

1. עלא חליחל
2. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
באמצעות עוה"ד חנין נעאמנה ו/או חסן ג'בארין ו/או ארנה
כהן ו/או סוהאד בשארה ו/או עביר בכר ו/או סאוסן זהר
ו/או פאטמה אלעג'ו ו/או עלאא מחאג'נה
מעדאלה: המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי
בישראל טל': 04-9501610 ; פקס: 04-9503140 ; חיפה, ת.ד.
8921, מיקוד 31090.

העותרים

- נ ג ד -

1. שר הפנים
 2. ראש הממשלה
- על ידי פרקליטות המדינה
מרחוב צלאח אל-דין 29
ירושלים

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא ולנמק:

1. מדוע לא יעניקו לעותר 1, מר עלא חליחל (ת"ז 029234960), היתר יציאה ללבנון, בין התאריכים 14-18 אפריל 2010, על מנת לקבל את הפרס הספרותי היוקרתי "ביירות 39" וזאת מתוקף הסמכות הקבועה בתקנה 5 לפקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), תש"ח-1948.
2. מדוע לא ייקבעו ויפורסמו נוהלים וקריטריונים ברורים וכתובים להפעלת שיקול הדעת המנהלי הנתון למשיבים מכוח תקנה 5 לפקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), תש"ח-1948, למתן היתרי נסיעה למדינות המנויות בסעיף 2א לחוק מניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תש"ד-1954.

ואלה הם נימוקי העתירה:

העותרים

העותר 1, עלא חליחל, הינו אזרח מדינת ישראל, תושב עכו, בן 35 נשוי ואב לתינוקת. העותר 1 הינו סופר, מחזאי, תסריטאי, עיתונאי ומרצה.

העותרת 2 הינה עמותת זכויות אדם, רשומה כדין בישראל, הפועלת לקידום זכויות האדם בכלל וזכויות המיעוט הערבי בפרט באפיק המשפטי. העותרת ניהלה התכתבות עם המשיבים בדבר הדרישה לקבוע קריטריונים ברורים כמבוקש בסעד השני של עתירה זו.

המבוא

3. באוגוסט אשתקד, הוכרז העותר מס' 1 כאחד מ-39 סופרים ערבים שזכו בפרס התחרות הספרותית היוקרתית "ביירות 39", אשר מתקיימת זו השנה הראשונה בביירות, הבירה הלבנונית, כחלק מאירועי Beirut World Book Capital ביוזמת האונסק"ו UNESCO, ובחסות ארגון The Hay Festival.

4. תקנה 5 לפקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), תש"ח-1948 (להלן: **תקנה 5**), קובעת כי:

על אף האמור בכל דין לא יצא אדם לאחת הארצות המפורטות בסעיף 2 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954, אלא בהיתר משר הפנים או מראש הממשלה, ולא ייכנס אזרח ישראלי או תושב ישראל בכל דרך שהיא לאחת מארצות אלה אלא בהיתר כאמור"

5. פניותיו החוזרות ונישנות של העותר מס' 1 אל המשיבים לקבלת היתר נסיעה לביירות בין התאריכים 14-18 אפריל לצורך קבלת הפרס הספרותי הנ"ל החלו ביום 22 בדצמבר 2009 עד שבוע ימים לפני הגשת עתירה זו. עד הגשת עתירה זו לא התקבלה תשובה בנושא, לא לחיוב ולא לשלילה. בפניות אלו הסביר ונימק העותר 1 את מטרת נסיעתו ודחיפותה, ושלח תזכורות רבות בנושא, שבאחרונה מביניהן מיום 17.3.10 הוא ציין כי אם לא תתקבל תשובה תוך ימים, הוא יאלץ להגיש עתירה לבג"ץ. מכאן עתירה זו.

6. עצם הצורך בהגשת העתירה ללא מענה ראשוני משר הפנים, מעיד כשלעצמו על הבעייתיות האינהרנטית בתקנה 5 לפקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), תש"ח-1948. אם התקנות שפקודה זו מאריכה את תוקפן, היו נחקקות לאחר חוקי היסוד, הן לא היו עונות על פיסקת ההגבלה. שכן הן מפקידות את הסמכות בדבר הגבלת זכויות חוקתיות בידי אישיות פוליטית, לפי שיקול דעתה החופשי, ללא קריטריונים כלשהם המתווים את השימוש בסמכות זו. הלכה פסוקה היא, שהגבלת

7. תקנה 5 מבססת היום מצב שרירותי שלפיו, שיקוליו של שר הפנים הלא מבוססים על נורמות ידועות לציבור מחזקות את הסברה כי הם שיקולים היוצרים מצב של חוסר וודאות אצל האזרחים בדבר יציאתם אל המדינות המנויות בתקנה 5. מתגובה לפנייה מטעם העותרת 2, בה ביקשה לקבל מידע על אודות קיומו של נוהל כתוב להפעלת תקנה 5, וכן את מספר הפניות שהוגשו לשר הפנים על פי תקנה 5 בין השנים 2004-2006, תוך פירוט הפניות שנענו בחיוב ובסירוב; עולה כי בשנת 2004 נענו בחיוב כ-850 בקשות; בשנת 2005 כ-850 בקשות; בשנת 2006 כ-950 בקשות. בנוסף ציין המשיב 1, כי לא נעשה רישום של כלל הבקשות המוגשות לפי תקנה 5, או אלו שסורבו. מכל מקום, צויין כי אין הנחיות או נהלים כתובים לעניין פרוצדורות הטיפול בבקשות המוגשות. מצב שרירותי זה מוביל לכך שחלק מהאזרחים לא פונים אל השר לפי האמור בתקנה 5 כי הם לא יודעים מהו המצב המשפטי הוודאי, ואם הם פונים לא יודעים מהי סיבת הסירוב, אם בכלל.

8. יציאתו של העותר אל ביירות במקרה דנן נוגעת לזכויותיו החוקתיות לחופש תנועה ויציאה מהארץ, חופש הביטוי, אוטונומיה אישית, וחופש עיסוק. ולכן וכפי שיוסבר בהמשך, הגבלת חירויות אלו תתבצע אך ורק בקיומו של מבחן הוודאות הקרובה לוודאי. תקנה 5 הינה אנכרוניסטית בהיותה לא מתאימה לשינוי העתים, לעידן התקשורת החופשית והגלובליזציה. המבחן של פס"ד **קול העם** שדן בחירויות יסוד מתאים היום לפרשנותה של תקנה 5 יותר מאי פעם. שכן מבחן זה לימד אותנו כי בסוגיות הנוגעות לחופש ביטוי וכלל החירויות, עדיפה הגבלה מאוחרת על צנזורה מוקדמת. כך אמור להיות בענייננו, מי שנוסע למדינה, כל מדינה, ויתברר שביצע עבירה כלשהי במדינה אליה הוא נסע, הוא ייענש בגינה אך לא יצונזר מראש ויקורקע על בסיס ספקולציות כלשהן, אם בכלל. לא למתור לציין כי קביעותיו של **קול העם** ניתנו גם הן על רקע פקודה מנדטורית הגורפת בשלונה.

