

## על חופש התנועה הפנים-מדינתית

בעקבות בג"צ 5016/96 ואח' חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח'  
(טרם פורסם)<sup>1</sup>

יפה זילברשץ\*

א. פתח דבר. ב. פסק-הדין בעניין רחוב ברי-אילן: 1. עובדות פסק-הדין וההחלטות שנתקבלו בו; 2. הצגת האינטרסים של חופש התנועה בפסק-הדין. ג. חופש התנועה הפנים-מדינתית - האומנם זכות-יסוד?: 1. בחינה נורמטיבית - משפט בינלאומי ומשפט השוואתי; 2. בחינה נורמטיבית - המשפט הישראלי. ד. הנימוקים להכרה בחופש התנועה הפנים-מדינתית כזכות-יסוד חשובה. ה. חופש התנועה הפנים-מדינתית - מודל המבוסס על מטרת התנועה. ו. ההיבט הפיזי-אובייקטיבי של התנועה הפנים-מדינתית: 1. למי מוקנית הוּכּוּת?; 2. מה כוללת הוּכּוּת?

### א. פתח דבר

פסק-הדין בעניין רחוב ברי-אילן דן בסגירת כביש ראשי לתחבורה בזמן התפילות בשבת ובמועדי ישראל. נושא סגירת הכביש בשבת מעמיד על כפות המאזניים שני אינטרסים מתנגשים: חופש התנועה הפנים-מדינתית, מול כיבוד רגשות הדת ואורתו-החיים הדתי של רוב התושבים הגרים סמוך לכביש.<sup>2</sup> לזכות לחופש התנועה ברחבי המדינה כמו גם לאינטרס של כיבוד רגשות הדת ואורתו-החיים הדתי היתה כבר בעבר התייחסות בפסיקה. לעתים נסוב הדיון המשפטי, כמו בפסק-הדין בעניין רחוב ברי-אילן, על העימות שבין חופש התנועה לבין כיבוד רגשות הדת.<sup>3</sup>

\* מרצה בכירה בקולטה למשפטים, אוניברסיטת ברי-אילן. תודתי לד"ר אריאל בנדור ולרונון אברהם על הערותיהם המועילות.

1. ניתן ביום 13.4.97 (להלן: פסק-הדין בעניין רחוב ברי-אילן).
2. ראו להלן, ליד הערות 17-27. לדעות שונות לגבי האינטרסים שנשקלו בפסק-דין זה ראו להלן, ליד הערות 28-34.
3. כמו, למשל, בעניין סגירת קטע של רחוב המלך ג'ורג' ושמואל הנגיד בירושלים בשבת ובמועדי ישראל בשעות לפני-הצהריים כדי למנוע רעש ממתפללי בית-הכנסת "ישורון" (בג"צ 174/62 הליגה למניעת כפייה דתית ואח' נ' מועצת עיריית ירושלים ואח', פ"ד טז 2665 [להלן: בג"צ הליגה למניעת כפייה דתית]), או בעניין סגירת קטע ברחוב השומר בבני

לעתים התעמתה כל אחת מהזכויות הללו עם זכויות ואינטרסים אחרים. לדוגמא: כיבוד רגשות הדת נבחן בהתנגשות עם חופש הביטוי,<sup>4</sup> וחופש התנועה הפנים-מדינתית נבחן כשהוגבל משיקולים של בטחון המדינה.<sup>5</sup>

למרות קיומה של פסיקה זו, ניתן לומר שבפסק-הדין בעניין רחוב בר-אילן ישנה התייחסות רבה מבעבר לא רק לאיזון הספציפי שבין חופש התנועה הפנים-מדינתית לבין כיבוד רגשות הדת ואורתו־החיים הדתי, אלא גם לפיתוח, לעיצוב ולהגדרה של הזכויות הללו.

מאמרנו יתמקד בהיבט אחד של פסק-הדין, והוא הזכות לחופש התנועה הפנים-מדינתית.<sup>6</sup> נקודת המוצא שלנו היא, שדעת הרוב מובילה לתוצאה משפטית רצויה. עם זאת, בפסק-הדין שכתבו שופטי הרוב אין ביטוס תיאורטי מספק לגיבושה ולעיצובה של הזכות לחופש התנועה הפנים-מדינתית.

מטרתו העיקרית של המאמר היא הניסיון לחשוף ולהסביר מהו הביטוס התיאורטי לחופש התנועה הפנים-מדינתית? ביטוס תיאורטי זה יתן כלים לאזן כראוי בעתיד בינו לבין זכויות או אינטרסים העלולים להתנגש בו בעת מימוש.

הדיון בביטוס התיאורטי של הזכות יצריך גם להגדיר את מעמדה הנורמטיבי של הזכות ולבחון מה היא כוללת ועל מי היא חלה.

## ב. פסק-הדין בעניין רחוב בר-אילן

### 1. עובדות פסק-הדין וההחלטות שנתקבלו בו

לרחוב בר-אילן, שאורכו כק"מ ורבע, שתי פונקציות: הוא משמש עורקת-חבורה ראשי המקשר בין הכניסה לירושלים ובין שכונותיה הצפוניות, ונוסף על כך הרחוב עובר בלב שכונות חרדיות ומשמש מעבר מרכזי לתוך שכונות אלו.

- ברק בשבת ובמועדי ישראל (בג"צ 531/77 ברוך ואח' נ' המפקח על התעבורה במחוזות תל-אביב והמרכז, רשות התמרור המרכזית, פ"ד לב (2) 160 [להלן: בג"צ ברוך]).
4. ראו בג"צ 351/72 קינן נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד כו (2) 811; בג"צ Universal City Studios Inc. 806/88 ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מג (2) 22.
5. ראו בג"צ 672/87 עתאמללה ואח' נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מב (4) 708 [להלן: בג"צ עתאמללה]; וכן בג"צ 448/85 דאהר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד מ (2) 701 [להלן: בג"צ דאהר], שאמנם דן בהגבלת יציאה לחו"ל משיקולי ביטחון, אך יש בו גם השוואה בין יציאה לחו"ל לבין תנועה בתוך המדינה והגבלתה משיקולי ביטחון.
6. להתייחסות לאינטרס של רגשות דת ראו מאמרו של דניאל סטטמן, "פגיעה ברגשות דת", רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית - ספר הזכרון לאריאל רוזן-צבי (מנחם מאוסטר, אבי שגיא ורוגן שמיר - עורכים, רמות, תשנ"ח) 133.

שר-התחבורה החליט לסגור את הרחוב לתנועת כלי-רכב בזמני התפילה בשבתות ובמועדי ישראל? הוגשו שלוש עתירות כנגד סגירת הרחוב בטענה, שהחלטת שר-התחבורה היא בלתי-סבירה באופן קיצוני; ועתירה נוספת הקוראת לסגירת הרחוב בשבתות וחגים מזמן כניסתם ועד צאתם.

את העותרים הקוראים לפתיחת הרחוב לתנועה למשך כל השבת ניתן לחלק לשתי קבוצות: קבוצה אחת כוללת אנשים שאינם גרים באיזור הסמוך לרחוב בר-אילן והם מלינים על כך שסגירת הרחוב שהוא עורק-תחבורה ראשי, פוגעת בחופש התנועה שלהם. הקבוצה האחרת כוללת אנשים הגרים באיזור הסמוך לרחוב שאינם שומרי שבת. אנשים אלו מלינים, שסגירת הרחוב תמנע מהם לצאת בשבת לעבודה וכן לא תאפשר להם לנסוע לבקר קרובים וידידים או לארחם.<sup>8</sup>

הנשיא ברק היה בדעה, שבכל הנוגע להסדרת התנועה מקצה אחד לקצה האחר של העיר נמצאה לרחוב בר-אילן חלופה סבירה. בנסיבות אלה סבור היה הנשיא ברק, שסגירת הרחוב בשעות התפילה מאונת כראוי בין חופש התנועה לבין רגשות הדת ואורח-החיים הדתי של התושבים החרדים הגרים בשכונות הסובבות את רחוב בר-אילן. לשיטתו, אילו לא התעוררה בעיה באשר לתושבים החילוניים הגרים בשכונות החרדיות שליד הכביש, הוא היה דוחה את העתירה ומשאיר את החלטת שר-התחבורה על כנה.<sup>9</sup> אך הנשיא ברק סבר שאם תקוים החלטת השר, היא תפגע בחופש התנועה של התושבים החילוניים המתגוררים בשכונות החרדיות – הם, בני משפחתם, קרוביהם ותושבים חילוניים הבאים לבקר אותם. לטענתו של הנשיא ברק, עניינם של אלה לא נלקח כלל בחשבון על-ידי השר בעת ששקל והחליט על סגירת הכביש. לא הונחה לגביהם תשתית עובדתית ראויה ועל כן יש לקבל בגינם את העתירות במובן זה שהחלטת שר-התחבורה לסגור חלקית את רחוב בר-אילן תבטל והעניין יחזור לשר לקבלת החלטה חדשה. בהחלטתו החדשה יביא שר-התחבורה בחשבון באופן אופרטיבי גם את האינטרסים של התושבים החילוניים הגרים בשכונות העוטפות את רחוב בר-אילן ומבקריהם.<sup>10</sup>

7. סעיף 70 (1) לפקודת התעבורה [נוסח חדש] מעניק לשר-התחבורה סמכות להסדיר את התעבורה ולקבוע כללים באשר לשימוש בדרכים בשביל כלי-רכב, מכוח הסמכה זו התקין שר-התחבורה את תקנה 17(א) לתקנות התעבורה, תשכ"א-1961, שעל-פיה "רשות תמרור מרכזית רשאית להורות לרשות תמרור מקומית על קביעת הסדר תנועה, שינוי, ביטולו ודרך אחזקתו". רשות-התמרור המרכזית היא המפקח על התעבורה או מי שהמפקח אצל לו מסמכותו. אך על-פי סעיף 42 לחוק-יסוד: הממשלה, "שר ... הממונה על ביצועו של חוק, רשאי ליטול לעצמו כל סמכות ... הנתונה על-פי אותו חוק לעובד מדינה ..." ובמקרה דנן נטל שר-התחבורה את סמכותו של המפקח על התעבורה.
8. לפירוט נוסף של הטענות שהועלו על-ידי עותרים אלו ראו פסק-הדין בעניין רחוב בר-אילן (לעיל, הערה 1), פסקאות 13-15 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
9. לפירוט נוסף ראו שם, פסקה 15 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
10. ראו שם, פסקה 106.

לעניין העתירה הקוראת לסגירת הרחוב במשך כל השבתות והמועדים סבר הנשיא ברק שיש לדחותה. לדעתו של הנשיא ברק הצטרפו המשנה-לנשיא לויך והשופט מצא. השופט טל סבור היה שיש לדחות את העתירות הקוראות לפתיחת הרחוב ולקבל את העתירה שעל-פיה ייסגר רחוב בר-אילן בשבתות ובמועדי ישראל במשך כל שעות היום.<sup>11</sup> אך מכיוון שהשופט טל הכיר בכך שדעתו היא דעת יחיד, הרי ש"מטעמים פרגמטיים בלבד"<sup>12</sup> הוא הצטרף לתוצאה שבפסק-דינו של הנשיא. ארבעה שופטים אלה – ברק, לויך, מצא וטל – חברו למעשה להיות דעת הרוב בפסק-הדין.

שופטי המיעוט – השופטים אור, חשין ודורנר – סברו, כי יש לקבל את העתירות שבהן נתבקשו לבטל את החלטת השר לסגור חלקית את רחוב בר-אילן לתנועה בשבתות ובמועדים ולדחות את העתירה שבה נתבקשו להורות על סגירת רחוב בר-אילן בכל שעות השבת ומועדי ישראל.<sup>13</sup>

שופטי המיעוט, להבדיל משופטי הרוב, לא סברו שיש להבחין בין האינטרסים של האוכלוסייה החילונית, המשתמשת ברחוב למעבר בלבד, ובין האינטרסים של האוכלוסייה החילונית המתגוררת בשכונות הסובבות את הכביש. לשיטתם, סגירת הכביש, ולו גם באופן זמני, פוגעת הן בעותרים החפצים להשתמש ברחוב כעורק-תחבורה המקשר בין הכניסה לירושלים לבין שכונותיה הצפוניות הן בתושבים הגרים סמוך לרחוב בר-אילן ובמבקריהם.<sup>14</sup> לדעת שופטי המיעוט, יש לפתוח את הרחוב לתנועה.

