

- בעניין:
1. מרכז ירושלים לזכויות אדם ע.ר. 580307593
  2. מרכז להדרכה משפטית וחברתית לנשים ע.ר. 580235821
  3. \*\*\*\* ת.ז. \*\*\*\*\*
  4. \*\*\*\* ת.ז. \*\*\*\*\*
  5. \*\*\*\* ת.ז. \*\*\*\*\*
  6. \*\*\*\* ת.ז. \*\*\*\*\*
  7. \*\*\*\* ת.ז. \*\*\*\*\*
  8. \*\*\*\* ת.ז. \*\*\*\*\*
  9. \*\*\*\* ת.ז. \*\*\*\*\*
  10. \*\*\*\* ת.ז. \*\*\*\*\*
  11. \*\*\*\* ת.ז. \*\*\*\*\*
  12. \*\*\*\* ת.ז. \*\*\*\*\*
  13. \*\*\*\* ת.ז. \*\*\*\*\*
  14. \*\*\*\* , ת.ז. \*\*\*\*\*
  15. \*\*\*\* ת.ז. \*\*\*\*\*
  16. \*\*\*\* ת.ז. \*\*\*\*\*
  17. \*\*\*\* ת.ז. \*\*\*\*\*
  18. \*\*\*\* ת.ז. \*\*\*\*\*

ע"י ב"כ עו"ד סאוסן זהר  
המען לצורכי עתירה זו בלבד :  
רחוב אבן בטוטה 12, ת.ד. 20166  
ירושלים 91200  
נייד : 052-6399147 ; פקס : 02-6264770  
דואר אלקטרוני : [sawsanzaher@gmail.com](mailto:sawsanzaher@gmail.com)

נגד

1. **שרת הפנים**  
על ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים  
רחוב צלאח אלדין 29, ירושלים  
טל : 02-6466590 פקס : 02-6467011
2. **הכנסת**  
על ידי הלשכה המשפטית של הכנסת  
הכנסת, קריית בן גוריון, ירושלים  
טל : 02-6408638 פקס : 02-6753495

### עתירה למתן צו על תנאי

### ובקשה למתן צו ביניים ואיחוד דיון

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו על תנאי המורה למשיבים לבוא ולנמק מדוע לא יבוטל חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"ב – 2022 בהיותו בלתי חוקתי.

3	מבוא
5	בקשה למתן צו ביניים ואיחוד דיון
7	פירוט העותרים
9	הוראת השעה המקורית משנת 2003 וההליכים המשפטיים בעניינה
11	הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"ב – 2022
12	ההגבלות בהוראת השעה הנוכחית
12	תכליות החוק
13	הגבלה גורפת על שהייה בישראל לצורך איחוד משפחות
13	הגבלת חיי משפחה משותפים עם ילדים
14	קביעת מניעה ביטחונית גורפת
15	התחולה הרטרואקטיבית של הוראת השעה וזמניותה
15	שלילת מעמד גורפת בשל "הפרת אמונים"
16	החריגים בחוק
16	מיצוי הליכים
17	חוק קבוע פוגעני וגזעני בחסות כותרת של "הוראת שעה"
19	תכליות הוראת השעה
19	התכלית הדמוגרפית
22	התכלית הביטחונית אינה מבססת צורך ביטחוני
26	ההשלכות של הוראת השעה
28	השלכות הוראת השעה על ילדים בגילאים 14-18
32	השלכות הוראת השעה על מעמדם האזרחי של התושבים הפלסטינים בירושלים
35	הפגיעה בזכויות החוקתיות
36	הפגיעה בזכות החוקתית לחיי משפחה ומימושה במדינת ישראל
37	הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון המגיעה לכדי הפליה פסולה על רקע לאום
39	הפגיעה בזכויות הילדים
40	איסור הפליה ופגיעה בכבוד של בני המשפחה תושבי השטחים הכבושים
42	הפגיעה בזכויות היסוד עקב התחולה הרטרואקטיבית של החוק
43	תחולת הוראות המשפט הבינלאומי על השטחים הכבושים לרבות על מזרח ירושלים
43	עקרון איסור ההפליה במשפט הבינלאומי לזכויות אדם חל גם במצבי חירום
46	המשפט הבינלאומי ההומניטארי
47	פשע האפרטהייד והרדיפה במשפט הבינלאומי הפלילי
49	השימוש לרעה בסמכות המחוקקת ודרישת ההסמכה ב"חוק"
53	תכליות החוק אינן ראויות
53	התכלית הדמוגרפית אינה ראויה
56	התכלית הביטחונית אינה מבססת צורך ביטחוני

57 ..... לסיכום התכליות

58 ..... **מבחני המידתיות**

58 ..... מבחן הקשר הרציונאלי

59 ..... המבחן השני – האמצעי הפחות פוגעני

64 ..... מבחן המידתיות השלישי – המבחן הצר

## מבוא

1. עתירה זו תוקפת את חוקתיות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"ב – 2022 שאושרה בכנסת ביום 10.3.2022 ופורסמה ברשומות ביום 15.3.2022 אשר אוסרת על איחוד משפחות בין אזרחים ותושבים ערבים-פלסטינים לבין בני זוגם/ן תושבי השטחים הכבושים ותושבי ואזרחי מדינות המנויות בתוספת והמוגדרות כמדינות אויב.
2. למרות שמדובר בהוראה הדומה להוראת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג – 2003 אשר חוקתיותה נדונה בעבר על ידי בית משפט נכבד זה, אך מדובר בהוראה חדשה המחייבת ביקורת שיפוטית חדשה ואף שונה. שכן, הוראת השעה משנת 2003 פגה לאחר שלא צלחה הצבעת רוב בכנסת בחודש יולי 2021 ומאז עד לאישור הוראת השעה הנוכחית בחודש מרץ 2022, המצב המשפטי הוחזר למצב שקדם להוראת השעה משנת 2003, היינו החלת ההסדרים הרגילים של התאזרחות מכח חוק האזרחות, התשי"ב – 1952 וחוק הכניסה לישראל, התשי"ב – 1952. למרות הדימיון הרב בין שתי הוראות השעה, אך התווספו סעיפים עוד יותר מגבילים ועוד יותר פוגעניים בהוראת השעה הנוכחית.
3. נבקש לציין, כי כנגד חוקתיות הוראת השעה הנוכחית הוגשה עתירה בבג"ץ 1777/22 **עדאלה נגד שרת הפנים**. העותרים כאן מסכימים לטיעונים המועלים בה אך מבקשים להתמקד בהשלכות הוראת השעה על תושבי הקבע הפלסטינים בירושלים וזאת בשל מצבם הייחודי כתושבים ילידים מצד אחד אך היותם תושבים מוגנים החיים תחת כיבוש ישראלי מאז 1967 מצד שני.
4. לראשונה, קובעת הוראת השעה הנוכחית באופן מוצהר כי התכלית הדומיננטית של האיסור על איחוד משפחות, היא תכלית דמוגרפית-אידאולוגית, זו המבוססת על עליונות אתנית המבקשת לשמר רוב יהודי. בשם עליונות זו מוצדק לפגוע בזכויות הבסיסיות ביותר של מימוש אהבה, נישואין, קיום חיי משפחה תחת קורת גג אחת עם בני זוג וילדיהם ומאלצת מזה 19 שנים רצופות אלפי משפחות להתגורר תחת פחד מתמיד של הפרדת התא המשפחתי, של מימוש חיי האהבה והולדת ילדים וקיום חיים נורמליים. כל זאת, לשם השליטה הדמוגרפית על מספר הפלסטינים הנכנסים לישראל לצורך השתקעות עם בחירי ליבם ומשפחתם לצורך שימור העליונות הדמוגרפית של הרוב היהודי.
5. בחינת תכלית דמוגרפית זו אינה יכולה להיות מנותקת ממכלול הנסיבות הפוליטיות והמשפטיות הנוגעות למצבם ומעמדם האזרחי של התושבים הפלסטינים בירושלים מאז הכיבוש בשנת 1967 ועד היום. כיבוש העיר וסיפוחה לישראל הוביל להחלת חוק הכניסה לישראל, התשי"ב – 1952 על התושבים הילידים והסדרת מעמדם נעשתה על פי חוק זה שמלכתחילה נועד להסדיר את מעמדם של "זרים".

תחולת החוק הובילה לפקיעת תושבותם של עשרות אלפי פלסטינים בירושלים. בנוסף, מציאות חייהם של התושבים וזיקתם החברתית, משפחתית ותרבותית לתושבי הגדה המערבית הכבושה, הובילה ליצירת קשרי נישואין של אלפי בני זוג מקרב תושבי הקבע עם בחירי ליבסן מהגדה. כך שלא במקרה כי רוב הבקשות לקבלת מעמד לצורך איחוד משפחות, מוגשות על ידי תושבי הקבע הפלסטינים. האיסור על איחוד משפחות שעוגן בהוראת השעה בשנת 2003 והוארך מאז מידי שנה ל-19 שנים ברציפות, הוביל לא רק לפגיעה בזכויות החוקתיות לשוויון, כבוד וחיי משפחה אלא גם להפרדה בפועל בין בני המשפחה, אילוץ לעבור ולהתגורר בגדה או אף בחו"ל, ובכך לאיבוד מעמד התושבות. עיגון הוראת השעה הנוכחית הפך אם כן לכלי דמוגרפי מצטבר המשפיע על מעמדם האזרחי של התושבים הפלסטינים בירושלים.

6. מאז עיגון האיסור על איחוד משפחות בשנת 2003 עד היום לאחר אישורה של הוראת השעה הנוכחית, הפך חוק זה להיות אחד החוקים הגזעניים ביותר המכוון לפגיעה בזכויותיהם של האזרחים והתושבים הערבים-פלסטינים בישראל. ראשית, הוראת השעה מחילה דוקטרינה גורפת של "נתיני אויב" כלפי בני זוגם ובני משפחתם של האזרחים והתושבים בישראל לפיה הם נצפים כ"סיכון ביטחוני" ללא קשר למעשיהם או אף להשקפתם וזאת אך ורק בשל היותם פלסטינים. שנית, היא מייצרת מסלולי התאזרחות על בסיס אתני ולאום לאזרחים והתושבים הערבים לחוד ולאזרחים היהודים לחוד. מקום בו חוק השבות, התשי"י – 1950 מזכה במסלול התאזרחות אוטומטית ליהודים שהם בני זוג של אזרחים יהודים בישראל; פסק הדין בבג"ץ 3648/97 סטמקה נגד שר הפנים, פד"י נג(2) 728 (1999) החיל שוויון גמור בהליך התאזרחות גם לגבי מי שאינם יהודים עם בני זוג יהודים אזרחי ישראל; אך מאז עיגון האיסור על איחוד משפחות בשנת 2003, נוצר מסלול אתני ולאומי נפרד אך לא שווה לגבי בני זוגם הפלסטינים-ערבים של האזרחים והתושבים הערבים-פלסטינים בישראל.

7. יצירת מסלולים אתניים נפרדים אך לא שווים בהתאזרחות תוך פגיעה גורפת בזכויות חוקתיות בסיסיות ביותר באמצעות חוק דמוגרפי גזעני, אינה יכולה להיעשות באמצעות הוראת שעה זמנית שמתארכת מידי שנה מאז 2003. לאור התחולה הרטרואקטיבית של הוראת השעה הנוכחית על התקופה בה פג תוקף הוראת השעה משנת 2003 (יולי 2021 עד מרץ 2022), הרי האיסור הגורף הני"ל, תקף מזה 19 שנים ברציפות והפך מעצמו לנורמה קבועה. לא זו בלבד, אלא שמהליך חקיקת הוראת השעה הנוכחית ניתן ללמוד על כוונת המחוקק כי עיגון גורף זה נועד להיות קבוע תחת האצטלה של הוראת שעה זמנית וזאת עד לסיום הכיבוש וכי העיגון "הזמני" לכאורה של החוק נועד אך ורק על מנת "לעקוף" את בחינת המידתיות במסגרת הניתוח החוקתי של בג"ץ כנגד הוראה זו, וזאת כפי שהיה בעבר. נטען בעתירה כי בכך עשתה הכנסת "שימוש לרעה בסמכות המחוקקת" ופגעה בעקרון שלטון החוק. כמו כן נטען כי "חוק זמני" בנסיבות דנן, אינו עונה על הגדרת "חוק" בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובשל כך בלבד יש לבטל את הוראת השעה הנוכחית.

8. יחד עם זאת, הניתוח החוקתי בעתירה ממשיך בעניין מבחני המידתיות. נטען כי התכלית הדמוגרפית אינה ראויה; התכלית הביטחונית אינה מבססת כל צורך ביטחוני כנטען על ידי המדינה; לא הוכח כל קשר רציונאלי בין האיסור הגורף על איחוד משפחות לבין השגת התכליות וכי מכלול הוראות השעה אינן עומדות בשלושת מבחני המידתיות.

## בקשה למתן צו ביניים ואיחוד דיון עם בג"ץ 1777/22

1. בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו ביניים המורה למשיבים להקפיא את יישום סעיף 15(ג) לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"ב – 2022 (להלן: "הוראת השעה הנוכחית") אשר מורה על תחולתה הרטרואקטיבית של הוראת השעה הנוכחית החל ממועד פקיעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג – 2003 ביום 6.7.2021 ועד ליום פרסום הוראת השעה נשוא בקשה זו, היינו עד ליום 15.3.2022. בתקופה בה מוקפא יישומו של סעיף 15(ג) להוראת השעה, מבוקש כי הבקשות לאיחוד משפחות ושדרוג מעמד שהוגשו בין 6.7.2021 עד ליום 15.3.2022 יטופלו לפי הנהלים הרגילים בווק האזרחות, התשי"ב – 1952 וחוק הכניסה לישראל, התשי"ב – 1952 המסדירים את הליך התאזרחותו של בן זוג של אזרח/תושב ישראל.

2. כפי שיפורט בהרחבה להלן, האיסור על כניסה לישראל של פלסטינים מהשטחים הכבושים וכן תושבי המדינות המנויות בתוספת להוראת השעה (איראן, עיראק, סוריה ולבנון) לצורך איחוד משפחות, עוגנה לראשונה בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג – 2003 (להלן: "הוראת השעה המקורית") אשר אושרה בשנת 2003 לתקופה זמנית והוארכה מאז מידי שנה וברציפות לתקופה של 18 שנים. כנגד הוראות השעה המקורית על תיקוניה הוגשו שתי עתירות חוקתיות. למרות ששתי העתירות נדחו על ידי בג"ץ ברוב דחוק של 5-6, אך נקבע בהן ברוב דעות כי הוראת השעה המקורית פוגעת בזכויות החוקתיות לחיי משפחה; למימוש זכות זו בתוך ישראל; לשוויון ולכבוד. (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נגד שר הפנים** (ניתן ביום 14.5.2006) וכן בג"ץ 466/07 **גלאון נגד שר הפנים** (11.1.2012)).

3. ביום 6.7.2021 פקע תוקף הוראת השעה המקורית לאחר שההארכה שהובאה לאישור הכנסת לא צלחה בהצבעת רוב. עם פקיעת תוקפה והחזרת המצב המשפטי למצב ששרר עובר להוראת השעה בשנת 2003, הגישו משפחות רבות בקשות לאיחוד משפחות או שדרוג מעמד. מנתוני רשות האוכלוסין וההגירה שהועברו בכתב לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת ביום 28.2.2022 עלה, כי בתקופה בה פג תוקף הוראת השעה המקורית, הוגשו 2,800 בקשות לאיחוד משפחות. כמו כן הוגשו 4,000 בקשות לשדרוג מעמד מהיתר מת"ק להיתר רישיון ישיבה ארעי מסוג א/5 וכן הוגשו 900 בקשות לשדרוג מעמד מרישיון ישיבה ארעי לרישיון קבע. וכן עולה כי מבין אותן בקשות, 77 בקשות אושרו. מכלל בקשות אלו, הוגשו על ידי העותר מס' 1, 234 בקשות לשדרוג מעמד וכן 11 בקשות לאיחוד משפחות שנגעו כולן לבני זוג שאחד מהם הוא תושב קבע פלסטיני ממזרח ירושלים.

\*\* רצ"ב העתק מסמך הנתונים שהוגש על ידי רשות האוכלוסין וההגירה אל ועדת החוץ והביטחון ביום 28.2.2022, מסומן **ע/1**.

\*\* וכן רצ"ב טבלת הבקשות שהוגשו על ידי העותר מס' 1 בתקופה בה תוקף הוראת השעה המקורית, מסומן **ע/2**.

4. כידוע, למרות השינוי במצב המשפטי, המשיבה מס' 1 המשיכה במדיניות הטיפול בבקשות הנ"ל כאילו הוראת השעה המקורית היתה עודנה בתוקף והרוב המכריע של הבקשות לא טופל וכך. בשל כך הוגשה עתירה מנהלית על ידי ארגוני זכויות אדם אשר דרשה כי אותן בקשות יידונו לפי הנהלים הרגילים הקבועים בחוק האזרחות, התשי"ב – 1952 וחוק הכניסה לישראל, התשי"ב – 1952 (עת"מ 25402-09-21 פלוני נגד שרת הפנים (ניתן ביום 15.11.2021)). לאחר שניתנה החלטה שלא להוציא צו ביניים בעתירה מנהלית זו, הוגש ערעור לבית המשפט העליון אשר פסק כי "על המשיבים לפעול בגדרו של הדין הקיים בלבד, ואין הם רשאים לפעול יותר על-פי הוראת השעה או הנהלים שהוצאו מכוחו, כל עוד חוק זה אינו בתוקף." (בר"ס 7917/21 ח'טיב נגד שרת הפנים, פסקה 15 לפסק הדין (פסק דין מיום 11.1.2022)).

5. סעיף 15(ג) להוראת השעה הנוכחית, החיל את האיסור הגורף על איחוד משפחות באופן רטרואקטיבי גם על התקופה בה פג תוקף החוק. תחולה רטרואקטיבית זו פוגעת בזכויות החוקתיות כפי שנקבעו בעניין **עדאלה וגלאון**; וכן פוגעת באינטרס ההסתמכות שהיה למגישי הבקשות בעת הגשתן כאשר נסמכו על המצב המשפטי שהיה תקף בחודשים אלו ואשר אפשר בחינה פרטנית של הבקשות. בכך גורמת תחולה רטרואקטיבית זו לפגיעה בזכויות החוקתיות, לעוול ואי צדק לכלל המשפחות. כמו כן, התחולה הרטרואקטיבית פוגעת בעקרון שלטון החוק שמחייב יציבות במצב המשפטי ומכשירה בדיעבד יישום מדיניות ממשלתית גורפת בהעדר סמכות. העובדה כי בית המשפט העליון קבע את דברו בעניין **ח'טיב** לעיל, מחזקת מסקנה זו.

6. בהקשר זה נפנה לבג"ץ 9098/01 **ילנה גניס נגד משרד הבינוי והשיכון**, נט(4) 241 (2004), שם דן בית המשפט העליון בחוקתיות סעיף 20 לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנת 2001) (תיקון, ביטול והתליה של חקיקה שמקורה בהצעות חוק פרטיות), התשס"א – 2002 אשר השעה את תוקפו של חוק הלוואות לדיור (תיקון מס' 5), תשס"א – 2001 שהקנה זכאות לקבלת מענקים לסובלים ממצוקת דיור. תחולת סעיף 20 החלה מספר חודשים לאחר תיקון מס' 5 ונקבעה למפרע ליום תחילת תוקפו של תיקון מס' 5 וכך גרמה לפגיעה חמורה בכל הזכאים בתקופה בה היה תיקון מס' 5 בתוקף. בעניין זה נקבע כי תחולה רטרואקטיבית של חוק עלולה לגרום "עוול ואי-צדק" והיא פוגעת בעקרון שלטון החוק, וכך קבע השופט חשין:

"החזקה (הפרזומפציה) הינה, כי חוק אינו פועל למפרע... תפיסת היסוד הינה, כי "החלת חוק חדש על עיסקה שתמה ונשלמה לפני צאת החוק, והנוגעים בדבר עשו והשלימו אותה בסומכם על הדין שהיה נוהג אותה שעה, עלולה לגרום עוול ואי-צדק"... חקיקה רטרואקטיבית או רטרואקטיבית נוגדת "מושגים מקובלים של צדק"... והחזקה נגד חקיקה זו דרושה למען עשיית צדק. עקרון שלטון החוק דורש ודאות וביטחון ביחסים הבין-אישיים. חקיקה למפרע פוגמת בשני אלה... היא אינה מאפשרת תכנון מראש של ההתנהגות, ולפיכך פוגעת גם ביציבות של המשפט..." (פסקה 23 לחוות דעתו).

7. לאור זאת, מבוקש להוציא צו ביניים אשר יקפיא את יישום סעיף 15(ג) להוראת השעה הנוכחית וזאת עד להכרעה בעתירה באופן שיאפשר בחינה פרטנית של כל כל הבקשות שהוגשו בתקופה בה פג תוקף

הוראת השעה המקורית, היינו מיום 6.7.2021 ועד למועד פרסום הוראת השעה הנוכחית, היינו עד לתאריך 15.3.2022, לפי הנהלים הרגילים.

8. הטיעונים המפורטים בעתירה להלן מהווים חלק מהבקשה למתן צו ביניים. כמו כן, הואיל וטעמי הבקשה מבוססים על נימוקים משפטיים גרידא, יסתפקו המבקשים בתצהירים המצורפים לעתירה.

9. ביום 13.3.2022 הוגשה עתירה ראשונה כנגד חוקתיות הוראת השעה הנוכחית ומספרה בג"ץ 1777/22. הואיל וגם עתירה זו תוקפת את חוקתיות אותה הוראת שעה, מבוקש בזאת לאחד את הדיון עם בג"ץ 1777/22.

## העותרים

1. העותר מס' 1 רשום כעמותה כדין ועיקר פעילותו היא הגנה וקידום זכויותיהם של התושבים הפלסטינים במזרח ירושלים. בין היתר הוא פועל לייצוג וסיוע למשפחות נפגעי הוראת השעה. משנת 2013 עד ליום 31.3.2022 ייצג ו/או סייע העותר מס' 1 בכ- 3,000 בקשות הנוגעות לאיחוד משפחות ושדרוג מעמד, מהם 234 בקשות לשדרוג מעמד, 11 בקשות לאיחוד משפחות ו- 112 בקשות לרישום ילדים וזאת בתקופה בה פג תוקף הוראת השעה. העותר מס' 2 רשום כעמותה כדין, והוא מרכז פמיניסטי המעניק סיוע משפטי וסוציאלי לנשים הן בירושלים והן בגדה המערבית ובין היתר מטפל בתלונותיהם של נשים נפגעות הוראת השעה הן בירושלים והן בגדה המערבית. בנוסף, העותרים 1-2 פועלים במישור הסגור הבינלאומי כנגד הוראת השעה אל מול הוועדות האחראיות על יישומי האמנות הבינלאומיות לזכויות אדם של האו"ם.

2. העותרים מס' 3 עד 18 הם בני זוג ומשפחות הנפגעים מהוראת השעה. העותרת מס' 3, \*\*\*\*\* היא ילידת 1993 מהגדה המערבית. בשנת 2016 היא נישאה לבחיר ליבה \*\*\*\*\* , לבני הזוג ילדה בת 4 שנים והם מתגוררים בירושלים. בעקבות נישואיה היא עברה לגור עם בן זוגה בירושלים וקיבלה היתר מת"ק רק בשנת 2019. היא רוקחת במקצועה, עובדת בבית חולים אלמקאסד בירושלים. לצורך קבלת רישיון ברוקחות בישראל, היא ניגשה למבחן על פי פקודת הרוקחים (נוסח חדש), התשמ"א – 1981, עברה אותו בהצלחה אך בקשתה לקבל את הרישיון בפועל נדחתה על ידי האגף לרישוי מקצועות רפואיים במשרד הבריאות וזאת בשל החזקתה במעמד היתר שהייה בלבד. בהעדר רישיון ישיבה ארעי (א/5) או רישיון קבע, היא לא תוכל לקבל את הרישיון ויאסר עליה לעסוק כרוקחת בישראל. בקשתה לשדרוג מעמד בתקופה בה פג תוקף החוק, לא טופלה לאור מדיניות משרד הפנים בתקופה זו.

\*\* רצ"ב המסמכים הנוגעים לעותרת מס' 3 לרבות תשובת משרד הבריאות על דחיית הענקת רישיון ישראלי במקצוע הרוקחות, מסומנים ע/3.

3. העותרת מס' 4 \*\*\*\*\* היא ילידת 1985 בעלת אזרחות ישראלית ותושבת ירושלים. בשנת 2013 היא נישאה \*\*\*\*\* , יליד 1976 ותושב בית ג'אלא בגדה ולבני הזוג 3 ילדים בגילאים 7, 3

וחצי שנה. \*\*\*\*\* עובדת ב"עזריאלי מכללה אקדמית להנדסה" בירושלים בתפקיד רכות הדרכה לסטודנטים הערבים. בן זוגה עובד אלומניום בחברת \*\*\*\*\* בבית ג'אלא. בשנת 2015 קיבל לראשונה היתר מת"ק וביום 24.7.2021 הגיש באמצעות העותר מס' 1 בקשה לשדרוג מעמד מהיתר שהייה זמני (מת"ק) לרישיון ארעי. אך בקשתו לא טופלה לאור יישום מדיניות המשיבה בתקופה בה פג תוקף הוראת השעה.  
\*\* רצ"ב המסמכים הנוגעים לעותרת מס' 4, מסומנים ע/4.

4. העותרים 5-6, \*\*\*\*\* , \*\*\*\*\* , \*\*\*\*\* : \*\*\*\*\* היא תושבת הגדה, ילידת 1984, רופאת שיניים במקצועה. בשנת 2007 נישאה לבחיר ליבה \*\*\*\*\* תושב ירושלים. לבני הזוג 3, ילדה ילידת 2014 ותאומים ילידי 2018 והמשפחה מתגוררת בבית חנינה בירושלים. \*\*\*\*\* הוא חוקר בכיר במדעי מוח בפקולטה לרפואה בהדסה עין כרם. \*\*\*\*\* עובדת במרפאת שיניים ברמלה אך הואיל ויש לה היתר מת"ק בלבד, אין היא רשאית לעסוק בתור רופאה במרפאה. לאחר נישואיהן, נסעו בני הזוג לארה"ב לצורך השלמת לימודי תואר שלישי רפואה של \*\*\*\*\* ועם חזרתם היא קיבלה היתר מת"ק לראשונה בשנת 2015. ביום 3.8.2021 הגישו בני הזוג בקשה לשדרוג מעמדה של \*\*\*\*\* לרישיון ארעי או תושב קבע, אך לאור יישום מדיניות המשיבה מס' 1 בתקופה בה פג תוקף החוק, בקשתו לא טופלה.  
\*\* רצ"ב המסמכים הנוגעים לעותרים 5-6, מסומנים ע/5.

5. העותרים 7-8, \*\*\*\*\* : \*\*\*\*\* הוא יליד 1974 ותושב בית לחם בגדה. בשנת 1999 הוא נישא לבחיר ליבו \*\*\*\*\* , ילידת שנת 1981 ותושבת קבע בירושלים. בני הזוג מתגוררים בצור באהר בירושלים ולהם 4 ילדים בני 21, 19, 15, 11. \*\*\*\*\* הוא חשמלאי ומפרנס יחיד במשפחה שכן אשתו \*\*\*\*\* סובלת מלקות בראייה, נושאת עימה תעודת עיוור ועברה אירועים מוחיים תוך שנה וחצי. \*\*\*\*\* יש היתר מת"ק משנת 2010 ובקשתו לשדרוג מעמד בתקופה בה פג תוקף הוראת השעה לא טופלה עקב מדיניות המשיבה מס' 1.  
\*\* רצ"ב המסמכים הנוגעים לעותרים 7-8 מסומנים ע/6.

6. העותרת 9, \*\*\*\*\* : \*\*\*\*\* היא תושבת קבע בירושלים, ילידת 1993. בשנת 2011 היא נישאה לבחיר ליבה \*\*\*\*\* , תושב הגדה ויליד 1988. לבני הזוג 4 ילדים, בגילאים 10, 8, 6, ושנתיים. הילד בן השנתיים, סובל מדימום במוח ושבר בגולגולת ודימום בעיניים. בקשתו של \*\*\*\*\* לקביעת תור לצורך קבלת מעמד בישראל מיום 8.8.2021 נדחתה בשל היותו מתחת לגיל 35. \*\*\*\*\* עובד בעבודות מזדמנות ובת זוגו מינאס נאלצת לטפל בילדיה לבד נוכח מצבו הבריאותי של הבן הצעיר.  
\*\* רצ"ב המסמכים הנוגעים לעותרת 9, מסומנים ע/7.



7. העותרים 10-11, \*\*\*\*\* : \*\*\*\*\* היא תושבת קבע, ילידת 1996. בשנת 2014 היא נישאה לבחיר ליבה \*\*\*\*\* , תושב הגדה, יליד 1991. לבני הזוג 3 ילדים בגילאים 6, 3 ושנה. ביתה הבכורה נולדה בארה"ב בשנת 2016 והיא סובלת מאוטיזם. \*\*\*\*\* עובד עצמאי ברמאללה ו\*\*\*\*\* היא עקרת ילד. בקשת בני הזוג לקביעת תור לקבלת מעמד בישראל שהוגשה ביום 10.8.2021 לא טופלה הואיל ומוחמד טרם הגיע לגיל 35.  
\*\* רצ"ב המסמכים הנוגעים לעותרים 10-11, מסומנים ע/8.
8. העותרים 12-13, \*\*\*\*\* : \*\*\*\*\* היא תושבת קבע, ילידת 1997. בשנת 2015 היא נישאה לבחיר ליבה \*\*\*\*\* , תושב הגדה ויליד 1992. היא עקרת בית ובן זוגה אינו עובד. הוא סובל מנכות פיזית קשה עקב פגיעה ברגלו ומתקשה בניידות ובהליכה. לבני הזוג 2 ילדים בגילאים 4 ו- 2. בקשתם לקביעת תור לקבלת מעמד בישראל מיום 14.8.2021 לא טופלה הואיל וטרם הגיע לגיל 35.  
\*\* רצ"ב המסמכים הנוגעים לעותרים 12-13, מסומנים ע/9.
9. העותרים 14-15, \*\*\*\*\* : \*\*\*\*\* היא תושבת קבע, ילידת 1995. בשנת 2014 היא נישאה לבחיר ליבה \*\*\*\*\* , תושב הגדה, יליד 1988. לבני הזוג 4 ילדים בגילאים 6, 5, 2 ו-4 חודשים. הבעל עובד כאופה וחנאן עקרת בית. בקשתם לקביעת תור לקבלת מעמד בישראל שהוגשה ביום 16.8.2021 לא טופלה הואיל וטרם הגיע לגיל 35.  
\*\* רצ"ב המסמכים הנוגעים לעותרים 14-15, מסומנים ע/10.
10. העותרת מס' 16, \*\*\*\*\* : \*\*\*\*\* היא תושבת הגדה, ילידת 1962. בשנת 2000 היא נישאה לבחיר ליבה, \*\*\*\*\* , שהוא תושב קבע. בשנת 2015 היא קיבלה לראשונה היתר מת"ק ומאז הוא מתחדש. היא מתגוררת בירושלים עם בן זוגה ושניהם לא עובדים, שכן בן זוגה סובל ממוגבלות, ממחלת סכרת, לב ולחץ דם. לבני הזוג ילדה בת 11. בקשתה לשדרוג מעמד שהוגשה ביום 17.7.2021 לא טופלה. ביום 1.2.2022 ולאחר אישור נוהל משרד הפנים מספר 5.2.0080 אשר אפשר שדרוג מעמד לאלה שמעל לגיל 50 ושוהים בישראל לפחות 5 שנים, היא סברה סוף כל סוף כי תוכל לשדרג את מעמדה אך אישור הוראת השעה הנוכחית והעלאת רף תקופת השהייה המינימאלית ל- 10 שנים, מונעת ממנה כעת לשדרג את מעמדה ל- א/5.  
\*\* רצ"ב המסמכים הנוגעים לעותרת מס' 16, מסומנים ע/11.
11. העותרים 17-18, \*\*\*\*\* : \*\*\*\*\* הוא תושב הגדה ויליד 1961. בשנת 1985 הוא נישא לבחירת ליבו \*\*\*\*\* , תושבת קבע וילידת שנת 1966. בני הזוג מתגוררים בכפר עקב ולהם 9 ילדים בגילאים 34, 33, 32, 29, 28, 25, 24, 21 ו- 18. בשנים 1994 ו- 2010 הוא קיבל היתר מת"ק. בין השנים 2010-2014 הוא נכלא בעקבות ביצוע עבירות פליליות ולאחר שחרור הגיש בקשה חדשה לקבלת אשרת מת"ק שאושרה עבורו. \*\*\*\*\* היא עקרת בית \*\*\*\*\* אינו עובד שכן הוא חולה במחלת הסרטן ומטופל בבית החולים הדסה. הוא אובחן כסובל מלימפומה מסוג פוליקולרי מפושתת. לפי אישור רפואי מהדסה מיום

6.4.2022 "המצב והטיפול גורמים לדיכוי חיסוני, חולשה ועייפות כרונית". לצורך קבלת הטיפול בהדסה, הוא רשאי לעבור אך ורק דרך מחסום קלנדיה שידוע בצפיפותו ובאורך הזמן הממושך בו נאלץ מבקש המעבר להמתין על מנת שיוכל לעבור בכניסה לירושלים, דבר אשר גורם לו לסבל רב לאור מצבו הרפואי. ביום 28.3.2022 הגיש בקשה לשדרוג מעמד אך הואיל וטרם מלאו לו 10 שנות שהות בירושלים, כדרישת הוראת השעה הנוכחית, ככל הנראה בקשתו תסורב.

