

**בבית המשפט העליון  
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ 4047/13

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ חדרי, ת"ז \_\_\_\_\_
2. \_\_\_\_\_ חדרי, ת"ז \_\_\_\_\_
3. \_\_\_\_\_ קהוג'י, ת"ז \_\_\_\_\_
4. \_\_\_\_\_ קהוג'י, ת"ז \_\_\_\_\_
5. \_\_\_\_\_ אבו עאדרה, ת"ז \_\_\_\_\_
6. \_\_\_\_\_ אבו עאדרה, ת"ז \_\_\_\_\_
7. \_\_\_\_\_ אבו מרסה, ת"ז \_\_\_\_\_
8. \_\_\_\_\_ אבו מרסה, ת"ז \_\_\_\_\_
9. \_\_\_\_\_ אבו קווידר, ת"ז \_\_\_\_\_
10. \_\_\_\_\_ אבו קווידר, ת"ז \_\_\_\_\_
11. \_\_\_\_\_ אסתאז, ת"ז \_\_\_\_\_
12. \_\_\_\_\_ אסתאז, ת"ז \_\_\_\_\_
13. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר**

ע"י ב"כ עוה"ד נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או ענת גונן (מ"ר 28359) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או טל שטיינר (מ"ר 62448) ו/או בילאל סביחאת (מ"ר 49838)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר  
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200  
טל': 02-6283555; פקס: 02-6276317

**העותרים**

- נ ג ד -

1. ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו
2. שר הפנים, מר גדעון סער
3. היועץ המשפטי לממשלה, עו"ד יהודה ויינשטיין

ע"י פרקליטות המדינה  
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים  
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

**המשיבים**

**עתירה למתן צו על תנאי**

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים ומורה להם לבוא ולנמק, מדוע לא יבטלו את החלטת הממשלה 3598 מיום 15.6.2008<sup>1</sup>, המנחה את שר הפנים שלא לאשר בקשות לאיחוד משפחות למי שרשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה, וכן למי שמתגורר ברצועת עזה אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה.

<sup>1</sup> אשר הוארכה בהחלטות הממשלה מס' 600 מיום 19.7.2009, מס' 2097 מיום 18.7.2010, מס' 2734 מיום 16.1.2011, מס' 4155 מיום 22.1.2012 והחלטה מס' 31 מיום 14.4.2013.

## פתח דברים

1. עתירה זו מכוונת נגד החלטת ממשלה, האוסרת באופן גורף על איחוד משפחות בין בני זוג ישראלים לבני זוגם מעזה. זאת, בניגוד להליכי איחוד משפחות בין ישראלים לבני זוג מהגדה, אשר אפשריים בהתקיים תנאים מסוימים. סיפוריהם של העותרים 1-12, אשר יפורטו להלן, ממחישים את ההשלכות הקשות של מדיניות זו.
2. החלטת הממשלה – אשר הוארכה כבר חמש פעמים – מבוססת לכאורה על סעיף בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: הוראת השעה או החוק). אולם, כפי שייטען להלן, ההחלטה חורגת מהסעיף משמעותית, באופן המצדיק את ביטולה. אך חשוב מכך, החלטת הממשלה פוגעת באופן קשה ובלתי מידתי בזכותם של ישראלים לחיי משפחה, זכות אשר הוכרה ככזו הממוקמת בלב כבוד האדם וחירותו.
3. ביום 11.1.2012 ניתן פסק הדין בארבע עתירות, אשר הוגשו נגד הוראת השעה ואוחדו תחת בג"ץ 466/07 גלאון נ' שר הפנים. פסק הדין דן בשאלה האם הוראת השעה הינה חוקתית, לאחר שהוכנסו בה שינויים בעקבות העתירות הקודמות נגד החוק (בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים). שופטי הרוב קבעו בפסק הדין בעניין גלאון, כי הפגיעה בזכויות חוקתיות עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה.
4. ואולם, פסק הדין בעניין גלאון ניתן, כאמור, בכפוף לריכוך מסוים של הוראת השעה, בתיקון משנת 2005. אותו ריכוך איפשר לבני זוג – ישראלים ופלסטינים מהשטחים – לחיות יחד בישראל, בתנאים מסוימים, ובעיקרם, גיל מינימום לכניסה להליך איחוד משפחות.
5. ואילו החלטת הממשלה נגדה מכוונת עתירה זו, מפירה את האיזון העדין עליו התבסס פסק הדין בעניין גלאון, ואסרה לחלוטין על הליכי איחוד משפחות עם תושבי רצועת עזה. בכך, כך ייטען בעתירה דכאן, החלטת הממשלה אינה עומדת בתנאים להכשרת הוראת השעה, כפי שהותוו בפסק דין גלאון.
6. יובהר ויודגש, כי העותרים מודעים למצב הביטחוני המתוח הקיים בין מדינת ישראל לרצועת עזה. העותרים אינם מקלים ראש בחשיבות תכלית השמירה על ביטחון המדינה באמצעים סבירים ומידתיים, תוך איזון בין טיב הסיכון הנשקף למדינה ולציבור, כמו גם מתן משקל ראוי לטיבן ועוצמתן של זכויות האדם הנפגעות. עתירה זו עניינה בחוסר הסבירות וחוסר המידתיות של מדיניותם הגורפת של המשיבים, המסרבים לערוך בדיקות פרטניות בנוגע לקבוצה מוגדרת של משפחות. זאת, בניגוד לנכונותם לערוך בדיקות פרטניות במקרים אחרים, כפי שיפורט בהמשך.

## התשתית העובדתית

### הצדדים

7. העותרים 1-12 הינם זוגות "מעורבים" – ישראלים ותושבי רצועת עזה – אשר החלטת הממשלה מונעת מהם מכל וכל את האפשרות לחיות יחד במדינתו של בן הזוג הישראלי.

8. העותרת 13 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים. בין היתר מטפלת העותרת 13 בהליכי איחוד משפחות של פלסטינים בישראל עם בני משפחתם בשטחים.

### **סיפוריהם של העותרים**

#### **משפחת חדרי – העותרים 1 ו-2**

9. \_\_\_\_\_ ו \_\_\_\_\_ חדרי נישאו בחודש יוני 2007. עוד לפני נישואיהם, משנת 2000 לערך, התגורר \_\_\_\_\_ מחוץ לרצועת עזה, שם מענו הרשום. אחרי נישואיהם התגוררו בני הזוג בירושלים, ובעיר נולדו שלושת ילדיהם.

10. ביום 2.1.2008 הגישה \_\_\_\_\_ בקשה לאיחוד משפחות עם \_\_\_\_\_, בלשכת רשות האוכלוסין בירושלים המזרחית. במהלך שנת 2008 נמסר ל \_\_\_\_\_ בעל פה, שלשם המשך הטיפול בבקשה לאיחוד משפחות, עליו לפעול סגירת התיקים הפליליים התלויים ועומדים נגדו. עם זאת, הבקשה לא סורבה.

11. \_\_\_\_\_ ניסה לסגור את התיק הפלילי (באותה תקופה היה מדובר בתיק אחד בלבד) שהיה תלוי ועומד נגדו, ללא הצלחה. שני עורכי דין עמם התייעץ בעניין אמרו שעדיף לחכות שהתיק ייסגר, ולא לעורר אקטיבית את העניין.

12. בעוד בני הזוג חדרי ממתנינים, נגזר דינו של \_\_\_\_\_ ביום 13.6.2011 לתקופת מאסר שהוגדרה על ידי בית המשפט כ"קצרה וסמלית" – 33 יום – בגין נהיגה בישראל ללא רישיון נהיגה ישראלי.

פרוטוקול הדיון, פסק הדין וגזר הדין מיום 13.6.2011 מצ"ב ומסומנים ע/1.

13. \_\_\_\_\_ נכלא בכלא דקל. עם תום ריצוי עונשו, ביום 28.7.2011, נלקח \_\_\_\_\_ על ידי עובדי השב"ס למחסום ארז, ומשם הורחק מיד לרצועת עזה. זאת, חרף העובדה ש \_\_\_\_\_ חזר והדגיש כי מתנהלת בעניינו בקשה לאיחוד משפחות, וכי אשתו וילדיו ממתנינים לו בירושלים.

