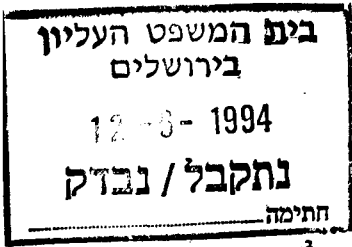


- העותרים:**
1. המוקד להגנת הפרט.
 2. מזערו ת.ז.
 3. סקא ת.ז.
 4. דרוש ת.ז.
 5. נגם ת.ז.

כולם באמצעות עוה"ד דפנה זיס
מרחוב רוזנבאום 4 תל אביב 64079
טל': 03-5250666 פקס: 03-5254412

- נגד -

- המשיבים:**
1. שר הפנים
 2. ראש מינהל אוכלוסין



עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להזמין את המשיבים לבא וליתן טעמים כדלקמן:

- א. מדוע המשיבים אינם מתירים לעותרים 2-5 לצאת מהארץ דרך גשר הירדן.
- ב. מדוע המשיבים אינם מעניקים את זכות הטיעון לתושבים, אשר הם מונעים את יציאתם מהארץ.

ואלה נימוקי העתירה:

העותרים

1. העותרת מספר 1, המוקד להגנת הפרט היא עמותה שמספרה: 58-016-351-7 ומשרדיה מצויים במזרח ירושלים. בהתאם לקבוע בסעיף ב' לתקנון העותרת 1: "מטרת המוקד היא לספק סיוע לאנשים שנפלו קורבן למעשי אלימות, התעמרות או קיפוח זכויות בסיסיות מצד רשויות המדינה (ובהן גם רשויות מקומיות), במיוחד לאלה הזקוקים לעזרה בהעברת תלונותיהם לרשויות אלה, וכן להגן על הזכויות הבסיסיות בכל דרך נוספת, כולל פנייה לערכאות, ובכלל זה - עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בין בשמו של אדם הטוען כי זכות בסיסית שלו נפגעה ובין כעותר ציבורי עצמאי".

העותרת 1 טיפלה באופן ספציפי בענייניהם של העותרים 2-5, נשוא עתירה זו, ובמקרים רבים נוספים בהם סירבו המשיבים להתיר את יציאתם של תושבים מהארץ.

מצ"ב תצהיר מטעם הגב' דליה קרשטיין, מנהלת העותרת 1.

2. העותר מספר 2, תושב ירושלים, נשוי ואב לעשרה ילדים, יליד שנת 1954 המתפרנס כפועל בניין, יצא לירדן כעשר פעמים, עד לשנת 1991 - לביקורים משפחתיים. בשנת 1991 יצא לגשר כשהוא מצוייד באישור יציאה כנדרש אך הוחזר משם על ידי כוחות הביטחון כלעומת שבא. לאחר פנייה מטעם העותרת מס' 1 בעניינו של העותר מס' 2 - נעתרו המשיבים לבקשת העותר מס' 2 לצאת לירדן ובלבד שיחתום על התחייבות שלא לחזור לאזור למשך שנה לפחות.

מצ"ב ההתכתבות שבנדון המסומנות כנספחים ע/1 - ע/4 בהתאם.

בעקבות בקשת העותרת מס' 1 לקיים שימוע בעניינו של העותר מס' 2 - שינו המשיבים את עמדתם, (מבלי שהתקיים שימוע בעניינו), ונעתרו לבקשת העותר מס' 2 לצאת לירדן כביקור משפחתי לתקופה בת שלושה שבועות בלבד.

מצ"ב ההתכתבות שבנדון המסומנות כנספחים ע/5 - ע/7 בהתאם.

העותר מס' 2 יצא בחודש ספטמבר 1992 לביקור המשפחתי וחזר במסגרת התקופה שהוקצבה לו. בחודש דצמבר 1992 ביקש לצאת שוב על מנת לבקר את חמותו שנפטרה בתאונת דרכים אך שוב הוחזר מהגשר. למרות התערבות נוספת מטעם העותרת מס' 1 בעניינו של העותר מס' 2, השיבו המשיבים כי הם מתנגדים ליציאתו של העותר מס' 2 לירדן - מ"טעמים בטחוניים".

מצ"ב ההתכתבות שבנדון המסומנת כנספחים ע/8 - ע/10 בהתאם.

גם פניית העותרת מס' 1 אל פרקליטות המדינה לא הועילה. תגובתה הלאקונית של הפרקליטות הייתה כי יציאתו של העותר מס' 2 עלולה לסכן את בטחון האזור, ועל כן נמנעת יציאתו. המשיבים השיבו בשלילה גם לפניות מאוחרות יותר בעניינו של העותר מס' 2.

מצ"ב ההתכתבויות שבנדון המסומנות כנספחים ע/11 - ע/17 בהתאם.

יודגש כי במהלך ההתכתבויות הנ"ל בעניינו של העותר 2, זומן העותר 2 ל"חקירה" כביכול, ע"י אנשי השב"כ אך למעשה לא נחקר על ידם כלל אלא התבקש ל"שתף פעולה" עם אנשי השב"כ על ידי איסוף אינפורמציה עבורם - בתמורה לקבלת היתר יציאה. משסייב, הודיעו לו אנשי השב"כ כי לפיכך ימשיך להיות - מנוע יציאה.

