

**בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ 17/

בעניין:

1. עאבדין, ת"ז
תושב השטחים הכבושים

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

ע"י ב"כ עוה"ד אליהן בללי מ"ר (73940) ו/או נאסר עודה (מ"ר 68398) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או ענת גונן (מ"ר 28359) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או עביר גיבראן-דכוור (מ"ר 44346) ו/או נדיה דקה (מ"ר 66713)

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 למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא ולנמק מדוע לא יאפשר את יציאתו של העותר 1 מהגדה המערבית לירדן, דרך גשר אלנבי, ללא הגבלה, על מנת שיוכל להמשיך משם למכה שבערב הסעודית לשם קיום מצוות החאג' בחודש אוגוסט 2017; מדוע לא יודיע מהו התאריך המדויק לתום תוקפה של מניעת היציאה לחו"ל כנגד העותר 1; וכן מדוע לא ינמק את סירובו לאפשר את יציאת העותר 1, ולא יציג את סיבת הסירוב ונימוקיו ואת אופי הראיות עליהן הוא נשען.

בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה. שמו של העותר עלה שנה זו בגורל בהגרלה לעלייה לרגל למכה בארבעת ימי החאג', שחל השנה באוגוסט הקרוב. מצוות החאג' היא אחת מחמש מצוות היסוד באיסלאם. מספר עולי הרגל בימי החאג' מוגבל למכסות, וזהותם נקבעת בהגרלה שנתית. העותר הוא מוסלמי מאמין, ולדבר חשיבות עצומה עבורו. היציאה לחאג' מתבצעת במשלחות מאורגנות, וכדי שהעותר יוכל לצאת, נדרשת הכרעה בעניינו עד למועד היציאה, שיחול ב-16.8.2017-17.8.2017.

לאור זאת, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון **עד ליום 13.8.2017**, ולמצער, להורות למשיב להגיש את תגובתו המקדמית לעתירה **בהקדם האפשרי**, שכן ייתכן שזו תייתר את הדיון בעתירה, וזאת בכדי שעניינו יוכרע מבעוד מועד, בטרם היציאה לחאג'.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**) הוא תושב השטחים הכבושים, יליד 1964, נשוי ואב לשמונה, המתגורר בחברון, ועובד בחברת חלפנות כספים שבבעלותו.
2. העותר מעוניין לעלות לרגל למכה שבערב הסעודית לשם קיום מצוות החאג', אחת ממצוות היסוד בדתו, שחלה השנה באוגוסט. הנסיעה לחאג' מוגבלת על ידי שלטונות ערב הסעודית בשל עודף ביקוש, וההיתרים לעלייה ניתנים בשיטת הגרלה. שמו של העותר עלה בגורל השנה. העתק מאישור הרישום של העותר לחאג' מצורף ומסומן **ע/1**;
3. למעלה מן הצורך ולמען שלימות התמונה בלבד יצוין כי פעמיים בעבר הוחזק העותר בעבר במעצר מינהלי, ופעמיים ריצה עונשי מאסר קצרים בגין עבירות ביטחון. **העותר לא נעצר ולא נחקר מזה כשתים-עשרה שנים, מאז שחרורו האחרון ביוני 2005.**
4. העותר לא הצליח לצאת את ארצו חרף ניסיונות חוזרים **מאז שנת 1997**, ונראה אם כן שהאיסור המוטל על יציאתו לחו"ל הוא ארוך שנים וכפועל יוצא מכך גם הפגיעה בזכויותיו.
5. העותר ניסה בעבר לפנות לנציגי המשיב על מנת להסיר את האיסור המוטל על יציאתו לחו"ל, אך ללא הצלחה, ואף עתר לבג"ץ בשלוש הזדמנויות שונות בשל כך (בג"ץ 8965/06, בג"ץ 8615/09, בג"ץ 7255/10). העתירות בעניינו נמחקו, הראשונה לאחר דיון בבית המשפט, ושתי הבאות בטרם הוגשה תגובת המשיב לעתירה.
6. העותרת 2 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.
7. המשיב הוא המפקד הצבאי, האחראי על איזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי זה למעלה מחמישים שנה.

תמצית העובדות ומיצוי ההליכים

8. ביום 7.6.2017 פנה המוקד בשם העותר אל מת"ק חברון בבקשה לבירור מקדים האם קיימת מניעה ליציאתו לחו"ל, ולחילופין ביקש לראות במכתבו השגה על המניעה. בפנייה צוין כי העותר מעוניין לצאת לחאג', וצורף אליו טופס טיפול בבקשה כנדרש על ידי המשיב. העתק מבקשת המוקד מיום 7.6.2017 מצורף ומסומן **ע/2**;
- העתק מטופס טיפול בבקשה מצורף ומסומן **ע/3**.
9. ביום 27.6.2017 שוחחה נציגת המוקד עם אחד מנציגי המשיב המשרת במת"ק חברון ואמון על הטיפול בהסרות מניעה, חייל בשם מיכאל. בשיחה נמסר לה כי השגתו של העותר סורבה בליווי הפרפראזה הבאה: "מתנגדים. הינך פעיל חמא"ס. לך מעורבות בכספטי"ר [כספי טרור – א"ב]. מיציאתך מהשטח קיים חשש לביטחון האיזור". ביום 5.7.2017 התקבלה תשובת הסירוב בכתב במשרדי המוקד.
- העתק מתשובת הסירוב שהתקבלה במשרדי המוקד ביום 5.7.2017 מצורף ומסומן **ע/4**.

