף ומסומן ע/4.

עוד נודע לעותר, לאחר הגשת ההשגה, כי בתו התארסה עם בחיר ליבה וכי חתונתם תתקיים בתחילת חודש יוני.

העתק החלטת המשיב שנמסרה לעותר ביום 3.5.10 מצורף ומסומן ע/5.

17. ביום 5.5.2010, בעקבות קבלת החלטת המשיב, פנתה נציגת המוקד להגנת הפרט אל נציגת היועץ המשפטי של המשיב, רס"ן לימור טחנאי, בבקשה לשיקול מחדש של הסירוב בהשגה, לאור הנסיבות הנוספות, שלא היו ידועות לעותר בעת הגשת ההשגה ולפיכך לא נכללו בה. לבקשה צורפו המסמכים אודות הכנס אליו הוזמן העותר וההזמנה לחתונת בתו וכן פורטה בה השתלשלות העניינים דלעיל.

העתק הפנייה מיום 5.5.2010 מצורף ומסומן ע/6.

18. באותו יום ממש הוזמן העותר בטלפון לחקירה במתקן "עופר" למחרת היום. בהגיעו למתקן עופר, הוכנס לחקירה על ידי נציג שב"כ.

בחקירה, בין היתר, נאמר לעותר שתותר יציאתו לירדן, **אם יתחייב שלא לשוב לגדה לעולם**. משסירב העותר ל"הצעה" זו של חוקריו, **איימו עליו אלה האחרונים כי אם לא ישתף פעולה, ייעצר במעצר מינהלי שוב ואף יגורש**.

בהמשך החקירה נדרש העותר על ידי חוקריו לחתום על תצהיר, בו נכתב כי יש לו קשרים לאי אילו גורמים – קשרים שהעותר הכחיש מכל וכל. החוקרים איימו עליו כי מוטב שיחתום על התצהיר מאשר שייעצר מינהלית שוב.

משסירב העותר אף לדרישה זו של חוקריו, הודיעו לו אלה האחרונים כי "הוא עצור ויישאר עצור", מבלי שנאמרה לו עילת מעצרו או המועד בו ישוחרר. עוד נמסר לו, כי בתום שבוע יוזמן שוב לחקירה. לבסוף שוחרר העותר מהמעצר לאחר 6 ימים, **מבלי שייחקר שוב, ובלא כל תנאים או מגבלות**.

19. ביום 13.5.2010 התקבלה תשובת המשיב לבקשת המוקד לשיקול מחדש. בתשובה פורטו הרקע לבקשה, טענת העותרים כי הכנס אליו הוזמן העותר וחתונת בתו לא נשקלו במאזן השיקולים, וכן נרשם כי תושב שהשגתו סורבה רשאי לפנות בבקשה חדשה אלא בחלוף שנה מהגשת ההשגה – בניגוד להודעת המשיב מיום 11.2.2010 במסגרת בג"צ 8155/06 לעיל, לפיה יוכל תושב שהשגתו סורבה להגיש בקשה חדשה בחלוף 9 חדשים.

בהתייחס לבקשת העותר **לצאת לכנס ולחתונת בתו**, אשר לא נשקלו ע"י הגורמים המינהליים משום שלא היו לפניו, נכתב כי:

... במקרה דנן, לא מתקיים שינוי מהותי בנסיבות עניינו של הנדון [...] לאור זאת, אין אנו רואים כל מקום להתערבות משרדנו בהחלטתו של הגורם המנהלי...

(ההדגשה במקור – מ.ק.).

העתק תשובת המשיב מיום 12.5.2010 מצורף ומסומן ע/7.

20. ביום 18.5.2010 התקבלה תשובה נוספת מאת המשיב, לפיה עניינו של העותר לצאת לכנס מקצועי ולהיות נוכח בחתונת בתו, אינו בגדר "נסיבות הומניטאריות המצדיקות את מעורבות משרדנו" וכי "... כמובן שפתוחה בפניכם הדרך להפנות את בקשתכם לקצינת פניות הציבור, לצורך קבלת עמדתה המקצועית."

העתק תשובת המשיב מיום 18.5.2010 מצורף ומסומן ע/8.