**\*\* רצ"ב המסמכים הנוגעים לעותרת מס' 17-18, מסומנים ע/12.**

### **הוראת השעה המקורית משנת 2003 וההליכים המשפטיים בעניינה**

12. ההגבלה הגורפת על איחוד משפחות בין האזרחים והתושבים הערבים – פלסטינים לבין בני משפחתם מהשטחים הכבושים ומדינות ערב, עוגנה לראשונה בהחלטת הממשלה מס' 1813 מתאריך 12.5.2002. כנגד החלטה זו הוגשו עתירות בהן נטענה הפגיעה הגורפת בזכויות החוקתיות לחיי משפחה ושוויון בהעדר הסמכה מפורשת בחוק. בעתירות ניתן צו על תנאי אך הוא בוטל בפסק דין מיום 11.1.2007 וזאת בעקבות עיגון האיסור בהוראת שעה בשנת 2003 (ראו: בג"ץ 4022/02 **האגודה לזכויות האזרח נגד שר הפנים**) (ניתן ביום 11.1.2007).

13. ביום 31.7.2003 אישרה הכנסת את חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג – 2003 (הוראת השעה המקורית) אשר החיל את האיסור על איחוד משפחות בין אזרחים ותושבים עם בני זוג פלסטינים תושבי השטחים הכבושים. סמוך לאחר אישור הוראת השעה, הוגשו מספר עתירות נגד חוקתיותה והן נדונו בבג"ץ 7052/03 **עדאלה נגד שר הפנים** (פסק דין מיום 14.5.2006) (להלן: "**עניין עדאלה**"). בפסק הדין בעניין **עדאלה** נקבע כי הזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית ומהווה חלק מהזכות החוקתית לכבוד וכי קיימת זכות חוקתית לממש את חיי המשפחה בתוך מדינת ישראל וכי זכות זו נפגעה; וכן נקבע ברוב דעות כי הזכות לשוויון בהיותה זכות חוקתית נפגעה אף היא. בסופו של דבר העתירות נדחו ברוב דחוק של 5-6 שופטים וזאת לאחר שהשופט לוי שסבר כי החוק הוא בלתי חוקתי הצטרף לעמדת המשנה לנשיא חשין מהנימוק שהחוק זמני והוא אמור היה לפוג חודשיים לאחר מתן פסק הדין, היינו ביום 31.7.2006. השופט לוי קבע כי על המדינה לבצע שינויים בהוראת השעה שיבטיחו בדיקה פרטנית של סיכון ביטחוני עבור כל מבקש (סעיף 9 לחוות דעתו) והעמיד בפני המשיבים תקופה של 9 חודשים בכדי להעביר הסדר מקל יותר ופחות פוגעני בזכויות החוקתיות. נדגיש, כי השופטים, גם אלו שהצטרפו לעמדת המשנה לנשיא חשין, התבססו בנימוקיהם על זמניותו של החוק.

14. במקום להקל בפגיעה בזכויות, המשיכו המשיבים להאריך את הוראת השעה המקורית. בשנת 2007 אף הורחב האיסור על איחוד משפחות והוחל גם על תושבי ואזרחי המדינות המנויות בתוספת (עיראק, איראן, סוריה ולבנון). כנגד תיקון זה הוגשו עתירות נוספות והן נדונו בבג"ץ 466/07 **גלאון נגד שר הפנים** (פסק דין מיום 11.1.2012) (להלן: "**עניין גלאון**"). גם בעניין **גלאון** נקבע ברוב דעות כי הוראת השעה פוגעת בזכויות חוקתיות אך השופטים נחלקו לגבי מידתיותו. גם כאן, חלק מהשופטים ביססו את חוות דעתם על סמך זמניותו של החוק.

15. יש לציין, כי בשנת 2017 עקב עתירה שהוגשה בדרישה לשדרוג מעמדם של מי שהגישו את בקשותיהם לפני אישורה של הוראת השעה המקורית, שודרג מעמדם של כ-1,600 בעלי היתר מת"ק (בג"ץ 813/14 פלונים נגד שר הפנים (ניתן ביום 18.10.2017)) (להלן: "עניין שדרוג מעמד"). קבלת העתירה התבססה בעיקר על הודעת שר הפנים בדבר שינוי במדיניותו וכוונתו לאשר שדרוג מעמד של תושבי הגדה המחזיקים בהיתר מת"ק אשר הגישו בקשה לאיחוד משפחות עד סוף שנת 2003 וזאת בכפוף להוכחת מרכז חיים בישראל והעדר מניעה ביטחונית ופוליטית וכי שדרוג זה יתבצע באמצעות הועדה ההומניטארית שהוקמה מכח סעיף 3א להוראת השעה המקורית.

16. למרות זמניותו של החוק, ועל אף התייחסות השופטים בשני פסקי הדין לעיל, המשיכה הכנסת לאשר את הארכת הוראת השעה וזאת ל-18 שנים ברציפות והפכה אותה למעשה לאיסור גורף קבוע תחת כותרת של חוק זמני. זאת עד ליום 6.7.2021 כאשר ההארכה האחרונה של הוראת השעה המקורית לא צלחה הצבעת רוב בכנסת וכתוצאה מכך פג תוקפה.

17. כאמור בבקשה לצו ביניים, בעקבות המצב המשפטי החדש, הוגשו לפי נתוני רשות האוכלוסין כ-2,800 בקשות (נספח ע/1). המשיבה מס' 1 הנחתה את רשות האוכלוסין וההגירה להמשיך בטיפול בבקשות שהוגשו כאילו הוראת השעה המקורית עודנה בתוקף. כנגד מדיניות חדשה זו הוגשה עתירה מנהלית בה נטען כי הסירוב לטפל בבקשות שהוגשו הוא בלתי חוקי בשל העדר הוראה מפורשת בחוק ונדרש להחיל את הנהלים הרגילים הקבועים בחוק האזרחות, התשי"ב – 1952 ובחוק הכניסה לישראל, התשי"ב – 1952. בהחלטה בערעור בפני בית המשפט העליון נקבע כי על משרד הפנים לפעול בגדר הדין הקיים ולא על פי הוראת השעה שתוקפה פג (בר"ם 7917/21 ח'טיב נגד שרת הפנים (פסק דין מיום 11.1.2022)). למרות החלטת בית המשפט העליון בעניין ח'טיב, ביום 1.2.2022 פרסמה המשיבה מס' 1 שני נהלים אשר למעשה אפשרו המשך הגבלה גורפת על איסור איחוד משפחות (נוהל מספר 5.2.0080 ונוהל מספר 1.14.0001 מעודכן ליום לתאריך 1.2.2022).

### הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"ב – 2022

18. לאחר שפג תוקף הוראת השעה המקורית, הונחו על שולחן הכנסת לדיון מוקדם שלוש הצעות חוק פרטיות:

- הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"א-2021 (פ/1994/24) מיום 2.8.2021.
- הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"א – 2021 (פ/2276/24) מיום 11.10.2021.
- הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"ב – 2022 (פ/2997/24) מיום 10.1.2022.

ביום 7.2.2022 הניחה הממשלה על שולחן הכנסת את הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"ב-2022 (מס' 1509) אשר כללה את שלושת הצעות החוק הפרטיות לעיל. הצעות החוק ניתנות לעיון בקישור הבא מאתר הכנסת:

<https://main.knesset.gov.il/Activity/committees/Pages/AllCommitteesAgenda.aspx?Tab=3&ItemID=2170013>

19. ביום 7.2.2022 החלה ועדת החוץ והביטחון לדון בהצעת החוק הממשלתית הנ"ל וקיימה בה דיונים עד לתאריך 10.3.2022, המועד בו אושרה הוראת השעה הנוכחית בקריאה שלישית. ביום 15.3.2022 פורסם חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"ב – 2022 ברשומות (הוראת השעה הנוכחית). ניתן לעיין בפרוטוקולים של דיוני ועדת החוץ והביטחון בהליכי אישור הוראת השעה בקישורים הבאים:

פרוטוקול ישיבת 27.2.2022 :

<https://main.knesset.gov.il/Activity/committees/Pages/AllCommitteeProtocols.aspx?ItemID=2190149>

פרוטוקול ישיבת 1.3.2022 :

<https://main.knesset.gov.il/Activity/committees/Pages/AllCommitteeProtocols.aspx?ItemID=2189624>

פרוטוקול ישיבת 3.3.22 חסוי, לינק לסיכום הרשמי של הישיבה מטעם הכנסת :

<https://main.knesset.gov.il/Activity/committees/ForeignAffairs/News/Pages/pr030322.aspx>

פרוטוקול ישיבת 6.3.2022 :

<https://main.knesset.gov.il/Activity/committees/Pages/AllCommitteeProtocols.aspx?ItemID=2190703>

פרוטוקול ישיבת 7.3.2022 :

<https://main.knesset.gov.il/Activity/committees/Pages/AllCommitteeProtocols.aspx?ItemID=2190784>

פרוטוקול ישיבת 8.3.2022 :

<https://main.knesset.gov.il/Activity/committees/Pages/AllCommitteeProtocols.aspx?ItemID=2190875>

\*\* וכן רצ"ב הנוסח הסופי של הוראת השעה הנוכחית כפי שפורסם ברשומות, מסומן ע/13.

20. כידוע, נגד חוקתיות הוראת השעה הנוכחית הוגשה ביום 13.3.2022 עתירה שמספרה בג"ץ 1777/22 **עדאלה נגד שרת הפנים**. בעקבות הגשתה קבע השופט גרוסקופף כי על ב"כ המשיבים להגיש תגובה מקדמית לעתירה עד ליום 15.5.2022. נבקש להדגיש, כי הגם שהעותרים מסכימים עם הטענות שהועלו בבג"ץ 1777/22, עתירה זו מבקשת להדגיש את אי חוקתיות הוראת השעה תוך הפניית הדגש על הפגיעה בתושבי הקבע הפלסטינים במזרח ירושלים ובני משפחתם. לאור זאת מבוקש לאחד את הדיון בשתי העתירות.

#### ההגבלות בהוראת השעה הנוכחית

21. נוסח הוראת השעה הנוכחית דומה בעיקרו להוראת השעה המקורית על תיקוניה השונים לאורך השנים. יחד עם זאת נוספו לה מספר הוראות שלא נכללו קודם לכן. להלן נעמוד על עיקרי סעיפי הוראת השעה הנוכחית.

22. סעיף 1 להוראת השעה הנוכחית, אשר לא נכלל בהוראת השעה המקורית מאושש לראשונה באופן מוצהר כי התכלית הדומיננטית של הוראת השעה הינה דמוגרפית ונוסחו כדלקמן:

"מטרתו של חוק זה לקבוע הגבלות על אזרחות וישיבה בישראל של אזרחים או תושבים של מדינות עוינות או של תושבי האזור, ולצידן הסדרים חריגים למתן רישיונות ישיבה או היתרי שהייה בישראל, והכול בשים לב להיותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית ובאופן שיבטיח את השמירה על אינטרסים החיוניים לביטחון הלאומי של המדינה."

23. סעיף המטרה מבוסס של שלוש תפיסות עיקריות:

- א. תפיסת גורפת המתייגת את כלל התושבים הפלסטינים בשטחים הכבושים וכן תושבי ואזרחי "מדינות עוינות" המנויות בתוספת לחוק (עיראק, איראן, סוריה ולבנון) בתור אויב וזאת אך ורק על בסיס שיוך לאומי.
- ב. תפיסה דמוגרפית אידאולוגית המבוססת על עליונות הרוב היהודי המצדיקה הטלת אמצעים לשליטה דמוגרפית באמצעות הטלת איסור על איחוד משפחות על אזרחים ותושבים ערבים-פלסטינים בישראל עם בני זוגם "נתיני האויב".
- ג. תפיסה ביטחונית גורפת לפי מניעה גורפת על איחוד משפחות, תשיג ביטחון מירבי וטוטאלי.

#### *הגבלה גורפת על שהייה בישראל לצורך איחוד משפחות*

24. סעיף 3 שהוא הסעיף העיקרי שנועד לממש את תכליות הוראת השעה והיה הבסיס גם להוראת השעה המקורית מעגן את ההגבלה הגורפת על איחוד משפחות. סעיף 4 אשר נקבע במקור בתיקון משנת 2005 להוראת השעה המקורית מחריג את ההגבלה הגורפת על בסיס גיל כאשר ההגבלה לא תחול על נשים מעל לגיל 25 וגברים מעל לגיל 35 וזאת לפי שיקול דעת שר הפנים. הגבלה זו חלה אך ורק על תושבי הגדה המערבית.

25. סעיף 5 אשר מעוגן לראשונה בהוראת השעה הנוכחית מאפשר עבור מי שעבר את גיל ה-50 לשדרג את מעמדו מהיתר ארעי (מת"ק) להיתר רישיון ישיבה ארעי (א/5) בלבד וזאת לפי שיקול דעת משרד הפנים. סעיף זה אינו חל על בקשות חדשות לאיחוד משפחות אלא רק על אלה שכבר קיבלו היתר שהייה ושוהים בישראל כדין 10 שנים. יודגש בהקשר זה כי נוהל משרד הפנים מיום 1.2.2022 שאושר בעקבות פס"ד ח'טיב, כלל הסדר מקל יותר על בעלי מת"ק מעל לגיל 50 כאשר הדרישה היתה שהייה של מעל ל-5 שנים בישראל.

#### *הגבלת חיי משפחה משותפים עם ילדים*

26. סעיף 6 להוראת השעה שעוגן גם בהוראת השעה המקורית, מייצר אבחנה בין קטינים על בסיס גיל ומקום לידה, לצורך בחינת מעמדו עם משפחתו בישראל, כדלקמן:

27. **ילד שנולד בישראל להורה אזרח**, לא ייכלל בהוראת השעה ויחולו עליו הוראת סעיף 4 לחוק האזרחות, התשי"ב – 1952 המקנה לו אזרחות ישראלית מלידה.

28. **ילד שנולד בישראל לשני הורים שהם תושבי קבע**, לא ייכלל בהוראת השעה שכן לפי תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד - 1974 הוא יירשם לפי מעמד הוריו, היינו תושב קבע. תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל קובעת:

"ילד שנולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, יהיה מעמדו בישראל כמעמד הוריו; לא היה להוריו מעמד אחד, יקבל הילד את המעמד של אביו או אפוטרופסו זולת אם ההורה השני מתנגד בכתב לכך; התנגד ההורה השני, יקבל הילד את המעמד של אחד מהוריו, כפי שיקבע השר."

29. **ילד שנולד להורים שאחד מהם תושב קבע והשני תושב הגדה**, יושפע מעמדו הן ממקום לידתו והן מרישומו במרשם האוכלוסין והן מגילו. על ילד זה תחול הוראת השעה הנוכחית במידה והוא עונה על ההגדרה הרחבה של "תושב האזור": "מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב ישראלי באזור." במידה והקטין עונה על הגדרת "תושב אזור", מתבצעת חלוקה לפי גיל, כדלקמן:

א. קטין העונה על הגדרת "תושב אזור" עד גיל 14 רשאי שר הפנים להעניק לו **רישיון לישיבה בישראל** למניעת הפרדתו ממשפחתו;

ב. קטין העונה על הגדרת "תושב אזור" מעל גיל 14 ועד 18, רשאי המפקד הצבאי לפי שיקול דעתו להעניק לו **היתר שהייה בישראל בלבד** (מת"ק) והיתר זה יוארך רק אם הקטין מתגורר דרך קבע בישראל.

30. אי לכך, **ילד שאחד מהוריו הוא תושב קבע והשני תושב הגדה והוא נולד בירושלים**, אמורה לכאורה לחול עליו תקנה 12 לתקנות הכניסה בישראל ובכל מקרה הוא חייב להוכיח מרכז חיים בירושלים עם הורה תושב קבע למשך שנתיים (תקופה זו נקבעה כסבירה בעת"ם (י-ם) 742/06 **אבו קווידר נגד משרד הפנים** (פורסם בנבו) (15.4.2007)).

31. **ילד שאחד מהוריו הוא תושב קבע והשני תושב הגדה והוא נולד בגדה המערבית והוא בגילאים 0-14**, יכול לקבל מעמד של רישיון קבע למניעת הפרדתו ממשפחתו. גם במקרה זה יש להוכיח מרכז חיים עם הורה תושב קבע בירושלים למשך שנתיים.

32. לעומת זאת, **ילד שאחד מהוריו הוא תושב קבע והשני תושב הגדה והוא נולד בגדה המערבית או מתגורר בה אף אם אינו רשום בה והוא בגילאים 14-18**, תחול עליו הוראת השעה. אם יחליט שר הפנים להעניק לו מעמד אז כלל היתר הוא יקבל היתר זמני לשהייה בישראל שניתן להארכה ובלבד שהוא מתגורר עם הורה תושב קבע בירושלים.

קביעת מניעה ביטחוניית גורפת

33. סעיף 11 להוראת השעה משנת 2022 קובע "מניעה ביטחונית" כללית וגורפת ולפיה רשאי שר הפנים בהסתמך על חוות דעת מגורמי הביטחון שלא להעניק מעמד כלל אם המבקש או תושב הגדה או בן משפחתם עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינה ישראל. בהקשר זה רשאי שר הפנים לקבוע את קיומו של סיכון ביטחוני כאמור אם במדינת מושבו או אזור מגוריו של תושב הגדה או המבקש האחר "מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה."

34. סעיף זה מאפשר מניעת מעמד על סמך סיכון ביטחוני שאינו נוגע למבקש המעמד עצמו, בין אם מבן משפחה (בן זוג, הורה, ילד, אח אחות, ובני זוגם) ובין אם הוא/היא ידעו על מעורבות אותו בן משפחה ובין אם לאו. כמו כן המניעה הביטחונית לפי סעיף זה מורחבת לא רק לבני משפחה אלא גם לכל אזור מגוריו או מדינת מושבו של מבקש המעמד או בן זוגו. סעיף זה לא יחול על ילדים מתחת לגיל 14 אך יחול על אלו שמעל לגיל 14. כך, שאם נקבע כי בן משפחה כמו אח ואחות או בני זוגם, מהווים סיכון ביטחוני, לא יוכל הקטיין לקבל היתר שהייה בישראל וזאת ללא כל קשר לשאלה אם היה מעורב או ידע בכלל על מעשהו של אותו הורה, אח או אחות או בני זוגם או אם היה מודע לפעילות באזור מגוריו או מדינת מושבו. כך גם לגבי מבוגרים. ברוח דברים אלו, ציין ח"כ מוסי רז בשיבת ועדת החוץ והביטחון מיום 6.3.2022, בעמוד 51 לפרוטוקול הדיון: "אבל אפשרנו לשב"כ שיקול דעת רחב מאוד. הוא קובע שאדם א' מסוכן לביטחון המדינה, אבל אתה יודע מה אנחנו אומרים פה בחוק? גם אם השב"כ אומר ש-א' לא מסוכן לביטחון המדינה אבל גיסו מסוכן לביטחון המדינה, אז יימנע הסיפור הזה. גם אם א' לא מסוכן לביטחון המדינה אבל אחותו מסוכנת לביטחון המדינה, זה יימנע, וגם אם הוא לא מסוכן לביטחון המדינה אבל הבת שלו התחתנה עם מישהו שהוא מסוכן, זה יימנע. מה ההיגיון בזה?"

#### *התחולה הרטרואקטיבית של הוראת השעה זמנית*

35. סעיף 15 להוראת השעה משנת 2022 מחילה את ההגבלות הגורפות באופן רטרואקטיבי הן על בקשות שהוגשו ערב פקיעת הוראת השעה משנת 2003 והן על בקשות והיתרים שניתנו בתקופה בה פג תוקף הוראת החוק, כפי שפורט בבקשה צו ביניים לעיל.

36. הוראת השעה הנוכחית אף היא, כמו הוראת השעה משנת 2003, הינה זמנית ותוקפה נקבע לשנה אחת הניתנת להארכה בצו מטעם הממשלה ובאישור הכנסת לתקופה שלא תעלה בכל פעם על שנה אחת.

#### *שלילת מעמד גורפת בשל "הפרת אמונים"*

37. סעיף 12 להוראת השעה הנוכחית הוא סעיף חדש והוא מאפשר שלילת המעמד בגין "הפרת אמונים" כהגדרתה בסעיף 11א לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב – 1952. סעיף 11א לחוק הכניסה לישראל אושר בכנסת בשנת 2018 בעקבות פסק הדין בבג"ץ 7803/06 **אבו ערפה נגד שר הפנים** (ניתן ביום 13.9.2017) בו נקבע כי חוק הכניסה לישראל בנוסחו לפני התיקון לא העניק הסמכה מפורשת לשר הפנים לשלול תושבות קבע בגין "הפרת אמונים". בעקבות זאת תוקן החוק באופן שכלל עילת "הפרת אמונים" כעילה לשלילת תושבות קבע. וכן יודגש כי סעיף זה מעניק לשר הפנים סמכות לשלול מעמד מבלי להעניק זכות

טיעון לנפגע ואף מבלי להגיש בקשה לאישור השליחה לבית המשפט המחוזי, כפי שנדרש בסעיף 11א לחוק הכניסה לישראל.

38. נדגיש בהקשר לסעיף זה כי עילת "הפרת אמונים" הינה עמומה וגורפת ועלולה להוביל באופן שרירותי לשלילת מעמד גם לפי הוראת שעה זו. שכן, הפרת אמונים מבוססת על הגדרת "מעשה טרור" בחוק המאבק לטרור, התשע"ו-2016 הכוללת מדרגים שונים בחומרה ובעונש. נציין, כי בפני בג"ץ תלוי ועומד ערעור נגד חוקתיות שלילת אזרחות בגין "הפרת אמונים" (עע"ם 8277/17 זיוד נגד שר הפנים, (תלוי ועומד)) והקביעה בו אמורה להשליך על שלילת תושבות קבע בגין אותה עילה בחוק הכניסה לישראל, שכן, עתירה שהוגשה נגד חוקתיות סעיף 11א לחוק הכניסה לישראל נמחקה לאחר שבג"ץ הציע לצדדים להמתין עד להכרעה בעניין זיוד (ראו: בג"ץ 367/19 אבו ערפה נגד שר הפנים (ניתן ביום 26.10.2020)).

### החריגים בחוק

39. הוראת השעה הנוכחית קבעה מספר חריגים:

א. בחינת "מקרים הומניטאריים חריגים" לפי סעיף 7 המאפשר לשר הפנים להקים וועדה מקצועית לדון בבקשות אלו. לפי סעיף זה העובדה שלבני זוג ילדים משותפים המבקשים לקיים חיי משפחה תחת קורת גג אחת בישראל, אינה מהווה מקרה הומניטארי מיוחד (סעיף 7(ו)). כמו כן ועל מנת לבלום את מספר אישורי השהייה או רישיונות הישיבה המוענקים על ידי הועדה ההומניטארית, קבע סעיף 7(ז) מכסה שנתית מרבית. יצוין כי הגבלה זו אינה חלה על ילדים מתחת לגיל 14.

ב. שר הפנים רשאי להעניק היתרים עבור טיפולים רפואיים בישראל, היתרי עבודה בישראל והיתר "למטרה זמנית" שיינתן לתקופה מצטברת שאינה עולה על 6 חודשים (סעיף 8). וכן רשאי להעניק היתרים מיוחדים מכח סעיף 9 למי שמזדהים עם מדינת ישראל או מי שעניינה של מדינת ישראל כי ישהה בתחומה.

### מיצוי הליכים

40. בנוסף לכל הפניות הפרטניות שהגיש העותר מס' 1 במהלך התקופה בה פג תוקף הוראת השעה, לאחר אישורה של הוראת השעה הנוכחית, שלח העותר מס' 1 ביום 31.3.2022 פנייה עקרונית נגד חוקתיות הוראת השעה הנוכחית אל שרת הפנים, היועצת המשפטית לממשלה והיועצת המשפטי של הכנסת. לאור דחיפות העניין, במיוחד עקב התחולה הרטרואקטיבית של הוראת השעה, ביקש העותר מס' 1 לקבל מענה תוך שמונה ימים.

41. ביום 3.4.2022 נתקבל מענה ראשוני מלשכת היועצת המשפטית לממשלה לפיה הועבר הטיפול בפניית העותר מס' 1 אל עו"ד גיל לימון, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי). ביום 12.4.2022 ומשלא נתקבל מענה, פנתה הח"מ שוב בדואר אלקטרוני ללשכתו של עו"ד גיל לימון ושלחה את הפנייה שוב לעו"ד אביטל שטרנברג.



42. ביום 24.4.2021, פנתה הח"מ שוב בדואר אלקטרוני ללשכת שרת הפנים, הייעוץ המשפטי של הכנסת והיועמ"ש וביקשה התייחסות לפנייה מיום 31.3.2022 תוך הדגשה התגובה המקדמית לעתירה בבג"ץ 1777/22 צריכה להיות מוגשת בעד ליום 15.5.2022 ועל כן נחוצה ההתייחסות לצורך כלכול צעדיה בהגשת עתירה לבג"ץ לפני מועד זה. באותו יום נתקבל מענה מלשכת היעוץ המשפטי של הכנסת לפיה הועברה הפנייה לטיפול של עו"ד מירי פרנקל-שור, היועצת המשפטית לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת. אך עד למועד הגשת העתירה, טרם נתקבל מענה.

\*\* רצ"ב העתק הפניה מטעם העותר מיום 31.3.2022; המענה הראשוני מטעם לשכת היועמ"ש מיום 3.4.2022 והדואר האלקטרוני שנשלח אל עו"ד שטרנברג, מיום 12.4.2022; וכן פניית התזכורת מיום 24.4.2022 והמענה לה מטעם הכנסת, מסומנים ע/14.

#### חוק קבוע פוגעני וגזעני בחסות כותרת של "הוראת שעה"

43. כאמור, למרות שבשנת 2003 נחקק החוק בתור הוראת שעה לתקופה של שנה עם אפשרות להארכתו לאחר שנה, המשיך העיגון של איסור איחוד המשפחות להיות תקף לתקופה רצופה של 18 שנים. עם אישור הוראת השעה הנוכחית וההחלה הרטרואקטיבית שלה על התקופה בה פג תוקף הוראת השעה, הוחל האיסור הגורף למעשה לתקופה רציפה של 19 שנים והפך בכך לחוק קבוע תחת הכותרת של "הוראת שעה".

44. הארכת הוראת השעה לאורך השנים מנוגדת וסותרת את קביעת בג"ץ הן בעניין **עדאלה** והן בעניין **גלאון** שבהם נימוקי השופטים כולל שופטי הרוב, התבססו בניתוח מבחני המידתיות על זמניותו של החוק. המשנה לנשיא השופט חשין אשר הוביל את דעת הרוב ב**עדאלה** הדגיש כי לא הרי חוק זמני כחוק קבוע. כך, שלו נחקקה הוראת השעה המקורית בשנת 2003 כחוק קבוע, הניתוח המידתי היה מוביל לתוצאה אחרת וכך בלשונו:

"נוסיף וניתן דעתנו כי חוק האזרחות והכניסה לישראל חוקק במתכונת של הוראת שעה שתוקפה נקבע לשנה, וכי ניתן להאריכו, מעת לעת, לתקופה שלא תעלה על שנה אחת בכל פעם. זמניות זו של החוק נודעת לה חשיבות. הלכה פסוקה היא מלפנינו כי "לא הרי חוק 'קבוע' כהרי חוק 'זמני' בבחינת חוקתיות החוק" ... יתר על כן, זמניות זו תחייב את הממשלה ואת הכנסת לשקול בתדירות גבוהה את הוראות החוק ואת תוצאות הפעלתן, ולהוסיף ולאזן מעת לעת בין זכויות שנפגעו לבין הביטחון של המדינה". (פסקה 118 לחוות דעתו).

45. השופט לוי בעניין **עדאלה** אשר הסכים עם עמדת הנשיא ברק, הצטרף בסוף לעמדת המשנה לנשיא חשין, בשל זמניותה של הוראת השעה שהיתה אמורה לפוג תוך 9 חודשים מיום מתן פסק הדין, כפי שפורט לעיל. גם השופט ריבלין אשר הצטרף לעמדת המשנה לנשיא חשין, התבסס בקביעותיו על זמניות החוק (ראו פסקאות 1, 6 ו-17 לחוות דעתו של השופט ריבלין).

46. כך גם בעניין **גלאון**. השופטת ארבל קבעה בפסקה 27 לחוות דעתה כי זמניות החוק עשויה להיות אינדיקציה לחוסר מידתיותו:

"גם אם ניתן לסבור כי, לכאורה, עצם השימוש בהוראת שעה עשוי להוות אינדיקציה למידתיות ההסדר משום זמניותו, הרי שמצב הדברים כפי שפורט – שבו הוראת השעה מוארכת פעם אחר פעם – מעורר את החשש כי לפנינו דוגמה נוספת לשימוש באמצעי של הוראת שעה, על הגמישות היחסית הנלווית לו, לצורך הסדרת סוגיות מורכבות ורגישות. זאת, תוך 'דילוג' על משוכת הדיון הציבורי בנושאים הנתונים במחלוקת ציבורית חריפה ותוך 'התחמקות' מהנפקויות הנודעות לקיומה של חקיקה פוגענית שכוז לאורך זמן עלי ספר החוקים שלנו..."

והנשיאה ביניש, קבעה בפסקה 9 לחוות דעתה בעניין גלאון :

"הוראת השעה הוארכה שוב ושוב ושוב. גם אם ייתכן שבכל אחת מהארכות אלה עמד אותו צורך ביטחוני, עדיין נשאלת השאלה אם דרך הסדק הצר שדרכו נכנסות הוראות שעה לא ביקש המחוקק להכניס עניינים שמוטב להם שיישקלו בכובד ראש וכי ייבחן הצורך להכניסם 204 דרך הדלת הראשית – על כל המשתמע מכך..."

