

בעניין:

1. _____ מרקה

ת"ז _____, תושב הרשות הפלסטינית

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

ע"י ב"כ עוה"ד נירית היים (מ"ר 48783) ו/או עידו
בלום (מ"ר 44538) ו/או עביר גיבוראן-דקואר (מ"ר
44346) ו/או יותם בן הלל (מ"ר 35418) ו/או חוה
מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר
37566) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065)
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 לאזור הגדה המערבית

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא ולנמק, מדוע לא יתיר בדחיפות את יציאתו של העותר 1 (להלן: העותר) מהגדה המערבית לירדן, על מנת שיוכל לעמוד לצד אביו בן ה-76, חולה הלב, אשר ביום חמישי הקרוב, בתאריך 5.2.09, יעבור ניתוח מעקפים בליבו (צינתור) בבית חולים בירדן.

לפני כחודש ימים פנו העותרים אל המשיב בדחיפות וביקשו את התרת יציאתו של העותר לירדן, לאור הידרדרות במצבו של אביו. על אף הדחיפות העצומה, התקבל מענה לא ענייני מן המשיב, אשר סירב לטפל בפנייה.

משנודע לעותר כי אביו יעבור ניתוח עוד השבוע, לא נותרה לו ברירה אלא לפנות אל בית המשפט הנכבד, להדגיש את החשיבות העצומה והדחיפות הרבה שבנוכחותו לצד אביו, לכל הפחות כאשר האב מתאושש מן הניתוח הקשה, ולבקש את בית המשפט הנכבד לקבוע זיון דחוף בעתירה, לאור הנסיבות ההומניטאריות הברורות והדחיפות הרבה שבעניין ובהתחשב במועד הניתוח הקבוע כאמור לתאריך 5.2.09.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר, יליד 1966, הוא פלסטיני המתגורר בחברון עם אשתו ו-4 ילדיהם.
2. אביו של העותר, מר _____ מרקה, הוא חולה לב בן 76 אשר יעבור ניתוח מעקפים בליבו, השבוע, ביום חמישי ה-5.2.09 בבית חולים בירדן.
- העתק חוו"ד רפואית בעניין מצבו הבריאותי של אבי העותר 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 יותר מארבעים שנה.

רקע: שני אפיקי הפעולה הקיימים לשם יציאת פלסטינים לירדן

5. כפי שיתואר בפירוט בהמשך, קיימים כיום שני אפיקים פרוצדוראליים 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", ניתן לפנות בעניין ליועמ"ש המשיב, לשם בחינה נוספת של ההחלטה.
- נוהל בירור מוקדם והגשת השגה במת"ק ("הנוהל החדש"): זהו אפיק חדש. כפי שיפורט בהמשך, 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 ברישומם 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 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.

9. ביום 25.7.07, הודיעו המשיבים בתגובתם לעתירה העקרונית, 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) כי:

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/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 צורף 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 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.

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:

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

הודעת המשיבים על כוונתם להכניס שינויים בנוהל

17. ביום 24.9.08, לקראת הדיון שנקבע ליום 28.9.08 (נדחה והתקיים ביום 28.10.08), הגישו המשיבים הודעת עדכון לבית המשפט, בה הודיעו כי "הנוהל בו מדובר ימשיך לחול לצד המצב הקודם שחל, ולא במקומו" וכי לאחרונה "הוחלט על עריכת שינוי בנוהל" ו"בזמן הקרוב יתוקן הנוהל... ויש להניח כי מצב הדברים ישתפר".

יצוין, כי בהודעת המשיבים נמסר, בין השאר, כי מתוך עשרות אלפי תושבי השטחים הכבושים המנועים, הצליחו מאז חודש פברואר 2008 לפנות על פי "הנוהל החדש" עשרים איש בלבד!

ביחס למי שהגיע ישירות לגשר אלנבי ושם נמנעה יציאתו, הודיעו המשיבים, במסגרת השינויים אותם בכוונתם להכניס בנוהל, כי אמנם "הנוהל בו מדובר ימשיך לחול לצד המצב הקודם שחל, ולא במקומו", אולם הם מציינים – בפעם הראשונה – כי "גם במקרה כזה, יוכל התושב לפנות בהליך השגה בהתאם לנוהל".

18. על כל פנים, העותרים אינם יודעים מתי מתכוונים המשיבים ליישם את השינויים שהחליטו להכניס בנוהל וכיצד בכוונתם ליישם.

מיצוי ההליכים

19. בתאריך 10.12.08, עת ניסה העותר לצאת לירדן, מנעו נציגי המשיב בגשר אלנבי את יציאתו.

