

בית המשפט העליון

בג"ץ 6358/98

עפאני נ. מפקד כוחות צה"ל באז  
תאריך הגשה: 14/10/98

בבית המשפט העליון

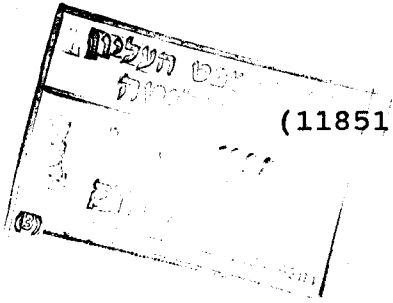
בשבחו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין : 1. \_\_\_\_\_ עפאני

ת.ז. \_\_\_\_\_  
מיריחו

2. \_\_\_\_\_ עפאני

ת.ז. \_\_\_\_\_  
מיריחו



שניהם ע"י ב"כ עו"ד אליהו אברם (מ.ר. 11851)  
ו/או הישאם שבאיטה (מ.ר. 17362)  
ו/או מיכל פינצ'וק (מ.ר. 21600)  
מהמוקד להגנת הפרט  
מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר  
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים  
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית  
שמענו להמצאת כתבי בי-דין  
לשכת פיקוד המרכז  
מפקדת פיקוד מרכז 64, ד.צ. 02367  
צה"ל

המשיב

עתירה לצו-על-תנאי

מוגשת בזה עתירה למתן צו-על-תנאי המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא יאפשר לעותרים לצאת לירדן לצורך מימוש זכויות הפנסיה של העותר 1, לביקור משפחה, וכדי לקיים את מצוות העלייה לרגל למכה.

ב. לחלופין, מדוע לא יפרט בפני העותרים את היסודות להחלטתו למנוע את יציאתם לחו"ל ואת עיקרי המידע שבבסיס החלטה זו, ומדוע לא יאפשר לעותרים להגיב על כך ולהעלות את טיעוניהם בהליך של שימוע.

## בקשה לקבוע מועד קרוב לדיון בעתירה

כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע מועד קרוב לדיון בעתירה, אשר יביא בחשבון כי הסעד העיקרי המבוקש מיועד לאפשר לעותר 1 לממש את זכויות הפנסיה שצבר משך עשרים ושש שנים וחצי, כאשר אם לא יתייצב בעמאן עד סוף שנת 1998 הוא עלול לאבד זכויות אלו.

בקביעת מועד הדיון מתבקש בית המשפט הנכבד להביא בחשבון את האפשרות שהמשיב יסתמך על תעודה בדבר ראיות חסויות, ואם כן, עשויים העותרים לעתור בהליך משני לגילויי ראיה חסויה.

### ואלה נימוקי העתירה:

1. עתירה זו עניינה בפגיעה בחירות התנועה של העותרים, פגיעה הגוררת עמה פגיעה בזכות הקניין של העותר 1, אדם עיוור אשר צריך להתייצב אישית בעמאן, עד סוף שנה זו, על מנת לממש את זכותו לפנסיה מהממלכה ההאשמית לאחר 26 שנות עבודה בשרות הממלכה. העותר 1 זקוק לליווי אשתו, העותרת 2, בשל עיוורונו. המשיב מסרב לאפשר לעותרים לצאת לירדן לצורך הסדרת הפנסיה ובכך ממיט עליהם אסון כלכלי.

### 2. העותרים

העותרים הם בני זוג, תושבי יריחו והורים לשישה ילדים. העותר 1 (להלן: "העותר"), יליד 1948, עיוור לחלוטין; הוא מכהן מאז שנת 1968 כאימאם במסגד יריחו החדש. העותרת 2 (להלן: "העותרת"), ילידת 1950, היא עקרת בית.

### 3. המשיב

המשיב, מפקד כוחות צה"ל באזור, הוסמך מכוח סעיף 90 לצו בדבר הוראות בטחון (מס' 378) (יהודה והשומרון), תש"ל-1970, להכריז על כל שטח כשטח סגור, ממנו לא ייצא אדם, וכן לפטור אדם בהיתר אישי או כללי מהוראות ההכרזה בדבר סגירת השטח. לפני שלושים ואחת שנה, הכריז קודמו של המשיב על שטח הגדה המערבית כולו כשטח סגור: צו בדבר שטחים סגורים (אזור הגדה המערבית) (מס' 34), תשכ"ז-1967.

