

בעניין:

1. _____ עווד, ת"ז _____
תושבת הרשות הפלסטינית

2. _____ עווד, ת"ז _____
תושב הרשות הפלסטינית

3. **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 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) ו/או ליאורה בכור (מ"ר 50217).

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

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא ולנמק, מדוע לא יתיר את יציאתם של העותרת 1 (להלן: **העותרת**) והעותר 2 (להלן: **העותר**) מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי ומשם למכה שבסעודיה, על מנת לקיים את מצוות החאג', בהתאם לדת האסלאם.

בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה.

יציאת העותרים מהגדה המערבית לירדן, בדרך לקיום מצוות החאג', בקבוצה מאורגנת, תתקיים בין התאריכים 9.11.09 ל-11.11.09, וכדי לקבל את הוויזה לסעודיה, על העותרים לקבל תשובה לגבי יציאתם שלושה ימים לפני מועד היציאה, היינו לא יאוחר מתאריך 6.11.09.

בתאריך 8.10.09 נמסר לעותרים ממשרד הוואקף ברשות הפלסטינית, כי מקומם וכניסתם לסעודיה בעלייה לרגל לחאג' שמור. מייד בסמוך לכך פנו העותרים למשיב והגישו השגה על הסירוב להתיר את יציאתם לחו"ל, אולם עד עתה לא נתקבל כל מענה.

התשתית העובדתית

מבוא

1. המילה הערבית חאגי' (ערבית: حج) פירושה כשלעצמה עלייה לרגל. תקופת החאגי' השנה תיערך בחודש נובמבר, אז יצטרפו ויתרכזו במכה שבסעודיה עולים לרגל מכל רחבי העולם על מנת לקיים את הטקסים הדתיים.
2. מספר הוויזות לכניסה לסעודיה לצרכי עלייה לרגל הוא **מוגבל** ועל כן רק בני המזל אשר זכו לקבל ויזת כניסה למדינה, מתוך מכסה מוגבלת של אשרות כניסה, יוכלו למלא את המצווה הדתית החשובה.
3. בכל שנה, בסמוך למועד החאגי', נערכות ברחבי העולם המוסלמי הגרלות מקומיות, אשר הזוכים בהן מקבלים את הוויזת המיוחדת לסעודיה.
4. מדי שנה עשרות אלפי אנשים משתתפים בהגרות אלו (בשנה שעברה, למשל, נרשמו כ-40,000 איש להגרת החאגי' בגדה המערבית), מתוכם עולים בגורל אלפים בודדים אשר יהיו רשאים לקיים באותה שנה את המצווה החשובה. מלשכת החאגי' והעומרה שבמשרד הוואקף ברשות הפלסטינית נמסר כי השנה עומדת מכסת הוויזות בגדה המערבית על 2276 בלבד.

הצדדים

1. העותרת, פלסטינית ילידת שנת 1960, והעותר, פלסטיני יליד שנת 1958, נשואים מזה 25 שנים ומתגוררים בטול כרם.
2. בתאריך 8.10.09 הודיעו לבני הזוג ממשרד הוואקף לענייני דתות ברש"פ, כי מקומם וכניסתם לסעודיה בעלייה לרגל לחאגי' שמור.
העתק המכתב מתאריך 8.10.09 מצורף ומסומן ע/1.
3. העותרת (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
4. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על איזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי, מזה כארבעים שנה.

נוהל "בירור מוקדם" ליציאת תושבי השטחים הכבושים לחו"ל

7. במסגרת עתירה עקרונית בעניין מנועי יציאה לחו"ל (בג"ץ 8155/06 **האגודה לזכויות האזרח נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**), קבע המש"ב נהל חדש, המאפשר לתושבי השטחים המבקשים לצאת לחו"ל, לערוך בירור מוקדם לקיומה של מניעה ביטחונית ליציאתם (להלן: **הנוהל**).

8. הנוהל כולל הליך של הגשת בקשה במת"ק, אשר תשובה לה תתקבל לכל היותר בתוך ששה שבועות. אם הבקשה, מסורבת, ניתן להגיש ערעור או השגה, אשר תטופל גם היא לכל היותר בתוך ששה שבועות.