10. בנסיבות אלה, משנדחתה השגתו של העותר בטענה אותה מכחיש העותר כליל, ובעניין בו לא הואשם העותר ולא נחקר לגביו, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט הנכבד.

הטיעון המשפטי

הפגיעה בזכויות העותר

הפגיעה בזכות לחופש התנועה

11. המשיב מונע מן העותר לצאת לירדן. בכך נפגעת זכותו של העותר לחופש תנועה, זכות 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.

12. 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)).

13. 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.

14. 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):

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)).

15. במשפט ההומניטארי הבינלאומי, מעוגנת הזכות לחופש תנועה במפורש 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, E.B.].

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, E.B.].

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

16. בדיני הכיבוש קיים מקור נורמטיבי נוסף לחובת המשיב לפעול על מנת להבטיח את מימוש זכותו של העותר. כמפקד השטח הכבוש, למשיב **חובה אקטיבית** להגן על זכויותיהם של התושבים, להבטיח את חייהם התקינים ולשמור על זכויותיהם **בכל תחומי החיים האזרחיים**.

תקנה 43 לתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה (האג 1907), 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, א"ב].

הפסיקה הישראלית מכירה בחלות אותה תקנה, כך למשל בבג"ץ 393/82 ג'מעייט אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 797 (1983), נקבע כי תקנה 43 חלה בכל תחומי החיים הציבוריים:

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.

ובמקרה אחר נפסק כי:

במסגרת הפנמתם של הדינים ההומניטריים מן הראוי הוא כי יודגש, כי חובתו של המפקד הצבאי אינה מתמצית בהימנעות הצבא מפגיעה בחייהם וכבודם של התושבים המקומיים... חובתו היא גם "חיובית"... עליו להגן על חייהם וכבודם של התושבים המקומיים, הכל במגבלות הזמן והמקום.

(בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 407).

הפגיעה בזכותו של העותר לחופש הדת והפולחן

17. המשיב פוגע פגיעה קשה בזכותו של העותר לחופש הדת והפולחן בכך שהוא מונע ממנו לצאת את ארצו לשם מימוש מצוות החאג', אחת ממצוות היסוד בדתו, שקיומה תלוי בזכייה בהגרלה השנתית, כפי שקרה השנה.

18. בפסיקה הודגש, כי חופש הדת, ככלל, מצוי במרכז הגרעין החברתי והתרבותי של כל קהילה. בפסיקה הודגש עוד, כי זכות ההגעה והגישה למקומות קדושים היא בעלת תוקף חוקתי גבוה במיוחד, ולה חשיבות מיוחדת קולקטיבית ואינדיבידואלית גם יחד.

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 דין 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"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 456 (2004); ההדגשות הוספו, א"ב).

ובמקרה אחר הודגש כי:

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"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695, 704 (2002); (ההדגשה הוספה, א"ב).

19. הזכות לחופש הדת והפולחן נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי; ראו בעניין זה:

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.

20. 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).

21. סעיף 46 לאמנת האג (1907) קובע כי :

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

22. 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...

23. המלומד פיקטה, בפרשנותו לסעיף 27 של אמנת ג'נבה הרביעית, 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, E.B.].

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

הפרת חובות ההנמקה והשמיעה ושליטת זכות הטיעון

24. מטרתה של חובת ההנמקה הינה למנוע החלטות מינהליות שרירותיות וסתומות, ולהניח יסוד לקיום ביקורת, הן מינהלית 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.

25. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) ברק :

המקרה שלפנינו מדגים יפה את החשיבות הרבה שיש ליחס לשמירה קפדנית של הכללים בדבר זכות השמיעה. משלא ניתנה לעותר האפשרות לשמוע את התלוות נגדו ולהשמיע את תגובתו שלו, התגבשה בו ההכרה, כי שיקולי הרשויות הם פסולים ומפלים, והאמון שלו כאזרח באמינות השלטון התערער.

מצב דברים זה באים הכללים בדבר זכות השמיעה למנוע, שכן הם מכוונים לא רק לכך שהלכה למעשה ייעשה צדק עם הנפגע, אלא הם מכוונים גם להבטיח את האמון של הציבור בפעילותם התקינה של השלטונות...

זכות זו אין משמעותה אך הליך פורמלי של הזמנה ושמיעה. זכות השמיעה משמעותה הזכות לשמיעה הוגנת (בג"צ 598/77, בעמ' 168). זכות זו משמעותה מתן הזדמנות נאותה להגיב על מידע שנתקבל, והעשוי להשפיע על ההחלטה בעניינו של העותר (ראה : בג"צ 361/76).

