

בעניין:

1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
2. היא ג'יוסי
3. עבדאללה סלאמה
4. תייסיר ח'טיב
5. לנא ח'טיב
6. ג'יהאד חמיד
7. אימאן חמיד

כולם ע"י ב"כ עוה"ד עדי מנסור ו/או רביע אגבריה ו/או חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה ו/או מיסאנה מוראני ו/או נרימאן שחאדה - זועבי ו/או סלאם ארשייד
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, ת"ד 8921, חיפה 31090
טל': 04-9501610, (נייד: 0526763217), פקס: 04-9503140

העותרים

נגד

1. שרת הפנים

ע"י פרקליטות המדינה
רחוב סלאח אלדין 29, ירושלים
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

2. הכנסת

ע"י היועץ המשפטי של הכנסת
משכן הכנסת, קריית בן-גוריון, ירושלים
טל': 02-6408638; פקס: 02-6753495

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה למתן צו ביניים

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

תוכן עניינים

2	מבוא
5	בקשה למתן צו ביניים
6	רקע עובדתי
6	העותרים
9	פירוט הרקע העובדתי
9	ההליך המדורג ועניין סטמקה
10	פסק הדין בעניין עדאלה
12	על זמניות החקיקה בתור הוראת שעה בעניין עדאלה
13	פסק הדין בעניין גלאון
17	חידוש הוראת השעה מדי שנה
18	ביקורת בינלאומית
22	פקיעת הוראת השעה בשנת 2021
23	ההליכים לחקיקת החוק נשוא העתירה
26	על התכלית הדמוגרפית לפי ההיסטוריה החקיקתית
31	התכלית הדמוגרפית על פי לשונו של החוק והסעיפים החדשים
34	בקשות תלויות ועומדות
34	הטיעון המשפטי
35	תיקון החוק פוגע במעמד האזרחות השווה ועולה כדי שינוי זכויות יסוד
39	הפגיעה במעמד תושבי ירושלים הפלסטיניים
40	הדיון לפי פסקת ההגבלה:
40	הפגיעה בזכויות היסוד
41	הפגיעה אינה לתכלית ראויה
47	הפגיעה אינה מידתית

מבוא

1. עתירה זו מופנית נגד חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"ב – 2022 שעבר בכנסת בקריאה שנייה ושלישית ביום 10.3.2022 (להלן: החוק או הוראת השעה או חוק האזרחות). חוק זה מגביל באופן גורף וקבוצתי את הקמת משפחות ערביות במדינת ישראל ובירושלים, בכך שהוא לא מאפשר מתן מעמד לבן/בת זוג ערבי/ה-פלסטיני/ת תושב/ת הגדה המערבית, רצועת עזה או תושבת מדינה המוגדרת כמדינת אויב (לבנון, סוריה, עיראק ואירן), הנשואים לבן או בת זוג שהם אזרחי או תושבי ישראלי ממוצא ערבי-פלסטיני או תושבי ירושלים ממוצא ערבי-פלסטיני. עיקר ההוראות האוסרות על איחוד משפחות בחוק זה הן זהות להוראותיו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג – 2003, עם מספר שינויים קטן ביותר.

== מצ"ב העתק חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"ב – 2022 כפי שהובא להצבעה שנייה ושלישית כנספח ע/1.

2. הן ההיסטוריה החקיקתית והן סעיפי החוק ובעיקר סעיף 1 החדש שלא עוגן בחוק משנת 2003 והמגדיר את מטרתו ותכליתו של החוק, לא מותירים כל מקום לספק כי תכליתו הדומיננטית והעיקרית של החוק היא דמוגרפית-אידיאולוגית. גם החריגים המינוריים של החוק מסגירים את תכליתו הדמוגרפית (דוגמה לכך היא סעיף 7(ז) החדש לחוק הקובע שלשר הפנים הסמכות לקבוע **מכסה שנתית מרבית** של בקשות שיידונו בוועדה ההומניטארית). משום כך החוק דוחה את הרציונל של המשפט החוקתי לפיו לא פוגעים בחירותו, כבודו וזכותו לשוויון של אדם על בסיס שיוכו הקולקטיבי-האתני. פגיעה כאמור, אם בכלל, יכולה להיעשות אך ורק על בסיס בחינה פרטנית-אישית הנוגעת למעשיו או לתכונותיו האישיות של אדם שלא נוגעים לעצם שיוכו האתני, לתכלית ראויה ובאופן מידתי.

3. לא במקרה על כן, הניסיון הקלוש ליתן צידוק ביטחוני לחוק, כפי שהופיע בדיונים שנערכו בפני הוועדה מטעם המשיבה 2, מעיד גם הוא על תכליתו הדמוגרפית של החוק. מאמץ מאולץ זה - שהגיע למצב אבסורדי לפיו נטען כי "הצאצאים" של הורה ממוצא פלסטיני מהווים סיכון, נשען על הדוקטרינה האסורה של "נתיני אויב". דוקטרינה זו חלה עד למלחמת העולם השנייה והניחה כי במצב של סכסוך בין עמים, כל צד הוא עוין לצד השני וכל "העם" על כל פרטיו וחלקיו שותף בדרך זו או אחרת למאמצי הלחימה. לכן אין צורך לערוך בדיקה אינדיבידואלית לאדם השייך לאויב, כי העיקר הוא עצם שיוכו הלאומי. השימוש ההיסטורי הידוע לשמצה בדוקטרינה זו הופיע בפסק הדין האמריקאי במהלך מלחמת העולם השנייה, כאשר עשרות אלפי אזרחים אמריקאים ממוצא יפני נכלאו במחנה אך ורק בשל מוצאם היפני¹. חנה ארנדט רואה בפליטים היהודים

¹ Korematsu v. U.S., 323 U.S. 214 (1944).

כפרדיגמה לדוקטרינה זו שכן הם גורשו מגרמניה בגלל שהם יהודים, נכלאו בצרפת בגלל שהם גרמנים והוגבלה חירותם במדינות בארה"ב (כולל הזכות לחיי משפחה עם אזרחים אמריקאים)² כנתיני אויב.³

4. דוקטרינה אתנו-דמוגרפית זו הינה אסורה לפי המשפט הבינלאומי המנהגי, כי בבסיסה עומד עקרון גזעני וכי ההיסטוריה מעידה על המסוכנות שהיא ייצרה. דוקטרינה זו אסורה אף בעת לחימה, שכן המשפט הבינלאומי ההומניטארי מתבסס על עקרון ההבחנה בין אוכלוסייה אזרחית ללוחמים.⁴ לכן, וכפי שיוסבר בחלק המשפטי, החוק הנדון נופל באיסורים המוחלטים של המשפט הבינלאומי.

5. החוק נשוא עתירה זו הוא לא רק החוק הגזעני ביותר בספר החוקים הישראלי, אלא שאין אף מדינה בעולם שפוגעת במעמד האזרחות או התושבות של אזרחיה או תושביה, שהליבה שלה היא הקמת משפחה, על רקע שיוך אתנו-לאומי. אין אף מדינה בעולם שמגבילה את זכותם של אזרחיה או תושביה לקיים חיי משפחה עם בני או בנות זוג הנמנים עם בני ובנות עמם או אומתם. אף בית המשפט בדרום אפריקה ביטל בשנת 1980, בפסק דין תקדימי, את ההוראה האוסרת על איחוד משפחות ממוצא שחור באזורים שחיים בהם לבנים והוא נימק, בין היתר, כי האפרטהייד מעולם לא התכוון לפגוע בחיי המשפחה.⁵

6. גם כאשר הוראות החוק העיקריות (שהופיעו בחוק האזרחות משנת 2003) הובאו בפני בית המשפט הנכבד הזה בשני גלגולים קודמים ובפני הרכב מורחב של 11 שופטים, החוק צלח את פסילתו על חודו של קול, אך יחד עם זאת לא נקבעה הלכה לפיה ניתן להגביל את חיי המשפחה באופן מתמשך וקבוע בחוק, על בסיס השיוך הלאומי של האזרחים או התושבים ועל סמך תכלית אתנו-דמוגרפית או אידיאולוגית.

7. לפני שנסביר כאן ובקצרה מדוע יש צורך לקיים ביקורת שיפוטית ולהוציא צו על תנאי על אף קיומם של שני הגלגולים הקודמים, נעמוד על ההתפתחויות שהובילו לאיסור על איחוד משפחות פלסטיניות בישראל. בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג (2) 728 (להלן: **עניין סטמקה**) הוא פסק הדין הראשון שדן בסוגיית איחוד משפחות של אזרחים יהודים, וזאת כאשר שר הפנים שינה את מדיניותו וקבע כי חוק השבות אינו מאפשר לבן/בת זוג זר/ה של אזרח יהודי ישראלי לקבל אזרחות אוטומטית. בית המשפט הנכבד קיבל את פרשנותו החדשה של משרד הפנים לחוק השבות וקבע כי פרשנות זו לחוק משיגה שוויון בין כלל האזרחים בכל הקשור להליך

² Knauff v. Shaughnessy, 338 U.S. 537 (1950).

³ Hanna Arendt, We Refugees, in the Jew as Pariah: Jewish Identity and politics in the Modern Age, 55-66 (Ronald. H. Feldman ed., 1978).

⁴ Michael Kagan, Destructive Ambiguity: Enemy Nationals and the Legal Enabling of 21. Ethnic Conflict in the Middle East, 38 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 263 (2007).

⁵ Komani NO v. Bantu Affairs Administration Board, Peninsula Area, 1980 (4) SA 448(A). See also Christopher Forsyth, "The Judges and Judicial Choice: Some Thoughts on the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa since 1950," Journal of Southern African Studies, Vol. 12, No. 1, October 1985, pp. 102-114.

ההתאזרחות. בכך קבע השופט חשין תקדים חשוב לפיו הליך איחוד משפחות חייב להיות כפוף לשלטון החוק, בהיותו עניין הנוגע לזכות לאזרחות שווה וכי אזרחים יהודים וערבים יעברו הליך ברור וכתוב. לפני עניין **סטמקה**, הליך איחוד המשפחות של האזרחים הערבים ותושבי קבע בירושלים, היה תלוי בשיקול הדעת המוחלט של שר הפנים. כעת ולראשונה בהיסטוריה המשפטית הישראלית מתקיים מצב שבו שר הפנים חייב להסדיר את נושא איחוד המשפחות ולהכפיף אותו לסטנדרטים ברורים לפי הליך שנקרא "ההליך המדורג".

8. אולם ולפני תחילת יישומו של "ההליך המדורג" שמבקש לבדוק, בין היתר, את עברו הביטחוני והפילי של מבקש המעמד, נאסר על איחוד משפחות בהחלטת ממשלה ולאחר מכן בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג – 2003, האיסור חל על מתן מעמד בישראל לתושבי הרשות הפלסטינית. בבג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (להן: עניין **עדאלה**), שנידון בפני הרכב 11 שופטים, אושר החוק על חודו של קול כאשר עמדתו של השופט לוי שאישרה את החוק קבעה כי הוא בלתי חוקתי אך בשל זמניותו. השופט לוי קבע כי תיתן למחוקק שהות לתקן את החוק. היינו רוב השופטים קבעו כי החוק אינו מידתי, אם כי רובם קבע כי תכליתו היא ביטחונית. הגלגול השני הגיע בבג"ץ 466/07 **ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 44 (2012) (להלן: עניין **גלאון**) ושוב הוא אושר על חודו של קול.

9. על אף קיומם של שני הגלגולים הנ"ל, ייטען בעתירה דנן, כי חובה כעת לקיים ביקורת שיפוטית נגד החוק הנדון מארבעה טעמים עיקריים. ראשית, החוק משנת 2003 קבע שניתן להאריך את תוקפו על ידי צו מטעם הממשלה ובאישור הכנסת. אולם החוק הנדון משנת 2022 הוא החוק הראשון שמבחינה פורמלית אינו תוצאה של ההארכה האוטומטית של צו ממשלתי, אלא נדון כחוק רגיל עם ההיסטוריה החקיקתית שלו, על אף הדמיון המובהק בין הוראותיו של החוק דנן לבין הוראת השעה משנת 2003. למותר לציין, כי מעולם לא נקבעה הלכה ברורה המאשרת חוקתיות חוק זה. שנית, וכפי שנסביר בפרוטרוט בחלק העובדתי, רוב השופטים בשני הגלגולים הקודמים נתנו משקל רציני לעצם העובדה שהחוק משנת 2003 הוא הוראת שעה זמנית שהזמניות שלה השפיעה על בחינת מידתיות החוק בשני הגלגולים הנ"ל. כעת מדובר בחוק שאמנם מגדיר את עצמו כ"הוראת שעה" אך ההיסטוריה של הוראותיו מעידה שמדובר, הלכה למעשה, בהוראת חוק קבועה ולא זמנית. הוראת החוק הוארכה מאז 2003 (מלבד תקופה קצרה כתוצאה ממשבר קואליציוני) והיא נהפכה למעשה להוראה קבועה במשך קרוב ל-20 שנה. שלישית, הן ההיסטוריה החקיקתית והן הוראותיו של החוק נשוא העתירה מבהירות באופן ברור וחד כי תכליתו של החוק היא דמוגרפית-אידיאולוגית. אף נציג היועץ המשפטי לממשלה מכיר כי אכן המרכיב הדמוגרפי הוא דומיננטי בחוק, אם כי הוא סבור שזה לגיטימי. מעולם לא נקבע על ידי בג"ץ כי תכלית זו היא לגיטימית לשלילת חיי משפחה. רביעית, כי מדובר בחקיקת חוק גזעני ביותר שמחייב דיון לגופו של עניין.

10. לכן גם הטיעונים המשפטיים של העותרים היום ולאחר קרוב לעשרים שנה מאז עניין **עדאלה** ועל רקע ההתפתחויות במשפט המקומי והבינלאומי הם שונים במקצת. ראשית ייטען כי החוק נשוא

עתירה זו אינו חוקתי משום שהוא פוגע במעמד האזרחות שיש לה מעמד על-חוקתי וכי פגיעה זו מגיעה בדרגה שעולה כדי שינוי זכויות יסוד או מעמד על-חוקתי. לפיכך, וללא קשר לשאלה באם השינוי היה צריך להיעשות בחוק יסוד או בחקיקה רגילה, שינוי מהותי זה לא יכול להיעשות בהוראת שעה רגילה המתארכת מדי שנה. המוקד כאן הוא מעמד האזרחות של האזרחים הערבים ותושבות הקבע של תושבי ירושלים, כאשר חיי המשפחה הם הליבה של מעמד האזרחות לפי המשפט הבינלאומי (ראו גם עניין סטמקה המדגיש כי סוגיית איחוד משפחות של אזרחים היא קודם כל עניין לאזרחות שהיא בבחינת "אם הזכויות").

11. החוק הנדון מייצר שני מסלולי הפרדה במעמד האזרחות בכל הקשור להתאזרחות בני זוג: אחד שחל על אזרחים יהודים לפי הלכת סטמקה וחוק השבות ומסלול אחר שחל על האזרחים והתושבים הערבים הפלסטינים. ודוק, החוק גם חל על "נתיני מדינות אויב" אך הוא לא על "נתיני מדינת אויב" שהוא ממוצא יהודי בגלל חוק השבות. לכן יצירת מסלולים גזעניים מסוג זה במעמד האזרחות לא יכולה להיעשות על ידי הוראת שעה. זהו עניין השייך לליבתה של החוקה.

12. החלק השני בטיעון המשפטי יבחן את החוק דן במסגרת עקרונות פסקת ההגבלה. ייטען כי החוק הפוגע בזכויות לכבוד, לשוויון באזרחות ובחיי המשפחה הוא לא לתכלית ראויה, עם דגש על תכליתו הברורה והמוצהרת כאידיאולוגית ודמוגרפית. החוק גם לא מידתי בהיותו לא עומד במבחן הקשר הרציונלי; הוא גורף ולא מקיים את מבחן הבדיקה הפרטנית ומתעלם מקיומו של "ההליך המדורג" שחל לפי פסק דין סטמקה; והפגיעה שאתה הוא מייצר אינה זמנית אלא נהיתה, הלכה למעשה, לקבועה, בניגוד לעמדת רוב השופטים בעניין עדאלה ובעניין גלאון. כמו כן, החוק לא מקיים את המבחן הצר משום שחקיקה גזענית המנוגדת למשפט הבינלאומי המנהגי מעולם לא יכולה לעמוד במבחן נזק-תועלת.

13. החלק העובדתי של עתירה זו יתייחס לסיפורי העותרים שהם נפגעי איסור איחוד משפחות מתמשך וקבוע. הוא יסביר את הרקע ההיסטורי המשפטי: פסק דין סטמקה וההליך המדורג, לאחר מכן עניין עדאלה ועניין גלאון ובעיקר ככל שאלה מתייחסים לזמניות ההוראה. יפרט את ההיסטוריה החקיקתית של החוק הנדון וייתחס גם להוראותיו החדשות והשונות מהחוק משנת 2003, עם דגש על תכליתו של החוק. כמו כן, תובא הביקורת הבינלאומית נגד איסור איחוד משפחות ערביות בישראל ובירושלים.

בקשה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו המורה על עיכוב כניסתו לתוקף של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"ב – 2022 עד הכרעה סופית בעתירה זו.

עתירה זו על כלל טיעוניה ונספחיה מהווה חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

רקע עובדתי

העותרים

1. **העותרת מס' 1** הינה עמותת זכויות אדם, רשומה כדין בישראל, אשר נוסדה בנובמבר 1996 כמרכז משפטי עצמאי הפועל לקידום זכויות האדם בכלל וזכויות אזרחי המדינה הערבים בפרט. היא היתה עותרת מרכזית בההליכים המשפטיים העיקריים שהיו בפני בית משפט נכבד זה בעניין חוקתיות הוראת השעה בדבר איסור איחוד משפחות (עניין **עדאלה** ועניין **גלאון** כפי שיפורט להלן). כמו כן ובמהלך השנים האחרונות היו לה פניות רבות אל המשיבים בעניין אי הארכת הוראת השעה האוסרת איחוד משפחות בהיותה מנוגדת לקביעת רוב השופטים של בית המשפט העליון בדבר היותה הוראה זמנית ולא קבועה. בנוסף, העותרת פנתה רבות אל המשיבים בעניין הוראת השעה נשוא העתירה דנן, כולל הופעה מטעם נציגיה בפני הועדה של המשיבה 2 שדנה בנושא.
2. **העותרים מס' 2 ו-3, משפחת סלאמה-ג'יוסי**: הם בני זוג נשואים והחוק אוסר עליהם לחיות יחד בשטחי הקו הירוק ובירושלים. העותרת מס' 2, היא (להלן העותרת מס' 2 או היא), בת 28 ותושבת קבע בירושלים, בוגרת האוניברסיטה העברית בהנדסה כימית, עבדה משך שנים בחברת טבע וכעת לומדת לקראת תואר שני בהנדסה כימית באוניברסיטה העברית בירושלים. העותר מס' 3, עבדאללה סלאמה (להלן: העותר מס' 3 או עבדאללה), הינו פלסטיני בן 34 מהכפר ענאתא בגדה המערבית, מהנדס תקשורת ועבד משך כ-10 שנים כמנהל פרויקטים בחברת Smart Vision באיחוד האמירויות. לעותר היתר עבודה בישראל, אך בשל כך שההיתר אינו קבוע, לא מתאפשר לו לעבוד במקצועו בחברות הייטק והוא נאלץ לעבוד בשירות חדרים בבית מלון יערים באבו גוש.
3. היא ועבדאללה הכירו בעת טיול בהודו בשנת 2018. באותה תקופה, התגוררה העותרת מס' 2 בחיפה ועבדה כמהנדסת בחברת טבע בכפר סבא. עבדאללה גר באיחוד האמירויות, שם עבד כמנהל פרויקטים בחברת Smart Vision כאמור. בני הזוג התאהבו אחד בשני, ולאחר המפגש בהודו טסו השניים לדובאי, ומשם המשיכו לטייל במספר מקומות בעולם, עד שהחליטו לבסוף להתחתן ולהקים משפחה ובית משותף בירושלים. העותרים מס' 2 ו-3 התחתנו בשנת 2019 בבית לחם, אך התקשו לקיים חיי משפחה יחד בישראל, בשל המגבלות שהטיל חוק האזרחות. עבדאללה עבר בחזרה לאיחוד האמירויות, והיא עברה להתגורר בקרבת מקום עבודתה - חברת טבע - בכפר סבא. בניסיון לאחד את המשפחה, עברה העותרת מס' 2 בשנת 2019 להתגורר יחד עם העותר מס' 3 באיחוד האמירויות, אך בשל יוקר המחיה והקשיים שנערמו עם התפשטות מגפת הקורונה, החליטו הנ"ל לחזור לישראל. מיד עם חזרתם, החלה היא לעבוד בחברת בסטרטאפ בחיפה, אך לעבדאללה לא ניתן היתר שהייה, ולא התאפשר לו לעבוד במקצועו בקרבת בת זוגו ואלה לא יכלו לנהל חיי משפחה בישראל. משכך, ובניסיון לגור אחד בקרבתו של השני, החלה העותרת מס' 2 בלימודי תואר שני בהנדסה כימית באוניברסיטה העברית ועברה להתגורר בבית חנינא.

== מצ"ב העתק תעודות הזהות של עותרים מס' 2 ו- 3 כנספח ע/2.

== מצ"ב העתק היתר העבודה של העותר מס' 3 כנספח ע/3.

