

בג"ץ

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין:

1. (קט"ן)
2.
3.
4. (קטינה)
5. (קטינה)
6. (קט"ן)
7.
8.
9. (קטינה)
10. (קט"ן)
11. (קט"ן)
12. (קט"ן)
13. (קט"ן)
14. (קטינה)
15.
16.
17. (קט"ן)
18. (קט"ן)
19. (קטינה)
20. (קט"ן)
21. (קטינה)
22. (קט"ן)
23. (קט"ן)
24. (קט"ן)
25.
26.
27. (קט"ן)
28. (קט"ן)
29. (קט"ן)
30. (קט"ן)

.....	31
.....	32
(קטיון),	33
(קטיון),	34
(קטינה),	35
(קטיון),	36
.....	37
.....	38
(קטיון),	39
(קטיון),	40
(קטינה),	41
(קטיון),	42
(קטיון),	43
.....	44
.....	45
(קטיון),	46
(קטינה),	47
(קטינה),	48
(קטיון),	49
.....	50
(קטיון),	51
.....	52

ע"י ב"כ עו"ד סמדר בן-נתן ו/או עו"ד גלית לובצקי ו/או עו"ד
מיכל פומרנץ ו/או עו"ד איילה צבן ו/או עו"ד עדי לרנר
רח' הוברמן 10, תל אביב 64075
טל: 03-5619666, פקס: 03-6868596

העותרים

- נגד -

1. שר הפנים
2. שרת המשפטים ויו"ר ועדת השרים לחקיקה
3. ממשלת ישראל

המשיבים

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה

עתירה למתן צו על תנאי

זוהי עתירה למתן צו על תנאי שיורה למשיבים לבוא וליתן טעם, מדוע לא ייקבע כי סעיפים בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, האוסרים על שיפור מעמד על דרך מתן רשיון ישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, למי ששוהה בישראל כדין על פי היתר שהייה של מפקד האזור מכוח קשרי משפחה לאזרח ולתושב ישראל, בטלים בשל היותם בלתי חוקתיים. ובפירוט:

1. מדוע לא ייקבע, כי סעיף 2 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 בטל, במובן זה שאין לקרוא בו את המלים "ולא ייתן לו רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל";

2. מדוע לא ייקבע, כי סעיף 3א(1) לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 בטל, במובן זה שאין לקרוא בו את המלים "שגילו עד 14 שנים";

3. מדוע לא ייקבע, כי סעיף 3א(2) לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 בטל.

4. מדוע לא ייקבע, כי סעיף 4 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 בטל. לחלופין:

5. מדוע לא ייקבע חריג בסעיף 2 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, כך שתושבי האזור החיים בישראל על פי היתרי מת"ק במסגרת איחוד משפחות משך תקופה שתיקבע, יקבלו רשיון ישיבה בישראל על פי חוק הכניסה לישראל, בדומה לבני זוג זרים אחרים.

תוכן העניינים

8	2. הרקע העובדתי.....
8	2.1 העותרים.....
8	2.1.1 משפחת א' ע' (העותרים 1-6).....
9	2.1.2 משפחת א' ע' (העותרים 7-14).....
10	2.1.3 משפחת א' ע' (העותרים 15-24).....
10	2.1.4 משפחת א' מ' (העותרים 25-30).....
11	2.1.5 משפחת ש' (העותרים 31-36).....
12	2.1.6 משפחת ח' (עותרים 37-43).....
13	2.1.7 משפחת ח' (עותרים 44-49).....
14	2.1.8 משפחת חואמדה (עותרים 50-51).....
15	2.1.9 ר' א' ע' (העותרת 52).....
16	2.2 מיצוי הליכים.....
17	2.3 חוק האזרחות והכניסה לישראל - היסטוריה חקיקתית ופסיקתית.....
19	2.3.1 הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל.....
21	2.3.2 תכלית הוראת השעה היא ביטחון.....
24	2.3.3 בין רישיון ישיבה להיתר שהייה.....
24	2.4 הפגיעות המגולמות בהקפאת מעמדם של בני המשפחה הפלסטינים.....
24	2.4.1 פגיעה באוטונומיה.....
26	2.4.2 מניעת זכויות סוציאליות.....
29	2.4.3 מניעת שירותי בריאות.....
32	2.4.4 הגבלת אפשרויות התעסוקה.....
33	2.4.5 שלילת האפשרות לנהוג בישראל והגבלת הזכויות הנובעת ממנה.....
35	2.4.6 מגבלות על חופש התנועה.....
36	2.4.7 פגיעה בזכות לייצוג משפטי.....
37	2.4.8 פגיעה בתא המשפחתי כולו והאפקט המצטבר של הפגיעות.....
38	2.4.9 פגיעה בזכות לשוויון.....
39	3. הטעון המשפטי.....
39	3.1 היעדר סעד חלופי.....
40	3.2 שלבי הבחינה החוקתית.....
40	3.3 הוראת השעה פוגעת בזכויות חוקתיות.....
42	3.4 השפעת המשפט הבינלאומי בביקורת שיפוטית חוקתית.....
43	3.5 הפגיעה בזכויות חוקתיות – מבט ממעוף הציפור.....
44	3.5.1 פגיעה בזכויות מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.....
44	3.5.1.1 הזכות לכבוד האדם.....
49	3.5.1.2 הזכות לקיום בכבוד.....

51	3.5.1.3 הזכות לביטחון סוציאלי
56	3.5.1.4 הזכות לבריאות
60	3.5.2 פגיעה בחופש העיסוק
62	3.5.3 פגיעה בשוויון
66	3.5.4 עיקרון טובת הילד
70	3.6 הפגיעה בזכויות אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה
71	3.6.1 הפגיעה אינה לתכלית ראויה
72	3.6.2 היעדר מידתיות
72	3.6.2.1 מבחן המשנה הראשון – מבחן הקשר הרציונלי
73	3.6.2.2 מבחן המשנה השני – האמצעי שפגיעתו פחותה
74	3.6.2.3 מבחן המשנה השלישי – המידתיות במובן הצר
76	3.7 הסעד החוקתי – בטלות סעיף 2 לחוק האזרחות והכניסה לישראל
76	4. סיכום

1. מבוא

1. עם חקיקת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) תשס"ג-2003 (להלן: "חוק האזרחות והכניסה לישראל" או "הוראת השעה"), נפל דבר בישראל. הדין הישראלי חילק את בני הזוג הזרים של ישראלים המצויים בתהליך של רכישת מעמד בישראל לשני סוגים שונים ומובחנים. בפני בני הזוג תושבי הגדה המערבית וחבל עזה הועמדו תנאים קשים לאין שיעור לצורך קבלת מעמד חוקי כלשהו בישראל, וכן נאסר עליהם לקבל היתר ישיבה בישראל מסוג מתקדם יותר הכולל זכויות סוציאליות בסיסיות (מהלך המכונה: שדרוג). חוקתיות הוראת השעה אושרה בבית משפט זה על חודו של קול ובהתבסס על הקביעה כי מדובר בפגיעה זמנית שתכליתה ביטחונית. ואולם, למעלה מ-11 שנים מאז חקיקתה, אין מדובר עוד בהוראה זמנית. הפגיעה הכלכלית והסוציאלית בבני הזוג תושבי האזור ובמשפחותיהם, הגלומה בהקפאת המעמד, אינה נתמכת בתכלית הביטחונית, מעולם לא נתקפה ישירות ולא עמדה בביקורת משפטית חוקתית. פגיעה זו הולכת ומתעצמת ככל שחולפות השנים, וככל שמתברר כי הוראת השעה אינה זמנית כי אם קבועה. מצב זה הביא את בית המשפט הנכבד לסבור כי הפגיעה בזכויות אינה נסבלת עוד, וכי ראוי לשנות את הוראת השעה:

"אני סבורה שראוי הוא – אם וכאשר יוארך החוק פעם נוספת – שתיתן הדעת למצבם של אלו שאינם זוכים לשדרוג למרות שהחלו בהליך המדורג לפני זמן כה רב. אפשר ולגביהם, אחרי שהות כה ארוכה בארץ, ניתן לבצע בדיקה פרטנית (ראו והשוו לעמדתי בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006), בפסקאות 19-23 לפסק דיני). [...]
הפתרון לנושא אי השדרוג צריך להיות להשקפתי כללי ולא מותנה בשאלה, שלא ניתן עוד לבררה כיאות, מדוע התעכב הטיפול בבקשה זו או אחרת לאיחוד משפחות לפני למעלה מעשור. דברים אלה ראויים לעיונו של המחוקק".

(ע"מ 6407/11 דג'אני נ' משרד הפנים, פורסם בנבו, 20.5.13, פסקה 6) (להלן: "עניין דג'אני")
(ההדגשות לעיל ולהלן הן של הח"מ, אלא אם צוין אחרת)

2. העותרים בעתירה זו כולם בני משפחות שבהם בן או בת זוג פלסטינים השוהים בישראל בהיתר ואולם אינם זכאים ל'שדרוג', ולכן זכויותיהם נפגעות באופן אנוש וחסר תקנה. העותרים יטענו כי שינוי הוראת השעה כיום אינו רק ראוי, אלא מתחייב מעקרונותיה החוקתיים של מדינת ישראל, ויבקשו מבית המשפט להורות כן.

3. הדין הישראלי קובע הליך להתאזרחות או לקבלת מעמד תושבות קבע לבני זוג זרים של אזרחי ותושבי ישראל. אזרח או אזרחית ישראל שנישאו לזר, זכאים להגיש בקשה להתאזרחות עבור בן או בת הזוג, על פי סעיף 7 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 ונהלי משרד הפנים שנקבעו על פיו. בהתאם לנוהל הטיפול במתן מעמד לבן זוג נשוי של אזרח ישראלי, עם אישור הבקשה לראשונה מקבל בן הזוג הזר אשרת ב/1 (תייר עם רשיון עבודה) למשך חצי שנה, ולאחר מכן אשרת א/5 (רישיון תושב ארעי). האזרחות ניתנת בתום הליך מדורג בן ארבע שנים וחצי (ראו בג"ץ 7139/02 **עבאס-בצה נ' שר הפנים**, פ"ד נז(3) 481, 485). בדומה לכך נקבע הליך מדורג להסדרת מעמדם של בני זוג זרים של תושבי קבע בישראל, הארוך מזה של אזרחים - חמש שנים ושלושה חודשים, ומסתיים בהענקת מעמד זהה לזה של בן הזוג הישראלי – תושבות קבע (ראו בג"ץ 2208/02 **סלאמה נ' שר הפנים**, פ"ד נו(5) 950, 954-953). להליכים אלה, המיועדים להסדרת מעמדם של בני זוג, נלווים לעתים ילדיהם של בני הזוג שאינם ישראלים שנולדו במסגרת קשר קודם (ראו ע"מ 9102/12 **קוזמינה נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 26.8.2014) (להלן: "עניין קוזמינה"). הליך נוסף לקבלת מעמד נקבע עבור ילדים שהוריהם מחזיקים ברישיון לישיבת קבע, אשר נולדו מחוץ לישראל, או שמעמדם לא הוסדר סמוך לאחר לידתם. הליכים אלו קרויים הליכי "איחוד משפחות".

4. שונה המצב כאשר בן הזוג הזר הוא פלסטיני תושב אזור, במקרה כזה יקבל בן הזוג הזר מהמפקד הצבאי היתר שהייה (היתר מת"ק) במקום אשרת ב/1. טרם כניסתה לתוקף של הוראת השעה, היה מקבל בן זוג תושב אזור אשרת א/5 לאחר חצי שנה, ובחלוף חמש שנים יכלו מחזיקי אשרת א/5 לבקש מעמד של תושב קבע.

5. **היתר המת"ק** הוא אישור שניתן על ידי צה"ל והמינהל האזרחי. ההיתר מאפשר שהייה חוקית בתחומי מדינת ישראל, אך אינו מזכה ברשימה ארוכה של זכויות ותנאי חיים המוענקים לבעלי רשיון ישיבה מסוג א/5 ומעלה: בני המשפחה הפלסטינים אינם זכאים לביטוח בריאות ממלכתי או לביטוח לאומי; הם אינם רשאים להחזיק ברישיון נהיגה ישראלי אלא במקרים המקימים טעמים הומניטריים; אינם יכולים לפתוח עסק כעצמאיים; מתקשים במציאת תעסוקה בשל העדר תיעוד ומספר תעודת זהות ישראלי; מי שמחזיקים בהיתר מתקשים בפתיחת חשבון בנק; אינם יכולים לקבל תעודת מעבר ישראלית ומחויבים ביציאה דרך מעבר גבול בנפרד (גשר אלנבי) מבני משפחתם שהינם אזרחים או תושבים (היוצאים דרך

שדה התעופה בן-גוריון). מעבר לכל אלה, היתר מת"ק הינו היתר זמני הכפוף להארכות עיתיות ועל כן אינו מספק כל ביטחון בהמשך השהייה בישראל, כל שינוי במצב המשפחתי דורש פנייה לוועדה המקצועית לעניינים הומניטריים מיוחדים שהוקמה בהוראת השעה, ובסמכותה להעניק היתר או רישיון ישיבה רק בהתקיים תנאים מסוימים ומצומצמים. לפיכך, מי שמחזיק בהיתר נותר חסר זכויות סוציאליות בסיסיות, מוגבל ביכולתו לקבל החלטות בעלות השפעות ארוכות טווח על המשך חייו, על יכולתו להתפתח כדוגמת לימודים גבוהים והכשרה מקצועית, וכך לגבי המשפחה כולה.

6. לעומת זאת, **אשרת תושב ארעי מסוג א/5** היא אשרה הכוללת זכויות סוציאליות מלאות בביטוח הלאומי וביטוח בריאות, והמחזיקים בה רשאים אף להוציא רישיון נהיגה ישראלי. המקבל אשרת תושב ארעי נדרש לחדש אותה אחת לשנה והחידוש כפוף לבדיקה במשרד הפנים ביחס למרכז חיים בישראל, ולהעדר מניעה פלילית או בטחונית. ניתן להנפיק אשרת תושב ארעי גם לתקופה הקצרה משנה וכך לחייב בדיקות בטחוניות בפרקי זמן קצרים יותר. בנוסף, אשרת א/5 נתונה לביטול כל העת לפי שיקול דעתו של שר הפנים. לאחר התקופה הקבועה באשרת א/5 יכולים בני משפחה זרים אחרים לקבל **אזרחות או תושבות קבע** המבטיחה המשך שהות בישראל למעט אם השתקעו במדינה אחרת.

7. **אם כן, מבחינה בטחונית אין כל הבדל בין אשרת א/5 לבין היתר מת"ק וההבדל המשמעותי ביניהם הוא סוציאלי – שכן היתר המת"ק איננו מעניק זכויות סוציאליות בעוד שאשרת א/5 מעניקה זכויות אלו.**

8. עניינה של עתירה זו באי הענקת זכויות סוציאליות שוות לבני משפחה זרים ובחסמים ומכשולים שהצטברותם זה על זה פוגעת פגיעה גדולה ודורסנית במשפחות של ישראלי/ת ופלסטיני/ת תושב אזור אך בשל מוצאם של האחרונים. פגיעה זו בקשת רחבה של זכויות, לבריאות, לביטחון סוציאלי, למימוש חופש העיסוק, לאוטונומיה ולקיום אנושי בכבוד, מונעת חיים בכבוד ולא מאפשרת קיום החורג מגדר חיי הישרדות בלבד. שלילת זכות אחת כרוכה בשלילת זכות אחרת, ואלה חוסמות את האפשרות לממש זכויות אחרות ומרוקנות אותן מתוכן. הצטברות זו חורגת מתחום "פגיעה בתנועה" או "מגבלות על עבודה", והופכת לפגיעה ממשית וניכרת באוטונומיה של בן הזוג או בת הזוג הפלסטינים, של בני ובנות זוגם הישראליים, של הילדים – של התא המשפחתי כולו, הקורס תחת משקלן ללא יכולת להיחלץ. מצבם של אותם תאים משפחתיים, ההולך ומחמיר ככל שחולף הזמן ככדור שלג ההולך וגדל ככל שהוא מתגלגל במורד דורס ומוחץ כל מה שנקרה בדרכו, הוא מוקד עתירה זו.

9. האיסור על מתן רישיון ישיבה נקבע **בהוראת השעה** בשל תכלית בטחונית ובאופן זמני, ואך בשל כך אושר על ידי בית משפט זה חרף הפגיעות הנובעות ממנו. אולם הוראת השעה הפכה במרוצת השנים לחוק קבע הרסני בספר החוקים הישראלי, הגורם נזקים חמורים המתגברים ככל שחולף הזמן, הכל כפי שיפורט בהרחבה בעמודים הבאים.

10. יודגש, עתירה זו אין עניינה בבחינת האיסור והאישור להיכנס לישראל. עתירה זו עניינה במי שבהתאם להוראת השעה נכנסו לישראל בהיתר כדון, והם שוהים בה משך שנים כחלק בלתי נפרד ממשפחותיהם

הישראליות. אם בעתירות קודמות בהן עמדה הוראת השעה למבחן בית משפט נכבד זה, נסב הדיון סביב הזכות לבחור את בן או בת זוגך ולאפשר חיים משותפים בישראל, המשפחות נשואות עתירה זו אינן עניין שבתיאוריה. לא במשפחות אפשריות עסקינן, לא משפחות מדומיינות. עסקינן במשפחות שרירות וקיימות, החיות ביננו מזה שנים. משפחות שנוצרו ומתקיימות בחסות הוראת השעה, ובהתאם להוראותיה תלויות כל העת על חוט השערה.

11. בני המשפחות נשואות עתירה זו, בני זוג של ישראלים, הורים לילדים ישראלים, כולם אנשים שזיקתם לישראל אינה מוגבלת, לא בזמן ולא בהיקף. כולם אנשים אשר המשיב סבר, לאחר בדיקות בטחוניות קפדניות, כי יש להתיר את שהייתם בישראל בשל קשריהם המשפחתיים עם אזרחי ותושבי ישראל. כבני משפחה של ישראלים, ככל שעובר הזמן והשנים נוקפות, הולך ומעמיק ניתוקם של בני המשפחה הפלסטינים מהאזור, בעוד שזיקתם לישראל הולכת ומתהדקת, הולכת ומעמיקה. הם תושבים הלכה למעשה וחלק בלתי נפרד מהחברה הישראלית.

2. הרקע העובדתי

2.1 העותרים

2.1.1 משפחת א' ע' (העותרים 1-6)

12. העותר 1, יליד שנת 2001, הוא בנה מנישואים קודמים של העותרת 2, תושבת עזה במקור. בשנת 2003 נישאה העותרת 2 לעותר 3, אזרח ישראל, תושב ערערה בנגב. לבני הזוג נולדו 3 ילדים משותפים (העותרים 4-6). בהתאם להוראת השעה, הגיש העותר 2 בקשה להסדרת מעמדם של העותרים 1-2, ומאז שנת 2006, מזה שמונה שנים, מקבלים הם היתרים לשהייה בישראל, המתחדשים מדי שנה. לאחרונה, הורה המשיב לחדש את היתרי השהייה של העותרים 1-2 למשך שנתיים רצופות.

- מצ"ב תעודת הזהות של העותרת 2 והדרכונים של העותרים 1-2 ומסומנים א'
- מצ"ב תעודת הזהות של העותר 3 ומסומנת ב'
- מצ"ב תעודת הנישואין של העותרים 2-3 ומסומנת ג'
- מצ"ב אישור מטעם המשיב למתן היתר שהייה לשנתיים לעותרים 1-2 ומסומן ד'
- מצ"ב היתרי השהייה של העותרים 1-2 ומסומנים ה'

13. העותר 3, הוא חולה סכרת ומוכר כנכה על ידי הביטוח הלאומי בשל ניתוח שעבר במוחו, ומקבל בשל כך קצבת נכות, בסך כ-2,600 ש"ח בחודש, אשר יחד עם קצבת ילדים (בגין העותרים 4-6), מהווה את כל הכנסת המשפחה. כ-3,000 ש"ח בסה"כ. בעבר קיבל העותר 3 קצבת הבטחת הכנסה, בשיעור מופחת ב-7.5%, בשל היעדר המעמד של העותרת 2. המשפחה רוכשת לעתים ביטוח רפואי פרטי עבור העותרים 1-2, אך בשל חיסרון הכיס שלהם אין באפשרותם לממן הוצאה זו באופן קבוע, ונכון להיום אין העותר 1 מבטח בביטוח רפואי. העותר 3 פנה לאחרונה למוסד לביטוח לאומי על מנת לבקש גימלת הבטחת הכנסה, אך נענה שבתור מי שמוכר כנכה אינו זכאי לכך. כאשר הגישה העותרת 2 בקשה

לקבלת גמלת הבטחת הכנסה, בקשתה נדחתה היות שאינה תושבת ישראל. כך המשפחה אינה זכאית לגמלת הבטחה הכנסה למרות מצבת הכלכלי הקשה, בשל העדר המעמד של העותרת 2.