מצ"ב תצהיר מטעם העותר 2.

העותר מס' 3, תושב ירושלים, יליד שנת 1941, רווק, יצא לירדן דרך הגשרים ולארה"ב דרך נתב"ג, למעלה מעשר פעמים. העותר מס' 3 משמש כיו"ר איגוד בעלי המשאיות באזור ירושלים וכיו"ר אירגון הסעד המוסלמי "אלבר - אל-אחסן".

בשנת 1989 הוחזר לראשונה מהגשר מבלי שניתן לו טעם כלשהו באשר לסיבת מניעת יציאתו. בשנת 1991 פנתה העותרת מס' 1 בבקשה לאפשר לעותר מס' 3 לצאת לירדן לבקר את אמו בת ה-95. המשיבים השיבו כי הם מתנגדים ליציאתו של העותר 3 לירדן - מ"טעמים בטחוניים".

מצ"ב ההתכתבויות בנדון מסומנות כנספחים ע/18 ו-ע/19.

בעקבות פניות נוספות מטעם העותרת מס' 1 בעניינו של עותר מס' 3 והגעתו של מברק בהול מטעם הצלב האדום המבשר על מות אמו - שינו המשיבים את עמדתם והשיבו כי אין מניעה ליציאתו של העותר מס' 3 לירדן.

העותר מס' 3 יצא לירדן להתאבל על מות אמו - אותה לא יכול היה לראות לפני מותה עקב מניעת יציאתו על ידי המשיבים, וחזר. כעבור חודשיים ביקש לצאת שוב לירדן בכדי לטפל בענייני הירושה שהותירה אמו אולם הוחזר מהגשר. למרות פניית העותרת מס' 1 בעניין העותר מס' 3, תוך הבעת תמיהה הכיזד חל שינוי כה קיצוני בעמדת המשיבים ביחס לעותר 3 בתוך חודשיים, השיבו המשיבים כי הם מתנגדים ליציאת העותר מס' 3 - מ"טעמים בטחוניים".

גם פניית העותרת מס' 1 בעניין העותר מס' 3 לפרקליטות המדינה לא הועילה. תגובת הפרקליטות, הלאקונית, הייתה כי יציאתו של העותר מס' 3 עלולה לסכן את ביטחון האזור ועל כן נמנעת יציאתו.

מצ"ב ההתכתבויות שבנדון המסומנות כנספחים ע/20 - ע/31 בהתאם.

יודגש כי בהזדמנויות האחרונות בהן הותרה יציאתו של העותר מס' 3 - לירדן הופעלו עליו לחצים חולכים וגוברים מצד כוחות הביטחון על מנת שישתף פעולה עם כוחות הביטחון על ידי איסוף אינפורמציה עבורם ואף הפעלת אנשים נוספים לשם כך, משסייב לעשות כן נמסר לו מפורשות כי זו היא הסיבה למניעת יציאתו מעתה ואילך.

יחד עם זאת וללא כל קשר למניעת יציאתו לירדן, המשיבים איפשרו את יציאתו של עותר 3 לביקור משפחתי בארה"ב, דרך נתב"ג, ללא כל בעיה. (פעם אחת בשנת 1993, מיום 20/4/93 ועד ליום 31/5/93, ופעם שניה, בשנת 1994, מיום 7/3/94 עד ליום 25/4/94).

מצ"ב תצהיר מטעם העותר מס' 3.

4. העותר מס' 4, תושב ירושלים, יליד שנת 1948, נשוי ללא ילדים, ביקש לצאת לירדן על מנת לקבל טיפול רפואי. בתאריכים 3/9/92 ו- 19/12/93 הוא הוחזר מהגשר מבלי שניתן לו הסבר כלשהו. ביום 26/12/93 פנה אל משרד הפנים בבקשה לצאת ונמסר לו כי הוא מנוע יציאה.

ביום 28/12/93 פנתה העותרת 1 אל משרד הפנים, בעניינו של העותר 4, וביום 18/1/94 התקבלה תשובת המשיבים כי הם מתנגדים ליציאת העותר 4 לירדן - מטעמים ביטחוניים.

מצ"ב ההתכתבויות, מסומנות ע/32 ו- ע/33 בהתאם.

העותר 4 נשפט בשנת 1970 למאסר עולם, אך שוחרר מהכלא בשנת 1985 בעסקת חילופי שבויים. מאז שיחרורו, לא נעצר, אף לא לחקירה, ולא נתקל בבעיה או עימות כלשהו עם הרשויות.

העותר 4 סובל מבעיות דיסק קשות וזקוק לביצוע ניתוח דיסק וטיפולים רפואיים נוספים (לרבות טיפול פוריות). הוא אומנם טופל בבית חולים הדסה שערי צדק, אך ברצונו לקבל טיפול רפואי בבי"ח בירדן - אשר זכה לשיעורי הצלחה ניכרים בטיפול בבעיות דיסק, ומוכן לקבלו לטיפול.

מצ"ב אישורים רפואיים, מסומנים כנספחים ע/34 - ע/36.

יצויין, כי גם אחיו של העותר 4, אשר נשפט בשנת 1970 למאסר עולם ושוחרר מוקדם יותר ביקש לצאת לחו"ל לקבלת טיפול רפואי, ובקשתו אושרה.

