



האוניברסיטה העברית בירושלים
The Hebrew University of Jerusalem
Faculty of Law

המרכז לחינוך משפטי קליני
מركز ألتعليم القانوني الإكلينيكي



הזכות לחופש התנועה בעת חרום

נייר עמדה - אוקטובר 2015

מחקר וכתביבה: הסטודנטים גל כהן, אלון ספיר ועו"ד באנה שגרי

הקליניקה לזכויות אדם בינלאומיות

הנחייה: עו"ד באנה שגרי

ליווי אקדמי: פרופ' תומר ברודי

מבוא

במהלך אירועי המחצית השנייה של שנת 2014 – חטיפתם ורציחתם של שלושה נערים ישראלים, שריפתו למוות של נער פלסטיני, מבצע "צוק איתן" בעזה, ותסיסה ביטחונית מתמשכת בירושלים - נחסמו דרכי הגישה למספר שכונות ערביות בירושלים המזרחית בהזדמנויות שונות. החסימות התבטאו בהצבת מכשולים פיזיים, בטונדות או סוללות עפר, שחסמו כל אפשרות לתנועה של כלי רכב בציר שנחסם ו/או בהצבת פקחי תנועה, אשר שביצעו "מבצעי אכיפה" שכתוצאה מהם נגרמה הכבדת נוספת על התושבים.¹ חסימות אלה הוצבו לרוב בעקבות הפרות סדר, ללא כל התראה מוקדמת, ובלי שהיה ברור לתושבים מי הגורם שהציב את החסימות ומכוח איזה דין, ובלי כל תאריך יעד להסרתן.

מהמידע שנאסף בידי האגודה לזכויות האזרח בישראל ועמותת עיר עמים בין יוני 2014 לאוגוסט 2015 הצביע על חסימה שיטתית לתקופות ממושכות של כניסות מרכזיות בשכונות: עיסויה, ג'בל אל-מוכבר, ראס אל-עמוד וא-טור. כל אימת שיזמו נציגי התושבים פנייה למשטרה או לעירייה בעניין החסימות לרוב נאמר להם כי אם יהיו בשכונה מי שיערבו לאי זריקת אבנים, יוסרו החסימות. התניות אלה לא הותירו מקום לספק כי תהא אשר תהא מטרתם המוצהרת של החסימות אלה, לא ניתן להתעלם מהעובדה שבהצבתן יש משום ענישה קולקטיבית של עשרות אלפי תושבים, בשילוב יחס גזעני ומפלה. אלו התחדדו אז, בין היתר, לאור העובדה כי יידוי אבנים של צעירים חרדים במחאה על חילול השבת, מעולם לא הוביל לחסימת הכניסות לשכונות החרדיות, וודאי לא במשך שבועות ואפילו חודשים.

כבר אז, חסימות אלו הכבידו בצורה משמעותית על ניהול חייהם התקינים של הפלסטינים תושבי העיר, ופגעו בשורה ארוכה של זכויות אדם ובראשן הזכות לחופש התנועה, וזכויות הנלוות לפגיעה זו ובהן הזכות לחינוך ולבריאות, הזכות לחופש העיסוק, הזכות לשוויון, והזכות להליך הוגן. לאור זאת, עלה הצורך בהבהרת הדין, הסמכות והנהלים הנוגעים לחסימת צירי תנועה בירושלים המזרחית ובמדינת ישראל, ובחינת מידת ההלימה בין הדין המקומי לבין הוראות המשפט הבינלאומי והתחייבויות מדינת ישראל מכוחו. בהמלצות האחרונות של ועדת זכויות האדם של האו"ם (Human Rights Committee – וועדת המומחים המקצועית המנטרת את יישום המחויבויות על פי האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות) ביחס לישראל, מנובמבר 2014, הביעה הוועדה דאגה באשר

¹ לדוגמא, ראו: פניית האגודה לזכויות האזרח למפקד מחוז ירושלים בשל חסימת השכונות עיסאויה, ג'בל מוכבר ואבו-טור מיום 10.11.14 <http://www.acri.org.il/he/33245> ותשובת המשטרה מיום 20.11.14 <http://www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2014/11/EJroadblocks201114.pdf>; ראו גם פנייה מיום 27.8.15 בעקבת חסימה חוזרת <https://www.acri.org.il/he/35549>; ראו גם פניית פניות "עיר עמים" מיום 26.11.14 בדרישה להסרת חסימותו כביש מדארס בג'בל אל-מוכבר <http://www.ir-amim.org.il/sites/default/files/%D7%A1%D7%99%D7%9E%D7%AA%20%D7%A8%D7%97%D7%95%D7%91%20%D7%92%D7%91%D7%9C%20%D7%9E%D7%95%D7%9B%D7%91%D7%A8%20%D7%A0%D7%95%D7%9114.pdf> ופנייה להסרת חסימת הכביש הראשי בג'בל מוכבר מיום 4.12.15 [http://www.ir-amim.org.il/sites/default/files/%D7%9E%D7%9B%D7%AA%D7%91%20%D7%9C%D7%9E%D7%A9%D7%98%D7%A8%D7%AA%20%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A9%D7%9C%D7%99%D7%9D%20\(4\).pdf](http://www.ir-amim.org.il/sites/default/files/%D7%9E%D7%9B%D7%AA%D7%91%20%D7%9C%D7%9E%D7%A9%D7%98%D7%A8%D7%AA%20%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A9%D7%9C%D7%99%D7%9D%20(4).pdf)

להגבלות על הזכות לתנועה של פלסטינים תושבי ירושלים המזרחית והדגישה שכל הגבלה חייבת להיעשות בהתאם לתנאים שנקבעו באמנה.² המציאות בשטח לצד המלצות אלה שימשו גורם מאיץ לכתיבתו של נייר עמדה זה, אשר נועד לשמש מצע לדיון בשלחן עגול שנקבע ליום 12.10.15 בהשתתפות גורמי ממשל, חברה אזרחית ואקדמיה.³ טיוטת הנייר הופצה בתחילת אוקטובר להתארגנות משתתפות ומשתתפי השולחן העגול, אלא שלמרבית הצער ובשל גל האלימות הגואה ברגע האחרון נאלצנו לדחות את הדיון למועד לא ידוע, מאחר שגורמי ממשל מרכזיים ביטלו את השתתפותם בדיון, לאור הזמנתם לשיבות חירום בממשלה ובכנסת בנושא.

ביום 14.10.15 פרסמו אמצעי התקשורת כי הקבינט המדיני-ביטחוני החליט להסמיך את משטרת ישראל להטיל סגר או כתר על שכונות פלסטיניות בעיר, על פי שיקולי הביטחון. המשטרה בעיר תוגברת בנוכחות צבאית ומשטרתית משמעותית, שהחלו להפעיל מה שכונה "כתר נושם" על השכונות הפלסטיניות בירושלים, כאשר חלק מהשכונות נחסמו פיזית לתנועת כלי רכב ובחלקם האחר בנוכחות מסיבית של שוטרים ומאבטחים.⁴ בכך הפך לצערנו נייר עמדה זה לאקטואלי ורלוונטי מתמיד.

