

בעניין:

1. _____ שתייו

ת.ז. _____, תושב הרשות הפלסטינית

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

ע"י ב"כ עוה"ד עידו בלום (מ.ר. 44538) ו/או עביר גיבוראן (מ.ר. 44346) ו/או סיגי בן-ארי (מ.ר. 37566) ו/או יוסי וולפסון (מ.ר. 26174) ו/או יותם בן הלל (מ.ר. 35418) ו/או חוה מטרס-עירון (מ.ר. 35174) ו/או נירית היים (מ.ר. 48783)

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 -

מפקד כוחות הצבא בשטחים הכבושים

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם מדוע לא יתיר את יציאתו של העותר 1 מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, על מנת שיוכל להמשיך בלימודיו לתואר שלישי באוניברסיטת מאלאיה (University of Malaya) בקואלה-לומפור שבמלזיה.

בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה.

העותר לומד לתואר שלישי באוניברסיטת מאלאיה במלזיה. על מנת שיוכל להמשיך בלימודיו ובכתיבת עבודת הדוקטורט שלו, עליו להתייצב באוניברסיטה ולהשלים את תהליך ההרשמה, וכן להיפגש עם המנחה האקדמי שלו בקואלה-לומפור, פרופ' מוג'היד בהג'ית.

על העותר להתייצב באוניברסיטה במלזיה כדי להשלים את תהליך ההרשמה עד ליום 19.09.08. אי לכך, על העותר לצאת את הגדה לירדן לכל המאוחר ביום 17.09.08.

המשיב סירב להתיר את יציאתו של העותר לחו"ל, וכל ניסיונותיהם של העותרים לפנות למשיב כדי לברר את פשר הסירוב ולהשיג עליו, עלו בתוהו.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**), יליד 1968, הוא פלסטיני המתגורר בטולכרם. לעותר תואר שני בתקשורת, והוא מרצה באוניברסיטת חדירי בטולכרם. העותר התקבל ללימודי תואר שלישי בלימודי האיסלאם באוניברסיטת מאלאיה (University of Malaya) בקואלה-לומפור שבמלזיה, ונמצא כעת בעיצומה של כתיבת עבודת הדוקטורט.
2. על מנת שיוכל להמשיך בלימודיו, על העותר להתייצב באוניברסיטה ולהשלים את תהליך ההרשמה עד ליום **19.09.08**. כמו כן, על העותר להיפגש בדחיפות עם המנחה האקדמי שלו, פרופ' בהגית, על מנת שיוכל להמשיך בכתיבת עבודת הדוקטורט. בהינתן נסיבות אלו, על העותר לצאת לירדן **לכל המאוחר ביום 17.9.08**.
- העתק מכתב מאוניברסיטת מאלאיה בדבר חובתו של העותר להתייצב באוניברסיטה ולהשלים את תהליך ההרשמה עד ליום 19.9.08, מצורף ומסומן ע/1.
3. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט** או **המוקד**) היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
4. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על שטח הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בשטחי הגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה כארבעים שנה.

רקע: שני אפיקי הפעולה הקיימים לשם יציאת פלסטינים לירדן

5. כפי שיתואר בפירוט לאלתר, קיימים כיום שני אפיקים ליציאת פלסטינים מהגדה המערבית לירדן:

הגעה לגשר אלנבי ופנייה ליועמ"ש: תושב השטחים המעוניין לצאת לירדן, רשאי להגיע ישירות לגשר אלנבי. אם נמסר לו בגשר על קיומה של "מניעה" (כפי שאירע בעניינו של העותר), ניתן לפנות בעניין ליועמ"ש המשיב, לשם בחינה נוספת של ההחלטה.

נוהל בירור מוקדם והגשת השגה במת"ק ("הנוהל החדש"): זהו אפיק חדש. כפי שיתואר להלן, אפיק זה נקבע על ידי המשיב בעקבות עתירה עקרונית שהוגשה לבית המשפט. מדובר בנוהל חדש, המיועד לאפשר לפלסטיני המעוניין בכך, לברר מראש במת"ק האם קיימת מניעה ליציאתו, ולאחר מכן להגיש השגה במת"ק על מניעה זו.