9. במסגרת בג"ץ 8155/06 הודיעו המשיבים (בהודעותיהם מיום 24.9.08 ומיום 10.3.09) כי גם מי שלא פנה מראש בהליך של "בירור מוקדם" על פי הנוהל, אלא הגיע ישירות לגשר אלנבי ושם נמסר לו כי הוא מנוע יציאה, יכול לפנות מייד בהליך של השגה בהתאם לנוהל.

10. בהערת אגב יצוין, כי בג"ץ 8155/06 עודנו תלוי ועומד, וכי הנוהל והוראותיו ניצבים כיום במוקד המחלוקת בין הצדדים.

11. בתוך כך, טוענים העותרים, כי מדובר בנוהל המנוגד לעקרונות בסיסיים של מינהל תקין, מעגן פגיעות בלתי מוצדקות ובלתי סבירות בזכויות אדם ומכביד על תושבי השטחים המבקשים לצאת לחו"ל.

12. ואכן ישנם מקרים בהם מציאות החיים אינה מאפשרת לעמוד בקריטריונים שמציב הנוהל, כך לדוגמא, בעניין היציאה של פלסטינים מהגדה המערבית לסעודיה לרגל החאג'.

יציאת פלסטינים מהגדה המערבית לסעודיה לרגל החאג'

13. כאמור, משרד הוואקף ברשות הפלסטינית עורך מדי שנה הגרלה ומודיע בסמוך לתקופת החאג', למי מתושבי הגדה מובטח מקום במכסת העולים לרגל למכה. ושוב יובהר כי להגרלה נרשמים עשרות אלפי פלסטינים מהגדה המערבית, אולם מספר אשרות הכניסה שמנפיקה סעודיה לתושבי הגדה, אינו עולה על 3,000.

14. לאור הסיכוי הנמוך לעלות בגורל והסבירות הנמוכה שאירוע כזה אכן יתרחש, אין לצפות כי עשרות אלפים בני אדם (אשר לרובם אין כל סיבה להניח או לחשוב כי הם "מנועי יציאה") יפנו למת"ק באיזור מגוריהם בהליכים בירוקרטיים ממושכים ומסורבלים, כדי לברר לגבי מניעת יציאה לחו"ל או כדי להשיג על מניעת היציאה (בין היתר לאור בקשתם המיוחדת לצאת לחאג'), בטרם עלה שמם בגורל.

15. לא מיותר לציין, כי קבוצת האנשים ששםם עלה בהגרלה וגם קיימת מניעה ביטחונית ליציאתם לחו"ל, הינה קבוצה מצומצמת ביותר, שמן הראוי כי ייעשה מאמץ לטפל בה באופן מיידי.

16. לאור חשיבותה של מצוות העלייה לרגל למוסלמים, ולאור סד הזמנים, עם התקרב מועד החאג', פנה המוקד להגנת הפרט אל יועמ"ש המשיב במכתב מתאריך 7.9.09, וביקש כי הטיפול בבקשות ובהשגות שיגישו פלסטינים המבקשים לצאת לקיום מצוות החאג' בסעודיה, ייעשה תוך התחשבות בצורך בקבלת תשובות בעניין קיומה של מניעה, טרם מועד הנסיעה, תוך ניסיון לצמצם במידת האפשר את הפגיעה בזכויות מוגנות. העתק מן המכתב נשלח לרמת"קים הגזרתיים.

העתק המכתב מתאריך 7.9.09 מצורף ומסומן ע/2.

17. במכתב תשובה מתאריך 8.9.09 מסרה טוראית סיון זגדון, מלשכת יועמ"ש המשיב, כי מפניית המוקד לא עולה כל סוגיה משפטית, ובכך, על אף שניסיון העבר מלמד, כי קיימת סבירות גבוהה שפלסטינים תושבי הגדה המערבית יעלו לרגל למכה ייתקלו ברצף של בעיות, תקלות ועיכובים ממושכים בטיפול בבקשותיהם במת"קים השונים, פטר עצמו יועמ"ש המשיב מכל מעורבות ודאגה לזכויותיהם המוגנות של תושבי הגדה.

העתק ממכתב התשובה מתאריך 8.9.09 מצורף ומסומן ע/3.

