

בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים

עת"ס 1039/09

בעניין:

1. דאבט, ת"ז _____
2. דאבט, ת"ז _____
3. דאבט, ת"ז _____
4. דאבט, ת"ז _____
5. דאבט, ת"ז _____
6. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר - ע.ר.

ע"י ב"כ עוה"ד יותם בן הלל (מ"ר 35418) ו/או חוה מטרס-
עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן ארי (מ"ר 37566) ו/או עביר
ג'ובראן-דקואר (מ"ר 44346) ו/או עידו בלום (מ"ר 44538)
ו/או נירית היים (מ"ר 48782) ו/או דניאל שנהר (מ"ר
41065)

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

העותרים

- נ ג ד -

1. שר הפנים
2. מנהל מינהל האוכלוסין
3. מנהלת לשכת מינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים
רח' מח"ל 7, ירושלים
טל: 02-5419555; פקס: 02-5419581

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה לצו על-תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם ליתן טעם מדוע לא יחזרו בהם מהחלטתם לסרב לבקשת העותר 1 לאיחוד משפחות עם בת זוגו, העותרת 2, ויאשרו את הבקשה.

העותרים יטענו במסגרת עתירה זו, כי החלטת המשיבים פגומה – הן לאור הנסיבות הקונקרטיות של המקרה והן משום שהמשיבים סירבו לבקשה בהתבסס על החלטת ממשלה ועל הוראת חיקוק שכשלעצמן דינן בטלות. כוונתנו להחלטת הממשלה מס' 3598 מיום 15.6.2008 ולסיפא של סעיף 33 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, כפי שתוקן ביום 28.3.2007. במסגרת העתירה יתקפו העותרים את ההוראות הללו תקיפה עקיפה, ככל שהדבר נחוץ לעניין המקרה נשוא העתירה.

העותרים מבקשים לציין, כי הם מודעים להחלטתו של שר הפנים, לפיה השגות על החלטות המשיבים בעניין בקשות למתן מעמד לבני זוגם של תושבי ישראל – יועברו מעתה לבחינתו של נציב ההשגות לזרים. עם זאת, יטענו העותרים, כי אין מקום להעביר את עניינם לבחינת הנציב. ראשית, יטענו העותרים, כי כבר העבירו את השגתם על החלטת המשיבים, וזאת בדמות הערר שהגישו על החלטת

המשיבים (ראו נספח ע/5 להלן), על פי הנהלים שהיו קיימים עד כה. ערר זה נדחה, מבלי שהעותרים יופנו לוועדת ההשגה. משכך, מוצו ההליכים בעניינם של העותרים, והם זכאים להגיש עתירתם זו.

יתרה מזאת, הערר – ובעקבותיו גם עתירה זו – כלל טענות עקרוניות באשר לחוקיותה של החלטת הממשלה ובאשר לחוקתיותו של חוק הכנסת. מדובר בעניינים החורגים מסמכותו של הנציב (בעניין זה מופנה בית המשפט הנכבד לנוהל נציב השגות לזרים במשרד הפנים, המופיע באתר משרד הפנים). זאת ועוד, לאור הטענות העקרוניות שהעלו העותרים, שלחו האחרונים העתקים של מכתב הערר ליועץ המשפטי של משרד הפנים וליועץ המשפטי לממשלה. ברי כי ההחלטה בערר (ראו נספח ע/6 להלן) התקבלה גם על דעתם של גורמים אלה, דבר המעיד על כך ששאלת חוקיותה של החלטת המשיבים דן, אשר נגדה מוגשת עתירה זו, נדונה כבר בדרכים גבוהים מאלו שאת החלטותיהם אמור הנציב לבקר.

פתח דבר

1. תושב ישראל מגיש בקשה לאיחוד משפחות עם אשתו, תושבת רצועת עזה במקור, המתגוררת עימו זה 14 שנה בירושלים. למעלה משנתיים לאחר הגשת הבקשה מודיע לו משרד הפנים כי הבקשה מסורבת. הסיבה: האשה רשומה בתעודת הזהות כתושבת רצועת עזה. משרד הפנים מתבסס בהחלטתו של החלטת ממשלה, שהתקבלה ביוני 2008, לפיה כל בקשה למתן מעמד המוגשת על ידי תושב הרצועה, או על ידי מי שרק רשום כתושב הרצועה, על אף שאיננו מתגורר בה בפועל – מסורבת אוטומטית.
2. החלטת ממשלה זו מבוססת, **לכאורה**, על תיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 (להלן: **הוראת השעה**) ממרץ 2007. על פי התיקון, נשללת האפשרות להעניק ולו היתר שהייה זמני לכל מי שמתגורר באזור כלשהו או במדינה כלשהי, לגביהם יקבעו כוחות הביטחון כי מתבצעת בהם "פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה". זאת, באופן גורף וללא כל חריגים.
3. בעתירה זו עולות מספר שאלות: ראשית, האם רשאי משרד הפנים לקבל כיום החלטה, השוללת את זכותו של התושב לאיחוד משפחות עם אשתו, הרשומה כתושבת עזה, וזאת על אף שהבקשה לאיחוד משפחות הוגשה שנתיים לפני אותה החלטת ממשלה וכמעט שנה לפני התיקון לחוק? האין מדובר בהחלה רטרואקטיבית פסולה של הוראת חוק והחלטת ממשלה? בנוסף, האין נפקות, בהקשר זה, לעיכוב הרב שנקט משרד הפנים בבחינת הבקשה?
4. שנית, האם התיקון להוראת השעה ממרץ 2007 – החל בצורה גורפת על כל תושביהם של אותם מדינות או אזורים, לגביהם יקבעו כוחות הביטחון כי מתבצעת בהם "פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה" – חוקתי? האם עומד הוא בכללי פסקת ההגבלה?
5. שלישית, האם החלטת הממשלה, החלה גם על מי שרק רשומים בתעודת הזהות כתושבי הרצועה ואינם מתגוררים בה בפועל, איננה חורגת מהוראת החוק המסמך, אשר קבע שניתן לסרב לבקשותיהם של מי שמקום מגוריהם באותם אזורים או מדינות?

הצדדים לעתירה

6. העותר 1 (להלן: **העותר**) הוא תושב מדינת ישראל, המתגורר במחנה הפליטים שועפאט עם אשתו, העותרת 2 (להלן: **העותרת**), ושלושת ילדיהם, העותרים 3-5. העותר מתגורר מאז ומעולם בירושלים. העותרת התגוררה עד שנת 1994 ברצועת עזה. מיום נישואיה לעותר, בשנת 1994, מתגוררת העותרת בירושלים.
7. אין מחלוקת כי מרכז חיי העותרים בירושלים. בקשה שהגיש העותר באפריל 2006 לאיחוד משפחות עם העותרת נדחתה בספטמבר 2008. הנימוק: "ביום 15.6.08 התקבלה החלטת ממשלה לפיה אין לאשר מתן רישיונות לישיבה בישראל או היתרים לישיבה בישראל למי שרשום במרשם האוכלוסין כתושב עזה. מאחר והמוזמנת הינה תושבת עזה, הרי שהבקשה מסורבת".
8. העותרים 3-5 (להלן גם: **הילדים** או **ילדי העותרים**) הם ילדיהם המשותפים של בני הזוג. הילדים נולדו בירושלים בשנים 1995, 1996 ו-1999, נרשמו כתושבי קבע בישראל ומתגוררים עם הוריהם במחנה הפליטים שועפאט. הילדים לומדים בבתי ספר בירושלים.
9. העותרת 6 היא עמותה רשומה, אשר שמה לה למטרה לסייע לאנשים שנפלו קורבן להתעמרות או קיפוח על ידי רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על זכויותיהם בפני ערכאות, בין בשמה כעותרת ציבורית ובין כמייצגת אנשים שזכויותיהם נפגעו.
10. המשיב 1 הוא השר המוסמך על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, לטפל בכל הנושאים הנובעים מחוק זה, ובהם בקשות לאיחוד משפחות ולהסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה המתגוררים בירושלים המזרחית.
11. המשיב 2 הוא מנהל מינהל האוכלוסין בישראל. בהתאם לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, האציל המשיב 1 למשיבים 2 ו-3 מסמכויותיו בנוגע לטיפול ואישור בקשות לאיחוד משפחות ולהסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה המתגוררים בירושלים המזרחית. כמו כן, המשיב 2 משתתף בהליכי קביעת המדיניות בנוגע לבקשות לקבלת מעמד בישראל, מתוקף חוק הכניסה לישראל והתקנות שהוצאו מכוחו.
12. המשיבה 3 מנהלת את הלשכה האזורית למינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית. בהתאם לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, האציל המשיב 1 למשיבים 2 ו-3 מסמכויותיו בנוגע לטיפול ואישור בקשות לאיחוד משפחות ולהסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה המתגוררים בירושלים המזרחית.
13. לצורכי נוחות, ייקראו המשיבים 1-3 להלן: **המשיב**.