21. בינתיים חלף מועד הכנס. ל"מזלו" של העותר, נתגלע סכסוך בין בתו לארוסה, שהביא לדחיית החתונה למועד לא ידוע, כך שהעותר לא החמיץ אותה.

באחרונה, כפי שפורט לעיל, הוזמן העותר על ידי עמותת ACWUA לכנס נוסף, שיתקיים בסוף ספטמבר השנה במרוקו.

22. נוכח עמדת המשיב, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט הנכבד, בעתירה כנגד החלטה שנימוקיה אינם ידועים, ולו באופן כללי, מבלי שהוסבר לעותר הרקע למניעת יציאתו מזה למעלה מ-8 שנים.

הטיעון המשפטי

המסגרת הנורמטיבית: יציאה מהשטחים הכבושים

23. כידוע, 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)). 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.

24. 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 וגינבה 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); להלן: **זילברשץ**).

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

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

על הוראה זו מוסיף הדין ההומניטארי, כקבוע בתקנה 43 לתקנות האג 1907, המהוות משפט בינ"ל מנהגי, כי:

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

הבטחת החיים הציבוריים, כוללת בתוכה גם את הבטחת איכות החיים, כדברי כבוד השופט שילה:

... מהי הבטחת סדר וחיים ציבוריים? התשובה המתבקשת היא: הפעלת ממשל תקין על כל שלוחותיו, הנהוגות בימינו בארץ מתוקנת, כולל ביטחון, בריאות, חינוך, סעד, אך בין היתר גם איכות החיים והתחבורה.

(בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 622, 628 (1981); ההדגשה הוספה – מ.ק.).

וכן סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, הקובע כי:

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

26. בענייננו, מקור הסמכות מצוי בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית. בסעיף זה, הקובע כאמור את חובות המפקד הצבאי כלפי תושבים מוגנים בשטח הכבוש, נקבע, 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.

27. 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 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>

28. סמכויות אלו משתמעות גם מנוסח סעיף 78 לאמנה, המגביל את מרווח שיקול דעתו של המפקד הצבאי:

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 – מ.ק.).

29. וכפי שנפסק:

אך טבעי הוא, כי בתפיסה צבאית קצרת מועד הצרכים הצבאיים-ביטחוניים שולטים ברמה. לעומת זאת, בתפיסה צבאית ארוכת מועד צורכי האוכלוסיה המקומית מקבלים יתר תוקף.

(בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4) 785, 801 (1983)).

30. זכותם של תושבים מוגנים לצאת את השטח מעוגנת גם בסעיף 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...

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 – מ.ק.).

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

32. בשולי הדברים יוער, כי החקיקה הצבאית דווקא לא מסדירה את סמכות מניעת היציאה מן הגדה המערבית. אמנם הגדה המערבית הוכרזה כ"שטח סגור" על פי סעיף 90(ב) לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תש"ל-1970, המסמיך את המפקד הצבאי לקבוע בעקבות הכרזה כזאת איסור או מגבלה על יציאה מן השטח הסגור, אולם המפקד הצבאי לא עשה זאת ולא קבע מגבלה על יציאה מן הגדה.

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.

חובת המשיב להבטיח את חייהם התקינים של תושבי השטחים

33. מטרת יציאתו של העותר אינה רק מטרה אישית-פרטית הנוגעת לתועלתו הוא. העותר מבקש לצאת במסגרת תפקידו כעובד של רשות המים הפלסטינית, ובמסגרת פעילות שעניינה ניהול נכון של מסע פרסום לעידוד מודעות לשימור מים, שימוש מושכל במים, התאמה לשינויי האקלים; וכן שיטות לניהול מוצלח של משקי מים.

34. בנסיבות אלה, בהן ליציאתו של העותר לירדן השלכות רחבות מאלה של עניינו הצר של העותר, יש לכך נגיעה ישירה לחובותיו היסודיות של המפקד הצבאי בשטחים הכבושים. 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 – מ.ק.).

35. החובה להבטיח את הסדר והחיים התקינים ולפעול למען צרכי החברה חלה על כל תחומי

החיים האזרחיים ואף על איכות החיים :

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 לעיל, שם 797; ההדגשה הוספה – מ.ק.).