9. הטלת איסור גורף על אזרחי מדינת ישראל להיכנס למדינה שהוגדרה כמדינת אויב כשמטרת הכניסה הינה לגטימית אינה מתיישבת עם הרציונל של הפסיקה העליונה. רוב השופטים בבג"צ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (לא פורסם, ניתן ביום 14.5.06) הסכימו כי איסור גורף על כניסתם של מה שמוגדר כ"נתיני אויב" אל שטח מדינת ישראל לצורך איחוד משפחות הינו בלתי חוקתי ועל כן הוא חייב לעבור את מסננת הבדיקה האינדודואלית. דין זה אמור לחול מקל וחומר על יציאתם של אזרחי מדינת ישראל אל מדינות המוגדרות כמדינות אויב.

10. עקרון השוויון מחייב מתן משקל רציני לאינטרסים הלגיטימיים של כלל הקבוצות. ברור לכל, כי לאזרחים הערבים אינטרס לגיטימי ליצור קשרים תרבותיים עם בני אומתם בדרכי שלום. המשפט הבינלאומי מורה על המדינות לכבד זכות זו בדבר יצירת קשרים לגיטימיים בין המיעוטים הלאומיים והאתניים לבין בני אומתם מעבר לגבול. ביירות התפתחה באמצע השני של המאה העשרים הלאומיים והאתניים לבין בני אומתם מעבר לגבול. העותר מס' 1 מבקש להתחבר להקשר התרבותי הזה בדרכי שלום, במיוחד לאחר שנוצרה לו הזדמנות לגיטימית זו. פרשנות גורפת לתקנה 5 תפגע באינטרסים הלגיטימיים של העותר 1 ותעביר מסר ברור הפוגע באינטרסים הלגיטימיים של המיעוט הערבי בישראל. כמו כן, איסור כניסתו של העותר 1 לביירות לתכלית ספרותית ולתקופה מוגבלת ביותר, תפגע במרחב המקצועי והתרבותי של העותר כסופר ערבי.

11. בהעדר מענה ראשוני מצד המשיבים ובהעדר קיומה של זכות השימוע, העתירה תפרט בהרחבה אודות העותר 1, פועלו, מקצועו, ניסיונו, ומקומות עבודתו וכן אודות חשיבות קבלת הפרס שלמענו העותר מבקש היתר יציאה ללבנון.

12. בנוסף, העותרים יטענו כי בהנחה שהמשיבים מסרבים ליתן היתר לעותר, עליהם לערוך הליך שימוע מלא והוגן שבאמצעותו יוצגו באופן מפורט את הסיבות העומדות מאחורי הסירוב. הישענות על חומרים נסתרים במקרה דנן אינה מבוססת בחוק ואין חקיקה ראשית המסמיכה את המשיבים להימנע מפירוט נסיבות ההימנעות. החזקה של "תקינות המעשה המינהלי" אין לה על מה לסמוך כשמדובר בזכויות חוקתיות. לכן, על המשיבים במקרה זה להציג לפחות את עיקר הסיבות, אם בכלל, העומדים מאחורי הסירוב על מנת לאפשר לעותר להתמודד עמן. ראו לענין זה פסקי הדין: עע"מ 1038/08 **מדינת ישראל נ' געאביץ**, פסקה ל"א (לא פורסם, ניתן ביום 11.8.09); בש"פ 6908/09 **יאסין נ' מדינת ישראל**, פסקה ח' (לא פורסם, ניתן ביום 11.11.09).

בקשה לקיום דיון דחוף

13. לאור דחיפות הנושא, מתבקש בית המשפט הנכבד **לקבוע דיון דחוף בעתירה זו ולפני העשירי לאפריל**. שכן נסיעתו של העותר אל ביירות אמורה להתקיים בין התאריכים 14-18 אפריל 2010. אי קיום דיון דחוף ייתר את הסעד הראשון שבעתירה ויפגע מעל הנדרש בזכויותיו החוקתיות של העותר 1.

פירוט הרקע העובדתי

מר עלא חליחל

14. מר חליחל פרסם בשנים האחרונות מספר ספרים שהוצאו לאור על ידי מו"לים ידועים בעולם הערבי, וחלקם אף תורגמו לשפות זרות. בין כתביו של מר חליחל היו: "הקרסק"

13. התחרות "ביירות 39"¹, הינה כאמור יוזמה אחת מיני רבות הנערכות בעולם. הערוכים עליה מתלים חשיבות רבה בתחרות, ורואים בה פוטנציאל אדיר לשיתוף פעולה של גורמים שונים מקרב קהילות התרבות והספרות בעולם הערבי שיש בה בכדי לקדם סופרים ובעלי כשרונות ספרותיים בעולם הערבי. ראו להלן דברי הארגון המופיעים בדף הבית של אתר התחרות "ביירות 39":

The meeting of these 39 authors is the result of a widespread call to readers, publishers, literary agents and authors all over the Arab speaking world to put forward their own candidates. The event is also a perfect occasion to read and debate over contemporary narrative in the Arab world².

14. הזוכים בתחרות זו נבחרו על בסיס כמה קריטריונים: סופרים בטווח גילאים פחות מ-39 שנה; ערבים או ממוצא ערבי, ללא קשר למקום מגוריהם; אשר פרסמו בעבר חיבור ספרותי אחד לפחות, שאינו חייב להיות בשפה הערבית בתנאי שנושא הכתיבה הינו בעל זיקה לעולם הערבי³. ועד השופטים ראה במר חליחל כאחד המועמדים המוכשרים העונים על קריטריונים אלה, ועל בסיס כך הוא נבחר מבין הזוכים בפרס.

העתק הזמנה מטעם The Hay Festival למר חליחל להשתתף בטקס קבלת הפרס בביירות, מצ"ב כנספח 1/ע

15. מר חליחל זוכה להערכה ולמוניטין רב בקרב הקהילה התרבותית והספרותית בארץ ובעולם הערבי בשל כישוריו הספרותיים המשתרעים בין ספרות, תסריטאות וכתיבה עיתונאית. ביירות 39 אינו הפרס היחיד בו זכה מר חליחל, בעבר זכה בפרסים רבים, ובהם פרס עמותת "אלקטאן" הפלסטינית לתרבות ולחינוך, בו זכה שלוש פעמים (בשנים 2000, 2003 ו-2005) ופרס התסריט הטוב ביותר בתחרות "אדם פלינט" בפסטיבל הבינלאומי לסרטי סטודנטים בתל אביב לשנת 2004. כמו כן מר חליחל היה אחד מארבעת המועמדים הסופיים בתחרות היוקרתית של חברת "רולקס" השוויצרית לשנת 2006.

16. עוד יצויין, כי מר חליחל הוזמן בעבר להשתתף בכנסים ובאירועים ספרותיים יוקרתיים רבים ברחבי העולם, כמו הפסטיבל הבינלאומי לספרות בברלין לשנת 2009 וסדנה

¹ <http://www.hayfestival.com/beirut39/index.aspx?skinid=6>

² <http://www.hayfestival.com/portal/index.aspx?skinid=1&localesetting=en-GB>

³ <http://www.hayfestival.com/beirut39/what-is-beirut39.aspx?skinid=6>

17. בארץ זוכה מר חליחל להערכה בקרב חוגי הקולנוע והתיאטרון; הוא כתב מחזה קצר בשם "החייל המסור בהחלט" שהועלה על ידי תיאטרון צוותא בתל אביב; המחזה האחרון שכתב היה קברט סאטירי בשם "מבזק" שהועלה בתיאטרון "אל-מידאן" בחיפה בשנה שעברה. השתתף בכתיבת תסריט באורך מלא עם יוסי מדמוני, "20 ק"מ מערבה"; וכן שימש כתסריטאי בטלוויזיה החינוכית.

