

1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
2. עו"ד מוראד אל סאנע (ת"ז 026304436)
3. עביר אל סאנע (ת"ז 994477552)
4. רנית טבילה (ת"ז 026177295)
5. חאתם טבילה (ת"ז 318104429)
6. אסאלה טבילה (ת"ז 322628413) קטינה (ילידת 30.5.01)
7. דימא טבילה (ת"ז 213772106) קטינה (ילידת 12.3.03)  
העותרות מס' 6 ו-7 באמצעות הוריהן העותרים מס' 4 ו-5
8. שאוקי ח'טיב, יו"ר ועדת המעקב העליונה לענייני הציבור הערבי בישראל
9. ח"כ טלב אל סאנע
10. ח"כ מוחמד ברכה
11. ח"כ עזמי בשארה
12. ח"כ עבד אל-מאלק דהאמשה
13. ח"כ ג'מאל זחאלקה
14. ח"כ ואסל טאהא
15. ח"כ אחמד טיבי
16. ח"כ עסאם מח'ול

ע"י עוה"ד חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן ו/או עביר בכר ו/או מרואן דלאל ו/או סוהאד בשארה ו/או גדיר ניקולא ו/או מוראד אל-סאנע מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, ת"ד 510 שפרעם 20200, טל' 9501610-04 פקס' 9503140-04

#### העותרים

- נגד -

1. שר הפנים
  2. היועץ המשפטי לממשלה
- ע"י פרקליטות המדינה מרח' סלאח א-דין 29 ירושלים, טל' 6466590-02 פקס' 6466555-02

#### המשיבים

### עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי כנגד המשיבים והמורה להם לנמק:

א. מדוע לא יוכרז על בטלות הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 אשר נחקק ביום 31/7/03 (להלן: החוק);

ב. מדוע לא יחילו את נוהל ההתאזרחות המדורג הנוהג בישראל על העותרים מס' 3 ו-5 בהתאם לסעיף 7 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952.

### **בקשה למתן צו ביניים**

מוגשת בזאת בקשה למתן צו ביניים המורה למשיבים להימנע מביצוע ו/או יישום הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003, וזאת עד להכרעה סופית בעתירה, מהנימוקים כדלקמן:

1. עתירה זו מכוונת נגד הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 אשר נחקק ביום 31/7/03 (להלן: החוק). חוק זה מונע מהעותרת מס' 3, תושבת "האזור" והנשואה לעותר מס' 2 שהינו אזרח ישראלי, לקבל רשיון לישיבה בישראל.

2. העותרים מס' 2 ו-3 הגישו לפני חקיקת החוק את כל המסמכים הרלבנטיים לקבלת רשיון ישיבה בישראל בהתאם לסעיף 7 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952, אולם, וכאמור, החוק נשוא עתירה זו, מונע קבלת רשיון זה.

3. כמו כן, החוק הנדון מונע מוציא את העותר מס' 5 מהליך המדורג ומונע ממנו לשדרג את מעמדו מתושב ארעי לאזרח.

4. המשיבים לא שקלו עת חקיקת החוק ולא פירטו בפני המחוקק את הנזקים החמורים ביותר שעלולים להיגרם לעותרים אלה ולא לפי אזרחים רבים שבקשותיהם תלויות ועומדות בפני המשיב מס' 1. למעשה, החוק הנדון, פוגע באופן רטרואקטיבי בזכויות מוקנות למשפחות רבות שהסתמכו על העובדה, כי בקשותיהן הוגשו כדין, בלא שיצרו מנגנון של שימוע, במיוחד לגבי אלה שהגישו בקשותיהם בטרם החקיקה. בכך, החקיקה הנדונה נגועה בפגם חוקתי של העדר הליך הוגן due process היורד לשורש החוקתיות של החקיקה.

רצ"ב העתק החוק כפי שהונח לקריאה שניה ושלישית ואושר והעתק נוסח הצעת החוק לקריאה ראשונה, כנספח ע/א1.

5. העתירה מבססת את טיעוניה נגד חוקתיות החוק בהיותו נוגד את הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

6. אי הוצאת צו ביניים תגרום לעותרים מס' 7-2, ולאזרחים רבים נוספים במצבם, נזקים חמורים ביותר ובלתי הפיכים.

7. יצוין, כי העותרת מס' 1 הגישה ביום 14/7/2002 עתירה בשם משפחות רבות כנגד החלטת הממשלה מס' 1813 מיום 12 במאי 2002, אשר אימצה עקרונות דומים להוראות החוק הנדון (בג"ץ 4608/02 עווד ואח' נ' ראש הממשלה ואח', תלויה ועומדת). בית משפט נכבד זה הוציא בעתירה זו צו על תנאי וצווי ביניים נגד גירוש העותרים. אכן, בקשה זו מתייחסת לחקיקה ולא להחלטת ממשלה כמו בבג"ץ 4608/02, אך בבקשה למתן צו ביניים, סוג הנזק הזהה שנגרם לעותרים בשני המקרים הוא העיקר ולא סוג ההליך שבעטיו התקבלה ההחלטה. לפיכך, יש להחיל דין דומה על בקשה זו, ולהוציא צווי ביניים כמבוקש.

רצ"ב העתק החלטת הממשלה, כנספח ע/ב1.

8. נספחי העתירה ונימוקיה העובדתיים והמשפטיים מהווים חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

9. מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה זו.

### **ואלה הם נימוקי העתירה:**

"ואז דברה אלמטירה שוב:  
ומה דברך על הנשואין, הנביא?  
ויען ויאמר:  
יחדיו נולדתם ויחדו תהיו לעד –  
יחדיו, עת כנפי המות הלבנות  
יפיצו ימיכם אל דממת הנצח של האלהים.  
אך שימו מרחבים בזה היחד  
ותנו לרוח השמים לחולל בינותיכם.  
אהבו זה את זה, אך אל תכבלו את האהבה –  
ותהי ים הומה בין חופי נשמותיכם..."

גיבראן חליל גיבראן, הנביא, (הוצאת תמוז, תל-אביב 1980), עמ' 12.

### **הרקע העובדתי**

## מבוא

1. עניינה של עתירה זו נוגע לחוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 אשר נחקק ע"י הכנסת ביום 31 ביולי 2003 (להלן: החוק). חוק זה מונע הגשת כל בקשה חדשה של אזרחים למתן מעמד לבניות זוגם שהינם תושבי הגדה המערבית או רצועת עזה, ומונע מתן כל מעמד בישראל לכל מי שלא הגיש בקשה עד ליום 12 במאי 2002.
2. כמו כן, הוא מונע שדרוג של מעמד שניתן לפני יום 12 במאי 2002 לתושבות ארעית, לתושבות קבע ו/או לאזרחות וזאת אף אם הבקשות אושרו והמבקשים עמדו בכל מבחני ההליך המדורג להתאזרחות של בן זוג של אזרח או תושב ישראל (להלן: ההליך המדורג), אשר נקבע בעקבות פסק הדין בבג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נג (2) 728, ואשר עליו הודיעה פרקליטות המדינה לבית הנכבד במסגרת בג"ץ 338/98 עיסא ואח' נ' שר הפנים, טרם פורסם ואין נגדם כל מידע המחשיד אותם בדבר.  
רצ"ב הודעת המדינה, כנספח 2/ע.
3. החוק הנדון פוגע בזכות החוקתית לשוויון בין אזרחי מדינת ישראל. חוק זה הינו הראשון מאז חקיקת חוקי היסוד אשר שולל זכויות חוקתיות של אזרחים על בסיס מפורש וישיר של השייכות האתנית. חוק זה אינו מעניק זכויות לקבוצה מסוימת בשל שייכותה האתנית, אלא הוא עושה שימוש מפורש, להבדיל מהשימוש העקיף, בשייכות האתנית על מנת לפגוע בזכויות מוקנות של חלק מהאזרחים על בסיס אתני או לאומי. לכן, הוא אינו רק מפלה על בסיס לאום או שייכות אתנית, אלא הוא נגוע בגזענות מובהקת.
4. הקיצוניות של החוק מקבלת משנה תוקף מאחר והיא מתייחסת לזכות האזרחות. חוק זה מכוון באופן בוטה ביותר נגד אזרחי מדינת ישראל, הנשואים לתושבים הפלסטינים המתגוררים בגדה המערבית או רצועת עזה, בכל הקשור לזכויותיהם החוקתיות לחיי משפחה, לכבוד, לשוויון ולפרטיות. החוק מוציא מתחולתו באופן מפורש את המתנחלים המתגוררים באזורים אלה. התוצאה הישירה של חוק זה היא הפגיעה בערבים אזרחי ישראל, שהרי כידוע, הם אשר נישאים לפלסטינים תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה.
5. עתירה זו אינה עוסקת בסוגיית מדיניות הגירה אל מדינת ישראל. החוק נשוא העתירה אינו מתכוון, וגם אין זו תכליתו להסדיר את הסוגייה זו. העתירה עוסקת בזכויות המוקנות לאזרחי המדינה המבקשים להתאחד עם בני/ות זוגם ו/או עם ילדיהם הקטינים על מנת לקיים חיי משפחה ככל האדם.
6. על כן, כל ניסיון עתידי מטעם המשיבים לביסוס נימוקיהם על אנאלוגיה מחוק השבות ו/או על זכותם של מדינות לקבוע את מדיניות ההגירה שלהם ו/או על הגדרות שונות למשמעות

"מדינה יהודית" – אין לו על מה להיאחז בעתירה זו, כי לא זו עניינה.

7. העתירה מתייחסת לסוגיית ההפליה הקיצונית על רקע אתני בין אזרחי מדינת ישראל כיחידים, היינו בהפליה אזרחית בין הפרטים כלפי פנים. בהקשר זה יצוין, כי מוסכם על כלל מגוון הדעות השונות בפסיקה העליונה שדנה בעניין ההפליה האזרחית של היחידים הערבים, כי אין להצדיק הפליה זו על ידי נימוקים אידיאולוגיים לאומיים. כך היא ההלכה שנפסקה בפרשת קעדאן וכך היא אף עמדת המיעוט (כבי' השופט חשין) בפרשת עדאלה ואח' נ' עיריית תל-אביב ואח' שדנה במעמד השפה הערבית בערים המעורבות.

בג"צ 6698/95 קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258.

בג"צ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו ואח', תק-על 2002 (2), 603, עמ' 635.

8. העתירה נוגעת במישרין לזכותם של האזרחים במדינת ישראל לממש את זכותם החוקתית לחירות אישית המעוגנת בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חירות זו היא הבסיס לאוטונומיה של הפרט; להגדרה העצמית שלו בהקמת חיי משפחה לפי הבחירה.

9. חירות זו נוגעת לצורך האנושי והבסיסי ביותר: "לאהוב". לאהוב ולהתאהב בן או בבת זוג, לשאוף להקים בית וחיים משותפים ללא מכשולים מוסדיים. החוק הנדון מנסה להגביל את בחירת לבו של האזרח הרגיל על פי השייכות האתנית של בן/בת זוגו. החוק הוא בבחינת תקנה שהציבור לא יכול לעמוד בה, כי האהבה בין הבריות לא מכירה בגבולות האתניות. נהפוך הוא, היא בזה לגבולות אלו. לכן, ניסיונו זה של החוק לא יצלח, וזאת לא בגלל שהאנשים הינם עבריינים, אלא בגלל שהחוק מנסה להסדיר את "ענייני האהבה" בין הבריות על רקע שייכות אתנית, דבר שאין חקיקה יכולה להבטיח. יפים לעניין זה דברי כבי' השופט חשין בפרשת סטמקה:

"תשובה זו, שהאהבה תגבר גם על פירוד של מספר חודשים, אינה אלא תשובה צינית ובלתי-ראוייה. יתר-על-כן: הפגיעה בכבודם של בני-הזוג ובאחדות המשפחה לא יהיה זה ראוי כי נקל בה ראש. ופרידת האוהבים, כיצד תקל זו בעינינו? השכחנו את כאבה של דסדמונה שעה שהדוכס ציווה את אותלו לצאת וללחום בקפריסין (ויליאם שייקספיר, אותלו, תירגום ט' כרמי):

" דסדמונה:

את הכושי אהבתי; מרדנותי וטלטלת-חיי בישרו לכל כי בצילו חמדתי לחיות.

לבי הדום לכל תענוגותיו של אדוני אותלו. את דיוקנו ראיתי ברוחו, ולכבודו ומעלותיו כאיש-צבא היקדשתי את מאודי, נפשי ועתידי.

על כן, רוזניי היקרים, אם אשאר פה בחיבוך-ידיים, והוא יצא למלחמה – חסדי-האהבה, שכה יקרו לי, יישללו ממני, וחסרונו יהיה כבד מנשוא...."

הראוי כי ליבנו יהא גם בצער-הפרידה? על צער-הפרידה עמד גם השופט אלון בע"א 488/77 פלוני ופלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד לב(421) 3, ואלה דברים השמיענו (שם, 432):

"חכמים אמרו שקשה זיווגו של אדם כקריעת ים סוף (סוטה ב, א, ורש"י, שם).  
ואם בזיווגם ובשיתופם של בני-אדם כך, קל וחומר בניתוקם וב'קריעתם' זה מזה שקשים הם כקריעת ים סוף."  
ולא נתעלם אף מהקשיים הכספיים הכרוכים בפרידה הנכפית על בני-הזוג... אכן, עוצמתה של הזכות והקרינה החזקה הבוקעת מתוכה, מחייבות היו, כמו-מעצמן, כי האמצעי שמשרד הפנים יבור לו יהיה רך ומתון מן האמצעי הקשה והדרסטי שהחליט להחזיק בו. ונתקשה שלא להסיק כי המשיבים התעלמו לחלוטין – או ייחסו אך משקל זעיר – לזכויות-יסוד אלו של היחיד לנישואין ולהקמת משפחה. אם אלה דברים אמורים בור, כל-שכן ייאמרו הם על האזרח הישראלי השותף לנישואין... ראוי היה להם למשיבים כי יבחרו באמצעים אחרים להשגת מטרתם – מטרה ראויה לעצמה – אמצעים שיפגעו פחות ביחיד. כך, למשל, בדרך הגברת הפיקוח על שהייה שלא-כדין בארץ, בהעמקת הביקורת על אמיתות הנישואין וכיו"ב".