העתירה העקרונית בעניין "מנועים ביטחוניים" והנוהל החדש שפורסם

6. ברקע העתירה הנוכחית מצוי מצב שערורייתי, בו המשיב, הפועל כעושה דברו של שירות הביטחון הכללי, מונע את היציאה לחו"ל של רבבות תושבי שטחים ללא כל הליך מינהלי ראוי. ההחלטה על המניעה מתקבלת בחדרי חדרים וללא שימוע, אינה קצובה בזמן ואיננה נשקלת מעת לעת, אינה מנומקת ואינה נמסרת לאדם נשוא ההחלטה. היא מתגלה רק בדיעבד, בעת שהתושב מגיע על מזוודותיו לגשר. להבנת העותרים, מניעת היציאה בגשר נעשית באורח אוטומטי, על בסיס רישום ממוחשב. המשיב, לעומת זאת, דוחה מכל וכול את הטענה שמדובר במניעה מבוססת-רישום-מחשב ותו לא. המשיב טוען כי עם הגעת התושב לגשר, מתבצעים תמיד "שיקול דעת ובדיקה פרטנית".

על-כל-פנים, עובדה היא שכאשר ההחלטה הפרטנית שהתקבלה בגשר מובאת תחת ביקורת של גורמים משפטיים בממשל הצבאי (בעקבות פנייה ללשכת היועמ"ש של המשיב), או תחת ביקורת הפרקליטות (אגב עתירות לבג"ץ), הרוב המוחלט של ההחלטות מתהפכות על פיהן.

7. לא למותר לציין כי על פי ניסיונו הרב של המוקד להגנת הפרט, המניעה המוטלת על אדם אינה קצובה בזמן ואין בעניינה הליך בדיקה תקופתי, הבוחן האם יש עדיין טעמים המצדיקים את המשך המניעה או שמא ניתן להסירה. טיעונים אלו הועלו בעתירה כללית, אשר במסגרתה התבקש המשיב, בין השאר, לקצוב את המניעה בזמן ולבחנה מעת לעת.

העתירה העקרונית

8. ביום 5.10.06 הוגשה על ידי האגודה לזכויות האזרח, המוקד להגנת הפרט ועמותת רופאים לזכויות אדם, עתירה עקרונית, העוסקת ברישום של עשרות אלפי תושבי השטחים כ"מנועים ביטחוניים" או "מנועי שב"כ" והפגיעות הקשות בחופש התנועה שלהם, על היבטיו השונים, הנגזרות מכך (בג"ץ 8155/06 **האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**; להלן: **העתירה העקרונית**).

בין השאר, ביקשו העותרים כי המשיבים יחויבו לקבוע ולפרסם נהלים כתובים וברורים, למסור הודעה לתושב הנפגע על כוונה להכלילו ברישום ה"מנועים" ולאפשר לו שימוע, לעשות זאת רק בצו כתוב שיינתן בידי רשות מוסמכת ולתקופה קצובה, לקבוע לוח זמנים מהיר ומחייב לטיפול בפניות או השגות על הגבלות תנועה בגין "מניעת שב"כ", וכן **להנהיג מערכת בירורים נגישה, שתאפשר לכל תושב לברר בכל עת ומראש אם הוצא נגדו צו כזה**.

9. בתגובה לעתירה העקרונית (מיום 25.7.07), הודיעו המשיבים כי בכל הנוגע לבקשות יציאה לחו"ל, הוחלט עקרונית על גיבושו של מנגנון חדש, אשר יאפשר לקבל תשובה לבקשה ליציאה לחו"ל ולהשגה, לפני מועד היציאה המתוכנן.

10. ביום 1.8.07 התקיים דיון בעתירה העקרונית. בעקבות הדיון, הורה בית המשפט הנכבד כי בכל הנוגע לנוהל יציאה לחו"ל, תוגש על ידי המשיבים בתוך 60 יום הודעה משלימה שתציג את הנוהל המתגבש, וכי **העותרים יוכלו להגיב על ההודעה המשלימה בתוך 30 יום**.