47. השופטת ביניש הוסיפה בפסקה 15 לחוות דעתה בעניין גלאון כי מאז אישור החוק לראשונה עברו שמונה שנים ולמרות ש"מצב המלחמה או מעין מלחמה" עודו קיים חלו שינויים רבים בישראל ומחוצה לה דבר שיש לו השפעה על הצדקת הטיעון הביטחוני :

"חלפו למעלה משמונה שנים מאז נחקק החוק לראשונה. מים רבים זרמו בנהר מאז. מצב המלחמה או "מעין מלחמה" עודו קיים אף כי חלו שינויים רבים גם בישראל וגם מחוצה לה, שיש להם, ככל הנראה, השפעה על תקפות הטיעון הביטחוני ועל אופיו של הסיכון הביטחוני. יש להניח כי לשינויים הללו יש השפעה על ההצדקות שעמדו ביסוד חקיקת החוק. תוקף החוק עתיד לפוג בקרוב מאוד (31.1.2012), וזוהי הזדמנות לבחון אם אכן יש צורך בהארכה נוספת ובאיזו מתכונת".

48. והשופט לוי קבע בפסקה 33 לחוות דעתו בעניין גלאון :

"כלום הולם הוא כי תוקף חוקיה של הכנסת, ובפרט של חוק שהשפעתו כה ניכרת, יוארך בצו ממשלתי, שאותו מאשר בית המחוקקים בהליך קצר ובהצבעה יחידה אשר ספק אם היא מבוססת על תמונת נתונים מלאה."

49. גם השופט רובינשטיין שהצטרף לעמדת הנשיא גרוניס בעניין גלאון, התייחס בפסקה מ"ח לחוות דעתו כי הואיל ומדובר בהוראת שעה, על המחוקק להיות קשוב לשינויים לאורך השנים וכי יתכנו ששינויים אלו ידרשו החזרת הבחינה הפרטנית דבר אשר יחזיר את הדיון מבחינתי למבחן המידתיות השני – האמצעי הפחות פוגעני.

50. כמו כן, מהליך חקיקת הוראת השעה הנוכחית עולה כי המחוקק התכוון לכך שהוראת השעה תיחקק למעשה כהוראה קבועה. ואכן, אם הטיעון הוא כי מצב של רגיעה ביטחונית, עשוי לבטל את הצורך בהוראת השעה, אזי רגיעה כזו עשויה להתממש רק לאחר סיום הכיבוש הישראלי בשטחים הפלסטינים. היינו כל עוד הכיבוש קיים, הוראת השעה תישאר על כנה ובאופן קבוע. בהקשר זה ציינה ח"כ אמילי מואטי בישיבת ועדת החוץ והביטחון שנערכה ביום 27.2.2022 כי "אני חושבת שברגע שייפתר הסכסוך הישראלי-פלסטיני, גם הבעיה הזאת תיפתר." (עמוד 18 לפרוטוקול הישיבה). באותה ישיבה ציינה ח"כ יוסף שייך כי "לכן, דנים בדברים שהם תמיד בעלי אטמוספירה מאוד גבוהה של יריבות, של עוינות ושל מתחים בתוך המשואה של מדינה יהודית ודמוקרטית, כפי שציינה ידידתי חברת הכנסת רוזין. המתחים האלה לא יתפוגגו בתוך המערך הזה. הסכסוך עם הישות הפלסטינית הוא סכסוך מתמיד. האם הוא יסתיים? אנחנו איננו יודעים. ככל שהסכסוך הזה מתמיד, על מדינת ישראל להגן על עצמה

בצורה הטובה ביותר והיעילה ביותר. אחד הנושאים המובהקים הוא סוגיה של אוכלוסין. (עמוד 25 לפרוטוקול הישיבה).

51. כמו כן ובאותה ישיבה מיום 27.2.2022 ציין ח"כ שמחה רוטמן, מיוזמי החוק, כי "מדינת ישראל מחוקקת פעם אחר פעם את חוק האזרחות כהוראת שעה. היא מאריכה אותו מפעם לפעם, ומוסיפה לו סייגים וחריגים מפעם לפעם. הכול מאימת בית המשפט העליון. דרך המלך לתקן את זה, כפי שאמר לפניי חבר הכנסת אבי דיכטר, היא להציב את העקרונות הללו בחוק יסוד ההגירה, וכך שמדינת ישראל תהיה מדינה ריבונית, שקובעת לעצמה מי יכול לבוא בשעריה. עד שהדבר הזה יקרה – ניסינו לעשות את זה גם בכנסת הזאת, וכמובן, בשל המבנה הקואליציוני התמוה מאוד שיש עכשיו, הדבר הזה לא התקדם." (עמוד 10 לדיון).

52. השתלשלות העניינים מראה כי המחוקק עצמו ביקש למעשה "לזכות" באותה תוצאה משפטית גם כיום בידיעה שעתירות חוקתיות יוגשו גם נגד הוראת השעה הנוכחית. הנוחות הפוליטית באישור חוק פוגעני באמצעות חקיקתו כ"הוראת שעה" 19 שנים לאחר שנחקק לראשונה, נעשתה למעשה משיקולים של נוחות פוליטית לצורך המשך קבלת גושפנקא חוקתית מבג"ץ.

53. בכך, וכפי שיפורט בטיעון המשפטי, אנו טוענים, כי המחוקק עשה "שימוש לרעה בסמכות המחוקקת". נטען גם בפרק המשפטי כי הכתרת החוק כ"הוראת שעה" 19 שנים לאחר אישורה לראשונה, מחייב, בנוסף לבחינה מידתית חדשה ושונה, גם בחינה של השאלה: האם המחוקק רשאי להמשיך ולעשות שימוש בכלי "הוראת השעה" בכדי להצדיק את הפגיעה בזכויות החוקתיות? והאם כלי "הוראת השעה" אחרי תקופה ממושכת ובלתי מידתית זו יכול למשוך את ההצדקה מפני היותו של החוק "חוק" כדרישת סעיף 8 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?

## **תכליות הוראת השעה**

### *התכלית הדמוגרפית*

54. על התכלית הדמוגרפית-אידאולוגית של הוראת השעה ניתן ללמוד מלשונה. סעיף 1 שנוסחו הובא לעיל, מחדד כי תכלית זו היא למעשה התכלית הדומיננטית ולפיה הגבלת מספר הפלסטינים שנכנסים לישראל, משתקעים בה, מולידים ומגדלים את ילדיהם בה וכן הלאה, מגשימה את המטרה האידאולוגית של שימור העליונות של הרוב היהודי בישראל ובמיוחד במזרח ירושלים.

55. התכלית הדמוגרפית מאחורי סעיף זה מתחדדת גם לאור הדיונים שנערכו בהליך חקיקת הוראת השעה הנוכחית בועדת החוץ והביטחון של הכנסת. בישיבה שנערכה ביום 27.2.2022 ציין ח"כ אבי דיכטר, מיוזמי הוראת השעה הנוכחית, כי "לתכלית הזאת יש שני חוקי יסוד, שלדעתי צריכים לשמש להצעת החוק שעולה כאן היום... בהצעה שלי, שר הפנים יפעיל סמכותו בהתאם לחריגים שנקבעו בהצעת החוק הממשלתית, בהתאם לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לרבות על פי עקרונות

היסוד הקבועים בחוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי... **ברקע צריך לזכור שיש פה מאבק בין שני דברים מאוד מאוד קיומיים: הדרישה, בעיקר של חברי כנסת ערבים, אבל לא רק, היא בסופו של דבר לממש את זכות השיבה כאן, במדינת ישראל, ולהפוך את ישראל למדינת כל לאומיה.**" (ההדגשה אינה במקור) (עמוד 5 לפרוטוקול הדיון).

56. באותה ישיבה מיום 27.2.2022 ציין ח"כ שמחה רוטמן, מיוזמי הוראת השעה הנוכחית, כי חוק האזרחות "הוא סוג של פלסטר ששמנו על הכניסה לישראל, בין היתר בגלל פסיקת בג"ץ" וכי עדיף היה אילו ניתן היה לסגור באופן הרמטי את כניסת תושבי הגדה לצורך איחוד משפחות "כדי לא לממש את אותה זכות שיבה מומצאת של הערבים לתחומי ישראל הקטנה, באמצעות נישואים, צריך לאסור על הדבר הזה לגמרי." (עמוד 8 לפרוטוקול הדיון) (ההדגשה לא במקור). ח"כ צבי האוזר ציין באותה ישיבה כי הוראת השעה נשענת על חוק יסוד הלאום וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כאשר שני חוק היסוד "נותנים סוף-סוף משוואה הוגנת, ראויה ומשקפת בצורה מדויקת את ההסדר המכונן של מדינת ישראל, כפי שנקבע במגילת העצמאות, כפי שהוסדר ב-48', וכפי שהיה ויכוח בין אומות העולם ב-47' באונסקו, האם זאת תהיה מדינת כל אזרחיה או מדינה יהודית דמוקרטית. גם האו"ם מכריע בדבר הקמתה של מדינה יהודית דמוקרטית, מגילת העצמאות מעגנת זאת, וחוק הלאום מעגן את זה." (עמודים 11-12 לפרוטוקול הדיון). ח"כ אמילי מואטי ציינה באותה ישיבה: "צריך להגיד את האמת, הסוגיה יותר דמוגרפית מביטחוניית, וצריך להגיד את זה בכנות." (עמוד 16 לפרוטוקול הדיון).

57. בישיבת הועדה מיום 1.3.2022 ציין ח"כ אחמד טיבי בעמוד 43 כדלקמן:

"לגבי אלה שדיברו על המצב לפני חקיקת החוק: אני הייתי בזמן שהחוק חוקק. שר הפנים אז היה אלי ישי. התקבלה החלטה בממשלה, ואז הוא הגיע לכנסת ואמר שמטרת החוק היא דמוגרפית, למנוע את זכות השיבה. הוא לא השתמש בשום הסבר ביטחוני. לאחר מכן הגיע השר המקשר דאז, שקראו לו גדעון עזרא. הוא, סגן ראש השב"כ לשעבר, לא השתמש בטיעון הביטחוני. גם הוא אמר שהמטרה היא למנוע את זכות השיבה. אחר כך מישהו הסביר לשניהם, חבר הכנסת האוזר ומכובדי יושב הראש, שהטיעונים האלה לא יחזיקו מול בג"ץ. לכן, פתאום הביאו את ראש השב"כ ושינו טיעון. אמרו - לא, לא דמוגרפיה; ביטחון. אז התהפך השיח לשיח ביטחוני כדי להכשיר את השרץ ואת החוק הגזעני הנורא הזה."

58. ובישיבת הועדה מיום 3.3.2002 ציין ח"כ אבי דיכבטר, כי "תמצא כאלה שקיבלו מעמד במדינת ישראל ועדיין נחשבים כפליטים. מדובר בניסיון לממש את זכות השיבה. אנו עומדים בפרץ והחוק הזה נועד לעצור את זה בין היתר. עד 2003 מדינת ישראל היתה במסלול התאבדות."

59. באשר להוספת סעיף המטרה (סעיף 1), הדגישה ח"כ גבי לסקי בישיבת הועדה מיום 7.3.2022 כי "כאשר אתם מכניסים את הנושא של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית בשים לב לאינטרסים החיוניים לביטחון, אז בעצם את הופכים את זה לחוק דמוגרפי." (עמוד 7 לפרוטוקול הדיון). בהמשך ציינה ח"כ לסקי כי תכלית דמוגרפית זו מנוגדת לתכלית הביטחונית שנבחנה בבג"ץ (בעניין **עדאלה וגלאון**):

"התשובה של המדינה כל הזמן בבג"צים גם גלאון וגם אחרים, הייתה שמדובר בחוק ביטחוני. השופטים התייחסו לנושא הביטחוני ולמידתיות. והיום להכניס לזה סעיפים או משמעויות שגם בית המשפט לא התייחס אליהם, כי כל הזמן ניסו להסתיר את הנושא הדמוגרפי, ועכשיו

להגיד את זה בפה מלא כאשר בעצם בית המשפט דיבר על המידתיות בהתחשב בנושא הביטחוני כאשר השב"כ הביא נתונים." (עמוד 59 לפרוטוקול הדיון).

"כאשר אתם מתחילים לדבר על עניינים דמוגרפיים, אף אחד לא הביא שום נתון שמדבר על החשש הדמוגרפי. הביאו לנו לכאן נתונים של השב"כ ואני לא ידעתי שהשב"כ אמון על הדמוגרפיה של מדינת ישראל. זה לא תפקידו." (עמוד 92).

60. כמו כן, העובדה כי הוראת השעה מאפשרת חריגים של מתן היתר עבודה יומיים או מתן היתרים זמניים אחרים שאינם נוגעים לאיחוד משפחות, מחזקת מסקנה זו. שכן, לוי עמדה התכלית הביטחונית לבדה, הרי הדבר היה צפוי להשליך על כל סוגי ההיתרים וללא קשר לתקופת הזמן של שהיית בעל ההיתר בישראל.

61. יתר על כן, קביעת מכסה שנתית מירבית כפי שנקבע בסעיף 7(ז) לחוק ואשר מיושמת אך ורק לגבי מקרים שנדונים בוועדה ההומניטארית וכאשר גובה המכסה ייקבע באישור לא רק של הממשלה אלא גם של הכנסת, גם היא מחזקת את המסקנה כי התכלית הדומיננטית של הוראת השעה הינה דמוגרפית ולא ביטחונית. בהקשר זה ראוי להפנות לדברי השופט גיבוראן בפסקה 24 לחוות דעתו בעניין **עדאלה** שם ציין בהקשר למכסות כדלקמן:

**"זאת ועוד, בהמשך קובעת ההחלטה, כי "משרד הפנים יבחן, במסגרת גיבוש המדיניות החדשה, אפשרויות לקביעת מכסות למתן אישורים לאחמ"שים ויביא בפני הממשלה הצעה בנדון" (עמוד 3 להחלטה). למותר לציין, כי אין בקביעת מכסות למתן אישורים לאיחוד משפחות כל נגיעה לשיקולים ביטחוניים, כך שניתן להבין סעיף זה בהחלטה כנובע משיקולים דמוגרפיים בלבד." (ההדגשה אינה במקור).**

62. בישיבת וועדת החוץ והביטחון של הכנסת מיום 27.2.2022 הדגיש ח"כ שמחה רוטמן כי הואיל ואין חוק יסוד: ההגירה הרי קביעת מכסות מתבקשת בהוראת השעה שמטרתה לבסס את המצב הקיים (עמוד 10 לפרוטוקול הדיון). בישיבת הוועדה שנערכה ביום 3.3.2022 ציין המשנה ליועמ"ש רז נזרי באופן ברור כי קביעת מכסות מכניסה את תכלית החוק לתכלית דמוגרפית ויהיה צורך להצדיק אותה מבחינה חוקתית ועובדתית וכך סיכום דבריו בישיבה (פרוטוקול חסוי):

**"עניין המכסות יציב קשיים חוקתיים מהטעם שזה מכניס את התכלית הדמוגרפית ויהיה צורך להציג נתונים התומכים בה חוקתית ומשפטית וזה כבר מרחיב את הנושא לכל האזרחים ולא רק לפלשתינים." (ההדגשה אינה במקור)**

63. בישיבת הוועדה מיום 6.3.2022 הדגישה ח"כ מיכל רוזין כי הוספת המכסות הינה חריג בספר החוקים בישראל וכי אין חוק שמחריג את החריג גם לא בהקשר לעובדים זרים ולא בהקשר למבקשי מקלט (עמוד 50 לפרוטוקול הדיון). בישיבת הוועדה מיום 7.3.2022 התקיים דיון בין חברי הכנסת אודות הצורך בהוספת פיקוח מטעם הכנסת על גובה המכסה השנתית. ח"כ אוסאמה סעדי הדגיש את החשש למקרה בו שרת הפנים יקבע מכסה של אפס משיקולים פוליטיים משלו/ה (עמוד 83 לפרוטוקול הדיון). באותה ישיבה מיום 7.3.2022 הדגישה ח"כ גבי לסקי כי מדובר בהוספה משמעותית יחסית לנוסח הוראת השעה המקורית וכי חריג זה לחריג ההומניטארי נועד אך ורק כדי לצמצם את מספר ההיתרים ההומניטאריים ככל האפשר (בעמודים 100-101 לפרוטוקול הדיון). ובישיבת הוועדה מיום 10.3.2022 הדגישה ח"כ מיכל רוזין את האבסורד בקביעת מכסות בתוך החריג של הוועדה ההומניטארית:

"לפי שיטת רוטמן, יבוא האדם ה-30, או ה-50, או ה-101, והוא יכול להיות עם סרטן מתקדם, הוא יכול להיות קטוע רגל, הוא יכול להיות עם אלף ואחת סיבות - והוא לא ייכנס, לא משום שהוועדה ההומניטרית תחשוב שלא מן הראוי לתת לו, אלא אך ורק בגלל שהוא המספר הבא. זו פשוט סתירה פנימית של העניין." (עמוד 6 לפרוטוקול הדיון).

#### התכלית הביטחונית אינה מבססת צורך ביטחוני

64. בהתאם לפרפרזה שהוגשה על ידי השב"כ לועדת החוץ והביטחון של הכנסת ביום 1.3.2022, עולה כי אין תשתית עובדתית וראייתית מבוססת בנוגע למספר המעורבים בעבירות ביטחון לאורך השנים, אשר מצדיקה הטלת איסור גורף על כלל המשפחות לעניין בקשותיהם לאיחוד משפחות.

\*\* רצ"ב הפרפרזה שהוגשה על ידי השב"כ לועדת החוץ והביטחון מיום 1.3.2022 מסומנת ע/15.

65. **ראשית**, התפיסה הבסיסית מאחורי הפרפרזה, כמו החוק, היא תפיסה גורפת המחילה את דוקטרינת נתיני אויב, לא רק על בני זוג וילדים המבקשים כניסה לישראל לצורך איחוד משפחות, אלא גם על צאצאיהם (סעיפים 1-3 לפרפרזה). הפרפרזה מחלקת את הנתונים לפי מעורבות של "דור א'" (מגישי הבקשות) ו"דור ב'" (הצאצאים), זאת כאשר הוראת השעה חלה רק על מי שמבקש כניסה לצורך איחוד משפחות ולא על צאצאיהם. בהקשר זה נפנה לדבריו של ח"כ מוסי רז בישיבת ועדת החוץ והביטחון מיום 1.3.2022 שם ציין: "הם נתנו לנו נתונים על דור ב', שזה לא רלוונטי להצעת החוק הזו" (עמוד 42 לפרוטוקול). לפי הנתונים המתייחסים למבקשי מעמד ("דור א'"), עולה מהפרפרזה כי קיימים 35 מעורבים בלבד בין השנים 2002-2021! נתון זה אין בו כדי להצדיק פגיעה גורפת בזכויות החוקתיות.

66. **שנית**, הפרפרזה אינה מתייחסת לפילוח הגילאים בהוראת השעה. כך שבעוד שהמסמך מתייחס למעורבות של בני 18-54, הרי אין בו פילוח של הנתונים לפי גיל ומגדר בתוך קבוצה זו לפי נשים מתחת ומעל גיל 25 וגברים מתחת ומעל לגיל 35. ובכל מקרה לא הונחו נתונים כלל ועיקר לגבי מעורבותן של נשים בכל הגילאים!

67. **שלישית**, פילוח גילאים חסר במסמך זה גם לגבי קטינים. בעוד שהמסמך מתייחס למעורבות של קטינים מתחת לגיל 18, הוראת השעה מאבחנת בין אלו שמתחת לגיל 14 לבין אלו מעל לגיל זה.

68. **רביעית**, בעוד שהמסמך מתייחס לאבחנה בין "מפגע" לבין "מעורב", הרי לא ברור על איזה עבירות מדובר, היקף המעורבות, האם הוגשו כתבי אישום ובגין איזה עבירות, האם ניתנו

גזרי דין ומה מהותם, ועוד. לשם ההשוואה, נבקש להזכיר את הנתונים שנמסרו על ידי משיבי המדינה ערב מתן פסקי הדין בעניין **עדאלה** ובעניין **גלאון** :

- ערב מתן פסק הדין בעניין **עדאלה** : נמצא כי היו 26 מעורבים אך לא הוגש אף כתב אישום נגד מי מהמעורבים!
- ערב מתן פסק הדין בעניין **גלאון** : נמצאו 54 מעורבים, מתוכם הוגש כתב אישום נגד 7 בלבד ושניים מהנאשמים ריצו עונש של שנתיים בלבד!

נתונים אלה מחזקים את הטענות לפיו גורמי הביטחון מנסים לפרוס את הגדרת "המעורבות הביטחונית" באופן רחב וגורף רק כדי להצביע על היקף מעורבות גבוהה.

69. **חמישית**, המסמך אינו מתייחס לנתוני מעורבות לפי פילוח של תושבי הגדה המערבית (עליהם חלים החריגים בחוק), תושבי רצועת עזה ואזרחי ותושבי המדינות המנויות בתוספת לחוק. כך שלא הונחה תשתית מבוססת לגבי כלל הקבוצות עליהם חל החוק.

70. גם אם נקבל את הנתונים שנכללו בפרפרזה כפי שהם, ואנחנו לא, הרי מהם עולה האבסורד בהחלה הגורפת של איסור איחוד המשפחות. הצלבה בין הנתונים שנמסרו בפרפרזה לבין הנתונים שנתקבלו אצל העותר מס' 1 במסגרת הליך לפי חוק חופש המידע מאפשרת השוואה בין מספר הבקשות שסורבו לאורך השנים בלשכת מזרח ירושלים על רקע ביטחוני, לבין מספר המעורבים (נתונים ארציים) לפי הפרפרזה, כדלקמן

שנה	מספר הבקשות שנוגעות לבן זוג <u>תושב קבע בלבד אשר סורבו ממניע ביטחוני</u>	מספר מבקשי מעמד שנמצאו מעורבים (דור א') לפי הפרפרזה של השב"כ – <u>נתונים ארציים</u>
2013	9	6 (נתון זה נכון לשנים 2011-2013)
2014	24	6 (2014-2016)
2015	38	
2016	58	
2017	69	3 (2017-2019)
2018	99	
2019	117	
2020	129	3
<b>סה"כ</b>	<b>543</b>	<b>18</b>

\*\* רצ"ב נתונים על בקשות שסורבו אשר נמסרו על ידי לשכת האוכלוסין וההגירה לעותר מס' 1 מיום 2.12.2020 במסגרת הליך חופש מידע, מסומן ע/16.

71. כמו כן, באשר למספר הבקשות לרישום ילדים שסורבו ממניע ביטחוני בלשכת מזרח ירושלים לעומת מספר הילדים שנמצאו מעורבים במעשים ביטחוניים לפי הפרפרזה של השב"כ, עולות ההשוואות הבאות:

שנה	מס' בקשות לרישום ילדים שסורבו מטעמים ביטחוניים	מס' הילדים שבקשות שסורבו	מספר הקטינים מתחת לגיל 18 שנמצאו מעורבים לפי פרפרזה של השב"כ
2010	423	707	2 (מתייחס לשנים 2008-2010)
2011	404	693	2 (2011-2013)
2012	398	636	
2013	423	688	
2014	332	594	24 (2014-2016)
2015	273	462	
2016	274	480	
2017	213	384	5 (2017-2019)
2018	255	430	
2019	435	670	
2020	137	203	5 (2020-2021)
2021	50	61	
<b>סה"כ</b>	<b>3,617</b>	<b>6,008</b>	<b>38</b>

\*\* רצ"ב נתונים שהועברו על ידי לשכת האוכלוסין וההגירה אל עותר מס' 1 במסגרת הליך חופש המידע מיום 17.2.2022, מסומן ע/17.

72. מטבלת עיבוד הנתונים לעיל עולה תמונה עגומה הממחישה את גורפות הפגיעה בחיי המשפחה. בעוד שבין השנים 2013-2020 נמצאו רק 18 מקרים של מעורבות בפעילות ביטחונית (שלגביהם לא ידועים היקף וחומרת המעורבות), הרי במקביל נשללה הזכות לחיי משפחה תחת קורת גג אחת מ- 543 משפחות במזרח ירושלים בלבד. כמו כן, בעוד שבין השנים 2010-2021 נמצאו רק 38 קטינים מתחת לגיל 18 מעורבים במעשים ביטחוניים, הרי בין אותן שנים נשללה הזכות לממש חיי משפחה מ 3,617 משפחות כאשר בקשות בקשות אלו כללו 6,008 ילדים!

73. במקביל לנתונים לעיל, השב"כ לא הביא נתונים במהלך הליך החקיקה לגבי מעורבות בפעילות ביטחונית ברמה הארצית לצורכי השוואה שהיא חיונית לבחינת מבחני המידתיות. אך עיון ב"סיכום שנתי 2015, נתונים ומגמות בטרור ומענה הסיכול" שפורסם באתר הרשמי של השב"כ, עולה כי בשנת 2015, שבה גם רואים נתונים יותר גבוהים של מעורבים בפרפרזה, נרשמו 16 פעולות ביטחוניות מצד יהודים כלפי ערבים ופלסטינים ואף נרשמה עלייה בחומרת המעשים. מרבית הפעולות האלו בוצעו על ידי יהודים בגדה המערבית; הוגשו 90 כתבי אישום נגד יהודים בגין מעורבות בפעילות ביטחונית; 4 הושמו במעצר מנהלי; והוצאו 45 צווי הרחקה



מנהליים. הסיכום השנתי של השב"כ לשנת 2015 ניתן לעיון בלינק הבא (בהערת אגב נבקש לציין, כי זאת היתה השנה האחרונה בה השב"כ מפרסם סיכום שנתי דומה):

<https://bit.ly/3vb3K7G>

74. נדגיש, כי עיון בפרוטוקולים של ועדת החוץ וביטחון בכנסת בדיוניה על אישור הוראת השעה, מראה כי חברי כנסת שונים הדגישו כי הנתונים המופיעים בפרפרזה של השב"כ אינם מהווים תשתית מבוססת. הם ציינו כי הנתונים אינם מצביעים על מדרג וחומרת המעשים והם ביקשו מידע אודות כתבי האישום שהוגשו אך לא קיבלו. כך למשל ח"כ אוסאמה סעדי ציין בישיבת הוועדה מיום 6.3.2022 כי נתונים שביקשה הוועדה לגבי מספר כתבי אישום מקרב אלו שנמצאו מעורבים בפעילות ביטחונית לא סופקו לוועדה:

**"אוסאמה סעדי (הרשימה המשותפת):**

מוסי, אני מזכיר לך וליו"ר ולכולנו, סגן ראש השב"כ שדיבר קודם אמר שבעניין כל הנתונים לדור א' ודור ב', אדוני היו"ר, יש להם פילוח לפי כתבי אישום, מב"דים, חומר מינהלי או לא חומר מינהלי, השאלה היא האם אנחנו קיבלנו את הפילוחים האלה:

**היו"ר רם בן ברק:**

**לא קיבלנו."**

(עמוד 24 לפרוטוקול הדיון) (ההדגשה אינה במקור)

75. ח"כ סעדי חזר והדגיש כי לא נתקבלו הנתונים הדרושים גם בישיבת הוועדה מיום 8.3.2022 (בעמוד 55 לפרוטוקול הדיון). בישיבת ועדת החוץ וביטחון מיום 7.3.2022 ציין גם ח"כ מוסי רז כי הפרפרזה אינה מספקת נתונים מבוססים לצורך תכלית הוראת השעה וכי הנתונים לא הבהירו את חומרת המעשים:

"דובר כאן גם על האופי הביטחוני ונמסרו לנו על ידי שירות הביטחון נתונים על מספר אנשים שהיו מעורבים בפיגועים. אני לא יודע מה הוכלל כפיגועים אבל מן הסתם אני מניח שהכלילו גם זריקת אבנים ואני לא חולק על כך שאפשר לכלול זריקת אבן כפיגוע. אבל לא נמסר לנו מתוך כמה אנשים אלה האנשים האלה. אם אני אמסור לכם ש-1,000 אנשים ששמו משה גנבו, האם זה אומר שאנשים ששמו משה נוטים לגנוב? ... לא ביקשנו לראות את המידע הזה אלא ביקשנו לדעת מספר. אם אומרים שזה ביטחון, אנחנו צריכים לדעת מה המספר של כאלה שנפסלו מסיבות ביטחוניות, אבל זה לא נמסר לנו כאן בוועדה. לא תמיד נמסר מה שביקשנו... לא הוצגו לנו נתונים במספרים שמראים שהחשש הזה שהיה לפני 20 שנים הוא חשש מבוסס. (עמוד 73-71 לפרוטוקול הדיון, 7.3.2022).

בהמשך הדגיש ח"כ מוסי רז כי השב"כ אף לא מסר פילוח מגדרי לנתונים ואין כל ראייה על מעורבות נשים גם עד 25 במעשים ביטחוניים:

"אדוני היושב-ראש, לא הוצגו לנו נתונים מפולחי מגדר. אם את ה-1,500 פיגועים שדיברו עליהם עשו אותם נאמר רק גברים, אז מדוע לשלול מנשים את הכניסה? אם ההיגיון עובד בצורה כזאת, מדוע נשלול מנשים את הכניסה? ... **אני רק אגיד בעדינות שמדובר כאן באפליה בוטה בין האזרחים היהודים לאזרחים הערבים, פלסטינים, במדינת ישראל, אפליה שאין לה מקום. לא הוכח כאן שיש לה סיבה כלשהי.**" (עמוד 74-73 לפרוטוקול הדיון, 7.3.2022) (ההדגשה אינה במקור).

76. ח"כ אוסאמה סעדי הוסיף והדגיש כי לא סופק פילוח מגדרי וכי אין כל ראייה מהנתונים שסופקו על מעורבות נשים בפעילות ביטחונית כך שאין כל בסיס להגביל את כניסתן של נשים מהגדה לצורך איחוד משפחות:

"אנחנו ביקשנו פילוח של הקבוצות האלה, כמה גברים וכמה נשים, וזה משפיע ומשליך על מניעת או אי מניעת הסיכון או אי הסיכון הביטחוני. ברגע שאנחנו ראינו שנשים כמעט ולא נוטלות חלק באירועים ביטחוניים או בעבירות ביטחוניות או בעבירות אחרות, זה משליך כי אתם אומרים שכל המטרה של החוק הזה היא מטרה ביטחונית בלבד?" (עמוד 82 לפרוטוקול הדיון, 7.3.2022).

77. גם ח"כ גבי לסקי הדגישה כי אין כל נתון שסופק לוועדה על ידי השב"כ המצביע על מעורבות נשים בפעילות ביטחונית ועל כן אין כל תשתית להגבלת חיי המשפחה שלהן ולשדרוג מעמדן: "קיבלנו נתונים מהשב"כ, הנתונים האלה לא יכולים להצדיק בשום צורה ואופן את הפגיעה בנשים, אין שום נתון, ושאלנו וביקשנו לקבל פילוחים וביקשנו לקבל כתבי אישום, שום דבר אחר לא קיבלנו חוץ מהמסמך הזה שאומר שגם אילו החוק הזה היה באמת חוק ביטחוני, ואני כופרת בזה, אין הצדקה ביטחונית למנוע מנשים את איחוד המשפחות עם שדרוג מעמד." (עמוד 76 לפרוטוקול, 8.3.2022).