• מצ"ב אישורים על תשלומי קצבאות לעותר 3 ומסומנים ו'

14. העותר 1, השוהה בישראל מאז היה בן שנה וחצי, מעולם לא היה זכאי לביטוח בריאות ממלכתי, ומעולם לא שולמה בגינו קצבת ילדים על ידי הביטוח הלאומי. על פי הוראת השעה העותר 1 לעולם לא יהיה זכאי לרשיון ישיבה בישראל ולכן לא יוכל לתכנן את חייו בלימודים גבוהים וכיוצא באלה, והוא ואמו יסבלו מהעדר תנאים סוציאליים כל חייהם. יתר על כן, בשל הוראות הוראת השעה, אין כל וודאות לגבי מעמדו החוקי של העותר 1 עם הגיעו לגיל 18, ויש חשש כי יופרד מבני משפחתו ויגורש מישראל.

15. כיום, בשל העדר רשיון הישיבה סובלת המשפחה אם כן ממניעת קצבת הבטחת הכנסה, מהעדר ביטוח בריאות ממלכתי עבור העותר 1 והעותרת 2, מאי קבלת קצבת ילדים עבור העותר 1, כמו גם מארעיות מעמדם של העותרת 2 והעותר 1.

2.1.2 משפחת א' ע' (העותרים 7-14)

16. העותרת 7, ילידת 1963 ותושבת דיר אסתיא במקור, נישאה בשנת 1995 לע' ז"ל, אזרח ישראל ותושב ערערה שבנגב. במשך השנים נולדו לבני הזוג שבעה ילדים (העותרים 8-14). בשנת 2007 נפטר בעלה, והעותרת 7 נותרה אלמנה ומטופלת לבדה בשבעת ילדיהם. בשנת 2010, לאחר שפנתה לוועדה המקצועית המייעצת למתן מעמד מטעמים הומניטריים מיוחדים, הפועלת מכוח סעיף 1א3 להוראת השעה, החלה העותרת 7 לקבל היתרי שהייה, בהיותה אם ומשמורנית יחידה לקטינים אזרחי ישראל.

• מצ"ב תעודת הזהות והדרכון של העותרת 7 ומסומנים ז'

• מצ"ב תעודת הזהות והפטירה של המנוח ומסומנות ח'

• מצ"ב תעודת הנישואין של העותרת 7 והמנוח ומסומנת ט'

• מצ"ב היתר השהייה של העותרת 7 ומסומן י'

17. למרות שהעותרת 7 זכאית להיתרי שהייה בישראל מטעמים הומניטריים, היא אינה זכאית לביטוח בריאות ממלכתי. בשל העובדה שהיא מטופלת לבדה בשבעה ילדים, מתוכם שישה קטינים, אין באפשרותה לרכוש ביטוח בריאות פרטי. העותרת 7 לוקה בסכרת ובלחץ דם גבוה, ומאחר שאין היא מבוטחת בביטוח רפואי, היא נאלצת לרכוש את הטיפולים והתרופות באופן פרטי, רק כאשר הפרוטה מצויה בכיסה. בנוסף מוגבלת העותרת 7 בניידותה בשל קשיים ראומטיים.

• מצ"ב מכתבו של ד"ר אבו עראר אשרף המעיד על מצבה הרפואי של העותרת 7 ומסומן י"א

18. כמי שמחזיקה בהיתר שהייה בלבד, העותרת 7 אינה רשאית לנהוג בישראל. כאם יחידנית לשבעה ילדים, מתוכם שישה קטינים, המתגוררת ביישוב מרוחק בנגב עם ילדיה, היעדר היכולת לנהוג משפיעה על כל בני המשפחה. כך למשל, כל טיפול רפואי מחוץ ליישוב הופך למבצע מורכב, לא כל שכן ביקורים או נסיעות משפחתיות מחוץ ליישוב.

2.1.3 משפחת א' ע' (העותרים 15-24)

19. העותרת 15, תושבת זוואידה במקור וילידת 1979, נישאה בשנת 1999 לעותר 16, תושב ערערה בנגב יליד 1943, ולהם 8 ילדים משותפים (העותרים 17-24). בסמוך לאחר נישואיהם, הגישו בני הזוג בקשה לאיחוד משפחות, והחל משנת 2001 החזיקה העותרת 15 ברישיון ישיבה ארעי (א/5), שמספרו 317820694. בשנת 2009 נשלל מהעותרת 15 רישיון הישיבה הארעי בשל טענה לקשרי בני משפחתה עם ארגונים ברצועת עזה. לפיכך, החל מיולי 2009 ניתן לעותרת 15 היתר שהייה במקום רישיון ישיבה ארעי. היתר זה מתחדש אחת לשנה.

- מצ"ב תעודות הזהות של העותרים 15-16 ומסומנות י"ב
- מצ"ב תעודת הנישואין של העותרים 15-16 ומסומנת י"ג
- מצ"ב רישיון הישיבה הארעי בו החזיקה העותרת 15 ומסומן י"ד
- מצ"ב היתר השהייה הנוכחי של העותרת 15 ומסומן ט"ו

20. מאז נשלל ממנה רישיון הישיבה, הופסקה זכאותה של העותרת 15 מכוח חוק הביטוח הלאומי וחוק ביטוח בריאות ממלכתי. בשל כך, נאלצים בני המשפחה לממן את טיפוליה הרפואיים של העותרת 15 באופן פרטי. המשפחה מתקיימת מקצבת זקנה המשתלמת לעותר 16, בסך 4,500 ש"ח, ומקצבת ילדים בסך 1,700 ש"ח בלבד, מסכומים אלה מופחתים בכל חודש באופן קבוע כ-450 ש"ח בחודש בגין חובות על טיפולים רפואיים קודמים. 5,750 ש"ח בסה"כ למשפחה בת עשר נפשות. במסגרת כלכלית בלתי אפשרית זו, גם טיפולים יומיומיים מהווים מעמסה כבדה עד בלתי אפשרית, ולעתים מוותרת העותרת 15 על ביקור במרפאה.

- מצ"ב מכתב מיום 8.5.2013 מהמוסד לביטוח על הפסקת זכאותה של העותרת 15 ומסומן ט"ז

21. בנוסף, העותרת 15 אינה יכולה לקבל רישיון נהיגה ולנהוג, עובדה אשר מכבידה במיוחד על אורח חיי המשפחה, לאור מצבו הרפואי של העותר 24. העותר 24 הינו פעוט יליד 2012, הסובל מעיכוב התפתחותי הנגרם ממימת ראש (הידרוצפלוס). בשל מצבו הרפואי, נדרש יוסף לטיפולים תכופים, הדורשים הסעות למכון להתפתחות הילד בבאר שבע. העותר 16, בן מעל ל-70 שנים, ואין ביכולתו להסיע את בנו הפעוט לכל צרכיו הרפואיים. כמשפחה המתגוררת בישוב מרוחק, אשר התחבורה הציבורית אינה תכופה בו, חלק גדול מההתנהלות היומיומית דורשת נסיעות ברכב פרטי. היות שהעותרת 15 אינה יכולה לנהוג, היא ובנה הפעוט נוסעים לטיפולים במונית שירות. לעתים, כאשר מונית השירות אינה מגיעה, נאלצת העותרת 15 לוותר על הנסיעה לטיפולים.

- מצ"ב סיכום תיק רפואי של העותר 24 ומסומן י"ז

2.1.4 משפחת א' מ' (העותרים 25-30)

22. העותר 25, תושב זוואידה במקור ויליד 1975, נישא בשנת 1999 לעותרת 26, תושבת רמלה, ילידת 1975. השניים מתגוררים בגן חקל ברמלה, ונולדו להם ברבות השנים 4 ילדים (העותרים 27-30).

החל משנת 2011 מקבל העותר 25 היתר מכוח סעיף 1א3 לחוק האזרחות, כיון שהוועדה המקצועית המייעצת מצאה שמתקיימים בעניינו טעמים הומניטריים, בשל העובדה שבנם הבכור, (העותר 27), יליד שנת 2001, לקה במחלת הלוקמיה.

- מצ"ב תעודות הזהות של העותרים 25-26 ומסומנות י"ה
- מצ"ב תעודת הנישואין של העותרים 25-26 ומסומנת י"ט
- מצ"ב הודעת משרד הפנים ברמלה על אישור בקשה מטעמים הומניטריים ומסומנת כ'
- מצ"ב היתר השהייה של העותר 25 ומסומן כ"א

23. למרות שהוא מחזיק ברישיון נהיגה בשטחי האזור, העותר 25 אינו רשאי לנהוג בישראל. עובדה זו מקשה מאוד על חיי המשפחה כולה, היות שמצבה הרפואי של העותרת 26, כמי שסובלת מבעיות באוזניה וכתוצאה מכך נעדרת שיווי משקל, לא מאפשר לה לנהוג. בשנים בהם נזקק העותר 27 לטיפולים בשל מחלת הסרטן בה לקה, נדרשו הסעות תכופות למרכז העיר רמלה.

- מצ"ב סיכום רפואי בעניינה של העותרת 26 ומסומן כ"ב

24. גם כיום, הפעולה הפשוטה ביותר, כגון קניית מצרכים עבור משק הבית, הופכת מורכבת עבור בני המשפחה. כיון שאין תחבורה ציבורית העוברת בתוך השכונה, כל יציאה מהשכונה דורשת הליכה ממושכת לכביש הראשי. כיון שהעותר 25 סובל מפריצת דיסק בגבו, אין הוא יכול לשאת את סלי המצרכים בכוחות עצמו, והוא נאלץ לשלם לעוברי אורח שיסייעו בידו לסחוב את המצרכים עד למונית שירות, המביאה אותו, כזכור, רק עד פתח השכונה. או אז נאלץ העותר 25 להמתין עד אשר יעבור מי ממכריו ויוכל לסייע בידו להביא את המצרכים עד לסף דלתו. פעולה כה פשוטה הופכת למבצע מורכב. להשלמת התמונה יצויין, כי לאחרונה הגיש העותר 25, באמצעות ב"כ אחר, בקשה לאישור נהיגה בישראל. נכון למועד כתיבת שורות אלה טרם נתקבל מענה.

25. העותר 25 אינו זכאי לשירותי בריאות, והוא משלם כ-170 ₪ בחודש עבור ביטוח רפואי פרטי, היות שמצבו הרפואי, כמי שסובל מפריצת דיסק, אינו מאפשר לו לוותר על השירות. עבור בני המשפחה, המתפרנסים בדוחק, המדובר בהוצאה גבוהה מאוד.

26. משלה ידו של העותר 25 הוא צבעי, והוא עובד בתחום בעבודות מזדמנות, ככל שבריאותו מאפשרת וככל שהוא מצליח למצוא מעסיקים שיסכימו להעסיקו, למרות חוסר הבהירות הקיים לגבי חוקיות העסקתו. העותר 25 היה מעוניין לעבוד באופן עצמאי, כך שיוכל לקחת על עצמו עבודות, להתפתח, ולייצר יציבות כלכלית ואחרת עבור אישתו וילדיו, אך אינו יכול לעבוד באופן עצמאי ולהסדיר את מעמדו כעוסק מורשה, בשל היעדר המעמד בישראל והיעדר מס' ת.ז. ישראלי. בהיעדר יציבות תעסוקתית ואחרת, אין באפשרות העותרים 25-26 לרכוש בית, הם מתפרנסים מהיד לפה, ואינם יודעים מה יביא יום.

2.1.5 משפחת ש' (העותרים 31-36)

27. העותר 31, במקור תושב דיר אל אסל פוקא יליד 1977, נישא בשנת 2002 לעותרת 32, תושבת כסייפה בנגב, ילידת 1976. השניים מתגוררים בכסייפה, וברבות השנים נולדו להם 4 ילדים (העותרים 33-36). החל משנת 2013, מקבל העותר 31 היתר שהייה זמני במסגרת הליך איחוד משפחות.

- מצ"ב תעודות הזהות של העותרים 31-32 ומסומנות כ"ג
- מצ"ב תעודת הנישואין של העותרים 31-32 ומסומנת כ"ד
- מצ"ב היתר השהייה של העותר 31 ומסומן כ"ה

28. למרות שהיתר השהייה בו מחזיק העותר 31 מציין כי הוא רשאי לעבוד בישראל, הוא אינו מצליח למצוא עבודה קבועה. מעסיקים רבים אליהם פנה סירבו להעסיקו אלא אם יציג בפניהם תעודת זהות, במיוחד בתקופות של חוסר יציבות בטחונות; אחרים התנו את קבלתו לעבודה בכך שיחזיק רישיון נהיגה תקף בישראל. גם כאשר מקבל העותר 31 הצעות עבודה פרטיות, כגון עבודות שיפוץ או גינון, אין הוא יכול לקבלן שכן אלה דורשות ניידות ויכולת לנהוג ברכב בישראל.

29. כמי שגרים ביישוב כפרי מרוחק, בני המשפחה זקוקים לרכב בכל שלב בהתנהלותם היומיומית: בהסעת העותרים 33-36 לבתי הספר, בכל ביקור בקופת חולים, בנסיעה לקניית מצרכים בעיר באר שבע. הלכה למעשה כל המטלות הללו נופלות על כתפי פירוז, שהיא גם מפרנסת יחידה.

30. עוד יש להוסיף, כי העותר 31 אינו יכול לפתוח חשבון בנק באופן עצמאי, אינו זכאי לשירותי בריאות, וחסרון הכיס של המשפחה מונע ממנו לרכוש ביטוח רפואי פרטי. הקשיים הללו, בהצטברותם, מהווים עול כבד על כל בני המשפחה, מונעים מהתא המשפחתי להתקיים בכבוד, ומהעותר 31 להתפתח ולהגשים את יכולותיו האישיות והמקצועיות.

2.1.6 משפחת ח' (עותרים 37-43)

31. העותר 37, במקורו תושב עזה יליד 1976, נישא בשנת 2001 לעותרת 38, תושבת ערערה בנגב ילידת 1978. לשניים, המתגוררים בערערה בנגב, נולדו חמישה ילדים (העותרים 39-43). בעקבות הליכים בבית משפט זה (בג"ץ 6035/03 נ' א' ע' נ' שר הפנים) (פורסם באתר הרשות השופטת, מיום 28.11.2006), הסכים המשיב לבחון את בקשת העותרים 37-38 לאיחוד משפחות, וזה למעלה מעשור שהעותר 37 מקבל היתרי שהייה בהתאם לסעיף 3 להוראת השעה.

- מצ"ב תעודות הזהות של העותרים 37-38 ומסומנות כ"ו
- מצ"ב תעודת הנישואין של העותרים 37-38 ומסומנת כ"ז
- מצ"ב היתר השהייה הנוכחי של העותר 37 ומסומן כ"ח

32. במשך שנים לא יכול היה העותר 37 לעבוד, בשל העובדה שלא החזיק בתעודת זהות, ורק לאחרונה החל לעבוד בעבודות מזדמנות בערערה. העותר 37 עבד כארבעה חודשים ולאחרונה פוטר. כמי שמחזיק בהיתר שהייה, העותר 37 אינו יכול לנהוג על רכב בישראל, דבר המגביל גם את אפשרויות התעסוקה

שלו וגם מכביד מאוד על התנהלות המשפחה, שכן כל המשימות הקשורות בנהיגה נופלות על העותרת 38, אשר הינה בעצמה אישה חולה ומתקשה להתנהל.

33. כאשר עבד העותר 37, הסתכמה ההכנסה החודשית של בני המשפחה, שבע נפשות, לכל היותר ב-4,000 ₪: המורכבת מגמלת השלמת הכנסה של העותרת 38 (בסך 1,400 ₪), משכורתו של העותר 37 (שהגיעה לכל היותר ל-1,700 ₪ בחודש) ומקצבת ילדים (900 ₪). כעת, משפוטר העותר 37 מעבודתו, תקבל העותרת 38 גמלת השלמת הכנסה גבוהה במעט, אשר תגיע ככל הנראה לסך של כ-2000 ₪. בני הזוג, המתגוררים עם ילדיהם בצרף בערעה, אינם עומדים במעמסת תשלום שכר הדירה, וחוששים כי בעל הבית יפנה אותם. הכנסתה החודשית של המשפחה מספיקה בקושי רב למימון רכישת מזון לבני המשפחה, אך אין בה כדי להספיק להוצאות אחרות, כגון תרופות, ציוד, מלבוש וכיוצא באלה.

34. העותר 40, בנם השני של בני הזוג, לוקה באפילפסיה. לפני מספר שנים הוא עבר ניתוח להסרת ציסטה בבלב, וכעת הוא זקוק לתזונה מותאמת, המורכבת מרכיבים ללא שומנים וללא סוכר. לעותרים 37-38 אין יכולת לממן את התפריט המיוחד של בנם לפי הצרכים, אך אין הם יודעים אילו נזקים עלולים להיגרם כתוצאה מכך. בעבר היה העותר 40 מטופל במרפאות חוץ בסורוקה, אך בשל מחסור הכיס של בני המשפחה, נפסקו הביקורים שעלותם גבוהה. כך גם בכל הנוגע לתרופות להן העותר 40 נזקק – אלה נרכשות רק כאשר הפרוטה מצויה בכיס בני המשפחה.

- מצ"ב סיכום מידע רפואי בעניינו של העותר 40, ומסומן כ"ט

35. בנוסף לאמור, העותרת 38 עצמה סובלת מפריצת דיסק בגב, הגורמת לכאבים עזים ברגליה. כמו כן סובלת העותרת 38 ממיגרנות, דיכאון כרוני ופסיכוטי, הפרעה סומאטית ופיברומיאליגיה. רופאיה הורו לה ליטול תרופות משככות כאבים כמו גם תרופות פסיכיאטריות, אשר העותרת 38 רוכשת רק כאשר ידה משגת, או לעתים בעזרת קרובי משפחתה.

- מצ"ב סיכום מידע רפואי בעניינה של העותרת 38, ומסומן ל'

2.1.7 משפחת ח' (עותרים 44-49)

36. העותר 44, במקור תושב כפר סמוע יליד 1965, נישא בשנת 2006 לעותרת 45, תושבת ערעה בנגב ילידת 1980. השניים מתגוררים בערעה בנגב, ונולדו להם ארבעה ילדים (העותרים 46-49). בשנת 2012 החל העותר 44 לקבל היתרי שהייה במסגרת הליך איחוד משפחות.

- מצ"ב תעודות הזהות של העותרים 44-45 ומסומנות ל"א
- מצ"ב תעודת הנישואין של העותרים 44-45 ומסומנת ל"ב
- מצ"ב היתר שהייה הנוכחי של העותר 44 ומסומן ל"ג

37. בהיעדר תעודת זהות, מתקשה העותר 44 למצוא עבודה קבועה. הוא עובד לעתים בעבודות מזדמנות, עבודות כפיים מסוגים שונים, אך מעולם לא הועסק באופן מוסדר באמצעות תלוש משכורת, ומעולם לא

שולם בגינו ביטוח לאומי. העותר 44 מקפיד אמנם להציג את היתר השהייה שלו בפני מעסיקים פוטנציאליים, אך אלה לרוב מסרבים להעסיקו ללא תעודת זהות. העותר 44 היה רוצה לעבוד כעצמאי, לפתוח תיק במס הכנסה ולקחת על עצמו עבודות, אך מעמדו אינו מאפשר זאת. גם היעדר היכולת לנהוג בישראל מגביל את יכולתו של העותר 44 להתפתח בעבודתו, שכן הוא זקוק לרכב על מנת להעביר ציוד ולהגיע למקום העבודה.

38. בנוסף לאמור, היעדר יכולתו של העותר 44 לנהוג מכבידה גם על התנהלות בני המשפחה. בני המשפחה מתגוררים בישוב מרוחק, אשר אין בו תחבורה ציבורית תכופה. כל יציאה מהכפר היא מטלה מורכבת, ולפעמים נאלץ העותר 44 לקחת מונית בשירות מיוחד כדי להגיע למחוז חפצו. כך, לפני כשנה נפצע בעיניו העותר 46, בנם הבכור של העותרים 44-45, באופן שסיכן את יכולתו לראות בעתיד. בעקבות הפציעה היה עליו לעבור טיפולים תכופים בעיר באר שבע, ועד היום הוא מבקר באופן קבוע במרפאה בעיר. כל נסיעה כזו לטיפול במרפאה בבאר שבע היא עניין מורכב.

- מצ"ב סיכומי ביקוריו של העותר 46 במרפאת עיניים ומסומנים ל"ד

39. העותרת 45, מקבלת גמלת הבטחת הכנסה מהביטוח הלאומי בסך כ-2,800 ש"ח בחודש. יחד עם קצבת ילדים בסך 560 ש"ח בחודש, מסתכמת ההכנסה החודשית של המשפחה, בת 6 נפשות, בפחות מ-3,400 ש"ח בחודש.