בנקודת-הזמן שבה ניתן פסק-הדין בעניין רחוב בר-אילן דעת הרוב ודעת המיעוט הובילו בפועל לתוצאה זהה: הרחוב נפתח לתנועה. השוני בין דעת הרוב ובין דעת המיעוט בא לידי ביטוי לאחר ששר-התחבורה שקל כראוי את האינטרסים של האוכלוסייה החילונית המתגוררת בסביבות רחוב בר-אילן ומצא לגביה פתרונות אופרטיביים. לפי דעת הרוב, אין מניעה לסגור באופן חלקי את רחוב בר-אילן לתנועה בשבתות ובמועדים משנמצא פתרון ראוי לאוכלוסייה החילונית המתגוררת באזור. לעומת זאת, על-פי דעת המיעוט, שר-התחבורה לא יוכל לסגור את הרחוב לתנועה כל עוד אין התערבות ישירה של המחוקק. לשיטת כל שופטי המיעוט, סגירת הרחוב בשם האינטרסים של הציבור הדתי פוגעת בזכויות-יסוד של הציבור החילוני ואין לפגוע בזכויות-יסוד אלא על-פי חוק או מכוח הסמכה מפורשת בו. לשיטתם, בהבדל מדעת הרוב, פקודת התחבורה אינה הסמכה מפורשת לשר-התחבורה לסגור את הרחוב כשהשיקולים שלו אינם שיקולי תחבורה צרופים אלא שיקולים דתיים.<sup>15</sup>

11. זוהי העתירה בבג"צ 5434/96 האגודה לשמירת זכויות הציבור הדתי והחרדי בישראל נ' שר-התחבורה ואח', שאוחדה עם העתירות הקוראות לפתיחת הכביש (לעיל, הערה 1).

12. ראו שם, פסקה 10 לפסק-דינו של השופט טל.

13. ראו שם, פסקה 47 לפסק-דינו של השופט אור; פסקה 48 לפסק-דינו של השופט חשין; פסקה 8 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

14. ראו שם, בפסק-דינו של השופט אור, בעיקר פסקאות 24 ו-34; בפסק-דינו של השופט חשין פסקאות 25-40; ובפסק-דינה של השופטת דורנר, בעיקר פסקה 6.

15. ראו שם, בפסק-דינו של השופט אור, פסקה 18; בפסק-דינו של השופט חשין, פסקאות 20,

ב-18 במאי 1997, כחודש לאחר שניתנה החלטת בג"ץ בעניין רחוב בראילן, שלח שר-התחבורה, בתוקף סמכותו כרשות-התמרור מרכזית, לראש עיריית ירושלים, בתוקף תפקידו כרשות-התמרור המקומית, מכתב ובו הוא מורה לו לסגור את רחוב בראילן לתנועה לכל רכב, פרט לרכב-ביטחון, בשבתות ובמועדי ישראל בשעות התפילה. החלטת השר כללה גם הוראה לרשות-התמרור המקומית לתאם עם המפקח הארצי על התעבורה מתן פטור מהגבלת התנועה לרכב של התושבים הגרים ברחוב בראילן ובשכונות הסובבות ושל מבקריהם. הפטור יאפשר לתושבים ולמבקריהם כניסה ברכב לרחוב ירמיהו, עד לנקודה המפורטת בהחלטה.

הוגשה עתירה לבג"ץ בעקבות החלטה זו ובה נטען, שיש לבטל את ההחלטה, שכן הפתרון המוצע בה לגבי התושבים החילוניים בלתי-סביר באופן קיצוני.<sup>16</sup> העתירה לא הגיעה כלל לדיון בבג"ץ, שכן העותרים משכו את עתירתם. הם שוכנעו שעל-פי המפורט בדעת הרוב בפסק-הדין בעניין רחוב בראילן החלטת השר, ובכלל זה בעניין התושבים החילוניים, סבירה.

## 2. הצגת האינטרס של חופש התנועה בפסק-הדין

על כפות-המאזניים בפסק-הדין בעניין רחוב בראילן נשקלו האינטרסים של הציבור הדתי, המבקש כי הרחוב ייסגר לתנועה לפחות באופן חלקי, כנגד האינטרסים של הציבור החילוני, המבקש לעבור ברחוב כעורק-התחבורה המחבר בין חלקי העיר או כרחוב גישה לבתי התושבים החילוניים הגרים בסביבתו.

הנשיא ברק הגדיר את האינטרס של התושבים הדתיים ומיקד אותו למניעת פגיעה ברגשותיהם וכיבוד אורח חייהם.<sup>17</sup> הנשיא ברק הכיר בפסק-הדין באינטרס של התחשבות ברגשות דת וכיבוד אורח-החיים הדתי כאינטרס עצמאי, שאינו חלק מחופש הדת והחופש מדת, ושאפשר לראות בו חלק מהאינטרס הכולל של הסדר הציבורי.<sup>18</sup> הוא עמד על כך, שסגירת הרחוב אינה משרתת את חופש הדת של התושבים הדתיים, שכן בני השכונה

21, 24, 32, ו-35; בפסק-דינה של השופטת דורנר, פסקאות 1-5; לעמדתו החולקת של

הנשיא ברק כמייצג דעת הרוב בשאלה זו ראו התייחסות ישירה בפסקה 98 לפסק-דינו.

לעניין דעת שופטי המיעוט בנקודה זו ברצוני להוסיף, שהיא אינה סוף פסוק, כלומר:

לשיטתם, חקיקה של חוק היא תנאי בלי-עבור לאפשרות לסגירת הכביש. אך יש להבהיר

ולומר, שהעובדה שיחוקקו חוק לא תוביל בהכרח לסגירת הכביש. ישנה אפשרות שהוקתיות

של חוק כזה, שלא יחול עליו עקרון שמירת הדינים הקבוע בסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד

האדם וחירותו, תצטרך להיבחן לפי הקריטריונים הקבועים בפסקת ההגבלה, היא סעיף 8

לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעניין זה ראו גם להלן, אחר הערה 69; וליד הערה 70.

16. בג"צ 3032/97 שריד ואח' נ' שר התחבורה.

17. ראו פסק-הדין בעניין רחוב בראילן (לעיל, הערה 1), פסקאות 48, 49, 73 ו-75 לפסק-

דינו של הנשיא ברק.

18. ראו שם, סוף פסקה 75. לעניין הביקורת על הפגיעה ברגשות כאינטרס עצמאי ועל זיהויו

עם האינטרס של הסדר הציבורי ראו סטטמן (לעיל, הערה 6).

חופשיים לקיים את מצוות הדת גם אם מכוניות עוברות ברחוב בשבת.<sup>19</sup> הוא הקפיד להדגיש שסגירת הרחוב אינה גורמת לכפייה דתית ועל כן אינה פוגעת בחופש מדת של התושבים החילוניים.<sup>20</sup> שופטי הרוב האחרים הצטרפו לעמדתו של הנשיא ברק.<sup>21</sup> גם שופטי המיעוט מסכימים, שהאינטרס של הציבור הדתי במקרה זה הוא שמירה על רגשות דת וכיבוד אורח-החיים הדתי שייפגע בעקבות תנועת כל-ירכב ברחוב בראילן בשבת.<sup>22</sup> אך להבדיל מהנשיא ברק, מרמזים שניים משופטי המיעוט לכך שכיבוד רגשות דת הוא חלק מחופש הדת של הציבור הדתי,<sup>23</sup> להבדיל מעמדתו המפורשת של הנשיא ברק שאין לזהות כיבוד רגשות דת ואורח-חיים דתי עם חופש הדת.<sup>24</sup> בין שופטי הרוב לשופטי המיעוט התגלתה מחלוקת חדה יותר לגבי הגדרת האינטרסים של הציבור החילוני שייפגעו עקב סגירת רחוב בראילן. כל שופטי הרוב סברו שסגירת הרחוב תפגע בחופש התנועה של הציבור החילוני.<sup>25</sup> שופטי המיעוט הציגו את האינטרסים של הציבור החילוני באור שונה ובלתי-אחיד. השופטת דורנר לא עסקה כלל בנושא של חופש התנועה ודיברה על פגיעה ברגשות החילוניים שתיגרם אם ייסגר הרחוב בנימוק של כיבוד רגשות התושבים הדתיים.<sup>26</sup>

19. ראו פסק-הדין בעניין רחוב בראילן (לעיל, הערה 1), פסקה 73 לפסק-הדין של הנשיא ברק.
20. ראו שם, פסקאות 48, 49. בפסקה 74 לפסק-דינו הנשיא ברק מביע עמדה פחות נחרצת לכך שסגירת הכביש אין בה כפייה דתית. הוא מציין שם, ש"תחושה סובייקטיבית כי הופעלה כפייה דתית, בוודאי מצויה אצל חלק מבני הציבור, אשר נמנעת מהם התנועה ברחוב בראילן באותן שעות בהן הוא סגור לתנועה בשבת".
21. המשנה-לנשיא שלמה לוין מדבר על כך ישירות בפסקה 4 לפסק-דינו. השופט מצא אינו מציג במפורש את הערכים המתנגשים, אך מציין בסוף פסק-דינו שהוא מסכים לנימוקיו ולמסקנותיו של הנשיא ברק. השופט טל עוסק בכיבוד הרגשות ואורח-החיים הדתי ומוסיף על "האינטרס" של הציבור הדתי לכיבוד רגשותיו הדתיים ואורח-חיינו את השבת שבעיני "עם מקדשי שביעי" היא ערך כמעט אבסולוטי. היא נדחית רק מפני פיקוח-גפש, או חשש לפיקוח-נפש. כלומר: הוא רואה את שמירת השבת כערך כשלעצמו שיש להגן עליו לא רק בגלל כיבוד אורח-החיים ורגשותיו של הציבור החרדי. ראו פסקה 4 לפסק-דינו של השופט טל.
22. ראו שם, פסק-דינו של השופט אור, פסקה 18; פסק-דינו של השופט חשין, פסקה 24; בפסק-דינה של השופטת דורנר, פסקה 7.
23. השופט חשין אומר זאת אגב אורחא בסוף פסקה 24: "ליחיד שמורה זכותו לחופש הדת ולחופש מדת, גם ברשות היחיד גם ברשות הרבים". השופט אור ציין זאת בפסקה 18 לפסק-דינו, שם.
24. לעיל, הערה 19.
25. הנשיא ברק, בעיקר פסקה 74 לפסק-דינו. השופט מצא אינו מדבר על כך במפורש, אך מצטרף להשגות הנשיא. ראו בפסקה האחרונה לפסק-דינו. המשנה לנשיא לוין, פסקה 4 לפסק-דינו; והשופט טל, פסקה 4 לפסק-דינו (לעיל, הערה 1).
26. ראו שם, פסקה 7 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

השופט אור מדבר על פגיעה בחופש התנועה של הציבור החילוני,<sup>27</sup> אך עם זאת הוא סבור שלציבור החילוני אינטרס נוסף שיש להגן עליו – האינטרס של חופש הדת שלהם במובן של חופש מדת. לדבריו, "סגירת רחוב לתנועה בשבת יש בהן במידה מסוימת כפייה דתית על הציבור החילוני, אשר אינו שומר שבת ומבקש לנסוע בו לצרכיו".<sup>28</sup> עמדתו של השופט אור, שסגירת הרחוב היא כפייה דתית ופגיעה בחופש מדת של הציבור החילוני, שונה מעמדתו של הנשיא ברק.<sup>29</sup>

השופט חשין מדבר אף הוא על "כפייה דתית". לדבריו, סגירת הרחוב שוללת "מן היחיד המצוי ברשות הרבים את זכותו לחופש, ולענייננו, לחופש מדת", ו"ברשות הרבים לא יותר יחיד אחד לכפות רצונו לא על יחיד אחר ולא על רבים".<sup>30</sup> השופט חשין אף מוסיף וקובע, שסגירת הרחוב תפגע בזכות הקניין של הציבור החילוני. "העקרון כי 'אין פוגעים בקניינו של אדם' – כהוראת סעיף 3 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – יכול שיחול גם על זכותו של היחיד בקניין הציבורי ... זכותו של היחיד ברשות הרבים כזכותו ברשות היחיד דמי".<sup>31</sup> בהתייחסו לכך שסגירת הרחוב היא פגיעה בחופש התנועה קובע השופט חשין: "האמנם זו חירות התנועה בענייננו שלנו? אתקשה לומר כן".<sup>32</sup> מכאן שהשופט חשין מביע עמדה מגוגדת לזו של שופטי הרוב, כפי שבוטאה בפסק־דינו של הנשיא השופט ברק, ולזו של שופט המיעוט אור. הם סבורים, שסגירת הרחוב לכלי־רכב בשבת גם באופן חלקי פוגעת בזכות לחופש התנועה של הציבור החילוני.<sup>33</sup> השופט חשין מתנגד לכך וקובע שאין מדובר כאן בחופש תנועה.<sup>34</sup> השופטת דורנר, כאמור, אינה מזכירה כלל את חופש התנועה כאינטרס שנפגע בגין סגירת הכביש.<sup>35</sup>

מטרתנו בהמשך הדברים היא לנתח את מרכיבי הזכות לחופש התנועה ולבחון את הרציונלות העומדות בבסיס קיומה כדי לתחום את היקפה. המסקנות בבחינה זו יאפשרו לנו לקבוע אם אכן התרחשה במקרה דנן פגיעה בחופש התנועה. תקוותנו היא שהמסקנות שאליהן נגיע תשמשנה בסיס רחב להבנת הזכות לחופש התנועה הפנים-מדינתית וליצירת עקרונות שעל־פיהם אפשר יהיה בעתיד לאזן כראוי בין זכות זו לבין זכויות ואינטרסים המתנגשים בה כשהיא באה לכלל מימוש.

