

בעניין:

1. מר _____ מוסא
ת.ז. _____, תושב הרשות הפלסטינית
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.
ע"י ב"כ עוה"ד עביר גיבראן (מ.ר. 44346) ו/או סיגי בן-ארי
(מ.ר. 37566) ו/או עידו בלום (מ.ר. 44538) ו/או יוסי וולפסון
(מ.ר. 26174) ו/או יותם בן הלל (מ.ר. 35418) ו/או חוה מטרס-
עירון (מ.ר. 35174)
- 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 בגדה המערבית
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 להתלוות אל בנו בן השלוש, הסובל מאוטיזם ומבעיות נוספות, לטיפול שיקומי ב-Autism Academy of Jordan בעיר עמאן שבירדן.

נוכחות העותר הנה חלק חיוני בתוכנית השיקום של בנו. בנוסף, האב יעבור בירדן סדרה של בדיקות שמטרתן לגלות האם לבעיות מהן סובל בנו יש היבט תורשתי - בדיקות אשר יש להן השלכות מרחיקות לכת על החלטת בני הזוג להביא לעולם ילדים נוספים.

בקשה לדיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לקבוע דיון דחוף בעתירה.

בנו של העותר 1, בן השלוש, סובל מאוטיזם ומבעיות נוספות, ומצוי בטיפול שיקומי במרכז לטיפול באוטיזם בעמאן, שאמור לשפר את מצבו.

חיילי המשיב מנעו את יציאתו של העותר בגשר אלנבי, אי לכך נאלצה אשתו של העותר לצאת לירדן ללא בן זוגה, ועם בנם בן השלוש, כדי להתחיל בהליך השיקום במרכז לטיפול באוטיזם בעמאן, בתקווה שאבי המשפחה יוכל להצטרף אליהם כמה שבועות לאחר מכן, היות ונוכחותו

הנה חלק חיוני בטיפול השיקומי של הן. בנוסף, האב יעבור סדרה של בדיקות לצורך קביעה האם למצבו של בנו יש היבט תורשתי. בדיקה שלתוצאותיה יהיו השלכות מכריעות על החלטות העותר ואשתו בעניין הרחבת משפחתם.

יצוין, כי בעתירות באותו נושא שהוגשו לאחרונה על ידי העותרת 2 לבית משפט נכבד זה (בג"ץ 3015/08, בג"ץ 4004/08, בג"ץ 4007/08 ובג"ץ 5663/08), קבע בית המשפט מועד דיון לשמיעת העתירה ובתוך מספר ימים הודיע המשיב כי יתיר את יציאת העותרים לירדן והעתירות נמחקו מבלי שנערך דיון.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**), יליד 1976, הוא תושב ח'דר שבנפת בית לחם. העותר סובל מנכות של 100%. בנו של העותר, _____, ת.ז. _____, סובל מאוטיזם ונמצא בהליך שיקומי, שאין דומה לו בגדה, ב-Autism Academy of Jordan בעיר עמאן, יחד עם אמו - בת זוגו של העותר.

לבני הזוג מוסא בן נוסף, _____, ת.ז. _____, בן חמש שנים, אשר נשאר עם אביו בגדה. יצוין, כי העותר זקוק לעזרה מתמדת של אשתו, היות והוא מרותק לכסא גלגלים ואינו יכול לטפל בעצמו פיזית.

העתק מדו"ח הוועדה הרפואית העליונה במשרד הבריאות של הרשות הפלסטינית אודות נכותו של העותר מצורף ומסומן **ע/1**;

העתק ממכתב מטעם עמותת אלח'אדר – מרכז שיקום לילדים עם מוגבלויות, אלח'דר - בית לחם, מיום 11.6.08, אודות מצב בנו של העותר והטיפול שהוא אמור לקבל באקדמיה לאוטיזם בירדן, מצורף ומסומן **ע/2**;

העתק מדו"ח רפואי מיום 12.6.08, מד"ר מוחמד סלאמה אלחסונאת, מומחה לרפואת ילדים - בית החולים בית ג'אלא, אודות מצבו של בן העותר, מצורף ומסומן **ע/3**;

העתק אישור מיום 4.6.08, מטעם ה-Autism Academy of Jordan על קבלת בנו של העותר לטיפול וחשיבות נוכחות ההורים במהלך הטיפול השיקומי, מצורף ומסומן **ע/4**.

2. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.

3. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על שטח הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בשטחי הגדה המערבית מזה כארבעים שנה תחת תפיסה לוחמתית.

רקע: העתירה העקרונית בעניין "מנועים ביטחוניים" והנוהל החדש שפורסם

4. 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.

5. 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, כפי שיפורט להלן, אשר במסגרתה התבקש המשיב, בין השאר, לקצוב את המניעה בזמן ולבחנה מעת לעת.

6. 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**).

העתירה העקרונית הוגשה כנגד מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (המשיב בעתירה זו), ראש המינהל האזרחי, ראש שירות הביטחון הכללי ויועמ"ש המשיב, ועסקה במספר קטגוריות של חופש התנועה – תנועה בתוך השטחים, יציאה מהשטחים לחו"ל, כניסה לירושלים המזרחית וכניסה לישראל.

בין השאר, ביקשו העותרים כי המשיבים יחויבו לקבוע ולפרסם נהלים כתובים וברורים, למסור הודעה לתושב הנפגע על כוונה להכלילו ברשימת 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**.

7. בתגובה לעתירה העקרונית (מיום 25.7.07) טענו המשיבים, בין השאר, כי התמונה העובדתית שהוצגה על ידי העותרים אינה משקפת את ההליך המינהלי הננקט על ידי המשיבים בבדיקת הבקשות השונות, שכן לא קיים הליך מינהלי אחד ביחס לכל סוגי הבקשות, אלא מדובר בהליכים שונים תוך הבחנה ברורה בין סוגי הבקשות. על כן, ביקשו המשיבים לדחות את העתירה על הסף "לאור כלליותה וכוללנותה של העתירה, החובקת עניינים שונים".

עם זאת, ביחס לבקשות ליציאה לחו"ל, הודיעו המשיבים כי הוחלט עקרונית על גיבושו של מנגנון חדש, אשר יאפשר לקבל תשובה לבקשה ליציאה לחו"ל ולהשגה, לפני מועד היציאה המתוכנן.

8. 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**.

9. ביום 21.1.08 הגישו המשיבים את הודעתם המעדכנת, אליה צורף נוסח הנוהל החדש שגובש. בנוהל נכתב כי מטרתו:

**קביעת נוהל טיפול לפניות תושבים פלס' המעוניינים לצאת לחו"ל
ומבקשים לדעת מבעוד מועד האם קיימת מניעה ביטחונית ליציאתם.**

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):

**תושבים פלס' 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/5.

10. 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/6.

11. 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/7.

12. ביום 9.3.08 התקבלה תשובת היועמ"ש לפיה, תושב פלסטיני 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 מובהר 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/8.

13. לאור ניסיונם זה 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 יקפיא 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. בנוגע ליציאות דחופות לחו"ל, ציינו העותרים כי "בנוהל לא נקבע שום חריג, הנוגע ליציאות דחופות לחו"ל, או נסיעות המתוכננות פחות מ-6 שבועות לפני כן. נוכח זאת שעל פי הודעת יועמ"ש איו"ש, פניותיהם של אנשים, שלא פנו על פי הנוהל, לא יידונו מעתה על ידו, הרי שאף המסלול שקיים היום לביטולן של החלטות יינעל".

14. בית המשפט הנכבד קבע במסגרת ההחלטה לדחות את הבקשה לצו הביניים מיום 18.5.2008 בבג"ץ 8155/06, כי "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" וכי "לא נחסמו אפיקי הפעולה שהיו קיימים קודם לכניסתו לתוקף של הנוהל החדש, ורק הוסף עליהם אפיק פעולה נוסף".

