

**בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ 18/

בעניין:

1. עאבדין, ת"ז
תושב השטחים הכבושים
2. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר**
– ע"ר 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד נאסר עודה (מ"ר 68398) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בנימין אחסתרביה (מ"ר 58088) ו/או עביר גיבוראן-דכוור (מ"ר 44346) ו/או נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או תהילה מאיר (מ"ר 71836)

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

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח אל-דין 29, ירושלים
טל: 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא ולנמק מדוע לא יאפשר את יציאתו של העותר 1 מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, ללא הגבלה, על מנת שיוכל להמשיך משם למכה שבערב הסעודית לשם קיום מצוות החאג' בחודש אוגוסט 2018; וכן מדוע לא יודיע האם נתקבל אצל המשיב מידע חדש שלשיטתו מצביע על הסיכון לכאורה הנשקף מיציאתו של העותר לחו"ל, וזאת לאור הודעת המשיב הקודמת מיום 9.8.2017 שלפיה בקשתו של העותר לצאת לחו"ל תישקל בחיוב ככל שלא מתקבל מידע חדש כנגדו עד לתאריך ה-7.6.2018; ואם כן נתקבל מידע כזה, מדוע לא ינמק את סוגו ואופיו.

בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה. לעותר שמור מקום במשלחת לעלייה לרגל למכה בארבעת ימי החאג', שחל השנה בחודש אוגוסט הקרוב. מצוות החאג' היא אחת מחמש מצוות היסוד באסלאם. מספר עולי הרגל בימי החאג' מוגבל למכסות, וזהותם נקבעת בהגרלה שנתית. העותר הוא מוסלמי מאמין, ולדבר חשיבות עצומה עבורו. היציאה לחאג' מתבצעת במשלחות מאורגנות, וכדי שהעותר יוכל לצאת, נדרשת הכרעה בעניינו עד למועד היציאה, שיחול ביום 6.8.2018.

לאור זאת, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון **עד ליום 5.8.2018**, ולמצער, להורות למשיב להגיש את תגובתו המקדמית לעתירה **בהקדם האפשרי**, שכן ייתכן שזו תייתר את הדיון בעתירה, וזאת בכדי שעניינו יוכרע מבעוד מועד, בטרם מועד היציאה לחאג'.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**) הוא תושב השטחים הכבושים, יליד 1964, נשוי, אב לשמונה וסב לשישה, המתגורר בחברון. הוא עובד כמנהל חברת חלפנות כספים שבבעלותו ובה מועסקים כ-20-30 עובדים.
2. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
3. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על איזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי זה למעלה מחמישים שנה.
4. העותר מעוניין לעלות לרגל למכה שבערב הסעודית לשם קיום מצוות החאג', אחת ממצוות היסוד בדת האסלאם. על פי המצווה, על כל אדם מוסלמי לעלות לרגל למכה בתקופת החאג' לפחות פעם אחת בחייו. **יצוין, כי משלחת העולים לחאג' אליה מצטרף העותר עתידה לצאת מהגדה המערבית לירדן ביום 6.8.2018.**
5. הנסיעה לחאג' מוגבלת על ידי שלטונות ערב הסעודית בשל עודף ביקוש, וההיתרים לעלייה ניתנים בשיטת הגרלה. שמותיהם של העותר ואשתו עלו בגורל כבר בשנת 2004. בעקבות המניעה ליציאתו של העותר לחו"ל החל מאותה השנה, שבפועל גם מונעת מאשתו לצאת לקיום מצוות החאג', הווקף שמר לשניהם מקומות במשלחת החאג' כל שנה ושנה עד היום. אך יצוין שאין משמעותם של דברים אלה ששמותיהם יישמרו גם לשנה הבאה במידה והמניעה לא תוסר השנה.
העתק מאישור רישום העותר למשלחת החאג' של שנת 2018 מצורף ומסומן ע/1.
6. העותר פנה למשיב לפחות שש פעמים מאז שנת 2004 בבקשה להתיר לו לצאת את ארצו כדי לקיים את מצוות החאג' (ופעם נוספת לקיום מצוות העומרה). כל פעם, המשיב עמד על סירובו לבקשת העותר ובכך פגע שוב ושוב בזכויות היסוד שלו לחופש התנועה ולחופש הדת והפולחן. עד להגשת עתירה זו, נמנע מהעותר לקיים את מצוות החאג'.
7. העותר לא הסתפק בבקשות והשגות מנהליות נגד ההחלטות החוזרות ונשנות של המשיב למנוע את יציאתו לחו"ל. בטרם הגשת עתירה זו, העותר כבר עתר לבית המשפט הנכבד ארבע פעמים לשם ביטול המניעה המוטלת על יציאתו לחו"ל לשם קיום מצוות החאג'. ר' בג"ץ 8965/06 _____ **עאבדין ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**; בג"ץ 8615/09 _____ **עאבדין ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**; בג"ץ 7255/10 _____ **עאבדין ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**; ובג"ץ 6085/17 _____ **עאבדין ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**.
8. כל עתירותיו של העותר נמחקו. הראשונה (בג"ץ 8965/06 _____ **עאבדין ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**) נמחקה לאחר שבית המשפט הנכבד עיין בראיות החסויות במעמד צד אחד ואז הביע את התרשמותו בפני בא כוח העותר. עתירותיו של העותר משנת

