

העותרים:

1. ד"ר אגבאריה סולימאן, ת.ז. 054823950
2. אגבאריה מונא ת.ז. 059896738
3. מוקד מיזאן לזכויות האדם בע"מ.

כולם ע"י ב"כ עוה"ד טבאג'א חסאן, עבד אלראוף מואסי
ח'מאסי עומר, אזבארגה ח'אלד, האשם סואעד
ת.ד. 10343, אלפאח'ורה, נצרת 16000
טלפון: 04-6471471; פקס: 04-6559992

המשיב:

1. שר הפנים

ע"י מחלקת בג"צים, פרקליטות המדינה
רחוב צלאח א-דין 29, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא צו על תנאי המופנה כנגד המשיב, המורה לו לבוא וליתן טעם כדלקמן:

- א. מדוע לא יאפשרו לעותרים 1-2 לצאת ממדינת ישראל לערב הסעודית, על מנת שיוכלו למלא את מצוות "החאג'י" העלייה לרגל למכה.
- ב. מדוע לא יבוטל צו איסור היציאה מן הארץ שהוציא המשיב כנגד העותר מס' 1, ו/או יוגבל באופן שיאפשר לעותר לצאת לערב הסעודית.

א. בקשה לקיום דיון דחוף

1. העותר מס' 1 נרשם מזה כחודשיים יחד אם אשתו העותרת מס' 2, כמקובל, לרשימת העולים לרגל למכה שבערב הסעודית למילוי המצווה הדתית של חאג'י.
2. תחילת הנסיעה נקבעה ליום ששי ה- 13 בנובמבר 2009 בשעות הבוקר המוקדמות.
3. יום לפני, ביום חמישי ה- 12.11.2009 ובשעות הערב התקשר לעותר מס' 1 אדם שהזדהה כשוטר וביקש ממנו לסור לתחנת המשטרה.
4. בתחנה נמסר לעותר העתר החתום ע"י שר הפנים והאמור מבעדו לצאת מן הארץ החל מאותו יום 12.11.09 ולמשך שישה חודשים.
5. הצו נומק בכך "כי קיים חשש ממשי שיציאתו מן הארץ של סולימאן אגבאריה עלולה לפגוע בביטחון המדינה".

***** מצ"ב העתק הצו ויסומן א'.**

6. הצו על פניו הנו כללי, לכל נסיעה, ואינו מכוון כנגד אותה נסיעה ספציפית לערב הסעודית.
7. הוצאת הצו פגעה בעותרים 1-2 ומנעה מהם עליה לרגל למכה, נסיעה אשר חיכו לה והתכוונו לה זמן רב.
8. הצו נמסר לעותר 12 שעות לפני הנסיעה על אף שנסיעתו ורישומו לנסיעה היו ידועים מזה כחודשיים.
9. עתירה זו אינה מכוונת בשלב זה לצו בכללותו, שכן יבקש העותר למצות את הליכי השימוע ויתר ההליכים, אלא אך ורק כנגד מניעתו מהעלייה לרגל למילוי מצוות החאג'.
10. עפ"י השריעה האסלאמית נסיעתה של אשה לחאג' מחוייבת ליווי של הבעל, ומכאן שהצו פגע בה בכך שמנע ממנה את האפשרות לצאת לנסיעה.
11. העלייה לרגל לחאג', להבדיל מ"עומרא", אינה אפשרית בכל ימי השנה אלא היא קבועה בתקופה מוגבלת אשר חלה בתקופה זו של השנה.
12. **בנסיבות אלו יוכלו העותרים עוד להספיק את המצווה וביצוע החאג' אם יותר להם לצאת עד ה- 20.11.2009.**
13. **ומכאן דחיפות הדיון בעתירה.**

ב. מיצוי הליכים

1. כבר ביום א' ה- 15.11.09 נשלח בפקסימיליה מכתב מפורט למשיב, ליועמ"ש של משרד הפנים ולפרקליטות המדינה ובו בקשה מפורשת לשקול בדחיפות לאפשר לעותר בשלב זה נסיעה לחאג'.

***** מצ"ב מכתב ויסומן ב'.**

2. קבלתו של המכתב אושרה ע"י כל הנמענים.
3. העותר ביקש לקבל תשובה לפנייתו עוד באותו יום לאור העובדה כי אם יהיה צורך בהגשת עתירה אזי הכרחי הוא לקבל החלטה עד יום 20.11.09 אחרת תתייתר העתירה.
4. בהמשך לכך ומשלא קיבל העותר תשובה, הוא פנה באמצעות בא כוחו והודיע כי תינתן שהות נוספת לקבלת תשובה בטרם פנייה לערכאות.