מטרתו העיקרית של הנייר היא הקניית כלים לבחינת חוקתיות וחוקיות ההוראות הפוגעות בחופש התנועה בשכונות הפלסטיניות בירושלים מטעמים ביטחוניים והתאמתן להתחייבויותיה של ישראל מכוח המשפט הבינלאומי. לשם הכנת נייר העמדה נערך מחקר משפטי אודות היקף ההגנה על הזכות לחופש התנועה, תוך התמקדות במחויבויות מדינת ישראל במשפט זכויות האדם הבינלאומי. בכלל זה נבחנו הוראות של אמנות בינלאומיות, המלצות סיכום תקופתיות והערות פרשניות של ועדת האו"ם לזכויות אדם, החלטות של מועצת הביטחון והעצרת הכללית של האו"ם. בנוסף נבחנה חקיקה ישראלית, פסקי דין של בית המשפט העליון, דו"חות ופניות של ארגוני זכויות אדם וספרות המשפטית וכן תשובה לבקשה לפי חוק חופש המידע שבמסגרתה ביקשנו לחשוף את הנהלים המנחים את הגורמים המציבים את החסימות.⁵

יצוין כי על אף שהגורם המאיץ לדיון זה הינו כאמור המצב בירושלים המזרחית, סוגיית הסמכות והתנאים לחסימת דרכים במשפט הישראלי והבינלאומי נוגעת לכל מקום במדינת ישראל. בשל ייחוד מעמד ירושלים המזרחית, בהיותה שטח כבוש, הנייר ייפתח בפרק קצר באשר לדיון הבינלאומי החל בירושלים המזרחית והתייחסות להגנה על הזכות לחופש התנועה במשפט הבינלאומי ההומאניטארי. הפרק השני יסקור את היקף ההגנה על הזכות לחופש התנועה במשפט זכויות האדם הבינלאומי ואת

² המלצות וועדת האו"ם לזכויות אדם בנושא ישראל מה-21 לנובמבר 2014, פס' 18. ראו: <http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/724DA0C48E837F0A85257D9A0070D766>.

³ אלון ספיר וגל כהן, סטודנטים בקליניקה לזכויות אדם בינלאומיות בשנה"ל תשע"ה, ביצעו את המחקר המשפטי ותרמו תרומה משמעותית לניסוח נייר עמדה זה, בהנחיית עו"ד באנה שגרי ובליווי פרופ' תומר ברודי.

⁴ ראו למשל דיווחים ב-Y-net בקישורים: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4710954,00.html>

¹ <http://www.maariv.co.il/news/military/Article-502356> ובמעריב בקישור: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4711089,00.html>

⁵ תשובת עו"ד רפ"ק מיכאל פרנקנבורג, היועץ המשפטי של משטרת מחוז ירושלים, מיום 4.5.15 לבקשת חופש המידע שהגישה הקליניקה לזכויות אדם בינלאומיות ביום 22.2.15 מצורפת לנייר עמדה זה ומסומנות נספח א'.

התנאים להגבלתה או לגרירתה. הפרק השלישי יתמקד בבחינת היקף ההגנה על הזכות לחופש התנועה בדין הישראלי. בפרק האחרון נבחן את מידת ההלימה בין הדין הישראלי לדין הבינלאומי.

ההמלצות מנייר עמדה זה יתמקדו בשני תחומים: דרישה לשינוי הדין הישראלי כדי להתאימו להתחייבויות הבינלאומיות מחד והמלצת בנוגע לקביעת נהלים והנחיות מכוח הדין הישראלי הקיים כדי לצמצם עד המינימום ההכרחי את הפגיעה בזכויות האדם של תושבי העיר, ולהבטיח שכל פגיעה בזכויות אדם מוגנות תקיים את דרישות החוקיות, הסמכות, הסבירות והמידתיות ותיקח בחשבון את מעמד המשפטי המיוחד של הפלסטינים תושבי העיר.

הדין הבינלאומי החל בירושלים המזרחית

מדינת ישראל הנהיגה ממשל צבאי בשטחי הגדה המערבית ורצועת עזה אשר כבשה בשנת 1967, למעט שטחה המזרחי של ירושלים וכפרים נוספים הסובבים אותה, והכריזה על החלת המשפט, השיפוט והמנהל על כל השטחים הללו, אשר נהוג לכנות "ירושלים המזרחית".⁶ הגופים הבינלאומיים המרכזיים האמונים על פרשנות הדין הבינלאומי רואים בהחלת הדין הישראלי בירושלים המזרחית פעולה בלתי חוקית, משום שמדובר בסיפוח של שטח כבוש, ומבקשים להחיל ברוב השטח את דיני הכיבוש הנגזרים מהמשפט הבינלאומי ההומניטארי.⁷

באופן פרדוקסאלי, דווקא בנוגע לתחולת משפט זכויות האדם הבינלאומי אין כל משמעות למחלוקת המשפטית בנושא התחולה האקסטרטריטוריאלי של דינים אלה. זאת, כיוון שעמדת המיעוט, שמחזיקה מדינת ישראל (וארה"ב), ולפיה לא מוטלות על בעל השליטה האפקטיבית בשטחים הנמצאים ב"תפיסה לוחמתית" חובות מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי, והטענה שלדינים אלה אין תחולה אוניברסאלית אקסטרטריטוריאלי בשטח כבוש, לא רלוונטית בנוגע לשטחי "ירושלים המזרחית", בשל העובדה שמדינת ישראל החילה ממילא את דיניה על שטחים אלה, עם סיפוחם.⁸

⁶ החלת המשפט השפוט והמנהל הישראליים על מה שנהוג היום לכנות ירושלים המזרחית עוגן בצו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), התשכ"ז-1967 מכוח ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. כל יתר שטחי הגדה המערבית שנכבשו ביוני 1967 הוכרו כשטחים המצויים בתפיסה לוחמתית. לעמדת המשפט הישראלי ביחס להחלת הדין הישראלי על "ירושלים המזרחית" בשונה מיתר השטחים שנכבשו בשנת 1967 ראו למשל בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתעאווניה אלמחדודה אלמסאוליה נגד מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז' 785, עמ' 792.

⁷ החלטות 252, 476 ו-478 של מועצת הביטחון והחלטה 67/19 של העצרת הכללית של האו"ם. ראו גם פסקה 87 של "חוות הדעת המייעצת בעניין גדר ההפרדה" Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Opinion of 9 July 2004.

⁸ עמדתה של מדינת ישראל באשר לאי תחולת משפט זכויות האדם הבינלאומי לצד המשפט הבינלאומי ההומניטארי בשטחים הכבושים נדחתה מכל וכל בידי ועדות זכויות האדם של האו"ם. להרחבה בנוגע לעמדה זו, שמחזיקות בה ישראל וארה"ב ניתן לעיין ב: B. Van Shaack, *United States' Position on the Extraterritorial Application of Human Rights Obligations: Now Is the Time for Change*, INT'L L. STUD. SER. US NAVAL WAR COL., 90, I, p. 23 (2014). footnote 9. לסקירה מקיפה של התפתחות מבחן השליטה האפקטיבית בהקשר לתחולת דיני זכויות האדם ראו: Hathaway, O. A., Levitz, P., Nielsen, E., & Nowlan, A., *Human Rights Abroad: When Do Human Rights Treaty Obligations Apply Extraterritorially*. Ariz. St. LJ, 43, 389, 422-426 (2011); להשלכות המשפטיות של הקמת החומה בשטחים הכבושים, ראו פסי' 102-113 "חוות הדעת המייעצת בעניין גדר ההפרדה"; ליחסי הגומלין בין משפט זכויות האדם הבינלאומי והמשפט הבינלאומי ההומניטארי ראו: Sassòli & L. M Olson, *The relationship*

מימושה של הזכות לחופש התנועה קשור קשר הדוק למימושן של זכויות אדם נוספות כגון הזכות לחופש העיסוק, הזכות לחינוך והזכות לבריאות, משום שהגבלת הזכות לחופש התנועה בנסיבות שנייר עמדה זה מתייחס אליהן פוגעת פגיעה ממשית ביכולתם של תושבי השכונות הערביות בירושלים המזרחית לגישה חופשית לאזורים ומתקנים ביתר השכונות בעיר, אשר משמשים להם מקומות עבודה, בתי ספר, מרכזים להענקת שירותים רפואיים, ואזורי בילוי.