27. שם, פסקה 17 לפסק־דינו של השופט אור.

28. שם, פסקה 16 לפסק־דינו של השופט אור.

29. לעיל, הערה 20 והטקסט שלידה.

30. פסקה 26 לפסק־הדין של השופט חשין. כללית לנושא זה ראו פסקאות 25-31 לפסק־דינו של השופט חשין. לפי מה שעולה מתוך דבריו של השופט חשין, פסקאות 25-31, שבסגירת הכביש ישנה פגיעה בחופש מדת בהיותה כופה התנהגות דתית על הציבור החילוני, לא ברורים דבריו של השופט חשין, פסקה 23 לפסק־דינו.

31. שם, פסקה 34 לפסק־דינו של השופט חשין.

32. שם, פסקה 33.

33. לעיל הערות 25-27 והטקסט שלידן.

34. לעיל, הערה 32.

35. הערה 26 והטקסט שלידה.

**ג. חופש התנועה הפנים-מדינתית - האומנם זכות-יסוד?**

1. בחינה נורמטיבית - משפט בינלאומי ומשפט השוואתי המשפט הבינלאומי מעגן את חופש התנועה הפנים-מדינתית בשורה ארוכה של אמנות בינלאומיות חשובות. במסמך-היסוד, המונה את רשימות הזכויות שהוכרו אחרי מלחמת-העולם השנייה כזכויות-היסוד של האדם בכל מדינה והידוע בהכרזה האוניברסלית על זכויות האדם מ-1948, נקבע בסעיף 13(1):

Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each state.

באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות מ-1966 (להלן: האמנה הפוליטית) מנויה הזכות ומנוסחת באופן דומה לנוסחה בהכרזה האוניברסלית, אך עם תוספת חשובה. התוספת מתנה את חופש התנועה ברחבי המדינה בכניסה למדינה כדין:

Everyone lawfully within the territory of a state shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

הזכות מופיעה בנוסח דומה לזה של האמנה הפוליטית גם בפרוטוקול 4 מ-1963 לאמנה האירופאית בדבר זכויות האדם מ-1950<sup>36</sup> ובאמנה האמריקנית בדבר זכויות האדם מ-1969.<sup>37</sup> גם הצ'רטר האפריקני בדבר זכויות אדם ועמים מונה את זכות התנועה והמגורים ברחבי המדינה ברשימת זכויות-היסוד, אם כי בנוסח שונה במקצת.<sup>38</sup> במשפט הבינלאומי ישנה גם התייחסות לזכות לחופש התנועה ברחבי המדינה ולזכות המגורים של פליטים הנמצאים כדין במדינת המקלט<sup>39</sup> ושל מחוסרי אזרחות שנכנסו למדינה כדין.<sup>40</sup> כן מוקנית הזכות לתנועה ולמגורים במפורש לעובדים זרים ולבני-

36. Jan Brownlie, Basic Documents on Human Rights (3rd ed., Clarendon, Oxford, 1992), 24.  
 37. ראו סעיף 12 (1) לאמנה הפוליטית; בראונלי, שם, 129.  
 38. סעיף 2 (1) לפרוטוקול הרביעי מ-1963 לאמנה האירופאית בדבר זכויות האדם מ-1950; בראונלי, שם, 346.  
 39. סעיף 22 (1) לאמנה האמריקנית בדבר זכויות האדם מ-1969; בראונלי, שם, 504.  
 40. סעיף 12 (1) לצ'רטר האפריקני בדבר זכויות אדם ועמים; בראונלי, שם, 554.  
 41. סעיף 26 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים מ-1951; בראונלי, שם, 74.  
 42. סעיף 26 לאמנה בדבר מעמדם של מחוסרי אזרחות מ-1954; בראונלי, שם, 90.



משפחותיהם.<sup>43</sup> זכות התנועה הפנים-מדינתית מפורשת גם בהקשר של מניעת אפליה באמנה בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית מ-1966.<sup>44</sup> סקירה זו מלמדת, שהמשפט הבינלאומי כולל בכל מסמך חשוב הן בזכויות האדם את הזכות לחופש התנועה ברחבי המדינה, כשאליה צמודה כמעט תמיד זכות המגורים.<sup>45</sup> הכרה רחבה כל כך בזכויות אלה בשורה ארוכה של אמנות מולטילטרליות מלמדת על כך שניתן גם לראות בהן נורמות מחייבות מכוח המנהג הבינלאומי.<sup>46</sup> במשפט הגרמני ישנה התייחסות ישירה ומפורשת לזכות בחוקה. סעיף 11(1) לחוקה קובע:

All Germans shall enjoy freedom of movement throughout the federal territory.<sup>47</sup>

גם הצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות מונה את חופש התנועה ברחבי המדינה במפורש במסגרת פרק נפרד בצ'רטר, הן בזכויות התנועה – mobility rights. בסעיף 6 (2) לצ'רטר נקבע:

Every citizen of Canada and every person who has a status of a permanent resident has the right: (a) to move and take up residence in any province; and (b) to pursue the gaining of livelihood in any province.<sup>48</sup>

החוקה האמריקנית אינה מזכירה במפורש את חופש התנועה ברחבי ארצות-הברית,<sup>49</sup> אך

43. סעיף 39 לאמנה הבינלאומית בדבר הגנה על עובדים זרים ובני-משפחותיהם מ-1990; בראונלי, שם, 219.
44. סעיף 5 (d) (I) לאמנה בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעיות מ-1966; בראונלי, שם, 152.
45. בהמשך המאמר נעסוק במשמעות שיש להקשר זה לעניין הרציונלות לזכות לחופש התנועה ברחבי המדינה. ראו להלן, פרק ה למאמר.
46. ראו, לעניין זה, יפה וילברשן, "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי – הדין המצוי, רצוי" משפטים כד (תשנ"ד) 317, עמ' 337-342.
47. David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (University of Chicago Press, Chicago, 1994), נספח בעמ' 343, שבו מופיע תרגום החוקה לאנגלית.
48. Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd. ed., Carswell, Toronto, 1992), 1335.
49. הגם שהזכות נקבעה במפורש בסעיף IV להסכם הקונפדרציה, היא לא הופיעה אחר-כך במפורש בחוקה או ברשימת התיקונים לחוקה שיהד הרכיבו את ה-Bill of Rights. לסיבות לאי-הכללת הזכות במפורש בחוקה, הגם שהוזכרה בהסכם הקונפדרציה, ראו יפה וילברשן, "זכות היציאה ממדינה", משפטים כג (תשנ"ג) 69, עמ' 100-101 והערה 135.

הזכות לחופש התנועה ברחבי ארצות־הברית הוכרה על־ידי הפסיקה כזכות חוקתית החל במאה הי"ט.<sup>50</sup> כלומר: הזכות היא זכות חוקתית הגם שאינה מנויה בחוקה במפורש.<sup>51</sup> הפסיקה האמריקנית אינה מגלה עקיבות לגבי המקור לזכות זו בחוקה.<sup>52</sup> לעתים ביסס בית־המשפט את הזכות על סעיף 8 I [3] לחוקה המקנה לאזרחים חופש סחר בין מדינות.<sup>53</sup> לעתים שייכו אותה לעקרונות־ה-privileges and immunities, הקבוע בסעיף IV 2 [1] לחוקה ובתיקון הארבעה-עשר לחוקה.<sup>54</sup> בית־המשפט אף ראה בה חלק מה-equal protection, הקבוע בתיקון הארבעה-עשר לחוקה,<sup>55</sup> ולעתים שייך אותה בית־המשפט לחירות (liberty) הקבועה בתיקון החמישי ובתיקון הארבעה-עשר לחוקה – חירות שאין להגבילה, אלא בהתקיים הליך נאות: due process of law הסובסטיבי ולא רק במובן הפרוצדורלי.<sup>56</sup> ככלל ניתן לקבוע, שהפסיקה האמריקנית ברוב המקרים התייחסה לזכות התנועה הפנים־מדינתית כזכות־יסוד חשובה המעוגנת בחוקה (fundamental right), שאין להגבילה אלא בהתקיים אינטרס ציבורי חשוב (compelling state interest).<sup>57</sup>

50. *Corfield v. Coryell* 6 Fed. Cas 546 (1825); *The Passenger Cases* 48 U.S. (7 How.) 702 (1849); *Crandall v. Nevada* 73 U.S. (6 Wall.) 745 (1867); *Paul v. Virginia* 75 U.S. (8 Wall.) 357 (1869); *Ward v. Maryland* 79 U.S. (12 Wall.) 449 (1871); *Slaughter House Cases* 83 U.S. (16 Wall.) 395 (1873).
51. לקריטריונים להכרה במשפט החוקתי האמריקני בזכויות זכויות חוקתיות למרות היותן בלתי־מנויות, ולמעמדן הגורמטיבי בזכויות חוקתיות שוות־ערך לזכויות המנויות ראו Ronald Dworkin, *Freedom's Law* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1996), 72-110.
52. Bryan Wildenthal, "State Parochialism, the Right to Travel and the Privileges and Immunities Clause of Article IV", 41 *Stanford Law Review* (1989), 1557, p. 1575, 1591. ראו בעיקר 1575, 1557, 1591.
53. דעת המיעוט של השופט קליפורד בפסק־הדין *Crandall v. Nevada* (לעיל, הערה 50), עמ' 790 לפסק־הדין ודעת הרוב בפסק־הדין *Edwards v. California* 62 S.Ct. 164, p. 165-168 (1941).
54. כגון בפסק־הדין *Corfield v. Coryell* (לעיל, הערה 50), 552; *Paul v. Virginia* (לעיל, הערה 50), 360; *Ward v. Maryland* (לעיל, הערה 50), 452.
55. כגון דעת הרוב בפסק־הדין *Shapiro v. Thompson* 89 S.Ct. 1322, p. 1330 (1969).
56. דעתו של השופט הרלן כדעת מיעוט בפסק־הדין *Shapiro v. Thompson*, שם, 1351; וכן לאחרונה בפסק־הדין *Lutz v. City of York, Pennsylvania* (1990) 899 F. 2d. 255, p. 267-268 (3rd. Cir., 1990).
57. ראו למשל *Shapiro v. Thompson*, שם; *Dunn v. Blumstein* 405 U.S. 330 (1972); *Memorial Hospital v. Maricopa County* 415 U.S. 250 (1974); *Attorney General of N.Y. v. Soto Lopez* 476 U.S. 898 (1986); *King v. New Rochelle Municipal Housing Authority* 442 F. 2d 646, p. 648 (2d Cir.) (1982); *Zobel v. Williams* 457 U.S. 55 (1982); *Hooper v. Bernalillo County Assessor* 472 U.S. 612 (1985).

## 2. בחינה נורמטיבית - המשפט הישראלי

## (א) הזכות וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

סעיף 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע שכל אדם חופשי לצאת מישראל ושכל אורח ישראלי הנמצא בחוץ-לארץ זכאי להיכנס אליה.<sup>58</sup> בסעיף זה, המטפל בשני היבטים של חופש התנועה - יציאה מהמדינה וכניסה אליה - אין כל התייחסות להיבט הנוסף של חופש התנועה, והוא: חופש התנועה הפנים-מדינתית.

עיון בהצעות חוק-יסוד שונות בנושאי זכויות האדם שהוגשו לכנסת בעבר מגלה, שבכל אחת מהצעות החוק היתה התייחסות לחופש התנועה הפנים-מדינתית.

בהצעת חוק-יסוד: מגילת זכויות-היסוד של האדם, שהגיש לכנסת פרופ' קלינגהופר בתשכ"ד, נאמר בסעיף 30(א): "כל אורח ישראלי זכות לו לחופש התנועה ברחבי המדינה"; ובסעיף 31(א) נקבע, ש"כל אורח ישראלי זכאי לבחור לו בבחירה חופשית את מקום מגוריו ברחבי המדינה".<sup>59</sup> הזכות נכללה בכל הצעות חוק-היסוד בנושא זכויות האדם שהוצעו לכנסת לאחר-מכן.<sup>60</sup> בהצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נאמר במפורש בסעיף 4: "(א) כל אדם הנמצא בישראל כדין חופשי לנוע בארץ כרצונו. (ב) לכל אורח ישראלי ולכל תושב ישראלי החופש לבחור את מקום המגורים בישראל".<sup>61</sup> למרות הזכרתה של זכות זו במפורש בהצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא הושמטה בנוסחו הסופי של החוק.

כידוע, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא חוק-יסוד חלקי, שסעיפיו התקבלו בתהליך של פשרה.<sup>62</sup> בשל כך הושמטו מחוק-היסוד סעיפים חשובים ביותר, שלגביהם לא הושגה הסכמה בין חברי-הכנסת. חופש התנועה הפנים-מדינתית הוסר מן הנוסח הסופי עקב התנגדותן של המפלגות הדתיות, שחששו שהוא יוביל לביטול הסטטוס קוו בדבר סגירת רחובות מסוימים לתחבורה בשבת. החופש לבחור מקום מגורים הושמט אף בלחץ המפלגות הדתיות, כדי לאפשר המשך שמירת האופי הייחודי של השכונות הדתיות.<sup>63</sup>

58. ס"ח 150.