עניינים של העותרים 5-1

14. העותר והעותרת נישאו זה לזו בשנת 1994. החתונה נערכה ביום 21.6.1994 ובאותו יום נסעו בני הזוג במכוניתם לירושלים. נציין, כי באותה תקופה לא נדרשו תושבי השטחים להציג היתר בכניסה לישראל. כניסתם של בני הזוג לישראל לא נתקלה אפוא בכל בעיה.

15. החל מיום נישואיהם, מתגוררים בני הזוג במחנה הפליטים שועפאט. העותר מתגורר במחנה עוד משנת 1966. עד שנה זו התגורר בעיר העתיקה.

עוד נציין, כי העותר היה נשוי בעבר גם לאישה אחרת, _____ דאבט, אשר נפטרה ביום 18.8.2003.

16. כאמור, אין מחלוקת כי מרכז חיי המשפחה נמצא בירושלים. מסמכים המעידים על כך צורפו לבקשה לאיחוד משפחות (ראו נספח ע/1 להלן) ולמכתבה של העותרת 6 מיום 19.10.2008 (ראו נספח ע/5 להלן). הילדים נולדו בירושלים ולומדים בה. הביטוח הלאומי מכיר בעותר ובילדיו כתושבי ישראל: העותר מקבל קצבאות הבטחת הכנסה וקצבאות עבור ילדיו, וכן מבוטחים העותר וילדיו בביטוח בריאות. גם המשיב איננו חולק על כך שמרכז חיי המשפחה נמצא בירושלים. לראיה: המשיב אישר את רישומם של העותרים 3-5 כתושבי קבע בישראל – לאחר שהוכחו, מן הסתם, קיומו של מרכז חיים בירושלים.

17. ביום 27.4.2006 הגיש העותר בקשה לאיחוד משפחות עם העותרת (בקשה מס' 783/06). ביום הגשת הבקשה מסר המשיב לעותר מכתב, לפיו בקשתו לא תטופל עד אשר תשנה העותרת את מצבה האישי במרשם האוכלוסין ובתעודת הזהות – לנשואה. העותרת עשתה כן ביום 29.5.2006, והודיעה על כך ללשכת המשיב.

העתק הקבלה על הגשת הבקשה, העתק מכתבו של המשיב מיום 27.4.2006 והעתק תעודת הזהות של העותרת, המעודכנת ליום 29.5.2006, ובה מצוין כי הינה נשואה מצ"ב, מסומנים ע/1, ע/2 ו- ע/3 בהתאמה.

18. החל מיום הגשת הבקשה, הגיע העותר ללשכת המשיב אחת לחודש ובירר עם פקידי הלשכה האם נתקבלה החלטה בבקשתו. בכל פעם נאמר לו כי "הבקשה בבדיקה". יצוין, כי מלבד מסמכי מרכז חיים וטופס קורות חיים, אשר הוגשו בלשכת המשיב במהלך חודש יולי 2006, מעולם לא דרש המשיב מהעותרים כל מסמכים נוספים, ומעולם לא נערך להם שימוע.

19. בתחילת ספטמבר 2008, למעלה משנתיים לאחר הגשת הבקשה, קיבל העותר את הודעת המשיב, לפיו בקשתו מסורבת. הנימוק:

ביום 15.6.08 התקבלה החלטת ממשלה לפיה אין לאשר מתן רישיונות לשיבה בישראל או היתרים לשיבה בישראל למי שרשום במרשם האוכלוסין כתושב עזה. מאחר והמוזמנת הינה תושבת עזה, הרי שהבקשה מסורבת.

העתק מכתבו של המשיב (להלן גם: **ההחלטה או החלטת המשיב**) מצ"ב, מסומן ע/4.

20. נגד החלטה זו הגישו העותרים ביום 19.10.2008 ערר. בערר טענו העותרים, בין היתר, כי החלטת המשיב היא בבחינת החלה רטרואקטיבית של החלטת הממשלה מיום 15.6.2008 (החלטה מס' 3598). הבקשה לאיחוד משפחות הוגשה באפריל 2006, בטרם נתקבלה החלטת הממשלה, ובטרם תוקן סעיף החוק המאפשר קבלה של החלטה מעין זו. מדובר בהחלטה פסולה, העומדת בניגוד לכלל בדבר איסור על תחולה רטרואקטיבית. **בוודאי נכון הדבר, כאשר החלטת הממשלה עצמה קובעת כי תחולתה מכאן והלאה.**

21. כן טענו העותרים, כי הסיפא של סעיף 3ד לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, כפי שתוקן ביום 28.3.2007, הינו, כשלעצמו, בלתי חוקתי. על פי הסעיף, די בכך שמתבצעת בעיר כלשהי, באזור כלשהו או במדינה כלשהי "פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה" – על מנת להביא לסירוב אוטומטי של כל בקשה לאיחוד משפחות. העותרים טענו כי מדובר בשלילה גורפת של הזכות החוקתית לחיי משפחה. מאחר שהסעיף איננו דורש כי, כתנאי לסירוב, תיטען כל טענה באשר לסיכון ביטחוני הנשקף, לכאורה, ממבקש המעמד – הרי שמדובר בפגיעה בלתי מידתית.

22. לבסוף טענו העותרים, כי מאחר שהחלטת הממשלה מס' 3598 מבוססת על הוראת חוק בלתי חוקתית, דינה – בטלות. יתרה מכך, החלטת הממשלה גם עומדת בסתירה להוראות סעיף 3ד עצמו, הקובע כי ניתן לסרב לבקשה לאיחוד משפחות רק "על סמך חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה **במדינת מושבו או באזור מגוריו של תושב האזור או המבקש האחר** מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה". על מי שאיננו מתגורר ברצועת עזה בפועל – גם אם הוא רשום במרשם האוכלוסין כתושב עזה (כדוגמת העותרת, המתגוררת בירושלים זה 14 שנה) – הסעיף איננו אמור כלל לחול.

העתק ממכתב הערר מצ"ב, מסומן ע/5.

23. ביום 2.11.2008 התקבלה אצל העותרת 6 תשובות של המשיב לערר:

במענה לערר שבסימוכין, הריני להודיעך כי בהתאם להחלטת הממשלה 3598 מיום 15/6/08, לפי סעיף 3 ד' לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) תשס"ג-2003, יש לראות ברצועת עזה אזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל ואזרחיה. בהתאם לאמור, הורה שר הפנים כי אין לאשר מתן רישיונות לישיבה בישראל או היתרים לישיבה בישראל לפי סעיפים 3 ו-3 א' (2) לחוק למי שרשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה וכן למי שמתגורר ברצועת עזה, על אף שאינו רשום כתושב רצועת עזה. הנחיה זו חלה על הבקשה שבנדון ומשכך הוחלט לסרבה. (ההדגשה במקור – י.ב.).

ההחלטה בערר מצ"ב, מסומנת ע/6.

24. עיינו הרואות, כי ההחלטה בערר לא התייחסה ולו לטענה אחת שנטענה בערר. תחת זאת, קובעת ההחלטה בערר, מבלי לפרט, כי החלטת הממשלה "חלה על הבקשה שבנדון ומשכך הוחלט לסרבה". לאור זאת, ומאחר שהמשיב עומדת בסירובו לבקשת העותרים לאיחוד משפחות – מוגשת היום עתירה זו.

המסגרת המשפטית

25. ראשית נציין, כי ההחלטה איננה מציינת כל נימוק לסירוב לבקשה, להוציא הטענה כי החלטת הממשלה מיום 15.6.2008 חלה, לכאורה, על עניינם של העותרים. ולא בכדי. שקילת השיקולים הרלוונטיים להליך איחוד המשפחות היתה מביאה את המשיב למסקנה, שיש לאשר את הבקשה.

26. הקריטריונים לאישור בקשה לאיחוד משפחות ידועים. על בן הזוג המזמין להוכיח קיומו של מרכז חיים בישראל; על בני הזוג להמציא הוכחות בדבר כנות הקשר ביניהם; ונדרש כי לא תעמוד מניעה פלילית או ביטחונית נגד בן הזוג המוזמן. (ראו לעניין זה, למשל: בג"ץ 7139/02 **פריאל עבאס-בצה ואח' נ' שר הפנים**, פ"ד נז(3) 481, עמ' 485; עת"ם (י-ם) 139/07 **משה כהן ואח' נ' שר הפנים**, תק-מח 2007(3) 4445, עמ' 4452; עת"ם (י-ם) 205/07 **משה רועי ואח' נ' משרד הפנים**, תק-מח 2007(4) 5999).

27. אין חולק כי העותרים עמדו בכל התנאים לאישור בקשתם לאיחוד משפחות. כמפורט לעיל, אין מחלוקת על כך שמרכז חיי העותרים נמצא בירושלים וכי בני הזוג מקיימים משק בית משותף. בנוסף, אין כל מניעה, פלילית או ביטחונית, לאשר את הבקשה. המשיב אף אינו טוען כי קיימת מניעה מסוג זה.