בג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נג (2) 728, 786-782.

10. פשיטא, בבני אנוש עסקינן. נשים כגברים ימשיכו להתאהב זו בזה, לחלום יחדיו, להתייחד, להתארס, להתחתן ולבנות את משפחתם. עם זאת, החוק יצליח ליצור סבל רב ולמרר את חייהם, את ימיהם ולילותיהם. החוק ינסה להפוך את האושר לסבל, או לפחות יגרום לכך שהסבל ישכון צמוד וקרוב מאוד לאושר. תפקידו יהיה להציב בפניהם באופן יומיומי אלטרנטיבות קשות הנוגעות לחייהם הפרטיים והאינטימיים. החוק יהיה האדון של הספירה הפרטית שלהם. הוא לא מתעניין בספירה הציבורית, אך הוא חודר, נכנס, משקיף, משטר, ונמצא באופן תמידי רק ברשות היחיד, וזאת על אף שהנישואין הם לגיטימיים, חוקיים וכשרים על פי דיני ישראל. מכאן פגיעתו הנוספת של החוק, בהפרדת אוהבים, בזכות החוקתית לפרטיות המוגנת בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

11. העותרים יטענו, כי החוק הינו בלתי חוקתי היות והוא פוגע בזכות החוקתית לשוויון; היות והוא פוגע בזכות החוקתית לחירותו האישית של הפרט לקיים חיי משפחה לפי בחירתו; היות והוא פוגע בזכות החוקתית לפרטיות; היות והוא פוגע בזכות החוקתית להליך הוגן בכך שהוא מוחל באורח רטרואקטיבי תוך פגיעה בזכויות מוקנות וללא קיום הליך שימוע.

12. בנוסף העותרים יטענו, כי נפלו פגמים מהותיים בהליך החקיקה היורדים לשורשו של העניין. החוק אינו עומד בפסקת ההגבלה משום שהוא לא לתכלית ראויה, הוא גורף, הוא חסר הגיון פנימי, הוא פוגע מעל הנדרש בזכויות חוקתיות. הוא אינו מידתי.

13. במאמר מוסגר יצוין, כי ביום 30 במאי 2002 עתרה העותרת מס' 1 לבג"ץ, כנגד החלטת

הממשלה מס' 1813 מיום 12 במאי 2002, בשמה ובשם 14 משפחות שנפגעו מההחלטה וביניהן משפחת העותרים מס' 4-7 בעתירה שלפנינו. בעתירה תקפו העותרים את חוקיות החלטת הממשלה אשר ביטלה, בין היתר, את תחולת ההסדר המדורג למתן מעמד בישראל על אזרחים ותושבי קבע בישראל הנשואים לתושבי הגדה המערבית, רצועת עזה ו/או מי שהינו ממוצא פלסטיני. סמוך לאחר הגשת העתירה נתן בית המשפט הנכבד צווי ביניים האוסרים על גירוש בני הזוג הפלסטינים. ביום 14 ביולי 2002 ניתן בעתירה צו על תנאי. העתירה עודה תלויה בפני בית המשפט העליון (בג"ץ 4608/02 עווד ואח' נ' ראש הממשלה ואח'). לאחר חקיקת החוק, אשר עיגן את עיקרי החלטת הממשלה הנ"ל, התייטר הדיון בהחלטת הממשלה הנ"ל ונוצר צורך בתקיפה ישירה של החוק החדש בשל העילות החוקתיות שנוצרו. עם הגשת עתירה זו, תוגש במקביל הודעה לבית המשפט הנכבד בבג"ץ 4608/02 בה תודיע העותרת מס' 1 על הגשת עתירה זו ותבקש להותיר את העתירה תלויה ועומדת עד להכרעה סופית בעתירה זו.

## **העותרים**

14. העותרת מס' 1 הינה עמותת זכויות אדם, רשומה כדין בישראל, אשר נוסדה בנובמבר 1996 כמרכז משפטי עצמאי הפועל לקידום זכויות האדם בכלל והמיעוט הערבי בפרט; מטרתיה המרכזיות הינן השגת זכויות שוות, והגנה על הזכויות הקולקטיביות של המיעוט הערבי במדינת ישראל בתחומים שונים ובהם: זכויות בקרקע, זכויות אזרחיות, זכויות פוליטיות, זכויות תרבותיות, זכויות חברתיות, זכויות כלכליות, זכויות דתיות, זכויות נשים וזכויות אסירים.

## **העותרים מס' 2 ו 3: משפחת אל סאנע**

15. העותר מס' 2 הינו אזרח ישראל, תושב כפר לקיה שבנגב, עורך דין במקצועו, אשר מתמחה בזכויות אדם ועובד בארגון עדאלה.

16. העותרת מס' 3 הינה פלסטינית, תושבת העיר בית לחם שבגדה המערבית, עובדת סוציאלית במקצועה, מרצה באוניברסיטת אלקודס בירושלים, ועוזרת מחקר של פרופ' Jim Torczyner מאוניברסיטת McGill בקנדה במחקר שהוא עורך בנגב ובבית לחם.

רצ"ב העתקי תעודות הזהות של העותרים מס' 2 ו-3 ומכתב מטעם פרופ' Jim Torczyner, כנספח ע/3.

17. העותרת מס' 3 קיבלה בעבר, כעניין שבשגרה, אישורים לשהייה בישראל בשעות היום לצורך עבודתה, וכן לצרכים רפואיים.

רצ"ב העתקים של היתרי כניסה לישראל, כנספח ע/4.

18. העותרים מס' 2 ו-3 הכירו בעת שלמדו בצוותא לקראת תואר שני באוניברסיטת McGill בקנדה בתוכנית "Middle East Program in Civil Society and Peace Building" בין השנים 2000-2001. לאחר סיום לימודיהם ועם העמקת הקשר ביניהם הם החליטו להינשא. הם התארסו ביום 20 לפברואר 2003 ובאותו מעמד כרתו ברית נישואין אשר קיבל תוקף ע"י בית הדין השרעי בירושלים.

רצ"ב העתק שטר הנישואין, כנספח ע/5.

19. ביום 19 במרץ 2003 הגיש העותר מס' 2 בקשה למתן מעמד בישראל לעותרת מס' 3. הבקשה הוגשה בלשכת מינהל האוכלוסין בבאר שבע ומספרה 1139/03. בסוף מאי 2003 קיבל העותר מס' 2 הודעה לפיה ביום 25 במרץ 2003 סורבה הבקשה על יסוד החלטת הממשלה מיום 12 במאי 2002.

רצ"ב העתקי אישור על הגשת הבקשה וההודעה על סירוב הבקשה, כנספח ע/6.

20. ביום 11 ביולי 2003 התקיים טקס הכלולות של העותרים מס' 2 ו-3. כניסת העותרת מס' 3 ובני משפחתה הקרובים לישראל לצורך קיום טקס הכלולות התאפשרה רק בעקבות פניית העותרים מס' 2 ו-3, באמצעות העותרת מס' 1, אל פרקליטות המדינה. שהייתה בישראל של העותרת מס' 3 לרגל נישואיה הותרה לשבוע ימים בלבד. פנית העותרים מס' 2 ו-3 בבקשה לחדש את היתר השהייה של העותרת מס' 3 בישראל נענתה בשלילה, במכתב שהתקבל ביום 29 ביולי 2003 בו נאמר, כי לא ניתן לטפל בבקשה "עד לקבלת אישור אחמ"ש (איחוד משפחות) מטעם משרד הפנים". יודגש, כי במקביל לסירוב ליתן לעותרת מס' 3 היתר לצורך חיי משפחה, ניתן לה היתר המאפשר לה לשהות בישראל בשעות היום לצורך עבודה.

רצ"ב העתק ההתכתבות עם היועץ המשפטי של הצבא באזור הגדה המערבית והעתק ההיתרים, כנספח ע/7.

21. כפי שמפורט בתצהיר המצורף לעתירה, מוראד, העותר מס' 2 ועביר, העותרת מס' 3, היו מודעים להליכי החקיקה ולהחלטת הממשלה אשר יפריעו לחייהם היומיומיים, אולם אהבתם היתה כבר עמוקה והקשר ביניהם היה חזק מהאיום שבהחלטת הממשלה ובחקיקה העתידית, והאהבה וקשר ביניהם גברו על האיום שבמכשולים העתידיים. הם אף היו מודעים לקשיים הרבים שיהיו כרוכים אפילו בקיומה של מסיבת חתונה אך לא נרתעו ופעלו על מנת לקבל אישורים שיאפשרו את קיומה. אהבתם היא זו שממשיכה לחזק ולהחזיקם בתקוותם.

22. העותרת מס' 2 לא יכולה להתגורר עם בן זוגה בנגב. העותר מס' 1 מנוע מלהתגורר עמה בבית לחם. הסבל של בני הזוג הפך למציאות חיים קבועה. החוק לא כולל שום מנגנון שיאפשר להם הליך של שימוע על מנת להתגבר על חזקת המסוכנות שהוצמדה להם. הוראות החוק מוחלות



עליהם באופן רטרואקטיבי. הנפקות של החוק היא שעביר, העותרת מס' 3, לא תצליח לקבל רשיון או היתר להתגורר עם בן זוגה, ולא בגלל עבר פלילי או ביטחוני – עברם של שני בני הזוג הינו נקי מרלב- ולא בגלל ביצוע עבירה כלשהי, אלא רק בגלל שייכותה האתנית של העותרת מס' 3. על פי החוק הנדון היה על מוראד, העותר מס' 2, שהינו אזרח, לוותר על נישואים עם בחירת לבו עביר, היא העותרת מס' 3. אך אהבתו אליה לא נתנה לו להיכנע, ומכאן עתירתו.

#### **העותרים מס' 4-7: משפחת טבילה**

23. העותרת מס' 4 הינה ערביה אזרחית ישראל, תושבת שפרעם. היא עובדת כמורה לספרות בבית ספר התיכון הטכנולוגי בסחי'נין. היא נישאה ביום 6.11.99 לעותר מס' 5, שהינו פלסטיני משכס, אשר עובד כחשמלאי בחברת "סלטי מערכות חשמל 2000" מנצרת והם מתגוררים בשפרעם. הם הורים לפעוטה בת שנתיים וחצי, היא העותרת מס' 6 ולתינוקת בת כארבעה חודשים, היא העותרת מס' 7.

רצ"ב העתקי תעודות הזהות של העותרים מס' 4 ו-5 והעתק שטר הנישואין, כנספח ע/8.

24. בני הזוג הכירו זו את זה בשפרעם שנה לפני הנישואין. לחאתם, העותר מס' 5, היה אישור כניסה ועבודה בישראל והוא עבד בשפרעם. הרומן התפתח ביניהם וגדל עד שהחליטו להתחתן ולהקים משפחה.

25. רנית, העותרת מס' 4, אזרחית המדינה, ידעה שהיא רוצה להמשיך ולהתגורר בשפרעם, במדינת ישראל. היא האמינה ועדיין מאמינה שהיותה אשה לא מחייב אותה ללכת אחרי בעלה, אלא אם זו בחירתה. היא גם לא רוצה לגדל את ילדיה תחת כיבוש. היא מאמינה שהמעבר בין הגבולות בסיטואציה זו חייב להיות רצוני, לא בכפייה ולא בלית ברירה.

26. היא הסבירה בתצהירה המצורף לעתירה, כי בתם הצעירה, דימא, היא העותרת מס' 7, נולדה לאחר קבלת החלטת הממשלה בעניין פירוד בני הזוג ובתקופת ההמתנה להחלטת בג"ץ בעניינה ותוך כדי התקופה שדובר בה על חקיקת החוק הנדון. היא תיארה בתצהירה את הייסורים והסיוטים שעברה בתקופת ההריון של דימא; את לבטיה האם להביא ילד למציאות כה אכזרית בה הוא או היא עלולים להיות מופרדים מאביהם וכיצד אהבתם העזה והחלטתם האנושית- הטבעית היתה חזקה מכל חוק.

27. הרצון להפסיק את מירוץ הזמן בכדי לא להגיע לעתיד הלא ידוע, נהיה האדון של מחשבותיה של רנית האזרחית. חוסר הידיעה אודות העתיד הופך את חיי המשפחה לחיים תחת איום.