59. ד"כ 38 תשכ"ד 784-794.

60. בסעיף 5(א) להצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח, ה"ח 1085 (תשל"ג), של ח"כ ד"ר בנימין הלוי, שפורסמה בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט, נקבע: "כל אדם זכאי לנוע בארץ, לקבוע בה את מקום מגוריו ולצאת ממנה; אין מגבילים זכות זאת אלא על-פי חוק". סעיפים 38 ו-39 להצעת החוק שהגיש פרופ' רובינשטיין בתשמ"ג הצעת חוק-יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם, ה"ח 111, מעתיקים כלשונם את סעיפים 30 ו-31 בהצעתו של פרופ' קלינגהופר.

גם בהצעת החוק בנושא זכויות האדם שהגיש שר-המשפטים, דן מרידור, בנובמבר 1989 (ד"כ תש"ן 402-412) כללה סעיף הדין בחופש התנועה הפנים-מדינתית.

61. ה"ח תשנ"ב 60.

62. ראו על כך בהרחבה במאמרה של יהודית קרפ, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" - ביוגרפיה של מאבקי כוח", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 323.

63. ראו ד"כ תשנ"א 3304; ד"כ תשנ"ב 1236-1239; ד"כ תשנ"ב 3783; קרפ, שם, 326-328.

ההיסטוריה החקיקתית של חקיקת-היסוד בנושא זכויות האדם במדינת ישראל מצביעה באופן חד-משמעי על כך, שחופש התנועה הפנים-מדינתית והזכות לבחור מקום מגורים הושמטו מחוק-היסוד בשל חששן של המפלגות הדתיות שמימוש זכויות אלה יפגע באינטרסים שלהן. על כן, היעדרן של הזכויות מרשימת הזכויות המנויות בחוק-היסוד אינו מעיד על פחיתות חשיבותן. אי הכללת הזכויות בחוק-היסוד אינה נובעת מכך שלא ראוי היה להן להיכלל בחוק-היסוד.

מה מעמדן הנורמטיבי של זכות התנועה הפנים-מדינתית והזכות לבחור מקום מגורים לנוכח העובדה שאינן נכללות בחוק-היסוד?

לשאלה זו היתה התייחסות בפסק-הדין בעניין רחוב בריאילן בדברי השופטים ברק וטל. הנשיא ברק אומר: "חופש (זכות) התנועה הוא זכות-יסוד של כל אדם בישראל ... הוא מוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא נגזר מכבוד האדם המוגן בחוקה שלנו ... אכן, ההגנה החוקתית על חופש התנועה היא ביטוי להגנה החוקתית הניתנת בישראל לחירות ... זכות חוקתית זו עומדת על רגליה היא, וניתן אף לגזור אותה מכבוד האדם והחירותו".<sup>64</sup>

לעומתו סבור השופט טל, ש"חופש התנועה נחשב אומנם לזכות-יסוד, אבל אין הוא נגזר, לדעתי, מתוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש זכויות חשובות שלא נמנו בחוק-היסוד, ולא בכדי. לדעתי יש לנהוג זהירות רבה ולא לקרוא לתוך חוק-היסוד מה שאין בו".<sup>65</sup> עמדות השופטים ברק וטל בפסק-הדין מייצגות את שתי הגישות המנוגדות להתמודדות עם שאלת מעמדן הנורמטיבי של הזכויות הבלתי-מנויות, היינו אותן זכויות שראוי היה להן להיכלל בחוק-היסוד אך בשל אלוצים פוליטיים הן לא נכללו בו.<sup>66</sup> גישתו של הנשיא ברק, שאותה הביע בהרחבה בספרו, היא להכליל במסגרת המונה "כבוד האדם" לא רק את המשמעות הצרה שלו היינו מביעת פגיעה בגוף ובנפש ומניעת השפלה והשמצה. לשיטתו, כבוד האדם משתרע גם על כל אותן זכויות אדם אשר בלעדיהן אין משמעות להגנה על כבוד האדם וחירותו, ואלה כוללות בעיקר את השוויון, את הכשרות המשפטית, האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הביטוי, הדת, המצפון, המדע וההתאגדות, וכן את חופש התנועה.<sup>67</sup>

337, 340 והערה 66 בעמ' 340; הלל סומר, "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית", משפטים כח (תשנ"ז) 257, עמ' 323-322; אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטיין וברק מדינה, שוקן, תשנ"ז), 916, 958.

64. פסק-הדין בעניין רחוב בריאילן (לעיל, הערה 1). פסק-דינו של הנשיא ברק, פסקה 74. (ההדגשות שלי – י"ז)

65. שם, בפסקה 4 לפסק-דינו של השופט טל.

66. כך, למשל, בולט היעדרן של זכויות בסיסיות חשובות, כמו חופש הביטוי, חופש האסיפה וההתאגדות, השוויון, חופש הדת והמצפון ועוד.

67. אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי – פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 411-418, 428-429.

לאחרונה הביע הלל סומר התנגדות נחרצת לעמדה זו. לשיטתו, זכויות שלא פורשו בחוק-היסוד, ובמיוחד אלו שהוצאו מהצעת חוק-היסוד, אין להתדין תורה לתוק באמצעות מושגים רחבים, כמו "כבוד האדם" ו"חירותו". תהליך כזה מנוגד לכוונת המחוקק, מתבל בעקרון הפשטה שהיה הבסיס לחקיקת החוק, עלול למנוע בעתיד חקיקת חוקי-היסוד נוספים, עלול להוביל לביטול חוקי-היסוד כריאקציה של הכנסת להתערבות בית-המשפט בתהליך כינון החוקה, ועלול אף לפגוע במעמדו של בית-המשפט העליון.<sup>68</sup>

בפסק-הדין בעניין רחוב בר-אילן אין הכרעה שיפוטית בשאלה האם חופש התנועה ברחבי המדינה נכלל בחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו, באמצעות המונחים "כבוד האדם" ו"החירות". כאמור, השופטים ברק וטל הביעו כל אחד עמדה מנוגדת, ושאר השופטים לא דנו בבעיה. השופטים יכלו לעקוף את ההתמודדות עם השאלה הקשה, שכן הם נדרשו בעתירות לבקר את חוקיותה של החלטה מינהלית – החלטתו של שר-התחבורה. מכוח הלכות ברורות שפיתחה הפסיקה בעבר, נתונה לבית-המשפט ממילא סמכות לבקר ולבטל החלטה מינהלית הנוגדת עקרונות-יסוד, גם אם עקרונות אלו נקבעו בפסיקה בית-המשפט העליון ולא בחקיקת-היסוד.<sup>69</sup> לו חוקקה הכנסת חוק המורה על סגירת רחוב בר-אילן לתנועה בשבתות ובמועדים ובג"ץ היה מתבקש לדון בחוקתיות החקיקה, לא היה לבית-המשפט מנוס מלקבוע עמדה בשאלת הכללתה של הזכות לחופש התנועה ברחבי המדינה בחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו. במקרה כזה קביעת בג"ץ שהכללת הזכות לתנועה פנים-מדינתית כלולה בחוק-היסוד היתה מאפשרת לו לבחון את חוקתיותו של החוק לפי הקריטריונים של פסקת ההגבלה, קרי: סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעומת זאת, קביעה שהזכות אינה כלולה בחוק-היסוד היתה מונעת מבג"ץ את האפשרות לבחון את התאמת החוק לדרישות פסקת ההגבלה, כלומר: היא היתה מונעת מבג"ץ לדון בחוקתיות החוק.<sup>70</sup>

גישתו של ברק תואמת גם את הגישה הרווחת במשפט האמריקני, שהזכויות המנויות בחוקה אינן זכויות-היסוד הבלעדיות וכי באמצעות המונחים "due process", "equal protection", "privileges and immunities" אפשר לכלול זכויות-יסוד נוספות אם הן באות להגשים עקרונות אלו. ראו סיכום הגישה והסברה ב-Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (2nd ed., Foundation Press, New York, 1988), 770-779.

68. ראו סומר (לעיל, הערה 63), ובמיוחד לעניין חופש התנועה – 322-324.

69. ראו לדוגמא בג"צ 73,87/53 חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, שבו הורה בג"ץ לבטל צווים של שר-הפנים לסגור עיתון בשל היותם פוגעים בזכות-היסוד שקבעה הפסיקה לחופש הביטוי; או בג"צ 626/62 פרץ ואח' נ' כפר שמריהו, פ"ד טו 2101, שבו פסל בג"ץ את החלטת המועצה המקומית כפר-שמריהו שלא להקצות לקהילה הרפורמית אולם לעריכת תפילותיה. בג"ץ פסל את החלטה בהיותה נוגדת את חופש הדת והפולחן – עקרון-יסוד שנקבע בפסיקה.

70. קביעתנו מתבססת על כך שעד לחקיקת חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו, לא הכיר המשפט הישראלי באפשרות של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. חוק-היסוד לא קבע עיקרון זה

## (ב) הזכות בפסיקה בית-המשפט העליון

בשל העובדה שתוק-היסוד אינו מונה במפורש את חופש התנועה הפנים-מדינתית ברשימת הזכויות הקבועות בו והפסיקה טרם הכריעה אם ניתן לכלול זכות זו בתוק-היסוד במסגרת המונחים "כבוד האדם" או "חירותו", הרי שהזכות היא זכות-יסוד המוכרת על-ידי פסיקתו של בית-המשפט העליון – זכות-יסוד "שאינה כתובה על ספר". ואכן, בפסק-הדין בעניין רחוב בר-אילן קובע הנשיא ברק: "... חופש התנועה – היא הזכות הנפגעת – הוא מהזכויות היותר בסיסיות. כך הוא במשפט המשווה, כך הוא אצלנו..."; ועל כן, "גם אצלנו הנמיצות של פגיעה בחופש התנועה – חופש המצוי ברמה הגבוהה ביותר במדרג הזכויות בישראל – היא ברמה הגבוהה יותר".<sup>71</sup> השופט אור מציין אף הוא, ש"לאדם בישראל שמורה הזכות לחופש התנועה. זכות זו היא זכות-יסוד".<sup>72</sup> והשופט חשין מציין, ש"ערכו של חופש התנועה ערך געלה הוא".<sup>73</sup> השופטים מפנים לפסיקה קודמת שהכירה אף היא בחופש התנועה, בכלל, ובחופש התנועה הפנים-מדינתית, בפרט, כזכות-יסוד חשובה במשפט בישראל.<sup>74</sup> ואנו נצביע על דבריו של השופט שרשבסקי שדיבר כבר בשנותיה הראשונות של המדינה על "הכלל הגדול של החוק, כי כל אדם חופשי בתנועותיו בתוך תחום המדינה...".<sup>75</sup>

בשפה מפורשת, אך הוא פורש בפסיקה של בית-המשפט העליון כמאפשר ביקורת שיפוטית על חקיקה לגבי התוקים שייחקקו לאחר שתוק-היסוד נכנס לתוקפו, היינו: החל בחודש מארס 1992. ראו, בעיקר ע"א 6821/93, רע"א 1908,3363/94 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט (4) 221; ובבג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח' (טרם פורסם).

מובן שתוקף החקיקה ייבחן לפי זכויות-היסוד הקבועות בתוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל-כן ישנה נפקות משפטית רבה לשאלה האם הזכויות הבלתי-מנויות כלולות בתוק-היסוד?

71. פסק-הדין בעניין רחוב בר-אילן (לעיל, הערה 1), פסק-דינו של הנשיא ברק, פסקאות 60 ו-64. (ההדגשה שלי – י"ז)
72. שם, פסקה 17 לפסק-דינו של השופט אור.
73. שם, פסקה 32 לפסק-דינו.
74. הם מפנים לבג"צ עתאמללה (לעיל, הערה 5), 709; לבג"צ דאהר (לעיל, הערה 5), הדן בזכות היציאה מהמדינה, אך קובע שזכות התנועה ברחבי המדינה חשובה יותר ונמצאת במדרג נורמטיבי מעל זכות היציאה מהמדינה; לע"פ 217/68 יזראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כב (2) 343, עמ' 363; לבג"צ 148/79 סער ואח' נ' שר הפנים והמשטרה ואח', פ"ד לד (2) 169, עמ' 177-178; לבג"צ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח (2) 393, עמ' 402; לבג"צ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים ואח', פ"ד מח (2) 456, עמ' 472; לבג"צ 3914/92 לב נ' בית-הדין הרבני האיזורי בתל-אביב-יפו ואח', פ"ד מח (2) 491, עמ' 506.
75. בג"צ 220/51 אסלאן ואח' נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה 1480, עמ' 1486.

