

בג"ץ 2651/09

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

העותרת: האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד עודד פלר ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או
אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה
מרגלית ו/או לימור יהודה ו/או טלי ניר ו/או גיל גן מור ו/או
נסראת דקואר ו/או נסרין עליאן

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טלפון: 03-5608185; פקס: 03-5608165

- נ ג ד -

המשיב: שר הפנים

ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי, המופנה אל המשיב, ומורה לו לבוא וליתן טעם, מדוע לא יבוטלו פרט 10 ופרט 11 לתוספת לתקנות הדרכונים, התש"ם-1980.

עד להכרעה בעתירה מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו ביניים, המורה למשיב להימנע מגביית האגרות הנוספות, הקבועות בפרט 10 ובפרט 11 לתוספת לתקנות הדרכונים, התש"ם-1980, וזאת עד להכרעה בעתירה.

ואלה נימוקי העתירה:

העובדות הצריכות לעניין

התקנות נשוא העתירה

1. בתוספת לתקנות הדרכונים, התש"ס-1980 נקבעו, בין היתר, שיעורי האגרות שיגבה המשיב עבור הנפקת מסמכי נסיעה. בנוסחן של התקנות עד ליום 31.12.2008 עמד שיעור האגרה עבור דרכון לבגיר על סך 220 ש"ח (פרט 1 לתוספת). עבור דרכון במקום דרכון שנגנב, אבד, הושמד, הושחת או שונה נגבה כפל אגרה, כלומר נגבתה תוספת בסך 220 ש"ח (פרט 7 לתוספת).

העתק הודעת הדרכונים, התשס"ו-2005 (ק"ת 6449) בדבר שיעורי האגרות מצ"ב ומסומן ע/1.

2. ביום 31.12.2008 פורסמו תקנות הדרכונים (תיקון), התשס"ט-2008 (להלן – **התקנות**). במסגרת התיקון נקבע בפרט 1 לתוספת, כי האגרה עבור דרכון לבגיר שהוזמן בלשכת רשות האוכלוסין תעמוד על סך 250 ש"ח, ובמקרים בהם הדרכון הוזמן באמצעות הדואר או האינטרנט על סך 170 ש"ח (בחורף) ועל סך 220 ש"ח (בקיץ).

העתק התקנות (ק"ת 6734) מצ"ב ומסומן ע/2.

3. פרט 10 ופרט 11 לתוספת לתקנות קבעו אגרות בשיעור של מאות שקלים חדשים, **שייוספו** לאגרות המשתלמות למשרד הפנים עבור הנפקת מסמכי נסיעה, בנסיבות שבהן מסמך הנסיעה החדש ניתן במקום מסמך שנגנב, אבד, הושמד, הושחת או שונה (להלן – **האגרות הנוספות**):

	10.	מסמך נסיעה לבגיר במקום מסמך נסיעה שנגנב, אבד, הושמד, הושחת או שונה –	(א)	כשמסמך הנסיעה הקודם היה דרכון או תעודת מעבר לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק	תוספת של 750
			(ב)	כשמסמך הנסיעה הקודם היה תעודת מעבר לפי סעיף 2(ב)(2) לחוק	תוספת של 375
	11.	מסמך נסיעה לקטין במקום מסמך נסיעה שנגנב, אבד, הושמד, הושחת או שונה –	(א)	כשמסמך הנסיעה הקודם היה דרכון או תעודת מעבר לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק	תוספת של 375
			(ב)	כשמסמך הנסיעה הקודם היה תעודת מעבר לפי סעיף 2(ב)(2) לחוק	תוספת של 375

4. משמעות הדברים, כי עבור דרכון חדש לבגיר תיגבה אגרה בשיעור שבין 170 ל-250 ש"ח. במקרים בהם מתבקש הדרכון במקום דרכון שנגנב, אבד, הושמד, הושחת או שונה, תשולם אגרה מלאה בשיעור 250 ש"ח, **ותיוסף** לה אגרה בשיעור 750 ש"ח. שיעור האגרה שיגבה עבור דרכון לבגיר בנסיבות אלה הוא 1,000 ש"ח.

הפנייה אל המשיב

5. ביום 1.1.2009 פנתה העותרת למשיב וליועץ המשפטי לממשלה בדרישה להנחות את פקידי משרד הפנים **להימנע מגבייה של האגרות הנוספות**, וזאת עד לביטולם של פרט 10 ופרט 11 לתוספת לתקנות. בפנייתה עמדה העותרת על כך **שהאגרות הנוספות אינן אלא קנס**, ומשום כך גבייתן אסורה על פי דין.

העתק פניית העותרת מצ"ב ומסומן ע/3.