28. התיאור להלן ימחיש את הסבל הנורא שהמשפחה עברה בעניין הגשת הבקשות למשרד הפנים, למען ההישרדות ביחד, כאשר פקידי משרד הפנים נהיו האדון של חייהם:

- ביום 19.1.00 הגישה רנית האזרחית בקשה למתן מעמד בישראל לבן זוגה. הבקשה הוגשה בלשכת מינהל האוכלוסין בנצרת ומספרה 3/2000. על אף שהבקשה אושרה ביום 12.7.00 לא קיבל בן זוגה, חאתם, עובר לכך מעמד של תושב ארעי.
  - הם פנו באמצעות העותרת מס' 1 (עדאלה) אל מנהל מינהל האוכלוסין ומשזה לא השיב על פנייתם, הם פנו לפרקליטות המדינה.
  - רק ביום 22.10.01 קיבל חאתם מעמד של תושב ארעי לתקופה של שנה אחת.
  - בתחילת חודש מאי 2002 הם פנו אל לשכת מינהל האוכלוסין בנצרת על מנת לחדש את מעמדו של חאתם כתושב ארעי, אשר עתיד היה לפוג ביום 18.7.02. עובד הלשכה הודיע להם שאין מטפלים כעת בבקשות לאיחוד משפחות וכי מכל מקום פנייתם מוקדמת מדי וכי עליהם לפנות בתחילת חודש יולי 2002 על מנת להגיש את הבקשה לחידוש המעמד.
  - ביום 31.5.02 עתרה המשפחה בצוותא עם נפגעים רבים נוספים לבג"ץ כנגד החלטת הממשלה מס' 1813 מיום 12.5.02 ובית המשפט נתן צו ביניים האוסר על גירושו מישראל של העותר מס' 5.
  - ביום 18.6.02 בני הזוג פנו פעם נוספת אל לשכת מינהל האוכלוסין בנצרת על מנת לחדש את מעמדו של חאתם כתושב ארעי. עובדת הלשכה, הגב' לורה אשקר, הסכימה להאריך את המעמד בחודש ימים בלבד ממועד פקיעת המעמד ועד ליום 18 באוגוסט 2002 ואמרה לבני הזוג כי עליהם להמתין לקבלת החלטה בבקשה מכיוון שהיא אינה מוסמכת לאשר הארכת המעמד לתקופה של שנה ואין לדעת אם האישור יתקבל מירושלים.
  - רנית האזרחית פנתה פעם נוספת אל לשכת מינהל האוכלוסין בנצרת על מנת לברר האם התקבלה תשובה על בקשתה להאריך את מעמדו של בן זוגה. הגב' אשקר הודיעה לה כי טרם הגיעה החלטה בבקשה, ואולם הסכימה להאריך את מעמדו של בן הזוג כתושב ארעי בחודשיים נוספים עד ליום 20.10.02.
  - ביום 22.10.02 הוארך מעמדו של חאתם כתושב ארעי בישראל עד ליום 6.10.03.
  - רצ"ב העתקי האישור על הגשת הבקשה, אישור הבקשה, העתקי ההתכתבות עם המשיבים, והעתק צו הביניים כנספח ע/9.
29. ביום 17.7.03 משכה המשפחה את עתירתה האינדיבידואלית (בג"ץ 7319/02) אשר פוצלה מבג"ץ 4608/02 תוך שמירת זכותם לשוב ולפנות אם תהיה עילה לכך וזאת לאור העובדה, כי

מעמדו של העותר מס' 5 כתושב ארעי הוארך על אף החלטת הממשלה.

רצ"ב העתק ההחלטה כנספח ע/10.

30. הסיפור של משפחת טבילה ממחיש גם את כאבם וסבלם של הילדים אשר עלולים למצוא את עצמם במרחק מאביהם כתוצאה מחקיקת החוק נשוא עתירה זו, אשר התעלם מהאינטרסים ומהזכויות שלהם. החוק לא יצר מנגנון המתחשב בבקשות של בני הזוג שהוגשו, ולא יצר מנגנון של שימוע, והחיל את הוראותיו באופן רטרואקטיבי על זוג נשוי עם ילדים אשר מתגורר כדין בישראל.

31. בני הזוג חיים בחד ממשי מהצפוי להם. בהיותם זוג צעיר, והורים לפעוטה ולתינוקת, החיים במצב מתמשך של חוסר ידיעה באם יוכלו להמשיך ולחיות ביחד כמשפחה הינם קשים ביותר. כתוצאה מהעתירה שהגישו הם זכו לחידוש המעמד הארעי של העותר מס' 5, ואולם תוקפו של הרשיון עתיד להסתיים באוקטובר 2003, והחוק נשוא העתירה ימנע את שדרוג מעמדו לאזרח על אף שהיה זכאי לכך על פי ההליך המדורג בשנת 2004, בתוך תקופת תחולת החוק. הנה כי כן, חקיקת החוק יצרה את העילה החדשה המחייבת את בני הזוג לחזור שוב לבג"ץ. כתוצאה מהחוק לא יוכל חאתם להתקדם למעמד של אזרחות לו היה אמור להיות זכאי על פי ההליך המדורג בשנת 2004. מכאן עתירתם.

#### **העותרים 8-16 :**

32. העותר מס' 8 מכהן כיו"ר ועדת המעקב העליונה לענייני הציבור הערבי בישראל, ועדה זו כוללת בתוכה את נציגי ציבור נבחרים כמו חברי כנסת ראשי ראשיות מקומיות בנוסף לגופים חוץ פרלמנטריים. העותרים מס' 9-16 הינם חברי הכנסת הערבים מהסיעות חד"ש-תע"ל, בל"ד ורע"ם אשר התנגדו לחקיקה הנדונה והצביעו נגדה.

#### **ניתוח הוראות החוק ותכליתו:**

33. סעיף 1 לחוק הינו סעיף ההגדרות. סעיף זה מורה כדלקמן :

**" תושב אזור': לרבות מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום  
במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי  
באזור."**

ראו נספח ע/1א לעיל.

34. סעיף זה מתייחס באופן ישיר ומפורש לשייכות האתנית. הוא קובע מפורשות, כי החוק אינו חל על היהודים המתגוררים בהתנחלויות שבשטחים הכבושים. כלומר, הוא חל אך ורק על הפלסטינים באשר הם, לרבות ערבים שאינם תושבי הרשות הפלסטינית אך בפועל הם מתגוררים שם ולו לתקופה זמנית, אף אם הם אזרחים ואף אם מדובר בילד שנולד שם אך

הוריו הם אזרחי ישראל; ובתנאי שאינם מתנחלים.

35. סעיף 2 לחוק קובע:

**"בתקופת תוקפו של חוק זה, על אף האמור בכל דין לרבות סעיף 7 לחוק האזרחות, שר הפנים לא יעניק לתושב אזור אזרחות לפי חוק האזרחות ולא ייתן לו רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, ומפקד האזור לא ייתן לתושב כאמור היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון באזור".**

ראו נספח ע/א1 לעיל.

36. סעיף זה הוא לב לבו של החוק. הוא שקובע, כי ההליך המדורג להתאזרחות של בן/בת הזוג של אזרח או תושב ישראל אינו חל עם בן או בת הזוג הינם תושבי הגדה המערבית או רצועת עזה. סעיף זה מבטל את כל סעיפי החקיקה הקודמים אשר מעניקים שיקול דעת לשר הפנים בהענקת רישיונות לישיבה בישראל. סעיף זה גם מבטל את כל הפסיקה העליונה שהתייחסה להליך המדורג של ההתאזרחות. חשוב לציין, כי סעיף זה שולל את הזכויות של אזרחי מדינת ישראל שהיו על פי דין או על פי חקיקה מפורשת. וזאת משום שרק על אזרחי מדינת ישראל חלות ההוראות הרלבנטיות של סעיף 7 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 על ידי הגשת בקשות למתן מעמד בישראל לבני זוגם שאינם תושבי ו/או אזרחי ישראל. אי לכך, עניינו של סעיף זה הוא באזרחי המדינה.

37. זאת ועוד, סעיף זה קובע מפורשות, כי ההגבלה הגורפת חלה אך ורק על האזרחי/ית ישראל שבן/בת זוגו הינה פלסטינית. ההגבלה, אפוא, היא על האזרחים הישראליים הנוקטים להליך איחוד משפחות עם בן/בת זוגם המתגוררת באזור. אזרחים אלה הם האזרחים הערבים. מכאן האפקט התוצאתי המפלה של החקיקה discriminatory effect. ההפליה בהקשר זה הינה הפליה על רקע לאום.

38. בנוסף לכך, וכאמור, ילדים להורים שהם אזרחים ערבים אשר מתגוררים בגדה המערבית או ברצועת עזה, עלולים לאבד את זכאותם אזרחותם אם הם מתגוררים באזור ולו לתקופה זמנית. שכן, סעיף ההגדרות מתייחס לתושבי האזור לרבות הלא רשומים ומלבד המתנחלים. כידוע, וברוב המוחלט של המקרים, אזרחים ערבים הם אלה שנוקטים להתגורר שם לתקופות זמניות לצורכי לימוד, עבודה, משפחה וכו'.

39. סעיף 2 לחוק מבטל גם את תחולת הנוהל הכללי, בדבר התאזרחות של בני/ות זוג של אזרחים ישראלים בתהליך מדורג, כך שהוא לא יחול על בני/ות זוג שהינם תושבי הגדה המערבית או רצועת עזה.

40. עד להחלטת הממשלה מס' 1813 מיום 12 במאי 2002 (להלן: החלטת הממשלה), נהג בישראל בשנים האחרונות נוהל שנועד להסדיר את נושא התאזרחותם של כלל בני/ות הזוג של אזרחי

ישראל. החוק מכשיר את החלטת הממשלה על ידי תחולה רטרואקטיבית, כפי שיוסבר בהמשך. הנוהל שנועד להסדיר את התאזרחותם של בני זוג של אזרחים ישראלים בתהליך שסופו בהתאזרחות על פי הוראות סעיף 7 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (להלן: הנוהל המדורג), נקבע בעקבות פסק הדין בפרשת סטמקה, ופורט בתשובת המדינה מיום 7.9.99 בפרשת עיסא. על פי נוהל זה, בן/ת זוג של אזרח ישראלי זכאי להתאזרח בישראל בתהליך מדורג בן שלושה שלבים:

"א. אזרח ישראל שנישא לזר יגיש בקשה לאיחוד משפחות ולהתאזרחות בישראל עבור בן זוגו בלשכת מינהל האוכלוסין במקום מגוריו.

ב. עם הגשת הבקשה, ובהנחה שהבקשה אינה מעוררת חשד לפיקטיביות על פני הדברים, ובהעדר מניעה בטחונית או פלילית, יזכה בן הזוג המוזמן להיתר ישיבה ועבודה בישראל למשך ששה חודשים.

ג. ככלל, בתוך תקופה של ששה חודשים תתקבל החלטה בדבר הבקשה וכניסת בן הזוג להסדר המדורג לקבלת אזרחות ישראלית.

ד. החלטה תתקבל בשים לב לכנות קשר הנישואין בין בני הזוג והמשך קיומו, להיות מרכז החיים בישראל וכן להעדר מניעה בטחונית או פלילית לאישור הבקשה.

ה. עם אישור הבקשה, יזכה בן הזוג המוזמן לרשיון לישיבת ארעי בישראל מסוג א/5. רשיון זה ינתן לתקופה כוללת של ארבע שנים, כאשר הוא יוארך מדי שנה, בשים לב לנסיבות המתוארות בסעיף ד'.

בתום ארבע שנים ממועד אישור הבקשה על פי סעיף ג' לעיל, תוענק לבן הזוג אזרחות ישראלית על פי סעיף 7 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952, וזאת בתנאי שישב בישראל בפועל במשך שלוש שנים מתוך תקופת ההסדר המדורג כמתואר לעיל, ומתוך זה לפחות שנתיים ברציפות לפני יום קבלת האזרחות, ובכפוף לתנאים שבסעיף ד' לעיל.

מנהל מינהל האוכלוסין, רשאי יהיה בנסיבות מיוחדות בהתחשב בטעמים מיוחדים שיובאו בפניו, לקצר כל תקופה שנקבעה על פי נוהל זה".

ראו נספח ע/2 לעיל.

41. לפי סעיף 2 לחוק הנדון, העותרת מס' 3 לא תזכה לרישיון לישיבה כלשהו בישראל; והעותר מס' 5 לא יזכה לשדרוג כלשהו, ומעמדו ישאר פגיע ולא יציב.

42. סעיף 3(1) לחוק קובע:

"רשאי שר הפנים או מפקד האזור, לפי הענין, לתת לתושב אזור רישיון לישיבה בישראל או היתר לשהייה בישראל, למטרת עבודה או לשם טיפול רפואי, לתקופה קצובה, וכן למטרה זמנית אחרת – לתקופה שלא תעלה על ששה חודשים, וכן רישיון לישיבה בישראל או היתר לשהייה בישראל לשם מניעת הפרדת ילד עד גיל 12 מהורהו, השוהה בישראל כדין".

ראו נספח ע/1 לעיל.

43. שלושה מרכיבים חשובים עולים מסעיף זה: (1) הנכונות להעניק, ובהתאם לשיקול הדעת, אשרות לישיבה בישראל לצורכי עבודה, טיפול רפואי, וזאת לתקופה קצובה; (2) אשרה למטרה זמנית אחרת; אולם מטרה זו שאינה נופלת באחת המקרים שסעיף 2 לחוק זה מתייחס אליהם, היינו סעיף 2 מוציא מכלל האפשרות קיומה של מטרה לצורכי איחוד משפחות ו/או התאזרחות. במילים אחרות, המטרה היחידה הידועה מראש היא זו שנשללה בסעיף 2 המתייחס לאיחוד משפחות והתאזרחות. (3) הסיפא קובעת חריג לסעיף 2 שבו "היתר לשהייה בישראל לשם מניעת הפרדת ילד עד גיל מהורה השהיה בישראל כדין." אולם חריג זה הינו בבחינת פיקציה, כי הוא מתנה את תחולתו בכך שהורה "שהיה בישראל כדין". לכן אין בו להועיל לילד מתחת לגיל 12 שאין להורהו אשרת ישיבה ובכך ניתן להפרידו מהורהו. היינו, על ההורה לזכות תחילה באשרת שהייה או ישיבה בישראל ולאחר מכן לבקש את אשרתו! והרי אם בידו אשרה אין כלל צורך באשרה נוספת! לעומת זאת אם להורה לילד מתחת לגיל 12 אין אשרת שהייה הרי שאין החריג יכול להועיל לו שהרי תחולתו מותנית בהיות ההורה שוהה כדין בישראל. אם כך במה הועיל המחוקק בקובעו חריג ריק מתוכו?!