הננו סבורים כי העותר 4 ריצה את עונשו. (15 שנים בכלא). סיבת מאסרו לפני למעלה מ- 20 שנה, איננה יכולה לשמש עוד כנימוק לסירוב התרת יציאתו.

5. העותר 5, יצא לירדן לביקורים משפחתיים ללא הגבלה עד ליום 9/10/92. אז, הוחזר מהגשר והופנה לשב"כ.

כשמונה חודשים קודם לכן, זומן אל "קפטן ג'מי" בתחנת ה"קישלה" - נחקר על ידו באופן כללי על משפחתו ולאחר מכן, "קפטן ג'מי" הציע לעותר 5 לשתף פעולה עם השלטונות. העותר 5 סירב, וכאמור באוקטובר 92 נמנעה יציאתו.

העותר 5 פנה אל קפטן ג'מי ושאל לסיבת הסירוב ליציאתו. "קפטן ג'מי" הציע שוב שהעותר 5 ישתף פעולה עם השלטונות, ומשהעותר 5 סירב שוב, קפטן ג'מי הודיע לו כי מניעת יציאתו מהווה צעד ראשון בצעדים שינקטו נגדו באם ימשיך לסרב לשתף פעולה.

העותר 5 מעולם לא נעצר, נחשד, ו/או הואשם בביצוע עבירה כלשהי.

העותרת 1, התערבה בעניינו של העותר 5 ופנתה ביום 13/10/92 אל המשיבים בעניינו. ביום 3/12/92 התקבלה תגובת המשיבים המתנגדים ליציאת העותר 5 מטעמים ביטחוניים.

העותרת 1 פנתה ביום 18/12/92 אל פרקליטות המדינה, בצירוף תצהיר מטעם העותר 5, וביקשה מפרקליטות המדינה לחקור בדבר סיבת מניעת יציאתו של העותר 5.

ביום 8/1/93 התקבלה תגובת הפרקליטות, על פיה קיים מידע אודות העותר 5 המצביע על מעורבותו בפעילות עויינת במסגרת ארגון הג'האד האיסלמי, ועל כן מנועה יציאתו.

עוד נאמר כי העותר 5 אמנם נפגש עם רכז השב"כ אולם מניעת יציאתו מבוססת על המידע הנ"ל ולא בשל אותה פגישה.

העותר 5 מכחיש מעורבות כלשהי בפעילות עויינת במסגרת אירגון הג'האד האיסלמי ו/או כל אירגון עויין אחר.

מצ"ב ההתכתבויות הנ"ל, המסומנות כנספחים ע/37 - ע/41.

גם בפניות מאוחרות יותר, תגובת המשיבים היתה שלילית.

מצ"ב תצהיר מטעם העותר 5.

הביקורת השיפוטית - בדיקת שיקול הדעת

6. מסמכותו ומחובתו של בית הדין הגבוה לצדק לבחון תחת שבט ביקורתו את פעולתיה והחלטותיה של הרשות ולוודא כי הרשות פעלה בהתאם לחוקי המדינה ולכללי המינהל הציבורי הנהוגים במדינה. וכדברי כבוד השופט גבריאלי בך בבג"צ 448/85 דאהר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד מ (2) 713, 701:

"אכן, ער אני לכך, כי בדוננו בעתירה זו אין אנו יושבים כערכאת ערעור על שיקול דעתה של הרשות המוסמכת, ואין עלינו להיות מודרכים על ידי התשובה לשאלה, מה אנו היינו מחליטים במקומה. אולם מסמכותנו ומחובתנו לבחון, שמא יש בהחלטת הרשות, בהתחשב בכל הנסיבות הרלוונטיות, משום פגיעה בלתי לגיטימית בעותר ומשום הפרת האיזון הנאות בין האינטרסים הנוגדים הראויים בהקשר זה להגנה".

7. א. בעת העברת פעולתה של רשות סטטוטורית תחת שבט הביקורת, בית המשפט בודק בדרך כלל אם דרכי הדיון היו חוקיים ואם היה בפני הרשות חומר שיכול היה לבסס את החלטתה. ראה בעניין זה ע"ב 3/84, 2/84 משה ניימן ואורי אבנרי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט (2) 225.

ב. תנאי הכרחי ל"חוקיות הדיון" הוא שהרשות תפעיל את סמכותה תוך שימוש בה למטרתה. שימוש בסמכות למטרתה משמעו, בין היתר, שלא הובאו שיקולים זרים ושלא נעלם מתשומת הלב של הרשות נתון רלוונטי, וכי אין מקום למסקנה כי נפלה בהחלטה אי סבירות קיצונית. (ראה ע"ב 3/84 2/84 הנ"ל).

8. הנקודות המכריעות במישור זה ובעתירה זו הן חמש במספר:

א. מהות הסיכון לבטחון המדינה או לשלום הציבור שמטרת ההגבלה היא למנעו.

ב. מידת החשש, שבהעדר אותה הגבלה עלולה הסכנה האמורה להתממש.

ג. מהות הזכות הנשללת מהעותרים.

ד. רצינות הפגיעה שתיגרם לעותרים הספציפים עקב ההגבלה.

ה. שלילת זכות השמיעה.

(ראה בג"צ 448/85 הנ"ל בעמוד 713).