4. העותרים מס' 4 ו- 5: משפחת ח'טיב, הם בני זוג נשואים מאז 2004 והם קורבנות של הארכת הוראת השעה באופן אוטומטי ואשר נהפכה הלכה למעשה להוראת קבע. העותר מס' 4, תייסיר, הינו אזרח ישראל ותושב העיר עכו. בן 48, בעל תואר שני בסוציולוגיה ואנתרופולוגיה, בוגר אוניברסיטת היידלברג בגרמניה, והוא מרצה אורח ועובד במרכז הדיאלוג בנס עמים. העותרת מס' 5, לאנא, בת 43 ילידת ג'נין ובעלת תואר בכלכלה וניהול מאוניברסיטת אלנג'אח בשכם. תייסיר ולנא נפגשו והכירו בג'נין בשנת 2003 במהלך ביקורו של תייסיר לצורך עבודת מחקר במסגרת התואר השני שעשה, התאהבו ונישאו אחד לשנייה בשנת 2004. לבני הזוג שלושה ילדים: עדנאן בן 13, יוסרה בת 13, וסאלי בת 8, כולם בעלי אזרחות ישראלית.

5. משך כשנתיים מאז חתונתם, התגוררו בני הזוג בג'נין ובעכו לסירוגין, היות ובקשתם לאיחוד משפחות לא טופלה במשרד הפנים וללאנא ניתנו, משך תקופה זו, היתרים לביקור בלבד. מאז שנת 2007 ניתנים ללאנא היתרי שהייה, ללא זכויות וללא אפשרות לעבור להליך המדורג. לאנא תלויה, כל שנה, בחידוש היתר השהייה, דבר שמציב את המשפחה בחוסר בטחון לגבי אפשרות המשך מגוריהם ביחד, כל פעם מחדש. הליך קבלת האישור מכביד מאוד על העותרים מס' 4 ו- 5, כאשר מידי שנה ובמסגרת כל בקשה, הם נדרשים להמציא עשרות רבות של מסמכים להוכחת כנות הקשר ביניהם וקיום מרכז חיים בישראל.

6. בשל מעמדה הלא קבוע בישראל ותלותה באישור שהייה שנתי, לאנא מתקשה למצוא עבודה קבועה. אין לה חשבון בנק משלה, והיא אינה זכאית לקצבאות מטעם הביטוח הלאומי. גם בתקופת משבר הקורונה לאנא לא היתה זכאית למענקים וסיוע, דבר שפגע והכביד כלכלית על כלל המשפחה.

7. ביום 14.07.2021, לאחר פקיעת תוקפו של חוק האזרחות משנת 2003, הגיש תייסיר בקשה לשדרוג מעמדה של לנא בלשכת רשות האוכלוסין וההגירה בעכו. ואולם, לא נגבתה ממנו אגרה בעת הגשת הבקשה, ונאמר לו מיד שההנחיה היא שלא לטפל בבקשות לשדרוג מעמד עד להודעה חדשה. עד היום, בני הזוג לא קיבלו כל עדכון בנוגע לבקשתם.

8. כפי שיורחב בהמשך, העותר 4 השתתף בדיונים בפני ועדת החוץ וביטחון שדנה בחוק נשוא העתירה דן והוא שטח בפני חברי הוועדה את הסבל שהם עוברים כתוצאה מהאיסור שהוטל על אזרחות וקיום חיי משפחה בישראל.

== מצ"ב העתק תעודות הזהות של העותרים מס' 4 ו- 5 כנספח ע/4.

== מצ"ב העתק של היתר השהייה של העותרת מס' 5 כנספח ע/5.

== מצ"ב העתק בקשה להארכת רישיון ישיבה/להחלפת סוג אשרה מיום 14.07.2021 כנספח

ע/6.

9. העותרים מס' 6 ו-7, משפחת חמיד, היא מקרה המתעד את הסבל הרב שהמשפחות עוברות כתוצאה מההארכות האוטומטיות של הוראה זמנית שנהפכה למעשה להוראה קבועה האוסרת על התאזרחות וחיי משפחה יציבים. העותרת מס' 6 (להלן: העותרת מס' 6 או ג'יהאד), בת 39 ילידת א-ראם בגדה המערבית, בעלת תואר ראשון בסוציולוגיה ואנתרופולוגיה מאוניברסיטת ביר זית. העותר מס' 7 (להלן העותרת מס' 7 או אמין), בן 47 והוא אזרח ישראל ותושב העיר עכו ומאז 1995 עובד כמלגזן במפעל הכרמל לאריזות וסטנדים בחיפה.

10. ג'יהאד ואמין נפגשו בשנת 2004 והתחתנו בשנת 2005 ולהם ארבעה ילדים: תלין בת 13, ריאנה בת 11.5, יאסין בן 4.5 ומריאנה בת 3, כולם בעלי אזרחות ישראלית. עד לשנת 2006, גרו העותרים מס' 6 ו-7 בנפרד זה מזו בשל העדר אפשרות לאיחוד משפחות בישראל. באותה תקופה, ג'יהאד התגוררה עם הוריה בא-ראם ואמין המשיך להתגורר בעכו. בשנת 2007, ניתן לג'יהאד היתר שהייה שנתי, ומדי שנה היא נדרשת לחדש את ההיתר בהליך מכביד מאוד, במסגרתו בני הזוג נדרשים להמציא עשרות רבות של מסמכים להוכחת כנות הקשר ביניהם וקיום מרכז חיים בישראל. טיפול בבקשת חידוש כאמור טומן בחובו פגיעה בפרטיות ובהשפלה מתמשכת.

11. פקידי משרד הפנים ממטירים את ג'יהאד בשאלות אישיות ורגישות במטרה לברר את "כנות הקשר". על כן, היא נאלצת לענות על הלך הרוח בבית, יחסיה עם בעלה, תפקידה בבית ומעמדה בשכונה. לאחרונה, היא נתבקשה לתת הסבר מדוע הייתה עצובה, והאם זה קשור לבעלה. למרות לימודיה האקדמאיים, ג'יהאד מתקשה למצוא עבודה בשל תלותה באישור שהייה שנתי, והיא נתפסת כעובדת לא יציבה שהעסקתה תלויה במעמדה הלא קבוע. ג'יהאד גם אינה מצליחה להמשיך וללמוד לתארים מתקדמים ולממש בכך את שאיפותיה האקדמאיות. האוניברסיטאות הישראליות מבקשות ממנה תשלום גבוה מהרגיל, כ-25% מעל לשכר הלימוד הרגיל, ובמצב של העדר תעסוקה וארבעה ילדים עם הוצאות מרובות, היא נאלצת לוותר על חלום זה.

12. לאור המצב הסבוך שמייצר חוק האזרחות, ג'יהאד תלויה לחלוטין באמין, אפילו בהוכחת הקשר הביולוגי לילדיהם. כך למשל, באחד מביקורים בבית חולים שערי צדק בירושלים, נאלצה ג'יהאד לחכות לבעלה בכניסה לבית החולים על מנת שיוכיח, לפי ספח תעודת הזהות שלו, שאכן בנם הוא זה שמטופל במחלקת ילדים בבית החולים. דוגמא נוספת אירעה בחודש מרץ 2020. בזמן ביקור נוסף בבית החולים, החליטו בני הזוג לנסוע לא-ראם לביקור קצר אצל בני משפחתה של ג'יהאד. אז, התקיים סגר על תושבי הגדה המערבית ונמנעה כניסתם לישראל. בהגיעם למחסום בדרך חזרה לבית החולים, ובעוד ילדיהם נמצאים במושבים האחוריים של הרכב, סירבו החיילים שנכחו בעמדה לאפשר את מעברה של ג'יהאד בטענה שרק בעלי תעודת זהות ישראלית יכולים לעבור. תעודת הזהות "הירוקה" שלה מנעה את כניסתה. אמין והילדים נכנסו אך נכפה על ג'יהאד להתפצל משאר בני משפחתה, ולחזור ולהתגורר עם הוריה למשך כשלוש שבועות, הרחק מילדיה ובעלה.

13. ביום 11.07.2021, קיבל העותר 7 זימון לפגישה בלשכת הרשות האוכלוסין וההגירה בעכו "בנושא אחמש שימועים". ביום 02.12.2021, ניגשו בני הזוג לפגישה בתקווה כי מעמדה של העותרת 6

יוסדר. ואולם, נאמר לבני הזוג במפורש כי בקשתם לא תטופל עד שיהיו הנחיות חדשות בנדון. ביום 03.02.2022 ניגשו בני הזוג ללשכה בשנית והגישו בקשה חדשה להארכת רישיון ישיבה/להחלפת סוג אשרה, אך טרם קיבלו כל עדכון או מענה בעניינם.

== מצ"ב העתק תעודות הזהות של עותרים מס' 6 ו- 7 כנספח ע/7.

== מצ"ב העתק היתרי השהייה השנתיים של העותרת מס' 6 כנספח ע/8.

== העתק זימון לפגישה בנושא אחמש שימועים מיום 12.07.2021 ובקשה להארכת רישיון ישיבה/להחלפת סוג אשרה מיום 03.02.2022 כנספח ע/9.

פירוט הרקע העובדתי

ההליך המדורג ועניין סטמקה

14. לקראת סוף שנות ה-90 של המאה הקודמת מתעוררת לראשונה סוגיית איחוד משפחות של אזרחים יהודים. פסק דין **סטמקה** הוא פסק הדין הראשון שדן בנושא, עת שר הפנים שינה את מדיניותו וקבע כי חוק השבות אינו מאפשר לבן/בת זוג זר/ה של אזרח יהודי ישראלי לקבל אזרחות אוטומטית וכי על בן הזוג הזר לעבור הליך התאזרחות. בית המשפט הנכבד קיבל את פרשנותו של משרד הפנים וקבע כי תכליתו של חוק השבות לאפשר לכל המשפחה ביחד להגר לישראל, אך אזרח יהודי תושב ישראל עניינו אמור להיות שווה לשאר האזרחים הערבים וכי פרשנות זו לחוק השבות אכן משיגה שוויון בין כלל האזרחים בכל הקשור להליך ההתאזרחות. בכך קבע השופט חשין תקדים חשוב לפיו הליך איחוד משפחות חייב להיות כפוף לשלטון החוק, בהיותו עניין הנוגע לזכות לאזרחות שווה וכי אזרחים יהודים וערבים יעברו הליך ברור, כתוב ושוויוני. בפסק דין זה התייחס השופט חשין לסוגיית חיי המשפחה של אזרחים כענין השייך לליבתה של הזכות לאזרחות כזכות-על ובבחינת המקור לכלל הזכויות.

15. לפני עניין **סטמקה**, הליך איחוד המשפחות של האזרחים הערבים היה תלוי בשיקול הדעת המוחלט של שר הפנים. כעת ולראשונה בהיסטוריה המשפטית הישראלית מתקיים מצב שבו שר הפנים חייב להסדיר את נושא איחוד המשפחות ולהכפוף אותו לסטנדרטים ברורים ושוויוניים.

16. לכן, בעקבות תקדים **סטמקה** נקבע "ההליך המדורג" לפיו 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 ביטחונית 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 ביטחונית או פלילית לאישור הבקשה

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

ו. 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.

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

17. לפני כניסתו של ההליך המדורג לתוקף ותחילת יישומו בפועל, הורה שר הפנים לשעבר אלי ישי בשנת 2002 להקפיא באופן מוחלט את הטיפול בבקשות לאיחוד משפחות של תושבים בעלי אזרחות ותושבות ישראלית עם בני זוגם מהגדה המערבית ועזה. וביום 12.05.2002 התקבלה החלטת ממשלה מס' 1813 שבה אושרה החלטת השר.

18. בעקבות זאת, עתרה העותרת מס' 1 בשם עשרות משפחות נגד החלטת הממשלה, בג"ץ 4608/02 **נזיה עוזד נ' שר הפנים** (עתירה נוספת הוגשה על ידי האגודה לזכויות האזרח, בג"ץ 4022/02 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים**). בעתירות נטען, בין היתר, כי החלטת הממשלה הנ"ל מנוגדת להלכה שנקבעה בעניין **סטמקה** וכי היא מפלה באופן בוטה ביותר את האזרחים הערבים. בעקבות כך בית המשפט הנכבד הוציא צו על תנאי.

פסק הדין בעניין עדאלה

19. ואולם, לפני התקדמות הדיונים בעתירות הנ"ל, התקבל חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג - 2003 ביום 13.07.2003 (להלן: חוק האזרחות) אשר אימץ באופן מוחלט את החלטת הממשלה לעיל. חוק האזרחות - שהוא זהה במהותו לחוק נשוא העתירה דנן - אסר על איחוד משפחות בין אזרחי ישראל לבין פלסטינים תושבי הגדה המערבית ועזה (הגבלה לגיל

המבקשים איחוד משפחות לנשים מעל גיל 25 ולגברים מעל גיל 35) ומנע את החלת ההליך המדורג עליהם, והכל כפוף לחריגים מינוריים. החוק נחקק כ"הוראת שעה" בת תוקף לשנה אחת.

20. כך נוצרו באופן ברור, קטיגורי וממוסד שני מסלולי התאזרחות בהקשר איחוד משפחות: אחד שחל על האזרחים היהודים לפי חוק השבות ולפי קביעות פסק דין **סטמקה**, ואחר שחל על האזרחים הערבים ותושבי ירושלים הערבים.

21. בעקבות חקיקת החוק, הוגשו מספר עתירות כנגד חוקתיותו ובהן נטען, בין היתר, כי הוא פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות החוקתיות של ערבים אזרחי מדינת ישראל, וביניהן הזכות לחיי משפחה, שוויון, חירות אישית ופרטיות. לצד עדאלה עתרו מספר ארגונים נוספים, וכל העתירות אוחדו במסגרת עניין **עדאלה**.

22. ביום 14.05.2006, בית המשפט הנכבד נתן את פסק דינו בעניין **עדאלה**. בפסק הדין, נדחו כל העתירות שהוגשו נגד החוק, אם כי ששה שופטים, היינו הרוב, קבעו כי חוק האזרחות פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות החוקתיות, ובראשן הזכות לחיי משפחה. הפער בין הקביעות החוקתיות למסקנות האופרטיביות שבפסק הדין נבע מדעת המיעוט של השופט לוי, שקבע בפסק דינו כי חוק האזרחות פוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה ובעקרון השוויון באופן בלתי מידתי, ואולם יש לדחות את העתירות משום שהחוק היה זמני בלבד ואמור היה לפוג ביום 31.07.2006.

23. שמונה מתוך אחד עשרה שופטי ההרכב בפסק הדין קבעו כי הזכות לחיי משפחה הינה זכות חוקתית (ראו סעיפים 25 עד 28, 30 עד 35 לפסק דינו של הנשיא בדימוס ברק; סעיפים 6 ו-7 לפסק דינה של הנשיאה בייניש (כתוארה דאז); סעיפים 1 עד 15 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; סעיף 4 לפסק דינה של כב' 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).

24. שופטי המיעוט קבעו כי החוק אינו מידתי וכי ההליך המדורג והבדיקה הפרטנית עונה על התכלית הביטחונית, שכן האיסור הגורף על איחוד משפחות פוגע בזכותם של האזרחים הערבים לממש חיי המשפחה ופוגע בזכותם לשוויון באופן לא מידתי.

25. יתר על כן, הן השופט ג'ובראן והן השופטת פרוקצ'יה קבעו כי החוק נועד לתכלית דמוגרפית (ראו פסקה 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ופסקה 24 לפסק דינו של השופט ג'ובראן) שריחפה ואף חדרה אל תוך הליך חקיקתו של החוק.

על זמניות החקיקה בתור הוראת שעה בעניין עדאלה

26. עצם הגדרת החוק כ"הוראת שעה" השפיעה רבות על תוצאת פסק הדין בעניין עדאלה. השופט לוי הצטרף לדעת הרוב שאישרה את החוק על אף שהוא קבע כי החוק הוא בלתי חוקתי בנמקו כי מדובר בהוראת שעה שניתן לתקן בקרוב.

27. לכן בשל זמניות החוק כהוראת שעה, השופט לוי העמיד בפני המשיבים תקופה קצובה של תשעה חודשים בכדי להעביר הסדר משופר להוראת השעה.

28. זמניותו של החוק כהוראת שעה גם השפיעה על עמדת המשנה לנשיא (כתוארו אז) חשין שהוביל את דעת הרוב:

"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" (סעיף 118 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין).

29. גם השופט ריבלין, שהתייחס לחוק כגורף ובעייתי, הדגיש כי היות ומדובר בהוראה זמנית המוגדרת כ- "הוראת שעה" משפיעה באופן דומיננטי על הדיון החוקתי וכקביעתו:

"בענייננו, העתירה נוגעת להוראת שעה מן הסוג, ובנסיבות, שבהן נכון יהא לומר כי העתירה היא הן מאוחרת מדי והן מוקדמת מדי. מספר גורמים חומרים לכך, ומובילים, כולם יחד, למסקנה כי אין מקום להכרזה שיפוטית על בטלות הוראה השעה: החוק החדש טרם הבשיל – אם אכן תבחר הכנסת הנכנסת לחוקק חוק כזה, ומנגד החוק הקיים עומד לפקוע. במובן זה, המחלוקת היום היא ספקולטיבית בלבד והדיון הוא "תיאורטי". מחלוקת ממשית צריך שתתקיים בכל שלב של יסוס הביקורת השיפוטית ולא רק בעת הגשת העתירה; הדיון אינו בשל כשהוא מתקיים קודם זמנו כשהמחלוקת אינה ידועה, או מקום בו היא איננה מגובשת. התפישה כי אין נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, אין לבוא חשבון עם המחוקק על חוק שעבר מן העולם, או שטרם בא לעולם, נשענת על שיקולים תרופתיים ועל ההגיון שבהפעלת שיקול-הדעת השיפוטי. אכן, גם הוראת שעה עשויה להצדיק ביקורת שיפוטית, מקום בו מתקיימות נסיבות המצדיקות התערבות" (סעיף 6 לפסק דינו של השופט ריבלין).

30. למעשה, עמדת המיעוט, שקבעה כי החוק בטל, התייחסה לזמניות ההוראה. כך למשל קובע הנשיא, דאז, ברק:

"על תכליתו הביטחונית של חוק האזרחות והכניסה לישראל ניתן לעמוד מהסדריו. כך, למשל, החוק הוא זמני ("הוראת שעה"). הוא לא בא לעצב מציאות דמוגרפית חדשה לאורך שנים. הוא נעשה לצרכי העכשיו" (פסקה 80 לפסק דינו של השופט ברק).

31. גם עמדתה של השופטת ביניש (כתוארה אז) נתנה משקל לזמניות ההוראה וכדבריה:

"אין ספק כי המחוקק היה ער לבעייתיות החוק ומטעם זה נחקק החוק כהוראת שעה ואף תוקן והוכנסו בו ההקלות שנועדו להגמישו, הגם שלא מצאנו כי הקלות אלה מעבירות את החוק מעל המשוכה החוקתית. תוקפו של החוק יפוג בקרוב ולכן איני רואה כי נדרשים אנו ליתן סעד מעבר להצהרה כי חוק זה במתכונתו הנוכחית אינו חוקתי ולפיכך בטל" (פסקה 13 לפסק דינה של כבוד השופטת ביניש).

32. יוצא אפוא, כי רוב שופטי בית המשפט העליון בפס"ד **עדאלה** קבעו, כי חוק האזרחות פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות חוקתיות וכי החוק לא היה עובר אלמלא זמניותו. עם זאת, תוצאתו של פסק הדין השרישה את ההפרדה במסלולי ההתאזרחות על בסיס גזעי.

פסק הדין בעניין גלאון

33. בעקבות פסק דין **עדאלה**, דנה ועדת הפנים של הכנסת בהצעות לתיקונים נוספים בחוק. אולם, התיקונים שנחקקו העמיקו את הפגיעה שמייצר החוק, הרחיבו את תחולתו למדינות ואזורים נוספים והאריכו את תוקפו. כך, החוק שנחקק ב-2007 הרחיב את האיסור בדבר איחוד משפחות של ערבים אזרחי ישראל הנשואים גם עם תושבי מדינות שהוגדרו "מדינות אויב": איראן, עיראק, לבנון וסוריה. האיסור חל גם על כל אדם שבאזור מגוריו "מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה", ואוסר על איחוד משפחות עם בן זוג שהוא תושב מדינת אויב (לבנון, סוריה, עירק ואיראן). היינו האיסורים נעשו על בסיס זהותו הלאומית של בן זוג ולא על פי מעשיו. חשוב מכל, החוק נחקק בניגוד לעמדת רוב שופטי בג"ץ שהייתה (יחד עם עמדת השופט לוי) נגד המשך מתכונתו של החוק האוסר. בתאריך 28.03.2006, פורסם חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשס"ז - 2007.

34. מיד לאחר חקיקתו של החוק והדיונים בעניינו, הגישה העותרת 1 ומשפחות נפגעות מהחוק עתירה לבג"ץ בדרישה לקבוע כי החוק הוא בלתי חוקתי. לצד העותרת 1 הגישו מספר ארגוני חברה אזרחית עתירות נגד החוק, כשהדיונים בהם אוחדו במסגרת עניין **גלאון**.

35. ביום 11.01.2012, נתן בית המשפט העליון את פסק דינו בעניין **גלאון**. גם הפעם, התקבלה ההחלטה על חודו של קול, ברוב של שישה שופטים לעומת חמישה. בשונה מפסק הדין הראשון בעניין **עדאלה**, בעניין **גלאון** נקבע כי החוק הוא חוקתי ועומד בתנאי פסקת ההגבלה.

36. בדומה לעניין **עדאלה**, זמניותו של החוק השליכה על עמדות כלל השופטים, לרבות שופטי הרוב, שנתנו משקל רב ל"זמניותו" של החוק והיותו מוגבל כ"הוראת שעה".