18. בין השנים 2006-2009 הרצה מר חליחל במכללת ספיר בשדרות בנושא "מגמות בתיאטרון ערבי ופולסטיני". כמו כן הוא שימש כרכז ומנחה בסדנאות לכתיבה מחזות בפסטיבל "מסרחיד" בעכו, וכמנחה סדנאות בכתיבה יוצרת בעכו, בחיפה ובמפעל ההנחיות "סופר אורח" של משרד החינוך והתרבות. יתירה מזו, מר חליחל שימש כחבר באקדמיה הישראלית לפרסי התיאטרון בשנת 2001.

19. מר חליחל שימש כעורך ראשי של כמה מהעיתונים המובילים של המיעוט הערבי בישראל, ובהם השבועון פסל אל-מקאל (ביטאון מפלגת בל"ד), "אל-מדינה" ו"תרפזיון". הוא גם עבד כעורך בעיתון אל איתחאד (ביטאון מפלגת חד"ש), וכתב העת הכלכלי מאלקום היוצא לאור בשפרעם. הוא פרסם מאמרים רבים במוסף ספרים של עיתון הארץ ובאתרי חדשות שונים; בעל טורים אישיים באתר "נענע" ו"ynet" ובנוסף הגיש תוכניות בתחנות רדיו שונות. כמו כן הוא עובד כמתרגם, ובין היתר, תרגם המחזה "תנינים" מאת יהושע סובול לערבית, מחזה "אורזי מזוודות" של חנוך לוין ומחזה "המסיבה" מאת הרולד פינטר.

20. הסופר סמי מיכאל, המכיר את מר חליחל באופן אישי וכן דרך יצירתו, מעיד על כושר יצירה וכתיבה מצויין של מר חליחל, בזו הלשון הוא כותב:

"אני מכיר את מר עלא חלחל באופן אישי וכן את יצירתו. ראשית, עליי לציין שאין זה מקרי שמר חלחל נבחר להימנות נמנה עם 39 הסופרים המבטיחים בעולם הערבי, שהם הדור הבא של הספרות הערבית בעולם, ועל כך לזכות בפרס הספרותי 'ביירות 39'. מר חלחל הוא סופר מחונן, רגיש ומצטיין בסגנון כתיבה משובח בשפה הערבית."

מכתבו של הסופר סמי מיכאל, מצ"ב כנספח ע/2

21. על כתיבתו הענפה והמוכשרת בשפה הערבית מעיד גם הסופר החיפאי חנא אבו חנא, מוותיקי וגדולי הסופרים הערבים החיים בישראל, כדלקמן:

"אני מכיר את הסופר עלא חליחל זה שנים. ראשית דרך כתביו ומחזותיו ולאחר מכן הכרתי אותו אישית. עלא הוא סופר מוכשר שחותר תמיד להתעלות על עצמו דרך חידוש מתמיד וחתירה לעבר תחומים בתוליים. יצירתו הגיעה עד רחוק, ספריו יצאו בקהיר, ביירות ורמאללה, ויצירה זו מתורגמת עתה לשפות זרות."

מכתבו של הסופר חנא אבו חנא, מצ"ב כנספח ע/3

22. גב' רחל יונה מיכאל, הסוכנת הספרותית המייצגת את הסופר עלא חליחל ברחבי העולם, מעידה על קריירה ספרותית מבטיחה, עשירה וחובקת עולם של מר חליחל, כלהלן:

"כסוכנת ספרותית המייצגת את הסופר עלא חליחל ברחבי העולם, ומטבע הדברים מקיימת עמו קשרים קבועים, אני שמחה להעיד על חליחל כעל אדם הגון, רגיש, אוהב אדם וסופר מבטיח, שכבר פרסם רומנים, מחזות, סיפורים קצרים ועוד. יצירתו זוכה להערכה רבה, ועל חלקה קיבל פרסים ספרותיים."

מכתבה של הגב' רחל יונה מיכאל, מצ"ב כנספח ע/4

טקס הענקת הפרס "ביירות 39"

23. טקס הענקת פרס "ביירות 39" לסופרים הזוכים והאירועים הנלווים לו עתידים להתקיים בימים 15-18 לאפריל, 2010 בביירות. אירועים אלה, בנוסף לטקס עצמו, יכללו כחמישים סדנאות, פאנלים ודיונים בהשתתפות הסופרים הזוכים. האירועים יהיו פתוחים לציבור, יתקיימו בספריות, בתי ספר, אוניברסיטאות ובתי קפה בביירות, וצפויים לזכות לסיקור תקשורתי רחב בתקשורת המקומית והבינלאומית.

24. טקס הענקת הפרס והאירועים הנלווים לו מהווים הזדמנות חשובה לסופרים הזוכים להיחשף בפני הציבור הרחב ולקיים אינטראקציה ישירה עם עמיתיהם מהעולם הערבי, הזדמנות זו הינה משמעותית במיוחד, עבור מר חליחל בשל ניתוקם של האזרחים הערבים בישראל מהעולם התרבותי והספרותי הכלל ערבי.

25. "ביירות 39" מהווה תפנית חשובה עבור מר חליחל, כי הינה גשר, הינה חלון שפותח לו את האופק לחיי תרבות שאיננו פוגש אלא עלי ספר. עבורו זאת היא חוויה ספרותית ייחודית ונדירה, הכרוכה במפגש עם קהל הסופרים הערבים, הכותבים וחוקרים את מגוון הנושאים הקרובים לו כבן לחברה פלסטינית ערבית, אשר חיה במרחב ספרותי תרבותי מבודד נוכח המציאות הפוליטית. עבור סופר, כל סופר באשר הוא ללא קשר לזהותו הלאומית או התרבותית, נגישות למרחבי תרבות, במיוחד אלה שעוסקים בשפתו ובתרבותו, אינה בגדר מותרות, אלא היא הכרח, חובה ועורק חיים. מר חליחל מעיד על כך בתצהירו במילים אלה:

"לבנון היא חלק אינטגרלי מההוויה התרבותית והזהותית שלי ושלי המיעוט הערבי במדינה. תחנות הטלוויזיה הלבנוניות הן חלק מרכזי בהרגלי הצפייה והבידור של הערבים בישראל; סופריה פופולאריים בחיפה ונצרת; תרבותה מהווה מקור השראה לכל היוצרים בכל התחומים.

[...]

כל ניסיון לנתק אותי ממרחב המחיייה התרבותי שלי פוגע אנושות בזכותי לעיסוק ולייחוד תרבותי כבן למיעוט אתני ולאומי. מעמדנו היום במדינה קשה בכל התחומים ולכל הדעות. התרבות היא מפלטנו המיידי ואולי אף האחרון. בחפצי לבקר בביירות אינני מגלה עניין בפוליטיקה או בביטחון ומה שבניהם; העניין שלי תרבותי ויצירתי

תצהירו של העותר מס' 1, מצ"ב כנספח 5/ע

26. הסופר סמי מיכאל הצביע על הערך המוסף האוניברסאלי עבור כל חברה בחשיפה לתרבות ולספרות של האחר, במיוחד במרחב ובמציאות בהם אנו חיים:

*"אני בטוח שהענקת הרשות למר חלחל לנסוע ללבנון ולקבל בבירות את הפרס הספרותי שאכן מגיע לו, תהווה הוכחה שעדיין יש משמעות למושג דמוקרטיה בחברה שלנו. עלא חלחל, כפי שאני מכיר, אינו אדם מדיח ומסית, להפך, הוא דמות מפויסת ושופעת הומאניות. מעבר לנימוקים הספרותיים והרוחניים, הענקת האפשרות לנסיעתו לביירות תשרת את השאיפה לביטול החרם התרבותי המביש ולחיזוק החזון של טיפוח תרבות שוחרת שלום אוניברסאלי שאנו כה זקוקים לו באזורנו.
[...]*

"פתיחות תרבותית זקוקה לשתי דלתות פתוחות משני העברים של הסכסוך. הבה נפתח תחילה את דלתנו אנו."