הטעמים הבטחוניים

9. האיסור שהוטל על ידי המשיבים, נשוא עתירה זו, הוטל, לטענתם, "מטעמים בטחוניים". הביטוי "טעמים בטחוניים" הוא רחב למדיי וכולל בחובו מתחם רחב של טעמים ברמות שונות. ככלל, נקיטה באמצעי בשל טעם בטחוני ו/או לשם השגת מטרה בטחונית, היא פעולה שנועדה לשם השגת ו/או הבטחת כלל ההיבטים הנוגעים לבטחונם ושלומם של כוחות הביטחון וכלל הציבור.

היעדרן של הגדרות ברורות למונחים כגון: "מטרה בטחונית", "מניעים בטחוניים", "שיקולי בטחון", "צורך צבאי" וכיוצ"ב, (ביטויים המופיעים, לא אחת, בליווי התואר "טהורים"), בחקיקה ובפסיקות בתי המשפט - איננה מקרית. מטרת המינוח הרחב היא למנוע עכבות משפטיות בעת הפעלת שיקול הדעת על ידי קובעי המדיניות במצב של מצוקה אמיתית, המצריכה פעולה מהירה וללא שהיות.

המינוח הרחב נועד לאפשר לממלא התפקיד לפעול במהירות ברגע נתון. (יחד עם זאת, ממלא התפקיד צריך להיות מוכן להצביע על כך שבנסיבות השעה פעולותיו היו סבירות ומוצדקות).

יודגש כי בעתירה דנן, אין המדובר באמצעי שנקט על ידי המשיבים במצב של מצוקה אמיתית אשר הצריך פעולה מהירה ברגע נתון אלא, במצב בו הייתה למשיבים שהות ממושכת, די והותר, על מנת להפעיל את שיקול דעתם.

10. דרכי ישומה של "זכות ההגנה העצמית" וההגבלות הפנימיות המוטלות על השימוש באמצעים חריגים בנימוק של "מניעים בטחוניים", הם המבדילים בין מדינה בה נוהג עקרון שלטון החוק, לבין מדינה בה משמש החוק מכשיר כפייה בידי השלטון לאכיפת מדיניות, הנראית לאוחזים ברסן השלטון, ברגע נתון, כצודקת וכמצדיקה פגיעה בזכויות האדם.

11. בהפעילה שיקול דעת לשם בחירת ה"אמצעי" להשגת ה"מטרה", חייבת הרשות ו/או ממלא התפקיד, במדינה בה נוהג עקרון שלטון החוק, לבחון את מהות הסכנה ומידת קירבתה לעומת מהותם ודוגת חומרתם של האמצעים העומדים לרשותה.

וכפי שקבעה ערכאה זו בבג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז ואח', פ"ד מג (2) 529, לגבי הפעלת הסמכות הטמונה בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 שעניינה החרמה והריסה של רכוש, בעמוד 539:

"הפיקוח השיפוטי בודק אם שיקול הדעת מופעל כדין, ובהקשר זה אף ניתנת הדעת לשאלה, אם ההחלטה נשקלה ונבדקה כיאות, ובין היתר, גם אם ההפעלה ומידת ההפעלה של התקנה תואמת את חומרתו של המעשה אשר בעתיו מתכוונים ליישמה, בעקבות הבדיקה שנערכה לפי אמות מידה אלה."

בבג"צ 448/85 דאהר ואח' נגד שר הפנים פ"ד מ (2) 701 בעמוד 709 מדגישה כבוד המשנה לנשיא דאז, השופט מרים בן פורת, את חשיבות קיומו של האיזון הראוי והזהיר בין האינטרסים המנוגדים לבטחון המדינה:

"... שהרי החשש לביטחון המדינה יכול שילבש צורות שונות ויתבטא באופנים שונים בעלי מידת חומרה שונה. לא הרי סכנה קלת ערך או בעלת משקל קל יחסית כהרי סכנה הנוגעת לאינטרס חיוני ממש".

12. ככלל, המשיבים לא פירטו, במסגרת תשובתם לעותרים, מה הוא טיב הסיכון או מהו טיבם של "הטעמים הבטחוניים" בגינם מנועים העותרים מלצאת את הארץ.

לאור הלחצים שהופעלו על מירב העותרים על ידי אנשי השב"כ, סבורים העותרים כי ה"טעמים הבטחוניים" שכביכול, המסתתרים מאחורי ההגבלה שהוטלה עליהם על ידי המשיבים הם למעשה אינטרס המשיבים שהעותרים יפעלו לשם השגת אינפורמציה העשויה להועיל לכוחות הביטחון במישור הבטחוני ו/או ישתפו פעולה עם כוחות הביטחון בכל דרך אחרת אשר אין העותרים מחוייבים בה, לא על פי הדין ולא על פי כללי המינהל התקין, ובאשר לעותר 4 - פועלים המשיבים מתוך מגמת ענישה.

לפיכך, הגבלה זו שהוטלה על העותרים על ידי המשיבים מהווה עשיית שימוש לרעה בסמכותם באשר המדובר במהלך שנועד להפעיל לחץ בלתי לגיטימי על העותרים והענשת העותרים (ביחוד העותר 4) וכי למעשה לא שיקולי ביטחון אמיתיים הנחו את המשיבים אלא שיקולים זרים שאינם ממניין שיקוליהם.