37. השופט רובינשטיין קבע שהוראת שעה מחייבת בחינה מחדש באופן תדיר למיתון הפגיעה בזכויות:

"הוראת שעה כשמה כן היא, גם אם השעה מתארכת בשל נסיבות המחייבות זאת, כבענייננו; לפיכך, מעבר לזהירות הנדרשת בקבלתה, היא מחייבת גם עיון ובחינה מחדש באופן תדיר. על המחוקק להיות איפוא קשוב היטב לשינויים במציאות, וזאת במספר הקשרים. ראשית, יש לקוות כי יתרחש בעתיד שיפור במצב הביטחוני באופן שיפחית את הצורך באמצעי הגנה, ולמצער יהפוך את נטילת הסיכון שכרוך בהסרתם החלקית או המלאה למחויבת המציאות. שנית, יתכנו שינויים שיהפכו את הבחינה הפרטנית למעשית ויעילה יותר – ובכך ישוב ויתעורר מבחן המשנה השני ("אמצעי שפגיעתו פחותה"). על הרשויות להניח תדיר "אצבע על הדופק" הן בכל הנוגע לצרכים הבטחוניים, והן בכל הנוגע לאפשרות לייצר כלים אפקטיביים שפגיעתם קלה יותר" (פסקה מ"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

38. ובנוסף, השופט הנדל (כתוארו אז) התייחס לבעייתיות הגלומה בהוראת השעה בהינתן הפגיעה שמסב החוק לזכויות יסוד:

"השעה ארוכה היא ואינה משתנה. האקלים הקשה מלווה אותנו בכל עונות השנה, ולמשך שנים רבות. בשבתנו בבית משפט זה, מחויבים אנו בעת הביקורת השיפוטית להסתכל גם על השעון. דעתי היא, כאמור, שאין מקום להורות על בטלות החוק בשל היותו לא חוקתי. עם זאת, טוב תעשה המדינה אם תגבש חוק שיתייחס לנושא ההגירה בהקשר הנוכחי ובכלל. על פי ההודעה המעדכנת של בא כוח המדינה, כך אכן פועלים הגורמים במרץ רב. אמנם, היה ולא, מנקודת מבטה של הביקורת החוקתית מצופה לשניים. האחד, שדיון בדבר הארכת החוק המתקן יהיה דיון

מקיף ויסודי – מהותי ולא פורמאלי. השני, שהרשות המחוקקת תהיה קשובה למציאות המשתנה, כדי לבחון אם הפגיעה עודנה מוצדקת" (פסקה 7 בפסק דינו של כבוד השופט הנדל).

39. השופט מלצר (כתוארו אז) קבע כי על פי משפט משווה, השימוש בחקיקה זמנית היא ראוייה בארבעה מצבים חלופיים:

א. אילוצים של דחק, או שעת חירום.

ב. ניסוי מבוקר של שיטה חדשה, או מדיניות חדשה, או כאמצעי לקבלת מידע.

ג. תגובה לתקלות במצבים נורמטיביים קיימים.

ד. ניסיון להתגבר על הטיות קוגניטיביות [...] או למצבים של מידע א-סימטרי" (פסקה 42 לפסק דינו של כבוד השופט מלצר).

40. נטען כי מצבים אלו, רובם ככולם, אינם מתקיימים היום בענייננו. אין מדובר על מצב של דחק או שעת חירום - החוק נחקק בתקופה בה אין מצב מעין זה. ועוד, מדיניות מניעת איחוד משפחות קיימת מזה 18 שנים, שכן אין ענייננו במדיניות חדשה או ניסוי מבוקר לשיטה חדשה. גם חלופה ג. לא מתקיימת, שכן אין תקלה במצבים נורמטיביים, בו בעת החוק נועד לתכלית גזענית, ואינו מהווה תגובה לתקלה כזו או אחרת. ולמעלה מן הצורך, אין זה מתקבל על הדעת שתיקונה באופן יסודי יארך כמעט 20 שנים. המצב הרביעי אינו מתקיים בענייננו – אין מדובר על הטיות קוגניטיביות או מצבים של מידע א-סימטרי, שכן לגורמי הביטחון היכולת והמיומנות לאסוף מידע מודיעיני ולבחון את האזרחים ומבקשי איחוד המשפחות בהתאם למסוכנות הלכאורית הנטענת.

41. לצד דעת הרוב, גם דעת המיעוט התייחסה בהרחבה לחקיקתו של החוק במסגרת "הוראת שעה". כך למשל, קבעה השופטת ארבל כי היותו של החוק חוק זמני עשויה להוות 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 שכזו לאורך זמן עלי ספר החוקים שלנו..." (פסקה 27 לפסק דינה של השופטת ארבל).

42. השופט לוי, שהיטה את הכף בשנת 2006, טען בפסיקתו כי החוק אינו חוקתי והדגיש כי המחוקק החמיץ את ההזדמנות שניתנה לו על ידי בית המשפט בפסק הדין הראשון בעניין **עדאלה** לתקן את החוק באופן שיאפשר לו לעבור את פסקת ההגבלה. בשונה מפסק דינו בעניין **עדאלה**, השופט לוי הביע את עמדתו כי חוק האזרחות אינו עובר אפילו את השלב הראשון של פסקת ההגבלה, וזאת לאור הפגיעה החמורה והגורפת בזכות מוגנת:

"אותם דברים מקוממים גם באשר הם חוטאים לאמור בחוות דעתי, ובסיסם בהעצמה של פחד, נחלתם של רבים, שכל עמידה על זכויות אדם של המיעוט הערבי, כרוכה מניה וביה בסכנה קיומית לישראל. לו היה עולה בלבי הרהור שהתוצאה אותה הצעתי בחוות דעתי עלולה להעמיד בסכנה את מדינת ישראל ותושביה, הייתי מצטרף ללא היסוס להצעה לדחות את העתירות. ברם, המצב שונה בתכלית, בראש ובראשונה מאחר והקפדה על זכויות אדם בנסיבות הנוכחיות, יכולה גם לדור עם שמירה על ביטחון ישראל. ולא למותר להדגיש כי ההלכה הנוהגת עמנו היא כי המחוקק אינו פטור, גם מקום שקיים סיכון, להימנע כליל מנטילת סיכון זה שעה שההימנעות באה על חשבון זכויות יסוד של הפרט (פסקה 47 לפסק דינו של השופט לוי)

43. ועוד, עמד השופט לוי על הבעייתיות בהארכות החוזרות והנשנות של החוק בצורת "הוראת שעה":

"בכוונת מכוון בחר לכאורה המחוקק שלא להקנות לחוק האזרחות מושב מפורש של קבע עלי ספר החוקים, וייעד לו לכתחילה תוחלת חיים קצרה. אך מה שנועד להיות הוראת שעה התגלה, למרבה הצער, כ"הוראת שנים" (פסקה 33 לפסק דינו של השופט לוי).

44. לקביעה זו הצטרפה הנשיאה בייניש (כתוארה אז), וחידדה את הבעייתיות בשימוש ב"הוראת שעה" לשם הסדרת עניינים עקרוניים:

"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 שיישקו בכבוד ראש וכי ייבחן הצורך להכניסם דרך הדלת הראשית – על כל המשתמע מכך..." (פסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה בייניש (כתוארה אז).

45. החוק במתכונתו הנוכחית אינו מפחית מהפגיעה בזכויות יסוד, וממשיך להתקיים כ"הוראת שעה" על אף הקביעות של רוב השופטים, לפיהן ניתן להסיק כי קיים קושי רציני שהחוק היה עובר את מבחן החוקתיות אלמלא מדובר היה ב"הוראת שעה". הפגיעה היא גורפת, התכלית הביטחונית עמומה ומופשטת, כשהתכלית האמיתית – הדמוגרפית והגזענית – בולטת באופן ברור וחד גם היום כפי שיפורט בהמשך.

חידוש הוראת השעה מדי שנה

46. במשך כ-18 שנים הוארך תוקפו של החוק בצו ממשלתי ובאישור הכנסת. ואולם, זמניותו של החוק הפכה להיות מדומה והוא הפך, הלכה למעשה, לחוק קבוע במרוצת השנים, כשהפרדת משפחות וניתוק ילדים מהוריהם נותרה על כנה והשרישה מציאות בלתי אפשרית.

47. על כן, פנתה העותרת 1 ללא הרף במכתבים למשיבים וטענה כי הוראת השעה נהפכה, הלכה למעשה לחוק קבוע, בניגוד לפסקי הדין בעניין, ועל כן צריך להימנע מהארכה נוספת של "הוראת השעה" היות ומדובר בחוק גזעני ומפלה. כך, למשל, פנתה העותרת ביום 31.05.2020 לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בדרישה שלא לאשר את צו האזרחות והכניסה לישראל.

48. גם ביום 01.07.2021 ובטרם פקע החוק פנתה העותרת 1 שרת הפנים חה"כ איילת שקד והיועץ המשפטי לממשלה (כתוארו אז) ד"ר אביחי מנדלבליט בדרישה להימנע מהארכת חוק האזרחות וכן להימנע מלהניח על שולחן הכנסת כל הצעת חוק האוסרת על איחוד משפחות פלסטיניות. ואולם, פניות אלו לא נענו, ולא התקבלה אף תשובה לגופו של עניין מהגורמים המוסמכים בנדון.

== מצ"ב העתק פניית העותרת 1 לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת מיום 31.05.2020 ולשרת הפנים והיועץ המשפטי לממשלה מיום 01.07.2021 כנספח ע/10.

49. בניגוד לפסיקה, הוארך החוק מדי שנה למשך למעלה מ-18 שנים. מסגורו של החוק כ"הוראת שעה" השפיעה גם על רבים מחברי הכנסת, שהצביעו בעד החוק ואישרו אותו בעבר רק בשל היותו זמני (ראו, למשל, את דבריו של ח"כ משה גפני בדיון בפני ועדת הפנים והגנת הסביבה ביום 20.03.2007: "אני מתנגד לרעיון של הצעת חוק קבועה מכיוון שהחוק הזה הוא חוק לא ראוי, אסור שהוא יהיה באופן קבוע הוא חייב להיות בהוראת שעה... אני לא מקבל את הרעיון, אבל אני מקבל את הוראת השעה". ח"כ גפני המשיך: "אסור שהוא יהיה באופן קבוע, הוא חייב להיות בהוראת שעה... אני לא מסכים שזה יהיה חוק קבוע. זה כתם על ספר החוקים של מדינת ישראל" (פרוטוקול ישיבה מס' 135 של ועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 20.3.2007, בעמודים 22-23)).

50. ביום 18.10.2017, נדונו מספר עתירות שאוחדו במסגרת בג"ץ 813/14 פלונים נ' שר הפנים (נבו 18.10.2017). העתירות דנו בעניינם של פלסטינים המצויים בהליכי איחוד משפחות עם תושבי קבע, וחיים בשל כך בישראל וירושלים במשך שנים ללא מעמד תושב. בפסק הדין הנ"ל התמקד הדיון בשדרוג מעמדם של אלה שנמצאו "בצנרת" כתוצאה מחקיקת חוק האזרחות משנת 2003 והעתירות נמחקו לאור החלטתו של שר הפנים להעניק מעמד ארעי לכאלפיים פלסטיניים המצויים בהליכי איחוד משפחות עם תושבי קבע, בתנאי שהגישו בקשה לאיחוד משפחות עד סוף שנת 2003. בפסק הדין הנ"ל, לא נשללה האפשרות כי בית המשפט יידרש בעתיד לדון שוב בסעדים חוקתיים הנוגעים לחוק האזרחות. השופט עמית, שהצטרף לפסק דינה של הנשיאה נאור, קבע כי: "בהינתן שהתוצאה בשני פסקי דין אלה [בעניין עזאלה ועניין גלאון] הייתה על חודו של קול, ובהינתן חלוף הזמן, אני סבור כי ריכוך הוראת השעה הוא צו השעה... אין לשלול כי

בית משפט זה יידרש בעתיד שוב לסעדים חוקתיים הנוגעים להוראת השעה, וחזקה על המשיבים כי ייקחו הערות בית המשפט לתשומת ליבם." (פסקה 1 לפסק דינו של כבוד השופט עמית). השופט דנציגר הצטרף גם הוא לפסק הדין, והביע את הסכמתו להערות השופט עמית.

ביקורת בינלאומית

51. מאז שנחקק בשנת 2003, בלט חוק האזרחות כחריג בנוף המשפטי בעולם. עשרות ארגונים, ועדות בינלאומיות ומוסדות מוערכים ביקרו אותו, הדגישו את מסוכנותו, והביעו את דאגתם לפגיעה שהוא מייצר בזכויותיהם של האזרחים הערבים. נטען כי אין לחוק אח ורע באף מדינה בעולם. אין ולו מדינה אחת בעולם שמטילה איסור של איחוד משפחות על רקע שיוך אתני או לאומי, קל וחומר כאשר ענייננו באיחוד משפחות של אזרחי המדינה עם בני/ות זוג בני/ות עמם. על כן, הביקורת על החוק ולמדיניות המפלה הכרוכה בו נמשכת עם חקיקתו המחודשת מדי שנה, ואיתה גם הקריאה החד משמעית לאפשר את איחודן של משפחות פלסטיניות.

52. מועצת האו"ם לזכויות אדם מבקרת מזה שנים את החוק בהחלטותיה השונות, ומביעה את דאגתה מפני הפגיעה שהוא מסב לחייהם של פלסטינים. ראו למשל את סעיף 14 להחלטת מועצת האו"ם לזכויות אדם מס' 43/32 מיוני 2020:⁶

"Also expresses concern at the Citizenship and Entry into Israel Law adopted by the Knesset, which suspends the possibility, with certain rare exceptions, of family reunification between Israeli citizens and persons residing in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, thus adversely affecting the lives of many families."

ראו החלטות נוספות של מועצת האו"ם לזכויות אדם מהשנים 2014-2019.⁷

53. הנציב העליון של האו"ם לזכויות אדם ביקר גם הוא את החוק בדו"ח שדן ביישום החלטות מועצת האו"ם לזכויות האדם, והדגיש את הפגיעה הקשה בזכויותיהם של פלסטינים, בייחוד תושבי מזרח ירושלים שהתחתנו עם בני/ות זוג מהגדה המערבית, כשמעמדם האזרחי כרוך בהליך מסורבל הכופה עליהם תושבות ארעית הניתנת לשלילה בכל רגע נתון:⁸

"Palestinians from East Jerusalem have the status of permanent residents. That status is not automatically

⁶ Human Rights Council, Resolution 43/32, June 2020.

⁷ Human Rights Council, Resolution 25/29, March 2014; Human Rights Council, Resolution 28/27, March 2015; Human Rights Council, Resolution 31/34, March 2016; Human Rights Council, Resolution 34/30, March 2017; Human Rights Council, Resolution 37/35, March 2018; Human Rights Council, Resolution 40/23, March 2019.

⁸ Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights: Implementation of Human Rights Council Resolutions S-9/1 and S-12/1, 11 Feb 2021, A/HRC/46/63, para. 45.

extended to their children or spouses. Palestinians from the West Bank married to East Jerusalemites cannot receive permanent residence or citizenship, but can apply for temporary permits, subject to lengthy and restrictive family unification procedures. The Citizenship and Entry into Israel Law (Temporary Order), violates the obligations of Israel under several human rights treaties, including the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, and compounds women's vulnerability to domestic violence.”

54. הועדה המיוחדת לחקירת הפרקטיקות הישראליות המשפיעות על העם הפלסטיני ביקרה במספר דוחות את חוק האזרחות, והדגישה את הפגיעה מרחיקת הלכת של החוק על זכויותיהם החוקתיות של פלסטינים, ובפרט תושבי ירושלים, שלנוכח ההליך שנכפה עליהם להוכיח "מרכז חיים" בעיר, הם מאבדים את מעמדם ומגורשים בעל כורחם. ראו לדוגמה את דוח הועדה המיוחדת מיום 18.10.2017 :

"[...] This policy reportedly places a significant strain on Palestinian families, and in many cases may lead to family separation, or force families to give up their homes in East Jerusalem in order to live together elsewhere. It was emphasized to the Committee that such restrictions infringe the right to family life. According to information received, the Ministry of Interior of Israel systematically revokes the status of Palestinian residents of East Jerusalem, both as an administrative and occasionally as a punitive measure, a process in which thousands of Palestinian residents have already lost their residency rights. Administrative residency revocation can occur in various cases, including when the "centre of life" requirement is not met, or when a Palestinian resident of Jerusalem lives outside Jerusalem for more than seven years (this can include living in the West Bank). [...] According to analysis presented to the Committee, residency revocation for punitive or administrative reasons may amount to forcible transfer, in violation of international humanitarian law. Revocation of residency status for punitive reasons may also amount to collective punishment, for example when status is revoked from family members in retaliation for the actions of one individual.”⁹

⁹ Report of the Special Committee to Investigate Israeli Practices Affecting the Human Rights of the Palestinian People and other Arabs of the Occupied Territories, 18 Oct. 2017, A/72/539, para. 43, 46.

ראו עוד החלטות קודמות של הוועדה בנדון.¹⁰

55. ועדת האו"ם לזכויות אדם מתחה ביקורת על המדיניות הממשלתית שקדמה לחוק, הליך חקיקתו וכן דחיית העתירות נגדו. בהצהרותיה, הדגישה הוועדה את דאגתה מההשפעה רחבת ההיקף של החוק על אלפי משפחות וזוגות. ראו למשל את הצהרת הוועדה מיום 21.08.2003 :

"The Committee is concerned about Israel's temporary suspension order of May 2002, enacted into law as the Nationality and Entry into Israel Law (Temporary Order) on 31 July 2003, which suspends, for a renewable one-year period, the possibility of family reunification, subject to limited and subjective exceptions, especially in the cases of marriages between an Israeli citizen and a person residing in the West Bank or in Gaza. The Committee notes with concern that the suspension order of May 2002 has already adversely affected thousands of families and marriages.

The State party should revoke the Nationality and Entry into Israel Law (Temporary Order) of 31 July 2003, which raises serious issues under articles 17, 23 and 26 of the Covenant. The State party should reconsider its policy with a view to facilitating family reunification of all citizens and permanent residents. It should provide detailed statistics on this issue, covering the period since the examination of the initial report."¹¹

ראו החלטות דומות של הוועדה מופיעות בדו"ח משנת 2010,¹² ובדו"ח משנת 2014.¹³

56. המזכיר הכללי של האו"ם (כתוארו אז) באן קי-מון, התייחס גם הוא לסוגיית איסור איחוד משפחות בדו"ח מיוחד למצב זכויות האדם בשטחים הכבושים. על פי הדו"ח מיום 20.06.2016, חוק האזרחות מבצע הפרדה שרירותית בין בני זוג מאותה משפחה, ומפר בכך את זכותם לחיי משפחה :

¹⁰ Report of the Special Committee to Investigate Israeli Practices Affecting the Human Rights of the Palestinian People and other Arabs of the Occupied Territories, 24 Sept 2007, A/62/360, para. 42; Report of the Special Committee to Investigate Israeli Practices Affecting the Human Rights of the Palestinian People and other Arabs of the Occupied Territories, 9 Oct 2006, A/61/500, para. 41; Report of the Special Committee to Investigate Israeli Practices Affecting the Human Rights of the Palestinian People and other Arabs of the Occupied Territories, 26 Sept 2005, A/60/380, para. 56-59.

¹¹ Human Rights Committee, Concluding Observations of the Human Rights Committee, 21 August 2003, CCPR/CO/78/ISR, para. 21.

¹² Human Rights Committee, Consideration of reports submitted by State Parties under Article 40 of the Covenant, 3 September 2010, CCPR/C/ISR/CO/3, para. 15.

¹³ Human Rights Committee, Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of Israel, 21 Nov 2014, CCPR/ISR/CO/4, para. 21.

“The almost-total denial by Israel of family reunification for Palestinian or Palestinian-Israeli families and the lack of consideration for individual circumstances violate the right to family life and the prohibition of discrimination, since it makes an arbitrary distinction between mixed families involving Palestinians and other foreign nationals and carries undertones of ethnic prejudice.”¹⁴

57. לצד זאת, ביקרו מספר ועדות או"ם הנגזרות מאמנות בינלאומיות את חוק האזרחות, והדגישו את ממדי הפגיעה השונים בחירות ובשוויון. כך למשל, הסתייגה ועדת CEDAW לביעור כל צורות האפליה נגד נשים מהחוק והעירה, בשנת 2017, כי על אף שהחוק נחקק כהוראת שעה, הוא מוארך מדי שנה ומונע מפלסטינים בעלי אזרחות או תושבות ישראלית את זכותם הבסיסית למשפחה:

“The Committee notes with concern that the Citizenship and Entry into Israel Law (Temporary Order), which was enacted in 2003 and intended to be temporary, yet continues to be extended, prohibits the granting of status to the spouses of Palestinian Israelis or Palestinian permanent residents in Israel. The Committee notes that the ban is absolute for inhabitants from the Gaza Strip, whereas Palestinians from the West Bank have been able to obtain limited temporary resident permits since 2005 [...]

Although the legislation now allows the granting of temporary residence permits for humanitarian reasons or a residence permit under special circumstances, the granting of temporary residence permits requires the fulfilment of strict security and age conditions, and the withdrawal of such permits can be arbitrary.

Under government resolution No. 3598 of June 2008, family reunification of Palestinians who have Israeli residency or citizenship with individuals from the Gaza Strip is prohibited outright.”¹⁵

כן ראו את החלטות ועדת הזכויות הכלכליות, חברתיות ותרבותיות,¹⁶ הועדה לזכויות הילד,¹⁷ הועדה לביעור כל צורות האפליה הגזעית.¹⁸

¹⁴ Report of the Secretary-General, Human Rights Situation in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, 20 Jan 2016, A/HRC/31/44, para. 73.