28. **לסיכום עניין זה: על פי השיקולים הרלוונטיים שיש לשקול במסגרת בחינת בקשה לאיחוד משפחות – יש לאשר את בקשת העותרים. המשיב אינו טוען אחרת, אולם כיום הוא נאחז בהחלטת הממשלה מיום 15.6.2008, וטוען כי אין לאשר את הבקשה בעטייה.**

כפי שיפורט כעת, אין בהחלטת הממשלה כדי לתמוך בהחלטת המשיב.

המסגרת הנורמטיבית

29. סעיף ג' להחלטת הממשלה 3598 מיום 15.6.2008 קובע:

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

יחול מכאן ולהבא ואינו חל בכל מקרה על מי שבקשתו הראשונית כבר אושרה. (ההדגשה הוספה – י.ב.).

החלטת הממשלה מצ"ב, מסומנת ע/7.

הסיפא של סעיף 3ד, אשר הוסף להוראת השעה במרץ 2007, ואשר על בסיסו התקבלה החלטת הממשלה מס' 3598, קובע כדלקמן:

לענין זה, רשאי שר הפנים לקבוע כי תושב האזור או המבקש האחר עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל, בין השאר על סמך חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה **במדינת מושבו או באזור מגוריו של תושב האזור או המבקש האחר מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.**

30. טענותיהם של העותרים במסגרת עתירה זו הן כדלקמן:

א. לאור העובדה שהבקשה לאיחוד משפחות הוגשה ביום 27.4.2006, למעלה משנתיים לפני החלטת הממשלה וכמעט שנה לפני שהוסף להוראת השעה התיקון המסמיך את שר הפנים לקבל החלטה כדוגמת החלטה 3598 (הסיפא של סעיף 3ד) – **החלתם של אלה על עניינם של העותרים היא בבחינת החלה רטרואקטיבית, אשר אין לה כל הצדקה בנסיבות העניין.**

ב. לחלופין, יטענו העותרים, כי אף אם אין מניעה להחיל את הסיפא של סעיף 3ד על עניינם של העותרים – הרי שהסיפא של סעיף 3ד עצמו הוא בלתי חוקתי. זאת, מאחר שאיננו עומד בתנאי פיסקת ההגבלה.

ג. כן יטענו העותרים, כי החלטת הממשלה 3598, בהיותה מסתמכת על סעיף חוק בלתי חוקתי – בטלה. החלטה זו בטלה גם לגופו של עניין, שכן היא איננה חלה רק על מי "במדינת מושבו או באזור מגוריו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה", אלא גם על מי שהוא רק רשום באותם אזורים, אף אם איננו מתגורר בהם בפועל. בכך, סוטה החלטה 3598 מגדרו של החוק המסמיך, על בסיסו נתקבלה.

ד. החלטת המשיב פוגעת בזכותם החוקתית של העותרים לחיי משפחה ומתעלמת מנסיבות הומניטאריות נוספות בעניינם של העותרים.

31. נציין, כי על אף שהאמור בסעיף 30 (ב-ג) לעיל נתון, ככלל, לסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, הרי שהעניין המרכזי שנדון בעתירה דנן היא החלטת המשיב על פי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) – עניין שיש להביאו בפני בית המשפט הנכבד (ראו סעיף 12(3) לתוספת הראשונה לחוק **בתי משפט לעניינים מינהליים**, תש"ס-2000). על פי הכלל לפיו "הטפל הולך אחר העיקר" – לבית המשפט הנכבד סמכות עניינית לדון גם ביתר העניינים העולים בעתירה. עוד נציין, כי סמכותו זו של בית המשפט איננה נפגמת גם כאשר מדובר בתקיפה של סעיף חוק בטענה של היעדר חוקתיות. לעניין זה, השוו לקביעתו של בית המשפט העליון בבג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון**, תק-על 2006(4), 3675 (סעיף 13 לפסק הדין), לפיה גם לבתי המשפט האזרחיים

סמכות לבחון, במסגרתן של תביעות ספציפיות, טענות נגד חוקתיותו של סעיף 5ב לחוק הנזיקים האזרחיים.

ומכאן לטיעונים בהרחבה.

החלה רטרואקטיבית של התיקון להוראת השעה ושל החלטת הממשלה 3598

החלה רטרואקטיבית של חקיקה - כללי

32. סעיף 21 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, שכותרתו "שעת תחילה", קובע:

שעת תחילת תוקפו של חיקוק היא בשעה 00.01 של יום תחילתו.

סעיף 22 לחוק הפרשנות, שכותרתו "סייגים לכוחו של ביטול", קובע:

ביטולו של דין אין כוחו יפה -

1. להחיות דבר שלא היה לו תוקף בשעה שהביטול נכנס לתקפו;

2. להשפיע על פעולה קודמת של הדין המבוטל או על מה שנעשה לפיו;

3. להשפיע על זכות או חיוב שלפי הדין המבוטל.

33. כידוע, על פי תיקון מס' 1 להוראת השעה, מאוגוסט 2005, תושבי קבע שנישאו לתושבי השטחים, ואשר בנות זוגן עברו את גיל 25, יכולים להגיש עבור בנות הזוג בקשה לאיחוד משפחות (סעיף 3(2) להוראת השעה). הסיפא של סעיף 3ד מהווה ביטול של דין זה, בכל האמור למי שמתגוררים באותן מדינות או אותם אזורים, לגביהם ייקבע כי מתבצעת בהם "פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה". משכך, חל בענייננו סעיף 22 לחוק הפרשנות.

העותרים הגישו את בקשתם בהתאם לזכות שהוקנתה להם על פי תיקון 1 להוראת השעה. החלטת המשיב, הקובעת כי יש לסרב לבקשת העותרים, מבטלת אפוא את הפעולה שנעשתה על פי הדין הקודם ופוגעת בזכותם של העותרים על פי אותו דין. לטעמם של העותרים, לא ניתן לאיין בצורה זו את בקשתם של העותרים, ולהכיל עליה רטרואקטיבית את התיקון לחוק ואת החלטת הממשלה. נרחיב להלן בעניין זה.

34. הלכה פסוקה היא כי אין לקבוע חוקים, חקיקת משנה או הוראות מינהל שתחולתן למפרע. בעניין תחולה רטרואקטיבית של תיקונים לחוק נקבע כי:

לא נטען בפנינו, ואף לא בערכאה הראשונה, כי התיקון לחוק נפגע פעולות איבה הוא בעל תוקף רטרואקטיבי, במובן זה שניתן להחילו למפרע על אירועים שהתרחשו לפני מועד כניסתו לתוקף. ואכן, כלל הוא כי בהיעדר הוראה אחרת, "אין לייחס לחיקוק מהותי (להבדיל מחיקוק דיוני) תוקף למפרע. טעמו של כלל זה הוא בכך, שאין לייחס למחוקק כוונה "לשלול מאדם זכות שכבר היתה מוקנית לו לפני שיצא החוק" (מדברי כבוד

השופט זוסמן (כתוארו אז) בע"א 398/65 בעמ' 405). כלל זה התגבש והוכר בספרות המשפטית, ואילו אצלנו קיבל גם תוקף חקיקתי בסעיף 22 לחוק הפרשנות" (ע"א 2/84, 732-730/83, מנהל מס שבח מקרקעין נ. אלקוני ואח'; מונרוב נ. מנהל מס שבח מקרקעין, פד"י ל"ט(176), 169, (3). (ע"א 383/87 שלום מלכה נ' ארט חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מב(3), 650, עמ' 654). (ההדגשה הוספה – י.ב.).

35. האם, על אף הכלל שאין לייחס לחיקוק תוקף רטרופקטיבי, יש לקבוע כי הסיפא של סעיף 23 אמור לחול על בקשתם של העותרים?

במילים אחרות, האם יש להחיל את הוראת סעיף 23 המתוקן באופן אקטיבי, כך שיכלול את בקשתם של העותרים, שהוגשה כשנה לפני התיקון?

36. ברע"א 7678/98 קצין התגמולים נ' דוקטורי ואח', תק-על 2005(2), 3289, עמ' 3298, נקבע כי :

ככלל, בכוחו של המחוקק לקבוע את היקף חלותו של מעשה חקיקה מבחינת הזמן, ובכלל זה לקבוע, בין במפורש ובין במשתמע, את תחולתו הרטרופקטיבית או האקטיבית. (ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פד"י מו(2), 765, 775; ע"פ 3025/00 הרוש נ' מדינת ישראל, פד"י נד(5) 111). על קיום כוונה כזו ניתן להסיק ממטרות החוק ותכליתו. "לחוק תהא אותה תחולה בזמן הנדרשת לשם הגשמת תכליתו. על תכליתו של החוק ניתן ללמוד מלשונו, מההסטוריה החקיקתית שלו, מחקיקה מאוחרת ומעקרונות היסוד של השיטה" (פרשת ארביב שם, עמ' 776). אחת החזקות המקובלות הנטועות בעקרונות היסוד של השיטה היא כי תכלית החוק, דרך כלל, אינה מכוונת לתחולה רטרופקטיבית שלו אלא צופה היא פני העתיד, אלא אם כן מצויה בחוק הוראה נוגדת, מפורשת או משתמעת (ע"א 27/64 בדר נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד יח(1), 295, 300). (ההדגשה הוספה – י.ב.).