2009 (בג"ץ 8615/09 _____ עאבדין ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית) ומשנת 2010 (בג"ץ 7255/10 _____ עאבדין ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית) נמחקו, כל אחת מהן לבקשת שני הצדדים, לאחר שהמשיב מסר לעותרים הבהרות בנוגע למניעה ונימוקיה עוד לפני הגשת תגובתו המקדמית.

9. כמו כן, עתירתו האחרונה של העותר, שהוגשה לפני כשנה (בג"ץ 6085/17 _____ עאבדין ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית), נמחקה בטרם הגשת התגובה המקדמית של המשיב. העותר ביקש את מחיקתה אחרי שב"כ המשיב מסר לו במכתב מ-9.8.2017 כי המשיב עומד על התנגדותו ליציאת העותר, וכן הוסיף ומסר תיאור כללי של המידע המיוחס לשיטתו לעותר, אשר חלקו לפחות חסוי מפניו. יצוין ויודגש כי באותו מכתב נמסר כי, "ככל שעד יום 7.6.2018 לא יתקבל מידע חדש המצביע על הסיכון הנשקף מיציאתו של העותר לחו"ל, וככל שבחלוף מועד זה יגיש בקשה חדשה להסרת המניעה – תישקל בקשתו בחיוב." מנציגי המת"ק נמסרה לעותר הבטחה דומה לפיה הוא יזמן לפנות שוב כבר במארכ 2018.

העתק ממכתב שנמסר מב"כ המשיב לעותרים ביום 9.8.2017 מצורף ומסומן ע/2.

העתק מבקשת העותרים למחיקת העתירה בבג"ץ 6085/17 מצורף ומסומן ע/3.

10. בהתאם להתחייבות המשיב האמורה ובהתחשב בזמן הטיפול בהשגה, אשר על פי נוהל המשיב נמשך עד לשמונה שבועות, ובמועד היציאה לחאג' (שחל השנה כאמור בתחילת אוגוסט), הוגשה ביום 25.4.2018 השגה חדשה על ידי המוקד כנגד המניעה המוטלת על יציאתו של העותר לחו"ל. בפניה זו הוזכרה התחייבות המשיב לשקול בקשה חדשה זו בחיוב ככל שלא מתקבל מידע ביטחוני חדש כנגד העותר. לפנייתו של המוקד צורף טופס טיפול בבקשה, כדרישת המשיב.

העתק מפניית המוקד מיום 25.4.2018 מצורף ומסומן ע/4.

העתק מטופס טיפול בבקשה מצורף ומסומן ע/5.

11. בחלוף ארבעה שבועות מיום הגשת ההשגה, פנה המוקד למשיב בבקשה לקבל תשובתו המנומקת והעניינית להשגת העותר בהקדם האפשרי. המוקד חזר והזכיר בפנייה זו את התחייבות המשיב שעלתה במסגרת העתירה הקודמת.

העתק מפניית המוקד מיום 23.5.2018 מצורף ומסומן ע/6.

12. ביום 30.5.2018 מסר המשיב למוקד את תשובת הסירוב להשגת העותר, בליווי הפרפרזה הלקונית והסתומה, "מתנגדים. הינך פעיל חמאס. לך מעורבות בכספ"ט [כספי טרור – נ.ע.]. מיציאתך מהשטח קיים חשש לבטחון האזור." בסירובו לא התייחס המשיב להתחייבותו שלו מהשנה הקודמת ולא ציין האם התקבל מידע מודיעיני חדש כנגד העותר מאז מחיקת העתירה הקודמת.