הדיון במעמדה הנורמטיבי של הזכות לחופש התנועה הפנים-מדינתית אינו יכול להסתיים בבדיקה הפורמלית הקובעת שמכוח הפסיקה הזכות היא ללא ספק אחת מזכויות-היסוד שאינן כתובות על ספר והמעמידה עדיין בסימן-שאלה את הכללת הזכות ברשימת הזכויות המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. דיון מקיף בסוגיית המעמד הנורמטיבי של הזכות מצריך גם בירור ערכי לגבי מעמדה ומקומה של הזכות לגבי זכויות האדם האחרות. השופט השני, בפסק-הדין בעניין רחוב בריאילן, כמו גם בעבר,<sup>76</sup> אינו חושש להיכנס לשדה הסבוך של היררכיית הזכויות. הוא מציין בפסק-הדין: "ערכו של חופש התנועה ערך בעלה הוא. חופש התנועה ... שווה במישקלו לחופש הדיבור ... ועל ערכו של חופש הדיבור אין צורך להאריך. יתר על כן: חירות התנועה הינה בתה של החירות, והחירות - ידענו כולנו - היא מן היושבות ראשונה במלכות: הזכות לחיים ולכל דבר שהחיים תלויים בו - הזכות לנשום, הזכות לשתות הזכות לאכול - היא אם כל הזכויות, היא האדם. שניה במלכות היא החירות ...".

הנשיא ברק מציג בפסק-הדין שיטות משפט, כמו זו בקנדה, שאינן יוצרות היררכיה בין הזכויות. היעדר ההיררכיה בקנדה בא לידי ביטוי בכך, שאת כל הזכויות הכלולות בצ'רטר הקנדי ניתן להגביל אך ורק בהתקיים צורך חיוני ומהותי.<sup>77</sup> לעומת זאת, הנשיא ברק מביא את המשפט האמריקני כדוגמא למשפט היוצר היררכיה בין הזכויות החוקתיות השונות, במובן זה שרק אלה המוגדרות כזכויות בסיסיות (fundamental rights) הן המצריכות קיום מבחן נחיצות נוקשה של צורך חיוני ומהותי כתנאי להגבלתן. על-פי שיטת המשפט האמריקנית ישנן זכויות חוקתיות הדורשות מידת נחיצות נמוכה יותר של אינטרס המצדיק את הגבלתן, בהיותן זכויות חוקתיות פחות חשובות.<sup>78</sup> על כך אומר פרופ' טרייב:

Thus whether to designate a right as fundamental poses perhaps the central substantive question of modern constitutional law.<sup>79</sup>

הנשיא ברק מציין בפסק-הדין בעניין רחוב בריאילן, ש"אין צורך לנקוט עמדה, אם גם בישראל יש מקום להבחין בין רמות שונות של בדיקת נחיצותה של התכלית".<sup>80</sup>

76. בג"צ 606/93 קידום יזמות ומורלות (1981) בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד מח (2) 1, עמ' 25.

77. ברק (לעיל, הערה 67), 524-525.

78. שם, 524-522. כן ראו פסקה 43 לפסק-דינו של הנשיא ברק בעניין רחוב בריאילן (לעיל, הערה 1).

79. Laurence H. Tribe and Michael C. Dorf, *On Reading the Constitution* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1991), 72.

80. פסק-הדין בעניין רחוב בריאילן (לעיל, הערה 1), פסקה 64 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

לכאורה היינו מצפים בעקבות כך שהנשיא ברק לא יתן לחופש התנועה "משקל" ו"מעמד" במדרג הנורמטיבי של הזכויות, שכן, לדבריו, עדיין אינו רוצה להכריע בשאלה כיצד יטפל בית המשפט בישראל בסוגיה הסבוכה והקשה של היררכיית הזכויות. אבל הנשיא ברק בכל זאת קובע ש"כמו במשפט המשווה, גם אצלנו הנחיצות של פגיעה בחופש התנועה – חופש המצוי ברמה הגבוהה ביותר במדרג הזכויות בישראל – היא ברמה הגבוהה יותר";<sup>81</sup> וכן הוא מוסיף ואומר, ש"הזכות לחופש התנועה דומה היא לזכות בדבר חופש הביטוי. שתיהן זכויות עילאיות", "לשתיהן מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם".<sup>82</sup> עוד ממשיך הנשיא ברק לעסוק בהיררכיה של זכות זו לתנועה הפנים-מדינתית בקביעתו, שהחופש לנוע בתוך גבולות המדינה נתפס לרוב כבעל עוצמה חוקתית גבוהה יותר מחופש התנועה אל מחוץ לגבולות המדינה.<sup>83</sup> כלומר: הנשיא ברק אומר, מחד גיסא, שאינו רוצה להכריע עדיין בשאלה הכללית של היררכיית הזכויות, ומאידך גיסא, הוא קובע באופן נחרץ שחופש התנועה ברחבי המדינה הוא ללא ספק זכות ברמה נורמטיבית גבוהה ביותר.<sup>84</sup>

#### ד. הנימוקים להכרה בחופש התנועה הפנים-מדינתית כזכות יסוד חשובה

כדי לבחון אם אכן נכונה הקביעה שהזכות לחופש התנועה הפנים מדינתית היא זכות יסוד חשובה הנמצאת ברמה גבוהה של מדרג הזכויות בישראל יש לבחון את הרציונליות העומדת בבסיס הזכות. חקר הפסיקה והספרות המשפטית בארץ ובעולם, שענייגן זכות התנועה ברחבי המדינה, אינו חושף התייחסות מעמיקה לסוגיה זו. אמנם, הפסיקה בישראל שקדמה לפסק-הדין בעניין רחוב בר-אילן חזרה וקבעה שמדובר בזכות יסוד חשובה, אך לא נתנה הנמקות וסיבות מדוע זו זכות יסודית וחשובה.<sup>85</sup>

81. שם, שם.  
 82. שם, פסקה 61.  
 83. שם, פסקה 60 ובסוף פסקה 63.  
 84. ראו גם פסקה 54 לפסק-דינו, שם, שבה הוא אומר במפורש: "לא כל הזכויות הן בעלות מעמד שווה. לא הרי הזכות לכבוד האדם כהרי זכות הקניין...".  
 85. ראו לעיל, פסקי-הדין המוזכרים בהערות 74 ו-75. גם פסקי-דין נוספים שבהם התעוררו שאלות של הגבלת תנועה בתוך המדינה משיקולים של פגיעה ברגשות דת ואורח-חיים דתי ושהם החליטו להגביל תנועה משיקולים של כיבוד רגשות הדת ואורח-החיים הדתי, לא העמיקו להסביר את משמעות הזכות לחופש התנועה ברחבי המדינה. ראו בג"צ ברוך (לעיל, הערה 3); ובג"צ הליגה למניעת כפייה דתית (לעיל, הערה 3). כמו-כן, בשורה ארוכה של פסקי-דין, שבהם אפשר בית-המשפט להגביל תנועה ברחבי המדינה משיקולים של בטחון המדינה, לא היתה כל התייחסות לזכות זו ובוודאי שלא למשמעותה. לדוגמא: בג"צ 46/50 אל-איובי נ' שר הבטחון ואח', פ"ד ד 222; בג"צ 44/50 בכר נ' המפקח על המזונות, פ"ד ד 542; בג"צ 197/53 אל האג"א. עלי נ' המפקח



פסק-הדין הישראלי הראשון שבו ישנה התייחסות לסוגיה הוא פסק-הדין בעניין רחוב בר-אילן.

ניתן לאתר בדברי השופטים כמה נימוקים לקביעה, שהזכות לחופש התנועה הפנים-מדינתית היא זכות-יסוד חשובה:

(א) הזכות היא היבט חשוב של עקרון החירות, שהוא עקרון-יסוד בכל שיטה דמוקרטית. "חירות התנועה היא בְּתָהּ של החירות" – אומר השופט חשין.<sup>86</sup> הנשיא ברק קובע: "אכן ההגנה החוקתית על חופש התנועה היא ביטוי להגנה הניתנת בישראל לחירות. זכות התנועה של אדם נגזרת מהיותו של אדם בן חורין ומאופיה של המדינה כמדינה דמוקרטית".<sup>87</sup>

(ב) הזכות היא ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי. השופט אור מדבר על חיוניות הזכות למימוש העצמי של האדם.<sup>88</sup> הנשיא ברק עומד על כך, ש"זכותו של הפרט לנוע באופן חופשי בגבולות מדינתו ומחוצה להן, היא ביטוי מובהק לאוטונומיה של הרצון הפרטי. העקרון החוקתי – הנגזר מכבוד האדם – בדבר פיתוח אישיותו של כל פרט, כולל בחובו את חופש התנועה".<sup>89</sup>

(ג) הנשיא ברק אף מדבר על קרבה בין חופש התנועה הפנים-מדינתית לבין חופש הביטוי.<sup>90</sup> גם בספרות המשפטית מחוץ לישראל ובפסיקה הזרה קשה למצוא ניתוחים תיאורטיים מעמיקים לעיצוב הגדרת הזכות לחופש התנועה, בכלל, ולחופש התנועה הפנים-מדינתית, בפרט. אם ננסה להשוות את הספרות המשפטית ה"מטפלת", לדוגמא, בחופש הביטוי לזו "המטפלת" בחופש התנועה, הרי שלגבי חופש הביטוי נמצא הנמקות וביסוסים רבים ושונים להכרה בזכות כעקרון-יסוד, בעוד שלגבי חופש התנועה קיים חסר.

הכללי של המשטרה ואח', פ"ד ו 913; בג"צ 188/53 אבו גוש ואח' נ' המפקד הצבאי בפרוודור ירושלים ואח', פ"ד ו 941; בג"צ 92/57 עבד אל-פתאח נ' שרי-הבטחון ואח', פ"ד יא 1524; בג"צ 126/59 ואח' חסנין נ' המושל הצבאי לאיזור התיכון, פ"ד יג 1534; בג"צ 369/79 בן ציון נ' מפקד איזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד לד (1) 145; בג"צ 771/80 אל סייד ואח' נ' המפקד הצבאי לאיזור יהודה ושומרון, פ"ד לה (3) 219; בג"צ 370/84 זקוט נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור עזה, פ"ד לח (3) 726.

גם בשניים מפסקי-הדין של בג"ץ, שבהם ניתן סעד לעותרים נגד הגבלת תנועתם וזכותם לבחור את מקום-מגוריהם, הסעד ניתן מבלי שבג"ץ התייחס לזכות ולנימוקה. ראו בג"צ 64/51 דאוד ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד ה 1117; ובג"צ 303/52 פעור ואח' נ' מפקד משטרת עכו ואח', פ"ד ו 724.

86. פסק-הדין בעניין רחוב בר-אילן (לעיל, הערה 1), פסקה 32 לפסק-דינו של השופט חשין.

87. שם, פסקה 74 לפסק-דינו, וכן ראו לעניין זה פסקה 23 לפסק-דינו של השופט אור.

88. שם, פסקה 17 לפסק-דינו של השופט אור.

89. שם, פסקה 74 לפסק-דינו של הנשיא ברק, וכן ראו ברק (לעיל, הערה 65), 421, 429.

90. פסק-הדין בעניין רחוב בר-אילן (לעיל, הערה 1). פסק-דינו של הנשיא ברק, בפסקה 61.

הנימוק לכך נובע - לדעתי - מהעובדה שהחוקות אשר הקנו את הזכות היו חוקות של מדינות פדרליות, שהתייחסו לזכות זו כאמצעי לקידום הרעיון הפדרלי. חקר הזכות במשפט האמריקני מגלה, שהנסיבות העובדתיות ברוב פסקי-הדין שבהם נטענה הפרה של הזכות לתנועה פנים-מדינתית היו דומות ביותר. מדובר היה בחוקים שחוקקו המדינות השונות בארצות-הברית, אשר הפלו בין תושבים שגרו במדינות במשך זמן מסוים לבין תושבים שזה אך מקרוב באו לגור במדינות אלו. הפגיעה בתושבים החדשים היתה בתחומים שונים של החיים. לדוגמא, התנו מתן כספי סעד במגורים של שנה במדינה,<sup>91</sup> התנו אפשרות להשתתף ברשימת אוכלוסין לבהירות בדרישות מגורים מוקדמות,<sup>92</sup> או שסירבו לקבל אדם מתוסר-אמצעים לבית-חולים ממשלתי, שכן לא גר באיזור בית-החולים במשך שנים-עשר חודשים לפני האשפוז.<sup>93</sup>

בית-המשפט ביטל חוקים אלו, בהיותם גוגרים את חופש התנועה בתוך המדינה. בית-המשפט דיבר על הזכות החוקתית המוגנת לתנועה בין המדינות - ה-*inter-state travel*. חופש התנועה בתוך ארצות-הברית נתפס כחיפש התנועה בין המדינות. לחופש זה העניקה הפסיקה הגנה רחבה, בהיותו מגשים את המטרה החוקתית החשובה של איחוד המדינות השונות של ארצות-הברית למדינה פדרלית אחת.<sup>94</sup>

אם נחשוב למעשה על המקרים הללו כולם, הם אינם פוגעים בחופש התנועה במוכן הצרוף של הרעיון. אמנם, העותרים בפסקי-הדין הללו לא זכו להטבות מסוימות במדינות שאליהם עברו לגור, אך למעשה אין זה מדויק לומר שנמנעה מהם האפשרות לנוע ולעבור למדינות החדשות.<sup>95</sup> מכאן שכל הפיתוח של זכות התנועה בארצות-הברית לא התבסס על עצם רעיון התנועה, היקפה ומשמעותה, אלא על הרעיון הפדרלי: הפיכת המדינות השונות של ארצות-הברית לישות אחת.<sup>96</sup>

91. *Shapiro v. Thompson* (לעיל, הערה 57).