### **ההשלכות של הוראת השעה**

78. מאז עיגון איסור איחוד המשפחות לראשונה בהוראת השעה משנת 2003 ועד היום, פגע החוק בעשרות אלפי משפחות. חלקם לא יכלו לגור תחת קורת גג אחת; חלקם חיו כאשר אחד מבני הזוג שהה בישראל ללא היתר; משפחות שלמות הופרדו מבני זוגם ומילדיהם, בני זוג רבים נאלצו להיפרד מבחירי ליבם/עקב עצם הידיעה שלא יינתן מעמד לבן הזוג. בכל המקרים הנ"ל, ריחפה אי וודאות מתמדת ופחד מתמיד ויומיומי שהיתרים שניתנו לא יחודשו דבר שיוביל לתוצאה של הפרדה מיידית של התא המשפחתי. אלו שקיבלו היתרים זמניים, נאלצו לנהל את חייהם סביב המגבלות שהוטלו עליהם מכח המעמד הזמני: הגשת בקשות לחידוש היתרים ועמידה בדרישות המשתנות כל פעם מצד פקידי משרד הפנים; המתנה להחלטת חידוש ההיתרים שלעיתים ארכה מספר חודשים; מגבלות חמורות על חופש התנועה; אך מעל הכל ניהול חיי משפחה תחת צל כבד של חוסר וודאות, חוסר יציבות ופחד.

79. בנוסף, מי שקיבל היתר שהייה (מת"ק) לא זכאי לזכויות חברתיות וסוציאליות למיניהן. רק לאחר הגשת עתירות והתערבות בג"ץ בסוגיות ממוקדות, התאפשר למקבלי ההיתרים לקבל חלק מהזכויות. כך למשל בעקבות בג"ץ 2649/09 **האגודה לזכויות האזרח נגד שר הבריאות** (פסק דין מיום 4.11.2015), הוחל חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד – 1994 על מקבלי היתר אם כי בתנאים מאוד מוגבלים ויקרים. כמו כן, בעקבות בג"ץ 6615/11 **סלהב נגד שר הפנים**, התאפשר למקבלי ההיתרים לעבוד בישראל.

80. נבקש לציין בהקשר זה כי למרות השינוי שחל במרוצת השנים בזכאות לזכויות סוציאליות למקבלי היתרי מת"ק, אך עדיין קיים פער בין הזכויות המוקנות לבעלי היתר מת"ק, לבין אלו שהם בעלי רישיון א/5. הבדלים אלו נדונו בהרחבה בפסיקה וסוכמו על ידי הנשיאה נאור בפסקה 21 לחוות דעתה בעניין **שדרוג המעמד כך**:

בעתירות שלפנינו הוצגו לנו חסרונות בהחזקת היתרי שהייה מסוג זה, לעומת קבלת מעמד של תושב ארעי (א/5). לדוגמה, חלק מענפי הביטוח הלאומי מותנים בתושבות ולכן מחזיקי היתרי מת"ק אינם זכאים לזכויות סוציאליות מכוחם (ראו: בג"ץ 494/03 רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322 (2004); והשוו לבג"ץ 8961/06 פלוני נ' ראש הממשלה [פורסם בנבו] (13.7.2008); קיימים

מכשולים משמעותיים בקבלת רישיון רכב (ראו: עניין עטאללה) ובעבר אף לא הייתה זכאות לביטוח בריאות. גם כיום, לאחר התקנת תקנות ביטוח בריאות ממלכתי המאפשרות לכאורה לתושבי האזור לקבל שירותי בריאות בתנאים מסוימים, נותרו מחלוקות בנושא שבהן איני מביעה כל עמדה (העתירות הנזכרות כנגד היעדר הזכאות לביטוח בריאות נמחקו בעקבות התקנת התקנות בפסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח; כיום תלויות ועומדות עתירות חדשות המופנות כנגד התקנות בנוסחן דהיום – למשל בג"ץ 7470/16 שויכי נ' שר הבריאות [פורסם בנבו] ובג"ץ 9327/16 אלזיר נ' שר הבריאות [פורסם בנבו]). אם כן, אף שהפערים בין המחזיקים בהיתרים זמניים לבין הרישיונות האחרים הצטמצמו, נותרו יתרונות סוציאליים להחזקה ברישיון ישיבת ארעי לעומת שהייה מכוח היתר זמני בלבד. מצב זה מעורר קושי, שכן בעקבות הארכותיו החוזרות ונשנות של החוק, אדם יכול להחזיק בהיתרי מת"ק במשך תקופה ארוכה מאוד בלא שיחול שינוי בסטטוס שלו (ראו: עניין עטאללה, פסקה 11 לפסק דינו של השופט א' גרוניס).

81. כאמור, הוראת השעה השליכה לאורך השנים ועודנה משליכה על אלפי משפחות. בהתאם לנתונים שסופקו על ידי לשכת האוכלוסין וההגירה לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת ביום 28.2.2022 (נספח ע/1) עולה כי:

- נכון להיום קיימים כ- 9,200 בני זוג תושבי הגדה המערבית בעלי היתר מת"ק וכן 3,000 בני זוג המחזיקים בהיתר א/5.
- בין השנים 2015 עד 2021 (5.7.2021) הוגשו 6,628 בקשות לאיחוד משפחות.
- בתקופה בה פג תוקף החוק (יולי 2021 עד מרץ 2022), הוגשו כ- 2,800 בקשות לאיחוד משפחות כאשר רק 77 בקשות אושרו.
- כמו כן בתקופה בה פג תוקף החוק (יולי 2021 עד מרץ 2022) הוגשו 4,000 בקשות לשדרוג מעמד מהיתר מת"ק להיתר רישיון ישיבה ארעי מסוג א/5 ו- 900 בקשות לשדרוג מעמד מרישיון ישיבה ארעי לרישיון קבע.

82. רוב הבקשות לאיחוד משפחות ושדרוג מעמד מוגשות על ידי התושבים הפלסטינים במזרח ירושלים. כך עלה מנתונים שהועברו בחודשים האחרונים לעותר מס' 1 על ידי רשות האוכלוסין וההגירה במסגרת בקשות לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח - 1998: מתאריך 1.1.2013 עד 31.10.2020 הוגשו 5,197 בקשות לאיחוד משפחות בלשכת מזרח ירושלים. 2,125 מכלל הבקשות שהוגשו בתאריכים הנ"ל, הוגשו על ידי נשים (ראו נספח ע/16).

83. נתונים אלו מתבקשים ממציאות חייהם הייחודית של התושבים הפלסטינים במזרח ירושלים. לפי נתוני רשות האוכלוסין וההגירה מיום 7.10.2021 שהועברו לעותר מס' 1, עולה כי מקרב 379 אלף תושבים פלסטינים בירושלים, 344 אלף הם פלסטינים בעלי תושבות קבע. זיקתם החברתית, כלכלית ומשפחתית עם תושבי הגדה המערבית הינה הדוקה וחזקה ביותר לאור הנסיבות הפוליטיות של סיפוח ירושלים למדינת ישראל לאחר כיבושה בשנת 1967. על זיקה זו בין תושבי הקבע לבין תושבי הרשות הפלסטינית התייחס השופט פוגלמן בעניין **אבו ערפה** (פסקה 65) כך:

**"לתושבי מזרח ירושלים זיקה הדוקה לציבור הפלסטיני באזור יהודה ושומרון ובתחומי הרשות הפלסטינית. לא זו אף זו: מדינת ישראל אף אפשרה לתושבי מזרח ירושלים להצביע בבחירות הכלליות לרשות הפלסטינית; ובהקשרים מסוימים, כדוגמת נושא החינוך, אף מכירה מדינת ישראל במאפייניהם הייחודיים. כך, במוסדות חינוך רשמיים במזרח ירושלים נלמדת תכנית לימודים פלסטינית..."** (ההדגשה אינה במקור).

84. השלכות חוק האזרחות הן אכן חמורות על כלל המשפחות ללא קשר למעמד האזרחות או תושבות הקבע אך ההשלכות לגבי התושבים הפלסטינים בירושלים הן ייחודיות עוד יותר. מעבר להפרדה בין בני המשפחה, אי היכולת לממש את חיי המשפחה של התא המשפחתי תחת קורת גג אחד והסיכון המתמיד בסירוב קבלת מעמד, אי חידוש היתרים או שלילתם, הרי נסיבות חייהם הפוליטיים, החברתיים והכלכליים של תושבי מזרח ירושלים הינה קשה במיוחד. על נסיבות וקשיים חלקיים אלו עמד גם מבקר המדינה בדוח ביקורת מיוחד – פיתוח וחיזוק מעמדה של ירושלים: חלק שני, יוני 2019 (להלן: דו"ח מבקר המדינה").

85. לפי דו"ח מבקר המדינה 96% מהתושבים הפלסטינים בירושלים מתגוררים במזרח ירושלים. מחציתם מתגוררים בשכונות שנותרו מעבר לגדר ההפרדה; חלק מהשכונות הנ"ל הם מחנות פליטים כמו מחנה שועפאט; חלקם מתגוררים ב"מובלעות" שנוצרו לאחר הקמת גדר ההפרדה ואשר מוביל להפרדה והגבלה על חירויות וזכויות של התושבים.

86. תושבי הקבע הפלסטינים בכל השכונות סובלים משיעורי עוני חמורים ומהפליה שיטתית והזנחה בכל הנוגע לשירותים החברתיים והחינוכיים ובתשתיות למיניהן. לפי דו"ח מבקר המדינה, נכון לשנת 2016 חיו 75% מהתושבים הפלסטינים בירושלים מתחת לקו העוני לעומת 29% מהיהודים בירושלים ו-52% מהאזרחים הערבים בכלל המדינה. ונכון לאותה שנה חיו 81% מהילדים הפלסטינים במזרח ירושלים בעוני. מבקר המדינה מציין כי למצב העוני יש לצרף את הפערים ברוב התשתיות והשירותים במזרח ירושלים בין היתר בחינוך והשכלה גבוהה, אי ידיעת השפה העברית, פערים בתחבורה, תברואה ושירותים עירוניים. כמו כן מוסיף הדו"ח, כי בניית הגדר הקשתה על חייהם של התושבים בכך שהותירה מחוץ לגדר תושבים החיים במחנה הפליטים שועפאט וכפר עקב שהם בשטחה המוניציפאלי של ירושלים והטיל עליהם מגבלות תנועה חמורות. התוצאה, לפי מבקר המדינה, הינה יצירת תחושת קיפוח, ייאוש ומצוקה (עמודים 338-339 לדו"ח). באשר לפערים בשירותי הרווחה, מציין מבקר המדינה כי מאז 1967 סובלים תושבי השכונות במזרח העיר מפערים חמורים בשירותי הרווחה העירוניים וכי למרות הקצאת התקציבים שבוצעה בשנים 2014-2018 לטיפול בפערים אלו, הפער עודנו קיים (עמוד 343 לדו"ח). לא זו בלבד, אלא שלצורך מימוש זכויותיהם למעמד אזרחי וזכויות בסיסיות נוספות הנובעות ממעמד זה, נאלצים התושבים הפלסטינים לפנות לערכאות המשפטיות (עמוד 449 לדו"ח).

87. מדיניות מפלה זו נהוגה גם על ידי רשות האוכלוסין וההגירה במיוחד ככל שהדבר נוגע לטיפול בבקשות התאזרחות, איחוד משפחות ורישום ילדים. כך למשל, מציין דו"ח מבקר המדינה כי רשות האוכלוסין אינה מעגנת את שינוי המדיניות מטעמה בנהלים ואינה מפרסמת בשיטתיות בציבור את מדיניותה במיוחד ככל שהדבר נוגע לשלילת רישיונות קבע ובכך פוגעת קשות בזכויותיהם של התושבים (עמוד 449 לדו"ח); רשות האוכלוסין לא קבעה תקן הנוגע למשך הזמן לטיפול בבקשות התאזרחות ואיחוד

משפחות גם לא משך זמן בין קביעת התור לבין המועד שייקבע להגשת הבקשה (עמוד 450 לדו"ח); התושבים נאלצים להמתין כשנתיים וחצי עד למועד בו יוכלו להגיש בקשה לאזרחות שנחשב לפרק זמן חריג וכי עיכוב חריג זה עלול להתפרש על ידי התושבים כ"מדיניות שנועדה להקשות עליהם לקבל מעמד של אזרח." (עמוד 451); כמו כן, נמצא כי במועד הביקורת, היו 2,500 בקשות לקבלת מעמד שהוגשו בשנים 2014-2016 והטיפול בהם טרם נסתיים למרות חלוף שנים מאז שהוגשו הבקשות, דבר הפוגע במגישי הבקשות (עמוד 452 לדו"ח). כמו כן בשנת 2017 היו בלשכה כ-3,000 בקשות להתאזרחות כאשר חמישית מהן הוגשו בשנת 2014 ו-1,500 בקשות לרישום קטינים שלא טופלו (עמוד 452 לדו"ח).

#### השלכות הוראת השעה על ילדים בגילאים 14-18

88. כאמור לעיל, קבוצת הילדים המושפעת ביותר מהוראת השעה הם קטינים בגילאים 14-18 אשר נולדו בגדה המערבית להורים שאחד מהם תושב קבע והשני תושב הגדה. הגדרתה הרחבה של "תושב אזור" בהוראת השעה מובילה להחלת הוראת השעה על מספר רחב יותר של קטינים בגילאים אלו שכן היא מגדירה "תושב אזור" מי שמתגורר בגדה המערבית אף אם אינו רשום בה.

89. עבור קטינים אלו, הרי גם אם יוענק להם מעמד, המעמד המרבי יהיה היתר שהייה ולא רישיון קבע. להיתר כזה מגרעות רבות, שכן, אין הוא מזכה את הילדים הנ"ל בזכויות סוציאליות למיניהם (כפי שהבאנו לעיל מסיכום דבריה של הנשיאה נאור מעניין **שדרוג מעמד**); הוא מחייב הארכת ההיתר מידי שנה כך שהוא יחייב את המשפחה לחיות בחוסר וודאות טוטאלית לגבי המשך שהות הילד בחיק המשפחה; הגשת בקשה להיתר או חידוש מלוות באותם קשיים עליהם הצביע דו"ח מבקר המדינה שהובאו לעיל לרבות אי קביעת תורים לדיון בבקשות בזמן, המתנה של חודשים לקבלת היתר או חידושו ועוד. מצב זה מאלץ את המשפחות לחיות תחת אי וודאות ואי יציבות מתמדת בנוגע להמשך קיומו של תא משפחתי מאוחד עם ילדיהם תחת קורת גג אחת ומעמיד אותם מפני חשש מתמיד של היפרדות מילדיהם.

90. בנוסף, רבים מההורים שאחד מהם הוא תושב קבע, נאלצים לרשום את ילדיהם במרשם האוכלוסין הפלסטיני למרות שמרכז חייהם הוא בירושלים. כך למשל, בני זוג רבים נאלצים להתגורר בגדה המערבית עד אשר יוכלו לעבור להתגורר באופן קבע בירושלים ועל כן הם רושמים את ילדיהם במרשם האוכלוסין בגדה, אחרת הם יוותרו ללא מעמד. לאחר המעבר לירושלים הורים אלו יאלצו לעבור את המשוכות של הוראת השעה על מנת לחיות בתא משפחתי אחד עם ילדיהם. המקרה שיובא להלן בעניין **סרחאן** ממחיש את המציאות של משפחות רבות שנאלצות לרשום את ילדיהם בגדה ולהתמודד לאחר מכן עם מחסומי הוראת השעה.

91. אכן, אמנם בעניין **עדאלה** בית המשפט לא ייחד דיון מעמיק לגבי זכויותיהם של קטינים, אך יחד עם זאת וכפי שנפרט בטיעון המשפטי, העירו השופטים, במיוחד שופטי המיעוט, אודות חשיבות התא המשפחתי וזכותו של הילד לחיות בחיק משפחתו הן מכח אינטרס טובת הילד והן מכח קיומה של זכות עצמאית כזאת לילד. בעניין **גלאון**, בית המשפט ביקש הבהרות מהמשיבים לגבי גורל קבוצה זו של קטינים בגילאים 14-18. בעקבות שאלות ההרכב, הבהירו משיבי המדינה כי קטינים שקיבלו רישיון

ישיבה או היתר שהייה ימשיכו לקבל את המעמד שלהם עם הגעתם לגיל 14 כל עוד הם מתגוררים דרך קבע בישראל ואין לגביהם מניעה ביטחונית ופוליטית. בשל כך, הסיקה השופטת נאור כי החשש להיפרדות הקטינים בגילאים אלו אינו קיים. (ראו פסקאות 22-19 לחוות דעתה של השופטת נאור בעניין גלאון).

92. נטען, כי למרות הבהרות אלו מטעם משיבי המדינה בעניין גלאון, אך עדיין לשון הוראת השעה מאפשרת פגיעה בתא המשפחתי בנוגע לקטינים בגילאים 14-18. כל עוד הוראות הוראת השעה מאפשרות קיומו של מצב משפטי שעלול לפגוע באופן גורף בזכויות הילדים לחיות בחיק משפחתם בגילאים 14-18, אזי חשש ההפרדה בתוך התא המשפחתי בין הורים לקטינים עודנו קיים, והנתונים בשטח שיפורטו להלן, ממחישים זאת. העובדה כי קיימת מדיניות של השר אינה פוטרת את הפגם החוקתי בהוראת השעה ואף מעלה שאלה לגבי מבחן המידתיות השני. אם לאחר 19 שנים של יישום הוראת השעה ולאור נתוני השב"כ, שיובאו להלן, המצביעים על מספר זעיר ביותר של קטינים מעורבים, הרי מדוע לא ניתן היה לעגן מדיניות זו בתוך הוראת השעה הנוכחית? כמו כן, לאור העדר נתונים כלל אודות מעורבות בנות ונשים בפעילות ביטחונית, הרי מדוע להחיל את האיסור הגורף באופן גורף על קטינים וקטינות כאחד? הערת השופטת ביניש בפסקה 7 לחוות דעתה בעניין גלאון העונה על מסקנתה של השופטת נאור לגבי קבוצת ילדים זו היתה:

"יצוין עוד כי החוק לא פתר את עניינם של קטינים המבקשים להישאר עם הוריהם. כפי שציינה חברתי השופטת נאור, נראה כי הלכה למעשה נוקטת המדינה במדיניות מרחיבה מזו הקבועה בחוק, אך ברי כי יש לעגן מדיניות מרחיבה גם בהוראות החוק עצמו." (ההדגשה אינה במקור).

93. לאחרונה, בחודש אפריל 2021, פורסם דו"ח מטעם מרכז המידע והמחקר של הכנסת אשר סקר את הנתונים אודות הקטינים המושפעים מהוראת השעה והשלכותיה עליהם ועל משפחותיהם. ראו: מרכז המחקר והמידע של הכנסת, "מידע על קטינים הנכללים בהליך איחוד משפחות", נכתב על ידי ד"ר יסכה מוניקנדס-גבעון (25.4.2021). (להלן: "דו"ח הכנסת על קטינים") והוא ניתן לעיון בקישור הבא:

[https://fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/3e97005e-0de6-ea11-8107-00155d0aee38/2\\_3e97005e-0de6-ea11-8107-00155d0aee38\\_11\\_17980.pdf](https://fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/3e97005e-0de6-ea11-8107-00155d0aee38/2_3e97005e-0de6-ea11-8107-00155d0aee38_11_17980.pdf)

94. דו"ח זה מונה חלק מהקשיים ומההשלכות של הוראת שעה על קטינים ומציין כי הליך איחוד המשפחות עלול להשליך על התנהלות המשפחה ועל מצבה הכלכלי, כך בעמוד 6:

"ילדים להורים שאינם אזרחים בהליך קביעת מעמד אזרחי עשויים להיות מושפעים מהמעמד האזרחי של הוריהם. למשל התלות של הורה בהליך איחוד משפחות שעלול להימשך זמן רב, הצורך באישור מיוחד כדי לצאת מהארץ דרך שדה תעופה ואי-זכאות לקצבאות הביטוח הלאומי עשויים להשפיע על ההתנהלות המשפחתית ועל מצבה הכלכלי."

95. בנוסף, דו"ח הכנסת על קטינים מציין את ההשלכות על מצבם הרגשי והחברתי של הקטינים במקרים בהם בני הזוג אינם יכולים להגיש בקשה לאיחוד משפחות כמו למשל במקרה שבן הזוג מהגדה אינו עונה על חריג הגיל (נשים מתחת לגיל 25 וגברים מתחת לגיל 35), כי אז, נאלצים הילדים לגדול עם אחד מההורים בלבד ולדבר השלכות חמורות על הילדים, כך בעמוד 12 לדו"ח:

"נדגיש כי מלבד סירובים לאיחוד משפחות על פי הקריטריונים הללו, יש הורים שאינם יכולים להגיש בקשה לאיחוד משפחות כלל ולכן אינם יכולים להתאחד עם משפחותיהם. כך, בנות זוג שגילן פחות מ-25 ובני זוג שגילם פחות מ-35 אינם יכולים להגיש בקשה. במשפחות כאלה שיש בהן ילדים, הילדים נאלצים לגדול ללא אחד ההורים, ועולה השאלה אם יש לכך השפעות, הן מבחינה רגשית וחברתית והן מבחינה כלכלית. היות שאי-אפשר להגיש בקשות בגינם, אין לנו נתונים על מספר הילדים וההורים שאינם יכולים לבקש איחוד משפחות." (ההדגשה אינה במקור)

96. באשר לנתונים, מציין דו"ח הכנסת על קטינים בעמוד 2, כי בעקבות בקשות לנתונים מרשות האוכלוסין, עולה כי "המידע הזמין על יישום המדיניות בתחום איחוד משפחות בכלל, ובנוגע לקטינים בפרט, לוקה בחסר." וכי "לרשות אין כיום מידע על מספר הילדים או בתי האב שיש בהם ילדים בעלי מעמד תושב השוהים כיום בישראל מתוקף הליך איחוד משפחות." וכן אין נתונים על מספר הילדים השוהים כיום בישראל שהם בעלי היתר מת"ק או בעלי רישיון שהייה ארעי, ולכן המחסור במידע עשוי להשליך על "מעקב אחר מצבם של הילדים ועשוי להקשות הן על קבלת החלטות בתחום זה והן על מיצוי זכויות הילדים".

97. יחד עם זאת, צויין כי בכל שנה כ- 230 ילדים שנולדו בגדה להורה תושב קבע ולהורה תושב הגדה עוברים הליך איחוד משפחות ונרשמים כתושבי קבע או תושבים ארעיים (תלוי בגיל הקטין לפי הוראת השעה). בין ילדים אלו: 190 נולדו בגדה ואין להם מעמד אזרחי וכ- 40 ילדים נולדו בגדה והיו בעלי מעמד שם (עמוד 2 לדו"ח הכנסת על קטינים). טבלת הנתונים שהובאו בלוחות 2+3 בדו"ח מראה כי בין השנים 2014-2020 מספר הילדים בהליך איחוד משפחות היה כדלקמן:

- 1,091 ילדים בהליך איחוד משפחות אשר נולדו בגדה ואין להם מעמד בגדה וקיבלו מעמד קבע.
- 207 ילדים בהליך איחוד משפחות אשר נולדו בגדה ויש להם מעמד בגדה וקיבלו מעמד קבע.
- 166 ילדים בהליך איחוד משפחות אשר נולדו בגדה ויש להם מעמד בגדה וקיבלו מעמד ארעי.

כאמור, נתונים אלו אינם משקפים את המציאות שכן לא ניתן לכלול את מספר הקטינים להורים שהם מתחת לגילאים 25-35 ושאינם יכולים להגיש בקשה לקבלת מעמד בישראל.

98. בנוסף, למרות שהוראת השעה מקלה לכאורה במתן מעמד לגבי ילדים מתחת לגיל 14, אך עדיין ועל מנת שיוכלו לגור עם הוריהם בירושלים הם חייבים לעבור הליך של רישום במשרד הפנים ואשר אישורו מותנה בהוכחת "מרכז חיים" של שנתיים לפחות. בהתאם לנתוני לשכת האוכלוסין שהועברו לעותר מס' 1 במסגרת הליך חופש מידע (נספח ע/17) עולה, כי בשנת 2020 הוגשו 2,258 בקשות בלשכת מזרח ירושלים ובשנת 2021 הוגשו 2,870 בקשות. כמו כן הנתונים מצביעים על עשרות אלפי בקשות רישום של ילדים כאשר אל מול הבקשות לרישום שאושרו על ידי משרד הפנים, סורבו בקשות שהשליכו על מעמדם של 6,008! וזאת כמפורט להלן:

- בין השנים 2010 עד 2021 הוגשו 23,993 בקשות שנגעו ל- 32,750 ילדים ממזרח ירושלים.

• מספר הבקשות לרישום ילדים שאושרו בין השנים 2010 עד 2021 הגיע ל- 18,419 בקשות אשר נגעו ל- 26,466 ילדים.

• מספר הבקשות לרישום ילדים שסורבו בין השנים 2010 עד 2021 הגיע ל- 3,617, ואלה נגעו ל- 6,008 ילדים.

99. הלכה למעשה, ולמרות הבהרת משיבי המדינה בעניין **גלאון**, דינם של ילדים עד גיל 14 היה כדין ילדים מעל גיל 14 ולרוב ניתן להם מעמד מת"ק בלבד ולא רישיון ישיבה בישראל. בשנת 2013 ובעקבות הגשת עתירה מנהלית בנושא, נפסק בעת"מ (י-ם) 389/10 **סכאפי נגד שר הפנים** (פורסם בנבו) (3.1.13), כי הנפקת היתר מת"ק לילדים מתחת לגיל 14, אינה מתיישבת עם הוראת השעה ועל כן היא ניתנה בהעדר סמכות. שכן, הוראת השעה הסמיכה את שר הפנים להעניק רישיון לישיבה בישראל לילדים מתחת לגיל 14 ולא היתרי מת"ק.

100. כמו כן, בשנת 2017 בעת"מ 39174-11-13 **סרחאן נגד שר הפנים** (ניתן ביום 4.6.2017) דן בית המשפט לעניינים מנהליים בעתירה אשר דרשה מתן מעמד לקטין מתחת לגיל 14 ל"תקופת הביניים" שהיא תקופת השנתיים ממועד הגשת בקשה לרישום ועד לתקופה בה מאושרת הבקשה לאחר הוכחת מרכז חיים בירושלים עם ההורה. לפני שנביא את תוצאת פסק הדין נבקש לציין כי מקרה זה מבליט את הקושי עבור משפחות רבות שאחד מבני הזוג הוא תושב קבע והשני מהגדה ואשר חלק מילדיהם נולד בירושלים וחלק בגדה. בעניין **סרחאן**, עתרה אשה תושבת קבע אשר נישאה לבחיר ליבה מהגדה בשנת 1992. הם התגוררו בבית לחם ובשנת 2013 עברו להתגורר בירושלים. לבני הזוג נולדו ילדים אשר חלקם נולדו בירושלים וחלקם נולדו בגדה המערבית. העותרת הגישה שתי בקשות: אחת לרישום ילדיה שנולדו בירושלים והשנייה בקשה לאיחוד משפחות לפי הוראת השעה עבור בן זוגה וילדיהם שנולדו בגדה. שתי הבקשות נדחו על ידי משרד הפנים. העתירה התמקדה בשאלה "מהו סוג ההיתר או האשרה שיש לתת לקטין מתחת לגיל 14 ל"תקופת הביניים" בעת ההמתנה להוכחת מרכז חיים של שנתיים בישראל לשם תחילת הטיפול בבקשה? הוחלט לקבל את העתירה באופן שהנהלים יתוקנו ויסדירו כללים או הנחיות למתן אשרה או רישיון לקטין מתחת לגיל 14 בתקופת הביניים ועד להשלמת העמידה בדרישה הוכחת מרכז חיים. בית המשפט הסתמך על מקרה קודם שהגיע לפניו אך לא ניתן בו צו אופרטיבי. באותו עניין, עת"מ (י-ם) 3840/08 **אבו גית נגד שר הפנים** (פורסם בנבו) נקבע, כי אי הענקת מעמד כלשהו לילדים עד להוכחת דרישת "מרכז חיים" חורגת ממתחם הסבירות שכן:

"שכן היא אינה מתיישבת עם זכותו החוקתית לחיי משפחה של ההורה, בעל המעמד בישראל, לגדל את ילדו; והן עם הזכויות העצמאיות והאוטונומיות של הקטין לחיות את חייו לצד הורה. על-כן נפסק באותו הליך, כי ככלל, ובהיעדר טעמים מיוחדים שלא לנהוג כן, על משרד הפנים להעניק לילד בתקופת הביניים שעד למילוי הדרישה למרכז חיים "היתר לשהייה זמנית בישראל" אשר יאפשר לילד לחיות בה כחוק לצד הורה, ולהירשם גם בבית-ספר בישראל". (ציטוט מעמוד 23 לפסק דין **סרחאן**).

101. ובשנת 2018 בעניין עב"ל 13304-07-13 **ח'אליאלה נגד המוסד לביטוח לאומי** (ניתן ביום 13.3.2018) דן בית הדין הארצי לעבודה בזכות לביטוח בריאות ב"תקופת הביניים" של ילדים מגיל שנתיים עד 14 שהורה המשמורן שלהם הוא תושב קבע ופסק כי יש לרשום ילדים אלו



בתקופת הביניים בקובץ הבריאות של המוסד לביטוח לאומי לצורך זכאות לביטוח בריאות בכפוף לכך שהגישו בקשה לקבלת רישיון ישיבה בישראל.

102. הנה כי כן, למרות הבהרות המדינה בעניין גלאון ולכאורה קביעתה של השופטת נאור כי אין פגיעה בקבוצת הקטינים בגילאים 14-18, הרי הנתונים מראים וכפי שגם עולה מדו"ח הכנסת על קטינים כי השלכות הוראת השעה על קבוצה זו היא חמורה. בהקשר זה נטען, כי העובדה כי הקביעות המשפטיות שנקבעו בערכאות לגבי שינוי המדיניות בנוגע למעמד הקטינים לא עוגנה בהוראת השעה, משליכה גם היא על בחינת מבחן המידתיות השני.

### השלכות הוראת השעה על מעמדם האזרחי של התושבים הפלסטינים בירושלים

103. התושבים הפלסטינים במזרח ירושלים הם ילידים בעירם, אך כידוע, מעמדם האזרחי לא נקבע בדבר חקיקה. לאחר כיבוש מזרח ירושלים בשנת 1967 וסיפוחה למדינת ישראל נקבע על ידי בית המשפט העליון כי לאור תחולת המשפט, שיפוט ומינהל של מדינת ישראל על מזרח ירושלים מכח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התשי"ח – 1948 וצו סדרי שלטון והמשפט (צו מס' 1), התשכ"ז-1967, יש לראות בפלסטינים אשר התפקדו במפקד האוכלוסין כתושבי קבע עליהם חל חוק הכניסה לישראל, התשי"ב – 1952. מעמד ילדי תושבי הקבע גם הוא נקבע לפי הוראות חוק הכניסה לישראל. בשל כך ולמרות מעמדם הייחודי והיותם ילידים, הוחל עליהם חוק הרלוונטי לתושבים ואזרחים זרים. מעמדם הפך למעמד על תנאי והם נחשבו לזרים במולדתם. החלת חוק הכניסה לישראל היתה מאז, ועודנה, קריטית לשימור מעמדם בשטח הולדתם ואי עמידה בתנאי החוק הובילה לאיבוד ופקיעת תושבות של רבים מהם. חוק הכניסה לישראל הפך עם השנים לאחד הכלים המשפטיים הדמוגרפיים העיקריים לאיבוד מעמדם האזרחי של התושבים הילידים וזאת לאחר שסעיף 11 לחוק הכניסה לישראל ופרשנותו על ידי בית המשפט, חייבה אותם להוכיח באופן מתמיד קשר הדוק עם עיר מולדתם. מי שעוזב ומשתקע בשטח מדינה אחרת, גם אם לתקופה זמנית של מספר שנים ואינו יכול להוכיח כי מרכז חייו בירושלים, מעמדו פוקע. ראו בהקשר זה סיכום להסדרת מעמד התושבים הפלסטינים כתושבי קבע מכח חוק הכניסה לישראל בע"מ 3268/14 **עבד אלחאק נגד שר הפנים**, פסקאות 1-3 ופסקה 20 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (פסק דין מיום 14.3.2017) (להלן: "עניין אלחאק"). וכן ראו בג"ץ 282/88 **עווד נגד ראש הממשלה**, פד"י מב(2) 424 (1988) ובג"ץ 7023/94 **שקאקי נגד שר הפנים** (6.6.1995).