37. כן נקבע כי :

שאמנם המחוקק יכול ורשאי להטיל חוקים בעלי תחולה רטרופקטיבית, אך במקרה שהמחוקק אינו מגלה, לא במפורש ואף לא מכללא, את כוונתו להעניק להוראת חוק כוח רטרופקטיבי, אזי צריך לחפש את הפתרון בכללי הפרשנות המקובלים. ובכללי הפרשנות הללו מצוי כלל עתיק יומין, שאין לייחס לחיקוק מהותי תוקף למפרע... (ע"א 730/83 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אלקוני ואח', פ"ד לט(3), 169, עמ' 174). (ההדגשה הוספה – י.ב.).

38. עולה מהמקובץ, כי יש לבחון האם המחוקק ביקש להחיל את הסיפא של סעיף 33 גם על בקשות שהוגשו עובר לתיקונו. רק במקרה בו מצויה בחוק הוראה מפורשת או משתמעת, באשר לתחולתו הרטרואקטיבית או האקטיבית של התיקון, אזי יש להימנע מהשימוש בכללי הפרשנות המקובלים, לפיהם אין למעשי חקיקה תחולה רטרואקטיבית.

39. במקרה דנן אין כל אינדיקציה בחוק כי המחוקק ביקש להחיל את הסיפא של סעיף 33 גם על בקשות שהוגשו עובר לתיקונו. העותרים יטענו בעניין זה, כי האיסור על החלה רטרואקטיבית (או אקטיבית) של הוראת השעה – כמו גם של חוק ומדיניות אחרים הקשורים למתן מעמד – אינו בכדי. מקורו בעובדה שהליכי בחינת הבקשות למתן מעמד אורכים לעיתים זמן רב (ובמקרה נשוא עתירה זו – זמן רב מידלי), ולכן ניתן משקל מיוחד למועד הגשת הבקשה. בית המשפט הנכבד עמד על כך:

אכן, הדין מכיר בחשיבותו של המועד בו הוגשה בקשה למתן רישיון ישיבה בישראל, להבדיל ממועד מתן ההחלטה בבקשה, וזאת, בין היתר, בהתחשב בהתמשכותם של הליכי הטיפול בבקשות מסוג זה. כך, קובע סעיף 2(4) להוראת השעה הוראת מעבר שחלה על בקשות שהוגשו קודם ליום 12.5.02, ומאפשרת להעניק היתרי שהייה בישראל גם באותם מקרים שבמצב הרגיל אינם מאפשרים לתושב האזור לשהות בישראל כדין על פי הוראת השעה. (עת"ם 8295/08 משארה ואח' נ' שר הפנים, פסק דין מיום 24.11.2008, טרם פורסם).

באותו עניין נקבע:

המועד הקובע הינו מועד הגשת הבקשה ולא מועד תום השנתיים של רישיון א/5 (כפי שקבע המשיב – י.ב.). המועד הקובע הנטען על ידי המשיב הינו בלתי סביר גם משום שלפיו ההכרעה בשאלה אם ישודרג מעמד העותר תהא תלויה גם בפרק הזמן שיידרש למשיב כדי להחליט בעניינו. כך, למשל, במקרה שבפנינו רישומו של העותר במעמד של א/5 נעשה ביום 17.1.06, כלומר, כחצי שנה לאחר שהוגשה הבקשה (כאשר לשם הגשת הבקשה יש צורך לקבוע תור לכך במשרדו של המשיב). מועד התלוי בפרק הזמן שבין קבלת הבקשה ועד להחלטה בה, הופך להיות מועד מקרי ואיננו ראוי על כן לשמש כמועד קובע (והשוו לדברי השופט מ' חשין בע"א 4809/91 הוועדה המקומית לתכנון ובניה נ' משה קהתי, פ"ד מח(2) 190, בפסקה 16). (עת"ם 8336/08 זחאייקה ואח' נ' שר הפנים, פסק דין מיום 2.12.2008, טרם פורסם). (ההדגשה הוספה – י.ב.).

40. הנה כי כן, עמדתם של העותרים, לפיה יש להחיל את הוראת התיקון של סעיף 33 להוראת השעה באופן צופה עתיד בלבד – תואמת עקרונות יסוד בבחינתן של בקשות מעין אלה. אין עילה להחיל דווקא את סעיף 33 סיפא באופן רטרואקטיבי, ובכך לפגוע באינטרס ההסתמכות ובציפיותיהם הלגיטימיות של המבקשים.

החלטת החלטת הממשלה על עניינים של העותרים – בלתי סבירה בנסיבות העניין

41. העותרים יטענו, כי אף אם ניתן היה לטעון שיש להחיל את התיקון לחוק ואת החלטת הממשלה על בקשתם של העותרים לאיחוד משפחות, החלטתו של המשיב הינה בלתי סבירה בנסיבות העניין. נסביר זאת.

42. ככלל, על פי נהלי המשיב זה שנים, הבדיקות שעורך המשיב, בטרם מאושרת בקשה לאיחוד משפחות אישור ראשוני, אורכות "מספר חודשים בלתי מוגדר ועד לתקופה של כשישה חודשים". (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 786, 728; עת"ם (י-ם) 757/06 סלימאן ואח' נ' הלשכה האזורית למינהל האוכלוסין, תק-מח 4(2006), 525). הבדיקות שעורך המשיב כוללות את בדיקת המסמכים שמגישים המבקשים, פנייה לגורמי הביטחון ופנייה למוסד לביטוח לאומי (להלן: המל"ל), אשר על בדיקותיו מסתמך המשיב על מנת לקבוע האם המבקשים מקיימים מרכז חיים בישראל.

43. כאמור, הבקשה לאיחוד משפחות הוגשה ביום 27.4.2006. ביום הגשת הבקשה מסר המשיב לעותר מכתב, לפיו בקשתו לא תטופל עד אשר תשנה העותרת את מצבה האישי במרשם האוכלוסין ובתעודת הזהות – לנשואה. העותרת עשתה כן ביום 29.5.2006, והודיעה על כך ללשכת המשיב. עוד יצוין, כי מסמכי מרכז חיים נוספים הוגשו למשיב, על פי דרישתו, ביום 5.7.2006. במהלך אותו חודש גם הגיש העותר "טופס קורות חיים" – הטופס המועבר לשב"כ¹. באשר למידע המתקבל מהמל"ל, הרי שבעניין זה לא אמורה לצוץ כל בעיה, שכן המל"ל רואה בעותר תושב ישראל עוד משנת 1967, וזאת בעקבות חקירות שנערכו בעניינו מפעם לפעם, מהן עלה כי הוא מקיים כל השנים מרכז חיים בירושלים². העותר גם מקבל גמלה של הבטחת הכנסה.

44. הנה כי כן, על פניו, כבר בחודש יולי 2006 היו מונחים בפני המשיב כל המסמכים הנדרשים וכל המידע הנחוץ לו לשם אישור בקשתם של העותרים. זאת, אולי, מלבד עמדתם של גורמי הביטחון. על אף זאת, החלטת המשיב התקבלה רק **למעלה משנתיים** אחר כך. מדובר בהתנהלות שאיננה הולמת מינהל תקין, ובהשתהות מופרזת בבחינת בקשה לאיחוד משפחות. כעולה מפסיקת בית המשפט, גם כאשר העיכוב בקבלת החלטתו של המשיב נעוץ היה בעיכוב מתן תשובות גורמי הביטחון – עיכוב כה ממושך במתן תשובת גורמי הביטחון הוא בבחינת עיכוב בלתי מוצדק.

כך למשל, בעת"ם (י-ם) 413/03 **סעדה ואח' נ' מנהל מינהל האוכלוסין במזרח ירושלים** (פסק דין מיום 23.11.2008, טרם פורסם) נקבע כי עיכוב של **שישה חודשים** בתשובת השב"כ הוא בלתי מוצדק, וזאת גם בהנחה שעניינו של העותר באותו הליך הצריך בחינה מיוחדת (ראו סעיף 10 לפסק הדין).

כך למשל, בעת"ם (י-ם) 8436/08 **סבאח ואח' נ' משרד הפנים** (פסק דין מיום 14.9.2008, טרם פורסם) נקבע כי עיכוב של **תשעה חודשים** במתן החלטת המשיב הוא בלתי סביר. זאת, גם

¹ פרטים אלה עולים משיחה שערך הח"מ ביום 25.11.2008 עם הגב' נעמי שער, הפקידה שטיפלה מטעם המשיב בבקשת העותרים לאיחוד משפחות.

² מידע זה נמסר לעובדת העותרת 6, הגב' ליאת גרין, בשיחה שערכה עם הגב' אתי רענן, עובדת מחלקת תשובות במל"ל, ביום 25.11.2008.