מכתבו של הסופר סמי מיכאל, מצ"ב כנספח 2/ע

27. הסופר חנא אבו חנא, כשותף לאותו בידוד תרבותי שנוצר בצל המציאות הפוליטית שהכתיבה את ניתוקה של החברה הערבית בישראל מהעולם הערבי, מדגיש כי השתתפותו של העותר 1 מהווה הזדמנות פז נדירה שאין לחסום את הדרך בפני הגשמתה:

"השתתפותו של הסופר עלא חליחל בפסטיבל זה היא מקור לגאווה עבורו ועבורנו הסופרים הערביים בארץ. הרי כולנו חלק מהספרות הערבית הכללית, ופירותיו של הפסטיבל קשורות בקשר הדוק עם האופק הספרותי והתרבותי שלנו. אני גם רואה בהשתתפותו שלו זכות טבעית ותרומה ע"י ייצוגו לציבור הסופרים והמשכילים הערבים במדינה במאורע תרבותי גדול זה."

מכתבו של הסופר חנא אבו חנא, מצ"ב כנספח 3/ע

התנהלות ותגובת המשיבים כלפי בקשתו של העותר 1

28. ביום 22 בדצמבר 2009 נשלחה לשר הפנים ולמנהל המחלקה המשפטית במשרד הפנים בקשה למתן היתר לנסיעה ללבנון, וזאת בהתאם לסמכות הקבועה בתקנה 5.

מכתב בקשתו של העותר 1, מיום 22.12.09, על נספחיו מצ"ב כנספח 6/ע

29. ביום 13 בינואר 2010, נשלחה תזכורת לשר הפנים ולמנהל המחלקה המשפטית במשרד הפנים. תזכורת נוספת נשלחה ביום 7 בפברואר 2010. ביום 9 בפברואר נשלח קדם בג"צ בעניין, לעו"ד אסנת מנדל – מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה.

העתק מכתבי תזכורת שנשלחו מטעם העותרת 2 למשיבים מיום 13.1.10 ו-7.2.10 רצ"ב
כנספחים **ע/7 ו-ע/8**; העתק קדם בג"צ שנשלח לפרקליטות המדינה ביום 9.2.10 רצ"ב
כנספח **ע/9**;

30. ביום 11.2.10 קיבלו העותרים הודעה מטעם המשיב 1 על כך שפנייתו של העותר 1
בטיפול. לאור התמהמהות המשיבים והתעכבות תגובתם, נשלחו תזכורות נוספות ביום
28.2.10 ו-7.3.10. תזכורת אחרונה נשלחה ביום 17.3.10.

העתק הודעתו של המשיב מס' 1 מיום 11.2.10 רצ"ב כנספח **ע/10**; העתקי מכתבי תזכורת
שנשלחו למשיבים מיום 28.2.10, 7.3.10 ו-17.3.10 רצ"ב כנספחים **ע/11, ע/12 ו-ע/13**.

31. על אף הזמן הרב שעבר מאז פנה העותר 1 למשיבים בבקשה לקבל היתר מכוח תקנה 5,
וחרף התזכורות הרבות שנשלחו בעניין, טרם התקבל כל מענה לבקשתו. אי מתן תשובה
מטעם המשיבים מעיד על שרירות שמקורה בהיעדרם של נהלים כתובים להפעלת
המדיניות, דבר הפוגע ביכולת העותר 1, וכן כל מי שמבקש לצאת למדינות אויב, לקלקל
את צעדיהם, תוך זמן סביר, ולמצות את זכויותיהם דרך השגה או ערר.

32. העותר 1 יטען כי העדר החלטה מצד המשיבים בעניין בקשתם מהווה התרשלות בקיום
החובה המוטלת על הרשות להפעיל את סמכותה ביעילות ובהגינות, תוך פרק זמן סביר,
בהתחשב בנסיבותיו הספציפיות של כל מקרה ומקרה. לעניין זה ראו: בג"צ 3872/93
מישראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485, 496 (1993); יצחק זמיר
הסמכות המנהלית כרך ב', 674, 691-692, 715-716 (1996).

תקנה 5 לפקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), 1948

33. תקנה 5 לפקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), תשי"ח-1948
(להלן: תקנה 5), קובעת איסור גורף על כל תושב או אזרח ישראלי לצאת את הארץ לאף
אחת מהמדינות המוגדרות כמדינות אויב לפי החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט),
תשי"ד-1954 (להלן: **חוק מניעת הסתננות**), אלא על פי היתר של שר הפנים או ראש
הממשלה, אחרת יציאה למדינות אויב תהיה שלא כדין:

*"על אף האמור בכל דין לא יצא אדם לאחת הארצות המפורטות
בסעיף 2 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954,
אלא בהיתר משר הפנים או מראש הממשלה, ולא ייכנס אזרח
ישראלי או תושב ישראל בכל דרך שהיא לאחת מארצות אלה אלא
בהיתר כאמור"*

34. תקנה 2 לחוק מניעת הסתננות קובעת רשימת המדינות, ובכללן לבנון, האסורות על כל
אזרח או תושב ישראלי לנסוע אליהן ללא היתר כאמור, כלהלן:

*היוצא, ביוזעין ושלא כדין, מישראל ל**לבנון**, לסוריה, למצרים,
לעבר-הירדן, לסעודיה, לעיראק, לתימן, לאיראן או לכל חלק מארץ*

35. תקנות היציאה מהארץ נחקקו בשנת 1948 על רקע יחסי מלחמה טעונים בין ישראל לבין מרבית מדינות ערב המנויות בה. בחלוף השנים והעתות, ולאחר הסכמי השלום שנחתמו בין ישראל ומצריים (בשנת 1979) וישראל וירדן (בשנת 1993) שונתה המדיניות, ונסללה הדרך למדינות אלו. כבדרך מדיניות הותרה גם היציאה למכה שבסעודיה לעליה לרגל. איסור היציאה לשאר המדינות המנויות בסעיף 2א לחוק מניעת הסתננות נותר בעינו.

36. בקשות יציאה לארצות הנחשבות למדינות המוגדרות כמדינות אויב, עלו וחזרו במרוץ השנים בנסיבות ובהקשרים השונים. רבים מבני המיעוט הערבי מבקשים לבקר את המדינות הללו לביקורי משפחות; אישיות פוליטיות מוזמנים להשתתף בכנסים פוליטיים; אנשי דת דרוזים מבקשים לנסוע לסוריה לקיים מצוות דתיות; עיתונאים, סופרים ואנשי רוח מעוניינים לקיים רצף תרבותי עם החברה הערבית על גווניה החיה במדינות אלו.

37. כך אף ניתן ללמוד מהעתירות השונות שהוגשו לביהמ"ש לאורך השנים כנגד האיסור על יציאה למדינות אלו. ראו לעניין זה: בג"צ 2691/06 **סייף נ' ראש הממשלה** (לא פורסם, ניתן ביום 18.7.06); בג"צ 1243/97 **וואסף נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, ניתן ביום 26.2.97); בג"צ 658/80 **טאהא נ' שר הפנים**, פ"ד לה(1) 249, 252 (1980); בג"צ 368/65 **אבו רחמון נ' שר הפנים**, פ"מ כ(1) 201, 203 (1966).