מיצוי ההליכים

15. העותר משחק בנבחרת כדורסל לנכים ומשתתף מדי פעם במשחקי הנבחרת בחו"ל. נסיעתו האחרונה של העותר נערכה בחודש יוני 2007.

16. ביום 23.5.08 ניסה העותר לצאת דרך גשר אלנבי אל ירדן, יחד עם משפחתו. חייל המשיב הודיע לעותר כי הוא "מנוע יציאה מסיבות ביטחוניות", והעותר נאלץ לחזור כלעומת שבא.

17. כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, בהתאם לנוהל החדש אין כיום דרך להגשת השגה על ההחלטה למנוע את יציאתו של העותר לירדן.

18. לאור ההחלטה של בית המשפט הנכבד בבקשת העותרים לצו ביניים בבג"ץ 8155/06, לפיה לא נחסמו אפיקי הפעולה שהיו קיימים קודם לכניסתו לתוקף של הנוהל החדש, פנה העותר ביום 12.6.08, באמצעות המוקד להגנת הפרט, אל רס"ן אלוש מלשכת יועמ"ש המשיב, וביקש לאפשר את יציאת העותר 1 יחד עם בנו אחסאן, ל-Autism Academy of Jordan לכל המאוחר ביום 15.6.08.

העתק מהמכתב מיום 12.6.08 מצורף ומסומן ע/9.

19. ביום 17.6.08 שלח סמל לי-און מכתב מטעם יועמ"ש המשיב, בו נמסר כי "באופן חריג, הפנייה האמורה הועברה לבדיקה אל מול הגורמים הרלוונטיים", וכי בסיום הבדיקה ישיבו לגופו של עניין.

העתק מהמכתב מיום 17.6.08 מלשכת יועמ"ש המשיב, מצורף ומסומן ע/10.

20. לאחר כמה שבועות של המתנה, ונוכח חשיבות התחלת הטיפול השיקומי בהקדם, נאלצה אשתו של העותר לעזוב את בעלה, הזקוק לסיועה, ואת בנה הבכור בן החמש, ולצאת לבדה עם בנה אחסאן לירדן.

21. ביום 14.7.08 שלחה נציגת המוקד מכתב נוסף אל לשכת יועמ"ש המשיב, ובו ביקשה שוב לקבל תשובה עניינית לבקשתו של העותר. במכתב הודגשה חשיבות נוכחות העותר בהליך השיקומי של בנו.

העתק המכתב מיום 14.7.08 מצורף ומסומן ע/11.

22. בהתאם למסמך רשמי מה-Autism Academy of Jordan מיום 7.8.08, נוכחות העותר הנה חלק מההליך השיקומי של הבן. בנוסף, אמור האב לעבור סדרה של בדיקות שם כדי לעמוד על הסיבות למצבו של הבן, וכדי לברר האם מדובר בסיבות תורשתיות. בהתאם לממצאים מתכוונים בני הזוג להחליט אם יביאו לעולם ילדים נוספים.

העתק ממכתב מטעם Autism Academy of Jordan מיום 8.7.08, מצורף ומסומן ע/12.

הטיעון המשפטי

23. יציאתו של העותר 1 לירדן, היא בעלת השפעה מכרעת על ההליך השיקומי והטיפולי אותו עובר בנו בירדן, הליך שמהותו התמודדות עם מאמצים פיזיים ונפשיים קשים, המחייבים תמיכה צמודה של אביו.

24. מניעת יציאתו לירדן של העותר 1, משמעה פגיעה בטובתו של הילד, ובזכותו לבריאות ולשלמות הגוף והנפש. הוסף על כך, הטיפול השיקומי אמור לעזור לו להתמודד בחיי היומיום ולחיות בכבוד, ללא תלות מתמדת באחרים.

25. הוסף על כך, הבדיקות אותן יעבור העותר יש בהן כדי לקבוע את סיבת המחלה של הפעוט, נושא בעל השלכות כבדות משקל על הרחבת המשפחה בעתיד.

