

1. אנטואן שלחת

2. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

באמצעות עוה"ד מרואן דלאל ו/או חסן ג'בארין
ו/או ארנה כהן ו/או סוהאד בשארה ו/או מוראד
אלסאנע ו/או עביר בכר ו/או עאדל בדיר ו/או
סאוסן זהר מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות
המיעוט הערבי בישראל ת.ד. 510 שפרעם 20200
טלפון: 04 - 9501610 ; פקס: 04 - 9503140

העותרים

נגד

שר הפנים

על ידי פרקליטות המדינה
מרחוב סלאח אל-דין 29
ירושלים

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא ולנמק מדוע
לא:

א. יבטל את הצו שהוציא כלפי העותר 1 המונע ממנו יציאה מישראל מכוח סעיף 6 לתקנות
שעת חירום (יציאה לחוץ – לארץ), התש"ח – 1948.

ב. להיזקק לסמכות שבסעיף 6 לתקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), התש"ח – 1948 רק
בהתקיים, לכל הפחות, קשר קרוב לוודאי ("וודאות קרובה") בין היציאה מישראל לבין
הפגיעה בביטחון המדינה.

כמו כן, בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן סעד הצהרתי, ולהכריז על:

ג. אי חוקיות הארכת מניעת יציאת העותר 1 מישראל מיום 1.1.2006 עד ליום 15.1.2006,
הואיל ולא נמסר לעותר צו של שר הפנים המורה על הארכת מניעת היציאה מישראל
כאמור.

ד. בטלות צו שר הפנים נטול התאריך וללא חתימת שר הפנים, אשר הגיע לידי העותר 1 ביום
17.1.2006.

מבוא

"...לא", אמר הכהן, "אין צורך לחשוב שהכל אמת, צריך רק לחשוב שהכל הכרחי"
פרנץ קפקא, המשפט

"עם חקיקתם של חוקי היסוד חל שינוי קונספטואלי...שוב לא ניתן להסתכל על הדין הישן מנקודת המבט הישנה. יש לבחון את הדין הישן מנקודת המבט החדשה."
הנשיא ברק, בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל

1. העותר 1, מר אנטואן שלחת, הוא אזרח. המלה היא מרכז חייו. הוא מחזאי, מבקר ספרות, מתרגם, ועיתונאי. מר שלחת תרגם מעברית לערבית, בין השאר, את כתיבתו של הפילוסוף המנוח ישעיהו ליבוביץ, ואת יצירתו של המחזאי המנוח חנוך לוין. בימים אלה הוא שוקד על תרגום הרומן האחרון של עמוס עוז "סיפור על אהבה וחושך". מר שלחת משמש מודל לחיקוי ומושא להערצה לכותבים ויוצרים צעירים מקרב החברה הערבית. כתיבתו המשובחת, המשלבת שינויים רגישים ברמות ההפשטה מבלי לזנוח את המחויבות לשפה במובנה הקלאסי, נוגעת בקלילות ובדיוק מרבי בנפשו של הקורא. אכן, מר שלחת הוא אבטיפוס של העיתונאי האינטלקטואל.

2. המשיב החליט למנוע ממר שלחת לצאת מישראל לתקופה של 12 חודשים בהסתמך על תקנת שעת חירום משנת 1948. מר שלחת לא התכוון לצאת מישראל ולא תכנן לעשות זאת. גם לא נאמר לו מדוע יציאתו לחוץ לארץ נאסרת, ואף לא נשמעה עמדתו בטרם הפגיעה בזכותו לצאת מישראל. החלטת המשיב אינה כדין. מטרת העתירה היא, אם כן, לבטל את צו המשיב נגד מר שלחת. תכלית נוספת לעתירה היא למנוע מהמשיב לעשות, בקלות יתרה, שימוש בסמכות כה דרקונית כדי להגביל זכות חוקתית המעוגנת במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

3. עוד לפני חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שיטת המשפט הישראלית התפתחה בכיוון הדגשת זכויות האזרח וזכויות האדם לעומת הפעילות השלטונית הפוגעת בהן. כך, למשל, פיתח בית המשפט הנכבד את מושג עקרונות היסוד של השיטה, המהווים תכלית כללית ומטריה נורמטיבית לכל דבר חקיקה, וביתר שאת לכל שיקול דעת בטרם הפעלת סמכות שלטונית. נדבך מרכזי במסגרת עקרונות יסוד אלה של השיטה הוא זכויות האזרח וזכויות האדם.

4. עם חקיקת חוקי היסוד האמורים, ובייחוד עם קבלת הכנסת לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, השיטה המשפטית השתכללה עוד יותר. המטריה הנורמטיבית נהייתה לתקרה המכסה את שיטת המשפט. לא ניתן לעבור תקרה זו בקלות. חוק או החלטה שלטונית המתיימרים לפגוע בזכות חוקתית או בזכות יסוד חייבים לעבור מסע מכשולים מפרך בטרם יזכו ללגיטימציה משפטית של בית המשפט הנכבד. העותרים יטענו כי אין ספק שהמשיב כשל במסע זה עוד בתחילתו, וממילא לא ניתן לכלול את החלטותיו בעניין מניעת מר שלחת לצאת את הארץ במתחם כלשהו של משפט וחוקיות. המשיב הפר את המשפט המחייב אותו בצורה בוטה ומפורשת. הפרה שתוצאתה היא אחת בלבד: בטלות החלטתו למנוע את יציאת מר שלחת לחוץ לארץ.

הרקע העובדתי

העותרים

5. העותר 1, מר אנטואן שלחת, הוא, כאמור, מחזאי, מבקר ספרות, מתרגם, ועיתונאי. מר שלחת הוא בן 49, נשוי ואב לשלושה ילדים. מר שלחת ומשפחתו מתגוררים בעיר עכו. העותר 2 הינו ארגון זכויות אדם הפועל בעיקר להגנת וקידום זכויות המיעוט הערבי באפיק המשפטי.

מר אנטואן שלחת

6. מר שלחת כתב שני מחזות בשפה הערבית. הראשון, משנת 1991, נקרא "עאמוד אלקהרבא" (עמוד החשמל). מחזה זה דן בדמות של האזרח הערבי בישראל. האחרון מדומה לעמוד חשמל, כלומר ככלי שמסמל יתרונות אינסטרומנטאליים בלבד, אך באותה עת מדובר בלא יותר מאובייקט נטול תודעה עצמית, וללא הערכה והכרה בסובייקטיביות שלו. המחזה השני הוא משנת 2005 ונקרא "מראיא" (מראות). מחזה מקורי ומושך זה, שבנוי ממשחק בלבד ללא מונולוגים של השחקנים המשתתפים בו או דיאלוגים ביניהם, מתמקד בסטודנטים צעירים שזה עתה סיימו את לימודי המשחק והאמנות באוניברסיטה, ועליהם להתמודד עם קשיי ההסתגלות כשחקנים מתחילים בשוק עבודה קשה ואף אכזר לעיתים.

7. תרגומו של העותר 1 מהשפה העברית לשפה הערבית הם רבים. תחומי הכתיבה והידע שתורגמו על ידי העותר 1 רבים וכוללים, בין היתר, תרגום כתיבה משובחת מתחום הפילוסופיה, הספרות, וההיסטוריה. כך, למשל, תירגם מר שלחת את היצירות שלהלן:

- עמוס קינן **הדרך לעין חרוז**, 1983.
- ישעיהו ליבוביץ **עם, ארץ, מדינה**, 1986.