14. בתשובה לפניית המוקד להגנת הפרט בעקבות הרחקתו של \_\_\_\_\_, הודיע משרד הפנים כי הבקשה של בני הזוג חדרי לאיחוד משפחות מסורבת, **לאור החלטת הממשלה 3598**.

15. בני הזוג חדרי פנו במספר אפיקים משפטיים בכדי למצוא מזור למצב הקשה אליו נקלעה משפחתם. ביום 4.10.2011 הוגשה בשםם עתירה מינהלית 11-10-7112, בה נתבקש ביטול הרחקתו של העותר 2 מן הארץ, אשר נעשתה בניגוד לנוהל משרד הפנים האוסר על הרחקה בזמן שבקשה מתנהלת. בנוסף, ביום 11.10.2011 הוגשה בקשה לוועדה ההומניטארית, אשר הוקמה על פי **חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003**.

הבקשה ההומניטארית מיום 11.10.2011, ללא נספחיה, מצ"ב ומסומנת ע/2.

16. ביום 27.11.2011 ניתן פסק דין בעתירה המינהלית בעניינם של בני הזוג חדרי, אשר מחק את העתירה. ערעור (עע"ם 170/12) הוגש ביום 5.1.2012 ונדחה ביום 6.6.2012.

## פסק הדין בע"מ 170/12 מצ"ב ומסומן ע/3.

17. ביום 10.7.2012 נתקבלה החלטת המשיב 2 מיום 1.7.2012, לדחות את הבקשה ההומניטארית של העותר 2, לאור החלטת הממשלה ו"היעדר טעמים הומניטאריים".

החלטת המשיב 2 מיום 1.7.2012 מצ"ב ומסומנת ע/4.

18. השגה שהוגשה בעקבות דחיית הבקשה ההומניטארית (השגה 543/12) נמחקה ביום 9.9.2012, לאור פסק הדין בעת"מ 10144-11-11 **כפאיה אחמד נ' שר הפנים**, אשר עסק – כמו עניינם של בני הזוג חדרי – בהחלה רטרואקטיבית של החלטת הממשלה על בקשות שהיו תלויות ועומדות בעת שהחלטת הממשלה נכנסה לתוקף. בהחלטת יו"ר ועדת ההשגה נקבע, כי אם תשונה ההלכה המשפטית, לאור הערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין אחמד, יוכלו בני הזוג חדרי להגיש השגה חדשה, ולא ייטען נגדם שיהוי.

החלטת יו"ר ועדת ההשגה מיום 9.9.2012 מצ"ב ומסומנת ע/5.

19. ערעור על פסק הדין בעניין **אחמד**, ע"מ 7212/12, קבוע לדיון בפני בית משפט נכבד זה ביום 21.10.2013.

20. וכך, בשל שילוב של התנהלות לקויה של הרשויות בדמות הרחקה שלא כדון, והחלה רטרואקטיבית של החלטת ממשלה פוגענית, כללית וגורפת, מפוצלת משפחת חדרי בין ירושלים לעזה. בני הזוג חדרי אינם מעוניינים לחיות ברצועת עזה אך החלטת הממשלה אינה מאפשרת להם לחיות יחד בירושלים.

משפחת קהוגי – העותרים 3 ו-4

21. בני הזוג \_\_\_\_\_ ו \_\_\_\_\_ קהוגי נישאו ביום 30.9.1999. הינה אזרחית ישראל, ו \_\_\_\_\_ נולד בעזה ושם כתובתו הרשומה. בעת נישואיהם היה \_\_\_\_\_ סטודנט להנדסת ייצור בגרמניה, ובני הזוג התגוררו בגרמניה עד שנת 2001.

22. במרוצת השנים נולדו ארבעת ילדיהם של בני הזוג: \_\_\_\_\_, יליד 30.9.2000; \_\_\_\_\_, ילידת 2.7.2003; \_\_\_\_\_, יליד 4.1.2008; \_\_\_\_\_, יליד 9.8.2011.

23. בשנת 2001 עזבו בני הזוג את גרמניה. \_\_\_\_\_ חזרה לרמלה ו \_\_\_\_\_ לעזה. הגישה עבור \_\_\_\_\_ בקשה לאיחוד משפחות בשנת 2002.

24. ביום 15.4.2004 אושרה הבקשה לאחמ"ש וניתנה ל \_\_\_\_\_ הפניה לקבלת היתר מת"ק, לשנה.

ההפניה למת"ק מצ"ב ומסומן ע/6.

25. בסמוך לאחר מכן, ניסה מר קהוגי לקבל היתר במעבר ארז, על סמך ההפניה של משרד הפנים, אולם במעבר סירבו לתת לו להיכנס לישראל, אמרו לו שלא יוציאו עברו היתר, והחזירו אותו כלעומת שבא.

26. מספר ימים לאחר מכן התקשרו נציגי משרד הפנים אל גבי קהוגי, והורו לה לגשת למשרד הפנים ולהחזיר את ההפניה. במשרד הפנים אמרו שלא ניתן למסור לה מדוע בוטלה ההפניה.
27. לאור זאת, החליטו בני הזוג כי \_\_\_\_\_ תעבור לעזה. המשפחה התגוררה שם עד שנת 2011, אז החליטו בני הזוג כי \_\_\_\_\_ תעבור לגור עם הילדים בישראל, בה תנאי המחיה טובים יותר ואפשרויות החינוך טובות יותר.
28. מאז מפוצלת המשפחה. \_\_\_\_\_ והילדים מתגוררים בישראל, ברמלה. \_\_\_\_\_ מתגורר בעזה. \_\_\_\_\_ והילדים מבקרים את אבי המשפחה בחופשות בית הספר.
29. בני הזוג היו מעדיפים שהמשפחה תחיה יחד בישראל, אך אפשרות זאת סגורה בפניהם. לאור החלטת הממשלה, באם תגיש \_\_\_\_\_ בקשה לאיחוד משפחות עם \_\_\_\_\_, זו תסורב אוטומטית, בשל היותו תושב עזה.

משפחת אבו עאדרה – העותרים 5 ו-6

30. \_\_\_\_\_, אזרחית ישראלית, ו- \_\_\_\_\_, תושב עזה, נישאו בשנת 2001. במרוצת השנים נולדו חמשת ילדיהם: \_\_\_\_\_, ילידת 4.9.2002; \_\_\_\_\_, ילידת 21.11.2003; \_\_\_\_\_, ילידת 29.9.2005; \_\_\_\_\_, ילידת 4.2.2007; \_\_\_\_\_, ילידת 24.10.2012.
31. אחרי נישואיהם הגישו בני הזוג בקשה לאיחוד משפחות בישראל. באותה שנה אשרה הבקשה, ו- \_\_\_\_\_ קיבל היתר שהייה בישראל. \_\_\_\_\_ חידש את היתרי האחמ"ש שלו מדי שנה, עד שנת 2009.
- מכתב אישור הבקשה לאחמ"ש מצ"ב ומסומן ע/7.
- אחד מהיתרי השהייה שקיבל \_\_\_\_\_ במסגרת הליך האחמ"ש מצ"ב ומסומן ע/8.
32. בשנת 2009, כשהגיע \_\_\_\_\_ למעבר ארז לשם חידוש היתר השהייה שלו, נאמר לו שבקשתו לחידוש היתר עדיין לא אושרה ושעליו להיכנס לעזה. \_\_\_\_\_ ניסה להסביר כי אינו רוצה להיכנס לעזה, וכי כל משפחתו בישראל. הוא ביקש שיתקשרו לאשתו, אך נענה ש"כבר יתקשר אליה מעזה". בסופו של יום, כל תחינותיו של \_\_\_\_\_ לא עזרו, והוא גורש לרצועה.
33. בני הזוג ניסו לפנות לעורכי דין שיסייעו במצבם העגום, אך פניותיהם עלו בתוהו. \_\_\_\_\_ פנתה גם למשרד הפנים, בניסיון לברר מדוע סירבו לחדש את היתר של \_\_\_\_\_. פקידה בשם אליס מסרה שללשכה אין קשר לכך, ושמדובר בהחלטה שהגיעה מהמטה בירושלים.
34. מאז מפוצלת המשפחה. \_\_\_\_\_ והילדים מתגוררים בשגב שלום, ואילו \_\_\_\_\_ מתגורר בעזה. הילדים זוכים לראות את אביהם רק פעמים ספורות בשנה, בביקוריהם בזמן חופשות בית הספר. המצב הכלכלי של המשפחה קשה, שכן אפשרויות התעסוקה בעזה מוגבלות ביותר, ו- \_\_\_\_\_ מובטל.

