

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

בג"ץ 19/

בעניין:

1. עאשור, ת"ז
2. עאשור, ת"ז
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר –
ע"ר מס' 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או דניאל
שנהר (מ"ר 41065) ו/או תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או
נאסר עודה (מ"ר 68398) ו/או נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או
אהרון מילס קורמן (מ"ר 78484)

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. כנסת ישראל
2. שר הפנים

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 וליתן טעם:

1. מדוע לא יאפשרו לעותר 2, תושב השטחים הכבושים במקור, שגילו למעלה מ-55 שנים, וחי כדין בירושלים מכח הליך לאיחוד משפחות (להלן: גם **אחמ"ש**) בו הוא נוטל חלק מזה שנים רבות, להשלים את ההליך בו הוא מצוי כך שיינתן לו מעמד של תושב קבע בישראל, כפי שמתאפשר לבני זוג של תושבי ישראל ואזרחיה השוהים בישראל כדין ושאינם תושבי השטחים;
2. מדוע לא יאפשרו לכלל תושבי השטחים הכבושים במקור החיים בישראל כדין, נשים כגברים כאחד, שגילם עולה על 50 ו-55 בהתאמה, לקבל רישיונות לישיבת קבע בישראל, בנסיבות שבהן היו ניתנים להם רישיונות לישיבת קבע אלמלא מוצאם;
3. מדוע לא ייקבעו כי **חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה)**, תשס"ג-2003 (להלן: **הוראת השעה**) אינו חוקתי ולפיכך בטל ככל שהוא נוגע לעניינם של נשים וגברים תושבי השטחים החיים בישראל כדין שהגיעו לגילאי 50 ו-55 בהתאמה (להלן: **אוכלוסיית המבוגרים או קבוצת האוכלוסייה**);
4. לחלופין, מדוע לא ייקבע בהוראת השעה, לצד רף הגיל התחתון לכניסה להליכים לאיחוד משפחות, רף גיל עליון, שבהגיעם אליו, יתאפשר לתושבי השטחים החיים בישראל כדין, להשלים את ההליכים בהם הם נוטלים חלק עם בני משפחתם תושבי ישראל ואזרחיה, ולקבל רישיונות לישיבת קבע בישראל כאחד האדם.

פתח דבר

5. עתירה זו הינה אחת מסדרת עתירות, המוגשת לבית משפט נכבד זה, בעניינם של מי שמשתייכים לאוכלוסיית המבוגרים וחיים בישראל כדין מכח הליכים שונים בהם הם נוטלים חלק. על פי הנתונים שנמסרו על ידי גורמי הביטחון למשיבים ולעותרת 3 לאורך למעלה משנתיים וחצי עולה באופן עולה בבירור, כי מקבוצת אוכלוסייה זו לא נשקפת עוד כל סכנה ביטחונית.
6. לפיכך, ולאור תכליתה הביטחונית המוצהרת והבלעדית של הוראת השעה מחד, ואי המשך קיומה של מניעה בטחונית כלשהי מצד קבוצת האוכלוסייה שבנדון, מאידך, עמדת העותרים ברורה. עם הסרת החשש הבטחוני מקבוצת אוכלוסייה זו, הופכות הוראת השעה והפגיעה הקשה בהם, לבלתי מידתיות, בלתי סבירות ועל כן ללא חוקתיות. דא עקא, על אף פניות חוזרות ונשנות למשיבים לחדול לאלתר מהפגיעה המתמשכת והקשה בזכויות היסוד של המשפחות בקבוצת האוכלוסייה שבנדון, לא הטו המשיבים אוזן לעניין, הוראת השעה לא תוקנה בהתאם למציאות הביטחונית שהוצגה על ידי גורמי הביטחון ועולם כמנהגו נוהג. מכאן עתירה זו.
7. לסיכום פתח דבר זה ובטרם יעברו העותרים לעתירה גופא, הם יבקשו לשוב ולהדגיש, כי עמדתם העקרונית, כפי שהובאה בעתירות העותרת 3 בבג"ץ 10650/03 **אבו גווילה נ' שר הפנים** ובג"ץ 5030/07 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הפנים** הינה, כי חוק האזרחות והכניסה לישראל הינו חוק פוגעני, בלתי חוקתי ובלתי מידתי באשר הוא, ולפיכך דינו בטלות מעיקרא. נפנה עתה לדברים כסדרם.

הגשת העתירה לבית משפט נכבד זה

על פי רוב, בחינה חוקתית זו נעשית על ידי בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, כערכאה ראשונה ואחרונה. שנית, ברוב המקרים של המקרים משמעות החלטה על אי-חוקתיות חוק כלשהו היא כי החוק (או סעיפים מסוימים בו) בטל מעיקרו. **ושלישית, בישראל אומנם כל בית משפט מוסמך להכריז על בטלותו של חוק הסותר את חוקי היסוד** (הגם שכוחה של הכרזה כזו, אם ניתנה על ידי כל בית משפט למעט בית המשפט העליון, יהיה תקף רק בין בעלי הדין), **אך בפועל הנוהג הוא שרק בית המשפט העליון יעשה כן** (ראו, אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה-צנטרליסטית (מבוזרת)" משפט וממשל ח 13 (תשס"ה); להלן – ברק, ביקורת שיפוטית).

(בג"ץ 2311/11 **אורי סבח נ' הכנסת**, סעי' 20 לפסק דינו של כב' הנשיא גרוניס) (פורסם בנבו) (ההדגשות הוספו, ב.א.).

8. עתירה זו עניינה בחוקתיות הוראת השעה, אשר במתכונתה הנוכחית והרחבה פוגעת, לעמדת העותרים, באוכלוסיית המבוגרים, בניגוד לדין ולצדק וללא שהפגיעה בהם תשרת את התכלית הביטחונית המוצהרת העומדת בבסיסה. עניינה של העתירה אם כן, מצוי בסמכותו המבוהקת של בית משפט נכבד זה והוא האכסניה הראויה לדון בטענות המועלות בה.

התשתית העובדתית

הצדדים

9. **העותרת 1** (להלן: **העותרת**) הינה ילידת שנת 1963 ותושבת קבע המשתייכת לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית.
10. **העותר 2** (להלן: **העותר** וביחד עם העותרת: **העותרים**) הוא תושב השטחים במקור ויליד שנת 1962, אשר נישא לעותרת בשנת 1986 וכיום גילו מעל 55. העותרים נמצאים בהליך לאיחוד משפחות מאז שבקשתם אושרה בשנת 2000. שהייתו של העותר בישראל מוסדרת באמצעות רישיונות לישיבת ארעי מסוג א/5 המוארכים עבורו מידי שנה בשנה.
11. **העותרת 3** (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**), היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים. בין היתר מטפלת העותרת 3 בהליכים לאיחוד משפחות של פלסטינים בישראל עם בני משפחתם מהשטחים הכבושים.
12. **המשיבים 1-2** לקחו ולוקחים חלק, ביחד ולחוד, בתהליכי החקיקה של חידוש הוראת השעה, ונציגיהם יושבים בוועדה המשותפת ומודעים לנתונים שהציגו גורמי הביטחון ולטענות העותרת 3 העומדים בבסיס עתירה זו.
13. לאור התעלמות המשיבים מהערות בית המשפט ומפניות העותרים, פונים האחרונים לבית משפט נכבד זה לקבלת הסעד. נפנה עתה לרקע העובדתי של העתירה ולמיצוי ההליכים שנעשה בעניין.

סיפורם של העותרים בקליפת אגוז ומיצוי הליכים

14. העותר נולד ביריחו שבגדה המערבית בשנת 1962 והוא כיום בן 57 שנים. בשנת 1986 נישא העותר לתושבת קבע המשתייכת לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית, היא העותרת בעתירה דכאן. העותרים מתגוררים בשכונת סילוואן שבירושלים המזרחית.
15. בשנת 1994 הגישו העותרים למשיב 2 בקשה לאיחוד משפחות. הבקשה שקיבלה את המספר 1172/94, אושרה על ידי המשיב 2 לאחר מאבק משפטי, בשנת 2000. מני אז ועד עצם היום הזה שוהה העותר בירושלים ראשית באמצעות היתרי שהייה ובשלב מאוחר יותר באמצעות רישיונות לישיבת ארעי המוארכים עבורו מעת לעת.
16. העתק אימות ישראלי של חוזה הנישואין של העותרים מצ"ב ומסומן ע/1.
- העתק מסמך המאשר את שנת הגשת הבקשה של העותרים ומספרה, מצ"ב ומסומן ע/2.
17. ברבות השנים נולדו לעותרים 6 ילדים. כל ילדי העותרים בגירים והם תושבי קבע בישראל.

18. העתקים מהפניות המשיב 2 לקבלת היתרי שהייה ומת"ז שניתנו לעותר בשלב מאוחר יותר במשך השנים, מצ"ב בסדר כרונולוגי ומסומנים ע/3.
19. דא עקא, על אף גילו המתקדם של העותר ועל אף שעניינו מטופל על ידי המשיב 2 במשך חצי יובל שנים בקירוב בהן נבחן עניינו מעת לעת לפני ולפנים, הרי שהוראת השעה במתכונתה הנוכחית והפוגענית, מונעת ממנו לשדרג את מעמדו למעמד של תושב קבע ולסיים את הליך האחמ"ש בו הוא נוטל חלק עם בת זוגו שנים כה רבות. מכאן עתירה זו.
20. להלן יפרטו העותרים את הרקע לחקיקת הוראת השעה ויעמדו על התמורות המשפטיות המרכזיות שחלו סביבה.