- ק. צטניק **העימות**, 1991.
- פאול קור **כספיון, הדג הקטן** (ספור לילדים), 1999.
- יהושוע סובול **גטו** (מחזה), 2000.
- חנוך לוין **מלכת האמבטיה** (מחזה), 2000.
- בני מוריס, **תיקון טעות – יהודים וערבים בארץ ישראל 1936 – 1956**.

8. כמו כן, מר שלחת שוקד בימים אלה על תרגום לשפה הערבית של הרומן האוטוביוגרפי מאת עמוס עוז "סיפור על אהבה וחושך". מר שלחת עובד גם במסגרת מדאר – המרכז הפלסטיני ללימודים ישראלים שמרכזו ברמאללה. במסגרת עבודתו זו של מר שלחת, המתבצעת מביתו שבעיר עכו, הוא ערך תרגומים רבים של כותבים ישראלים מעברית לערבית. לאחרונה ערך מר שלחת במסגרת עבודתו זו את התרגום לספרו של סמי שלום שטרית **המאבק המזרחי בישראל 1948 – 2003: בין דיכוי לשחרור, בין הזדהות לאלטרנטיבה**. מר שלחת היה שנים ארוכות עורך ראשי בעיתון אל-איתחאד ובעיתון פסל אל-מקאל. כתיבתו כוללת גם מאמרים פובליציסטיים על נושאי השעה בשיח הציבורי. מר שלחת מתנגד למדיניות הפרת זכויות האזרח וזכויות האדם של ממשלת ישראל.

רצ"ב תצהיר מר שלחת כנספח לעתירה שסימנו ע/1.

9. אכן, כתיבתו של העותר 1 היא רבה, ענפה, מעמיקה, וחוצה שפות ותרבויות. הסופר סמי מיכאל מעיד בתצהיר המצורף לעתירה על תכונותיו האיכותיות של מר שלחת כדלקמן:

"אני מכיר את אנטואן שלחת וכתיבתו מזה שנים רבות. תחילה הכרתי את אנטואן דרך כתיבתו שהתאפיינה בשיקול דעת הגון, ברצון להעמיק אל שורש הנושאים ובמתינות אינטלקטואלית מאוזנת.

ההיכרות העמיקה כאשר הזדמן לי לפגוש את אנטואן לעיתים מזומנות במסגרת תרגומי ליצירות ספרותיות ישראליות שונות ומגוונות מבחינה אידיאולוגית, ובמיוחד דרך השתתפותו בפרוייקטים שונים הקשורים ביצירת דו קיום תרבותי בין שני העמים.

כקורא של יצירותיו וכתיבתו של אנטואן התפעלתי מיכולתו למצוא את המשותף, מקפדנותו לאמץ ערכים הומאניים וכן מסגנון כתיבתו הענייני.

אני סבור כי אנטואן, הן בתרגום יצירות עבריות לערבית והן בתחום פעילותו הציבורית, תרם תרומה נכבדה להבנה, לקרבה, לסובלנות ולידידות בין שני העמים: הישראלי והפלסטיני. על כן כל ניסיון להצר את צעדיו של שלחת, בכל דרך שהיא, ישרת בסופו של דבר את שוחרי השנאה והאיבה הזוממים לנפץ חלום של התקרבות בין שני העמים."

רצ"ב תצהיר הסופר סמי מיכאל מיום 10.1.2006 כנספח לעתירה שסימנו ע/ 2.

10. פרופסור ששון סומך מכיר אף הוא את מר שלחת הן מבחינה אישית והן מבחינה אינטלקטואלית. מר סומך הוא פרופסור אמריטוס באוניברסיטת תל – אביב, שלימד שם קרוב ל- 40 שנה ספרות ושפה ערבית. פרופסור סומך הוא גם חתן פרס ישראל לשנת 2005. בתצהירו, מציין פרופסור סומך את הדברים הבאים אודות מר אנטואן שלחת:

” אני מכיר את מר אנטואן שלחת מאז ראשית הפעילות הספרותית שלו, מזה כעשרים שנה. פגשתי אותו לראשונה במפגשים ספרותיים, וידידותנו התחזקה והלכה ככל שהוספתי להכירו.

אנטואן הוא אחד הגשרים החשובים המחברים בין התרבות הישראלית לבין התרבות הערבית כיום. מאמריו הרבים של אנטואן, וכן מספר ספרים שלו שהתפרסמו בעשורים האחרונים מעידים על מסירותו לנושאים שבהם הוא עוסק, ומציבים אותו כמבקר ספרותי מעולה, וכמשקיף נבון וביקורתי על אורחותיה של התרבות העברית העכשווית.

בנוסף, תרגומו הרבים של אנטואן מהתרבות הישראלית ללשון הערבית נראים לי כבעלי ערך רב. מדובר בתרגום יצירות פרוזה, שירה, ודראמה. מפעלו העכשווי של אנטואן הוא תרגום האוטוביוגרפיה של עמוס עוז ”סיפור על אהבה וחושך”. יש לקוות כי תרגום זה יצא בקרוב.

אין לי ספק כי אנטואן הוא אחד המתרגמים הטובים ביותר לערבית מעברית בימינו. בכך הוא ממלא תפקיד חשוב בהיווצרות דיאלוג בין שתי התרבויות.”

רצ"ב תצהירו של פרופסור ששון סומך מיום 9.1.2006 כנספח לעתירה שסימנו ע/ 3.

התנהלות משרד הפנים מול מר אנטואן שלחת

11. ביום 25.12.2005, אותו יום בו חגג מר שלחת את חג המולד יחד עם משפחתו, הוא קיבל צו חתום מיום 18.12.2005 של ראש הממשלה ושר הפנים המורה לו להימנע לצאת מן הארץ עד יום 31.12.2005. מר שלחת לא התכוון לצאת את הארץ, וגם לא תכנן לעשות זאת.

12. הצו הוצא מכוח תקנה 6 לתקנות שעת חירום (יציאה לחוץ – לארץ), התש"ח – 1948. בצו נטען כי יציאתו של מר שלחת נמנעת "כי מתקיים חשש ממשי...שיציאתו עלולה לפגוע בביטחון המדינה." עוד נאמר בצו כי נשקלת מניעת יציאתו של מר שלחת לתקופה של

שנים עשר חודשים. יחד עם צו זה קיבל מר שלחת גם הודעה ממנהל מינהל אוכלוסין במשרד הפנים מיום 19.12.2005.

13. בטרם מניעת יציאתו של מר שלחת אל מחץ לישראל, לא ניתנה לו הזדמנות כלשהי לטעון נגד מניעה זו. כמו כן, בשום שלב לא נאמר למר שלחת מדוע יציאתו נמנעת, וגם לא נחשף בפניו או בפני בא כוחו את החומר שעל בסיסו התקבלה ההחלטה למנוע את יציאתו מן הארץ.

רצ"ב צו ראש הממשלה ושר הפנים מיום 18.12.2005 כנספח לעתירה שסימנו ע/4.
רצ"ב הודעת מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים מיום 19.12.2005 כנספח לעתירה שסימנו ע/5.

14. ביום 26.12.2005 פנה העותר 2 בשמו של מר שלחת במכתב דחוף אל שר הפנים ואל מנהל מינהל אוכלוסין במשרד הפנים. העותר 2 הדגיש במכתבו את אי החוקיות הבוטה שבהחלטת שר הפנים למנוע את יציאת מר שלחת לחוץ לארץ עד ליום 31.12.2005. העותר 2 ציין במפורש את הפגיעה שלא כדין בזכות החוקתית לצאת את הארץ המעוגנת בסעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כמו כן, הודגשה הפגיעה הממשית והבוטה בזכותו של מר שלחת להליך הוגן, הואיל והפגיעה בזכותו החוקתית נעשתה בטרם שמיעתו, ותוך השארת החומר שעל בסיסו התקבלה ההחלטה הפוגעת בזכותו בעלטה גמורה. העותר 2 ביקש לבטל מייד את הצו הזמני המונע ממר שלחת לצאת את הארץ, וכן לספק לאלתר את החומר הנטען כי בגינו נמנעת יציאתו של מר שלחת לחוץ לארץ. המשיב ומנהל מינהל אוכלוסין במשרד הפנים לא השיבו לפנייה זו.