משפחת אבו מרסה – העותרים 7 ו-8

35. \_\_\_\_\_ ו \_\_\_\_\_ אבו מרסה נישאו ביום 12.12.2002. \_\_\_\_\_ היא תושבת קבע במדינת ישראל, \_\_\_\_\_ הוא תושב רצועת עזה. במרוצת השנים נולדו לבני הזוג שני ילדיהם, \_\_\_\_\_, יליד 4.1.2007 ו \_\_\_\_\_, ילידת 23.8.2003. שני הילדים נולדו בעזה ורשומים כתושביה.

36. \_\_\_\_\_ מעולם לא הגישה בקשה לאיחוד משפחות עם \_\_\_\_\_, שכן נאמר לה שזו לא תאושר. ואכן, בזמן נישואיהם כבר הייתה בתוקף החלטת הממשלה 1813, אשר הקפיאה את הליכי איחוד המשפחות של ישראלים עם פלסטינים.

37. בני הזוג רוצים, כמובן, לנהל חיים משותפים ולא לחיות בנפרד. על כן, מחוסר ברירה, מתגוררים \_\_\_\_\_ והילדים ברצועה. \_\_\_\_\_, אשר למד הנדסת מחשבים באוניברסיטת ביר זית, לא מצא עבודה בתחום לימודיו ברצועה, ונאלץ להתפרנס מהעברת שיעורי מחשבים לילדים.

38. היום \_\_\_\_\_ כבר בן 35. לאור התיקון להוראת השעה משנת 2005, הוא כבר הגיע לגיל בו ניתן להגיש עברו בקשה לאחמ"ש, אך המשפחה מנועה מלעשות כן בשל החלטת הממשלה.

#### משפחת אבו קווידר – העותרים 9 ו-10

39. \_\_\_\_\_ אבו קווידר, אזרח ישראל, נישא ל \_\_\_\_\_ אשתו בשנת 2003. \_\_\_\_\_ הינה תושבת רצועת עזה. במרוצת השנים נולדו שלושת ילדיהם: \_\_\_\_\_, ילידת 4.8.2004; \_\_\_\_\_, יליד 7.8.2006; \_\_\_\_\_, ילידת 20.4.2010.

40. כאשר נישאו בני הזוג, הוראת השעה כבר הייתה בתוקף ולכן \_\_\_\_\_ לא יכול היה להגיש בקשה לאיחוד משפחות עם \_\_\_\_\_. בשנת 2005, כאשר תוקנה הוראה השעה כך שהתאפשר להגיש בקשות לאחמ"ש עם נשים מהשטחים אשר גילן מעל 25, טרם הגיעה \_\_\_\_\_ לגיל הנדרש. רק בשנת 2011 חגגה \_\_\_\_\_ יום הולדת 25, אך אז כבר הייתה בתוקף החלטת הממשלה, אשר מנעה איחוד משפחות עם תושבי עזה.

41. תחילה חיו בני הזוג בנפרד, שכן \_\_\_\_\_ לא הצליח למצוא עבודה בעזה על מנת לפרנס את משפחתו. לפני כשנתיים התייאשו מפיצול המשפחה, ו \_\_\_\_\_ עבר להתגורר ברצועה. הוא מחדש היתרי שהייה ברצועה באופן קבוע ובפעם בשנה יוצא לישראל לעבוד במשך מספר חודשים, כדי לחסוך כסף לפרנסת המשפחה.

42. המשפחה הייתה מעדיפה לחיות בישראל, אך החלטת הממשלה מונעת זאת מהם, והם נאלצים בלידת ברירה לחיות בעזה.

#### משפחת אסתאז – העותרים 11 ו-12

43. בני הזוג אסתאז נישאו בשנת 1988. \_\_\_\_\_ הינה תושבת קבע בישראל מירושלים, ו \_\_\_\_\_ הינו תושב רצועת עזה. במרוצת השנים נולדו שבעת ילדיהם: \_\_\_\_\_, ילידת 24.6.1989; \_\_\_\_\_, ילידת 9.3.1991; \_\_\_\_\_, ילידת 4.11.1992; \_\_\_\_\_, ילידת 7.10.1995; \_\_\_\_\_, יליד 9.9.1998; \_\_\_\_\_, ילידת 15.11.2002; \_\_\_\_\_, יליד 22.10.2004. \_\_\_\_\_ נולדה בירושלים ויתר הילדים נולדו בעזה. כל הילדים רשומים כתושבי הרצועה.

44. בני הזוג החליטו, תחילה, לא להגיש בקשה לאחמ"ש שכן נאמר להם שמדובר בתהליך ארוך וקשה. בני הזוג מתארים תנאי חיים קשים בעזה: חיים בצל מלחמה ופחד, מצב כלכלי קשה, ניתוקי חשמל תכופים, היעדר אפשרויות תעסוקה. בני הזוג היו מעדיפים לחיות בירושלים, בקרבת משפחתה של אסתאז, אך הם מנועים מלעשות כן בשל החלטת הממשלה.

45. בלית ברירה, הם מתגוררים ברצועה, ו \_\_\_\_\_ מחדשת את היתרי השהייה שלה בעזה באופן תקופתי.

### מיצוי הליכים

46. ביום 5.7.2012 פנתה העותרת 13 אל המשיבים, בדרישה מנומקת לבטל את החלטת הממשלה 3598. הפנייה, אשר הוגשה בהמשך לפסק הדין שניתן חודשים ספורים לפני כן בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (להלן: בג"ץ גלאון), פירטה את עמדת המוקד, לפיה החלטת הממשלה קובעת מדיניות גורפת, שאינה עומדת בעקרונות יסוד חוקתיים וכן חורגת באופן קיצוני מהסעיף המסמך בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003.

פניית המוקד להגנת הפרט מיום 5.7.2012 מצ"ב ומסומנת ע/9.

47. ביום 31.7.2012 נתקבל אצל העותרת 13 מכתב מלשכת המשיב 3, מיום 25.7.2012. על פי המכתב, הטיפול בפנייה הועבר לעו"ד מלכיאל בלס, משנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ).

מכתב לשכת המשיב 3 מיום 25.7.2012 מצ"ב ומסומן ע/10.

48. בימים 5.8.2012, 6.9.2012, 14.10.2012, 27.11.2012 נשלחו מכתבי תזכורת לפנייה מיום 5.7.2012.

מכתבי התזכורת מצ"ב ומסומנים ע/11 א-ד.

49. ביום 28.1.2013 התקבלה אצל העותרת 13 התייחסות המשיבים לפנייתה, מיום 27.1.2013. תשובתם התמוהה והלקונית של המשיבים לא התייחסה כלל לטענות אשר פורטו בהרחבה בפניית המוקד מיום 5.7.2012, אלא רק קבעה כי החלטת הממשלה 3598 וההחלטות שבאו בעקבותיה "אינן משנות את הוראות סעיף 3ד לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, וכך גם נאמר בהחלטות אלו".

מכתב המשיבים מיום 27.1.2013 מצ"ב ומסומן ע/12.

50. ברי, כי תשובת המשיבים כלל לא נתנה מענה לפניית העותרת 13, וניכרה בה התחמקות מלב הטענה של המוקד – חריגה של החלטת הממשלה מהחוק המסמך.

51. ביום 14.4.2013 הוארכה שוב החלטת הממשלה, בהחלטה מספר 31.

52. הנה כי כן, בהיעדר כל התייחסות מהותית של המשיבים לפניית העותרת 13 מיום 5.7.2012, לא נותרה לעותרים ברירה אלא לפנות לבית משפט נכבד זה בבקשה לקבלת הסעד.