- מצ"ב תדפיס פעולות בעו"ש בחשבון הבנק של העותרת 45 ומסומן ל"ה

2.1.8 משפחת חואמדה (עותרים 50-51)

40. העותר 50, במקור תושב כפר סמוע, יליד שנת 1957, נישא בשנת 1999 למ' ז"ל, אזרחית ישראל ותושבת ערערה שבנגב. בשנת 2005 נולד בנם היחיד (העותר 51). בני הזוג הגישו בקשה לאיחוד משפחות, ועד לשנת 2004 החזיק העותר 50 ברישיון ישיבה ארעי (א/5), שמספרו 317824340. בשנת 2004 נשלל מעמדו של העותר 50 כיון שהרשויות סברו שהוא נשוי לאישה נוספת. נגד החלטה זו הוגש בג"ץ 9486/04 מ' ח' ואח' נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 24.12.2006), ובשנת 2009 החל העותר 50 לקבל היתרי שהייה, אשר התחדשו מעת לעת.

- מצ"ב תעודת זהות של המנוחה ומסומנת ל"ו
- מצ"ב תעודת זהות של העותר 50 והעתק רישיון הישיבה בו החזיק ומסומנים ל"ז
- מצ"ב תעודת נישואין של העותר 50 והמנוחה ומסומנת ל"ח
- מצ"ב דרכונו של העותר 51 ומסומן ל"ט
- מצ"ב החלטה בבג"ץ 9486/04 ומסומנת מ'

41. בשנת 2011 נפטרה מ', והעותר 50 נשאר אלמן, מטופל לכדו בבנם הקטין. בשל העובדה שנהלי המשיב העוסקים בהפסקת הליך מדורג חלים רק על מחזיקי אשרת א/5 ואינם חלים בעניינו של העותר 50, פנה

העותר 50 לוועדה המקצועית המייעצת, ובהתאם להחלטת המשיב החל לקבל היתר שהייה הומניטרי, כאב יחידני לבנו הקטין.

- מצ"ב תעודת פטירה של המנוחה ומסומנת מ"א
- מצ"ב היתר השהייה הנוכחי של העותר 50 ומסומן מ"ב

42. העותר 50 הינו נהג משאית במקצועו, ובעבר היה בעל עסק עצמאי בתחום. מאז נשלל ממנו מעמדו כתושב ארעי (א/5), אין העותר 50 רשאי להחזיק בעסק, והוא נאלץ להפסיק לעבוד כעצמאי. העותר 50 לא יכול לעבוד אף כשכיר במקצועו, היות שאין הוא רשאי לנהוג בישראל בהיותו מחזיק בהיתר שהייה בלבד. כיום העותר 50 אינו עובד באופן קבוע. מעסיקים פוטנציאליים שהוא פונה אליהם מבקשים שיציג תעודת זהות, אחרים מציעים לפנות לשירות התעסוקה על מנת להוציא היתר עבודה כמו עובדים תושבי אזור אחרים. במצב דברים זה, נאלץ העותר 50 לעבוד בעבודות מזדמנות ימים ספורים בחודש לכל היותר. העותר 50 אינו מקבל תלוש משכורת בעבור עבודות אלה, ולא משתלמים בגינו דמי ביטוח לאומי.

43. היעדר זכאותו של העותר 50 לביטוח לאומי וביטוח בריאות משפיע באופן ישיר גם על בנו בן ה-9. מזה מספר שנים שאין משתלמת לעותר 51 קצבת ילדים, והוא אף אינו רשום בקופת חולים, היות שאין לו בנמצא הורה שהוא יוכל להירשם מכוחו. על כך כי העותר 50, כהורה היחיד של העותר 51, הוא האפוטרופוס הטבעי שלו, אין כל עוררין. בנוסף, מונה העותר 50 כאפוטרופוס על בנו הקטין על ידי בית הדין השרעי בבאר שבע. למרות האמור, תביעתו של העותר 50 לקצבת ילדים עבור בנו לא נבחנה, כיון שהוא מחוסר מעמד, ונכון להיום, העותר 51 אינו מקבל קצבת ילדים.

- מצ"ב החלטת בית הדין השרעי מיום 17.9.2013 בדבר אפוטרופוסות ומסומנת מ"ג
- מצ"ב מכתב מאת המוסד לביטוח לאומי בבאר שבע מיום 9.3.2014 ומסומן מ"ד

2.1.9 ר' א' ע' (העותרת 52)

44. העותרת 52, ילידת שנת 1956, נולדה ברצועת עזה ועברה להתגורר עם משפחתה בג'נין. בשנות ה-80 נישאה העותרת 52 לאזרחי ישראלי, מר ח' א' ע', והתגוררה עימו בערערה שבנגב. בשנות ה-90 נסתיימו נישואיהם, והם התגרשו. בשנת 1995 נישאה העותרת 52 בשנית, לאזרחי ישראלי אשר גם שמו היה ח' א' ע'. בני הזוג חיו בערערה בנגב יחד, ללא ילדים, במשך 16 שנים עד לפטירתו של המנוח בשנת 2011.

- מצ"ב רישיון ישיבה זמני של העותרת 52 מסוג א/5 ומסומן מ"ה
- מצ"ב תעודת הזהות ותעודת הפטירה של המנוח ומסומנות מ"ו
- מצ"ב תעודת נישואין של העותרת 52 והמנוח ומסומנת מ"ז

45. בעקבות נישואיה השניים, הוענק לעותרת 52 רישיון ישיבה זמני מסוג א/5 החל משנת 2001, אשר חודש בכל שנה. ברבות השנים הפכה משפחתו של המנוח למשפחתה של העותרת 52, ומנגד היא איבדה

כל זיקה לאזור. כיום מתגוררת העותרת 52 בערערה יחד עם ביתו מנישואים קודמים של בעלה המנוח, ס', בת 43, חירשת אילמת אשר הוכרה על ידי הביטוח הלאומי כנכה. ששת אחיה של ס', נשואים כולם ואינם תומכים בה. השתיים חיות יחד, העותרת 52 מטפלת בס' ודואגת לכל צרכיה, והיא מערכת התמיכה המרכזית והיחידה שלה.

46. העותרת 52, החיה מזה עשרות שנים בישראל, נעדרת כל זיקה לאזור. בשנות ה-80 עברה משפחתה מעזה לג'נין בשל סכסוך. באותה תקופה נישאה העותרת 52 ועברה להתגורר בערערה בנגב, ולמעשה מעולם לא ביססה את חייה בג'נין ואין לה קשר למקום. היא אינה בקשר עם אחיה ואחיותיה אלא באירועים גדירים, ואין לה כל רכוש באזור.

47. לאחר פטירת בעלה של העותרת 52 חודש רישיון הישיבה הארעי שלה ל-6 חודשים בכל פעם, וכיום הוא עומד בתוקפו עד ליום 11.5.2015. בהתאם לנהלי המשיב העוסקים בהפסקת ההליך המדורג מפאת פטירתו של בן הזוג הישראלי, הועבר עניינה של העותרת 52 לוועדה המקצועית המייעצת. ביום 3.7.2014 פנתה ב"כ העותרים ליו"ר הוועדה בטיעונים בכתב בעניין הסדרת מעמדה של העותרת 52.

• מצ"ב פנייה לוועדה ההומניטרית מיום 3.7.2014 ומסומנת מ"ח

48. אלא שסמכותו של המשיב מכוח סעיף 1א3 להוראת השעה, מוגבלת למתן היתר שהייה או רישיון ישיבה, בהמלצת הוועדה המייעצת, אך ורק למי שבן משפחתו (בן זוג, הורה, או ילד) שוהה בישראל כדין (סעיף 1א3(z) להוראת השעה). כלומר, לכאורה אין דרך להמשיך את מעמדה הנוכחי של העותרת 52 המתגוררת בישראל כמעט כל חייה הבוגרים ואין היא מכירה חיים אחרים. הוראת השעה שוללת את שיקול דעת המשיב ליתן לעותרת 52 ולאחרים במצבה רישיון ישיבה בישראל, ואף לא היתר לשהייה, על אף שקיימים טעמים הומניטריים מובהקים להסדרת מעמדה וזה מרכז חייה היחיד שנים ארוכות. בנסיבות אלו עלולה העותרת 52 למצוא את עצמה חסרת כל מעמד בישראל בעקבות פטירת בעלה, בעוד שאילו הוראת השעה לא היתה אוסרת מתן רישיון ישיבה ארעי, היתה ממשיכה להחזיק באותו מעמד.

2.2 מיצוי הליכים

49. ביום 19.3.2014 התפרסם באמצעי התקשורת כי עוד באותו יום יובא צו האזרחות והכניסה לישראל (הארכת תוקף החוק), התשע"ד-2014 לאישור הכנסת לפני יציאתה לפגרה, על אף שהחוק עמד בתוקפו עד יום 30.4.2014. לאור האמור, פנתה ב"כ העותרים באותו בוקר בבהילות לשר הפנים, יו"ר הכנסת וליו"ר ועדת הפנים וההגנה על הסביבה, בבקשה כי אישור הצו יידחה ותחת החוק במתכונתו הנוכחית יובא חוק מתוקן בפני הכנסת. לפנייה זו צורפה חוות דעת מומחה של פרופסור ברידג'ט ארימונד מאוניברסיטת נורת'וסטרן בשיקגו, לפיה מניעת ביטוח לאומי, ביטוח בריאות ממלכתי ורישיון נהיגה לבני משפחתם של אזרחי ישראל השוהים בישראל כדין מכוח הליך איחוד משפחות מהווה הפרה של מחויבויותיה של מדינת ישראל בהתאם לאמנות בינלאומיות שמדינת ישראל היא צד להן ואף אשררה אותן: האמנה בדבר זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות (1966), אושררה על ידי מדינת ישראל

בשנת 1991 (להלן: "האמנה בדבר זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות"); האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966), אושררה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991 (להלן: "האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות"); האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית (1965), אושררה על ידי מדינת ישראל בשנת 1979 (להלן: "האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית"); האמנה בדבר זכויות הילד (1989), אושררה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991 (להלן: "האמנה בדבר זכויות הילד") (להלן: "חוות הדעת" או "חוות דעתה של פרופ' ארימונד").

- מצ"ב פניית העותרים מיום 19.3.2014 ומסומנת מ"ט
- מצ"ב חוות דעתה של פרופסור ארימונד ומסומנת נ'

50. עוד באותו יום נתקבלה במשרד ב"כ העותרים תשובתו של היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד אייל ינון, אשר הבהיר כי לאור הליך הארכת תוקף הוראת השעה בצו ממשלתי ובאישור הכנסת, בהתאם לסעיף 5 לחוק, על מנת לתקן את החוק, יש צורך בהליך חקיקה רגיל, בין אם ביוזמת הממשלה או חברי כנסת.

- מצ"ב מכתבו של היועץ המשפטי לכנסת מיום 19.3.2014 ומסומן נ"א

51. משכך, פנתה ב"כ העותרים לשר הפנים ולשרת המשפטים ביום 27.3.2014, בבקשה כי חוק האזרחות והכניסה לישראל יתוקן כך שתבוטל בו ההוראה בדבר הגבלת סמכותו של שר הפנים לתת לתושבי האזור השוהים בישראל כדין מתוקף הליך איחוד משפחות, מעמד העדיף על היתרי שהייה ובפרט אשרת תושב ארעי ותושב קבע.

- מצ"ב פניית ב"כ העותרים מיום 27.3.2014 ומסומנת נ"ב

52. ביום 13.4.2014 נתקבל במשרד ב"כ העותרים מכתבה של עו"ד מורן שניידר, יועצת שרת המשפטים, המודיע כי הפנייה הועברה לטיפולו של שר הפנים. ביום 12.5.2014 הודיעה מנהלת לשכת שר הפנים, גב' אורית כהן כי העניין הועבר לטיפולו של גב' נעמה פלאי, הממונה על כניסה לישראל. משכך, ביום 8.6.2014 פנתה ב"כ העותרים לגב' פלאי, בבקשה כי פנייתה תיענה בהקדם האפשרי.

- מצ"ב מכתבה של יועצת שרת המשפטים מיום 1.4.2014 ומסומן נ"ג
- מצ"ב מכתבה של גב' כהן מיום 7.5.2014 ומסומן נ"ד
- מצ"ב מכתב תזכורת מיום 11.6.2014 ומסומן נ"ה

53. משלא הגיע מענה לפניית העותרים בחלוף למעלה ממחצית השנה, מוגשת עתירה זו.

2.3 חוק האזרחות והכניסה לישראל - היסטוריה חקיקתית ופסיקתית

54. ביום 6.8.2003 פורסם בספר החוקים חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003. בכך, עוגנה בחקיקה מדיניות הממשלה בעניין איחוד משפחות לתושבי האזור, בהתאם להחלטת הממשלה 1813 ממאי 2002. חוק האזרחות והכניסה לישראל קבע, כי תאסר כניסתם של תושבי אזור לישראל, וכי לא יינתן להם רישיון ישיבה בהתאם לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: "חוק

הכניסה לישראל)". למעשה נקבע, כי לא תתקבלנה בקשות חדשות לאיחוד משפחות ביחס לתושבי האזור, לא תאושרנה בקשות שהיו תלויות ועומדות עובר להחלטת הממשלה, ומי שכבר החל בהליך יוכל לקבל אך היתר שהייה ממפקד האזור, ולא רישיון ישיבה לפי חוק הכניסה לישראל.

55. כך, מאז יולי 2002 (הוא המועד הקובע בהחלטת הממשלה), אין יכולים פלסטינים שנישאו לאזרחים ותושבים ישראלים להסדיר את מעמדם בישראל באופן קבוע, בניגוד לבני זוג זרים אחרים של אזרחים ותושבים ישראלים.

56. כנגד הוראת השעה הוגשו מספר עתירות. במאי 2006 ניתן פסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 2002 (2006)) (להלן: "**עניין חוק האזרחות הראשון**"). רוב שופטי ההרכב סברו כי החוק פוגע פגיעה שאינה מידתית בזכות לחיי משפחה ובזכות לשוויון. עם זאת, לאור עמדתו של כב' השופט א' א' לוי כי יש לאפשר למדינה להעמיד הסדר מתוקן בתוך תשעה חודשים, העתירות נדחו על פי דעת הרוב.

57. תיקונים שהוכנסו בהוראת השעה ברבות השנים, בין השאר בעקבות הפסיקה האמורה, הביאו לשינויים בכל הנוגע להרחבת מעגל הזכאים לקבלת היתר שהייה, אך לא הביאו לכל שינוי בפגיעות הקשות שבו בכל הקשור להעדר תנאים סוציאליים למחזיקי ההיתרים (ר' בג"ץ 466/07 **ח"כ זהבה גלאון מר"צ- יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 11.1.2012)) (להלן: "**עניין חוק האזרחות השני**"), פסקאות 5 ו-16 לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן, פסקה 26 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל, פסקה 2 לפסק דינה של כב' השופטת חיות).

58. עיקרי השינויים שהוכנסו בהוראת השעה (בתיקון מס' 1 מיום 1.8.05 ובתיקון מס' 2 מיום 28.3.07) עניינם בקביעה כי גברים מעל גיל 35 ונשים מעל גיל 25 יהיה המשיב רשאי לאשר בקשתם למתן היתר מכוח הליך איחוד משפחות, ובהקמת ועדת לבחינתם של מקרים הומניטריים מיוחדים (ס' 1א3 לחוק); בהרחבת ההגבלה הקבועה בסעיף 2 לחוק והחלתה גם על "מדינות סיכון" המנויות בתוספת לחוק; ובקביעה כי החריגים שמונה החוק ומאפשרים כניסה לישראל למרות האיסור הכללי לא יחולו במידה שייקבע כי תושב האזור עלול 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**".

59. כנגד החוק בנוסחו המתוקן הוגשו מספר עתירות, אשר במוקדן הטענה כי גם בנוסחו הנוכחי אינו חוקתי משום פגיעתו הקשה והבלתי מידתית בזכות לשוויון ולחיי משפחה של אזרחי ישראל הערבים. ביום 11.1.2012 ניתן פסק דינו של בית משפט זה בעניין **חוק האזרחות השני**. ברוב של 6 מתוך 11 שופטי ההרכב, דחה בית המשפט את העתירות שהוגשו. נקבע, כי אמנם קיימת זכות חוקתית לחיי משפחה, אך דעת הרוב סברה כי היקפה אינו משתרע עד כדי מימוש הזכות בישראל דווקא.

60. יודגש, כי העתירות בעניין **חוק האזרחות הראשון** ובעניין **חוק האזרחות השני**, ובעקבות כך גם פסקי הדין, התמקדו בשאלה האם, ובאיזו מידה, נתונה למדינה הסמכות להגביל את הכניסה לתחומה, והאם

ההגבלה הקבועה בהוראת השעה עומדת באמות המידה החוקתיות לביקורתו של חוק. פסק הדין בעניין **חוק האזרחות השני**, הגם שמתייחס לכניסתם לישראל של בני זוג תושבי האזור במסגרת החריגים שהוכנסו בחוק, אינו עוסק כלל במשמעות של שלילת רשיון הישיבה מהם, על כל המשתמע מכך. הנה כי כן, **הפגיעה המגולמת במניעת המעמד מבני הזוג הזרים תושבי האזור, הכוללת שלילת זכויות סוציאליות, מעולם לא עמדה למבחן בית משפט זה.**

61. מאז נחקק חוק האזרחות והכניסה לישראל כהוראת שעה, הוארך תוקפו פעמיים על ידי הכנסת, ושלוש עשרה פעמים נוספות בצו ממשלה שאושר במליאת הכנסת. **חמש עשרה הארכות בסך הכל**. ביום 19.3.14 אישרה הכנסת את צו האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (הארכת תוקף החוק), התשע"ד-2014, לפיו תעמוד הוראת השעה בתוקפה עד ליום 30.4.15.

62. הנה כי כן, הוראת השעה, שהיתה אמורה לפקוע בתוך שנה מיום פרסומה, מצויה בספר החוקים שלנו מזה **אחת עשרה שנים**. אין עוד חולק, ולא יכול להיות, כי ההסדר הזמני הפך, הלכה למעשה, להסדר קבע. (עניין **חוק האזרחות השני**, פסקה 24-26 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל, פסקה 8 לפסק דינה של כב' הנשיאה (כתארה אז) ביניש, עניין **דג'אני**, בפסקה 18 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).

63. הוראת השעה הביאה ליצירתה של קבוצה בת כמה אלפי אנשים, בני משפחתם של אזרחי ותושבי ישראל, אשר **במשך שנים** שוהים בישראל כדין מתוקף היתר שהייה שניתן להם להתאחד עם בני משפחתם, אך ללא רשיון ישיבה המעניק זכויות סוציאליות כגון זכאות לביטוח בריאות וביטוח לאומי, ואפשרות לקבל רשיון נהיגה ולהחזיק בעסק עצמאי (דו"ח הוועדה לבחינת הביטוח הסוציאלי לחסרי מעמד תושבי ישראל, העריך בפברואר 2011 כי ישנם 8,000 תושבי אזור לערך המחזיקים בהיתר לשהייה בישראל מכוח הליך איחוד משפחות). הוראת השעה אוסרת על שיפור מעמדם של אותם אנשים, כך שיוענק להם רישיון ישיבה ארעי (5/א), מעמד של תושב קבע או אזרחות.

64. קביעותו של ההסדר משתקפת בעניינם של העותרים ואחרים הנמצאים במצב דומה: אלה אינם עוברי אורח בישראל. ענייננו בבני משפחה של אזרחי ותושבי ישראל, המקיימים זיקה חזקה ומתמשכת לישראל, והינם בפועל תושבי המדינה. מטבע הדברים, זיקתם של בני הזוג הזרים לישראל הולכת ומעמיקה ככל שעובר הזמן, במקביל לניתוקם מחייהם באזור (ראו והשוו בג"ץ 1105/06 **קו לעובד נ' שר הרווחה ואח'** (פורסם בנבו, 22.6.2014) (להלן: "**עניין עובדות סיעוד ותיקות**"). מרכז חייהם של העותרים תושבי האזור במקורם, מצוי כיום באופן מובהק בישראל. כאן ביתם, כאן חיים לומדים ומתבגרים ילדיהם, לכאן זיקתם העיקרית, והם ממעטים לבקר בשטחי הרשות הפלסטינית.

2.3.1 הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל

65. סעיף 2 להוראת השעה קובע כי שר הפנים לא יעניק לתושב אזור או לתושב מדינה המנויה בתוספת אזרחות לפי חוק האזרחות, או רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, וכי המפקד הצבאי לא ייתן לתושב האזור היתר לשהייה בישראל. סעיפים 3-4 קובעים לכאורה את החריגים וההקלות להוראה זו, ומאפשרים לתושבי אזור שהינם בני משפחתם של אזרחים ותושבים ישראלים לקבל, לכל היותר,

מתן היתר לשהייה זמנית בישראל: בני זוג של ישראלים שהינם גברים מעל גיל 35 ונשים מעל גיל 25, וילדיהם של מי ששוהים בישראל כדין. לפי סעיף 1א3(1), רשאי שר הפנים לתת רישיון לישיבה בישראל לילדים עד גיל 14 של מי ששוהה בישראל כדין.