44. סעיף זה מצביע על פגם חוקתי היורד לשורשו של עניין constitutional defect שכן החוק בתוך סעיפיו לא מקיים לוגיקה כלשהי, הוא נעדר הגיון פנימי, דבר המצביע על התכלית הלא ראויה של דבר החקיקה. הסעיפים כשלעצמם, יוצרים מכניזם של הפליה פנימית חסרת הגיון בתוך החקיקה עצמה. הרי לפי סעיף זה המחוקק מוכן להעדיף את כניסתו של עובד פלסטיני לישראל אך לא יהיה מוכן לאשר כניסת הורה לישראל למען קיום חיי משפחה. המחוקק מוכן שהפלסטיני יעבוד בתל-אביב ואף להתגורר שם לתקופה מסוימת, אך אם הוא יתאהב באזרחית ישראל ויחליט להתחנך אתה ויתגורר עמה בסכנין או בנצרת, הוא יאבד את אשרתו.

45. ודוק, אין העותרים מלינים על העובדה של מתן אשרות לצורכי עבודה או טיפול רפואי, אולם הם טוענים, כי סעיף זה יחד עם סעיף 2 לחוק, מגלים בבירור, כי המדובר בבעיה חוקתית הנעוצה בסעיף 2 ובתכליתו. המחוקק בתוך סעיפי חקיקתו העדיף את הזכות לעבוד, שהיא ראויה בפני עצמה, על פני זכות חוקתית נעלה יותר.

46. כאן מתגלה התכלית הלא ראויה של החוק. הלכה פסוקה היא שתכליתו של החוק אמורה להילמד מלשון החקיקה עצמה. במקרה דנן, אם תכלית החקיקה היא לשרת מטרה ביטחונית, הרי סעיפי החקיקה עצמם מצביעים, כי לא כך היא התכלית משום שהיא מוכנה לאפשר לקבוצות מסוימות להיכנס לישראל אך מונעת זאת רק מאלה שמבקשים אשרות לצרכים משפחתיים בלבד שהם משתפי פעולה (נסביר זאת להלן). אם נכונה ההנחה שכל מי שמתגורר באזור הינו בבחינת מסוכן ישיר ובאופן ממשי ביותר לביטחון המדינה, מדוע המחוקק מוכן לאפשר לקבוצות אחרות המתגוררות שם להיכנס לישראל! המסקנה הרציונלית היחידה היא, אפוא, שתכלית החקיקה היא למנוע נישואין של אזרחי מדינת

ישראל עם בניו זוג המתגוררים בשטחי הרשות הפלסטינית. מסקנה זו גם מתיישבת עם הוראות הסעיף הבא.

47. סעיף 3(2) לחוק קובע, כי:

**"רשאי שר הפנים להעניק אזרחות או לתת רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור, אם שוכנע כי הוא מזדהה עם מדינת ישראל ויעדיה וכי הוא או בן משפחתו פעלו פעולה של ממש לקידום הביטחון, הכלכלה או עניין חשוב אחר של המדינה, או שהענקת האזרחות או מתן הרישיון לישיבה בישראל הם מעניינה המיוחד של המדינה; בפסקה זו, "בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד".**

ראו נספח ע/א לעיל.

48. זהו החריג היחיד בחוק המאפשר מתן אזרחות, תושבות קבע או תושבות ארעית לתושבי הגדה המערבית ורצועת עזה והוא נועד לחול על משפחות של משתפי פעולה עם רשויות הביטחון. סעיף זה מצביע שוב על הפגמים החוקתיים בתוך סעיפי החקיקה האמורים להעיד על התכלית הלא ראויה של החקיקה עצמה. הרי חקיקה העוסקת ומסדירה את סוגיית האזרחות וההתאזרחות אמורה להישען על שיקולים ענייניים ואובייקטיביים ללא הבחנה שאינה לעניין. סעיף זה, לעומת זאת, הינו מפלה באופן בוטה בין האזרחים בתוך מדינת ישראל על רקע פסול, לא ענייני ובלתי סביר באופן הקיצוני ביותר. אזרח/ית המבקשת אשרה לבן/בת זוגה המתגורר/ת באזור לא יזכה בכך אם בן/בת הזוג אינו/ה משתפת פעולה או קרובה בדרגה ראשונה למשת"פ. אמנם משרד הפנים רשאי להעניק אשרות למשת"פים, ובכך אין פסול חוקתי, אולם הוא לא יכול להפוך את המרכיב הזה למבחן יחיד ועיקרי לקבלת אשרות ו/או התאזרחות.

49. העותר מס' 3, עו"ד מוראד אל –סאנע לא מצליח לזכות באשרה לבת זוגו, מרצה באוניברסיטה, אקדמאית ואשר מעולם לא עסקה או היתה מעורבת בעניינים הקשורים לביטחון מדינת ישראל, לא לטובה ולא לרעה. אולם אם היתה משתפ"ית, ואין נפקות למניע – באם מתוך אילוצים כלכליים ו/או לחצים כבדים מצד רשויות הביטחון ו/או מתוך אהבת ציון, הוא היה זוכה באשרה.

50. כך לגבי העותרת מס' 4, רנית טבילה אשר לא מצליחה להשיג אשרה לישיבת קבע ו/או שדרוג לבן זוגה אשר קיבל בעבר אשרות עבודה, מתגורר בישראל ואב לשתי ילדות אזרחיות ישראל. אולם, אם בן זוגה הפלסטיני או היא יהיו מוכנים לשתף פעולה עם השב"כ הם יזכו בחיים נעימים ללא סיוטים או סבל מיותר. היינו, הסעיף הזה כשהוא נקבע כקריטריון וכחריג יחיד יוצר הפליה חסרת כל צידוק ענייני מחד, ומעמיד את בני הזוג בפני אלטרנטיבה מוזרה לחלוטין מאידך.

51. העותרים יטענו, על כן, כי סעיף זה מעיד על התכלית הלא ראויה של חקיקה זו. הרי גם אם

התכלית היא לשרת מטרה ביטחונית שלפיה יש למנוע מתושבי "האזור" לעשות שימוש בקרוביהם המתגוררים בישראל בכדי לבצע פעולות נגד ביטחון המדינה, מדוע הנחה גורפת זו חלה על העותרים מס' 3 ו-5, ומהי מידת ההוכחה לכך? ומדוע הם מסוכנים יותר לביטחון המדינה מבנו של מי שידוע כמי ששיתף פעולה עם השב"כ והוא מגונה על ידי בני כפרו שבגדה המערבית. האין זה יתכן כי הבן ירצה להוכיח לבני כפרו שהוא שונה מאביו ולצורך כך יפעל כנגד המדינה? ברור שאין יסוד להנחה גורפת כזאת ואולם הבעיה היא בהנחות הגורפות של המשיבים, המונחות ביסוד החוק, לפיהן כל תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה באשר הם, מהווים סכנה ממשית לביטחון המדינה. הנחה לא מבוססת, חסרת הגיון, גורפת, ואף לא מוסרית.

52. סעיף 4 לחוק קובע, כי:

**"על אף הוראות חוק זה –**  
**(1) רשאי שר הפנים או מפקד האזור, לפי הענין, להאריך את תוקפו של רישיון לישיבה בישראל או של היתר לשהייה בישראל, שהיו בידי תושב אזור ערב תחילתו של חוק זה;**  
**(2) רשאי מפקד האזור לתת היתר לשהייה זמנית בישראל לתושב אזור שהגיש בקשה להתאזרחות לפי חוק האזרחות או בקשה לרישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, לפני יום א' בסיון התשס"ב (12 במאי 2002) ואשר ביום תחילתו של חוק זה טרם ניתנה החלטה בעניינו, ובלבד שלא תוענק לתושב כאמור, לפי הוראות פסקה זו, אזרחות לפי חוק האזרחות ולא יינתן לו רישיון לישיבת ארעי או לישיבת קבע לפי חוק הכניסה לישראל".**  
ראו נספח ע/א1 לעיל.

53. סעיף זה כמו סעיפים אחרים של חוק זה מצליח להצביע על חוסר העקביות, הרציונליות וההגיון הפנימי של החקיקה אשר כולם מובילים למסקנה אחת שהתכלית של החקיקה אינה ראויה. בעוד המחוקק מאפשר בסעיף 4 לחוק לתת ו/או להאריך תוקף של היתר לשהייה זמנית לתושב הגדה המערבית או רצועת עזה שהגיש בקשה לפני יום 12 במאי 2002 אין הוא מאפשר זאת למי שהגיש את בקשתו לאחר מועד זה, כמו העותרים מס' 2 ו-3 ואין הוא מאפשר מתן מעמד של תושב או אזרח. הישנה אבחנה עניינית הנובעת ממועד הגשת הבקשה, קרי כי הסכנה הביטחונית קמה רק בבקשות של מי שלא הגיש את בקשתו לפני יום 12 במאי 2002!?

54. לא זו אף זו, מדוע מונע המחוקק את שדרוג המעמד של מי ששוהה בישראל כדין מכח היתר שהייה למעמד של תושבות ארעית? והרי אותו אדם שוהה בישראל וסעיף (1)4 מאפשר את הארכת תוקף ההיתר, אם כן מה האבחנה מבחינה בטחונית בין שהייתו מכח היתר לבין שהייתו מכח רישיון תושבות ארעית? התשובה לכך ברורה, אין אבחנה בטחונית בין שהייה בהיתר שהייה זמני לשהייה ברשיון תושבות ארעית. אך מבחינת זכויות היסוד יש בכך הבדל משמעותי ביותר. גם בכך מוכחת התכלית הבלתי ראויה של החוק.



55. כמו כן, הסעיף הזה הינו בלתי חוקתי משום שהוא פוגע בחירות האישית של הפרט. שכן הוא יוצר תחולה רטרואקטיבית וללא שימוע על בקשות שהוגשו בטרם כניסתו לתוקף וכאשר המבקשים סמכו כי מעשיהם הינם חוקיים, וכי הם בני חורין לסמוך על העובדה כי החוק לא מונע זאת, ועל כן מדובר בהפרה לכללי ההליך ההגון במובן של due process. כפי שיוסבר בחלק המשפטי, הפגיעה בכללי ההגיונות מהווה פגיעה בזכות חוקתית משום שהיא נגזרת מהחירות האישית. חירות זו כוללת בתוכה שזכויות מוקנות של האזרח לא יפגעו ללא הבטחת קיומו של הליך הגון.

56. ויודגש, כי סיבות רבות, שמרביתן אינן תלויות בפרט, יכולות להיות לכך שביום 12 במאי 2002 לא היתה תלויה בקשה למתן מעמד בישראל. כך יכול שמינהל האוכלוסין סירב לאפשר את הגשת הבקשה בשל סיבות בלתי סבירות, כגון התנייתה בצירוף מסמכים שלא היה באפשרות המבקשים להשיג. יכול שהבקשה הוגשה אך סורבה בשל מידע מוטעה שקיבל מינהל האוכלוסין. כמו כן, בחודשים שקדמו ל- 12 במאי 2002 מנעו עובדי מינהל האוכלוסין הגשת בקשות וזאת על פי הנחיית שר הפנים דאז, מר אלי ישי. בנוסף, יכול שבשל העומס בלשכות מינהל האוכלוסין לא הצליחו בני המשפחה להגיש את בקשתם. יפים לענין זה הדברים שנאמרו בישיבת ועדת הפנים שהתקיימה ביום 16 ביולי 2003, בה נדון המצב בלשכת מינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית. כך לדוגמא, אמר ח"כ ואסל טאהא, כי:

"אני יודע שיש אנשים שרצו לרשום את הילדים שלהם שנוולדו. זה לקח להם חודשים עד שרשמו. יש מקרה של אם שעומדת בתור ולא מצליחה להיכנס. היא חוזרת הביתה. 50 יום היא מנסה לרשום את הבן שלה והיא לא מצליחה".

פרוטוקול ועדת הפנים של הכנסת מיום 16 ביולי 2003, עמ' 5, רצ"ב העתק כנספח ע/11.

57. גם הגב' ענת הופמן, לשעבר חברת מועצת העיר ירושלים ומנהלת המרכז לפלורליזם יהודי, תיארה את הקושי העצום הכרוך בקבלת שירות מלשכת מינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית:

"במשך 14 שנה כיהנתי כחברת מועצת עיר ומהשנה הראשונה, בכל יום ירושלים עשיתי לי מנהג ללכת לתור במזרח ירושלים, והייתי שומעת את הרטוריקה של חברי הכנסת וראשי הממשלה וראש העירייה כשאני עומדת שם בתור. התור הזה, כמו שאמר איתן, הוא דבר בלתי נסבל לחלוטין. יש רק כמה דברים שאולי לא ראית... אם את אשה, את לא יכולה לישון שם על קרטונים במשך כל הלילה. נשים לא יכולות להיות שם כל הלילה ולכן התור של הנשים הוא פי כמה יותר קשה מהתור של הגברים".

ראו עמ' 9 לנספח ע/11 לעיל.

58. סעיף 5 לחוק קובע, כי:

**”חוק זה יעמוד בתוקפו עד תום שנה מיום פרסומו, ואולם רשאית הממשלה, באישור הכנסת, להאריך בצו את תוקפו, מעת לעת, לתקופה שלא תעלה בכל פעם על שנה אחת.”**

ראו נספח ע/1א לעיל.

59. הבעייתיות של סעיף זה תוסבר בפרוטרוט בחלק המשפטי של עתירה זו.