בהתחשב בכך שמשטרת ישראל השהתה את תשובתה לשאלתה של המשיב בעניינו של העותר באותו הליך משך 6 חודשים :

מנקודת המבט של העותרים, ההמתנה הייתה להחלטה בבקשה אותה הגישו למשרד הפנים בלבד ולא למשטרת ישראל, לה לא הגישו כל בקשה. מנקודת מבט זו, ההשתהות אינה נעשית מוצדקת יותר כאשר היא רובצת לפתחה של המשטרה ולא לפתחו של משרד הפנים. כך למצער, ככל שמשרד הפנים נמנע מלפנות אל המשטרה ולהמריצה לתת את תשובתה המתעכבת, כפי שהדבר הוא בנדון דידן. (פסקה 6 לפסק הדין).

כך גם, במקרה בגינו הוגש עת"ם (ים) 1172/07 **כלדון ואח' נ' משרד הפנים**, תק-מח 2008(1), 12716 – נקבע כי פרק זמן של **14 חודשים** לאישור בקשה לאיחוד משפחות הינו בלתי סביר :

ב"כ המשיב היפנתה גם לפסיקה שהכירה בעומס הרב המוטל על משרד הפנים בכלל, ועל לשכת מינהל האוכלוסין שבמזרח העיר, בפרט, והדברים ידועים. דא עקא, שלא ראיתי הצדקה לעיכוב במסירת עמדת המשטרה למשיב. למעלה מ-13 חודשים נדרשו למשטרה ליתן את עמדתה - "אין הערות" - וזהו פרק זמן שאיננו סביר. עמדת המשיב לפיה "העיכוב במתן התשובה לבקשה נעוץ בגורמים חיצוניים למשיב, ולא יהא צדק בהשתת הוצאות על המשיב בנסיבות אלה", איננה מקובלת עליי. מה לי משרד הפנים או משטרת ישראל או גורם ממשלתי אחר. העותרים נאלצו להגיש את עתירתם בגלל המתנה ממושכת מדי, בלא הצדקה, למתן מענה ענייני לבקשתם. (סעיפים 6-7 לפסק הדין).

45. **עולה מן המקובץ, כי השתהות של למעלה משנתיים במתן החלטה לבקשה לאיחוד משפחות מצויה הרחק מחוץ לגבולות הסביר, תהינה הנסיבות אשר תהינה.**

46. **לסיכום עניין זה :**

החלת הסיפא של סעיף 33 להוראת השעה והחלטת הממשלה מיוני 2008 על עניינם של העותרים הם בבחינת החלה רטרואקטיבית. כפי שראינו, הוראת השעה, המנוסחת באופן פרוספקטיבי, ומושכלות יסוד בבחינת בקשות למתן מעמד בישראל – מוליכות אותנו למסקנה כי אין כל עילה להחלה רטרואקטיבית של הסיפא של סעיף 33. מאחר שאין כל סימן לכך שהמחוקק ביקש להעניק לסעיף 33 כוח רטרואקטיבי – הרי שאין כל עילה להחיל סעיף זה (ובעקבותיו של החלטת הממשלה 3598) על עניינם של העותרים.

אולם אף לו ניתן היה לומר שהסיפא של סעיף 33 לחוק נועד לחול גם על בקשות לאיחוד משפחות שהוגשו עובר לחקיקתו – הרי שהחלתו על עניינם של העותרים הינה בלתי סבירה בעליל.

התנהלותו של המשיב במקרה דנן חוטאת לחובותיו לפעול בסבירות והגינות. זאת ועוד, לאחר שהשהה המשיב זמן כה רב את ה"טיפול" בבקשת העותרים, הוא מסתמך כיום על החלטת

הממשלה – אשר התקבלה למעלה משנתיים לאחר הגשת הבקשה לאיחוד משפחות – ומחיל אותה על עניינם של העותרים. מדובר אפוא בהתנהלות המגיעה כדי חוסר תום לב ממש.

47. לבסוף, נזכיר כי ההחלטה לסרב לבקשה לאיחוד משפחות מנוגדת גם להחלטה 3598 עצמה, הקובעת כי "סעיף זה יחול מכאן ולהבא". נראה אפוא כי לא רק העותרים גורסים כי החלטת החוק על עניינם מהווה החלה רטרואקטיבית אסורה. חברי הממשלה, שקיבלו את החלטת 3598, קבעו גם הם כי לא יהיה זה סביר להחיל את התיקון בחוק על עניינם של מי שבקשתם הוגשה עובר לתיקון החוק.

התיקון לסעיף 33 - בלתי חוקתי

48. לחלופין ולמעלה מן הדרוש, יטענו העותרים כי גם האמור בסיפא של סעיף 33 להוראת השעה – אינו חוקתי. נציין בהקשר זה, כי נגד חוקתיותו של תיקון מס' 2 להוראת השעה תלויות ועומדות כיום עתירות בפני בית המשפט הגבוה לצדק (בג"ץ 466/07; בג"ץ 544/07; בג"ץ 830/07; בג"ץ 5030/07). במסגרת עתירה זו, לא נתייחס לטענות הכלליות נגד החוק, אלא רק לסיפא של סעיף 33, הקובע:

לענין זה, רשאי שר הפנים לקבוע כי תושב האזור או המבקש האחר
עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל, בין השאר על סמך חוות
דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה **במדינת מושבו או באזור
מגוריו של תושב האזור או המבקש האחר מתבצעת פעילות העלולה לסכן
את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.**

49. על פי סעיף זה, נשללת האפשרות להעניק ולו היתר שהייה לכל אותם אנשים – בני זוג של אזרחי ישראל ותושביה וכן ילדיהם מעל גיל 14 – וזאת רק על בסיס מקום מגוריהם. בכך, מסמן החוק בשרטוט גס אוכלוסייה שלמה, ומטיל עליה גזירה גורפת, ללא אבחנה. די בכך שמתבצעת בעיר כלשהי, באזור כלשהו או במדינה כלשהי "פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה" – על מנת להביא לסירוב אוטומטי של כל בקשה לאיחוד משפחות, בכלל זאת בקשות אשר הצליחו להיכנס לתוך חריגיו המצומצמים של החוק.

50. בהקשר זה מבקשים העותרים להתייחס לשתי שאלות מרכזיות העולות מנוסח הסיפא של הסעיף, בפן החוקתי: האחת, האם התקיימה הדרישה כי הפגיעה בזכויות החוקתיות נעשתה "בחוק" או "לפי חוק"? והשנייה, האם התקיימה דרישת המידתיות?

הפגיעה "בחוק" או "לפי חוק"

51. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע:

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

52. דרישת פיסקת ההגבלה, כי הפגיעה בזכות היסוד תיעשה רק בחוק או לפי חוק, משמעה שהרשות המבצעת איננה רשאית לפגוע בזכות יסוד של האדם אלא אם כן היא מוסמכת לכך בחוק. בספרו "פרשנות במשפט", מתייחס פרופ' א' ברק לעניין זה:

"בחוק" – אין משמעותו אך זאת שחוק של הכנסת מכיל את ההגבלה. הדרישה איננה באה להצביע אך על הצורך במקור משפטי פורמלי להגבלת זכות אדם. אילו בכך הסתפק רכיב זה, לא היה כל צורך מיוחד בו. לדעתי, הוא מוסיף וקובע, כי מקור פורמלי זה צריך לקיים דרישות נוספות שהן טבעיות ומהותיות לקיומו של משפט כגורם המכוון התנהגות אנושית... חקיקה הקובעת כי זכויות האדם יוגבלו על-פי שיקול דעתו של פלוני, בלא לקבוע כל אמת מידה להפעלת שיקול דעתו של אותו פלוני, אינה מקיימת את דרישות המינימום של הגבלה "בחוק" במשפטנו. (א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ג – פרשנות חוקתית, עמ' 490-491. (להלן: ברק)). (ההדגשה הוספה).

בהמשך נקבע כי:

על פי גישה זו, הדרישה כי הפגיעה בזכות אדם תהא "בחוק" משמעותה כי החוק עצמו יקבע אמות מידה אשר במסגרתן יופעל שיקול הדעת. (ברק, בעמ' 502). (ההדגשה הוספה).

53. משמעותו של הסיפא של סעיף 3ד היא מתן היתר לשר הפנים לקבוע איסור גורף, ללא כל חריגים, לסרב ליתן היתר שהייה לכל מי שמקום מגוריו באותם אזורים או מדינות לגביהם יוחלט כי מתבצעת מהם פעילות כלשהי "העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה". מדובר בהענקת שיקול דעת נרחב ביותר לשר הפנים להפקיע, למעשה, מהסדרי הוראת השעה, אזורים נרחבים מאלו שעליהם החילה הכנסת את ההוראה מלכתחילה. כך אכן נעשה בהחלטת הממשלה 3598, כאשר נשללה האפשרות מכל מי שמתגורר ברצועת עזה כולה ואף ממי שרק רשום כתושב הרצועה – אפשרות לקבל היתר שהייה. זאת, בניגוד למשטר החל על יתר האזורים, על פי הוראת השעה.

