

בעניין:

1. נזאל, ת"ז
תושב השטחים הכבושים

2. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר**
– ע"ר 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד מאיסא אבו סאלח אבו עכר (מ"ר 52763) ו/או
דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088)
ו/או נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או
אהרון מיילס קורמן (מ"ר 78484)
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית

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

המשיב

עתירה מנהלית

מוגשת בזאת עתירה מנהלית בבקשה שבית המשפט יורה למשיב לבוא ולנמק מדוע לא ישיב לפניות העותרים אליו במהירות המתחייבת מנהלי המשיב עצמו – תוך התעלמות מהערותיו החוזרות של בית המשפט הגבוה לצדק בעניין אי-מתן תשובה במועד לפניות מסוג זה; וכן מדוע לא יאפשר את יציאתו של העותר 1 מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, ומשם לצרפת, על מנת שיוכל להתאחד עם אשתו ובנם שמתגוררים שם.

מקור הסמכות של בית המשפט הנכבד לדון בעתירה

עניינה של העתירה בסירוב המשיב לבטל את האיסור המוטל על יציאתו של העותר 1 (להלן: **העותר**) מהגדה המערבית לחו"ל, דרך גשר אלנבי. על פי סעיף 5א(א)(1) לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התשי"ס-2000, בצירוף פרט 3(ו) לתוספת הרביעית, הנושא הנ"ל מצוי בסמכותו של בית משפט נכבד זה.

התשתית העובדתית

מבוא

1. כידוע, לכל אדם מוקנית הזכות לצאת את ארצו. יש להדגיש, כי על החלטות המפקד הצבאי לפגוע בזכות זו בשטח הכבוש, חולש הדין הבינלאומי, **וממנו בלבד** יונק המפקד הצבאי את סמכויותיו. מכוחו מחויב המפקד הצבאי להגן על תושבי השטח הכבוש, ובאופן ספציפי על זכות היציאה מהארץ. סמכותו המצומצמת של המפקד הצבאי, על פי המשפט הבינלאומי, לאסור על יציאה מן השטחים הכבושים, מותנית בקיומם של הכרח ביטחוני מובהק, ועריכת איזון ראוי עם הזכויות הנפגעות.

2. יצוין, כי על פי החקיקה הצבאית בשטחים, לא נדרש כל היתר על מנת לצאת לירדן, וגם על פי הסכם הביניים, מותנית הגבלת היציאה בהוצאת צו פרטני על ידי המפקד הצבאי. על אף האמור לעיל, בשטחים הכבושים מונע המשיב את יציאתם של אנשים רבים מדי שנה, בלא צו חתום בידי איש, ללא הגבלת זמן כלשהי, ובלא שהמשיב מוסר הודעה מראש. יצוין, כי רק לאחר שהוגשה עתירה עקרונית לבג"ץ (בג"ץ 8155/06 **האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**), קבע המשיב נהלים המאפשרים לברר מראש האם החליט למנוע את יציאתו של אדם כלשהו, וכן להשיג על ההחלטה לעשות כן.
3. הנוהל שקבע המשיב הינו נוהל מסורבל, ארוך ומתיש. על פי הנוהל האמור, חייב פונה למת"ק להמתין ארבעה ימים בטרם יוכל לברר אם בכלל התקבלה החלטה למנוע את יציאתו, וזאת משום שהרישומים במחשבי המת"קים אינם מעודכנים. מי שכבר גילה שהמשיב אוסר על יציאתו, יכול להגיש בדיעבד השגה בכתב, וזו תידון בפרק זמן ממושך של 8 שבועות. במקרים רבים המת"קים אינם עומדים אף במסגרת זמנים זו והפונים נאלצים להמתין שבועות רבים ואף חודשים לקבלת תשובה. כמו כן, ניתן לפנות למשיב בהשגה נוספת **רק בתום תשעה חודשים** מיום הגשת ההשגה שסורבה; בקשה חדשה להתרת יציאה ניתן להגיש, על פי הנוהל, אך ורק במקרה של "צורך הומניטארי מיוחד".
4. בעיה נוספת בנוהל המשיב היא היעדר כל מענה למקרים דחופים; למשל, כאשר תושב השטחים הכבושים מגיע לגשר אלנבי בדרכו לחו"ל, ומתבשר רק שם כי הוא מנוע יציאה, וזאת שעה שעליו להתייצב ביעדו בחו"ל עד לתאריך מסוים, אם בשל טיפול רפואי או התחלת לימודים או כל צורך הכרחי אחר.
5. מרכיב יסודי בכללי המנהל התקין הוא מסירת תשובות מנומקות; בענייננו, התשובות להשגות שמגישים תושבים אינן מנומקות בדרך כלל. ברובם המכריע של המקרים התשובה היחידה שניתנת היא "מסורב", "מנוע שב"כ", "מנוע יציאה" וכיו"ב. הא ותו לא. ברי, כי תשובות אלה אינן מאפשרות לאדם להתמודד בצורה ממשית ורצינית עם החלטת המשיב למנוע את יציאתו מארצו. כידוע, "את טענות הצד השני אפשר לסתור רק כשהן ידועות; עם ספינקס אי אפשר להתווכח" (בג"ץ 111/53 **קאופמן נ' שר הפנים**, פ"ד ז 534, 541 (1953)).
6. **מהאמור לעיל, מצטיירת בבירור הנחיתות המובנית בה מצוי תושב השטחים הכבושים המגלה לפתע, ערב נסיעתו לחו"ל, כי אינו יכול לצאת את ארצו.** כפי שנאמר לעיל, ההליך המנהלי שעליו למצות הוא מסורבל, מתיש וארוך ביותר, וכמעט שאינו מספק כל הגנה לפונה: על מנוע היציאה נגזר להתמודד עם החלטה שאין הוא יודע מתי התקבלה, בידי מי ומדוע, ואימתי יוכל לצאת את ארצו.