104. בהתאם לפרסום נתוני האגודה לזכויות האזרח, "ירושלים המזרחית: עובדות ונתונים 2021" מחודש מאי 2021 עולה, כי בין השנים 1967 עד 2020 נשלל מעמד התושבות בירושלים ל-14,701 פלסטינים. ובבג"ץ 7803/06 **אבו ערפה נגד שר הפנים** (פסק דין מיום 13.9.2017) (להלן: "אבו ערפה"), סיכם השופט פוגלמן בפסקה 51 לחוות דעתו חלק מהמקרים העיקריים שהובאו בהקשר זה בפני בית המשפט:

"בהקשר זה אעיר כי עד לשנים האחרונות נהג המשיב להפעיל את סמכותו לשלול רישיונות לישיבת קבע של תושבי מזרח ירושלים רק כאשר פקעה תושבותם בשל עזיבתם את הארץ והשתקעותם במדינה אחרת, מכוח העילות שצוינו מפורשות בתקנה 11א לתקנות הכניסה לישראל (ראו, למשל, עניין זרינה; עניין דארי; בג"ץ 7603/96 ופא נ' הממונה על מרשם התושבים במשרד הפנים, פ"ד נט(4)

337, 340 (2005); עת"ם (מינהליים ת"א) 23714-01-10 ח"יו נ' שר הפנים [פורסם בנבו] (22.3.2011); עניין ראזק; עת"ם (מינהליים י-ם) 666/05 זידאן נ' מדינת ישראל, שר הפנים [פורסם בנבו] (9.3.2006); עת"ם (מינהליים י-ם) 652/05 מוסטפה נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (21.11.2005); עת"ם (מינהליים י-ם) 457/03 סאלם נ' שר הפנים [פורסם בנבו] (25.8.2003); או כאשר מעמד התושבות הושג במרמה (ראו, למשל, עת"ם (מינהליים י-ם) 6146-03-13 אבו קובע נ' שר הפנים [פורסם בנבו] (30.7.2013)).

105. בשנים האחרונות, החל בית המשפט העליון להתייחס לייחודיות מצבם של התושבים הפלסטינים והכיר בכך שהם לא קיבלו את מעמד הקבע בגלל היותם מהגרים או צאצאי מהגרים אלא בהיותם ילידי המקום וכי זיקתם לירושלים היא הדוקה וחזקה. בעניין **אבו ערפה**, קבע השופט פוגלמן בפסקה 50 לחוות דעתו:

"כך ככלל, וכך ביתר שאת כאשר עסקינן בתושבי מזרח ירושלים. כאשר מדובר בתושבי מזרח ירושלים, עוצמת הפגיעה הכרוכה בביטול רישיון לישיבת קבע ובהרחקתם קשה יותר מפגיעה בתושבי קבע "רגילים", שקיבלו את רישיונם במסגרת הליכי הגירה. כאמור, הזיקה של תושבי מזרח ירושלים אל אזור מגוריהם אינה שקולה לזיקתו של תושב קבע שקנה מעמדו בהליכי הגירה. רבים מהם נולדו, גדלו ובגרו במזרח ירושלים והם מתגוררים שם עשרות שנים, וכך גם הוריהם ולעיתים הורי הוריהם (ראו גם עניין אלחאק, פסקה 19).

ובפסקה 19 לחוו"ד של השופט פוגלמן בעניין **עבד אלחאק**:

"כאשר נדרש השר לבחון בקשה להשיב רישיון לישיבת קבע למי שהוא תושב מזרח ירושלים, עליו להתחשב במצבם הייחודי של תושבים אלה – שבשונה מעניינם של מי שהיגרו לישראל ומבקשים לקבל בה מעמד – הם בעלי זיקה חזקה למקום מגוריהם, כמי שנולדו בשטח זה – ולעיתים אף הוריהם והורי הוריהם נולדו בו – והם מקיימים בו חיי משפחה וקהילה במשך שנים."

106. בעקבות אישור הוראת השעה המקורית בשנת 2003 ועד היום עם אישור הוראת השעה הנוכחית, נאלצו תושבי קבע רבים להעביר את מקום מגוריהם לגדה המערבית לצורך מימוש חיי משפחה עם בחירי ליבם וילדיהם ובכך להעביר את מרכז חייהם לגדה. כתוצאה רבים איבדו את מעמדם ולא הצליחו להחזיר את רישיון הקבע שהיה להם. משמעות הדבר היתה פקיעת רישיון הקבע ואיבוד כל מעמד אזרחי שכן עבור מרביתם מעמד הקבע בישראל הוא המעמד האזרחי היחיד שיש ברשותם. על ההשלכות החמורות שיש לפקיעת רישיון הקבע של התושבים הפלסטינים התייחס השופט פוגלמן בעניין **אבו ערפה**, כאשר קבע כי שלילת תושבות הקבע משמעה הרחקת בעל הרישיון מישראל. וכן קבע כי עוצמת הפגיעה בזכויות ובאינטרסים של הפרט עקב ההרחקה עומדת ביחס ישיר לעוצמת זיקתו לישראל ולמקום מגוריו אשר כוללת גם פגיעה חמורה בזכות לחיי משפחה שהוכרה כחלק מהזכות החוקתית לכבוד. כך קבע השופט פוגלמן בפסקה 47 לחוות דעתו תוך הפנייה לעניין **סטמקה ועדאלה**:

"מובן כי עוצמת הפגיעה בזכויות ובאינטרסים של הפרט הכרוכה בהרחקה כאמור עומדת ביחס ישיר לעוצמת זיקתו לישראל ולמקום מגוריו: ככל שיושב הפרט בארץ תקופה רציפה יותר, כך גירושו מביתו כרוך בפגיעה בזכויות רבות יותר שזכו למעמד חוקתי במשפטנו. ביטול הרישיון – וכפועל יוצא: הרחקתו של הפרט מישראל – פוגעים כמובן בכבודו ובחירותו של הפרט. לצד זאת, שלילת הרישיון עלולה להוביל גם לפגיעה חמורה בזכות לחיי משפחה, אשר הוכרה במשפט הישראלי כזכות חוקתית הנגזרת מזכות האדם לכבוד (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 782 (1999)). כפי שהוטעם בעניין עדאלה, "הגם שזכות זו, הזכות לנישואין ולקיום חיי משפחה, לא זכתה להימנות מפורשות עם זכויות היסוד שהוכרו מפורשות בחוקי היסוד, נסכים כולנו

– נסכים ונצהיר – כי נגזרת היא, נגזרת מן הראשונות במלכות היא, מכבוד האדם” (שם),  
בעמ' 400).

ובפסקה 48 התייחס השופט פוגלמן להשלכות הפגיעה בזכויות החברתיות והכלכליות של מי שנשלל ממנו רישיון הקבע בישראל:

”לצד כל אלה, ביטול רישיון ישיבת הקבע שבידי הפרט פוגע גם בזכאותו לזכויות ולהטבות רבות המוקנות למי שאוחז רישיון מסוג זה – זכויות והטבות החורגות מעצם הזכות לשבת, דרך קבע, בשטח המדינה. בין היתר, תושב קבע זכאי לזכויות סוציאליות לפי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ”ה-1995; לזכות לשירותי בריאות לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ”ד-1994; לזכות הצבעה בבחירות לרשויות המקומיות (סעיף 13 לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ”ה-1965); לחופש תנועה מלא ברחבי המדינה (שכן הוא נושא בתעודת זהות ישראלית לפי סעיף 24 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ”ה-1965); ולאפשרות להיות מועסק בשירות המדינה ובתפקידים ציבוריים נוספים (סעיף 16א) לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי”ט-1969)). למעשה, ההבחנה המרכזית בין אזרח לבין תושב קבע מבחינת אגד הזכויות המוקנות לו היא הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת, הקנויה לאזרח בלבד (סעיפים 5 ו-6 לחוק יסוד: הכנסת), כמו גם הזכות לקבל דרכון ישראלי (סעיף 2א) לחוק הדרכונים, התשי”ב-1952).

107. לאור זאת והואיל ותכליתה הדומיננטית של הוראת השעה הינה דמוגרפית-אידאולוגית, אנו טוענים, כי יש לבחון במכלול הבחינה החוקתית של החוק את מכלול הנסיבות, הן הפוליטיות והן המשפטיות, שמשליכות על מעמדם האזרחי של התושבים הפלסטינים במזרח ירושלים. בהקשר זה נבקש להפנות לפסק דין מאת בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה אשר פורסם בחודש יולי 2020. בעניין *Chisuse* נדון חוקתיות תיקון לחוק האזרחות אשר שינה את הגדרת “אזרחות מלידה” ו”אזרחות על פי דם” אשר אפשר שלילת זכאות לאזרחות מילדים שנולדו מחוץ לדרום אפריקה להורים דרום אפריקאים. עובדות מקרה זה אינן דומות למקרה שבפנינו אך התייחסות בית המשפט לנסיבות ההיסטוריות והפוליטיות שהובילו לשלילת אזרחות משחורים בתקופת האפרטהייד, היא הרלוונטית לענייננו. שכן בפרשנות התיקון לחוק בית המשפט לא יכל להתעלם מהיסטוריית החקיקה בדרום אפריקה בתקופת האפרטהייד אשר מנעה משחורים קבלת אזרחות ופגעה בכך בכבודם, וכך בלשון בית המשפט בפסקאות 27-28 לפסק הדין:

“The denial of full citizenship to the largely black African majority of the population constituted an assault on the dignity and equality of many people living in South Africa. This denial was particularly egregious because it was based on a person’s race...Citizenship and equality of citizenship is therefore a matter of considerable importance in South Africa, particularly bearing in mind the abhorrent history of citizenship deprivation suffered by many in South Africa over the last hundred and more years. Citizenship is not just a legal status. It goes to the core of a person’s identity, their sense of belonging in a community and, where xenophobia is a lived reality, to their security of person. Deprivation of, or interference with, a person’s citizenship status affects their private and family life, their choices as to where they can call home, start jobs, enrol in schools and form part of a community, as well as their ability to fully participate in the political sphere and exercise freedom of movement.”

*Chisuse and Others v. Director-General Department of Home Affairs and Another*,  
CCT155/19 (20 July 2020).

### הפגיעה בזכויות החוקתיות

108. הוראת השעה הנוכחית, כמו קודמתה, פוגעת בזכויות החוקתיות הן של האזרחים והתושבים הערבים-פלסטינים בישראל והן של בני זוגם וילדיהם. היא פוגעת בזכות לחיי משפחה ומימוש בישראל; היא מפלה על רקע לאום שכן במבחן התוצאה הרוב המכריע של הנפגעים הם האזרחים והתושבים הערבים פלסטינים בישראל; היא מייצרת מסלולי התאזרחות על בסיס אתני ולאום תוך תפיסה גורפת שבני הזוג והמשפחה של אותם אזרחים ותושבים הם אויבים אך ורק על בסיס שייכותם הלאומית; היא פוגעת בזכויות הילדים והנשים; והיא גם פוגעת בזכויותיהם של בני המשפחה מהגדה המערבית, שהם תושבים מוגנים החיים תחת משטר של כיבוש ישראלי.

### הפגיעה בזכות החוקתית לחיי משפחה ומימוש במדינת ישראל

109. כאמור, רוב השופטים בעניין **עדאלה** קבעו כי החוק אינו חוקתי (הנשיא ברק והשופטים ביניש, גיוראן, חיות, פרוקצ'יה ולוי). השופט לוי הצטרף בסופו של דבר לעמדת הרוב שחברה על ידי המשנה לנשיא חשין אך ורק מהנימוק כי הוראת השעה אמורה לפוג ביום 31.7.2006. למרות התוצאה הסופית של פסק הדין, עמדת הרוב היתה כי הוראת השעה המקורית פוגעת בזכויות החוקתיות.

110. באשר לפגיעה בזכות לחיי משפחה, שמונה מקרב 11 שופטי ההרכב בפס"ד **עדאלה** קבעו, כי הזכות לחיי משפחה הינה זכות חוקתית והיא נגזרת מהזכות החוקתית לכבוד לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וכי מזכות זו נגזרת גם הזכות לממש את חיי המשפחה בישראל (ראו סעיפים 25 עד 28, 30 עד 35 לפסק דין הנשיא בדימוס ברק; סעיפים 6 ו-7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; סעיפים 1 עד 15 לפסק דינו של השופט גיוראן; סעיף 4 לפסק דינה של השופטת חיות; סעיפים 1 ו-6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; סעיף 3 לפסק דינו של השופט עדיאל; סעיף 8 לפסק דינו של השופט ריבלין וסעיף 7 לפסק דינו של השופט לוי). השופטת חיות קבעה בפסקה 4 לפסק דינה כי "הזכות העומדת לאדם לבחור את בן הזוג שעימו הוא חפץ להקים משפחה וכן הזכות העומדת לו להקים את ביתו במדינה שבה הוא חי, הן בעיני זכויות אדם מן המעלה הראשונה."

111. גם בעניין **גלאון**, נקבע ברוב של שבעה שופטים כי הוראת השעה פוגעת בזכות החוקתית לחיי משפחה ובזכות למימוש חיי המשפחה. השופטת חיות (כתוארה אז) קבעה בפסקה 4 כי:

"התיקון השני לחוק האזרחות לא נותן אפוא כל מענה לבעייתיות הטמונה בהסדרים הקולקטיביים הקבועים בו, ולמעט במקרים חריגים שבחריגים לא נערכת על-פיו כל בדיקה פרטנית בעניינם של אלו המבקשים להתאחד עם משפחתם ולא ניתנת להם כל אפשרות מעשית להפריד באופן פוזיטיבי את חזקת המסוכנות המיוחסת להם. בכך יש משום פגיעה קשה בזכות החוקתית לחיי משפחה של כל אחד מן הפרטים בקבוצה, והיא

מועצמת בהינתן העובדה כי אין מדובר בפגיעה נקודתית קצרת מועד אלא בפגיעה שתוצאותיה ארוכות-טווח (ראו: Daphne Barak Erez: Terrorism and Profiling: Shifting the Focus from Criteria to Effects 29 CARDOZO L. REV. 1,(2007) 7-8).

112. נבקש להדגיש בהקשר זה כי אמנם הפגיעה בחיי המשפחה ומימושה היא חמורה עבור כל בני הזוג, אך השלכות הוראות השעה הן חמורות עוד יותר בהקשר לפגיעה בנשים. רבות מהנשים במערכות יחסים המושפעות מהוראת השעה, חיות בתלות כמעט מוחלטת בבני זוגן. הם אלו אשר מחליטים מתי לפנות ולהגיש את הבקשה למעמד, אם בכלל. נשים תושבות קבע בירושלים, אשר עוזבות את בני זוגן, נאלצות לעיתים קרובות לחיות בהפרדה מילדיהן המתגוררים בגדה. לעיתים קרובות, רישום הילדים בגדה הוא כלי לחץ על נשים רבות, פן יעזבו את בני זוגן. נשים תושבות הגדה הנשואות לתושבי קבע ולהם ילדים הרשומים בישראל, נאלצות לעיתים קרובות להיפרד באופן טוטאלי מילדיהן במקרה של גירושין וחזרת האשה לגדה. ברוב המקרים של מקרים אלו, נשים אינן יכולות לקבל היתרי כניסה לישראל לצורך שהייה עם ילדיהן, ובני הזוג מונעים מהילדים להגיע לגדה, במטרה להגביר את הלחץ נגדן. בנוסף, גם נשים שאינן סובלות ממערכות יחסים מעורעות עם בני זוגן, במיוחד אם הן תושבות הגדה המתגוררות בירושלים בהיתר מת"ק או ללא היתר כלל, הן אינן יכולות לנהל חיים תקינים, לעבוד במקצוען, להגשים את עצמן, לפתח קריירה הולמת ולהתפתח, מה שמותיר אותן במעמד נחות יותר אל מול בן הזוג ואל מול החברה ככלל.

#### *הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון המגיעה לכדי הפליה פסולה על רקע לאום*

113. באשר לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון, נקבע **בעדאלה** ברוב של שבעה שופטים (הנשיא ברק והשופטים ביניש, גיוראן, חיות, פרוקצ'יה, רבילין ולוי), כי הוראת השעה המקורית פוגעת בזכות החוקתית לשוויון ומפלה במבחן התוצאה את האזרחים והתושבים הערבים. בהקשר זה קבע הנשיא ברק כי "המסקנה היא שחוק האזרחות והכניסה לישראל מגביל, הלכה למעשה, את זכותם של ערביי ישראל, ושלחם בלבד, לממש את זכותם לחיי משפחה. מספרם של אלה מגיע לאלפים." (פסקה 16 לפסק דינו של הנשיא ברק). השופט גיוראן התייחס לקשרים הייחודיים בין האזרחים ותושבי הקבע הערבים-פלסטינים לבין תושבי השטחים הכבושים בקובעו כי: "בין אזרחי ישראל הערבים ובין תושבי האזור קיימים קשרים תרבותיים, משפחתיים, חברתיים ואחרים, אשר באופן טבעי, מובילים לכך שעיקר האזרחים הערבים המוצאים את בני זוגם בקרב תושבי האזור, הינם אזרחי ישראל הערבים. במניעת היכולת להינשא לבני-זוג תושבי האזור, יש על-כן פגיעה המתמקדת, בראש ובראשונה, באזרחי המדינה הערבים, כשבכך מתווספת לפגיעה בזכותם לחיי משפחה גם פגיעה בזכותם לשוויון." (פסקה 16 לחוות דעתו). והשופטת חיות (כתוארה אז) קבעה בפסקה 4 לחוות דעתה: "בקובעו איסור גורף כזה למתן מעמד לתושבי האזור, מסמן החוק שולי ביטחון רחבים ועיוורים הפוגעים באופן בלתי מוצדק ובלתי מידתי באלפים רבים מבני המיעוט הערבי החי בתוכנו המבקשים לקיים חיי משפחה בישראל עם תושבי האזור."

114. קביעות דומות לעניין הפגיעה בשוויון וההפליה על רקע לאום נקבעו על ידי שבעה שופטי הרוב גם בעניין **גלאון** (הנשיאה ביניש והשופטים לוי, ארבל, ג'ובראן, חיות והנדל). כך למשל בפסקאות 4-5 קבעה השופטת חיות (כתוארה אז): "האופי הקולקטיבי של המדיניות המעוגנת בחוק האזרחות - אשר יש בו למעשה כדי למחוק את זהותם הייחודית של הפרטים הנמנים עם אותו קולקטיב - והפגיעה הבלתי מידתית בשוויון הנוצרת בגין ההסדרים הקבועים בחוק, עלולים ליצור מראית של "תיוג אתני" (profiling racial) פסול אשר ממנו ראוי להישמר (ראו דו"ח "הוועדה למיגור ההפליה הגזעית" של האו"ם..."

115. הוראת השעה הנוכחית ממשיכה אם כן ובניגוד לפסיקת הרוב בעניין **עדאלה וגלאון** בפגיעה בזכויות החוקתיות של האזרחים ותושבי הקבע הפלסטינים. היא יוצרת מסלולי הפרדה אתניים ולאומיים בהליך התאזרחות לצורך איחוד משפחות. מסלולים אתניים אלו מפלים על רקע לאום ומנוגדים לפסיקתו של בית משפט זה בעניין **סטמקה**, אשר קבע כי בין אזרחי המדינה ותושביה ייקבעו מסלולי התאזרחות שווים ועל כן יש לצמצם את תחולת החוק השבות לגבי התאזרחות של לא יהודים עם אזרחים יהודים בתוך ישראל (בג"ץ 3648/97 **סטמקה נגד שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728). השופט חשין קבע, כי אין כל הצדקה להעדיף הליך התאזרחות של יהודי היושב בישראל על פני התאזרחות של מי שאינו יהודי:

"אלה דברים אמורים ביהודי השב לארצו - הוא ומשפחתו - אך לא ימצא לנו כל הצדק להעדיף יהודי היושב לבטח בארצו על-פני מי שאינו יהודי - שהראשון יוכל להקנות שבות לבן-זוג לא-יהודי ואילו אחרון לא יוכל. אם הסכמנו - ובכל-לב - לזכות שקנה כל יהודי - באשר-הוא-שם - לעלות ארצה, הוא ומשפחתו, נתקשה להסכים לזכות-יתר כי תינתן ליהודי, אזרח הארץ - לו, אך לא לאזרח הארץ שאינו-יהודי - לזכות בשבות לא-יהודי שהפך בן-זוגו בעוד הוא אזרח הארץ. כי נכיר בזכותו של יהודי אזרח ישראל לזכות את בן זוגו הלא-יהודי בזכות-של-שבות, ובה בעת נשלול זכות זו מאזרח ישראל לא-יהודי, נעשה מעשה חמור של הפליה ותכלית ראויה למעשה לא מצאנו..." (פסקה 25 לחוות דעתו של השופט חשין).

116. גם בעניין בג"ץ 6698/95 **קעדאן נגד מינהל מקרקעי ישראל**, פד"י נד(1) 258 (2000) קבע הנשיא ברק כי בהיותם מיעוט, זכאים האזרחים הערבים בישראל לשוויון זכויות גמור:

"אך משהוקמה המדינה, הרי היא נוהגת שוויון בין אזרחיה. מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות), אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדן, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים..." (פסקה 31 לחוות דעתו)

117. לעניין "שוויון זכויות גמור" בהליכי התאזרחות לצורך איחוד משפחות, כתבו דוידוב, יובל, סבן ורייכמן במאמרם שפורסם לאחר עניין **עדאלה**, כי הזכות לזוגיות ולהקמת משפחה ממוקמת בקטיגוריית זכויות הפרט ומשכך יש להחיל לגביה "שוויון זכויות גמור" בין כל הפרטים, יהודים כערבים:

"... שהרי אם נמצא כי הזכות לזוגיות ולהקמת משפחה מצויה בקטיגוריית זכויות הפרט, כי אז נהיה פטורים מלהתלבט באשר להחלתה באזרח שוויוני על בני המיעוט הערבי. זכויות הפרט הרי קמות לכלל אזרחי המדינה; זו מחויבת ב"שוויון זכויות גמור" באשר להן." (עמוד 682).

118. ובמאמר שפרסמה פרופ' דפנה ברק-ארז בשנת 2008, אף הוא בעקבות עניין **עדאלה**, כתבה כי הוראת השעה מעבירה מסר לאזרחים הערבים שהם קבוצה חשודה ומפלה נגדם על רקע לאום, שכן היא יוצרת מסלולי התאזרחות מפלים על בסיס לאום:

“The amendment sent a message to Israel’s Arab citizens that they are considered inherently suspect, and it authorized legal as well as de facto discrimination against them. The amendment effectively precludes their marrying noncitizens from their own ethnic group (unless they are willing to live outside Israel), whereas Jewish citizens can do that and even enjoy the advantages afforded by the Law of Return, which grants automatic citizenship to every Jew who wishes to live in Israel (when their spouse is Jewish). In this sense, it is impossible to understand the full effect of the amendment without reference to the Law of Return, which provides the other half of the picture.”

Daphne Barak-Erez, *Israel: Citizenship and immigration law in the vise of security, nationality, and human rights*, I•CON, Volume 6, Number 1, 2008, pp. 184–192, page 192.

119. לאחרונה, בפסק דינה בעניין בג"ץ 3390/16 **עדאלה נגד הכנסת** (ניתן ביום 8.7.2021), אשר דן בחוקתיות תיקון מס' 120 לחוק העונשין אשר שלל קצבאות סוציאליות מהורים לקטינים שהורשעו בעבירות ביטחון (להלן: "**תיקון 120**"), הרחיבה השופטת ברק ארז על תיוג והכפפה חברתית תוך התייחסות לפסיקה המושרשת בבית המשפט העליון לעניין תיוג והיותה קשורה לקיפוח של קבוצות שהוכרו כאלה וסבלו מהפליה היסטורית. היא הדגישה כי תיוג טבוע בכל הבחנה המשדרת לפרטים כי הם אינם ראויים בשל השתייכותם (פסקה 24-27 לחוות דעתה). בהקשר להפליה היא סיכמה כי פגיעה בשוויון מתקיימת כאשר ההסדר מבחין לרעה קבוצה המוגדרת בין היתר על בסיס קריטריון "מתייג". (פסקה 39 לחוות דעתה). באותו עניין קבע השופט פוגלמן כי "הנחיה זו להבחין בין הורים לצורך זכאותם לגמלאות על בסיס "חזקה חלוטה" המייחסת להם תכונה או פעולה כלשהי על בסיס פעולותיו של אחד בלבד, מקימה לשיטתי הבחנה בלתי רלוונטית מפלה." (פסקה 11 לחוות דעתו). השופט פוגלמן הוסיף כי הפגיעה בשוויון עליה הצביע פוגעת גם בזכות לכבוד שכן "כאשר מטילים על אדם סנקציה כלשהי בגין עוון שלא הוא ביצע, משמעות הדבר היא כי מתייחסים אל האדם כאמצעי להשגת תכליות נלוות חיצוניות... באלו גם אלו, פגיעה בכבודו." (פסקה 6 לחוות דעתו).

#### הפגיעה בזכויות הילדים

120. למרות שבעניין **עדאלה** לא יוחד דיון מפורט אודות הפגיעה בזכויות הילדים, אך חלק מהשופטים התייחס לפגיעה בזכויות הילדים לחיות עם הוריהם ומשפחתם תחת קורת גג אחת. הנשיא ברק הדגיש את חשיבות כיבוד התא המשפחתי, את זכות ההורה לגדל את ילדו בחיקו ואת זכותו של הילד לגדול בחיק משפחתו. הוא הדגיש גם כי זכות הילד לגדול בחיק משפחתו היא חלק מעקרון אינטרס טובת הילד כי לא יופרד מהוריו (ראו פסקה 28 לחוות דעתו של הנשיא ברק בעניין **עדאלה**).

121. ראו גם דברי השופט ג'ובראן בפסקאות 14-11 לחוות דעתו בעניין **עדאלה**, שם קבע בין היתר כי "בכפייתו של פירוד בין הילד ובין מי מהוריו, יש משום פגיעה חמורה ביותר בזכויותיו של הילד לגדול בחיק משפחתו ובחיק הוריו". והדגיש כי "אין מדובר אך על פגיעה ב"טובת הילד", אלא בפגיעה ב"זכות" של ממש, העומדת לילד לגדול בחיק הוריו ואשר על המדינה מוטלת חובה להימנע בפעולותיה מפני פגיעה בזכות זו. " כמו כן, גם השופטת נאור שהצטרפה לעמת הרוב בעניין **עדאלה** התייחס בפסקה 24 לחוות דעתה לפגיעה בילדים ואף ציינה כי ראוי לשקול "העלאה ניכרת של גילם של הקטינים עליהם לא יחול האיסור שבחוק."

122. בעניין **גלאון**, לעומת זאת, הסיקה השופטת נאור כי לאחר שהמשיבים הבהירו כי קטינים המגיעים לגיל 14 ימשיכו לקבל את המעמד שניתן להן קודם לכן, אזי החשש להיפרדות הקטינים בגילאים אלו אינו קיים. (ראו פסקאות 22-19 לחוות דעתה של השופטת נאור בעניין **גלאון**). יחד עם זאת, וכפי שטענו ברקע העובדתי, הפגיעה בקטינים בגילאים 18-14 עודנה קיימת ובכל מקרה אין בהוראת השעה הנוכחית כל עיגון למדיניות המשיבים הנוטעת לגבי הענקת מעמד דומה לילד גם לאחר הגעתו לגיל 14. כל עוד הוראות הוראת השעה מאפשרות קיומו של מצב משפטי שעלול לפגוע באופן גורף בזכויות הילדים לחיות בחיק משפחתם בגילאים 18-14, אזי חשש ההפרדה בתוך התא המשפחתי בין הורים לקטינים עודנו קיים. בהקשר זה ולעומת קביעתה של השופטת נאור, חזר השופט גובראן על קביעתו כי הוראת השעה פגעת בזכויות הילדים ובתא המשפחתי (פסקה 1 לחוות דעתו) והשופטת ביניש הוסיפה:

"יצוין עוד כי החוק לא פתר את עניינם של קטינים המבקשים להישאר עם הוריהם. כפי שציינה חברתי השופטת נאור, נראה כי הלכה למעשה נוקטת המדינה במדיניות מרחיבה מזו הקבועה בחוק, אך ברי כי יש לעגן מדיניות מרחיבה גם בהוראות החוק עצמו." (פסקה 7 לחוות דעת השופטת ביניש).

123. כפי שצויין ברקע העובדתי בעניין **סרחאן** אשר קבע כי יש לתקן את הנהלים באופן שיסדירו מעמדם של ילדים עד גיל 14 באמצעות הענקת מעמד ישיבה ארעי, בית המשפט הסתמך בהנמקתו על הפגיעה בזכויות החוקתיות של ילדים אלו ונטען כי הקביעה בעניין **סרחאן** אמורה להיות תקפה גם לפגיעה בקטינים בגילאים 18-14:

בפסק-הדין בפרשת אבו גית קבע בית-המשפט, כי "עמדתו העקרונית של המשיב, לפיה הילדים אינם זכאים למעמד כלשהו עד למילוי הדרישה של מרכז חיים במשך שנתיים, חורגת ממתחם הסבירות"; זאת בין-השאר משום שהיא עלולה לחשוף אותם למציאות חיים בלתי תקינה של שהייה בלתי חוקית בישראל למשך תקופה ניכרת (כשנתיים) ללא מסגרת לימודים. בית-המשפט ציין, כי תוצאה זו אינה מתיישבת הן עם זכותו החוקתית לחיי משפחה של ההורה, בעל המעמד בישראל, לגדל את ילדו; והן עם זכויותיו העצמאיות והאוטונומיות של הקטין לחיות את חייו לצד הורהו (כאמור בפסק-הדין בעניין עוויסאת, לעיל). על-כן קבע בית-המשפט, "כי ככלל, ובהיעדר טעמים מיוחדים שלא לנהוג כן, על המשיב להעניק לילד, בתקופת הביניים שעד למילוי הדרישה לקיום מרכז חיים, היתר לשהייה זמנית בישראל אשר יאפשר לילד לחיות בה כחוק לצד הורהו, ולהירשם גם בבית-ספר בישראל". (עמוד 23 לפסק הדין).

*איסור הפליה ופגיעה בכבוד של בני המשפחה תושבי השטחים הכבושים*



124. הוראת השעה מייצרת פגיעה עצמאית גם בבן הזוג ובני המשפחה החיים תחת כיבוש ישראלי בגדה המערבית. הוראת השעה מתייגת אותם באופן גורף כ"איום ביטחוני", זאת ללא כל קשר למעורבות של הפרט במעשה זה או אחר. תיוג זה משליך גם על בחירי ליבם מקרב האזרחים והתושבים הפלסטינים בישראל. לא ניתן להפריד בין תפיסת האויבות הגורפת שמייצר החוק בין אלו המתגוררים בשטחים לבין אלו המתגוררים במזרח ירושלים (וכמובן גם האזרחים הערבים), וזאת על רקע הקשר ההדוק בין שתי קבוצות לאור הנסיבות הפוליטיות והשמירה על ההקשר החברתי, משפחתי וכלכלי הדוק לאורך השנים מאז 1967 ועד היום. תיוג קבוצה זו באופן גורף כ"אויב" מעבירה מסר של נחיתות לכל חברי הקבוצה ללא קשר למיקומה הגיאוגרפי, היא מהווה השפלה ופוגעת בלב הזכות החוקתית לכבוד.