66. סעיף 4 קובע, שבן זוג פלסטיני שקיבל היתר שהייה או רישיון ישיבה ארעי לפני המועד הקובע, לא יוכל לשפר את מעמדו, כי אם רק להאריך את הרישיון שבידו מעת לעת. בנוסף, מי שהגיש בקשה לאיחוד משפחות לפני המועד הקובע, וביום תחילת החוק טרם ניתנה החלטה בעניינו, יוכל לקבל היתר לשהייה זמנית בישראל בלבד.

67. עוד קובעת הוראת השעה, בסעיף 1א3 לה, כי הענקת רישיון ישיבה ארעי מסוג א/5 מותר רק בהתקיים טעמים הומניטריים מיוחדים, בהמלצת וועדה שמונתה לעניין זה. סעיף 1א3(ה)(1) **קובע במפורש כי העובדה שלמבקש רישיון הישיבה בן זוג השוהה בישראל כדין, או שלבני הזוג ילדים משותפים, לא תהווה כשלעצמה טעם הומניטרי מיוחד למתן רישיון ישיבה, אולם קיומו של בן משפחה בקרבה ראשונית השוהה כדין בישראל הוא תנאי ראשוני להפעלת סמכות המשיב.** כך, הוראת השעה מגבילה את שיקול דעתו של המשיב בכל הנוגע להענקת רישיון ישיבה, כך שקיימים מצבים המקימים באופן מובהק טעמים הומניטריים להענקת רישיון ישיבה זמני בישראל, אך אינם נופלים בתוך סמכותו של המשיב. כך למשל עניינה של העותרת 52, השוהה בישראל מרבית חייה, ומחזיקה מזה 15 שנים ברישיון ישיבה ארעי, אך משנפטר בעלה, והיות שאין לה ילדים, הוראת השעה שוללת לכאורה את סמכות המשיב והוועדה המייעצת ליתן לה רישיון ישיבה בישראל.

68. מאז הוקמה הוועדה המקצועית המייעצת לשר הפנים, הוענקו פחות ממאה רישיונות ישיבה למבקשים תושבי האזור, כאשר חלקם הוענקו לתקופה זמנית בלבד.

- מצ"ב בקשת חופש מידע ותשובת רשות האוכלוסין ומסומנות נ"ו
- מצ"ב תשובת רשות האוכלוסין לבקשת חופש המידע של המוקד להגנת הפרט ומסומנת נ"ז

69. הוועדה המקצועית ממעטת לתת רישיונות ישיבה בישראל ומפעילה קריטריונים מחמירים ביותר כפי שעולה מהפסיקה בנושא. (ר' בג"ץ 1905/03 **ראגח עכל נ' מדינת ישראל – שר הפנים** (פורסם בנבו, 5.12.2010) (להלן: "**עניין עכל**"); בג"ץ 6883/06 **עביר נאסר נ' שר הפנים**, (פורסם בנבו, 8.3.2010)). גם הנתונים שהובאו מלמדים כי החריג ההומניטרי הקבוע בסעיף 1א3 חל על קבוצה מצומצמת ביותר של מבקשים, ואינו יכול לתת מענה לפגיעה הרחבה המגולמת בהוראת השעה (עניין **חוק האזרחות השני**, בפסקה 5 לפסק דינו של כב' הש' הנדל).

70. לסיכום המצב הקיים, הוראת השעה קובעת, כי בני זוג פלסטינים של ישראלים, **שקיבלו היתר שהייה בישראל** אינם יכולים לקבל רישיון ישיבה בישראל, מאחר ובהתאם לסעיפים 2 ו-3 להוראת השעה, סמכות שר הפנים ומפקד האזור הוגבלה למתן היתר שהייה בלבד. רק הוועדה ההומניטרית ושר הפנים הוסמכו לאשר במקרים חריגים אשרת א/5 מטעמים הומניטריים או מטעמים של הזדהות עם המדינה ותרומה לה (סעיפים 1א3 ו-3 להוראת השעה). כתוצאה מכך, **בני זוג זרים פלסטינים, כמו העותרים,**

שוהים בישראל משך שנים ארוכות (עשר שנים ואף יותר) מכוח היתרי שהייה בלבד. בנוסף מצויים במצב זה מי שהגיש בקשה בטרם המועד הקובע, אך לא קיבל מעמד לפני שנכנסה הוראת השעה לתוקפה, וכן ילדיהם של תושבי קבע ושל מי שמצויים בהליך כבני זוג של אזרחים ושל תושבים.

2.3.2 תכלית הוראת השעה היא ביטחונית

71. המחוקק, פרקליטות המדינה ואף בית המשפט זה הדגישו חזר והדגיש כי מטרה היחידה שעומדת בבסיס הוראת השעה היא שמירה על בטחון ישראל. באופן ספציפי, תכלית מתן היתרים לשהייה בישראל תחת מעמד ברישיונות ישיבה ארעיים, היא מניעת מתן תיעוד ישראלי, המאפשר תנועה חופשית בין שטחי הרשות לבין האזור. זאת בשל העובדה כי היתר מת"ק ניתן בצורת אישור נפרד, ואילו רשיון ישיבה מסוג א/5 צורתו היא כשל תעודת זהות ישראלית (ר' ה"ח הממשלה תשס"ג מס' 31, עמ' 482; תיקון מס' 1 ה"ח הממשלה תשס"ה מס' 173, עמ' 560; תיקון מס' 2 ה"ח הממשלה תשס"ז מס' 273 עמ' 182). למרות זאת, וכפי שיפורט בהרחבה בהמשך, הותרתו של אדם ללא מעמד, עם היתר שהייה בלבד, מקפלת בתוכה שורה של פגיעות בזכויות חוקתיות בסיסיות לשוויון ולקיום בכבוד, אשר אין בינן ובין שמירה על בטחון ישראל ולו דבר.

72. התכלית הביטחונית היוותה אף את נקודת המוצא לבחינת חוקתיות הוראת השעה בבית משפט זה. כאמור, פעמיים עמדה הוראת השעה לבחינה חוקתית בפני בית משפט זה, ופעמיים נדחו העתירות על חודו של קול. בעניין **חוק האזרחות השני** לא היתה כל מחלוקת כי התכלית העומדת בבסיס הוראת השעה הינה תכלית ביטחונית, וכך גם טענה המדינה. ראו למשל דבריה של כב' השופטת ארבל:

"נקודת המוצא לטעמי הינה, כפי שקבעו מרבית שופטי המותב בעניין חוק האזרחות הראשון, כי תכליתו של החוק היא תכלית ביטחונית. בליבתה החשש, שיש לו אחיזה בניסיון החיים, מפני מעורבותם בפעילות נגד בטחון מדינת ישראל של זרים המגיעים ממדינות או מאזורים שעוונותם לישראל ברורה וידועה, ומבקשים להשתקע בה במסגרת של איחוד משפחות עם בן זוג ישראלי. [...] זה עיקרו של החוק". (פסקה 6)

וראו גם בפסקה מ"ד לחוות דעתו של כב' השופט רובינשטיין; פסקה 31 לחוות דעתו של כב' השופט מלצר; פסקה 4 לחוות דעתה של כב' השופטת (כתארה אז) נאור; פסקה 5 לחוות דעתה של כב' הנשיאה ביניש. כן ראו בעניין **חוק האזרחות הראשון**, בעמודים 318, 339-336.

73. יוער, כי העותרים סבורים כפי שסברו רבים משופטי בית משפט זה כי הוראת השעה ככללה אינה חוקתית, אך עניין זה נדון והוכרע בדעת רוב. עתירה זו עניינה בסוגייה שונה, שטרם עמדה למבחן בית משפט זה: **האם התכלית הביטחונית הנטענת של הוראת השעה מצדיקה פגיעה עמוקה ומתמשכת בזכויותיהם החברתיות והכלכליות של בני משפחות שאחד מבני הזוג בהן הינו תושב אזור? נחמד: האם התכלית הביטחונית מצדיקה פגיעה עמוקה בזכויותיו של מי ששוהה בישראל משך שנים כדין, וממילא נתון לבחינה בטחונית עתית?** לשיטת העותרים, יש לענות על שאלה זו בשלילה.

74. ויודגש: גם מי שמוענק לו רשיון ישיבה זמני מסוג א/5 ממשיך להיות נתון לבחינה בטחונית עתית. משכך, לא ניתן שלא לתהות איזו תכלית משרתת ההוראה בדבר מניעת המעמד ממי שנמצא כאן משך

שנים ארוכות. וראו דבריה של כב' השופטת ד' ברק ארז בע"מ 4014/11 **כפאייא אבו עיד נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 1.1.2014) (להלן: "**עניין אבו עיד**"):

"המסקנה שהגעתי אליה מקבלת משנה תוקף לנוכח העובדה שהשדרוג המבוקש במעמדו של המערער הוא משהייה בישראל מכוח היתרי מת"ק לשהייה בישראל מכוח רישיון מסוג א/5. שדרוג המעמד בשלב הביניים הוא גמיש יותר שכן לא מדובר בשלב הקריטי של מעבר לתושבות קבע, אלא בשלב שבו מבקש המעמד מוסיף להיות נתון לבחינה ביטחונית". (פסקה 37 לפסק הדין).

כן ראה והשווה ע"מ 5569/05 **משרד הפנים נ' דלאל עויסאת ואח'** (פורסם בנבו, 10.8.2008), בפסקה 13 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש (להלן: "**עניין עויסאת**").

75. זאת ועוד. בשנה האחרונה, במסגרת הליכים בפני בית משפט זה, סבר בית המשפט הנכבד כי יש מקום לשקול ככלל הארכת תוקף היתרי המת"ק לשנתיים, על מנת להקל על הנוגעים בדבר ולחסוך מהם הליכים (ר' ע"מ 2370/11 **ראיד חטיב ואח' נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 8.5.2013), ע"מ 6482/12 **הנאא מטור ואח' נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 2.12.2013)). בע"מ 331/13 **פלוני נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 15.1.2014), משלא נתקבלה התייחסות המדינה להצעת בית המשפט, נקבע כי בכפוף למניעות ביטחונית או משטריות יוארך היתר המת"ק של המערער שם למשך שנתיים.

76. בהמשך לאמור, ביום 15.5.2014 הוגשה הודעה מעדכנת מטעם המשיב במסגרת ע"מ 6481/12 **רבאיעה ואח' נ' משרד הפנים**, לפיה החליט המשיב 1 כי מי שהגיש בקשה לאיחוד משפחות מכוח חוק הוראת השעה לפני יום 31.12.2006; אשר בקשתו אושרה; אשר מחזיק בהיתרי שהייה מתחדשים מאז שאושרה בקשתו; ואשר יוכיחו את עמידתו בתנאים הדרושים לשם בחינת בקשות מעין אלה, **יקבל היתרי שהייה מתחדשים למשך שנתיים בכל פעם**.

• מצ"ב הודעה מעדכנת מטעם המשיב בע"מ 6481/12 מיום 15.5.2014 ומסומן **נ"ח**

77. מן האמור אתה למד, כי כאשר עסקינן במי ששוהים בישראל משך שנים ארוכות בלא שהועלתה כנגדם כל טענה בדבר מניעות בטחונית, ניתן להקל גם על הפיקוח הביטחוני, ולא ניתן עוד להצדיק את הפגיעה האנושה בזכויותיהם באמצעות התכלית הביטחונית הנטענת של החוק. בכך מכיר גם המשיב. מכל מקום, ביטחון המדינה לא יפגע כהוא זה אם אותם אנשים החיים בישראל כדין לאורך שנים עם משפחתם בישראל יהיו זכאים לזכויות הסוציאליות שיאפשרו את קיומם בכבוד.

78. ואכן, בית משפט נכבד זה, במספר פסקי דין מהשנה האחרונה, **סבר כי לאור התארכות תוקפה של הוראת השעה אין כל הצדקה או תכלית להותרת קבוצת בני הזוג הזרים במצב זה לאורך שנים, כאשר היתר השהייה בו הם מחזיקים אינו מעניק להם כל זכות סוציאלית בסיסית פרט לזכות לשהות בישראל כדין**. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט פוגלמן בעניין **דג'אני הנזכר לעיל**, אשר עסק במערער השווה בישראל כדין משך שנים, בלא שהוענק לו רישיון ישיבה זמני:

"המערער שלפנינו שוהה בישראל כדין מזה שנים רבות, מכוח היתרי שהייה זמניים (היתרי מת"ק) המתחדשים מדי שנה, בכפוף לבדיקה ביטחונית. במצב דברים זה, נדמה

כי ההוראה בדבר הקפאת השדרוג של אלה הנכללים בגדר הוראות המעבר אינה מתחייבת עוד מהתכלית הביטחונית של חוק הוראת השעה – תכלית שעליה עמד בית משפט זה בבואו לבחון את חוקתיותו. ראשית, בעניינם של האחרונים לא זו בלבד שניתן לבצע בדיקה אינדיבידואלית, אלא שבדיקה זו אכן מתבצעת הלכה למעשה מדי שנה במועד חידוש ההיתר. שנית, מדובר באנשים הנתונים כבר למעלה מעשור לבחינתם של גורמי הביטחון, שכן ההיתרים מתחדשים רק בכפוף להיעדר קיומה של מניעת ביטחונית. שלישית, גם לאחר שדרוג מעמדו של אדם בישראל – משהייה מכוח היתר מת"ק לשהייה מכוח רישיון ישיבת ארעי מסוג א/5 (וזו הקטגוריה שאליה מכוונים דברינו) – מוסף הוא להיות נתון לבחינה ביטחונית, על רקע ההוראות הקבועות בנהלי המשיב במסגרת ההליך המדורג". (פסקאות 18-19 לפסק דינו).

79. ברוח דברים אלה, העירה גם כב' המשנה לנשיא נאור בעניין דג'אני כי יש צורך בעיונו של המחוקק בסוגיה, וכי יש לתת את הדעת למצב דברים זה:

"אני סבורה שראוי הוא – אם וכאשר יוארך החוק פעם נוספת – שתינתן הדעת למצבם של אלו שאינם זוכים לשדרוג למרות שהחלו בהליך המדורג לפני זמן כה רב. אפשר ולגביהם, אחרי שהות כה ארוכה בארץ, ניתן לבצע בדיקה פרטנית (ראו והשוו לעמדתי בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006), בפסקאות 19-23 לפסק דיני). אפשר והעובדה שהמערערים ושכמותם אינם זוכים לשדרוג למרות שהם נמצאים בארץ זמן כה רב היא העומדת ביסוד הגישה שמבטאת הלכת דופש וביסוד פסקי הדין הרבים שהגיש בא כוח העותרים ופסקי הדין שהזכרנו, חברי השופט פוגלמן ואנוכי. אולם הפתרון לנושא אי השדרוג צריך להיות להשקפת כללי ולא מותנה בשאלה, שלא ניתן עוד לבררה כראות, מדוע התעכב הטיפול בבקשה זו או אחרת לאיחוד משפחות לפני למעלה מעשור. דברים אלה ראויים לעיונו של המחוקק". (פסקה 6)

דברים ברוח דומה נכתבו גם בע"מ 9168/11 פלוני ואח' נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין (פורסם בנבו, 25.11.2013), בפסקה 23 לחוות דעתו של כב' השופט זילברטל; ע"מ 6480/12 סמר דתנוס (רג'בי) נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין (פורסם בנבו, 28.11.2013); עניין אבו עיד, בפסקה 38 לחוות דעתה של כב' השופטת ברק-ארז, ובפסקה 1 לחוות דעתו של כב' השופט עמית; ע"מ 4324/11 היאם מוחמד ואח' נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 4.5.14) בפסקה 16 לחוות דעתו של כב' השופט זילברטל; ע"מ 9167/11 תתהירה חסן ואח' נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין (פורסם בנבו, 8.5.14) בפסקה 29 לחוות דעתו של כב' השופט מלצר (להלן: "עניין תתהירה") ובע"מ 5447/12 בראדיעה נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 11.5.14), בפסקה 23 לחוות דעתה של כב' השופטת ברק-ארז (להלן: "עניין בראדיעה"). וראה גם בעניין חוק האזרחות השני, בפסקה מ"ד לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין.

80. ודוק. לא העובדה שמדובר במי שהגיש את בקשתו טרם החלטת הממשלה היא העומדת בבסיס הערות בית המשפט ביחס לצורך בשינוי חקיקתי. חלוף הזמן, העובדה שמדובר במי שנתון משך ארוכות לבחינת הרשויות השונות, והעובדה שהם תושבי ישראל בפועל אך מצויים במצב ביניים לאורך שנים ארוכות, לא כאן ולא שם, הם שהביאו את בית המשפט לסבור כי הגיע העת לשינוי חקיקה. את השילוב העגום בין שלושת אלה היטיבה לתאר אך לאחרונה כב' השופטת ברק-ארז בעניין בראדיעה:

"כפי שכבר צוין בעבר, מצב דברים זה – שבו אנשים נמצאים בישראל לאורך שנים ואף אין כל טענה ביטחונית כנגדם אך מעמדם "רופף" אינו רצוי וניתן לקוות כי יימצא לו פיתרון" (פסקה 23 לפסק דינה).

2.3.3 בין רישיון ישיבה להיתר שהייה

81. הלכה למעשה, ההבדל בין היתר שהייה לבין רישיון ישיבה בהתאם לחוק הכניסה לישראל, מתבטא בשלילת שורה ארוכה של זכויות חברתיות וכלכליות המוענקות למי שמחזיק ברישיון ישיבה, ונמנעות ממי שמחזיק בהיתר שהייה לרבות ביטוח לאומי, ביטוח בריאות ממלכתי, היתר להחזיק ברישיון נהיגה ועוד ועוד.

82. כאמור, מבחינה בטחונית, שהיא התכלית העומדת בבסיס הוראת השעה, אין הבדל בין אשרת א/5 לבין היתר מת"ק לבד מהשוני הצורני בין שני ההיתרים, שכן גם מי שמחזיק ברישיון ישיבה ארעי (א/5) ממשך להיות נתון לבחינה בטחונית. מכאן, כי ההבדל המשמעותי בין היתר המת"ק לרישיון ישיבה מסוג א/5 הוא סוציאלי – שכן ההיתר איננו מעניק זכויות סוציאליות בעוד שרישיון ישיבה א/5 מעניק זכויות אלו.

2.4 הפגיעות המגולמות בהקפאת מעמדם של בני המשפחה הפלסטינים

2.4.1 פגיעה באוטונומיה

83. מי שמחזיק בהיתר שהייה נותר תלוי באופן מוחלט בבן הזוג הישראלי, שכן במידה שהקשר הזוגי פוקע הוא יכול לאבד בן רגע את היתר השהייה שלו בישראל. זאת, הואיל ואינו יכול לקבל מעמד של תושב קבע, וכן נהלים שונים של רשות האוכלוסין וההגירה המאפשרים הסדרת מעמדו של בן הזוג הזר בישראל במקרים של פקיעת הקשר, חלים רק על מי שמחזיק לכל הפחות במעמד של תושב ארעי.

84. כזה לדוגמא הוא נוהל הטיפול בהפסקת הליך מדורג להסדרת מעמד לבני זוג של ישראלים כתוצאה מאלימות בן הזוג הישראלי (נוהל 5.2.0019), שמטרתו להגן על בנות זוג המצויות במערכות יחסים פוגעניות, ולאפשר להן לצאת ממעגל האלימות מבלי להסתכן באובדן מעמדן וגירושן מישראל, שיביא לניתוק מילדיהן הישראליים. אין כל נוהל מקביל המסדיר את מצבן של בעלות משפחה בישראל המחזיקות בהיתרי מת"ק בלבד, ורובן של אלו הינן פלסטיניות נפגעות הוראת השעה. הח"מ מייצגת בהליכים אחרים את פ', ילידת עזה, נשואה לאזרח ישראלי ואם לחמישה אזרחים, אשר שוהה בישראל מזה 16 שנים מכוח נישואיה. לפני כשנתיים ניתן לה רישיון ישיבה ארעי מטעמים הומניטריים בשל מצבה הרפואי. הקשר הזוגי בינה לבין בעלה ניתק בשל אלימות הבעל, אשר הורשע וריצה מספר חודשי מאסר בגין המעשים. עם שחרורו מהמאסר הודיע הבעל כי הוא מתכוון להתגרש מאשתו. הפקידה במחלקת אשרות ביטלה את המעמד בו החזיקה פ' על אתר, בניגוד גמור לאינטרס הציבורי העומד בבסיס נוהל 5.2.0019, עידוד נשים לצאת ממעגל האלימות. רק בעקבות התערבות הח"מ הושב לפ' רישיון הישיבה הארעי בו החזיקה, עד למועד החלטה סופית של הוועדה ההומניטרית בעניינה.