¹⁵ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding Observations on the Sixth Periodic Report of Israel, 17 Nov. 2018, CEDAW/C/ISR/CO/6, paras. 40-41.

¹⁶ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Israel, 16 Dec. 2011, E/C.12/ISR/CO/3, para. 20; Committee on

פקיעת הוראת השעה בשנת 2021

58. ביום 06.07.2021, בתום הצבעה במליאת הכנסת ועל רקע שינויים קואליציוניים, לא הוארכה תוקפה של הוראת השעה. עם פקיעת חוק האזרחות, וביטול ההגבלות הגורפות שנקבעו בו, הגישו כ-2,700 איש בקשות להסדר מעמד על פי הנהלים הרגילים לתושבות קבע ואזרחות (על-פי נתונים שהוצגו על ידי נציגת רשות האוכלוסין וההגירה בוועדת חוץ וביטחון ביום 01.03.2022). ואולם, ועל אף החובה הפוזיטיבית המוטלת על הרשות לטפל בבקשות אלו, הונחו עובדי רשות האוכלוסין וההגירה שלא לטפל בבקשות לאזרחות ותושבות קבע למי שהחוק חל עליו עד לפקיעתו, ועל כן להמשיך ולטפל בבקשות בהתאם למצב המשפטי שנהג בתקופת תוקפו של החוק כהוראת שעה.

59. ביום 09.08.2021, פנתה העותרת 1 ליועץ המשפטי לממשלה (כתוארו אז) ד"ר אביחי מנדלבליט ולשרת הפנים חה"כ איילת שקד והביעה את עמדתה כי הסירוב לטפל בבקשות לאיחוד משפחות לאחר פקידתו של החוק הינו בלתי חוקי ומנוגד להלכת **סטמקה**, לפיה יש לבחון כל פנייה פרטנית לפי ההליך המדורג לצורך איחוד משפחות. ביום 23.08.2021 התקבל מענה מטעם המושנה ליועץ המשפטי לממשלה, לפיו שרת הפנים "הנחתה את הדרגים המקצועיים הנוגעים בדבר במשרדה לבחון את משמעות פקיעת התוקף, על מנת שניתן יהיה לגבש מדיניות בנושא". מדיניות זו לא השתנתה, ופקידים הונחו להמשיך ולפעול כאילו החוק עודנו בתוקף.

== מצ"ב העתק פניית העותרת 1 מיום 09.08.2021 ליועץ המשפטי לממשלה ולשרת הפנים והמענה מלשכת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה מיום 23.08.2021 כנספח ע/11.

60. בעקבות בקשת רשות ערעור שהוגשה על ידי המוקד להגנת הפרט, האגודה לזכויות האזרח ומשפחות נפגעות קבע בית המשפט הנכבד כי אין אפשרות שמשרד הפנים ימשיך ויתנהל כאילו חוק האזרחות עודנו בתוקף, שכן כל עוד לא התקבלה הכרעה בעתירה המינהלית שהוגשה מטעם הארגונים לבית המשפט לעניינים מינהליים, על המדינה "לפעול בגדרו של הדין הקיים בלבד, ואין הם רשאים יותר לפעול על-פי חוק הוראת השעה או הנהלים שהוצאו מכוחו" (בר"ס 7917/21 ח'טיב ואח' נ' שרת הפנים ואח', בפסקאות 14-15).

61. ביום 01.02.2022, פרסמה המשיבה מס' 1 שני נהלים זמניים לטיפול בבקשות במסגרת איחוד משפחות; "נוהל זמני לטיפול במתן מעמד לבן זוג תושב אזור הנשוי לאזרח או לתושב קבע בישראל" (נוהל מספר 5.2.0080) (להלן: "**הנוהל הראשון**"), ו-"נוהל הסדרת עבודתה של הוועדה

Economic, Social and Cultural Rights, Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of Israel, 12 Nov 2019, E/C.12/ISR/CO/4, para. 40-41.

¹⁷ Committee on the Rights of the Child, Concluding Observations on the Second to the Fourth Periodic Reports of Israel, Adopted by the Committee at its sixty-third session (27 May – 14 June 2013), 4 July 2013, CRC/C/ISR/CO/2-4, para. 49-50.

¹⁸ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding Observations on the Combined Seventeenth to Nineteenth Reports of Israel, 27 Jan 2020, CERD/C/ISR/CO/17-19, para. 24-25.

הבינמשרדית המייעצת לקביעה ומתן מעמד בישראל לתושבי אזור מטעמים הומניטאריים מיוחדים" (נוהל מספר 1.14.0001, מעודכן לתאריך 01.02.2022) (להלן: "הנוהל השני").

== מצ"ב העתק נוהל זמני לטיפול במתן מעמד לבן זוג תושב אזור הנשוי לאזרח או לתושב קבע בישראל, ומספרו 5.2.0080, והעתק נוהל הסדרת עבודה של הוועדה הבינמשרדית המייעצת לקביעה ומתן מעמד בישראל לתושבי אזור מטעמים הומניטאריים מיוחדים, ומספרו 1.14.0001 כנספח ע/12.

62. הנוהל הראשון נועד "לקבוע את אופן הטיפול בבקשות למתן מעמד לבני זוג תושבי אזור הנשואים לאזרחים ישראלים, בהתאם לסעיף 7 לחוק האזרחות, התשי"ב – 1952 ובני זוג תושבי אזור הנשואים לתושבי קבע, בהתאם לסעיף 2 לחוק הכניסה לישראל התשי"ב – 1952, וזאת בתקופה שבין 1 לפברואר 2022 ועד לסוף מושב החורף תשפ"ב של הכנסת ה-24, או עד להשלמת הליך החקיקה, לפי המוקדם מבניהם". ואולם, מעיון בהליך הטיפול שפורט בנוהל הנ"ל עולה כי ההנחיות לא נועדו לשם מתן הליך הוגן ושוויוני העומד בתנאי החוק שקדמו לחוק האזרחות, כששדרוג המעמד האזרחי מסתכם בתושבים מגיל 50 ומעלה. הנוהל השני נועד "להגדיר את אופן הטיפול בבקשה למתן היתר מטעמים הומניטאריים, והוא זהה בתוכנו לתנאים ולחריגים שנקבעו בחוק האזרחות שפקע ולוועדה שהתקיימה עד יולי.

63. על כן, המשיכה המשיבה באותה מדיניות על אף פקיעתו של חוק האזרחות ביולי, ובמקביל הצהירה במספר הזדמנויות על התכלית האמיתית העומדת מאחורי החוק; תכלית דמוגרפית, גזענית ועוינת.

ההליכים לחקיקת החוק נשוא העתירה

64. ביום 02.08.2021, הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"א – 2021 (להלן: "הצעת החוק הראשונה"). את הצעת החוק יזם ח"כ צבי האזור, ומספרה פ/24/1994.

65. ביום 11.10.2021, הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"ב – 2021 (להלן: "הצעת החוק השנייה"). את הצעת החוק יזמו ח"כ שמחה רוטמן, בצלאל סמוטריץ', שלמה קרעי ואח', ומספרה פ/24/2276.

66. ביום 10.01.2022 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"ב – 2022 (להלן: "הצעת החוק השלישית"). את הצעת החוק יזם ח"כ אבי דיכטר, ומספרה פ/24/2997.

67. ביום 07.02.2022 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"ב – 2022 (להלן: "**הצעת החוק הרביעית**"). את הצעת החוק יזמה הממשלה, ומספרה 1509.

68. ביום 16.01.2022 פנתה העותרת 1 אל היועץ המשפטי לממשלה (כתוארו אז) עו"ד אביחי מנדלבלט, שרת הפנים איילת שקד ושר המשפטים ויו"ר ועדת השרים לענייני חקיקה ח"כ גדעון סער בבקשה לפעול למניעת קידומה של הצעת החוק השנייה טרם הדיון בה בוועדת השרים לענייני חקיקה. בפנייה הנ"ל, התייחסה העותרת לפגיעה האנושה באזרחים ערבים-פלסטינים שהצעת החוק עלולה לגרום, והיא הדגישה כי ההארכה מנוגדת לפסקי הדין שניתנו בעניין. שכן ההצעה הופכת את הוראת השעה להוראת קבע וכי רוב השופטים שדנו בעתירות קודמות בעניין לא דמיינו כי הם נותנים תוקף להוראת שעה למשך כמעט עשרים שנה. כמו כן ציינה העותרת כי תכליתה של הצעת החוק היא דמוגרפית וגזענית.

== מצ"ב העתק פניית העותרת 1 ליועץ המשפטי לממשלה (כתוארו אז), שרת הפנים, שר המשפטים ויו"ר ועדת השרים לענייני חקיקה מיום 16.01.2022 כנספח ע/13.

69. ביום 09.02.2022, התקבלה החלטה בוועדת הכנסת כי ארבעת הצעות החוק שפורטו לעיל (להלן: "**הצעות החוק**") יידונו בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת, זאת בניגוד מוחלט להליכי החקיקה הקודמים שהתקיימו משנת 2003 ועד היום ושבמסגרתם הצעות חוק דומות נידונו בוועדת הפנים של הכנסת.

70. ביום 16.02.2022, פנתה העותרת מס' 1 ליו"ר ועדת הכנסת, חה"כ ניר אורבך, לצד ח"כ רם בן ברק, יו"ר ועדת החוץ והביטחון ועו"ד שגית אפיק, היועצת המשפטית לכנסת, בבקשה לקבוע מחדש את הוועדה המטפלת בהצעות החוק. שכן אין לוועדת חוץ וביטחון את הסמכות לדון בהצעות החוק. עיקר עיסוקה הוא בפיקוח ובקרה על מדיניות החוץ של המדינה, הצבא והביטחון, בעוד שהצעות החוק מתמקדות בסוגיית איחוד המשפחות של האזרחים הערבים, נושא השייך למעמד האזרחות ולחוק האזרחות, תחומי עיסוקה של ועדת הפנים והגנת הסביבה. בנוסף, ציינה העותרת 1 במכתבה כי תחימת הדיון בהצעות החוק במסגרת הביטחונית והחוץ-מדינית הוא תיוג מעמדם האזרחי של האזרחים הערבים כנושא ביטחוני וכנתיני אויב, כשהדיון בחקיקה עצמה, לצד החוק, היא נושא להדרה כשלעצמו. ועוד, הדגישה העותרת במכתבה את הפגיעה בייצוגם של האזרחים הערבים בהליך קבלת ההחלטות בחוק הנוגע להם באופן בלעדי, שכן אין בין תשעת חברי הוועדה אף חבר כנסת ערבי (מלבד ח"כ אבתיסאם מראענה ממפלגת העבודה, ממלאת מקום בוועדה), ומשכך אין לנציגי החברה הערבית זכות הצבעה על הצעות החוק.

== מצ"ב העתק פניית העותרת 1 ליו"ר ועדת הכנסת ויו"ר ועדת החוץ וביטחון והיועצת המשפטית לכנסת מיום 16.02.2022 כנספח ע/14.

71. בעקבות זאת, ולאור דרישתו של יו"ר ועדת הפנים חה"כ ווליד טהא, התקיים ביום 21.02.2022 דיון נוסף בוועדת הכנסת בעניין סמכות הוועדה המטפלת להצעות החוק. בפתח הדיון, הצהיר יו"ר הוועדה, ח"כ ניר אורבך, כי החוק עוסק בהיבט הביטחוני של המדינה, שכן מטעמו "גם בהתפרעויות בלוד וגם ב"שומר חומות", אחוז ניכר ממחוללי ההתפרעויות היו מאיחוד המשפחות" (פרוטוקול דיון ועדת הכנסת מיום 21.02.2022, בעמ' 8).

72. חבר הכנסת אוסאמה סעדי הדגיש בתחילת הישיבה את הבעייתיות המהותית בקיומו של הדיון על החוק בוועדת חוץ וביטחון:

"אמרנו גם שלא היה תקדים עד היום, למרות שהחוק הזה מ-2003, לזה שהוועדה היחידה שדנה בחוק הזה היא ועדת חוץ וביטחון. אין תקדים כזה. אתם יוצרים תקדים מסוכן. לכל היותר הייתה הצעה לוועדה משותפת של ועדת הפנים וועדת חוץ וביטחון, אבל גם את זה, גם את ההצעה הזאת דחיתם. אתם מעבירים את זה לוועדת חוץ וביטחון בלי שיש אף חבר כנסת ערבי בוועדת חוץ וביטחון - לא מהחברים ברע"מ ולא מחבריי ברשימה. אומרים לנו שאנחנו יכולים להשתתף, שאנחנו יכולים להגיש הסתייגויות, אבל אנחנו לא חברי ועדה, אין לנו זכות הצבעה. אנחנו יודעים מה זה כשאתה לא חבר ועדה באופן קבוע" (שם).

73. חה"כ ווליד טאהא ציין בנוסף כי מדובר על "סוגיה אזרחית גרידא שכל כולה הסדרת זכויות של אנשים שהחליטו להתאהב", שכן אין לה קשר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת (שם, בעמ' 9-8).

74. היועצת המשפטית של הכנסת, עו"ד ארבל אסטרך, הציגה את עמדת הייעוץ שקבעה באופן חד וברור: לוועדת הפנים הסמכות, המומחיות וההתאמה לדון בחוק הזה, זאת על אף היעדר התקיימותו של פגם בהליך החקיקה במקרה בו החוק יידון בוועדת חוץ וביטחון, לטעמה. כך ציינה עו"ד אסטרך בדיון בוועדה:

"בוודאי שזה חוק של ועדת הפנים. חוק האזרחות נחקק בוועדת הפנים, הוא שייך לוועדת הפנים. תיקוניו של החוק הזה וחוקים דומים שקשורים אליו נעשו בוועדת הפנים. הארכות של החוק בשנים האחרונות נעשו תמיד בהמלצה של ועדה משותפת של ועדת החוץ והביטחון וועדת הפנים, בראשות ועדת החוץ והביטחון, וזאת בהתאם להחלטה של מליאת הכנסת שהתקבלה לפי המלצה של ועדת הכנסת בשנת 2016 על כך שהארכות לא ייעשו ישירות במליאה אלא בהמלצה של ועדה. אפשר היה לומר שגם זה איזה שהוא פורום רלוונטי לעניין

...

כמו שאמרתי פה גם בפעמים קודמות, אנחנו ממליצים לפעול לפי התקדימים, לפי הנושאים שבסמכויות הוועדות, אבל העברה של הצעת חוק לא לוועדה המתאימה או לוועדה שמתאימה פחות היא לא איזה שהוא פגם בהליך החקיקה. זה משהו שהוא בסמכות ועדת הכנסת" (שם, בעמ' 11-12).

75. על אף ההסתגיונות הנוקבות שהוצגו בישיבת הוועדה, והפגיעה הקשה בייצוג הערבים, החליטה הוועדה בשנית שהיא מקיימת את הדיונים בחוק האזרחות בוועדת החוץ והביטחון.

76. לאור זאת, פנתה העותרת 1 ביום 24.02.2022 ליו"ר ועדת החוץ והביטחון, ח"כ רם בן ברק, וביקשה כי הועדה תפעל למניעת קידומן של הצעות החוק בטענות זהות לאלו שהוצגו בפני היועץ המשפטי לממשלה, שרת הפנים ויו"ר ועדת השרים לענייני חקיקה, הכוללים בין היתר את הפגיעה האנושה בפלסטינים אזרחי מדינת ישראל וזכויותיהם לשוויון וחיי משפחה, והמציאות שמייצר החוק מזה 19 שנה במסווה של "הוראת שעה".

== מצ"ב פרוטוקול דיון ועדת הכנסת מיום 21.02.2022 כנספח ע/15.

== מצ"ב פנייתה של העותרת 1 מיום 24.02.2022 כנספח ע/16.

על התכלית הדמוגרפית לפי ההיסטוריה החקיקתית

77. בגלגולו הנוכחי של החוק נשוא העתירה היה ברור לפי דברי מציעי החוק כולל רוב חברי הכנסת שדנו בנושא כי תכליתו הדומיננטית היא דמוגרפית.¹⁹

78. ביום 27.02.2022 התקיים הדיון הראשון בחוק האזרחות בוועדת החוץ והביטחון וח"כ אבי דיכטר, יוזם הצעת החוק השלישית, הציג בפתח הדיון את הצעתו וציין את התכלית הדמוגרפית שהחוק מבקש לקדם:

"בסעיף 9 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, סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זה האיזון הנכון והמתבקש שאנחנו מדברים על הצעת חוק בנושאי הגירה, ברקע צריך לזכור שיש פה מאבק בין שני דברים מאוד מאוד קיומיים. הדרישה של חברי כנסת ערבים אבל לא רק, זה לממש את "חאק אל עאודה" את זכות השיבה כאן במדינת ישראל ולהפוך את ישראל למדינת כל לאומיה, ראינו את זה גם בדיונים הרבים שהיו סביב חוק יסוד: הלאום שהייתה לי הזכות לקדם אותו ולהביא אותו בכנסת ב-2018" (פרוטוקול טרם פורסם).

79. גם חה"כ שמחה רוטמן, יוזם הצעת החוק השנייה, הציג את תכליתה הדמוגרפית של הצעתו:

"חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) הוא חוק שצריך להגיד את האמת, הוא מלכתחילה סוג של פלסטר. סוג של פלסטר

¹⁹הציטוטים שמובאים במסגרת פרק זה תומללו על ידי עורך דין עדי מנסור ממרכז עדאלה (העותרת 1) שצפה בדיוני ועדת חוץ וביטחון של הכנסת שדנו בחוק, שכן פרוטוקולי הדיון טרם פורסמו באתר הוועדה או באתר הכנסת.

שאנחנו שמנו על חומת הכניסה לישראל, בין היתר בגלל פסיקת בג"ץ

...

החוק בניסוחו ללא תיקונים, מאפשר בשיקול דעת של שרת הפנים לאשר עוד ועוד כניסות ללא מגבלה בעצם, כאשר ההגבלה היחידה זה הוועדה ההומניטרית, והשרה יכולה לאשר יותר. לכן דרשנו שתהיה איזושהי מכסה בכדי לשמר את הסטטוס קוו [...] ולהפוך את הסיטואציה הפוליטית של הקואליציה למשפך עבור זכות השיבה."

80. כך גם בדיון על החוק מיום 01.03.2022, חזר חה"כ רוטמן על התכלית הדמוגרפית של ההצעה :

"אנחנו נשנה את המאזן הדמוגרפי של הנגב, של הגליל, של הערים המעורבות, ונהפוך אותן מערביי ישראל, נעביר אותם תהליכי פלסטיניזציה באמצעות נישואין, זאת שאלה שחורגת בהרבה מהשאלה מה קורה לאדם פלוני או אלמוני. זאת שאלה לאומית, ושאלה שצריך להתייחס אליה במישור הלאומי. כל הניסיון להעביר את הדיון הזה לשאלות פרטניות ואישיות למקרים, שהם מקרים קשים אין ספק, וחלקם אפשר לפתור אותם זאת לא הבעיה, אבל להתעלם מהתמונה הכוללת הזאת, מפספס גם את מטרת החוק וגם את הסכנה שאי העברתו מביאה".

81. גם חה"כ צבי האוזר, יוזם הצעת החוק הרביעית הדגיש באותו דיון ביום 01.03.2022 את התכלית הדמוגרפית של ההצעה :

"אני חושב שבשל השינוי החוקתי שאיחלנו על עצמנו לפני כשנתיים עם אימוץ חוק יסוד : ישראל מדינת הלאום של העם היהודי, אני חושב שחובה על השר לשקול בשיקוליו את ההסדרים החוקתיים, כרי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו שזה שיקול רציני, וחוק לאום ואני קורא לכנסת לעגן את שיקול הדעת של השר. ההצעה שלי להורות לשר בהפעילו את שיקול דעתו לשקול את כל המערכת החוקתית, אני חוזר ואומר כאן לפרוטוקול וזה חשוב לבגצים העתידיים, בעיניי השתנה ההסדר החוקתי, ועל השר לשקול את כל ההסדרים החוקתיים, כרי את כבוד האדם וחירותו ואת חוק הלאום, בצוותה חדה, בהיותו מפעיל את שיקול דעתו".

82. הנה כי כן, שלושת מציעי החוק הנדון הציגו תמונה דומה ואחידה לפיה עומדת לחוק תכלית דמוגרפית גזענית. הצעות אלו, כפי שנציג בהמשך, אוחדו ביחד עם הצעת החוק הממשלתית במסגרת הסכם פוליטי בין מפלגות האופוזיציה לקואליציה.

83. ביום 01.03.2022, התקיים דיון שני בהצעות החקיקה בפני ועדת החוץ והביטחון. נציגת השב"כ הציגה את נתוני השב"כ שצורפו לאחר מכן למסמכי הוועדה. ואולם, ניכר כי עיקר תוכנם של הנתונים מתמקד ב"צאצאי איחוד משפחות" או "דור ב' של אחמשי"ם", כפי שתוארו על ידי נציגת השב"כ, כרי ילדיהם של פלסטינים שנמנעה מהם האפשרות לאחד את משפחותיהם במסגרת חוק האזרחות, זאת על אף שהחוק כלל אינו חל עליהם :

"מחקירות של מקבלי מעמד מכוח אחמ"ש שהיו מעורבים, אנחנו למדים שהחיבור לגורמי הטרור הפלסטיניים מספק תחושת ערך שיש בו להחליש הקרבות מסורתיות שאנחנו רואים אותם באוכלוסיית הערבים אזרחי ישראל בכל הקשור למעורבות בטרור. כלומר הנכונות מקרב אוכלוסיית האחמשיים לקבל איזשהו ערך מוסף מהפעילות הזו מתקיים באופן מוגבר.