6. בפנייתה עמדה העותרת על ההבחנה בין קנס – המשולם דרך כפייה מבלי לקבל תמורה ישירה – לבין אגרה – המשתלמת בזיקה לשירות – ועל האיסור לעשות שימוש באגרות על מנת להעניש. העותרת ציינה, כי הפער בין אגרה בשיעור 250 ש"ח עבור דרכון לבין אגרה בשיעור 1,000 ש"ח עבור אותו השירות בדיוק אינו ניתן להסבר בזיקה לשירות, אלא כקנס שתכליתו להעניש את מי שדרכונו נגנב או אבד. משרד הפנים הודה בכך בפה מלא בדברי ההסבר לתקנות: "המגמה היא להכביד עם מאבדי דרכונים, ולחייבם בתוספת גבוהה יותר בגין הנפקת דרכון חדש".

העתק הצעת תקנות הדרכונים (תיקון), התשס"ח-2008 מצ"ב ומסומן ע/4.

7. בפנייתה הבהירה העותרת, כי היא אינה מקלה ראש, חלילה, בחשיבות השמירה על מסמכי נסיעה. ואולם, תהא המטרה שמבקש המשיב להשיג ראויה ככל שתהא עליו לפעול להשגתה במסגרת החוק בלבד, ודאי וודאי שעה שהפגיעה בגינה הינה בחופש התנועה ובזכות היסוד לצאת מן הארץ, המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כל עוד לא הוכר אבדן דרכון כעבירה פלילית או כעבירה מינהלית, אין משרד הפנים מוסמך להטיל בגינו קנסות.

פרשת "אגרת שהות יתר"

8. בפנייתה אל המשיב הזכירה העותרת, כי עקרונות אלה ידועים למשרד הפנים. עד לפני שנים אחדות גבה המשיב שלא כדין מאנשים ששהו בישראל ללא היתר וביקשו להסדיר את מעמדם בארץ אגרה בעד "הארכה למפרע של רישיון הישיבה". אגרה זו, שנודעה כ"אגרת שהות יתר",

נגבתה בנוסף לאגרה שגבה המשיב ממילא עבור רישיון הישיבה שהתבקש להקנות. "אגרת שהות היתר", שעוגנה בפרט 11 לחלק א' לתוספת לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974, לא היתה אלא קנס בגין שהייה שלא כדין.

9. מן הטעם הזה עתרה העותרת כאן לבית משפט נכבד זה בדרישה לבטל את "אגרת שהות היתר" (בג"ץ 3289/04 בלאי היילי נ' שר הפנים). בעקבות העתירה חדל המשיב מן הגבייה וביטל את פרט 11 לחלק א' לתוספת לתקנות, שמכוחו נגבתה האגרה (תקנות הכניסה לישראל (תיקון), התשס"ה-2005). בהליכי התיקון ובדברי ההסדר לתיקון הודו שרי הפנים דאז, שהצורך בתיקון ובביטול התקנה נובע מכך שמדובר בקנס, שאסור להטילו כאגרה:

"בחניה משפטית של הנושא העלתה כי לא ניתן להמשיך ולגבות סכומים אלו כ'אגרה' וזאת כיוון שלמעשה לא מדובר באגרה בעד מתן שירותים, כי אם בקנס, ולכן יש לבטל את הסעיף".

העתקי פנייתו של שר הפנים, מר אברהם פרוז, לשר האוצר מיום 24.6.2004; פרוטוקול ישיבת ועדת האגרות הבין-משרדית מיום 8.11.2004; ופנייתו של שר הפנים, מר אופיר פז פינס, ליו"ר ועדת הכספים מיום 18.5.2005 – מצ"ב ומסומנים ע/5.

10. העתירה נמחקה תוך שנפסקו לזכות העותרת 10,000 ש"ח הוצאות. לימים, לאחר ביטולה של "אגרת שהות היתר", פסק בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים, כי גבייתה היתה שלא כדין, משום היותה קנס ולא אגרה (עת"ם (י-ם) 676/06 סוסלינה נ' ראש דסק מרכז, מטה מינהל האוכלוסין (פסק דינה של השופטת יהודית צור מיום 5.8.2007, סעיפים 30-36 לפסק הדין)). המשיב לא ערער על קביעה זו.

העתק ההחלטה בבג"ץ 3289/04 מצ"ב ומסומן ע/6.
העתק פסק הדין בעת"ם (י-ם) 676/06 מצ"ב ומסומן ע/7.

11. העותרת עמדה בפנייתה אל המשיב על כך, שהתיקון שהוכנס בתקנות הדרכונים זהה בתכליתו העונשית ל"אגרת שהות היתר". גם זהו קנס, שהמשיב אינו רשאי להטילו במסגרת תקנות, שעניינן אגרות.