**החלטת הממשלה 3598 – רקע**

53. בטרם יפרטו העותרים טענותיהם לגבי החלטת הממשלה 3598, יסקרו הם את ההיסטוריה החקיקתית והפסיקה הרלוונטית לאותה החלטה.
54. החלטת הממשלה היא תולדה של סעיף 33 להוראת השעה (להלן: **הסעיף המסמיך**). סעיף 33 **להוראת השעה** בנוסחו הנוכחי, מאפשר לשר הפנים לסרב לבקשה להיתר או רישיון ישיבה בישראל, בגין סיכון ביטחוני הנובע מהמבקש.
55. בהוראת השעה בנוסחה המקורי (משנת 2003) לא היה סעיף אשר עסק ב"סיכון ביטחוני", בשל העובדה הפשוטה שנוסח החוק המקורי הטיל איסור גורף על מתן היתרי אחמ"ש לתושבי האיזור, ללא חריגים. סעיף ה"סיכון הביטחוני" הוסף בתיקון בשנת 2005, כאשר הוספה האופציה ליתן היתרי איחוד משפחות לתושבי האיזור, בתנאים מסוימים, ובעיקרם – גיל המוזמן מעל 35 שנה וגיל המוזמנת מעל 25 שנה.
56. על פי דברי ההסבר לתיקון להוראת השעה משנת 2005, סעיף 33 הוסף "נוכח" הרחבת הסייגים אשר איפשרו לתת היתרי שהייה במקרים מסוימים. "לשם מניעת הסיכון הביטחוני כתוצאה מכך", כך, לשון דברי ההסבר, הוספה האפשרות למנוע מתן היתר, גם ממבקשים העומדים בקריטריונים, בשל מניעה ביטחונית (ר' הצעות חוק 173, ז' באייר התשס"ה, 16.5.2005).
57. כידוע, העתירות נגד הוראת השעה, ובכלל זה סעיף 33 בנוסחו המקורי, נדחו על ידי בית המשפט העליון (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, ניתן ביום 14.5.2006).
58. בשנת 2007 תוקנה הוראת השעה בשנית, ובכלל זה סעיף הסיכון הביטחוני. התיקון הוסיף עילה נוספת לסירוב ה"מניעה הביטחונית": האפשרות לקבוע שאדם הוא מסוכן, בשל פעילות המתקיימת ב"מדינת מושבו" או "אזור מגוריו", ועל כן יש לסרב לבקשתו להיתר שהייה או רישיון ישיבה.
59. כך נכתב בהצעת החוק הממשלתית לתיקון הוראת השעה, ההצעה אשר במסגרתה הוספה אפשרות זו לסעיף 33:

מוצע... לאפשר לשר הפנים לקבוע כי מבקש היתר השהיה או הרישיון לישיבה בישראל עלול להוות סיכון ביטחוני, בין השאר, על יסוד חוות דעת של גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה. קביעה זו תהיה לתקופה שיקבע השר בהתאם למצב הביטחוני ולשיקולי הביטחון העומדים בבסיס הוראת השעה.

(רשומות, הצעות חוק הממשלה, 273, 18.12.2006, עמוד 184).

60. סעיף 33 להוראת השעה, בנוסחו דהיום, קובע:



לא יינתן היתר לשהייה בישראל או רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור, לפי סעיפים 3, 1א3, 3א(2), 3ב(2) ו-3(3) ו-4(2), ולא יינתן רישיון לישיבה בישראל לכל מבקש אחר שאינו תושב אזור, אם קבע שר הפנים או מפקד האזור, לפי הענין, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי תושב האזור או המבקש האחר או בן משפחתם עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל; בסעיף זה, "בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובני זוגם. לענין זה, רשאי שר הפנים לקבוע כי תושב האזור או המבקש האחר עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל, בין השאר על סמך חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של תושב האזור או המבקש האחר מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.

(ההדגשה הוספה – נ.ד.).

61. כעולה מן הסעיף, במקרים של אנשים, אשר מבקשים לקבל היתר שהייה או רישיון ישיבה ארעי בישראל, תיערך בדיקה ביטחונית. הקביעה כי מבקש מהווה "סיכון ביטחוני" תהא פרסונאלית (קרי, קביעה כי הסיכון "נובע" ישירות מהאדם או מקרובי משפחתו) או כללית-גיאוגרפית (קרי, קביעה כי המבקש מהווה "סיכון ביטחוני" אך בשל קביעת גורמי הביטחון כי פעילות המתבצעת במדינת מושבו או באזור מגוריו עלולה לסכן את ביטחון המדינה). החלטת הממשלה 3598 עוסקת בבדיקה מן הסוג השני.

62. סעיף 3ד מתייחס, אם כן, לשלושה "מעגלי סיכון":

המעגל הראשון, הקרוב ביותר, הוא הסיכון ה"נובע" מהמבקש עצמו (סיכון "ישיר");

המעגל השני הינו מעגל הסיכון ה"נובע" מעצם קרבתו המשפחתית של המבקש לאנשים אחרים שהוגדרו כ"מסוכנים" (סיכון "עקיף");

המעגל השלישי, הרחוק ביותר, הוא מעגל הסיכון ה"נובע" מעצם מגוריו או מושבו של אדם במקום כלשהו.

**באופן טבעי, המעגל השלישי עוסק בסוג הסיכון העקיף וה"חלש" ביותר, שכן לא מדובר בסיכון קונקרטי העולה מהמבקש עצמו, אלא רק חשש לפוטנציאל סיכון ערטילאי, הנובע מעצם מגוריו באזור שבו מתבצעת באופן כללי פעילות "מסוכנת" – בלא בדיקה ספציפית האם המבקש קשור בדרך כלשהי לפעילות מסוכנת שכזו או למעורבים בה.**

63. ודוק: כל סעיף 3ד עוסק בבדיקה של מבקש ספציפי ומפרט מהם המקרים בהם תסורב בקשתו הפרטנית להיתר שהייה או רישיון ישיבה, מטעמים ביטחוניים. לראיה, לשונו הפרטנית של הסעיף, אשר דן ב"תושב האזור" ו"המבקש האחר".

#### **החלטת הממשלה 3598**

64. ביום 15.6.2008 נתקבלה החלטת הממשלה 3598. סעיף ג' של החלטת הממשלה קובע, כי:

**בהתאם לסעיף 3 לחוק**, ועל בסיס חוות דעת גורמי הביטחון המוסמכים, (מחליטה הממשלה) לקבוע כי רצועת עזה הינה אזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל ואזרחיה, ולפיכך **מנחה הממשלה את שר הפנים או מי שהסמיך לכך שלא לאשר מתן רישיונות לישיבה בישראל או היתרים לשהייה בישראל לפי סעיפים 3 ו-3א(2) לחוק**, למי שרשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה, וכן למי שמתגורר ברצועת עזה אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה.

מובהר בזאת כי סעיף זה יחול מכאן ולהבא ואינו חל בכל מקרה על מי שבקשתו הראשונית כבר אושרה.

(ההדגשות הוספו – נ.ד.).

החלטת הממשלה, כפי שפורסמה באתר משרד ראש הממשלה, מצ"ב ומסומנת ע/13.

65. עיינו הרואות, החלטת הממשלה מתייחסת לשני מקרים: מתן היתר שהייה לבן/בת זוג של ישראלית (סעיף 3 להוראת השעה), ומתן מעמד לקטינים מעל גיל 14, להם הורה משמורן השוהה כדין בישראל (סעיף 3א(2) להוראת השעה). היא לא מתייחסת לשאר המקרים, המפורטים בסעיף 3ד, בהם עורכים בדיקה ביטחונית (מעמד מטעמים הומניטאריים, רישיון לצרכים זמניים).

66. בהודעת מזכיר הממשלה אשר פורסמה בתום הישיבה הוסבר, כי הרציונאל שביסוד ההחלטה הוא הקושי בקיום אבחון פרטני ביטחוני לצורך בחינת בקשות לכניסה לישראל מרצועת עזה. עוד נמסר כי עמדת גורמי הביטחון היא כי יש לראות את רצועת עזה כיחידה טריטוריאלית אחת.

הודעת מזכיר הממשלה מיום 15.6.2008 מצ"ב ומסומנת ע/14.

67. הנה כי כן, החלטת הממשלה קובעת מדיניות מגבילה ומרחיקת לכת. ההחלטה מתבססת על חוות דעת גורמי הביטחון לא רק לצורך קביעה באשר לפעילות המתבצעת ברצועת עזה, אלא גם לצורך קביעה באשר לסוג האבחון הביטחוני שיש לערוך למבקשי כניסה לישראל מהרצועה. ההחלטה מסתמכת על עמדת גורמי הביטחון, כי על סוג האבחון להיות גורף ולא פרטני.

68. מאז 15.6.2008, חודשה החלטת הממשלה חמש פעמים: החלטה מס' 600 מיום 19.7.2009, החלטה מס' 2097 מיום 18.7.2010, החלטה מס' 2734 מיום 16.1.2011, החלטה מס' 4155 מיום 22.1.2012 והחלטה מס' 31 מיום 14.4.2013.