על-כן, אין מקיימים כהלכתה את זכות השמיעה, אם אין מפנים את תשומת לבו של הפונה למידע, שנתקבל בעניינו, ומאפשרים לו להגיב עליו כראוי.
(בג"ץ 656/80 סאלב אבו רומי נ' שר הבריאות, פ"ד לה (3) 185, 190).

26. 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, א"ב).

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, א"ב).

27. בית המשפט הנכבד אף מדגיש בפסיקתו את חשיבות היקף ההנמקה במקרים של מניעה ביטחונית למתן היתר מסוים, כך למשל נפסק בסוגיה של שימוע למבקשי איחוד משפחות בין תושבי ישראל ובני זוגם תושבי השטחים הכבושים:

על הליך השימוע לבוא לאחר הודעה מפורטת ככל הניתן בדבר הסיבה שבגינה נשקלת דחיית הבקשה, על מנת שיוכלו המבקשים להכין את עצמם כראוי לקראתו. ערכה של זכות הטיעון פוחת במידה רבה ללא הודעה מוקדמת כזו, ואילו בהינתנה יוכלו המבקשים למצות את השימוע הנערך להם... ברי כי במקרים רבים חוות הדעת של הגורמים הבטחוניים מבוססת על חומר מודיעיני מסווג, אותו לא ניתן לחשוף בפני המבקשים. דבר זה הוא בחינת מציאת חיים בנסיבות הישראליות - פלסטינאיות. במקרים אלו דרוש מאמץ ליצירת **פרפרזות** של החומר, תוך **פירוט ככל הניתן**, ותוך השתדלות לא להסתפק באמירות לקוניות. בהתמודדות הפרט עם הרשות יחסי הכוחות לעולם אינם שקולים, אך במקרים אלה, **כשהחומר בעניין המבקש נסתר מעיניו, נכון הדבר ביתר שאת**, יש לשאוף ולצמצם מגבלה זו עד למינימום הנדרש.

(עע"מ 1038/08 **מדינת ישראל נ' חסין געאביץ** (לא פורסם), 11.8.2009; ההדגשות הוספו, א"ב).

28. מובן שיכולתו של העותר להתגונן בפני הטענות המועלות כלפיו נשללת שעה שהמשיב מסתפק בפרפראזה לקונית, מבלי לפרט את הסיבות הקונקרטיות להחלטתו למנוע את יציאתו לחו"ל של העותר.

חוסר סבירות קיצוני ושקילת שיקולים זרים בהחלטת המפקד הצבאי לאסור על יציאתו של העותר לחו"ל

29. מכלול סמכויותיו של המשיב בשטח הכבוש נתון לו מכוח המשפט הבינלאומי, ובכפוף לו (בג"ץ 2150/07 אבו צפייה נ' שר הביטחון (לא פורסם, 29.12.2009)). תחולת משפט זכויות

האדם הבינלאומי, המשפט ההומניטארי הקבוע באמנות האג וג'נבה והמשפט הבינלאומי המנהגי על השטחים הכבושים, מובילה למסקנה שלתושביהם קיימת זכות יציאה. 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)).

30. 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 [Emphasis added, E.B.].

31. במקרה של העותר, לא זו בלבד שלא פורטו בפניו אותם שיקולי ביטחון חיוניים, אלא שהשגתו סורבה בליווי האמירה הסתומה: "מתנגדים. הינך פעיל חמא"ס. לך מעורבות בכספטר"ר [כספי טרור – א"ב]. מיציאתך מהשטח קיים חשש לביטחון האיזור".

סיכומם של דברים

32. העותר מבקש לצאת את ארצו לירדן, דרך גשר אלנבי, כדי לעלות לרגל למכה שבערב הסעודית לשם קיום מצוות החאגי'. סירוב נציגי המשיב לאפשר את יציאת העותר מהגדה פוגע בזכותו לחופש תנועה ובכל הזכויות הנלוות לה, בראשן זכותו לחופש הפולחן והדת, ובייחוד כשמדובר במניעת יציאה ארוכת שנים.

33. בסירובו להשגה שהגיש העותר בעניינו, מונע ממנו המשיב באופן מוחלט וגורף לצאת את ארצו. בכך הופך המשיב את העותר לכלוא בארצו. החלטת המשיב שנמסרה לעותר אינה תחומה בזמן, ובכך מעמיד אותו המשיב במצב של חוסר ודאות מוחלט. משכך הוא פוגע אנושות בזכותו של העותר לכבוד ולהליך הוגן ובזכותו לטעון לחפותו.

34. זאת ועוד. המשיב לא נימק דיו את סירובו להתיר את יציאת העותר לחו"ל ומשכך, נאלץ העותר לפנות לבית המשפט הנכבד, מבלי שתהיה לו אפשרות של ממש לשקול לעומק את עניינו.

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 נשלח בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין באי כוחו.

27 ביולי, 2017

אלירן בללי, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 35541]