הנוהל החדש לבירור מוקדם

11. ביום 21.1.08 הגישו המשיבים את הודעתם המעדכנת, אליה צורף נוסח הנוהל החדש שגובש. לפי הפרוצדורה שמציג הנוהל, על תושב פלסטיני המבקש לברר מראש האם קיימת מניעה ביטחונית ליציאתו, להתייצב פיזית במת"ק הגזרתי ולהגיש בקשה מנומקת הנתמכת במסמכים. בתוך ששה שבועות יידרש להתייצב שנית במת"ק, שם יקבל תשובה סופית. על תשובה זו יוכל להגיש השגה – גם זאת באמצעות התייצבות במת"ק. הנוהל אינו מאפשר פנייה או מענה באמצעות הדואר או הטלפון, ואינו מאפשר פנייה או מענה באמצעות מיופה כוח.

בנוהל מובהר כי הוא נוגע אך ורק לפלסטינים המעוניינים לברר מראש את קיומה של מניעה ליציאתם, ומודגש בו (בסעיף 3.ד.3) כי:

תושבים פלסי אשר יגיעו למעבר ללא תיאום מראש במטרה לצאת לחו"ל – הנוהל לא יחול לגביהם.

העתק ההודעה המעדכנת מיום 21.1.08, אליה צורף נוסח הנוהל החדש, מצורף ומסומן ע/2.

ניסיון יועמ"ש המשיב לקבוע עובדות בשטח ולהתנער מטיפול בעניינם של מי שהגיעו ישירות לגשר אלנבי

12. בעוד העותרים עמלים על גיבוש הערותיהם והתייחסותם לנוסח הנוהל החדש, ובטרם חלפו שלושים הימים שניתנו לעותרים להגיש תגובתם להודעה, התקבל, כבר ביום 12.2.08, מכתב מיועמ"ש המשיב, אליו מצורף הנוהל החדש, המודיע כי:

אבקש להודיעכם כי לאחרונה חל שינוי בנוהל טיפול בבקשות תושבים פלסטינים לשם יציאתם לחו"ל.

אשר על כן, החל מחודש פברואר 2008 לא יטופלו עוד בקשות לבחינת מניעה ביטחונית ליציאה לחו"ל ע"י לשכת היועמ"ש, אלא במקרים חריגים ביותר, לאחר מיצוי ההליך המנהלי.

העתק המכתב מיום 12.2.08 מצורף ומסומן ע/3.

13. לאור ההודעה הגורפת במכתב מיום 12.2.08 על הפסקת הטיפול בפניות השונות, פנה ביום 4.3.08 המוקד להגנת הפרט ליועמ"ש המשיב, על מנת להבהיר כי הודעה זו – כמו גם הנוהל עצמו – אינה רלוונטית לפניות בעניינם של פלסטינים אשר הגיעו בעבר ישירות לגשר אלנבי ושם מנעו הרשויות את מעברם. תושבים אלו, שכבר נמסר להם שהם מנועי יציאה, אין הנוהל רלוונטי לעניינם מבחינת תכליתו, כפי שהוצהרה (שהיא בירור מוקדם בדבר קיום מניעה), והוא אכן מוציא במפורש את עניינם מתחולתו.

עוד נכתב, כי למעשה ההליך המינהלי מוצה כבר בעת שהגיע התושב למעבר הגבול ויציאתו סורבה, זאת במיוחד לאור מכתבים קודמים, בהם מסר היועמ"ש כי בגשר מתבצעת בדיקה פרטנית בענייניו של כל אדם המבקש לעבור. עם זאת, נכתב, נוהג הפנייה ליועמ"ש טרם עתירה לבית המשפט, הוא נוהג שנמצא מועיל בעבר.

המוקד להגנת הפרט ציין כי אין בידו לקבל את הודעת היועמ"ש, על פיה הוא מפסיק לטפל בפניות המוקד, היות והודעה זו אינה עולה בקנה אחד עם הנוהל החדש עצמו. לפיכך דרש המוקד את המשך הטיפול בפניותיו ללא התניה כלשהי.

העתק המכתב מיום 4.3.08 מצורף ומסומן ע/4.