יחד עם זאת, גם אם "טעמים בטחוניים טהורים" - הם ששימשו תשתית להחלטת המשיבים - הרי שהמשיבים נקטו כלפי העותרים באמצעים חמורים מידיי ביחס למהות הסכנה ומידת קירבתה של הסכנה הנשקפת - לטענת המשיבים - מיציאת העותרים את הארץ.

מהות הזכות הנשללת מהעותרים ו"מידת החשש"

13. נקודת המוצא העקרונית היא כי לכל אדם הזכות לצאת מישראל.

בעבר עוגנה זכות יסוד זו בהלכה הפסוקה. ראה למשל בג"צ 448/85 הנ"ל, שם הקדיש, כבוד השופט בך, תשומת לב מיוחדת לזכות מהותית זו בעמוד 712 לפסק הדין:

"הגבלת חופש תנועתו של אזרח, במובן שנאסרת עליו היציאה מתחום הארץ לארצות אחרות, הינה פגיעה חמורה בזכויות הפרט, ומי כמו הציבור הישראלי חייב, מטעמים מובנים וידועים, להיות רגיש לנושא זה".

(כך ראה למשל ב"ש 1064/86 אג'מאן נגד מדינת ישראל פ"ד מא (1) 83).

ענה, קבועה זכות זו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע:

סעיף 6 א:

"כל אדם חופשי לצאת מישראל".

14. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, (להלן: "חוק היסוד"), "נשא מעלה" זכות זו והעניק לה מעמד חוקתי על חוקי. לעובדה זו השלכה מכרעת בשני משורים:

א. לחוק היסוד השפעה על תוקפו של חוק רגיל הנחקק לאחר מועד כניסתו של חוק היסוד לתוקף, הפוגע בזכות היסוד, ואינו מקיים את דרישותיה של "פסקת ההגבלה" הקבועה בסעיף 8 לחוק היסוד.

ב. לחוק היסוד השפעה על פרשנותו של חוק רגיל וכל דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד.

ראה בש"פ 6654/93 בינקין נגד מדינת ישראל (טרם פורסם).

15. במסגרת עתירה זו עוסקים אנו בהשלכה השנייה דלעיל, דהיינו: בהשלכותיו הפרשניות של חוק היסוד על תקנות שעת חירום (יציאה מהמדינה), תש"ח - 1948, כנוסחם בפקודה להארכת תוקף תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ) תש"ט - 1948, כפי שתוקנה (להלן: "התקנות"). על פי הסמכות המוקנית למשיב 1, רשאי הוא לאסור את יציאתו של אדם מישראל, אם קיים יסוד לחשש שיציאתו עלולה לפגוע בבטחון המדינה, ואילו כשהמדובר ביציאה לארץ אויב - הרי שהיא אסורה אלא אם הותרה על ידי המשיב.

16. בשעה שהתקנות מבחינות בין "מדינות היעד" הרי שלא כן חוק היסוד. הזכות החוקתית המעוגנת בחוק היסוד איננה מבחינה בין "מדינות היעד", דהיינו: זכות יסוד שווה לכל אדם לצאת מישראל, בין אם למדינת אויב ובין אם למדינה אחרת. העדרה הרועם של האבחנה הנ"ל ממסגרת חוק היסוד, לרבות מ"פסקת ההגבלה" הקבועה בסעיף 8 לו, מעידה בבירור על כוונת המחוקק ליצור אמות מידה שוות על פיהן אמורה הרשות לנהוג בבואה לאסור ו/או שלא להתיר את יציאתו של אדם מהארץ לכל מדינה באשר היא. אמות מידה המתייחסות למידת הסכנה באופן זה - תהיה מדינת היעד אשר תהיה.

17. כאמור, את הוראות הדין, אשר תוקפן נשמר, יש לפרש ברוח הוראת חוק היסוד. על כן, כאשר הרשות שוקלת שלא להתיר את יציאתו של אדם מהארץ, עליה ליתן את מלא כובד המשקל לזכותו של אותו אדם לצאת מן הארץ. מסכימים אנו שאין המדובר בזכות מוחלטת אלא בעלת אופי יחסי וכי ניתן להגבילה מ"טעמים בטחוניים". יחד עם זאת וכאמור, לא כל "טעם בטחוני" יצדיק אי מתן היתר לצאת מהארץ.

18. חשיבותה של זכות היסוד מובילה לכך כי לעניין ההגבלה הנעוצה בקיומם של "טעמים בטחוניים", אין להסתפק עוד בחשש קלוש ותיאורטי גרידא לפגיעה בבטחון המדינה אלא, רק "חשש רציני" ל"פגיעה ממשיכה" בבטחון המדינה ובמידת "ודאות קרובה" - יצדיק אי מתן היתר יציאה מהארץ למדינה אחרת לרבות מדינת אויב.

חוק היסוד שטט למעשה את הקרקע תחת החלכה שהייתה קיימת ערב חקיקתו ואשר איבחנה בין אמות המידה שעל הרשות לנהוג בהן בשעה שהיא באה לאסור את יציאתו של אדם מישראל למדינה אחרת לבין, אמות המידה שעל הרשות לנהוג בהן בשעה שהיא איננה מתירה לאדם מישראל לצאת למדינת אויב.