העתק מתשובת הסירוב מיום 30.5.2018 מצורף ומסומן ע/7.

13. יצוין כי לאחר ניהול של לפחות שבעה הליכים מנהליים וארבעה הליכים משפטיים החל משנת 2004, המניעה המתמידה (כביכול) של המשיב ליציאת העותר לחו"ל לשם קיום מצוות דתו לא נומקה ביתר פרטים מעבר לאלה שנמסרו לו בפרפרזה הנ"ל. במילים אחרות, עמד המשיב

על סירובו להתיר את יציאת העותר לחו"ל לפחות אחת-עשרה פעמים במשך למעלה משלוש-עשרה שנים בלא למסור לעותר כל נימוק פרט לטענותיו שהעותר קשור לחמא"ס ומעורב בכספי טרור. מעולם לא מסר המשיב לידי העותר שום ראיה לתמיכת טענות אלה, לא כל שכן הצביע על אופי הראיות שבידו, לא כל שכן הצביע על סיבות שלשיטתו יצדיקו את סירובו לחשיפתן של ראיות אלה.

14. לא מיותר לציין כי בניגוד לכללי המנהל התקין הבסיסיים ביותר, המשיב אף פעם לא קיים את זכותו של העותר לשימוע בעניינו בטרם או אפילו לאחר קבלת החלטה למנוע את יציאתו לחו"ל. יחד עם זאת, אילו היה מקיים שימוע בעניינו של העותר, זכותו להשמיע את טענותיו להפרכת החלטת הרשות הממשלתית לא הייתה ממומשת בשל סירובו של המשיב למסור לעותר את המידע עליו הוא מבסס את החלטתו.

15. למעלה מן הצורך, ולמען שלימות התמונה בלבד, יצוין כי העותר נכלא פעמיים בשנות התשעים, והוחזק במעצר מינהלי מדצמבר 2004 ועד ליוני 2005. מאז שחרורו של העותר, לפני כ-13 שנים, הוא לא נעצר ולא נחקר.

16. בנסיבות אלה, כשלא נשקלה בחיוב בקשתו של העותר על אף הודעות המשיב שנמסרו במסגרת העתירה הקודמת בעניינו של העותר, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט הנכבד.

הטיעון המשפטי

הפגיעה בזכויות העותר

הפגיעה בזכות לחופש התנועה

17. המשיב מונע מן העותר לצאת לירדן ומשם לערב הסעודית על מנת לקיים את מצוות החאג'. בכך נפגעת זכותו של העותר לחופש תנועה, זכות אשר מהווה את הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש יכולותיו. חשיבותה הרבה של הזכות לחופש תנועה נעוצה בכך שחופש תנועה הוא הכוח המניע את מארג זכויותיו של האדם, והגבלתו גוררת אחריה בהכרח פגיעה בזכויות אדם נוספות הנוגעות לכל תחומי החיים. וכאן, הפגיעה הקשה בזכות העותר לחופש הדת והפולחן מהווה התוצאה הישירה והבלתי נמנעת מהאיסור המוטל על יציאתו לחו"ל.

18. במשפט הישראלי, מעוגנת הזכות לחופש תנועה בסעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא מוכרת כזכות יסוד בסיסית, אשר עומדת בשורה הראשונה של זכויות האדם ומצויה ברמה הגבוהה ביותר במדרג זכויות האדם בישראל (ראו למשל: 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)).

19. הזכות לחופש תנועה מהווה זכות יסוד גם במשפט הבינלאומי. במשפט זכויות האדם הבינלאומי מעוגנת זכות זו בסעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966; בסעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם, 1948; ובסעיף 2 לפרוטוקול הרביעי לאמנה האירופאית לזכויות אדם, 1950.

20. הזכות לחופש תנועה כוללת גם את **זכותו של אדם לצאת מארצו ולחזור אליה**, והיא הוכרה בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם, 1948 (סעיף (2) 13):

Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country.

כמו גם בפסיקה הישראלית:

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)).