על ייחודם של מקרים של נשים מוכות מהגרות, ראו:

Violence against Immigrant Women: The Roles of Culture, Context, and Legal Immigrant Status on Intimate Partner Violence Anita Raj, Jay Silverman, *Violence against Women*, Vol. 8 No. 3 March 2002 367-398

וכן בע"פ 7844/09 ג'ראר חוסיין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.6.2010)

85. כך גם אין כל נוהל המסדיר את התנהלות רשות האוכלוסין וההגירה כשקשר הזוגיות פוקע מכל סיבה אחרת, לרבות מותו של בן הזוג. האפשרות היחידה העומדת לבן הזוג הפלסטיני היא פניה לוועדה המייעצת למתן מעמד מטעמים הומניטריים, אשר, כאמור לעיל, סמכותה מוגבלת למצבים בהם יש בן משפחה מזכה, וראו עניינה של העותרת 52.

86. חוסר היציבות הבסיסי בו מצויים בני המשפחה הפלסטינים נושא השפעות מרחיקות לכת על יכולתו של אדם להתפתח ולפתח את מסלול חייו, עצמיותו, זהותו ורוחו על פי רצונו ובחירתו. מי שנתון בחוסר וודאות לגבי עתידו, עסוק במלחמת הישרדות יומיומית, ואין לו את הפנאי והפניות הדרושים לפתח עצמו. מי שלא יודע מה ילד יום, וודאי שלא יומיים, אינו יכול לקבל החלטות בעלות השפעות קצרות וארוכות טווח לגביו חייו וחי משפחתו.

87. לחוסר הוודאות השפעה ממשית ויומיומית אף על מצבם הנפשי של בני המשפחה. לאחרונה העיר בית משפט נכבד זה כי פערים בין הורה לילדו בכל הקשור למעמד השפעה עשויים להביא למצב של חרדה. הדברים נאמרו בהקשר של הליכי איחוד משפחות וקטינים נלווים מכוח סעיף 8 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952, והם יפים גם לענייננו:

"... הקטין הנלווה מצטרף להורהו בתהליך ארוך ומשמעותי שבסופו ישתקפו השניים בארץ חדשה. תכלית החקיקה [סעיף 8 לחוק האזרחות, ס.ב.ג.] היא להבטיח כי הקטין "יוצמד" להליך רכישת המעמד של ההורה, וכי השניים ייהנו ממעמד סטטוטורי זהה שיבטיח כי לא יאלצו להיפרד כתוצאה משינוי במעמדו של מי מהם. אכן, סעיף 8 מבקש למנוע "הפרדה בין הורה המשמורן השווה כדין בישראל לילדו הקטין שבא עימו לישראל" (בג"ץ 3917/03 עטאאללה נ' מדינת ישראל – משרד הפנים (29.3.2007)). הסעיף מכיר בחשיבות הרבה הנודעת לתחושה של יציבות וקבע שהיא מנת חלקם של הורה וילד שהליכי השגת המעמד שלהם כרוכים אלה באלה. **כאשר שהותו של כל אחד מהם נסמכת על מסד נורמטיבי אחר ותלויה בגורמים נפרדים, מאופיינים חיי המשפחה בחוסר ודאות ובחרדה מפני הבאות, שאינם מתיישבים עם הרציונל שבבסיס ההסדר**". (עניין קוזמינה, בפסקה 14 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן)

88. כן ראו בדו"ח ארגון אשה לאשה, "נשים פלסטיניות נפגעות חוק האזרחות" מאפריל 2013 (מאת עו"ד שירין ביטשון), המתאר את מצבן הנפשי של נשים אשר רואינן לצורך הדו"ח:

"נשים רבות דיווחו על חששות וחרדות הנובעות מהעדר מעמד בישראל. רוב הנשים דיווחו על חששן שמא יופרדו מילדיהן. חלק מהנשים דיווחו על חשש שמא המדינה לא תאפשר כניסתן שוב לישראל (לאחר ביקור אצל משפחת המוצא)... מתוך עדותה של אחת הנשים: 'אני מרגישה תחושת זרות קשה פה. אני מרגישה שעמום גדול במיוחד כאשר מתעוררים וויכוחים ביני לבין בן זוגי. אני נועלת את הבית

ויוצאת אולם לאחר זמן קצר אני שבה לבית. אני אומרת לעצמי: **לאן אלך? אין לי פה אף אחד, אין לי תעודת זהות, אין לי מעמד.** ואז אני חושבת: אולי אחזור למקום מוצאי ואחיה שם עם הילדים שלי. ...!

חלק גדול מהנשים העיד על תחושות של בדידות, של שונות וגם על העדר חיים חברתיים אפילו עם הסביבה הקרובה. חלק מהנשים העידו על קשרים חברתיים מוגבלים הנובעים מהעובדה כי הן אינן עובדות ואינן מרבנות לצאת מחוץ לבית. אחת הנשים העידה על תחושה כי אינה יכולה 'לבטוח' באנשים. היא חיה בתחושה כי היא צריכה להישמר מפני זרים בגלל העדר המעמד".

- מצ"ב דו"ח ארגון אשה לאשה, "נשים פלסטיניות נפגעות חוק האזרחות" ומסומן נ"ט

89. הפגיעה בזכות החוקתית לאוטונומיה מתבטאת גם בכך שמי שמחזיק בהיתר שהייה לא יכול לעסוק במקצוע הדורש הסמכה, כיוון שבמקצועות אלו נדרשת תושבות ישראלית (לעתים אף תושבות קבע) כגון עריכת דין, רוקחות, רפואה וכיו"ב, לעסוק במקצוע הדורש נהיגה או להיות בעל עסק עצמאי. המניעה מלעסוק במקצועות מסויימים, המגבלות הכלכליות הנובעות מהיעדר זכויות סוציאליות, חוסר היכולת של העותרים לתכנן את חייהם לטווח הארוך, מביאים בפועל גם לכך שבני המשפחות הפלסטינים אינם פונים ללימודי מקצוע ולימודים גבוהים. מי שאינו יכול לתכנן את חייו מעבר לשנה או שנתיים ועסוק בהישרדות כלכלית בלבד, חסר את הפניות הנפשית הנדרשת לפתח את עצמו ואת יכולותיו באמצעות לימודי מקצוע או לימודים גבוהים באוניברסיטה, וממילא אין לו היכולות הכלכליות לממן את ההוצאות הגבוהות הכרוכות בעניין.

90. כל אלה, ודאי בהצטברותם, אינם עולים בקנה אחד עם "התפישה כי האדם – כל אדם – הוא יצור אוטונומי וחופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו, והכותב את סיפור חייו על פי בחירתו" (בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, (פורסם בנבו, 30.3.2006) (להלן: "עניין הסדר הכבילה").

2.4.2 מניעת זכויות סוציאליות

91. מרבית החקיקה הסוציאלית בישראל הוגבלה ל"תושב" כהגדרתו בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995 (להלן: "חוק הביטוח הלאומי"). מי שמחזיק בהיתר שהייה בלבד אינו זכאי לחלק ניכר מאגד הזכויות המכונה "זכויות סוציאליות", בין אם מכוח חוק הביטוח הלאומי, או מכוח חוקים אחרים המפנים אליו. הפסיקה קבעה כי המבחן לעניין הגדרת "תושב" הוא מבחן עובדתי, הבוחן אם קיימת לאדם זיקה יציבה לישראל, שאין בה מן הזמניות או מהארעיות (דב"ע (ארצי) נ"ד 0-233 / המוסד לביטוח לאומי נ. חשימה עבד רדואן פד"ע כ"ח 103, 112-113 (1995); דב"ע (ארצי) מה/04-73 סנוקה – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע יז 79, 83-84 (1985)), מתוך הנחה כי "מטרת המחוקק בתחום זה הינה ליתן ביטוי למחויבות החברה להבטיח תנאי מחיה בסיסיים למי שהחברה רואה עצמה מחויבת לקיומו" (עניין עובדות סיעוד ותיקות, בפסקה 50, וההפניות שם).

92. בסוף שנת 2002 תוקן חוק הביטוח הלאומי, כך שהוסף בו סעיף 2א, שכותרתו "מי שאינו תושב לענין החוק", וזו לשונו:

(ב) לענין חוק זה לא יראו כתושב ישראל, בין השאר, כל אחד מאלה:

(2) מי שבידו היתר כאמור בצו הכניסה לישראל (פטור תושבי יהודה ושומרון, רצועת עזה וצפון סיני, מרכז סיני, מרחב שלמה ורמת הגולן), התשכ"ח 1968;

93. משמעות סעיף 2א, שכל מי שמחזיק בהיתר כניסה לישראל ושהייה בה, לא ייחשב תושב לענין חוק הביטוח הלאומי וכל חוק אחר המסתמך על הגדרת ה"תושב" בו, לרבות חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994 (להלן: "חוק ביטוח בריאות ממלכתי"), וחוק הבטחת הכנסה, תשמ"א-1980. זאת, בהתעלם מנתונים עובדתיים הכוללים את משך השהות בישראל או כל זיקה אחרת שיש למחזיקים בהיתרי שהייה כלפיה, לרבות מקום מגורי משפחתו, חיי הקהילה של הטוען לתושבות וכיו"ב (ראו והשוו בענין עובדות סיעוד ותיקות, בפסקה 15 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל).

94. כלומר, לא הוראת חוק אחת קובעת שבני משפחה פלסטינים של אזרחים ישראלים אינם זכאים לזכויות סוציאליות, אלא שילוב של שתי הוראות חוק יחד. מחד, הוראת השעה, אשר תכליתה היחידה מתימרת להיות ביטחונית, קובעת כי לא יינתן רישיון ישיבה לתושב האזור במסגרת הליך איחוד משפחות אלא היתר שהייה בלבד, ובד בבד קובע חוק הביטוח הלאומי כי מי שמחזיק בהיתר שהייה בישראל, לא ייחשב תושב לענין חוק זה.

95. חוקתיות הגדרת התושב שבסעיף 2א לחוק הביטוח הלאומי עמדה לבחינת בית משפט זה בבג"ץ 494/03 רופאים לזכויות אדם ואח' נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322 (2004) (להלן: "ענין רופאים לזכויות אדם"). בית המשפט הנכבד, מפי כב' הנשיא ברק, דחה את העתירה, תוך שהוא מתייחס לאפשרות לקבוע חריגים לתנאי הזכאות מכוח חוק הביטוח הלאומי, הקבועה בסעיף 378(ב)(1) לחוק, וציין כי "אין מניעה כי בדרך זו תוכר זכאותם של מי שמקיימים זיקה חזקה לארץ, על אף שאינם נתפסים בהגדרת התושבות לפי סעיף 2א".

96. בני משפחה פלסטינים של אזרחי ותושבי ישראל, אינם זכאים למרבית הזכויות לפי חוק הביטוח הלאומי: כך למשל זכויות כגון דמי תאונה (סעיף 150 לחוק); קצבת נכות (סעיף 195 לחוק); ביטוח זקנה וביטוח שאירים (סעיף 238), דמי אבטלה (סעיף 158) וביטוח סיעוד (223) – כל אלה הן תלויות תושבות.

97. אמנם, חלק מענפי הביטוח הלאומי אינם מותנים בתושבות (ביטוח תאונות עבודה, ביטוח כנגד פשיטת רגל וביטוח אמהות (באופן חלקי)). אלא שהזכויות לפי סעיפים אלה מוענקות למי שאינו תושב רק בהתקיים זיקה מקנה – כלומר, זיקת יחסי עבודה. חיוני לציין בהקשר זה שבהינתן הקשיים בהם נתקלים תושבי האזור ומעסיקיהם הפוטנציאליים בהעסקתם כדין, לרבות קליטתם במערכת השכר (ענין שיפורט בהמשך), והשיעור המועט של נשים המשתתפות בשוק העבודה, בפועל במרבית המקרים לא מתקיימת אותה זיקה מקנה, ורוב בני המשפחה, ובעיקר נשים, אינם זוכים לזכויות הסוציאליות המשתלמות מכוח חוק הביטוח הלאומי. במקרים אחרים עובדים בני הזוג הפלסטינים מבלי שמשלמים בגינם דמי ביטוח לאומי, וגם אז אין מתקיימת אותה זיקה מקנה. במובן זה, לא ניתן לבחון כל פגיעה

וגריעה מזכות זו או אחרת כעומדת בפני עצמה. הדברים מצטרפים זה לזה, ויוצרים מציאות מורכבת שלא ניתן להפריד בין חלקיה.

98. מי שמחזיק בהיתרי שהייה אינו זכאי אף לגמלה מכוח חוק הבטחת הכנסה, אלא אם הוא מתגורר עם בן זוגו שהינו תושב ישראל. כך למשל, הורה יחידינית, אלמנה או גרושה, אשר נמצאת בישראל כהורה של תושב או אזרח ישראל, לא תהיה זכאית לקצבת הבטחת הכנסה. יוער, כי במצב בו התא המשפחתי זכאי להבטחת הכנסה מתוקף היות אחד מבני הזוג תושב ישראל, משתלמת גמלה מופחתת בשיעור 7.5% מהגמלה המשתלמת לתא משפחתי בו שני ההורים הם תושבי ישראל (בהתאם לתקנות 7(5) ו-8(ג) לתקנות הבטחת הכנסה, תשמ"ב-1982 וסעיף 6(ד) לחוק הבטחת הכנסה). לאור תיקון 18 לחוק הבטחת הכנסה, אשר בין השאר השווה בין גובה הגמלה המשתלמת לתא משפחתי עם שני הורים לגובה הגמלה המשתלמת לתא משפחתי עם הורה יחידיני, נוצר מצב אבסורדי, בו הגמלה המשתלמת לתא משפחתי עם שני הורים, שאחד מהם אינו תושב ישראל, נמוכה מזו של יחיד באותו הרכב משפחתי (ראו עבל (ארצי) 6574-05-10 ג'יהאד אבו חרוב נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 18.8.2013)).

99. בעקבות הערות בית משפט זה רופאים לזכויות אדם, הוגשו לבית משפט זה מספר עתירות שעניינן חיוב שרי הרווחה והבריאות לעשות שימוש בסמכותם לפי סעיף 378 לחוק הביטוח הלאומי וסעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. בין השאר הוגש בג"ץ 2649/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הרווחה ואח', התלוי ועומד בעת כתיבת שורות אלה.

100. בעקבות הליכים אלה, הוקמה על ידי שרי הבריאות והרווחה ועדה בינמשרדית, שתפקידה להמליץ האם וכיצד יש לעשות שימוש בסמכויות הרשות לפי סעיף 378 לחוק הביטוח הלאומי לקבוע זכויות וחובות לפי חוק זה למי שאינו תושב ישראל, ולפי סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי (להלן: "ועדת חורב").

101. ביום 29.5.2011 הגישה ועדת חורב את המלצותיה בכל הנוגע לבני זוג וילדים של ישראלים המצויים בהליך הסדרה במסגרת איחוד משפחות לפי חוק האזרחות והכניסה לישראל. הוועדה סברה ברוב דעות כי המענה הניתן כיום בתחום הביטחון הסוציאלי הינו מספק, ואין מקום להוסיף תחומי כיסוי נוספים. המלצה זו ניתנה בהתחשב במכלול המלצות הוועדה, לפיהן יש להתקין תקנות מכוח סעיף 56 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי (כפי שיפורט בהמשך).

102. לעמדת רוב חברי הוועדה היו גם מסתייגים, אשר בעקבות דיונים שהתקיימו בנושא אצל היועץ המשפטי לממשלה, ועל דעתו, סברו כי היה מקום לקבוע כי על פני ציר הזמן תינתנה בהדרגה זכויות (וחובות) נוספות לתושבי האזור, בני המשפחה של ישראלים. ובלשון דעת המיעוט מבין חברי הוועדה:

"בני המשפחה שעליהם חלה הוראת השעה שוהים בארץ כדין [...], הם בני המשפחה הקרובים ביותר של אזרחים ותושבים ישראלים, שקשרו את גורלם לארץ כחלק מתא משפחתי ישראלי והוכיחו זיקה חזקה יציבה ונמשכת לישראל. הם אינם זרים שזיקתם לארץ חלשה ומוגבלת [...]. לכן נכון לדעתנו, שגם בני משפחה אלה יהיו זכאים, על פני ציר הזמן, לקיום הראוי שמבטיחה מדינת ישראל לאזרחיה ותושביה. ... אנו

סבורים, שאין זה ראוי שבני המשפחה שעליהם חלה הוראת השעה, וכתוצאה מכך אף **התא המשפחתי כולו**, יהיו מקוצצי זכויות סוציאליות. מצב דברים זה עלול להביא לכך, שבהגיע רגע משבר, שבו משפחות ישראליות הכוללות בן משפחה בעל היתר מת"ק יזדקקו לרשת המגן שהחברה נותנת, יהיו בידיהן פחות משאבים להתמודד עם הקושי הכלכלי מאשר בידי משפחות ישראליות אחרות".

2.4.3 מניעת שירותי בריאות

103. מי שמחזיק בהיתר מת"ק אינו זכאי אף לביטוח בריאות ממלכתי, אלא בהתאם להסדר חדש שנקבע לאחרונה על פי המלצות ועדת חורב, שהינו לעמדתנו הסדר מפלה וחלקי. הסדר זה נקבע בתקנות ביטוח בריאות ממלכתי (רישום בקופת חולים, זכויות וחובות של מקבלי היתר שהייה לפי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003). התשע"ד-2014) (להלן: "תקנות רישום בקופת חולים למקבלי היתר שהייה").

104. סעיף 3(א) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע כי "כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה", בעוד שסעיף 2 לחוק קובע כי "תושב" הינו "מי שהוא תושב לענין חוק הביטוח הלאומי, לרבות תושב ישראל באזור כהגדרתו בסעיף 378 לחוק האמור". כלומר, בדומה למבנה הנורמטיבי בכל הנוגע לזכויות המשתלמות מכוח חוק הביטוח הלאומי, ענייננו בשילוב של מספר הוראות חוק, שתוצאתן שלילת הזכויות מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, ממי שמחזיקים בהיתרי שהייה.

105. במשך שנים, וגם בעת כתיבת שורות אלה, בני המשפחה הפלסטינים אינם זכאים לקבל בישראל טיפול רפואי, אלא טיפול חירום בלבד בהתאם לסעיפים 2 ו-3(ב) לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 (להלן: "חוק זכויות החולה"), ב"נסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה מיידית לחייו או קיימת סכנה מיידית כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי הפיכה, אם לא יינתן לו טיפול רפואי". משמעות הדבר היא, שאדם זכאי לקבל טיפול רפואי רק כאשר מצבו מתדרדר עד כדי הגיעו ל"מצב חירום רפואי". עם זאת, לפי סעיף 29(2) לחוק זכויות החולה, אין באמור כדי לפטור מטופל מחובת תשלום עבור קבלת שירותים רפואיים, גם אם היה מדובר במצב חירום. אלפי אנשים החיים בישראל כדן, בני משפחה של אזרחים, אשר נמנעת מהם גישה לרופא משפחה, לגניקולוג, לתרופות בסיסיות או למעקב הריון. מובן כי מניעת טיפול רפואי בסיסי, עשויה להביא למצב של סיכון חיים או פגיעה אחרת שעשויים להיות בלתי הפיכים (עניין עובדות סיעוד ותיקות, בפסקה 62).

106. כאמור, במסגרת הליכים בבית משפט זה הוקמה ועדת חורב, עליה הוטל להמליץ לשרי הבריאות והרווחה האם וכיצד להחיל את הזכויות והחובות מכוח חוק הביטוח הלאומי וחוק ביטוח בריאות ממלכתי על מי שאינם באים בהגדרת התושב שבחוק הביטוח הלאומי. לעניין חוק ביטוח בריאות ממלכתי, מדובר בסמכות לפי סעיף 56 לחוק, שכותרתו הסדרים מיוחדים, ולענייננו רלוונטי סעיף 56(א)(1)(ד):

(א) שר הבריאות רשאי לקבוע הסדרים מיוחדים -

(1) בדבר רישום בקופת החולים ודרך מתן שירותי הבריאות

...

(ד) למי שנמצא בישראל ואינו מבוטח לפי חוק זה בהיקף ובתנאים שיקבע

107. המלצות הוועדה לעניין בני המשפחה הפלסטינים ניתנו ביום 29.5.11. הוועדה המליצה להחיל את הוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי על בני המשפחה המחזיקים בהיתרים מכוח סעיפים 3 ו-3(א)(2) להוראת השעה, בתנאים נחותים מאלה הניתנים לבני משפחה של אזרחים ותושבים שאינם פלסטינים, ולכן הוראת השעה אינה חלה עליהם. אלו נהנים, לאחר תקופת אכשרה, מזכויות בריאות בדומה לאזרחים ותושבים, ובאותם תנאים כמותם.