הצדדים

7. העותר 1 (להלן: **העותר**), הוא תושב השטחים הכבושים, יליד 1983. בשנת 2007 יצא העותר ללימודיו במצרים ומאז הוא התגורר בחו"ל. העותר נישא בשנת 2015 לבת זוגו המרוקאית תושבת צרפת, ובשנת 2016 נולד להם ילד. מאז נישואיהם מתגוררים בני הזוג בחו"ל.
- העתק מתעודת הזהות של העותר מצורף ומסומן **ע/1**.
8. בינואר 2016 חזר העותר לגדה על מנת לבקר את בני משפחתו המתגוררים בגדה. אולם, הוא נעצר בעת מעברו בגשר, ונשפט ל-20 חודשים.

9. לאחר שחרורו של העותר באוגוסט 2017, הוא ניסה לצאת את ארצו, אולם נציגי המשיב בגשר מנעו את יציאתו בטענה שהוא "מנוע שב"כ". מאז ועד היום כל השגותיו של העותר נדחו באותה טענה.

10. העותר עתר שלושה פעמים כנגד המניעה הממושכת המוטלת על יציאתו לחו"ל. העתירה האחרונה שהוגשה בשמו היתה ביום 10.10.2019, עת"ם 7230-10-19 **נזאל ואח' נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**. במסגרת עתירה זו, עמד המשיב על התנגדותו ליציאת העותר, ולאחר דיון שבו הוצג חומר חסוי בפני כבוד השופט משה סובל, הוחלט כי גורמי הביטחון מסכימים כי אם עד ליום 07.10.2020 לא יתקבל מידע שלילי נוסף לגבי העותר, אזי תישקל בחיוב בקשתו לצאת לחו"ל כדי להתאחד עם משפחתו. לאור זאת, בחרו העותרים לחזור בהם מהעתירה לאור המלצת בית המשפט הנכבד.

11. יובהר, כי העותר לא פגש את אשתו מזה כחמש שנים, ולא ראה את בנו שנולד להם לאחר חזרתו לביקור בגדה, בשל האיסור הממושך המוטל על יציאתו של העותר מזה יותר משלוש שנים. יצוין כי אשתו של העותר ניסתה להגיש בקשה לביקורו ובקשתה סורבה, לאחר מכן התחוללה מגיפת הקורונה בעולם, דבר שמנע ממנה להגיש בקשה חדשה.

12. העותרת 2, המוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד**), היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.

13. המשיב (להלן: **המשיב**) הוא המפקד הצבאי האחראי על איזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מחמישים ושלוש שנה.

מיצוי הליכים

14. לאור המלצת בית המשפט בעתירה שהוזכרה לעיל, ביום 17.11.2020 פנה המוקד בשמו של העותר למת"ק ג'נין בבקשה לבירור מקדים, על מנת לברר אם המניעה ליציאת העותר לחו"ל עדיין קיימת. הפנייה נשלחה באמצעות הדואר האלקטרוני.

העתק מהבקשה כולל את טופס טיפול לבירור מקדים מצורף ומסומן **ע/2**.