38. המשיבים מעולם לא קבעו נהלים כתובים להפעלת מדיניות מתן היתרי יציאה למדינות אויב מכוח תקנה 5, כתוצאה מכך נוצר מצב שרירותי של אנדרולמוסיה לפיו ניתנו אישורים באופן סלקטיבי, ללא שנודעו הסיבות והמניעים מאחורי החלטותיהם של המשיבים, ומבלי שנערך הליך שימוע בטרם קבלת ההחלטות דנן. העדרו של נוהל כתוב, דחק בהרבה אנשים לנסוע מחמת צרכיהם השונים ללא שקיבלו היתר כמבוקש תוך העמדת עצמם בסכנת הפלילים.

39. יודגש כי מכתב שכותרתו "יציאת אזרחים למדינות אויב" שהוצא מטעם לשכת המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), עו"ד שי ניצן, לפיו "יציאת אזרחים ישראלים למדינות אויב הינה תופעה מוכרת משנים עברו", וכי הרבה אנשים מקרב אלה שנוסעים למדינות אלו, אינם בכלל מודעים לאיסור הפלילי החל על נסיעות אלו, מכאן נידון עניין גיבוש מדיניות לפיה יועמדו לדין אך ורק פרטים שנסעו למדינת אויב מבלי שהוזהרו, על דרך אזהרה אישית בטרם יציאתם. העותרים יטענו, כי מכתב זה מעיד כי אכן אזרחי המדינה נוהגים לנסוע למדינות אלו ועל פי רוב הנסיעות האלו אינן פוגעות באינטרס לגיטימי כלשהו, וכי קיים אינטרס לגיטימי בנסיעתם וכי תופעה זו מחייבת דווקא עיגון ברור של קריטריונים כתובים וברורים המורים לאזרחים על האפשרויות שבהן נסיעתם תהיה לגיטימית ותזכה להיתר וכן תפרט את המקרים שבהם הנסיעה תהיה אסורה. לכן, הדברים העולים ממכתבו הנ"ל של עו"ד ניצן מצביעים דווקא על החומרה הכרוכה

העתק מכתבו של עו"ד שי ניצן, מיום 1.10.09, מצ"ב כנספח ע/14

40. למותר להזכיר כי נוקשותה והשלכותיה החמורות של תקנה 5 על האוכלוסייה הערבית בישראל, הביאו בשנים האחרונות לגיבושן של הצעות חוק לביטול התקנה ולקביעת מדיניות מתן היתרי יציאה הדומה לזאת הנהוגה בהקשרן של שאר המדינות, וכי איסור הנסיעה למדינות ערב יהיה בגדר החריג ולא הכלל.

ראו לעניין זה:

הצעת חוק לתיקון פקודת הארכת תוקף של תקנות - שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ)

(היתר יציאה למדינות ערב), (התשס"ז – 2009), מצ"ב כנספח ע/15

הצעת חוק לתיקון פקודת הארכת תוקף של תקנות - שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ)

(היתר יציאה למדינות ערב), (התשס"ז – 2007), מצ"ב כנספח ע/16

41. ובכן, אלפי בקשות הוגשו למשיבים לקבלת היתרי נסיעה ללבנון. רבות הושבו על ריקן, ואחרות נענו בחיוב. מתגובה מיום 8.2.06 מאת המשיב 1, לפנייה מטעם העותרת 2, מיום 13.6.06 בה ביקשה לקבל מידע על אודות קיומו של נוהל כתוב להפעלת תקנה 5, וכן את מספר הפניות שהוגשו לשר הפנים על פי תקנה 5 בין השנים 2004-2006, תוך פירוט הפניות שנענו בחיוב ובסירוב; עולה כי בשנת 2004 נענו בחיוב כ-850 בקשות; בשנת 2005 כ-850 בקשות; בשנת 2006 כ-950 בקשות. בנוסף ציין המשיב 1, כי לא נעשה רישום של כלל הבקשות המוגשות לפי תקנה 5, או אלו שסורבו. מכל מקום, צויין כי אין הנחיות או נהלים כתובים לעניין פרוצדורות הטיפול בבקשות המוגשות.

העתק פניית העותרת מס' 2 מיום 13.6.06, מצ"ב כנספח ע/17; העתק תגובת המשיב מס'

1 מיום 8.2.07, מצ"ב כנספח ע/18

42. בעקבות תגובתו של המשיב 1, שלחה העותרת 2 ביום 22.2.08 מכתב למשיב 1 וליועץ המשפטי לממשלה בבקשה לקביעת קריטריונים לתקנה 5. ביום 1.3.07 הודיע שר הפנים לעותרת 2 כי מכתבה בטיפול. ביום 5.3.07 הודעה דומה התקבלה מטעם לשכת היועץ המשפטי לממשלה, אך מאז, טרם קיבלה העותרת 2 כל תגובה עניינית לפנייתה הנ"ל, וכן, כאמור, טרם נקבעו קריטריונים בעניינה של תקנה 5.

העתק מכתבה של העותרת מס' 2 מיום 22.2.07, מצ"ב כנספח ע/19; העתק הודעתו של

שר הפנים מיום 1.3.07 מצ"ב כנספח ע/20; העתק הודעתו של היועץ המשפטי לממשלה

מיום 5.3.07 מצ"ב כנספח ע/21.

43. ודוק. כבר בשנות השמונים המליץ ביהמ"ש העליון, בעניין **טאהא**, לרשויות המוסמכות על פי תקנה 5, להסדיר נהלים בדבר מתן היתרים לעלייה לרגל למכה מכוח תקנה 5, כלהלן:

"אני מצטרף להצעתה של חברתי הנכבדה, השופטת בן-פורת, המופנית אל המשיבים, לשקול אם אין מקום לקבוע נהלים קבועים להבא, הכוללים גם לוח זמנים להגשת בקשות למתן היתרי יציאה לעלייה לרגל למכה."

בג"צ 658/80 **טאהא נ' שר הפנים**, פ"ד לה(1) 249, 252 (1980)

44. בית המשפט שב והדגיש את המלצתו זו לרשות לקביעת קריטריונים למתן היתרים לעלייה לרגל למכה בבג"צ 488/83 **בראנסי נ' מנהל המחלקה לאשרות**, פ"ד לז(3) 722, 728 (1983).

45. אמנם המלצתיו הנ"ל של ביהמ"ש ניתנו בנסיבות הספציפיות של מתן היתרי עלייה למכה, אך אין להסיק מכך שכוונתו הן צרות וספציפיות למקרים אלה בלבד. נהפוך הוא, מהמלצות אלו ניתן ללמוד על המגמה בה נקט ביהמ"ש בהקשרה של תקנה 5, כי הינה לקונית, ולכן חובה לקבוע קריטריונים עניינים להפעלת שיקול הדעת שהיא מעניקה לרשות.

46. יוצא איפוא כי, חרף האיסור הקבוע בתקנה 5 על היציאה לארצות המוגדרות כמדינות אויב, בפועל, אנשים רבים בארץ נתלים בקשרים אדוקים עם מדינות אלו, ומבקשים לצאת את הארץ לארצות אלו. מכאן, כפי שיטענו העותרים בחלק המשפטי של עתירתם זו, עולה הצורך כי יוסדרו ויפורסמו נהלים ברורים, ענייניים וסבירים להפעלת סמכות המשיבים למתן היתרי יציאה מכוח תקנה 5.