### **הטיעון המשפטי**

69. להלן ייטען, כי החלטת הממשלה חורגת מהסעיף המסמיך בהוראת השעה וקובעת מדיניות בלתי חוקתית בהיעדר סמכות. המדיניות הנקבעת בהחלטת הממשלה הינה גורפת, ועומדת בניגוד למנגנון החריגים, אשר אושר בפסק הדין בעניין גלאון. ובעיקר – המדובר במדיניות אשר פוגעת פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכויות יסוד ובפרט – בזכות לחיי משפחה.

להלן נפרט את הדברים.

### חריגת החלטת הממשלה מסעיף 33 לחוק

70. החלטת הממשלה פותחת בקביעה, כי היא ניתנה "**בהתאם** לסעיף 33 לחוק". ואולם, במובנים משמעותיים, החלטת הממשלה מרחיקת לכת הרבה יותר מהסמכות שמעניק סעיף 33, באופן אשר הופך אותה לא רק לבלתי סבירה ובלתי מידתית, אלא גם לחורגת מן הסמכות שבדין. נפרט.

#### א. מבדיקה פרטנית לקביעה גורפת

71. סעיף 33 מאפשר לשר הפנים, כזכור, לקבוע מסוכנות של **אדם ספציפי** בהסתמך על בדיקות שונות. במקרה בו **באזור מגוריו או מדינת מושבו** של אדם מתבצעת, על פי חוות דעת גורמי הביטחון, פעילות העלולה לסכן את ביטחון המדינה, **רשאי** שר הפנים לקבוע את מסוכנותו של **אותו אדם ספציפי**.

72. הנה כי כן, **כל סעיף 33 עוסק במסוכנות של אדם ספציפי**; הסיפא של הסעיף מתייחס לסוג אפשרי של חוות דעת, שניתן להסתמך עליה במסגרת השיקולים לקביעת מסוכנותו של אותו אדם מסוים.

73. ואילו החלטת הממשלה קובעת כלל מוחלט, של מסוכנות **כללית** של **כל אדם** אשר רשום כתושב עזה או מתגורר ברצועה. על פי קביעה גורפת זו, נקבעה מדיניות כללית וכוללנית לפיה שר הפנים – השר המוסמך על פי הוראת השעה – לא ייתן היתרי שהייה או אשרות ישיבה לתושבי עזה.

#### ב. הנחיה כללית במקום בו הוקנה שיקול דעת

74. בהמשך לקביעה הכללית של החלטת הממשלה, לפיה כל "תושב עזה" הינו מסוכן, אוסרת ההחלטה על שר הפנים להפעיל שיקול דעת כלשהו, בהנחייתה שלא לאשר בקשות להיתר שהייה או אשרת ישיבה של "תושבי עזה".

75. נזכיר, כי סעיף 33 להוראת השעה קובע, כי **אחת הדרכים** לקביעת סיכון **פרטני** העולה ממבקש היתר או מעמד, היא הסתמכות על חוות דעת גורמי הביטחון, באשר למדינת מושבו או אזור מגוריו של אדם. בסופו של יום, בעל הסמכות היחיד לבחון זאת ולהחליט האם ובאיזו מידה להסתמך על חוות דעת כזו הוא שר הפנים, ועל פי לשון הוראת השעה, על ההחלטה להתייחס לאדם ספציפי.

76. ואילו החלטת הממשלה **אוסרת** על הפעלת שיקול הדעת הפרטני, כאשר מדובר במבקש "תושב עזה".

#### ג. מ"מדינת מושבו או אזור מגוריו" ל"רשום או מתגורר"

77. הוראת השעה מתייחסת, כאמור, לאפשרות לקבוע כי אדם הינו "מסוכן", בשל פעילות המתקיימת ב"מדינת מושבו" או "אזור מגוריו".

78. כפי שפורט לעיל, האפשרות לקבוע סיכון ביטחוני על סמך מקום מושבו או מגוריו של אדם, הוספה בתיקון להוראת השעה משנת 2007. התיקון, אשר התקבל במליאת הכנסת ביום 21.3.2007, קיבל את הצעת הממשלה בעניין והיא, כי הסיכון ה"גיאוגרפי" **ייקבע על פי מדינת מושבו או אזור מגוריו של המבקש**.

79. ואילו החלטת הממשלה מרחיבה באופן משמעותי את הסיכון הגיאוגרפי, כך שהיא הופכת אותו אף ל"סיכון מרשמי": על פי החלטת הממשלה, סיכון "גיאוגרפי" יכול לנבוע אף מאדם אשר כתובתו הרשומה במרשם האוכלוסין הינה בעזה, אף אם אינו מתגורר בה כלל, אם לא התגורר בה משך זמן רב, או אף אם כף רגלו מעולם לא דרכה בה.

80. כך קרה במקרה של העותר 2, שלא התגורר כלל בעזה עת שנכנסו לתוקף הוראת השעה ולאחר מכן החלטת הממשלה. כל חטאו היה בכך, שכתובתו הרשומה בעזה, ועל כן נקרע מעל משפחתו ללא יכולת לשוב אליה.

#### מדיניות בלתי חוקתית אשר נקבעה בהיעדר סמכות

81. החריגה שחורגת החלטת הממשלה מהסמכות הקבועה בסעיף 33 בולטת לעין. סעיף 33 נועד ליצור מערכת איזונים עדינה בין זכויות יסוד לאינטרס הציבורי. החלטת הממשלה מנפצת איזון זה, כאשר היא נותנת מקום אך ורק לשיקול ה"ביטחוני", באופן גורף, ללא בדיקה פרטנית וללא הפעלת שיקול דעת כלשהו.

82. כפי שיוסבר מיד, מדובר בהחלטה אשר נתקבלה בהיעדר סמכות, שפוגעת אנושות ובאופן בלתי מידתי בזכויות יסוד, ובראשן הזכות לחיי משפחה.

#### א. ביטול מערכת האיזונים: היעדר סבירות ואי עמידה בתנאי המידתיות

83. כזכור, בפסק הדין שניתן ביום 11.1.2012, דחה בית המשפט העליון את העתירות אשר הוגשו נגד הוראת השעה. השופטים כולם הכירו בקיומה של זכות חוקתית לחיי משפחה, הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם, אולם, נקבע כי גם אם ישנה פגיעה בזכויות חוקתיות, ובהן הזכות לשוויון, הרי שזו פגיעה העומדת בתנאי פיסקת ההגבלה. בפרט, התייחסו שופטים משופטי הרוב לחשיבות של תיקון הוראת השעה, כך שכבר לא מתקיים איסור גורף על איחוד משפחות:

עמדתי על כך שהפגיעה בזכות החוקתית של קבוצת בן הזוג הישראלי היא קשה. האיסור הגורף המוטל על קבוצה זו להשתקע בארץ עם בן הזוג הזר תושב האזור – קבוצה שמבחינה מעשית כוללת את ערביי ישראל בלבד – מביא לתוצאה פוגענית בראייה החוקתית. **בבואנו לבחון את עוצמת הפגיעה יש לתת את הדעת לחריגים בחוק המתוקן**. סבורני כי חריג אחד הינו משמעותי בשל אופיו. האיסור הגורף אינו בתוקף "לגבי תושב אזור שגילו מעל 35 שנים" ו"לגבי תושבת אזור שגילה מעל 25 שנים" – לשם מניעת הפרדתם מבן זוגם השוהה כדין בישראל (סעיף 3 לחוק המתוקן). **לדעתי צמצום האיסור הגורף באופן המתואר הינו צעד ממשי לכיוון צמצום הפגיעה**.

(פס"ד גלאון, סעיף 5 לפסק דינו של כב' השופט הנדל. ההדגשות הוספו, נ.ד.).