15. ביום 21.11.2020 התקבלה הודעת דואר אלקטרוני מסגן זהר אלשיתי, ס. קת"א מת"ק ג'נין, לפיה העותר "מנוע בינלאומי".

העתק מהודעת הדוא"ל מיום 21.11.2020 מצורף ומסומן **ע/3**.

16. ביום 22.11.2020 פנה המוקד בשמו של העותר למת"ק ג'נין וביקש לבטל את המניעה המוטלת על יציאתו של העותר לחו"ל על מנת שיוכל להתאחד עם אשתו ובנו שחיים בחו"ל. לפנייתו של המוקד צורף טופס טיפול בבקשה, כדרישת המשיב.

העתק מפניית המוקד מיום 22.11.2020 מצורף ומסומן **ע/4**;

העתק מטופס טיפול בבקשה מצורף ומסומן **ע/5**.

17. הפנייה נשלחה באמצעות הדוא"ל למת"ק ג'נין, ונשלחה גם למוקד הסרות מניעה, הגורם האחראי מטעם המשיב על קליטת כל ההשגות המוגשות בנושא מניעת יציאה לחו"ל, וזאת על מנת לוודא כי עניינו של העותר יטופל. על מנת לקדם קבלת מענה מהיר, ההשגה נשלחה גם כן

- לקצין פניות ציבור במנהל האזרחי. באותו יום התקבלה הודעת דוא"ל מהמנהל האזרחי עם מספר "110670", ככל הנראה מספר פנייה.
- העתק מהודעות הדוא"ל מצורף ומסומן ע/6.
18. ביום 06.12.2020 התקבל מכתבו של סגן יואב בר-נס, קפ"ץ וממונה חופש מידע בלשכת ראש המנהל האזרחי, המתוארך ליום 02.12.2020, לפיו התבקש המוקד לשלוח את ההשגה למוקד הסרות מניעה על מנת להתחיל את הטיפול בבקשתו, דבר שכאמור כבר נעשה על ידי המוקד בהשגה שנשלחה לפני כן.
- העתק מהמכתב מיום 02.12.2020 מצורף ומסומן ע/7.
19. ביום 27.12.2020 שב ופנה המוקד בכתב וביקש לקבל תשובה להשגתו של העותר על מנת להפסיק את הפגיעה הממושכת בזכויותיו לחופש תנועה ולחיי משפחה ובזכויות הנגזרות ממנה.
- העתק ממכתב המוקד מיום 27.12.2020 מצורף ומסומן ע/8.
20. משלא התקבל כל מענה, ביום 10.01.2021 שב המוקד ופנה בתזכורת נוספת עם דרישה לקבלת מענה להשגה, וציין כי אם לא יתקבל מענה עד ליום 17.01.2021 תישקל פנייה לערכאות.
- העתק מפניית המוקד מיום 10.01.2021 מצורף ומסומן ע/9.
21. ביום 12.01.2021 התקבלה הודעת דוא"ל מהמוקד להסרות מניעה לפיה חסרים מסמכים – יש לשלוח ייפוי כוח (!). כבר באותו יום נציגת המוקד ענתה בהודעת דוא"ל חוזרת לפיה ייפוי הכוח צורף להשגה שהוגשה ביום 22.11.2020, ולשם ייעול הטיפול נשלחו כל המסמכים שוב.
- העתק מהתכתבות בדוא"ל מצורף ומסומן ע/10.
22. ביום 13.01.2021 התקבלה הודעת דוא"ל מהמוקד להסרות מניעה לפיה : "פנייתך התקבלה בתאריך 13/01/2021 ונמצאת בבדיקה למול הגורמים הרלוונטיים. תשובה תימסר תוך שמונה שבועות בהתאם לנוהל הסרת מניעה ביטחונית / אג"מ אשר מופיע באתר מתפ"ש".
- העתק מהודעת הדוא"ל מיום 13.01.2021 מצורף ומסומן ע/11.
23. כתגובה, פנתה נציגת המוקד כבר באותו יום למוקד להסרות מניעה וציינה בפניהם כי ההשגה הוגשה ביום 22.11.2020 ובהתאם לנוהל, התשובה אמורה להתקבל תוך שמונה שבועות ממועד השגת ההשגה, וכי מניין הימים מתחיל עם הגשת ההשגה.
- העתק מהודעת הדוא"ל מיום 13.01.2021 מצורף ומסומן ע/12.
24. חשוב לציין, כי על פי נהלי המשיב, עליו להשיב להשגות תושבים על מניעת יציאתם לחו"ל תוך פרק זמן של שמונה שבועות מיום הגשת ההשגה. **אולם, במקרה דנן חלפו שמונה שבועות מאז הגשת השגתו של העותר והמשיב לא טרח להשיב לבקשה, תוך חריגה מהנהלים שלו.** אנו רואים כי המשיב לא מתכוון לטפל בבקשה בהתאם לנהליו, אלא מחליט להתעלם מהם, והטיפול בבקשה בכלל מתחיל אחרי קרוב לפרק הזמן שבו אמור להינתן מענה להשגה.
25. בהתנהלות זו, חורג המשיב מהנוהל שהוא קבע לעצמו, ובכך הוא מפר זכויות יסוד חשובות ביותר עבור העותר כמו הזכות לחיי משפחה והזכות לממש את ההורות שלו.