ניסיונותיה הקודמים של העותרת לצאת את הגדה

18. בתאריך 16.11.08 הגיעה העותרת לגשר אלנבי בדרכה לירדן, אולם בגשר נמסר לה באופן לאקוני שהיא "מנועה", והיא נאלצה לשוב לביתה כלעומת שבאה.

19. בתאריך 12.3.09, לאחר שבנה של העותרת בישר על כוונתו להתארכ ולהתחנן בירדן, פנתה העותרת באמצעות המוקד להגנת הפרט במכתב ליועמ"ש המשיב, בבקשה את התערבות היועמ"ש בהתרת יציאתה לחו"ל.

העתק המכתב מתאריך 12.3.09 מצורף ומסומן ע/4.

20. במכתב תשובה מתאריך 30.3.09 מסרה טוראית סיון זגדון, מלשכת יועמ"ש המשיב, כי לאור העובדה ש"אין מדובר במקרה הומניטארי חריג", עניינה של העותרת יטופל (שלא כמו בעבר) רק במת"ק הגזרתי, בהתאם לנוהל.

העתק המכתב מתאריך 30.3.09 מצורף ומסומן ע/5.

21. בתאריך 14.4.09 הגישה העותרת, בהתאם לנוהל, בקשה לבירור קיומה של מניעה על יציאתה לחו"ל, באמצעות הקישור הפלסטיני.

העתק אישור על הגשת הבקשה מצורף ומסומן ע/6.

22. בתאריך 20.5.09, חמישה וחצי שבועות לאחר שהגישה העותרת את הבקשה, פנה המוקד להגנת הפרט למת"ק הישראלי במכתב, והזכיר שעל פי הנוהל יש למסור לעותרת את התשובה בעניינה בתוך ששה שבועות, דהיינו עד ליום 24.5.09. העתק נשלח גם לסג"מ ענבל לידן, קצינת מעקב ופניות הציבור במינהל האזרחי.

העתק המכתב מתאריך 20.5.09 מצורף ומסומן ע/7.

23. במכתב תשובה מתאריך 30.6.09 מסרה סג"מ לידן, כי מבדיקה שערכה עולה, כי בקשתה של העותרת לא נקלטה במינהל האזרחי.

העתק המכתב מתאריך 30.6.09 מצורף ומסומן ע/8.

24. לאור האמור, בתאריך 15.7.09, ניגשה העותרת למת"ק הישראלי **ושוב הגישה בקשה** לבירור קיומה של מניעה על יציאתה לחו"ל.

העתק מנוסח טופס הבקשה שהגישה במצורף לאישור קבלת בקשתה לטיפול מצורפים ומסומנים **ע/9-10**.

25. בתאריך 26.7.09, בשיחת טלפון שקיבלה ממי שהציג עצמו כ"נציג המינהל האזרחי", נמסר לעותרת כי הבקשה שהגישה במת"ק, מסורבת.

מיצוי הליכים

26. בתאריך 29.9.09 גילה גם העותר שקיימת מניעה על יציאתו לחו"ל, שכן, כשהיה בדרכו לחו"ל, מנעו נציגי המשיב בגשר אלנבי את יציאתו, ללא כל הסבר או נימוק והוא נאלץ לשוב לביתו כלעומת שבא.

27. בתאריך 8.10.09 קיבלו העותרים הודעה ממשרד הוואקף, כי מובטחת להם אשרת כניסה לסעודיה לרגל החאג'. לאור האמור, הגישו בתאריך 12.10.09 את טפסי השגותיהם על מניעת יציאתם לחו"ל במת"ק הישראלי. אל טפסי ההשגה צורפה הודעת משרד הוואקף מתאריך 8.10.09.

העתקים מנוסח טופסי ההשגה שהוגשו במת"ק, מצורפים ומסומנים **ע/11-12**.

יודגש, כי רק בעקבות פנייה טלפונית של נציגת המוקד להגנת הפרט, הסכימו החיילים במת"ק לקבל את המסמכים לטיפול ומסרו כי על העותרים לפנות שוב **בתוך יומיים כדי לקבל תשובות להשגותיהם**. עם זאת ובניגוד להוראות הנוהל, לא קיבלו העותרים כמתבקש, אישור בכתב כי בקשתם נתקבלה לטיפול המשיב.