הוראת השעה – רקע

21. בחודש מאי 2002 החליטה ממשלת ישראל להקפיא לחלוטין את ההליכים לאיחוד משפחות (להלן: **אחמ"ש**), שבין תושבי ישראל לבני זוגם תושבי השטחים. בעקבות החלטה זו, סירב משרד הפנים לקבל בקשות חדשות לאחמ"ש והפסיק את הטיפול בבקשות לאחמ"ש שכבר הוגשו וטרם הוחלט בהן. בנוסף, עצר משרד הפנים את ההליכים לשדרוג מעמדם של תושבי השטחים שבקשתם לאחמ"ש כבר אושרה.
22. באוגוסט 2003 עוגנה הקפאת ההליכים לאחמ"ש עם בני משפחה תושבי השטחים בחוק האזרחות והכניסה לישראל, בהוראת השעה שצוינה לעיל ומוארכת בצו מדי תקופה, בפעם האחרונה, ה-19 במספר, כאמור ביום 26.6.2018.
23. הוראת השעה קובעת בסעיף 2, כי שר הפנים לא ייתן לתושב האזור רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל וכן כי מפקד האזור לא ייתן לתושב האזור היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון באזור.
24. עם זאת, בחוק נקבעו חריגים לאיסור הנ"ל, המאפשרים בין השאר ליתן מעמד נמוך יותר ממעמד קבוע בו מחזיקים תושבי קבע ואזרחים, לנשים וגברים פלסטינים תושבי השטחים שנישאו לישראלים ואשר הגיעו לגיל 25 ו-35 בהתאמה, כמו גם למי שמתקיימים בעניינו נסיבות הומניטאריות מוצדקות.
25. כך, נוצרה מציאות בה פלסטינים רבים, שבקשותיהם לאחמ"ש עם בני משפחתם, תושבי ישראל ואזרחיה, אושרו וחלק לא מבוטל מהם אף מתגוררים בירושלים וביתר חלקי המדינה, מקיימים בה מרכז חיים בכל מובן אפשרי, מתפרנסים בה, מולידים בה ילדים ואף מתבגרים. ברם, לדאבון לב לאותם תושבי השטחים, המחזיקים בהיתרי שהייה או ברישיונות לישיבת ארעי, המתחדשים מידי שנה, אין כל אפשרות לשדרג את מעמדם ולחיות בביתם בביטחון מלא כפי שמתאפשר לבני זוג זרים של תושבי ישראל ואזרחיה. מציאות זו היא מנת חלקם של רבים, החיים כולם במצב של חוסר יציבות בסיסי וחוסר ביטחון אישי, משפחתי וסוציאלי. וכך, על אף שהם מתגוררים בישראל כדין במשך שנים על גבי שנים, מצבם הינו כעין "נוכחים נפקדים".
26. יודגש, כי מעבר לעניינם הפרטני של העותרים דכאן, ואחרים במצבם, הנוטלים חלק בהליכים לאחמש, העתירה דכאן אף עוסקת בתושבי השטחים החיים בתחומי המדינה ומחזיקים בהיתרי שהייה או רישיונות ישיבה ארעיים מכח סעי' 1א3 להוראת השעה וזאת

משני טעמים. ראשית, רבים מהם שהו בישראל אף קודם להעברתם למתווה הומניטארי, במסגרת הליכים לאיחוד משפחות בהם נטלו חלק עם בני זוגם בטרם שהתאלמנו, התגרשו, או חוו אלימות מצד בני זוגם הישראלים. בנוסף, ובניגוד לזרים בעלי נסיבות הומניטאריות שאינם תושבי השטחים, עניינם של בעלי נסיבות הומניטאריות שמקורם בשטחים דומה יותר להליכים לאיחוד משפחות. הוראת השעה קובעת כי רק תושב השטחים שיש לו בן משפחה השוהה בישראל כדין זכאי להגיש בקשה לקבלת מעמד מטעמים הומניטאריים. מטעמים אלו ומשהוכח כי לא נובע כל סיכון בטחוני מהשתייכים לקבוצת האוכלוסייה שבנדון, הרי שהדעת וההגיון נותנים שאף הם יהיו זכאים לשדרוג מעמדם.

27. תכליתה הבלעדית של הוראת השעה – הן אליבא דהמשיבים והן כפי שנקבע בבית משפט נכבד זה – שאף היוותה רכיב מרכזי בהכשרתה על ידי בית משפט נכבד זה על אף פגיעתה הקשה בזכויות יסוד של משפחות רבות, היא תכלית ביטחונית. דא עקא, בניגוד למדיניות המוצהרת של המשיבים בדבר תכליתה הביטחונית של הוראת השעה, התברר לעותרת 3 שהינה עותרת ציבורית, כי המשיבים מחילים את הוראת השעה אף כאשר ברור לכל כי פגיעתה הקשה אינה משרתת את תכליתה של הוראת השעה כלל ועיקר. נסביר.

העתירות ופסקי הדין בעניין עדאלה וגלאון

28. כידוע, בית משפט נכבד זה דן פעמיים בעתירות נגד חוקתיות הוראת השעה: עתירה נגד נוסחה המקורי של הוראת השעה (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (להלן: **עניין עדאלה**)) ועתירה נגד הנוסח המתוקן של החוק (בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה** (להלן: **עניין גלאון**)). להלן נתייחס לאמירות בית המשפט הרלוונטיות לענייננו, בשני פסקי הדין שעסקו בחוק.

תכליתה של הוראת השעה: ביטחונית

29. בעניין **עדאלה**, הן המדינה והן בית המשפט הנכבד הדגישו, כי תכליתה של הוראת השעה היא ביטחונית בלבד:

מהו תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל? בשאלה זו נחלקו הדעות בעתירה שלפנינו. מקצת העותרים והמשיבה 4 (עמותת "הרוב היהודי לישראל") סברו כי תכליתו של החוק אינה אך ביטחונית וכי היא גם "דמוגרפית". לטענתם, החוק נועד לבלום את הגידול באוכלוסייה הערבית בישראל בדרך של נישואין לתושבי האזור. **המשיבים לעומתם טענו בפנינו כי תכליתו של החוק היא ביטחונית בלבד. הנני סבור כי הדין עם המשיבים.** לדעתי, תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא ביטחונית ועניינה הוא להפחית ככל האפשר את הסיכון הביטחוני מבני הזוג הזרים בישראל. תכליתו של החוק אינה מבוססת על שיקולים דמוגרפיים. **מסקנה זו מעוגנת בהיסטוריה החקיקתית ובתוכן הסדריו של החוק.**

(שם, סעיף 79 לפסק דינו של כב' הנשיא בדימוס, השופט אהרון ברק)(ההדגשות הוספו, ב.א.).

30. בתצהיר התשובה של המדינה בעניין גלאון, שבה והבהירה המדינה שמטרת הוראת השעה הינה ביטחונית, והיא באה למנוע השתקעות בישראל של אנשים המצויים ב"פרופיל הסיכון":

החוק נחקק כהוראת שעה, המתייחסת לתקופת המלחמה. הוא אינו מבקש לחוקק מדיניות דמוגרפית ארוכת שנים. החוק אינו מונע לחלוטין כניסת נתיני אויב. **בנוגע לתושבי האזור, החוק מבוסס על פרופיל סיכון משוער של מחבלים וסייענים.** בפועל עיקר פעולתו היא **דחיית מימוש המגורים בישראל ולא שלילת הזכות, ככל שקיימת.**

הוראות החוק ממוקדות בסיכון הביטחוני, ואינן עונות כלל על תכלית דמוגרפית. הרי אם החוק היה מיועד לתכלית דמוגרפית לא היה מקום לאשר השתקעות בישראל של נתיני אויב המצויים מחוץ לפרופיל הסיכון...

... לעומת זאת, החוק שלפנינו, **אינו מונע, ברוב המקרים, השתקעות בישראל אלא דוחה את ההשתקעות עד ליציאת בן הזוג הזר מפרופיל הסיכון....**

(שם, סעיף 153, ההדגשות הוספו, ב.א.).

העתק העמודים הרלוונטיים מתוך תצהיר התשובה הנ"ל מצ"ב ומסומן ע/4.

חלוף הזמן ומשמעותו

31. כידוע, העתירות בעניין עדאלה נדחו על חודו של קול. רוב השופטים סברו, אמנם, כי הוראת השעה פוגעת בזכות לשוויון ובזכות לחיי משפחה, אך השופט אדמונד לוי ז"ל קבע כי על אף הפגיעה יש לדחות את העתירות **על מנת לאפשר למדינה לתקן את הוראת השעה כך שתצמצם הפגיעה בזכויות החוקתיות.**

32. העתירות בעניין גלאון הוגשו לאחר תיקונים שהוכנסו בהוראת השעה בעקבות פסק דין עדאלה. שופטי הרוב דחו אמנם את העתירות, אך חלקם התריעו כי לחלוף הזמן יש משמעות והשפעה על ההחלטה אודות חוקתיות החוק.

33. כך, למשל, קבע כב' השופט אליקים רובינשטיין:

על המחוקק להיות איפוא קשוב היטב לשינויים במציאות, וזאת במספר הקשרים. ראשית, יש לקוות כי יתרחש בעתיד שיפור במצב הביטחוני באופן שיפחית את הצורך באמצעי הגנה, **ולמצער יהפוך את נטילת הסיכון שכרוך בהסרתם החלקית או המלאה למחויבת המציאות.** שנית, יתכנו שינויים שיהפכו את הבחינה הפרטנית למעשית ויעילה יותר - ובכך ישוב ויתעורר מבחן המשנה השני ("אמצעי שפגיעתו פחותה"). **על הרשויות להניח תדיר "אצבע על הדופק" הן בכל הנוגע לצרכים**

הבטחוניים, והן בכל הנוגע לאפשרות לייצר כלים אפקטיביים שפגיעתם קלה יותר...

(שם, פסקה מ"ח לפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין. ההדגשות הוספו, ב.א.).

וכך כתב כב' השופט הנדל בפסק דינו בעניין גלאון:

רבות נכתב על-ידי חבריי על שהחוק המתוקן נחקק במתכונת של הוראת שעה שהוארך כתריסר פעמים. בגלגול הקודם של התיק בעניין עדאלה סבר חברי המשנה לנשיאה א' ריבלין כי סיווג זה של החוק מהווה נימוק לכך שאין צורך להתערב בו. לשיטתו במסגרת דיון זה, חלוף הזמן הרב וההארכות הרבות של החוק המתוקן לא רק שאינם מחזקים את עמדת המדינה, אלא ייתכן שההפך מכך. לתפיסתי, די לומר שאין במצב המשפטי האמור כדי לסייע לעמדת המדינה.