הטיעון המשפטי

בפרק המשפטי יטענו העותרים כי העדר החלטה בבקשתו של העותר 1 לקבלת היתר נסיעה ללבנון, בכדי להשתתף בתחרות "ביירות 39", **ראשית** פוגעת בזכויותיו החוקתיות של העותר 1 לצאת את הארץ, לחופש ביטוי, לאוטונומיה אישית ולחופש עיסוק. **שנית**, אי מתן היתר יציאה ללבנון, ללא עריכת הליך שימוע לעותר 1 פוגע בזכותו להליך הוגן; **שלישית**, תקנה 5 לעיל, הינה תקנה דרקונית וגורפת, ועל כן יש לקבוע קריטריונים ברורים להפעלת הסמכות המגבילה את היציאה לארצות אויב, תוך הבטחת קיומו של הליך הוגן.

הזכות לצאת את הארץ למדינות המוגדרות כמדינות אויב

47. מעמדה של זכות היציאה מהארץ כזכות חוקתית, נידון בשורה של פסקי דין. ראו לעניין זה: בג"צ 5211/04 **ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף**, פ"ד נח(6) 644, 655-656 (2004); בג"צ 4706/02 **סלאח נ' שר הפנים**, פ"ד נו(5) 695, 703-702 (2002); בג"צ 3290/94 **המוקד**

48. זכות היציאה מהארץ הוכרה אף בדין הבינלאומי כזכות בעלת מעמד רם, שאין להגבילה באופן שרירותי. לעניין זה ראו: סעיף 13(2) למגילת האו"ם משנת 1948; סעיף 12(2) לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966; סעיף 2 לאמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית משנת 1965. ראו גם פסק דינו של בית המשפט העליון האמריקאי בפרשת *Kent v. Dulles* 357 U.S. 116 (1958).

49. העותרים יטענו עוד כי האיסור הגורף על יציאה למדינות המוגדרות כמדינות אויב, אך ורק בשל זהותן הינו אבסורדי ובלתי מוצדק. כאמור לעיל, וכפי שיפורטו העותרים בהמשך, התכלית העומדת בבסיס הרצון לצאת את הארץ למדינת אויב, והייחודיות הטמונה בנסיעה זאת עבור המבקש לצאת למדינות אלו, מחייבת התייחסות מיוחדת בדבר האיסור הגורף. התייחסות העונה על מעמדה החוקתי של הזכות לצאת את הארץ, וכן שאר זכויות היסוד הנפגעות כתוצאה מהאיסור.

50. העותרים יטענו כי בחינת היישום של תקנה 5 מחייב מתן משקל רציני לזכויות החוקתיות הנפגעות לפי תכלית וזמן הנסיעה. במקרה דנן, תכלית הנסיעה נוגעת לחירויות יסוד: אוטונומיה אישית, חופש ביטוי וחופש עיסוק. המהפכה החוקתית עוררה שינוי במעמדן הפרשני של הזכויות המוגנות בחוקי היסוד, ובינן זכות היציאה מהארץ. משכך, מוטלת חובה על בית המשפט לפרש הוראות חוק שנולדו בטרם חוקי היסוד באופן המאזן בין הפגיעה לבין המעמד החוקתי של הזכויות המוגנות בחוקי היסוד. בעניין **לוי**, ביקר הנשיא (בדימוס) ברק את תקנות שעות חירום, ועמד על ההבדל בין תוקפן לבין פירושו: בג"צ 6893/05 **ח"כ לוי נ' משטרת ישראל**, פ"ד נט(2) 876, 885 (2005).

לעניין זה ראו גם: בג"צ 680/88 **שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי**, פ"ד מב(4) 617, 626 (1989); בג"צ 7351/95 **נבואני נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נ(4) 89, 120 (1996); בג"צ 951/06 **שטיין נ' רב ניצב קראדי** (טרם פורסם, ניתן ביום 30.4.06); בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355, 411-410 (1995); אהרן ברק **פרשנות חוקתית**, 561 (1994).

51. ודוק. המצב החוקתי כיום מחייב כי הגבלתה של זכות היציאה מהארץ, כזכות חוקתית, תוסדר בחקיקה ראשית המתווה את שיקול הדעת מנהלי. דהיינו, באם יתבקש היום לעגן את זכות היציאה לארץ היום בדבר חקיקה, מוטלת החובה על המחוקק להסדירו בחוק העומד במבחני פסקת ההגבלה. ראו לעניין זה: בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הבטחון**, פ"ד נב(5) 481, 515 (1998) בג"צ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, (טרם פורסם, ניתן ביום 27.2.06).

52. כל אדם המבקש לצאת את מדינתו ולנסוע לארץ אחרת, עושה זאת לתכלית מה. איש

53. יצויין כי, ביהמ"ש העליון בדונו בעתירותיהם של אנשי דת דרוזים שביקשו לנסוע לסוריה לקיים את מצוותם הדתית באתרי העלייה לרגל הדרוזים המצויים בסוריה, נקט בכלי אבחנתי זה – ראו לעניין זה: בג"צ 6102/04 מועדי נ' שר הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 26.9.05); בג"צ 2691/06 סייף נ' ראש הממשלה (לא פורסם, ניתן ביום 18.7.06). בפרשות אלו ביהמ"ש העליון נרתם לסיוע במימוש בקשותיהם של אנשי הדת הדרוזים, תוך הדגשת מעמדה וייחודיותה של הזכות המתבקש לממשה באמצעות הנסיעה לארץ אויב. ודוק, בירור תכלית הנסיעה, עזרה לגיבוש תנאים שיש בהם, אמנם משום הצרה של חופש התנועה והגבלתו למקום וזמן מסויים, אך מנעה שייחסם כליל.

54. יוצא איפוא, כי נסיעה לארץ אויב היא פונקציה למימוש זכויות, שבמרביתן הן זכויות חוקתיות. לפיכך, חלה על הרשות החובה להפעיל את שיקול דעתה ביתר שאת, כאשר עומדת בפניה לא רק הפגיעה הישירה בזכות לצאת את הארץ, אלא גם הפגיעה הנגזרת בזכויות אחרות העומדות בבסיס תכלית הנסיעה. הטיב ביהמ"ש העליון בארה"ב בעניין **Aptheker** לעמוד על מהות חופש התנועה כפונקציה למימוש זכויות אחרות כדלקמן:

"[F]reedom of movement is the very essence of our free society, setting us apart. Like the right of assembly and the right of association, it often makes all other rights meaningful- knowing, studying, arguing, exploring, conversing and even thinking. Once the right to travel is curtailed, all other rights suffer...."

Aptheker v Secretary of State 378 U.S. 500, 520 (1964)

55. ודוק. המדינות המנויות בסעיף 2א לחוק מניעת הסתננות הינן במרביתן מדינות ערב. מרביתן של הנפגעים הפוטינציאלים מהפעלת התקנה הם האזרחים הערבים. לפיכך חסימת דרכן מהווה פגיעה בזכויותיהם הן כאינדודואלים, והן כקבוצת מיעוט לאומי, לקיים קשרי תרבות, דת, משפחה ועוד מגוון רב של קשרים טבעיים לגטימיים עם בני עמם במדינות אלו.