26. למרות שמדובר במקרה דחוף, שלשכת היועמ"ש בעצמה הודיעה כי תטפל בו, באופן חריג, עברו למעלה מחודש וחצי וטרם התקבלה תשובה כלשהי. בסופו של דבר ובלית ברירה, יצא הילד לירדן עם אמו בלבד, להתחלת ההליך השיקומי, בתקווה שאביו יתלווה אליו בקרוב.

אי מענה

27. המשיב משתהה בטיפול בבקשת העותר, על אף דחיפותה של הבקשה והשלכותיו הקשות של העיכוב על ההליך השיקומי של בנו של העותר.

28. אחת החובות הבסיסיות המוטלות על רשות מינהלית, הינה לטפל ולענות לבקשות המופנות אליה תוך זמן סביר, ובהתאם לדחיפות של כל מקרה. כלל ידוע הוא כי "החובה לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשונים של מינהל תקיין" (י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 717).

בהתאם לכך, קובע גם 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...".

וראו בעניין זה:

בג"צ 6900/93 **המכון להכשרת טוענות בית הדין נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מח(4) 441, 451;

בג"צ 7198/93 **מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר**, פ"ד מח(2) 844, 853;

בג"צ 5931/04 **מזורסקי ואח' נ' מדינת ישראל – משרד החינוך**, פ"ד נט(3), 769, 782;

בג"צ 4212/06 *Avocats Sans Frontieres* ואח' נ' **אלוף פיקוד הדרום**, תק-על 2006(2), 4751.

הזכות לחופש תנועה

29. המשיב מונע מהעותר 1 לצאת לחו"ל. בכך, פוגע המשיב בזכותו של העותר לחופש תנועה, להורות, לכבוד, לחיי משפחה ולאוטונומיה. כמו כן, המשיב פוגע בזכותו של בנו הקטן לשלמות הגוף והנפש, בזכותו לבריאות ובאיכות חיו.

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

וראו:

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).

31. 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 חדלות מלהתקיים. כבודו כאדם נפגע. מכאן החשיבות הרבה המיוחדת לזכות לחופש התנועה.

32. 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)).

33. ויפים לענייננו דבריו של כב' השופט בך, בפרשת דאהר:

הגבלת חופש תנועתו של אזרח במובן זה, שנאסרת עליו היציאה מתחום המדינה לארצות אחרות, הינה פגיעה חמורה בזכויות הפרט, ומי כמו הציבור הישראלי חייב, מטעמים מובנים וידועים, להיות רגיש לנושא זה.

השופט זילברג נתן ביטוי לאותה תחושה בקובעו בפסק הדין בבג"צ 111/53, קאופמן נ. שר הפנים ואח', פ"ד ז' 534, עליו הסתמכה גם חברתי הנכבדה, המשנה לנשיא, לאמור:

חירות התנועה של האזרח מן הארץ אל מחוצה לה, היא זכות טבעית, מוכרה, כדבר מובן מאליו. (בג"צ 448/85 **זאהר נ' שר הפנים**, פ"ד מ(2) 712, 701 (1986)).

34. 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, קובעות כי כל אדם זכאי לעזוב את ארצו:

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

35. חשיבותה של זכות זו נשמרת גם בזמן מלחמה, כך קובע סעיף 35 לאמנת גינבה הרביעית (1949):

All protected persons who may desire to leave the territory...may be entitled to do so, unless their departure is contrary to the national interests of the State. 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...

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.**

(J.S. Pictet, Commentary: IV Geneva Convention – Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. P. 235-236 (Geneva, 1958) [emphasis added])

36. ועדת האו"ם לזכויות האדם קבעה פעמים רבות כי **אישורי יציאה (exit visas) מהווים הפרה בוטה של סעיף 12**. בהתחשב בקריטריונים הצרים אשר מדינות נדרשות לספק כדי להצדיק אישורים אלה, הדרישה לאישורי יציאה מנוגדת עקרונית לרוחו וכוונתו של סעיף זה:

The requirement under the Immigration Law of administrative permission to travel abroad, and the requirement for foreigners to

obtain **exit visas to leave the country are incompatible with the provisions of article 12**, paragraph 2 of the Covenant. The State party should eliminate the requirement of administrative permission and exit visa as a general rule and require them only in individual cases that can be justified in the light of the Covenant. [emphasis added]

(Concluding Observations, ICCPR, UN Doc A/56/40 (2001) 98, para. 86(20))

(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)

37. גם בית המשפט האירופי לזכויות האדם חוזר ומדגיש בפסק דינו בעניין *Labita v Italy* כי כל הגבלה של זכותו של אדם לצאת מארצו (דהיינו, סעיף 2 לפרוטוקול 4 לאמנה האירופית לזכויות האדם) חייבת להיעשות 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. . . . In conclusion, and without 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**. [emphasis added]

(*Labita v. Italy* (Application No. 26772/95), judgment of 6 April 2000, para. 196-7)

הזכות לחיי משפחה ולהורות

38. העותר מבקש לצאת לירדן, על מנת שיוכל להיות חלק מהליך השיקומי של בנו. הליך השיקום מחייב תמיכה נפשית ופיזית של ההורים.

39. זכותם של הילדים לקבל חינוך ראוי, אהבה, חום, תשומת לב, תמיכה רגשית ופיזית מהוריהם; כנגד זכויות אלו קיימות חובות ההורים לספק את אותם צרכים לילדיהם.

ראו:

ע"א 2266/93 פלונים נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221, עמ' 237-238.

40. המשיב פוגע, וממשיך לפגוע, בזכותו המשפטית והטבעית של העותר 1 להורות, ומונע ממנו למלא אחר חובותיו הטבעיות והמוסריות. המשיב מונע מהאב לטפל ולדאוג לשיקום בנו, ומונע ממנו את האפשרות לנסות להבטיח חיים טובים וראויים יותר לבנו ומשפחתו.

במסגרת יחידה זו מוטלת על כל אחד מההורים החובה לדאוג לבריאותו ולרווחתו (הפיסיות והנפשיות) של ילדם הקטין (ע"א 845/76; ע"א 137/81 (בי"ש 705/82)). יחד עם זאת, יש להם להורים גם זכויות. "אין חולק על כך כי זיקתו של ההורה לילדו אינה רק בגדר חובה אלא גם בגדר זכות" (ע"א 436/76, בעמ' 243). מהותה של זכות זו היא, כי את החובות כלפי הילד הקטין רשאים למלא ההורים - הם ולא זולתם. זכותו המשפטית של ההורה היא כי הוא, ולא אחר, יקיים את החובות כלפי ילדו

[...] זכות זו של ההורים היא זכות קונסטיטוציונית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי - "קול-הדם" [...] זכות זו של ההורים אינה זכות קניין או מעין קניין. היא אך ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדים. "אין לך נכס היקר לאדם יותר מן הקשר הנפשי בין הורים וילדם הטבעי, שבו הם רואים את פרי אהבתם, עצמם ובשרם, ואת דור ההמשך הנושא בחובו את מטענם התורשתי" (השופטת בן-פורת בע"א 488/77, בעמ' 411). מציאות משפטית מיוחדת זו של זכות וחובה הכרוכות זו בזו מצאה את ביטויה בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, אשר קובע, כי אפוטרופסות ההורים כוללת בחובה את "החובה והזכות" לדאוג לצורכי הקטין (סעיף 15. ראה ע"א 549/75, בעמ' 463). (ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1), 461, עמ' 466-465).

41. הזכות לחיי משפחה, הכוללת את הזכות של הורים וילדים, סבים ונכדים ואחים לשמור על קשריהם המשפחתיים, היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. כנגד זכות זו מוטלת על המשיב החובה לכבד את התא המשפחתי.

42. כפי שצינו לעיל, העותר אמור לעבור סדרה של בדיקות בירדן (ראו ע/12) וזאת על מנת לדעת הסיבה מחלת הן, והאם העותר ואשתו יוכלו להביא עוד ילדים לעולם.

43. 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.