20. לאור החלטת בית המשפט כאמור, לפיה "לא נחסמו אפיקי הפעולה שהיו קיימים קודם לכניסתו לתוקף של הנוהל החדש, ורק הוסף עליהם אפיק פעולה נוסף" ובהתאם להודעותיו והצהרותיו של המשיב לפיהן הנוהל החדש ממשיך לחול לצד המצב הקודם שחל ולא במקומו, פנה העותר בתאריך 31.12.08, באמצעות המוקד להגנת הפרט, אל רס"ן לימור בן חמו מלשכת יועמ"ש המשיב, וביקש את התערבות היועמ"ש בטיפול בהתרת יציאתו לירדן, כדי לשהות לצד אביו הקשיש והחולה, הזקוק לניתוח לב.

העתק מכתבו של המוקד להגנת הפרט מתאריך 31.12.08 מצורף ומסומן ע/6.

21. במכתב תשובה מיום 5.1.09, אשר נתקבל רק ביום 8.1.09, מסר סמל לי-און, כי יועמ"ש המשיב מסרב לטפל בעניינו של העותר והפנה אותו לפעול על פי הנוהל החדש לבירור מוקדם, באמצעות פנייה "למת"ק הסמוך למקום מגוריו".

העתק תשובת יועמ"ש המשיב מיום 5.1.09 מצורף ומסומן ע/7.

22. הנה כי כן, על אף הדחיפות ועל אף שהנוהל החדש אינו חל בסיבות מקרהו של העותר כמתואר לעיל, אשר פעל בהתאם לאפיק הישן ויציאתו נמנעה בגשר אלנבי כשהיה כבר בדרכו לירדן, סירב המשיב לברר את פשר המניעה בעניינו ולהתיר את יציאתו בכדי לשהות לצד אביו החולה.

23. לא רק זו אף זו, כפי שידוע היום לעותרים, פנייה לפי האפיק הישן, אין בה כדי ליתן פיתרון במצבו של העותר, כפי שיובהר להלן:

בתאריך 14.1.09 נתקבלה תשובת יועמ"ש המשיב בעניינו של אדם אחר, בה הובהר כי בקשות אשר יוגשו למת"ק פחות משבעה שבועות טרם מועד היציאה יסורבו.

בקשת התושב לבחינת מניעתו הביטחונית ליציאה לחו"ל סורבה, זאת מאחר והבקשה לא הוגשה 7 שבועות טרם מועד היציאה המבוקש, כאמור בנוהל הטיפול בבקשות תושבי האזור ליציאה לחו"ל... לאור האמור, וככל שמרשכם מבקש להתיר יציאתו לחו"ל במועד עתידי כלשהו, נציע כי יפנה למת"ק בשנית לצורך הגשת בקשה מתאימה, זאת לכל הפחות 7 שבועות טרם מועד היציאה המבוקש.

העתק הודעת יועמ"ש המשיב מיום 14.1.09 (התקבלה ב-15.1.09) מצורף ומסומן ע/8.

24. הדרישה החדשה והאבסורדית לפנייה מוקדמת של 7 שבועות אל המשיב בטרם היציאה, שאם לא כן לא תטופל אותה בקשה, לא הוזכרה קודם לכן מעולם על ידי גורמיו השונים של המשיב. ההיפך הוא הנכון: בנוהל החדש הודגש כי הטיפול בבקשות יימשך לכל היותר ששה שבועות. על כל פנים, מכיוון שהנוהל החדש ממילא אינו רלבנטי לעניינו של העותר, הרי שאין צורך להכביר מילים בעניין זה.

25. לאור האמור לעיל ובהתחשב בעובדה כי יציאתו של העותר נדרשת בדחיפות, זאת תוך התחשבות בתאריך הקרוב שנקבע לניתוחו של האב כאמור, בתאריך 5.2.09, לא נותרה לעותר ברירה אלא לפנות לבית משפט נכבד זה.

הטיעון המשפטי

חובת המשיב להבטיח את חייהם התקינים של תושבי השטחים הכבושים

26. המשיב, כמפקד השטח הכבוש, מחויב להבטיח את החיים התקינים בשטחים ולשמור על זכויותיהם של תושבי השטחים. 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.

27. 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 לז' (4) 785, 797 (1983)).

28. בהבטחת החיים התקינים יש משקל רב לחלוק 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 לז' (2) 197, 310-311 (1983); ההדגשה הוספה).