הזכות לחופש העיסוק מעוגנת באמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (להלן: ICESCR) כ"זכות לעבודה, הכוללת את זכותו של כל אדם להשיג אפשרות להשתכר למחייתו בעבודה שיבחר בה, או יקבלנה, באורח חופשי".¹⁵ הזכות לחינוך מעוגנת ב- ICESCR כ"זכותו של כל אדם לחינוך".¹⁶ בנוסף, אמנה זו מחייבת את המדינות החתומות להעניק חינוך יסודי חינם לכל תוך זמן קצוב.¹⁷ הזכות לחינוך מקבלת תוקף נוסף באמנה לזכויות הילד כחלק מסיפוק צרכיהם הבסיסיים של ילדים בכלל ובזכותם של ילדים בעלי מוגבלויות לקבל חינוך מיוחד.¹⁸ הזכות לבריאות מעוגנת באמנה לזכויות כלכליות כזכות "ליהנות מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר שאפשר להשיגה".¹⁹ זכות זו מקבלת תוקף נוסף באמנה בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות.²⁰ להשפעה של הזכות על זכויות נוספות השלכות על היקף ההגנה של הזכות, שיידון להלן בנייר עמדה זה, שכן יש לכלול גם את מימושן של הזכויות הללו כאשר שוקלים לצמצם מסיבה מסוימת את מימושה של הזכות לחופש התנועה באזור מסוים.

היקף ההגנה על הזכות לחופש התנועה בעת חרום:

נקדים ונציין כי היקף ההגנה על הזכות לחופש התנועה כפוף לחובת השוויון המחייבת הגנה שוויונית של כל הזכויות המנויות באמנה "ללא הפליה מכל סוג שהוא, כגון מטעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה פוליטית, או אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, יחוס או כל מעמד אחר".²¹ חובת השוויון ואיסור ההפליה עוגנו גם באמנה בדבר ביעור כל צורות של אפליה גזעית, שאוסרת באיסור מוחלט כל הפליה על בסיס גזע, מוצא, צבע או מוצא לאומי ואתני.²² כל מדינה חייבת לספק הגנה שוויונית על הזכות לחופש התנועה לכל אדם, אישה ואיש כאחד,²³ בגיר או קטין,²⁴ ובכלל זה לא/נשים בעלי

¹⁵ ס' 6 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, נעשתה ב-16 בדצמבר, 1966 (נכנסה לתוקף ב-03.01.1976, להלן: ICESCR). האמנה נחתמה על ידי ישראל ב-19.12.1966 ואושררה ב-03.10.1991.

¹⁶ שם, ס' 13.

¹⁷ שם, ס' 14.

¹⁸ האמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, עמ' 221, נעשתה ב-20.11.1989 (נכנסה לתוקף ב-02.09.1990). (להלן: CRC), ס' 23,

¹⁹ ICESCR, לעיל ה"ש 13, ס' 12(1).

²⁰ האמנה בדבר זכויות אנשים עם מוגבלויות, האמנה נעשתה ב-13.12.2006 (נכנסה לתוקף ב-03.05.2008). (להלן: CRPD), ס' 28(1).

²¹ ס' 2 ל-ICCPR, לעיל ה"ש 9.

²² ס' 5 לאמנה בדבר ביעור כל צורות ההפליה גזעית (להלן: CERD), נפתחה לחתימה ב-07.03.1966 (נכנסה לתוקף ב-02.02.1979). האמנה נחתמה על ידי ישראל ב-07.03.1965 ואושררה על ידה ב-03.01.1979.

²³ ס' 15 לאמנה בדבר ביעור כל צורות ההפליה נגד נשים (להלן: CEDAW), נפתחה לחתימה ב-01.03.1980 (נכנסה לתוקף ב-03.09.1981). האמנה נחתמה על ידי ישראל ב-17.07.1980 ואושררה על ידה ב-03.10.1991.

מוגבלויות.²⁵ משמעות הדבר שהן ההגבלות על מימוש הזכות²⁶ והן כל גריעה של הזכות חייבות להיעשות באופן שוויוני ובלי לגרור הפליה "שתהיה מבוססת אך ורק על טעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת או מוצא חברתי".²⁷

התנאים לגריעה ולהגבלת הזכות לחופש התנועה בעת חרום:

הזכות לחופש התנועה איננה זכות מוחלטת, ובאמנה המרכזית המעגנת אותה הוסדרו התנאים שבהתקיימם ניתן להגביל ואפילו לגרוע את תחולתה. כפי שנפרט להלן, ההבדלים העיקריים בין "גריעה" ל"הגבלה" נעוצים בסוג הפגיעה, בהיקפה ובתנאים הנדרשים להצדקתה, כאשר גריעה מותרת אך ורק בשעת חרום המאיימת על חיי האומה.²⁸

גריעה משמעה הפקעה חלקית או מוחלטת של זכות מסוימת המוקנית מתוקף התחייבות בינלאומית.²⁹ סעיף 4 ל- ICCPR קובע את התנאים בהם מדינה חברה רשאית לגרוע מתחולת מקצת הזכויות שבאמנה, ובהם הזכות לחופש התנועה. סעיף 4(1) לאמנה קובע כי גריעה מהזכות לחופש התנועה מותרת "**בשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה**" ובלבד שמצב חרום זה יוכרז רשמית. חשוב להדגיש כי המדובר במצבי חירום נדירים ביותר, כגון אסון טבע שמאיים איום ממשי על עצם קיומה של אוכלוסיית המדינה, ולא כל מלחמה או פרעות המוניות. זאת, כיוון שבהתקיים סכסוך מזוין בשטחה של מדינה יחולו דיני המשפט הבינלאומי ההומאניטארי ואין בעצם קיומה של לחימה די להצדיק גריעה או הגבלה של זכויות אדם מוגנות באמנה.³⁰

גם באותם המקרים הנדירים שיתקיים בהם מצב חרום שמאיים על עצם קיומה של האומה, החלטת מדינה לגרוע מהתחייבויותיה מכוח האמנה, תיעשה אך ורק "**במידה הנדרשת במדוקדק מפאת חומרת המצב**", אחרת תיחשב ללא חוקית. כמו-כן גריעה מהזכות במצב חרום הינה **זמנית ביותר**, ותיעשה **ללא הפליה**, בהתאם לדחיפות המצב ובכפוף לתנאי הנחיצות והמידתיות. דרישת הנחיצות מתייחסת למשך הגריעה, להיקפה הגיאוגרפי ולהיקפו של מצב החרום.³¹ דרישת המידתיות כוללת את שלושת תתי מבחני המידתיות: האם האמצעי שנבחר משיג את המטרה שלשמה גרעו את הזכות, האם הוא האמצעי הפוגע בצורה הפחותה ביותר בזכות שמצליח להשיג את המטרה, והאם האמצעי

²⁴ ס' 10 ל-CRC ה"ש 16 לעיל.

²⁵ ס' 18 ל-CRPD, ה"ש 18 לעיל.

²⁶ ה"כ 27, לעיל ה"ש 12, פס' 18.

²⁷ ICCPR, לעיל ה"ש 9, ס' 4.

²⁸ A. Müller, *Limitations to and derogations from economic, social and cultural rights*, HUMAN RIGHTS LAW REVIEW, ngp027, 3-10 (2009); דוקטרינת מתחם שיקול הדעת ניכרת בעיקר בפסקי הדין של בית הדין לזכויות אדם האירופי (ECHR), המיישם את האמנה האירופית לזכויות אדם. לדוגמה ראו: Brannigan and McBride v. the United Kingdom, pp. 43

²⁹ Y. Shany, *Toward a general margin of appreciation doctrine in international law?*, EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 16(5), 907-940 (2005).

²⁹ Müller, שם, בעמ' 4.

³⁰ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency, 31 August 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, (להלן: ה"כ 29), פס' 3 ו-6.