54. **לטעמם של העותרים, מדובר במתן שיקול דעת גורף לפגיעה בזכויות חוקתיות (לעניין פגיעתה של הוראת השעה בזכויות חוקתיות – ראו להלן), מבלי לקבוע אמות מידה להפעלת שיקול דעת זה. מהאמור לעיל, עולה כי הדבר אינו עונה על הדרישה הראשונית של פיסקת ההגבלה, לפיה הפגיעה בזכויות האדם תהא "בחוק".**

בהקשר זה יטענו העותרים (ראו סעיפים 60-65 להלן), כי עצם קביעתם של אזורים או מדינות, אשר תושביהם אינם רשאים, בשום מקרה, להגיש בקשה למתן מעמד – פסולה, בהיותה בלתי מידתית. אולם אף לו היתה מידתית, הקביעה מיהם אותם אזורים – לגביהם יוחלט כי מתבצעת מהם פעילות כלשהי "העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה" – היא בבחינת "הסדר ראשוני", אשר אמור להיות מוסדר בחקיקה ראשית. האצלת קביעה זו מהרשות המחוקקת אל הרשות המבצעת סותרת כלל בסיסי של המשפט הציבורי, לפיו המדיניות הכללית ואמות המידה העקרוניות המונחות ביסוד הפעולה יעוגנו בחקיקה ראשית, ואילו תקנות, החלטות ממשלה או

הוראות מינהל אמורות לקבוע אך "הסדרים משניים". (לעניין זה ראו למשל: י' זמיר, **חקיקה מינהלית: מחיר היעילות**, משפטים ד 1973; א' רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, עמ' 803 (כרך ב', 1996); ע"א 524/88 "פרי העמק" **אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב - מושב עובדים**, פ"ד מה(4) 529, 552).

55. באשר להבחנה בין "הסדר ראשוני" ל"הסדר משני" נקבע כי:

ההבחנה בין הסדר ראשוני למשני אינה חדה. קיימת אי בהירות רבה בקביעת הגבול המבחין בין שני סוגי ההסדרים. וברוח דומה ציין פרופ' קלינגהופר: "הגבול המושגי המפריד בין הסדר ראשוני למשני אינו ניתן להגדרה כללית, בדרך של חשיבה מופשטת. הוא תלוי בטיבו ובמהותו הספציפית של העניין המהווה נשוא ההסדרה, ולכן הקביעה אם הסדר מסוים הינו ראשוני או משני לא תיתכן אלא בדרך אינדוקטיבית, שצריך ללכת בה לפי השכל הישר וחוש ההגיון" (קלינגהופר, 122). **אכן, מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות, מידת פגיעתו בחירות הפרט - כל אלה משפיעים על היקפו של ההסדר הראשוני ומידת הפירוט הנדרשת ממנו.** (בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הבטחון**, פ"ד נב(5), 481, עמ' 518). (ההדגשה הוספה).

עוד נקבע כי:

התשובה לשאלה אם פעילות פלונית של הממשלה מהווה הסדר ראשוני, אם לאו, תימצא לנו - אפוא - בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, בשים לב לטיבו ולמהותו של העניין, ותוך שניעור, כמובן, בשכל הישר והטוב ובהגיון. כך, בין השאר, נבחן את מידת השפעתו של ההסדר על הציבור בישראל, **וברי כי אין דין פעולה שנועדה לתכלית מצומצמת ונקודתית - וקרובה היא על-פי טיבה לסמכויות ביצוע - כדין פעולה שיש בה כדי להשפיע על מיגזר שלם - אפשר על החברה כולה - ומקרבת היא עצמה כך להסדר ראשוני על-פי הגדרתו** (השוו: פרשת רובינשטיין, 523, 529; בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 337, 505). נבחן, למשל, את תכלית הפעולה, **אם נועדה היא לתכלית שנויה במחלוקת בציבור - תכלית העלולה לעורר זעם ומירמור בקרב חלקים בעם - או שמא זוכה היא להסכמה ציבורית רחבה** (פרשת רובינשטיין, 527-528) (בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל ואח' נ' ראש ממשלת ישראל**, תק-על 2006(1), 2562, עמ' 2593). (ההדגשה הוספה).

56. על פי הפרמטרים שהובאו לעיל, ברי כי הקביעה מהם האזורים בהם "מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה" – היא בבחינת "הסדר ראשוני": אין חולק כי מידת הפגיעה בזכותם של אזרחי ישראל ותושביה לחיי משפחה, בשל החלטה זו, גדולה; אין חולק כי מדובר בקביעה שיש בה כדי להשפיע על ציבור גדול; אין חולק גם כי מדובר בקביעה השנויה במחלוקת בציבור.

57. יתרה מזאת, הוראת השעה עצמה מעידה על כך כי מדובר בהסדר ראשוני. הוראת השעה היא זו שקבעה רשימה של מדינות ספציפיות, אשר אזרחיהן או תושביהן אינם יכולים, בשום מקרה, לקבל מעמד בישראל (סעיף 2 והתוספת להוראת השעה). זאת ועוד. הוראת השעה היא זו שיורדת לפרטים הקטנים ביותר באשר למי רשאי לקבל מעמד או היתר שהייה על פי החוק. הוראת השעה קובעת כי בן זוג של ישראלית יכול, רק החל מגיל מסוים, לקבל היתר שהייה בישראל, ובת זוג של ישראלי יכולה, רק החל מגיל מסוים, לקבל היתר (סעיף 3 להוראת השעה). כך גם באשר למתן מעמד לילדיהם של תושבים: ילדים מתחת לגיל מסוים יכולים לקבל מעמד בישראל, וילדים מעל לגיל מסוים אינם יכולים (סעיף 3א להוראת השעה). באותם מקרים קבעה הוראת השעה גיל מדויק, ממנו והלאה הסיכון שנשקף, לכאורה, ממבקש המעמד – פחות.

58. מקל וחומר יש לומר כי הסדר הקובע אזורים ספציפיים, אשר המתגוררים בהם אינם יכולים בכל מצב, וללא קשר למסוכנות אישית הנשקפת מהם, לקבל מעמד בישראל – הוא הסדר ראשוני, הסדר אשר אמור להיקבע בחקיקה ראשית. הכנסת היא זו שצריכה לקבוע מהם אותם אזורים – כפי שאכן עשתה לגבי מדינות מסוימות, המנויות בתוספת – והיא זו שצריכה לוודא שלא נקבעים הסדרים גורפים, הפוגעים באופן כה קשה בזכויותיהם של אזרחי ישראל ותושביה. כבר נקבע כי:

תפישת-היסוד המפעמת בגופה של שיטת המשטר החוקתית בישראל מורה אותנו, כי הרשות המחוקקת - הכנסת - היא הרשות הניצבת בפיסגת הפירמידה של הרשויות הקובעות את הנורמות אשר תנהגנה במדינה, וכי הממשלה ושלוחותיה נועדו להן תפקידי ביצוע הנורמות שקבעה הכנסת. בלשון אנשי המשפט ייאמר: הכנסת היא המוסמכת לקבוע, בחוקים, "הסדרים ראשוניים" - הסדרים הקובעים את הנורמות העיקריות ואת אמות-המידה להפעלתן - בעוד אשר הממשלה מוסמכת, על דרך העיקרון, לקבוע - בתקנות למיניהן ובמעשים - "הסדרים מישניים" בלבד. (בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל ואח' נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2006(1) 2562, עמ' 2587).

59. לסיכום עניין זה:

לעמדתם של העותרים, הסיפא של סעיף 3ד מעניק שיקול דעת גורף לפגיעה בזכויות חוקתיות, וזאת מבלי לקבוע אמות מידה ברורות להפעלת שיקול דעת זה. במקרה דנן, אמות מידה אלה משמען קביעה ברורה מהם אותם אזורים אשר תושביהם "עלולים להוות סיכון ביטחוני" (זאת, עוד טרם הדיון אם קביעה מעין זו היא, כשלעצמה, מידתית). הדבר אינו עונה אפוא על הדרישה הראשונית של פסקת ההגבלה, לפיה הפגיעה בזכויות האדם תהא "בחוק".

הפגיעה איננה מידתית

60. כידוע, בבג"ץ 7052/03 עזאלה ואח' נ' שר הפנים ואח' תק-על 2006(2) 1754, נקבע כי הוראת השעה פוגעת בזכות החוקתית לחיי משפחה³ של אזרחי ישראל ותושביה ובזכותם החוקתית

³ זאת קבעו 8 מתוך 11 שופטי ההרכב.

לשוויון⁴. המחלוקת בקרב השופטים – אשר עד היום לא ברור האם הוכרעה – היתה בשאלת המידתיות של הפגיעה בזכויות החוקתיות. עם זאת, ברור היה כי לפחות חלק מהשופטים שקבעו שהוראת השעה, בנוסחה הקודם, חוקתית – עשו זאת, בין היתר, לאור העובדה שהחוק קובע חריגים לאיסור המוחלט שבו (ראו לעניין זה סעיפים 21-22 לפסק דינו של השופט חשין; סעיף 6 לפסק דינו של השופט עדיאל; סעיף 17 לפסק דינו של השופט ריבלין). כך, לטעמם של אותם שופטים, מקהים אותם חריגים את האיסור הגורף שמציב החוק, והופכים את החוק למידתי יותר.