21. אם הטלת הגבלה על יציאת התושבים לחו"ל הינה כרוכה ב"פגיעה חמורה בזכויותיו" של התושב, כאן נדרשת השאלה עד כמה חמורה הפגיעה ב"זכות טבעית" זו כאשר היא נשללת מאדם במשך יותר משלוש-עשרה שנים ברצף? (בג"ץ 4706/02 **סלאח נ' שר הפנים**, פ"ד נו(5) 695, 704 (2002)). בטרם הגשת עתירה זו, העותר פתח וניהל מעל אחד-עשר הליכים, הן מנהליים והן משפטיים, לשם מימוש זכותו זו. בכל הליך, החליט המשיב לפגוע "פגיעה חמורה בזכויותיו" של העותר (כנ"ל), כאשר באף אחד מהליכים אלו לא הודיע המשיב לעותר על משך הזמן שהחלטה תעמוד בתוקף. משמעה כליאתו בפועל של העותר בתוך שטח הגדה המערבית שנמשכת כבר כמעט עשור וחצי ועלולה להימשך בלי סוף.

22. לעניין זה יש להדגיש כי לשאלת משך זמן ההגבלה משמעות כבדת משקל במימוש זכות היציאה מהמדינה, במובן זה שהזכות לצאת היא זכות המוקנית לאדם בכל עת שיחפוץ, ועל כן, כאשר מוגבלת זכות היציאה, **מידת הלגיטימיות שלה הולכת ופוחתת ככל שמתארכת תקופת המניעה. לא הרי הגבלת הזכות לימים ספורים כהגבלתה לחודשים, לשנים או לעד.**

ככל שההגבלה נפרשת על פני היקף גיאוגרפי נרחב יותר, וככל ששאר תנאיה קשים יותר, **וזמן התמשכותה ארוך יותר**, כך הולכת וגדלה עוצמת הפגיעה, והשיקול בינה לבין הערך הנוגד הופך להיות קשה ומורכב יותר (הדגשים אינם במקור). (בג"ץ 6358/05 **ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף**, תק-על 2006(1) 320, פס' 15 (2006)).

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

יש לתחום את הגבלת זכות היציאה בזמן; שהרי הגבלת יציאה מהארץ לימים לא דומה להגבלתה במשך חודשים או להגבלה של שנים. כיצד ייקבע זמן הגבלת הזכות ליציאה? ראשית, **יש להקפיד על-כך שברגע שהאינטרס חדל להתקיים יתאפשר לאדם לממש את זכותו ליציאה מהארץ [...]** נוסף על-כך, **יש לקבוע זמן מירבי שמעבר לו לא ניתן יהיה לטעון כי הנסיבות המצדיקות הגבלת הזכות ממשיכות להתקיים [...]** תיחום זמן הגבלתה של זכות היציאה עומד בתיאום עם הדרישה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהגבלת זכות לא תהיה במידה העולה על הנדרש (הדגשים אינם במקור). (יפה זילברשץ "זכות היציאה ממדינה" **משפטים** כ"ג 69, תשנ"ד).

23. במשפט ההומניטארי הבינלאומי, מעוגנת הזכות לחופש תנועה במפורש 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... [Emphases added, N.O].

24. כידוע, רק לאחר שהוגשה עתירה עקרונית לבג"ץ (בג"ץ 8155/06 האגודה לזכויות האזרח נ' **מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**), קבע המשיב נהלים המאפשרים לברר האם הוא כבר **קיבל החלטה למנוע** את יציאתו של תושב כלשהו מהגדה לחו"ל, וכן להשיג על החלטה. לעומת זאת, ובניגוד לקבוע בסעיף 35 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949), לא קיימים נהלים מפורסמים המסדירים את ההליכים שעל המשיב לנקוט בהם **בטרם קבלת החלטה למנוע** את יציאתו של תושב כלשהו מהגדה לחו"ל.

25. על פי נהלי המשיב, כן ניתנת לתושב הגדה הזדמנות להשיג על החלטה למנוע את יציאתו. במקרה דנן, המשיב אף התחייב לשקול בחיוב בקשה חדשה של העותר אם לא יתקבל מידע חדש כנגדו. אך בפועל, המשיב דחה גם את הבקשה החדשה של העותר בלא התייחסות להתחייבותו זו וללא הודעה על קבלתו של מידע חדש בעניינו של העותר. נדמה כי אם פורמלית כן נתן המשיב הזדמנות לעותר לערור על מניעת יציאתו לחו"ל, בפועל הפר המשיב את חובתו על פי סעיף 35 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949) ואת התחייבותו שלו לשקול מחדש ולעומק את החלטתו למנוע את יציאתו של העותר לחו"ל.