³¹ שם, ה"כ 29, פס' 4.

פרופורציונאלי ביחס לאינטרס עליו הוא מגן.³² כחלק מהדרישות הללו מודגש שהגריעה צריכה להתבסס על סטנדרטים חוקיים מובהקים וברורים ולעמוד לביקורת שיפוטית, חוקית ומנהלתית.³³

תנאי נוסף בו הגריעה צריכה לעמוד הוא הלימה עם התחייבויות בינלאומיות נוספות של המדינה, כגון התחייבויות מכוח אמנות אחרות שהמדינה צד להן או מכוח ענפי משפט אחרים כמו המשפט הבינלאומי ההומניטארי. לכן, על המדינה הגורעת להציג את כל ההתחייבויות הבינלאומיות האחרות הרלוונטיות לאותה הגריעה ולהראות שהגריעה אינה פוגעת בהן או שעומדת בתנאיהן. זהו הדין כאשר הגריעה פוגעת בזכויות אדם נוספות שהמדינה התחייבה בהן מתוקף אמנה אחרת כגון הזכות לחינוך, חופש העיסוק, הזכות לבריאות ועוד.³⁴ לבסוף, סעיף 4(3) לאמנה קובע מנגנון דיווח למדינות החברות באמצעות המזכיר הכללי של האו"ם בדבר הטעמים לגריעה, הזכויות שנגרעו ומועד היעד לסיום מצב החרום והגריעה.

לאור זאת, העובדה שמדינת ישראל מיום הקמתה הכריזה על מצב חרום רשמי, אין בה ואין במצב החרום שאנו עדים להם מדי תקופה בארצנו כדי לעלות למצב של מצב חרום המאיים על חיי האומה כהגדרתו באמנה. לאור זאת, מדינת ישראל לא יכולה להיאחז במצב חרום זה כדי לגרוע מאף אחת מהתחייבויותיה מכוח האמנה. במצב חרום דוגמת אלה שאנו עדים להם במדינת ישראל מאז שנות התשעים יכולים **לכל היותר** להצדיק אולי הגבלות זמניות ונקודתיות על הזכות לחופש התנועה.

התנאים להגבלת הזכות לחופש התנועה

סעיף 12(3) ל- ICCPR קובע כי אין להגביל את הזכות לחופש התנועה למעט אותן הגבלות הקבועות בחוק, הנחוצות לשמירת הביטחון הלאומי, הסדר הציבורי, בריאות או מוסר הציבור, או זכויות הזולת וחירויותיו המתיישבות עם הזכויות האחרות שהוכרו באמנה.³⁵ אם כן, התנאי הראשון הינו כי ההגבלה יכולה להיעשות אך ורק רק לשם ההגנה על אחת מארבע המטרות המפורטות באמנה: הביטחון הלאומי, הסדר הציבורי, בריאות הציבור או ערכים וזכויות של אנשים אחרים. התנאי השני הינו כי על ההגבלה להיעשות בחוק, שיגדיר את האופן המדויק שבו ניתן להגביל את הזכות. העקרונות המנחים את המדינה באימוץ התנאים המגבילים בחוק הם איסור הפגיעה בתמצית הצדק, יחס נכון בין זכות לבין הגבלתה, ושימוש בקריטריונים מדויקים שלא יקנו לרשות המגבילה שיקול דעת רחב מדי במימוש ההגבלה. ניתן להתייחס באותה נשימה אל מבחני המידתיות: התאמה לתכלית שלשמה מגבילים, האמצעי הכי פחות פוגעני ולקיים יחס הולם בין התועלת המושגת לבין הנזק בעקבות הפגיעה בזכות.³⁵ שני המבחנים האחרונים תקפים לא רק לתנאים המגבילים בחוק, אלא גם לצורה שבה הרשויות המנהלתיות והשיפוטיות מיישמות את החוק.³⁶ נשאלת אם כן השאלה, האם

³² הי"כ 27, לעיל הי"ש 12, פסי' 11-13.

³³ M. A. Alnaouq, *Derogation, Emergency and the Rule of Law: Scope and Limitations* (Doctoral dissertation, Central European University, 2008); K. Roach, *Ordinary laws for emergencies and democratic derogations from rights*, in *EMERGENCIES AND THE LIMITS OF LEGALITY*, 258-86, p. 257, para. 3 (2008).

³⁴ הי"כ 29, לעיל הי"ש 31, פסי' 10-9.

³⁵ הי"כ 27, לעיל הי"ש 12, פסי' 14.

³⁶ שם, פסי' 11-16.

במדינת ישראל מתקיימים התנאים להגבלות על הזכות לחופש התנועה, והאם ההגבלות על חופש התנועה שמונהגות חדשות לבקרים – ולאורך זמן ממושך - בירושלים המזרחית מאז יוני 2014 עומדים בהתחייבויותיה של מדינת ישראל במשפט הבינלאומי.

2. הזכות לחופש התנועה במשפט הישראלי

הזכות לחופש תנועה, הכוללת חופש תנועה פנים-מדינתי, הוכרה כזכות יסוד "שאינה כתובה על ספר" כבר בשנים הראשונות למדינת ישראל.³⁷ בניגוד לזכותו של כל אדם לצאת מחוץ לגבולות ישראל ושל כל אזרח לשוב אליה,³⁸ חופש התנועה הפנים-מדינתי לא זכה להסדרה מפורשת בחוק היסוד: **כבוד האדם וחירותו** או בחקיקת יסוד אחרת. זאת בשל התנגדות המפלגות הדתיות, מחשש כי הכרה בו תוביל לביטול הסטטוס קוו בדבר סגירת כבישים מסוימים לתחבורה בשבת.³⁹ למרות זאת, הזכות לחופש תנועה פנים-מדינתי הוכרה בפסיקה כזכות חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד האדם ובית המשפט הפעיל על פגיעה בה את מבחני פסקת ההגבלה.⁴⁰ בפרשת בר אילן, השופט ברק קבע ברמה הנורמטיבית כי הזכות לחופש תנועה פנים-מדינתי היא גבוהה אפילו מחופש התנועה ביציאה וכניסה לארץ.⁴¹ לעומתו, השופט טל פסק, בדעת מיעוט, כי למרות שהזכות לחופש תנועה פנים-מדינתי הינה זכות יסוד, אין להכלילה כחלק מהזכות לכבוד האדם.⁴² כך או כך, אין ספק שעסקינן בזכות יסוד בעלת חשיבות עליונה שההצדקות לעיגונה נעות בין מימוש חירותו של אדם⁴³ לביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי ומימושו העצמי.⁴⁴

הגבלות על הזכות לחופש התנועה מכוח פקודת המשטרה

זכות חוקתית בסיסית, אין לפגוע בזכות לחופש התנועה אלא ע"י עיגון ההגבלה בחוק, ההולם את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית, וזאת אך ורק לתכלית ראויה ובמידה שלא עולה על הנדרש.⁴⁵ תשובת משטרת ישראל לבקשת חופש המידע של הקליניקה לזכויות אדם בינלאומיות בנושא הסמכות החוקית להגביל את מימוש הזכות לחופש התנועה באמצעות חסימת צירי תנועה בירושלים המזרחית,⁴⁶ נמסר לנו כי לתפיסתה חסימות אלה נעשות לצרכי ביטחון, ומעוגנת בסעיפים 3, ו-4א' לפקודת המשטרה ("הפקודה").⁴⁷ סעיף 4א לפקודה קובע: "א) מצא שוטר כי קיים חשש ממשי לפגיעה חמורה בבטחון הנפש או הרכוש, רשאי הוא - (1) להורות לכל אדם הנמצא באזור או

³⁷ בג"צ 220/51 אסלאן ואח' נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה 1480, בעמ' 1486.

