

בעניין:

1. קדורה

ת.ז.

מאל-בירה, נפת רמאללה

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

שניהם ע"י ב"כ עוה"ד יוסי וולפסון (מ.ר. 26174)

ו/או מנאל חזאן (מ.ר. 28878)

ו/או עדי לנדאו (מ.ר. 29189)

ו/או לינה אבו-מוך זועבי (מ.ר. 33775)

ו/או תמיר בלנק (מ.ר. 30016)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

רח' אבו עוביידה 4, ירושלים

טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

#### העותרים

- נ ג ד -

**מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**

באמצעות פרקליטות המדינה

משרד המשפטים, ירושלים

#### המשיב

### עתירה לצו-על-תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו-על-תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו ליתן טעם מדוע לא יאפשר את יציאת העותר 1 (להלן: "העותר") לחו"ל לצורך לימודי תואר שני במדעי המחשב באוניברסיטת ניו-אורלינס שבלואיזיאנה, ארצות-הברית.

### בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה. העותר מבקש לצאת את אזור הגדה המערבית לצורך לימודי תואר שני. העותר אמור להתחיל את לימודיו בסמסטר הקיץ. הלימודים מתחילים ב-2.6.2003.

### ואלה נימוקי העתירה

#### העובדות והצדדים

1. העותר הוא תושב אלבירה, בן 26.

2. העותר נשוי לאזרחית אמריקאית, שנכנסה לאחרונה לאזור בתאריך 13.12.2002 באשרה שתוקפה הוארך עד לתאריך 13.6.2003.

העתקים מחוזה הנישואין ומדפי דרכון ובהם מוחתמת האשרה מצורפים ומסומנים ע'1-2.

3. את לימודי התואר הראשון במדעי המחשב סיים העותר באוניברסיטת ביר-זית בספטמבר 2001. עוד טרם סיים את התואר, בחודש יולי 2001, החל העותר לעבוד בחברת "ספד" להנדסת אלקטרוניקה באלבירה בתור מתכנת. הוא עבד בחברה זו כשנה, והחל מחודש ספטמבר 2002 הוא עובד במרכז להכשרה מקצועית ברמאללה השייך לסוכנות הרווחה והתעסוקה של האו"ם (UNRWA). במרכז זה הוא עובד בתור מנחה טכני (technical instructor) של תלמידי שנה א' ושנה ב' במכללה בשם "אלמוג'תמע".

4. העותר התקבל ללימודי תואר שני באוניברסיטת ניו-אורלינס שבלואיזיאנה, ארה"ב. במקור היה צריך העותר להתחיל את לימודיו בסמסטר האביב, ולהתייצב לשם כך באוניברסיטה עד 7.1.2003. בהמשך, בעקבות התמשכות הטיפול בבקשתו לאישור יציאה לחו"ל דחה העותר את תחילת לימודיו לסמסטר הקיץ, וכעת עליו להתייצב ללימודים לא יאוחר מ-2.6.2003.

העתק טופס הזכאות לוויזת לימודים, חתום על-ידי רשויות האוניברסיטה, וכן העתק הטופס המעודכן, מצורפים לעתירה כנספחים ע'3 ו-ע'4.

5. לעותר הונפקה גם ויזה לארה"ב לצורך לימודיו.

העתק הוויזה מצורף ומסומן ע'5.

6. העותר התכוון לצאת לארה"ב בטיסה משדה התעופה בן-גוריון, ופנה בבקשה להיתר כניסה לישראל לצורך זה – אך סורב. משכך, רכש כרטיס טיסה מעמאן לניו-אורלינס. הטיסה אמורה היתה לצאת מעמאן ב-27.12.2002 בבוקר.

7. בתאריך 25.12.2002 הגיע העותר לגשר אלנבי, בדרכו לעמאן לקראת הטיסה לארה"ב. בגשר אלנבי לא ניתן לו לעבור והוא הוחזר כלעומת שבא. הוא לא תושאל, לא נחקר וגם לא ניתן לו הסבר כלשהו לפשר מניעת יציאתו.