במסגרת זו מונע המשיב מזה למעלה משנה את יציאתם של העותרים לירדן.

### העובדות

4. העותר זקוק בשל עיוורונו לעזרת הזולת בנסיעותיו. ברוב נסיעותיו לחו"ל ואף בתוך הגדה הוא נעזר ונתמך בידי אשתו, העותרת, שנוסעת בדרך כלל יחד עמו.

לכל אחד מהעותרים אחות ובני משפחה נוספים, המתגוררים בירדן. העותרת  
נהגה לבקרום לעתים מזומנות.

5. באפריל 1968 מונה העותר לכהן כמואזין של מסגד יריחו החדש. בתפקיד זה  
היה פקיד ממשלתי מטעם המחלקה לווואקף בירושלים של הממלכה הירדנית  
ההאשמית. העותר שירת ברציפות במסגד יריחו החדש כמואזין ואימאם.

העתק מכתב המינוי של העותר, משנת 1968, מצורף ביחד עם תרגום ומסומן  
ע/1.

6. בשנת 1994, בעקבות העברת סמכויות לרשות הפלסטינית, יצאה החלטה לפטר  
את כל עובדי הווואקף באזור. העותר פוטר מתפקידו כפקיד ציבור בממלכה  
ההאשמית בתאריך 16.10.94. הוא עמד להפסיד את כל זכויות הפנסיה שצבר  
במשך קרוב לעשרים ושש וחצי שנות שירות; זאת למרות שבפועל הוא ממשיך  
לשמש אימאם במסגד יריחו החדש.

7. מאוחר יותר התקבלה החלטה לאפשר לעובדי ציבור, כגון העותר, לבקש  
זכויות פנסיה, בתנאי שבעת פיטוריהם עקב העברת הסמכויות חסרו להם  
פחות מחמש עשרה שנה עד למועד הזכאות לפנסיה על פי הדין הירדני.

לפיכך, בחודש מאי 1997 פנה העותר בתביעה בכתב לשר הירדני לווואקף  
ולעניינים המקודשים האיסלאמיים. בתביעתו ביקש העותר שיתייחסו אליו  
כאל פנסיונר. לתביעה צורפה המלצתו של מזכיר המנכ"ל לענייני ירושלים,  
השיך עבדאלעזים סלהב.

העתק תביעתו של העותר מצורף ביחד עם תרגום ומסומן ע/2.

העתק מכתבו של השיך סלהב מצורף ביחד עם תרגום ומסומן ע/3.

8. אלא שלעותר התברר, כי ההליך של קבלת זכויות הפנסיה מחייב אותו  
להתייצב באופן אישי בלשכת הפנסיה המדינית בעמאן.

9. בתאריך 15.7.97 ניסה העותר לצאת לירדן דרך המעבר בגשר אלנבי. מי  
מטעמו של המשיב מנע את יציאתו של העותר והטביע על "כרטיס היוצא" שלו  
חותמת "מוחזר".

העתק מכרטיס היוצא ועליו החותמת מצורף ומסומן ע/4.

10. באותו זמן חלתה אחותו של העותר, המתגוררת בעמאן, והעותר התכוון  
לבקרה באותה הזדמנות. משהוחזר בגשר, החליטה אשתו, העותרת, שממילא  
היתה אמורה להצטרף אליו, לנסוע לבדה לירדן על מנת לבקר את אחותו  
החולה, ואת בני משפחתה של העותרת שבירדן. בתאריך 16.7.97 הוחזרה גם  
העותרת מהגשר ע"י מי מטעמו של המשיב ויציאתה לירדן נמנעה.

11. מאז שנמנעה יציאתו של העותר לירדן הוא ניסה כמיטב יכולתו לברר את האפשרות להסדיר את ענייני הפנסיה שלו מבלי להגיע אישית לעמאן. העותר קיבל תשובה חד-משמעית שהדבר אינו אפשרי, וכי אם לא יתייצב אישית בלשכת הפנסיה המדינית בעמאן הוא עלול לאבד את זכויותיו.