44. וכבר נפסק כי:

ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות.

(בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים פ"ד נג(2) 787, 728 (1999)).

ר' עוד: 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 האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948; סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם; סעיף 27 לאמנת גינבה הרביעית.

עקרון טובת הילד

45. קיומה של האמנה הבינלאומית לזכויות הילד (1989), אשר אושררה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, וחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חיזקו את מעמדו של הילד כנושא זכויות עצמאי, וכאישיות עצמאית במשפט.

46. בפסיקה העליונה הודגש לא אחת, כי כאשר דנים בטובת הילד יש לתת משקל רב ביותר לשיקול זה. עקרון טובת הילד הינו שיקול מרכזי נוסף שהמשיבים חייבים להתחשב בו עת הם דנים בבקשתו של העותר לצאת את הגדה המערבית. חשובים לענייננו דבריו של כב' השופט זילברג:

מבחן טובת הילדים הוא עקרון שאין למעלה הימנו... הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר. כי משהתרום המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית - ובתפיסה מודרנית זו נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים - כי הילד אינו "אובייקט" של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים, אלא הוא עצמו "סובייקט", הוא גופו "בעל-דין", בשאלה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף מסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני "זכות" של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו (ע"א 209/54 פרנץ שטיינר נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ט(1), 241, עמ' 251-252).

ראו גם:

בג"צ 40/63 לורנץ נ' ראש הוצל"פ, פ"ד נז(3) 1709, 1717;

ע"א 549/75 פלוניס נ' היועץ המשפטי, פ"ד ל(1) 459, 465;

ע"א 266/93 פלוניס נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 271-272.

47. אף האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד ציינה כי להוריו של ילד בעל מוגבלות קשה מגיעות זכויות מיוחדות, בהן גם הזכות להיות בקרבתו וללוות את ילדו לטיפולים:

[A]rticle 23 it is necessary that States parties develop and effectively implement a comprehensive policy by means of a plan of action which **not only aims at the full enjoyment of the rights enshrined in the Convention without discrimination but which also ensures that a child with disability and her or his parents and/or others caring for the child do receive the special care and assistance they are entitled to** under the Convention...a child living with a parent or other caregiver with disabilities should receive the support that would protect fully his or her rights and allow him or her to continue to live with this parent whenever it is in his or her best interests...Parents and other extended family members should be provided with the necessary and systematic support/training for including their child back into their home environment.

(CRC General Comment No. 9 (2006) The rights of children with Disabilities. UN Doc. CRC/C/GC/9)

48. טובת בנו של העותר הנה לקבל הטיפול שיקומי ולהיות מלווה בזמן הטיפול על ידי שני הוריו, שהם חלק בלתי נפרד מהטיפול.

חובת המשיב להבטיח את חייהם התקינים של תושבי השטחים

49. 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.

50. 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'מעייט אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לו(4) 785, 797 (1983)).

51. בהבטחת החיים התקינים יש משקל רב לחלוף 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"צ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה והשומרון, פ"ד לו(2) 310-311, 197 (1983)).

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

אמנת האג מסמיכה את מפקד האיזור לפעול בשני תחומים מרכזיים:
 האחד - הבטחת האינטרס הביטחוני הלגיטימי של המחזיק בשטח, והשני
 - הבטחת צרכיה של האוכלוסייה המקומית בשטח הנתון לתפיסה
 לוחמתית

[...]

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

ולסיכום

53. החלטתו של המשיב פוגעת קשות בעותר ובני משפחתו. מצד אחד, היא פוגעת בזכותו היסודית של העותר 1 לעזוב את ארצו, באוטונומיה ובזכותו לחיי משפחה ולהורות. מצד שני, פוגעת בטובת בנו של העותר לבריאות לשלמות גוף ונפש ואף בזכותו לחיות בכבוד.

54. 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.

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 באת 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.

עביר גיבראן, עו"ד
ב"כ העותרים

7 באוגוסט, 2008
[ת.ש. 56184]