השעה ארוכה היא ואינה משתנה. האקלים הקשה מלווה אותנו בכל עונות השנה, למשך שנים רבות. בשבתנו בבית משפט זה, מחויבים אנו בעת הביקורת השיפוטית להסתכל גם על השעון. דעתי היא, כאמור, שאין מקום להורות על בטלות החוק בשל היותו לא חוקתי. עם זאת, טוב תעשה המדינה אם תגבש חוק שיתייחס לנושא ההגירה בהקשר הנוכחי ובכלל. על פי ההודעה המעדכנת של בא כוח המדינה, כך אכן פועלים הגורמים במרץ רב. אמנם, היה ולא, **מנקודת מבטה של הביקורת החוקתית מצופה לשניים.** האחד, **שדיון בדבר הארכת החוק המתוקן יהיה דיון מקיף ויסודי – מהותי ולא פורמאלי.** השני, **שהרשות המחוקקת תהיה קשובה למציאות המשתנה, כדי לבחון אם הפגיעה עודנה מוצדקת.**

(שם, סעיף 7 לפסק דינו של כב' השופט הנדל. ההדגשה הוספה, ב.א.).

34. ברי אם כן, כי פסקי הדין בעניין עדאלה וגלאון ניתנו בהתחשב במציאות נקודתית, ולאור הגדרתו של החוק כהוראת שעה.

התפתחויות משפטיות לאחר פסק דין גלאון

35. בשנים שלאחר מתן פסק הדין בעניין גלאון, החלו שופטי בית משפט נכבד זה להפנות את תשומת לבם של המשיבים לצורך להתייחס למצבם של אנשים החיים בישראל משך שנים ארוכות מכוח היתרי שהייה צבאיים, במסגרת הליך לאחמ"ש עם בני משפחה ישראלים. ודאי אלו שהחלו בהליכים לאחמ"ש עובר לחקיקתה של הוראת השעה. בעניינם של אלו שב בית משפט נכבד זה והבהיר, כי התכלית הביטחונית של הוראת השעה, אשר הצדיקה

לכאורה את אי-שדרוג מעמדם, נמצאה כלא רלוונטית יותר, ועל כן מן הראוי לשדרג את מעמדם:

במצב דברים זה, נדמה כי ההוראה בדבר הקפאת השדרוג של אלה הנכללים בגדר הוראות המעבר אינה מתחייבת עוד מהתכלית הביטחונית של חוק הוראת השעה – תכלית שעליה עמד בית משפט זה בבואו לבחון את חוקתיותו. ראשית, בעניינם של האחרונים לא זו בלבד שניתן לבצע בדיקה אינדיבידואלית, אלא שבדיקה זו אכן מתבצעת הלכה למעשה מדי שנה במועד חידוש ההיתר. שנית, מדובר באנשים הנתונים כבר למעלה מעשור לבחינתם של גורמי הביטחון, שכן ההיתרים מתחדשים רק בכפוף להיעדר קיומה של מניעה ביטחונית. שלישית, גם לאחר שדרוג מעמדו של אדם בישראל – משהייה מכוח היתר מת"ק לשהייה מכוח רישיון ישיבת ארעי מסוג א/5 (וזו הקטגוריה שאליה מכוונים דברינו) – מוסיף הוא להיות נתון לבחינה ביטחונית, על רקע ההוראות הקבועות בנהלי המשיב במסגרת ההליך המדורג.

על כן, גם להשקפתי מן הראוי כי המחוקק יידרש שוב לסוגיית המגבלה על שדרוג מעמדם של מי ששוהים בישראל כדין מכוח היתר שהייה בהתאם להוראות המעבר הקבועות בחוק הוראת השעה.

(פיסקה 19 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן בע"מ 6407/11 דג'אני נ' משרד הפנים (להלן: עניין דג'אני), ההדגשה הוספה, ב.א.).

36. כב' הנשיאה נאור הדגישה בעניין דג'אני, כי העמדה לגבי הצורך בשדרוג מעמד אינה מצטמצמת רק למקרים של אנשים שמשרד הפנים התרשל בטיפול בבקשתם לאיחוד משפחות, כך שנוצר עיכוב בכניסתם להליך האחמ"ש, אלא מדובר בעמדה כללית:

מבקשת אני להעיר הערה כללית לעניין אי-שדרוג מעמדם של מי שהחלו בהליך המדורג לפני החלטת הממשלה משנת 2002: כפי שהזכיר חברי, דחינו עתירות נגד חוקיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003. תוקפו של חוק זה הוארך עד כה מעת לעת. **אני סבורה שראוי הוא – אם וכאשר יוארך החוק פעם נוספת – שתיתן הדעת למצבם של אלו שאינם זוכים לשדרוג למרות שהחלו בהליך המדורג לפני זמן כה רב.** אפשר ולגביהם, אחרי שהות כה ארוכה בארץ, ניתן לבצע בדיקה פרטנית (ראו והשוו לעמדתי ב-בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006), בפסקאות 19-23 לפסק דיני). אפשר והעובדה

שהמערערים ושכמותם אינם זוכים לשדרוג למרות שהם נמצאים בארץ זמן כה רב היא העומדת ביסוד הגישה שמבטאת הלכת דופש וביסוד פסקי הדין הרבים שהגיש בא כוח העותרים ופסקי הדין שהזכרנו, חברי השופט פוגלמן ואנוכי. אולם **הפתרון לנושא אי-השדרוג צריך להשקפתי להיות כללי ולא מותנה בשאלה, שלא ניתן עוד לבררה כיאות, מדוע התעכב הטיפול בבקשה זו או אחרת לאיחוד משפחות לפני למעלה מעשור. דברים אלה ראויים לעיונו של המחוקק.**

(עניין דג'אני, פסקה 6 לפסק דינה של כב' השופטת נאור. ההדגשות הוספו, ב.א.).

37. הצורך למצוא פתרון עבור אנשים שמעמדם הוקפא משך זמן רב לאור הוראת השעה, חזר ועלה בפסקי דין נוספים של בית משפט נכבד זה:

במבט רחב יותר, החורג מעובדותיו של מקרה זה, גם כאן חוזר ומתחדד הצורך בעיון חקיקתי בהסדרת מעמדם של מי ששדרוג מעמדם "הוקפא" והם נתונים במצב ביניים זה של "בין שמיים וארץ" לאורך שנים. אין לי אלא לחזור ולהצטרף בעניין זה לדבריה של המשנה לנשיא מ' נאור בעניין דג'אני לפיהם "ראוי הוא... שתינתן הדעת למצבם של אלו שאינם זוכים לשדרוג למרות שהחלו בהליך המדורג לפני זמן כה רב" (בפסקה 6 לפסק דינה).

(ע"מ 4014/11 אבו עיד נ' משרד הפנים, פסקה 38 לפסק דינה של כב' השופטת ברק ארז).

וכן:

בשולי הדברים, אבקש להצטרף להערות שהעיר בית המשפט בעניין דג'אני (פסקה 6 לפסק דינה של המשנה לנשיא מ' נאור; פסקאות 17-19 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן) ביחס למציאת פתרון עבור מי שנכנסו אל גדרי ההליך המדורג טרם החלטת הממשלה, אך אינם יכולים לשדרג את מעמדם בשל חוק הוראת השעה. בהתאם לגישת חבריי, סבורני כי יש מקום לשקול את האפשרות לביצוע בדיקה פרטנית של בקשות לשדרוג מעמד של הנמצאים במצב זה. הלכה למעשה רבים מהם מתגוררים בישראל לאורך שנים רבות ונמצאים תחת בחינה רציפה של הרשויות השונות. עניינם של מבקשים אלה נבחן אינדיבידואלית על-ידי שירותי הביטחון כחלק מתהליך הארכת היתרי השהייה שלהם מדי שנה, ועל כן נדמה כי בדיקה פרטנית לצורך שדרוג מעמדם לא תהווה נטל כבד מדי על המדינה. הסדרת מצבם במסגרת פתרון מסוג זה, נדמית כצודקת

ופשוטה יותר מאשר בחינת התנהלות הרשות בטיפול בבקשות שהוגשו במהלך שנות ה-90. בחינה זו נעשית פעמים קרובות על רקע תשתית עובדתית חסרה ובנוסף מטילה נטל כבד על הצדדים בהבאת ראיות לאירועים אשר התרחשו לפני למעלה מעשור.

(עע"ם 9168/11 פלוני נ' משרד הפנים, פסק דינו של כב' השופט זילברטל. ההדגשה הוספה, ב.א.).

ובנוסף:

... מדובר בסיטואציה מורכבת ושיש בה משום קושי, כאשר יש שוני בין בני משפחה שונים, שחלקם בעלי מעמד בישראל וחלקם שוהים מכוח היתרי שהיה. ואולם, המצב המשפטי, שנדון ופעמים רבות בפסיקתו של בית משפט זה, מכתוב את התוצאה. נוכל לשוב ולצרף קולנו לאמור בפסקה 23 לפסק דינו של השופט זילברטל בעע"מ 9168/11 פלוני נ' משרד הפנים (25.11.03) שקרא, בעקבות הערות שיפוטיות קודמות, **למציאת פתרון פרטני במקרים מעין אלה, והקריאה מונחת לפתח הרשויות.**

(עע"ם 6480/12 דחנוס (רג'בי) נ' משרד הפנים, פסק דינו של כב' השופט רובינשטיין. ההדגשה הוספה, ב.א.).