84. הנה כי כן, יישום הוראות החוק כפוף לעריכת איזון בין זכויות יסוד לבין האינטרס הציבורי, כדי שהקביעה כי החוק עומד בתנאי פיסקת ההגבלה תעמוד בתוקף:

...שומה עלינו לפרש את חוק הוראת השעה, וליישם את הוראותיו בדרך שתיתן ביטוי ראוי להתנגשות שבין הזכות למשפחה הנתונה לכל אזרח ותושב ישראל, לבין שיקולי ביטחון של המדינה, תוך **שקלול חוקתי ראוי בין זכות יסוד של האדם, בעלת מעמד-על במידרג זכויות האדם, לבין האינטרס הציבורי הנוגד**. הפרשנות והיישום של הוראות החוק הנדון ניוזנים מן החובה החוקתית להגן על הזכות למשפחה כזכות-על בהיקף שהחוק מאפשר, **תוך מתן מענה ראוי ומידתי לאינטרס הביטחון ככל שהמציאות מחייבת, ובמידה ההכרחית בלבד**. האיזון הראוי בין זכות היסוד של האדם לבין ערך הביטחון נדרש לא רק לצורך בחינת חוקתיות חוק הוראת השעה. הוא נדרש באותה מידה גם לצורך פרשנותו של החוק ויישום הוראותיו, הלכה למעשה.

(בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים, פסקה 13 לפסק דינה של כב' השופטת בדימי' פרוקצ'יה; להלן: עניין דקה; ההדגשות הוספו, נ.ד.).

85. באשר להפעלת מערכת האיזונים במקרה של צורך ביטחוני, נאמר כי:

כבר נאמר לא אחת, כי טענת "צורך ביטחוני" מפי המדינה אינה נוסחת קסם, שעצם העלאתה מצדיקה את קבלתה ללא הרהור. אף שבית המשפט נוקט, דרך כלל, ריסון בבחינת שיקולי הביטחון של הרשות, מקום שמדיניות הביטחון פוגעת בזכויות אדם, יש לבחון לעומק את סבירות שיקוליה של הרשות, ואת מידתיות האמצעים שהיא מבקשת להפעיל (בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 352, 375-376 (2002) (להלן: פרשת עג'ורי); בג"צ 9070/00 חה"כ ליבנת נ' חה"כ רובינשטיין, פ"ד נה(4) 800, 810 (2001)). במסגרת בחינה זו, נדרשת הערכה של עוצמת הסיכון הביטחוני, על-פי אמות מידה הסתברותיות, אל מול עוצמת זכות הפרט הנפגעת הניצבת כנגדה, ומידתיות הפגיעה בזכות לצורך הגשמת האינטרס הציבורי. השיקול הביטחוני נבחן בהליך דו שלבי: תחילה נבחנת אמינות הטענה בדבר צרכי הביטחון; לאחריה, נבחנת עוצמת השיקול הביטחוני מבחינת מידת ההסתברות כי הסיכון הביטחוני אכן יתממש (פרשת עדאלה, פסקה 11 לפסק דיני).

פעולת האיזון החוקתי נעשית תחילה במישור העקרוני, ולאחריו היא מחייבת בחינה פרטנית-אינדיבידואלית בכל מקרה ומקרה. פגיעה גורפת של הרשות בפרטים המבקשים לממש את זכויות היסוד הנתונות להם, בלא עריכת איזון חוקתי אינדיבידואלי, הנשען על נתונים פרטניים המיוחדים למקרה, סותרת עקרונות חוקתיים, המחייבים איזון עקרוני ופרטני כאחד. בפגיעה גורפת כאמור יש משום טשטוש החובה המוטלת על הרשות המינהלית לתת משקל יחסי לכל הנתונים הרלבנטיים להחלטה המינהלית, ולהגיע להכרעה המתבססת על שיווי משקל ראוי ביניהם. היא עלולה לייחס לאינטרס אחד משקל מכריע בלא הצדקה, תוך קיפוח בלתי-

מידתי של זכות אדם מרכזית בחשיבותה. היא עלולה להביא לפגיעה קשה בערכי החיים והתרבות, ולפגוע בעקרונות המשטר הדמוקרטי, המושתת על הגנה על זכויות אדם.

(עניין דקה, פסקאות 17-18. ההדגשות הוספו, נ.ד.).

86. הנה כי כן, בדיקת ה"סיכון הביטחוני" צריכה להיות בדיקה אינדיבידואלית, פרטנית. ואילו החלטת הממשלה מבטלת את מבחן האיזון החוקתי האינדיבידואלי, וקובעת קריטריון לתיוג גורף של "סיכון ביטחוני".

87. עוצמת הפגיעה של החלטת הממשלה בזכויות אדם והתעלמותה מהאיזונים אשר שומא על המדינה לבצע בולטת במיוחד לאור סוג הסיכון הביטחוני הנדון כאן. נזכיר, כי מדובר בסיכון ביטחוני מהסוג העקיף וה"חלש" ביותר: הוא אינו נובע מהמבקש עצמו, ואף לא מקרוב משפחה ספציפי. הוא מבוסס אך ורק על מקום מגוריו של אדם או אף חמור מכך – מקום רישום כתובתו בלבד. אם במקרה של הסיכונים ה"עוצמתיים" יותר נדרשת בדיקה פרטנית, ודאי וודאי שנדרשת בדיקה פרטנית במקרה של חשש ביטחוני עמום, כללי וחלש כמו זה המקושר למקום מגוריו או אף מקום רישומו של אדם בלבד.

88. יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט בעניין דקה:

**יש לבחון את מידת ההסתברות במקרה הקונקרטי כי מבקש ההיתר עצמו יהיה נתון להשפעה וללחץ של בני המשפחה, ויהפוך בכך מקור סיכון ביטחוני ישיר.** בענין זה, יש להיעזר במידת האפשר גם בנתונים אובייקטיביים, כגון, נתון בדבר שהות ארוכת שנים של בן זוג זר בישראל, אשר חרף קשרי משפחה לגורמי טרור, לא עלה נגדו כל מידע שהוא, ולו בקצה חוט, על מעורבות כלשהי מצדו בפעילות נגד ישראל. נתון כזה עשוי להפריך, ולו לכאורה, חזקה של מניעה ביטחונית עקיפה.

(שם, פסקה 41).

89. באם דברים אלו רלוונטיים לעניין סיכון הקשור לאדם קונקרטי, הם מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בסיכון הקשור לשהות באזור גיאוגרפי בלבד.

90. יש להדגיש, כי בניגוד לנטען בהודעת מזכיר הממשלה, בדיקות פרטניות של תושבי עזה דווקא כן נערכות באופן שגרתי על ידי גורמי הביטחון, מבלי שאלו יטענו כי אין באפשרותם לעשות כן. כך, למשל, במקרה של אנשים מעזה המקבלים היתר או רישיון מטעמים הומניטאריים או למטרות זמניות – שהרי, החלטת הממשלה אינה חלה במקרים כאלו. כך למשל, בעניינו של מי שבקשתו לאיחוד משפחות כבר התנהלה קודם להחלטת הממשלה. כך, למשל, בעניינם של אנשים המקבלים היתרי כניסה לישראל לצרכי תפילה בחגים (בעיקר תושבי עזה הנוצרים). כך למשל, גם בנוגע לביקורי משפחות בין ישראלים לעזתים.

91. ההחלטה להגדיר את כל תושבי עזה כ"מסוכנים" באופן עיוור וגורף, תוך התעלמות מוחלטת מנסיבות משתנות, פוגעת באנשים אשר באופן מובהק אינם מסוכנים אך ייכנסו ל"קטלוג" המסוכנות באופן אוטומטי. כך, למשל, אנשי פת"ח המתנגדים ואף נרדפים על

ידי שלטון החמא"ס; אנשים שמקבלים היתרי כניסה לישראל לצרכי עבודה; אנשים שמתגוררים ברצועה זמן קצר, ועוד: **לכולם לא תינתן ההזדמנות לסתור את קטלוגם כמסוכנים, ותישלל מהם באופן אוטומטי הזכות לחיות עם בני משפחתם בישראל.**

92. כידוע, בבדיקה חוקתית של מדיניות כגון זו המובאת בהחלטת הממשלה, יש לבדוק האם אותה מדיניות עומדת בתנאי המידתיות, אשר מתחלק לשלושה מבחני משנה: מבחן הקשר הרציונאלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות במובן הצר (בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פ"ד סא(1) 619 (2006)). במקרה דנן, בולטת הימצאותו של אמצעי שפגיעתו פחותה, והוא: עריכת בדיקות פרטניות בעניינם של המבקשים איחוד משפחות שהם תושבי רצועת עזה, בדיוק כפי שנעשה בעניינם של מבקשי איחוד משפחות מהגדה המערבית, אשר עומדים בחריגי הגיל המפורטים בהוראת השעה.