העתק מכתב בעניין זה של מזכיר המנכ"ל לענייני ירושלים, השיך סלהב, מצורף ביחד עם תרגום ומסומן ע/5.

נודע למתלונן, כי אם לא יתייצב בעמאן להסדיר את בקשתו לפנסיה ממשלתית עד לסוף שנת 1998, זכותו לפנסיה עלולה להתיישן והוא לא יוכל עוד לבקשה בעתיד.

12. העותרים מבקשים לצאת לירדן בדחיפות, על מנת שהעותר יוכל להסדיר את זכותו לפנסיה ממשלתית לפני שתתיישן. העותר זקוק לכיווי של אשתו העותרת. את היציאה לירדן מבקשים העותרים לנצל גם לביקור בני משפחה החיים בירדן. כמו כן, הם רוצים לקיים יחדיו את מצוות העלייה לרגל למכה (העומרה).

#### מיצוי הליכים ושליחת הזכות לשימוע הוגן

13. ביום 14.12.97 פנה המוקד להגנת הפרט בשם העותרים ללשכת היועץ המשפטי לאזור וביקש לאשר את יציאתם של העותרים מהאזור. במקרה של דחיית הבקשה התבקש המשיב לפרט את מקורה של המניעה בפני יציאתם של העותרים לחו"ל ואת סיבותיה.

העתק המכתב מיום 14.12.97 מצורף ומסומן ע/6.

14. ביום 19.4.98, לאחר שתי תזכורות בכתב ושורה של תזכורות טלפוניות, הודיעה עוזרת רמ"ד מנהל משפטי, בשם היועץ המשפטי לאזור, כדלהלן:

"... הריני להודיעך כי מפקד כוחות צה"ל באזור דן ושקל בבקשת הנ"ל להיתר יציאה והחליט לדחותה.

ביציאת בני הזוג מהאיזור יש בכדי לסכן את בטחון האיזור עקב מעורבותם בפעילות עויינת".

מכתבה של ע' רמ"ד מנהל משפטי מצורף ומסומן ע/7.

15. העותרים הופתעו מהטענה בדבר "מעורבותם בפעילות עויינת". בנסיונם להבין את פשר הטענה ועל מה היא מתבססת הם מוצאים עצמם תועים כסומא בארובה. כפי שמפורט בתצהיריהם, המצורפים לעתירה:

א. העותרים וגם ילדיהם - אף לא אחד מהם נעצר מעולם ואף לא נחקר. העותר עוכב פעם אחת בלבד על ידי רשויות הבטחון הישראליות וזאת לשעות מספר בחודש דצמבר 1992. הוא לא נעצר אז ולא נחקר.

ב. עד ליולי 1997 יצאו העותרים לירדן בחופשיות להוציא פעם אחת, באפריל 1996, בה נמנעה יציאתו של העותר. גם מניעה זו הוסרה בזמנה געקבות התערבותו של בא-כוחו דאז, ובתאריך 10.7.96 יצא העותר לירדן.

ג. בתוכן הדרשות שנושא העותר ובסגנון לא חל שינוי מהותי במשך השנים הארוכות בהן הוא מכהן כאימאם, שינוי שהיה עשוי להסביר את הטלת המניעה דווקא כעת.

בדרשותיו, נושא העותר דברים בהתאם להנחיות הוואקף, המנחות את כל נותני שירותי הדת באזור.

בהתאם להנחיות אלו הוא נושא דרשות על נושאים שונים, לעתים בעלי גוון פוליטי, אולם למיטב שיפוטו אין דבר חריג בדרשותיו.

ד. העותרים מכחישים מעורבות בפעילות עויינת או קשר עם גורמים עויינים. הם מתחייבים שלא לעשות דבר בחו"ל אשר יש בו כדי לסכן את בטחון מדינת ישראל או בטחון האזור.