8. לעותר עבר ביטחוני, אולם דומה שגם רשויות הביטחון אינן רואות בו סיכון ממשי.

בשנת 1998 נעצר העותר בגין פעילות במסגרת "אלכותלה אלאיסלאמיה" והועמד לדין. מגזר-דינו עולה, שהתביעה לא ראתה את עניינו בחומרה, והסכימה לענישה שהיא פחותה במובהק מהמקובל. מאוחר יותר זכה העותר בשחרור מוקדם מהכלא לאחר ששירות הביטחון הכללי לא התנגד לשחרורו. העותר נעצר מאוחר יותר (ב-29.3.2002) במעצרים ההמוניים במהלך מבצע חומת מגן: בשכונה בה התגורר נעצרו כל הגברים בגיל 15 עד 45. תחילה הוצא נגדו צו מעצר מנהלי, אולם לבקשת התביעה בוטל הצו בעת הביקורת השיפוטית.

גזר-הדין, פרוטוקול הדיון בוועדת השחרורים ופרוטוקול ההליך בעניין המעצר המינהלי מצורפים ומסומנים ע'6-8 בהתאמה.

9. העותרת 2 היא עמותה שעיסוקה המרכזי בהגנה על זכויות האדם של התושבים הפלסטינים בשטחים.

10. המשיב מחזיק בשטחי הגדה המערבית תחת החזקה לוחמתית, ונושא בחובות ובזכויות הנובעות ממעמדו זה. לגבי סמכויות המשיב נרחיב בהמשך.

## מיצוי הליכים

11. בתאריך 26.12.2002, למחרת היום בו נמנעה יציאתו של העותר דרך גשר אלנבי פנה ב"כ העותר למנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה. לאחר תאור העובדות הנוגעות לקבלתו ללימודים ולהחזרתו כלעומת שבא בגשר אלנבי, כתב:

כך, ללא מתן שימוע וללא הנמקה, מורידות רשויות הביטחון לטמיון את כל מאמציו של מרשי להתקדם בלימודיו; את רישומו ללימודים; את הוויזה שהצליח לקבל; את כרטיס הטיסה שרכש; ומעל הכול את תוכניותיו לעתיד ואת זכותו לחינוך ולהשכלה.

ב"כ העותר ביקש את התערבותה הדחופה של מחלקת הבג"צים להתרת יציאתו של העותר לחו"ל.

מכתב ב"כ העותר מתאריך 26.12.2002 מצורף כנספח ע'9.

12. המכתב מטעם העותר הועבר לטיפול יועמ"ש הגדמ"ע. הטיפול התמהמה, ורק לאחר תזכורות בטלפון ובפקס הגיעה, בתאריך 20.1.2003 התשובה מטעם המשיב. בתשובה נמסר, כי בקשת העותר להיתר יציאה נדחתה.

למרות ההשלכות הרות הגורל של החלטה על חייו של העותר הסתפק המשיב בהנמקה לאקונית ביותר:

**יציאת הנדון נמנעת מטעמי ביטחון.**

כך ותו לא.

המכתב מלשכת יועמ"ש הגדמ"ע מתאריך 20.1.2003 מצורף כנספח ע'10.

13. פנייה נוספת בעניין העותר נשלחה ליועמ"ש הגדמ"ע על-ידי עו"ד איליא תיאודורי. גם בקשה זו סורבה בתשובה בנוסח זהה.

מכתבו של עו"ד תיאודורי, והתשובה מטעם המשיב מצורפים כנספחים ע'11-12.

### הטיעון המשפטי

14. העותרים יטענו, כי החלטת המשיב לוקה בכל אלו:

א. המשיב פוגע בזכות העותר לחופש תנועה (וכפועל יוצא: להשכלה ולחופש העיסוק) ללא סמכות, וזאת לאור המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון) (מס' 7), התשנ"ו-1995, אשר שינה את היקף סמכויותיו של המשיב.