רצ"ב פניית העותר 2 מיום 26.12.2005 כנספח לעתירה שסימנו ע/6.

15. ביום 2.1.2006 הגיע לידי העותר 1 מכתב ממנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים שתאריכו 29.12.2005. במכתב זה מודיע מנהל מינהל האוכלוסין למר שלחת כי הוחלט להאריך את מניעת יציאתו מהארץ עד ליום 15.1.2006. למר שלחת לא נמסר כל צו של שר הפנים, המורה לו לא לצאת מישראל עד התאריך האמור.

רצ"ב מכתב מנהל מינהל אוכלוסין מיום 29.12.2005 כנספח לעתירה שסימנו ע/7.

16. ביום 2.1.2006 פנה העותר 2 אל מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים והודיע לו כי מכתבו אינו יכול לשמש צו המונע ממר שלחת לצאת את הארץ. מנהל מינהל האוכלוסין

אינו הרשות המוסמכת להוציא צו כאמור, אלא שר הפנים הוא רשות כזאת. עוד הוסיף העותר 2 כי גם אם קיים צו כלשהו של שר הפנים המונע ממר שלחת לצאת את הארץ עד יום 15.1.2006, הרי הוא ממילא בטל בשל אי חוקיותו הבוטה. העותר 2 ציין, בין השאר, כי העובדה שמר שלחת לא התכוון ולא תכנן לצאת את הארץ, והואיל מניעת יציאתו מתייחסת לכל העולם ולא למקום ספציפי, אינן אלא הוכחה ניצחת לשרירות שבהודעה הבלתי מוסמכת למנוע את יציאתו של מר שלחת לצאת את הארץ. במכתב זה הוסיף העותר 2 כי:

"מרשי הוא איש רוח וספר. עיסוקו הוא הכתיבה והקריאה. זהו גם תחביבו המועדף. הסביבה החברתית של מרשי היא הסביבה הספרותית והתרבותית. מרשי גם קרא את כתיבתו של פרנץ קפקא. אך הוא מעולם לא דמיין לעצמו כי השלטון יוביל אותו לגלם דמות מדמויותיו של קפקא הנופלת קורבן להתעמרות בה מצד אותו שלטון נעלם וחשוך."

רצ"ב מכתב העותר 2 מיום 2.1.2006 אל מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים כנספח לעתירה שסימנו ע/8.

רצ"ב פניית העותר 2 מיום 2.1.2006 אל היועץ המשפטי לממשלה בעניין התנהלות משרד הפנים מול מר שלחת מיום 2.1.2006 כנספח לעתירה שסימנו ע/9.

17. ביום 17.1.2006 קיבל מר שלחת "צו יציאה מהארץ מטעמי ביטחון". צו זה, שלא מתנוסס עליו שום סמל של משרד ממשלתי כלשהו, נטול תאריך כלשהו, ונעדר חתימתו האישית של שר הפנים, מורה למר שלחת לא לצאת מישראל לתקופה של שנים עשר חודשים. לפי מסמך זה "קיים חשש ממשי כי יציאתו מהארץ של מר שלחת עלולה לגרום לפגיעה קשה בביטחון המדינה, וזאת על ידי ניצול היציאה לצורך יצירת קשר עם גורמים עוינים." יצוין כי, הואיל ומסמך זה נטול תאריך תחילתו, והיות אין הוא מציין מועד פקיעתו, אלא רק תקופה של שנים עשר חודשים, יכול מסמך זה להיחשב כבר תוקף בכל זמן, ואף לעולמי עד.

רצ"ב צו ללא סמל של משרד ממשלתי כלשהו, ללא תאריך, וללא חתימה אישית של שר הפנים, המונע ממר שלחת לצאת את הארץ לשנים עשר חודשים כנספח לעתירה שסימנו ע/10.

18. ביום 25.1.2006 הגיעה לידי מר שלחת מעטפה של משרד הפנים. מעטפה זו נשלחה מירושלים ביום 23.1.2006. בתוך מעטפה זו נמצא מכתב מאת מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים מר ששי קציר מיום 15.1.2006. מר קציר מודיע למר שלחת כי שר הפנים החליט למנוע בצו את יציאתו מהארץ במשך 12 חודשים. כמו כן, מר קציר מצרף את צו שר הפנים המונע ממר שלחת לצאת את הארץ. צו זה שונה באופן מהותי, הן בצורתו והן

בנוסחו, מצו שר הפנים, באותו עניין ממש, שהגיע לידי מר שלחת ביום 17.1.2006. צו שר הפנים שהגיע לידי מר שלחת ביום 25.1.2006 חתום בידי שר הפנים בחתימה אישית, ומתנוסס עליו תאריך: 12.1.2006. גם נוסחו שונה בצורה בולטת מנוסח הצו שהגיע לידי מר שלחת ביום 17.1.2006.

19. מר קציר מוסיף ודוחה את טענת מר שלחת כי לא נשלח אליו צו שר הפנים המאריך את מניעת יציאתו מהארץ מיום 1.1.2006 עד ליום 15.1.2006, וכהוכחה לכך מציין מר קציר במכתבו כי "בכל הנוגע לטענה כי הצו הזמני מיום 28.12.05 לא הגיע לידיך מצ"ב צו זה בשנית, אף כי הוא צורף למכתבי מיום 29.12.05". מר קציר לא צירף את הצו האמור גם למכתבו זה, וממילא הוא לא נתקבל על ידי מר שלחת, במידה ויש צו כזה.

רצ"ב עותק של מעטפת משרד הפנים עם תאריך שליחתה 23.1.2006 כנספח לעתירה שסימנו ע/11.

רצ"ב מכתב מנהל מינהל אוכלוסין במשרד הפנים מיום 15.1.2006 כנספח לעתירה שסימנו ע/12.
רצ"ב צו שר הפנים הנוסף מיום 12.1.2006 כנספח לעתירה שסימנו ע/13.

20. כאמור, מר שלחת לא התכוון לצאת את מישראל, וגם לא תכנן לעשות זאת בטרם החל לקבל לידי צווים והודעות ממשרד הפנים המורים לו ומודיעים לא על האיסור לצאת מישראל. יתרה מכך, בשום שלב לא נאמר למר שלחת על בסיס מה התקבלה ההחלטה למנוע את יציאתו מהארץ. למותר לציין, כי זכותו החוקתית של מר שלחת לצאת מישראל אוינה ובוטלה כלא הייתה, על ידי המשיב ופקיד במשרד הפנים בטרם נשמעה עמדתו, ומבלי לחשוף את החומר שבגיניו נטען כי מוצדק לשלול זכות חוקתית ממר שלחת.

הטיעון המשפטי

21. העותרים יטענו, במצטבר ולחילופין, כי צו שר הפנים המונע ממר שלחת לצאת מישראל שנים עשר חודשים בטל הוא משום שהוצא בחוסר סמכות; פגע בזכות החוקתית המפורשת של מר שלחת לצאת מישראל שלא כדין; והושתת על הליך בלתי חוקי ובלתי ראוי, וממילא פגע בזכותו של מר שלחת להליך הוגן.