26. המלומד פיקטה מבהיר בפרשנותו של סעיף 35 לאמנת ג'נבה (1949) הנ"ל 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**. [Emphases added, N.O.].

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

27. דהיינו, האמנה מסמיכה את המפקד הצבאי להגביל את חירותו של הפרט לצאת מהשטח המוחזק ולחזור אליו, **אך ורק אם הדבר הכרחי משיקולי ביטחון מובהקים**. ככל שעולה מספר סירובי המשיב לבקשות החוזרות של העותר לנסוע לחו"ל ומתארך משך הזמן בו נמנע ממנו לממש זכות זו, נחלשים ודלים חוזק ואמינות הטענה, שעל פי האמור לעיל על המשיב לטעון ואף להוכיח, כי הפגיעה בזכות הטבעית של העותר לצאת לחו"ל אכן הכרחית משיקולי ביטחון מובהקים.

28. בדיני הכיבוש קיים מקור נורמטיבי נוסף לחובת המשיב לפעול על מנת להבטיח את מימוש זכותו של העותר. כמפקד השטח הכבוש, למשיב **חובה אקטיבית** להגן על זכויותיהם של התושבים, להבטיח את חייהם התקינים ולשמור על זכויותיהם **בכל תחומי החיים האזרחיים**.

תקנה 43 לתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה (האג 1907), 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, נ.ע].

הפסיקה הישראלית מכירה בחלות אותה תקנה, כך למשל בבג"ץ 393/82 **ג'מעייית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון**, פ"ד לז(4) 785, 797 (1983), נקבע כי תקנה 43 חלה בכל תחומי החיים הציבוריים:

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.

הפגיעה בזכותו של העותר לחופש הדת והפולחן

29. המשיב פוגע פגיעה קשה בזכותו של העותר לחופש הדת והפולחן בכך שהוא מונע ממנו לצאת את ארצו לשם קיום מצוות החאג', אחת ממצוות היסוד בדתו, שקיומה תלוי בזכייה בהגרלה השנתית, כפי שהוסבר ברישא של העתירה.

30. בפסיקה הודגש, כי חופש הדת, ככלל, מצוי במרכז הגרעין החברתי והתרבותי של כל קהילה. בפסיקה הודגש עוד, כי זכות ההגעה והגישה למקומות קדושים בעלת תוקף חוקתי גבוה במיוחד, ולה חשיבות מיוחדת קולקטיבית ואינדיבידואלית גם יחד.

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

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

(בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח(3) 443, 456 (2004); ההדגשות הוספו, נ.ע).

31. במקרה אחר הודגש על ידי בית המשפט הנכבד כי:

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

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

קל וחומר כאשר מדובר באחת מחמש מצוות היסוד על פי דתו של מאמין, אשר ניתן לקיימה רק פעם אחת בשנה במשך תקופה מסוימת וקצרה, ורק אם מתמזל מזלו של

המאמין והוא זוכה בהגרלה שנתית בשנה בה בידיו לשאת בעלויות הן של המסע למכה והן של השהייה בה.

32. הזכות לחופש הדת והפולחן נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי; ראו בעניין זה:

סעיף 18 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, 1948;

סעיף 18 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות, 1966;

סעיף 13 לאמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות, 1966;

סעיפים 2 ו-5 לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית, 1966;

וסעיפים 1, 2, 3 ו-4 להכרזת האומות המאוחדות על ביעור כל צורה של אי סובלנות ואפליה המבוססות על דת או אמונה, 1981.

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

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

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

34. סעיף 46 לאמנת האג (1907) קובע כי:

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

35. כמו כן, סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949) קובע כי:

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

36. המלומד פיקטה, בפרשנותו לסעיף 27 של אמנת ג'נבה הרביעית, מציין כי:

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

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

חוסר סבירות בהחלטת המשיב להטיל איסור על יציאתו של העותר לחו"ל

37. מכלול סמכויותיו של המשיב בשטח הכבוש נתון לו מכוח המשפט הבינלאומי, ובכפוף לו (בג"ץ 2150/07 אבו צפיה נ' שר הביטחון (לא פורסם, 29.12.2009)). תחולתם של משפט זכויות האדם הבינלאומי, המשפט ההומניטרי הקבוע באמנות האג וג'נבה והמשפט הבינלאומי המנהגי על השטחים הכבושים, מובילה למסקנה שלתושביהם קיימת זכות יציאה מארצם. לאור זאת, "הממשל הצבאי בשטחים, הכפוף להלכות המשפט המנהלי הישראלי ולהלכות המשפט הבינלאומי המנהגי, מחויב לאפשר לתושבי השטחים לממש זכות-יסוד חשובה זו" (יפה זילברשץ, "זכות היציאה ממדינה, משפטים, כ"ג, 69, 86 (תשנ"ד)).