ב. הפגיעה בזכותו של העותר לצאת לחו"ל אינה עומדת במבחנים של תכליתיות, מידתיות וסבירות, בייחוד לאור העידן בו אנו מצויים, בו התקשורת האלקטרונית ותקשורת המחשבים גוברים על מחסומי התנועה שבגבולות, באופן שפחתה האפקטיביות של מניעת יציאה ככלי ביטחוני. המשיב לא נותן את המשקל הראוי לחשיבותה של ההשכלה הגבוהה – הן למימוש העצמי של העותר והן למען קידום תושבי השטחים המוחזקים, שעל טובתם מופקד המשיב.

ג. הפגיעה בזכותו של העותר לחופש תנועה (וכפועל יוצא: להשכלה ולחופש העיסוק) נעשתה ללא נימוק של ממש, המאפשר שימוע הוגן, ומשום כך בניגוד לכללי הצדק הטבעי. בכך נפגם הבסיס העובדתי שביסוד החלטתו של המשיב, והופרה זכותו של העותר להליך הוגן בעניינו.

### חוסר סמכות

15. מאז ראשיתו של הסדר הביניים חלו שינויים בסמכותו של המשיב להגביל את היציאה מהאזור. מניעת יציאתו של העותר לירדן היתה, משום כך, בחוסר סמכות.

16. המנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון) (מס' 7), התשנ"ו-1995, מיום 23.11.1995 (להלן: "המנשר") מיישם באזור את הוראות הסכם הביניים הישראלי-

פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, אשר נחתם בווינגטון ביום 28.9.1995 (להלן: "ההסכם").

**ההוראות של הסכם הביניים הן חלק מן הדין החל ביהודה והשומרון רק אם אומצו, ובמידה שאומצו, על-ידי המנשר.**  
בג"צ 2717/96 ופא ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נ(2) 848, 853.

העתק המנשר מצורף כנספח ע'13.

17. סעיף 7 למנשר קובע:

**הדין ותחיקת הביטחון החלים באזור ביום הכניסה לתוקף של מנשר זה יעמדו בתוקפם, כל עוד לא בוטלו, שונו או הותלו בהתאם להוראות מנשר זה או להוראות הסכם הביניים.**

ואמנם, בבג"צ 2151/97 שקיר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית ואח' (תק-על 97(3) 49), נקבע כי הוראות ההסכם בעניין הענקת תושבות קבע הן הקובעות, ולא הוראות שבתחיקת הביטחון שקדמה למנשר, בצו בדבר תעודת זהות ומרשם אוכלוסין (יהודה והשומרון) (מס' 297), התשכ"ט-1969. הוזה אומר, מקום שהסכם הביניים קובע הסדר מפורט בנושא שלטוני מסוים, הרי הוראות ההסכם משנות או מתלות בהתאם את תחיקת הביטחון הרלוונטית, וזאת מכוח סעיף 7 למנשר.

18. והנה, ההסכם קובע הסדר ממצה בכל הנוגע לכניסה וליציאה מהאזור דרך גשרי הירדן.

Article VIII ל-Annex I של הסכם הביניים, ו-Appendix 5 לנספח I זה, קובעים הסדרים מפורטים ביותר בנוגע לנהלים במעברי הגבול, לרבות בנוגע לסמכויות של כל אחד מהצדדים למנוע את כניסתו של אדם לאזור או יציאתו של אדם מן האזור דרך מעברי הגבול.

פסקה 4(b) ב-Section I של Appendix 5, מונה רשימה סגורה של שלושה מקרים בהם תימנע יציאתו מהאזור של נוסע:

A passenger shall be denied exit abroad in the following circumstances:

- (1) if the passenger has been duly apprehended in accordance with the Agreement;
- (2) if the passenger is not in possession of the required documents to travel abroad pursuant to Appendix I to Annex III of the Agreement;
- (3) if a restraining order has been issued with respect to the passenger pursuant to paragraph 5 of Article II to the Agreement.

• המקרה הראשון מאפשר מניעת יציאתו של אדם אגב מעצרו במעבר הגבול. ההסדרים לגבי סמכות המעצר של נוסעים נכנסים ויוצאים מצויים בפסקה 3(e) של Article VIII ב-Annex I. עילות המעצר מוגדרות היטב, לרבות חשד שהנוסע מעורב בפעילות טרור. אם לאחר תשאול לא הוסר החשד, ניתן לעצור את הנוסע ולנהוג בו בהתאם ל-Annex IV להסכם (פרוטוקול בדבר עניינים משפטיים).