(ראה בג"צ 448/85 הנ"ל ובג"צ 488/83 בראנסי ואח' נגד שר הפנים ואח' פ"ד לז (3) 722).

חוק היסוד הפך את הזכות לצאת מהארץ לזכות בעלת משקל זהה בהתנגשות שבינה לבין אינטרסים אחרים כלשהם ולפיכך, גם על אמות המידה שנועדו לבחון את סבירות הפגיעה בזכות היסוד - להיות זהות בכל מקרה ומקרה.

19. דברים ברוח זו נאמרו על ידי כבוד המשנה לנשיא השופט אהרון ברק בבש"פ 6654/93 הנ"ל, ביחס להשפעת חוק היסוד על פרשנות סעיף 44 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) תשמ"ב - 1982, הקובע כי בית המשפט רשאי, כתנאי לשחרור בערובה, לצוות על איסור יציאה מן הארץ.

"עם זאת, אף שאין חוק היסוד משפיע על תוקפו של סעיף 44, הוא משפיע על פרשנותו. את הוראותיו של הדין, אשר תוקפו נשמר, יש לפרש ברוח הוראות חוק היסוד (השווה סעיף 6 לחוק יסוד: חופש העיסוק). על כן, כאשר בית המשפט מפעיל את סמכותו ומורה על איסור יציאה מן הארץ, עליו ליתן משקל כבד לזכותו של נאשם לצאת מהארץ. זכות זו אינה מוחלטת. היא בעלת אופי יחסי. ניתן להגבילה מטעמים של טובת הציבור. לא כל טעם ציבורי מצדיק הגבלה על חופש היציאה מן הארץ. חשיבותה של זכות היסוד מובילה לכך כי לעניין ההגבלה הנעוצה בקיומו של הלק פלילי התלוי ועומד, הטעם הציבורי העיקרי המצדיק פגיעה בזכות היסוד הוא החשש כי הנאשם לא יתייצב לדינו. זאת ועוד: לא כל חשש לאי התייצבות מצדיק הגבלת חופש היציאה מן הארץ. לאור אופיה החוקתי של הזכות לצאת מהארץ, רק אפשרות סבירה או ודאות קרובה ... (דגש שלי, ד.ז.) לאי התייצבות למשפט, תצדיק מתן צו איסור יציאה מן הארץ."

20. יודגש, חוק היסוד בא להעלות את משקלה היחסי של הזכות לצאת מהארץ לעומת התקופה שקדמה לחקיקת חוק היסוד - ביחס לכל אינטרס נוגד אחר - ללא יוצא מן הכלל. לשון אחר: חוק היסוד הגדיל את כובד משקלה של הזכות לצאת מהארץ בהתנגשות שבינה לבין כל אינטרס לגיטימי אחר, בין אם המדובר בטעמים של שלום הציבור ובין אם המדובר בטעמים בטחוניים, בין אם המדובר ביציאה למדינה זרה כלשהי ובין אם המדובר ביציאה למדינת אויב.

שלילת מעמדה המיוחד של הזכות לצאת מהארץ בהתנגשות שבינה לבין החשש לבטחון המדינה הטמון ביציאה לארץ אויב - כחריג לכלל, עומדת בסתירה למעמדה הנורמטיבי חוקתי - על חוקי של הזכות לצאת מהארץ, וללשונו המפורשת והברורה של חוק היסוד.

לפיכך, על מערכת האיזונים, שנקבעה בעבר בפסיקה, ביחס לזכות לצאת למדינת אויב - להיבחן מחדש לאור חקיקת חוק היסוד, במקביל לאופן בו נבחנו מחדש מערכות האיזונים המתמייחסות להתנגשות שבין הזכות לצאת מהארץ לבין אינטרסים אחרים, כגון: הסמכות לצוות על עיכוב יציאה מהארץ לשם הבטחת התייצבות הנאשם לדין, (בש"פ 6654/93 הנ"ל), או הסמכות הטבועה בסעיף 14 לחוק ההוצאה לפועל המקנה לראש ההוצאה לפועל סמכות להוציא צו עיכוב יציאה מהארץ כדי להבטיח את ביצועו של פסק דין, (בר"ע 7208/93 וייסגלס נגד וייסגלס [טרם פורסם]).

וכפי שקבע כבוד השופט תאודור אור בבר"ע 7208/93 הנ"ל:

"... על מערכת האיזונים שנקבעה בפסיקה להבחן היום מחדש (דגש שלי, ד.ז.) תוך מתן משקל ראוי לזכות לצאת בחופשיות את הארץ, זכות אשר זכתה להיות מוגנת בנורמה חוקתית. אותן הלכות, לפיהן ניתן לעכב את יציאתו מן הארץ של תושב זר רק במקרים מיוחדים, ראוי שינתן להן משנה תוקף."

ובהמשך לכך ועל אחת כמה וכמה, יש לבחון מחדש ולנטוש את אותן הלכות הקובעות כי "חשד קל יותר וראיות בעלות משקל פחות רציני יספיקו כדי לסרב לבקשה על פי תקנה 5 הנ"ל". (תקנה 5 לתקנות שעת חירום [יציאה לחו"ל] הדנה בבקשה למתן היתר יציאה למדינת אויב - תוספת שלי - ד.ז.). הלכות "שבחן הודגש, בין היתר, כי בית המשפט יתערב בשיקול דעת השר במסגרת הסמכות הנתונה לו על פי תקנה 5 כאמור רק במקרים נדירים ביותר, כאשר ישוכנע, כי השר עשה שימוש בנימוקים מופרכים או בלתי סבירים או התחשב בשיקולים זרים ובלתי רלוואנטיים". (בג"צ 448/85 הנ"ל בעמוד 715 מול האות ד.)