***** מצ"ב הודעה ותסומן ג'.**

5. לאחר מכתב שני זה נוצר קשר עם נציג פרקליטות המדינה עו"ד גלעד שירמן אשר קיבל את הטיפול בעניין והוא הודיע כי הוא יחל בבירור העניין בתקווה כי עד ליום 16.11.09 בשעה 12:30 תהיה תשובה לפנייה.
6. משלא הייתה תשובה כאמור לא נותר לעותר אלא להגיש את העתירה.

ג. העובדות

1. העותר מס' 1, ד"ר סולימאן אגבאריה הנו איש ציבור, אדם מוכר ופעיל בחברה הערבית ושימש בעבר כראש עיר באום אלפחם.

2. כיום משמש ד"ר סולימאן כיו"ר הדירקטוריון בחברת סונדוק אלאסראא לתנמיה ואלאגאת בע"מ, תפקיד זה מחייב נסיעות רבות לחו"ל ויצירת קשרים עם ארגונים וגופים במדינות שונות.
3. בנוסף מקדיש ד"ר סולימאן מזמנו לפעילויות חברתיות ולקידום נושאים חברתיים ולאומיים.
4. ד"ר סולימאן מזוהה פוליטית עם התנועה האסלאמית וכזה הוא נתפש אצל רשויות הביטחון.
5. העותרת מס' 2 היא אשתו של העותר מס' 1, והיא נפגעה מן הצו לאור העובדה כי נמנעה יציאתה לעלייה לרגל מעצם מניעת בעלה הואיל והשריעה האסלאמית מחייבת ליווי הבעל לאשתו במסע החאג'.
 6. העותר מס' 3, הנו ארגון ללא מטרות רווח, כל חבריו עורכי דין, ופועל בתחום המשפט וזכויות האדם.
7. הנסיעה לחאג' הנה נסיעה מוגבלת מעצם טבעה שכן ביצוע כל הטקסים הדתיים מחייבים המצאות במקומות מוגדרים ובזמנים קבועים שאין לסטות מהם, וכך גם ולאור הנהלים וההוראות של הממלכה הסעודית אשר מגבילה את מסלול הנסיעה של העולים לרגל למקומות הדתיים בלבד ומאפשרת נסיעה אך ורק עם הקבוצה של העולים לרגל.
8. העותרים פנו למשיב וביקשו ממנו לשקול את בקשתם זו לאפשר נסיעה לחאג', ואף הציעו כי במידה וקיימות כל הנחיות או דרישות מטעם רשויות הביטחון הרי הם מוכנים לשמוע ולהתחייב בהם.
9. עוד יצוין כי בעבר אך פעלו רשויות הביטחון במדינה בצורה זה עם אנשי ציבור בכך שהם הנחו אותם שלא לבוא במגע או לא להשתתף בפעילויות מסוימות והדבר נעשה בהסכמה וללא צורך בנקיטת צדעים חריגים ודורסניים.
10. העותר, ובמסגרת תפקידיו מקפיד הקפדה יתרה על שמירה על הוראות החוק ולעיתים אף נמנע מפעולות מותרות מחשש כי הדבר עלול להתפרש ע"י הרשויות בצורה מוטעה.

ד. הטיעון

1. העותרים פונים ומבקשים מבית המשפט סעד שיאפשר לעותר 1 לצאת מחוץ לארץ למילוי מצווה דתית והיא מצוות אל-חאג'.
2. העותרים יטענו כי אין זה הזמן לדון בצו בכללותו, אך הימנעותו של המשיב מלהיענות לבקשה ליציאה מן הארץ ואף סירובו להתייחס להצעתו של העותר 1 לתאם את תנאי נסיעתו בהתאם לדרישות רשויות הביטחון אך מצביעות על חוסר המידתיות והשרירות שבהחלטה.
3. העותרים יטענו כי החלטת המשיב פוגעת פגיעה בלתי מידתית הזכויות חוקתיות של העותר 1 ובכך היא לוקה בחוסר סבירות.
4. העותרים עוד יטענו כי הדרך בה נהג המשיב בהוצאת הצו, ללא קיום שימוע מוקדם, תרמה לפגיעה יותר חמורה בעותר וכי בנסיבות העניין הדבר צריך להוות שיקול כבד משקל בעד ביטול הצו או הגבלתו כמבוקש.
5. העותרים יטענו כי השימוש בסמכות השר למניעת יציאה מן הארץ צריך להיעשות בזהירות מרבית ובמקרים נדירים ביותר.
6. העותרים יטענו כי אופייה של המדינה נקבע בהתאם להתנהגות הרשויות בה ולא בהתאם להצהרות בעלמא, ובעניין זה שימוש בתקנות שעת חירום צריך להיעשות כמפלט האחרון ולא כשימוש שגרתי חרף קיומה של הסמכות.