• המקרה השני עניינו היעדר מסמכי נסיעה מתאימים. בעניין זה אנו מופנים ל-Appendix I to Annex III להסכם.

פסקה 7 של Article 28 לנספח זה קובעת:

Israel recognizes the validity of the Palestinian passport/travel documents issued by the Palestinian side to Palestinian residents of the West Bank and the Gaza Strip in accordance with the Gaza-Jericho Agreements and this Agreement. **Such passport/travel documents shall entitle their holders to exit abroad through the passages or Israeli points of exit.**

(ההדגשה לא במקור – י.ו.)

אין זכר בנספח, כמו גם באיזה מקום אחר בהסכם, לדרישה להיתר יציאה מטעם המשיב.

• המקרה השלישי עניינו סיוע משפטי בין הצדדים, והוא אינו נוגע לענייננו.

19. גם בנוגע לכניסה לאזור קובע ההסכם כללים מכללים שונים. על-פי כללים אלה, אין בכלל סמכות כיום למנוע את כניסתו של תושב האזור דרך מעבר הגבול ממנו יצא.

20. הנה כי כן, הוראות ההסכם אינן דרות בכפיפה אחת עם היות האזור כולו שטח צבאי סגור, שאין יוצא ממנו ואין בא, אלא ע"פ שיקול דעתו והיתרו של המשיב.

מערך הכוחות והסמכויות החדשים, בנוגע ליציאה וכניסה דרך מעברי הגבול, עוגן בדין החל באזור באמצעות המנשר.

21. את הוראות סעיף 90 לצו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), תש"ל-1970, יש לקרוא בכפוף למנשר; כך גם את הצו בדבר שטחים סגורים (אזור הגדה המערבית) (מס' 34), תשכ"ז-1967.

הוראות המנשר והוראות ההסכם משנות את תוכן הצווים האמורים בכל הנוגע לכניסה וליציאה מהאזור לירדן דרך מעברי הגבול. שוב אין האזור שטח צבאי סגור אשר היציאה ממנו אסורה אלא בהיתר הניתן בכפוף לשיקול דעתו של המשיב: כאשר היציאה היא דרך מעברי הגבול, ההסדרים שנקבעו בהסכם ושאומוצו במנשר הם הקובעים.

22. מניעת יציאתו של העותר לא נעשית בהתאם להסדרים חדשים אלה, אלא ע"פ תחיקת בטחון ששונתה ע"י המנשר, ותוך שימוש בכוחות שמיום תחילת המנשר (28.9.95) שוב אינם בידי המשיב. המניעה, אם כן, נעשית שלא בסמכות.

### חוסר סבירות וחוסר מידתיות

#### חופש התנועה וחופש היציאה מהארץ

23. "ערכו של חופש התנועה ערך נעלה הוא. חופש התנועה, כך אמרה המשנה לנשיא מ' בן פורת, שווה הוא במשקלו לחופש הדיבור (בג"צ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701, 708), ועל ערכו של חופש הדיבור אין צורך להאריך. יתר-על-כן, חירות התנועה הינה בתה של החירות, והחירות – ידענו כולנו – היא מן היושבות ראשונה במלכות...".

(דברי כב' השופט חשין בבג"צ 5016/96 חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד נא(4) 1, 147).

24. עם השנים השתנתה המדרגה של חירות התנועה וחופש היציאה במשפטנו ובמשפט העמים.

א. במישור המשפט הבינלאומי, הכיר בית משפט נכבד זה בחופש התנועה כחלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי.

בבג"צ 3914/92 לאה לב ואח' נ' ביה"ד הרבני האזורי בתל אביב יפו ואח' (פ"ד מח 2) (506, 491) נפסק, כי הזכות לחופש תנועה מהמדינה אל מחוצה לה היא זכות "הנגזרת מהיותנו חלק מהקהילה הבינלאומית, אשר במסגרתה זכות התנועה מוכרת זכות אדם מנהגית" (ההדגשה לא במקור, י.ו.).