14. ביום 9.3.08 התקבלה תשובת היועמ"ש לפיה, תושב פלסטיני אכן איננו מחויב להגיש בקשה ליציאה לחו"ל במת"ק טרם יציאתו והוא רשאי לפנות לגשר אלנבי כדי לצאת לחו"ל, אף בהיעדר אישור מראש, אך הובהר כי בכל מקרה, גורמי היועמ"ש אינם מטפלים עוד בפניות:

תושב אשר סורב בגשר מבלי שהגיש בקשה מוקדמת ומבקש כי סירוב זה ייבחן בשנית על רקע נסיבותיו היחודיות, נדרש אף הוא להגיש בקשתו במת"ק. הוא אף יהא רשאי להגיש השגה נוספת על החלטת הסירוב המנומקת, אם יחפוץ בכך. פניה למשרדנו איננה תחליף למיצוי הליך זה.

העתק המכתב מיום 9.3.08 מצורף ומסומן ע/5.

החלטת בית המשפט, לפיה האפיק הקודם נותר על כנו במקביל לנוהל החדש

15. לאור ניסיונם של המשיבים לקבוע עובדות בשטח, בטרם יספיק בית המשפט לדון בנוהל שגיבשו המשיבים לאור הערות העותרים, פנו העותרים בדחיפות לבית המשפט, והגישו ביום 20.2.08 תגובה מטעמם, הכוללת בקשה למתן צו ביניים, אשר יקפא את כניסתו לתוקף של הנוהל החדש, ויותר על כנו את המצב הקיים, עד להכרעה בעתירה.

העותרים טענו כי הנוהל החדש מנוגד לעקרונות מינהל תקין בסיסיים, מעגן פגיעות בלתי מוצדקות ובלתי סבירות בזכויות אדם, ותחת מעטה של "רפורמה", מכביד עוד על תושבי השטחים, המבקשים לצאת לחו"ל.

16. בית המשפט הנכבד דחה ביום 18.5.08 את הבקשה לצו ביניים, בנמקו זאת בכך שהנוהל החדש לבירור מוקדם לא ביטל את האפיק הקודם שהיה קיים, אלא רק יצר דרך נוספת:

קיומו של הנוהל החדש לא ביטל את אפשרות הפנייה ללשכת היועץ המשפטי ליהודה ושומרון לשם טיפול והתערבות במקרים דחופים, כשם שנהוג היה קודם לכניסתו לתוקף של הנוהל...

לא נחסמו אפיקי הפעולה שהיו קיימים קודם לכניסתו לתוקף של הנוהל החדש, ורק הוסף עליהם אפיק פעולה נוסף.

מיצוי ההליכים

17. ביום 9.07.08 הגיע העותר לגשר אלנבי, בדרכו לירדן. חיילי המשיב מנעו את יציאתו, והודיעו לו באופן לאקוני שהוא "מנוע יציאה".

18. לאור החלטת בית המשפט מיום 18.6.08, לפיה אפיק הפעולה שהיה קיים קודם לנוהל נותר על כנו, פנו העותרים ביום 3.08.08 אל יועמ"ש המשיב, וביקשו את טיפולו הדחוף בעניין יציאתו של העותר לחו"ל.

העתק מכתב המוקד אל לשכת יועמ"ש המשיב מיום 3.08.08 מצורף ומסומן ע/6.

19. מאז חלף למעלה מחודש ימים, אך על אף דחיפותו של העניין, טרם התקבלה תשובה כלשהי לפנייה, למעט הודעות לאקוניות כי "הפנייה בטיפול".

אי לכך, בהתחשב בדחיפותו של העניין, לא נותרה בפני העותר כל דרך מלבד פנייה אל בית המשפט הנכבד.

הטיעון המשפטי

אי מענה לאור חובת המשיב להשיב לפניית במהירות ראויה

20. המשיב משתהה בטיפול בבקשת העותר, על אף דחיפותה של הבקשה והשלכותיו הקשות של העיכוב על המשך לימודיו, זכותו לחינוך וחופש העיסוק שלו.

21. כלל ידוע הוא כי "החובה לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשוניים של מינהל תקין" (י' זמיר, הסמכות המינהלית (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 717).