21. חיזוק נוסף לכך שמעמדה החדש של הזכות לצאת מהארץ - חולש על כל התחומים והמגזרים השונים **ללא יוצא מן הכלל** - מצוי אף בלשונו המפורשת של סעיף 11 לחוק היסוד הקובע **שכל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות הקבועות בחוק היסוד**.
22. כאמור, לטענת העותרים, המשיבים פועלים למעשה מתוך שיקולים זרים תוך כדי עשיית שימוש לרעה בסמכותם, דהיינו: ההגבלה שהטילו המשיבים על העותרים נועדה בעצם להפעיל על העותרים לחץ בלתי לגיטימי על מנת לאלץ אותם ל"שתף פעולה" עם כוחות הביטחון ולהענישם.
- יחד עם זאת, ולמרות האמור לעיל, מודגש כי גם במידה והחלטת המשיבים מושתתת על מידע כלשהו על פיו יציאתם של העותרים מהארץ עלולה לסכן את ביטחון המדינה, הרי שעל המשיבים להצביע על כך שהמדובר בחשש "רציני" המושתת על הערכה שקיימת "סכנה של ממש" כי עקב יציאתם לחו"ל של כ"א מהעותרים עלול להיגרם "נזק משמעותי" לביטחון המדינה "בדרגת וודאות גבוהה".

מחות הפגיעה בעותרים

23. על מנת למצוא את האיזון הראוי בהתנגשות שבין אינטרס העותרים לצאת מהארץ לבין אינטרס המשיבים למנוע את יציאתם, מצווים המשיבים לשקול אף את מהות הפגיעה הספציפית שתיגרם לעותרים במידה ותישלל זכותם היסודית לצאת מהארץ.
24. אי מתן היתר יציאה לעותרים פוגע באופן מוחלט ביכולתם, (כמו ביכולתם של יתר התושבים אשר טופלו והינם מטופלים בנושא זה על ידי העותרת 1), לקיים קשרי משפחה, לפגוש את בני משפחתם פנים מול פנים, לסייע לבני משפחתם בעת מצוקה ולטפל בקרוביהם, בענייני המשפחה לרבות בנכסי המשפחה ובנכסיהם, ולקבל טיפול רפואי.
- זו היא פגיעה משמעותית בתא המשפחתי ובמהלך החיים החברתיים משפחתיים התקינים. ההגבלה מהווה פגיעה שאינה ברת פיצוי באשר המדובר בצורך אנושי קיומי בסיסי שאין לו תחליף.

זכות השמיעה

25. מבחינה עובדתית, ומבלי להיכנס לשאלה האם מתן "זכות השמיעה" בדיעבד יכלה לרפא החלטה שהתקבלה בלעדיה (בג"צ 549/75 סרטי נוח בע"מ נגד המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח' פ"ד ל (1) 757), נציין לפנינו שזכות זו לא ניתנה לעותר, לא מלכתחילה כנדרש, ולא בדיעבד.
26. תנאי הכרחי לחוקיות הדיון המינהלי הוא השמירה על כללי הצדק הטבעי. "אין ספק כי זכות הטיעון היא זכות יסוד העומדת לכל אדם, וביטוייה בכך שתינתן לו הזדמנות להשמיע את דבריו בטרם תיפול ההחלטה של רשות ציבורית הפוגעת במעמדו".
- (ע"א 120/79 אינגרמן נגד מדינת ישראל פ"ד לו (1) 113, 119).
- זכות השמיעה היא נגזרת של "חובת ההגינות" של מוסדות החברה כלפי הפרטים המרכיבים אותה. "עקרונות ההגינות המחייבים את המינהל הם אחד המכשירים העיקריים שפותחו על ידי בית משפט זה לשמירה על זכויות האזרח...".
- (בג"צ 685/78 עומרי מחמוד נגד שר החינוך והתרבות ואח' פ"ד לג (1) 767, 777).
- הדברים נכונים על אחת כמה וכמה כאשר המדובר ברשות המפעילה את סמכותה באופן השולל מהנתונים למרותה זכות חוקתית המעוגנת בחוק יסוד.**
27. מהותה של זכות השמיעה כזכות יסוד כורכת עמה אפיונים חשובים:
- "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".
- (בג"צ 654/78 גינגולד נגד בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד ל"ה (2) 649, 654).

עצם קיומה של זכות השמיעה איננו מתייחד לסוג זה או אחר של חיקוקים.

28. מסכימים אנו מראש שזכות השמיעה, בדומה לזכות העותרים לצאת למחוזות הפצם - איננה זכות מוחלטת. אף מסכימים אנו, לצורך העניין, שיש סבירות בטענה ש"קיימים מצבי חירום שבהם הצורך בפעולה מיידית של הרשות הוא כה דחוף..... שמותר לרשות שלא לקיים את החובה לאפשר שמיעה הוגנת לפני הפגיעה באזרח".
(בג"צ 320/80 קווסמה ואח' נגד שר הביטחון ואח' פ"ד לה (3) 113, 134).