זכות מנהגית זו אף גובשה במישור ההסכמי, באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, המחייבת את מדינת ישראל כיום, כאחת מבעלות האמנה (אושררה ב-8.8.91, 31 כ"א 269). סעיף 12(2) לאמנה קובע:

#### **כל אדם בן חורין לעזוב כל ארץ שהיא, לרבות ארצו הוא.**

ב. במשפט הפנימי, קיבלה זכות היציאה "מעמד חוקתי-על-חוקי" בסעיף 6(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כל רשות מרשויות השלטון – ומפקד צבאי בכלל זה – חייבת לכבד את זכות היסוד האמורה, שהיא זכותו של כל אדם בהיותו אדם (סעיף 11 לחוק היסוד). העלייה במדרגה הנורמטיבית של זכות היסוד לחופש יציאה משפיעה בהכרח על מערכת האיזונים בהפעלתה של כל סמכות, העלולה למנוע מאדם לצאת לחו"ל.

בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 290 ;  
בג"צ 3914/92 לב נ' ביה"ד האזורי ואח', פ"ד מח(2) 491 ;  
בש"פ 1986/94 מדינת ישראל נ' עמר, פ"ד מח(3) 133 ;  
בג"צ 4358/93 צוק נ' ביה"ד הרבני הגדול פ"ד מח(4) 563 ;  
בר"ע 7208/93 ויסגלס נ' ויסגלס, פ"ד מח(4) 529 ;  
בג"צ 5016/96 חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד נא(4) 1.

ג. על פי גישתו של כב' השופט חשין בבש"פ 1986/94 הנ"ל, חירות היציאה הינה "זכות טבעית" במהותה, החלה גם במקום שחוק היסוד "אינו תופש בנו".

25. טענות ותפיסות שהושמעו בעבר, לפיהן אין לפלסטיני תושב השטחים זכות אדם לחופש תנועה ולחירות היציאה מהאזור – ראוי להן שלא תישמענה עוד.

#### **הזכות להשכלה**

26. לא רק חופש התנועה של העותר מוטל על כף המאזניים. מטרת נסיעתו היא רכישת השכלה גבוהה. לרכישתה של השכלה גבוהה ערך ברור מבחינה קניינית וכלכלית: תואר שני במדעי המחשב יקדם את העותר בקריירה מקצועית, ויפתח בפניו אפשרויות תעסוקה. אולם להשכלה גם ערך נוסף, הנוגע לכבודו של האדם כאדם. באמצעות בחירת המסלול האקדמי מתווה האדם את חייו, קובע את עתידו ומממש את האוטונומיה האישית שלו להגדיר את עצמו ואת זהותו במסגרת החברה.

27. העותר ומשפחתו מוכנים היו להשקיע כספים רבים בלימודים הגבוהים של העותר: לפי טופס הזכאות לוויזות לימודים (ע'2), מעריכה האוניברסיטה את עלות הלימודים והמחיה לתשעה חודשים ב-\$17,830, אשר מקורם יהיה במשפחת העותר. גם לכך יש משקל ברור בהערכת החשיבות הסובייקטיבית (המובנת) של הלימודים לתואר שני עבור העותר.

#### **חובות המשיב כלפי האוכלוסיה בשטחים**

28. המשיב מחזיק באזור הגדה המערבית תחת שליטה צבאית אפקטיבית, וחלות עליו כל החובות שלפי המשפט הבינלאומי החל בנוגע לשטחים תחת החזקה לוחמתית (belligerent occupation). אחת מחובותיו היא לשקוד על טובתה של האוכלוסייה ועל קיום החיים התקינים. לחובה זו פנים שונים תחת החזקה לוחמתית קצרת מועד ותחת החזקה לוחמתית ארוכת טווח. לחובה זו פנים שונים כאשר סמכות מקומית אפקטיבית שוקדת על העניינים האזרחיים של התושבים וכאשר סמכות שכזו או אינה קיימת או שפעילותה משותקת הלכה למעשה. המצב בגדה המערבית הוא שהמשיב מחזיק בשטח

מזה שני דורות, והוא הגורם האפקטיבי היחיד הפעיל בו. מצב זה מטיל חובה מוגברת לדאוג לטובת האוכלוסיה – הן בטווח הקצר והן בטווח הארוך.