16. תעלומה היא עבור העותרים מהי ה"מעורבות בפעילות עויינת", המיוחסת לאימאם עיוור ולאשתו עקרת הבית, שהינם בסוף שנות ה-40 לחייהם והורים לשישה ילדים. ממילא הם אינם מסוגלים להעלות את טיעוניהם כנגד האשמה ערטילאית זו, שפרטיה לא נמסרו להם ושהבסיס העובדתי עליו היא נסמכת לא הוצג בפניהם.

17. ביום 30.7.98 פנה ב"כ העותרים למחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה בבקשה לבדוק את החלטתו של המשיב. במכתבו מדגיש ב"כ העותרים כי מאחר שלעותרים אין כל מושג על מה יכולה להתבסס מבחינה עובדתית הטענה בדבר "מעורבות בפעילות עויינת", הרי שנשללה מהם, הלכה למעשה, זכות הטיעון. בנוסף מפרט ב"כ העותרים את הפגיעות החמורות בזכויות העותרים הצפויות אם לא תותר יציאתם לירדן. לעומת זאת, הסיכון הבטחוני הערטילאי המיוחס לעותרים, תמוה על פניו. לכאורה, לא נעשה איזון ראוי בין שיקולי בטחון ובין הפגיעה בעותרים, והחלטת המשיב לקויה בחוסר סבירות ובחוסר מידתיות.

העתק המכתב מיום 30.7.98 מצורף ומסומן ע/8.

18. ביום 17.9.98 השיבה גב' אורית קורנלדי-סירקיס, סגן בכיר לפרקליטת המדינה, לפניית ב"כ העותרים. בתשובתה אין התייחסות לטענות שהועלו במכתבו של ב"כ העותרים ואין כל פירוט בדבר העילה והבסיס העובדתי לשלילת זכויותיהם. במכתבה היא אך מוסרת, כי "בשל טעמי בטחון המבוססים על מידע מודיעיני בדבר מעורבותם של הפונים בפעילות עויינת, לא ניתן לאשר את יציאתם מהאזור".

המכתב (בו נפלה טעות בציון התאריך) מצורף ומסומן ע/9.

19. "ערכו של חופש התנועה ערך נעלה הוא. חופש התנועה, כך אמרה המשנה לנשיא מ' בן פורת, שווה הוא במשקלו לחופש הדיבור (בג"צ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701, 708), ועל ערכו של חופש הדיבור אין צורך להאריך. יתר-על-כן, חירות התנועה הינה בתה של החירות, והחירות - ידענו כולנו - היא מן היושבות ראשונה במלכות...".  
(דברי כב' השופט חשין בבג"צ 5016/96 חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח' (טרם פורסם), בסעיף 32 לפסק דינו).

להלן יטענו העותרים כי:

א. המשיב פוגע בזכותם זו לחופש תנועה ללא סמכות, וזאת לאור המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון) (מס' 7), התשנ"ו-1995, אשר שינה את היקף סמכויותיו של המשיב.

ב. הפגיעה בזכותם זו של העותרים לחופש תנועה - כמו גם הפגיעה בזכות הקניין של העותר ובחופש הפולחן של העותרים - אינה עומדת במבחנים של סבירות ושל מידתיות.

ג. הפגיעה בזכותם זו של העותרים נעשתה ללא נימוק מפורט, המאפשר שימוע הוגן, ומשום כך בניגוד לכללי הצדק הטבעי. בכך נפגם הבסיס העובדתי שביסוד החלטתו של המשיב, והופרה זכותם של העותרים להליך הוגן בעניינם.

#### חוסר סמכות

20. העותרים יטענו, כי מאז ראשיתו של הסדר הביניים, חלו שינויים בסמכותו של המשיב להגביל את היציאה מהאזור, וכי מניעת יציאתם לירדן היתה, משום כך, בחוסר סמכות.

21. המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון) (מס' 7), התשנ"ו-1995, מיום 23.11.95 (להלן: "המנשר"), מיישם באזור את הוראות הסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, אשר נחתם בושינגטון ביום 28.9.95 (להלן: "ההסכם").

"ההוראות של הסכם הביניים הן חלק מן הדין החל ביהודה והשומרון רק אם אומצו, ובמידה שאומצו, על-ידי המנשר".  
בג"צ 2717/96 נפא ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד נ(2) 848, 853.