חוסר סמכות

22. העותרים יטענו כי הצו המונע ממר שלחת לצאת מישראל מכוח תקנה 6 לתקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), תש"ח – 1948 (להלן: תקנה 6) הוצא בחוסר סמכות, הואיל ומר שלחת לא התכוון לצאת מישראל, וגם לא תכנן לצאת לחוץ לארץ, בטרם קיבל צו

המשיב הזמני והודעת פקיד משרד הפנים שמנעו ממנו לצאת מישראל, ובטרם קיבל את הצו הקבוע של המשיב המונע ממנו לצאת מישראל לתקופה של שנים עשר חודשים.

23. תקנה 6 קובעת כי :

”שר הפנים רשאי לאסור את יציאתו של אדם מישראל, אם קיים יסוד לחשש שיציאתו עלולה לפגוע בביטחון המדינה.”

24. תנאי הכרחי להפעלת סמכות שר הפנים שבתקנה 6 הוא שעומדת להתרחש יציאה מישראל. שר הפנים אינו מוסמך, לפי תנאי התקנה, לאסור את העדרה של יציאה מישראל, אלא את ”יציאתו של אדם מישראל.” יתר על כן, לפי לשון תקנה 6, תנאי הכרחי נוסף להפעלת סמכות שר הפנים על פיה הוא שמתקיים יסוד לחשש שיציאת האדם מישראל עלולה לפגוע בביטחון המדינה.

25. כיצד, אפוא, אי יציאה מישראל, והעדר כוונה ותכנון לצאת מישראל יכולים להפעיל את גלגלי הסמכות שבתקנה 6? כלום חלה תקנה 6 על מקרה של אדם שאינו יוצא מישראל, לא כל שכן כאשר אין הוא מהווה סכנה כלשהי לביטחון המדינה? התשובה ברורה: בהעדר יציאה מישראל, כאשר אין כוונה או תכנון לצאת מישראל, לא ניתן להיזקק לסמכות שבתקנה 6. ממילא נובע מכל האמור, כי אדם שאינו מתכוון או מתכנן לצאת מישראל, אינו יכול לפגוע בביטחון המדינה מכוח יציאתו.

26. העותרים יטענו בהדגשה יתרה, אפוא, כי תקנה 6 לא יכולה להוות מקור סמכות לשר הפנים להטיל איסור מטעמו על אדם לצאת מישראל, כאשר אין האחרון מתכוון או מתכנן לצאת מישראל. חייבים להתקיים שני תנאים, יציאה ופגיעה פוטנציאלית כתוצאה מאותה יציאה בביטחון המדינה, בטרם יתאפשר לשר הפנים לאסור יציאת אדם מישראל מכוח תקנה 6. כמו כן, היציאה והסכנה קשורים הם בקשר הדוק, מכוח האמור בתקנה 6. שכן, מניעת היציאה נועדה למנוע את הסכנה הצפויה ממנה. הפוטנציאל של פגיעה בביטחון המדינה, לפי תקנה 6, אמור להתהוות בחוץ לארץ. ממילא אם אדם אינו מתכוון או מתכנן לצאת מישראל, אין הוא יכול לפגוע בביטחון המדינה במובנה של תקנה 6.

ראו בג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים פ"ד מ (2) 701, 717.

27. בית המשפט הנכבד הדגיש חזור והדגש את חובת השלטון ורשויות המדינה לפעול מכוח הסמכות הנתונה להם בחוק, ומכוחה בלבד. כך, למשל, קבע בית המשפט הנכבד בעניין ברזילי את הכלל הבסיסי בדבר חוקיות המינהל וכפיפות השלטון לעיקרון שלטון החוק :

"בכל הנוגע לרשות המבצעת, שלטון החוק משמעו חוקיות המינהל. הרשות המבצעת כפופה לחוק. ליחידה אין זכויות, כוחות או חסינויות, אלא אם כן החוק מעניק זאת להם. מכאן שלאיש השלטון, בתור שכזה, אין יתר זכויות, כוחות או חסינויות מאשר לכל אדם אחר במדינה, ועל-כן יש לו אותה אחריות למעשיו כמו לכל אדם אחר."

ראו בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 621.

28. בספרו **הסמכות המינהלית**, עומד השופט (בדימוס) פרופסור זמיר על חשיבות עיקרון חוקיות המינהל, משמעותו, ומקורו כדלקמן:

"העיקרון בדבר חוקיות המינהל (administrative legality) קובע כי אין סמכות לשום רשות מינהלית אלא אותה סמכות שהוענקה לה לפי חוק. זהו הכלל הבסיסי בדיני המינהל הציבורי: הוא משמש לביקורת החוקיות של כל החלטה מינהלית ללא יוצא מן הכלל.

...
העיקרון בדבר חוקיות המינהל נובע באופן הכרחי מעצם המהות של הדמוקרטיה. הדמוקרטיה מקנה את הריבונות לעם. העם הוא שמקנה לממשלה ולכל רשות מינהלית אחרת, באמצעות חוקים, את כל הסמכויות שבידיהן. ואין בידיהן אלא הסמכויות שהחוק הקנה להן. החוק, אם כן, הוא המקור, כמו גם הגבול, של כל תפקיד וכל סמכות של כל רשות."

ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** (כרך א, 1996), 49 – 50.

הפרת הזכות החוקתית לצאת מישראל

שיטת המשפט ויסודות הדין הנוהג

29. העותרים יטענו כי הואיל והזכות לצאת מישראל היא זכות חוקתית, המעוגנת במפורש בסעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אזי חובה על המשיב לעשות שימוש בסמכות מכוח תקנה 6 ולאסור יציאתו של אדם לחוץ לארץ, רק בהתקיים קשר קרוב לוודאי ("וודאות קרובה") בין היציאה מישראל לפגיעה בביטחון המדינה. יתר על כן, הזכות לחופש התנועה הנדונה כאן היא חלק מהאוטונומיה האישית של האדם, ומחופש הבחירה שלו, וממילא אינה אלא חלק אינטגרלי מכבודו של האדם המוגן אף בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנשיא ברק מציין בהקשר זה בספרו **פרשנות חוקתית**:

"הערך של כבוד האדם וחירותו מבוסס על האוטונומיה של הרצון האישי, על חופש פיתוח האישיות ועל ההכרה בחופש הבחירה של הפרט. מכאן נגזרת זכותו של הפרט לנוע באופן חופשי בגבולות מדינתו ומחוצה לה."

ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** (1994), 428.

30. סעיף 6(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירות קובע כי "כל אדם חופשי לצאת מישראל." היציאה מישראל היא, אפוא, זכות חוקתית המעוגנת באופן מפורש בחוק יסוד. זוהי זכות אשר רמתה הנורמטיבית היא הגבוהה ביותר. מנגד, קובע סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כי "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד." תקנה 6 היא דין קודם לחוק היסוד. יחד עם זאת, סעיף 11 לחוק היסוד קובע את חובת הרשויות לכבד את הזכויות המנויות בו "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה."

31. מקורו של הסדר משמר דינים זה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא בצורך להגיע להסכמה רחבה סביבו, בייחוד לאור המחלוקת בנוגע ליחסי דת ומדינה. אכן, בכל האמור לתכלית הסובייקטיבית של החוק, כוונת המחוקק לא היתה לשמר את דין תקנות ההגנה לשעת חירום הפוגע, באופן בוטה ודרקוני בזכויות האזרח והאדם. ההקשר, כאמור, היה מניעת פגיעה בסטטוס קוו במסגרת יחסי דת ומדינה. אכן, שימור הדינים חל גם על דיני תקנות ההגנה לשעת חירום, גם אלה שמשנת 1948. הנשיא ברק ביקר זאת בחריפות בספרו **פרשנות חוקתית** (עמ' 561):

"מערך נורמטיבי זה הוא פרי פשרה פוליטית. עם זאת, הוא יוצר אנומליה חוקתית. אין זה מצב בריא לשיטת המשפט, כאשר חלקה האחד, (הישן) אינו נתון למשטר חוקתי-על-חוקי, ואילו חלקה האחר (החדש) נתון למשטר חוקתי-על-חוקי. שיטת משפט שואפת להרמוניה ולאחדות. שמירת הדינים פוגעת בהרמוניה ובאחדות. יש לעשות, כמובן, הכל כדי להקטין את המתח הפנימי אשר נוצר ממצב דברים זה."