וראו בעניין זה:

בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441, 451 (1994);
 בג"ץ 7198/93 מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מח(2) 844, 853 (1994);
 בג"ץ 5931/04 מזורסקי נ' מדינת ישראל – משרד החינוך, פ"ד נט(3) 769, 782 (2004);
 בג"ץ 4212/06 Avocats Sans Frontieres נ' אלוף פיקוד דרום תק-על 2006(2) 4751 (2006).

22. בהתאם לכך, קובע ס' 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 כי:

הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו - משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה...

1. כבר לפני שלושים שנה הצביע כבי' השופט שמגר (כתוארו אז) על תופעה פסולה וחמורה זו של התעלמות הרשויות מפניותיהם של אזרחים ואי מתן תשובות, תוך שהוא קובע כי יש לפעול בחומרה כנגד פקידי ציבור שאינם משיבים במועד:

אי-מתן תשובות לאזרח הפונה אל הרשות הוא בגדר רעה חולה ונפוצה במציאות שלנו, וככל הנראה לא ניתן לשרש תופעה זו, אלא אם יינקטו צעדים החלטיים ויעילים יותר מאלה הנוהגים עתה, לרבות נקיטת הליכים משמעותיים נגד פקידי הציבור שאינם משיבים במועד על פנייתו של אזרח... יש יסוד להניח כי תגובות כאמור, בלויית הדרכה והסברה נאותות יהיה בהן כדי להגביר את המודעות לחובת מתן-התשובה, המעוגנת בחוק ואשר מתחייבת גם בלעדי זאת מיחסי אנוש נאותים.

(בג"ץ 153/77 פרג' נ' עיריית פתח-תקוה, פ"ד לא(3) 427, 432 (1977)).

למרבה הצער, נכונים הדברים גם כיום. דברים אלו אף מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בפנייה לרשות שיש לה השלכות מרחיקות לכת על זכויותיהם הבסיסיות ביותר של הפונים.

23. יפים לענייננו גם דבריו של כב' השופט לוי, המבטאים בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים את החומרה הרבה שבהתנהלות של סחבת, עיכובים ואי מתן מענה ענייני מצד הרשות:

המשיב אינו רשאי לנהוג בעותרים - כמוהם ככל פונה אחר - באופן בו הוא נוהג; המשיב אינו רשאי להותיר את עניינם תלוי ועומד בלא מענה ענייני... המשיב אינו רשאי להתיש את העותרים ללא תוחלת, לגרום להם להוצאות מיותרות ולעכב, אגב כך, את בירורו המהותי של עניינם. ואם נשתכחו מן המשיב טיבן של חובות בהן הוא חב, כי אז מחובתו של בית המשפט לשוב ולשנן באוזניו.

בג"ץ 10399/04 **בן אבדקול נ' משרד הפנים**, תק-על 2005(3) 1608, 1609 (2005).

24. וכבר נפסק כי כאשר מדובר בזכויות אדם מקבל מושג "הזמן הסביר" משמעות מיוחדת (בג"ץ 1999/07 **גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006**, תק-על 2007(2) 551, 569 (2007));

וכי בעניינים הנוגעים לזכויות אדם -

יש מקום לצפות להסדרה מהירה יותר של העניין [...] התמשכות פגיעה בזכויות אדם מחמירה לא פעם את היקף הפגיעה ותוצאתה עלולה להיות שחיקה של הזכות כמו גם פגיעה קשה ומתמשכת בפרט.

(בג"ץ 8060/03 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, תק-על 2006(2) 775, 780 (2006).

וראו גם: בג"ץ 10428/05 **עליוה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, תק-על 2006(3) 1743, 1744 (2006); בג"ץ 4634/04 **רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים**, תק-על 2007(1) 2009, 1999 (2007).

25. כך, על אף החובה להשיב במהירות ראויה, נוהג המשיב כאילו רשאי הוא לעכב מתן החלטות כרצונו, תוך זלזול בפונים אליו והתעלמות מהממתנינים לתשובותיו. התנהלות זו היא בלתי סבירה ובלתי מידתית, וגורמת לפגיעה קשה בזכויותיו של העותר.

הזכות לחופש התנועה וזכותו של העותר לצאת מארצו

26. המשיב מונע מהעותר לצאת לחו"ל. בכך, פוגע המשיב בזכותו הבסיסית של העותר לחופש תנועה, לכבוד ולאוטונומיה.