העתק המנשר מצורף ומסומן ע/10.

22. סעיף 7 למנשר קובע:

"הדין ותחיקת הבטחון החלים באזור ביום הכניסה לתוקף של מנשר זה יעמדו בתוקפם, כל עוד לא בוטלו, שונו או הותלו בהתאם להוראות מנשר זה או להוראות הסכם הביניים".

ואמנם, בבג"צ 2151/97 שקיר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית ואח' (טרם פורסם), נקבע כי הוראות ההסכם בעניין הענקת תושבות קבע הן הקובעות, ולא ההוראות שבתחיקת הבטחון שקדמה למנשר, בצו בדבר תעודות זהות ומרשם אוכלוסין (יהודה והשומרון) (מס' 297), התשכ"ט-1969. הווה אומר, מקום שהסכם הביניים קובע הסדר מפורט בנושא שלטוני מסוים, הרי הוראות ההסכם משנות או מתלות בהתאם את תחיקת הביטחון הרלוונטית, וזאת מכוח סעיף 7 למנשר.

פסק הדין מצורף ומסומן ע/11.

23. והנה, ההסכם קובע הסדר ממצה בכל הנוגע לכניסה וליציאה מהאזור דרך גשרי הירדן.

סעיף VIII לנספח I של הסכם הביניים, ותוספת 5 (Appendix 5) לנספח, קובעים הסדרים מפורטים ביותר בנוגע לנהלים במעברי הגבול, לרבות בנוגע לסמכויות של כל אחד מהצדדים למנוע את כניסתו של אדם לאזור או את יציאתו של אדם מן האזור דרך מעברי הגבול.

פיסקה 4(ב) בחלק ט' (Section I) של תוספת 5, מונה רשימה סגורה של שלושה מקרים, בהם תימנע יציאתו מאזור של נוסע:

A passenger shall be denied exit abroad in the following circumstances:

- (1) if the passenger has been duly apprehended in accordance with the Agreement;
- (2) if the passenger is not in possession of the required documents to travel abroad pursuant to Appendix I to Annex III of the Agreement;  
or
- (3) if a restraining order has been issued with respect to the passenger pursuant to paragraph 5 of Article II of Annex IV to the Agreement.

\* המקרה הראשון מאפשר מניעת יציאתו של אדם אגב מעצרו במעבר הגבול. ההסדרים לגבי סמכות המעצר של נוסעים נכנסים ויוצאים מצויים בפיסקה 3.e שבסעיף VIII בנספח I. עילות המעצר מוגדרות היטב, לרבות חשד שהנוסע מעורב בפעילות טרור. אם לאחר תשאול לא הוסר החשד, ניתן לעצור את הנוסע, ולנהוג בו בהתאם לנספח IV להסכם (פרוטוקול בנוגע לעניינים משפטיים).

\* המקרה השני עניינו היעדר מסמכי נסיעה מתאימים. בעניין זה אנו מופנים ל-Appendix I of Annex III להסכם.

פיסקה 7 של סעיף 28 לנספח זה קובעת:

Israel recognizes the validity of the Palestinian passport/travel documents issued by the Palestinian side to Palestinian residents of the West Bank and Gaza Strip in accordance with the Gaza-Jericho Agreement and this Agreement. Such passports/travel documents shall entitle their holders to exit abroad through the passages or through Israeli points of exit.

(ההדגשה לא במקור, א.א.)

אין זכר בנספח, כמו גם באיזה מקום אחר בהסכם, לדרישה להיתר יציאה מטעם המשיב.

\* המקרה השלישי עניינו סיוע משפטי בין הצדדים, והוא אינו נוגע לענייננו.

24. גם בנוגע לכניסה לאזור קובע ההסכם כללים מכללים שונים. על פי כללים אלה, אין בכלל סמכות כיום למנוע את כניסתו של תושב האזור דרך מעבר הגבול ממנו יצא.

25. הנה כי כן, הוראות ההסכם אינן דרות בכפיפה אחת עם היות האזור כולו שטח צבאי סגור, שאין יוצא ממנו ואין בא, אלא ע"פ שיקול דעתו והיתרו של המשיב.