125. העובדה כי ממשלת ישראל שולטת בתור כוח כובש על מגוון רחב של חיי התושבים בגדה לרבות על תנועתם אל הגדה וממנה, אין מקום לפטור אותה בתור "ריבון" משמירה על האינטרסים של האוכלוסייה המוגנת. בהקשר זה יפים דבריו של המלומד Martti Koskenniemi:

"Such a functional notion of sovereignty is nowhere more visible than in the application of human rights under military occupation... Whatever the origin of the power, the main thing is that it is exercised in *the interests of the population*."

Martti Koskenniemi, "What Use for Sovereignty Today?" *Asian Journal of International Law*, 1 (2011) 61,64.

126. עקרון איסור ההפליה המעוגן גם במשפט הבינלאומי חל על כל אדם ללא קשר למעמדו. שייכות אתנית מעולם לא אושרה כבסיס המצדיק הפליה גם במדיניות הגירה של מדינות. ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם משנת 1948 הטילה חובה על כל המדינות החברות באו"ם לכבד את כבודו של אדם באשר הוא ולהימנע מאיסור הפליה על בסיס שייכות לאומית ואתנית בהיותם עקרונית אוניברסאליים החלים על כל אדם ללא קשר למעמדו המשפטי במדינה. גם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עיגן את ההגנה על הזכות לכבוד כערך אוניברסאלי וקבע בסעיף 2 כי "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם".

127. כמו כן, המשפט הבינלאומי ההומניטארי קובע בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית כי אוכלוסייה מוגנת זכאית ליחס של כבוד כולל בהקשר ל"זכויותיהם המשפחתיות" ובלשון הסעיף:

"מוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגייהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי, והם יוגנו במיוחד מפני כל מעשה אלימות או איומי אלימות, ומפני עלבונות וסקרנות הרבים." (ההדגשה אינה במקור).

128. בהקשר לפגיעה בזכויות התושבים הפלסטינים בשטחים הכבושים, נפנה גם לפסק דינה של הנשיאה חיות בעניין עיריית סילוואד אשר דן בחוקתיות החוק המכונה "חוק ההסדרה" שם קבעה, כי היות החוק מכוון לפגיעה נגד התושבים הפלסטינים הרי הוא פוגע בזכותם לכבוד ולשוויון. כך בפסקה 52 לחוות דעתה של הנשיאה:

"העולה מן האמור הוא כי פגיעתם של ההסדרים הקבועים בחוק, לא כל שכן משקלם המצטבר, מתמקדת רובה ככולה בפלסטינים תושבי האזור (השוו השוו בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 279-280 (2000) (להלן: עניין קעדאן); עניין נסר, פסקה 46 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימי) ד' ביניש). זאת, שכן החוק נותן עדיפות מובהקת לתושבי האזור הישראליים על פני התושבים הפלסטינים שם, הן בכל הנוגע לשמיטת הליכי האכיפה והן בהקצאת המקרקעין ובהכשרה בדיעבד של הבנייה הבלתי חוקית בהם."

ובפסקה 54 קבעה:

"החלתו בפועל של דין שונה על אוכלוסיות באזור ככל שהדבר נוגע לביצוען של עבירות בנייה ופלישה למקרקעין פרטיים, וזאת בשל שיקולים של השתייכות דתית או לאומית "נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק [...]. היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט" (בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית-באר שבע, פ"ד נג(3) 289, 305 (1999); השוו בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל, [פורסם בבנו] פסקה 51 לחוות הדעת של השופטת ע' ארבל (9.6.2011))."

ולבסוף מסיקה הנשיאה כי החוק פוגע במגוון זכויות אדם של התושבים הפלסטינים בגדה המערבית ובהן הזכות לכבוד, תוך הדגשה כי זיקתו של אדם למקום מגוריו על מכלול הקשרים המשפחתיים והחברתיים הגלומים בה, היא אינטרס ראוי להגנה בשיטתנו המשפטית וכך בפסקה 81 לחוות דעתה: "...וכבר נפסק כי זיקתו של אדם למקום מגוריו, על מכלול הקשרים המשפחתיים, הקהילתיים, החברתיים והתעסוקתיים הגלומים בה מהווה אינטרס הראוי להגנה בשיטתנו המשפטית (עניין זיאדה, פסקה 88 לחוות הדעת של המשנה לנשיאה (בדימי) ס' גיוראן; רע"א 5817/95 רוזנברג נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד (1) 221, 228 (1995))."

#### *הפגיעה בזכויות היסוד עקב התחולה הרטרואקטיבית של החוק*

129. התחולה הרטרואקטיבית של הוראת השעה לרבות לגבי התקופה שבה פג תוקף הוראת השעה מיום 6.7.2021 ועד 15.3.2022, הינה בלתי חוקתית שכן היא מפרה את החזקה לפיה חוק, במיוחד זה הפוגע בזכויות יסוד, לא יחול רטרואקטיבית. התחולה למפרע במקרה זה פגעה באינטרס ההסתמכות של מי שהגיש בקשות ביודעו כי המצב המשפטי מאפשר לו להגיש בקשה לאיחוד משפחות.

130. בהקשר זה נפנה לבג"ץ 9098/01 **ילנה גניס נגד משרד הבינוי והשיכון**, נט(4) 241 (2004), אליו הפנינו בבקשה לצו ביניים ונשוב ונדגיש את קביעתו של השופט חשין בפסקה 17 לחוות דעתו:

"אכן, המחוקק לא העניק כל אשראי לפרשן המשכיל, וחששו מפני חזקת האי-רטרואקטיביות היה כה רב עד שראה להודיענו, ולחזור ולהודיענו, שוב ושוב, שכוונתו היא לעקור הטבות מעיקרן למיום תחילתו של תיקון מס' 5. פירושו של סעיף 20 לחוק ההסדרים בנושא הרטרואקטיביות פירוש חד-משמעי הוא. המחוקק היטיב – היטיב והיטיב – להודיענו כוונתו כי פועלה של שלילת הטבות נועד להיות מלמפרע, למיום תחילת החוק שהעניק אותן הטבות, וכך נסתרת במלואה חזקת האי-רטרואקטיביות".  
והוסיף בפסקה 23:

"החזקה (הפרזומפציה) הינה, כי חוק אינו פועל למפרע... תפיסת היסוד הינה, כי "החלת חוק חדש על עיסקה שתמה ונשלמה לפני צאת החוק, והנוגעים בדבר עשו והשלימו אותה בסומכם על הדין שהיה נוהג אותה שעה, עלולה לגרום עוול ואי-צדק"... חקיקה

רטרואקטיבית או רטרופקטיבית נוגדת "מושגים מקובלים של צדק" ... והחזקה נגד חקיקה זו דרושה למען עשיית צדק. עקרון שלטון החוק דורש ודאות וביטחון ביחסים הבין-אישיים. חקיקה למפרע פוגמת בשני אלה... היא אינה מאפשרת תכנון מראש של ההתנהגות, ולפיכך פוגעת גם ביציבות של המשפט..."

131. ראו גם דברי השופט ברק בע"א 1613/91 **ארביב נגד מדינת ישראל**, פד"י מו(2) 765, 776 (1992):

"החזקה (הפרזומפציה) הינה, כי חוק אינו פועל למפרע... תפיסת היסוד הינה, כי "החלת חוק חדש על עיסקה שתמה ונשלמה לפני צאת החוק, והנוגעים בדבר עשו והשלימו אותה בסומכם על הדין שהיה נוהג אותה שעה, עלולה לגרום עוול ואי-צדק"... חקיקה רטרואקטיבית או רטרופקטיבית נוגדת "מושגים מקובלים של צדק" ... והחזקה נגד חקיקה זו דרושה למען עשיית צדק. עקרון שלטון החוק דורש ודאות וביטחון ביחסים הבין-אישיים. חקיקה למפרע פוגמת בשני אלה... היא אינה מאפשרת תכנון מראש של ההתנהגות, ולפיכך פוגעת גם ביציבות של המשפט..."

132. ולאחרונה בבג"ץ 17/1308 **עיריית סלואד נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 09.06.2020), קבעה הנשיאה חיות כדלקמן באשר להחלה למפרע של סעיף 3 לחוק ההסדרה:

"ואולם, סעיף 3 לחוק ההסדרה מעיד עליו כי הוא מיועד להכשיר בדיעבד ובאופן גורף וכוללני "התיישבות במקרקעין הטעונה הסדרה", בלא שנקבע בו מנגנון בדיקה פרטני לכל מבנה ומבנה. בהעדר בדיקה פרטנית כזו, לרבות בכל הנוגע לטיב הזכויות, נסיבות הבנייה ומשך הזמן שחלף מאז הבנייה, לא ניתן להבחין בין נסיבות שהן שונות במהותן." (פסקה 64 לחוות דעתה).

### **תחולת הוראות המשפט הבינלאומי על השטחים הכבושים לרבות על מזרח ירושלים**

133. תחולת החוק הישראלי על תושבי מזרח ירושלים לאחר הכיבוש הישראלי וסיפוח מזרח העיר, אינה פוטרת את מדינת ישראל מהחובות המוטלות עליה כלפי תושבי הקבע הפלסטינים אשר חיים תחת משטר של כיבוש ועל כן הם זכאים להגנות בהיותם תושבים מוגנים מכח הוראות הדין הבינלאומי ההומניטארי וזאת לצד המשפט הבינלאומי לזכויות אדם. האו"ם על גופיו הכיר במזרח ירושלים כשטח כבוש. בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג בחוות דעתו מיום 9.7.2004 בעניין חוקיות גדר הפרדה שנבנה על ידי ממשלת ישראל, התייחס אל ירושלים כשטח כבוש ובשל כך מחוייבת מדינת ישראל כלפי תושביה בקיום הוראות המשפט הבינלאומי לזכויות אדם וכן הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי, בהיותם תושבים מוגנים (החלטת בית הדין לצדק בקישור הבא: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/131/1677.pdf>).

134. לכך יש להוסיף את החלטת בית הדין הבינלאומי הפלילי בהאג מחודש פברואר 2021 אשר קבע כי לבית הדין סמכות לחקור קיומם של פשעי מלחמה שבוצעו מצד ישראל בשטחים הכבושים הכוללים את שטח מזרח ירושלים (החלטת בית הדין הבינלאומי הפלילי מס' ICC-01/18 מיום 5.2.2021).

*עקרון איסור ההפליה במשפט הבינלאומי לזכויות אדם חל גם במצבי חירום*

135. ההצהרה האוניברסלית לכל באי העולם משנת 1948 מטילה חובות על כל מדינות לכבד את חירויותיו וכבודו של האדם באשר הוא וללא הפליה (סעיף 2 להצהרה). האמנה העיקרית והרלוונטית ביותר לענייננו, היא האמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות ההפליה הגזעית משנת 1966 ואשר נחתמה ואושרה ע"י ישראל בשנת 1979. סעיף 1(1) לאמנה מגדיר את ההפליה הגזעית ככל אבחנה, הדרה, הגבלה או העדפה על בסיס גזע, צבע, מוצא אתני או על בסיס לאום כדלקמן:

“In this Convention, the term "racial discrimination" shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.”

וסעיף 1(3) לאותה אמנה קובע כי אין בהוראותיה כדי להשפיע על קביעות משפטיות של מדינות בעניין לאומיות, אזרחות או התאזרחות, ובלבד שהן אינן מפלות על רקע לאום:

“Nothing in this Convention may be interpreted as affecting in any way the legal provisions of States Parties concerning nationality, citizenship or naturalization, provided that such provisions do not discriminate against any particular nationality.”

136. האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 קובעת, כי ניתן להגביל את תחולתן של זכויות וחירויות במצבי חירום לאומי. אולם, סעיף 4 לאמנה קבע חריג לפיו אין לגרוע מהזכות לאיסור ההפליה או להתנות אותה במצב חירום לאומי. תכלית ההחרגה היתה למנוע הפליה נגד קבוצות ומיעוטים לאומיים ואתניים ואחרים על רקע מאורעות מלחמת העולם השנייה. סעיף 4 לאמנה קובע:

“In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, **provided** that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.”

ההדגשה אינה במקור.

137. יתר על כן, הערה כללית מס' 29 שאישרה וועדת האו"ם האחראית על יישום האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות ביום 31.8.2001 והאחראית על פרשנות ויישום האמנה, קבעה בסעיף 13(ג), כי במצבי חירום לאומי לא ניתן להפלות נגד אנשים השייכים לקבוצות מיעוטים וכי על המדינות לכבד את זכויותיהם של מיעוטים המתגוררים בתוכה בכל מצב ובכל עת:

“In those provisions of the Covenant that are not listed in article 4, paragraph 2, there are elements that in the Committee's opinion cannot be made subject to lawful derogation under article 4. Some illustrative examples are presented below:

The Committee is of the opinion that the international protection of the rights of persons belonging to minorities includes elements that must be respected in all circumstances. This is reflected in the prohibition against genocide in international law, in the inclusion of a non-discrimination clause in article 4 itself (para. 1), as well as in the non-derogable nature of article 18.”

*CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, General Comment No. 29.*

138. בהקשר לסעיף 4 לאמנה יפים דבריהם של מדינה וסבן במאמרם לעיל:

”זהו הטעם המרכזי שבשלו האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 קובעת, בו-זמנית, כי ניתן להגביל את היקפן של רוב הזכויות והחירויות במצבי חירום לאומי, ואולם אין בשום אופן לגרוע או להתנות על הזכות לאיסור האפליה (סעיף 4 לאמנה). במילים אחרות, בני אדם אינם רשאים לנסות לקנות את ביטחונם על ידי פגיעה מפלה באחרים; אינם רשאים להפוך בני אדם אחרים לאמצעים להשגת ביטחונם. הם רשאים (בסייגים של מידתיות) לשנות את ”שולי הסיכון” שהם נוטלים בעת חירום, משמע, לפגוע יותר מהמותר בימי שלום בחופש התנועה, בחופש הביטוי, בפרטיות, בקניין וכדומה, אך הם צריכים להחיל את השינוי הזה על הכול, ללא הפליה. בתמצית, ההיתר לשנות את ”שולי הסיכון” מסויג באיסור לעשות כן באורח סלקטיבי. נאסרת לפיכך הטיה על בסיס השתייכות קבוצתית, ובתוך כך נאסר המעבר ממבחן סיכון אישי למבחן סיכון קולקטיבי.”

מדינה וסבן, ”זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, יתיוג אתני ומבחני פסקת ההגבלה”, **משפטים לט: 113-47**, עמוד 72.

139. כמו כן סעיף 2 (5) להצהרת האו”ם בדבר זכויות אנשים השייכים למיעוטים אתניים, לאומיים ולשוניים משנת 1992, אשר מתבססת על האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות שמדינת ישראל צד לה, קובע כדלקמן:

“Persons belonging to minorities have the right to establish and maintain, without any discrimination, free and peaceful contacts with other members of their group and with persons belonging to other minorities, as well as contacts across frontiers with citizens of other States to whom they are related by national or ethnic, religious or linguistic ties.”

140. וסעיף 36 להצהרה בדבר זכויות מיעוטים – (Declaration on the Rights of Indigenous Peoples) – משנת 2007 אף הוא מעגן את הזכות של מיעוטים, לרבות אלו שהופרדו עקב שינוי גבולות בינלאומיים, לשמור על קשר עם בני עמם. הסעיף מוסיף, כי על המדינות לנקוט בצעדים אפקטיביים על מנת לסייע למיעוטים לממש את זכויותיהם לעיל.

141. לא בכדי שהוועדות האחראיות על יישום האמנות הבינלאומיות לזכויות אדם של האו”ם, קבעו בדו”חות בחינת יישום מדינת ישראל לאמנות, כי הוראת השעה פוגעת בזכות לחיי משפחה ומפרידה בין משפחות. כך למשל בדו”ח האחרון של הוועדה האחראית על יישום האמנה הבינלאומית למיגור כל סוגי ההפליה נגד נשים (CEDAW) קבעה בדו”ח שפרסמה ביום 17.11.2017 בפסקה 41 כדלקמן:

“The Committee recalls its previous recommendation (CEDAW/C/ISR/CO/5, para. 25) that the State party objectively balance its security concerns with the human

rights of persons affected by its laws and policies and review them in order to facilitate family reunification of all citizens and permanent residents of the State party. In that regard, the State party should review the Citizenship and Entry into Israel Law (Temporary Order) and government resolution No. 3598 of June 2008 to ensure that they comply with articles 9 and 16 of the Convention, for example by providing for targeted measures, applied on a case-by-case basis, while respecting the principles of equality and proportionality.”

CEDAW/C/ISR/CO/6 , *Concluding observations on the sixth periodic report of Israel*, 17/11/2017.

142. והועדה האחראית על יישום האמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות הסיקה בדו"ח בחינת יישום מדינת ישראל לאמנה שפורסם ביום 12.11.2019 כך בפסקה 41 :

“The Committee recommends that the State party review the Citizenship and Entry into Israel Law (Temporary Order) with a view to bringing it into line with its obligations under article 10 of the Covenant and to facilitating the exercise of family reunification for all citizens and permanent residents irrespective of their status or background.”

ICESCR, *Concluding observations on the fourth periodic report of Israel*, E/C.12/ISR/CO/4, 12 November 2019.

#### המשפט הבינלאומי ההומניטארי

143. עקרון איסור ההפליה, מעוגן גם באמנת ג'נבה הרביעית שהוראותיה מחייבות את ממשלת ישראל. עקרון זה מתבטא הן באיסור הפליה על רקע שייכות לאומית, אתנית, גזעית וכדומה, הן באיסור על תיוג קבוצות אלו באופן גורף כ"אויב" והן בחובת האבחנה בין לוחמים לבין אזרחים. סעיף 3 לאמנת ג'נבה משנת 1949 הוא קבע איסור הפליה בזו הלשון :

“Persons taking no active part in hostilities ... shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria.”

144. אמנת ג'נבה משנת 1949 בדבר הגנה על אזרחים במהלך מלחמה הגבילה גם את השימוש בדוקטרינת נתיני אויב וקבעה בסעיף 44 כדלקמן :

“In applying the measures of control mentioned in the present Convention, the Detaining Power shall not treat as enemy aliens exclusively on the basis of their nationality de jure of an enemy State, refugees who do not, in fact, enjoy the protection of any government.”

גם אמנת הפליטים משנת 1951 הרחיבה בסעיף 8 את ההגבלות על השימוש בדוקטרינת מדינות אויב גם על זמני רגיעה.

145. בהקשר זה נבקש גם להדגיש את הוראותיה של החלטת מועצת הביטחון של האו"ם מס' 1325 משנת 2000 אשר הצהירה על הצורך להגן על נשים ונערות באזורי לחימה וסכסוכים מתוך הכרה בהשפעה הייחודית שיש למצבים אלו על נשים ונערות. העובדה כי הוראת השעה הנוכחית פוגעת בנשים בהעדר נתונים כלשהן על מערבות נשים ונערות, מהווה הפרה להחלטה זו. נציין כי מדינת ישראל הכירה בחשיבותה של החלטה זו ואף אישרה תיקוני חקיקה להבטחת ייצוג קידום נשים במוקדי החלטות וייצוג הולם לוועדות ציבוריות. כך שמדינת ישראל צריכה לפעול גם במרכיב השני שהודגש בהחלטה והיא מניעת פגיעה בנשים ונערות מכח הוראת השעה הנוכחית.

146. נדגיש בהקשר זה כי שני פסק הדין בעניין **עדאלה וגלאון**, התעלמו לחלוטין מהוראות המשפט הבינלאומי. על העדר ההתייחסות המספקת למורכבות יישום דוקטרינת נתיני האויב בפסק דינו של המשנה לנשיא חשין, מתייחס מייקל קגן במאמרו :

“Much of the confusion stemmed from the way in which international and comparative sources were used. Superficially, the lead opinion relied extensively on international law. But it would be more precise to say that Justice Cheshin relied on the mere fact that there is an enemy nationals doctrine in international law; he did not explore how international law regulates it and arguably has dismantled its foundations.”

Michael Kagan, *Destructive Ambiguity: Enemy Nationals and the legal Enabling of Ethnic Conflict in the Middle East*, 38 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 263, page 13.

*פשע האפרטהייד והרדיפה במשפט הבינלאומי הפלילי (Apartheid and Persecution)*

147. סעיף 7 לאמנת רומא מגדיר פשע האפרטהייד כפשע נגד האנושות המבוסס על מעשים לא-אנושיים המבוצעים בהקשר של משטר ממוסד של דיכוי שיטתי ושליטה מכוונת של קבוצה גזעית אחת על קבוצה גזעית אחרת. לפי דו"ח שפורסם לאחרונה על ידי הדווח המיוחד של האו"ם לענייני זכויות האדם בשטחים הכבושים, מייקל לינק, נקבע כי מרכיבי הגדרת פשע האפרטהייד מתקיימים לגבי השטחים הכבושים כולל מזרח ירושלים, כאשר בין היתר, מסקנתו זו מתייחסת להפרדת משפחות פלסטיניות עקב הוראת השעה, וכך בפסקה 53 לדו"ח :

**“(iii) Inhuman(e) acts committed as an integral part of the regime**

53. Israel’s administration of its occupation has been replete with a range of inhuman(e) acts prohibited by the Convention Against Apartheid and the Rome Statute. In summary form, these acts would include:

- ...In 2022, the Israeli Knesset adopted The Citizenship Law, which restricts the ability of Palestinians from Israel to marry spouses from the West Bank or Gaza; this does not apply to Israel Jews.”

ובמסקנות הדו"ח נקבע בפסקה 56 :

“First, an institutionalized regime of systematic racial oppression and discrimination has been established. Israeli Jews and Palestinian Arabs in East Jerusalem and the West Bank live their lives under a single regime

which differentiates its distribution of rights and benefits of the basis of national and ethnic identity, and which ensures the supremacy of one group over, and to the detriment of, the other. (The Palestinian Authority exercises restricted jurisdiction and provides services in limited parts of the West Bank that Israel has no interest in delivering.) The differences in living conditions and citizenship rights and benefits are stark, deeply discriminatory and maintained through systematic and institutionalized oppression.”

דו"ח מטעם הדווח המיוחד לענייני זכויות אדם בשטחים הכבושים, הוגש למועצת זכויות האדם של האו"ם בישיבה מס' 49, 21.3.2022, A/HRC/49/87. הדו"ח ניתן לעיון בקישור הבא: <https://www.ungeneva.org/en/news-media/meeting-summary/2022/03/conseil-des-droits-de-lhomme-m-michael-lynk-qualifie-dapartheid>

148. דברים דומים צוינו גם בדו"ח של Human Rights Watch שפורסם בשנת 2021 תחת הכותרת *The Threshold Crossed, Israeli Authorities and the Crimes of Apartheid and Persecution* ואשר הסיק כי פשע האפרטהייד מתקיים לגבי מעשים המבוצעים על ידי ממשלת ישראל בשטחים הכבושים כולל מזרח ירושלים, בין היתר, בשל קיומה וישומה של הוראת השעה ובשל היותה מבוססת על תכליות דמוגרפיות. ראו עמוד 50 לדו"ח בנוגע לתכלית הדמוגרפית של הוראת השעה, שם נכתב:

“The Citizenship and Entry into Israel Law (Temporary Order)—2003, which prohibits Palestinians from the West Bank and Gaza with few exceptions from obtaining citizenship or permanent residency in Israel and East Jerusalem further reflects a desire to maintain demographic control. Ariel Sharon, commenting in 2005 when he was prime minister on the renewal of the temporary law, said, “There’s no need to hide behind security arguments. There’s a need for the existence of a Jewish state.” He later added that authorities had “a correct and important intention of Israel being a Jewish state with a massive Jewish majority” and that “we must do everything so that this state remains a Jewish state in the future.” Giora Eiland, national security advisor at the time, who served on a committee in 2005 examining immigration policies, conceded that “the Citizenship Law is the way to overcome the demographic demon.” Then-finance minister Benjamin Netanyahu put it more directly during discussions over renewing the law: “Instead of making it easier for Palestinians who want to get citizenship, we should make the process much more difficult, in order to guarantee Israel’s security and a Jewish majority in Israel.” Eli Yishai, while serving as minister of interior affairs, said in 2012 that approving a larger number of family unification applications from the West Bank would constitute “national suicide.”

הדו"ח ניתן לעיון בקישור הבא:

[https://www.hrw.org/sites/default/files/media\\_2021/04/israel\\_palestine0421\\_web\\_0.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2021/04/israel_palestine0421_web_0.pdf)

149. גם ארגון זכויות האדם הבינלאומי "אמניסטי אינטרנשיונל", אשר פרסם ביום 1.2.2022 דו"ח בנושא התקיימות פשע האפרטהייד בשטחים הכבושים כולל במזרח ירושלים, נסמך בדו"ח ומסקנותיו על אישורה ויישומה של הוראת השעה והיותה מבוססת על תכלית דמוגרפית. ראו הדו"ח



שכותרתו Israel's Apartheid Against Palestinians, Cruel System of Domination and Crime  
Against Humanity, בעמוד 10-100 :

“Although Israeli authorities have traditionally justified the policy as necessary on “security grounds”, they continue to implement it in a blanket manner without specific evidence-based reasons after almost two decades. Statements by Israeli officials have made it clear that demographic – rather than security – considerations underpin the policy... In the run-up to the vote on 6 July 2021, foreign minister Yair Lapid, head of the Yesh Atid political party, said approvingly: “There is no need to hide from the essence of the reunification law. It is one of the tools designed to ensure a Jewish majority in the State of Israel.” Defence minister Benny Gantz, head of the Kahol Lvan (Blue and White) political party, said: “This law is essential for safeguarding the country’s security and Jewish and democratic character...”

Israel’s implementation of the policy barring Palestinian family unification in a blanket manner constitutes a systematic denial of basic rights, including the rights to nationality and status, freedom of movement, work, health, education, and family life. The policy has affected thousands of families and forced them to live apart, abroad or in constant fear of being arrested, expelled or deported. The implementation of this discriminatory policy is a clear example of how Israel fragments Palestinians into different domains of control to treat them differently, or segregate them, from the Jewish population, and subjugates their rights to the aim of maintaining a Jewish majority in Israel.”

הדו"ח ניתן לעיון בקישור הבא :

<https://www.amnesty.org/en/documents/mde15/5141/2022/en/>

150. ראו עוד דו"ח שפורסם בשנת 2017 על ידי הנציבות הכלכלית והחברתית למערב אסיה של האו"ם (Economic and Social Commission for Western Asia) שכותרתו Israeli Practices towards the Palestinian People and the Question of Apartheid. מחברי הדו"ח, פרופ' ריצ'רד פאלק ופרופ' וירגיניה טילי, הסיקו כי מתקיים פשע האפרטהייד בשטחים הכבושים כולל במזרח ירושלים וזאת בין היתר לאור הפרדת משפחות כתוצאה מיישום הוראת השעה אשר נחקקה ליישום תכלית דמוגרפית. ראו עמודים 32 ו-59 לדו"ח שניתן לעיון בקישור הבא :

<https://oldwebsite.palestine-studies.org/sites/default/files/ESCWA%202017%20%28Richard%20Falk%29%2C%20Apartheid.pdf>

151. נזכיר עוד בהקשר למשפט הבינלאומי הפלילי כי גם "רדיפה" אשר עוגנה בסעיף 7 לאמנת רומא כפשע נגד האנושות, מתבססת בהגדרתה על רדיפה של קבוצה או קולקטיב על בסיס שיוך אתני, גזעי, לאומי או אחר ואשר מהווה פגיעה חמורה ומכוונת בזכויות בסיסיות (fundamental rights) בניגוד לחוק הבינלאומי בשל זהותה של הקבוצה או הקולקטיב. לבחינת מרכיבי עבירה זו ראו החלטות של בית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר :

*Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgment (ICTY, 15 July, 1999); *Prosecutor v. Dario Kordic, Mario Cerkez*, Case No. IT-95-14/2-A , Judgement (ICTY, 17 December 2004).

**הפגיעה בזכויות החוקתיות באמצעות "הוראת השעה" היא "שימוש לרעה בסמכות המחוקקת"**

152. בפרק זה נטען כי אישור החוק בתור "הוראת שעה" זו השנה ה-19 ברציפות הוא "שימוש לרעה בסמכות המחוקקת" של הכנסת. גם כוונת המחוקק כפי שעלתה מדיוני ועדת החוץ והביטחון שפורטה ברקע העובדתי לעיל, הינה כי חוק זה אמור להיות קבוע תחת כותרת של "הוראת השעה" וזאת עד לסיום הכיבוש. כמו כן נטען כי חקיקת "חוק קבוע" תחת האצטלה של "חוק זמני" תוך פגיעה גורפת בזכויות החוקתיות מחייבת בחינה אחרת של שאלת ההסמכה כפי שנדרש בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

153. לצורך ביסוס הטיעון לעיל, נבקש ראשית להקיש מדוקטרינת "שימוש לרעה בסמכות המכוננת" אשר הוכרה ואומצה בפסיקה העליונה. כידוע, דוקטרינה זו עלתה לראשונה על ידי הנשיא ברק בעניין ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד מגדל כפר שיתופי, פד"י מט(4) 221 (1995) אשר הותיר את הדיון בה בצריך עיון. בבג"ץ 4908/10 ח"כ בר-און נגד כנסת ישראל (ניתן ביום 7.4.2011), שוב עלה הדיון בדוקטרינה זו והנשיאה ביניש ביקשה להתוות אמות מידה לזיהוי המקרים בהם נעשה שימוש לרעה בכותרת חוק יסוד וקבעה בפסקה 24 לחוות דעתה, כי ישנם מקרים בהם ייתכן כי חקיקת יסוד כהוראת שעה עלולה להוות "שימוש לרעה" בכותרת חוק יסוד ויש לבחון כל מקרה לגופו. לאחר מכן עלתה הדוקטרינה שוב בעניין בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נגד כנסת ישראל (ניתן ביום 6.9.2017), אשר דן בחוקתיות הארכה חמישית לחוק יסוד: משק המדינה שעיגן את מנגנון התקציב הדו-שנתי באמצעות הוראת שעה. המשנה לנשיאה רובנשטיין אשר כתב את עמדת הרוב קבע, כי הארכה חמישית של הוראת השעה מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת והוציא "התראת בטלות" המכוונת לתיקון עתידי דומה של חוק היסוד.

154. למרות שהסוגיה שהועלתה בעניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים דנה בתיקון חוק יסוד כהוראת שעה, אך עדיין קיים דמיון רב לענייננו. למרות שבענייננו מדובר לכאורה באישור חוק זמני, אך ברור מההיסטוריה החקיקתית של הוראת השעה הנוכחית וכן מתקפותה של הוראת השעה לאורך 19 שנים רצופות, כי כוונת המחוקק היתה מלכתחילה להפוך אותה לחוק קבוע תחת האצטלה של הוראת שעה. כך שהשימוש בכותרת "הוראת שעה" נועדה לצורך אישור מהיר של החוק משיקולים של נוחות פוליטית ובמטרה להשיג תוצאה משפטית דומה בפני בג"ץ גם בדיון בחוקתיות הוראת שעה זו.

155. המשנה לנשיאה רובנשטיין הטעים בחוות דעתו בעניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, כי דוקטרינה זו מחייבת את הכנסת הן בכובעה המכונן והן בכובעה המחוקק שכן בבסיס דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המחוקקת עומד המשפט המנהלי. וכך קבע בפסקה ל' לחוות דעתו:

"דוקטרינת השימוש לרעה, אף שהיא במתחם החוקתי, שאובה בבסיסה, כך נראה, מכללי היסוד של המשפט המינהלי, אשר להם מחויבים הרשות המבצעת וגופי המינהל מגשימי מדיניותה; כמו כל כוח שלטוני, גם סמכותה של הרשות המכוננת, צריך שתופעל בתום לב ומשיקולים ענייניים, ובשם התכלית שבעטיה ניתנה הסמכות... לא הרשות המבצעת, וגם לא המחוקקת או המכוננת, פטורות מכללי היסוד של המתחם והמרקם החוקתי.