27. הזכות לחופש התנועה היא הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש יכולותיו וזכויותיו. הזכות לחופש תנועה נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי.

ראו בעניין זה:

סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966;

סעיף 2 לפרוטוקול 4 לאמנה האירופית לזכויות האדם 1950;

סעיף 8 לאמנה הבינלאומית בדבר הגנה על זכויותיהם של מהגרי עבודה ובני משפחתם 1990;

סעיף 5 לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזענית 1965;

סעיף 10 לאמנה בדבר זכויות הילד 1989 ;
 סעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948 ;
 סעיף 5 להכרזת העצרת הכללית של האו"ם בדבר זכויות האדם של אנשים שלא מחזיקים
 באזרחות המדינה בה הם מתגוררים 1985.

וכן מעוגנת הזכות לחופש התנועה היטב במשפט הישראלי. ראו בעניין זה:
 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 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האיזורי, תק-על 94(1) 1139, 1147 (1994);
 בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997).

28. 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.

29. 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)).

30. יפים לענייננו גם דבריו של כב' השופט בך, בפרשת דאהר:

הגבלת חופש תנועתו של אזרח במוכן 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"צ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701, 712 (1986)).

31. זכות זו קיימת גם בזמן מלחמה, כפי שקובע סעיף 35 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949):

All protected persons who may desire to leave the territory...may be entitled to do so.... The applications of such persons to leave shall be decided in accordance with regularly determined procedures and the decision shall be taken as rapidly as possible...if any such person is refused to leave the territory he shall be entitled to have such refusal reconsidered... [emphasis added].

המלומד פיקטה מבהיר בפרשנותו כי :

It should be noted that the **right to leave the territory is not in any way conditional, so that no one can be prevented from leaving** as a measure of reprisals...It is therefore essential for States to safeguard the basic principle 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)).

32. בנוסף, 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.

הגבלת זכותו של אדם לצאת מארצו

33. בהתאם לסעיף 12(3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966), ניתנת לכל מדינה הזכות להגביל יציאתם של אנשים מגבולותיה אך ורק במקרים חריגים ביותר ועל סמך ראיות הנוגעות למעשיו של הנדון עצמו.

34. בפרשנותה של הוועדה לזכויות האדם של האו"ם לסעיף 12 של האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, מודגש האיסור על הצבת מכשולים בירוקרטיים בדרך למימוש הזכות לחופש תנועה. הסעיף אוסר על נקיטה בשיהוי קיצוני, ועל הגבלת הנגישות לרשויות המוסמכות ולמידע ברור בדבר אופן הטיפול בעניין היציאה לחו"ל :

Restrictive measures **must conform to the principle of proportionality**; they must be appropriate to achieve their protective function; they **must be the least intrusive instrument amongst those which might achieve the desired result**; and they must be proportionate to the interest to be protected.

[...]

A major source of concern is the manifold legal and bureaucratic barriers unnecessarily affecting the full enjoyment of the rights...States' practice presents an even richer array of obstacles making it more difficult to leave the country, in particular for their own nationals. **These rules and practices include, inter**

alia, lack of access for applicants to the competent authorities and lack of information regarding requirements... unreasonable delays in the issuance of travel documents... In the light of these practices, **States parties should make sure that all restrictions imposed by them are in full compliance with article 12, paragraph 3.** [emphasis added].

(General Comment No. 27. Freedom of Movement (Article 12). UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, A/55/40, Vol. I (2000), Annex VI A (p. 128-132).

(See also: Harvey C. Barnidge R.P. "Human Rights, Free Movement, and the Right to Leave in International Law." *International Journal of Refugee Law*, Vol 19, No 1, 2007. pp. 16-20).

35. גם בית המשפט האירופי לזכויות האדם חזר והדגיש כי ניתן להגביל את זכותו של אדם לצאת מארצו, אך ורק מכוח ראיות כנגד אדם זה וחשד הנובע ממנו עצמו :

The Court fails to see how the mere fact that the applicant's wife was the sister of a Mafia boss, since deceased, could justify such severe measures being taken against him in the absence of any other concrete evidence to show that there was a real risk that he would offend...[W]ithout underestimating the threat posed by the Mafia, the Court concludes that the restrictions on the applicant's freedom of movement cannot be regarded as having been "necessary in a democratic society.