וכן:

(...) גם אני גורס, ברוח דברי חבריי: המשנה לנשיא מ' נאור, השופט ע' פוגלמן (שניהם התבטאו בנושא זה בעניין דג'אני), השופטת ד' ברק-ארז וכן השופט י' עמית (בעניין אבו עיד), והשופט צ' זילברטל (בעניין פלוני), כי על המחוקק להידרש מחדש בהזדמנות קרובה להוראת המעבר הקבועה בחוק הוראת שעה, המגבילה את שדרוג המעמד עבור מי ששוהים בישראל בהיתר עובר להחלטת הממשלה משנת 2002. **דומה כי כיום מצבם של אלה, השוהים בישראל בהיתר במשך שנים רבות, ולא התגלו ביחס אליהם מניעויות (כך במקור, ב.א.) בטחוניות, או נסיבות מונעות אחרות – מצריך בחינה מחודשת של המחוקק, תוך התייחסות מתאימה ומידתית יותר למאפייניה הייחודיים של קבוצה זו.**

(עע"ם 9167/11 חסן נ' משרד הפנים, פסק דינו של כב' השופט מלצר).

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

38. דא עקא, חרף אמירותיו החוזרות של בית המשפט בעניין, המשיבים לא לקחו בחשבון הערות אלו עת האריכו את החוק פעם נוספת. בעקבות התנהלות זו של המשיבים, באה

לעולם סדרת העתירות, בג"ץ 813/14 פלונים ואח' נ' שר הפנים (להלן: בג"ץ 813/14 ואח') שאף העותרת 3 הייתה צד להן.

39. במסגרת סדרת העתירות בבג"ץ 813/14 ואח', ביקשו העותרים מבית משפט נכבד זה לאפשר לתושבי השטחים החיים בישראל מספר שנים כדין, לשדרג את מעמדם ולקבל רישיונות לשיבת ארעי מסוג א/5 תחת היתרי השהייה הצבאיים שניתנו להם. כמו כן עלו במסגרת הדיונים בסדרת עתירות זו, מספר סוגיות שלא עמדו בבסיסן של העתירות המקוריות. אחת מן הסוגיות שהועלו על ידי העותרים במסגרת אותם הליכים עסקה באוכלוסיית המבוגרים, תושבי השטחים במקור החיים בישראל כדין וחצו את רף גיל החמישים.

פסק הדין בסדרת העתירות בג"ץ 813/14 ואח'

40. ביום 11.4.2016 הודיעו המשיבים לבית המשפט הנכבד כי המשיב 2 קיבל החלטה המאפשרת לתושבי השטחים המקיימים מרכז חיים בישראל ושאינן בעניינם מניעות ביטחוניות או פליליות ושהגישו בקשה לאחמ"ש עובר לסוף שנת 2003 לשדרג את מעמדם ולקבל רישיונות לשיבת ארעי מסוג א/5.

41. בעקבות קבלת ההחלטה ניתן ביום 18.10.2017 פסק דין בסדרת העתירות בבג"ץ 813/14 פלונים נ' שר הפנים ואח'. בתמצית ייאמר, כי בפסק דינו קבע בית המשפט הנכבד, כי לאור החלטת המשיב 2, המאפשרת את שדרוג מעמדם של כאלפיים איש שעניינם עמד בבסיס העתירות, כמו גם לאור הקמתה של ועדה משותפת לוועדת חוץ וביטחון ולוועדת הפנים והגנת הסביבה בכנסת (להלן: הוועדה המשותפת), שתמשיך ותבחן את הצורך בהארכת תוקף הוראת השעה, הרי שהעתירות במתכונתן דאז מיצו את עצמן ודינן להימחק.

42. ברם, בד בבד, ולצד מחיקת העתירות, הדגיש בית המשפט, כי בכל הנוגע לטענותיהם של העותרים בעניינן של קבוצות האוכלוסייה שלא זכו לקבלת סעד במסגרת החלטת השר דהתם, אין מדובר בסוף פסוק כלל ועיקר.

במהלך הדיון על-פה האחרון לפנינו ובהודעה המעדכנת האחרונה מטעם העותרים בבג"ץ 5135/14 ובבג"ץ 8408/14, הסיטו העותרים את הדגש מתושבי אזור בכללותם השוהים בישראל משך תקופה ארוכה אל עבר שתי קבוצות מסוימות מתוכם – קטינים בגילאי 14-18 ומבוגרים. אני סבורה כי בגדרי ההכרעה בעתירות הנוכחיות לא ניתן לתת מענה לטענות ביחס לקבוצות אלה. כאמור לעיל, העתירות שלפנינו התמקדו בהשפעת משך השהייה בישראל על הזכאות לשדרוג, ולא במאפייניהן הייחודיים של קבוצות הקטינים והמבוגרים. בשלב דיוני כה מאוחר יש קושי בשינוי החזית המבוקש, שאף לא לווה בבקשה לתיקון העתירות... באשר למבוגרים, ציינו רשות האוכלוסין וגורמי הביטחון כי מדובר ב"קבוצה ריקה". דהיינו, מבין תושבי האזור השוהים בישראל במסגרת איחוד משפחות, אין אנשים מעל גיל 65. מכל מקום, רשמנו לפנינו את הודעות משיבי המדינה

והכנסת על כך שעניינן של קבוצות הקטינים והמבוגרים (שגילם נמוך מ-65) עתיד לשוב ולהיבחן בחודש נובמבר הקרוב בפני הוועדה המשותפת, אשר תדון בשאלה אם יש מקום להמליץ בפני הממשלה על תיקוני חקיקה של הוראת השעה. הדיון הבא בפני הוועדה המשותפת יתבסס בין היתר על נתונים שהתבקשו ופורטו בבקשה מיום 12.6.2017 שכותרתה "בקשת נתונים ומידע לוועדה המשותפת לעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל". הבקשה הופנתה מאת הוועדה המשותפת לנציגי שר הביטחון, השב"כ, רשות האוכלוסין וההגירה והשר לביטחון פנים, ובגדרה התבקש, בין היתר, מידע על מעורבות בטרור וכן על טיב המעורבות בטרור של שלוש קבוצות עיקריות: קטינים בגילאי 14-18; גברים בני 18 עד 55 ונשים בנות 18 עד 50; גברים מעל גיל 55 ונשים מעל גיל 55.

עם זאת, העובדה שהוועדה המשותפת מצאה לבקש מגורמים שונים נתונים מפורטים יותר בדבר הצורך הביטחוני בחוק במתכונתו הנוכחית, מחזקת את ההבנה כי יש חשיבות רבה בהמשך בדיקה מעמיקה של הנושא בפני הגורמים המוסמכים. אף שמצאנו כי העתירות הנוכחיות מיצו את עצמן, חזקה על המשיבים כי יפעלו בהתאם להודעותיהם וישלימו את הבחינה העובדתית שבה החלו.

(סעי' 25 ו-27 לפסק דינה של כב' הנשיאה נאור כתוארה אז בבג"ץ 813/14 פלוניס ואח' נ' שר הפנים)

וכן:

עם זאת, בהינתן שהתוצאה בשני פסקי דין אלה הייתה על חודו של קול, ובהינתן חלוף הזמן, אני סבור כי ריכוך הוראת השעה הוא צו השעה.

אני מסכים עם חברתי כי לעת הזו אין מקום למתן סעדים חוקתיים, אך אין לשלול כי בית משפט זה יידרש בעתיד שוב לסעדים חוקתיים הנוגעים להוראת השעה, וחזקה על המשיבים כי יקחו הערות בית המשפט לתשומת ליבם.

(סעי' 1 ו-2 לפסק דינו של כב' השופט עמית בבג"ץ 813/14 פלוניס ואח' נ' שר הפנים).

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

43. הנה כי כן, במסגרת פסק הדין דהתם בית המשפט הנכבד מחק אמנם את העתירות, אך במקביל סבר ההרכב כולו ללא יוצא מן הכלל, כי מחיקתן אינה סותמת את הגולל על

טענותיהם של העותרים באשר לקבוצות האוכלוסייה האחרות שעניינן עלה לדיון במסגרת ההליכים דהתם וכי חזקה על המשיבים שיקחו את הערות בית המשפט לתשומת ליבם.

ההתפתחויות לאחר פסק הדין בסדרת עתירות בג"ץ 813/14 פלונים נ' שר הפנים ואח'

44. דא עקא, כפי שיפורט מיד, הערות בית המשפט למשיבים בפסק הדין בבג"ץ 813/14 ואח' לא יושמו כדבעי. נסביר.

דיוני הוועדה המשותפת

סטטוס הרשאות

45. הוועדה המשותפת אשר הוקמה במהלך הדיונים בסדרת העתירות בבג"ץ 813/14 החלה בדיוניה עובר למתן פסק הדין. במשך כשנתיים וחצי נטלה העותרת 3 חלק בכל דיוני הוועדה המשותפת, כאשר פעם אחר פעם היא שוטחת בפניה את טענותיה, בין השאר, בעניינה של אוכלוסיית המבוגרים שבעניינה עוסקת העתירה דכאן. כל אותו זמן, שבה העותרת 3 וטענה בפני הוועדה המשותפת, נציגי המשיבים ונציגי גורמי הביטחון שנכחו אף הם בדיונים, כי הן המציאות בשטח והן עמדת גורמי הביטחון מעידות כי מהקבוצה של אוכלוסיית המבוגרים לא נובע כל סיכון, ועל כן מן ההגיון ומן הצדק להחריגה מפגיעתה הקשה של הוראת השעה.

46. בין השאר שבה העותרת 3 והצביעה בפני הוועדה המשותפת ובפני נציגי המשיבים וגורמי הביטחון על אי ההלימה הזועקת הקיימת בין ההתייחסות לקבוצת האוכלוסייה שבנדון **החיה בפועל בשטחים** לבין קבוצת אוכלוסייה זו **החיה כדין בישראל שנים רבות ונתונה לבחינות עיתיות קפדניות**.