7. לא ניתן להתעלם מהאופי הרודני של תקנות שעת חירום לסוגיהם ככלי בידי השלטון לדיכוי וביטול זכויות וחירויות, רוצה הוא משתמש בהם, לא רוצה אזי הוא פועל בהתאם לחוק הכללי, כאשר נעשה השימוש בכלי זה כלפי אוכלוסיית המיעוט במדינה אזי החשש לשימוש לרעה הופך לרציני במיוחד.
8. העותרים יטענו כי לא די בחשש כללי לפגיעה בביטחון המדינה אלא קיים צורך למידע ספציפי ומוגדר, וגם כאן לא כל פגיעה יכולה להצדיק פגיעה בחופש התנועה והיציאה מן הארץ וצריך שהפגיעה הצפויה בביטחון המדינה תהיה ממשית ורצינית.
9. לאחרונה ניכרת מגמה אצל רשויות הביטחון להרחיב את הגדרת מושג ביטחון המדינה והדבר מהווה מדרון חלקלק ומסוכן ומשליך על אופייה של המדינה בכללותה.
10. מלומדים ואנשי ציבור הדגישו לא אחת את חוסר המוסריות והסכנה לדמוקרטיה מהשימוש בתקנות שעת חירום וכך אומר השופט חיים כהן בעניין זה.

"כיאה למדינת משפט, כאמור, ראתה ממשלת המנדט חובה לעצמה להשתית את כל מעשי הדיכוי על וכל דרכי הסתירה מעקרונות המשפט הפלילי והדיוני, על חוק כתוב וחתום: מה שיצא מתחת ידיה הוא 'חוק' אשר כל אנשי המשפט בארץ ישראל הוקיעוהו כלגיטימציה פסולה של אכזריות, רודנות ויתר סימני ההיכר של מדינה פשיסטית. אלא התקנות הללו, ברובן עומדות בתוקפן בישראל."

חיים ה' כהן, **המשפט**, מוסד ביאליק, 1991

ה. הטיעון המשפטי

1. החלטת המשיב הינה החלטה שפוגעת בזכות העותר לחופש תנועה, לחופש דת ופולחן, ובכללותו אף בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש.
2. מניעת אפשרותו של העותר 1 להגיע למכה שבערב הסעודית, הינה לכל הפחות, אקט שנגוע בחוסר סבירות קיצונית, בהיותו החלטה שאינה מעניקה משקל הולם, לזכויותיו של העותר לחופש התנועה ולזכויות היסוד הנוספות, שמימושן תלוי באפשרות לצאת מהמדינה.

הטיעון הבטחוני:

3. גם אם יעמדו המשיבים על תכלית ביטחונית, שעומדת ביסוד בהחלטתם לא לאפשר לעותר לצאת מהארץ, הרי שהדין אוסר על נקיטת צעדים פוגעניים באופן גורף. גם על צעדי מנע לעמוד בעקרון המידתיות והאינדיבידואליות (השוו לבג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 372).
4. אך לאורך כל שנות קיומה דגלה מדינת ישראל בעקרון, כי הסכנה לפגיעה בביטחון לבדה, איננה מצדיקה פגיעה בחירות הפרט (למשל הזכות לנוע) או בזכות הפרט (למשל הזכות לחינוך) מבלי שנערך איזון ראוי בין רמת הסיכון לבין התועלת אשר לכאורה תצמח מהפעולה הנדונה. ראו לעניין זה, למשל, את פסק הדין בבג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (להלן: "פרשת בית סוריק"), בה ערך בית המשפט הנכבד איזון בין התועלת הביטחונית הנובעת מהקמת גדר ההפרדה בתוואי שקבע המשיב 1 ובין

זכויותיהם של התושבים הפלסטיניים; פסק הדין בדנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 בו פסל בית המשפט הנכבד את המשך החזקתם של עצורים לבנונים בישראל כ"קלפי מיקוח" למטרות החזרת שבויים ונעדרים, ואת פסק הדין בבג"צ 5100/94 הנועד הציבורי נגד עינויים, פ"ד נג(4) 817 בו פסל בית המשפט הנכבד שיטות חקירה של שירות הביטחון הכללי, ולמרות טענות שירות הביטחון בדבר הצורך להמשיך ולהשתמש בשיטות פסולות אלה.