אמירה נוספת לגבי הגילאים: ככלל המידע שהצטבר בידי שב"כ, מלמד על כך שגילאים [...] הפח"א נוטים להיות מעורבים יותר בטרור, ככל שהגיל צעיר יותר, הסיכוי למעורבות בטרור גבוה יותר. מכאן, שיש לדעתנו לקבוע בחוק מגבלת גיל שמתכתבת עם העקרון הזה, ומרחיקה מישראל אוכלוסיות שיש להם יותר פוטנציאל למעורבות בטרור. כדי להמחיש את הנקודה הזו ניתן להפנות לנתונים על מעורבות דור ב' בטרור, תופעה שאנחנו רואים אותה יותר ויותר בשנים האחרונות שהיא באופן רציף ועקבי בשיעור כולל של 10% מהמעורבים בטרור, ופי 2 בעצם מחלקם היחסי באוכלוסייה. קבוצת דור ב' זאת קבוצת גיל צעירה יותר היא למעשה מדגם מייצג שפוטנציאל הסיכון שהוראת השעה מבקשת למנוע, כי חברי הקבוצה הזו הם בגילאים צעירים יותר, מעורבות היתר נובעת ממימוש גורמי הסיכון מאוכלוסיית מבקשי האחמשיים."

84. מעיון בפרפראזה הגלויה שנמסרה לוועדה עולה כי מדובר בחששות ערטילאיות, לא מבוססות, ואף לא ענייניות בהיותן מתבססות על דוקטרינת נתיני אויב האסורה לפי המשפט הבינלאומי ולפיה כל פלסטיני באשר הוא מסוגל לפגוע בביטחון המדינה. לא במקרה, טיעוני השב"כ אינם יכולים לקיים דיון משפטי רציונלי, ואף מנוגדים לפסיקה העליונה בנדון. שכן כעת הטיעון מתמקד בצאצאים (ולא במבקשי איחוד המשפחות כמתבקש מבחינה משפטית) הדבר שמחייב בית המשפט, לעמדת השב"כ, לקבוע כי בעוד 20 שנה יולדו ילדים למבקשי איחוד המשפחות שהם בהכרח מסוכנים לביטחון הציבור! עמדה כזו היא פסולה בכל מובן ערכי והיא אף קיצונית יותר מהדוקטרינה הגזענית של נתיני אויב. ובכל מקרה, היא עמדה המעידה כי תכלית החוק הינה דמוגרפית, שכן עצם השיוך האתני מהווה איום לפי הדוקטרינה הפסולה של "נתיני אויב".

== מצ"ב העתק הפרפראזה הגלויה להארכת תוקף הוראת השעה שהוגשה מטעם השב"כ בפברואר 2022 כנספח ע/16.

85. עמדה דמוגרפית זו שלובשת אצטלה ביטחונית לפי דוקטרינת "נתיני אויב" מתגלה כחסרת רציונליות בעת שבוחנים אותה לפי "אמות המידה הביטחוניות" הנטענות. גורמי הביטחון לא מסרו פילוח למקרים והם לא הסבירו מהי הגדרתם לפגיעה "בביטחון"; לא ציינו מהם סוגי העבירות הביטחוניות שמיוחסות לצאצאים; האם מדובר בפגיעות? בהשתתפות בהפגנות או בהתפרעויות? האם הוגשו כתבי אישום נגדם? ואם כן מהן העבירות שיוחסו אליהם? מהו הקשר הסיבתי בין "הצאצאים" לבין קירבתם לתושבי הגדה המערבית? האם כל אזרח ישראלי שיש לו קרוב משפחה בגדה המערבית הוא בחזקת מסוכן לביטחון הציבור?

86. על כן, הציגו גורמי הביטחון תמונה משונה לפיה "צאצאים" ו"דור ב'" לאיחוד משפחות, אזרחי המדינה, מעורבים בפעילות "טרור" פי 2 משיעורם באוכלוסייה. מעורבות זו כוללת, מפגינים בעקבות מבצע נטיעות של קק"ל שחשמו כבישים וידו אבנים; השתתפות בהפגנות באירועי מאי שמובאים כדוגמה, שפרצו על פי דברי גורמי הביטחון, "על רקע טריגרים לאומנים ואסלאמיים ("אלאקצא") ומתוך הזדהות עם הפלסטינים ב-איו"ש וברצועה, וכללו תקיפות חמורות (לינצ'ים), ירי בנשק חם, השלכת בקת"בים, הצתות ויידוי אבנים". במכלול, הציג השב"כ מספר כולל של 210 "מפגעים" מדור ב', הנעים בטווחים שונים בין 9 ל- 48 מהשנים 2002 אל- 2021. ואולם, לא ברורה כלל וכלל מהי ההגדרה של "מפגע", מהן מדרג העבירות והאם, אם בכלל, הוגש נגדם כתבי אישום והורשעו. ובכל מקרה, מנתוני השב"כ ניכר כי מספר המקרים בהם פלסטינים שנכנסו לישראל במסגרת איחוד משפחות ומעורבים בפעילות "ביטחונית" (כשלא ידוע מהי הגדרת פעילות זו) הוא נמוך מאוד, כשהמספר נע בין 3 בטווח הנמוך ו-7 בטווח הגבוה. בשנת 2020-2021, למשל, המספר עמד על שלושה אנשים בלבד. במכלול, עניינו ב- 35 מקרים משנת 2002 עד 2021.

87. ניתן להסיק דבר אחד ויחיד מחוות דעתו של השב"כ; התכלית הביטחונית היא ספקולטיבית ופסולה, ובנויה על דוקטרינת "נתיני אויב" הפסולה לכן היא מוטה כלפי כל אדם שנולד בשטחים הכבושים, כשהיא מחזקת דווקא את הטעון שמדובר על תכלית דמוגרפית וגזענית. נקודת המוצא בחוות הדעת הינה שהפלסטיני, בהיותו פלסטיני, מהווה איום ביטחוני, ומנקודת המוצא הזו נכתבה ונערכה חוות דעתו של השב"כ. כך עולה כי עצם ההשתייכות לעם הפלסטיני והרגישות לשינויים ואירועים המתרחשים בזירה הפלסטינית מהווים כשלעצמם חשד לסיכון ביטחוני המצדיק את הפגיעה הגורפת באוכלוסייה שהחוק אינו חל עליה.

88. ביום 03.03.2022 התקיים דיון שלישי בחוק האזרחות. במסגרת הישיבה, הציג העותר 4 את סיפור משפחתו וכן הציגה העותרת 1 את עמדתה אודות החוק, תכליתו הגזענית והפגיעה הקשה שהוא מייצר לפלסטינים אזרחי ישראל.

89. גם בדיון זה בלטה באופן ניכר תכליתו הגזענית של חוק האזרחות. כך עולה מדבריו של חה"כ אבי דיכטר במסגרת הדיון:

"זה ניסיון ליישם את "חאק אל עוודה" זכות השיבה בצורה כזו או אחרת, ומלבד להביא לכאן את המתיישבים הפלסטינים מיהודה ושומרון ועזה וסוריה אנחנו עומדים בפרץ, אנחנו לא מדינה עם אצבע, אנחנו מדינה עם אגרוף, עוצרים את זה, החוק הזה נועד לעצור את זה מסיבות ביטחוניות שהתחילו ב2003 להציג את האבסורד שהיקף האנשים שנכנסו עד 2003 היה מטורף, מדינת ישראל הייתה בתהליך של התאבדות לאומית, המספרים היו לא ברורים מפני שהיקף הנכנסים היה פה מטורף, היו כל מגי טריקים ותחבולות של נישואים פיקטיביים" (חה"כ אבי דיכטר).

90. חה"כ שמחה רוטמן הציג את המטרות שהחוק נועד להשיג:

"החוק הזה יש לו מטרה ביטחונית. מטרה דמוגרפית. מטרה מדינית.

לחוק הזה יש מטרות. אנחנו יכולים לרדת לאיזה רזולוציות שאנחנו רוצים. ככל שיש טענה מצד ארגון או מצד אחר, אם יש אנשים שנפלו בין הכיסאות, יש, במקום ש... נשאל כמה בקשות הוגשו וכמה נדחו" (ח"כ שמחה רוטמן).

91. לצד זאת, הציג המשנה ליועצת המשפטית לממשלה עו"ד רוז נזרי את עמדת הממשלה והייעוץ המשפטי לגבי הנוסח המוצע:

"אין מניעה משפטית באישור הצעת החוק הזאת, היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, גם אם יש פגיעה בזכות, מאחר שיש כאן תכלית ביטחונית שהוצגה, השב"כ בחוות דעת שהוצגה ב-21 לדצמבר לפני חודשיים אשרר את הצורך הביטחוני. לצערנו הצורך הביטחוני לא השתנה. השלום לא פרץ עדיין, והחשש מהשימוש של דבר שבונה טרור כפלטפורמה באוכלוסייה הרלוונטית עומדת עדיין, נציג השב"כ יופיע בפני הוועדה. הצעת החוק הממשלתית אין בעיה לאשר אותה, ועומד בכללים שקבע בשעתו בג"ץ. אני מניח שיהיו דיונים נוספים, וישאלו שאלות האם אחרי 19, 20 שנה עדיין הפגיעה לא נהיית קשה יותר, ותהיה התמודדות משפטית ואנחנו נגן על כך בבג"ץ".

בנוסף, התייחס עו"ד נזרי למשמעות חוק הלאום בהקשר החוק דנן וקביעת מכסות מראש שהועלו בהצעות החוק הפרטיות:

"העמדה שלנו היא שהתכלית הדמוגרפית היא לאו דווקא לא לגיטימית. אמרנו בעבר, גם אם היה ניצב השיקול הדמוגרפי של החוק הזה, זה שיקול לגיטימי שתואם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. המדינה בתגובותיה לבג"ץ לא הצדיקה את החוק בתכלית דמוגרפית אלא רק בתכלית ביטחונית, וודאי שהיה מורכב, ניסיון להכניס תכלית דמוגרפית יעורר קשיים חוקתיים נוספים. בתמצית אני אגיד, שכל מבחן חוקתי צריך לעמוד בחוק. החוק הוא לתכלית ראויה ופוגע במידה שאינה עולה על הנדרש. כמו שאמרתי, השיקול הוא לגיטימי. במבחני המידתיות יש פה שאלה. המבחן הראשון זה מבחן ההתאמה, הקשר הרציונלי בין המטרה לאמצעי. אם התכלית היא דמוגרפית, והפגיעה בדמותה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, צריך להציג את המספר הרלוונטי שפוגע בדבר הזה, אין לנו את הנתונים הללו, קיבלנו נתונים מרשות האוכלוסין האם הדבר הזה הוא כן פוגע בתכלית כן או לא. אין לנו נתונים שמראים על כך.

...

"בהקשר למכסות, יש קשיים חוקתיים, עדיין לא דיברתי על מניע. צריך לבסס קשר בין אמצעי ומטרה, זה יכול להיות תכלית דמוגרפית צרה או רחבה יותר, תכלית דמוגרפית לכל יהודי זה אחת, וצרה יותר מול המאבק הלאומי לאוכלוסייה מסוימת. אבל בין כך ובין כך, לנו אין את הביסוס הזה" (עו"ד רוז נזרי, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, דיון מיום 03.03.2022).

92. בנוסף, נשאל עו"ד נזרי על ידי חה"כ גבי לסקי וחה"כ מיכל רוזין לגבי הטעם מחקיקת החוק במסגרת הוראת שעה, וכיצד הצידוק הזה מתבטא בהצעת החוק החדשה:

"אנחנו כמשפטים לא אוהבים הוראות שעה. יש חקיקה, חוק צריך לחוקק אותו ואם צריך אפשר לתקן אותו. צריך סיבה טובה, צריך להראות למה לא כהוראת קבע. התשובה פה פשוטה. איך שלא נהפוך את זה, יש פגיעה בזכות לכבוד ולחיי משפחה, לא נכנס לשאלה האם צריך לממש את זה בישראל, אפשר לממש את זה במדינה אחרת. מול הפגיעה הזו, לא רוצה לעשות אותה נצחית. התכלית הביטחונית צריך לתקף אותה מעת לעת. כמו שהזכרתי קודם, למרות שזה היה קיים לפני 15 שנה בפסק הדין האחרון, ביקשנו וקיבלנו מהשב"כ תיקוף לעמדה הביטחונית, וזה בעצם מה שמצדיק".

93. הנה כי כן, התכלית הדמוגרפית שעמדה במרכז חקיקתו של החוק ונמצאת בליבה של הוראת השעה משנת 2003 מקבלת משנה תוקף מפי היועץ המשפטי לממשלה כתכלית לגיטימית שעומדת בבסיס החוק. ואולם, ועל אף הרצון המובהק של המחוקק - הקואליציוני והאופוזיציוני כאחד - לקבוע תכלית דמוגרפית לחוק, בחר המשנה ליועצת המשפטית להתעלם מקיומה, ולהבליט דווקא תכלית ביטחונית, כביכול, וזאת לאור הקשיים החוקתיים שהסוגייה הדמוגרפית מעלה לטעמו והעדר כל נתון עובדתי לביסוסה.

94. ועדת חוץ וביטחון התכנסה לשיבה אחרונה לדיון בחוק ביום 10.03.2022, ואישרה באופן סופי את נוסח החוק שאיחד את ארבעת הצעות החוק ביחד. עוד באותו יום, הובא החוק לאישור מליאת הכנסת בקריאה שנייה ושלישית עוד באותו יום.. ההסתייגויות שהוגשו נדחו, וסעיפי החוק אושרו סופית בקריאה השנייה. לאחר מכן, החוק עבר בקריאה שלישית, כש45 חברי כנסת הצביעו בעד ו15 נגד.

התכלית הדמוגרפית על פי לשונו של החוק והסעיפים החדשים

95. כאן נציג את הסעיפים שבהוראות החוק שמצביעים על תכליתו הדמוגרפית וכן את הסעיפים החדשים שלא היו בהוראת השעה משנת 2003 שלמעשה ניתן להגדיר את רובם כסעיפים חדשים מחמירים.

96. ההוראה החדשה נשוא עתירה זו כוללת סעיף מטרה ואשר ביכולתו להסגיר את תכליתו הדמוגרפית והאידיאולוגית. סעיף 1 לחוק קובע:

"מטרתו של חוק זה לקבוע הגבלות על אזרחות ושיבה 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."

97. סעיף זה לא מותיר כל מקום לספק, כי תכליתו של החוק על פי לשונו היא לא ביטחונית במובן הצר אלא שמירה על ערכיה של המדינה כמדינה יהודית כולל "אינטרסים חיוניים לביטחון הלאומי" הנתפסים במקרה הזה כאינטרסים רחבים ואידאולוגיים-דמוגרפיים.

98. הסעיף מייצר תקדים לפיו הוראת שעה שנועדה לשרת תכלית זמנית, לכאורה, קובעת הסדר ראשוני שבלבו מטרה אידיאולוגית-דמוגרפית וערכית תוך שימת דגש על זהותה של המדינה ועקרונותיה הלאומיים, שלפי הפסיקה אינם כוללים אלמנט ביטחוני. על הגדרת הגרעינים המינימליים של המדינה כיהודית ראו בג"ץ 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי**, פ"ד נז(4) 1, 101).

99. לכן, סעיף זה מאשרר כל עניין לנו בחוק שמטרתו ליצור מציאות ארוכת טווח המשרתת אינטרסים רחבי היקף.

100. סעיף 5 לחוק (שגם הוא סעיף חדש) קובע כדלקמן:

על אף הוראת סעיף 3, רשאי שר הפנים, לפי שיקול דעתו, לתת רישיון לישיבת ארעי בישראל לתושב האזור, שכן זוגו אזרח ישראלי או תושב ישראל, אם יש בידו היתר לשהייה בישראל מאת מפקד האזור והוא שווה בישראל כדין מכוח אותו היתר, והתקיימו בו שני אלה:

(1) גילו מעל 50 שנים;

(2) הוא שווה בישראל כדין עשר שנים לפחות.

101. סעיף זה אינו גורע מהפגיעה, שכן רוב רובם של בני הזוג שמתחתנים וניגשים להליך של איחוד משפחות נמצאים דווקא בטווח הגילאים בו קיימת ההגבלה הגורפת, ולכל היותר בגיל בו ניתן היתר שהייה. הסעיף נועד דווקא לאשרר כי גם אותה קבוצה שהגיעה לגיל 50 לאחר שהייה ממושכת של 10 שנים, אינה זכאית לאזרחות בהתאם להליך המדורג. שכן הסעיף אינו נותן מענה לבני זוג שהמניעה חלה עליהם מזה 18 שנים, דוגמת העותרים 4 ו-5 ו-6-7.

102. סעיף 7 לחוק מעניק שיקול דעת לשר הפנים לתת היתרים ורישיונות שהייה במקרים "הומניטריים מיוחדים" בהמלצת ועדה מקצועית. אולם התיקון מותיר שיקול דעת רחב מאוד בעניין זה והוא לא עונה על הגדרת חקיקה שעומדת בתנאי הסדרים ראשוניים. חשוב מכל הוא שסעיף זה מסגיר את תכליתו של החוק כדמוגרפית. הן הוועדה הייעודית והן הוועדה ההומניטרית מוגבלות במספר הבקשות שניתן לדון בהן, שכן סעיף 7(ז) קובע שלשר הפנים הסמכות לקבוע **מכסה שנתית מרבית** של רישיונות או היתרים שיינתנו או שיאושרו על פי סעיף 7 וקובע כי:

"עד לקביעת מכסה כאמור תעמוד המכסה השנתית על מספר הבקשות שאושרו בשנת 2018 לפי סעיף 1א3 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג – 2003 כנוסחו לפני פקיעתו."

103. סעיף זה מבליט את הממד הדמוגרפי של החוק, והרצון לקבוע ולהגביל את מספר הבקשות ללא כל תכלית ראויה או נימוק ענייני, בהרמוניה עם סעיף המטרה שנדון לעיל. קביעת המכסות נוגד את מטרת הסעיף ומרוקן אותו מתוכן, שכן בקשות הומניטריות, חשובות ודחופות שיובאו בסוף השנה ויימצאו מחוץ למכסה הקבועה לא יטופלו ללא הצדק ענייני, ובכך יעמיקו וירחיבו את הפגיעה, כולל לנשים הנתונות לאיומים ולאלימות במשפחה שהסעיף נועד לתת להן מענה.

104. סעיף 12 לחוק הוא "סעיף מחמיר" וחדש שלא היה קיים בחוק משנת 2003 ובמשך 18 שנים. הוא קובע לראשונה כי :

"מבלי לגרוע מסמכותו של שר הפנים לפי כל דין, שר הפנים יבטל היתר לשהייה בישראל או רישיון ישיבה בישראל שנתן לפי חוק זה אם הוכח להנחת דעתו כי מי ההיתר או הרישיון בידו עשה מעשה שיש בו משום הפרת אמונים למדינת ישראל כהגדרתו בסעיף 11א לחוק הכניסה לישראל".

105. הסעיף מעניק סמכות גורפת לשר הפנים לבטל היתר שהייה או רישיון ישיבה, שעה שהגדרת "הפרת אמונים" הינה כל כך רחבה עד כדי כך שהיא מותירה את החוק עמום ביותר. עמימות זו מעמידה בסכנה את מעמדם של בעלי ההיתר, שכן היא מותירה בידי שר הפנים סמכות רחבה ומוחלטת להחליט בדבר מעמדו של אדם ועתידה של משפחה. לאור כלליות ועמימות אלה, יכול להיות מקרה בו השתתפות במחאה פוליטית עלולה להיחשב כ"הפרת אמונים" בגלל היותה פוליטית, או מצב בו מופעלים לחצים פוליטיים על שר הפנים לביטול תושבות או היתר שהייה של פלסטיני, כדבר שבשגרה לצערנו, וזה עלול לאבד את מעמדו ולהיפרד ממשפחתו.

106. ועוד, להבדיל מהגרסה של החוק משנת 2003 שחלה במשך כ-20 שנים, הסעיפים 15(ב)-(ד) לחוק נשוא העתירה קובעים לראשונה ובאופן תקדימי תחולה רטרואקטיבית לחוק, לפיהם :

"(ב) יראו בקשה שהוגשה לפי הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 ערב פקיעתו כאילו הוגשה לפי חוק זה.

(ג) הוראות חוק זה יחולו על בקשה לרישיון לישיבה בישראל או להיתר לשהייה בישראל שהוגשו בתקופה שמיום כ"ו בתמוז התשפ"א (6 ביולי 2021) ועד ערב תחילתו של חוק זה.

(ד) יראו רישיון לישיבה בישראל או היתר לשהייה בישראל שניתן בתקופה שמיום כ"ו בתמוז התשפ"א (6 ביולי 2021) ועד ערב תחילתו של חוק זה כאילו ניתן לפי חוק זה".

107. סעיף זה פוגע בעקרון ההסתמכות של אלפי אנשים שהגישו בקשות לאיחוד משפחות בהתאם לנהלים החדשים של משרד הפנים, שכן החלה רטרואקטיבית של נורמות משפטיות מהותיות מהווה פעולה חשודה מטעם הרשות, ועל כן "חזקה על כל חוק כי הוא צופה פני עתיד ולא פני עבר" (ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 776-777 (1992). תחולה רטרואקטיבית פוגעת בעקרונות של הוגנות וצדק, שכן העותרים ומשפחות נוספות נדרשים

להתנהג על פי נורמה שהם כלל לא היו ערים לה ולא היו יכולים לדעת על קיומה בשעת הגשת הבקשה לאיחוד משפחות (ראו יששכר רוזן-צבי **ההליך האזרחי** 128-161 (2015), בעמ' 178).