מערך הכוחות והסמכויות החדשים, בנוגע ליציאה וכניסה דרך מעברי הגבול, עוגן בדין החל באזור באמצעות המנשר.

26. את הוראות סעיף 90 לצו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), תש"ל-1970, יש לקרוא בכפוף למנשר. כך גם את הצו בדבר שטחים סגורים (אזור הגדה המערבית) (מס' 34), תשכ"ז-1967.

ללא ספק, הוראות המנשר והוראות ההסכם משנות את תוכן הצווים האמורים בכל הנוגע לכניסה וליציאה מהאזור לירדן דרך מעברי הגבול. שוב אין האזור שטח צבאי סגור אשר היציאה ממנו אסורה אלא בהיתר הניתן בכפוף לשיקול דעתו של המשיב: כאשר היציאה היא דרך מעברי הגבול, ההסדרים שנקבעו בהסכם ושאוּמְצוּ במנשר הם הקובעים.

27. מניעת יציאתם של העותרים לא נעשתה בהתאם להסדרים חדשים אלה, אלא ע"פ תחיקת בטחון ששונתה ע"י המנשר, ותוך שימוש בכוחות שמיום תחילת המנשר (28.9.95) שוב אינם בידי המשיב. המניעה, אם כן, נעשתה שלא בסמכות.



## חוסר סבירות וחוסר מידתיות

28. אין המפקד הצבאי רשאי להתייחס לחופש התנועה כתמול שלשום, בתור פריבילגיה או זכות-יתר שמשקלה קל שבקלים: השתנה ללא היכר טיבה של "התפיסה הלוחמתית" באזור, והשתנה מעמדה של זכות האדם לחופש תנועה.

"חייה של אוכלוסייה, כחיינו של יחיד, אינם שוקטים על השמרים אלא מצויים בתנועה מתמדת, שיש בה התפתחות, צמיחה ושינוי. ממשל צבאי אינו יכול להתעלם מכל אלה. אין הוא רשאי להקפיא את החיים".

את הדברים האלה העיר כב' השופט (כתוארו אז) ברק בבג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אגודה שיתופית נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון ואח', פ"ד לו (4) 785, 804. כוחם יפה לחירות התנועה של תושבי האזור וזכותם לצאת את גבולות האזור לחו"ל.

אדם כמו העותר, שאך החל לעבוד בעת תחילת התפיסה הלוחמתית באזור, הזקין. בית המשפט הנכבד כבר קבע בבג"צ 393/82 הנ"ל, כי כיבוש מתמשך לאורך תקופה ארוכה מעביר את כובד המשקל בשיקוליו של מפקד האזור לצרכי האוכלוסייה וקיום מהלך החיים הרגילים:

"בתפיסה צבאית קצרת מועד הצרכים הצבאיים-ביטחוניים שולטים ברמה. לעומת זאת, בתפיסה צבאית ארוכת מועד צורכי האוכלוסייה המקומית מקבלים יתר תוקף" (שם, בעמ' 801).

מאז, לא רק שהוכפלה תקופתה של תפיסת האזור בידי צה"ל וחלף דור, אלא שכוחות צה"ל נסוגו מערי האזור ומרבית הסמכויות והכוחות נמסרו על פי הסכם לרשות הפלסטינית. מידת תקפם של דיני התפיסה הלוחמתית במשפט הבינלאומי, שנוסחו ונועדו לתפיסה צבאית קצרת מועד, מוטלת בספק בנסיבות החדשות באזור. מפקד האזור כבר אינו המחליף הבלעדי של שלטון מושעה, והוא אינו מרכז בידיו עוד את כל סמכויות הממשל והמינהל.

היקף סמכויותיו של הממשל הצבאי להגביל את זכויות היסוד של תושבי האזור - בהכרח שיצטמצם, הן בשל הזמן הרב שעבר והצורך להתחשב עקב כך התחשבות יתרה בצורכי תושבי האזור וזכויותיהם, הן בשל השינוי החד במעמדו של צה"ל כלפי אוכלוסיית האזור. היציאה לירדן אף היא שוב אינה יציאה לארץ אויב אלא לארץ המקיימת יחסי שלום עם ישראל.