29. טובת האוכלוסיה בשטחים כוללת גם את האפשרויות של תושבי הגדה המערבית לרכוש השכלה גבוהה מתקדמת. זוהי טובתה של האוכלוסיה כאוסף של פרטים המבקשים לממש את אושרם האישי ותוכניות חייהם. זוהי טובתה של האוכלוסיה כציבור, שקדמתו והתקדמותו הכלכלית והחברתית תלויות בתשתית של בעלי השכלה גבוהה.

30. גם חובה זו של המשיב מוטלת, אם כן, על כפות המאזניים בענייננו.

### שיקול-הדעת של המשיב

31. מידת האפקטיביות של מניעת היציאה לחו"ל שונה בימינו מזו שהיתה לה לפני חמש, עשר או עשרים שנה. בעידן של תקשורת אלקטרונית מפותחת ושל תקשורת מחשבים, אין עוד (במרבית המקרים) תכלית, שמניעת היציאה יכולה להשיג. מסרים, דיונים, פעולות גיוס ואינדוקטרינציה והעברת מידע רב ומפורט – כולם יכול שיתבצעו מבלי שאדם יצא את גבולות ארצו. אם המשיב מבקש למנוע את יציאתו של מאן-דהוא לחו"ל, רובץ עליו נטל כבד להראות, שמניעת היציאה תשרת מטרה ביטחונית. עליו להצביע על מידע קונקרטי בדבר כוונותיו של האדם לעשות בחו"ל פעולות, אשר רק מניעת יציאתו תאפשר את סיכולן. ניתן אולי להעלות על הדעת בהקשר זה כוונה להשתתף באימונים צבאיים מסוג שלא ניתן לקיים בשטחים. ככל שאמצעי התקשורת המודרניים מקצרים מרחקים, כך כבד הנטל שעל המשיב, להראות שיש תכלית לפגיעה בחופש התנועה הפיסי.

32. גם בשל מעבר הזמן אין המפקד הצבאי רשאי להתייחס לחופש התנועה כתמול שלשום, בתור פריבילגיה או זכות-יתר שמשקלה קל שבקלים: השתנה ללא היכר טיבה של "התפיסה הלוחמתית" באזור, והשתנה מעמדה של זכות האדם לחופש תנועה.

**חייה של אוכלוסיה, כחיינו של יחיד, אינם שוקטים על השמרים אלא מצויים בתנועה מתמדת, שיש בה התפתחות, צמיחה ושינוי. ממשל צבאי אינו יכול להתעלם מכל אלה. אין הוא רשאי להקפיא את החיים.**

את הדברים האלה העיר כבי' השופט (כתוארו אז) ברק בבג"צ 393/82 ג'מעת אסכאן אלמעלמון אגודה שיתופית נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון ואח', פ"ד לו(4) 804, 785. כוחם יפה לחירות התנועה של תושבי האזור וזכותם לצאת את גבולות האזור לחו"ל.

בית המשפט הנכבד כבר קבע בבג"צ 393/82 הנ"ל, כי כיבוש מתמשך לאורך תקופה ארוכה מעביר את כובד המשקל בשיקוליו של מפקד האזור לצרכי האוכלוסייה וקיום מהלך החיים הרגילים:

**בתפיסה צבאית קצרת מועד הצרכים הצבאיים-ביטחוניים שולטים ברמה. לעומת זאת, בתפיסה צבאית ארוכת מועד צרכי האוכלוסיה המקומית מקבלים יתר תוקף. (שם, בעמ' 801).**

מאז, הוכפלה תקופתה של תפיסת האזור בידי צה"ל וחלף דור. שליטתו האפקטיבית של המשיב בשטח נמשכת, נוכחותו בכל מקום ואתר גוברת, פעולותיו והוראותיו מעצבים את חיי התושבים יום-יום ושעה-שעה, וגורלם של תושבי האזור – כפי שמלמד גם עניינו של העותר – נותר בידיו לשבט או לחסד.