108. הנה כי כן, הסעיפים החדשים של החוק מבליטים בעיקר את מטרתו האידיאולוגית-דמוגרפית והם בעיקרם סעיפים מחמירים המתירים את שלילת האשרה למי שכבר יש לו על בסיס "הפרת אמונים" ומאפשרים תחולה רטרואקטיבית.

בקשות תלויות ועומדות

109. לקראת הדיונים בוועדת החוץ והביטחון, הגישה רשות האוכלוסין וההגירה נתונים אודות הטיפול בבקשות לאיחוד משפחות משנת 2015 ועד היום. כעולה מהמסמך הנ"ל, הוגשו 6,628 בקשות לאיחוד משפחות (בקשות להיתרי מת"ק) משנת 2015 עד ליום 05.07.2021, מתוכם 3,676 אושרו, 1807 סורבו, 1893 נמצאים בעיכוב, ול-962 אין החלטה בעניינם. לצד אלה, הוגשו מיום פקיעת החוק ועד ליום 22.02.2022 כ-2800 בקשות חדשות לאיחוד משפחות. הרשות החלה לטפל בבקשות אלו על-פי הנהלים החדשים שנקבעו ביום 01.02.2022, כשמתוך 675 בקשות שטופלו (לפיהן מדובר על תושבי אזור מעל גילאי 25 לנשים ו-35 לגברים) אושרו 77 בקשות.

110. לצד זאת, הוגשו לרשות, מיום פקיעת ההוראה ועד ליום 27.02.2022, כ-4000 בקשות לשדרוג מעמד מהיתר מת"ק לרישיון ישיבה ארעי מסוג א/5. נוסף לאלה הוגשו כ-900 בקשות לשדרוג מעמד מרישיון ישיבה ארעי לרישיון ישיבת קבע - בקשות שכלל לא טופלו.

111. יש כיום 9200 בני ובנות זוג תושבי הגדה המערבית אשר מחזיקים בהיתרי מת"ק מכוח איחוד משפחות, ו-3000 המחזיקים ברישיון ישיבה ארעי מסוג א/5.

== **מצ"ב העתק נתוני רשות האוכלוסין וההגירה שהוגשו לוועדת החוץ וביטחון ביום 28.02.2022 כנספח ע/17.**

הטיעון המשפטי

112. הטיעון המשפטי בפרק זה מחולק לשני חלקים. בחלק הראשון ייטען כי החוק נשוא העתירה דן אינו חוקתני משום שהוא פוגע במעמד האזרחות השווה בדרגה שעולה כדי שינוי זכויות יסוד ולא רק פגיעה בה. ללא קשר לשאלת החוקתיות באם השינוי היה נעשה במסגרת חוק יסוד או בחקיקה רגילה, שינוי מהותי זה לא יכול להיעשות בהוראת שעה רגילה המתארכת מדי שנה ולכן היא בטלה.

113. החלק השני יבחן את החוק דן לפי עקרונות פסקת ההגבלה. ייטען כי החוק לא לתכלית ראויה, עם דגש על תכליתו המוצהרת כאידיאולוגית ודמוגרפית; הוא לא מידתי, בהיותו לא מקיים את מבחן הקשר הרציונלי; והוא גורף ולא מקיים את מבחן הבדיקה הפרטנית ומתעלם

מקיומו של "ההליך המדורג" שחל לפי פסק דין **סטמקה**. עוד ייטען בהקשר הזה, כי הפגיעה בזכויות חוקתיות על פי החוק אינה זמנית אלא היא נהפכה, הלכה למעשה, לקבועה, בניגוד לעמדת רוב השופטים בעניין **עדאלה** ובעניין **גלאון**. כמו כן החוק לא מקיים את מבחן המידתיות הצר, משום שחקיקה גזענית מעולם לא יכולה לעמוד במבחן נזק-תועלת.

תיקון החוק פוגע במעמד האזרחות השווה ועולה כדי שינוי זכויות יסוד

114. החוק הנתקף בעתירה דגן מהווה, הלכה למעשה, חוד החנית של החקיקה הגזענית שמרסקת את **מעמד האזרחות השווה** של האזרחים והתושבים הערבים-פלסטיניים (בקו הירוק ובירושלים). החוק יוצר מסלולים חוקיים נפרדים ליהודים ולערבים-פלסטינים לא רק באשר למימוש (או שלילת) זכותם לחיי משפחה אלא גם באשר לליבת אזרחותם, הזכויות הנגזרות ממנה וזיקתם למולדתם, מקום תושבתם ובני עמם.

115. מעמד האזרחות השווה אמור להיות מוגן **חוקתית** מפני **שנמוך** ויצירת היררכיות אתנו-לאומיות שמשליכות על אופן מימוש זכויות יסוד אחרות. המעמד החוקתי של האזרחות השווה נובע הן מעקרון העל בדבר שלטון החוק והשוויון בפני החוק והן ממעמד האזרחות כשלעצמה, בהיותה זכות יסוד בסיסית שדרכה מממש האזרח זכויות אחרות (על הזכות לאזרחות כזכות חוקתית מוגנת, ראו בג"ץ 2757/96 **אלראי נ' שר הפנים**, נ(2) 018 (1996)). לא בכדי, זכתה האזרחות להמשגה בתור "הזכות לזכויות".

116. ואולם, כתוצאה מחקיקת החוק - "הוראת שעה" שנעשתה הלכה למעשה לקבע - נוצרו שני הליכי התאזרחות לבני זוג של אזרחי המדינה המושתתים על הבחנה אתנית-לאומית. הראשון הוא המסלול שחל על האזרחים היהודים והשני, הנמוך בהיררכיה, הוא המסלול שחל על האזרחים הערבים הנישאים לערבים אחרים, כולל מבני עמם.

117. הליכי ההתאזרחות הקיימים היום מקנים לבני זוג יהודים מעמד עליון בקבלת אזרחות ישראלית. חוק השבות, התשי"ז-1950 (להלן: "חוק השבות") מעניק ליהודים אזרחות אוטומטית שאינה תלויה בשיקול דעתו של שר הפנים. מכאן, יהודי הנישא ליהודי אזרחי ישראל, זכאי להתאזרח בישראל מיד עם כניסתו למדינה וזאת לפי חוק האזרחות, התשי"ב-1952. זכויות אלו מוקנות גם "לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי", וזאת מכוח סעיף 4א לחוק השבות.

118. לא זו אף זו, אלא שזר שאינו יהודי הנישא ליהודי אזרח המדינה, זכאי אף הוא להתאזרח בישראל וזאת לפי ההליך המדורג שהותווה בעניין **סטמקה**. וזאת למרות שפסק דין **סטמקה** קבע שהליך בקשות להתאזרחות של בן זוג זר עם אזרחי ישראלי יחול באופן שווה על אזרחים ערבים ויהודים.

119. יודגש כי דוקטרינת "נתיני אויב" שהיא כידוע אסורה לפי המשפט הבינלאומי אך החוק הנדון מאמץ אותה, לא חלה על יהודים/ה שהוא או היא במעמד "נתיני אויב" הנשוי לבן/בת זוג יהודי

ישראלי. ואולם, דוקטרינה זו תחול על המסלול של האזרח הערבי (כלומר, בתוך הקו הירוק) או התושב הערבי (ירושלים).

120. לעומת זאת, הוראות החוק הנתקף בעתירה דנן מונעות מהאזרחים הערבים לקיים חיי משפחה עם בני/ות זוג הנמנים עם בני עמם, העם הפלסטיני, והן הנמנים עם בני האומה שלהם, האומה הערבית. פגיעה בזכויות אלו הינה חמורה ביותר במיוחד כשמדובר במיעוט לאומי יליד. בהקשר זה, יפים דבריה של פרופ' דפנה ברק-ארז בעניין חוק האזרחות במאמרה: *Israel: Citizenship and Immigration Law in the Vise of Security, Nationality, and Human Rights*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 6, Issue 1, pp. 184-192, 2008 המצביעים על האפליה הקשה שחוק זה יצר במסלולי האזרחות והאפשרות לקיום חיי משפחה (ההדגשות הוספו):

“[T]he amendment affected Israeli citizens of Arab origin who could not establish family relationships with noncitizen partners **belonging to their ethnic group [...]** 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.**”

121. הגבלת קיום ומימוש חיי משפחה בין האזרחים הערבים לבין בני/ות זוג הנמנים עם בני עמם ואומתם, מנוגדת גם לכללי המשפט הבינלאומי. 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:

Article 2

5. 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.

122. זאת ועוד: האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם כוללות עקרונות האוסרים על הפליה באזרחות ומבליטים את חשיבות האזרחות השווה. כך למשל, האמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל הצורות של האפליה הגזעית, 1965, שמדינת ישראל צד לה, קובעת בסעיף 1(3) כי:

”שום דבר באמנה זו לא ניתן לפרשו כפוגע באופן כלשהו בהוראות-
חוק של מדינות בעלות האמנה לעניין לאומיות, אזרחות או
התאזרחות, **ובלבד שאותן הוראות אינן מפלות כלפי לאומיות
מסוימת**” (ההדגשות אינן במקור).

ובאופן ספציפי, סעיף 5(4) לאותה אמנה קובע כי אין להפלות על רקע לאום או דת בכל הקשר לזכות לאזרחות.

123. באופן דומה, קובעת האמנה האירופאית לאזרחות משנת 1997 בסעיף 5 את עקרון איסור ההפליה באזרחות בזו הלשון:

“The rules of a State Party on nationality shall not contain distinctions or include any practice which amount to discrimination on the grounds of sex, religion, race, colour or national or ethnic origin. 2 Each State Party shall be guided by the principle of non-discrimination between its nationals, whether they are nationals by birth or have acquired its nationality subsequently.”

124. כמו כן, האמנה האמריקאית לזכויות אדם קובעת בסעיף 27 שלמרות שמדינה חברה רשאית לנקוט בצעדים המגבילים את הזכויות המנויות באמנה בתקופת מלחמה או חירום, עם זאת אל לה לנקוט בהפליה פסולה על רקע אתני ובכל מקרה הגבלה כזו אינה יכולה לחול על הזכות לאזרחות. בהקשר זה, בפסיקה של בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות האדם נקבע:

“It is generally accepted today that nationality is an inherent right of all human beings. Not only is nationality the basic requirement for the exercise of political rights, it also has an important bearing on the individual's legal capacity. Thus, despite the fact that it is traditionally accepted that the conferral and recognition of nationality are matters for each State to decide, contemporary developments indicate that international law does impose certain limits on the broad powers enjoyed by the State in that area and that the manner in which States regulate matters bearing on nationality cannot today be deemed to be within their sole jurisdiction; those powers of the State are also circumscribed by their obligations to ensure the

full protection of human rights. The classical doctrinal position, which viewed nationality as an attribute granted by the State to its subjects, has gradually evolved to the point that nationality is today perceived as involving the jurisdiction of the State as well as human rights issues.²⁰

125. לפיכך, תיקון החוק לא רק מהווה **פגיעה** בזכויות היסוד לחיי משפחה ושוויון, כפי שיפורט בהמשך, אלא עולה כדי **שינוי** של זכויות יסוד, ובכללן מהות הזכות לאזרחות ומעמד האזרחות השווה. עיגון הסדר קבוצתי גורף הסוטה מהותית מהנורמה הבסיסית לאורך זמן ובעניין המצוי בלב לבו של העניין, לא כל שכן כאשר מדובר בהבחנה מבוססת קריטריון אתני-לאומי חשוד, יש בו כדי לעלות כדי שינוי של זכות יסוד.

126. כדברי הנשיאה ביניש ב-בג"ץ 729/10 **תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל**, בפס' 34 (פורסם במאגרים, 24.5.2012):

"שינוי של חוק יסוד משמעו 'צמצומה או הרחבה, הוספה עליה או ביטולה' של זכות המוגנת בחוק היסוד (שם, עמ' 274; הנשיא (בדימ') שמגר). חוק משנה את חוק היסוד כשהוא סוטה מהותית ממנו בעניין מרכזי, עד כי נאמר שהחוק מכון לשנות מעיקרו את ההסדר החוקתי" (ההדגשות אינן במקור, ר.א.)

127. ואכן, השינוי במעמד האזרחות מקרין ופוגע במשטר הקונסטיטוציוני כולו. עצם קיומם של מסלולי חוק נפרדים ומפלים על בסיס אתנו-לאומי ביחס לזכויות יסוד שמגדירים את טיבה של האזרחות ואופן מימוש זכויות אחרות, מהווה שינוי של חוק יסוד על דרך "צמצום" טיבה והיקפה של זכות האזרחות והזכות לחיי משפחה של האזרחים הערבים-פלסטינים, ואף שינוי ההסדר החוקתי באופן שאינו מתיישב עם עקרון העל בדבר שלטון החוק והשוויון בפני החוק. העובדה כי דור שלם גדל בצל חוק זה מאז שנחקק בשנת 2003 מעידה אף היא כי מדובר בשינוי של זכויות יסוד ולא רק פגיעה בהן.

128. המשמעות של ניתוח זה, המבחין בין פגיעה לשינוי, היא כי בשונה מפגיעה "רגילה" שעליה לקיים את מבחני פסקת ההגבלה, הרי ששינוי חורג מסמכות הכנסת בכובעה כרשות מחוקקת ומחייב שימוש בסמכות המכוננת (ראו גם: ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 407 (1995)).

129. האמור תקף ביתר שאת שעה שמדובר בשינוי שנערך על דרך של הוראת שעה, כאשר במבחן התוצאה מתחוויר כי זמניותה של הוראה זו היא צורנית בלבד ולמעשה מתחדשת מזה כשני עשורים. משכך, העותרים יטענו כי די באמור כדי להורות על בטלות הוראות החוק, ולו מהטעם שמדובר בפגיעה שעולה כדי שינוי של זכויות יסוד שלא עומדת בתנאים הנדרשים לעריכת שינוי

²⁰ Inter-American Court on Human Rights, Advisory Opinion, 'Amendments to the Naturalisation Provision of the Constitution of Costa Rica', paras. 32-5; text in 5 HRLJ 1984

כאמור. מקל וחומר כאשר מדובר בחקיקה על דרך של הוראת שעה שנמשכת כבר כמעט שני עשורים, כפי שיפורט גם בהמשך.

130. להשלמת התמונה יצוין, כי אמנם החוק הנתקף בעתירה דנן בטל מהטעם שהוא משנה זכויות יסוד באמצעות הוראות שעה מסוג זה, אך גם אם הדבר יחוקק בחוק רגיל או בחוק יסוד, הרי שחוק כאמור עדיין נכשל בבחינה החוקתית במישור המהותי, שכן בעניין **עדאלה** ובעניין **גלאון** זמניות החוק הטתה את הכף לטובת אי פסילת החוק, חרף הפגמים במישור המהותי. כעבור כשני עשורים, טיעון ה"זמניות" אינו יכול לעמוד עוד כטיעון שעשוי להקל על הפגיעה החוקתית.

הפגיעה במעמד תושבי ירושלים הפלסטיניים

131. אמנם רובם ככולם של תושבי ירושלים הפלסטיניים הם תושבי קבע שאינם אזרחים, אולם הפגיעה בהם, במעמדם הייחודי ובאפשרותם לנהל את אורחות חייהם ולממש את זכויותיהם, אינה פחותה בחומרתה מהפגיעה באזרחי המדינה הפלסטיניים, אך בשל סיווגם השונה מבחינת מעמד. כפי שיפורט בהמשך, בעניין **עדאלה** ובעניין **גלאון** כבר נקבע כי הוראות החוק פוגעות בזכויות יסוד, והקביעות שם נאמרו הן ביחס לאזרחי המדינה והן ביחס לתושבי ירושלים. בדומה, שנמוך מערך הזכויות והמעמד הנורמטיבי של תושבי ירושלים הפלסטיניים מהווה אף הוא פגיעה במעמדם המיוחד והמוגן. האמור תקף ביתר שאת שכן החוק משליך באופן ישיר על מעמד ילדיהם ואפשרות רישומם כתושבים באופן שמשנמך את מעמדם.

132. הפגיעה בתושבי ירושלים הפלסטיניים מקבלת משנה תוקף נוכח זיקתם המיוחדת כאוכלוסייה ילידית ונוכח היותם אוכלוסייה הזוכה להגנה מיוחדת מכוח הוראות המשפט הבינלאומי בשל היותם תושבים, שעל פי המשפט הבינלאומי המחייב, חיים תחת משטר כיבוש מתמשך (על מעמד מזרח ירושלים כשטח כבוש על פי המשפט הבינלאומי, ראו חו"ד בית הדין הבינלאומי לצדק: Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied (Palestinian Territory) (2004)).

133. יוזכר, כי בבג"ץ 7803/06 **אבו ערפה נ' שר הפנים** (פורסם במאגרים, 13.9.2017) קבע בית המשפט הנכבד, בהרכב מורחב וברוב של שישה שופטים, כי יש להורות על ביטול החלטת שר הפנים לשלול את תושבות העותרים בעילת "הפרת אמונים". קביעה זו נסמכה, בין היתר, על מעמדם המיוחד של תושבי ירושלים הפלסטיניים (ראו גם: ע"מ 3264/14 **אלחאק נ' שר הפנים** (פורסם במאגרים, 14.3.2017) בפס' 19 לחוות דעתו של השופט פוגלמן וההפניות שם וכן בפס' 3 לחוות דעתו של השופט מזוז). בתוך כך, נקבע בדעת הרוב כי:

"הזיקה של תושבי מזרח ירושלים אל אזור מגוריהם היא חזקה ביותר, כמי שחיו בשטח זה במשך עשרות שנים. רבים מהם נולדו, גדלו ובגרו במזרח ירושלים, וכך גם הוריהם ולעיתים אף הורי הוריהם. לא זו אף זו, הבוגרים שבהם (ובהם העותרים 1 ו-8) יושבים במזרח ירושלים עוד בטרם הוחלו שם המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל. תושבי מזרח ירושלים אינם אפוא

**מהגרים או צאצאי מהגרים שהגיעו לישראל ממדינה אחרת וקיבלו
מעמד בהתאם להחלטה מסוימת שקיבל שר הפנים לפי שיקול
דעתו. אלה הם ברובם ילידי המקום" (פס' 25 לחו"ד השופט
פוגלמן)**

134. מכאן שהוראות החוק לא רק פוגעות במעמד האזרחות השווה של האזרחים הערבים אלא גם משליכות על מארג זכויותיהם של תושבי ירושלים הפלסטינים ומשנמכות את מעמדם שאמור לזכות להגנה משפטית מיוחדת ומוגברת מלכתחילה.

הדיון לפי פסקת ההגבלה:

הפגיעה בזכויות היסוד

135. כאמור, בעניין **עדאלה** בית המשפט העליון קבע ברוב של שישה שופטים כי החוק **אינו חוקתי** ואינו צולח את תנאי פסקת ההגבלה מהבחינה המהותית (להבדיל מהתוצאה האופרטיבית של פסק הדין). בתוך כך, בית המשפט קבע ברוב של שמונה שופטים כי הזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית הנגזרת מהזכות החוקתית לכבוד לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עוד נקבע, ברוב של שבעה שופטים (הנשיא (בדימוס) ברק, הנשיא בייניש והשופטים ג'ובראן, חיות, פרוקצ'יה, ריבלין ולוי) כי לאזרחי המדינה ותושביה הזכות לממש את חיי המשפחה **בתוך תחומי המדינה** וכי החוק פוגע בזכות זו.²¹ בנוסף, נקבע על-ידי אותם שבעה שופטים, כי החוק פוגע בזכות החוקתית לשוויון, שכן במבחן התוצאה הוא מפלה את אזרחי ותושבי המדינה הערבים.²² קביעה זו לעניין

²¹ראו: פס' 43-44 לחו"ד הנשיא (בדימוס) א' ברק ("זכותו של בן הזוג לקיים תא משפחתי נפגעת קשות אם אין מאפשרים לו לקיים תא משפחתי זה בישראל" וכן "פגיעה דומה מתרחשת בילדו של בן הזוג הישראלי"); פס' 7 לחו"ד **השופט ביניש** ("זכות היסוד של האדם לבחור בבן-זוג ולהקים עימו תא משפחתי במדינתו, היא חלק מכבודו ומתמצית אישיותו של האדם, וזכות זו נפגעת בהוראת חוק האזרחות והכניסה לישראל פגיעה קשה"); פס' 10 לחו"ד **השופט ג'ובראן** ("שלילת יכולתו של אדם לקיים חיים משותפים בישראל עם בן זוגו הריהי שלילת זכותו לחיי משפחה בישראל. פגיעה זו יורדת לשורש מהותו של האדם כאזרח בן-חורין"); פס' 4 לחו"ד **השופט חיות** ("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"); פס' 1 לחו"ד **השופט פרוקצ'יה** ("חוק האזרחות והכניסה לישראל (להלן – החוק) פוגע בזכות לחיי משפחה של בן זוג ישראלי, כאשר אין מאפשרים לו לממש את זכותו לחיי משפחה בישראל עם בן זוגו הפלסטיני מהאזור"); פס' 8 לחו"ד **השופט ריבלין** ("הזכות לחיי-משפחה משמעותה גם הזכות לחיי-משפחה משותפים תחת קורת גג אחת. הזכות לחיי-משפחה אינה רק זכותם של ההורים. זוהי גם זכותו של הילד הנולד להוריו. הזכות לחיי-משפחה מוגנת היום איפוא בהוראות חוק-היסוד בהיותה חלק מזכות היסוד לחרות וחלק מזכות היסוד לכבוד. אין לצמצם את עצם הגדרת הזכות לקיים חיי-משפחה"); פס' 7 לחו"ד **השופט לוי** ("שתי זכויות חוקתיות של בן הזוג הישראלי המבקש להתאחד כאן עם בן זוגו הפלסטיני, נפגעות מן ההסדר החקיקתי נושא העתירות שבפנינו, ושתיהן כאחת נגזרות מן הזכות לכבוד האדם, המנויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האחת היא זכותו של אדם לחיי משפחה").