תשובת המשיב

12. ביום 4.2.2009 נתקבלה אצל העותרת תשובתה מיום 27.1.2009 של עו"ד עירית ויסבלום מן הלשכה המשפטית של רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול במשרד הפנים. בתשובה נמסר, כי

עבודת מטה שנערכה, הובילה למסקנה, כי יש לעדכן את האגרות הנגבות עבור שירותי הנפקת הדרכונים. "לעמדתנו, אין להקל עוד ראש עם תופעות בעייתיות של אבדן או השחתת מסמכי זיהוי, לרבות מסמכי נסיעה", כתבה עו"ד ויסבלום והוסיפה, "יש לקחת בחשבון את העבודה לה נדרשים פקידי הרשות במקרים הללו, לצורך קביעת שירותי אגרה חדשים ההולמים את היקפי העבודה המתבצעת עובר למתן השירות".

העתק תשובת המשיב מצ"ב ומסומן ע/8.

13. לעמדת המשיב, כך על פי התשובה, שיעור האגרה הינו בזיקה עם השירות שניתן. על פי הנטען, בעוד הנפקת מסמך נסיעה חדש יכולה להתבצע בכל לשכה של הרשות "תוך עבודה מינימאלית של הפקיד", הרי שבמקרים של הנפקת מסמך נסיעה חדש עקב אבדן המסמך הקודם או השחתתו, "הטיפול שאותו נדרש הפקיד לבצע הוא שונה ומורכב יותר". טיפול "שונה ומורכב" זה, שלטענת המשיב "מצריך היקפי עבודה רבים יותר מבעבר ומעמיס על הפקידים במצבת כח האדם הקיימת", כולל:

א. "חיפוש התיק האישי של מבקש השירות ועיון בו";

ב. "העברת הודעה למשטרת ישראל";

ג. ובעתיד הקרוב, "הכוונה היא להוסיף על כך... אף הודעה לאינטרפול".

14. כלומר, תוספת בשיעור 750 ש"ח לאגרה בשיעור 250 ש"ח, כך לטענת המשיב, אמורה לשקף את שיעור ההשקעה בפעולות הבאות:

א. מציאת תיקו האישי של מבקש השירות בארכיב הלשכה האזורית ועיון בו. לעניין זה נעיר, כי תיקו של המבקש מוצא מן הארכיב בלשכה האזורית ממילא, וזאת לצורך תיוק טופס הבקשה לאחר אישורה, בין שמדובר בבקשה לדרכון חדש ובין שמדובר בבקשה לדרכון במקום דרכון שאבד;

ב. משלוח הודעת פקס או דואר אלקטרוני למשטרת ישראל;

ג. ובעתיד – משלוח הודעת פקס או דואר אלקטרוני גם לאינטרפול.

15. באשר לפגיעה בזכות לצאת מן הארץ גרס המשיב כדלקמן:

"בהקשר זה יש להעיר, כי מדובר במסמך שאין חובה מן הדין לשאתו, בשונה מתעודת הזהות, והוא נדרש לצורך יציאה לחו"ל, ועל כן האוכלוסיות הנוקדות במדינה ממילא אינן נזקקות לו, כך שאף לא ניתן לומר כי המדינה מטילה עומס כבד מדי על האוכלוסיות הנוקדות. מכאן עמדתנו הינה כי אדם המסוגל לשאת בהוצאות

יציאה מישראל, ניתן לדרוש ממנו שמירה מוגברת על מסמך הנסיעה שברשותו, ואם התרשל וכשל בכך, אין זה ראוי כי המדינה תמשיך להקל עליו כפי שהיה נהוג עד כה, באמצעות הטלת אגרה שאינה משקפת את היקפי העבודה הנדרשים מהפקידים בעת הנפקת מסמכי נסיעה חלופיים כאמור. בהעלאת שיעורי האגרות אין פגיעה בחופש התנועה ובזכות היסוד לצאת מן הארץ, שהרי היא זה מופרך לטעון, כי אדם שיש ביכולתו לשאת בהוצאות הרבות הכרוכות ביציאה מישראל, ימנע מיציאה לחו"ל משום העלאת שיעורי האגרה בגין הנפקת מסמך נסיעה שאבד או הושחת."

16. בתשובה נמסר עוד, כי במקרים בהם המבקש הוכיח, כי מסמך הנסיעה שהיה ברשותו אבד או הושחת בנסיבות של כוח עליון, או שלא התרשל בשמירה על המסמך, או נסיבות האבדן לא היו בשליטתו, ישנה סמכות לפטור מתשלום התוספת לאגרה.

המסגרת הנורמטיבית

17. האגרות הנוספות נשוא עתירה זו אינן אלא קנס. הן נעדרות סמכות, פוגעת בזכויות יסוד, ותכליתן הזרה - להעניש מי שדרכונו אבד או נגנב - גלויה על פניה. התקנות מערימות קושי כלכלי, ומביאות למצב אבסורדי ובלתי סביר, בו נגבית אגרה מופקעת, ללא שום פרופורציה לשירות המבוקש. דינן של תקנות אלה להתבטל.