108. ביום 6.2.2014, כמעט שלוש שנים לאחר הגשת המלצות הוועדה, פורסמו ברשומות **תקנות רישום בקופת חולים למקבלי היתר שהייה**. התקנות מחילות הסדר שיאפשר למקבלי ההיתרים להירשם בקופות החולים. אלא שמדובר בהסדר חלקי ומפלה, אשר ממשיך את הפגיעה הקשה בזכויותיהם של בני המשפחה לבריאות ולקיום מינימלי בכבוד. תחת הקניית מלוא הזכויות על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, בדומה לבני משפחות שאינם פלסטינים, התקנות מקפלות בתוכן שורה של הוראות מפלות ופסולות, אשר לכל הפחות מטילות מעמסה כלכלית כבדה וחסרת הצדקה על בני המשפחה כולה, ואף עלולות לסכל את האפשרות לממש את הזכאות לשירותי הבריאות מכוח החוק. הזכות אולי קיימת אך התנאים לא מאפשרים את מימושה. להלן נביא בקצרה את עיקר הפערים בין ההסדר שנקבע בתקנות לעניין מי שהוראת השעה חלה עליו לבין ההסדר החל על בני משפחה אחרים:

א. **ההסדר חל רק על מקבלי היתרים שהם בני זוג או ילדים קטינים של אזרחים ותושבים:** בהתאם לתקנות 1 ו-2, הזכאות לשירותי בריאות תלויה בבן משפחה "מזכה" שהוא בן זוג או הורה של מקבל ההיתר. משמעות הדבר כי מי שמקבל היתר מטעמים הומניטריים, בהתאם לסעיף 1א3 להוראת השעה, לא זכאי לשירותי בריאות בהתאם לתקנות. בין אלה ניתן למצוא בני ובנות זוג לשעבר של אזרחים ותושבים, גרושים וגרושות, אלמנים ואלמנות שהם פעמים רבות הורים לאזרחים ישראליים, הממשיכים לקבל היתרי שהייה מכוח סעיף 1א3 להוראת השעה, אך אינם זכאים לשירותי בריאות לפי התקנות. יוער, כי בהתאם להודעת המדינה בבג"ץ 2649/09 מיום 12.6.2014 יש כוונה להרחיב את היקף הזכאות מכוח התקנות, אך אין לדעת האם ומתי תמומש.

ב. **סכום התשלום:** על בני משפחה פלסטינים מוטל תשלום קבוע בסך 285 ₪, ללא קשר לשיעור הכנסתם (תקנת משנה 4(א)). בניגוד לבני משפחה שאינם פלסטינים, המשלמים, בדומה לאזרחים ותושבים, אחוז משכרם כדמי ביטוח בריאות. בהתאם לסעיף 14 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי ותקנות ביטוח בריאות ממלכתי (שיעורים מופחתים של דמי ביטוח בריאות), התשנ"ה-1995, מי שמשתכר עד 60% מהשכר הממוצע במשק ישלם 3.1% משכרו כדמי ביטוח בריאות, ומי שמשתכר מעל 60% מהשכר הממוצע במשק, יעביר 5% משכרו. לשם השוואה, בן זוג של ישראלי שהוראת השעה אינה חלה עליו, ומשתכר, לדוגמה, 5,000 ₪ בחודש, ישלם 155 ₪; מי שמשתכר 6,000 ₪ בחודש ישלם 300. מי שאין לו הכנסות ישלם 103 ₪ בלבד, ואילו בן משפחה פלסטיני ישלם 285 ₪ ללא קשר לרמת הכנסתו.

ג. **היעדר פטור מתשלום:** דמי הביטוח עבור בני משפחה שהוראת השעה חלה עליהם קבועים, ומי שמחזיק בהיתר לא יוכל לזכות בפטור בדומה לבני משפחה אחרים, כגון קטינים, עקרות בית או תלמידים. בני משפחה פלסטינים אף לא זכאים לתשלום דמי ביטוח בריאות מופחתים, בדומה למקבלי קצבאות מהביטוח הלאומי.

ד. **תשלום מיום קבלת ההיתר:** בהתאם לתקנה 2(ב), מי שמחזיק בהיתר מת"ק יוכל להירשם בקופת החולים בחלוף 6 חודשים מיום קבלת ההיתר, כשמדובר בבן משפחה של אזרח, ואם בן המשפחה המזכה הוא תושב, בחלוף 27 חודשים. במועד הרישום בקופת החולים, וכתנאי לכך, יהיה על בני המשפחה לשלם תשלום מלא עבור כל חודש מאז קבלת ההיתר, ועד למועד הרישום, למרות שלא ניתנו כל שירותי בריאות בתקופה האמורה (ראה תקנה 4(ה)). כלומר, בן משפחה של אזרח ישלם 1,710 ₪, בעוד שבן משפחה של תושב יהיה חייב בתשלום 7,695 ₪ על מנת להיות זכאי להירשם לקופת חולים. סכומים אלה נוספים כמובן על התשלום החודשי, בסך 285 ₪. עבור מרבית המשפחות בהן עוסקת עתירה זו, מדובר בסכומי עתק. גם בנוגע לסכום דמי הביטוח והתנאת הזכאות בתשלום עבור התקופה שמאז קבלת ההיתר, סברו שניים מחברי הועדה, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, כי היה מקום לקבוע הסדר שונה. גביה רטרואקטיבית עבור תקופת המתנה כפויה בה לא ניתנו כלל שירותי בריאות, פוגעת גם בזכות הקניין ומנוגדת לאיסור על גביית מס רטרואקטיבית.

ה. **הטלת סנקציות בגין אי רישום במועד:** כאמור, תקנת משנה 2(ב) קובעת כי בעל היתר יוכל להירשם לא יאוחר מ-60 יום מתום 6 או 27 חודשים מיום קבלת ההיתר (בן משפחה של אזרח או תושב קבע, בהתאמה). תקנת משנה 3(ב)(1) קובעת כי תקופה של עד 30 ימי פיגור ברישום, תביא להארכת תקופת ההמתנה לקבלת השירותים ב-60 יום נוספים, בגינם לא יהיה זכאי בעל ההיתר להחזר עבור הוצאותיו.

ו. **הקפאת הזכאות בגין אי תשלום או בגין פקיעת ההיתר:** בניגוד לבני משפחה שאינם פלסטינים, הזכאים לקבלת שירותי בריאות גם במקרה של אי תשלום או פיגור בתשלום דמי ביטוח הבריאות (סעיף 21(ב) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי), בני משפחה המחזיקים בהיתר מת"ק יאבדו את זכאותם לשירותים בגין אי תשלום או פיגור בתשלום. גם פקיעת ההיתר, מכל סיבה שהיא, תביא להקפאת הזכאות לשירותים (תקנה 2(ד)).

109. מהצטברות הדברים עולה, כי ההסדר הקבוע בתקנות אמנם מתיר לבעלי היתרים להירשם לקופת החולים ולקבל שירותי בריאות, אך מכלול המגבלות והתנאים הקבועים בו נחותים באופן משמעותי מהתנאים הרגילים בהם חל ביטוח בריאות ממלכתי, כוללים פגיעה קשה בזכויות יסוד ומחויבים מעמסה כלכלית כבדה ויביאו לכך כי רק מיעוט המשפחות יוכלו לממש את זכאותם הלכה למעשה. נזכיר, כי מרבית המשפחות נשואות עתירה זו נמנות על המיעוט הערבי, המוחלש מבחינה סוציו-אקונומית גם כך: על פי נתוני המוסד לביטוח לאומי, עמד שיעור העוני של משפחות ערביות בשנת 2012 על 54.3%.

האוכלוסייה הערבית מהווה כ-37% מסך המשפחות העניות, על אף שחלקה באוכלוסייה עומד על כ-13% (דו"ח מימדי העוני והפערים החברתיים, 2012, זמין בקישור: http://www.btl.gov.il/Publications/oni_report/Documents/DohOni2012.pdf). התניית הזכאות לשירותי בריאות בתשלום סכומים כה גבוהים (כסכום התחלתי ומדי חודש בחודשו), ללא אפשרות לפטור או הקלה בתשלום, משמעותה סיכול יכולתן של רוב המשפחות לממש את הזכאות.

2.4.4 הגבלת אפשרויות התעסוקה

110. עד לאחרונה יכלו בני המשפחה הפלסטינים לעבוד אך ורק כתושבי אזור, דהיינו להיות מועסקים רק על ידי מעסיק המחזיק בהיתר ממשד הכלכלה להעסקת תושבי אזור. בתשובה לעתירה שהוגשה בעניין זה (בג"ץ 6615/11 נביל עבד אל רחמן נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 2.5.2013) (להלן: "עניין עבד אל רחמן")) הודיעה המדינה כי היתר מת"ק שניתן במסגרת הליך איחוד משפחות יכלול אישור מפורש לפיו מחזיק ההיתר רשאי לעבוד בישראל, והערה כזו החלה להירשם על ההיתרים. עם זאת, היות ולמחזיקי היתר מת"ק אין מספר זהות ישראלי (בשונה מבעלי אשרת א/5), מעסיקהם לא יכולים לרשום אותם במערכת השכר אלא כתושבי אזור, מתקשים בתשלום דמי ביטוח לאומי עבורם, וקיים חוסר בהירות כללי לגבי אפשרויות התעסוקה שלהם, מה שמהווה תמריץ-שלילי להעסקתם.

111. המחזיקים בהיתר מת"ק מוגדרים כ"עובדים תושבי חוץ" (להבדיל מ"עובדים זרים") ועניינם מוסדר ב"חוזר מנהל אגף פלשתינאים מספר 01/14". מבדיקה שערכו ב"כ העותרים עולה כי החוזר לא מצוי באתר הביטוח הלאומי, ורק בדיקה במנועי חיפוש (גוגל ודומיו) לפי **שם הנוהל עצמו** העלה קישור אליו באתר משרד הפנים. במלים אחרות – החוזר אינו נגיש למעסיקים פוטנציאלים ולא פותר את ההסתייגות מהעסקת העותרים ואחרים במצבם.

• מצ"ב חוזר מנהל אגף פלשתינאים מספר 01/14 ומסומן ס'

112. זאת ועוד – אף שמערכות השכר הפרטיות פועלות בכפוף להנחיות רשויות המדינה כדוגמת רשות המסים ומשרד האוצר, למיטב ידיעת העותרים אין נוהל שמסדיר באופן מקיף העסקת תושבי חוץ על כלל הגורמים הנוגעים לעניין. כך לדוגמה קובע סעיף 3 בחוזר 01/14: "על המעסיק ... ולהעביר תנאי העסקה נלווים או מיסים וכו'". ובסעיף 6: "ובכלל זה חובות לפי צווי הרחבה והוראות הסכמים קיבוציים רלוונטיים". על החוזר מופיע הלוגו של אגף שירות למעסיקים ולעובדים זרים ברשות האוכלוסין וההגירה בלבד.

113. החשש מפני תמריץ שלילי שימנע ממחזיקי היתר מת"ק לעבוד אינו חשש בעלמא – בית המשפט הנכבד דן בימים אלה בעתירה אודות משפחה במצב כשל העותרים כאן (בג"ץ 3840/13 **עלא המארשה ואח' נ' משרד הפנים**). בדיונים בעתירה צוין בפני בית המשפט כי מעסיקים פוטנציאלים שביקשו להעסיק את העותר המארשה נתקלו בקושי בהזנת נתוניו האישיים במערכת השכר והתשלומים לביטוח הלאומי, וחוששים להעסיקו תחת היתר לא מוכר, בשל החובות המושטות מכוח עבודתו כ"תושב חוץ" ומתוך חוסר הבנה של השוני בין עובד זר לעובד תושב חוץ. עניין זה לא נענה ולא זכה לפתרון עד למועד

כתיבת הדברים הללו ומר חמארשה טרם מצא מי שיסכים להעסיקו (בית המשפט הנכבד מופנה לאמור בהודעה מיום 3.7.14 ולמכתבי מעסיקים פוטנציאליים שצורפו להודעות העותר שם) על אף שהוא בעל מקצוע וכשיר לעבודה כנהג משאית וכטבח, ואף שהוא נכון לכל עבודה כדי לפרנס את משפחתו בכבוד. דוגמאות נוספות מצויות בקדם בג"ץ שהגיש המוקד להגנת הפרט ביום 19.5.14 בעניין הצורך בנוהל מקיף ואחיד של כלל הרשויות, וכך גם העותרים כאן מתקשים מאותן סיבות ממש במציאת עבודה, כמו למשל העותר 25, העותר 31, העותר 44 והעותר 50.

- מצ"ב תגובה מטעם העותר בבג"ץ 3840/13 מיום 3.7.2014 ומסומנת ס"א
- מצ"ב תכתובת ב"כ העותר בבג"ץ 3840/13 ומעסיק פוטנציאלי מחודשים ינואר 2013 ומאי 2013 ומסומנת ס"ב
- מצ"ב קדם בג"ץ מטעם המוקד להגנת הפרט מיום 19.5.2014 ומסומן ס"ג

114. חוסר בהירות זה מצטרף גם לרתיעתם של מעסיקים רבים מהעסקת אדם שמעמדו בישראל אינו ברור, או שאינו מחזיק בתעודת זהות. חלק מהעותרים נתקלו במעסיקים אשר למרות שהיתר השהייה בו הם מחזיקים מציין כי הם רשאים לעבוד, לא הסכימו להעסיקם ללא היתר עבודה מפורש. בתקופות של מתיחות בטחונית, אשר למרבה הצער אינן נדירות במחוזותינו, הופך אתגר מציאת העבודה לקשה עוד יותר עבור העותרים המוצאים את עצמם עוברים ממעסיק למעסיק, ללא שנוצרים קשרי אמן המאפשרים לצלוח תקופות קשות של חשדנות.

115. בנוסף למגבלות המתוארות על עבודה כשכירים, בני המשפחה הפלסטינים אינם יכולים גם לפתוח עסק כעצמאיים, שכן אינם יכולים לפתוח תיק ברשויות המסים ללא מספר תעודת זהות. כך, העותר 50, עבד כעצמאי בתור נהג משאית כל עוד ניתן לו רישיון ישיבה ארעי, אך כעת, משניתן לו היתר השהייה בלבד, אין ביכולתו לעבוד עוד כעצמאי.

116. מן המקובץ עולה, כי רבים מהעותרים ומבני משפחה פלסטינים אחרים אינם עובדים באופן קבוע ומסודר, וממילא לא משתלמים בגינם דמי ביטוח לאומי. מעבר לקשיי הפרנסה שהדבר גוזר על בני המשפחה כולה, משמעות נוספת היא כי בני משפחה אלה אינם זכאים לענפי הביטוח הלאומי התלויים בזיקת העבודה (תאונות עבודה, פשיטת רגל וביטוח אמהות באופן חלקי), ועניין זה מוסיף על הצטברות הקשיים הנערמים עליהם.

2.4.5 שלילת האפשרות לנהוג בישראל והגבלת הזכויות הנובעת ממנה

117. בהתאם לסעיפים 3 ו-5 להוראות בדבר תנועה ותעבורה (יהודה והשומרון), התשכ"ט-1968, ותקנה 578 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961, חל איסור על תושבי אזור לנהוג בכלי רכב שאינו רשום באזור ונושא סימני היכר בהתאם, אלא בכפוף להיתר ממפקד כוחות צה"ל באזור או מי מטעמו. תקנה 175 לתקנות התעבורה קובעת כי לא יינתן או יחודש רישיון נהיגה לתושב אזור, אלא אם שוכנעה רשות הרישוי כי קיימים טעמים מיוחדים לעשות כן.

118. בבג"ץ 5539/05 גדיר עטאללה נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 3.1.2008) (להלן: "עניין עטאללה"), נבחנו ההוראות האמורות. בית המשפט דחה את העתירה, תוך שהוא רושם את הסכמת המשיבים לתת משקל בגדר השיקולים לזמן שחלף מאז הותר למבקש הרישיון לשהות בישראל, בשים לב לכך ש"השאלה מחריפה עקב העובדה שכיום קטנה משמעותית האפשרות של העותרים ואחרים במעמד דומה לשדרג את מעמדם בשל הוראותיו של חוק הוראת השעה".

119. למרות האמור, נוהל הנפקת היתר נהיגה ברכב ישראלי לפלסטינים תושבי איו"ש ורצ"ע של המנהל האזרחי באיו"ש, (פורסם 7.5.2014), קובע כי תנאי הסף להגשת בקשה לקבלת היתר לנהיגה ברכב ישראלי יהיו אלה: (1) למבקש היתר תקף מכוח איחוד משפחות לשהות בישראל; (2) המבקש מצוי בישראל כדין יותר מ-3 שנים ברצף; (3) קרוב משפחה מדרגה ראשונה של המבקש, אשר מתגורר בישראל דרך קבע (בעל רישיון ישיבה קבע או אזרחות), סובל ממצב רפואי המצריך טיפולים רפואיים תכופים, המחייבים הגעה דחופה למוסד רפואי, ובן הזוג הישראלי של המבקש אינו כשיר כדי לנהוג ברכב ישראלי, בלא שקיים פתרון אחר להגעת קרוב המשפחה למקום הטיפול.

- מצ"ב נוהל הנפקת היתר נהיגה ברכב ישראלי לפלס' תושבי איו"ש ורצ"ע ומסומן ס"ד

120. כלומר, למרות התחייבות המדינה בעניין עטאללה, השיקול בדבר משך הזמן בו שווה מבקש הרישיון בישראל, לא רק שאינו מספיק כדי לתמוך בבקשתו של אדם לקבל רישיון נהיגה או היתר לנהיגה על רכב ישראלי, אלא שהוא הפך לתנאי סף, החוסם את הדרך בפני חלק מהמבקשים.

121. טלו למשל את עניינו של עלא חמארשה, המיוצג ע"י ב"כ העותרים בהליך אחר (ר' בסעיף 113 לעיל). עלא הוא תושב ג'נין במקור, בן זוגה הנשוי של אולגה, אזרחית ישראל ויהודיה במוצאה, אשר התאסלמה לצורך נישואיהם. לבני הזוג שלושה ילדים קטנים, והם אינם בקשר עם משפחותיהם המסרבות להכיר בנישואין הבין דתיים. נוסף על האמור, אולגה סובלת מנכות נפשית בשיעור 100%, וזוכה לליווי שיקומי צמוד. עלא מחזיק בהיתר שהייה מטעמים הומניטריים מזה כשנתיים ומחצה, ובקשתו כי יוענק לו רישיון ישיבה ארעי מסוג א/5 נדחתה על ידי הוועדה המקצועית המייעצת לעניינים הומניטריים. עם זאת, הוועדה הפנתה את עלא להגיש בקשה לפי "הליך הטיפול בבקשה למתן/חידוש רישיון נהיגה ישראלי לתושב אזור". בקשתו נדחתה, כיון ש"לא הוכח גם פה טעם חריג המצדיק מתן רישיון נהיגה". בעקבות דיון בעתירה שהגישו בני הזוג, הוגשה בקשה למתן היתר לנהיגה בישראל למפקד האזור. גם זו נדחתה, מבלי לדון בטעמים ההומניטריים שעניינם של בני הזוג מעלה, היות שעלא לא השלים 3 שנים בהן הוא שווה מכוח היתר שהייה בישראל, ותוך התעלמות מכך שמלכתחילה ניתן לו היתר השהיה מטעמים הומניטריים בשל מצבה של אשתו.

- מצ"ב בקשה להענקת היתר נהיגה לעלא חמארשה מיום 13.4.2014 ומסומנת ס"ה

- מצ"ב מכתב המודיע על דחיית הבקשה להענקת היתר נהיגה מיום 18.6.2014 ומסומן ס"ו

122. כלומר, גם מתי המעט אשר הוועדה המקצועית המייעצת סברה שעניינם מקים טעמים הומניטריים למתן היתר שהייה בישראל, לא בהכרח יצלחו את ההליכים במשרד הרישוי ובמינהל האזרחי, בכל הנוגע

למתן רישיון נהיגה. ואם לחריגים שבחריגים לא ניתן האישור המתאים שיאפשר נהיגה בישראל, מה נאמר על הכלל? המדובר באלפי אנשים שהעותרים מהווים חלק קטן מהם בלבד, שהאפשרות הבסיסית לנהוג ולהתנייד באופן עצמאי נשללת מהם. פגיעה זו מתעצמת כאשר לוקחים בחשבון שחלק ניכר מהעותרים ואחרים במצבם מתגוררים באזורים כפריים ללא תחבורה ציבורית בתדירות תכופה או מספקת. הדבר מקשה על ניידות, ועל נגישות לשירותים בסיסיים כגון שירותי רפואה וחינוך, הן לבני המשפחה הפלסטינים, והן לילדי המשפחה, אזרחי ותושבי ישראל.