היקף סמכויותיו של הממשל הצבאי להגביל את זכויות היסוד של תושבי האזור – בהכרח שיצטמצם בשל הזמן הרב שעבר והצורך להתחשב עקב כך התחשבות יתרה בצרכי תושבי האזור וזכויותיהם.

33. על המשיב להפעיל את סמכויותיו באזור בהתאם למשפט המנהלי הישראלי, הכולל בחובו הגבלות חוקתיות על הפעלתה של סמכות הפוגעת בזכויות יסוד.

המשיב לא הפעיל את שיקול דעתו לפי אמות המידה המתחייבות מטיבן של זכויות האדם של העותר המוטלות על כף המאזניים, ולא נתן משקל ראוי לפגיעה הצפויה בעותר. אילו רק חופש התנועה היה מונח כאן על המאזניים היה על המשיב, לכל הפחות, להצביע על בסיס עובדתי לחשש כן ורציני, כי קיים קשר סיבתי בין יציאתו המתוכננת של העותר לחו"ל לבין פגיעה ממשית בביטחון האיזור, וכי התועלת הבטחונית שתצמח ממניעת יציאתו לירדן עומדת ביחס ראוי לפגיעה הוודאית והקשה בזכויותיו.

השוו את ההלכה שנפסקה לפני חוק היסוד בבג"צ 448/85 דאהר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד (2) 701, בעמ' 708, 716-717; וראו בג"צ 3914/92 הנ"ל, שם, בעמ' 508.

כן השוו, לעניין מבחן המידתיות, לגבי פגיעה בזכויות יסוד, בג"צ 4330/93 גאנס ואח' נ' ועד מחוז תל אביב פ"ד (4) 221, 232.

אולם כאן מתווספים על הזכות לחופש תנועה גם הזכות להשכלה, מימוש עצמי, פיתוח קריירה וחופש העיסוק, והאינטרס האנושי והמקומי בתשתית רחבה של ציבור משכיל.

היה על המשיב לשקול דברים אלו ולאשר את יציאת העותר לחו"ל.

### הפרת כללי הצדק הטבעי

34. המשיב אינו רשאי לפגוע בזכויות היסוד של העותר על בסיס ראיות שאינן משכנעות וחד-משמעיות, לא כל שכן על בסיס השערות או שמועות.

ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד לט(2) 225, 249-250; בג"צ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד לט(1) 309, 327.

35. המשיב אינו רשאי לשלול את זכות היסוד של העותר לצאת מהאזור מבלי לשמוע את טיעונו. אין כל ספק שהחובה לקיים את זכות הטיעון חלה על המשיב בהפעלת סמכויותיו באזור.

בג"צ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבטחון, פ"ד מז' (1) 267; בג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529.

36. קיום זכות הטיעון מחייב הצגת מידע מלא, ככל האפשר, על מנת שהאדם יידע את שיקוליה של הרשות ואת הבסיס להחלטתה ויוכל להגיב עליהם באופן ענייני. רק בדרך זו תשמש זכות הטיעון "חגורת בטחון" כנגד פגיעה העולה על הנדרש" בזכויות האדם, כדברי כב' השופט גולדברג בבג"צ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה ואח', פ"ד מט(3) 771, 790.

במקרה דנן, ההנמקה שמסר המשיב להחלטתו – "טעמי ביטחון" – היא לקונית ולא נותנת פתח לתקיפה. מקל וחומר שלא נמסר לעותרים על איזה בסיס ראייתי מבסס המשיב את החלטתו. ממילא לא יכול היה העותר להשמיע טענות רלוונטיות לשיקולי המשיב, להצביע על עובדות וראיות שעשויות להעמיד את המשיב על טעותו ולהביאו לשנות את החלטתו. זכות הטיעון שלו רוקנה מתוכן.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו-על-תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיב, לעשותו למוחלט, ולחייב את המשיב בתשלום הוצאות משפט ושכ"ט ע"ד.

ירושלים, 17 במרץ 2003, יג באדר ב תשס"ג

יוסי וולפסון, עו"ד  
ב"כ העותר