32. בית המשפט הנכבד קבע בעניין **גנימאת** כי עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נפל דבר בישראל. אירע שינוי קונספטואלי, המשפיע על ההסתכלות המשפטית על הדין. זו צריכה להיות, כפי שנקבע באותו עניין על ידי בית המשפט הנכבד, ממבט רחב. יתרה מכך, בית המשפט הנכבד קבע כי אף הדין הקודם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הנשמר על ידי סעיף 10 לחוק היסוד, כפוף להשפעה וההשלכה הכבירה שיש לחוקי היסוד האמורים על שיטת המשפט, והכנסתה דה יורה לעידן של חוקתיות. בית המשפט הנכבד קבע בעניין **גנימאת** כי:

"עם חקיקתו של חוק היסוד נפל דבר בישראל. מעמדן הנורמטיבי של מספר זכויות אדם שונה. הן הפכו להיות חלק מחוקתה של המדינה. ניתן להן מעמד חוקתי-על-חוקי... כללי פרשנות אלמנטאריים בדבר הצורך לקיים הרמוניה חקיקתית מחייבים את המסקנה, כי לחוק היסוד השפעה נורמטיבית על החקיקה הישנה..."

פרשנותו של הדין הישן צריכה להיעשות ברוח הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד

האדם וחירותו שמר על תוקפה (VALIDITY) של החקיקה הישנה. הוא לא שמר על מובנה (MEANING)... סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עוסק בתוקפו של הדין הישן, לא במובנו. מובנו של הדין הישן נעשה על-פי כללי הפרשנות, לרבות כלל הפרשנות (ההילכתית) כי את הדין הישן יש לפרש ברוח הוראות חוק היסוד החדש. על-כן, סעיף 10 לחוק היסוד לא מקפיא את מובנו של הדין הישן למובן שניתן לו לפני חקיקתו של חוק היסוד... המובן עשוי להשתנות עם השינויים "בסביבה" החוקתית והחקיקתית."

ראו בש"פ 95/537 עימאד גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355, 410 – 411.

33. יתר על כן, בית המשפט הנכבד קבע כי שינוי משמעותי חל גם באופן הפעלת שיקול הדעת של הרשות המבצעת בבואה לפגוע בזכות חוקתית, לא כל שכן זכות חוקתית המעוגנת במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית המשפט הנכבד אף מציין כי מעמדה החוקתי של הזכות לחופש התנועה הצריך שיקול דעת שיפוטי מחודש להצדקת הפגיעה בזכות זו בעקבות מעמדה החדש. אין ספק, אפוא, כי גם שיקול הדעת השלטוני של ראוי לבחינה מחודשת כאמור, ולו מכוח קל וחומר. בית המשפט הנכבד קבע בעניין **גנימאת** בהקשר זה כי (עמ' 419 – 420):

"המקרה השני שבו ניתן להצביע על השלכותיהם של חוקי היסוד החדשים על הדין הישן, הוא זה הכרוך בהפעלת שיקול-דעת שלטוני... מן המפורסמות הוא כי שיקול-דעת שלטוני צריך להגשים את תכלית החקיקה. העיון מחדש בתכלית החקיקה הישנה גורר אחריו אפוא גם הפעלה מחודשת של שיקול הדעת במסגרתו... כך, למשל, המעמד החוקתי החדש של הזכות לתנועה הצריך עיון מחדש של שיקול הדעת השיפוטי במתן צו עיכוב יציאה מהארץ... כתוצאה מעיון מחודש זה הוטלו מגבלות חדשות על הפעלת שיקול הדעת השיפוטי המונע יציאתו של אדם מישראל."

וראו דברים דומים של בית המשפט הנכבד, בהקשר למעמדה של הזכות לקניין המעוגנת במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בבג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (2) 625, 698 – 710, 702.

34. בעניין **דאהר**, שניתן ביום 28.5.1986, קבעה המשנה לנשיא בן פורת מבחן של "חשש כן ורציני" לפגיעה בביטחון המדינה, להפעלת הסמכות של שר הפנים מכוח תקנה 6 (שם, עמ' 708). בית המשפט הסתמך גם על קביעת מבחן זה בעניין **קאופמן** שניתן ביום 9.6.1953. כך ניתח בית המשפט בעניין **קאופמן** את שאלת האיזון בין חופש התנועה וביטחון המדינה, בפתיחת פסק הדין, בטרם אפילו ניתוח העובדות של המקרה שבפניו:

"לפנינו שאלה רבת חשיבות, האוצלת, או עלולה לאצול, על עניני בטחון המדינה מזה וחופש התנועה של האזרח מזה. אין השאלה כאן, הי מיניהו עדיף. ברור ונעלה מספק, ואין צורך להרבות מילים על כך, כי עניני בטחון המדינה קודמים לכל דבר, וכי אף החשש – החשש הכן והרציני – לפגיעה בענינים אלה, עשוי לדחוק לקרן זווית כל שיקול אחר, ויהא משקלו אשר יהא."

ראו בג"ץ 111/53 חיה קאופמן נ' שר הפנים ואח' פ"ד ז(1), 534, 536.

35. השופט בד ציין בעניין דאהר כי "החשש ה"רציני", המצדיק מתן צו לאיסור יציאתו של אדם מן המדינה, חייב להיות מושתת על ההערכה, שקיימת סכנה של ממש, כי עקב נסיעתו של אותו אדם לחוץ לארץ עלול להיגרם נזק משמעותי לביטחון המדינה". (שם, עמ' 717). בעניין שיח' ראיד סלאח השאיר השופט טירקל את המבחן שנקבע בעניין קאופמן "חשש כן ורציני" על כנו, על אף קביעת הזכות לצאת את הארץ במפורש כזכות חוקתית בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ראו בג"ץ 4706/02 שיח' ראיד סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5), 695, 705. והשוו עם סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה.

36. יצוין, כי בית המשפט בעניין דאהר, ובעקבותיו גם השופט טירקל בעניין שיח' ראיד סלאח, אבחן בין חשיבות הזכות לחופש התנועה בתוך המדינה, לזו אל מחוץ למדינה, בהעניקו חשיבות יתרה לזכות הפנים מדינתית, בהסתמך על הפסיקה האמריקאית. יחד עם זאת, ספק רב אם ההסתמכות על הפסיקה הזרה ראויה במקרה זה, הואיל והתכלית להבחנה האמריקאית אינה מתקיימת בשיטת המשפט הישראלית. שם הודגשה זכות חופש התנועה הפנים מדינתית, בין השאר, כדי לא להרפות יתר על המידה מהמשטר הפדראלי לכיוון משטר של מדינות לא מאוחדות של אמריקה.

ראו יפה זילברשץ "זכות היציאה מהארץ" משפטים כג, 69, 98 – 106 (1994).