123. האיסור על נהיגה בישראל מקשה על בני המשפחה הפלסטינים בהתנהלות היומיומית. בחלק מהמשפחות, בן הזוג הישראלי נושא כולו בנטל התניידות המשפחה, ובאחרות בן הזוג הישראלי אינו מחזיק ברישיון, מטעם זה או אחר, והמשפחה כולה נושאת בנטל. כל משימה פשוטה, כגון ביקור אצל רופא, נסיעה לבית הספר, או קניית מצרכים בשוק הקרוב, הופכת למבצע מורכב, הדורש תכנון מוקדם ולעתים עלויותיו עולות על אלה של החזקת רכב משפחתי. לאור העובדה שחלק ניכר מהמשפחות נשואות עתירה זו מתגוררות בישובי פריפריה, ובעיקר אזורי יישוב ערביים, בהם הנגישות לתחבורה הציבורית נמוכה, קשיים אלה מתעצמים עוד יותר. על משמעות היעדר יכולת לנהוג ולהחזיק ברכב עמד כב' השופט ג'ובראן בבג"ץ 10662/04 סלאח חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בבנו, 28.2.2012) (להלן: "עניין סלאח חסן"):

"ישנם אזורים רבים בארץ בהם ללא רכב לא ניתן להגיע לחנות המכולת, לקופת החולים או למוסדות חינוך. בהקשר זה יצוין, כי אף שרכב אינו בהכרח מוצר בסיסי, הכלול בזכות לקיום מינימאלי בכבוד, הרי שלמן הראוי לראות בזכות זו כמקימה חובה על המדינה לספק אמצעי תחבורה **כלשהם** לתושביה". (פסקה 10, ההדגשה במקור).

124. האיסור על נהיגה בישראל פוגע פגיעה קשה באפשרויות התעסוקה של בני המשפחה הפלסטינים, אשר כאמור לעיל, מוגבלות ממילא. העותרים נתקלים לא פעם במעסיקים הדורשים רישיון נהיגה כתנאי להעסקתם, וגם אם ירצו לעבוד כקבלנים עצמאיים, למשל בגינון, כמו העותר 31, או בעבודות סיוע וצבע, כמו העותר 25, לא יוכלו להגיע למקום העבודה. תחומי עיסוק שלמים המצריכים רישיון נהיגה, כגון נהיגה במונית, נהיגה במשאית, שליחויות, הובלות, עבודות בניה ושיפוצים המצריכות רכב, כלל אינם זמינים עבור מי שאינו מחזיק ברישיון. גם מחזיקי היתרים המחזיקים ברישיון נהיגה במשאית או ברכב כבד אחר, לא יכולים להתפרנס ממשלח ידם. העדר רישיון נהיגה בנסיבות אלו גם מגביל גם קבלת עבודה במקום מרוחק אשר הנסיעה אליו ארוכה או שאין אליו תחבורה ציבורית זמינה.

2.4.6 מגבלות על חופש התנועה

125. לאיסור על נהיגה בישראל מתווספות מגבלות נוספות על חופש התנועה של בני המשפחה הפלסטינים. היתר השהייה בו מחזיקים העותרים תושבי האזור לא מאפשר מעבר בין שטח ישראל לשטחי הרשות הפלסטינית יחד עם אזרחי ישראל, כך שבביקורים משפחתיים נאלצים העותרים לעבור במחסום אחר משאר בני משפחתם, אזרחי ותושבי ישראל. חלק מהעותרים מדווחים כי הם מוותרים על ביקורים אצל משפחתם המתגוררת בשטחי הרשות לעתים משך חודשים ארוכים או למעלה משנה, מחשש פן יחוו

קשיים בחזרה לשטח ישראל, על אף העובדה שהם שוהים כאן כדין. מגבלות על חופש התנועה מפורטות גם בדו"ח של ארגון אשה לאשה, (נספח נ"ט לעיל):

"נשים דיווחו על הימנעות מביקור משפחת המוצא בשטחי הרשות הפלסטינית מחשש למעבר במחסומים וכן על כי אישורי השהייה שניתנים להן אינם רצופים... אחת מהנשים דיווחה כי בשל העובדה שבנה הקטין אינו רשום בתעודת הזהות הפלסטינית שלה (הוא רשום בתעודת הזהות הישראלית של אביו בלבד), היא אינה רשאית לעבור יחד איתו במחסום בדרכה לגדה. משמעות הדבר בפועל היא שעליה להיפרד ממנו ומאביו בכל מקרה של מעבר כאמור והשניים עוברים במחסום שונה מזה בו עוברת היא עצמה".

126. ובכתבה מיום 3.5.2013 שפורסמה בעיתון מעריב, מספרת ליילה גאנב:

"לפני שבועיים חזרה מביקור דתי במכה כחלק מטיול מאורגן שאליו נסעה עם בעלה. אולם במעבר בכפר קאסם בכניסה לישראל לא נתנו לה לעבור. "הייתי עם עוד 50 אנשים באוטובוס, והם עברו אחד-אחד, ואני הייתי היחידה שהורידו אותה מהאוטובוס. אמרו לי, לא, את לא יכולה לעבור כאן. תעברי דרך מעבר אחר. שלחו אותי לעבור דרך מחסום טייבה. ירדתי מהאוטובוס והתחלתי ללכת ברגל. לא היו שם מכוניות. במזל היה שם מישהו שעבר במקרה והסכים לקחת אותי. לא הבנתי למה. יש לי היתר שהייה, ואני תמיד מחדשת אותו בזמן. הרגשתי השפלה ונעלבתי. דמייני מה זה שאת היחידה שמורידים אותה מהאוטובוס, ועכשיו לכי תסתדרי".

• מצ"ב תדפיס כתבה מיום 3.5.2013 ומסומן ס"ז

2.4.7 פגיעה בזכות לייצוג משפטי

127. בני המשפחה הפלסטינים, המחזיקים בהיתרי שהייה, אף אינם זכאים לסיוע משפטי באמצעות האגף לסיוע משפטי במשרד המשפטים בעניינים שבהם ניתן השירות, כגון ענייני משפחה, הגנת זכויות הנוגעות למגורים, ענייני עבודה, עניינים כספיים ועוד (ראו תקנה 5 לתקנות הסיוע המשפטי, התשל"ג-1973 (להלן: "תקנות הסיוע המשפטי").

128. בהתאם לחוק הסיוע המשפטי, התשל"ב-1972 (להלן: "חוק הסיוע המשפטי"), יינתן סיוע בעניינים המפורטים בתקנות למי שהוכיח זכאות כלכלית, המבקש ייצוג בהליך בעל סיכוי משפטי. החוק והתקנות אינם קובעים מבחן של אזרחות / תושבות על מנת להיות זכאים לסיוע משפטי. עם זאת, האגף לסיוע משפטי קבע כי משיקולים תקציביים, מוענק סיוע משפטי רק למי שהינו לפחות תושב קבע.

• מצ"ב מכתב מהלשכה לסיוע משפטי בתל אביב בעניינו של לקוח אחר של ב"כ העותרים שבקשתו לקבלת סיוע נדחתה (ללא פרטים מזהים) ומסומן ס"ח

129. אלא שהוראת השעה לא פוגעת רק בזכותם של בני המשפחה הפלסטינים לקבלת ייצוג משפטי, כי אם גם בזו של בני המשפחה הישראלים, תושבים ואזרחים. תקנה 5(7) לתקנות הסיוע המשפטי קובעת כי שירות יינתן, בין השאר, בהליכים לפי חוק האזרחות. כך, אזרח ישראלי שהוראת השעה אינה חלה על בן זוגו הזר, יזכה לסיוע משפטי בהליכים להסדרת מעמדו, כיון שהבקשה מוגשת מכוח סעיף 7 לחוק

האזרחות. לעומת זאת, מי שבן זוגו הוא פלסטיני לא יוכל לקבל סיוע משפטי, כיון שהבקשה מוגשת מכוח הוראת השעה. לעניין זה ראה הודעת המדינה מיום 24.8.2014 בבג"ץ 3840/13, המודיעה כי האגף לסיוע משפטי אינו מוסמך להעניק סיוע משפטי בעתירה מסוג זה, שעניינה השגה על החלטת הוועדה המקצועית המייעצת שלא ליתן רישיון ישיבה לבן הזוג הפלסטיני.

- מצ"ב הודעת המדינה מיום 24.8.2014 בבג"ץ 3840/13 ומסומנת ס"ט

2.4.8 פגיעה בתא המשפחתי כולו והאפקט המצטבר של הפגיעות

130. בצד הפגיעות הקשות בזכויות בני המשפחה תושבי האזור, **הוראת השעה מביאה לפגיעה קשה גם בזכויותיהם של בני המשפחה הישראלים, לרבות הילדים**. כך, כאשר נשללות זכויותיו הסוציאליות של אחד מהחברים בתא המשפחתי, המשפחה כולה נושאת בנטל ומתמודדת עם בן זוג (ולרוב – הורה) שאינו יכול לעבוד באופן מוסדר, אינו רשאי לנהוג, אינו זכאי לביטוח בריאות ממלכתי, אינו זכאי לביטוח לאומי, לדמי אבטלה וכיוצא בזה. מדובר בנטל המכביד לא רק על בן הזוג הפלסטיני, אלא גם על בן זוגו והילדים המשותפים, אזרחי או תושבי ישראל כולם. נזכיר, כי עסקינן לרוב במשפחות הנמנות על המיעוט הערבי בישראל, המתמודד ממילא עם קשיים סוציו-אקונומיים, בעיות נגישות ועוד (עניין **חוק האזרחות השני**, פסקה 3 לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן, פסקה כ"ד לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין, פסקה 3 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש, פסקה 2 לפסק דינו של כב' השופט הנדל).

131. את הפגיעות האמורות יש לבחון כמכלול, מכלול המדרדר משפחות רבות לעוני, במובן הפשוט ביותר והאכזרי של המילה. מדובר בפגיעה ביכולתן של אותן משפחות לספק את צרכי בני המשפחה הבסיסיים ביותר, קטינים ובגירים כאחד. ואולי חמור מכך, המגבלות המוטלות על מחזיקי היתרים שוללות למעשה את יכולתם לפרוץ את מעגל העוני, וגוזרות דלות על בני המשפחה אף לשנים לבוא.

132. את הפגיעות המתוארות לעיל יש לאמוד כמכלול לא רק בשל העובדה שכולן מקורן בהיעדר המעמד והן מתקיימות בהכרח במקביל, אלא גם משום שהן מעצימות זו את זו. כך למשל עניינו של העותר 50, אשר תואר בהרחבה לעיל. כאמור, העותר 50 הוא תושב אזור אשר אשתו, אזרחית ישראל, נפטרה והוא נותר מטופל בבנם הקטין. העותר 50 שוהה כיום בישראל מתוקף היתר שהייה הומניטרי. בשל העובדה שאינו מחזיק ברישיון ישיבה, העותר 50 אינו יכול לנהוג, ולכן נבצר ממנו לעסוק במקצועו, נהג משאית. הוא מתקשה למצוא עבודה קבועה, ונאלץ לעבוד בעבודות מזדמנות, בעבורן הוא לרוב אינו מקבל תלוש משכורת, ולא משתלמים בגינו דמי ביטוח לאומי. כלומר, העותר 50 אינו זכאי גם לענפי הביטוח הלאומי להם זכאי מי שיש לו זיקת יחסי עבודה. משמעות הדבר היא כי העותר 50 אינו זכאי גם לקצבת ילדים בגין בנו הקטין, על אף שהוא האפוטרופוס הקבוע בדין שלו, וההורה היחיד המטפל בו. (ראו סעיפים 40-43 לעיל והנספחים שם). למרבה הצער, נסיבות אלה אינן יחודיות דווקא לעותר 50 ולבנו הקטין, כמוהם יש משפחות רבות אחרות שהיעדר המעמד מהווה עבורן גזירת דלות ונזקקות, חיים ללא עתיד או וודאות, שלא ניתן לראות בהם חיים בכבוד.

133. במהלך השנים, ועם קיבועה של הוראת השעה כחלק בלתי נפרד מספר החוקים, היו ההוראות האמורות לעיל מושא אינספור עתירות והליכים משפטיים, אשר הוגשו בניסיון לצמצם את הפגיעה של הוראת השעה בזכויות חוקתיות. במענה להליכים הללו, עיצבו המשיבים פתרונות נקודתיים בתחומים השונים, נכתבו נהלים וניתנו הנחיות. דוגמאות בולטות לכך ניתן לראות בתחום שירותי הבריאות (בו כאמור הותקנו תקנות רישום בקופת חולים למקבלי היתר שהייה, אם כי טרם הוחל ביישומן), ובתחום רישיון הנהיגה. מנגנונים והסדרים אלו עמדו מפעם לפעם למבחנו של בית משפט זה, ובכל פעם כעניין העומד בפני עצמו, כאילו אין קשר בין שלילת המעמד לפגיעה בחופש העיסוק, למניעת זכויות סוציאליות, למניעת שירותי בריאות ועוד ועוד. כמפורט לעיל, אין מדובר בפתרונות היכולים להיחשב כסבירים. אך גם אילו היו כאלה הרי שאין בכך כדי לתת מענה לתוצאה הכללית של עוני, דלות והעדר כל יציבות ואופק להתפתחות אישית. הצטברות הפגיעות אינה רק עניין כמותי.

134. כתוצאה מהשלילה הנרחבת של זכויות שונות ולכאורה נפרדות זו מזו, חייהם של בני משפחה פלסטינים כדוגמת העותרים משופעים בהליכים מינהליים, התדיינות משפטיות, ודורשים משאבים שאינם עומדים לרשות המשפחות המוחלשות ממילא. כך, מי שזקוק לרישיון נהיגה מטעמים הומניטריים, לא יצלה את ההליך ללא ייצוג משפטי; מי שתוצאה לממש את זכותה לקבל שירותי בריאות (אם וכאשר ייושמו התקנות בעניין), תצטרך לשלם תשלום ראשוני של אלפי שקלים ולשאת בתשלום חודשי קבוע גבוה, ללא תלות בהכנסתה וללא אפשרות לפטור; מי שמבקש להגיש בקשה למעמד מטעמים הומניטריים לאחר שהקשר הזוגי פקע יאלץ לפנות לייצוג משפטי בעניין, ואף להתמודד עם סכנת גירוש מישאול ולו באופן זמני, שכן הוועדה המקצועית מסרבת לתת החלטות ביניים שיגנו על הפונים אליה מפני גירוש (ר' העתירה בבג"ץ 4299/14 **דכה ואח' נ' משרד הפנים**, אשר נמחקה ביום 29.9.2014, לאחר שהודיעה המדינה כי תעניק לעותרת שם היתר שהייה). האלטרנטיבה היא ויתור מראש על מימוש הזכויות המעטות שנותרו לקבוצה מוחלשת זו.

135. במאמרו "**נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט**", עלי משפט ג' תשס"ד, מונה יובל אלבשן שורה של מחסומים המונעים נגישות של אוכלוסיות מוחלשות לשערי בית המשפט, וביניהם: התיישנות, תניות בהסכמים, מחסומים גאוגרפיים, תרבותיים פסיכולוגיים ולשוניים. לצד כל אלה, ואולי לפנייהם, קיים כמובן המחסום הכלכלי. הדבר נכון לא רק בפנייה לערכאות משפטיות, כי אם כמעט לכל הליך מינהלי שהוא. במציאות הקיימת, כל פנייה לרשות, על מנת שתצלה, מחייבת ייצוג משפטי. לא ייפלא הדבר שפעמים רבות בני אוכלוסיות מוחלשות מוותרים מראש על הפנייה לרשות, וממילא לערכאות, או נכשלים בהן ומוותרים, בין אם מטעמים כלכליים או מפאת מחסומים אחרים שאלבשן מזכיר במאמרו. נגישות בני המשפחות הפלסטינים לערכאות מוגבלת עוד יותר, בשים לב לפרשנות שניתנת על ידי משרד המשפטים לחוק הסיוע המשפטי, לפיה אין בני המשפחה הפלסטינים זכאים לייצוג מכוחו.

2.4.9 פגיעה בזכות לשוויון

136. ההשוואה למעמד של בני זוג זרים בישראל שאינם תושבי אזור מובילה למסקנה שהוראת השעה מביאה לאפליה ולפגיעה בזכות לשוויון. זומפלה לרעה פעם אחת את בני המשפחה הפלסטינים לעומת בני משפחה אחרים שההוראה אינה חלה בעניינם, ופעם נוספת את בני המשפחה הישראלים.
137. כידוע, הגם שהוראת השעה משפיעה לכאורה באופן שווה על כלל תושבי ואזרחי ישראל, הרי שרוב הנפגעים ממנו הם אזרחים ותושבים בני המיעוט הערבי. בכך, מביאות הוראות החוק לפגיעה בזכות לשוויון, אשר הוכרה כזכות יסוד חוקתית. ויודגש שוב – עתירה זו לא עוסקת בפגיעה בשוויון הגלומה במגבלות שמטילה הוראת השעה על כניסתם של בני משפחה פלסטינים לישראל, כי אם בזו הנובעת מהיעדר המעמד של מי ששוהה כאן כדין משך שנים, והוא, הלכה למעשה, תושב ישראל. את המחיר הכבד של שהייה בישראל ללא מעמד זכויות סוציאליות, משלם התא המשפחתי כולו. בהתחשב בכך שהרוב המוחלט של מבקשי איחוד משפחות עם פלסטינים הם בני המיעוט הערבי, המוחלט גם כן, מתקבלת אפליה תוצאתית. נקדים את המאוחר ונאמר, כי היות שעסקינן במי ששוהה בישראל כדין, אין התכלית הביטחונית של הוראת השעה יכולה להצדיק את ההבדלים. משכך, לא מדובר בהבחנה מותרת המבוססת על שונות רלוונטית, כי אם באפליה אסורה.

3. הטיעון המשפטי

3.1 היעדר סעד חלופי

138. בראשית הדברים יודגש, כי כנגד פגיעה נרחבת זו בזכויות העותרים, לא עומד לרשותם כל סעד חלופי בדמות פנייה אל הוועדה המקצועית המייעצת למתן מעמד מטעמים הומניטאריים מיוחדים בהתאם לסעיף 1א3 לחוק הוראת השעה. כמפורט בחלק העובדתי, סמכותו של המשיב לפי סעיף 1א3 לתת רשיון ישיבה בישראל מוגבלת למקרים בהם קיים למבקש המעמד בן משפחה מזכה (בן זוג, הורה או ילד), וגם במקרים שהוועדה המקצועית המייעצת דנה בהם, אין היא פועלת לפי קריטריונים, פרט לקריטריון השלילי הקבוע בסעיף 1א3(ה)1 להוראת השעה. כפי שהראינו לעיל, רק מצבים חריגים שבחריגים יכולים לבוא בגדריה של הוועדה המקצועית המייעצת, ואין בה כדי לתת מענה לפגיעה הרחבה הנגרמת לעותרים ולרבים אחרים שעניינם אינו חריג, אלא הוא עניין שבשגרה.
139. טענת העותרים היא כי הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל הנוגעות למניעת המעמד ממי ששוהה שנים בישראל כדין אינן חוקתיות כיום. הוראות אלה ממש עומדות בבסיס פעולת הוועדה המקצועית המייעצת. מבלי לפגוע בכל טענה אחרת, בהינתן שעניינם של העותרים אינו מבסס טעמים הומניטאריים שיביאו בפועל למתן מעמד על ידי הוועדה (הגם שחלק מהעותרים פנו לוועדה בבקשה להסדרת מעמדם), ומשטענתם היא שעצם מניעת המעמד אינו חוקתי, ההליכים בוועדה המקצועית המייעצת אינם מהווים סעד חלופי יעיל. העילות מכוחן פועלת הוועדה המקצועית המייעצת שונות משל בית משפט זה ומוגבלות לשאלת קיום טעמים הומניטאריים מיוחדים לפי הוראת השעה, בהנחה שהוא חוקתי.
140. עמדו על כך שופטי הרוב בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד (2) 481, (2005) (להלן: "עניין חוף עזה"), שם נדחתה טענת המדינה, כי לעותרים באותה פרשה,

שתקפה את חוקתיות הסדרי הפיצוי שנקבעו בחוק למפוני גוש קטיף, קיים סעד חלופי בדמות פנייה ל"ועדות הזכאות" שהוקמו לפיצוי המפונים:

"שנית, הפניית העותרים למסלול של ועדות הזכאות לא תספק סעד חלופי יעיל. העתירות תוקפות, בין היתר, את עצם החוקתיות של המסלולים המשפטיים שהחוק מתווה, שאליהם המדינה מפנה את העותרים בבחינת סעד חלופי... לגבי סוגיות אלה, קשה לראות בוועדות הזכאות משום סעד חלופי... המסגרת הנורמטיבית לפעולתן של ועדות הזכאות והוועדה המיוחדת שונה מהמסגרת הנורמטיבית להפעלת ביקורת שיפוטית של בית משפט זה. מטרותיהן ותפקידיהן של הוועדות שונים מתפקידו של בית משפט זה, לכן עילות הביקורת שאליהן תוכלנה להידרש ועדת הזכאות וערכאות הערעור מצומצמות מהעילות המנחות בית משפט זה. אין הוועדות מהוות אפוא תחליף ראוי לביקורת שיפוטית של חוקתיות החוק בבית משפט זה. במצב דברים זה אין לסגור את הדלת בפני העותרים תוך הפנייתם לוועדות הזכאות" (סעיף 124 לפסק דינם של שופטי הרוב).