26. בנסיבות אלה, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

חובת המשיב להשיב במהירות

27. התנהלות המשיב בעניין העותר עומדת בסתירה לחובתו מכוח הדין להשיב במהירות לפניות המופנות אליו. כלל ידוע הוא כי "החובה לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשונים של מינהל תקין" (יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב 717 (מהדורה ראשונה, 1996)).

וראו בעניין זה:

בג"ץ 6300/93 **המכון להכשרת טוענות בית דין 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, 782-783 (2004);

בג"ץ 4212/06 **Avocats Sans Frontieres נ' אלוף פיקוד הדרום** (פורסם בנבו, 28.6.2006).

28. אמנם נקבע על ידי המשיב בנהליו, כי "התשובה להשגה תתקבל ככלל תוך שמונה שבועות". אולם, קביעתו זו לא פוטרת את המשיב מחובתו על פי דין להתאים את קצב טיפולו במקרה של בקשה דחופה, כמו במקרהו הפרטני של העותר, כפי שעולה מכלל נסיבותיו.

29. מלכתחילה, כל בקשה להתרת יציאה לחו"ל כרוכה במידה מסוימת של דחיפות, עובדה הבאה לידי ביטוי בקביעת המשיב, כי יש למסור למגיש השגה את התשובה בעניינו מיד עם קבלתה, מבלי להמתין למועד האחרון המותר על פי הנוהל. כפי שנקבע בנהליו המשיב: "אם יתקבל מענה [להשגה] קודם [כלומר, בטרם חלף שמונה שבועות], יש לעדכן התושב בהתאם".

30. כפי שיפורט להלן, באיסור יציאתו לחו"ל של העותר יפגע המשיב פגיעה חמורה בשורה ארוכה של זכויות כולל הזכות לחיי משפחה. וכפי שכבר 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**, פ"ד סב(2) 123, פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2007)). כמו כן, בעניינים הנוגעים לזכויות אדם, נקבע כי:

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**, פס' 13 להחלטה (פורסם בנבו, 26.4.2006) (הדגשה הוספה); וראו גם: בג"ץ 10428/05 **עליוה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית**, פס' 5 להחלטה (פורסם בנבו, 16.7.2006); בג"ץ 4634/04 **רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים**, פ"ד סב(1) 762, פס' 32 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2007)).

31. המשיב לא עמד בנהליו ולא נתן מענה תוך שמונה שבועות ממועד הגשת ההשגה. לא זו אף זו, המשיב טרח להתחיל לטפל בהשגה רק לקראת שמונה שבועות מיום הגשתה!

פגיעה בזכותו של העותר לחיי משפחה

32. העותר מבקש לצאת את ארצו על מנת להתאחד עם אשתו ובנם המשותף החיים בצרפת. העותר לא ראה את בנו שנולד להם לאחר שנסע לגדה מעולם, ולא פגש את אשתו מזה יותר מחמש

שנים. בסירובו של המשיב להתיר את יציאתו של העותר לחו"ל פוגע המשיב קשות בזכותו הבסיסית של העותר לחיי משפחה.

33. הזכות לחיי משפחה היא זכות מוכרת במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי. כנגד זכות זו מוטלת על המשיבים החובה לכבד את המעגל המשפחתי.

34. 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.

35. גם במשפט ההומניטארי הבינלאומי המנהגי, תחת כלל 105 למחקרו של הצלב האדום, מודגש:

Family life must be respected as far as possible.

Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Vol I: Rules, pp. 379-383 (ICRC 2005).

36. בית משפט נכבד זה אף חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים, ובמיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין **עדאלה** (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2)1754).