ואולם, בהקשר זה בפינו שניים:

א. בעניין העותרים המדובר בפגיעה נמשכת ואי לכך קשה להבין מדוע לא העניקו המשיבים זכות שמיעה לעותרים בכל הזמן שחלף מאז תחילת הפגיעה.

ב. מיום הגשת הבקשות מצד העותרים באמצעות העותרת 1 ועד ליום מתן התשובות השונות, חלפו שבועות ואף חודשים. אי לכך קשה להבין מדוע לא העניקו המשיבים זכות שמיעה לעותרים בכל הזמן שחלף מיום הפנייה ועד לקבלת התשובה השלילית.

יתרה מכך, משניסטה העותרת 1 לעמוד על זכותו של העותר 2, למשל, לקיים הליך של שימוע הוגן בעניינו - שינו המשיבים את עמדתם ביחס לעותר וב"אורח פלא" התירו את יציאתו, כמפורט לעיל, תוך התחמקות מקיומו של הליך שימוע כלשהו.

29. גם אופיו של החומר הנטען כלפי העותרים, יהא אשר יהא, והמהווה תשתית להגבלות שהוטלו עליו, אינו מאיין את זכות השמיעה, בהיותה זכות גמישה המעוצבת על פי העניין והנסיבות. "דוקטרינת ההגינות" העומדת בבסיסה של זכות השמיעה, מרחיקה אותנו ממבנה של "הכל או לא כלום".

אם מטרותיה של זכות השמיעה הן:

א. להביא טענותיו של מי שעלול להיפגע בפני הרשות.

ב. להופיע בעת שמיעת העניין או בעת החקירה אם היא תתקיים.

ג. להכין ביעילות את הצגת עניינו בפני הרשות ולהשיב על העניינים המועלים נגדו.

(ראה בג"צ 361/76 המגדר ברזלית בע"מ נגד רפאלי פ"ד לא (3) 283, 291).

הרי שגם במקרים בהם מופיע סייג הסודיות, עדיין עומדת מטרה א' ולפחות באופן חלקי גם מטרה ג'.
מטרה א' עומדת שכן אין דבר המפריע לעותרים להשמיע טענות (בדומה לאלו המושמעות כאן) ולענות על האשמות המועלות בקווים כלליים. מטרה ג' ניתנת לקיום באופן חלקי לפחות משום שנדירים המקרים בהם כל החומר הוא סודי.

30. קיימות דוגמאות לא מעטות בפסיקה לכך שזכות השמיעה ניתנת למרות מיקום הסוגיה בתחום הבטחוני ובעיית הסודיות. כך למשל בבג"צ 221/77 פליציה לנגר נגד הועדה לאישור סניגורים בבתי הדין הצבאיים, פ"ד לב (1) 183, שם ניתנה לעותרת זכות הטיעון בפני הועדה, ואף נחשפו בפנייה המסמכים הסודיים שהיו בפני הועדה.

כך גם בבג"צ 320/80 קווסמה ואח' הנ"ל שעסק בגירוש על רקע בטחוני ובבג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נגד אלוף פיקוד המרכז ואח' פ"ד מג (2) 529.

לא למותר להוסיף בהקשר זה כי המשיבים אף אינם מקיימים אותו המעט שנעשה ע"י מפקדי כוחות צה"ל בשטחים בעניין הגבלות התנועה המוטלות מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, קרי ועדת הערעורים. (ראה בג"צ 370/84 זקוט נגד מפקד כוחות צה"ל באזור עזה פ"ד לח (3) 627).

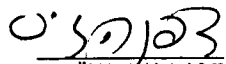
31. את זכות הטיעון יש להעניק בהקדם האפשרי, במקביל או מייד לאחר מניעת היציאה, (בין על ידי הטלת הגבלה ובין על ידי אי מתן היתר).

(ראה בג"צ 448/85 הנ"ל עמודים 710-711).

אין המדובר בזכות יתר שיש להעניקה, אם בכלל, לאחר תקופה ממושכת ול"מיוחסים" בלבד אלא, בזכות בסיסית שיש להעניקה באופן מיידי לכל אדם הנוגע בדבר. זכות, אשר חובה על הרשות להצביעה עליה בפני הנוגע בדבר ולהדריכו, מיוזמתה, על יכולתו לממשה. כמו כן, על הרשות להעמיד לרשות הנוגע בדבר מנגנון יעיל ושימושי באמצעותו יוכל לממש את זכות הטיעון.

מצב דברים בו הרשות מוצאת לנכון להשיב על פנייתו של הנוגע בדבר רק כעבור חודשים רבים ומספר פניות ותזכורות מטעמו, ללא ציון זכותו להליך של שימוע ותוך כדי השהייה ארוכה נוספת עד לקיום הליך של שימוע, (אם בכלל), במידה והנוגע בדבר מבקש לעשות כן מיוזמתו - הינו מצב דברים החורג באופן קיצוני מסדרי מינהל תקינים.

מכל הטעמים הללו מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צווים על תנאי וצווים החלטיים כמבוקש.


דפנה זיס, עו"ד
ב"כ העותרים