חוסר הסמכות להטיל קנס בגין מסמך נסיעה שנגנב, אבד, הושמד, הושחת או שונה

18. סעיף 1(א) לחוק יסוד: משק המדינה קובע כדלקמן: "מסים, מילווות חובה ותשלומי חובה אחרים לא יוטלו, ושיעוריהם לא ישונו, אלא בחוק או על פיו; הוא הדין לגבי אגרות":

"אין לו לשלטון אלא מה שקנה בחוק. עיקרון כללי זה הפך עקרון יסוד בישראל בהקשר של גביית מיסים ותשלומי חובה אחרים. וכלשון סעיף 1 לחוק-יסוד: משק המדינה: 'מסים, מילווות חובה ותשלומי חובה אחרים לא יוטלו, ושיעוריהם לא ישונו, אלא בחוק או על פיו; הוא הדין לגבי אגרות'. הוראה זו זכתה לחיזוק ולעיגון עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע (בסעיפים 3 ו-8 שבו) כי אין פוגעים בקניינו של אדם אלא לפי חוק או מכוח הסמכה מפורשת שבו." (ע"א 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ (פסק דין מיום 20.2.2006, סעיף 30 לפסק הדין) (להלן - **עניין רשות העתיקות**)).

וראו עוד: שם, בסעיף 20 לפסק הדין; בג"ץ 1640/95 אילנות הקריה (ישראל) בע"מ נ' ראש עיריית חולון, פ"ד מט(5) 582, 587-589 (1996); ע"א 6518/98 הוד אביב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(4) 28, 46-47 (2001); ע"א 7664/00 רובינשטיין ושות' נ' עיריית חולון, פ"ד נו(4) 117, 124 - 125 (2002).

19. אגרה נבדלת ממס או מקנס בכך שהיא משתלמת כתשלום חובה בזיקה עם שירות שהשלטון נותן לפרט (ראו: דנ"א 2687/00 עיריית חיפה נגד מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 332 (2002)). לעומת זאת, תשלום שאדם משלם דרך כפייה לרשות ציבורית מבלי לקבל תמורה ישירה לכספו אינו אגרה, אלא מס או קנס (ראו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית (נבו, תשנ"ו) א' 182).

20. סעיף 10 לחוק הדרכונים, התשי"ב-1952 (להלן – **החוק**), המסדיר את הנפקת מסמכי הנסיעה על ידי המשיב, קובע:

"השר ממונה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי להתקין תקנות בכל ענין הנוגע לביצועו, ובכלל זה צורתם של דרכון ושל תעודת מעבר, הפרטים שיפורטו בהם והשינויים של פרטים כאלה, וכן בענין האגרות שישולמו בעד שירותים לפי חוק זה."

21. סעיף 10 לחוק מסמך, אם כן, את המשיב להתקין תקנות בדבר "האגרות שישולמו בעד שירותים לפי חוק זה", ואולם החוק אינו מסמך את המשיב לקבוע קנסות או מסים.

22. דומה, כי גם בשעה שגבה המשיב כפל אגרה עבור דרכון חדש במקום דרכון שנגב, אבד, הושמד, הושחת או שונה, כפי שנהג עובר לתיקון התקנות נשוא העתירה, היה בכך משום גבייה אסורה של קנס בחסות אגרה. ואולם, ככל שהיה מקום לספק, האמנם כפל אגרה הינו קנס או גילום של התשומות הכרוכות בהנפקת דרכון חדש בנסיבות אלה, הרי שהספק נגזר עם תיקון התקנות, **והכפלת האגרה בארבע** (ואף בלמעלה מחמש בהשוואה לדרכון המוזמן בחורף באמצעות הדואר או האינטרנט). הפער בין אגרה בשיעור 250 ש"ח לבין אגרה בשיעור 1,000 ש"ח אינו ניתן להסבר בצורך למצוא את תיקים של מבקשי השירות ולעייין בו (בשעה שפקידי המשיב ממילא מוצאים את תיקו של כל מי שמבקש מסמך נסיעה, כדי לתיק את טופס הבקשה בתיק), והוא אף אינו ניתן להסבר במשלוח הודעות למשטרה ובעתיד גם לאינטרפול (הודעות שיכולות להישלח באמצעות פקס או דואר אלקטרוני). אין כל קשר בין הסכום, אותו נדרשים מבקשי השירות לשלם, לבין השירות, אותו הם מקבלים בפועל. אין זאת אלא, שבכוונת המשיב **לגמול** למבקשי השירות על אבדן דרכוניהם, **להרתיע** את המבקשים ואחרים מפני אבדן דרכוניהם **ולחנך את הציבור ולעודדו** לשמור על דרכוניהם (על תכליות אלה של דיני העונשין ראו: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תשס"ט) 17-20). בדברי ההסבר לתקנות הובעו טעמים אלה במפורש, ואין זולתם. ל"היקפי העבודה הרבים" לא ניתן כל ביטוי בדברי ההסבר:

"הסיבה להעלאת שיעור האגרה במקרים של אבדן מסמך נסיעה כמוצע לעיל, היא ריבוי ניכר של מקרי אבדן הדרכון בד בבד עם התרחבות התופעה של מכירת דרכונים ישראלים בחו"ל, המביאה לעלייה בזיוף הדרכונים הישראליים. כך גובר החשש מפני ההשלכות האפשריות, כמו למשל החשש מכך כי מדינות זרות ידרשו בעתיד מבעלי

דרכון ישראלי להצטייד בוויזה מראש ולא להסתפק בדרכון ישראלי. לפיכך המגמה היא להחמיר עם מאבדי הדרכונים ולחייבם בתוספת גבוהה יותר בגין הנפקת דרכון חדש." (נספח 4/ע)

23. גם מנגנון הפטור מתשלום האגרות, מלמד מעצמו, כי אין מדובר בעלותו של "שירות נוסף", אלא בקנס. כאמור, בתשובתו לעותרת מסר המשיב, כי במקרים בהם המבקש הוכיח, כי מסמך הנסיעה שהיה ברשותו אבד או הושחת בנסיבות של כוח עליון, או שלא התרשל בשמירה על המסמך, או נסיבות האבדן לא היו בשליטתו, ישנה סמכות לפטור מתשלום התוספת לאגרה. "היקפי העבודה הרבים", עליהם הצביע המשיב, אשר מצדיקים לטעמו את גביית האגרות הנוספות, אינם משתנים בשל כך שאדם אינו אחראי לכך שדרכונו אבד, ובכל זאת המשיב רואה לפטור מן האגרות הנוספות. מדובר במנגנון המיוסד על "העדר אשם", שמא על "נסיבות מקלות" לעונש.

24. **העותרת שבה ומדגישה, כי היא אינה מקלה ראש, חלילה, בחשיבות השמירה על מסמכי נסיעה.** ואולם, תהא המטרה שמבקש המשיב להשיג ראוייה ככל שתהא עליו לפעול להשגתה במסגרת החוק בלבד, ודאי וודאי שעה שהפגיעה בגינה הינה בחופש התנועה ובזכות היסוד לצאת מן הארץ, המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כל עוד לא הוכר אבדן דרכון כעבירה פלילית (ראו: סעיף 8 לחוק הדרכונים) או כעבירה מינהלית בהתאם לחוק עבירות מינהליות, התשמ"ו-1985 אין המשיב רשאי להטיל בגינו קנסות. המשיב רשאי לדרוש מאדם המבקש שירות לשלם בעד שירות זה אגרה כאמור בתקנות, אך הוא אינו רשאי לדרוש ממנו כל תשלום נוסף. סמכותו של המשיב לגבות אגרות בעד שירותים אינה יכולה לשמש כלי בידו להעניש. אגרה אינה עונש (ראו והשוו: ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 76 (1985)).

התניית מתן שירות בתשלום האגרות הנוספות - כפייה וכורח

25. כאמור, הדרישה לשלם את הקנס אינה עולה בזיקה לשירות המבוקש. התניית מתן השירות בתשלום האגרות הנוספות מהווה אמצעי גבייה פסול, אשר המשיב לא הוסמך להשתמש בו. רשות שלטונית אינה רשאית לדרוש תשלום שלא כדין כתנאי למתן שירות:

"תשלום לפי דרישה במסווה של חוק או של תפקיד רשמי אינו רצוני וניתן להשבה... תשלום כסף לפי דרישה הצבועה בגוון של תפקיד רשמי רואה החוק כפעולה שלא מרצון, והוא מעניק למשלם זכות השבה מפני תקנת הכלל. הנימוק לכך הוא כפול; ראשית, אין לעשות משרה רשמית או מעמד רשמי כלי לחץ לסחיטת כספים שהאדם אינו חייב לשלם; שנית, התובע היה זכאי מטעם החוק לקבל את השירות חינם או בפחות ממה ששילם בעדו, והוא שילם מפני שהיה לו צורך דחוף וחיוני בשירות, ואלמלא שילם היה השירות נמנע ממנו". (ע"א 278/56 סופרגו, חברה להפצת גז בע"מ נ' מזרחי, פ"ד יב 394, 406 (1958)).