37. ויודגש, כי גם על פי הציטוטים של המשנה לנשיא בן פורת מהפסיקה האמריקאית, ניתן ללמוד כי חופש התנועה לחוץ המדינה לא פחות חשוב מחופש התנועה בתוכה. כך, למשל,

מצטטת המשנה לנשיא בן פורת מפסק דין *Kent* כי (עמ' 712 בעניין דאהר):

"Freedom of movement across frontiers in either direction, and inside frontiers as well, was a part of our heritage. Travel abroad, like travel within the country...may be as close to the heart of the individual

as the choice of what he eats, or wears, or reads.
Freedom of movement is basic in our scheme of values"

38. יתרה מכך, בית המשפט העליון הפדראלי ממשיך ומדגיש בעניין *Kent* את חשיבות הזכות לחופש התנועה, דווקא בהקשר של יציאה מחוץ לארץ. בית המשפט האמריקאי מצטט את המלומד Chafee שכתב על משמעות וחשיבות הנסיעה לחוץ לארץ. אכן, מדברים אלה שמצטט בית המשפט העליון האמריקאי (שלא הובאו בעניין דאהר) ניתן להסיק כי הזכות לחופש תנועה לחוץ לארץ אפילו חשובה יותר מאותה זכות בתוך הארץ. להלן דבריו המצוטטים של המלומד Chafee, התקפים בחדות מזהירה גם למשיב:

"Foreign correspondents and lecturers on public affairs need first-hand information. Scientists and scholars gain greatly from consultations with colleagues in other countries. Students equip themselves for more fruitful careers in the United States by instruction in foreign universities. Then there are reasons close to the core of personal life - marriage, reuniting families, spending hours with old friends. Finally, travel abroad enables American citizens to understand that people like themselves live in Europe and helps them to be well-informed on public issues. An American who has crossed the ocean is not obliged to form his opinions about our foreign policy merely from what he is told by officials of our government or by a few correspondents of American newspapers. Moreover, his views on domestic questions are enriched by seeing how foreigners are trying to solve similar problems. In many different ways direct contact with other countries contributes to sounder decisions at home."

ראו:

Kent v. Dulles, 357 U.S. 116, 126 – 127 (1958).

39. מעמדה של הזכות לצאת מישראל קבוע היום באופן חוקתי מפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק יסוד זה אינו מבחין בין זכות לעזוב את ישראל לזכות לנוע במסגרתה. אכן, ניתן אפילו להסיק מהעדרה של זכות מפורשת לחופש תנועה פנים מדינתית כי אחותה החוץ מדינתית היא הבכירה, שכן שמה מופיע יחד עם הזכויות האחרות שנפל בחלקן להיכלל בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. העותרים אינם טוענים זאת. לשיטת העותרים לשתי הזכויות צריך להיות אותו מעמד נורמטיבי. יחד עם זאת, העותרים כן טוענים, ובהדגשה יתרה, כי המצב המשפטי הקיים אינו מאפשר כלל וכלל, גם לא על דרך הפרשנות, להסיק כי זכות שאינה קיימת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

(חופש תנועה פנים מדינת), תיחשב כזכות בכירה יותר מזכות, קרובת משפחה אמנם, שכן מעוגנת במפורש באותו חוק יסוד (חופש תנועה חוץ מדינת).

40. העותרים יטענו, כי מניעת יציאתו של מר שלחת על ידי שר הפנים אינה חוקית לפי המבחנים שהותוו עד כה על ידי בית המשפט הנכבד להפעלת סמכות שר הפנים מכוח תקנה 6. אכן, המקרה של מר שלחת הוא המקרה הקלאסי שבו שלא מתקיים וס חשש לסיכון לביטחון המדינה אם יצא את הארץ: לא חשש סתם, לא חשש רציני, ולא חשש כן ורציני. אם נוסף על כך את העובדה שמר שלחת לא התכוון לצאת את הארץ ולא תכנן לעשות זאת, אזי אי החוקיות שבמניעת יציאתו על ידי שר הפנים לפי כל אחד מהמבחנים שזכרו מקבלת משנה תוקף והדגשה יתרה. העותרים יטענו עוד כי העובדה שיציאתו של מר שלחת נאסרה לתקופה כה ארוכה (12 חודשים), ומבלי לציין מקום כלשהו בחו"ל אליו נאסרת יציאתו, רק מחריפים את שרירות החלטת שר הפנים ואי חוקיותה.

מבחן ה"וודאות קרובה"

41. העותרים יוסיפו ויטענו כי המקרה הנדון של מר שלחת, לשון תקנה 6, התפתחות שיטת המשפט בטרם ואחרי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומעמדה החוקתי של הזכות לצאת מישראל מכוח סעיף 6(א) לחוק היסוד האמור, מחייבים אימוץ מבחן של קשר קרוב לוודאי ("וודאות קרובה") להתקיימות פגיעה בביטחון המדינה, בטרם ימנע שר הפנים את יציאתו של אדם מחוץ לישראל לפי תקנה 6.

42. אכן, הקלות היתרה שבה הוציא שר הפנים צו האוסר על אזרח, שהוא גם עיתונאי בכיר ואינטלקטואל חריף, לצאת מישראל, על אף שהאחרון לא התכוון ולא תכנן לעשות זאת, מחייבת להציב מכשולים נוקשים יותר בפני שר הפנים למען הפעלת סמכותו, הדרקונית ממילא, מכוח תקנה 6.

43. יתרה מכך, לשון התקנה מאפשרת אימוץ מבחן הסתברותי שיחייב את שר הפנים להעניק את המשקל הראוי לזכות החוקתית שבכוונתו לשלול. תקנה 6 קובע כי:
"שר הפנים רשאי לאסור את יציאתו של אדם מישראל, אם קיים יסוד לחשש שיציאתו עלולה לפגוע בביטחון המדינה"

44. על פי לשונה של תקנה 6 היא כוללת, אפוא, שני יסודות: 1. יציאה מישראל, או כוונה או תכנון ליציאה מישראל; 2. מבחן הסתברותי של יציאה מישראל שעלולה לפגוע בביטחון המדינה.

45. עוד ביום 16.10.1953 התייחס בית המשפט הנכבד למבחן הסתברותי הנובע מהמושג עלול לסכן. בפסק דינו בעניין קול העם, פירש בית המשפט הנכבד, בסוגיה דומה מאוד לנשוא העתירה דנן, את משמעות המונח והמבחן ההסתברותי "עלול לסכן" את הסדר הציבורי, הקיים בפקודת העיתונות שמסמיכה את שר הפנים להורות על סגירתו של עיתון אם פרסומו עלול לסכן את הסדר הציבורי. בית המשפט הנכבד קבע בעניין קול העם את מבחן "הוודאות הקרובה" הנובע מהשימוש במונח "עלול לסכן". קביעה זו משמשת עד היום הזה כאחד מאדני המשטר החוקתי בישראל:

"אולם כתוב בסעיף 19(2)(א): "עלול לסכן". למה מתכוון המונח "עלול"? התשובה לשאלה זו תלויה בבחירה באחת משתי גישות אפשריות. לפי הגישה האחת, מספיק הוא – לשם קיום התנאי הנקוב בסעיף-החוק האמור שדברי הפרסום יגלו אך נטיה – ואפילו נטיה קלה או רחוקה – בכיוון אחת התוצאות שכללנו במושג "סיכון שלום הציבור"; ואילו לפי הגישה השנייה, חייב שר-הפנים להשתכנע מראש, שבין דברי הפרסום – בהתחשב בנסיבות שבהם נתפרסמו – לבין האפשרות שתצמח אחת התוצאות הנ"ל נוצר קשר המחייב את המסקנה, שהאירוע של אותה תוצאה הוא קרוב לודאי במובן שך "probable". הננו סבורים, כי הגישה השנייה היא המשקפת את כוונת המחוקק בסעיף 19(2)(א) הנ"ל."

ראו בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2), 871, 882.