36. בהבטחת החיים התקינים יש משקל רב לחלוף הזמן והשפעתו על האוכלוסייה. ככל

שהתפיסה הצבאית ממושכת יותר, כך עולה משקלם של צרכי האוכלוסייה המקומית:

צרכיו של כל שטח, בין זה הנתון לשלטון צבאי ובין אחר, משתנים בדרך הטבע עם חלוף הזמן וההתפתחויות הכלכליות המתלוות לכך... אלמנט הזמן הוא גורם משפיע על מירווח הסמכויות, בין אם שוקלים את צורכי הצבא ובין אם שוקלים צורכי השטח, או כאשר מעצבים את האיזון בין השניים.

אך טבעי הוא, כי בתפיסה צבאית קצרת מועד הצרכים הצבאיים-ביטחוניים שולטים ברמה. לעומת זאת, בתפיסה צבאית ארוכת מועד צורכי האוכלוסייה המקומית מקבלים יתר תוקף.

(שם, בעמ' 801).

37. פעילותו של העותר, כמנהל יחסי הציבור של רשות המים, היא חלק מאותם חיים ציבוריים

ומכוונת לשיפור איכות החיים של הנתונים לכיבוש הצבאי, מזה העשור החמישי.

... "הבטחת החיים הציבוריים", מונח, שמציע אני לפרשו כקיום משטר, השומר על זכויות האזרח ודואג לרווחתה המרבית של האוכלוסייה.

(פרשת טביב לעיל, שם 630 בסוף; ההדגשה הוספה – מ.ק.).

38. ברי, כי פעילות שמטרתה קשורה ישירות למשק המים – אינטרס חשוב ומשותף לכל תושבי

האזור, ללא קשר לשיוכם הלאומי – היא מטרה חשובה שעל המשיב להבטיח את קיומה. ודוק:

בג"ץ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו(5) 1, 6 (1992); בג"ץ 69/81, 493 אבו

עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 309-310 (1983).

39. חובותיה של מעצמה כובשת הן לא רק להשיב את החיים לקדמותם, אלא גם לפתח ולאפשר

את התפתחותה של האוכלוסייה והחברה המקומית. המשיב חייב לעמוד בסטנדרטים הגבוהים ביותר החלים על מצב של כיבוש, במיוחד כיבוש המתמשך תקופה כה ארוכה.

כך סיכם המלומד Sassòli את עמדתו של המשפט הבינלאומי:

In practice, aside from the case of legislation contrary to human rights standards already mentioned, legislative action by the occupying power

to ensure civil life will mainly be necessary where a failed state is occupied. Here again it **must stay as close as possible to similar local standards and the local cultural, legal and economic traditions...** Sooner or later, a prolonged military occupation faces the **need to adopt legislative measures in order to let the occupied country evolve.** As the legislative function is a continuous, necessary function of every state on which the evolution of civil life depends, a legislative vacuum created by the disruption of the legitimate sovereign must at a certain point in time be filled by the occupying power.

(Sassòli M. "Legislation and maintenance of Public Order and Civil life by Occupying Power." *European Journal of International law*, Vol 16, No 4, 2005. pp 687-679).

(ההדגשות הוספו – מ.ק.).

חובת המשיב לנמק את החלטתו

40. כללי המנהל התקין מחייבים כי העותר, אשר זכויותיו הוגבלו בעקבות החלטת המשיב, זכאי לכך כי החלטה בעניינו תתקבל בדרך מינהלית תקינה, וכי המשיב יחשוף את הטעמים להגבלת זכותו. הרציונאל לכך 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 בביטחון 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 בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה. אולם, מן הצד השני, אין בכך בהכרח כדי למנוע גילוי נימוקים באופן מוחלט. יש מקרים בהם שיקולים של ביטחון המדינה או יחסי החוץ שלה מונעים גילוי חלק מן הנימוקים, או מונעים ניסוח מסויים של הנימוקים, אך עדיין מאפשרים לתת הנמקה, ולו רק חלקית, שלא תפגע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה.

(י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ב, תשנ"ו), בעמ' 917; ההדגשות הוספו – מ.ק.).

41. ודוק:

גם בהחלטה סטנדרטית, אין די בכך שהרשות תנמק את החלטתה באופן כללי וסתמי תוך ציון 'הכותרת' של טעמיה וללא התייחסות עניינית וספציפית לנסיבות המקרה הנדון. **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; ההדגשה הוספה – מ.ק.).