29. במקביל השתנתה המדרגה של חירות התנועה וחופש היציאה במשפטנו ובמשפט העמים.

א. במישור המשפט הבינלאומי, הכיר בית משפט נכבד זה בחופש התנועה כחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי.  
בבג"צ 3914/92 לאה לב ואח' נ' ביה"ד הרבני האזורי בתל-אביב-יפו ואח' (פ"ד מח (2) 491, 506) נפסק, כי הזכות לחופש תנועה

מהמדינה אל מחוצה לה היא זכות "הנגזרת מהיותנו חלק מהקהילה הבינלאומית, אשר במסגרתה זכות התנועה מוכרת כזכות אדם מנהגית" (ההדגשה לא במקור, א.א.).

זכות מינהגית זו אף גובשה במישור ההסכמי, באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, המחייבת את מדינת ישראל כיום, כאחת מבעלות האמנה (אושרה 18.8.91, 31 כ"א 269). סעיף 12(2) לאמנה קובעת:

"כל אדם בן חורין לעזוב כל ארץ שהיא, לרבות ארצו הוא."

ב. במשפט הפנימי, קיבלה זכות היציאה "מעמד חוקתי-על-חוקי" בסעיף 6(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כל רשות מרשויות השלטון - ומפקד צבאי בכלל זה - חייבת לכבד את זכות היסוד האמורה, שהיא זכותו של כל אדם בהיותו אדם (סעיף 11 לחוק היסוד). העלייה במדרגה הנורמטיבית של זכות היסוד לחופש יציאה משפיעה בהכרח על מערכת האיזונים בהפעלתה של כל סמכות, העלולה למנוע מאדם לצאת לחו"ל.

בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 290;  
בג"צ 3914/92 לב נ' ביה"ד האזורי ואח', פ"ד מח(2) 491;  
בש"פ 1986/94 מדינת ישראל נ' עמר, פ"ד מח(3) 133;  
בג"צ 4358/93 צוק נ' ביה"ד הרבני הגדול (טרם פורסם);  
בר"ע 7208/93 ויסגלס נ' ויסגלס, פ"ד מח(4) 529;  
בג"צ 5016/96 תורב ואח' נ' שר התחבורה ואח' (טרם פורסם).

ג. על פי גישתו של כב' השופט חשין בבש"פ 1986/94 הנ"ל, חירות היציאה הינה "זכות טבעית" במהותה, החלה גם במקום שחוק היסוד "אינו תופש בנו".

30. טענות ותפיסות שהושמעו בעבר, לפיהן אין לפלסטיני תושב השטחים זכות אדם לחופש תנועה ולחירות היציאה מהאזור - ראוי להן שלא תישמענה עוד.

31. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מגן על אדם מפגיעה בזכויות הקניין שלו. זכות היסוד לקניין איננה מוגבלת לזכויות חפציות והיא מתפרשת גם על זכויות אישיות בעלות ערך כלכלי. אלו כאלו הן זכויות יסוד חוקתיות.

ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.

ע"א 5209/91 מדינת ישראל נ' רמיד את בנימין בע"מ, פ"ד מט(4) 830.  
בג"צ 5263/94 ח"כ הירשזון ואח' נ' שר האוצר, פ"ד מט(5) 837.

בענייניו של העותר קיים קשר אמיץ בין חירות היציאה מהאזור לזכות קניין שלו: מימוש זכותו לפנסיה מהממלכה ההאשמית מותנה ביציאתו מהאזור להסדרת ענייניו בירדן. מניעת היציאה פוגעת בפועל פגיעה קשה בקניינו.

32. בנוסף, גורמת מניעת היציאה לפגיעה בחירות הפולחן של העותרים, אשר מתכוונים לנצל את יציאתם כדי לעלות יחדיו לרגל אל המקומות הקדושים במכה ובמדינה, ולקיים בכך את מצוות העומרה. חופש הפולחן אף הוא מזכויות היסוד של האדם המוכרות בישראל.

בג"צ 292/83 נאמני הר הבית ואח' נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח (2) 449.