47. העותרת 3 הצביעה על כך כי סעי' 7.א.18 לנוהל המנהל האזרחי שכותרתו "סטטוס הרשאות בלתי מסווג לכניסת פלסטינים לישראל, למעברם בין אזור יהודה ושומרון לבין רצועת עזה וליציאתם לחו"ל" (עודכן לאחרונה ביום 19.8.2018), קובע באופן שאינו משתמע לשתי פנים, כי נשים בגילאי 50 ומעלה וגברים בגילאי 55 ומעלה החיים בגדה המערבית ומבקשים להיכנס לישראל, אינם נדרשים להחזיק בהיתרי כניסה כלל ועיקר לצורך כניסתם זו. עמדת גורמי הביטחון הינה אם כן כי כניסת קבוצת אוכלוסייה זו מהגדה המערבית לשטחי ישראל באופן יומיומי באופן חופשי ובאין מפריע, אינה מהווה סיכון בטחוני.

העתק סעי' 7.א.18 לנוהל המנהל האזרחי שכותרתו "סטטוס הרשאות בלתי מסווג לכניסת פלסטינים לישראל, למעברם בין אזור יהודה ושומרון לבין רצועת עזה וליציאתם לחו"ל" מצ"ב ומסומן ע/5.

48. משכך, טענה העותרת 3 בפני הוועדה המשותפת ונציגי המשיבים וגורמי הביטחון כי לא ייתכן שדווקא המשתייכים לקבוצת אוכלוסייה זו וחיים בישראל מזה שנים רבות כדין ושעניינם הפרטני אף נבדק בבדיקות עיתיות קפדניות על ידי גורמי הביטחון ומשטרת ישראל ימשיכו וייפגעו מהוראת השעה. מדובר באי הלימה שאין לה מקום. שכן, משהוכח

כי מקבוצת אוכלוסייה מסויימת לא נובע עוד סיכון בטחוני, הרי שיש לתקן את הוראת השעה באופן שיחריג אותה מפגיעות החוק ויאפשר למשתייכים אליה לשוב וליטול חלק בהליכים לאיחוד משפחות ככלל המוזמנים בהליכים לאחמ"ש שמקורם אינו מהשטחים.

49. על אף פניותיה החוזרות ונשנות של העותרת 3 בעניין לוועדה המשותפת, ולנציגי המשיבים וגורמי הביטחון שנכחו בדיוניה להביא בפני הוועדה המשותפת נתונים שישפכו אור על שאלת המסוכנות הנטענת, הנובעת לכאורה מאוכלוסיית המבוגרים החיה בישראל, לא הצליחו גורמי הביטחון להצביע על כל סיכון העולה ממנה.

50. כך, למשל, כבר במסגרת הדיון הראשון שנערך בוועדה המשותפת ביום 1.6.2016 – עונה נציג שב"כ בגילוי לב לשאלה שהופנתה אליו ע"י נציגת העותרת 3 בעניין אוכלוסיית המבוגרים:

לגבי השאלה השנייה (בעניין אוכלוסיית המבוגרים, ב.א.) אני מציע שתפני אותה למשרד הפנים כי היא פחות שאלה שנוגעת לפן הביטחוני (עמ' 37 לפרוטוקול דיוני הוועדה המשותפת מיום 1.6.2016).

51. בדיון השני שנערך בוועדה המשותפת ביום 21.2.2017 ובמסגרתו שב ונדון עניינה של קבוצת אוכלוסייה זו נטען לפתע על ידי נציגי המשיב 2 שנכחו בדיון כי מבדיקה שערכו אין בנמצא מי שמשתייך לאוכלוסיית המבוגרים. ברם בדיון התברר כי המשיב 2 הציג נתונים בעניינם של מוזמנים בהליכי אחמ"ש המצויים בגילאי 65 ומעלה, ולא כפי שהתבקש בגילאי 50 ו-55 ומעלה (ר' בין השאר עמ' 2 ו-9-11 לפרוטוקול הדיון מיום 21.2.2017).

52. ביום 29.5.2017 התכנסה הוועדה המשותפת בפעם השלישית, ודנה בין השאר, בעניינה של אוכלוסיית המבוגרים – ר' בין השאר עמ' 11-13 ועמ' 23-24 לפרוטוקול הדיון. ברם, גם בדיון זה שבה הפארכה על עצמה כאשר שוב התברר כי גורמי הביטחון והמשיב 2 לא טרחו לבדוק את קבוצת האוכלוסייה הרלוונטית בהתאם לדרישת הוועדה מהם. יו"ר הוועדה ח"כ דיכטר שהתייחס לעניין אמר לנציגי שב"כ שהשתתפו בדיון:

מסקרן אותנו כוועדה, אמרת שבדקתם אוכלוסייה של גיל 65, אומרת נעמה (נציגת המשיב 2, ב.א.) זה גיל שניתן, אני לא יודע בדיוק על-ידי מי ניתן. כשדברנו על מבוגרים, דובר על גיל 50 לנשים ו-55 לגברים.

53. בדיון הרביעי בוועדה המשותפת שנערך ביום 7.11.2017 הודו נציגי גורמי הביטחון כי אין בידם נתונים באשר למעורבותם של מוזמנים בהליכי אחמ"ש המשתייכים לאוכלוסיית המבוגרים בעניינים בטחוניים – ר' בין השאר עמ' 33-35 לפרוטוקול הדיון. לקראת תום הדיון הנ"ל שב ופנה יו"ר הוועדה ח"כ דיכטר לנציג שב"כ שנכח בדיון ושאל:

אני רוצה לגמור את הסבב של הנתונים ולהתרכז בהם. אמרנו שמעל גיל 55 בבדיקה שלכם לא מצאתם מישהו שקיבל אחמ"ש והיה מעורב, סייען או מפגע.

54. נציג שב"כ שהשיב לשאלת יו"ר הוועדה, ענה בפשטות: נכון.

55. ביום 28.5.2018 התכנסה הוועדה בפעם החמישית ועניינה של קבוצת האוכלוסיה שבנדון שב ועלה בקצרה.

העתקים של החלקים הרלוונטיים בפרוטוקולים של חמש הישיבות שנערכו בוועדה המשותפת מצ"ב בסדר כרונולוגי ומסומנים ע/6.

56. הנה כי כן, על אף דברי בית משפט נכבד זה בפסק הדין בבג"ץ 813/14 ואח' כי **חזקה על המשיבים כי יקחו הערות בית המשפט לתשומת ליבם**, ועל אף שבחמש ישיבותיה של הוועדה המשותפת בין השנים 2016-2018 לא הצליחו גורמי הביטחון להצביע על כל סיכון בטחוני העולה מאוכלוסיית המבוגרים, ולמרות העובדה כי גורמי הביטחון הודו כי כניסתם של המשתייכים לקבוצת אוכלוסייה זו מהשטחים לתוך תחומי ישראל מתאפשרת ללא כל סייג, שבה והמליצה הוועדה המשותפת באופן אוטומטי על הארכת תוקף הוראת השעה במתכונתה הנוכחית הרחבה והפוגענית שלא לצורך, לשנה נוספת.

57. זאת ועוד. במקביל להשתתפות בדיוני הוועדה המשותפת פנתה העותרת 3 ביום 25.9.2018 למשיב 2, ליו"ר הוועדה המשותפת, ליועמ"ש המשיבה 1, ליועמ"ש הוועדה המשותפת וליועמ"ש המשיב 2 וביקשה מהם לתקן את המעוות.

העתק מפניית העותרת 3 מיום 25.9.2018 למשיבים מצ"ב ומסומן ע/7.

58. בימים 9.10.2018, 12.11.2018, 5.11.2018, 22.10.2018, 5.11.2018, 12.11.2018 ו-26.11.2018 שבה ופנתה העותרת 3 למשיבים בעניין. דא עקא עד למועד כתיבת עתירה זו לא ניתן כל מענה ענייני לפניית אלו.

העתקים מפניות העותרת 3 למשיבים מצ"ב בסדר כרונולוגי ומסומנים ע/8.

59. לעמדת העותרים הגיעה העת לומר דברים כהווייתם. הוראת השעה פוגעת באופן קשה, שלא לצורך, ללא תכלית, בעותרים דכאן כמו גם בקבוצת אוכלוסייה שלמה שאליה הם משתייכים, כאשר לאורך שנות קיומה של הוראת השעה, הוכח שלא עולה מקבוצה זו כל סיכון ביטחוני המצדיק פגיעה כה אנושה בזכויות היסוד שלה ושל בני משפחתה. מסקנה זו מביאה למסקנה נוספת. המשך פגיעה ללא צורך וללא תכלית בקבוצת אוכלוסייה זו, הופכת את הוראת השעה במתכונתה הנוכחית בהכרח – אף אליבא דהמשיבים, הסבורים כי מדובר בחוק חוקתי – להוראת חוק פסולה ובלתי חוקתית.

הטיעון המשפטי

60. עמדת העותרים כפי שתפורט להלן הינה כי אף לשיטת מי שסבור כי הוראת השעה הינה חוקתית בבסיסה, ככל שהיא נוגעת לעותרים ולקבוצת האוכלוסייה אליה הם משתייכים ושבעניינה הוגשה העתירה, ברי כי היא אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, היא אינה סבירה ואינה מידתית, ועל כן דינה להתבטל לאלתר. נסביר.

הפגיעה בזכות לחיי משפחה ועקרון טובת הילד

61. בבג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2), 1754 (להלן: **פסק דין עדאלה**), נקבע כי הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד חוקתית בישראל, הכלולה בזכות לכבוד האדם.

עמדה זו זכתה באותו פסק דין לתמיכה גורפת של שמונה מתוך אחד עשר שופטי ההרכב. ואלו דברי הנשיא דאז ברק בעניין הזכות לחיי משפחה בישראל:

הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו. הזכות החוקתית של בן הזוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל (פיסקה 34 לפסק דינו של הנשיא ברק).

62. הואיל ולחלקם של העותרים בסדרה זו ולאחרים המשתייכים לקבוצת האוכלוסייה שבנדון אף ילדים קטינים, נדגיש אף במסגרת עתירה זו שבה אין לעותרים ילדים קטינים, כי בפסק דין עדאלה אף נקבע כי זכותו של הילד לגדול בתא משפחתי שלם ויציב:

... לילד הזכות לגדול בתא משפחתי שלם ויציב. טובתו מחייבת כי לא יופרד מהוריו וכי יגדל בחיק שניהם. אכן, קשה להפריז בחשיבות הקשר בין הילד לבין כל אחד מהוריו. ההמשכיות וההתמדה בקשר עם הוריו הם יסוד חשוב בהתפתחותם התקינה של ילדים (פיסקה 28 לפסק דינו של הנשיא א' ברק בעניין עדאלה).