5. בהקשר זה, יבקשו העותרים להפנות למבחן המידתיות במובן הצר. קרי, עוצמת הפגיעה עצמה בזכויות אדם. על מבחן זה עמד הנשיא ברק בפרשת בית סוריק, באומריו:

"הפעולה השלטונית המקורית תהא בלתי מידתית על-פי מבחן המידתיות "במובן הצר" אם הפחתה מסוימת ביתרון המושג מן הפעולה המקורית, למשל באמצעות נקיטת החלופה האפשרית, תבטיח הפחתה משמעותית בנוק שנגרם מן הפעולה המקורית" (עמוד 840).

חובתו של המשיב 1 היא למצוא פתרון, שיאפשר לעותר לממש את זכויותיו לעלייה לרגל, גם בהתחשב בקשיים אובייקטיביים אפשריים, שיקשו על פעולה זאת.

6. הצעת העותר למשיב לתיאום נסיעתו, ואי ההיענות של המשיב אף מבליטה את חוסר הסבירות והקיצוניות של ההחלטה.

7. זאת ועוד. ככל שתעלה טענה, שקיימים אילוצים בטחוניים – העותרים יבקשו כי בית המשפט הנכבד יבחן טענה זו בקפדנות ולא יסתפק בהצהרות כלליות, אלא יבחן האם ההגבלות שמוטלות עולות בקנה אחד עם עקרון המידתיות.

הזכות לחופש תנועה

8. הזכות לחופש תנועה הינה זכות יסוד של הפרט, והוכרה ככזו במשפט החוקתי הישראלי וכן במשפט זכויות האדם הבינלאומי. לזכות זו ישנה חשיבות הן בפני עצמה והן כמפתח למימוש זכויות אדם נוספות. על חשיבות זו עמד בית המשפט הנכבד עוד לפני שנות דור, כשקבע:

"חירות התנועה של האזרח מי הארץ אל מחוצה לה, היא זכות טבעית, מוכרת, כדבר המובן מאליו" (בג"צ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 536).

וראו גם בג"צ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701.

זכות זו חיונית לאדם, קבע בית המשפט העליון בארצות הברית, פשוט כדי שיוכל לחיות:

"Travel abroad like travel within the country may be necessary for livelihood. It may be as close to the heart of the individual as the choice of what he eats, or wears, or reads" (Kent V. Dulles, 78 S. Ct 1113, 1118)

9. המכון בישראל הכיר בחשיבותה של זכות זו וקבע מפורשות בסעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי "כל אדם חופשי לצאת מישראל" (ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (נבו, 1994), 428-429).

10. לאחר כינון חוק היסוד, בית המשפט הנכבד המשיך ליתן לזכות זו מעמד בכורה, בעומדו על חשיבותה לחירותו של האדם ועל כך, שהגבלתה פוגעת באפשרות של אדם לחיות את חייו ופוגעת ביכולתו לממש זכויות אדם נוספות (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 59; בג"צ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695).

11. הזכות לחופש תנועה הינה זכות יסוד המוכרת גם במשפט זכויות האדם הבינלאומי, והזכות לצאת מטריטוריה כלשהי – הינה אבן יסוד במשפט הבינלאומי.

סעיף 12(2) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם קובע:

"כל אדם זכאי לעזוב כל ארץ, לרבות ארצו ולחזור אל ארצו."

סעיף 13(2) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות קובע:

"כל אדם בן חורין לעזוב כל ארץ שהיא, לרבות ארצו הוא."

ההכרזה לכל באי עולם מחייבת את מדינת ישראל, לאור ההשקפה הרווחת לפיה היא משקפת הוראות של המשפט הבינלאומי המנהגי (בן נפתלי ושני, 208) וזאת בהעדר חקיקה נוגדת (ולחפך, שהרי גם המכוון הכיר בזכות יסוד זה) וכן על פי חזקת ההתאמה (בג"צ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 945, 966). על המשיבים לממש זכות זו של אלו הנתונים לשליטתם, ולא להגבילה.

האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, אליה הצטרפה מדינת ישראל בשנת 1991, זכתה ל"קבלה נרחבת – מרבית מדינות העולם חברות כיום בשתי האמנות גם יחד, האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות והאמנה לזכויות כלכליות וחברתיות, ומחויבות ליישם את הוראותיהן, עובדה המדגישה את אופיים המחייב של דיני זכויות האדם" (בן נפתלי ושני, 210).