56. בזו הלשון עיגן סעיף 5(2) להצהרת האו"ם בדבר זכויות אנשים השייכים למיעוטים אתניים, לאומיים ולשוניים משנת 1992, את זכותם של מיעוטים אלה לקיים קשרים עם בני עמם, אף אם הם מצויים במדינה אחרת:

"Persons belonging to minorities have the right to establish and maintain, without any discrimination, free

and peaceful contacts with other members of their group and with persons belonging to other minorities, as well as contacts across frontiers with citizens of other States to whom they are related by national or ethnic, religious or linguistic ties."

ראו לעניין זה גם :

סעיף 27 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966; סעיף 15 לאמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (מדינת ישראל צד לאמנות האלו); סעיף 36 להצהרת האו"ם בדבר זכויותיהם של עמים ילידים משנת 2007.

57. **מטרת הנסיעה כאמור, משחקת תפקיד חשוב בעריכת האיזונים הראויים, התייחסות לנסיעה כמקשה אחד מבלי להביא במכלול השיקולים את מטרת הנסיעה, מצביע על גישה גורפת בלתי ראויה.**

העדרן של הנחיות כתובות להפעלת שיקול הדעת המנהלי מכוח תקנה 5

58. העותרים יטענו כי העדרן של אימות מידה מנחים להפעלת שיקול הדעת המוענק לשר הפנים ולראש הממשלה לפי תקנה 5, הוליד מצב אבסורדי, קפקאי לפיו בקשות לקבלת היתרי יציאה למדינות אויב, נדחות או לא מטופלות בכלל, כבעניינו של העותר 1, וזאת מבלי שהרשות המוסמכת תסתמך על תשית עובדתית כלשהי, ומבלי לקיים את חובתה לקיים שימוע לפרט המבקש. מחדלים אלה, מקבלים משנה חומרה בהקשר של תקנה 5 בהיותם מנוגדים לחובה המוטלת על הרשות לנקוט משנה זהירות בהפעלת שיקול דעתה שהוענק לה מכוח חקיקה פוגענית שנולדה בטרם חקיקת חוקי היסוד.

59. העדרו של נוהל כתוב להפעלת הסמכות עלול להוליד החלטות פגומות, שרירותיות, בלתי ענייניות ונגועות באנדלמוסיה, מכאן עולה החובה לקביעתם של אמות מידה ברורים, סבירים ופומביים להפעלת הסמכויות המגבילות לפי תקנה 5. לקריטריונים אלה יש תכלית כפולה; מחד תתווה מדיניות ברורה עבור הרשות לפעול לפיה; מאידך, תאפשר לפרט לבקר החלטות הרשות במידה והפגיעה הינה בניגוד להנחיות.

לעניין זה ראו :

ע"מ 9187/07 **לוזון נ' משרד הפנים**, פסקה 38 (לא פורסם, ניתן ביום 24.7.08), בג"צ 4540/00 **אבו עפאש נ' שר הבריאות**, פסקה 6 (לא פורסם, ניתן ביום 14.5.2006); בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 74 (1997); בג"צ 26/99 **עיריית רחובות נ' שר הפנים**, נז(3) 97, (2003); ע"ב 2/84 **ניימן נגד יו"ר וועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה**, פ"ד לט(2) 225, 261 (1985); בג"צ 153/83 **לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל**, פ"ד לח(2) 393, 401-400 (1984); יי זמיר **הסמכות המנהלית 778-779**; יואב דותן **הנחיות מינהליות 346-361** (1996).

60. העותרים יטענו כי הרשות המנהלית כשלה בחובתה להפעיל את שיקול דעתה, תוך זמן סביר, בהתחשב בנסיבותיו הספציפיים של העותר 1, משלא הנחתה את עצמה בדבר הטיפול בבקשתו, עפ"י נוהל כתוב, ברור וענייני. כך גם נבצר מהעותרים לבקר את החלטת הרשות, להשיג ולערער עליה משלא התקבל כל מענה לפנייתם!

61. ודוק, שיקול דעת המופעל לפי קריטריונים ברורים, מבטיח שוויוניות ואחידות בהפעלת שיקול הדעת בכלל, ובפרט בעניינה של תקנה 5 אשר מעניקה לרשות מנהלית, פוליטית, סמכות דרקונית להגבלת זכות חוקתית. יתירה מכך, אופיין הטעון של היחסים בין ישראל לבין המדינות המנויות בסעיף 2א לחוק מניעת הסתננות, מעלה חשש כי הרשות תגרר אחרי שיקולים זרים, שאינם ממין העניין, בעלי אופי פוליטי, ולא דווקא תשקול את השיקולים הביטחוניים העומדים, כביכול, בבסיסה של תקנה 5. הטיב הנשיא (בדימוס) ברק, בעניין **רופאים לזכויות אדם**, לעמוד על פשרן של אימות מידה במשפט המנהלי:

"התוויה חקוקה של אופן הפעלת הסמכות המינהלית מבטיחה, ראשית, שהסמכות תופעל בהתאם לתכליות שעמדו ביסוד הקנייתה. שנית, יש בה לוודא שהסמכות תופעל באופן אחיד ושוויוני בהתאם לקריטריונים החקוקים, ושקיומו של מיתחם שיקול-הדעת לא ינוצל לרעה. שלישית, היא מאפשרת חיסכון בעלויות הפעלת הסמכות המינהלית, שכן היא פוטרת את הרשות מהפעלת שיקול-הדעת (ובענייננו: מביצוע בדיקות ואימותים של זיקת התובע לארץ) מקום שבו הכלל החקוק נותן מענה ברור."

בג"ץ 494/03 **רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר**, פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא ברק (פסק דין מיום 9.12.04).

62. העותרים יטענו כי טרם נידונה לעומק את תחולתו של מבחן הוודאות הקרובה לוודאי על תקנה 5 במיוחד כשמדובר בתכלית נסיעה הנוגעת לחירויות יסוד. העותרים יטענו כי מבחן החשש הסביר, עליו נסמכה הרשות המנהלית עד כה, בהחלטותיה לפי תקנה 5, אינו הולם את מעמדה החוקתי של זכות היציאה מהארץ. ועל כן יש לשאוף לעליית מדרגה חוקתית דרך שימוש במבחן הראייתי שהתווה בהלכת **קול העם**, הינו מבחן הוודאות הקרובה. ראו: בג"ץ 73/53 **"קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871 (1953).

63. פרופסור זילברשץ במאמרה "זכות היציאה מהארץ" (לעיל, עמ' 106), מציעה כי המבחן הראייתי ייקבע בהתאם לזכות הנפגעת כתוצאה מהגבלת היציאה מהארץ. זילברשץ מביאה דוגמה לפיה נפגע חופש הביטוי והעיתונות של פרט אשר נאסר עליו לצאת את הארץ; בסיטואציה כזאת, היא מציעה כי ההגבלה תתאפשר **"רק בהתקיים ודאות קרובה לפגיעה בבטחון; שכן זוהי דרגת הוודאות שנקבעה כמאזנת בין חופש הביטוי לאינטוס הביטחון"**. ובכן העותרים יציעו כי גישה זו תאומץ בענייננו של העותר 1 אשר זכותו לחופש ביטוי תיפגע במידה ולא יורשה לצאת את הארץ ללבנון.