38. מקור סמכותו של המפקד הצבאי להגביל את זכותם של תושבי השטחים לצאת את ארצם מצוי בסעיף 78 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה 1949, והיא מוגבלת לשיקולי ביטחון חיוניים בלבד:

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.

(הדגשה הוספה, נ.ע.)

39. במקרה של העותר, המשיב הבטיח לפני כשנה לשקול את בקשת העותר לצאת לחו"ל בחיוב במידה ולא יתקבל מידע חדש כנגדו. עצם ההבטחה הזאת כשלעצמה מעלה ספק האם החלטות המשיב למנוע את יציאתו של העותר לחו"ל, בכלל ובמיוחד אלה שהתקבלו במסגרת העתירה הקודמת ומיד לפני הגשת עתירה זו, אכן התבססו על סיבות ושיקולים ביטחוניים שעלו לרמת החיוניות הגבוהה הדרושה על פי אמנת ג'נבה הרביעית לשם הצדקת שלילתה של זכות יסוד זו של העותר.

40. לא זו בלבד. הפרפרזות הזוהות (מבחינת תוכן) שנמסרו לעותר מלמדות כי הנסיבות שלשיטת המשיב הצדיקו את סירובו לבקשת העותר לצאת לחאג' בשנה שעברה כלל לא השתנו. בסירובו של המשיב לבקשתו של העותר לצאת לחאג' השנה, המשיב לא מסר כל נימוק או מידע חדש ואפילו לא ציין האם התקבל אצלו מידע חדש כנגד העותר, אם לאו. לאור התעלמותו המוחלטת של המשיב מהתחייבותו שלו והסתמכותו על אותם נימוקים שנמסרו לפני שנה, מוטל עליו נטל כבד לבוא ולנמק מדוע לא יקיים את התחייבותו כך שתישקל בחיוב בקשתו של העותר לצאת לחאג'.

הפרת חובות ההנמקה והשמיעה ושליטת זכות הטיעון

41. מטרתה של חובת ההנמקה הינה למנוע החלטות מינהליות שרירותיות וסתומות, ולהניח יסוד לקיום ביקורת, הן מינהלית והן שיפוטית, על החלטות עובדי ציבור (רענן הר-זהב, המשפט המנהלי הישראלי (1996), עמ' 239). חובת ההנמקה נועדה להגשים גם את אחד מכללי הצדק הטבעי – זכות הטיעון של העותר – ולהשתית את הבסיס לקיום חובת השמיעה. שהרי בהיעדר הנמקה, לא יכול העותר להתגונן מפני ההחלטה ולהשפיע עליה מבעוד מועד או לאחר שניתנה, אם בדרך של השגה, ואם בדרך של עתירה לבית משפט נכבד זה.

42. 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 התלונות נגדו ולהשמיע את תגובתו שלו, התגבשה בו ההכרה, כי שיקולי הרשויות הם פסולים ומפלים, והאמון שלו כאזרח באמינות השלטון התערער.

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

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

על-כן, אין מקיימים כהלכה 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).

43. 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.

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

ובמקום אחר:

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 מנהל וגופים נבחרים", **מחקרי משפט** יט (תשס"ב) 5, 37; ההדגשה הוספה).

44. כאמור, השגתו של העותר סורבה בליווי פרפרזה בה צוינו אותן שתי טענות כלליות שהועלו במסגרת עתירתו הקודמת, **ללא שום פרטים או נתונים חדשים**. לאור התחייבותו של המשיב לשקול השגה חדשה זו בחיוב **אם לא יתקבלו פרטים או נתונים חדשים** כנגד העותר, מתבקשת המסקנה כי **למעשה הסירוב דנן אינו מנומק כלל**. וכן, כאן המקום להזכיר כי מאז 2004 המשיב לא הפנה את תשומת לבו של העותר לכל חומר ראייתי שברשות רשויות המדינה, ועל אחת כמה וכמה לא מסר שום פריט ראייה לידיו של העותר.