63. מעמדה של הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית משליך במישרין על האפשרות לפגוע בזכות זו, לעכב או לסרב לבקשות.

64. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית, משמעה כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ורק משיקולים כבדי משקל.

65. ברור, כמו כן, כי זכותם וטובתם של העותרים ושל אחרים המשתייכים לקבוצת האוכלוסייה שבעניינה מוגשת עתירה זו, לחיות בתא משפחתי יציב ושהסדרת מעמדם משרתת את הצורך הבסיסי של כל אדם באשר הוא לחיות בתא משפחתי שלם ויציב ולחוש תחושת קביעות, תוך זכאות לזכויות יסוד בסיסיות.

66. דא עקא, וכפי שיובהר בהמשך, מניעת האפשרות ממי שמשתייך לאוכלוסייה שבעניינה הוגשה העתירה להסדיר את מעמדו בישראל, פוגעת בזכותו ובזכות בני משפחתו לחיי משפחה באופן שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

67. כאמור, לחלק מהמשתייכים לקבוצת האוכלוסייה שבעניינה הוגשה העתירה, ילדים קטינים. לפיכך הפגיעה הקשה שפוגעת הוראת השעה בזכות לחיי משפחה של רבים מתושבי ישראל ואזרחיה, אך מתעצמת בהיותה מנוגדת אף לעיקרון טובת הילד.

68. במשפט הישראלי, עיקרון טובת הילד הוא עיקרון יסודי ומושרש. כך, למשל, בע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, פסק השופט שמגר כי על המדינה להתערב לשם הגנה על הילד מפני פגיעה בזכויותיו.

69. מעבר לכך, עיקרון טובת הילד הוכר בפסקי דין רבים כעיקרון מנחה בכל מצב בו יש לאזן בין זכויות. כפי שנאמר בע"א 549/75 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (ל1), 459, עמודים 465-466, "אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי".

70. גם במשפט הבינלאומי נהנה עיקרון טובת הילד ממעמד של עיקרון-על. בין היתר, בא הדבר לידי ביטוי בכינונה של האמנה בדבר זכויות הילד. האמנה, אותה אשררה מדינת ישראל, קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד, ובפרט סעיף 3, הקובע כי עניינם של ילדים יילקח בחשבון כנתון מרכזי בכל מעשה שלטוני. מכאן עולה, כי כל דבר חקיקה או מדיניות, ראוי לו שיפורש באופן המאפשר לשמור על זכויותיו של הקטין.

71. הנה כי כן, לעמדת העותרים, הפגיעה המתמשכת שפוגעת הוראת השעה בהם ובכל מי שמשתייך לקבוצת האוכלוסייה שבנדון, ללא שפגיעה זו משרתת את תכליתה, וכאשר הפגיעה אף עומדת בתנאי פסקת ההגבלה ומבחני המידתיות שנקבעו לעניין בפסיקה, פסולה מן היסוד.

72. להלן יובהר מדוע הוראת השעה במתכונתה הנוכחית אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

חוק יסוד כבוד האדם וחירותו

73. סעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו תשנ"ב-1992 הידוע אף בכינויו כפיסקת ההגבלה, קובע למעשה, באילו ארבעה תנאים מצטברים, על חוק או סעיפי חוק הפוגעים בזכויות יסוד הכלולים בחוק יסוד זה לעמוד, בכדי שהפגיעה תוכשר והחוק או סעיפיו לא יבוטלו:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

74. ארבעת התנאים הקבועים בפיסקת ההגבלה הם אם כן:

- הפגיעה בזכות היסוד נעשית בחוק או על פי חוק מכוח הסמכה מפורשת;
- החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל;
- החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה;
- הפגיעה בזכויות היא במידה שאינה עולה על הנדרש.

75. הפגיעה בזכותם של העותרים ואחרים המשתייכים לקבוצת האוכלוסייה שבעניינה הוגשה העתירה, נעשית אמנם על בסיס הוראת השעה, ובכך עונה הוראת השעה על התנאי הראשון. דא עקא, שהיא אינה עונה על שלושת התנאים האחרים הקבועים בפיסקת ההגבלה ולפיכך לעמדת העותרים דינה בטלות.

המשך הפגיעה באוכלוסיית המבוגרים אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל

76. לעמדת העותרים, המשך הפגיעה בהם בפרט ובקבוצת האוכלוסייה אליהם הם משתייכים בכלל, אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, לא כמדינה יהודית ולא כמדינה דמוקרטית.

77. בפסק הדין בע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), בהתייחסו לאופן בו יש לפרש את ערכיה של מדינת ישראל, קבע כב' השופט אילון ז"ל:

פרשנות הערך של מדינת ישראל כמדינה יהודית היא אפוא לפי הערכים של מורשת ישראל ומורשת היהדות, היינו לפי העולה מתוך עיון בפרשנותם של ערכי היסוד במקורות מורשת ישראל ומורשת היהדות. ובדרך פרשנות זו נמלא אחר דבר המחוקק באשר לפירוש הראוי לערך של מדינת ישראל כמדינה יהודית (וראה עוד במפורט מאמרי הנ"ל, בעמ' 670-663, 684-688).

בהקשר לכך מבקש אני להזכיר דברים שאמרנו, וחזרנו ואמרנו, לעניין אופן היזקקותנו למקורות מורשת ישראל על-פי חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980, שחשיבות מיוחדת נודעת להם בבואנו לפרש עתה זכויות יסוד כדי לעגן מטרה דו-ערכית של מדינה יהודית ודמוקרטית. (ההדגשה הוספה, ב.א.).

בהמשך דבריו אף מזהיר כב' השופט אילון וקובע כי:

מושגים ערכיים כגון חירות, צדק, חיי אדם וכבודו, יכול שיינתן להם פירוש מעוות ביותר בנסיבות חברתיות נתונות; ההיסטוריה האנושית אינה חסרה דוגמאות לכך, ובדורנו אנו, דור השואה, זוועות הרייך השלישי ואימת משטרי "אחוות העמים", הגיעו הדברים לשיא שמוח אנושי לא יוכל לכלכלו. ערכיה של מדינה יהודית, ששורשיה שתולים בערכי יסוד של כבוד האדם שנברא בצלם אלוהים, קדושת חייו ומניעת סבלו וייסוריו, שורשים שנתנסו ועמדו בניסיון במשך דורי דורות ושמהם התפרנס ויונק העולם כולו, הם הבטוחה והערובה הנכונות ליישומה הנכון והראוי של הסינתזה של ערכים יהודיים ודמוקרטיים (וראה בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח' [23], בעמ' 783-784, ומאמרו של פרופ' ג' פרוקצ'יה המנוח, "הערות בדבר שינוי תוכנם של ערכי היסוד במשפט" עיוני משפט טו (תש"ן) 377, 378). (ההדגשות הוספו, ב.א.).

78. בהתייחסו לכבוד האדם ולמשמעות המושג "בצלם אלהים עשה את האדם" קובע בית המשפט:

זכות יסוד זו לשלמותו ולשלמו הגופניים והנפשיים של האדם אופי מיוחד לה במשפט העברי, ונובעת היא מהשקפתו היסודית בדבר מקור זכויות האדם לחייו, לגופו ולכבודו:

"יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוהים (בראשית, א, כז). בכך פותחת תורת ישראל, וממנו

מסיקה ההלכה עקרונית יסוד בדבר ערכו של האדם - כל אדם באשר הוא - שוויונו ואהבתו. 'הוא (=ר' עקיבא) היה אומר: חביב אדם שנברא בצלם, חבה יתרה נודעת לו שנברא בצלם, שנאמר (בראשית, ט', ו'): בצלם אלקים עשה את האדם' (משנה, אבות, ג, יד), ובכך מנומק בפסוק אחרון זה איסור שפיכת דמים לבני נוח, עוד בטרם מתן תורה" (פרשת ניימן [12], בעמ' 298).

בריאת האדם בצלם אלוקים יסוד הוא לערך החיים של כל אדם ואדם:

"לפיכך נברא אדם יחידי בעולם ללמד שכל המאבד נפש אחת מן העולם מעלין עליו כאילו איבד עולם מלא; וכל המקיים נפש אחת בעולם, מעלין עליו כאילו קיים עולם מלא" (משנה סנהדרין, ד, ה [מד]; לפי הנוסח ברמב"ם, סנהדרין, יב, ג[מה]; וראה ספרי הנ"ל, המשפט העברי - תולדותיו, מקורותיו, עקרונית, בעמ' 1426 וה"ש 303).

וכך אמרנו במקום אחר (ר"ע 698/86, 151/87, 184היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ואח'; אלמוני - חסוי נ' פלוני ואח' [16], בעמ' 676):

"הכלל הגדול שצריך להנחות את בית המשפט הוא, שאין אנו מוסמכים, ואין אנו רשאים, להבדיל באיזו צורה שהיא בערכו של האדם - בין עשיר לבין עני, בין שלם בגופו לבין בעל מום, בין בריא בנפשו לבין לקוי בשכלו. כל בני האדם, באשר נבראו בצלם אלוהים, שווים הם בערכם ובסגולתם."

בריאת האדם בצלם אלוקים יסוד מוסד היא לערך חיי כל אדם, ומקור היא לזכויות יסוד של כבוד האדם וחירותו (ראה בש"פ 2145/92 [3], בעמ' 724).