²²ראו: פס' 46 לחוות דעתו של הנשיא (בדימוס) א' ברק ("מסקנתי הינה, אם כן, שתוצאתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא שלילת זכותם של אלפים מבין הערבים אזרחי ישראל, ושלחם בלבד, לממש את זכותם לחיי משפחה. חוק שזוהי תוצאתו הינו חוק מפלה. חוק שפגיעתו מתמקדת, רובה ככולה, בערבים אזרחי ישראל פוגע בשוויון."); פס' 7 לחוות **דעתה של השופטת ד' ביניש** ("הפגיעה היא פגיעה בזכותה של אוכלוסייה שלמה באופן כוללני, וללא אבחנה בין יחידה. המבקשים להינשא לפלסטינים באים ככלל מתוך הציבור הערבי במדינת ישראל. החוק יוצר, אפוא, הפליה בין זכויותיהם של אזרחיה הערביים של המדינה להקים תא משפחתי בישראל עם בן-זוג זר לבין זכותם של ישראלים אחרים להקים תא משפחתי עם תושב זר"); פס' 16 לחו"ד **השופט ג'ובראן** ("פגיעות קשות אלו בזכות לחיי משפחה אינן עומדות בפני עצמן ומתלוות גם לפגיעה קשה בזכותם של אזרחי המדינה הערביים לשוויון, בהיותם הנפגעים העיקריים, אם לא הבלעדיים, של חוק זה. בין אזרחי ישראל הערבים ובין תושבי האזור קיימים קשרים תרבותיים, משפחתיים, חברתיים ואחרים, אשר באופן טבעי, מובילים לכך שעיקר האזרחים הישראלים 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"); פס' 4 לחו"ד **השופטת חיות** ("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, מסמן החוק שולי ביטחון רחבים

הפגיעה בזכויות היסוד אושררה בעניין גלאון ברוב של שבעה שופטים (הנשיאה ביניש והשופטים לוי, ארבל, גובראן, חיות, ריבלין והנדל).²³

136. המסקנות באשר לפגיעה החוקתית בזכויות יסוד הן בעניין **עדאלה** והן בעניין **גלאון אינן מותירות מקום לספק כי החוק פוגע בצורה קשה וישירה בזכויות החוקתיות לכבוד, לחיי משפחה ולשוויון**. זאת, כאמור, אף במובן המצומצם יותר של הפגיעה והעולה כדי שינוי במעמד האזרחות השווה שמשליכה על המשטר החוקתי כולו.

הפגיעה אינה לתכלית ראויה

137. חוק ייחשב כמקדם תכלית 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 [...] המבחן יתחשב במהות הזכות הנפגעת ובעוצמת הפגיעה. ככל שהפגיעה בזכות תהיה משמעותית יותר, כך יידרשו יעדים חברתיים חשובים וחיוניים יותר להצדקתה" [...] יש אם כן, לשים לב כי לא כל מטרה חברתית או ציבורית חשובה תבסס תכלית ראויה והדבר תלוי גם בפגיעה העומדת מנגד" (ההדגשה לא במקור) (בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת**, פס' 83 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם במאגרים, 16.9.2013); ראו גם: בג"ץ 7385/13 **איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל** (פורסם במאגרים, 22.9.2014); אהרן ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 300 305 (2010)).

138. מטרתה של נורמה משפטית הפוגעת בזכות חוקתית היא ראויה לא רק אם תכנה הוא ראויה **אלא אם הצורך בה הוא חיוני, נחוץ וראוי** (ראו: בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 549 (2005). ראו גם: בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 53 (1997); בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נז(1) 235, 264 (2002); בג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר**, פ"ד נט(1) 729 (2004)).

139. כמו כן, בפסיקה נקבע כי במסגרת בחינת התכלית יש להתייחס ל"מבחן הרגישות לזכות" וכי "חוק, שאינו מכיר כל ועיקר בחשיבותה של זכות היסוד הנפגעת, הוא חוק שתכליתו אינה ראויה. לא ניתן להולמו בגדרו של סדר חברתי ששיח הזכויות הוא מאושיותיו" (עניין **גלאון**, בפס' 23 לחו"ד השופט (בדימו') לוי).

ועיוורים הפוגעים באופן בלתי מוצדק ובלתי מידתי באלפים רבים מבני המיעוט הערבי החי בתוכנו המבקשים לקיים חיי משפחה בישראל עם תושבי האזור"; **פס' 1 לחו"ד השופטת פרוקצ'יה** ("חוק האזרחות והכניסה לישראל שולל באורח מפלה את זכותם של אלפים מבין ערבים, אזרחי ישראל, לממש את זכותם לחיי משפחה בארץ; הוא פוגע בכך בזכותם לכבוד אדם"); **פס' 9 לחו"ד השופט ריבלין** ("הגרעה מן הזכות החוקתית לחיי משפחה, משליכה, בנסיבות המקרה ובאופן עקיף, על קבוצה מוגדרת ומובחנת באוכלוסייה, שהיא גם קבוצת מיעוט. ממילא יש עימה גם פגיעה בשוויון"); **פס' 7 לחו"ד השופט א' לוי** ("הזכות השנייה בה ניכרת פגיעתו של חוק האזרחות (הוראת שעה), היא זכותו של אדם ליחס שווה. לכאורה, האיסור שבחוק אינו מבחין בין תושביה הערביים של ישראל לתושביה היהודים. אולם, לכל נהיר כי מבחינה אתנית ותרבותית כמעט רק עבור אזרחי ישראל הערביים מהווים הפלסטינים תושבי השטחים קבוצת התייחסות טבעית בחיפוש אחר בני זוג לנישואין").

²³ בנוסף לעמדת הנשיאה ביניש והשופטים לוי, גובראן, ארבל, חיות וריבלין, שהיו שותפים לפסק הדין בעניין **עדאלה** והגיעו שוב למסקנה כי החוק פוגע בזכויות היסוד לחיי משפחה ולשוויון, נוספה עמדת השופט הנדל בפסק הדין בעניין **גלאון**. לפי גישת השופט הנדל "שילובן של שתי הפגיעות יחדיו, בנסיבות המקרה, מהווה פגיעה בחוק היסוד" (פס' 2 לחו"ד השופט הנדל).

140. העותרים יטענו כי תכלית החוק אינה מקיימת את מבחן התכלית הראויה. ראשית, גם אם ניתן להניח - ולא כן הוא - כי המטרה אותה נועד החוק לקדם היא ביטחונית, הרי שמסד הנתונים עליו מושתתת החקיקה, אינו עומד במבחן המשנה לקיומו של צורך "חיוני, נחוץ וראוי". שנית, ההיסטוריה החקיקתית של החוק כולל סעיפיו של החוק ובראשם סעיף המטרה קובעים כי תכליתו הדומיננטית של החוק היא תכלית דמוגרפית-אידיאולוגית פסולה. שלישית, מדובר בחקיקה גזענית המייצרת מסלולי חוק קבוצתיים שונים ונפרדים על בסיס אתני-לאומי.

היעדרה של "נחיצות ביטחונית"

141. אין צורך להכביר במילים בנושא היעדרה של "נחיצות ביטחונית", ולו, מהסיבה הפשוטה שהיא נעדרת ואינה מבוססת דיה. הליך החקיקה לא רק חשף כי התשתית העובדתית לביסוס טענה זו היא רעועה ביותר, אלא גם התגלה שהתכלית העיקרית של החקיקה היא זו הדמוגרפית, כפי שפורט בחלק העובדתי של העתירה וכפי שאף יורחב גם בהמשך פרק זה.

142. מסמך הפרפרזה הגלויה שערך השב"כ במהלך הליך החקיקה חושף למעשה, כי הטיעון הביטחוני מאמץ את דוקטרינת "נתיני אויב" הפסולה לכן הוא נסמך על ספקולציות לא מוכחות וטענות שרירותיות שאינן מתקבלות על הדעת ואינן קשורות כלל ועיקר לנפגעים הישירים עצמם ממדיניות מניעת איחוד המשפחות אלא ל"סכנה הפוטנציאלית" שעלולה לנבוע, לכאורה, מחלקם הלא ידוע של ילדיהם של זוגות שיזכו לאיחוד משפחות, אם בכלל ייוולדו. המסמך, רובו ככולו, מעלה השערות ספק "ביטחוניות" ספק סוציולוגיות, שלא לומר אוריינטליסטיות וגזעניות להפליא, בדבר זהותם ומניעיהם של "הסובייקטים הביטחוניים" ובני משפחותיהם. כך למשל, המסמך טוען כי "האיום העיקרי הנשקף מאוכלוסיית האחמ"ש נובע מהיותם מאתר נוח ונגיש לגיוס עבור ארגוני הטרור" (פס' 2 למסמך). בהמשך, מציין המסמך את "הבעייתיות והקושי הטבועים והמובנים בעריכת אבחון ביטחוני פרטני מראש לכלל מבקשי איחוד המשפחות הנמנים עם אוכלוסיית הסיכון ... תוצאותיו של האבחון הפרטני אינו מעיד כשלעצמו על היעדר סיכון בטחוני עתידי, אם בכלל" (פס' 4 למסמך הפרפרזה).

143. נפנופי לשון כאלה אין לקבל כי הם נשענים על התפיסה הקולקטיבית של דוקטרינת "נתיני אויב". הבעייתיות והקושי כלל אינם טבועים וכלל אינם מובנים. ובני אדם אלה אינם קטלוג "נוח ונגיש" אלא אנשים עם צרכים, משפחות, סיפורי חיים ואהבות. משמעותה של טענה זו היא, למעשה, כי כל ערבי באשר הוא, טומן בחובו סיכון כלשהו שאמנם לא ניתן לאמוד או לאשרר, ואין כל ידיעה או אף סיכוי כלשהו שיתממש, אולם ניתן לגרוס בוודאות כי הוא קיים ואף מצדיק הטלת מגבלות קולקטיבית על בסיס אתנו-לאומי.

144. זאת ועוד. המסמך מצרף "טבלת מספרים" ובסעיף 8 למסמך מתאר מספר מקרים שאמורים ל"הוכיח" לכאורה את הסכנה הטבועה באותם אנשים. ואולם, עיון בנתונים אלה רק מעלה עוד ועוד שאלות. כלל לא ברור מהו, למשל, בסיס ההשוואה שעליו הנתונים והסיפורים במסמך מבוססים; מהו מספר האירועים הכולל שלעומתם נתונים אלה הופקו; מהו מספר הילדים "דור

ב" הכולל ואשר מתוכם נמנים המספרים הנזכרים במסמך; כמה מהם אכן הורשעו או הוגש נגדם כתב אישום; ועוד. רשימת השאלות רק הולכת ומתארכת.

145. הטענה כי קיים סיכון ביטחוני עתידי, לא ידוע ושאינו מתייחס בהכרח לאנשים עצמם אלא לילדיהם - אך בה בעת "מוכח" - היא טענה גזענית, פופוליסטית, לא מבוססת עובדתית ונוגדת כל עקרון של צדק בסיסי.

146. לאור כל האמור לעיל, הטענה בדבר קיומו של צורך ביטחוני לכאורה התבררה בדיונים סביב החוק בתור מס שפתיים שנאמר לפרוטוקול, כאשר ברור לכולם, כפי שנחשף בדיוני הוועדה, כי התכלית העיקרית של החוק היא תכלית דמוגרפית גזענית ופסולה.

החוק נועד לקדם תכלית דמוגרפית פסולה

147. השיקול הדמוגרפי שבבסיס חוק האזרחות אינו ניתן עוד להכחשה. מניעיו הדמוגרפיים של החוק נחשפו, על רקע הליך החקיקה האחרון, במלוא עוז. אין מדובר עוד ב"תכלית נסתרת" כי אם בעובדה ידועה ומוצהרת, גם לפי לשונו של החוק הנדון. כל דרך אחרת לפרשנות הדברים תהא בבחינת עצימת עיניים כלפי תכליתו העיקרית של החוק.

148. לאחרונה פורסמו שני דוחות משמעותיים מאת ארגוני זכויות האדם העולמיים המובילים Amnesty International ו-Human Rights Watch הקובעים כי ישראל מקיימת את פשע האפרטהייד על פי המשפט הבינלאומי, ובתוך כך מתייחסים, על פני עמודים רבים, למרכזיות של חוק האזרחות במשטר הישראלי ולהיות אמצעי לשליטה דמוגרפית. כך למשל, בדו"ח Amnesty International מצוין בעמ' 15 כי:

"The discriminatory intent to dominate Palestinian citizens in Israel is also manifested through statements that clearly point to the need for a separate and unequal citizenship structure and the denial of Palestinians' right to family reunification as a means of controlling demography."

ובהמשך בעמ' 19 בעניין חוק האזרחות:

Like other measures Amnesty International has documented, they are primarily guided by demographic – rather than security – considerations and aim to minimize Palestinian presence inside the Green Line to maintain a Jewish majority.

ובהתייחס לאמירות ראשי ממשלה ופוליטיקאים שונים, בעמ' 68:

“Statements by leading Israeli politicians make it apparent that the discriminatory intent to dominate Palestinians is not only manifested through control over land and dispossession but also through a separate and unequal citizenship structure and **the denial of Palestinians’ right to family reunification**. In 2005, then prime minister Ariel Sharon said when commenting on the renewal of the temporary and discriminatory 2003 Citizenship and Entry Law (see section 5.3.1 “Denial of right to equal nationality and status”): **“There’s no need to hide behind security arguments. There’s a need for the existence of a Jewish state.”** He later added that the 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, a national security adviser who in 2005 served on a committee examining immigration policies, argued that the discriminatory Citizenship and Entry Law “is the way to overcome the demographic demon”. The same year, Benjamin Netanyahu, while the finance minister, 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.”**”

וכן ראו בהרחבה בעמ' 98 – 104 לדו"ח הנ"ל. קביעות דומות נמצאו בדו"ח Human Rights Watch.²⁴

149. האמור מקבל משנה תוקף לא רק מסעיף המטרה של החוק ומההיסטוריה החקיקתית, אלא גם לאור הצהרות של בכירים בממשלה עוד לפני תחילת הליך החקיקה הנוכחי ולפני שהופקו, כביכול, נתונים כלשהם בדבר קיומה של “סכנה ביטחונית” לכאורה. המשיבה מס' 1, שרת הפנים איילת שקד, הצהירה, ולאחר מכן שבה ופרסמה זאת לציבור בעמוד הפייסבוק הרשמי שלה, כי **“לא צריך לכבס פה מילים – לחוק יש גם סיבות דמוגרפיות**. אני לא רוצה לדבר על מרצ ורע"מ. מבחינתם זה חוק לא פשוט. זה לא ברור מאליו. **יש גם טיעון דמוגרפי לחוק הזה, כדי למנוע זכות**

²⁴ Human Rights Watch, a Threshold Crossed: Israeli Authorities and the Crimes of Apartheid and Persecution (April 27, 2021) <https://www.hrw.org/report/2021/04/27/threshold-crossed/israeli-authorities-and-crimes-apartheid-and-persecution>; Amnesty International, Israel’s Apartheid against Palestinians: a Cruel System of Domination and a Crime against Humanity (February 1, 2022) <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/02/israels-apartheid-against-palestinians-a-cruel-system-of-domination-and-a-crime-against-humanity/>.

שיבה זוחלת (ראו: ראיון עם השרה שקד שפורסם בעיתון ידיעות אחרונות (9.2.2022); ההדגשות אינן במקור). על תכלית דמוגרפית זו מתלבש הטיעון "הביטחוני" באופן סתמי, לא מגובה בנתונים והכל בבחינת מס שפתיים: "החוק מבקש להוריד מוטיבציית הגירה לישראל. קודם כל מטעמי ביטחון, ואחר כך מטעמים דמוגרפיים" (שם).

150. הצהרות חד משמעיות בנוגע למהות העיקרית של החוק - והיא הדמוגרפית - נשמעו גם מפי שר החוץ יאיר לפיד בסמוך לפקיעת הוראת השעה בשנת 2021. על פי שר החוץ לפיד: **"לא צריך להסתתר מהמהות של חוק האזרחות. הוא אחד הכלים שנועדו להבטיח רוב יהודי במדינת ישראל"** (ראו מיכאל האוזר טוב, "לפיד: 'לא צריך להסתתר מהמהות של חוק האזרחות. הוא אחד הכלים שנועדו להבטיח רוב יהודי במדינת ישראל'", **הארץ** (5.7.2021) <https://www.haaretz.co.il/news/politi/1.9970940>; ההדגשה אינה במקור).

151. הצהרות אלה, והעובדה הידועה והמוצהרת ברבים בדבר היותו של השיקול הדמוגרפי השיקול הדומיננטי והמהותי בבסיס החוק, משליכים על בחינת תכליתו ואף הטענה בדבר התכלית הביטחונית. יפים לעניין זה דבריה של השופטת פרוקצ'יה בפס' 14 לחוות דעתה בעניין **עדאלה**:

"בבחינת אמינותו של השיקול הבטחוני, אין להתעלם גם מכך כי בנקודות זמן שונות במהלך הליכי החקיקה של החוק ותיקונו הועלה ונדון הנושא הדמוגרפי ברקע האיסור הגורף על כניסת בני זוג פלסטיניים מהאיזור לישראל. אמנם, המדינה בהציגה את החוק הצביעה על השיקול הבטחוני כשיקול יחיד. עם זאת, מדיוני הכנסת עולה כי הנושא הדמוגרפי ריחף על פני הליכי החקיקה כל העת" (ההדגשה אינה במקור)

152. כעבור כשני עשורים מאז נחקק החוק לראשונה, כבר ברור כי התכלית הדמוגרפית אינה "מרחפת" על פני הליך החקיקה, אלא היא מניעה את חקיקת החוק וניצבת במרכז ההסדר על בסיס קבוצתי הנקבע בו.

החוק קובע הסדר קבוצתי גזעני

153. גם אם ייקבע כי החוק מקדם "תכלית ביטחונית" - ולא כן הוא - הרי שקידומה של תכלית זו אינו יכול לדור בכפיפה אחת עם מבחן התכלית הראויה, שעה שתכלית זו מקדמת הסדר גזעני ומתייחסת לסובייקטים הפלסטיניים בתור אמצעים ונתונים סטטיסטיים, באופן אבסולוטי. יפים לעניין זה דבריהם של המלומדים ברק מדינה ואילן סבן במאמרם "זכויות אדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" **משפטים** לט' 47, 53-54 (2008), שנכתבו בעניין חוק האזרחות:

"תכליתו של חוק הפוגע בזכויות יסוד היא ראויה רק אם היא מבטאת שאיפה לאיזון בין האינטרס והזכות העומדים על הפרק, וכי שאיפה זו זכתה, פעם אחר פעם בפסיקת בתי המשפט למענה

בדמות "מבחני איזון". משמע, חוק נועד לתכלית ראויה רק אם הוא נועד למנוע סיכון אישי ממשי הנשקף מכל אחד מן הפרטים שבזכויותיהם הוא פוגע.

ובהמשך :

"הניתוח בפרקיו השונים של המאמר מאפשר להצביע בפרק הסיכום על לב הקשיים הטמונים בעמדתם של אותם שופטים בפסק דין **עדאלה** שלא מצאו פגם בחוק. בתמצית, עמדתם היא כי החוק אמנם פוגע בוודאות בבני אדם חפים מפשע, אך זאת כדי למנוע פגיעה ודאית בבני אדם חפים מפשע אחרים (אזרחי החברה הישראלית); ומכיוון שעל פי הטענה לא ניתן לאתר באופן יעיל את אותם אלמונים מסוכנים בתוך הקבוצה החשודה, אזי יש הכרח בהגבלה קולקטיבית שתוטל על מכלול חברי הקבוצה ועל אחרים שקשרו עמם את גורלם. יש בעמדה זו שלושה חידושים שמטלטלים בעצמה את יסודותיה של מדינה דמוקרטית. ראשית, עמדה זו ויתרה על ההבחנה בין זכות אדם לבין אינטרס ציבורי לטובת מטאפורה של זכויות יסוד המתנגשות משני צדי האיזון; שנית, עמדה זו ויתרה על מבחן האיזון, קרי: על הדרישה כי יתגבש סף נדרש של סיכון הנשקף מהאדם שבו היא פוגעת. היא עשתה כן – הכשירה פגיעה ודאית באדם, אף שההסתברות לכך שהוא מסוכן היא קלושה – באמצעות פנייה מסוכנת מהתמקדות בפרט לטובת התמקדות בקולקטיב שאליו הוא משתייך; שלישית, עמדת השופטים מאשרי החוק התקבלה אף על פי שמי שנפגעו מהחשד הקבוצתי היו לא רק מי שנתפסו על ידי המדינה כ"זרים" לה אלא גם אזרחיה שלה."