³⁸ ס' 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

³⁹ יפה זילברשץ "על חופש התנועה הפנים-מדינתית" משפט וממשל ד 793, 803 (2002).

⁴⁰ בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פסקה 74 לפסק דינו של השופט ברק (להלן: "פרשת בר אילן"); אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שלישי - פרשנות חוקתית), 411-428, 429 (תשנ"ח).

⁴¹ פרשת בר אילן, לעיל ה"ש 40, פס' 60, 54-53 לפסק דינו של השופט ברק.

⁴² שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט טל.

⁴³ שם, פס' 32 לפסק דינו של השופט חשין.

⁴⁴ שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט אור.

⁴⁵ ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁴⁶ לתשובת המשטרה כלשונה ראו נספח א'.

⁴⁷ ס' 4א לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971.

במקום שבו קיים החשש האמור, הוראה סבירה הדרושה באופן חיוני לשם הצלת הנפש או הרכוש או למניעת הפגיעה, ובכלל זה להורות על מניעת גישה לאזור או למקום, או יציאה ממנו".

ניתן למצוא דוגמאות בפסיקה לשימוש בסמכות הרחבה הניתנת למשטרה בס' 4(א)(1) לפקודה לצורך מניעת כניסת אדם ספציפי למקום מסוים.⁴⁸ בהקשר זה נקבע כי ברור מלשון הסעיף כי נועד ל"מקרי חירום" דחופים ומידיים ולא להתנהלות שגרתית,⁴⁹ וכן כמובן, שנדרשת מידתיות גם בפעולות אלו של המשטרה.⁵⁰ כמו כן, בפסיקה מופיעים דיונים בהתנגשויות אחרות בין חופש התנועה הפנים-מדינתי לביטחון המדינה מתוקף חיקוקים אחרים.⁵¹ פגיעה ב"ביטחון המדינה" הוגדר בפסיקה באופן רחב כסכנה של פלישת אויב מן החוץ, הפיכה בכוח של המשטר הקיים על-ידי גורמים עוינים מבפנים, ולקיום הסדר הציבורי ושלומו הציבור.⁵² עם זאת, אין כל פסיקה שבוחנת שימוש כה נרחב, שיטתי, לא נקודתי ובלתי מידתי בפקודת המשטרה לצורך חסימת כבישים מפני כניסת כלי רכב לתקופות כה ממושכות.

לכך יש להוסיף כי כאשר נדרש בית המשפט לשאלת הגבלת חופש התנועה בשל צרכי ביטחון, נפסק כי הגבלת חופש התנועה בתוך מדינת ישראל, בשל שיקולי ביטחון, חמורה במיוחד ותיעשה במקרים נדירים יותר מהגבלת חופש התנועה אל המדינה וביציאה ממנה. זאת כיוון שמחוץ לגבולות הארץ מאבדת המדינה יכולת לפקח על הפרט והוא אינו בשליטתה. לעומת זאת, כשמדובר בחופש התנועה בתוך הארץ ישנם אמצעים מידתיים יותר לוודא כי ביטחון המדינה נשמר מאשר לפגוע בזכות לחופש התנועה.⁵³ בעבר, במקרה של התנגשות בין חופש התנועה וביטחון המדינה הספיק מבחן "החשש הכן והרציני",⁵⁴ לפגיעה בביטחון כדי לעמוד במבחן המידתיות. כיום, כדי להגביל את חופש התנועה של אדם מסוים עקב חשד קונקרטי נדרש **מבחן הוודאות הקרובה** לפגיעה בביטחון המדינה.⁵⁵ מקל וחומר שמבחן זה יחול ביתר שאת כאשר מדובר בפגיעה בחופש התנועה של ציבור רחב עקב חשש כללי ומופשט לפגיעה בביטחון המדינה ובסדר הציבורי.

משמעת הדבר כי לצורך חסימת כביש ומניעת כניסה ויציאה של כלי רכב ובני אדם, על המדינה להוכיח כי ללא החסימה ישנה וודאות קרובה לפגיעה בביטחון המדינה. מבחן זה מחמיר במיוחד, ועל המדינה לעמוד ברף גבוה על מנת להוכיח חוקיות החסימה לאורו, והוא גבוה אף מהדרישה בפקודת המשטרה ל"חשש ממשי". סביר להניח כי מבחן זה יוחמר עוד יותר, במקרים בהם לא מדובר בפגיעה

⁴⁸ ת"א (שלום י-ם) 16009-03-11 גליק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 28.02.15).

⁴⁹ שם, פס' 23 לפסק דינה של השופטת אביב.

⁵⁰ שם, פס' 31 לפסק דינה של השופטת אביב.

⁵¹ בג"צ 672/87 עתמאללה נ' אלוף פיקוד צפון, מב (4) 708.

⁵² חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(1) 871 (1953), פסקה ג' לפסק דינו של השופט אגרנט.

⁵³ בג"ץ 448/85 כמאל דהר נ' הרב יצחק פרוץ שר הפנים, מ(2) 701, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת בן פורת.

⁵⁴ שם.

⁵⁵ אהרון ברק **מבחר כתבים א'** המשטרה וזכויות האדם בישראל, בעמ' 677 (2000). ניתן להגיע למסקנה זו גם בעזרת שימוש בטענת "קל וחומר", שכן וודאות קרובה לפגיעה בסדר הציבורי ושלומו הציבור נדרשה בעניין **חורב** לעיל, וכן נדרשה וודאות קרובה לפגיעה בביטחון בפסקי הדין שעוסקים בהגבלת חופש התנועה בשטחי הרשות הפלסטינית: בג"ץ 9593/04 **מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פס' 16 לפסק דינה של השופטת בייניש (פורסם בנבו, 26.6.2006) (להלן: "עניין מוראר"). כמו כן, נדרשה וודאות קרובה כדי למנוע מאדם גישה למקומות קדושים, זכות הקרובה במהותה לחופש התנועה- פס' 3 בג"צ סולומון.

בזכותו של הפרט לחופש התנועה, אלא זכותה של ציבור רחב, בלי להבדיל בין פרטים ספציפיים העלולים, על בסיס חשד ממשי, לפגוע בביטחון המדינה אם יעברו דרך נתיב תחבורה מסוים, לבין כל אלפי התושבים שנמענת מהם הכניסה והיציאה ברכב מאזור מגוריהם, וזאת בשל השפעתה הרחבה, האקראית והשרירותית.

המקרה היחיד הידוע לנו של חסימת כביש בטענה של מלחמה בפשיעה התבצעה בעיר לוד באמצעות הצבת מחסומים קבועים המאוישים בידי שוטרי מג"ב בכניסה לשכונה בשילוב חסימת יתר הכניסות לשכונה בחסימות בטון. מקרה זה הסתיים ללא הכרעה שיפוטית, שכן המחוסם הוסר לפני מועד הדיון בעתירה שהגישה האגודה לזכויות האזרח בעניין.⁵⁶ יתר הפסיקה המתייחסת לחסימת כבישים מתמקדת באיזון הנדרש בין זכותו של אדם לחופש התנועה, לבין השמירה על רגשות הציבור והסדר הציבורי.⁵⁷ בעניין זה נפסק כי מותרת רק פגיעה מועטה מאד בזכות לחופש התנועה הפנים-מדינתית כדי לשמור על רגשות הציבור והסדר הציבורי.