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

79. אכן, אין ספק כי השמירה על כבוד האדם וצלמו והחובה לנהוג בו בהגינות ובשוויון הינם ערכים בסיסיים ביותר במורשת ישראל. זאת ועוד, כאשר מדובר בחלשים והנדכאים ביותר בחברה כגון מבוגרים, מקבלים ערכים אלו משנה תוקף, והחברה הסובבת אותם מצווה לשמור על כבודם וצלמם:

רשות מינהלית מוגבלת בהפעלת שיקול דעתה על-ידי ההלכות הכלליות של המשפט המינהלי. עליה לפעול במסגרת סמכותה החוקית; **עליה לשקול את כל השיקולים הרלוואנטיים להשגת תכלית החוק ולהימנע מלשקול שיקולים זרים**; עליה להפעיל את שיקול-דעתה בשוויוניות ולהימנע מהפליה; עליה לנהוג בהגינות וביושר; ועליה לפעול על-פי סטנדרט התנהגות המצוי במיתחם הסבירות. סטנדרט זה משקף, בין היתר, את האיזון

הראוי בין השיקולים הרלוואנטיים השונים. הוראות כלליות אלה חלות על כל המקרים שבהם נתון לרשויות מינהליות שיקול-דעת (בג"ץ 4422/92 שלמה עפרון נגד מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853, פס' 8 לפס"ד של כב' הש' דורנר).

80. דא עקא, שהוראת השעה במתכונתה הנוכחית, הממשיכה ופוגעת בעותרים ובאחרים בגילם, ללא כל צידוק לכאורה, אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל לא כמדינה דמוקרטית ולא כמדינה יהודית. הזכות לשוויון תפסה את מקומה כערך דמוקרטי בעולם בכלל ובמדינת ישראל בפרט כבר לפני עשרות שנים. דוגמאות מובהקות לעניין ניתן למצוא, בין השאר, בהכרזת האו"ם לכל באי עולם בדבר זכויות אדם מיום 10.12.1948, הפותחת בזכות זו, שאף שזורה בה לכל אורכה, ובדברי בית המשפט הנכבד בפסק הדין ד"נ 10/69 בורונובסקי נ' הרב הראשי לישראל כי:

עקרון השוויון, אשר אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה ואשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו, משמעותו, כי יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה. יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה.

81. לפיכך, משעה שהובהר כי הפגיעה בזכויות היסוד של אוכלוסיית המבוגרים אינה משרתת את תכליתה הביטחונית של הוראת השעה, הרי שאין מקום להמשיך את הפגיעה בה ולהפלות את המשתייכים אליה, ובכללם העותרים דכאן, לעומת מבקשים אחרים שמקורם אינו בשטחים. במתכונתה הנוכחית הוראת השעה הינה אפוא מפלה ופסולה, והפגיעה בקבוצת האוכלוסייה שבנדון אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל.

82. ברי כמו כן, כי עם חלוף הזמן, משמעות הפגיעה שפוגעת הוראת השעה שתוקפה מוארך מידי שנה בשנה זה שש עשרה שנים, אך מתחדדת. העותרים, ואחרים במצבם, נוטלים חלק בהליכי אחמ"ש עם בני זוגם וילדיהם שהינם תושבי ישראל ואזרחיה מזה שנים, והם הולכים ומתבגרים. ככל שהשנים חולפות והוראת השעה ממשיכה לחול עליהם, מתעצמת הפגיעה בהם. דא עקא, דווקא בשנים בהם מטבע הדברים, גובר הצורך של אדם מן היישוב ברשת ביטחון בסיסית, נותרים העותרים ואחרים המשתייכים לקבוצת האוכלוסייה שבנדון, ללא רשת ביטחון בסיסית, נטולי זכויות וללא עוגן סוציאלי יציב וכל זאת כאשר אין כל הצדקה בטחונית להמשך הפגיעה הקשה בהם. ההשלכות שיש להותרתם של אנשים בקבוצת האוכלוסייה שבנדון כנטולי זכויות בסיסיות להם זכאים כל מי שחיים בישראל כדין ואינם מהשטחים במקור, אך הולכות ומחריפות עם התקדמות גילם. הזכות לבריאות, הזכות לקצבת זקנה והזכות לקבלת דמי אבטלה הן חלק מהזכויות המאפשרות יציבות בסיסית למי שחי בישראל כדין. על מנת לסבר את האוזן נציין את הידוע ממילא. מציאת מקור פרנסה בגילאים שבנדון מחריף ופעמים רבות שאף ההיזקקות לשימוש בשירותי בריאות גובר בקבוצת הגילאים שבנדון. מן הראוי אם כן, כי מי שהימצאותו בישראל אושרה והוא שוהה בה כדין, יהיה אף זכאי לאגד זכויות בסיסי שיאפשר לו ולבני משפחתו קיום בכבוד מתוך תחושת שייכות מלאה לחברה ולמקום בו הם חיים.

הפגיעה באוכלוסיית המבוגרים לא נועדה לתכלית ראויה

83. בנוסף, ועל אף שבניגוד לעמדת העותרת 3 קבע בית המשפט זה מכבר כי תכליתה של הוראת השעה בכללותה ראויה, לית מאן דפליג כי המשך הפגיעה במי שהפגיעה בו אינה משרתת את תכליתה הבטחונית של הוראת השעה, הוא פסול מן היסוד ויש לחדול ממנו לאלתר. כאמור לעיל, מזה למעלה משנתיים שגורמי הביטחון אינם מצביעים על כל סיכון בטחוני שעולה מאוכלוסיית המבוגרים. אי קיומו של הסיכון הבטחוני מקבוצה זו אף עולה כאמור מסטאטוס ההרשאות של המנהל האזרחי הקובע כי תושבי השטחים בפועל בגילאים שבנדון, רשאים להיכנס באופן יומיומי לתחומי המדינה באין מפריע.

84. העובדה כי מאוכלוסיית המבוגרים לא נובע סיכון מביאה בהכרח למסקנה הבאה. הפגיעה בזכויות היסוד של אוכלוסייה זו ובני משפחתה בהסתמך על הוראת השעה, כאשר אין בנמצא הוכחות מובהקות ומוצקות שיהוו הצדקה ביטחונית לאותה פגיעה, הופכת את הוראת השעה בכל הנוגע לאוכלוסייה שבנדון, לדבר חקיקה שלא נועד לתכלית ראויה ולפיכך לבלתי חוקתית.

הפגיעה בזכויות אוכלוסיית המבוגרים אינה מידתית

85. פועל יוצא מכך שהפגיעה שפוגעת הוראת השעה במתכונתה הנוכחית בקבוצת האוכלוסייה שבעניינה מוגשת עתירה זו אינה משרתת את התכלית העומדת בבסיסה, הינו כי הוראת השעה אף אינה מידתית ופוגעת בעותרים דכאן ובאחרים במצבם, יתר על הנדרש. על מנת לעמוד על הגבול בין פגיעה במסגרת הנדרש לפגיעה העולה על הנדרש, יש להיעזר במבחני המידתיות.

86. על מבחנים אלו עמד בית המשפט בבג"ץ 5016/96 ליאור חורב ואח' נ' שר התחבורה :

הפגיעה בזכות אדם עשויה להיות לתכלית ראויה. עם זאת, היא אינה כדין אם היא מעבר למידה הדרושה. בעוד שמבחן "התכלית הראויה" בוחן את המטרה, הרי מבחן "המידה שאינה עולה על הנדרש", בוחן את האמצעים. זהו מבחן של מידתיות. הוא מקובל בישראל לבחינת שיקול הדעת המינהלי והחוקתי (ראה בג"צ 5510/92 תורקמאן נ' שר הבטחון, פ"ד מח(1) 217; בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412; בג"צ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1; ראה גם סגל, "עילת העדר היחסיות (Disproportionality) במשפט המינהלי", הפרקליט לט 507 (התשנ"א); זמיר, "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", משפט וממשל ב 109 (1994)). באחת הפרשות ציינתי, כי השאלה אותה מציב מבחן ה"מידתיות" הינה :

"אם האמצעים בהם נקט השלטון לשם הגשמת התכלית הראויה עומדים ביחס ראוי למטרה אותה

מבקשים להגשים. עילת המידתיות קובעת כי האמצעים השלטוניים צריכים להתאים להגשמת המטרה, ולא מעבר למה שנדרש לשם הגשמתה של המטרה. עקרון המידתיות נועד להגן על הפרט בפני השלטון. הוא נועד למנוע פגיעה יתירה בחירותו של היחיד. הוא קובע כי האמצעי השלטוני צריך להיגזר בקפידה כדי להלום את הגשמתה של התכלית. בכך בא לידי ביטוי עקרון שלטון החוק וחוקיות השלטון" (בג"צ 3477/95 הנ"ל, בעמ' 11).

למבחן המידתיות שלושה מבחני משנה. כך מקובל הוא במשפט המשווה. כך נפסק גם בישראל (ראה בג"צ 3477/95 הנ"ל, בעמ' 12; ע"א 6821/93 הנ"ל, בעמ' 436). מבחן המשנה הראשון הינו, כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי (fit; geeingnat). האמצעי השלטוני צריך להיות גזור להשגת המטרה אותה השלטון מבקש להשיג. האמצעי שהשלטון נוקט בו צריך להוביל, באופן רציונאלי, להגשמתה של המטרה ("מבחן הקשר הרציונאלי"). מבחן המשנה השני הינו, שהאמצעי השלטוני צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. האמצעי השלטוני הוא ראוי, רק אם לא ניתן להשיג את המטרה על ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר ("מבחן הפגיעה הפחותה"). מבחן המשנה השלישי קובע, כי האמצעי שהשלטון בוחר אינו ראוי, אם פגיעתו בזכות הפרט היא ללא יחס ראוי לתועלת, שהוא מביא בהגשמת התכלית ("מבחן המידתיות במובן הצר").
(ההדגשות הוספו, ב.א.).