29. במרכז שיקוליו של המפקד הצבאי צריכה לעמוד הדאגה לזכויותיהם של התושבים המוגנים בשטח הכבוש. במתחם האיזון בין צרכי הביטחון לצרכי האוכלוסייה, מוטלת על המפקד הצבאי חובה להגן על זכויותיהם של התושבים ולהעמיד לנגד עיניו את זכויות האדם שלהם:

אמנת האג מסמיכה את מפקד האיזור לפעול בשני תחומים מרכזיים: האחד - הבטחת האינטרס הבטחוני הלגיטימי של המחזיק בשטח, והשני - הבטחת צרכיה של האוכלוסייה המקומית בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית... הצורך האחד הוא צבאי והאחר הוא צורך אזרחי-הומניטרי. הראשון מתמקד בדאגה לבטחון הכח הצבאי המחזיק במקום, והשני - באחריות לקיום רווחתם של התושבים.

בתחום האחרון מופקד מפקד האיזור לא רק על שמירת הסדר והבטחון של התושבים אלא גם על הגנת זכויותיהם, ובמיוחד על זכויות האדם החוקתיות

הנתונות להם. הדאגה לזכויות אדם עומדת במרכז השיקולים ההומניטריים שחובה על המפקד לשקול... בשיקוליו, על המפקד להתרכז בצרכיו של האיזור, ואל לו לשים לנגד עיניו את שיקוליה של המדינה שמכוח תפיסתה הצבאית את השטח מפעיל הוא את סמכויותיו.

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

הזכות לחופש התנועה וזכותו של העותר לצאת מארצו

30. הזכות לחופש התנועה היא הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש יכולותיו וזכויותיו. 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. ראו דבריו של כב' השופט בד, 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 מאליה...".

(בג"צ 448/85 **דאהר נ' שר הפנים**, פ"ד מ(2) 701, 712 (1986)).

ראו עוד בעניין זה:

בג"צ 6358/05 **ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף**, תק-על 2006(1) 320, פסקה 10 (2006);

בג"צ 1890/03 **עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל**, תק-על 2005(1) 1114, פסקה 15 (2005);

בג"צ 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. חלק מרכזי בזכות לחופש התנועה היא זכותו של אדם לצאת מארצו ולשוב אליה:

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"צ 4706/02 **סלאח נ' שר הפנים**, פ"ד נו(5) 695, 704 (2002)).

32. יפים לעניין זה הדברים הקבועים בסעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948):

כל אדם זכאי לעזוב כל ארץ, לרבות ארצו, ולחזור אל ארצו.

33. ראו גם את סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966) לפיהם אין למנוע באופן שרירותי את שובו של אדם לארצו:

Everyone shall be free to leave any country, including his own.
[...]
No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country.

34. זכותו של אדם לצאת מארצו ולשוב אליה 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 principal 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)).

הפגיעה בזכותו של העותר לחיי משפחה

35. ההגנה על הזכות לחיי משפחה מאגדת בתוכה את השמירה על המרקם הייחודי של התא המשפחתי, בין יתר מאפייניו ניתן למצוא: תמיכה, עידוד מוראלי ועזרה פיזית, הגשמה עצמית, זהות. השייכות למשפחה הינה חלק מה"אני" של האדם וככזו הינה חלק מכבוד האדם. עמדה על כך כבי' השופטת (כתוארה אז) בייניש בפרשת **פלוני**:

בעידן בו "כבוד האדם" הינו זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו...

(ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, 173-174 (1997);
ההדגשה הוספה).

36. למותר לציין, כי עצם העובדה שאביו של העותר חולה ועומד לפני ניתוח קשה בליבו אך מחזקת את רצונו של העותר לשהות עם אביו בירדן, לעמוד לצידו ולסייע בידו.

יפים דברי חכמים בהדגישם חשיבותה של מצוות ביקור חולים :

ביקור חולים מצוה על הכול – אפילו גדול, מבקר את הקטן. ומבקרין פעמים הרבה ביום; וכל המוסיף, משובח – ובלבד, שלא יטריח. כל המבקר את החולה, כאילו נטל חלק מחולייו, והקל מעליו; וכל שאינו מבקר, כאילו שופך דמים.

(רמב"ם, משנה תורה, הלכות אבל, פרק יד', הלכה ו').

37. הזכות לחיי משפחה, כוללת את הזכות של הורים וילדים, אחים, דודים, אחיינים וסבים, לשמור על קשריהם המשפחתיים. חלק מהזכות לחיי משפחה היא זכותו וחובתו של כל אדם לדאוג להוריו המבוגרים. (ראו: ע"א 1482/92 הגר נ' הגר פ"ד מז(2) 793, 811-812 (1993)). בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים. כך במיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין עדאלה :

חובתנו הראשונית והבסיסית לקיים, לטפח ולשמור על התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית - הלוא היא המשפחה הטבעית. [...] הקשר המשפחתי... מונח ביסוד המשפט הישראלי. למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם.

(בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, תק-על 2006(2) 1754 (2006)).

38. המשפחה הטבעית היא היחידה הבסיסית של החברה עליה מחויבים להגן. ראו דברי כב' השופט אלון :

התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמש והמבטיח את קיומה של החברה האנושית.

(ע"א 488/77 פלוני נגד היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 434 (1978)).

ראו גם דברי כב' השופט חשין :

אין לו לאדם קשר נפשי חזק מהקשר שלו לבני משפחתו... זה משפט הטבעי, משפט שהוא חזק ונעלה מכל משפט.

(בג"ץ 4365/97 פלוני נ' שר החוץ, תק-על 199(1), 7 (1999)).

39. פעמים חוזרות ונשנות נפסק על ידי בית משפט נכבד זה כי ישראל מחויבת להגן על הזכות לחיי משפחה אף מכוחו של המשפט הבינלאומי. ראו דברי כב' השופט חשין :

ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות.

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

40. הזכות לחיי משפחה הינה זכות מוכרת ומוגנת במשפט הבינלאומי ההומניטארי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי. ראו :

סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949) ;
סעיף 10 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966) ;
סעיפים 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966) ;
סעיף 12 וסעיף 16(3) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948) ;
סעיף 8 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם (1950).

סעיף 16 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם, 1948, קובע :

The family is the natural and fundamental group unit of society
and is entitled to protection by society and the State.

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.

41. כנגד זכות היסוד של העותרת לחיי משפחה, מוטלת על המשיב החובה לכבד את התא
המשפחתי.

פגיעה בזכות השימוע/הטיעון

42. המשיב קיבל את החלטתו למנוע מן העותר לצאת לחו"ל מבלי להעניק לו אפשרות להשמיע
את דבריו בטרם התקבלה ההחלטה בעניינו, ומבלי לטרוח ליידע אותו אודות הסיבה למניעת
היציאה, אשר בגינה נפגעות זכויותיו.

43. עד עצם היום הזה, אין לעותר מידע באשר לסיבה למניעת יציאתו לחו"ל וכתוצאה מכך הוא
נמצא במצב של אי ודאות וחששות כבדים.

44. זכות השימוע/הטיעון עומדת לכל מי שמעמדו עלול להיפגע כתוצאה מהחלטת רשות מינהלית.

חשובים לעניינו דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) ברק, באומרו כי :

זכות יסוד של האדם בישראל היא, כי רשות ציבורית, הפוגעת במעמדו של
אדם, לא תעשה כן, בטרם תעניק לאותו אדם את ההזדמנות להשמיע את
דעתו. לעניין זכות יסוד זו, אין נפקא מינה, אם הרשות הציבורית פועלת
מכוח חיקוק או מכוח הנחיה פנימית או מכוח הסכם. אין גם כל חשיבות
לשאלה, אם הסמכות המופעלת היא שיפוטית, כעין שיפוטית או מינהלית,
ואם שיקול הדעת, הניתן לאותה רשות, הוא רחב או צר. בכל מקרה, בו
רשות ציבורית מבקשת לשנות את מעמדו של אדם, עליה לפעול כלפיו
בהגינות, וחובה זו מטילה על הרשות את החובה להעניק לאותו אדם את
ההזדמנות להשמיע את דעתו.

(בג"ץ 654/78, גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה (2) 649, 654-
655 (1979) ; ההדגשה הוספה).

45. ככל שחולף זמן מיום קבלת ההחלטה בעניינו של העותר, בלא שהתקיים שימוע בעניינו, כך הולכת ומתעצמת הפגיעה בזכויותיו.

סיכומם של דברים

46. עניינה של העתירה במקרה כה קשה ואנושי, בו נדרש העותר, הבן, יותר מאי פעם לשהות לצד אביו ולתמוך בו, כדי שיוכל לסייע לו לעבור תקופה קשה, בה גופו וליבו בוגדים בו.

47. סירוב המשיב לאפשר את יציאתו של העותר לירדן בדחיפות, פוגע באופן חריף בזכויותיו של העותר לכבוד, לאוטונומיה, לחופש תנועה ולחיי משפחה.

48. סירוב המשיב לאפשר את יציאתו של העותר לירדן ללא נימוקים ומבלי לקיים לו שימוע, פוגע בזכותו של העותר להליך הוגן ובזכותו לטעון לחפותו.

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 ולשוב לארצו 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 נשלח 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.

נירית היים, עו"ד

ב"כ העותרים

2 בפברואר, 2009

[ת.ש. 58725]