60. לסיכום, סעיפי חוק זה הינם ללא תכלית ראויה. הוראות החוק פוגעות ללא הצדקה עניינית בזכויות חוקתיות, ובניגוד למצוות פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

### **פגמים בהליך החקיקה והעדר תשתית עובדתית:**

61. החוק נחקק בלא שהיה בפני המחוקק תשתית עובדתית ומידע מהימן אודות הצורך בחוק ואודות השלכותיו. כמו כן, יוזמי החקיקה לא הצליחו להביא נתונים כלשהם המחזקים את טענתם בצורך חקיקת החוק. מחד טענו יוזמי החוק לקיומו של צורך בטחוני בחקיקתו לנוכח מעורבות גוברת והולכת של תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה שקיבלו מעמד בישראל מכח איחוד משפחות ב”גלגול פיגועים”, מאידך כשנדרשו למסור נתונים מדויקים התברר שהמדובר בעשרים חשודים במעורבות ישירה או עקיפה, ובכלל זה סחר נשק, וזאת מתוך אוכלוסייה של אלפים רבים של תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה שקיבלו מעמד בישראל מכח איחוד משפחות. בכתב התשובה מיום 13/4/03 שהוגש מטעם המשיבים בבג”ץ 4608/02 שהתייחס לחוקיות החלטת הממשלה מיום 12/5/02, הם פירטו אך ורק 6 דוגמאות שבהן היו מעורבים באופן ישיר ועקיף מקבלי מעמד בישראל בביצוע פיגועים ובסיוע להם. לפיכך, גם אם נתונים אלה מהימנים הם הרי מדובר על חלקיקי פרומיל מכלל מקבלי המעמד, ובוודאי אין ללמוד מכך על מסוכנותם של מקבלי המעמד ועד כמה וכמה על כל תושבי “האזור”.

עמ' 20 לפרוטוקול ישיבת ועדת הפנים מיום 14 ביולי 2003, רצ”ב כנספח ע/12.

כתב התשובה בבג”ץ 4608/02, רצ”ב כנספח ע/13.

62. יצויין, כי למרות בקשות מפורשות של חברי ועדת הפנים לעכב את הליך אישור העברת החוק לקריאה שניה ושלישית בכנסת, לא קיבלו חברי הועדה נתונים אותם ביקשו באשר לחוק המוצע. כך, בישיבת ועדת הפנים שהתקיימה ביום 14 ביולי 2003 נשאל עו”ד מני מזוז, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה ונציג משרד המשפטים אודות מספר הבגירים מבין מקבלי המעמד בישראל מכח איחוד משפחות ותשובתו היתה למצער “מה זה חשוב”.

ראו עמ' 16 לנספח ע/12 לעיל.

63. אף הנתונים שניתנו לא היו נתונים אמינים היכולים להוות תשתית עובדתית נאותה. כך בישיבת ועדת הפנים שהתקיימה ביום 14 ביולי 2003 טען עו"ד מזוז, כי בין השנים 1994 ו-2002 השתקעו בישראל כ- 130,000 עד 140,000 פלסטינים בישראל בעקבות הליך אחוד משפחות. לעומת זאת, מר הרצל גדז', מנהל מינהל האוכלוסין, טען כי בין השנים 1993 ו-2002 הוגשו 22,400 למתן מעמד לתושבי הגדה המערבית ורצועת עזה, מתוכן אושרו 16,007 בקשות.

ראו עמ' 4 ו-15 לנספח ע/12 לעיל.

64. מר גדז' אף הודה במהלך הדיון בוועדת הפנים, כי אין לו פילוח מדויק של הנתונים על הילדים מבין מבקשי המעמד ואף לא על חלוקה מגדרית של מבקשי המעמד והתבקש, על ידי מ"מ יו"ר הועדה, להביא את הנתונים לוועדה. הנתונים לא נמסרו לחברי הועדה קודם לאישורה את העלאת החוק לקריאה שניה ושלישית.

ראו עמ' 17 לנספח ע/12 לעיל.

65. למר גדז' לא היו נתונים אף באשר למספר הבקשות למתן מעמד שהוגשו ע"י אזרחים ותושבי קבע בישראל הנשואים לאזרחי ירדן והוא התבקש על ידי מ"מ יו"ר הועדה להמציאו לוועדה. נתונים אלו לא נמסרו לחברי הועדה קודם לאישורה את העלאת החוק לקריאה שניה ושלישית.

ראו עמ' 19 לנספח ע/12 לעיל.

66. גם באשר לחלוקה שנתית של מספר הבקשות שאושרו לא היו למר גדז' נתונים והם לא הוצאו לחברי הועדה קודם לאישורה את העלאת החוק לקריאה שניה ושלישית.

ראו עמ' 19 לנספח ע/12 לעיל.

67. עו"ד דני גואטה, יועץ משפטי של השב"כ, נשאל אודות מספר המקרים בה היו מעורבים בפיגועים אזרחים ירדנים הנשואים לאזרחים או תושבי ישראל ולא השיב על השאלה. עו"ד מזוז התבקש ע"י יו"ר הועדה להציג נתונים בדבר האופן בו התמודדו מדינות אירופה וארצות הברית במצב של קונפליקט מזויין ואולם הוא לא הציג נתונים כאמור בפני הועדה.

ראו עמ' 20 ו-22 לנספח ע/12 לעיל.

68. הנה כי כן, הנתונים שהוצגו, אם בכלל, אין בהם בכדי להצדיק את החקיקה הנדונה. אף אם תתקבל הטענה כי מדובר ב- 20 פרטים (או 6), הרי שמקרים אלה, על אף חומרתם שאין להקל בה ראש, אין בהם כדי לבסס חשד כלשהו כלפי אוכלוסייה שלמה בשל שייכותה

האתנית. ובוודאי אין בה בכדי להקים חזקת מסוכנות חלוטה שאין אפשרות כלשהי להפריכה. יפים כאן דבריו של כב' השופט חשין בפרשת סטמקה:

"... אם, למשל, שיעור הנישואין הפיקטיביים אינו אלא שיעור קטן (יחסית) מכלל הנישואין בקטיגוריה זו, האמנם מוצדק לטלטל מאות זוגות תמים בשל אותם מעטים החוטאים? הראוי להרע לרבים בשל המעטים? ואפשר רואים המשיבים צל הרים כאנשים? ... הלכה כתובה ומסורה היא, שעד אשר מחליטה רשות החלטה האוצלת על זכויות הפרט - החלטה אינדיבידואלית או החלטת-מדיניות כללית - שומה עליה לאסוף את הנתונים שלעניין, לבור את הבר מן התבן, לנתח את הנתונים, לשקול אותם, לעמוד על משמעות ההחלטה המוצעת ועל תוצאותיה המשוערות, ורק אז לעשות מעשה... נניח שהמדובר בנישואין פיקטיביים בשיעור של אחד לעשרה. הניתן למצוא קשר רציונאלי בין האמצעי לבין המטרה? האם קשר רציונאלי ראוי הוא שהתשעה יסבלו בעבור האחד? קשה להשתחרר מרושם כי יד-המקרה היא שתכריע אם המדיניות תביא לעקירתם של נישואי-פיקציה או לפגיעה בנישואי-אמת. הנזק - הפגיעה בנישואי-אמת - היא אמיתית ומוכחת; התועלת - הפגיעה בנישואי-פיקציה - הינה ספקולטיבית ובלתי-מוכחת. יתר-על-כן: בהיעדר סטטיסטיקה, קשה להתעלם מאפשרות ריאלית כי הרבים - אלה הנישואים בנישואי-אמת - יסבלו בעבור המעטים - אלה הנישואים בנישואי-פיקציה".

בג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נג (2) 728, 777-786.

69. בנוסף לכך, התעוררה בעיה נוספת בהליך חקיקת החוק שהרי הוא נמנע מלקיים את החובות המוטלות עליו על פי חקיקה. החוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002 קובע כדלקמן:

"2. מטרת חוק זה לחייב את חברי הכנסת ואת הממשלה לבחון, במהלך הכנת הצעת חוק לקריאה ראשונה, את השפעתה של הצעת החוק על זכויותיהם של ילדים, ברוח עקרונות האמנה.  
3. בדברי הסבר של הצעת חוק לקריאה ראשונה, שעל פניה נראה שכרוכה בה, במישרין או בעקיפין, השפעה על זכויותיהם של ילדים, יצוינו אלה, לפי העניין:  
1. קיומה של פגיעה או קיומו של שיפור הנוגעים לזכויותיהם של ילדים והקפם, לרבות לעניין תנאי חייהם והשירותים המוקנים להם;

2. הנתונים והמידע ששימשו לקביעת האמור בפסקה 1, אם ישנם".

70. חברי ועדת הפנים פנו אל יו"ר הועדה וביקשו לקיים דיון בהשלכות החוק על זכויות ילדים ואולם יו"ר הועדה סירב לעכב את ההצבעה עד למתן התשובות ע"י נציגי משרד הפנים ומשרד המשפטים. כך פנה ח"כ עזמי בשארה אל יו"ר הועדה במכתב ביום 21 ביולי 2003 בו התריע בין היתר על כך שהממשלה לא מסרה נתונים אודות השלכות החוק על זכויות ילדים ועל הצורך בבחינת נושא זה כחלק מהליך החקיקה. יו"ר הועדה לא השיב על המכתב.

רצ"ב העתק המכתב, כנספח ע/14.

71. בישיבת ועדת הפנים אשר התקיימה ביום 29 ביולי 2003 פנה ח"כ מיכאל מלכיאור, יו"ר

הועדה לזכויות הילד, אל יו"ר ועדת הפנים וביקש להעביר את הדיון בהצעת החוק לועדה משותפת של ועדת הפנים והועדה לזכויות הילד לצורך דיון בהשלכות החוק על זכויות ילדים. יו"ר ועדת הפנים סירב להיענות לבקשה זו.

72. באותה הישיבה הציגו חברי ועדת הפנים בפני נציגי משרד הפנים ומשרד המשפטים שאלות אודות השלכות החוק המוצע על זכויות ילדים ובכלל זה התבקשו נציגי משרד הפנים ומשרד המשפטים לספק לחברי הועדה נתונים אודות מספר הילדים שיפגעו כתוצאה מהחוק, גילאיהם, ההשלכות הנפשיות, הרפואיות והחברתיות של הפרדת ילדים בגיל רך מהורה ועוד. נציגי המשרדים הודיעו שאין ברשותם הנתונים והם התבקשו להמציא את הנתונים בדחיפות לועדה.

73. בישיבת ועדת הפנים שהתקיימה ביום 30 ביולי 2003, לאחר שהתברר כי יו"ר הועדה מתכוון לקיים הצבעה לאישור העלאת הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית על אף שלא התקבלו הנתונים שהתבקשו מנציגי משרדי הממשלה, ביקשו מספר חברי הועדה לעכב את ההצבעה ואולם יו"ר הועדה סירב אף לבקשה זו.

74. באותה הישיבה הקצה יו"ר הועדה 2-3 דקות לכל חבר כנסת להצגת הסתייגויותיו וזאת על אף ההסתייגויות הרבות והמהותיות שהוגשו לועדה. לאחר שיו"ר הועדה סירב לשנות את החלטתו הודיעו מגישי ההסתייגויות, כי הדבר אינו מאפשר להם להציג את הסתייגויותיהם באופן רציני ועזבו את הישיבה. ההצבעה התקיימה בהשתתפות חברי הקואליציה בלבד מבלי שנשמעו מגישי ההסתייגויות. בשעות הערב של אותו היום קיימה הועדה הצבעה חוזרת ואולם גם הפעם לא ניתנה אפשרות למגישי ההסתייגויות להשמיע את נימוקיהם ולנסות ולשכנע בהם את שאר חברי הועדה.

75. עוד יצויין, כי נציגי השב"כ בדרגים שונים התערבו בהליך החקיקה של החוק וזאת על אף שהמדובר בחקיקה אזרחית, ואף הופיעו בפני ועדת הפנים בדלתיים סגורות.

76. הנה כי כן, בפני בית המחוקקים לא היו נתונים המצדיקים והמשכנעים בדבר הצורך בחקיקה זו, דבר המעיד על תכליתה הפסולה של החקיקה ועל הפגמים המהותיים בקבלתה. כמו כן, המחוקק לא קיים את האמור בחוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002.

## **הפניות של ארגוני זכויות האדם אל המחוקק**

77. ארגוני זכויות האדם המובילים בעולם, Amnesty International וכן Human Rights Watch

פנו אף הם אל המשיבים והתריעו על כך שהחוק מפר זכויות אדם ואת הוראות המשפט הבינלאומי. ארגוני זכויות אדם אלו, וכן הפדרציה הבינלאומית של ארגוני זכויות האדם (F.I.D.H) פרסמו גילויי דעת כנגד החוק. פניה נוספת אל המשיבים היתה מטעם אנשי אקדמיה אשר התריעו על חוסר החוקתיות הקיצוני של החוק. בנוסף הופנו פניות דומות רבות נוספות אל המשיבים מטעם ארגוני זכויות אדם בישראל כגון האגודה לזכויות האזרח בישראל והעותרת מס' 1 אשר פנתה אל חברי הכנסת אף קודם להצבעה בקריאה שניה ושלישית, במכתב בו התריעה על חוסר החוקתיות הבולט שבחוק וקראה להם להתנגד לחוק המוצע.

רצ"ב הפניות וגילויי הדעת כנספחים ע/20-15.

78. ביום 23 במאי 2003 פרסמה ועדת האו"ם לזכויות כלכליות וחברתיות את הערותיה על הדו"ח שהוגש ע"י מדינת ישראל. בפסקה 18 נאמר:

The Committee is also concerned about the practice of restrictive family reunification with regards to Palestinians, which has been adopted for reasons of national security. In this regard, the Committee reiterates its concern contained in paragraph 13 of its 1998 concluding observations, and paragraph 14 of its 2001 concluding observations.