154. זאת ועוד, הוראות חוק האזרחות אינן מגלות רגישות לזכות הנפגעת, וכפי שכבר נאמר בפסיקה :

"הוראותיו של חוק האזרחות והכניסה לישראל עומדות בניגוד לכל אלה [לאפשר ליחידים וקהילות להגשים את עצמם, לנוע בחופשיות ממקום למקום, לאפשר לאדם להקים בית ומשפחה על-פי בחירתו ועוד]. הן מעניקות משקל מכריע למרכיב הביטחון, אגב פגיעה אנושה בזכויות יסוד שמן המעלה הראשונה. הן יוצרות מציאות, שתוצאתה המובהקת היא הצרת זכויותיהם של ישראלים אך משום שערכים הם. הן מקנות לגיטימציה לרעיון זר לתפישות היסוד שלנו – קיפוחם של בני המיעוט אך בשל היותם כאלה. בהתבססן על הסדר של סיווג קטגוריאלי, שיש בו הכל זולת בחינה פרטנית של הסיכון הנשקף מאדם, הן מטשטשות את דמותו של היחיד, כל יחיד, כעולם ומלואו וכמי שנושא באחריות למעשיו-הוא." (עניין גלאון, פסי' 29 לחור"ד השופט לוי)

הפגיעה אינה מידתית

155. ההסדר החוקי שנקבע נופל בכל שלב מהבחינה החוקתית במסגרת המידתיות, שנחלקת לשלושה מבחני משנה (1) מבחן הקשר הרציונאלי בין האמצעי למטרה; (2) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ו-(3) מבחן המידתיות במובן הצר.

הפגיעה אינה מידתית: מבחן הקשר הרציונאלי בין האמצעי למטרה

156. הקביעה כי האמצעי שנבחר מקיים את מבחן הקשר הרציונאלי מחייב ביסוסו של קשר כאמור על סמך תשתית עובדתית שעמדה בפני המחוקק (ראו אהרן ברק, **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה**, 382 (2010)). בפסיקת בית המשפט הודגש כי לא ניתן לבסס קשר רציונאלי על סמך סיכון "קלוש ותיאורטי" והדברים נאמרו גם בהקשר של "סיכון ביטחוני" הטבוע לכאורה בקובצת תושבי השטחים הכבושים הפלסטיניים (ראו, בג"ץ 5627/02 **סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית**, פ"ד נח(5) (2004) (להלן: עניין סייף)).

157. קיומו של קשר רציונאלי אינו נבחן לפי זיקה סיבתית טכנית יבשה אלא גם לפי מבחני **הוגנות, הגינות והעדר שרירותיות**. ב-בג"ץ 9593/04 **מוראד נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד סא(1) 844 (2006) נקבע כי:

"מבחן הקשר הרציונאלי אינו מבחן של קשר סיבתי טכני גרידא בין אמצעי לתכלית. גם כאשר שימוש באמצעי כלשהו עשוי להוביל להשגת המטרה המבוקשת עדיין אין משמעות הדבר כי מתקיים קשר רציונאלי בין האמצעי לתכלית וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית. הדגש במבחן הקשר הרציונאלי הוא על היותו של הקשר רציונאלי. **משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון**..." (ההדגשות לא במקור)

158. ואכן, נקיטה באמצעי גורף ועל בסיס קבוצתי באופן קטיגורי, כפי שנערך בענייננו, נחשדת בהיותה לוקה בשרירותיות באופן שאינו מקיים את מבחן הקשר הרציונאלי. יפים בהקשר זה דבריה של הנשיאה חיות ב-בג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת** (פורסם במאגרים, 9.6.2020):

"**המסקנה כי בענייננו מתקיים מבחן הקשר הרציונאלי אינה חפה מקשיים**... השימוש באמצעי שמשמעותו **נטילה גורפת** של זכויות השימוש והחזקה במקרקעין או הכרזה עליהם כעל "רכוש ממשלתי", מעורר קושי בהיבט זה משום שהוא מיטיב באופן קולקטיבי עם כל מי שהקימו את בתיהם באופן בלתי חוקי באותה התיישבות, בין היתר, על מקרקעין פרטיים. הוא מקיף את "כל המקרקעין שעליהם נבנתה אותה התיישבות" **בלא בחינה פרטנית** של סוגיית תום הלב ובאופן המחיל את ההסדר על כל המקרקעין שבתחומי היישוב, לרבות מקרקעין שאין עליהם בתי מגורים. הוא מעדיף את האינטרס שלהם על פני האינטרסים הקנייניים הלגיטימיים של קבוצת אוכלוסייה אחרת באותו אזור, והקושי מתעצם בהינתן העובדה שמדובר בתושבים מוגנים שהינם בעלי

זכויות בחלק לא מבוטל של אותם המקרקעין." (ההדגשות לא במקור)

159. זאת ועוד: היעדרו של קשר רציונאלי בין האמצעי למטרה הנטענת שהיא לכאורה שמירה על הביטחון, מתבהר נוכח העובדה כי ההסדר הקבוע בחוק האזרחות עצמו פותח במקביל את האפשרות לאלפי עובדים פלסטינים להיכנס לשטח המדינה מדי יום, בכפוף לבדיקה אינדיבידואלית. כך לדוגמה, העותר 3 יכול לעבוד ולהתנייד בצורה חופשית כשהיתר העבודה שלו בידו, אך נאסר עליו להקים את משפחתו ביחד עם אשתו, העותרת 2, מכיוון שהוא חוסה תחת המגבלה הגורפת שנקבעה בסעיף 4 לחוק האזרחות. כפי שנאמר בהקשר זה בעניין גלאון הנ"ל:

"אין מנוס מן המסקנה כי מקום בו קם לה, למדינה, אינטרס בהימצאותם בשטחה של עובדים העונים, כידוע, על צרכי תעסוקה שהמשק מתקשה לספקם, מונח לעת קלה השיקול הביטחוני בצד, או לפחות מאבד ממעמדו כשיקול עיקרי. דבר זה לא רק שעלול להפוך את התכלית הביטחונית חשודה בעיני אחדים, אלא שלהשקפתי הוא מעמיד בסימן שאלה נוסף את מידת כובד הראש בו מתייחסת המדינה לפגיעה בזכויותיהם המוגנות של אזרחיה הערבים." (שם, בפס' 34 לחור"ד השופט לוי)

160. זאת ועוד, בפסיקת בית משפט נכבד זה כבר צוין, בעניין סטמקה הדן במסלול ההתאזרחות של בני זוג של אזרחים יהודים, כי גם אמצעי שמונע נישואים פיקטיביים, שהסתברותם אחד לעשרה, ספק אם צולח את מבחן הקשר הרציונאלי. כדברי השופט חשין: "נניח שהמזדווג בנישואין פיקטיביים של אחד לעשרה. הניתן למצוא קשר רציונלי בין האמצעי למטרה? האם קשר רציונלי ראוי הוא שהתשעה יסבלו בעבור האחד?" (שם, עמ' 778). אך מתבקש כי דברים אלה יהיו תקפים גם בענייננו.

161. מהאמור עולה כי נקיטה בהסדר קבוצתי וגורף, החוסם את האפשרות להגיש בקשות לאיחוד משפחות, אינו מקיים את מבחן המשנה הראשון לקיומו של קשר רציונאלי.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

162. כבר בעניין עדאלה, ובהמשך בעניין גלאון, הסכימו רוב השופטים כי החוק נוקט באמצעי גורף ולא מידתי, אם כי עניין זמניות החוק והיותו "הוראת שעה" הטתה את הכף בסופו של יום לטובת אי מתן סעד מסוג פסילת הוראות החוק. השופטת (כתוארה אז) א' חיות סיכמה את גורפות ואי-מידתיות הוראות החוק כבר בעניין עדאלה בצינה:

"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. הזכות העומדת לאדם לבחור את בן הזוג שעמו הוא חפץ להקים משפחה וכן הזכות העומדת לו להקים את ביתו במדינה שבה הוא חי, הן בעיני זכויות

אדם מן המעלה הראשונה. הן מגלמות את תמצית הווייתו וכבודו של האדם באשר הוא אדם ואת חירותו כפרט במובן העמוק ביותר [...] לדידי, **בחינת הוראות חוק האזרחות באמות מידה חוקתיות מובילה אל המסקנה שהאיסורים הקבועים בו אינם עומדים במבחן משום שהם פוגעים במיעוט הערבי-ישראלי במידה העולה על הנדרש**. במציאות המורכבת שבה אנו חיים, לא ניתן להתעלם מכך שתושבי האזור הפלסטינים מהווים לאורך שנים רבות בני זוג פוטנציאליים לאזרחים ערביי ישראל" (פס' 4 – 5 לחו"ד השופטת (כתוארה אז) חיות).

163. ואכן, בפסיקה הודגש לא אחת כי נקודת המוצא היא כי הסדר גורף אינו הסדר שעומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. כך למשל, ב-בג"ץ 2150/07 **ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון** (פורסם במאגרים, 29.12.09) (להלן: **עניין כביש 443**) נקבע כי:

"דרך כלל, נקיטתו של אמצעי גורף היא 'חשודה' מן הבחינה החוקתית. צעדים מוחלטים דורשים, אף יותר מן הרגיל, הנמקה מבוססת שבכוחה לשכנע בדבר הצידוק שבנקיטתם. זאת, בשל הסתירה המובנית בין פעולה באורח גורף לבין הגנה על זכויות"

164. הדברים נאמרו בעניין **כביש 443** ביחס לסיכון הביטחוני הנשקף לכאורה מתושבי השטחים הכבושים הפלסטיניים, ובית המשפט חזר על קביעות מסוג זה, במספר הזדמנויות, אף בעניין **אסירים ביטחוניים וציין כי "כל הסדר גורף 'נחשד' בכך שאין הוא האמצעי שפגיעתו פחותה, וזאת בשל האפשרות לבחון באופן אינדיבידואלי את הפרטים הנכללים בקבוצה הרלבנטית"** (רע"ב 6956/09 **מאהר יונס נ' שירות בתי הסוהר** (פורסם במאגרים, 7.10.2010); ראו גם: פסק דינה של הנשיאה נאור ב-דנג"ץ 204/13 **צלחה נ' שירות בתי הסוהר** (פורסם במאגרים, 14.4.2015)).

165. כפי שנקבע גם בעניין **סייף**, שהתייחס גם הוא להסדר קבוצתי ביחס לפלסטינים תושבי השטחים הכבושים שזהותם הייתה הבסיס להפלייתם מטעמים ביטחוניים לכאורה, הסדר קבוצתי כאמור לא רק שאינו מקיים את מבחן המשנה השני אלא מהווה אמצעי **הפוגעני ביותר** האפשרי:

"סירוב ללא כל בדיקה אינדיבידואלית להעניק תעודת עיתונאי, בשל מסוכנות אינהרנטית של כל העיתונאים הפלסטינים תושבי האזור - לרבות אלה הזכאים להיכנס לישראל ולעבוד בה - **הוא האמצעי הפוגעני ביותר האפשרי**. אמצעי זה פוגע בצורה חזקה באינטרס לעיתונות חופשית, שניתן היה למנוע על-ידי בדיקות ביטחוניות אינדיבידואליות מוצדקות להפגת הסכנה הביטחונית האישית הנובעת מתושבי האזור, ככל שסכנה כזאת קיימת מתושבים שעמדו בהצלחה בבדיקות הנדרשות לקבלת היתרי כניסה לישראל ועבודה בה" (שם, בעמ' 77; ההדגשה הוספה)

166. ואכן, גם בענייננו, לא סופק הסבר המניח את הדעת מדוע יש להעדיף הסדר קבוצתי וגורף, על פני הסדר המבוסס על בדיקה אינדיבידואלית כפי שנקבע ב- "הליך המדורג" לאחר פסק דין **סטמקה** - שגם הוא הליך ארוך וקשה אך אינו גורף.

167. לפיכך, העדפת הסדר גורף על פני "ההליך המדורג" היא האמצעי **הפוגעני ביותר** האפשרי ביחס לכל אותן קבוצות שעליהן הוא חל.

זמניות החוק: מהוראת שעה להוראת שנים

168. פרק הזמן שחלף מאז חקיקת הוראת השעה לראשונה הוא משמעותי כל כך שמשליך על אופן הבחינה החוקתית. הוראת השעה התחווה כ"הוראת שנים": תוקפה של הוראת השעה הוארך על-ידי הממשלה יותר מ-20 פעמים מאז שנחקקה ושינה את המצב הנורמטיבי המתווה את חייו של דור שלם ואפשרותו לקיים חיי משפחה. משפחה הוראת השעה, נפתחה הדלת לבחינה מחודשת של ההסדר כולו.

169. האמור תקף ביתר שאת נוכח העובדה כי שיקול זמניות החוק שיחק תפקיד מכריע בחקיקת החוק לראשונה וכן בבחינתו המשפטית בעניין **עדאלה** והוביל, מהבחינה המעשית, לדחיית העתירות אז. עמדו על כך המלומדים איתי בר-סימן-טוב וגאיה הררי-הייט במאמרם "שעתם היפה של הוראות השעה? עלייתה של החקיקה הזמנית בישראל ועקרונות לטיובה" **עיוני משפט** מא 539, 575 (2019):

"יש מקרים שבהם נראה כי ההארכות החוזרות ונשנות בעיתיות במיוחד. מקרה מובהק כזה הוא חוק האזרחות והכניסה לישראל, אשר נחקק בשנת 2003, בשיא האינתיפאדה השנייה, כהוראת-שעה לשנה אחת. כפי שראינו לעיל, יוזמי החוק ושחקני-המפתח בחקיקתו הדגישו כי מדובר בחוק חירום שכל תכליתו לתת מענה זמני למצב בטחוני קשה וזמני. כן ראינו כי משתתפים שונים בהליך, לרבות היועץ המשפטי לממשלה עצמו, הדגישו כי מידתיותו של החוק הבעייתי הזה נובעת בראש ובראשונה מזמניותו. עוד ראינו כי היו חברי ועדה בכנסת שהדגישו כי הם מתנגדים באופן עקרוני לחוק, אך תומכים בו אך ורק מפני שהוא זמני. על כך ניתן להוסיף כי לזמניותו של החוק היה משקל רב מאוד בהחלטתה של דעת הרוב בפסק-הדין להימנע חרף כל זאת, בפועל, למן חקיקתו תוקן החוק או מלבטל את החוק כבלתי-חוקתי. הוארך בצו כבר תשע"ע פ"א (נכון ליוני 2018), לפי סעיף התוקף הנוכחי שלו הוא צפוי להישאר בתוקף לפחות עד יוני 2019, כלומר, כששעשרה שנים למן חקיקתו כהוראה זמנית לשנה."
(ההדגשות לא במקור).

170. ואכן, וכפי שהראינו בחלק העובדתי רוב השופטים הן בעניין **עדאלה** והן בעניין **גלאון** התריעו מפני הבעייתיות שהשימוש בחקיקה זמנית והביעו את עמדתם, כי עניין זמניות החקיקה היה

פקטור מכריע בעמדות שאישרו את החקיקה אז. גם לפי עמדת המיעוט אושרה התכלית הביטחונית בעיקר משום שמדובר בהוראה זמנית.

171. קונסטרוקציה משפטית זו, לפיה הכנסת משתמשת בסמכותה לחוקק הוראות זמניות ופוגעניות ביותר ולחדשן מעת לעת ללא כל מועד תפוקה נראה לעין, מעידה על הקלות בפגיעה הגורפת בזכויות. הארכות חוזרות ונשנות של הוראות חוק שכבר נקבע כי אינן חוקתיות, אינה יכולה לעבור את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. זאת, מהסיבה הפשוטה שמדובר באמצעי שכבר נקבע כי אינו מידתי, ומשכך שהארכתו על פני תקופה כה ארוכה אך מחריפה את חוסר המידתיות שבהסדר החוקי חלף מזעורו.

172. משכך, נקודת האיזון שבית המשפט ערך לפני יותר מעשור בעניין **עדאלה** ובהמשך בעניין **גלאון**, אינה תקפה עוד כיום. והיותו של תיקון החוק נחקק כ"הוראת שעה" אינה מרככת עוד אלא מחריפה את חוסר המידתיות שכרוכה בו.

הפגיעה אינה מידתית: מבחן המידתיות במובן הצר

173. ההסדר הנבחר צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות האדם החוקתית והנזק שהוא גורם. מבחן זה הינו ערכי במהותו, במסגרתו נבחן היתרון החברתי והתועלת הציבורית הצומחים מהפגיעה בזכות החוקתית לעומת הפגיעה בזכויות האדם (ראו, למשל, ראו: בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, פ"ד סא (2) 202, פסקה 91-92 ו-107 לחוות דעתו של הנשיא ברק (2006); בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר**, סג (2) 545, פסקה 50 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2009); בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 550 (2005); בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד ז(1) 235, 279-280 (2002); בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, פ"ד סא (1) 619, פסקאות 57-61 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006)).

174. חוק האזרחות, שממשיך לפגוע אנושות בזכות הבסיסית ביותר לחיי משפחה של דור שלם מאז שנחקק לראשונה בשנת 2003, הוא חוק גזעני ויחיד במינו בנוף המשפט גם ברמה השוואתית ובינלאומית. הנזק הכרוך בחוק זה הוא אדיר. לא ניתן לומר כי קיימת תועלת כלשהי, לא כל שכן תועלת משמעותית ומוכחת, המצדיקה נקיטה בהסדר כה פוגעני וכה גזעני. חרף הכותרת "הוראת שעה" כבר ברור כי לא מדובר בהסדר זמני אלא מתמשך. הכשרתו של חוק זה תגרור עמה פגיעה חריפה וקשה ביותר במעמד האזרחים הערבים ובמעמד אזרחותם ותושבותם.

175. ההפרדה במסלולי האזרחות החלים על בני/ות זוג של אזרחים/יות ערבים/יות ובני/ות זוג של אזרחים/יות יהודים/יות, שהיא תוצאה ישירה של החוק דנן, לא רק מעגנת מסלולי חוק שונים על בסיס אתני-לאומי אלא פותחת פתח רחב לחקיקה פסולה מבוססת גזע, אתניות ולאום.

176. הפרדה זו מתבהרת כאור השמש לאור קביעותיו של השופט חשין בעניין **סטמקה** שמחדדים את ההבדלים שנוצרו בין הדין החל על ערבים ובין זה החל על יהודים. בענייני אזרחים יהודים

הזכות של האזרח להקים משפחה עם בן או בת זוג זרים היא זכות מוכרת ומוגנת ונובעת מתוך אזרחותו שלו וכוללת את ההכרה בזכות להקים משפחה בתוך המדינה :

"מדינת ישראל מכירה בזכותו של האזרח לבור לו בן-זוג כרצונו ולהקים עמו משפחה בישראל. ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בין-לאומיות (ראו: סעיף 10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, וסעיף 1.23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966); והגם שאמנות אלו אינן מחייבות מדיניות זו-או-אחרת בנושא של איחוד משפחות, הכירה ישראל – הכירה ומכירה היא – בחובתה לספק הגנה לתא המשפחתי גם על דרך מתן היתרים לאיחוד משפחות. כך סיפחה עצמה ישראל לנאורות שבמדינות, אותן מדינות המכירות – בכפוף לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת-הציבור – בזכותם של בני משפחה לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה. ראו והשוו R. Cholewinski "The Protection of the Right of Economic Migrants to Family Reunion in Europe" [74]; לזכויות-אדם Berrehab v. The Netherlands (1988) " (ההדגשה אינה במקור)

177. מפסק הדין בעניין **סטמקה** אף למדים כי כל כולה של השאלה בעניין האזרחים היהודים ובני או בנות זוגם היא לא התניית קבלת מעמד הקבע לבן הזוג הזר, אלא תזמון קבלת מעמד זה:

"המשיבים מכירים בזכותם של בני-זוג – אזרח ישראל ומי שאינו אזרח ישראל – שנישאו בנישואי-אמת לחיות בצוותא-חדא בישראל, ובזכותו של הזר להסדר שבסופו יקבל מעמד קבע במדינה: תושבות קבע ואזרחות. על מה אפוא קמה הצעקה? היא קמה על משך הזמן של אותו "הסדר מדורג" ועל נוקשותו של ההסדר." (ההדגשה אינה במקור)

178. ואולם, בשונה מהדין בעניינם של אזרחים יהודים, הדין בעניינם של אזרחים או תושבי קבע ערבים המבקשים להינשא לבני או בנות זוג הנמנים על בני עמם הוא שונה ומשנמך את מעמד אזרחותם לפי החוק נשוא עתירה זו. השינוי בוצע מייד לאחר פסק דין **סטמקה** ונמשך עד יום זה.

179. ואכן, קיומם של מסלולי אפרטהייד בהתאזרחות מרסקים את מעמד האזרחות השווה באופן שלא ניתן לומר כי הוא מקיים את מבחן המידתיות במובן הצר. את האיזון במסגרת מבחן המשנה השלישי יש לערוך תוך השקפת רוחב הנותנת משקל גם להצטברותם של חוקים גזעניים רבים שנחקקו לאחר פסק הדין בעניין **עדאלה**, ואשר מפלים את האזרחים הערבים ומשנמכים ממעמדם, הן ברמה האופרטיבית והן ברמה הדקלרטיבית: חוק הלאום, חוק הנכבה, חוק ההדחה, חוק ועדות קבלה, ועוד. קיבועו של חוק האזרחות בספר החוקים במתכונת המונעת איחוד משפחות פלסטיניות תהווה אור ירוק להכשרת חקיקה גזענית פר אקסלנס.

180. לכן, קביעה כי חוק האזרחות מקיים "יחס ראוי" בין "התועלת" לפגיעה תרוקן מכל תוכן את המילים בדבר חשיבות זכויות האדם והשוויון בין אזרחים ותנגוס עוד יותר במעמד האזרחות בתור שכזו. יש בכך כדי לשדר מסר פוגעני ומשפיל כלפי האזרחים הערבים והפלסטינים לפיו מעמדם לעולם אינו מוגן מפני חקיקה גזענית.

על יסוד כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו ביניים וכן צו על תנאי כמבוקש בפתח העתירה, ולאחר קבלת עמדת המשיבים להפוך את הצו על תנאי למוחלט.

חסן ג'בארין, עו"ד

רביע אגבריה, עו"ד

עדי מנסור, עו"ד

חיפה, 13 מרץ 2022