כבר בשלב זה חשוב להדגיש כי בדומה לחסימת כביש בר אילן, כי עד לאחרונה, גם חסימת הכבישים בכניסה לשכונות ערביות בירושלים המזרחית לא הובילה לרוב לסגירה הרמטית של כל דרכי הגישה ברכב לשכונות אלה. תחת זאת, החסימות הטילו מגבלת תנועה משמעותית ביותר ואילצו את התושבים לנסוע בדרכים מפותלות, לא נוחות וארוכות בהרבה מהמקובל. עם זאת, נראה כי הסמכת המשטרה להטיל סגרים וכתרים בשכונות הפלסטיניות בעיר החל מאמצע אוקטובר טורפת את כל הקלפים ומחייבת בחינה משפטית מחודשת. כמו-כן, סגירת כביש בר אילן מפני תנועה בשבתות ובחגים לא נעשתה מכוח פקודת המשטרה, אלא מכוח פקודת התחבורה, והכביש נחסם לתנועת רכבים במשך פרקי זמן קצרים באופן משמעותי מחסימת הכבישים בשכונות הערביות בירושלים המזרחית. העובדה כי החסימה הנדונה בפרשת בר אילן התייחסה לחסימת ציר תנועה במשך תקופה ברורה ומוצהרת: ימי השבת ומועדי ישראל, ולא מדי יום ביומו במשך שבועות ולעיתים חודשים ובלי כל אינדיקציה באשר למועד סיום החסימה מחייבת מסקנות שהן בבחינת מקל וחומר.

היעדר נהלים, שרירותיות וחוסר סבירות בהטלת ההגבלות על חופש התנועה

החובה לקבוע הנחיות, נהלים וקריטריונים להפעלת סמכות מנהלית היא מן מוסכמות היסוד בשיטתנו המשפטית, ומטרתה להבטיח יישום הפעלה שוויונית, סבירה והוגנת של הסמכות המנהלית. חובה זו הוחלה לגבי הקצאת משאבים, כגון מקרקעין,⁵⁸ מענקים למוסדות ציבור,⁵⁹ רישיונות לעסקים,⁶⁰ ולאחר מכן הוחלה גם בנוגע לעניינים רגישים ומורכבים כגון הנוסח של מציבות

⁵⁶ בג"צ 4780/04 מוחארב נ' המשטרה (פורסם בנבו- החלטה מיום 6.12.05)

⁵⁷ פרשת בר-אילן, לעיל ה"ש 04.

⁵⁸ בג"צ 219/81 שטרית נ' שר החקלאות, פ"ד לז(3) 481, 484.

⁵⁹ בג"צ 780/83 ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

⁶⁰ בג"צ 59/83 כהן נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד לז(3) 318, 322.

צה"ליות,⁶¹ עד לבסוף נפסקה גם ביחס להגבלות על חופש התנועה, וספציפית בנוגע למקרים בהם יש למנוע מאדם גישה למקום קדוש כהר הבית.⁶² למרות זאת, למרבה הצער, וכפי העולה מתשובת המשטרה לבקשת חופש המידע של הקליניקה לזכויות אדם בינלאומיות בנושא,⁶³ עולה כי **משטרת ישראל לא קבעה נהלים להסדרת חסימת כבישים בעת חרום, ואפילו לא קריטריונים ברורים אותם שוקל המפקד הטריטוריאלי בשטח לפני ההחלטה על חסימת ציר**. עוד נמסר לנו כי כל שמתקיים כיום, הינו הערכת מצב בה נשקלת לכאורה מידתיות החסימה והשלכותיה על האוכלוסייה. החלטת המפקד מובאת לאישור מפקד המחוז, אשר שיקוליו באישור לא פורטו אף הם. כמו-כן, מהתשובה לא עולה כל מנגנון לבחינה תקופתית או אחרת.

אין דרך לתאר את הפגיעה החמורה בזכות יסוד מוגנות של תושבי העיר, ובפרט של הפלסטינים המתגוררים בשכונות שנחסמות בהחלטת מפקד זולת הקביעה שחסימות אלה נעשות באופן שרירותי. השרירותיות המאפיינת את ההחלטה מתלווה לפגיעה החמורה בעיקרון השוויון, ובחובת השקיפות. לכל אלה יש להוסיף את העובדה כי חסימות אלה ככל הנראה נעשות בחוסר סמכות, שכן פקודת המשטרה לא נועדה למטרה זו מחד, ומנגד חוקיות ההחלטה כרוכה בהכרעה שזו נעשית אכן לתכלית הראויה, וכי מתקיים מבחן המידתיות במובנו הצר, קרי שאין כל דרך להבטיח את ביטחון הציבור זולת חסימת הציר לפרק הזמן ההכרחי וכי מתקיים קשר ישיר בין האמצעי הנבחר לבין המטרה. המציאות בשטח מלמדת כי דבר מאלה לא מתקיים, וכי חסימת צירי תנועה אלה פוגעת פגיעה קשה בזכות לחופש התנועה ובזכויות אדם נוספות שפורטו בפרק?!, בלי שיש בעצם החסימה כדי למנוע מהחשודים בהפרת הסדר הציבורי להמשיך בפעילותם, באופן המתיר רושם קשה של ענישה קבוצתית.

לכל אלה יש להוסיף כי, כפי שעולה מתשובת המשטרה לבקשת חופש המידע של הקליניקה לזכויות אדם בינלאומיות, חסימת צירי תנועה בשכונות הפלסטיניות בירושלים המזרחית מפרה גם את חובת השימוע. חובת השימוע אוסרת על הרשות לפגוע בזכויותיו של אדם בטרם נתנה לו הזכות להשמיע את טענותיו בפניה.⁶⁴ חובת השימוע חלה לגבי כל פגיעה ישירה וממשית של הרשות באינטרס ציבורי מוגן, כאשר רשימת האינטרסים המוגנים איננה רשימה סגורה.⁶⁵ יש להדגיש, כי לפי הפסיקה החובה חלה גם במקרים של החלטות שנעשו לשם שמירה על בטחון המדינה.⁶⁶ המסקנה המתבקשת מהפרת כללי המשפט הציבורי, שפורטו בנייר עמדה זה, הינה כי הליך קבלת ההחלטה אינו סביר,⁶⁷ וכי חסימות צירים אלה בידי משטרת ישראל נעשית אף בחוסר סבירות וכי ההחלטה נראית שרירותית ולכן אינה סבירה,⁶⁸ ואף מטעם זה דינה בטלות.⁶⁹

⁶¹ בג"צ 556/83 **בסט נ' שר הביטחון**, פ"ד לח (1) 177, 183.

⁶² עניין גליק, לעיל ה"ש 48, בפס' 22 לפסק דינה של השופטת אביב.

⁶³ לתשובת המשטרה כלשונה ראו נספח א'.

⁶⁴ יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** (1996), בעמ' 793, 796.

⁶⁵ בג"צ 3/58 **ברמן נ' שר הפנים**, פ"ד יב 1493.

⁶⁶ בג"צ 358/88 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז**, פ"ד מג (2) 529.

⁶⁷ בג"צ 297/82 **ברגר נ' שר הפנים**, פ"ד לו (3) 29, פסק דינו של השופט שמגר.

⁶⁸ רע"פ 3676/09 **זנו נ' מדינת ישראל** (2009), פס' 37 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

⁶⁹ בג"צ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח'**, פ"ד לה (1) 421, פסק דינו של השופט ברק.