לטעמי, משמעות הדברים, בלשון פשוטה, היא כי במקום שמזוהה שימוש לרעה בכוח הרוב בטכסט חוקתי, נסוג הצורך הפוליטי מפני "הליבה החוקתית" ו"קדושתה", חשיבותה המשפטית והערכית." (ההדגשה אינה במקור)

156. המשנה לנשיאה רובנשטיין התייחס להארכת הוראת השעה בחוק היסוד בפעם החמישית וקבע כי היא עולה כדי שימוש לרעה בחקיקת היסוד תוך הפניה לדבריה של השופטת ארבל בעניין גלאון, וכך קבע בפסקה לבי:

"סבורני, כי הדברים שונים בבואנו לבחון האם תיקון חוק יסוד באמצעות הוראת שעה, פעם אחר פעם ובנסיבותינו הקונקרטיות, עולה כדי שימוש לרעה בחקיקת היסוד. לדעתי אכן כך הוא. ההיסטוריה העגומה של הנושא מורה למרבה הצער על שברירותה ורעיונותה של ההתייחסות הממשלתית והפרלמנטרית לתקצוב; הנה הנה חוק יסוד, כשמו כן הוא, חוק יסוד, מסמך חוקתי – והנה הנה הוא כאסקופה הנדרסת שכל רוח מצויה, אם כלכלית ואם פוליטית, מרוקנת אותו מתוכנו לעבר ניסויים ותעיות, ובמובן התוצאה יותר תעיות מאשר ניסויים. אם חוק יסוד הוא כשמו, הנה היסוד רעוע בתכלית. כאמור, בבג"ץ בר-און נמצא כי אין מקום להתערב בחוק היסוד בעיקר נוכח קיומו של התקציב הדו-שנתי כניסוי, דהיינו היו קיימות "נסיבות חריגות המצדיקות עריכת הסדר זמני על פני הסדר קבוע" (שם, בעמ' 301, הדגשה הוספה – א"ר). ואולם, בית המשפט הדגיש כאמור, כי "מוטב יהיה אם בעתיד תימנע הכנסת מלעשות שימוש בהוראות שעה לתיקון הוראות חוקתיות" (שם, בעמ' 307). האם הופק לקח, האם ניתנה הדעת כראוי? כנראה התשובה אינה חיובית. ואטעים: מקום שעסקינן בטכסט חוקתי, על הנוחות הפוליטית להיסוג... אך כאשר ענייננו בפעם החמישית בה מעבירה המדינה תקציב דו-שנתי על דרך של הוראת שעה, ספק רב אם הרציונל ממשיך לחול, ונדמה שענייננו, כפי שציינה השופטת ארבל בעניין גלאון, ב"דוגמא נוספת לשימוש באמצעי של הוראת שעה, על הגמישות היחסית הנלווית לו, לצורך הסדרת סוגיות מורכבות ורגישות, תוך 'דילוג' על משוכת הדיון הציבורי...". לטעמי, לא רק משוכת הדיון הציבורי נעקפה, אלא עורער שוב ושוב מעמדם של חוקי היסוד באופן המצדיק עשיית מעשה שיפוטי... לא יתכן מצב כי כל אימת שבו תבקש המדינה לתקן חקיקת יסוד, תעגן ניסוי ("פילוט") כזה או אחר אך כדי להתגבר על משוכות פוליטיות שהזכרנו מעלה; והרי אין לדבר סוף, שכן תמיד יתכן מקצה שיפורים, וכך נמצא עצמנו בהוראת שעה אחר הוראת שעה, והזמני יהפוך קבוע מבלי דיון ציבורי מלא ואמיתי, וללא כל דגש על כך שענייננו בחקיקת יסוד של הרשות המכוננת. וערכי היסוד של חקיקת יסוד היכן הם?" (ההדגשה אינה במקור)

157. וכן, בהקשר לניצול לרעה בשימוש בהליכי החקיקה, ראו מאמרם של איתי בר-סימן-טוב וגאיה הררי-הייט, שם הדגישו כי חקיקה זמנית המוארכת באופן תדיר, נתפסת כניצול לרעה של כלי זה. כמו כן, הודגש כי חקיקה זמנית יכולה להיות מוארכת לצורך טיפול בסוגיה זמנית ספציפית אך לא מעבר לפרק הזמן המקורי שנקבע בה וכי יש להימנע ככל האפשר מהארכות. כמו כן לטעמם ככל שהנורמה מוארכת יותר, כך ההצדקה לפגיעה בזכויות היסוד נחלשת, דבר ההופך את הנורמה מהסדר חקיקה שפוגע נקודתית בהסדר חוקתי לחוק העולה דה-פקטו לכדי שינוי חוקתי:

"מנקודת מבט נורמטיבית, הדעה המקובלת היא כי חקיקה זמנית צריכה להיות מוארכת מספר מועט ומוגבל של פעמים. אשרור אוטומטי של חקיקה זמנית מאיין את יתרונותיה, והארכות חוזרות ונשנות של החקיקה נתפסות כניצול לרעה של כלי זה. חקיקה זמנית שמטרתה להסדיר אירוע חדפעמי אינה צריכה להיות מוארכת כלל. כאשר עסקינן בחקיקה זמנית שמטרתה לענות על בעיה דחופה או זמנית, אנחנו סבורים כי ככלל אין להאריך את הוראת השעה מעבר לפרק הזמן המקורי, וכי למצער יש להמעיט ככל האפשר בהארכות. אם לאחר פרק זמן מסוים יש עדיין צורך בדבר החקיקה, אזי מדובר בבעיה שיש לתת לה מענה בחקיקת קבע חדשה. גם במקרים של

חקיקה שממלאת פער זמני בחקיקה יש להמעיט ככל האפשר בהארכות, ולא לאפשר למחוקק לגרור במשך שנים את הליך החקיקה של החוק הקבוע. כך גם לגבי חוק זמני שנחקק על־מנת לרכז את הפגיעה בזכויות. מובן שככל שחקיקה זמנית זו מוארכת, הטענה בדבר מידתיות החוק הנובעת מזמניותו הולכת ומתאינת. הארכות חוזרות אינן ראויות גם במקרה של חקיקה זמנית הנחקקת כסטייה נקודתית מהנורמה מבלי לשנות את הנורמה הכללית. ככל שהנורמה מוארכת, ההצדקה של סטייה נקודתית שאינה פוגעת בעקרונות הכלליים של שיטת המשפט נחלשת. בהקשר זה מעניין להזכיר את עמדתה של רבקה ווייל ביחס להארכות של "חוק חורג" שנחקק מכוח פסקת ההתגברות. ווייל טוענת כי הארכות חוזרות ונשנות של חוק חורג שנחקק מכוח פסקת ההתגברות צריכות להוביל בשלב מסוים לראייתו לא כחוק שפוגע באופן נקודתי בלבד בהסדר החוקתי, אלא כחוק שעולה דה־פקטו כדי שינוי חוקתי."

איתי בר-סימן-טוב וגאיה הררי-הייט "שעתם היפה של הוראות השעה? עלייתה של החקיקה הזמנית בישראל ועקרונות לטיובה" **עיוני משפט** מא 539, 601 (2019).

158. בנוסף נטען, כי השימוש לרעה בסמכות המחוקקת, פוגע בעקרון שלטון החוק וחוקיות המנהל. הוראת חוק זמנית שתקפה כבר 19 שנים ומיועדת מראש להיות קבועה, פוגעת בעקרונות בסיסיים של חקיקה. היא אינה מבטא יציבות, פוגעת ביכולת ההסתמכות של הפרט ואינה מאפשרת תכנון לטווח ארוך. לכך יש השלכות חמורות כאשר ענייננו הוא בבחירת בן זוג והקמת תא משפחתי ומימוש התא תחת קורת גג אחת. על הפגיעה בעקרונות הבסיסיים של חקיקה באמצעות הוראת השעה, ראו מאמרם של בר-סימן-טוב והררי-הייט שם כתבו בעמוד 51-50 תוך התייחסות להוראת השעה המקורית כך :

"על־אף יתרונותיה שהוצגו לעיל, הקימה לה החקיקה הזמנית גם מתנגדים נחרצים. אחת הטענות המרכזיות של אלה נוגעת בפגיעתה של החקיקה הזמנית בחלק מהעקרונות הבסיסיים של חקיקה. החוק מטרתו הכוונת התנהגות, ומשכך הוא צריך לבטא יציבות, המשכיית, ודאות ובהירות. חוק זמני פוגע בעקרונות אלה, שכן איננו חוסר הוודאות פוגע יודעים מה יעלה בגורלו וכמה זמן הוא יישאר בספר החוקים. ביכולת ההסתמכות של הציבור, אינו מאפשר תכנון לטווח ארוך..."

חוקרים רבים מטילים ספק גם באיכותן של הוראות־שעה. הדבר מקבל משנה תוקף אם מטרת החקיקה הזמנית היא לענות על צורך מיידי ודחוף, שאז החקיקה נעשית לרוב בהליך מזורז ועל־כן עלולה להיות שטחית. אולם גם כאשר מדובר בחקיקה זמנית מסוגים אחרים, המחוקק, אשר מודע לכך שמדובר "בסך־הכל בהוראת־שעה", עלול להתייחס למלאכת החקיקה ברצינות פחותה, ועולה החשש שתפיסה זו תגרום להעברת חוקים שאין הצדקה לחוקם, אפילו כזמניים, או לקבלת חוקים בעייתיים מבחינה חוקתית ללא ביקורת פרלמנטרית מספקת.

חשש מרכזי המתלווה לדברים האמורים הוא שעל־אף איכותה הפחותה, ואף שמדובר בחקיקה מזורזת הנעדרת דיון דמוקרטי מעמיק, למעשה היא תישאר זמן רב, בהינתן שהזמני נהפך לעיתים לקבוע. חשש זה מורכב משתי סכנות: סכנה אחת היא שהוראות־שעה מוארכות פעם אחר פעם, כך שהוראת־השעה נהפכת דה־פקטו ל"הוראת־שנים"; והסכנה הנוספת היא שהחוק הזמני יוביל לתוצאות בלתי־פיכות, אכן, כך שיהיה קשה להחזיר את המצב לקדמותו כאשר יפוג תוקפו של החוק. לעיתים החקיקה הזמנית משאירה את חותמה גם לאחר מועד פקיעתה, והשלכותיה הן ארוכות־טווח. בהקשר של "חקיקת חירום" (דוגמת זו המבקשת להתמודד עם איומי טרור) נטען כי החקיקה הזמנית דווקא מובילה לקיבוען של תגובות ארוכות־טווח – היא עוברת בקלות ותוך "דילוג" על משוכות הדיון הציבורי, והיא עלולה ליצור מסלול מזורז להעברת חוקים שיש בהם בעייתיות חוקתית. הקושי טמון בכך שגם חוק זמני משפיע במישור התקדימי – הן על המחוקק הן על הציבור. הדוגמא הבולטת ביותר בהקשר הישראלי הממחישה את הטענה שהוראת־השעה עלולה ליהפך ל"הוראת־שנים", וכן שהיא מסייעת בקיבועם ובשימורם של אמצעי־נגד חריגים, היא חוק האזרחות והכניסה לישראל."

159. בשל הפגיעה בעקרון שלטון החוק נטען כי הוראת השעה הנוכחית אינה יכולה לצלוח את מבחן קיומו של "חוק" בפסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כפי שנדרש להקפיד הקפדת יתר על בחינת הנורמה המסמיכה כאשר היא פוגעת בזכויות יסוד, כך גם יש להקפיד על כך שאותה נורמה עונה על מבחני ההסדרים הראשיים שאמורים לספק וודאות ויציבות משפטית. ראו בהקשר לבחינה קפדנית של נורמה מסמיכה ראו קביעת השופט פוגלמן בפסקה 56 לחוות דעתו בעניין **אבו ערפה**: "בהתאם לעקרונות שלטון החוק וחוקיות המינהל ובדומה להקפדה היתרה בנוגע למידה שבה על הסמכת המינהל להיות מפורשת כאשר עסקינן בהסדר הכרוך בפגיעה בזכויות יסוד, נדרשת הקפדה מוגברת על עיקרון ההסדרים הראשוניים מקום שבו צפויה פגיעה בזכויות יסוד."

160. נדגיש כי לשונו של סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מחזק טיעון זה. סעיף 8 דורש כי הפגיעה תיעשה לפי "חוק" כאמור מכח הסמכה מפורשת בו". לשון חוק היסוד מתייחסת לחוק קבוע, רגיל, המעניק יציבות משפטית וחברתית וההולם את עקרון שלטון החוק. חוק תחת האצטלה של "הוראת שעה" זמנית, אינו חוק רגיל ועל כן אינו יכול לענות על דרישת סעיף 8 לחוק היסוד. הואיל ונדרשת הקפדה מוגברת על פרשנות של הוראת חוק הפוגע בזכויות יסוד, הרי קפדנות מוגברת זו אמורה לחול גם על פרשנות סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו תוך מתן פרשנות מצמצמת לדרישות חוק היסוד במקרה ספציפי זה. פרשנות מצמצמת כזו מחייבת מסקנה כי חוק היסוד לא התכוון לחול על חוק זמני שנהפך לקבוע במהלך 19 שנים לא כל שכן כאשר כוונת המחוקק היא להאריכו עד אין סוף.

161. אי לכך, ולאור השימוש לרעה בסמכות המחוקקת והואיל והוראת השעה הנוכחית אינה עומדת בדרישת פסקת ההגבלה לעניין "הפגיעה המפורשת בחוק", יש להורות על ביטולה.

## **תכליות החוק אינן ראויות**

### *התכלית הדמוגרפית אינה ראויה*

162. כפי שפורט ברקע העובדתי, התכלית הדומיננטית של החוק הינה התכלית הדמוגרפית. תכלית זו היא בלתי ראויה ופסולה. היא מבוססת על תפיסה אידיאולוגית פוליטית גזענית לפיה בשם עליונות קבוצת לאום אחת ניתן לרמוס באופן גורף את חיי המשפחה של קבוצת לאום אחרת. תכלית זו אמנם לא עמדה בבסיס טענות משיבי המדינה בעניין **עדאלה**, אך עקב מרכזיותה בדיונים בהליכי החקיקה בכנסת בשנת 2003, העלתה השופטת פרוקציה ספקות אודות קיומה של התכלית הביטחונית כתכלית יחידה וקבעה כי קיומו של מניע נוסף – המניע הדמוגרפי – יש בו כדי להקרין על משקלו ועוצמתו של המניע הביטחוני, וכך קבעה:

"מאחר שהמדינה, על פי הצהרתה, לא הסתמכה על השיקול הדמוגרפי כיסוד לחקיקה העומדת כאן למבחן, פטורים אנו מהעמדת שיקול זה במבחן החוקתי. עם זאת, השיקול הדמוגרפי צף ועלה ברקע הליכי החקיקה של החוק, וקשה להשתחרר מן הרושם, חרף כפירתה של המדינה בענין זה, כי היתה לו נוכחות במשקל כזה או אחר בתהליך גיבושו

של ההסדר הגורף המונע כניסתם של בני זוג פלסטינים מן האיזור לישראל במסגרת איחוד משפחות.

ניתן לומר, אפוא, כי השיקול הבטחוני שמטרתו למנוע ניצול לרעה של הליך איחוד המשפחות לשם הגברת הפעילות החבלנית בשטחי ישראל הוא, כשלעצמו, שיקול אמין, ויש לו יסוד בנתונים שהובאו. עם זאת, אפשרות קיומו של מניע נוסף ברקע חקיקתו של החוק, גם אם אין בו כדי לשלול את אמינות השיקול הבטחוני, אפשר שיש בו כדי להקרין על משקלו ועוצמתו. " (פסקה 14 לחוות דעתה).

163. גם השופט גיבראן העלה בעניין **עדאלה** את חששו כי השיקול הביטחוני אינו השיקול היחיד העומד מאחורי קבלת הוראת השעה וקבע:

"חשש זה אף מתחזק, מתוך סקירת ההיסטוריה החקיקתית אשר הובילה לקבלת החוק, אשר בין אם במובלע ובין אם באופן מפורש, קושרת את החוק למדיניותה הדמוגראפית של הממשלה... למותר לציין, כי אין בקביעת מכסות למתן אישורים לאיחוד משפחות כל נגיעה לשיקולים ביטחוניים, כך שניתן להבין סעיף זה בהחלטה כנובע משיקולים דמוגראפיים בלבד. בדומה, לכל אורך הליכי החקיקה, ניתן למצוא התבטאויות של חברי כנסת וחברי ועדות כנסת שונים, מסיעות שונות, אשר מתייחסות למדיניות הדמוגראפית אותה מיישם החוק (ראו, למשל, דיון במליאת הכנסת, מיום 2003.6.17)..."

(פסקה 24 לחוות דעתו)

164. כפי שפורט ברקע העובדתי, בהליכי החקיקה של הוראת השעה הנוכחית ובנוסח הסופי שלה, תכלית זו קיבלה ביטוי מוצהר ורשמי ואף עוגנה בסעיף 1 שהוא סעיף "המטרה". תכלית זו גם עולה מהצבת מכסה שנתית מירבית כפי שהראינו לעיל. אי לכך השאלה המוצבת בהקשר זה היא: האם ראוי כי לשימור העליונות הדמוגרפית של הרוב היהודי, ניתן לפגוע בחיי המשפחה של אלפי אנשים, להפריד בין בני זוג ובינם לבין ילדיהם, להשפיע על בחירות הפרט עם מי להינשא או היכן לקיים את התא המשפחתי? האם ראוי להצדיק תכלית אידיאולוגית פוליטית זו שאינה רגישה לזכויות הפרט והמאפשרת פגיעה גורפת בזכויות הבסיסיות ביותר של מימוש חיי משפחה? האם מיקומה של תכלית אידיאולוגית כזו אשר כל מטרתה היא לפגוע בזכויות חוקתיות, בספר חוקים?

165. לאחר פסקי הדין בעניין **עדאלה וגלאון**, פורסמו מאמרי ביקורת רבים אודות פסלות התכלית הדמוגרפית. רובנשטיין ומדינה בספרם כתבו כי תכלית כזו אינה יכולה להצדיק את הפגיעה החמורה בחירויות:

"שאלה קשה יותר נוגעת לתכלית אפשרית שנייה של החוק האמור – שימור הרוב היהודי במדינה. חוק האזרחות והכניסה לישראל נחקק בעקבות העובדה, שבחמש השנים שקדמו לו הגישו עשרות אלפים מתושבי השטחים בקשות ל"איחוד משפחות" בעקבות נישואים לאזרחי ישראל, ונוצר חשש כי מדובר בתופעה מכוונת שמטרתה פוליטית, ואשר נועדה להוות אמצעי עקיף לישיבה של פליטים פלסטינים לתחומי מדינת ישראל. השאלה היא באיזו מידה רשאית הכנסת להגביל חירויות יסוד של האזרח – ובהקשר הנדון, זכותם של אזרחי המדינה לבחור לעצמם בן זוג ולהקים עמו משפחה בישראל – לשם שימור הרוב היהודי. **אנו סבורים כי תכלית זו אינה יכולה להצדיק את הפגיעה החמורה בחירויות הפרט, הנובעת מן ההסדר שנקבע בהוראת השעה.**" (ההדגשה אינה במקור).

אמנון רובינשטיין וברק מדינה, **רשויות השלטון ואזרחות – המשפט החוקתי של מדינת ישראל**, (הוצאת שוקן, 2005) כרך ב', עמוד 1100.

166. כמו כן, מדינה וסבן במאמרם "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, יתיוג אתני ומבחני פסקת ההגבלה", **משפטים** **לט**: 47-113 הדגישו, כי התכלית הדמוגרפית של הוראת השעה אינה יכולה להיחשב "תכלית ראויה" שכן חיי המשפחה נוגעים לזכויות הפרט ולא לזכויות קיבוציות וכי אינטרס ציבורי אינו יכול להצדיק פגיעה בזכויות אדם:

"מצד שני, מכאן עדיין רב מאוד המרחק עד למסקנה כי אמצעים שונים שנקוט לשם שימור קיומו של רוב יהודי, הכרוכים בפגיעה בזכויות יסוד של אזרחי ישראל, ייפלו בגדר אמצעים שנועדו ל"תכלית ראויה"... בדומה, אנו סבורים כי המדיניות של שימור רוב יהודי באמצעות שלילת זכותם של אזרחי ישראל להקים משפחה בישראל בעקבות נישואין לבן זוג פלסטיני אינה יכולה להיחשב לכזו שנועדה ל"תכלית ראויה". אף אם ההסדר היה נחוץ לשימורו של רוב יהודי (מה שאינו מצב הדברים, לאור המספרים הנמוכים יחסית של הבקשות לאיחוד משפחות מסוג זה), עדיין לא הייתה מתגבשת כאן "תכלית ראויה", שכן יש כאן התעלמות מקיפה מעצמת הפגיעה בחירויות היסוד של חלק מאזרחי ישראל הנגרמת בהסדר זה." (עמודים 96-97)

מדינה וסבן הוסיפו תוך ציטוט מדבריו של חיים גנז כדלקמן:

"אנו שותפים לעמדתו של גנז כי זכויות האדם הבסיסיות, **לרבות הזכות לקיים חיי משפחה** "במקומות גידולם ובסביבה שלתוכה ארוגים חיהם" **מטילות מגבלה** "על אמצעי הויסות הדמוגרפי שמדינות רשאיות לנקוט אותם כדי לקדם באמצעותם את זכות ההגדרה העצמית של קבוצות אתנו-תרבותיות הנהנות במסגרתן מן הזכות הזו." **הסינתזה** "יהודית ודמוקרטית" **מוליכה אמנם להכרה בלגיטימיות של היעדר שוויון ביחס לחלק מן הזכויות הקיבוציות של אזרחי המדינה, אך היא מחייבת שוויון מוחלט במישור זכויות הפרט, דהיינו: הזכויות המשותפות של האזרחות.**

...  
**הזכות להקים משפחה עם בחיר-לב זר היא במובהק זכות פרט ולא זכות קיבוצית; ועל כן, כפי שקבע השופט חשין בפרשת אחרת, פרשת סטמקה:**  
לא יימצא לנו כל הצדק להעדיף יהודי היושב לבטח בארצו על-פני מי שאינו יהודי – שהראשון יוכל להקנות שבות לבן-זוג לא-יהודי ואילו אחרון לא יוכל... כי נכיר בזכותו של יהודי אזרח ישראל לזכות את בן-זוגו הלא-יהודי בזכות-של-שבות, ובה בעת נשלול זכות זו מאזרח ישראל לא-יהודי, נעשה מעשה חמור של הפליה ותכלית ראויה למעשה לא מצאנו."  
" (ההדגשה אינה במקור) (עמוד 98)

לדבריו של חיים גנז שצוטטו במאמר לעיל, ראו: גנז, חיים, **מריכרד ואגנר עד זכות השיבה - ניתוח פילוסופי של בעיות ציבור ישראליות** (עם עובד, 2006).

167. חיים גנז חזר על עמדתו בפרסום מאוחר יותר והדגיש שוב כי הזכות לחיי משפחה והזכות לגדל ילדים במקום שגודל האדם, היא זכות בסיסית חזקה יותר מהזכות העומדת לקבוצת חברי הרוב לשמור על ציביון המדינה בדמות אותו רוב:

"I believe that the right to family life [...] as the right to give birth to children and to raise them in the same place where their lives are established [...] are basic human rights. They must be imposed as constraints on the demographic regulation measures adopted by states in order to promote the right to self-determination of ethno-cultural groups."

Gans, Chaim, 2008." Nationalist Priorities and Restrictions in Immigration: The Case of Israel", *Law & Ethics of Human Rights* 2(1), Article 12m page 15-16.

168. ובמאמר של דוידוב, יובל, סבן ורייכמן, נכתב כי התכלית הדמוגרפית של הוראת השעה הינה בלתי ראויה, וכך נכתב:

"[החוק] הוא גם צר מדי, בשים לב לתכלית הנטענת, מפני שהוא אינו מונע את כניסתם לישראל של עובדים וסוחרים מהשטחים לצורכי עבודה... אם כל כניסה של תושבי השטחים טומנת בחובה סכנה ביטחונית, כטענת המדינה, כיצד זה מותרת כניסתם של עובדים וסוחרים? הרי אין זה סביר שהסיכון במקרה של איחוד משפחות גדול יותר. ההיגיון מצביע על הכיוון ההפוך דווקא... החוק החדש לוקה אפוא במידה רבה של הכלת חסר. בכך יש משום ראייה חזקה לקיומה של תכלית אחרת (נסתרת) לחוק, במיוחד כאשר בה בעת קיימת גם הכלת יתר." (עמוד 673)

והוסיפו:

"בתמצית, זכותו של ישראלי — כל ישראלי — לזוגיות והקמת משפחה עם זר כפופה לחובת "שוויון זכויות גמור". התכלית הדמוגרפית — שכל כולה הבחנה בין קהילת אזרחים אחת ובין קהילת אזרחים אחרת על בסיס לאומי-אתני — פסולה היא אם כן ביחסים בין מדינה לאזרחיה.

...

תשובתו של גנז מסייעת בדרך נוספת: גם מי שמגדיר את "התכלית הראויה" בדרגת הפשטה אחרת מזו שאנו נקטנו לעיל — ומכוח זאת מבקש להכשיר את התכלית הדמוגרפית — צפוי להיחסם במישור מידתיות האמצעים. במילים אחרות, גם מי שרואה את החוק החדש ברמת הפשטה גבוהה, היינו כחלק מהתכלית של שימור הרוב היהודי בישראל לשם מימוש אפקטיבי של זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי, לא יוכל לקבל את האמצעים שנוקט החוק החדש. באמצעים אלו חוצה המדינה "קו אדום": היא פוגעת פגיעה עמוקה בזכויות יסוד של אזרחיה, והיא מפלה (מעשית) ביניהם על בסיס השתייכותם האתנית-לאומית." (עמודים 682-683)

דוידוב, גיא, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן, "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003", **משפט וממשל ח**: 643-699 (2005)

#### התכלית הביטחונית אינה מבססת צורך הביטחוני

169. כפי שפירטנו ברקע העובדתי עולה, כי אין תשתית ראייתית ועובדתית שיש בה כדי לבסס צורך ביטחוני המצדיק הגבלה גורפת למימוש חיי המשפחה. כמו כן, עולה כי אין כלל נתונים על מעורבות נשים בכל אחת מקבוצת הגילאים וגם לא סופקו נתונים לפי מעורבות קטינים בגילאים 14-18. כמו כן לא בוסס מדוע עבור בעלי מעמד שהייה זמני מעל לגיל 50 מוצדק לדרוש שהות בישראל של 10 שנים? גם לא בוסס מדוע לא ניתן לשדרג מעמד מי ששוהה בישראל תקופה של שנים ועובר ממילא בדיקה ביטחונית מידי שנה?

170. לא בכדי שגם בעניין **עדאלה** קבעה השופטת פרוקצ'יה כי עוצמת השיקול הביטחוני אינה משמעותית כפי שנטען:

"התמקדותו של החוק באוכלוסיית בני זוג מהאיזור אינה מתיישבת עם מדיניות המדינה ביחס לגורמי סיכון שאינם פחותים, ואולי אף עולים על אלה הנובעים מאיחוד משפחות. בהקשרים אחרים, המעלים סיכונים משמעותיים, נמנעת המדינה מפגיעה גורפת. היא מבקשת לפזר את הסיכון בצורה מושכלת ומידתית ככל הניתן. לא כן ביחס למבקשי איחוד המשפחות. הדבר מעלה את החשש כי תכליתו האמיתית של החוק אינה חופפת



במלואה את התכלית הבטחונית הנטענת, וכי עוצמתו של השיקול הבטחוני אינה משמעותית כפי שנטען. " (פסקה 19 לחוות דעתה).

171. ראו גם דברים שנכתבו על ידי רובנשטיין ומדינה בספרם בהקשר לתכלית הביטחונית, כדלקמן:

"להערכתנו, ספק אם ניתן להצדיק את השלילה הגורפת של זכותם של אזרחי ישראל להינשא לתושבי השטחים ולקיים חיי משפחה בישראל על יסוד תכלית זו. האמצעי שננקט אינו "מידתי" באופן מובהק, בעיקר מחמת אופיו הגורף. מן הדין לבחון כל בקשה לגופה, כדי לברר מהי מידת הסכנה הנשקפת לבטחון המדינה בהקשר הקונקרטי. כפי שציין בית המשפט בעניין **סטמקה** (ביחס לשלילת הלגיטימיות של גירוש בני זוג של אזרחים ישראלים עד לבירור כנות הנישואין), "שימוש באמצעים [חלופיים] יחייב את הרשויות... בהוצאת משאבים רבים יותר, אך עובדה זו, כשהיא לעצמה, אין בה כדי להצדיק את האמצעי הקשה שרשויות משרד הפנים נקטו אותו כלפי היחיד."

ראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה, **רשויות השלטון ואזרחות – המשפט החוקתי של מדינת ישראל**, (הוצאת שוקן, 2005) כרך ב', עמוד 1100.

172. גם יעקב בן שמש, מציין בהקשר לתכלית הביטחונית, כי לא ניתן לקבל כי תכלית הוראת השעה היא ביטחונית מכמה טעמים: ראשית, הוראת השעה מאפשרת כניסת עובדים ובעלי היתרים זמניים אחרים; שנית, הערכים הדמוקרטים אינם מאפשרים קבלת תכלית לפיה יושג ביטחון מירבי, שכן תכלית המבקשת ביטחון מירבי, הופכת לבלתי ראויה רק בגלל גורפותה והעדר רגישותה לפגיעה בזכויות אדם. הוא מוסיף כי תכליות טוטאליות סופן פרקטיקות טוטאליטאריות:

**"אלא שיש טעמים טובים לדחות את העמדה שלפיה תכלית החוק היא ביטחון מרבי. אין לקבל עמדה זו הן משיקולים של עקביות והן משיקולים נורמטיביים. ראשית, המדינה אינה יכולה לטעון כי תכלית החוק היא לשלול שלילה מוחלטת את הסיכון הבטחוני הנובע מכניסתם של תושבי השטחים לישראל. זאת, מכיוון שההסדרים הקבועים בחוק עצמו אינם מונעים באופן מוחלט את הסיכון הבטחוני, שכן הם מאפשרים מתן היתרים זמניים לצורכי עבודה, טיפול רפואי וצרכים אחרים, כמוגם לשם איחוד משפחות כאשר ברהזוג עומד בתנאי הגיל הקבועים בסעיף 3 לחוק. אף אם אין בכך כדי לשלול את הרציונליות של החוק או כדי להעיד על תכלית נסתרת שבבסיסו, יש בעובדה זו כדי לכבול במידה מסוימת את המדינה בבואה להגדיר את דרגת האפקטיביות בהשגת התכלית הביטחונית שחוק האזרחות והכניסה לישראל נועד להשיג. שנית, ועיקר, יש לדחות את טענת המדינה משום שבמדינה דמוקרטית אין לקבל חוק שתכליתו היא ביטחון מרבי, יהא המחיר אשר יהא, ותהא הפגיעה בזכויות יסוד קשה ככל שתהא.**

... לפיכך מדינה דמוקרטית אשר רגישה לזכויות האדם אינה חופשית לקדם את הגשמתן של תכליות ציבוריות באופן טוטלי, יהא המחיר אשר יהא, ותהא הפגיעה בזכויות האדם קשה ככל שתהא. **תכליות טוטליות סופן פרקטיקות טוטלטריות. ספק אם חוק שנועד להגשים את תכליתו באופן מרבי הינו חוק שנועד לתכלית ראויה, וזאת אף אם תכליתו, כשלעצמה, הינה תכלית ראויה.** בהתבסס על שיקולים אלה כבר קבע בית המשפט העליון כי תכלית ראויה היא, בין היתר, תכלית שרגישה לזכויות האדם. עמודים 58-59

ובעמוד 60:

"יש מקום לדעה כי יכול שחוק לא יצלח את מבחן התכלית הראויה לא משום שתכליתו אינה ראויה, כי אם משום שהוא מבקש להגשימה במידה שאינה ראויה, בהתחשב בחשיבותן של זכויות האדם. לפיכך, ועלמנת לפרש חוקים באופן שיקיים את חוקיותם, יש לפרש חוק, ככל שניתן, כבא לקדם את התכליות הציבוריות שבבסיסו לא באופן מוחלט וכוללני, כי אם באופן שרגיש לחשיבות ההגנה על זכויות האדם."