46. התפתחות שיטת המשפט אף היא מחייבת כי שר הפנים יפעל לפי מבחן "הוודאות הקרובה" בבואו למנוע יציאת אדם מישראל מכוח תקנה 6. בעניין שניצר דן בית המשפט הנכבד בסוגיית סמכות שלטונית (הצנזור הצבאי) לפסול פרסום מכוח תקנות ההגנה לשעת חירום (1945). בית המשפט הנכבד קבע באופן מפורש כי פרשנות סמכות "הצנזור הצבאי" צריכה להיות לאור עקרונות היסוד של השיטה, הכוללים זכויות אזרח וזכויות אדם, והכל בעת הפעלת הסמכות, להבדיל מעת כינונה של הסמכות והקשרה משנת 1945.

47. בית המשפט הנכבד מגיע למסקנה כי גם סמכות "הצנזור הצבאי" שמקורה בתקנות ההגנה לשעת חירום (1945) צריכה להיות כפופה למבחן "הוודאות הקרובה". בית המשפט הנכבד קובע בהקשר זה כי:

"...רק פגיעה קשה וממשית בסדר הציבורי יש בה כדי להצדיק הגבלה על חופש הביטוי. כמו כן נפסק, כי ההסתברות המצדיקה הגבלה על חופש הביטוי היא זו של "הקרוב לודאי"...מבחינה סמנטית, מותנית סמכותו של הצנזור הצבאי בכך שהוא סבור כי הפרסום עלול (likely) לפגוע בביטחון. נוסחת ה"עלול" היא גם הנוסחה ששימשה בסיס "לקרוב לודאי" להלכת בג"צ 73/53...הגישה השיפוטית-פרשנית הנזכרת אינה מעוגנת אך בלשון "העלול" של תקנות ההגנה. היא משקפת גישה עקרונית

למשקלם היחסי של הערכים בדבר ביטחון המדינה והסדר הציבורי מזה וחופש הביטוי מזה, ולאיוון הראוי מביניהם... אין כל ייחוד בתקנות ההגנה, ואין על-כן כל צידוק לסטייה מהתפיסה הכללית המקובלת בישראל בסוגיות דומות."

ראו בג"ץ 680/88 שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי ואח' פ"ד מב(4) 617, 630-632. והשוו עם החלת אותו מבחן הסתברותי של "וודאות קרובה" לפגיעה בסדר הציבורי על מנת לאפשר צמצום זכות היסוד בדבר חופש ההפגנה עוד בשנת 1984: בג"ץ 153/83 אלן לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2), 393.

48. העותרים יטענו כי הואיל והזכות לצאת מישראל היא זכות חוקתית מפורשת, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אזי חובה על שר הפנים להחיל מבחן הסתברותי בבוא לעשות שימוש בסמכותו מכוח תקנה 6. כמו כן, חובה על שר הפנים להיזקק, לכל הפחות, למבחן ההסתברותי של "וודאות קרובה". אכן, מבחן אחר, המטיל הגבלות פחותות יותר על סמכות שר הפנים לשלול זכות חוקתית, אינו נותן את המשקל הראוי לזכות החוקתית. יתר על כן, מבחן אחר יצור מדרג נורמטיבי מעוות, שבמסגרתו זכויות יסוד חשובות מוגבלות בהתאם למבחן ההסתברותי של "וודאות קרובה", ואילו זכויות חוקתיות, אשר מעמדן הנורמטיבי גבוה יותר בהגדרה, מוגבלות בהתאם למבחן הסתברותי פחות נוקשה כלפי הרשות המוסמכת. כל זאת, כאשר שני סוגי הזכויות, היסוד והחוקתיות, נמצאים באותו מעגל ערכי וסביבה נורמטיבית בכל האמור לחשיבותם לכבוד האדם, החופש שלו, והאוטונומיה האישית שלו. והשוו עם דברי הנשיא ברק בספרו **פרשנות חוקתית** (עמ' 247) המכוונים לצורך במבחן אחיד, בייחוד בכל האמור למבחן ההסתברותי המאזן בין הזכויות לחופש ביטוי וחופש תנועה מחד, והאינטרסים בדבר סדר ציבור וביטחון מדינה מאידך.

49. יתר על כן, המבחן ההסתברותי של "וודאות קרובה" להגבלת הזכות החוקתית לצאת מישראל מכוח תקנה 6 נדרש גם לאור המשטר המשפטי של הגבלת הזכויות החוקתיות, שלא תיתכן אלא לאחר הצלחה במבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד.

הזכות לצאת מישראל לפי האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966)

50. העותרים יטענו עוד כי גם הפרשנות המוסמכת של ועדת זכויות האדם באו"ם לזכות לצאת מהארץ המעוגנת בסעיף 12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 מחייבת, לכל הפחות, כי שר הפנים יפעל לפי המבחן ההסתברותי של "וודאות קרובה" בבואו להפעיל את סמכותו מכוח תקנה 6 לפגוע בזכות החוקתית לצאת מישראל.

51. מדינת ישראל היא צד לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966). ביום 19.12.1966 ישראל חתמה על אמנה זו. ביום 3.10.1991 ממשלת ישראל אשררה אמנה זו. סעיף 12(2) לאמנה קובע את הזכות הבסיסית לצאת את הארץ, ואילו סעיף 12(3) קובע את הכלל כי לא ניתן להגביל זכות זו, למעט מקרים יוצאים מן הכלל:

"2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant."

52. אכן, את האמור בסעיף 12(3) "consistent with the other rights recognized in the present Covenant" יש לקרוא יחד עם סעיף 15(1) לאמנה הקובע במפורש כי שום סעיף באמנה יפורש באופן המאיין את הזכויות המנויות בה:

"Nothing in the present Covenant may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms recognized herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the present Covenant."

53. בהתאם לכך, ועדת זכויות האדם של האו"ם לעניין האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות קבעה בפרשנות המוסמכת שלה מיום 2.11.1999 (General Comment No. 27), בין השאר, כי הגבלת הזכות לצאת את הארץ חייבת לא לאיין את הזכות בהתאם לאמור בסעיף 15(1) לאמנה. עוד היא הוסיפה, כי ההגבלה של הזכות חייבת לעלות בקנה אחד עם תנאי הכורח (necessity) והמידתיות, כאשר הן הרשות הרלבנטית והן בתי המשפט כפופים לכללים אלה בבואם להגביל את הזכות לצאת מהארץ. כמו כן היא קבעה עוד כי הגבלת הזכות לצאת מהארץ חייבת להיות מבוססת על סיבות גלויות של ההגבלה:

"In adopting laws providing for restrictions permitted by article 12, paragraph 3, States should always be guided by the principle that the restrictions must not impair the essence of the right (cf. art. 5, para. 1); the relation between right and restriction, between norm and exception, must not be reversed. The laws authorizing the application of restrictions should use

precise criteria and may not confer unfettered discretion on those charged with their execution.

Article 12, paragraph 3, clearly indicates that it is not sufficient that the restrictions serve the permissible purposes; they must also be necessary to protect them. Restrictive measures must conform to the principle of proportionality; they must be appropriate to achieve their protective function; they must be the least intrusive instrument amongst those which might achieve the desired result; and they must be proportionate to the interest to be protected.

The principle of proportionality has to be respected not only in the law that frames the restrictions, but also by the administrative and judicial authorities in applying the law. States should ensure that any proceedings relating to the exercise or restriction of these rights are expeditious and that reasons for the application of restrictive measures are provided... The application of restrictions in any individual case must be based on clear legal grounds and meet the test of necessity and the requirements of proportionality."

רצ"ב פרשנות ועדת זכויות האדם מטעם האו"ם לזכות לצאת מהארץ מכוח האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) מיום 2.11.1999 כנספח לעתירה זו שסימנו ע/ 14.