93. **בית המשפט דחה את העתירות כנגד הוראת השעה אך ורק לאור מערכת האיזונים המעוגנת בה.** מדיניות ה"סיכון הגורף", האוסרת על בחינה פרטנית כלשהי, כפי שזו באה לידי ביטוי בהחלטת הממשלה, מפירה איזון עדין זה באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הוראת השעה, ועל כן אינה עומדת בתנאי המידתיות. מדיניות זו פוגעת קשות ובאופן בלתי מידתי בזכויות יסוד; דינה להתבטל, לאור אי-חוקתיותה.

94. יפים לסיכום עניין זה מילותיו של השופט (בדימי) אדמונד לוי, בפסק דינו בעניין **גלאון**:

צא ולמד, **בקשות שעברו את מכשוליו השונים של החוק והגיעו עד הלום, עלולות למצוא עצמן חשופות לפסילה גורפת, שבינה ובין מידע פרטני אין דבר וחצי דבר, וזאת, למשל, אך משום שבן הזוג הפלסטיני מתגורר באזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.** עד כמה רחבים הם גדריה של אותה הגבלה, יעיד, בין השאר, האמור בהחלטות הממשלה בהן הוארך תוקפו של החוק. בסעיף השלישי להחלטה מיום 15.6.08 ולהחלטה מיום 19.7.09 נקבע, כי ההגבלה מקיפה את כל רצועת עזה, מקצה ועד קצה, וזאת על-פי חוות דעתם של גורמי הביטחון. ניתן לתהות עד כמה רחוק היום בו יוכרזו כך אף כל שטחי יהודה ושומרון, שבשנת 2009, למשל, היו מקור למאות פיגועים נגד ישראלים (שירות הביטחון הכללי סיכום שנתי 2009: נתונים ומגמות בטרור הפלסטיני 10 (2009); פרוטוקול הדיון מיום ט"ז באדר התש"ע (2.3.10), בעמ' 4, ש' 30)). ומה פירוש הביטוי מתבצעת פעילות? האם מצומצם הוא לנעשה במועד בו הוגשה הבקשה למעמד בישראל או שמא הוא חובק התארגנויות של ימים עברו? **וכלום אין מקום לאפשר לו, לבן הזוג הזר, ואפילו הרימה המדינה את הנטל הראשוני המוטל עליה, להראות כי נשקף ממנו סיכון ביטחוני, להוכיח מצדו כי חרף מעורבותם בטרור של קרובי משפחתו או של שכניו לאזור המגורים, לו עצמו אין נגיעה לפעילות מעין זו? בחינת התאמתו של אדם לפרופיל סיכון כזה או אחר, אשוב ואומר, איננה בדיקה פרטנית, ודבר זה ראוי כי יוטעם היטב.**

(שם, ההדגשות הוספו, נ.ד.).

ב. כבילת שיקול הדעת

95. כאמור, החלטת הממשלה נשענת על סעיף 3ד של הוראת השעה. על פי הוראת השעה, סמכותו של שר הפנים לסרב לבקשה לאיחוד משפחות בשל מניעה ביטחונית הינה **סמכות שבשיקול הדעת**. כך עולה בבירור מלשון החוק, לפיה "**רשא** שר הפנים לקבוע...". כלומר, על שר הפנים לבחון **כל מקרה לגופו** (ועל כן הלשון "תושב האזור או המבקש האחר" – לשון שאינה גורפת ומתייחסת לבקשה פרטנית לרישיון ישיבה). **לגבי כל מקרה, על שר הפנים להחליט אם תושב האזור עלול להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל**. החלטה זו תתבסס, בין היתר, על חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים.

96. זאת ועוד. בעניין **דקה** נקבע במפורש, כי למרות שהחוק קובע קטגורית כי "לא יינתן היתר" במקרה של מניעה ביטחונית, "**השימוש בסמכות זו כרוך בשיקול דעת**, אך באיזון השיקולים ניתן משקל רב במיוחד להיבט הביטחוני." (שם, ס' 31).

97. ברי, כי קביעה זו יפה גם לעניין מניעה ביטחונית הנובעת ממדינת מושבו או אזור מגוריו של תושב אזור, שכן מדובר בסיכון "עקיף" לגמרי, שלא נובע ממסוכנות האדם עצמו, אלא ממקום בו הוא מתגורר. קרי, במקרה של סיכון הנובע מ"מקום מושב", כרוך השימוש בסמכות בהפעלת שיקול דעת על אחת כמה וכמה.

98. לכן, גם במקרה של תושב עזה, הנופל לכאורה בגדרה של החלטת הממשלה 3598, אין איסור גורף להסדיר את מעמדו בישראל. כפי שנקבע בעניין **דקה**, יש לאזן בין הסיכון הנשקף ממנו ביחס למידת הפגיעה בזכות למשפחה, הטמונה בסירוב למתן ההיתר.

99. ברי כי יהא זה אבסורד גמור אם כאשר מדובר באדם שאחיו הם פעילי חמא"ס, תיערך בחינה דקדקנית, ייבדקו נסיבות המקרה ויופעל שיקול דעת, בעוד כאשר מדובר באדם אשר התגורר ברצועת עזה חודש ימים בקשתו תסורב על הסף, בלא בחינה כלשהי.

100. ואילו החלטת הממשלה עושה בדיוק זאת: קובעת כלל גורף, ומחילה מדיניות באופן עיוור, על כלל המקרים המובאים בפני שר הפנים, ובכך, למעשה, כובלת מראש את שיקול דעתו.

101. יש להדגיש כי החלטה זו מנוגדת אף לכלל היסוד במשפט המינהלי, לפיו קביעת מדיניות והנחיות פנימיות אינה פוטרת את הרשות מחובתה לשיקול כל מקרה לגופו, על פי נסיבותיו (בג"ץ 327/52 **זמיר נ' המפקח על התעבורה**, פ"ד ז 358; בג"ץ 92/83 **נגר נ' מנהלת ענף ביטוח נפגעי עבודה ופעולות איבה** פ"ד לט (1) 341; בג"ץ 2709/91 **חפציבה חברה לבניין עבודות ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מה (4) 428; בג"ץ 10/79 **הרמן נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד לג (3) 60; זמיר, 701-703, 784-786).

102. חמור מכך: שיקול הדעת במקרה זה, נכבל לאורה של המלצת השב"כ (ר' הודעת מזכיר הממשלה, לעיל). כידוע, **השב"כ הינו גורם מייעץ בלבד**, ועל הרשות המינהלית להפעיל שיקול דעתה באופן עצמאי ופרטני (ר' עת"ם 10-05-1196 **נאצר נ' מדינת ישראל**).

ג. הרחבת "הקשר הגיאוגרפי": פגיעה בהפרדת הרשויות

103. כמתואר לעיל, החלטת הממשלה מנחה את שר הפנים "שלא לאשר מתן רישיונות לישיבה בישראל או היתרים לשהייה בישראל לפי סעיפים 3 ו-3א (2) לחוק, **למי שרשום במרשם**



**האוכלוסין כתושב רצועת עזה**, וכן למי שמתגורר ברצועת עזה אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה" (ההדגשה הוספה, נ.ד.). **דהיינו, די בכך שכתובתו הרשומה של אדם הינה ברצועת עזה, כדי לסרב לבקשת בן זוגו לאיחוד משפחות עימו.**

104. מדובר במדיניות העומדת בסתירה להוראות סעיף 3ד עצמו, הקובע כי ניתן לסרב לבקשה לאיחוד משפחות רק "על סמך חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה **במדינת מושבו או באזור מגוריו של תושב האזור או המבקש האחר מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה**" (ההדגשה הוספה – נ.ד.).

105. בסעיף 3ד סיפא בחר המחוקק במודע שלא לקבוע את **כתובתו הרשומה** (שמהווה, כידוע, ראייה לכאורה בלבד ולא יותר מכך) של "תושב האזור או המבקש האחר" כבסיס לשלילת האפשרות ליתן לו היתר שהייה בישראל. תחת זאת, בחר המחוקק בביטויים "**מדינת מושבו**" ו"**אזור מגוריו**" של אותו "תושב אזור או המבקש האחר". ברי כי מדובר בקריטריונים, שבבסיסם עומדים מבחנים עובדתיים מצומצמים, המתייחסים לשאלה אחת בלבד: **היכן מתגורר בפועל אותו "תושב אזור או המבקש האחר"?**

**לאור זאת, החלת הסיפא של הסעיף על בסיס רישום בלבד מהווה חריגה ברורה מהוראות החוק המסמיך.**

106. לעניין זה יוזכר, כי בתי המשפט קבעו זה מכבר כי אין בעובדת הרישום בשטחים, כשלעצמה, כדי להעיד כי אדם אכן מקיים בשטחים **מרכז חיים**. כאשר אלו הקביעות באשר למונח "מרכז חיים", אזי ניתן לומר, מקל וחומר, שלא ניתן להתייחס למי שרק כתובתו הרשומה הינה בעזה, ואיננו מתגורר בה בפועל – כמי שעזה היא "אזור מגוריו".