רצ"ב העתק מסמך האו"ם כנספח ע/21.

### הטיעון המשפטי

79. העותרים יטענו, כי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג – 2003 (להלן: חוק האזרחות והכניסה לישראל או החוק) דינו בטלות, כי הוא פוגע בזכויות חוקתיות: הזכות לשוויון, הזכות לפרטיות, והזכות לחירות אישית - הכל בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כמו כן, חוק האזרחות והכניסה לישראל לוקה בפגמים היורדים לשורשו של עניין, המחייבים אף הם, בנפרד ובמצטבר, את בטלותו של החוק. פגמים אלה הם: אי התחשבות בהשלכות החוק על זכויות ילדים בניגוד לחוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד תשס"ב – 2002, החלה רטרואקטיבית של החוק, והתרת הארכת הפגיעה בזכויות יסוד על ידי הרשות המבצעת ולא בהסדר ראשוני כדין של הכנסת.

### הפרת הזכות לשוויון כזכות חוקתית:

80. חוק האזרחות והכניסה לישראל מפר את הזכות לשוויון כזכות חוקתית. החוק מונע התאזרחותו של בן זוג של אזרח ישראלי, אם בן הזוג מתגורר בשטחים המוגדרים כ-

"האזור", כאשר הגדרת תושב אותו אזור מוחלת על התושבים הפלסטינים בלבד, ומוציאה מתחולתה "תושב יישוב ישראלי" באותו מרחב גיאוגרפי. יוצא, כי מדובר בשלילת אפשרות ההתאזרחות על בסיס אתני, ולא על בסיס אחר. רק מי שכן זוגו הינו תושב "האזור" ואינו תושב יישוב ישראלי, נמנעת מבן זוגו אפשרות ההתאזרחות על בסיס סעיף 7 לחוק האזרחות, התשי"ב - 1952. אזרח ישראלי אשר בן/בת זוגו אינו אזרח ישראלי, אך מתגורר ביישוב ישראלי באזור, עדיין יכול בן הזוג שאינו אזרח להתאזרח על פי סעיף 7 לחוק האזרחות. הואיל והרוב המכריע של אלו אשר נישאים לתושבי "האזור" שאינם מתגוררים ביישוב ישראלי שם הינם אזרחים ערבים, יוצא כי הפגיעה האינהרנטית שבחוק האזרחות והכניסה לישראל היא באזרחים הערבים.

81. העותרים יטענו עוד, כי האפליה נגד האזרחים הערבים שבחוק האזרחות והכניסה לישראל עולה מלשונו הברורה ושאינה משתמעת לשתי פנים של החוק. הלכה פסוקה היא, כי האפליה נבחנת לפי התוצאה שלה, ובמקרה דנן, ובהתאם למבחן זה, הרי ברור, כי המדובר בהפליה על רקע לאום. לעניין המבחן התוצאתי קבע השופט חשין בעניין שדולת הנשים, כי:

"נזכור עוד זאת, כי עקרון השוויון צופה פני התוצאה: תהא כוונתו של אדם טהורה וזכה ככל-שתהא, אם התוצאה המתקבלת ממעשהו תוצאת-הפליה היא, ייפסל מעשהו כלא-היה."

ראו :

בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב (3) 630, 654.

בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד (2) 164, 176.

בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב יפן, פ"ד מב (2) 309, 334.

בג"ץ 205/94 עקיבא נוף נ' מדינת ישראל- משרד הביטחון, פ"ד נ (5) 449, 465-464.

82. יודגש, כי איסור האפליה, לרבות איסור האפליה בהקשר של התאזרחות בני זוג, מופיע באמנות בינלאומיות, ובכללן אמנות אשר ישראל הינה צד להן.

ראו, למשל:

סעיף 3(1) להכרזה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית.

סעיף 3 לאמנה בדבר אזרחות של נשים נשואות משנת 1957, אשר מדינת ישראל הצטרפה אליה ביום 12.3.1957 ואישררה אותה ביום 7.6.1957.

83. בבג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל הדגיש בית המשפט הנכבד את חשיבות עיקרון השוויון, וחובת אי האפליה. תוקפה של הדגשה זו של כבי' השופט זמיר הוא כללי, אך הוא בחר באותו פסק דין לציין את החשיבות המיוחדת של עיקרון השוויון כאשר מדובר באפלייה על רקע לאום, והצורך בהנהגת שוויון בין ערבים ליהודים לאור מערכת היחסים הייחודית בין שתי הקהילות בארץ. כבי' השופט זמיר קבע, כי:

"עקרון השוויון במובן זה הוא נשמת הדמוקרטיה. הדמוקרטיה דורשת לא רק קול אחד לכל אחד בעת הבחירות, אלא גם שוויון לכל אחד בכל עת. המבחן האמיתי לעקרון השוויון נעוץ ביחס כלפי מיעוט: דתי, לאומי או אחר. אם אין שוויון למיעוט, גם אין דמוקרטיה לרוב... כך גם בנוגע לשאלת השוויון כלפי ערבים... אמנם במישור המשפטי אין הבדל עקרוני בין שאלת השוויון כלפי האוכלוסיה הערבית לבין שאלת השוויון כלפי קבוצה אחרת. במישור זה שאלת השוויון היא שאלת השוויון כלפי מיעוט דתי או לאומי, יהיה אשר יהיה. גם זאת היא שאלה אוניברסלית. אף יש לה תשובה אוניברסלית. התשובה היא כי מיעוט דתי או לאומי, ובמיוחד מיעוט כזה, זכאי לשוויון. אולם במישור המעשי במדינת ישראל נודעת משמעות מיוחדת לשאלת השוויון כלפי ערבים. שאלה זאת כרוכה במערכת יחסים מורכבת שהתפתחה בין יהודים לבין ערבים בארץ זאת במשך תקופה ארוכה. אף-על-פי-כן, ואולי דווקא בשל כן, יש צורך בשוויון. השוויון חיוני לחיים משותפים. טובת החברה, ובחשבון אמיתי טובתו של כל אחד בחברה, מחייבות לטפח את עקרון השוויון בין יהודים לבין ערבים. מכל מקום, זוהי מצוותו של המשפט, ולכן זו חובתו של בית-המשפט."

בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד נח (5) 15, 28.

84. הפסיקה העליונה התייחסה לחוקתיותו של עיקרון השוויון בשורה של פסקי דין של בית משפט נכבד זה, אם כי טרם נקבע הלכה פסוקה בעניין.

ראו:

בג"ץ 4394/92 הופרט נ' "יד ושם" רשות הזיכרון לשואה ולגבורה פ"ד מח (3) 353, 362-363.

בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר בע"מ נ' יונתן דנילוביץ, פ"ד מח (5) 749, 760.

בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח (5) 501, 526.

בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח (5) 441, 464.

בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, מט (4) 94, 141.

בבג"ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד נד (2) 164, 186-187.

85. מעמדו החוקתי של עיקרון השוויון מתחייב במשטר חוקתי הבנוי על חברה חופשית



ודמוקרטיה. בחברה ליברלית דמוקרטית עיקרון השוויון זוכה למעמד חוקתי כדבר המובן מאליה. חברה הרוצה לבסס את עצמה על עקרונות יסוד של חופש ושוויון אינה יכולה שלא להכיר בחוקתיותו של עיקרון השוויון. כך הדבר בחברות רבות ושונות בעולם אשר הכירו בחוקתיותו של עיקרון השוויון כחלק מאמנות זכויות האזרח והאדם המצויות בחוקות אותן מדינות. ראו, למשל, את סעיף 9 לחוקת דרום אפריקה, סעיף 5 לחוקת ברזיל, סעיף 15 לחוקת קנדה, התיקון הארבעה עשר לחוקת ארה"ב, סעיף 14 לחוקת הודו, וסעיף 11 לחוקת דרום קוריאנה. העותרים יטענו, אפוא, כי לא ניתן להבין את קיומו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובייחוד את השפעות על שיטת המשפט בכלל, מבלי להכיר בחוקתיותו של עיקרון השוויון. כך, למשל, לא יעלה על הדעת, כי הזכויות המנויות במפורש בחוק היסוד, ייושמו או ינתנו באופן שאינו שוויוני. חוקתיותו של עיקרון השוויון, אם כן, נובעת מהצורך בהרמוניה בין הזכויות השונות המצויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לרבות הרמוניה במימושו ואכיפתו.

86. העותרים יטענו, כי החוק פוגע בזכות לכבוד של האזרחים הערבים הנישאים לבחיר או בחירת ליבם מ"האזור", זאת בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הפגיעה בזכות לכבוד מקורה הן בהפרת הזכות לשוויון של האזרחים הערבים הנישאים לתושב האזור שאינו מתגורר ביישוב ישראלי שם; והן בהפרת הזכות להשתייך לתא משפחתי המהווה חלק בלתי נפרד מכבוד של האדם.

87. העותרים יטענו, כי הפגיעה בשוויון על בסיס קבוצתי מהווה פגיעה הכרחית בזכות לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. פגיעה זו בשוויון אסורה גם היא, ואף ביתר שאת, בהיותה פוגעת בקבוצה "חשודה". הפרה זו של זכות לשוויון כרוכה בהשפלה, וממילא פגיעה בכבודם של האזרחים הערבים ככאלה. בפרשת מילר עמדה כב' השופטת דורנר על משמעות האפליה מכוח ההשתייכות הקבוצתית של המופלה, ועל הפגיעה המשפילה של אותה אפליה בכבודו של המופלה:

"לא כך הדבר בסוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן הפליה."

בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, מט (4) 94, 132.

88. בבג"ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות אחר' חזר הנשיא ברק על עמדתו המפורשת, לפיה עיקרון השוויון הינו עיקרון חוקתי, בהיותו חלק מכבוד האדם, ואשר ניתן לבחון לאורו חוקתיותם של חוקים של הכנסת. הנשיא ברק הדגיש, כי:

"...עמדתי העקרונית הינה, כי השוויון מהווה זכות בעלת מעמד חוקתי (ראו א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית, בעמ')

423). היא נכללת בזכות לכבוד. אכן, עקרון השוויון נגזר מכבוד האדם וקשור עמו קשר בל יינתק (ראו: י' קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כוח", בעמ' 352).

... היטיב להביע זאת ח' ה' כהן בציינו:  
"הכבוד האסור בפגיעה והזכאי להגנה אינו רק שמו הטוב של האדם, כי אם גם מעמדו כשווה בין שווים. הפגיעה בכבודו אינה רק בהוצאת שם רע או בעלבונות וגידופים, אלא גם בהפלייה וקיפוח, במשוא-פנים ובהתייחסות גזענית או משפילה. ההגנה על כבוד האדם אינה רק באיסור לשון הרע, כי אם גם בהבטחת שוויונו בזכויות ובסיכויים, ובמניעת הפלייה כלשהי מחמת מין, דת, גזע, לשון, דעה, השתייכות פוליטית או חברתית, ייחוס משפחתי, מקור אתני, רכוש או השכלה" (ח' ה' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", בעמ' 32).

על-כן, מוכן אני - אילו נדרשתי לכך - לבחון אם חוק רגיל פוגע בעקרון השוויון שלא כדין (כלומר, בלא לקיים את הוראותיה של פיסקת ההגבלה).

בג"ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות אחר', פ"ד נד (2) 164.

89. על הקשר בין כבוד האדם והפליה על רקע קבוצתי עמד כב' השופט חשין בפרשת שדולת הנשים השנייה לאמור:

"הפלייתה של אישה – באשר אישה היא – הנה הפליה גנרית... אם יעדיף לוי את ראובן באשר גבר הוא – או יפסול את לאה באשר אישה היא – תהא זו הפליה גנרית ולא הפליה פרטיקולרית. דוגמה נוספת להפליה גנרית היא הפלייתו של אדם מחמת צבע עורו או מחמת גזעו. הפליה גנרית, כפי שכבר נאמר, הינה הפליה הפועלת אנושות בכבוד האדם. אין לו לאדם שליטה על מינו (נקבה או זכר) על צבע עורו (שחור, צהוב או לבן), על שלמות גופו (נכה או שלם בגופו). האדם עשה בחייו את כל שביכולתו כדי לרכוש חוכמה ודעת, להיות אדם טוב ומיטיב, נוח לבריות וישר-דעת. והנה נדחה הוא מפני אחרים אך בשל אותו מאפיין שאין לו שליטה עליו, מאפיין גנטי או אחר".

בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב (3), 630, 658-659.

90. ובמקום אחר עמד כב' השופט חשין על ההבחנה בין הפליה על רקע קבוצתי לבין הפליה מסוג אחר:

"ואולם עיקר הוא לא בהפליה בתורת שכזו אלא בסוג ההפליה ובעוצמתה של ההפליה, ולעניין זה קבע בית המשפט כי לא הרי הפליה כהרי הפליה: לא הרי הפליה בהקצבת מענקים כהרי הפליה מחמת גזע ולא הרי הפליה מחמת מין כהרי הפליה בהענקת רשיונות. הפליה מחמת דת, גזע, לאום או מין היא מן הקשות שבהפלות.

...  
ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך, טמונה כמובן השפלה עמוקה לקורבן ההפליה".

בג"ץ 6845/00 איתנה ניב ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה, תק-על 2002 (3) 1867, 1874-1875.

91. הנה כי כן, בהתאם למבחן התוצאתי מדובר בהפליית האזרחים הערבים על רקע קבוצתי אשר מהווה פגיעה בזכות לשוויון כזכות חוקתית.