(*Labita v. Italy*, ECHR, Application No. 26772/95 (judgment of 6 April 2000), para. 191-197).

הפגיעה בזכותו של העותר לחינוך

36. מניעת יציאתו של העותר לירדן פוגעת קשות בזכותו לחינוך ובלמודיו האקדמיים. זכות בסיסית זו מוגנת על ידי המשפט הבינלאומי וכן מעוגנת היטב 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;

סעיף 10 ו-14 לאמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה 1979;

סעיף 5 לאמנה בינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית 1965;

סעיפים 28 ו-29 לאמנה בדבר זכויות הילד 1989;

סעיפים 3, 4 ו-5 לאמנה נגד ההפליה במערכות החינוך 1960.

37. 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 בסוגיית זכויות 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, December 2005. pp. 761-763.

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

39. הזכות לחינוך הינה חלק בלתי נפרד מזכות האדם לכבוד ולאוטונומיה. יפים לענייננו דבריו של כב' הנשיא ברק:

מרכיב מרכזי של כבוד האדם הוא חופש הרצון של הפרט. כבוד האדם מתבטא בחופש הבחירה הנתון לפרט, ובכוחו לפתח את אישיותו ולהחליט את גורלו. כל פרט מהווה ישות רוחנית הנהנית מהחופש לפתח את עצמה [...] האוטונומיה של הרצון הפרטי היא יסוד מהותי בכבוד האדם וחירותו.
(א' ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 426).

הזכות לחינוך הוכרה הן במשפט הישראלי והן במשפט הבינלאומי **כזכות יסוד** המוענקת לכל אדם בהיותו אדם. חשובים לענייננו דבריה של השופטת דורנר:

הזכות לחינוך הוכרה זה מכבר כאחת מזכויותיו הבסיסיות של האדם. הזכות מעוגנת בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם מ-1948, אשר קובעת בסעיף 26 כי לכל אדם עומדת הזכות לחינוך, וכי החינוך יינתן חינם לפחות בשלבים הראשונים והיסודיים. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966, שאותה אישרה מדינת ישראל בשנת 1991, מצהירה בסעיף 13 שהחינוך מיועד לפיתוח המלא של אישיות האדם ותחושת כבודו ולחיזוק כיבוד זכויות האדם וחירויות היסוד, וקובעת כי חינוך היסוד יהיה חובה וזמין לכל בחינם. ראו כתבי אמנה 1037, כרך 31 ע' 205. הזכות לחינוך מעוגנת גם בסעיפים 28 ו-29 לאמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989 (כתבי אמנה 1038, כרך 31 ע' 221), שאושרה אף היא על-ידי ישראל בשנת 1991.

הזכות מעוגנת גם בחוקות רבות. כך, למשל, הזכות קבועה בחוקת בלגיה (סעיף 24), בחוקת דרום-אפריקה (סעיף 29), בחוקת ספרד (סעיף 27), ובחוקת אירלנד (סעיף 42). חוקת גרמניה וחוקותיהן של מרבית מדינות ארצות-הברית קובעות את אחריותה של המדינה למתן חינוך לאזרחיה.

(בג"צ 2599/00 יתד נ' **משרד החינוך**, פ"ד נו(5) 834, 842-843).

הפגיעה בזכותו של העותר לחופש העיסוק

40. מניעת יציאתו של העותר לחו"ל פוגעת קשות גם בזכותו לחופש העיסוק, שהיא זכות יסוד חוקתית.

ראו לעניין זה בראי המשפט הבינלאומי:

סעיפים 20, 23 ו-25 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948 ;
 סעיפים 6 עד 8 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות ותרבותיות 1966 ;
 סעיף 8(3)(a) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966 ;
 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 בבטלה של ארגון העבודה הבינלאומי (מס' 168) 1991.