42. ככלל אין המשיב נוהג לפרט את הסכנה שלדעתו נשקפת מהפונה; ואף לא את העובדות מהן הוא מסיק קיומה של סכנה זו; או את חומר הראיות בו מעוגנות עובדות אלה. ואולם, מניסיונו של המוקד עולה, שכאשר המשיב ניאות לחשוף את נסיבות המניעה, מצליחים הפונים בקלות יחסית להביא לשינוי החלטתו.

- ודוק: בשנה האחרונה טיפל המוקד בארבעה מקרים חריגים כאלה, בהם נחשף חלק מהחומר, ודי היה בכך כדי להוכיח לעותרים ולבית המשפט כי אין למניעה על מה לסמוך.
- ר' בג"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**; ובג"ץ 10104/09 **אבו סלאמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**.
43. "פריבילגיה" זו, של מתן הזדמנות לאדם להוכיח את חפותו, נמנעת לחלוטין כל עוד לא מסגיר המשיב את הסיבות בשלהן החליט להטיל מגבלות על אותו אדם.
44. כל שנמסר לעותר, בתשובה להשגה שהגיש, הוא סימון במשבצת כי בכוונת המשיב למנוע את יציאתו וסימון נוסף ש"השגתך נדחתה". בתשובותיו מיום 12.5.2010 ו-18.5.2010, הסתפק המשיב באמירה כי "אין להיענות לבקשת הנדון וזאת מטעמים בטחוניים", מבלי לפרט דבר מעבר לכך. כפי שנכתב לעיל, ברי כי אין די באלה כדי לפטור את המשיב מחובת ההנמקה.
- ודוק: חובת ההנמקה היא חובה של רשות מינהלית, אך היא אינה מתקיימת בעלמא ובמנותק מזכויותיו המהותיות של הפרט. בהיעדר הנמקה, נפגעת יכולתו של אדם לכלכל את צעדיו ולתקוף את ההחלטה. בהיעדר הנמקה, נאלץ אדם לעתור לבית המשפט כשאין הוא יכול לחשב בצורה אמיתית את סיכויי וסיכוניו, והוא נדרש לגשש באפילה אחר זכותו.

פגיעה קיצונית ובלתי מידתית: "איסור יציאה" גורף ללא שימוע וללא מסגרת זמן ידועה

45. שלילת זכות היציאה כמוה ככליאת העותר בפועל בתוך שטח הגדה המערבית למשך זמן בלתי ידוע; שלילת זכות העותר לצאת את ארצו, מהווה פגיעה קשה בחירותו ובכבודו כאדם.
46. 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.
- (בג"ץ 6358/05 **ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף**, תק-על 2006(1) 320, 327 (2006)).
47. כוחן של מגבלות המוטלות על תושביו של שטח כבוש, לרבות כזה שהוכרז כשטח צבאי סגור, פוחת ככל שחולף הזמן והכיבוש הופך למצב של קבע. על כך נאמר:
- 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.**
- (זילברשץ לעיל, שם 107-108; ההדגשות הוספו – מ.ק.).
48. בענייננו, מונע המשיב מהעותר לצאת את ארצו, מזה למעלה משמונה שנים.

הפגיעה בזכויות העותר

הזכות לחופש תנועה וזכותו של העותר לצאת מארצו

49. המשיב מונע מהעותר לצאת לחו"ל. בכך, פוגע המשיב בזכויותיו הבסיסיות לכבוד ולאוטונומיה, לחופש תנועה וכל הזכויות הנגזרות מזכותו לחופש תנועה.
50. 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 המיוחסת לזכות לחופש התנועה.
51. הזכות לחופש תנועה הוכרה ונמנית עם הנורמות של המשפט הישראלי, שהמשיב נושא את הוראותיו בתרמילו (בג"ץ 6358/05, ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, פיסקה 10 (2006); בג"ץ 1890/03, עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, פיסקה 15 (2005); בג"ץ 5016/96, חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997)).
52. 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); ההדגשה שלי – מ.ק.).

וכך כתב כבוד השופט בד בעניין זכות זו:

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)).