92. *Dunn v. Blumstein* (לעיל, הערה 57).

93. *Memorial Hospital v. Maricopa County* (לעיל, הערה 57). לדוגמאות נוספות ראו

*Zobel v. Williams* (לעיל, הערה 57). לעניין חוק שהתנה גובה תמיכה מכספי ציבור במשך

תקופת מגורים במקום; *Hooper v. Bernalillo County Assessor* (לעיל, הערה 57). לעניין

חוק בניו מקסיקו הפוטר מי ששירת בווייטנאם ממסי גדל"ן רק אם היה אזרח בניו-מקסיקו

לפני 8.5.1976; *Attorney General of N.Y. v. Soto Lopez* (לעיל, הערה 57).

לעניין חוק שקבע כי למשרות ציבוריות יש להעדיף משוחררי צבא שגרו לפני גיוסם במקום

על-פני משוחררי צבא שהגיעו למקום רק לאחר גיוסם.

94. רעיון זה כבר הובע בפסיקה מהמאה ה-19 שדיברה על ה-*inter-state travel* כבסיס למימוש

הרעיון הפדרלי. ראו בפסקי-הדין *Crandall v. Nevada* (לעיל, הערה 50).

95. המקרים הללו שונים מהמקרה של פסקי-הדין *Edwards v. California* (לעיל, הערה 53), שם

דובר בחוק שנועד למנוע הגירה לקליפורניה בתקופת ה-*Great Depression*. חוק זה, שנחקק

ב-1940, קבע שאסור להביא או לסייע בהבאת אנשים מחוסרי כול לקליפורניה. בית-

המשפט פסל את החוק. כאן זה מקרה ברור של מניעת התנועה.

96. לצידוד במגמה זו, בהתבסס על החוקה על-אף שנראה לכאורה שיש היגיון ליצירת הבחנה

הנושא של הזכות לתנועה בתוך ארצות-הברית לא במשמעות של inter-state travel, אלא במשמעות של intra-state travel – היינו: תנועה גם בתוך המדינות עצמן – טרם הגיע לדיון בבית-המשפט העליון של ארצות-הברית, אך הוא נידון בפני בית-המשפט לערעורים של ה-Third Circuit בפסק-הדין מ-1990 *Lutz v. City of York, Pennsylvania*.<sup>97</sup> בפסק-דין זה התעוררה שאלת תוקפו של חוק האוסר לשוטט עם מכונית באיזורים מסוימים של העיר בשעות שבהן יש עומד תנועה כבד. החוק קבע, שסיבוב שלישי בשעות העומס באיזור מוגדר יהיה עבירה. החוק נחקק לאחר שהמשרה, שירות האמבולנסים ומכבי האש דיווחו שבשעות מסוימות אי-אפשר להושיט עזרה באיזור המוגדר בשל העומס בכבישים.

תקיפת חוקתיות החוק התבססה על הטענה שהחוק נוגד את הזכות החוקתית לחופש תנועה פנים-מדינתית – ה-intra-state travel. בית-המשפט קבע כי על-אף שזכות זו אינה

בין הטבות שניתנו לתושבים ותיקים לעומת אלו החדשים, ראו וילנדטל (לעיל, הערה 52) 1593.

97. לעיל, הערה 56. נציין, שגם לפני פסק-דין זה בפסק-דין *King v. New Rochelle Municipal Housing Authority* 442 F. 2d. 64 (2d. Cir.) (1971) לפסק-הדין: 648

It would be meaningless to describe the right to travel between states as fundamental precept of personal liberty and not to acknowledge a correlative constitutional right to travel within a state.

אך גם בפסק-דין *King* התעוררה בעיה של אי מתן הטבה של דיור ציבורי בלי לקיים דרישות מגורים מוקדמות, היינו ש-*King* היה עובדתית פסק-דין בשרשרת של *Shapiro v. Thompson*, שדן למעשה ב-inter-state travel והערה לגבי ה-intra-state travel אינה אלא אמרת-אגב.

כמו כן ראו בפסק-הדין *Wellford v. Battaglia* 485 F. 2d 1151 (3rd Cir.) שדיבר גם על ה-intra-state travel, אך למעשה המקרה אף הוא היה בעיה של מעבר בין מדינות ודרישות מגורים במדינה שאליה עברו.

לעומת זאת, בפסק-הדין *Bykofsky v. Borough of Middletown* 401 F. Supp. 1242 (M.D. Pa.) (1975) ה-Third Circuit אישר כמות שהוא את פסק-הדין המחוזי שפורסם ב-535 F.2d ושם נקבע בעמ' 1254 לפסק-הדין, בקשר לצו שהטיל עוצר על צעירים מתחת לגיל שמונה עשרה ומנע מהם לצאת לרחוב משעה מסוימת בלילה ועד הבוקר:

The right of locomotion, freedom of movement, to go where one pleases, and to use the public streets ... are basic values implicit in the concept of ordered liberty, protected by the due process clause of the fourteenth amendment.

לפסק-דין שקבעו שאין להכיר בזכות חוקתית ל-intra-state travel ראו *Wright v. City of Jackson Mississippi* 506 F. 2d 900 (5th Cir.) (1975); *Wardwell v. Board of Education* 529 F. 2d 625 (6th Cir. 1976).

מפורשת בחוקה, הרי שהיא נכללת בעיקרון של ה-due process, ועל-כן יש לראות בה זכות חוקתית יסודית וחשובה (fundamental right).<sup>98</sup> גם פרופ' טרייב מציין כי הגם שהפסיקה דגה בדרך כלל בתנועה ברחבי המדינה במשמעות של inter-state travel, הרי

It is clear that the right in question relates as much to the importance of lifting all artificial barriers to personal mobility as to the virtues of an integrated national economy and society.<sup>99</sup>

נראה שהמגמה במשפט האמריקני היא להכיר בחופש התנועה ברחבי המדינה במשמעות של מימוש החרות האישית (intra-state travel) ולא רק במשמעות של קידום האיחוד הפדרלי (inter-state travel), אך מגמה זו מצויה עדיין בראשיתה וטרם התפתח לגביה ביסוס תיאורטי מעמיק.

גם סעיף 6 לצירטר הקנדי אינו יכול לשמש מקור מפרה לדיוגנו, שכן הוא פורש על-ידי הפסיקה כסעיף הבא לקבוע כזכות חוקתית את המעבר בין הפרובינציות השונות של קנדה ולא כסעיף הדין גם בחופש התנועה בתוך הפרובינציות עצמן.<sup>100</sup> החוקה הגרמנית אף היא התייחסה לזכות לנוע בין חלקי הפדרציה ולא לזכות לנוע ברחבי המדינה.<sup>101</sup>

#### ה. חופש התנועה הפנים-מדינתית – מודל המבוסס על מטרת התנועה

מכיוון שחופש התנועה הפנים-מדינתית התפתח כזכות במדינות פדרליות מתוך מטרה לקדם את הרעיון הפדרלי, קשה למצוא במדינות אלו דיון מעמיק במשמעות התנועה הפנים-מדינתית ובהיקפה. כאמור, גם הפסיקה הישראלית, שהכירה בקיומה של הזכות לנוע ברחבי ישראל כזכות-יסוד לפני פסק-הדין בעניין רחוב בראילן, לא העמיקה הקור במשמעות הזכות ובנימוקים להכרה בה כזכות-יסוד.<sup>102</sup> בפסק-הדין בעניין רחוב בראילן נקבע שחופש התנועה ברחבי המדינה היא זכות "עילאית" שמקום לה ברמה הגבוהה ביותר במדרג הזכויות, ושיש לעגן זכות זו בעקרון החירות ובאוטונומיה של הפרט.

98. ראו ליד הערות 78 וכן 79.

99. טרייב (לעיל, הערה 67), 1379.

100. Gerald A. Beaudoin and Ed. Ratushny, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed., 1989), 312-316; הוג (לעיל, הערה 48), 1009-1008.

101. בגרמניה נפסק, שזכות זו מאפשרת לאזרחי מזרח-גרמניה לעבור ולהיכנס למערב-גרמניה. ראו 2 B Verf GE 266 (1953); וכן ראו בקרי (לעיל, הערה 47), 272 והערה 16, שם. לנוסח הסעיף בחוקה הגרמנית ראו לעיל, ליד הערה 47.

102. ראו לעיל, הערה 85.

האומנם איסור המעבר עם מכונית בשבת ברחוב בראילן הוא פגיעה בזכות-היסוד החשובה שתיארו שופטי בית-המשפט העליון? האומנם זכותו של פלוני לחצות את רחוב בראילן בדרכו מהכניסה לירושלים לשכונות הצפוניות או להיפך היא אותה זכות שיש לחילוני הגר ברחוב בראילן להגיע לביתו, ולנהג אמבולנס או רכב-חירום אחר לנוע בכביש? האם כל המקרים הללו מסתופפים כשוים תחת הזכות של "חופש התנועה הפנים-מדינתית" שהוכרה כזכות עילאית, שמקום גבוה לה במדרג הזכויות הנורמטיביות?

דעת הרוב בפסק-הדין קבעה, שיש להבחין בין הנוסעים ברחוב בשבת לשם מעבר גרידא ובין הנוסעים ברחוב בשבת לשם כניסה או יציאה לבתיהם או לבתיית קרוביהם הנמצאים סמוך לכביש. דעת הרוב סברה, שעניינם של הראשונים נלקח בחשבון בשיקולי השר ונמצא להם פתרון ראוי בדמות דרך חלופית המאריכה את משך הנסיעה בשתי דקות בלבד. עניינם של האחרונים לא נלקח כלל בחשבון בשיקולי השר. לא נאספו על-ידי השר ועושי-דברו כל נתונים לגבי התושבים החילוניים הגרים באיזור הכביש, לגבי האינטרסים והצרכים שלהם ולגבי מידת הפגיעה בהם אם ייסגר הכביש. זהו פגם מינהלי, שעל-פי דעת הרוב מצריך את ביטול החלטת השר לסגור את הרחוב בזמני התפילה בשבתות ובמועדי ישראל.<sup>103</sup>

נניח ששר-התחבורה היה בוחן את העובדות הקשורות לצורכי התנועה של דיירי האיזור החילוניים. מה היה האיזון הראוי בין זכויותיהם לחופש תנועה ובין כיבוד רגשותיהם של התושבים הדתיים?

הנשיא ברק בפסק-דינו מנסה להציע כמה איוונים היכולים להיות ראויים, כך שלא ייפגע חופש התנועה של החילוניים הדרים באיזור במידה העולה על הנדרש:

...מן הראוי לשקול אפשרות כי התושבים החילוניים יוכלו לקבל תוויות, אשר יאפשרו את השימוש ברחוב בראילן לתעבורה בשעות שהרחוב סגור... בוודאי כך לעניין נכים או תושבים הצריכים, בשל אופי עבודתם, לנסוע בשבת לעבודה וממנה. כמו כן, יתכן וניתן לקצר אורכו של הקטע הסגור ברחוב בראילן לתנועה בשבת, כך שהתושבים החילוניים המקומיים יוכלו, הלכה למעשה, להשתמש בו לנסיעה, ואילו לשאר התושבים לא יהא מנוס - בשל הסגירה ה"קצרה" - מלנוע בצירים החלופיים. יתכן גם, כי ניתן למצוא דרכים פנימיות חלופיות אשר יפתרו את בעייתם של תושבים חילוניים.<sup>104</sup>

103. בפסק-דינו של הנשיא ברק בעניין רחוב בראילן (לעיל, הערה 1), פסקאות 8-90; בפסק-דינו של המשנה-לנשיא שלמה לוין, שם, פסקאות 6 ו-8; בפסק-דינו של השופט מצא, שם, פסקה 3.

104. בפסק-דינו של הנשיא ברק, שם, פסקה 86.