28. כעבור **שלושה ימים**, בתאריך 15.10.09, פנתה נציגת המוקד להגנת הפרט לקצין הקישור במת"ק הישראלי, על מנת לוודא כי אכן התקבלו תשובות להשגות. אולם כל שנמסר היה כי הבקשות הועברו לבדיקת שב"כ והן מצויות "בטיפול".

29. בתאריך 20.10.09 פנו העותרים, באמצעות המוקד להגנת הפרט, אל יועמ"ש המשיב במכתב וביקשו את התערבות היועמ"ש, כדי שניתן יהיה לקבל את תשובת המשיב בעניינם של העותרים בהקדם ובטרם מועד היציאה המתוכנן.

העתק המכתב מתאריך 20.10.09 מצורף ומסומן **ע/13**.

30. ואולם עד למועד כתיבת שורות אלו לא ניתן מענה לבקשת העותרים.

31. בנסיבות אלה לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

חובת המשיב להבטיח את חייהם התקינים של תושבי השטחים

32. כמפקד השטח הכבוש, למשיב קיימת חובה אקטיבית להגן על זכויותיהם של התושבים, להבטיח את החיים התקינים ולשמור על זכויותיהם. 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).**

33. 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) ההדגשה הוספה).

הזכות לחופש התנועה

34. המשיב מונע מן העותרים לצאת לחו"ל. בכך, פוגע בזכויותיהם הבסיסיות לכבוד ולאוטונומיה, לחופש תנועה וכל הזכויות הנגזרות מזכותם לחופש תנועה.

35. 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.

36. הזכות לחופש תנועה נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המינהגי ומעוגנת היטב במשפט הישראלי.

ראו בעניין זה:

סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966;

סעיף 2 לפרוטוקול 4 לאמנה האירופית לזכויות האדם 1950;

סעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948;

בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלון 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 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא' (4) 1 (1997).

37. 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)).

38. יפים לענייננו גם 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"ץ 448/85 **דאהר נ' שר הפנים**, פ"ד מ(2) 701, 712 (1986)).

39. 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)).

40. 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.

41. עקרונות סיראקוזה של המועצה הכלכלית-חברתית של האו"ם, על החריגה מתנאייה של האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות והגבלתם, קובעים כי טיעונים הקשורים ב"ביטחון הלאומי" (national security) של המדינה חייבים לעמוד בקריטריונים וברמת שקיפות גבוהה במיוחד (סעיף 31):

National security cannot be used as a pretext for imposing vague or arbitrary limitations and may only be invoked when there exists adequate safeguards and effective remedies against abuse. [emphasis added].

(UN, Economic and Social Council, Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, Annex, UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984)).

הגבלת זכותם של העותרים לחופש תנועה באופן בלתי מידתי והפרת החובה לנמק את ההחלטה בעניינם

3. יש לזכור כי משמעותה של שלילת זכותם של העותרים לצאת לחו"ל, תוך פגיעה חריפה בחירותם ובכבודם כבני אדם, משמעותה **כליאתם בפועל בתוך שטח הגדה המערבית למשך זמן בלתי ידוע.**

4. **לעניין זה יש להדגיש כי לשאלת משך זמן ההגבלה, משמעות כבדת משקל במימוש זכות היציאה מהמדינה, במובן זה שהזכות לצאת היא זכות המוקנית לאדם בכל עת שיחפוץ, ועל כן, כאשר מוגבלת זכות היציאה, מידת הלגיטימיות שלה הולכת ופוחתת ככל שמתארכת תקופת המניעה. לא הרי הגבלת הזכות לימים ספורים כהגבלתה לחודשים, לשנים או לעד.**

ככל שההגבלה נפרשת על פני היקף גיאוגרפי נרחב יותר, וככל ששאר תנאיה קשים יותר, **וזמן התמשכותה ארוך יותר, כך הולכת וגדלה עוצמת הפגיעה, והשיקלול בינה לבין הערך הנוגד הופך להיות קשה ומורכב יותר (הדגשים אינם במקור).**
(פרשת ואנונו, לעיל).