64. ודוק. מבחן הראיה המנהלית עולה ביתר שאת בהקשרה של תקנה 5 בהיותה מבוססת על חזקה לפיה כל נסיעה למדינות אויב מעלה חשש לסיכון בטחוני, דהיינו, כי הגבלת הזכות

"באחת: מבחן הראיה המנהלית – על אלמנט הסבירות שבמוקדו – חל הן על קביעה עובדתית הצופה פני עבר והן על השערה עובדתית הצופה פני עתיד." (הדגשה במקור)

ברוך ברכה משפט מינהלי כרך ב' 296 (1996).

65. לאור האמור לעיל יטענו העותרים כי העדרן של קריטריונים מנחים לרשות המנהלית להפעלת הסמכות המגבילה את זכות היציאה מהארץ של העותר 1 או כל אשר מבקש לנסוע למדינת אויב, הופך את שיקול הדעת המנהלי לשרירותי ובלתי מידתי. אי לכך, יטענו העותרים, כמפורט בהמשך, כי יש לקבוע קריטריונים ממין העניין אשר ישקלו בין היתר את זמן ותכלית הנסיעה המבוקשת, וזאת תוך קיום הליך שימוע נאות והולם.

הליך הוגן וחובת קיום שימוע

66. העותרים יטענו כי, התנהגות המשיבים בעניינו של העותר 1, לפיה לא טרחו להזמין לשימוע, בטרם קבלת בקשתו להיתר יציאה ללבנון, מעיד על הפגיעה הקשה בחובתם לקיום שימוע המבטיח הליך הוגן לפרט. עוד יטענו העותרים כי, מעמדה של זכות היציאה מהארץ והזכויות האחרות הנפגעות כתוצאה מהגבלתה, מחייבים כי בית המשפט והרשות המנהלית ירחיבו את היקפה של הזכות להליך הוגן, וזאת בהסתמך על כללי הפרשנות החוקתית וכללי הדין המנהלי.

67. זכות הטיעון היא זכות יסוד מהמעלה הראשונה. היא מהווה חלק אינטגרלי מהדין המנהלי החל על רשויות המדינה המבקשות להפעיל את שיקול דעתם. מהותו של הליך השימוע הינו במתן במה לפרט להשמיע את קולו ולשטוח את טיעונו בפני הרשות כנגד החלטתה להגביל את זכותו. היקפה, וההקפדה על מילויה של החובה גדל ככל שהפגיעה היא רצינית וישירה יותר בזכויות בעלות משקל כבד יותר.

לעניין זה ראו:

בג"צ 3/58 ברמן נגד שר הפנים פ"ד יב(2) 1493, 1507 (1958) עע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' ג'עאביץ, פסקאות ט"ו-ט"ז (טרם פורסם, ניתן ביום 11.8.09); בג"צ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 890 (2004); בג"ץ 3290/94 המוקד להגנת הפרט נ' שר הפנים, פסקה 11 (לא פורסם, ניתן ביום 6.10.94); בג"צ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 303-304 (1994); בג"צ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה (2) 649, 655 (1979); בג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג (2) 529, 540 (1989); בג"צ 656/80 אבו רומי נ' שר הבריאות, פ"ד לה (3) 185, 188-189 (1981); בג"צ 492/80 שקרצי נ' משטרת באר-שבע, פ"ד לה (2) 739 (1981); יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך ב' 796 (1996).

68. העותרים יטענו, כאמור לעיל, כי תקנה 5 הינה החריג לכלל בעניינה של הזכות לצאת את הארץ. לפי זה, הפרט חייב לבקש הרשאה מהרשות לממש את זכותו לצאת את הארץ, אי לכך, עליו מוטל נטל ההוכחה להוכיח מדוע אין להגביל את זכותו. יוצא, כי נטל ההוכחה הרובץ על שכמו של הפרט, מקנה לזכות השימוע משנה חשיבות, כך שרק באם יוכל הפרט להשמיע את קולו, יוכל הוא לממש את זכותו, מאידך הרשות, המגבילה מכוח חוק את זכות הפרט לנסוע, אינה מחוייבת להביא טעמים להגבלה.

69. בבואה לבחון את תחולת חובת השימוע על הליך מנהלי, אימצה הפסיקה העליונה, את המבחן שהתווה השופט זמיר בספרו **הסמכות המנהלית** כרך ב', 797-799 (1996), (ראו: ע"מ 1038/08 **מדינת ישראל נ' ג'עאביץ**, פסקה ט"ז (טרם פורסם, ניתן ביום 11.8.09); שלושה תנאים עומדים בבסיסו של מבחן זה: פגיעה; באינטרס מוגן; באופן ישיר וממשי. לכל הדעות, שלושת התנאים האלה מתקיימים בענייננו של העותר 1.

70. יודגש כי עצם השיקולים הביטחוניים העומדים בבסיס תקנה 5, אין בהם בכדי ליתר או לפטור את שר הפנים או ראש הממשלה מקיום חובתם לערוך שימוע לפרט העלול להיפגע מהחלטה המנהלית בדבר היתר הנסיעה המבוקש למדינות אויב. לא אחת קבע ביהמ"ש כי ביטחון המדינה, ככל שהוא מהווה אינטרס חשוב, רם ונעלה, אין בו בכדי לפגוע בזכות הפרט להליך הוגן. הוסיף ביהמ"ש והדגיש כי אף במקרים שבהם עומדת על הפרק החלטה ביטחונית דחופה, חלה החובה על הרשות לקיים את הליך השימוע בהתאם לנסיבות, ואינה פטורה מכך. לעניין זה יפים הדברים שנאמרו בעניין **דאהר**, לגבי איסור יציאה מהארץ שניתן מכוח תקנה 6 לתקנות היציאה מהארץ:

"יחד עם זאת, יש ויש להעניק זכות-טיעון בהקדם האפשרי לאחר הוצאת הצו. כנאמר בהמשך הקטע דלעיל, בעמ' 310, יש לתת לאדם הנוגע בדבר an opportunity for a prompt postrevocation hearing המשיב לא הזדרז למלא חובה חשובה זו, אדרבא, חרף פניות של בא-כוח העותרים אליו חלפו כחמישה שבועות, בלי שהשיב על פניות אלה ובלי שזימן את העותר להשמיע את טענותיו (למעט תשובה ששלח, כי העניין בטיפול)."

בג"צ 448/85 **דאהר נ' שר הפנים**, פ"ד מ(2) 701, 711 (1986)

לעניין זה ראו גם:

בג"צ 4112/90 **האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד הדרום**, פ"ד מד(4) 626, 641-640 (1990); בג"צ 358/88 **האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד המרכז**, פ"ד מג(2) 529 (1989); זמיר עמ' 799.

71. זאת ועוד. העותרים יטענו כי חובת השימוע יש וחובה לקיימה בטרם תינתן ההחלטה המנהלית בעניין היתר הנסיעה למדינות אויב לפי תקנה 5, וכי יש לאבחנה מקביעות ביהמ"ש לפיהן יכול והדחיפות במניעת היציאה מהארץ במקרים מסוימים, כגון איסור יציאה מהארץ מחמת סיכון ביטחוני לפי תקנה 6 לתקנות היציאה מהארץ, מחייבים כי

לעניין זה ראו :

בג"צ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 710, 701 (1986); עע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' ג'עאביץ, פסקאות כ"ז-כ"ט (טרם פורסם, ניתן ביום 11.8.09); זמיר הסמכות המנהלית 823.

לאור כל האמור לעיל מתבקש בית משפט נכבד זה להיעתר לסעדי העתירה שבראשיתה ולחייב את המשיבים בהוצאות משפט.

חסן ג'בארין, עו"ד

חנין נעאמנה, עו"ד

היום, 24.3.10