61. הוראת השעה, שלא בוטלה בידי בג"ץ, כללה אפוא מערך מסוים של איזונים ובלמים. ההוראה המתקנת מאפשרת לחמוק ממערך האיזונים והבלמים הזה. בסיפא לסעיף 33 – שתוקן לאחר מתן פסק הדין בפרשת **עדאלה** – נקבע, כאמור, איסור גורף, ללא כל חריגים, הנוגע לכל מי שמקום מגוריו באותם אזורים או מדינות לגביהם יחליטו שר הפנים או הממשלה, כי מתבצעת מהם פעילות כלשהי "העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה". הדבר חמור במיוחד בענייננו, מאחר שהמנגנון המאפשר לממשלה לחמוק מאותם איזונים ובלמים, הואצל מהרשות המחוקקת לרשות המבצעת, כפי שהוסבר לעיל.

דוגמא מוחשית לגורפתו של סעיף זה, היא עניינה של העותרת במקרה דנן. אישה בת 52, שאיננה בקו הבריאות, שמעולם לא נטען כי ממנה או ממי מבני משפחתה נשקף סיכון ביטחוני, אישה המתגוררת מחוץ לרצועת עזה משך שנים רבות – נלכדה, לכאורה, ברשתו של סעיף דרקוני זה.

62. שאלת חוקיותה של סנקציה גורפת עלתה גם בבג"ץ שעסק בחוקתיותו של חוק הנזיקים האזרחיים (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005, שקבע כי המדינה לא תהיה אחראית בנזיקין לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון. הנשיא (בדימ') א' ברק התייחס לעניין בהרחבה, כולל בהקשר של פסק דין **עדאלה** :

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

הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עיקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון ... הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות. כך הדבר במשפטנו-שלנו. כך הדבר במשפט המשווה." (פיסקה 69 לפסק דיני). (בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, תק-על 2006(4), 3675, בעמוד 3693). (ההדגשות הוספו – י.ב.).

⁴ זאת קבעו 7 מתוך 11 שופטי ההרכב.

63. בהמשך, מתייחס הנשיא (בדימ') א' ברק גם לעמדות השופטים האחרים בעניין בפרשת עדאלה :

השופטת ד' ביניש ציינה כי "אי ביצוע בדיקה אינדיבידואלית וקביעת איסור גורף מעניקים שוליים רחבים מדי לערך הביטחון בלי לקיים התמודדות הולמת עם ערכים וזכויות העומדים אל מול ערך זה" (פיסקה 11 לפסק דינה). בדומה ציינה השופטת א' חיות כי "צורכי הביטחון, עם כל חשיבותם, אינם יכולים להכשיר איסורים קיבוציים גורפים שאינם קשובים לפרט... יש בהחלט מקום לחזקת מסוכנות שמבקשים המשיבים להחיל בסוגיה זו של איחוד משפחות בין ערבים אזרחי ישראל ובין תושבי האזור. יחד עם זאת, ועל מנת שאימת הטרור לא תעבירונו על מידותינו הדמוקרטיות, מן הראוי שחזקה זו תהא ניתנת לסתירה במסגרת בדיקה אינדיבידואלית ופרטנית אותה יש לאפשר בכל מקרה ומקרה" (פסקאות 4 ו-5 לפסק דינה). השופטת א' פרוקצ'יה הדגישה בפסק דינה כי "עלינו להישמר מסכנה אורבת הטמונה בפגיעה גורפת בבני אדם המשתייכים לציבור מסוים על-ידי הדבקת תווית של סיכון בלא אבחנה... נגן על ביטחון חיינו באמצעות אמצעי פיקוח אינדיבידואליים גם אם יש בכך כדי להעמיס עלינו מעמסה נוספת" (פיסקה 21 לפסק דינה). השופטת מ' נאור ציינה כי "איני חולקת על חשיבותה של עריכת בדיקה אינדיבידואלית, במידה שהדבר אפשרי... ככלל מקובל עלי כי פגיעה בזכות יסוד הינה חשודה בחוסר מידתיות אם היא נעשית על בסיס גורף ולא על בסיס של בחינה אינדיבידואלית" (פיסקה 20 לפסק דינה). השופט א' ריבלין הדגיש אף הוא את חשיבותה של הבדיקה האינדיבידואלית, אך סבר כי באותה פרשה אין בבדיקה זו כדי להגשים את מטרת החוק. השופט א' לוי הדגיש בפסק דינו כי "בסופו של יום לא יהיה מנוס מהמרתו של האיסור הגורף שבחוק, בהסדר שבבסיסו תעמוד בדיקה פרטנית" (פיסקה 9 לפסק דינו). (הדגשה הוספה – י.ב.).

לבסוף, ציין הנשיא (בדימ') א' ברק כי :

המקרה שלפנינו שונה מפרשת עדאלה. עם זאת, קיימים קווי דמיון ביניהם. בשני המקרים נפגעו זכויות אדם חשובות ביותר. תיקון מס' 7 שולל את הזכות בנזיקין, ובכך עשוי להעמיד את הניזוק או משפחתו בפני חוסר כל. בשני המקרים, בחרה המדינה בשלילה גורפת ("אין המדינה אחראית בנזיקין") על-פני בדיקה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה, אם יש בו "פעולה מלחמתית". (שם, שם). (הדגשה הוספה – י.ב.).

64. הנה כי כן, בבג"ץ 8276/05 נקבע כי סעיף 5ג לחוק הנזיקים האזרחיים איננו עומד במבחן המידתיות, וזאת בשל היותו שולל באופן גורף את אחריותה של המדינה לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון. הפתרון הראוי, על פי בג"ץ, היא בחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה. גם בעניינו של סעיף 3ד סיפא יש להחיל את אותו הכלל, ולפסול את חוקתיותו של הסעיף בשל גורפותו.

לא למותר לציין שוב את אמירתה המפורשת של השופטת חיות בפסק דין **עדאלה**: **"צורכי הביטחון, עם כל חשיבותם, אינם יכולים להכשיר איסורים קיבוציים גורפים שאינם קשובים לפרט"** (סעיף 4 לפסק דינה).

65. לסיכום עניין זה:

המחלוקת בדבר פגיעתה של הוראת השעה בזכויות חוקתיות של אזרחי ישראל ותושביה – באה על פתרונה בבג"ץ עדאלה. נקבע כי אכן נפגעו הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון של אזרחי ישראל ותושביה. המחלוקת היא על מידתיותה של אותה פגיעה. כפי שראינו, בעניין הסיפא של סעיף 3ד בחר המחוקק באמצעי הפוגעני ביותר, והגביל את שיקול דעתו של המשיב באופן שלא ניתן להעניק ולו היתר שהייה בישראל לכל מי שמקום מגוריו באותם אזורים או מדינות לגביהם יוחלט כי מתבצעת מהם פעילות כלשהי "העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה". מדובר בסנקציה גורפת. אמצעי זה יהיה לעולם חשוד בחוסר מידתיות.

66. ראינו אפוא כי הסיפא של סעיף 3ד איננו עומד לפחות בשניים מתנאי פסקת ההגבלה. מאחר שלטעמם של העותרים, על החלטת המשיב להתבטל גם מבלי לקבוע מסמרות בעניין חוקתיותו של סעיף זה, לא פרשו העותרים במסגרת זו את הניתוח החוקתי במלואו. עם זאת, ובמידת הצורך, הדבר ייעשה.

החלטת הממשלה 3598 – בלתי חוקית

67. עולה מהאמור, כי החלטת הממשלה מס' 3598 מבוססת על הוראת חוק בלתי חוקתית. משכך, דינה של ההחלטה – בטלות. אולם החלטת הממשלה הינה בלתי חוקית גם לגופה, בהיותה חורגת מהסמכות שהקנה לה החוק. נסביר זאת.

68. החלטת הממשלה מורה לשר הפנים "שלא לאשר מתן רישיונות לשיבה בישראל או היתרים לשהייה בישראל לפי סעיפים 3 ו-3א (2) לחוק, למי שרשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה, וכן למי שמתגורר ברצועת עזה אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה." דהיינו, די בכך שאדם רק רשום במרשם האוכלוסין כתושב עזה, כדי לסרב לבקשת בן זוגו לאיחוד משפחות עימו.

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

70. בסעיף 3ד סיפא בחר המחוקק במודע שלא לקבוע את **מקום רישומו** של "תושב האזור או המבקש האחר" כבסיס לשלילת האפשרות ליתן לו היתר שהייה בישראל. תחת זאת, בחר המחוקק בביטויים **"מדינת מושבו"** ו"**אזור מגוריו**" של אותו "תושב אזור או המבקש האחר". ברי כי מדובר בקריטריונים, שבבסיסם עומדים מבחנים עובדתיים מצומצמים, המתייחסים לשאלה אחת בלבד: **היכן מתגורר בפועל אותו "תושב אזור או המבקש האחר"**?