וראו גם:

בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367, בעמ' 382 ;
 בג"ץ 987/94 **יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח(5) 412, בעמ' 434 ;
 בג"ץ 1/49 **בז'רנו נ' שר המשטרה**, פ"ד ב 80, בעמ' 82 ("לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלוח יד אשר יבחר לעצמו");
 בג"ץ 3940/92 **ג'ראר נ' מפקד אזור יהודה ושומרון**, פ"ד מז(3) 298, 304-305 (1993).

41. לעותר אין אפשרות להמשיך בלימודיו אם לא יתייצב באוניברסיטה עד למועד המבוקש. העותר אינו יכול להמשיך בכתבת עבודת הדוקטורט כאשר אין לו גישה למנחה האקדמי שלו באוניברסיטה במלזיה. מניעת יציאתו של העותר לחו"ל מפירה את זכותו הבסיסית להתפתח בתחום המקצועי בו בחר.

חובת המשיב להבטיח את חייהם התקינים של תושבי השטחים הכבושים

42. המשיב מחויב להגן על זכויותיהם של תושבי השטחים גם מכוח חובתו הכללית, כמפקד השטח הכבוש, להבטיח את החיים התקינים בשטחים ולשמור על זכויותיהם של תושבי השטחים.

43. 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).

44. החובה להבטיח את הסדר והחיים התקינים ולפעול למען צרכי החברה חלה על כל תחומי החיים האזרחיים:

הרישא של תקנה 43 לתקנות האג מעניק לממשל הצבאי סמכות ומטיל עליו חובה להחזיר ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים... אין התקנה מגבילה עצמה להיבט מיוחד של הסדר והחיים הציבוריים. היא משתרעת על הסדר והחיים הציבוריים בכל היבטיהם. על-כן חלה סמכות זו - בצד ענייני ביטחון וצבא - גם על נסיבות "אזרחיות" רב-גוניות, כגון נסיבות כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם.

(בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לו(4) 785, 797 (1983)).

45. בהבטחת החיים התקינים יש משקל רב לחלופי הזמן והשפעתו על האוכלוסייה:

אין המדובר דווקא על פעולה חד-פעמית אלא בחובה מתמשכת, וממילא אין לקיימה אלא בהתחשב בנסיבות, המשתנות מעת לעת, ותוך מתן תשומת לב ראויה לצרכים, שהזמן גרמם ומוסיף לגרמם עם חלוף העתים. הנסיבות בהן מדובר אינן ביטחוניות דווקא אלא גם נסיבות כלכליות, תברואתיות, תעבורתיות וכדומה.

משך הזמן של קיום השלטון הצבאי עשוי להשפיע על אופיים של הצרכים, וההכרח בביצוע התאמות והיערכות חדשה עשוי לגבור ככל שאורך הזמן רב יותר... במסגרת הפרשנות המשפטית לסימן 43 הודגשה על-כן לא אחת הזיקה בין יסוד הזמן לבין הלבוש, אותו ילבש קיום הוראותיו של סימן 43.

(בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לו(2) 197, 311-310 (1983)).

46. במרכז שיקוליו של המפקד הצבאי צריכה לעמוד הדאגה לזכויותיהם של התושבים המוגנים בשטח הכבוש:

בתחום האחרון מופקד מפקד האיזור לא רק על שמירת הסדר והביטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם, ובמיוחד על זכויות האדם החוקתיות הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטאריים שחובה על המפקד לשקול.

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

47. 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 המתמשך תקופה כה ארוכה. כך סיכם המלומד Sassòli את עמדתו של המשפט הבינלאומי:

[L]egislative 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...** [emphasis added].

(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).

סיכום של דברים

48. השתהותו של המשיב בטיפול בעניינו של העותר פוגעת קשות בזכויותיו של העותר. היא פוגעת בזכות היסודית לעזוב את ארצו, באוטונומיה שלו, בזכותו לחינוך ובחופש העיסוק.

49. חופש התנועה אינה עוד זכות ככל זכות אחרת, שכן חופש התנועה הוא המפתח להגשמת זכויות אדם בסיסיות: חופש העיסוק, הזכות לטיפול רפואי, הזכות לחיי משפחה, הזכות לחינוך, הזכות לפולחן ועוד. **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 בגדה המערבית ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי 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.