26. כלל יסודי זה נובע מהיחס בין כוחה העצום של הרשות לבין תלותו המוחלטת של הפרט בה, אשר נאלץ לשלם, על כורחו, כפי שיוורו לו, אף אם דרישת התשלום אינה חוקית:

"רשות ציבור פלונית אמורה ליתן שירות ליחיד ללא תמורה או בתמורה הקבועה בחוק. אם תדרוש הרשות תמורה עבור השירות - או, לפי העניין, תמורה למעלה מן הקבוע בחוק - יחייב בית המשפט את הרשות להשיב ליחיד את התמורה ששולמה או את התמורה העודפת על התמורה הקבועה בחוק. הלכה זו נטועה עמוק במשפטנו... הלכה זו מייסדת עצמה על כוח היתר שיש לה לרשות על היחיד, שהיחיד תלוי ברשות לשבט או לחסד. וכך, בהניף הרשות את השבט יורה אותה בית המשפט להשיב את השבט למנוחתו... אין זו אלא אחת מבנותיה של עילת הכורח והכפיה... אכן, היחיד הניצב לפני הרשות אין ברירה של ממש בידו אם ייעתר לדרישת הרשות, אם לאו, שבידי הרשות הכוח לכפות עליו את רצונה אף אם אין לדרישתה כל עיגון בדין. מקור הכוח הוא במונופול המוקנה לשלטון בביצוען של פעילויות מסוימות - אישור, רישוי, רישום וכיו"ב - ובהיעדר חלופה זמינה העומדת לרשות היחיד". (ע"א 2299/99 שפייר נ' חברת דיור לעולה, פ"ד מה(4) 213, 232-233 (2001) (להלן - עניין שפייר)).

27. הכלל המשפטי, לפיו אין הרשות רשאית להתנות מתן שירות בתשלום שלא כדין, מייסד עצמו אף על עילת עשיית עושר ולא במשפט (ראו: ע"א 412/54 עיריית תל-אביב-יפו נ' חברת "ארמון אהרונוביץ 3 בע"מ, פ"ד י 1837, 1935 (1956); ע"א 193/72 סוכנות לאומנים בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד כז(1) 552 (1973); ע"א 706/71 וילנר נ' ראש העיר, חברי המועצה ותושבי ראשון-לציון, פ"ד כז(1) 160, 168 (1972); דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (אבירם, תשנ"ח) ב', 949 ואילך; עניין שפייר, עמ' 232; עניין רשות העתיקות, בסעיף 26 לפסק הדין). ואכן, סעיף 6(ב) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 קובע, כי חובת ההשבה בגין עשיית עושר ולא במשפט תחול גם על המדינה.

הפגיעה בזכויות יסוד על דרך של הערמת קושי כלכלי

28. טענתו של המשיב בתשובה לפניית העותרת, ולפיה משום ה"הוצאות הרבות הכרוכות ביציאה מישראל", הרי ש"האוכלוסיות הנזקקות במדינה ממילא אינן נזקקות" לדרכון - טוב היה לה שלא תשמע.

29. סעיף 13(2) להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, 1948 קובע, כי "כל אדם זכאי לעזוב כל ארץ, לרבות ארצו...". סעיף 12(2) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966 קובע, כי "כל אדם בן חורין לעזוב כל ארץ שהיא, לרבות ארצו הוא". מתוך הכרה בחשיבותה העליונה עוגנה החירות לצאת מן הארץ במשפטן של מדינות רבות ובמשפט הבין-לאומי, עד כי כיום אפשר לומר בבירור, שהפכה לזכות אדם מינהגית במשפט הבין-לאומי (ראו: בג"ץ 3914/92

לב נ' בית הדין הרבני האיזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491, 506 (1994); אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (נבו, תשנ"ד) 296.

30. החירות לצאת מן הארץ הינה גם "בכותרת המזרח של המשפט בישראל" (בש"פ 1986/94 מדינת ישראל נ' עמר, פ"ד מח(3) 133, 141 (1994)), ועוד בראשית ימיה של המדינה פסק בית משפט נכבד זה:

"חירות התנועה של האזרח מן הארץ אל מחוצה לה, היא זכות טבעית, מוכרה, כדבר המובן מאליו, בכל מדינה בעלת משטר דימוקרטי - וארצנו היא אחת מהן - ואין האזרח נוקק לשום הכשרה מיוחדת, כדי לזכות ב'הענקה' זו." (בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 536 (1953)).

31. עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו זכתה החירות לצאת מן הארץ למעמד חוקתי-על-חוקי (ראו: בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 290, 293 (1993); רע"א 7208/93 ויסגלס נ' ויסגלס, פ"ד מח(4) 529, 537-538 (1994)). סעיף 6(א) לחוק היסוד קובע לאמור: "כל אדם חופשי לצאת מישראל". משתלבת בכך "הכרתו של חוק היסוד במעמד החוקתי של חירותו האישית של האדם, בקובעו כי אין ליטול ואין להגביל את חירותו במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת" (סעיף 5 לחוק היסוד; בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף (פסק דין מיום 12.1.2006, סעיף 10 לפסק הדין. ההדגשה במקור)).