### הפרת הזכות לפרטיות

92. חוק האזרחות והכניסה לישראל מפר גם את הזכות לפרטיות של האזרחים הערבים הנישאים למי מתושבי ה"אזור" שאינם מתגוררים בישובים ישראלים שם, וזאת בניגוד לסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעיף 7(א) לאותו חוק קובע, כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו." חוק האזרחות והכניסה לישראל מתערב באופן בוטה ושלא כדין בפרטיות וצנעת אותם אזרחים ערבים הנישאים לתושבי ה"אזור" שאינם מתגוררים ביישובים ישראלים שם, תוך התערבות באפשרותם לבחור במי להתאהב, להתחתן, ולהקים יחד איתו או איתה משפחה. חדירה זו אל אחת הבחירות הכי פרטיות של האדם לא ניתן להצדיק, ואין מנוס אלא למונעה באמצעות ביטול חוק האזרחות והכניסה לישראל.

93. בית משפט נכבד זה הכיר בזכות לפרטיות מכוח קיום התא המשפחתי. הכרה זו כללה את התא המשפחתי כחלק בלתי נפרד מהמבנה החוקתי של שיטת המשפט, הזוכה להגנת השיט, ה בין השאר, באמצעות הזכות החוקתית לפרטיות שבסעיף 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית המשפט הנכבד קבע, כי:

"המסגרת המשפחתית אינה עומדת בצד המערכת החוקתית, אלא היא חלק אינטגרלי ממנה. במסגרת היחידה המשפחתית נתונות להורים זכויות המוכרות על-ידי המשפט החוקתי והמוגנות על-ידי. זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם (ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית. זכות זו באה לידי ביטוי בפרטיות ובאוטונומיה של המשפחה: ההורים אוטונומיים בקבלת החלטות בכל הנוגע לילדיהם - חינוך, דרך חיים, מקום מגורים וכדומה, והתערבות החברה והמדינה בהחלטות אלה היא בבחינת חריג שיש ליתן טעם להצדיקו (ראה ע"א 577/83, בעמ' 468, 485). גישה זו שורשיה בהכרה כי המשפחה היא "התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמש והמבטיח את קיומה של החברה האנושית" (ההדגשה הוספה – ח.ג.).

ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט (1) 221, 236-235.

94. בית הדין האירופי לזכויות אדם עיגן בפסיקתו את הזכות לפרטיות הנובעת מקיומו של תא משפחתי, והגביל את מידת התערבותה של המדינה לתחום האוטונומי של הפרט. בכך, פירש בית הדין האירופי באופן ליבראלי את הזכות לפרטיות הקיימת למשפחה בסעיף 8 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם. ראו, בהקשר זה, את הפסיקה שלהלן:

Case No. 3/1987/126/177 Berrehab v. The Netherlands, 138 Eur. Ct.

H.R.(ser.A.)(1988)

Case No. 85/1996/704/986 Mehem v. France, 30 EHRR 739 (1997).

App. No. 29192/95 Ciliz v. The Netherlands, Eur. Ct. H.R. (11 July 2000)

95. הזכות לפרטיות מכוח החובה המוטלת על המדינה לא להתערב באוטונומיה של הפרט בכל האמור לקיומו של תא משפחתי מעוגנת גם באמנות הבינלאומיות העיקריות הדנות בזכויות האדם.

ראו לדוגמא:

סעיף 12 להכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם.

סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות, ותרבותיות משנת 1966.

מדינת ישראל הצטרפה לאמנה זו ביום 19.12.1966, ואישררה אותה ביום 3.10.1991.

סעיף 17 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966. מדינת ישראל

הצטרפה לאמנה ביום 19.12.1966, ואישררה אותה ביום 3.10.1991.

סעיף 10(1) לאמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989. מדינת ישראל הצטרפה לאמנה ביום

3.7.1990, ואישררה אותה ביום 3.10.1991.

96. סעיף 10(1) לאמנה בדבר זכויות הילד קובע את החובה על המדינה לנהל את ההליכים בדבר

איחוד משפחות באופן הומני, יעיל וחיובי:

“In accordance with the obligation of States Parties under article 9, paragraph 1, applications by a child or his or her parents to enter or leave a State Party for the purpose of family reunification shall be dealt with by States Parties in a positive, humane and expeditious manner. States Parties shall further ensure that the submission of such a request shall entail no adverse consequences for the applicants and for the members of their family.”

#### **הפרת הזכות החוקתית לחירות אישית**

97. העותרים יטענו, כי החוק הנדון מפר את הזכות החוקתית לחירות אישית. זכות זו מגנה על

חירותו של האזרח לבחור את בחירותיו האישיות כרצונו, לממש את האני העצמי שלו ואת

ההגדרה העצמית שלו. ההתערבות בבחירת ליבו בהתאם לשיוך האתני מהווה, על כן, פגיעה

באוטונומיה האישית של הפרט.

98. בחברה דמוקרטית לא פוגעים בזכות לחירות אישית בהיותן חלק מרכזי בזכות לאוטונומיה

של הפרט. בפרשת צמח דן כב' השופט זמיר בזכות לחירות אישית באומרו:

“החירות האישית היא, מכוח סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, זכות חוקתית. יתירה מזאת. החירות האישית היא זכות

חוקתית מן המדרגה הראשונה, והיא גם, מבחינה מעשית, תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. הפגיעה בחירות האישית, כמו פגיעת אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות: לא רק בחופש התנועה, אלא גם בחופש הביטוי, בצנעת הפרט, בזכות הקניין ובזכויות נוספות... כפי שנאמר בסעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין". רק בן-חורין יכול לממש באופן מלא וראוי את זכויות היסוד שלו. והחירות האישית, יותר מכל זכות אחרת, היא העושה את האדם בן-חורין. משום כך שלילת החירות האישית היא פגיעה קשה במיוחד... מבחינה עקרונית, רמת ההגנה על זכות יסוד צריכה לעמוד ביחס ישר לדרגת החשיבות של הזכות ולעוצמת הפגיעה בזכות... המסקנה היא, שהחירות האישית, בהיותה זכות חוקתית בעלת חשיבות מיוחדת, ראויה להגנה מיוחדת מפני פגיעה...". בג"ץ 6055/95 שגיאת צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג (5) 241, 263-264.

ראו גם :

ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464, 525-526.

99. כמו כן, העותרים יטענו, כי החוק מפר את הזכות להליך הוגן אשר נגזרת מהזכות החוקתית לחירות אישית. החלת חוק האזרחות והכניסה לישראל באופן רטרואקטיבי (סעיף 4(2) לחוק) פוגעת באופן מוחלט בזכות העותרים החוקתית לחירות המעוגנת בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. משמעותה של הזכות החוקתית לחירות היא, בין השאר, זכות האזרח לעשות כל מה שאינו אסור; ולהסתמך כי מעשיו הינם חוקיים כל עוד שנעשו על פי החוק, להיות בין חורין לכלכל את צעדיו כשהם לא נמצאים בזמן הנתון בתחום האיסור. החלת החוק באופן רטרואקטיבי משמעותה התערבות בחירות זו, תוך שינוי מערכת ציפיותיו והסתמכותו של המושפע מהחלת החוק באופן רטרואקטיבי.

100. על הקשר בין חירות אישית והליך הוגן עמדה הפסיקה האמריקאית.

Moore v. East Cleveland, 431 U.S. 494, 503-504 (1977)

Wash. v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 721 (1997)

101. העותרים יטענו, כי יש לבטל את חוק האזרחות והכניסה לישראל משום החלתו הרטרואקטיבית (סעיף 4(2) לחוק), והפגיעה הממשית בזכות לחירות. בית המשפט הנכבד קבע, בעניין ארביב, כי חוק מוחל באופן רטרואקטיבי (רטרוספקטיבי בלשון בית המשפט באותו עניין) אם הוא מוחל על מצב או פעולה שנעשו בעבר ואשר משנה את מצבה המשפטי. בית המשפט קבע, כי :

"...חוק הוא רטרוספקטיבי אם הוא נועד לשנות, והלכה למעשה משנה, את פועלה המשפטי של התנהגות שהתרחשה בעבר או משנה מצב שהתקיים בעבר ואינו קיים עוד בהווה."

ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (2) 765,782.

102. עוד הוסיף בית המשפט הנכבד באותו עניין, כי החזקה היא נגד תחולתו של חוק באופן רטרואקטיבי:

"...נקודת המוצא העקרונית היא, כי חקיקה רטרואקטיבית אינה ראויה. החזקה היא נגדה. ה"נטל" מוטל על המבקש לסתור אותה. אין זה מספיק – לשם סתירתה של החזקה – להראות כי הסדרו של החוק החדש טוב מההסדר הישן, שאם כן, כל חוק – שחזקה עליו שהוא טוב מקודמו – היה מוחל רטרואקטיבית." שם, עמ' 785.

103. חוק האזרחות והכניסה לישראל מוחל באופן רטרואקטיבי. הוא משפיע על מצב משפטי שהתרחש בעבר, קרי נישואין, ובעקבות כך הקמת זכות ההתאזרחות מכוח סעיף 7 לחוק האזרחות, תשי"ב – 1952, בטרם חקיקת החוק.

104. ודוק, אין החוק, קובע כי מיום קבלתו והלאה הוא מפקיע מידי שר הפנים את שיקול הדעת בעניין ההתאזרחות מכוח סעיף 7 לחוק האזרחות. אלא תחולתו של החוק, כלומר מניעת אפשרות ההתאזרחות על פי סעיף 7 מוחלת למפרע, על אירוע משפטי שקרה בעבר והסתיים: נישואין בין אזרח ישראלי לתושב ה"אזור" שאינו מתגורר ביישוב ישראלי שם, והתקיימות של זכות ההתאזרחות מכוח סעיף 7 לחוק האזרחות.

105. בית המשפט הנכבד קבע עוד בהקשר חזקת אי תחולת חוקים רטרואקטיבית, כי:

"החזקה (הפרזומפציה) הינה, כי חוק אינו פועל למפרע. זהו "כלל של פרשנות" (בר"ע 3/73, בעמ' 600 (השופט זוסמן)). הוא יונק את כוחו מהגישה, כי חקיקה למפרע נוגדת עקרונות יסוד של השיטה, ואין להניח, כי המחוקק ביקש להשיג תכלית העומדת בניגוד לעקרונות יסוד אלה. 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" (השופט זוסמן בע"א 398/65, בעמ' 405). חקיקה רטרואקטיבית או רטרואקטיבית נוגדת "מושגים מקובלים של צדק" (ע"פ 290/63, בעמ' 577, 579 (השופט ח' כהן)), והחזקה נגד חקיקה זו דרושה למען עשיית צדק. עקרון שלטון החוק דורש ודאות וביטחון ביחסים הבין-אישיים. חקיקה למפרע פוגמת בשני אלה. היא מבבלת "סדרי בראשית" (בלשונו של השופט זילברג בבג"צ 98/53, בעמ' 613). היא אינה מאפשרת תכנון מראש של ההתנהגות, ולפיכך גם פוגעת ביציבות המשפט... אכן, מטרתו של חוק היא לכוון התנהגות אנושית. החוק נועד לקבוע מותר ואסור. החוק, מעצם מהותו, מכוון לפעולות עתידיות. אין כל משמעות לכוון היום פעולה שנעשתה אתמול... חקיקה למפרע פוגעת בתפיסות יסוד חוקתיות. היא פוגעת בעקרון שלטון החוק, בוודאות המשפט וביטחון הציבור בו. היא פוגעת בעקרונות היסוד של צדק ושל הגינות ובאמון הציבור במוסדות השלטון." שם, עמ' 767-777.

106. הנה כי כן, החוק הנדון פוגע בזכות החוקתית לחירות אישית משום שהוא מגביל את בחירותיו האישיות של האזרח בעניין בחירת בן/בת זוגו על רקע שייכותו/ה האתנית. כמו כן, מאחר והחוק פוגע בכללי ההגיונות ובקיומו של הליך הוגן על ידי תחולתו הרטרואקטיבית, הוא פוגע בציפיותיו הלגיטימיות של האזרח, שהן חלק נגזר מחירותו האישית.

### פיסקת ההגבלה

107. העותרים יטענו, כי החוק אינו מקיים את תנאי פיסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. החוק אינו לתכלית ראויה, כפי שהוסבר בפרוטרוט בחלק העובדתי. הלכה פסוקה היא, כי תכלית החוק נלמדת ראשית כל מלשונו הברורה. כפי שפורט בחלק העובדתי, סעיפי החוק אינם מוצאים את ההגיון הפנימי שלהם, הם חסרי עקביות ורציונליות כלשהי. הרי אם תכליתו של החוק היא לשרת מטרה ביטחונית, לא ברור, אפוא, מדוע ניתן להתיר אחרות לצורכי עבודה, למשפחות שאחד מבניהן היה משת"פ, ולמנוע זאת רק במקרים של הנישואין. כמו כן, לא ברור מדוע אחרות שהוגשו לפני 12/5/02 יאושרו אך אלה שאחריהן לא יקבלו תוקף: האם מועד הגשת הבקשות יגמד את הפגיעה בביטחון המדינה? בנוסף לכך, סעיפי החוק יוצרים הפליה בתוך הקבוצות עצמן כאשר המבחן להתאזרחות אמור להיות אובייקטיבי ונשען על שיקולים ענייניים. אך במקרה דנן, אזרח ישראלי שמבקש מעמד לבת זוגו הפלסטינית לא יזכה בכך אם היא לא משת"פית או אחד מבני משפחתה אינו שירת את השב"כ, זאת גם אם בת זוגו חסרת כל עבר פלילי או ביטחוני.