וכן :

חוקיותו של אקט שלטוני מותנית אפוא בשאלה אם האמצעי השלטוני הננקט – ואשר מתאים (ראציונאלית) להגשמת מטרה ראויה – פוגע בערכים ובעקרונות הראויים להגנה שלא מעבר למידה הדרושה. הדרישה הינה כי המעשה השלטוני – אשר מתאים להשגת המטרה הראויה – יפגע בעקרונות ובערכים הראויים להגנה במידה הקטנה ביותר, וכי פגיעתו תהא ביחס ראוי לתועלת הצומחת מהשגת המטרה הראויה. מכאן הצורך לבחון את הערכים והעקרונות הראויים להגנה. רק מתוך התייחסות אליהם ניתן לקבוע אם האמצעי הננקט הוא מידתי. במרכזם של ערכים ועקרונות אלה עומדות זכויות האדם (בג"צ

4330/93 גאנץ נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד

(4) 221, פס' 12 לדברי כב' הנשיא (כתוארו אז) ברק).

87. תכליתה של הוראת השעה מוצהרת כביטחונית. ואולם, כאשר אדם בגיל מתקדם דוגמת העותר דכאן "יוצא" מפרופיל קבוצות הסיכון, ובפרט לאחר שחי בישראל במשך שנים ארוכות בהיתר או ברישיון ארעי, ועניינו נבדק על ידי גורמי הביטחון בקפידה שנה אחרי שנה, הרי שהטיעון הביטחוני לגביו איבד את משמעותו לחלוטין.
88. נזכיר, כי במדינת ישראל נקבעו הליכים מדורגים שונים, להסדרת מעמדם של בני משפחה זרים של אזרחים ותושבי קבע (בפרט, בני זוג וילדים של תושבי קבע שנולדו מחוץ לישראל). במהלך ההליכים המדורגים השונים, חי בן המשפחה הזר בישראל באמצעות רישיונות ישיבה ארעיים שונים, עד לקבלת מעמד קבוע (אזרחות או תושבות).
89. ר' לעניין זה: בג"ץ 7139/02 עבאס-בצה נ' שר הפנים; בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים; עע"ם 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן.
90. הוראת השעה מגבילה את ההליך המדורג בין ישראלים לבין בני משפחתם מהשטחים, כך שעל בן המשפחה מהשטחים לעמוד בקריטריונים מיוחדים לשם כניסה להליך לאיחוד משפחות (סעיפים 3, 3א להוראת השעה) ובנוסף, בן זוג מהשטחים לא "יתקדם" בהליך המדורג לרישיון ישיבה קבוע.
91. בכך, נוצר חוסר שוויון בין ישראלים אשר להם בני זוג מהשטחים לבין ישראלים שבני זוגם אינם "תושבי אזור", וכן פגיעה בזכות לחיי משפחה.
92. בית משפט נכבד זה פסק אמנם בבג"ץ 466/07 כי הפגיעה של הוראת השעה בזכויות היסוד של תושבי ישראל ואזרחיה הנשואים המצויים בהליכים לאיחוד משפחות עם תושבי השטחים עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה, ובכלל זה בתנאי המידתיות. ואולם משמתברר כי הפגיעה בתושבי השטחים שהגיעו לגילאים שבנדון אינה משרתת את תכליתה של הוראת השעה, הרי שהפגיעה הטמונה בה אינה מידתית בעליל והאיזון החוקתי נוטה בהכרח לטובת הזכויות הנפגעות.
93. הנה כי כן, הואיל והאמצעי השלטוני הננקט בעניינם של העותרים ואחרים בני גילם, אינו משרת עוד את התכלית הראויה המוצהרת העומדת בבסיס החוק, הרי שהפגיעה אינה עומדת עוד במבחן המשנה הראשון של מבחני המידתיות – מבחן הקשר הרציונאלי.
94. מבחן המשנה השני – הפגיעה הפחותה יותר – אף הוא אינו מתקיים. לאחר שהוכח לאורך שנים ארוכות שלא עולה מאדם סיכון ביטחוני והוא אף הגיע לשלב בו הוא מצטרף לקבוצת האוכלוסייה ממנה לא עולה סיכון, הרי שניתן להשיג את תכלית החוק – הגנה על הביטחון – באמצעות אמצעי שפגיעתו פחותה, היינו לצמצם את הפגיעה אך ורק למי שהפגיעה בו משרתת את תכלית החוק.
95. מאותם טעמים, אף מבחן המשנה השלישי אינו מתקיים בעניינם של העותרים ושל קבוצת האוכלוסייה שבנדון. שכן עם יציאתה של קבוצת האוכלוסייה שבנדון מטווח הגילאים ממנו נובע סיכון לכאורה, לא זו בלבד שהיחס בין פגיעה לתועלת בעניינה כבר אינו ראוי, אלא

שהוא חדל מלהתקיים. בין הפגיעה האנושה בעותרים ושכמותם מחד ולתועלת שאמורה הייתה לעלות מפגיעה זו להגשמת מטרת החקיקה המוצהרת, ניתק כל קשר.

96. הנה כי כן, האמצעי הננקט והאוסר על מוזמנים תושבי השטחים הנוטלים חלק בהליכי אחמ"ש לסיים את ההליך ולקבל רישיונות לשיבת קבע אף כאשר הגיעו לגיל בו לא נובעת מהם קבוצת אוכלוסייה מניעה בטחונית, אינו מידתי. הוא פוגע בזכויות אדם – ובהן הזכות לכבוד, הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון – ודאי וודאי מעבר למידה הדרושה. פגיעה בלתי מידתית זו, דינה בטלות.

חוסר סבירות ושרירותיות

97. קבוצת הנשים והגברים בה עוסקת עתירה זו, ובכללם העותרים דכאן, יצאה מ"פרופיל הסיכון" עם הגיעה לגילאים 50 ו-55 בהתאמה. מדובר באנשים שחייהם בישראל מוסדרים בחלקם באמצעות היתרי שהייה צבאיים ובחלקם באמצעות רישיונות לשיבת ארצי. מדובר במי שהוכיחו שנה אחר שנה לעיתים במשך שנים רבות מאוד, שהם אינם מהווים סיכון ביטחוני, והיתרם לשהייה בישראל מחודש. בכל שנה, כשמחודש היתרם, נחלש עוד ועוד הטיעון הביטחוני בעניינם. עתה, משהגיעו לגילאים האמורים, מתפוגג לו הטיעון הביטחוני בעניינם כליל.

98. לכך יש להוסיף את אמירות בית המשפט באשר להוראת השעה עצמה, ובכלל זה, אמירות באשר לצורך לשוב ולבחון את היקף הפגיעה הנדרש בבני משפחה של ישראלים; לחזור ולבחון את הצרכים הביטחוניים; לנהל דיון מקיף, יסודי ומהותי בחידוש החוק.

99. לאמור אף יש להוסיף את העובדה כי על אף הערות בית המשפט אל המשיבים בפסק דינו בבג"ץ 813/14 הם לא טרחו ליישם הוראות אלו כדבעי. הם הקימו אמנם את הוועדה המשותפת – עניין שאף הביא בין השאר למחיקת סדרת העתירות דהתם – אולם עד לעצם היום הזה לא טרחו המשיבים ליישם את המסקנות המתבקשות שעלו מהנתונים החד משמעיים שהוצגו לוועדה המשותפת בה נציגיהם נטלו חלק. תחת זאת, ועל אף שהתחוויר להם כי המשך הפגיעה באוכלוסייה שבשמה הוגשה העתירה דכאן אינה משרתת את תכלית הוראת השעה כלל ועיקר, הם ממשיכים ומאריכים ביודעין את תוקפה במתכונת הנוכחית המורחבת והפוגענית, כמצוות אנשים מלומדה וכמקדמת דנא.

100. התנהלות זו עומדת בסתירה לאמירות בית משפט נכבד זה בפסק דין גלאון אשר כבר צוינו לעיל, ושלפיהן, תנאי להכשרת הוראת השעה הינה שקילה ובחינה של המציאות לאשורה, עובר להארכת החוק (ר' בין השאר פסקה מ"ח לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין בעניין גלאון לעיל).

101. לאור כל זאת, עמדת העותרים הינה כי הותרתה של הוראת השעה במתכונתה הנוכחית על כנה חרף הפגיעה הקשה בהם ובאחרים המשתייכים לקבוצת המבוגרים, כאשר ברי לאחר שנים בהם הם נוטלים חלק בהליכים לאחמ"ש כי לא נובעת מהם כל סכנה, הן ברמה הפרטנית והן כקבוצה, הרי שהמשך הפגיעה בהם אף אינו עומד בדרישת הסבירות.

סיכומם של דברים

102. העותרים ואחרים במצבם, חיים כדין בישראל במשך שנים רבות, כשבידם היתרי שהייה או לכל היותר רישיונות ישיבה ארעיים. בהגיעם לגיל 50 ו-55 בהתאמה, המגבלה הפוגענית שהטילה עליהם הוראת השעה, אינה משרתת עוד את התכלית הביטחונית לה נועדה. זאת הן בשל יציאתם מפרופיל הסיכון הנובע מתושבי השטחים כמפורט בעתירה והן לאור ההוכחה רבת השנים בדבר היעדר סיכון ביטחוני בעניינם הקונקרטי.
103. בית משפט נכבד זה אמנם הכשיר את הוראת השעה וקבע שהיא עומדת בסטנדרטים החוקתיים, אולם במקביל קבע כי על המשיבים להיות קשובים למציאות המשתנה, כדי לבחון אם הפגיעה עודנה מוצדקת.
104. המשיבים, מצדם, ממשיכים ומתעלמים מאמירות מפורשות חוזרות ונשנות של בית משפט זה אליהם ואף לאחר מתן פסק הדין בסדרת העתירות בבג"ץ 813/14 הם אינם שועים לא להערות בית המשפט אליהם ולא לפניויותיהם הרבות של העותרים אליהם בעניין.
105. הדרישה בעתירה זו פשוטה: לקבוע כי פגיעתה של הוראת השעה באוכלוסיית המבוגרים ובכללם העותרים, אינה חוקתית ולהורות למשיבים ליישם את הערותיו של בית המשפט אליהם בפסק הדין בבג"ץ 813/14 כדבעי ולחדול מהפגיעה הפסולה הלא מידתית והבלתי סבירה שלא לצורך בעותרים ובאחרים במצבם.
106. 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.

10 פברואר, 2019