33. על המשיב להפעיל את סמכויותיו באזור בהתאם למשפט המינהלי הישראלי, הכולל בחובו הגבלות חוקתיות על הפעלתה של סמכות הפוגעת בזכויות יסוד.

המשיב לא הפעיל את שיקול דעתו לפי אמות המידה המתחייבות מהיותה של זכות היציאה זכות אדם בסיסית; ולא נתן המשיב משקל ראוי לפגיעה הקשה בקניינם בשל האובדן הצפוי של זכויות הפנסיה של העותר, הנובע ממניעת יציאתו לירדן.

לכל הפחות היה על המשיב להצביע על בסיס עובדתי לחשש כן ורציני, כי קיים קשר סיבתי בין יציאתם המתוכננת של העותרים לירדן ובין פגיעה ממשית בביטחון האזור, וכי התועלת הבטחונית שתצמח ממניעת יציאתם לירדן עומדת ביחס ראוי לפגיעה הוודאית והקשה בזכויותיהם.

השווה את ההלכה שנפסקה לפני חוק היסוד בבג"צ 448/85 דאהר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד מ (2) 701, בעמ' 708, 716-717; וראו בג"צ 3914/92 הנ"ל, שם, בעמ' 508.

כן השוו, לעניין מבחן המידתיות, לגבי פגיעה בזכויות יסוד, בג"צ 4330/93 גאנם ואח' נ' ועד מחוז תל-אביב פ"ד נ (4) 221, 232.

משלא שקל המשיב את בקשתם של העותרים לצאת לירדן לפי אמות המידה המתחייבות מטיב הזכות וחומרת הפגיעה בה, שיקול דעתו לוקה בחסר ודינה של החלטתו להיפסל.

#### הפרת כללי הצדק הטבעי

34. לטענת העותרים, אין ולא יכולות להיות ראיות ממשיות לכך שהם מעורבים בפעילות עוינת, כפי שטען המשיב. המשיב אינו רשאי לפגוע בזכויות היסוד של העותרים על בסיס ראיות שאינן משכנעות וחד-משמעיות, לא כל שכן על בסיס השערות או שמועות.

ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד לט (2) 225, 249-250; בג"צ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד לט (1) 309, 327.

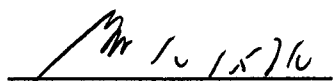
35. המשיב אינו רשאי לשלול את זכות היסוד של העותרים לצאת מהאזור מבלי לשמוע את טיעוניהם. אין כל ספק שהחובה לקיים את זכות הטיעון חלה על המשיב בהפעלת סמכויותיו באזור.  
בג"צ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבטחון, פ"ד מז(1)267;  
בג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2)529.

36. קיום זכות הטיעון מחייב הצגת מידע מלא, ככל שאפשר, על מנת שהאדם יידע את שיקוליה של הרשות ואת הבסיס להחלטתה ויוכל להגיב עליהם באופן ענייני. רק בדרך זו תשמש זכות הטיעון "חגורת בטחון כנגד פגיעה העולה על הנדרש" בזכויות האדם, כדברי כב' השופט גולדברג בבג"צ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה ואח', פ"ד מט(3)771, 790.

במקרה דנן מסר המשיב לעותרים רק נימוק ערטילאי להחלטתו, דהיינו, שהם "מעורבים בפעילות עוינת", ובנוגע לבסיס להחלטתו ציין רק שהדבר עולה מ"מידע מודיעיני" שטיבו, תוכנו והיקפו נותרו עלומים. ממילא לא יכלו העותרים להשמיע טענות רלוונטיות לשיקולי המשיב, להצביע על עובדות וראיות שעשויות להעמיד את המשיב על טעותו ולהביאו לשנות את החלטתו. זכות הטיעון שלהם רוקנה מתוכן.  
התנהגות זו של המשיב אינה בתום לב, סותרת את כללי הצדק הטבעי ופוגעת מעבר לנדרש בכבודם של העותרים ובחירותם.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו-על-תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיב להופכו למוחלט ולחייב את המשיב בהוצאות משפט.

ירושלים, היום 14 לחודש אוקטובר לשנת 1998.

  
אליהו אברם, עו"ד  
ב"כ העותרים

(ת.ש. 12115 מ.מ. 21736)