סיכום ביניים: לעניות דעתנו, הוראות פקודת המשטרה שמשטרת ישראל נאחזת בהם כדי להצדיק חסימת צירי תנועה בשכונות הערביות בירושלים המזרחית לא יכולות לשמש למטרה זו, שכן אין בחסימות אלה כדי למנוע מאדם ספציפי להיכנס או לצאת לאזור ספציפי. ההיפך הוא הנכון, אדם החשוד בהפרת סדר יכול לצאת ולהיכנס באופן חופשי וברגל מכל מקום לכל מקום. לעומת זאת, נמנעת כניסת ויציאת רכביהם של מאות ואלפי תושבים לאזור מגוריהם מכניסה ספציפית. ככל שהתקיימו הפרות סדר באותה שכונה עובר לחסימה, והמשטרה רצתה למנוע פגיעה בהולכי רגל תמימים בזמן שהיא פועלת לאכיפת הסדר הציבורי באותו אזור, הדבר היה מחייב פעולה נקודתית למניעת כניסת אנשים תמימים לאזור העימות, פן ייפגעו, ולמניעת יציאת מפרי הסדר מחוץ לאזור מחשש שייפגעו תמימים מחוץ לאזור זה. חסימת צירי תנועה באמצעות בטונדה מונעת כניסה ויציאה של כלי רכב, אך אין בה כדי למנוע יציאת מפרי סדר פוטנציאליים רגלית. כך שאין באמצעי הנבחר כדי להשיג את המטרה מחד, ומנגד, ברור שהאמצעי הנבחר פוגע פגיעה ממושכת ובלתי מידתית בקבוצה ענקית של חפים מפשע, שנמנעת מהם היציאה מאזור מגוריהם למקומות העבודה, הבילוי, והשירותים הציבוריים, לאורך זמן, ובאופן שלא מותיר מקום לספק באשר לענישה קבוצתית של הרבים בשל פשעם של מעטים.

לאור כל האמור לעיל, לא יכול להיות ספק כי חסימת צירי התנועה נשוא נייר עמדה זה סותרת, חזיתית את התחייבויות מדינת ישראל מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי. חסימות אלה שהן מעצם טיבן קבועות ונותרות במקום גם לאחר שמסתיים האירוע הנקודתי של הפרת הסדר הציבורי בשכונה זו או אחרת, וזאת במשך שבועות וחודשים מובילות למסקנה שמטרתן המרכזית איננה ההגנה על הביטחון הלאומי או הסדר הציבורי. אף אם יוכח כי מטרתם הינה אך ורק שמירה על הסדר הציבורי, הרי שהחסימות לא נעשות **בחוק, שמגדיר את האופן המדויק שבו ניתן להגביל את הזכות**. לזה יש להוסיף את העובדה כי שיקול הדעת המוענק למפקדים בשטח רחב מדי, ובמבחן התוצאה חסימות אלה אינן האמצעי שפגיעתו בזכויות האדם המוגנות היא הפחותה ביותר.

מצב החירום בישראל והשפעתו

מיום הקמתה, הכריזה מדינת ישראל על מצב חרום והכרזה זו בתוקף עד עצם היום הזה. חוקיות התמשכות ההכרזה על מצב החרום מיום הקמת המדינה נדונה בבית המשפט העליון, בטענה שביטול ההכרזה על מצב חרום יוביל לביטול דברי חקיקה רבים, והדבר מחייב החלפתם בחקיקה, שתוקפה אינו תלוי במצב החרום.⁷⁰ למרות הביקורת הנוקבת שהביע בג"צ נגד התמשכות ההליכים להחלפת החקיקה התלויה בהכרזה על שעת חרום בחקיקה רגילה, בתום 13 שנים של מעקב ודיונים דחה בג"צ את העתירה בלי לבטל את ההכרזה על מצב חרום.⁷¹

⁷⁰ בג"צ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (טרם פורסם, 8.5.2012) (להלן: "בג"צ שעת חרום")
⁷¹ שם, פסי"ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין בבג"צ האגודה.

כלי משפטי מרכזי להגבלת זכויות אדם מטעמי ביטחון בשעת חרום הינו **תקנות ההגנה (שעת חירום)**, 1945- תש"ו 1945 (להלן: תקנות ההגנה). סעיף 126 לתקנות ההגנה וכותרתו "פיקוח על כבישים" מסמך **מפקד צבאי** לקבוע בצו, בין היתר, "כי ייסגר או יוסט כל כביש" או המפקד "מוצא לנחוץ או למועיל לעשותו לטובת שלומו של הציבור, הגנתה של ישראל או קיומו של הסדר הציבורי". אין ספק כי מדובר בסמכות דרקונית לפגוע פגיעה חמורה בזכות לחופש התנועה בזמן חרום. סמכות זו של מפקד צבאי חיבת להיעשות בצו וכפופה כמובן לכללי המשפט המנהלי והחוקתי של מדינת ישראל, ובראש ובראשונה לחובה שהדבר ייעשה לתכלית ראויה, ויהא כפוף לחובת המידתיות. לא זו בלבד שמשטרת ישראל מעולם לא טענה שחסימות צירי התנועה נעשו מכוח תקנות ההגנה, אלא מכוח פקודת המשטרה, הרי על פניו ברור כי חסימות הכבישים בכניסה לשכונות הערביות בירושלים המזרחית לא מקיימת אפילו לא את הוראות תקנות ההגנה, ולו בשל העובדה כי לא נעשו בצו של מפקד צבאי, אלא בדרך שרירותית של הצבת בטונדות או סוללות עפר, בלי כל הכרזה.

חסימות כבישים בשטחים הכבושים

למרות שמדינת ישראל החילה את דיניה על השכונות הערביות שכבשה בשנת 1967 והכריזה עליהם כחלק מבירתה ירושלים, כיוון שהמשפט הבינלאומי ההומאניטארי לא מאפשר סיפוח שטחים שנכבשו בדרך זו, נבקש להתייחס בקצרה לסמכות חסימות כבישים בשטחים הכבושים והטלת הגבלות שונות על חופש התנועה בכלי רכב. סעיף 316 **לצו בדבר הוראות ביטחון** [נוסח משולב](יהודה ושומרון)(מס' 1651), התשי"ע 2009 (להלן: צו בדבר הוראות ביטחון) מעניק למפקד צבאי, ולכל מי שפועל בהרשאתו, הסמכות 'לאסור, להגביל או להסדיר את השימוש בדרכים מסוימות או לקבוע מסלולים שבהם יעברו כלי רכב או בעלי חיים או בני אדם בין באופן כללי ובין באופן מסוים' וזאת בין אם הדבר נעשה "בצו או על ידי מתן הוראות או באופן אחר". על פניו, למפקד מוקנות סמכויות דרקוניות לפגיעה גורפת בזכות לחופש התנועה בשטח הנמצא בתפיסה לוחמתית. עם זאת, יש לזכור כי על פעולות המפקד הצבאי חלים כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, וכן כללי היסוד של המשפט הציבורי הישראלי⁷² ואלה מחייבים אותו להפעיל את סמכותו להטלת הגבלות תנועה **בסבירות ובמידתיות**, ובאיזון הראי בין בטחון מדינתו ואזרחיה לזכויות והאינטרסים של האוכלוסייה המקומית, ושיקול דעתו יהיה כפוף לביקורת שיפוטית.⁷³ הגם שהצו בדבר הוראות בטחון לא מחייב לפרסם בצו את מגבלות התנועה בכלי רכב, בית המשפט דרש פרסומן של הגבלות התנועה בצו.⁷⁴

⁷² בג"צ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט, מוחמד עבד מחמוד אלחרוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה, פס' 11 לפסק דינה של הנשיאה בייניש.

⁷³ שם, פס' 14 לפסק דינה של הנשיאה בייניש.

⁷⁴ עניין מוראר, לעיל ה"ש 55.

חסימות הכבישים בשטחים הכבושים, שהובאו לביקורת שיפוטית ונדרשה הסרתן, הן לרוב חמורים מחסימת אחת הכניסות לאחת השכונות, ונדרשת בהן הסרת חסימה מוחלטת של כביש, עוצר⁷⁵ או כיתור⁷⁶. עם זאת, ברור כי בית המשפט רואה בזכות לחופש התנועה קרקע יציבה עליה ניתן לעמוד על מנת לבטל חסימות צירים. וכי גם אם יבחרו הרשויות להתעלם מהחלת דיני מדינת ישראל על השטחים נשוא נייר עמדה זה, גם מכוח הדין הצבאי, בשילוב המשפט הבינלאומי ההומאניטארי והמשפט הציבורי לא ניתן להשלים כלל עם הטלות הגבלות גורפות על חופש התנועה ברכבים ולחסום כבישים בשכונות הערביות בירושלים המזרחיים ללא צו, שהוצא אך ורק לאחר שהוכח הצורך הביטחוני הממשי מחד, ומנגד יושמו כל מבחני המידתיות והסבירות ונמצא כי אין כל חלופה אחרת להשגת המטרה מלבד החסימה. גם אז, החסימה חייבת להיות מוגבלת בזמן ונתונה לביקורת תקופתית ושיפוטית.