יעקב בן שמש, "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה", **משפט וממשל**, כרך י', חוברת 1, 47. בעמוד 58-

59.

173. הלכה פסוקה, כי חוק שאינו רגיש לזכויות אדם, במיוחד כאשר מדובר בזכות בסיסית כמו הזכות לחיי משפחה, אינו לתכלית ראויה. תכלית שאינה נותנת משקל לפגיעה בזכויות אדם, היא תכלית בלתי ראויה (ר' בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 570, 481 (2005); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 264, 235 (2002); בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004)). ובעניין אדם, סיכמה השופטת ארבל את ההלכה בעניין קביעת התכלית הראויה וקבעה כי לא כל מטרה חברתית או ציבורית חשובה, יכולה לבסס תכלית ראויה והדבר תלוי בפגיעה העומדת מנגדה:

"תכליתו של חוק תיחשב ראויה אם הוא נועד לקדם זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, המגלה רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל (עניין התנועה למען איכות השלטון, פסקה 52 לפסק דינו של הנשיא ברק). המבחן יתחשב במהות הזכות הנפגעת ובעוצמת הפגיעה. "ככל שהפגיעה בזכות תהיה משמעותית יותר, כך יידרשו יעדים חברתיים חשובים וחיוניים יותר להצדקתה" (עניין חסן, פסקה 55 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 45 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין לה"ב, פסקה 107). יש, אם כן, לשים לב כי לא כל מטרה חברתית או ציבורית חשובה תבסס תכלית ראויה, והדבר תלוי גם בפגיעה העומדת מנגד." (ההדגשה אינה במקור)

בג"ץ 7014/12 אדם נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717, פסקה 83 לחוות דעתה של השופטת ארבל (2013) (עניין "אדם").

174. ולאחרונה בבג"ץ 3390/16 עדאלה נגד הכנסת (ניתן ביום 8.7.2021) אשר ביטל את תיקון 120 לחוק העונשין ששלל קצבאות מהורים לקטינים שהורשעו בעבירות ביטחון, קבעה השופטת ברק ארז בהקשר למבחן התכלית הראויה כי הדרך הנכונה לדון בסוגיית תכלית החקיקה חייבת להיות קונקרטי. השאלה האם קידום סולידריות חברתית או הרתעה היא שאלה פשוטה, כמעט טריוויאלית. תחת זאת יש לשאול "האם הרתעה של הורים לקטינים שעברו עבירות חמורות, אך הם עצמם לא עברו כל עבירה, היא תכלית ראויה?" (פסקה 60 לחוות דעתה). על שאלה זו השיבה בשלילה והדברים רלוונטיים גם לענייננו.

#### מבחני המידתיות

##### מבחן הקשר הרציונאלי

175. מבחן הקשר הרציונאלי מחייב לפי הפסיקה של בית המשפט הנכבד, שהקשר בין האמצעי לבין התכלית יהיה ענייני, ישיר, משכנע ויתבסס על תשתית עובדתית המוכיחה אותו. כמו כן על האמצעי להגשים את התכלית במידה עמוקה ורצינית ולא די בקשר תיאורטי או בהסתברות קלושה. ראו למשל בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012), פסקה 59 לפסק הדין של הנשיאה

ביניש). וכן ראו בג"ץ 9593/04 ראשד מוראד נגד מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פד"י סא(1) 844 (2006) שם נקבע כי משמעות מבחן זה הינה, בין השאר, "שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון". (עמוד 870 לפסק הדין).

176. בהקשר למבחן זה יש לבחון לא רק האם האמצעי שנבחר מקיים את התכלית לצורך הוראת השעה הנוכחית אלא גם אם לנוכח 19 שנים האחרונות בהן האיסור הגורף על איחוד משפחות היה קיים, הוכח באופן מבוסס כי האמצעי המעוגן בהוראת השעה הגשים באופן ישיר את תכליות החוק? תשובתנו לכך היא שלילית.

177. בהקשר לאופן יישום מבחן זה, נבקש להפנות לניתוח שהובא על ידי השופטת ארבל בעניין אדם, שם קבעה כי אמנם לכאורה מתקיים קשר תיאורטי בין השמת פליטים במשמורת לבין מניעת השתקעותם בישראל ובכך גם מניעת חלק ניכר מההשלכות השליליות הנובעות מהשתקעותם, לפי טענת המדינה, אך הנתונים בפועל המתייחסים למספר הרב של פליטים ששהו באותה עת בישראל (55,000 פליטים) לעומת מספר הפליטים שהיו כלואים מכח החוק למניעת הסתננות (1,750 פליטים), מובילים למסקנה שיש השלכה מזערית מאוד על השלכות ההשתקעות שהמדינה מבקשת למנוע ולכן ספק רב אם הקשר בין האמצעי לבין התכלית מתקיים. מכאן הסיקה כי אין בידי בית המשפט נתונים כדי להכריע "האם במצב הנורמטיבי הנוכחי ימשיכו ויעדיפו מסתננים לחזור לגבולות מדינת ישראל ולהסתכן בהשמתם במשמורת לתקופה ארוכה ללא יכולת לעבוד". (ההדגשה אינה במקור). בהמשך, התייחסה השופטת ארבל לבחינת מבחן זה לפי הנתונים שהובאו על ידי הצדדים וקבעה לבסוף כי הואיל והחוק למניעת מסתננים אושר במקביל להשלמת גדר הגבול בין ישראל למצרים, הרי לא ניתן לקבוע בוודאות, מהי תרומת החוק לירידה דרסטית במספר הפליטים המגיעים לישראל. (ראו פסקאות 97-99 לחוות דעתה של השופטת ארבל, ההדגשה אינה במקור).

178. וכך גם לענייננו, שהרי גם אם קיים קשר, לפי טענת המדינה (טיעון המוכחש על ידינו), בין התכלית לבין האמצעי שנבחר, הרי קשר זה הוא תיאורטי ואינו מבוסס. את הקשר הזה יש לבחון לפי הנתונים המזעריים של מעורבים בפעילות ביטחונית שהוצגו על ידי השב"כ אך גם לפי נתונים ונסיבות רחבות יותר כמו מספר הבקשות שסורבו מטעמים ביטחוניים שאינם תואמים את מספר המעורבים; מספר ההיתרים המוענק לצורך עבודה בישראל והיתרים זמניים אחרים שאינם נוגעים לאיחוד משפחות; נסיבות כלליות בשטח לרבות בניית גדר ההפרדה שנבנה במקביל לאישור הוראת השעה משנת 2003; ונתונים ברמה הארצית המשווים גם מעורבות של יהודים ברמה הארצית בפעילות ביטחונית כפי שהצבענו ברקע העובדתי לעיל. האם ניתן להוכיח על בסיס כל אלה כי מניעת איחוד משפחות לאורך כל ה- 19 שנים הובילה להשגת התכלית הביטחונית המירבית הנטענת על ידי המדינה? גם לשאלה זו תשובתנו היא שלילית. מכאן לא הוכח הקשר הרציונאלי כנדרש על פי מבחני הפסיקה והוא נותר בבחינת קשר תיאורטי. לא הוכח כי האמצעי הגורף משיג את התכלית הביטחונית המירבית הרצויה על ידי המדינה.

179. מהאמור לעיל משתמע כי רק בדיקה פרטנית של כל מקרה לגופו, יש בה כדי להביא מענה למבחן הקשר הרציונאלי. השופטת ארבל ציינה בהקשר זה בעניין **אדם** תוך הפנייה לעניין **צמח**, כי בחינת הפגיעה היא בהתאם לאדם הפרטי ולא לפי מדד כמותי כלשהו של הנפגעים, כדלקמן:

"בהתאם לאמור, אם כן, יש לבחון את מידתיות ההוראה. מכל מקום, הפגיעה בזכויות האדם נבחנת בהתאם **לאדם הפרטי ולא לפי הקבוצה או לפי מדד כמותי כלשהו של הנפגעים**. "גם החירות של אדם אחד ראויה להגנה כאילו היא עולם ומלואו" (עניין צמח, בעמ' 276). (ההדגשה אינה במקור) (פסקה 96 לחוות דעתה).

#### המבחן השני – האמצעי הפחות פוגעני

180. לאור הפירוט ברקע העובדתי, נטען כי האיסור הגורף על איחוד משפחות המעוגן בהוראת השעה הנוכחית, הוא גורף. אך הגורפות אינה מתבטאת רק בעצם האיסור הגורף של סעיף 3 להוראת השעה הנוכחית אלא בכל יתר סעיפיה והבחינה המידתית צריכה להיבחן על סמך מכלול ההוראות וזאת כמפורט להלן:

- א. הוראת השעה מחילה את דוקטרינת נתיני אויב על כלל הפלסטינים בשטחים הכבושים ועל תושבי ואזרחי המדינות המנויות בתוספת מבלי לאפשר לבני המשפחה לסתור את "חזקת המסוכנות" נגדם".
- ב. הוראת השעה פוגעת באופן גורף בחיי המשפחה ומימושה בישראל ומפלה נגד האזרחים והתושבים ערבים-פלסטינים על רקע לאום.
- ג. הוראת השעה היא גורפת כי היא מבקשת להשיג, לכאורה, תכלית ביטחונית ודמוגרפית באופן טוטאלי.
- ד. למרות שמדובר בהוראת שעה חדשה, אך האיסור הגורף התקף מזה 19 שנים ברציפות ולפי כוונת המחוקק הוראת השעה תוארך למספר בלתי מוגבל של שנים, מחמירה ומעצימה את היקף הפגיעה הגורפת בזכויות החוקתיות.
- ה. הוראת השעה גורפת כי היא מגבילה את הזכויות החוקתיות בהעדר כל תשתית עובדתית וראייתית המצדיקה זאת. בנוסף, למרות שאין כל נתון על מעורבות קבוצת הנשים בפעילות ביטחונית, נפגעות כלל הנשים מהאיסור הגורף על חיי משפחה.
- ו. העובדה כי חוק הפוגע בזכויות חוקתיות תחת הכותרת של "הוראת השעה" גם היא מובילה לגורפות.
- ז. הוראת השעה מאפשרת פגיעה בזכויות החוקתיות מסיכון שאינו נובע דווקא ממגיש הבקשות לאיחוד משפחות אלא מבני משפחתם (לרבות בן זוג של אח או אחות) או סיכון שעולה מאזור מגורי המבקש. בכך היא מטילה עונש קולקטיבי על בני משפחה שלא היו מעורבים בפעילות ביטחונית ואף לא ידעו על כך.
- ח. הוראת השעה אינה מתחשבת בפסיקה העליונה שנקבעה במהלך השנים האחרונות ואשר התייחסה לעיגון אמצעים פחות פוגעניים בתוך החוק. כך למשל, לא נכלל אמצעי פחות פוגעני שמאפשר שדרוג

- מעמד בעלי היתר ששוהים בישראל מזה שנים ולגביהם ממילא מתבצעות בדיקות פרטניות. כך גם לגבי קבוצת הקטינים בגילאים 14-18.
- ט. הוראת השעה היא גורפת כי היא מאפשרת שדרוג מעמד של בעלי היתר מעל גיל 50 רק לאחר 10 שנים וזאת מבלי לבסס תשתית המצדיקה הגבלה כזו.
- י. הוראת השעה היא גורפת כי היא מאפשרת שלילת המעמד שניתן מכחה במקרה של "הפרת אמונים" כאשר הגדרה זו היא רחבה ועמומה וכוללת מדרגים שונים של עבירות וגם אינה מאפשרת זכות טיעון או שימוע ומעניקה לשר הפנים שיקול דעת גורף אף מבלי לאפשר פנייה לבית המשפט לצורך אישור השלילה.
- יא. הוראת השעה היא גורפת כי היא חלה רטרואקטיבית במיוחד לגבי התקופה בה פג תוקף הוראת השעה המקורית ושינוי המצב המשפטי.

181. עוד בעניין **עדאלה**, קבעה השופטת חיות כי האיסור גורף שכן אינו מאפשר בדיקה פרטנית המאפשרת סתירת חזקת המסוכנות:

"חוק האזרחות בו עסקינן אינו כולל קריטריונים אינדיבידואליים כלשהם לבדיקת מסוכנותו הביטחונית של תושב האזור, למעט קריטריון כללי של גיל. **בקובעו איסור גורף** כזה למתן מעמד לתושבי האזור, מסמך החוק שולי ביטחון רחבים ועיוורים הפוגעים באופן בלתי מוצדק ובלתי מידתי באלפים רבים מבני המיעוט הערבי החי בתוכנו המבקשים לקיים חיי משפחה בישראל עם תושבי האזור."

"אכן, על רקע המציאות הביטחונית שעימה אנו נאלצים להתמודד מאז ספטמבר 2000 ואולי ביתר שאת בתקופה האחרונה, יש בהחלט מקום לחזקת מסוכנות שמבקשים המשיבים להחיל בסוגיה זו של איחוד משפחות בין ערבים אזרחי ישראל ובין תושבי האזור. **יחד עם זאת ועל מנת שאימת הטרור לא תעבירנו על מידותינו הדמוקרטיות, מן הראוי שחזקה זו תהא ניתנת לסתירה במסגרת בדיקה אינדיבידואלית ופרטנית** אותה יש לאפשר בכל מקרה ומקרה, וזאת אין החוק מאפשר. מכאן הפגם שבו לוקה חוק האזרחות מבחינה חוקתית - פגם של העדר מידתיות." (פסקה 4-5 לחוות דעתה) (הדגשות אינן במקור).

ובעניין **גלאון** קבעה השופטת חיות בפסקה 5 דברים דומים:

"זהו בעיני מחיר שניתן לשלם ברמה הערכית בשל שיקולי ביטחון ובלבד שבצד אותה חזקה היה החוק מאפשר בדיקה אינדיבידואלית-פרטנית המקנה לכל אדם אשר בעניינו מתבקש איחוד המשפחות, הזדמנות לסתור אותה."

182. ואילו השופט לוי אשר בעניין **עדאלה** הדגיש כי מרכז הכובד המצדיק ביטול החוק טמון במבחן המידתיות השני (פסקה 9 לחוות דעתו), הרי בעניין **גלאון**, קבע כי לאור הנסיבות העדכניות לאחר תיקון הוראת השעה בשנת 2007, הוראת השעה אינה צולחת אף אחד משלושת מבחני המידתיות: "**הביאוני לכלל מסקנה כי זולת עקרון החוקיות, אין בכוחו של החוק לצלוח אף לא אחת משלוש המסננות הנורמטיביות** שבהמשכו של הליך הבדיקה החוקתית." (פסקה 26 לחוות דעתו).

183. נדגיש כי ההלכה הפסוקה כיום היא כי הדרך המידתית היא בבחינה פרטנית של כל מקרה ומקרה. הלכה זו הודגשה מספר חודשים לאחר מתן פסק הדין בעניין **עדאלה** בבג"ץ 8276/05 **עדאלה נגד שר הביטחון** (ניתן ביום 12.12.2006). שם נדונה חוקתיותו של תיקון מס' 7 לחוק הניזקים (אחריות

המדינה), התשי"ב – 1952 אשר שלל את אחריות המדינה בגין נזקים שנגרמו עקב פעולות הצבא באזור עימות. הנשיא כתוארו אז ברק קבע בפסקה 37 לחוות דעתו:

"אכן, הדרך המידתית היא בבחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה. בחינה זו תבדוק אם המקרה נופל לגדרה של "פעולה מלחמתית", תהא הגדרתה אשר תהא. ניתן להרחיב הגדרה זו, אך אין להחליף בדיקה אינדיבידואלית זו בשלילת אחריות גורפת. עמדתי על כך בפרשת עדאלה:

"הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עיקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון... הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות. כך הדבר במשפטנו-שלנו. כך הדבר במשפט המשווה." (פיסקה 69 לפסק דיני).

184. ולאחרונה בעניין **תיקון 120** בוטל התיקון לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 בשל פגיעתו הגורפת בזכויות החוקתיות וזאת לאחר שקבע חזקה חלוטה שאפשרה שלילת קצבאות ילדים מהורים לקטינים שהורשעו בעבירות ביטחון. השופטת ברק-ארז קבעה בפסקה 78 לחוות דעתה כי:

"למעשה, סעיף 325(ב) לחוק בנוסחו הנוכחי קובע מעין חזקה חלוטה ביחס לאחריותם של ההורים על מעשי ילדיהם. בית משפט זה הבהיר בעבר כי בניסוחה של חקיקה ראשית ראוי להימנע מקביעה של חזקות חלוטות, שעל-פי רוב כרוכה בהן פגיעה בלתי מידתית בזכויות (ראו: בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012) (להלן: עניין חסן)..."

ובפסקה 82 לחוות דעתה קבעה:

"...בשונה מכך, סעיף 325(ב) לחוק במתכונתו הנוכחית גוזר כאמור לעיל גזירה שווה ביחס לכל מי שמורשע בעבירת בטחון שעליה החוק חל, תהא זו קלה כחמורה, וכן אינו מתייחס לשאלת אחריותם ומעורבותם של ההורים בפועל או למצבה הכלכלי של המשפחה. קשה לומר שזהו האמצעי שפגיעתו פחותה."

185. גם השופט פוגלמן אשר הצטרף לעמדתה של השופטת ברק-ארז בעניין **תיקון 120** קבע כי יש לבטל את החוק בשל גורפתו שכן אין הוא כולל מנגנון של בדיקה פרטנית הנוגעת להתנהלות ההורה של הילד שביצע את העבירה, וכך בפסקאות 28-29 לחוות דעתו:

"כמפורט לעיל, ההסדר בסעיף 325(ב) קובע שלילה גורפת של הגמלאות מההורים בכל מקרה של הרשעת ילדיהם בעבירות מן הסוג המנוי בו והטלת עונש מאסר, ללא בדיקה אינדיבידואלית הנוגעת להתנהגותם של ההורים בפועל (או מתן זכות טיעון בעניין זה להורים). גם אם תכליתה של שלילת הגמלאות היא הרתעתית-מניעתית ומכוונת לכלל אוכלוסיית ההורים לשם מניעה מראש של ביצוע העבירות, לא שוכנעתי כי זו מחייבת הסדר גורף, וכי בדיקה פרטנית (או מתן אפשרות לקיומה) תעקר תכלית זו או תפגע בה..."

...

על פני הדברים, הסדר שהיה כולל בדיקה פרטנית של התנהלות ההורה, או לחלופין – מאפשר בחינת טיעונו של ההורה בטרם שלילת הקצבאות ומאפשר לו להוכיח כי עמד בנטל המצופה ממנו בנסיבות המקרה – היה יכול דווקא להוסיף ולתרום לתמריץ של הורים, מראש ולא בדיעבד, להגביר את ההשגחה על ילדיהם. אשר על כן, אני סבור כי

ההסדר הגורף שלפנינו, המורה על שלילת גמלאות מהורי קטינים כתלות בהרשעת הקטינים והטלת עונש מאסר בלבד אינו מקיים את הדרישה לבחור באמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית פחותה.

186. ראו גם ע"פ 6659/06 פלוני נגד ממשלת ישראל (פסק דין מתאריך 11.6.08) אשר דן בחוקתיות חוק לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב – 2002 שהגדיר בסעיף 7 את מי שנמנה כ"לוחם בלתי חוקי" כ"מי שנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או שנטל חלק בפעולות איבה של כוח כאמור, בין במישרין ובין בעקיפין, כמי ששחרורו יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, וזאת כל עוד לא הוכח אחרת." (ההדגשה אינה במקור). הנשיאה ביניש, אישרה את החוק בהתבסס על הצהרת המדינה כי לא יעשה שימוש בחזקת המסוכנות של מעורבות בפעילות ביטחונית וכי בחינת מסוכנותו של כל עצור תיעשה באופן אינדיבידואלי.

187. גם באשר לאי הכללת אמצעים פחות פוגעניים בהוראת השעה הנוכחית לגבי בעלי היתרים השוהים בישראל מזה שנים רבות אשר ממילא מתבצעת לגביהם בדיקות ביטחוניות מידי שנה, נבקש לשוב ולהפנות לקביעת השופט עמית בעניין **שדרוג מעמד**. השופט עמית הצטרף לעמדתה של הנשיאה נאור ואף הוסיף כי בהינתן שפסקי הדין בעניין **עדאלה וגלאון** ניתנו על חודו של קול, ובהינתן חלוף הזמן, יש מקום לרכך את הוראת השעה לגבי אותה קבוצה שנדונה בעתירה. השופט עמית גם הוסיף כי אינו שולל בחינת אפשרות ללכת צעד משמעותי נוסף בריכוך הוראת השעה, וכך בלשונו:

"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. זאת, לכל הפחות ברוח דברי חברתי הנשיאה לגבי מי שכבר החל בהליך איחוד משפחות ערב החלטת הממשלה (תושבי האזור שבקשתם הייתה ב"צנרת"). החלטת שר הפנים לשדרג מעמדם של תושבי האזור, שבקשתם להיכנס להליך איחוד משפחות אושרה עד לסוף שנת 2003, היא צעד משמעותי שיש לברך עליו. כשלעצמי, לא הייתי שולל אף בחינת האפשרות לילך צעד נוסף, ולרכך הוראת השעה במידה נוספת."

188. נבקש להעיר בהקשר זה, כי שינוי מדיניות השר בעניין **שדרוג המעמד** התבססה על הערות הנשיאה נאור והשופט פוגלמן בעניין שנדון קודם לכן והוא עע"ם 6407/11 **דג'אני נגד משרד הפנים** (ניתן ביום 20.5.2013). שם העירו השופטים כי יש לבחון **תיקון חקיקה** להוראת השעה שיאפשר הסדרת שדרוג מעמדם של קבוצה זו וזאת מהנימוק כי קבוצה זו כבר שוהה בישראל מזה מספר שנים מכח היתרי מת"ק המתחדשים בכפוף לבדיקה ביטחונית. במצב כזה הקפאת מעמדם אינה מתחייב עוד מהתכלית הביטחונית של הוראת השעה וניתן לבצע לגביהם בדיקה פרטנית המתקיימת ממילא מדי שנה במועד חידוש ההיתר. ולכן קבע השופט פוגלמן בעניין **ד'גאני**:

"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.** (פסקה 19 לחוות דעתו) (ההדגשה אינה במקור).

189. גם בהקשר לפגיעה בבני המשפחה שהם תושבי ואזרחי המנויות בתוספת להוראת השעה, ההלכה הפסוקה היום היא שאין מחילים את דוקטרינת נתיני אויב על תושבי ואזרחי מדינות המנויות כאויב. הלכה זו, נקבעה בדנ"א 5698/11 **מדינת ישראל נגד דיראני** (פסק דין מיום 15.1.2015) אשר דן במימוש זכות הגישה לערכאות של דיראני, אזרח לבנון ומי שהיה כלוא בישראל וביקש לתבוע בגין נזקים שנגרמו לו בתקופת כליאתו. בית המשפט בהרכב מורחב של 9 שופטים קבע שדוקטרינת נתיני אויב שחלה במאה ה-19 אינה מקובלת היום במלואה וצמצם את תחולתה רק על **"אויב פעיל וממשי"**. הנשיא גרוניס הדגיש כי בעניין מבחן האמצעי הפחות פוגעני כי "גם צמצום היקפו של הכלל במשפט המקובל, כפי שהוא מוחל במהלך עימות מזוין עם ארגון טרור, לתובעים שהם פעילים בארגוני טרור במדינה זרה, ואי החלתו של תושבי המדינה הזרה כולם, מהווים גם בחירה באמצעי שפגיעתו בזכויות הפרט פחותה." (פסקה 73 לחוות דעתו). הנשיא המשיך בקובעו שהדוקטרינה אינה חלה על מי שהפסיק את פעולתו כך שאילו דיראני לא היה חוזר לפעילות לאחר שחרורו, תביעתו היתה ממשיכה להתברר (פסקה 103 לחוות דעתו).

#### מבחן המידתיות השלישי – המבחן הצר

190. הוראת השעה אינה צולחת גם את המבחן הצר במסגרתו נבחן "היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה לבין היקף הפגיעה." (ראו עניין **אדם** בעמוד 801 וכן ראו עניין **תיקון 120** פסקה 30 לחוות דעתו של השופט פוגלמן).

191. נטען, כי הפגיעה הגורפת בזכויות החוקתיות הנגרמים עקב הוראת השעה הנוכחית גוברים על התועלת הצומחת מהשגת תכלית הוראת השעה. כפי שפורט לעיל, הפגיעה בזכויות הבסיסיות ביותר של קיום ושמירה על תא משפחתי תחת קורת גג אחת קיימת מזה 19 שנים. היא מתערבת בהחלטות אישיות לגבי בחירת בני זוג; היא מאלצת בני זוג להיפרד; היא מטילה פחד מתמיד של פרידה על אלפי משפחות; "התיוג" של תושבי השטחים הכבושים והמדינות המנויות בתוספת משליך גם על "תיוגם" של האזרחים והתושבים ערבים-פלסטינים בישראל; כך הוראת השעה מעבירה מסר משפיל למשפחות, לילדים, להורים, לאוהבים, לפיה הם נחותים, בלתי רצויים ומסוכנים וזאת אך ורק על בסיס שיוכם וזאת בשם השמירה על תלית דמוגרפית אתנית. מסלולי ההתאזרחות האתניים מצדיקים המשך המדרון החלקלק של פגיעה בזכויותיהם של התושבים הפלסטינים שהם ילידים בעירם. ומעל לכל היא מחזקת את האפרטהייד הן במשטר ההתאזרחות והן בהתקיימות מרכיבי פשע האפרטהייד וזאת כפי שהצביע דווח האו"ם לענייני זכויות האדם בשטחים הכבושים וארגוני זכויות האדם הבינלאומיים.



192. לא בכדי קבעה השופטת חיות בעניין **עדאלה**, כי "אל לנו לומר 'ביטחון בכל מחיר'":

"ההתנגשות בין זכויות היסוד במקרה שלפנינו נוגעת בעצבים הרגישים ביותר של החברה הישראלית כחברה דמוקרטית. אך ככל שמבקשים אנו לשמור על ערכיה הדמוקרטיים של המדינה אל לנו לומר "ביטחון בכל מחיר". עלינו לתת את הדעת למחיר שנשלם כחברה בטווח הארוך אם חוק האזרחות על איסוריו הגורפים ימשיך למצוא את מקומו בספר החוקים שלנו. אחד התפקידים המרכזיים של בית המשפט הגבוה לצדק, אם לא המרכזי שבהם, הינו הגנה על זכויותיו החוקתיות של המיעוט מפני פגיעה בלתי מידתית בהן על ידי הרוב. מקום שפגיעה כזו מוצאת את ביטויה בהוראות חוק של הכנסת, תפקידו של בית המשפט להצביע על אותה פגיעה ולהצהיר על בטלותן של ההוראות, על מנת שהכנסת תעשה כחוכמתה לתיקון. הוראותיו של חוק האזרחות לוקות, כאמור, בפגיעה בלתי מידתית כזו. על כן מחויבים אנו להורות על בטלותן והכנסת, כך יש לקוות, תפעל על מנת לגבש הסדר סטטוטורי ראוי ומידתי חלף חוק זה". (פסקה 6 לחוות דעתה).

193. כמו כן, קביעתו של הנשיא ברק בעניין **עדאלה נגד שר הביטחון** לעניין יישום המבחן הצר, רלוונטית גם לענייננו והיתה רגישה לנזק העמוק והכואב של ניזוקים:

"אכן, שלילה גורפת של אחריות המדינה מייצרת את הצורך לנהל הליכים רבים במסגרתם נדרשת המדינה להוכיח כי נזקים בגינם היא נתבעת נגרמו על-ידי פעולות מלחמתיות. אלא שתועלת זו לאינטרס הציבורי – תועלת שעיקרה חסכון במשאבים מינהליים – אינה מידתית בהשוואה לנזק לפרטים השונים, שנגרם על ידי פעולות שאינן מלחמתיות. נזק זה הוא לעתים קרובות עמוק וכואב. ניזוקים נפגעים קשות; הם הופכים להיות נכים קשים; יכולתם להתפרנס נפגעת קשות. כל אלה – ונטילת החיים עצמם, כמובן – אינם שקולים כנגד התועלת המוגבלת הצומחת משחרור המדינה מאחריות – וממילא מהצורך להגן על עמדתה בבית משפט – במקום שהנזק נגרם על ידי פעולה מלחמתית ופעולה שאינה מלחמתית". (פסקה 41 לקביעת הנשיא בדימוס ברק).

194. וכן לאחרונה בעניין **תיקון 120** שם קבעה השופטת ברון כי לא קיים יחס ראוי בין התועלת הנובעת משלילה גורפת של גמלאות מהורי הקטינים לבין מידת הפגיעה בזכות לכבוד וקבעה "לעמדת המענה לשאלה זו הוא בשלילה, בין היתר לנוכח ההבנה ששלילת הגמלאות מתבצעת על סמך שיוך קולקטיבי, וככזה אינו מוצדק. בהעדר קשר סיבתי בין מעשי ההורים לבין פשיעת הקטין, שלילת הגמלה היא בבחינת "בנים אכלו בוסר ושיני אבות תקהינה" (על משקל "אָבוֹת אָכְלוּ בֹסֵר וְשֵׁנֵי בָנִים תִּקְהִינָה"; ירמיהו לא 28) העולה לכדי **ענישה קולקטיבית**". (פסקה 10 לחוות דעתה, ההדגשה אינה במקור). בהקשר **לענישה הקולקטיבית** המשיכה השופטת ברון בקביעה הרלוונטית גם לענייננו:

"ניתן לזהות ענישה קולקטיבית כאשר לפנינו "פעולה שיש בה כדי לפגוע במישרין בזכות של אדם בגין מעשה שלא ניתן לייחס לו אחריות אישית לעשייתו. הפגיעה נעשית רק בשל השתייכותו לקולקטיב – דוגמת משפחה, יישוב או מיעוט אתני – שלאדם אחר מתוכו מיוחסת אחריות למעשה" (לירון א' ליבמן האף תספה צדיק עם רשע? 27 (מחקר מדיניות 125, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019)). ענישה כזו סותרת את עקרון הבחירה החופשית המצדיק הטלת אחריות אישית על כל פרט על בסיס מעשיו, ולא בגין מעשיו של אחר. לכשעצמי אני סבורה כי קשה להלוט מצב שבו מוטלת אחריות על אדם רק בשל השתייכותו לקבוצה מסוימת (ראו גם: דפנה ברק-ארז "פתח-דבר לשים את האדם במרכז – על מקומו של האדם במשפט" עיוני משפט לט 5, 12 (2016)).

לאור האמור לעיל מתבקש בית המשפט להוציא מלפניו צו ביניים וכן צו על תנאי כמבוקש במבוא לעתירה זו.



---

ב"כ העותרים  
סאוסן זָהר, עורכת דין

27.4.2022