פגיעה קשה בעקרון טובת הילד

37. בסירובו של המשיב להתיר את יציאתו של העותר לחו"ל על מנת להתאחד עם בני משפחתו, פוגע קשות בטובתו של הילד בן ארבע שנים, שמעולם לא ראה את אביו בשל האיסור המוטל על יציאתו.

38. 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.

39. בפסיקה הודגש לא אחת, כי כאשר דנים בטובת הילד יש לתת משקל רב ביותר לשיקול זה. עקרון טובת הילד הינו שיקול נוסף שעל המשיב להתחשב בו עת הוא דן בבקשת העותר וילדיו להתיר את יציאתם לירדן. 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 משהתרומם 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"ץ 40/63 **לורנץ נ' ראש ההוצל"פ**, פ"ד נז(3) 1709, 1717;
ע"א 549/75 **פלונים נ' היועץ המשפטי**, פ"ד ל(1) 465, 459;
ע"א 266/93 **פלונים נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221, 271-272.

40. הנזק שנגרם לבנו הפעוט של העותר, המנותק מאביו מזה כארבע שנים ולפרק זמן בלתי ידוע, הוא ברור וגלוי. משכך, מתבקשת התערבותו של בית המשפט הנכבד על מנת להפסיק את הפגיעה המתמשכת בילד ובהוריו.

פגיעה בזכותו של העותר לחופש התנועה

41. המשיב מונע מן העותר לצאת את ארצו לחו"ל על מנת להצטרף לאשתו ובנו החיים בצרפת. בכך נפגעת זכותו של העותר לחופש תנועה, אשר מהווה את הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש יכולותיו. חשיבותה הרבה של הזכות לחופש תנועה נעוצה בכך שחופש תנועה הוא הכוח המניע את מארג זכויותיו של האדם, והגבלתו גוררת אחריה בהכרח פגיעה בזכויות אדם נוספות, הנוגעות לכל תחומי החיים.

42. במשפט הישראלי, מעוגנת הזכות לחופש תנועה בסעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומוכרת כזכות יסוד בסיסית, אשר עומדת בשורה הראשונה של זכויות האדם ומצויה ברמה הגבוהה ביותר במדרג זכויות האדם בישראל (ראו למשל: בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, פסקה 15 (2005); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997)).

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

44. במשפט ההומניטארי הבינלאומי, מעוגנת הזכות לחופש תנועה בסעיף 35 לאמנת גינבה הרביעית (1949):

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

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

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

13(2) Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country.

כמו גם בפסיקה הישראלית:

זכותו של אדם לצאת מארץ מגוריו ולחזור אליה היא "זכות טבעית". היא אחת מזכויות היסוד של האדם. הגבלתה של הזכות פוגעת פגיעה חמורה בזכויותיו. (בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695, 704 (2002)).

פגיעה קיצונית ובלתי מידתית: איסור גורף, ללא נימוקים וללא מסגרת זמן ידועה

46. יש לזכור כי העותר לא פגש את הבן שלו מאז שבנו נולד. הוא גם לא היה נוכח בעת לידתו וגם בגידולו, בנו היום בן ארבע שנים שמעולם לא פגש את אביו. לחלוף הזמן השפעה הרסנית על חיי המשפחה של העותר ובנו, ומובן כי הוא שיקול שכוחו גובר עם חלוף הזמן.

47. לעניין זה יש להדגיש כי לשאלת משך זמן ההגבלה, משמעות כבדת משקל עם חלוף הזמן. מידת הלגיטימיות לפגיעה בזכות הולכת ופוחתת ככל שמתארכת תקופת המניעה. לא הרי הגבלת הזכות לימים ספורים כהגבלתה לחודשים, לשנים או לעד. ואולם, המשיב לא מודיע מה תוקף החלטתו ועד מתי ימנע מהעותר לצאת את ארצו.

ככל שההגבלה נפרשת על פני היקף גיאוגרפי נרחב יותר, וככל ששאר תנאיה קשים יותר, וזמן התמשכותה ארוך יותר, כך הולכת וגדלה עוצמת הפגיעה, והשקלול בינה לבין הערך הנוגד הופך להיות קשה ומורכב יותר.

(בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, פס' 15 (2006); (הדגשה הוספה))

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

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

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

If the Occupying Power considers it necessary, for **imperative reasons of security**, to take safety measures concerning protected persons, it may, at the most, subject them to assigned residence or to internment.

(הדגשה הוספה).