ראו גם דבריה של המלומדת יפה זילברשץ, במאמרה "זכות היציאה מהמדינה":

יש לתחום את הגבלת זכות היציאה בזמן; שהרי הגבלת יציאה מהארץ לימים לא דומה להגבלתה במשך חודשים או להגבלה של שנים. כיצד ייקבע זמן הגבלת הזכות ליציאה? ראשית, **יש להקפיד על-כך שברגע שהאינטרס חדל להתקיים יתאפשר לאדם לממש את זכותו ליציאה מהארץ [...]** תיחום זמן הגבלתה של זכות היציאה עומד בתיאום עם הדרישה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהגבלת זכות לא תהיה במידה העולה על הנדרש (הדגשים אינם במקור).

(יפה זילברשץ "זכות היציאה ממדינה" משפטים כ"ג 69, תשנ"ד).

5. לא רק זו אף זו, העותרים אשר זכויותיהם הוגבלו בעקבות החלטת המשיב, זכאים לכך כי ההחלטה בעניינם תתקבל בדרך מינהלית תקינה וכי המשיב יחשוף את הטעם להגבלת זכותם זו, והרציונאל הוא ברור: **ללא פירוש טעם הסירוב, לא יוכל אדם שנפגע מן ההחלטה לכפור בטענות שעומדות כנגדו וזכויותיו המוגנות עלולות להיות מוגבלות ללא כל ביקורת או מבחן.** 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 בבטחון 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 בבטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה. אולם, מן הצד השני, **אין בכך בהכרח כדי למנוע גילוי נימוקים באופן מוחלט. יש מקרים בהם שיקולים של בטחון המדינה או יחסי החוץ שלה מונעים גילוי חלק מן הנימוקים, או מונעים ניסוח מסויים של הנימוקים, אך עדיין מאפשרים לתת הנמקה, ולו רק חלקית, שלא תפגע בבטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה.**

(י' זמיר, **הסמכות המנהלית** (כרך ב, תשנ"ו), בעמ' 917, הדגשים אינם במקור).

6. יודגש כי במקרים דומים אחרים, כאשר ביקש המוקד להגנת הפרט מהמשיב הנמקה רחבה יותר להתנגדותו ליציאה של תושב הגדה לחו"ל, נענה המשיב ומסר את ההנמקה בפראפרזה. **במספר מקרים, כשניתנו למי שמנעו את יציאתו טעמי הסירוב, תוך מימוש זכותו לכפור בטענות שהועלו כלפיו, לטעון כנגדן ולהביא לכך הוכחות, התהפכה החלטת המשיב, אשר הודיע בסופו של דבר כי הוסרה מניעת היציאה.**

ראו דוגמאות: בג"ץ 8857/08 **עצפור נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**; בג"ץ 25/09 **גאנם נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**; בג"ץ 4819/09 **ד"ר אלהור נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית.**

הפגיעה בזכותם של העותרים לחופש הדת והפולחן

42. המשיב פוגע פגיעה קשה בזכותם של העותרים לחופש הדת והפולחן, בכך שהוא מונע מהם לצאת מארצם לשם מימוש מצוות החאג', מצווה כה חשובה בדת.

43. בפסיקה הודגש כי חופש הדת הוא הגרעין החברתי והתרבותי של כל קהילה, כל משפחה וכל אדם. בפסיקה הודגש עוד כי זכות התנועה והגישה למקומות קדושים היא בעלת עוצמה חוקתית גבוהה במיוחד, היא בעלת חשיבות קולקטיבית וחשיבות אינדיבידואלית מיוחדת.

לתושבי האיזור זכות חוקתית לחופש דת ופולחן... כן נתון לתושבי האיזור חופש תנועה, באמצעותו ניתן לממש, בין היתר, את זכות הגישה למקומות קדושים. **לזכות התנועה והגישה למקומות קדושים עוצמה חוקתית גבוהה** (פרשת חורב, שם, עמ' 49; בג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פד"י מ(2) 701, 708; בג"ץ 2481/93 דיין נ' ניצב יהודה וילק, פד"י מח(2) 456, פסקה 17). **במקרה זה, חופש התנועה כרוך ומשתלב באופן הדוק בזכות למימוש חופש הדת והפולחן...**