הוראת השעה דורשת אפוא כי תתקיים זיקה בפועל, במציאות, בין אותו תושב לבין אזור מגוריו. לאור זה החלת הסיפא של הסעיף רק על בסיס רישום בלבד מהווה חריגה מסמכות.

71. תכליתה של הוראת השעה (לפחות זו המוצהרת) היא ביטחונית. משכך, ניתן להבין את בחירתו של המחוקק בביטויים "מדינת המושב" ו"אזור המגורים". כלומר, המחוקק קבע שניתן יהיה לסרב לבקשות למתן מעמד שהגישו רק מי שבפועל מתגוררים באותם מקומות בהם "מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה". לא ניתן יהיה לסרב למי שקשורים בזיקות אחרות, שאינן מגורים ממש באותם אזורים או מדינות.

72. כאמור, העותרת מתגוררת בירושלים זה 14 שנה. בוודאי שעזה איננה "מדינת מושבה" או "אזור מגוריה". בתי המשפט קבעו זה מכבר כי אין בעובדת הרישום בשטחים, כשלעצמה, כדי להעיד כי אדם אכן מקיים בשטחים מרכז חיים (ראו לעניין זה, לאחרונה: ע"ס 5569/05 **משרד הפנים נ' דלאל עויסאת ואח'**, טרם פורסם; עת"ס (י-ם) 817/07 **זיאד חטיב ואח' נ' משרד הפנים**, תק-מח 2008(1) 2177).

כאשר אלו הקביעות באשר למונח "מרכז חיים", אזי ניתן לומר, מקל וחומר, שלא ניתן להתייחס למי שרק רשום כתושב עזה, ואיננו מתגורר בה בפועל – כמי שעזה היא "אזור מגוריו". כתוצאה, לא ניתן להחיל את הסיפא של סעיף 3ד על אותם אנשים, ובכללם – העותרת.

הפרת הזכות לחיי משפחה

73. לא ניתן להפריז במשמעות הקשה שיש להחלטת המשיב על חייהם של העותרים. במשיכת קולמוס אחת הפכה העותרת 2 – רעיה ואם לשלושה ילדים קטינים – למועמדת לגירוש. מיום קבלת ההחלטה שרויה העותרת בחרדה יומיומית, ונמנעת כמעט לחלוטין מלצאת את פתח ביתה. מובן, כי הדבר משפיע באורח קשה ביותר גם על ילדיהם של העותרים, בערעור ביטחונם האישי ובחרדה מפני גירוש של אמם מביתם, ומכאן – מחייהם.

74. כיום, בעידן שלאחר בג"ץ 7052/03 **עדאלה ואח' נ' שר הפנים ואח'** תק-על 2006(2) 1754 – אין חולק עוד כי הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד חוקתית בישראל, הכלולה בזכות לכבוד האדם. עמדה זו זכתה באותו פסק דין לתמיכה גורפת של שמונה מתוך אחד עשר שופטי ההרכב. הנשיא א' ברק קבע, בפיסקה 34 לפסק דינו:

מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו, נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת. האם מתבקשת מכאן גם המסקנה כי המימוש של הזכות החוקתית לחיות יחדיו משמעותו גם הזכות החוקתית למימוש בישראל? תשובתי על שאלה זו הינה, כי **הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו. הזכות החוקתית של בן הזוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות**

**כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממש
בישראל. (ההדגשה הוספה – י.ב.).**

75. באשר לזכות החוקתית לחיי משפחה נקבע לאחרונה כי:

התייחסותה (המוצדקת) של החלטת השר לזכותו של העותר לקיום חיי משפחה בישראל עם אשתו ובתו, מפריכה מתוכה היא את הטענה המופיעה בכתב התשובה... שלפיה איחוד משפחות איננו בגדר זכות מוקנית אלא מיוסד על טעמים הומניטריים גרידא. טענה מעין זו אפשר הייתה יכולה להיטען בימים עברו, בטרם נפסקו ההלכות בפרשת **עדאלה** ובבג"ץ 2028/05 **אמארה נ' שר הפנים... כיום, לאחר שפסקי דין אלה אמרו את אשר אמרו, ברור כי לא זו בלבד שהזכות של אזרח או תושב המדינה לכך שבן זוגו וילדו יתגוררו יחד עמו בישראל הנה בגדר זכות מוקנית, אלא שמעמדה של הזכות הנו של זכות יסוד חוקתית המשתייכת לגרעין זכות היסוד החוקתית לכבוד האדם**. (עת"ם (י-ם) 310/07 **מוגרבי נ' שר הפנים**, תק-מח 2007(4), 12341 (2007), בסעיף 5 לפסק הדין). (ההדגשה הוספה – י.ב.).

76. מעמדה של הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית, משליך במישרין על האפשרות לפגוע בזכות זו ולסרב לבקשה לאיחוד משפחות שמגיש אזרח או תושב המדינה עבור בן זוגו או ילדיו. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית מביאה אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ורק משיקולים כבדי משקל. זאת בהסתמך על תשתית ראייתית מוצקה המעידה על שיקולים כאלה. קביעה זו מטילה על המשיב חובה מוגברת, להקפיד הקפדה יתרה על קיומה של מערכת מינהלית, אשר תבטיח כי הפעלת סמכותו לסירוב לבקשות לאיחוד משפחות שמובאות בפניו, סמכות אשר פוגעת בזכות חוקתית מוגנת, תיעשה רק במקרים בהם מתקיימת הצדקה מלאה לכך.

האם החלטתה של המשיבה, הפוגעת באופן כה אנוש בזכות לחיי משפחה של העותרים, עומדת בתנאים אלה? האם החלטה, המתבססת כל כולה על עובדת רישומה של העותרת במרשם האוכלוסין כתושבת עזה, יכולה להוות כלל משקל נגד מול הזכות לחיי משפחה ומול התוצאה הקשה של הפרתה במקרה דנן? מהמפורט לעיל, עולה שהתשובה לכך היא בשלילה.

77. זאת ועוד, החלטת המשיב מתעלמת מטענות נוספות של העותרים, אשר הועלו עוד במכתב הערר שנשלח למשיב. כאמור, ירושלים מהווה את מרכז חייהם של העותרים, לכל דבר ועניין. העותר מתגורר בירושלים למעלה מארבעים שנה. העותרת מתגוררת כאן זה 14 שנה. כאן ביתם. הקשר שלהם לשטחים רופף ביותר. מאז שנת 1994, השנה בה עזבה העותרת את רצועת עזה, לא שבה העותרת אליה, אף לא לביקור. עם בני משפחתה שנותרו ברצועה היא מדברת בטלפון, אחת למספר חודשים. לעותרים גם אין קשר למדינות אחרות. עולה מהאמור, כי לבני הזוג אין, למעשה, לאן ללכת.

78. יתרה מזאת, העותרים אינם אנשים צעירים. העותר הוא אדם בן 60. העותרת בת 52. בנוסף, סובלים בני הזוג מבעיות בריאותיות לא פשוטות. העותר סובל מהיפרכולסטרומיה, רמת טריגליצרידים גבוהה בדם ומאיבוד שמיעה חושי עצבי. העותרת סובלת, בין היתר, מיתר לחץ דם, סכרת ומכאבים בגב התחתון. בנוסף, מתקשה העותרת מאוד בהליכה וזקוקה לניתוח ברגליה.

מסמכים המעידים על מצבם הבריאותי של העותרים צורפו למכתב הערר.

79. עולה מן המקובץ, כי מצבם הרפואי של בני הזוג, גילם, והקשר שלהם לירושלים – אינם מאפשרים להם להתחיל כיום את חייהם במקום אחר. באשר לעותרת, הרי שגם בירושלים – עירה, חייה אינם חיים. העובדה שלעותרת אין היתרי שהייה בישראל – חושפת אותה לסכנות של מעצר ואף גירוש. כתוצאה, נמנעת העותרת כמעט לחלוטין מלצאת את דלת ביתה.

80. ויודגש: המשיב טוען כי להוראת השעה תכלית ביטחונית. ישאל השואל: כיצד באה לידי ביטוי תכלית זו, כאשר עסקינן באישה בת 52, בעלת בעיות בריאות לא מעטות, המתגוררת כבר 14 שנה בירושלים, וכלל לא נטען שנשקף ממנה או מבני משפחתה סיכון ביטחוני? כיצד באה לידי ביטוי תכלית זו, כאשר עסקינן באישה, אשר זיקתה היחידה לרצועת עזה היא הרישום במרשם?

סיכום

81. מכל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לצו על תנאי, להפכו למוחלט ולחייב את המשיבים בתשלום שכ"ט עורך-דין והוצאות משפט.

ירושלים, 12 בינואר 2009.

יותם בן הלל, עו"ד

ב"כ העותרים

(ת.ש. 57899)