50. במקרה של העותר לא זו בלבד שלא פורטו בפניו אותם שיקולי ביטחון חיוניים, אלא שאוסרים עליו לצאת את ארצו תוך נימוק לקוני ביותר "מנוע בינלאומי".

הפרת חובות ההנמקה והשמיעה ושלילת זכות הטיעון

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

52. גם כאשר היקף ההנמקה מוגבל בשל שיקולי ביטחון, עדיין אין בכך בהכרח כדי למנוע גילוי נימוקים באופן מוחלט:

פטור מגילוי נימוקים, עובדות או מסמכים כאשר הגילוי עלול לפגוע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה מקובל על המחוקק ועל בית המשפט בהקשרים שונים. ואם יש כאן מקום לתמיהה, אין זה בגלל עצם הפטור, אלא בגלל היקף הפטור. שכן, מצד אחד, סביר הדבר שעובד הציבור לא יהיה חייב לגלות נימוקים להחלטתו במידה שיהיה בכך כדי לפגוע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה. אולם, מן הצד השני, **אין בכך בהכרח כדי למנוע גילוי נימוקים באופן מוחלט**.

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

ובמקום אחר:

גם בהחלטה סטנדרטית, אין די בכך שהרשות תנמק את החלטתה באופן כללי וסתמי תוך ציון "הכותרת" של טעמיה וללא התייחסות עניינית וספציפית לנסיבות המקרה הנידון. **דהיינו, בהודעה בנוסח "בקשתך נדחתה מטעמי ביטחון" – לא סגי**.

(י' דותן, "חובת ההנמקה של רשויות מנהל וגופים נבחרים", **מחקרי משפט** יט (תשס"ב) 5, 37; ההדגשה הוספה).

53. כאמור, המשיב אוסר על העותר לצאת את ארצו בטענה שהוא "מנוע בינלאומי" ללא כל הסבר אחר. אולם, **ניסיון העבר מלמד כי לא ניתן ללמוד דבר וחצי דבר מאמירות סתומות ועמומות כגון אלו, וכי המשיב אינו חסין מטעויות**. במספר מקרים חריגים בהם הועבר למוקד החומר עליו הסתמכו הגורמים הרלוונטיים כאשר דחו בקשת יציאה, הצליחו מי שנמנעה זכותם לחופש תנועה להוכיח כי הטענות הביטחוניות שהועלו נגדם הן חסרות יסוד, ולהביא להסרתה של המניעה. ראה לדוגמא: בג"ץ 8857/08 **עצפור נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**, בג"ץ 25/09 **גאנס נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**, בג"ץ 4819/09 **ד"ר אלהור נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**.

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

55. מובן שיכולתו של העותר להתגונן מפני הטענות המועלות כלפיו נשללת שעה שהמשיב מסתפק באמירות סתמיות, מבלי לפרט את הסיבות הקונקרטיות להחלטתו למנוע את יציאתו לחו"ל של העותר.

סיכומם של דברים

56. העותר מבקש לצאת לחו"ל, דרך גשר אלנבי על מנת שיוכל להתאחד עם אשתו ובנם בן הארבע המתגוררים בצרפת. את בנו לא ראה מעולם, את אשתו לא ראה קרוב לחמש שנים. סירוב נציגי המשיב לאפשר את יציאתו מהגדה פוגע בזכותו של העותר לחיי משפחה ובזכותו של העותר לחופש תנועה.

57. בהתעלמותו מהשגת העותר במשך יותר משמונה שבועות, מונע המשיב באופן מוחלט וגורף מהעותר לצאת את ארצו. בכך הופך המשיב את העותר לכלוא בארצו לפרק זמן ממושך. החלטת המשיב שנמסרה לעותר אינה תחומה בזמן, ומשכך היא מציבה אותו במצב של חוסר ודאות מוחלט. בכל אלו פוגע המשיב בנושיות בזכויותיו של העותר לכבוד, להליך הוגן ובזכותו לטעון לחפותו.

58. החלטת המשיב להטיל איסור על יציאתו של העותר למשך תקופה כה ארוכה, ללא הגבלת זמן, הינה החלטה שרירותית בלתי סבירה ובלתי מידתית.

59. לאור כל האמור, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב כמבוקש בראשית העתירה ולחייבו בתשלום הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד בגדה המערבית ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הם התקבלו בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין באי כוחו.

21 בינואר 2021

מאיסא אבו סאלח אבו עכר,
עו"ד
ב"כ העותר

[ת.ש. 103321]