32. אכן, זכותו הבסיסית של כל אדם לבוא וללכת בכל מקום, לעזוב את ארצו ולשוב אליה, היא התגלמותה של החירות. "אדם בן-חורין הוא אדם המגשים את עצמו ואת מאוויי חייו... ללא ספק לא ניתן להגשים חיים מלאים ועשירים אם אדם אינו יכול לחיות בכל מקום שחפץ ותנועתו מוגבלת" (יפה זילברשץ "זכות היציאה מישראל" משפטים כג (תשנ"ד) 69, 72). ובלשונו של בית המשפט העליון האמריקאי:

"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 necessary for a livelihood. It 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." (Kent v. Dulles, 357 U.S. 116, 126 (1958)).

33. חלילה מלומר, כי בשל העלויות הכרוכות ביציאה מן הארץ, ל"אוכלוסיות נזקקות" אין חלק בחירות זו. מימושה של החירות לצאת מן הארץ אינה מגלמת רק את שאיפתו של אדם לגמול מרחקים על פני היקום, אלא עשויה לשמש להגשמת תכליות שונות, שביסודן מימוש זכויות יסוד

אחרות וצרכים חיוניים: עבודה, לימודים, נישואין, טיפול רפואי, פולחן דתי וקשר עם קרובים ומכרים (ראו: (Aptheker v. Secretary of State 378 U.S. 500, 519-520 (1964)).

34. משום כך, הערמת קושי כלכלי על הגשמתה של חירות היציאה מן הארץ פוגעת בכל אזרחי ישראל, ובפרט באוכלוסיות נזקקות, אשר עבורן הגשמתה של החירות לצאת מן הארץ קשה ממילא. תוצאה זו אינה יכולה לעמוד. הטובין החברתיים המובטחים ליחיד מכוחן של זכויות היסוד חייבים להיות נגישים ובטוחים ידם של הכל. מכשולים וחסמים כלכליים, המונעים מן הפרט לממש את זכויות היסוד שלו, דינם להתבטל (ראו והשוו: ע"א 733/95 ארפל נ' קליל תעשיות, פ"ד נא(3) 630, 577 (1997); ע"א 3833/93 לוינ' נ' לוינ', פ"ד מח(2) 862, 874 (1994); בה"ן 6857/00 רוטה נ' נצבטייב, פ"ד נד(4) 707, 713-715 (2000) (להלן - עניין רוטה)).

מנגנון הפטור מאגרה אינו מרפא את אי חוקיותן של האגרות הנוספות

35. בתשובתו לעותרת מסר המשיב כאמור, כי במקרים בהם המבקש הוכיח, כי מסמך הנסיעה שהיה ברשותו אבד או הושחת בנסיבות של כוח עליון, או שלא התרשל בשמירה על המסמך, או נסיבות האבדן לא היו בשליטתו, ישנה סמכות לפטור מתשלום התוספת לאגרה. אין בכך כדי לרפא את הפגמים באי החוקיות שבגביית האגרות.

36. במקרים, שבהם הטלת אגרה פוגעת בזכויות יסוד, אין בקיומו של מנגנון הפטור כדי להעם את עוצמת הפגיעה. הטיית חסד של פטור לבודדים אין בה כדי להקל על לחצם של האחרים. אלה יוסיפו להיאנק תחת עולן של האגרות הגבוהות:

"קיומו של פטור במקרה מסוים, אינו שקול להעדר חובת תשלום... מתן הפטור... אינו אלא דחליל שנועד להסיח את הדעת מן העיקר, והוא עצם החיוב לשלם את האגרה. חשיבות בחינת חוקיות התשלום מתעצמת, הואיל ואין מדובר בשירות שולי או זניח..." (עניין רוטה, עמ' 713).

37. זאת ועוד -

"הניסיון לסמוך על קיומו של פטור לדלי אמצעים, והטענה כי נוכח קיומו הופכת השאלה לתיאורטית, משמעה נכונות לעבוד עם עין אחת קשורה מרצון... קיום זכויות יסוד מוגנות משנה את פני העולם המשפטי... העמידה על הזכות מחייבת תגובה, ובמקרה המתאים הושטת סעד. אין להסתפק במשטר של פטורים, היוצרים איים בודדים של איזון, ואינו חג את המעגל סביב הזכות." (שם, בעמ' 717).

38. עצם ההיזקקות למנגנון הפטור מוסיף נטל בלתי צודק, ופוגע לא פעם פגיעה קשה ומיותרת בפרטיותם של הנאלצים לבקשו:

"הצורך לדרוש פטור מחמת עוני עולה כדי בידודם של מבקשי הפטור. הוא מחייב אותם 'להתפשט' מבחינה כלכלית." (שם, עמ' 716-717).