המשיבים מחויבים לכבד את זכותם וחירותם של העותרים לחופש תנועה, גם מכוח הוראה זו. יתר על כן, ניתן לומר בביטחון, שלאור ההכרה בזכות זו בשורת אמנות בינלאומיות ובחוקים פנימיים של מדינות, לרבות בחוק היסוד בישראל, הרי שזכות היציאה ממדינה הינה זכות מנהגית (יפה זילברשץ, זכות היציאה ממדינה משפטים כג (תשנ"ד) 70, 83).

12. בית המשפט הנכבד עמד במשך השנים שוב ושוב על חובתה של רשות, המבקשת להגביל את חופש התנועה של אדם, לעשות כן רק שעה שאינטרסים כבדי משקל אחרים מונחים על כך המאזניים. באותם מקרים בהם הרשות מחליטה לעשות כן, עליה לצמצם למינימום האפשרי את הפגיעה בזכויות הפרט, באופן שיהלום את האינטרס הבטחוני ולא יותר:

"כל מידה של פגיעה בחופש התנועה חייבת להיות תולדה של העמדת שני הערכים, זה מול זה, ושל השכנוע, כי הפגיעה אכן מתחייבת למען השגת המטרה הביטחונית הספציפית שהיא באה למנוע. משמעות הדבר, כי חייב להיות קשר ישיר בין האמצעי שנקט לבין מידת הסכנה הנשקפת מן האיש שכנגדו הוצא צו ההגבלה. מידת הסכנה נלמדת מן הראיות המצויות לפני מוציא הצו, אשר עליו להשתכנע, כי הן מחייבות את ההגבלה, בהיותן חד-משמעיות ומשכנעות לקיומה של אותה סכנה". (בג"צ 672/87 עתאמללה נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מב(4) 708, 710).

13. בית המשפט הנכבד פסל לא פעם הגבלות שונות, שהכבידו על מימוש חופש התנועה – הגבלות שהיו תחומות בזמן ו/או לא קבעו איסור מוחלט על מימוש הזכות. על אחת כמה וכמה יש לקבוע, כי מניעה מוחלטת של האפשרות לצאת מטריטוריה, על מנת לממש זכויות יסוד נוספות הינה בלתי מידתית, ולכן בטלה (השוו לבג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד מח(2) 491).

14. שוב ושוב חזר בית המשפט העליון והדגיש על הזהירות המיוחדת שיש לנקוט בה שעה ששר הפנים משתמש בסמכות הקבועה בתקנות שעת החירום לשם הגבלת יציאתו של אדם מגבולות המדינה וכך נאמר:

"על חשיבות הזכות הנתונה לכל אדם לצאת מישראל אין איש חולק. עוד לפני למעלה מחמישה עשורים קבע בית משפט זה כי "חירות התנועה של האזרח מן הארץ לא מחוצה לה, היא זכות טבעית..." (השופט זילברג ... בבג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים בעמ' 536). ובינתיים - כלום יש להזכיר? - עוגנה החירות האמורה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע (בסעיף 6א)) כי "כל אדם חופשי לצאת מישראל", אך חוק היסוד לא גרע מסמכות השר על פי תקנה 6 הנ"ל בהיות התקנה בגדר "דין שמור", כמשמעו בסעיף 10 לחוק היסוד. עם זאת, כפי שכבר צוין, אף שחוק היסוד איננו משפיע על תוקפה של תקנה 6, הוא משפיע על פרשנותה, וכפועל יוצא מכך - על הזהירות המיוחדת שבה יש להתייחס להפעלת הסמכות בידי שר הפנים לנוכח המשקל הנכבד שיש ליתן לזכותו של האדם הנפגע מהפעלתה (השוו דברי חברי הנשיא שנאמרו בהקשר שונה מזה שבעניינו בבש"פ 6654/03 בינקין נ' מדינת ישראל בעמ' 293). בחינה הנדרשת היא כפולה: תכלית הוצאתו של הצו ומידתיותו."

בג"צ 5211/04 מרדכי ואנונו ואח' נ' אלון פיקוד העורף ואת, פ"ד נח (6), 644

1. סיכום

1. העותרים פונים בזאת בעתירה ובהשגה חלקית כנגד הצו שהוצא כנגד העותר מס' 1.
2. העותרים מגבילים את עתירתם לעניין העלייה לרגל וזאת לאור דחיפות עניין זה ולאור רצונם של העותרים למצות את ההליכים מול המשיב בנוגע לצו בכללותו.
3. העותרים שומרים על זכותם לטעון כנגד הצו ולהוסיף טעונים ו/או להגיש עתירה חדשה ככל שיידרש.

לאור כל זאת, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי כמבוקש ברישא, להורות על קיום דיון דחוף ולאחר שמיעת תשובת המשיבים, להופכו למוחלט.

טבאג'א חסאן עו"ד

15.11.2009