54. העותרים יטענו, אפוא, כי המשיב הפר את חובתו לכבד את הזכות לצאת מהארץ הקבועה באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) שאושרה על ידי מדינת ישראל. כמו כן, העותרים יטענו כי אימוץ מבחן הסתברותי למימוש סמכות שלילת היציאה מישראל מכוח תקנה 6 שהוא פחות בחומרתו כלפי המשיב ממבחן ה"וודאות הקרובה" מהווה אף הוא הפרה ממשית וברורה של חובת המשיב לכבד את הזכות הנדונה המעוגנת באמנה הבינלאומית.

55. הנה כי כן, המשיב הפר את הזכות החוקתית העומדת למר שלחת לצאת מישראל בשלוש רמות הפשטה שונות של דין: על פי הדין הנוהג, על פי יישום מבחן ה"וודאות הקרובה" כמבחן הסתברותי למימוש הסמכות מכוח תקנה 6, ולפי משמעותה של הזכות לצאת את ישראל בדין הבינלאומי. בטלות מיידית היא התוצאה המתחייבת מהפרה בוטה וממשית זו מצד המשיב כלפי מר שלחת.

הליך בלתי הוגן

56. העותרים יטענו כי ההליך שנקט בו שר הפנים כדי לשלול ממר שלחת את זכותו החוקתית לצאת מישראל היה בלתי הוגן, הואיל וזכותו של מר שלחת נשללה בטרם תישמע עמדתו. יתרה מכך, הפרה ממשית ובוטה נוספת לזכות היסוד של מר שלחת להליך הוגן היא הסתרת כל מידע מעיניו שלטענת שר הפנים מצדיק את הפגיעה בזכות החוקתית של מר שלחת לצאת מישראל. ויודגש שוב, מר שלחת לא התכוון ואף לא תכנן לצאת מישראל בטרם החלו החלטות ופעולות שר הפנים לזרום בכיוונו של מר שלחת.

57. בעניין **גינגולד** הדגיש השופט (כתוארו אז) ברק את קיומה וחשיבותה של זכות הטיעון. זכות זו קיימת לכל מי שזכותו ומעמדו עלול להיפגע כתוצאה מהחלטת ומעשי הרשות המנהלית. בית המשפט הנכבד קבע בעניין זה כי:

"זכות יסוד של האדם בישראל היא, כי רשות ציבורית, הפוגעת במעמדו של אדם, לא תעשה כן, בטרם תעניק לאותו אדם את ההזדמנות להשמיע את דעתו. לעניין זכות יסוד זו, אין נפקא מינה, אם הרשות הציבורית פועלת מכוח חיקוק או מכוח הנחיה פנימית או מכוח הסכם. אין גם כל חשיבות לשאלה, אם הסמכות המופעלת היא שיפוטית, כעין שיפוטית או מינהלית, ואם שיקול הדעת, הניתן לאותה רשות, הוא רחב או צר. בכל מקרה, בו רשות ציבורית מבקשת לשנות את מעמדו של אדם, עליה לפעול כלפיו בהגינות, וחובה זו מטילה על הרשות את החובה להעניק לאותו אדם את ההזדמנות להשמיע את דעתו."

ראו בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה (2) 649, 655.

ראו גם:

בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1511.

יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** (חלק ב) (ירושלים: נבו הוצ' לאור, 1996) עמ' 793 ואילך.

58. העותרים יטענו כי על אף שהזכות להליך הוגן היא זכות עצמאית העומדת על רגליים איתנות כזכות יסוד מוכרת בשיטת המשפט, הרי זכות זו מקבלת משנה תוקף ואף מעמד של חוקתיות כאשר היא נבחנת בהקשר של פגיעה עד כדי שלילה של זכות חוקתית המעוגנת במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שהזכות לצאת מישראל מנויה במפורש באותו חוק יסוד.

59. כפועל יוצא מהמעמד של הזכות להליך הוגן כזכות יסוד או כזכות חוקתית, אין אפשרות, העותרים יטענו, כי המשיב ישלול זכות חוקתית בטרם ישמע את נושא הזכות הנשללת.

בדומה לכך, העותרים מדגישים, לא ניתן להרעיף לגיטימציה משפטית כלשהי על פעולה של המשיב השוללת זכות חוקתית בהסתמך על מידע בלתי נראה, נעלם, חבוי אי שם בעלטה בלתי בטוחה בעצמה.

60. אכן הזכות להליך הוגן היא חלק מכבוד האדם וחירותו. בית המשפט העליון הפדראלי בארה"ב אף הסיק, עוד בשנת 1958, את הזכות לחופש תנועה כזכות יסוד ראשונה במעלה בארה"ב, בהיותה חלק מהזכות לחופש שלא ניתן לשלול אותו אלא לאחר מימוש של הליך הוגן:

"The right to travel is a part of the "liberty" of which the citizen cannot be deprived without due process of law under the Fifth Amendment."

ראו:

Kent v. Dulles, 357 U.S. 116, 125 (1958).

61. בישראל מעמד הזכויות הרשמי הוא הפוך מזה שבארה"ב. הזכות לצאת מישראל היא זכות חוקתית מפורשת, בעוד הזכות להליך הוגן היא זכות יסוד שמקורה בפיתוחה על ידי פסיקת בית המשפט. אך אין ספק שמערכת יחסי הגומלין בין הזכויות היא זהה: הזכות החוקתית מטילה את אורה הרשמי על המעמד הנכבד ממילא, של זכות היסוד פרי עמלה של הפסיקה.

62. התוצאה הישירה של הפרת הזכות להליך הוגן מצד המשיב היא שלילת הזכות החוקתית לצאת מישראל העומדת למר שלחת. הברית בין הזכות להליך הוגן לזכות לחופש תנועה היא בלתי ניתנת לפירוד ואף לא לזעזוע. הזכות להליך הוגן היא המגן של הזכות לצאת מישראל, ואילו האחרונה היא מקור משמעותה של הראשונה. המשיב הפר את שתיהן, וכל אחת לחוד, שלא כדין. תוצאת פעולותיו והחלטותיו של המשיב אינן יכולות, אפוא, אלא בטלות מוחלטת ומיידית.

סיכום

63. כרעם ביום בהיר, המשיב ניצל את כוחותיו הדרקוניות והתנפל על שלוותו של מר שלחת, שלא יכול היה להבין מדוע שר הפנים רוצה למנוע ממנו לצאת מישראל, כשהוא נהנה מחברת אשתו ובניו ביום חג, וגבולות המדינה אינם בתודעתו ואף לא בתת הכרתו. ככל שניסה מר שלחת לדעת מה פשר החלטותיו ומעשיו של שר הפנים כלפיו, כך גבר המסתורין, החושך כיסה את הידיעה, והעלטה נהייתה למלכת העובדות וההקשר.

64. המקרה של הפרת זכותו החוקתית של מר שלחת לצאת מישראל על ידי שר הפנים מחייב בחינה מקיפה, חוקתית, ומודרנית לסמכות דרקונית, ארכאית, מסוכנת, ופרימיטיבית. ספק אם ניתן להעלים מהנוף המשפטי והחברתי את הסמכות הכוחנית של שר הפנים למנוע יציאת אדם מישראל, אך חובה לפרשה באופן שתקבל את המימדים הראויים לה במשטר החוקתי הנוהג: נבוכה, מבוישת, ובלתי מקובלת.

על יסוד כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן את הסעדים המבוקשים בראשית העתירה, וכן לחייב את המשיב בהוצאות משפט כדין.

מרואן דלאל, עו"ד
ב"כ העותרים

היום, 26 בינואר 2006