108. אי לכך, תכליתו של החוק היחידה הינה למנוע התאזרחות של בני זוג אזרחים ערבים המתגוררים ב"אזור". זוהי התכלית המזדקרת מלשון החוק. רק בני זוגם של אזרחים ערבים, שהינם "תושבי אזור" ואינם מתנחלים, מנועים מלהתאזרח על פי סעיף 7 לחוק האזרחות. ויודגש, כי אפליה פסולה אינה יכולה לעלות בקנה אחד עם תכלית ראויה כלשהי.

109. לחילופין, העותרים יטענו, כי החוק אינו עומד במבחן המידתיות. החוק אינו עומד באף אחד משלושת המבחנים של אלמנט המידתיות: 1. התאמת האמצעי של החוק לתכלית החוק; 2. האם ניתן להשיג את תכלית החוק תוך שימוש באמצעי אשר פגיעתו פחותה; 3. מה התועלת שתצמח לציבור לעומת הפגיעה בזכות החוקתית, כלומר מהי מידת סבירותו של האמצעי הפוגע בזכות החוקתית.

בג"ץ 4769/95 רון מנחם ואח' נ' שר התחבורה ואח' פ"ד נו (1) 235, 279.

110. מציעי החוק לא הצליחו להוכיח לאורך כל הדיונים בהצעת החוק, כי אכן יש סכנה ביטחונית שמקורה בהתאזרחות בני זוג אזרחים ערבים המתגוררים ב"אזור". למעשה, המשיבים נקטו בשיטות מכלילות, וכל אשר יכלו להצביע עליו היו מקרים מועטים ביותר, שאין דבר וחצי דבר בינם לבין מסקנה הגיונית בדבר קיומה של "סכנה ביטחונית"

מהתאזרחות של בני זוג של אזרחים, שכל חטאם הוא התאהבות ונישואין. החוק גורף בקביעותיו ויוצר הנחה חסרת בסיס שאין בינה ולבין האמצעי כל קשר רציונלי. הקביעה, כי כל תושב האזור הינו בגדר סכנה כאשר הנתונים שהובאו בפני המחוקק רחוקים מאוד להצביע על חשש ולו הקטן ביותר לקיומה, הינה גורפת ביותר.

111. אף בהנחה כי התכלית היא לשרת מטרה ביטחונית, הרי שהחוק אינו מידתי שהרי בידי המשיב מס' 1 את כל הכלים לעשות ולבדוק זאת בטרם אישורו אשרות כלשהן. ואכן כך הוא עושה. ההליך המדורג והארוך הוא הכלי שבאמצעותו הוא בודק את מידת מסוכנותו של המועמד. אגב, המשיב מס' 1 בעצמו לא אישר בקשות רבות בטענה, כי בדק את עברם של מבקשי המעמד ופסל אותם מטעמים ביטחוניים.

112. החוק, מטיל על תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה שנישאו לאזרחים או לתושבי קבע בישראל, חשד קולקטיבי ועמום, כאילו הם מסכנים את בטחון המדינה תוך עשיית שימוש לרעה במעמד שניתן להם במסגרת ההליך המדורג. בפרשת סטמקה התייחס כב' השופט חשין לסוגיה דומה לזו שלפנינו ופסק, כי:

”יתר-על-כן: משרד הפנים לא נתן בידנו כל סטטיסטיקה רלבנטית, לא באשר למספר הנישואין הפיקטיביים ולא באשר ליחס בין אלה לבין כלל הנישואין בין אזרחי ישראל לבין זרים לא-יהודים. נניח שהמדובר בנישואין פיקטיביים בשיעור של אחד לעשרה. הניתן למצוא קשר רציונאלי בין האמצעי לבין המטרה? האם קשר רציונאלי ראוי הוא שהתשעה יסבלו בעבור האחד?”.

עמ' 779 לפסק הדין.

ראו גם: בג"צ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך התרבות, פ"ד מט (5) 1, 8.

113. הפעלת חוק האזרחות והכניסה לישראל לא תצמיח תועלת כלשהי לציבור, אך לעומת זאת תפגע בזכויות חוקתיות לחלק רחב מקרב אזרחי המדינה. האמצעי הנבחר למימוש התכלית הביטחונית של החוק, קרי מניעת התאזרחות באופן המפר זכויות חוקתיות רבות, הינו דרסטי ביותר, ובלתי סביר באופן הקיצוני ביותר.

114. החוק בחר באופציה הפוגעת ביותר – לא רק מניעת מעמד קבוע (תושבות קבע או אזרחות) אלא גם שלילה מוחלטת של הגשת בקשות, כלומר של אפשרות כניסה להליך המדורג לקראת קבלת מעמד, ושליטה מוחלטת של שדרוג מעמד מהיתר שהייה למעמד של תושב ארעי.

115. אם החוק היה מאפשר הגשת בקשות חדשות ושדרוג מעמד לתושבות ארעית, היה הוא פוגע ולכן בלתי מידתי ואולם פגיעתו היתה פחותה שהרי היתה נמנעת לפחות הפגיעה הקשה של הפרדת בני זוג והורים מילדים. יצויין, כי לשם כך לא היה צורך בתיקון חוק, שהרי ההליך המדורג הינו כידוע הנחיה מינהלית ולא חוק.



116. אופציה נוספת פוגענית ובלתי מידתית, אך לא במידה הקיצונית ביותר בה בחר המחוקק, הינה הארכה של ההליך המדורג כולו, למשל 5 שנות תושבות ארעית במקום 4. גם לשם כך לא היה כלל צורך בתיקון החוק.

117. המחוקק אם כן בחר באמצעי הדרסטי ביותר שפגיעתו שוללת זכויות יסוד באופן מוחלט. ויודגש, כי מידת ההקפדה על מבחן המידתיות במובן של האמצעי שפגיעתו היא במידה המועטה הנדרשת, קשרה קשר ישיר לעוצמת הזכות הנפגעת. עמדה על כך כב' השופטת דורנר בפרשת תנופה שרותי כוח אדם, שם פסקה:

"באשר למבחן בדבר בחירת האמצעי הפוגע בזכות במידה המועטה הנדרשת, שכאמור אינו מבחן מוחלט, תושפע בחירת האמצעי מן הזכות הנפגעת. כשמדובר בזכות-יסוד חשובה במיוחד יוקפד יותר על בחירת אמצעי הפוגע בה במידה המיזערית, וזאת גם אם מדובר באמצעי שעלותו ניכרת."  
בג"צ 450/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות נ' אלי ישי, פ"ד נב (2) 433, 452.

118. על החוק, בפוגעו בזכויות יסוד חוקתיות לעמוד גם במבחן המידתיות במובן הצר, קרי המתאם של התועלת הצומחת ממנו לעומת הפגיעה שהוא מביא בעקבותיו. אין כל ספק כי האמצעים הכלולים בחוק, הכוללים מניעה מוחלטת של הגשת בקשות לאחר ה-12 במאי 2002, מניעה מוחלטת של מתן מעמד בישראל למי שלא הגיש בקשה לפני ה-12 במאי 2002 ואי שדרוג המעמד של מבקשים שהגישו בקשותיהם לפני ה-12 במאי 2002, פגיעתם עולה על תועלתם.

119. החוק הינו בלתי מידתי אף בשל היותו בלתי סביר באופן קיצוני בהיותו גורף ושרירותי במובן שאינו מסתמך על תשתית עובדתית ספציפית המייחסת סכנה הצפויה מהמבקש הספציפי. החוק כובל לחלוטין את שקול הדעת של שר הפנים ומפקד הצבא בגדה המערבית וברצועת עזה, ואף מסיבה זו הינו בלתי סביר באופן קיצוני ולכן בלתי מידתי.

#### **התעלמות המחוקק מהוראת חקיקה בדבר השלכות על זכויות ילדים**

120. החוק פוגע בזכויותיהם של בילדים שאחד מהוריהם הינו אזרח ערבי בישראל, והשני תושב ה"אזור", שאינו מתגורר ביישוב ישראלי שם. החוק בא, ולמעשה מפריד את התא המשפחתי, או, למצער, גורם לו לבחור לחיות במקום אחר. תוצאתו האימננטית של החוק היא חוסר יציבות לתא המשפחתי, וממילא חוסר אפשרות להתבסס, באמצעות עבודה, מגורים, לימוד בבתי ספר, כלומר חוסר אפשרות ממשית לנהל חיים נורמליים. במציאות הזו הנוצרת על ידי החוק, זכויות הילדים נפגעות באופן בוטה.

121. החוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב – 2002, קובע, בין היתר, חובה על הממשלה, בבואה להציע הצעת חוק בקריאה ראשונה, להצביע על השפעת החוק

המוצע על זכויות ילדים, בין אם לטובה ובין אם לרעה. כמו כן, חובה על הממשלה להראות בהצעת החוק את מקור הנתונים להשפעה הנזכרת על ידה. סעיפים 2 ו-3 לחוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב – 2002 קובעים כדלקמן:

2. מטרה
- מטרת חוק זה לחייב את חברי הכנסת ואת הממשלה לבחון, במהלך הכנת הצעת חוק לקריאה ראשונה, את השפעתה של הצעת החוק על זכויותיהם של ילדים, ברוח עקרונות האמנה (לזכויות הילד).
3. ציון מידע בדברי הסבר (תיקון: תשס"ב)
- בדברי ההסבר של הצעת חוק לקריאה ראשונה, שעל פניה נראה שכרוכה בה, במישרין או בעקיפין, השפעה על זכויותיהם של ילדים, יצוינו אלה, לפי הענין:
- (1) קיומה של פגיעה או קיומו של שיפור הנוגעים לזכויותיהם של ילדים והיקפם,
- לרבות לענין תנאי חייהם והשירותים המוקנים להם;
- (2) הנתונים והמידע ששימשו לקביעת האמור בפסקה (1), אם ישנם."

122. בפרשת המועצה הלאומית לשלום הילד, שם נדחתה העתירה בנסיבות העניין, נאמר:

"מתגובות המשיבים עולה, כי שאלת השפעתה של הצעת החוק על זכויות הילד נדונה ברצינות במסגרת הליכי החקיקה המזורזים, הן לפני הקריאה הראשונה והן אחריה. התייחסות בלתי מבוטלת לעניין זה קיימת אף בדברי ההסבר להצעת החוק. בנסיבות אלה שוכנענו, כי אף אם הצעת החוק המקורית אינה מקיימת במלואן את הוראות החוק לציון מידע בדבר זכויות הילד - ובשאלה זו אין לנו צורך לנקוט עמדה - ברי כי אין המדובר בהפרה קיצונית של החוק, מן הסוג העשוי להצדיק את התערבות בית-המשפט בהליכי החקיקה".

בג"ץ 4572,4595/03 המועצה הלאומית לשלום הילד ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', מיום 26.5.03 (טרם פורסם).

123. לא כך בענייננו. על אף שהחוק על פניו פוגע באופן קשה ביותר בזכויות ילדים, השלכות החוק על זכויות ילדים לא הוצגו בפני המחוקק במסגרת הליכי החקיקה המזורזים של החוק, על כל שלביו. בדברי ההסבר של הצעת החוק לא נכללה כל התייחסות להשלכות החוק על זכויות ילדים. חברי ועדת הפנים וחברי הכנסת לא קיבלו גם כל נתונים מנציגי המשרדים הממשלתיים הרלבנטיים על השלכות החוק על זכויות ילדים וזאת גם לאחר בקשותיהם המפורשות. אי לכך, בנסיבות העניין, המדובר בהפרה קיצונית של החוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002, המצדיקה את התערבות בית-המשפט בהליכי החקיקה.

124. הנה כי כן, החוק הנדון לא קיים הוראות חקיקה מכוונת הקובעת את דרכי החקיקה כאשר מדובר בפגיעה פוטנציאלית בזכויות הילדים, ולכן החוק דינו בטלות.

### פגיעה בזכויות חוקתיות באמצעות הוראת שעה

125. חוק האזרחות והכניסה לישראל נחקק כהוראת שעה. אין בצורת חקיקה זו כדי לייתר או אפילו לצמצם את היקף הביקורת השיפוטית על חוקתיותו של החוק.

בג"ץ 24/01 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד נו (2) 700, 713.

126. יתרה מכך, החוק קובע, בסעיף 5, כי יעמוד בתוקפו במשך שנה, וכי "רשאית הממשלה, באישור הכנסת, להאריך בצו את תוקפו, מעת לעת, לתקופה שלא תעלה בכל פעם על שנה אחת." העותרים יטענו, כי צורה זו של הארכת תוקף הינו לקויה ביותר, ואינה עולה בקנה אחד עם עקרונות חוקתיים בסיסיים המורים כי פגיעה בזכויות חוקתיות יש לעשות אך ורק באמצעות הסדרים ראשוניים, כלומר באמצעות חקיקה של הכנסת.

בג"ץ 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נב (5) 481, 523.

127. כמו כן, השווו ההסדר הקבוע להארכת תוקפו של החוק, הכרוך בפגיעה ובהפרת זכויות חוקתיות כה רבות, עם הסדר ההכרזה על מצב חירום שבסעיף 38 לחוק יסוד הממשלה. סעיף האחרון דן במטריה של מצב חירום ממשי, וחרף זאת הסמכות להכריז על מצב חירום מצויה תמיד אך ורק בידי הכנסת. חריג לכך הוא אם הכנסת לא יכולה להתכנס, אז יכולה הממשלה להכריז על מצב חירום, שיעמוד בתוקפו שבעה ימים בלבד עד להכרזה מחודשת או ביטול על ידי הכנסת.

על יסוד כל האמור לעיל, מתבקש בית משפט נכבד זה להיעתר לסעדי העתירה שבראשיתה, ולחייב את המשיבים בהוצאות משפט.

-----  
ארנה כהן, עו"ד  
ב"כ העותרים

-----  
חסן ג'בארין, עו"ד  
ב"כ העותרים