מטרתו של הנשיא ברק באיזונים שהוא מציע היא לגרום לפגיעה מינימלית בחופש התנועה בעת שבאים לשמור על רגשות הדת של האוכלוסייה הדתית. מגישתו יוצא, שרק פגיעה מינימלית ביותר בחופש התנועה מותרת כדי לשמור על האינטרס של רגשות הציבור הדתי, שכן חופש התנועה הוא, כאמור, זכות עילאית, שלה מקום כבוד בהיכל זכויות האדם ונתפסת כבעלת עוצמה חוקתית גבוהה יותר מחופש התנועה אל מחוץ לגבולות המדינה.<sup>105</sup>

נניח, לדוגמא, שכדי לכבד את רגשות הדתיים, הנוסעים ברחוב בר-אילן לשם מעבר בלבד היו נאלצים לעשות סיבוב הנמשך זמן ארוך יותר, למשל: רבע-שעה או אפילו חצי-שעה. זוהי אינה פגיעה של מה בכך, של שתי דקות. אם זכות המעבר ברחוב היא "זכות עילאית" - כפי שמציג זאת הנשיא ברק - הרי שאילוץ הנוסעים להאריך את משך הנסיעה בחצי-שעה כדי לכבד רגשות דת יכול להיחשב כפגיעה בחופש התנועה במידה העולה על הנדרש. ברוח אותה גישה, שחופש התנועה היא זכות עילאית, קביעה שניתן להגביל תנועה של תושבי האיזור בזמני התפילה בשבתות ומועדים אף היא אינה ראויה, שכן יש בה פגיעה העולה על הנדרש בזכות העילאית לחופש התנועה הפנים-מדינתית. בספרו מציין ברק, ש"במסגרתה של זכות חוקתית נתונה, עשויה להיות חשיבות שונה להיבטיה השונים על-פי מהותם".<sup>106</sup> הוא מזכיר עיקרון זה בקצרה גם בפסק-הדין, אך אינו ממשיך לפתח וליישם אותו לגבי חופש התנועה.<sup>107</sup> השופט חשין בפסק-דינו הולך צעד אחד קדימה וקובע, כי "תחת חופתה של כל חירות וחירות נקבצו ונצטופפו בנים ובנות לרוב, ולא הרי ערכם ומישקלם של בן ובת פלונים כהרי ערכם ומישקלם של בן ובת אלמונים",<sup>108</sup> אך לא מצביע מיהם "הבנים והבנות" וכיצד נאתר אותם, שכן לשיטתו במקרה שלנו אין מדובר כלל בחירות התנועה.<sup>109</sup>

אנו סבורים, שאת חופש התנועה הפנים-מדינתית יש לחלק לשני מרכיבים: המרכיב הפיזי-אובייקטיבי של התנועה, המגדיר למי מוקנית הזכות ומה היא כוללת,<sup>110</sup> והמרכיב הנפשי-סובייקטיבי, המגדיר את מטרת התנועה. המטרות השונות של התנועה הן אלו שתמקנה את הזכות במדרג הנורמטיבי. המטרות השונות יהיו "הבנים והבנות הפלונים, השונים" שהשופט חשין מדבר עליהם.

על-פי גישה זו, לא יהיה זה מדויק ליצור הכללה ולומר שחופש התנועה הפנים-מדינתית הוא תמיד זכות עילאית העומדת בראש מדרג הזכויות. מעמדה הנורמטיבי של הזכות בהיררכית הזכויות ייקבע לפי מטרת התנועה. כך, למשל, ברור שתנועה לשם הצלת חיים (כמו זו של אמבולנס או כל רכב-חירום אחר) תיחשב לזכות עילאית, ומקומה

105. לעיל, הערות 81-83 והטקסט שלידן.

106. ברק (לעיל, הערה 67), 526.

107. פסק-דינו של הנשיא ברק (לעיל, הערה 1), פסקה 59.

108. פסקה 32 לפסק-דינו של השופט חשין, שם.

109. ראו נימוקיו לכך בפסקה 32 לפסק-דינו, שם; וביקורת שלנו על קביעתו זו להלן, ליד

הערות 132-133.

במדרג הנורמטיבי יהיה גבוה וחשוב מזה של תנועה לשם מעבר בלבד. הזכות לבחור מקום מגורים, לדוגמא, היא למעשה אספקט מסוים של חופש התנועה הפנים-מדינתית שיש לו היבטים פיזיים-אובייקטיביים, אך יש לו גם היבט סובייקטיבי של תנועה לשם מגורים. ניתן להניח, שתנועה לשם מגורים חשובה יותר מתנועה לשם מעבר בלבד, אך יש לתת לתנועה לשם הצלת חיים, לדוגמא, מקום גבוה יותר במדרג הנורמטיבי מאשר לתנועה לשם מגורים. מכאן שתמימות הדעים של השופטים בפסק-הדין בעניין רחוב בראילן – שיש להשאיר את הרחוב פתוח לתנועת רכבי-חרום, ויש לאפשר לאחות הגרה במקום ועוסקת בפיקוח-נפש לעבור עם רכבה בשבת כדי לנסוע לעבודתה – תואמת את המודל שהצגנו.<sup>111</sup>

ניתוח זכותם של המתגוררים באיזור רחוב בראילן לחופש תנועה אף הוא מן הראוי שיתייחס למטרת התנועה. ייתכן בהחלט לומר שלתושב האיזור הנכה או לדיירת האיזור החייבת לצאת בשבת לעבודה בבית-חולים זכות חזקה יותר מאשר לדיירי האיזור האחרים שמטרת תנועתם היא לצאת לביקורים גרידא. יש להגן על אפשרות תנועתם של הנכה והאחות העובדת בשבת בבית-החולים יותר מאשר על זו של כל יתר דיירי האיזור. ככל שמטרת התנועה תהיה חשובה יותר, כך ההגנה החוקתית שיש להעניק לזכות לחופש התנועה תהיה רבה יותר. רק אם למטרת התנועה תהיה חשיבות "עילאית", נראה בחופש התנועה זכות עילאית. לפי זה ייתכן בהחלט, שתנועה מסוימת למטרה שאינה עילאית, כגון למעבר בלבד, תוכר כזכות-יסוד שיש להגן עליה, אך באופן פחות מאשר תנועה למטרה עילאית, כגון: לשם הצלת חיים.

## ו. ההיבט הפיזי-אובייקטיבי של התנועה הפנים-מדינתית

### 1. למי מוקנית הזכות?

בחוקה הגרמנית ובצ'רטר הקנדי לא מוקנית הזכות לתנועה פנים-מדינתית לכל אדם. החוקה הגרמנית מדברת על כך ש"לכל הגרמנים תוקנה החירות לנוע ברחבי הטריטוריה הפדרלית".<sup>112</sup> הצ'רטר הקנדי אף הוא מקנה את הזכות לנוע ולבחור מקום מגורים בכל פרובינציה לאזרחי קנדה ולאנשים בעלי סטטוס של תושב-קבע.<sup>113</sup> חוקת ארצות-הברית לא מונה את הזכות לחופש התנועה הפנים-מדינתית במפורש, והזכות הוכרה על-ידי הפסיקה כאחת מהזכויות הבלתי-מנויות.<sup>114</sup> הפסיקה ש"בנתה" את הזכות לא עסקה בשאלה האם הזכות מוקנית גם לאנשים שאינם אזרחי ארצות-הברית או תושבי קבע בה; שכן ברוב המקרים גידונו בעיות של אזרחים תושבי אחת המדינות של ארצות-הברית

110. ובו נעסוק בפרק הבא – פרק ו' למאמר זה.

111. גם השופט טל מסכים לכך. ראו פסקה 8 לפסק-דינו (לעיל, הערה 1).

112. לעיל, הערה 47. (ההדגשה שלי – י"ז)

113. לעיל, הערה 48.

114. לעיל, ליד הערות 49-57.

שעברו לגור במדינה אחרת של ארצות-הברית.<sup>115</sup> כלומר: המדינות הדמוקרטיות שניתן ללמוד מהן על היקף הזכות הן פדרליות והזכות פורשה שם כמגשימה את העיקרון הפדרלי, ועל-כן הוקנתה בעיקר לתושבי-קבע ולאזרחים.

לעומת זאת, המשפט הבינלאומי מקנה את הזכות לכל אדם ואינו מתנה אותה בהיותו אזרח או תושב המדינה.<sup>116</sup> עם זאת, המשפט הבינלאומי קובע שהזכות תוקנה לאנשים הנמצאים במדינה כדין: "Everyone lawfully within the territory of a state ..."<sup>117</sup>

על-פי המשפט הבינלאומי זכות הכניסה של אזרחים למדינתם היא כמעט אבסולוטית, אך ניתן להגביל כניסת זרים למדינה,<sup>118</sup> אלא-אם-כן המדינה חייבת לאפשר להם כניסה מכוח התחייבויות בינלאומיות.<sup>119</sup> על-כן, ברוב המקרים, ההימצאות שלא כדין בתחומי המדינה תהיה של זרים ולא של אזרחים. מכאן שהשוויון המוענק לאזרחים ולזרים לגבי הזכות לנוע ברחבי המדינה אינו מתקיים במציאות. העובדה שאדם נמצא במדינה שלא כדין שוללת ממנו את הזכות לנוע ברחבי המדינה, וברוב המקרים ההימצאות שלא כדין במדינה תהיה של זרים.<sup>120</sup>

במשפט הישראלי הזכות לתנועה פנים-מדינתית אינה מפורשת בחקיקת-היסוד. זוהי זכות שהפסיקה גיבשה. אנו סבורים, שיש לאמץ את גישת המשפט הבינלאומי שעל-פיה אין מקום להגביל את הזכות ולהקנותה רק לאזרחים ולתושבים, אלא יש להקנותה את הזכות לכל אדם ולא רק לאזרחים או לתושבי-קבע. עם זאת, על-פי המשפט הבינלאומי, ניתן להגביל כניסת זרים למדינה ולהקנות את זכות הכניסה לאזרחים בלבד. ואכן, סעיף 6(ב) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מקנה את זכות הכניסה לישראל לאזרחים בלבד.<sup>121</sup> מכיוון שאת הזכות לחופש התנועה ברחבי ישראל יש להעניק רק למי שנמצא בתחומי המדינה כדין, הרי שיש להניח שהזכות תישלל בעיקר מזרים ולא מאזרחי מדינת ישראל. אך לכל אדם הנמצא בישראל כדין, אזרח כור, יש להקנות את החופש לנוע ברחבי המדינה ואת הזכות לבחור במקום-מגורים.

115. לעיל, ליד הערות 91-94.

116. לעיל, הערות 36-40 והטקסט שלידן.

117. שם. (ההדגשה שלי - י"ז)

118. ראו סעיף 13(2) להכרזה האוניברסלית על זכויות האדם (לעיל, הערה 36); סעיף 12(4) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (לעיל, הערה 37) וכן סעיף 3(2) לפרוטוקול הרביעי לאמנה האירופאית בדבר זכויות האדם (לעיל, הערה 38); סעיף 22(5) לאמנה האמריקנית (לעיל, הערה 39); וסעיף 12(2) לצירטר האפריקני (לעיל, הערה 40).

119. ראו, לדוגמה, לעניין פליטים, מחוסרי-אזרחות או עובדים זרים התחייבויות המדינה כלפיהם ובכלל זה לכניסה למדינה ולהענקת החופש לנוע ברחבי המדינה - לעיל, הערות 41-43 והטקסט שלידן.

120. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights - CCPR Commentary* (1993) 201-202; A.H. Robertson & J.G. Merrills, *A Study of the European Convention on Human Rights* (3rd ed., 1993), 231.

121. ס"ח תשנ"ב 150.



## 2. מה כוללת הזכות?

האמנות הבינלאומיות מדברות בנושאה אחת על הזכות לנוע ברחבי המדינה ועל הזכות לבחור מקום מגורים,<sup>122</sup> וכך גם הצ'רטר הקנדי.<sup>123</sup> החוקה הגרמנית עוסקת בזכות לחופש תנועה פנים-מדינתית מבלי להזכיר את נושא המגורים.<sup>124</sup>

## (א) הזכות לנוע ברחבי המדינה

חופש התנועה הפנים-מדינתית הוא הזכות של כל אדם לנוע בכל מקום בתוככי המדינה שאינו רשות היחיד. זהו "חופש לנוע באופן חופשי ברחובות ובכבישים ... זהו החופש לבוא ולצאת"<sup>125</sup>; וזוהי "חירותו של היחיד לשוטט בארץ לאורכה ולרוחבה בלא שתחול עליו הגבלה כלשהי ברשות הרבים ..."<sup>126</sup>

יש להבחין בין חופש התנועה ברחבי המדינה לבין החירות האישית של היחיד הקבועה בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. החירות האישית היא זכות שהגבלתה היא פגיעה חמורה יותר בפרט מאשר הגבלת תנועתו ברחבי המדינה. כאשר אדם מושם מאחורי סורג ובריה, זו שלילת חירות מוחלטת, חמורה יותר מאשר הגבלת תנועתו ברחבי המדינה. אומר על כך השופט חשין:

חירות התנועה משמעה, בראש וראשונה, חירות והיא חירותו האישית והראשה של היחיד. וכלשון סעיף 5 לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת" אלא בהגבלות האחרות בתוראת-ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-היסוד. וגם זו אמת, שחירותו האישית של היחיד היא חירות כה נעלה עד שעומדת היא לעצמה ואין היא נתפשת כבת לחירות התנועה.<sup>127</sup>

## כיצד נתחום את קו הגבול בין החירות לבין חירות התנועה?

בעיה זו נידונה באירופה בבית-הדין האירופאי לזכויות האדם. באמנה האירופאית לזכויות האדם שני סעיפים נפרדים: סעיף 5 לאמנה, הדין ב-"liberty and security of person"<sup>128</sup>; וסעיף (1)2 לפרוטוקול הרביעי הדין ב-"right to liberty of movement...and freedom to choose his residence"<sup>129</sup>.