חופש הפולחן כביטוי של חופש דת נמנה על זכויות היסוד של האדם. הוא משתרע על חירותו של הפרט להאמין, ולנהוג על פי אמונתו תוך מימוש

ציווייה ומנהגיה... חופש זה קשור למימוש זהותו העצמית של האדם. בתחומי חופש זה מוכרת כמיהתו של האדם המאמין להתפלל במקום קדוש. הכרה זו משתלבת בהגנה החוקתית הרחבה הניתנת לזכות הגישה של בני הדתות השונות אל המקומות המקודשים להם ואיסור הפגיעה ברגשותיהם ביחס לאותם מקומות (סעיף 1 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967). חופש הדת מוחזק כענף של חופש ביטוי בתחום האמונה הדתית... חופש זה הוכר בהלכה הפסוקה כזכות יסוד חוקתית של האדם.

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

הגבלת זכות היציאה מן הארץ של מי שיציאתו חיונית וחשובה עשויה להעצים את הפגיעה בו... הגבלת יציאה של אדם המבקש לעלות לרגל למקום קדוש לדתו היא פגיעה בזכותו לחופש הדת והפולחן, ובתור שכזה היא חמורה ביותר.

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

44. הזכות לחופש הדת והפולחן נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי:

סעיף 18 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948 ;
סעיף 18 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות 1966 ;
סעיף 13 לאמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות 1966 ;
סעיפים 2 ו-5 לאמנה לביעור כל צורות ההפליה הגזעית 1965 ;
וסעיפים 1, 2, 3 ו-4 להכרזה בדבר הביעור של כל צורות ההפליה הדתית 1981.

סעיף 46 לאמנת האג (1907) קובע כי:

יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות הדת והפולחן).

סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949) קובע כי:

מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם [...]

45. המלומד פיקטה בפרשנותו לסעיף 27 מציין כי:

The right to respect for religious convictions is part of freedom of conscience and freedom of thought in general... Religious freedom is closely connected with the idea of freedom to practice religion through religious observances, services and rites. **Protected persons in the territory of a Party to the conflict or in occupied territory must be able to practice their religion freely, without any restrictions** other than those necessary for the maintenance of public law and morals... Article 27 reaffirms the provision in Article 46 of the Hague Regulations that occupying forces are bound to respect "religious convictions and practice"... The obligation to respect manners and customs is

particularly important in the case of occupied countries.
[emphasis added].

(Pictet J.S. Commentary: IV Geneva Convention – Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. (Geneva, 1958), pp. 203-204).

46. ועדת האו"ם לזכויות אדם הדגישה בפרשנותה לסעיף 18 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות (1966) כי:

The freedom to manifest religion or belief in worship, observance, practice and teaching encompasses a broad range of acts. The concept of worship extends to ritual and ceremonial acts given direct expression to belief, as well as various practices integral to such acts...

(ICCPR, General Comment 22, Freedom of Religion, Article 18. A/48/40, Part I, (1983), Annex VI (p. 208-211); CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, para. 4).

סיכום של דברים

47. העותרים מעוניינים לצאת מארצם, כדי לקיים את מצוות החאג' בסעודיה ולממש את זכותם המוגנת לחופש הדת והפולחן, לחירות רוחנית, לכבוד ולאוטונומיה. סירוב המשיב לאפשר את יציאתם מהגדה פוגע בזכותם של העותרים לחופש תנועה ובכל הזכויות הנלוות לה.

48. סירוב המשיב לאפשר את יציאתם של העותרים מהגדה לתקופת זמן בלתי מוגבלת, מבלי לנמק את החלטתו, פוגע בזכותם של העותרים לכבוד ולהליך הוגן ובזכותם לטעון לחפותם.

49. חופש התנועה אינה עוד זכות ככל זכות אחרת, שכן חופש התנועה הוא המפתח להגשמת זכויות אדם בסיסיות: הזכות לחיי משפחה, חופש הדת והפולחן, חופש העיסוק, הזכות לטיפול רפואי, הזכות לחינוך ועוד.

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.

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.

נירת היים, עו"ד

ב"כ העותרים

27 באוקטובר, 2009

[ת.ש. 60101]