53. זכות זו מעוגנת, כאמור, גם במשפט הבינלאומי בסי 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966; בסעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948; וכן בסעיף 2 בפרוטוקול הרביעי לאמנה האירופית לזכויות האדם 1950.

הפגיעה בחופש העיסוק של העותר

54. 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, ולכן היא מהווה חלק אינהרנטי מהתנאים הדרושים למימוש חיים של כבוד וחירות (human dignity). בענייננו מטרת היציאה – ההשתתפות בכנס – מוסיפה משנה תוקף לחופש העיסוק של העותר, בהיותו תרומה לחברה:

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 (2004); ההדגשה הוספה - מ.ק.).

55. כאמור, המשיב, כרשות מינהלית, נושא בתרמילו את עקרונות היסוד של המשפט הישראלי בכל פעולותיו, ובתוך כך את עקרון היסוד של חופש העיסוק:

טעם נוסף... נמצא בזכות היסוד של חופש העיסוק, שהוכרה בפסיקת בית משפט זה עוד בטרם חקיקתו של חוק יסוד: חופש העיסוק...

למשפט הישראלי אין אמנם תחולה ישירה באזור, אך בית משפט זה מחיל את עקרונות היסוד שלו על המפקד הצבאי באזור ועל פיקודיו מכוח הסמכות הפרסונלית, בהיותם נמנים על רשויות המדינה ופועלים שם בשרותה... ממש כמו שהוא מחיל עליהם את כללי המשפט המינהלי.

(בג"ץ 3940/92 ג'ראר נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד מז(3) 298, 304 (1993)).

56. המשיב מחויב להגן על זכויותיהם של תושבי השטחים מכוח חובותיו כמפקד השטח הכבוש, ועל כן מחויב להבטיח את החיים התקינים בשטחים ולשמור על זכויותיהם של תושבי השטחים. הזכות לחופש העיסוק היא אחת מזכויות האדם הבסיסיות, המטילות על המעצמה הכובשת חובה לנקוט בכל הצעדים האפשריים כדי לאפשר את מימושן של זכויות אלה בשטח הכבוש.

57. 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); והצהרת קופנהגן ותוכנית הפעולה שאומצה על ידי הוועידה העולמית להתפתחות חברתית (1995).

58. 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.

זכות העותר לחיי משפחה

59. הזכות לחיי משפחה, הכוללת את הזכות של בעלים ונשים, הורים וילדים, אחים, 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 בינ"ל מנהגי, קובעת:

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

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

Family life must be respected as far as possible.

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

62. 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).

63. 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.

64. 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.

65. 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.

66. חלק מהזכות לחיי משפחה היא זכותו של כל אדם להוות חלק מחייהם של קרובי משפחתו – הדבר נכון כאשר מדובר באחים ואחיות ומקל וחומר שעה שמדובר בבני זוג נשואים והורים וילדיהם. המשיב פוגע בזכותו של העותר ובני משפחתו לחיי משפחה בכך שהוא מנתק את בני המשפחה אלה מאלה, ובכך שהוא מונע מהעותר לממש את זכותו להתראות עם אשתו, ילדיו וקרוביו.

67. המלומד Minow מדגיש, כי החברה יוצאת נשכרת 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).

סיכום

68. סירובו של המשיב להתיר את יציאתו של העותר לירדן, פוגע בזכות היסוד שלו לעזוב את ארצו, באוטונומיה שלו, בזכותו לחיי משפחה, בזכותו להתפרנס בכבוד ובזכותו לחופש העיסוק.

69. פגיעה זו מחמירה בשל כך שהחלטת המשיב התקבלה בלי שניתנה לעותר זכות טיעון, בלי שנקבעה בה מסגרת זמן כלשהי, והיא נמסרה לעותר בלא בדל של נימוק.

70. חופש התנועה אינו עוד זכות ככל זכות אחרת, שכן חופש התנועה הוא המפתח להגשמת זכויות אדם בסיסיות. זכותו של אדם לעזוב את ארצו ולצאת לחו"ל היא כה מהותית וחשובה, עד כי הגבלתה צריכה להיעשות במקרים חריגים ביותר, ורק מטעמים ביטחוניים פרטניים כבדי משקל במיוחד.

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

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.

מרטין קיאל, עו"ד
ב"כ העותרים

היום, 12 לאוגוסט, 2010

[ת.ש. 46246]