3. סיכום והמלצות

מהדיון לעיל בפרק הדין הבינלאומי, ניתן לקבוע כי עמדת המשפט הבינלאומי הינה שהפגיעה בזכות לחופש התנועה, וביתר הזכויות הנפגעות כתוצאה מחסימת צירי תנועה בשכונות הפלסטיניות בירושלים המזרחית, חייבת להיעשות בחקיקה המפרטת תנאים מדויקים וסבירים להגבלת היקפה של הזכות. הפרק המתאר את הדין הישראלי לא מותיר מקום לספק כי הגבלת הזכות לחופש התנועה בישראל נעשית מכוח תקנות ההגנה, משנת 1945 או מכוח פקודת המשטרה. דברי חקיקה אלה מעניקים שיקול דעת רחב ביותר למפקדים בשטח, ובמהותם סעיפים כלליים, ובהיעדר נהלים המסדירים את הפעלת הסמכות מאפשרים יישום שרירותי, דרקוני ואף מפלה.

לאור זאת, דעתנו, ישנו צורך חיוני בשינויים מרחיקי לכת בחקיקה הראשית כדי להתאימה להתחייבויות מדינת ישראל במישור הבינלאומי, ובאופן שיסדיר את סמכות המשטרה להטיל מגבלות על מימוש הזכות לחופש התנועה, ושיגדיר בצורה מצמצמת מהו אותו מצב חירום שמצדיק הטלת מגבלות קבוצתיות על חופש התנועה. בטווח המיידי, ישנו צורך בנהלים שקופים שיסדירו את המבחנים והקריטריונים להפעלתו של ס' 4 לפקודת המשטרה, ובכלל זה הגדרה של מצב החרום, הגדרה של השיקולים שיש לקחת בחשבון, הגורמים שיש להיוועץ בהם, מועדי הבחינה התקופתית והערבות להבטיח שלא ייעשה יישום מפלה של הסמכויות מכוח הפקודה. בכלל זה על הנהלים להתייחס למדרג האמצעים שמפקד מוסמך להשתמש בהם כדי להתגבר על הפרות סדר, כאשר חסימת צירי תנועה שמשרתים את כלל הציבור יהיה האמצעי האחרון בהחלט, ואשר יסדירו את התנאים המצטברים להפעלות של אמצעי זה, וגם אז לא בדרך של חסימה קבועה אלא בדרך של מחסומים מאוישים, ואך ורק לפרקי הזמן ההכרחיים כדי לתת מענה לאירוע הנקודתי. לבסוף, בנוגע לחסימות הקיימות היום, בהיותן חסימות, הפוגעות פגיעה שרירותית, מפלה, בלתי מידתית ובלתי סבירה בזכויות יסוד מוגנות, ללא הכרח ביטחוני.

⁷⁵ בג"ץ 854/03 אלרחמן נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 9.7.2003).
⁷⁶ בג"ץ 2847/03 עלאונה נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 14.7.2003).

נספח א' - תשובת משטרת ישראל לבקשת חופש המידע

של הקליניקה לזכויות אדם בינלאומיות

- בכנס -

משטרת
מטה
לשכת
ר"ח חשין 1,
טרלפון:
פקס:
ישראל
ירושלים
הממשלתי
ירושלים
02-5391208/368
02-5898921
טי"ו באייר, התשע"ה
4 מאי 2015
סימוכין: 28251815

עו"ד באנה שגרי בזרנה
הקליניקה לזכויות אדם בינלאומיות
המרכז לחינוך משפטי קליני
האוניברסיטה העברית
ירושלים
באמצעות פקס - 02-5882544

ח.ג.

הנדון: חסימת הכניסה הדרומית לעיסאווייה

1. פנייתך מיום 22.2.15
 2. התייחסותי מיום 1.3.15
 3. פנייתך מיום 16.3.15
- סימוכין:

1. להלן התייחסותי לפנייתכם שבסימוכין 3, אשר עניינה סמכותה של משטרת ישראל להורות על סגירת הכניסה הדרומית לעיסאווייה.
2. בסעיף 3 לפקודת המשטרה (נוסח חדש), התשל"א-1971 המגדיר את תפקידי המשטרה הטיל עליה המחוקק לעסוק ב-"...קיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש".
3. סעיף 4 לאיגודת המשטרה (נוסח חדש), התשל"א-1971 מסמך שוטר כדלקמן:
"א) מצא שוטר כי קיים חשש ממשי לפגיעה חמורה ב...טחון הנפש או הרכוש, רשאו הוא - (א) לתורות לכל אדם הנמצא באזור או במקום שבו קיים החשש האמור, הוראה סבירה הדרושה באופן חיוני לשם הצלת הנפש או הרכוש או לפגיעה הפגיעה, ובכלל זה להורות על פגיעה נזשה לאזור או במקום, או יציאה ממנו".
4. הפעלת הסמכות לחסימת ציר גישה למקום, מופעלת ביטחוניים הריגים, לאחר שנמצא כי קיים "חשש ממשי לפגיעה חמורה בבטחון הנפש או הרכוש".
5. בהתקיים צורך בטחוני חיוני כאמור, מתבצעת הערכת מצב בידי המפקד וטריטוריאלי בה נבחן הצורך הביטחוני בהתאם לרף הקבוע בחוק וכן מתבצעת מלאכת האיזון בין הצורך הביטחוני ובין הפגיעה האפשרית בזכות הגישה והתנועה של הציבור. למותר לציין שהערכת המצב עוסקת גם במידתיות החסימה והשלכותיה על כלל האוכלוסייה בדגש על קיומן של דרכי גישה חלופיות.
6. החלטת המפקד הטריטוריאלי מועברת לאישור מפקד המחוז.

עמוד 1 מתוך 2



כתובתנו באתר:

www.police.gov.il



- במס' -

7. במסגרת הערכות מצב עיתיות שב ונבחן הצורך הבטחוני בהמשך קיומה של החסימה.
8. למקרא מנייתכם יכול להתקבל הרושם כאילו מדובר בצעד המנוצע על ידי משטרת ישראל חדשות לבקרים ולא היא. מדובר בצעד חריג, המופגל עם היווצרותו של צורך בטחוני מיידי ובאישור דרג פיקודי בכיר ביותר.
9. לאור האמור, בדגש על מיעוט המקרים בהם מבוצעת חסימות מן הסוג האמור לא קיים נוהל או הליך מסודר בנוגע לקבלת החלטה כאמור, אשר מנשית בהתאם למתווה שתואר לעיל.
10. ככל שיתרחב הצורך הבטחוני בביצוע חסימות כאמור, ייבחן הצורך בהתקנת נוהל מתאים.
11. בשולי הדברים ומבלי לפגוע באמור לעיל, נבקש להסב תשומת לבכם לעובדה שמבירורים שערכנו שלה, כי הכניסה שבגזון לכפר עיסאווייה מעולם לא הייתה כניסה מוסדרת ומאושרת לכפר ואף יותר מכך, היא ממוקמת ככל הנראה על קרקע פרטית שבבעלות תאוניברסיטה.

בברכה,

עו"ד מיכאל פרנקנבורג, רמ"ק
היחיד המשפטי מחוז ירושלים