39. אין כל הצדקה לכך, שתיפגענה זכויותיו של אדם, המבקש שירות, בגין אגרה, שעצם הטלתה אינו חוקי. למה הדבר דומה? לאגרה שהיה מטיל המשיב בגין "ביקור בלשכה". הבה נניח, כי כל אדם, שמתייצב בלשכת רשות האוכלוסין, היה נדרש לשלם "אגרת ביקור בלשכה" בנוסף לאגרה, המשתלמת בעד כל שירות ושירות. תכליתה של "אגרת ביקור בלשכה" הוא לצמצם את מספר הפונים אל הלשכות, המטריחים את הפקידים שלא לצורך, וגורמים לעיכוב בטיפול השוטף ולעומס רב. מי שאינו משלם את "אגרת הביקור" אינו זכאי לקבל שירותים. ברי, כי אגרה שכזו אסורה מכל וכל. ואולם, המשיב היה מצטדק ואומר, כי אינו מונע שירותים; בנסיבות המתאימות של "ביקור מוצדק" רשאי יהיה מבקש השירות לבקש פטור, ועניינו ייבחן באופן אינדיבידואלי. ייתכן שיהיה עליו אף "להתפשט" מבחינה כלכלית, ולחשוף בפני הפקידים את מצוקתו, ואולם אם יעשה כן, וימצא שהשירות הנחוץ לו מוצדק או כי אינו יכול לעמוד בתשלום האגרה - יופטר ממנה, ולא יימנעו ממנו שירותים. האם אפשר להסכים, כי מנגנון פטור שכזה (פוגעני כשלעצמו), יירפא "אגרה" אסורה, בלתי חוקית ובלתי סבירה, ויצדיק קיומה? והרי אם נסכים לכך, הרינו מסכימים לעוד שורה של אגרות מופרכות מיסודן, שאת כולן יוכל להכשיר מנגנון פטור; ל"אגרת ספסל" (עבור ההמתנה בתור בלשכה), ל"אגרת טופס" (עבור חלוקת טפסים), אולי אף ל"אגרת מספר" (עבור שירות חלוקת פתקי המיקום בתור), ומי יודע - אולי אף ל"אגרת מי בתור?" (עבור שירותי כריזה).

בטלותה של התקנה

40. תקפותה של חקיקת משנה יונקת מן החקיקה הראשית. חוק הדרכונים לא הסמיך, כאמור, את המשיב להטיל קנסות בגין אבדן דרכונים, "ובלעדי הענקת הסמכות על פי דברו של המחוקק הראשי אין למחוקק המשנה ולא כלום." (בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 357 (1983) (להלן - עניין מיטרני)). "אם ימצא בית המשפט כי מחוקק המשנה חרג מהסמכות, תוכרז החקיקה כבטלה ומבוטלת" (בג"ץ 491/86 עיריית תל-אביב-יפו נ' שר הפנים, פ"ד מא(1) 757, 769 (1987) (להלן - עניין עיריית תל-אביב-יפו)).

41. לא זו אף זו. חקיקת המשנה נדרשת להקפיד על שמירת זכויות הפרט (ראו עניין מיטרני, בעמ' 358). עליה להימנע ממטרה זרה, ולהיעשות "בתום לבב על יסוד שיקולים כשרים ולמטרה שלמענה הוענקה הסמכות... הוצאת דבר חקיקה על-ידי רשות מוסמכת מתוך כוונה רעה או

מתוך מניע נפסד שלא למטרה שהוצב לה בחוק המסמיך אינה אלא גלישה אל מעבר לסמכות" (בג"ץ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד י 40, 47-48 (1956)). חקיקת המשנה נדרשת לעמוד גם בכללים של סבירות (וראו עוד בהרחבה : עניין עיריית תל-אביב-יפו, עמ' 770-775).

42. התקנות נשוא עתירה זו אינן עומדות בחובות חקיקת המשנה; הן נעדרות סמכות, פוגעת בזכויות יסוד, ותכליתן הזרה - להעניש מי שדרכונו אבד או נגב - גלויה על פניה. התקנות מערימות קושי כלכלי, ומביאות למצב אבסורדי ובלתי סביר, בו נגבית אגרה מופקעת, ללא שום פרופורציה לשירות המבוקש. דינן של תקנות אלה להתבטל.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש בראש עתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפכו למוחלט.

כן מתבקש בית המשפט הנכבד, כי עד להכרעה בעתירה יינתן צו ביניים, המורה למשיב להימנע מגביית האגרות הנוספות, הקבועות בפרט 10 ובפרט 11 לתוספת לתקנות הדרכונים, התש"ס-1980.