122. לעיל, הערות 36-44 והטקסט שלידן.

123. לעיל, הערה 48 והטקסט שלידה.

124. לעיל, הערה 47 והטקסט שלידה.

125. פסקה 74 לפסק-דינו של הנשיא ברק בעניין רחוב בראילן (לעיל, הערה 1).

126. שם, פסקה 32 לפסק-דינו של השופט חשין בעניין. (ההדגשה שלי - י"ו)

127. שם, וכן ראו נובק (לעיל, הערה 120).

128. בראונלי (לעיל, הערה 36), 328.

129. שם, 346.

אדם באיטליה נחשד בפעילות בלתי-חוקית ובהשתייכות למאפיה. הוא הוגלה למשך שישה עשר חודשים לאי סרדיניה. הגלייתו היתה מכוח חוק באיטליה שעל-פיו ניתן להפעיל אמצעים שונים כדי למנוע פגיעה עתידית בביטחון ובסדר הציבורי. באי הותר לו לנוע ברדיוס של שניים וחצי ק"מ. בשטח זה, שבו הותר לו לשהות, היו רק אנשים כמותו, שהוגלו למקום מחשש שיפגעו בביטחון או בסדר הציבורי. לאשתו ולילדיו המותר לגור עמו בשטח שבו אמור היה לשהות. על העותר היה להתייבב פעמים ביום בפני השלטונות ונאסר עליו לעזוב את השטח.

בית-הדין האירופאי לזכויות האדם פסק, שמקרה זה הוא הפרה של סעיף 5 לאמנה ולא של סעיף (1)2 לפרוטוקול הרביעי לאמנה, כלומר: מדובר כאן בפגיעה בחירות ולא בפגיעה בחופש התנועה. המבחן לפי הקריטריונים של בית-הדין היה מבחן של דרגת ההגבלה ועוצמתה ולא של אופי ומהות. אומר בית-הדין:

When assessing whether a degree or intensity of restriction exists, regard must be had to a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question.<sup>130</sup>

ככל שהתנאים הפיזיים פחות מגבילים, הרי שיובאו בחשבון שיקולים של ניתוק חברתי. במקרה דנן נפסק בדעת הרוב, שאמנם ההגבלה הפיזית אינה טוטלית כמו בתוך בית-כלא, אך בכל-זאת ההגליה היא למקום שאין חיים בו אנשים רגילים, אלא רק גולים, ועל-כן זה ייחשב לשלילת החירות ולא להגבלת חופש תנועה.

קו-הגבול בין הגבלת החירות להגבלת חופש התנועה נידון גם בתביעת קפריסין את טורקיה בפני בית-הדין האירופאי לזכויות האדם. בעקבות כיבוש צפון-קפריסין על-ידי גדודים טורקיים, שמו הטורקים קפריסאים ממוצא יווני במרכזי-מעצר או במעצר בית. בית-הדין פסק, שפעולות אלו הן פגיעה בחירות הקבועה בסעיף 5 לאמנה. לעומת זאת, הגבלת תנועת קפריסאים ממוצא יווני, כך שהיו מנועים מלעזוב את כפריהם, נתפסה על-ידי בית-הדין כפגיעה בסעיף (1)2 לפרוטוקול הרביעי, היינו: כפגיעה בחופש התנועה ברחבי המדינה.<sup>131</sup>

הזכות לנוע ברחבי המדינה היא הזכות לעשות כן בכל דרך, ברגל או בכל אמצעי-תחבורה שהוא. אומר השופט חשין: "חופש התנועה הוא איפוא, החופש שקניינו להלך על רגלינו ברשות הרבים, לרכוב על האתון או לנסוע במכונית במקומות שיועדו לכך".<sup>132</sup> אם אכן זו גישתו, תמוה מדוע הגיע למסקנה שבמקרה של פסק-הדין בעניין רחוב בר-אילן מדובר בהגבלת חירות התנועה. השופט חשין סבור, שבמקרה זה אין הגבלה של

130. *Guzzardi v. Italy* 3 E.H.R.R. 333 (1980). ראו בעיקר פסקה 92 לפסק-הדין.

131. *Cyprus v. Turkey* 15 E.H.R.R. 509 (1992).

132. דברי השופט חשין בפסק-הדין בעניין רחוב בר-אילן (לעיל, הערה 1), פסקה 2.

חופש התנועה; שכן אמנם מגבילים אפשרות נסיעה, אבל עדיין רשאי אדם להיכנס לרחוב בראילן ובלבד שיהלך על רגליו.<sup>133</sup> אמנם כן הוא, שהחילוניים אינם מנועים מלעבור ברחוב בראילן ברגל, אבל אם אנו מגדירים את חופש התנועה כאפשרות של אדם לנוע ברשות הרבים בכל דרך שיחפוץ, הרי העובדה שאין מאפשרים לו לעשות זאת בדרך שבה הוא חפץ לממש את זכותו לחופש התנועה פוגעת בזכות זו.

הזכות לנוע ברחבי המדינה היא הזכות לעשות כן לא רק בכל דרך אפשרית, אלא גם בכל עת. ועל-כן איסור לעבור בדרך מסוימת בזמן מוגדר, כמו, למשל, בזמן התפילות בשבתות ובחגים, הוא הגבלה של חירות התנועה גם אם לאתחילתה יתאפשר המעבר.

#### (ב) זכות המגורים

זכות המגורים כנגזרת של זכות התנועה הפנים-מדינתית מוגדרת ברוב המסמכים המשפטיים כזכות לבחור מקום מגורים.<sup>134</sup> אין מדובר כאן בזכות הסוציאלית של מחוסרי-דיור לדרוש מהמדינה לספק להם קורת-גג, אלא בזכותו של כל אדם לנוע בכל רחבי רשות-הרבים ולבחור בה את מקום-מגוריו ככל שאין בכך פגיעה בזכות הקניין של פרטים אחרים. הצורך לציין במיוחד ובמפורש את הזכות לבחור מקום-מגורים נובע מכך שזכות המגורים במשמעות הפיזית שלה היא התמקמות, התיישבות במקום אחד, בהיפוך לתנועה. על-כן יש צורך לפרש ולומר שהחופש לנוע ברחבי המדינה הוא החופש לעבור ממקום למקום ברשות-הרבים כדי לנוע וכדי להתמקם במקום מסוים.

הגלייתו או גירושו של אדם מביתו לאו דווקא אל מחוץ למדינה אלא גם בתוך המדינה, היא פגיעה בזכותו לבחור לו את מקום-מגוריו. ייתכן שהפקעת הבית, שהיא ללא ספק פגיעה בקניינו של אדם, יש בה גם משום פגיעה בזכותו לבחור לו את מקום-מגוריו. הזכות לבחור מקום-מגורים כנגזרת של חופש התנועה הפנים-מדינתית כוללת גם את זכותו של אדם לממש באופן מרבי את אפשרות המגורים שלו במקום שבו בחר לגור, היינו, זכותו לצאת ולבוא לביתו אם וכאשר יחפוץ וזכותו לארח קרובים וידידים בביתו בכל עת. היבט זה של זכות התנועה הפנים-מדינתית התעורר בפסק-הדין בעניין רחוב בראילן בקשר לעותרים החילוניים הגרים בסביבות הכביש. בג"ץ קבע, שעל שר-התחבורה לשקול את האינטרסים שלהם בטרם יחליט על סגירת הרחוב ולו גם באופן חלקי.

אנו נוסף ונאמר, שלתושבים המקומיים הגרים לצדי רחוב בראילן מוקנית לא רק הזכות הכללית לחופש התנועה הפנים-מדינתית, אלא הזכות במשמעות הספציפית: לבחור לעצמם מקום-מגורים. על שר-התחבורה להביא בחשבון, שזו זכות ברמה נורמטיבית גבוהה מהזכות למעבר בלבד.<sup>135</sup>

133. שם, שם.

134. ראו הערות 36-48 והטקסט שלידן.

135. ראו לעיל, פרק ה למאמר זה.

## ז. סיכום

חופש התנועה הפנים-מדינתית היא הזכות של כל אדם הנמצא כרין במדינה לעבור ממקום למקום ברשות הרבים. הזכות מאפשרת לכל אדם לעשות זאת בכל דרך (ברגל או בכל אמצעי-תחבורה שיבחר) ובכל עת שיחפוץ. הזכות גם כוללת את הזכות להתמקם במקום מסוים ולא להמשיך לנוע, היינו לבחור מקום-מגורים. משהתמקם אדם במקום מגוריו, זכותו לצאת ולבוא ממעונו ולארח בו אנשים בכל עת.

אלו הם האלמנטים הפיזיים-אובייקטיביים של הזכות לחופש תנועה פנים-מדינתית. פגיעה בהם, בחלק מהם או באחד היא פגיעה בזכות.

לפי הגישה שהצגנו במאמר זה, לאותם אלמנטים אובייקטיביים מצטרף אלמנט סובייקטיבי של מטרת התנועה. כשמדובר בזכות המגורים, הרי ברור כי המטרה היא תנועה לשם מגורים. במקרים אחרים יש לבחון, האם מדובר בתנועה במקום מסוים לשם מעבר בלבד או בתנועה במקום לשם הגשמת מטרה אחרת, כמו למשל, הצלת חיים, לימודים, הפגנה ועוד.

ככל שמטרת התנועה תוכר כחשובה יותר, הרי שנכון יהיה לתת הגנה רחבה יותר לחופש התנועה לשם הגשמת המטרה. הגבלתה של תנועה לשם מטרה שתוכר כחשובה תהיה פחותה מאשר במקרה שהמטרה לא תהיה חשובה במיוחד. כך, למשל, ברור שאין להגביל תנועה של רכב-חירום שנועד להגן על חיי הציבור ושלומו משיקולים של פגיעה בגשות דת וכיבוד אורח-חיים דתי. לעומת זאת, ניתן יהיה להתייחס באורח שונה לאיוון בין האינטרס של כיבוד רגשות הדת, כאשר מדובר בתנועה לשם מעבר בלבד, ולשקול הגבלה רבה יותר של תנועה כזו לשם שמירה על האינטרס של כיבוד רגשות דת ואורח-חיים דתי.

בפסקי-הדין בעניין רחוב בר-אילן לא הבחינו שופטי המיעוט בין האוכלוסייה החילונית, המשתמשת ברחוב למעבר בלבד, לבין האוכלוסייה החילונית, הגרה בסביבות הכביש. לשיטתם, אין לפגוע בחופש התנועה של כל אדם בין אם הוא גר באיזור רחוב בר-אילן ובין אם לא. לעניות דעתנו, זוהי גישה שאין לקבלה.

לעומת זאת, דעת הרוב הגיעה לתוצאה הנכונה של הגנת-יתר על חופש התנועה של האוכלוסייה החילונית הגרה סמוך לרחוב בר-אילן, לעומת ההגנה שניתנה למשתמשים ברחוב לשם מעבר בלבד. הגנת-היתר הזו נבעה מכך ששר-התחבורה כשל באיסוף הנתונים הקשורים לאוכלוסייה הגרה באיזור, ובעקבות כך גם לא שקל באופן ספציפי את האינטרסים שלהם. נקודת-המוצא של דעת הרוב היתה שחופש התנועה לשם מעבר וחופש התנועה לשם מגורים, שתיהן "זכויות עילאיות".

לדעתנו, האיוון הראוי מצריך ניתוח שונה. יש לצאת מנקודת ההנחה שזכות המעבר משרתת אינטרס פחות חשוב של תנועה מזכות המגורים, ועל-כן יש לתת לה פחות הגנה מאשר לזכות המגורים. לכן גם הגבלה רבה יותר של תנועה לשם מעבר מוז שהיתה במקרה של סגירת רחוב בר-אילן היתה מצדיקה - לדעתנו - את סגירת הרחוב לשם כיבוד רגשות הדת. לעומת זאת, הגנה על חופש התנועה לשם מימוש זכות המגורים באיזור הרחוב צריכה להיות חזקה יותר, והגבלתה אפשרית פחות מאשר

משפט ומשל ד' תשנ"ח

על חופש התנועה הפנים-מדינתית

הגבלת התנועה לשם מעבר, ובפרט כשמדובר בתושבים נכים או אלו העובדים בבתי-חולים.

על האלמנט הסובייקטיבי של מטרת התנועה להצטרף כמרכיב נפרד לאלמנטים האובייקטיביים של הזכות לחופש התנועה הפנים-מדינתית, ולהשפיע על המעמד הגורמטיבי של הזכות. ככל שמטרת התנועה חשובה יותר, יש להעניק לזכות לחופש התנועה הגנה חזקה יותר.