45. ניסיון העבר של המוקד מלמד כי לא ניתן ללמוד דבר וחצי דבר מפרפרוזות סתומות ולא מנומקות כגון אלו, וכי המשיב אינו חסין מטעויות. במספר מקרים חריגים בהם הועבר למוקד החומר עליו הסתמכו הגורמים הרלוונטיים כאשר דחו בקשת יציאה, הצליחו מי

שנמנעה זכותם לחופש תנועה להוכיח כי הטענות הביטחוניות שהועלו נגדם הן חסרות יסוד, ולהביא להסרתה של המניעה.

46. כך היה, למשל, במקרים של מר אמג'ד עצפור, בבג"ץ 8857/08 **עצפור נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**; מר אברהם גאנס, בבג"ץ 25/09 **גאנס נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**; ד"ר אלהור, רופא בכיר בחברון, בבג"ץ 4819/09 **ד"ר אלהור נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**; ומר ג'מאל עבדאללה אבו סלאמה, בבג"ץ 10104/09 **אבו סלאמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**.

47. חשיבותה של ההנמקה עולה גם מתוך מקרים אלו, בהם מי שנמנעה זכותם לחופש תנועה הצליחו להפריך את הטענות הביטחוניות כנגדם על בסיס החומר שהועבר למוקד.

48. מובן שיכולתו של העותר להתגונן מפני הטענות המועלות כלפיו נשללת שעה שהמשיב מסתפק בפרפרזה מרוקנת מתוכן. היעדר התייחסות בפרפרזה להתחייבות המשיב ולתנאים שהוא קבע לעצמו לשיקול בקשת העותר מותיר את האחרון במקום בו אין ביכולתו להבין או אף לנחש על מה הסירוב הנוכחי מבוסס, בהיעדר ראיות למען תקיפתו והפיכתו. כאשר הסתמך העותר על התחייבות זו כשהוא שקל והחליט למחוק את עתירתו הקודמת ולחכות כמעט שנה להשיג שוב על מניעת יציאתו לחאג', מובן ש"האמון שלו . . . באמינות השלטון התערער" (בג"ץ 656/80 **סאלב אבו רומי נ' שר הבריאות**, פ"ד לה(3) 185, 190). קל וחומר כאשר המשיב לא קיים אף שימוע פורמלי אחד בעניינו של העותר בעוד יציאתו של האחרון לחו"ל נמנעה ממנו מאז 2004 והוא עצמו פתח וניהל לפחות שבעה הליכים מנהליים למען הסרת מניעה זו. כדברי כב' השופט ברק (כתוארו אז) שהובאו לעיל, "אין מקיימים כהלכה את זכות השמיעה, אם אין מפנים את תשומת לבו של הפונה למידע, שנתקבל בעניינו, ומאפשרים לו להגיב עליו כראוי" (ר' בג"ץ אבו רומי דלעיל).

סיכומם של דברים

49. **לעותר שמור השנה מקום במשלחת לעלייה לרגל למכה בארבעת ימי החאג'**, שחל השנה באוגוסט הקרוב. העותר מבקש לצאת את ארצו לירדן, דרך גשר אלנבי, כדי לעלות לרגל למכה שבערב הסעודית לשם קיום מצוות החאג'. סירוב המשיב לאפשר את יציאת העותר מהגדה פוגע בזכותו לחופש תנועה ובכל הזכויות הנלוות לה, ובייחוד בזכויותיו לחופש הפולחן והדת.

50. בסירוב להשגה שהגיש העותר בעניינו, מונע ממנו המשיב באופן מוחלט וגורף לצאת את ארצו. בכך הופך המשיב את העותר, ממנו נמנע לצאת לחו"ל כבר יותר משלוש-עשרה שנים, לכלוא בארצו. החלטת המשיב שנמסרה לעותר אינה תחומה בזמן, ובכך מעמיד אותו המשיב במצב של חוסר ודאות מוחלט. משכך הוא פוגע אנושות בזכותו של העותר לכבוד ולהליך הוגן ובזכותו לטעון לחפותו.

51. זאת ועוד. המשיב לא התייחס להתחייבותו שלו ולא נימק דיו את סירובו להתיר את יציאת העותר לחו"ל, ומשכך, נאלץ העותר לפנות לבית המשפט הנכבד, מבלי שתהיה לו אפשרות של ממש לשיקול לעומק את עניינו.

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.

26 ביולי, 2018

נאסר עודה, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 98601]