107. עולה מהמקובץ, כי החלטת הממשלה מתעלמת מאמירתו הברורה של המחוקק (בחוק אשר נחקק על בסיס הצעת חוק ממשלתית!) ומרחיבה את ה"סיכון הגיאוגרפי" לאין שיעור. המדובר בפעולה חקיקתית מובהקת ובכך: פגיעה חמורה בהפרדת הרשויות.

#### ד. קביעת הסדר ראשוני ופגיעה בזכויות יסוד: חריגה מסמכות

כלל בסיסי של המשפט הציבורי בישראל קובע, כי מקום שפעולת שלטון מעוגנת בתקנה או בהוראת מינהל, מן הראוי הוא כי המדיניות הכללית ואמות-המידה העקרוניות המונחות ביסוד הפעולה יעוגנו בחקיקה ראשית שמכוחה הותקנה התקנה או נעשתה הוראת המינהל. בלשון "טכנית" יותר קובע הכלל הבסיסי, כי "הסדרים ראשוניים" הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים – צריכים להיקבע בחוק של הכנסת, ואילו התקנות או הוראות המינהל צריכות לקבוע אך "הסדרים משניים".

(בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481, פסקה 19 לפסק דינו של השופט ברק).

108. סעיף 3ד להוראת השעה קובע מדיניות כללית ואמות מידה עקרוניות, באשר להיקף ה"סירוב הביטחוני", הפעלת שיקול דעת פרטני והאנשים אליהם מתייחס הסיכון הגיאוגרפי. כלומר, הכנסת קבעה בעניין זה "הסדר ראשוני" ברור ומקיף. החלטת הממשלה

אינה מסתפקת בקביעת הסדרי משנה בדבר יישום הוראות סעיף 3ד, אלא **קובעת הסדרים ראשוניים משל עצמה, וחמור מכך: קובעת הסדרים ראשוניים המנוגדים ניגוד ברור להסדר שהתווה המחוקק.** הנה כי כן, ברי כי החלטת הממשלה קובעת הסדרים בחוסר סמכות.

109. יתרה מכך. החלטת הממשלה מטפלת בנושא מהותי וכבד משקל: הגשמת זכות היסוד לחיי משפחה, באמצעות הליכי איחוד משפחות של תושבי ישראל ואזרחיה עם בני זוגם וילדיהם. כיום, בעידן שלאחר עניין **עדאלה**, אין חולק עוד כי הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד חוקתית בישראל, הכלולה בזכות לכבוד האדם. קביעה זו קיבלה תוקף נוסף גם בפסק הדין בעניין **גלאון**.

110. מעמדה של הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית, משליך במישרין על האפשרות לפגוע בזכות זו. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית מביאה אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – רק בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק, ורק משיקולים כבדי משקל.

111. ואילו החלטת הממשלה פוגעת אנושות בזכות לחיי משפחה, וזאת, ללא הסמכה חוקית לעשות כן. היא סותמת את הגולל על איחוד משפחות עם תושבי עזה, חרף העובדה שהוראת השעה הותירה עניין זה לשיקול דעת שר הפנים; היא מרחיבה את הסיכון הגיאוגרפי לסיכון המבוסס על רישום, בניגוד לאמירתו הברורה של המחוקק; היא קובעת סיכון גורף תחת הדרישה לאבחון פרטני.

112. בנוסף לפגיעה הקשה בזכות לחיי משפחה, פוגעת החלטת הממשלה קשות בזכויותיהם של ילדים. ראשית, כידוע, החלטת הממשלה חלה ישירות בעניינם של קטינים מעל גיל 14. שנית, הפגיעה העצומה שיש להחלטה על משפחות, משפיעה, כמובן, גם על הילדים אשר משפחתם מופרדת ומפורקת לאור החלטת הממשלה.

113. כידוע, **הממשלה אינה מוסמכת להחליט על פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות, ועל כן, דין החלטתה – אשר פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות בהיעדר הסמכה לעשות כן – בטלות.** לעניין זה ר':

בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד(1) 80 ;

בג"ץ 2918/93 עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832 ;

בג"ץ 5128/94 נועם פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647.

114. יודגש, כי אף הסמכויות הכלליות של הממשלה, אין בכוחן להוות תחליף לדרישת ההסמכה החוקית:

אין לפגוע בחירות זו אלא בהוראת חוק המקיימת את הדרישות החוקתיות. סמכות מינהל כללית של הממשלה, אין בכוחה לקיים דרישה זו. אכן, כאשר ביקש המחוקק להעניק לשירות הביטחון הכללי סמכות הפוגעת בזכות אדם, הוא קבע לעניין זה הוראה מיוחדת.

(בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817).

115. ובכל מקרה, גם בקיומה של החלטת הממשלה, שר הפנים עדיין מחויב להפעיל את שיקול דעתו העצמאי וליתן החלטות פרטניות, כפי שמורה לו סעיף 3ד להוראת השעה. זאת, בשל מהות העניין, אשר הינו מימוש מערכת איזונים שבין הזכות לחיי משפחה, להגנה על ביטחון הציבור על ידי בחינה **פרטנית** של מבקש ההיתר או המעמד (לעניין זה ר' סעיף 10 להנחיית יועמ"ש 1.1001 **המעמד של החלטת הממשלה בעניין מסוים כלפי השר המוסמך באותו עניין**). החוק קבע מפורשות שעל שר הפנים להפעיל שיקול דעת פרטני; החלטת ממשלה לא יכולה "לבטל" חובתו זו של שר הפנים.

הנחיית היועמ"ש 1.1001 מצ"ב ומסומנת ע/15.

116. אם כן, החלטת הממשלה, אשר מרחיבה לאין שיעור את הוראות סעיף 3ד לחוק, מהווה לא רק הסדר ראשוני אלא גם הוראה אשר פוגעת בזכויות יסוד ללא הרשאה חוקית. לאור כל זאת, דינה בטלות.

### סיכומם של דברים

117. הוראת השעה, אשר הוכשרה בבית משפט נכבד זה, גזרה גזירה קשה ולעתים קרובות בלתי אפשרית על אלפי משפחות. ואולם, כפי שממחישים סיפוריהם של העותרים 1-12 בעתירה זו, אף שביב האור שעומד לצידם של ישראלים אשר בני זוגם מן הגדה המערבית, אינו קיים כאשר מדובר במשפחה בה אחד מבני הזוג הינו מרצועת עזה. במקרים כאלו, ממשלת ישראל החליטה, בצעד קיצוני ובלתי מידתי, לאסור על כל הליך של איחוד משפחות, גם אם בן הזוג העזתי עומד בחריגי הגיל.

118. החלטת הממשלה פוגעת בזוגות כאלו פגיעה קשה ביותר, בלתי מידתית, בלתי סבירה וגורפת. פגיעה זו חמורה שבעתיים כאשר מתברר, שהיא נעשתה בחוסר סמכות, בחריגה מהחוק המסמיך, ותוך פגיעה בהפרדת הרשויות.

119. **הנה כי כן, מכל הטעמים האמורים לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לצו על תנאי, להפכו למוחלט ולחייב את המשיבים בתשלום הוצאות משפט.**

120. עתירה זו נתמכת בתצהירה של העותרת 1, וכן תצהיריהם של העותרים 5, 7 ו-11, שנחתמו בפני עו"ד בעזה ונשלחו לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהירים אלו, ואת ייפוי הכוח שאף הם נשלחו בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותר לבין באי כוחו. תצהיריהם של העותרת 3 והעותר 9 נחתמו בישראל ונשלחו בפקס אף הם; העתק מקורי יוגש לבית המשפט במועד מאוחר יותר.

6 יוני, 2013