141. למען הזהירות יוער, כי גם בהליכים אחרים שהובאו בפני בית משפט נכבד זה אין כדי להביא לפיתרון הסוגיה. נכון להיום תלויה ועומדת העתירה בבג"ץ 2649/09 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הרווחה**, אשר עניינה מתן זכויות מכוח חוק הביטוח הלאומי וחוק ביטוח בריאות ממלכתי למחזיקי היתר שהייה. ההליכים בעתירה זו טרם נסתיימו, אך גם אם יוענק לעותרים שם כל הסעד המבוקש, עדיין לא ניתן לומר כי בכך יבוא מענה על הפגיעות הקשות שתוארו לעיל, כפי שהליכים קודמים, כגון עניין **עבד אל רחמן** שעסק בהיתרי עבודה ועניין **עטאללה** שעניינו רישיון נהיגה, לא היה בהם כדי לסיים את הפגיעה. בחלוף מעל עשור מאז נחקק חוק האזרחות והכניסה לישראל, אין עוד מקום לפתרונות "קוסמטיים" כגון אלה.

3.2 שלבי הבחינה החוקתית

142. הבחינה החוקתית במשפט הישראלי מתחלקת לשלושה שלבים מרכזיים (ראו, למשל, ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (להלן: "עניין המזרחי"); בג"ץ **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (להלן: "עניין לשכת מנהלי ההשקעות"); עניין **חוף עזה**; בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, (פורסם בנבו, 11.5.2006) (להלן: "עניין חוק טל")). בשלב הראשון, מוטל על הטוען לאי חוקתיות החוק להראות כי החוק פוגע בזכות מוגנת, המעוגנת בחוקי היסוד. אם מצליח הטוען להראות פגיעה בזכות מוגנת חוקתית, עוברת הבחינה לשלב הבא, בו נבחנת חוקתיות הפגיעה בהתאם למבחני פסקת ההגבלה הקבועה בחוק יסוד: **כבוד האדם וחירותו** ובחוק יסוד: **חופש העיסוק**. בשלב זה מוטל על המשיבים להראות כי הפגיעה שפוגע החוק בזכויות יסוד היא חוקתית, שכן היא מקיימת את התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה (אהרן ברק, **פרשנות במשפט, כרך שלישי – פרשנות חוקתית** (1994), בעמ' 478-479 (להלן: "ברק – פרשנות חוקתית"), עניין **המזרחי**, בעמ' 578). ככל שהמשיב לא עומד בנטל זה, תעבור הבחינה לשלב השלישי, שלב קביעת הסעד, בו עומד בית המשפט על תוצאות אי החוקתיות.

3.3 הוראת השעה פוגעת בזכויות חוקתיות

143. בטרם ניגש להראות את הפגיעה שפוגעת הוראת השעה בזכויות מוגנות חוקתית, נבקש להקדיש כמה מלים למסגרת הנורמטיבית לבחינת חוקתיות החוק. בעניין **חוק האזרחות הראשון**, כפי שעלה בביורר מפסק דינם של רוב השופטים, לא נמצא מקום להרחיב את יריעת הבחינה השיפוטית מעבר לזו הנדרשת לזכויותיהם של בני הזוג שהם אזרחי המדינה ותושביה בלבד ("בן הזוג הישראלי" – כלשון הנשיא ברק, בעמ' 280).

144. אלא שבניגוד לעתירות בעניין **חוק האזרחות הראשון** ובעניין **חוק האזרחות השני**, שעסקו במגבלות על עצם הכניסה לישראל, עתירה זו עוסקת בזכויותיהם של בני המשפחה תושבי האזור ואזרחי ותושבי ישראל כאחד. העותרים תושבי האזור כאן שוהים בישראל כדין משך שנים. משהתירה המדינה את כניסתם לישראל, לא ניתן עוד לטעון כי לא מוטלת עליה כל חובה כלפיהם. **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**, קובע כי ההגנה מכוח חוקי היסוד אינה מוגבלת רק לאזרחים או לתושבים. וזו לשון החוק:

"1. זכויות היסוד של **האדם** בישראל מושגות על ההכרה בערך **האדם**, בקדושת חייו

ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

א. חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את

ערכיה של מדינה ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

2. אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של **אדם באשר הוא אדם**

4. **כל אדם** זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".

145. אכן, העיקרון שזכויות היסוד החוקתיות הן נחלתם של כל אדם אישה וילד בישראל מוסכם היום על הכל, ואין עוד מי שיטען אחרת. כבוד האדם אינו רק כבודו של האזרח, שכן לכל אדם הזכות לכבוד:

"האיסור לפגוע בזכויותיו של אדם לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד מתייחס, אפוא, לכל אדם באשר הוא אדם. הגנה זו מכוח חוק-היסוד אינה מוגבלת לאזרח ולתושב, אלא היא מוענקת לכל אדם, לרבות מי שנכנס לישראל שלא כדין. תחולת של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על העובד הזר נדונה בעבר בהקשר לחוקיותו של הסדר הכבילה בין העובד למעסיק, ונקבע בהקשר זה כי לעובד עומדות זכויות יסוד לכבוד, לחירות ולאוטונומיה אישית ([**בג"ץ הסדר הכבילה**], בעמ' 378-377). נקודת המוצא היא, אפוא, כי עיקר הזכויות החוקתיות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מוקנות לעובדים הזרים השוהים בישראל".

בג"ץ 11437/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 13.4.2011) (להלן:

"**עניין עובדת זרה בהריון**"), בפסקה 36 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה.

וראו גם בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת**, (פורסם בנבו, 13.9.16) (להלן: "**עניין אדם**") בפסקה 72 לחוות דעתה של הש' ארבל; ע"מ 1038/08 **מדינת ישראל נ' געאביץ** (פורסם בנבו, 11.8.2009) (להלן: "**עניין געאביץ**"), הערותיה של הנשיאה ביניש; בג"ץ 7385/13 **איתן ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'** (פורסם בנבו, 22.9.2014) (להלן: "**עניין איתן**").

146. מרגע שנכנס אדם זר בשערי המדינה, לא תוכל זו האחרונה לפגוע בזכויותיו רק משום שהוא אינו אזרח. יפים לעניין זה דברי כב' השופט א' א' לוי, בעניין **הסדר הכבילה**:

"למדינה, זאת נדע, פררוגטיבה רחבה-מכל בתחומים אלה, ורשאית היא להחליט מי ייכנס בשעריה – ובאלו תנאים – ומי יוותר מחוצה לה. אלא שכוחם של טיעונים אלה יפה עד לגבול מסוים בלבד, שהרי ברי כי אין לגזור מאותו היתר כניסה לצורך עבודה שנתנה המדינה בידי העובד הזר, הרשאה בלתי-מסויגת לפגוע בזכויותיו. **העובד הזר אינו נכנס בשערי המדינה ומשיל מעליו את אנושיותו וזכויותיו היסודיות.** אף העובדה שאין מוטלת על המדינה חובה לקלוט לתוכה עובדים זרים, אין פירושה כי משמחליטה היא לעשות זאת – רשאית היא לעשות זאת בכל תנאי.

(פסקה 56. ר' גם בעניין **עובדת זרה בהריון** בפסקה 36; בעניין **עובדות סיעוד ותיקות**, בפסקה 14 לפסק דינה של הש' ארביל ובפסקה 2 לפסק דינה של הש' ברק-ארז).

147. ואם כך הדבר באשר למהגרי עבודה, שזיקתם לישראל מוגבלת בזמן ובזיקות שיכולות להיווצר, על אחת כמה וכמה נכון הדבר בעניינם של בני המשפחה הפלסטינים, מושאי עתירה זו. המדובר בבני המשפחה הקרובים ביותר של אזרחי ותושבי ישראל, בני זוג, הורים, אנשים השוהים בישראל כדין משך שנים ארוכות, והם, הלכה למעשה מבחינת הזיקות העובדתיות, תושבי המדינה (ר' דבריו של כב' השופט פוגלמן בעניין **דג'אני** הנזכרים לעיל).

148. משכך, יטענו העותרים, על המסגרת הנורמטיבית לבחינת הוראות החוק העוסקות במניעת מתן מעמד לבני המשפחה תושבי האזור, להביא בגדרה הן את זכויות בני המשפחה הישראלים, והן את אלה של בני המשפחה הפלסטינים. ממילא, משעסקינן בתאים משפחתיים, ההפרדה היא מלאכותית.

3.4 השפעת המשפט הבינלאומי בביקורת שיפוטית חוקתית

149. כפי שנראה להלן, הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגעות בזכויות מוגנות חוקתית. הוראות החוק אף עומדות בסתירה להוראות האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, האמנה בדבר זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות, האמנה הבינלאומית לביעור כל צורות האפליה הגזעית והאמנה בדבר זכויות הילד. נבקש להתייחס בקצרה למשמעות התחיבויותיה הבינלאומיות של ישראל בביקורת חוקתית על חקיקה ראשית.

150. אכן, בהתקיים סתירה מפורשת בין הוראת חוק בישראל לבין המשפט הבינלאומי, אין בסתירה זו כשלעצמה להביא לבטלות הוראת חוק ישראלית. עם זאת, בהתאם לחזקת ההתאמה, יש לפרש את הזכות לכבוד, הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לאור מחויבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל, בהיעדר סתירה מפורשת בין חוק היסוד להוראות המשפט הבינלאומי (ראו למשל בג"ץ 2599/00 יתד – **עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך**, פ"ד נו(5) 834, 846; עניין **הסדר הכבילה**, בפסקה 37).

151. כך למשל, עשה בית משפט זה שימוש באמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות בפרשו את היקף ותוכן הזכויות החוקתיות במשפט הישראלי, (ראו, למשל, בג"ץ 3992/04 **מימון-כהן נ' שר החוק**, פ"ד נט(1) 49, 66-67; בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נו(2) 349, 363-364, 369) כמו גם באמנה בדבר זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות (ראו, למשל, לאחרונה בעניין **עובדות סיעוד ותיקות**, בפסקה 61).

152. פרופ' אייל בנבישתי עמד על כך שיש מקום לפרש את חוקי היסוד לאור מחויבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל, הן לאור חזקת ההתאמה הפרשנית והן לאור הטענה, כי שני חוקי היסוד משנת 1992 אומצו מתוך מטרה לקיים את הוראות האמנה:

“More specifically, the international standards on human rights can help in interpreting Israel’s two Basic Laws concerning human rights. In addition to the general arguments for compatibility described above, one could argue that the Basic Laws have been enacted in fulfillment of the duty under Article 2(2) of the 1966 Covenant “to adopt such legislative or other measures that may be necessary to give effect to the rights recognized in the [1966 Covenant]”. ... Therefore, in interpreting the rights under the Basic Laws, as well as the limitations on those rights, international standards, first and foremost those enunciated in the 1966 Covenant, are of particular significances. Note that this claim not only imports international standards to Israeli human rights law, but also elevates these standards to the level of entrenched law, thereby possibly restricting the competence of the Knesset to derogate from them, and influencing the interpretation of other laws that impinge on human rights”.

Eyal Benvenisti, *The Influence of International Human Rights Law on the Israeli Legal System: Present and Future*, 28 ISRAEL LAW REVIEW 136, 148-150 (1994)

153. גם פרופ' אהרן ברק עמד על העיקרון כי יש לפרש את הוראות חוקי היסוד בהתאם לחזקת ההתאמה:

”מעמד פרשני מיוחד [בפרשנות חוקי היסוד, ס.ב.ג.], יש להעניק לאמנות בינלאומיות בדבר זכויות האדם אשר ישראל חברה להן. אמנות אלה משקפות את השאיפות של הקהילה הבינלאומית, והן השפיעו על עיצובו של הדין המקומי. ההתחשבות באמנות אלה מתבקשת מתוך רצוננו להיות חברים שווי זכויות בקהילה הבינלאומית, והחזקה, כי הדין המקומי אינו נוגד את המשפט הבינלאומי”.

ברק – פרשנות חוקתית, עמ' 237.

עוד על מעמדן של האמנות הבינלאומיות בפרשנות חוקי היסוד לאור חזקת ההתאמה, ראה יובל שני, **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט הבינלאומי, בתוך זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל**, 297, 339 (בעריכת יורם רבין ויובל שני, 2004) והפניות שם.

154. כלומר, גם אם אין בסתירה בין הוראות הדין הבינלאומי להוראות חקיקה ראשית כשלעצמה כדי להביא לבטלות הוראת חוק, הרי שאת חוקי היסוד יש לפרש בהתאם לדין הבינלאומי. לפיכך, אחד המקורות ליציאת תוכן אל תוך זכות היסוד לכבוד, על נגזרותיה וביטוייה השונים, הוא הדין הבינלאומי.

3.5 הפגיעה בזכויות חוקתיות – מבט ממעוף הציפור

155. את הדברים צריכים לבחון כמכלול: שלילת המעמד מבן המשפחה הפלסטיני גוזרת שורה ארוכה של פגיעות בתחומי חיים שונים, כפי שפורט. בצד הבחינה של כל אחת מהפגיעות כעומדת בפני עצמה, יש

לבחון את התמונה הרחבה. זו מצביעה על כך ששליטת המעמד כורכת עימה שלילת של זכויות יסוד חוקתיות, אשר לא ניתן להפריד או לבודד זו מזו. פגיעה נשזרת בפגיעה, חוליה ועוד חוליה, ולא ניתן להפרידן זו מזו או להשתחרר מהן. ראו בפסקה 110 לחוות דעתו של כב' השופט פוגלמן בעניין **איתן**:

"ואולם, הבחינה החוקתית אינה מתמצה בשאלה אם כל הוראה פרטנית – כשהיא לבדה – עומדת באמות המידה החוקתיות. יש להוסיף ולשאול "אם התמהיל הכולל של ההסדר החוקתי הוא מידתי. כל הסדר אינדוידואלי יכול שיהא מידתי. אך **הצטברותם הכוללת** עשויה שלא להיות מידתית" (עניין **מנהלי ההשקעות**, בעמ' 402; ההדגשה הוספה – ע' פ'). הצטברות מסוג זה עשויה להשפיע על הוראות אחדות של פרק ד' לחוק [למניעת הסתננות, ס.ב.ג.] שלו היו עומדות לבדן, היו הן צולחות את הביקורת החוקתית בשל כך שאין הן פוגעות פגיעה עצמאית בזכויות חוקתיות מוגנות. ... מכך אף נובע כי לא ניתן לבחון את חוקתיות פרק ד' לחוק כאילו "הוצאו" ממנו אותן הוראות שהן בלתי חוקתיות כשלעצמן. עסקינן בפרק רחב ורב איברים. הוא בנוי כמשוואה".

כן ראו בבש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 11.2.2010), בפסקה 30 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; בג"ץ 5998/12 **גיא רונן ו-684 אח' נ' הכנסת**, (פורסם בנבו, 25.8.2013) בפסקה 13 לפסק דינו של כב' הנשיא גרוניס.

3.5.1 פגיעה בזכויות מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

3.5.1.1 הזכות לכבוד האדם

156. הזכות לכבוד האדם עומדת בבסיסו של משטרנו החוקתי. "אין הוא אך תכנית פעולה או מטרה הצריכה לעמוד לנגד עיני רשויות השלטון. כבוד האדם בחוק היסוד קובע מציאות נורמטיבית חדשה" (עניין **חוק טל**, בפסקה 31 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק). אכן, מיום שכונן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין עוד ספק "כי כבוד האדם מוליד זכויות וחובות, קובע סמכויות וכוחות ומשפיע על פרשנותו של כל דבר הקיקה. כבוד האדם בישראל אינה מטאפורה. זו מציאות נורמטיבית, ממנה מתבקשות מסקנות אופרטיביות" (ע"א 294/91 **חברה קדישא גחש"א** "קהילת ירושלים" נ' **קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, 524 (1992)).

157. כבוד האדם מהווה מקור לזכויות, ומאחד אותן יחדיו לשלם. אך כבוד האדם אינו רק ערך חברתי או מקור רעיוני לזכויות האדם, כבוד האדם הוא זכות בפני עצמה, כדברי כב' הנשיא ברק בעניין **חוק טל**:

"אך כבוד האדם אינו רק בסיס ותשתית לזכויות האדם השונות. כבוד האדם בישראל אינו רק ערך חברתי. **כבוד האדם הוא זכות עצמאית, העומדת על רגליה היא.** יש לה קיום בצידן של זכויות האדם האחרות" (בפסקה 31)

158. הוראות חוק היסוד מעגנות את שני היבטיה של הזכות לכבוד האדם: שמירה מחד והגנה מאידך. סעיף 2 לחוק היסוד קובע את חובת הרשות שלא לפגוע בכבוד האדם, וסעיף 4, מעגן את חובתה להגן עליו. בבג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 464, 482 (להלן: "**עניין קיום בכבוד**"), פורש היקף חובות המדינה לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"חובתה של המדינה היא כפולה: ראשית, מוטלת עליה החובה שלא לפגוע בכבוד האדם. זהו ההיבט ה"שלילי" (ה-status negativus) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שנית, מוטלת עליה החובה להגן על כבוד האדם. זהו ההיבט ה"חיובי" (ה-status positivus) של הזכות. הוא מעוגן בסעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שני ההיבטים (ה"שלילי" (הפסיבי) וה"חיובי" (האקטיבי)) הם חלקים שונים מן השלם, שהוא הזכות החוקתית לכבוד. שניהם נובעים מפירושה של הזכות לכבוד, כפי שהיא מעוגנת בחוק היסוד. אין בכורה להיבט זה לעומת היבט אחר".

159. משעמדנו על היקפה ועצמאותה של הזכות לכבוד האדם, שומה עלינו לברר מה תוכן לה. כבוד האדם בא לידי ביטוי הן בצורתו העצמאית, והן כאגד של זכויות עליהן יש להגן על מנת לקיים את כבוד האדם. בבסיס הזכות לכבוד עומדת דמותו של אדם, כל אדם, כתכלית בפני עצמו:

"הערך בדבר כבוד האדם [...] טומן בחובו את ההכרה בערך האדם ואת ההתבוננות באדם כמטרה בפני עצמה. [...] כשם שעולה מתורתו של הפילוסוף עמנואל קאנט, אין להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות נלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבוד, ובלשונו "הציווי המעשי יהיה כדלקמן: עשה פעולתך כך שהאנושות, הן שבך הן שבכל איש אחר, תשמש לך לעולם גם תכלית ולעולם לא אמצעי בלבד" (עמנואל קאנט הנחת יסוד למטאפיזיקה של המידות 96)".

בג"ץ 2605/05 **הטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 19.11.2009), בפסקה 3 לפסקה דינה של כב' השופטת ארבל, (ההדגשה הוספה, ס.ב.ג.) (להלן: "עניין הפרטת בתי הסוהר").

וכן בעניין **חוק טל**:

"ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחני של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים" (פסקה 35 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק, וההפניות שם).

160. למקום מיוחד במסגרת הזכות לכבוד האדם זכה אלמנט הבחירה החופשית: יכולתו של אדם לבחור ולעצב את חייו, כראות עיניו. כבוד האדם מחייב לאפשר לאדם, כל אדם, את האוטונומיה של הרצון: האוטונומיה משמיעה כי אדם רשאי לא רק לבחור את טובתו האישית, כי אם לקבוע באופן עצמאי מהי טובתו האישית, בהתאם להשקפותיו, אמונתו, העדפותיו האישיות והתרבותיות:

"...לכל אדם זכות יסודית לאוטונומיה. זכות זו הוגדרה כזכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה. הזכות לאוטונומיה היא, כלשון אותה הגדרה, "his or her independence, self reliance and self-contained ability to decide" (ראו F. Carnerie "Crisis and Informed Consent: Analysis of a Law-Medicine Malocclusion" [97]. at p. 56 (note 4)). [...] זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו – היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה; במה יאמין. היא מרכזית

להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של כל פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדיר את אישיותו ואת חייו של הפרט".
ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, בפסקה 15 לפסק דינו של כב' השופט ת' אור.

161. המלומד יוסף רז כותב שאחד מהתנאים לקיום חיים אוטונומיים הוא שלפרט יש מגוון ראוי של חלופות, שמתוכן הוא יכול לבחור כיצד לחיות את חייו: "[T]o be autonomous a person must not only be given a choice but he must be given an adequate range of choices". בהמשך מפרט רז מהם הקריטריונים לקביעה האם מגוון החלופות העומד בפני הפרט מאפשר לו חיים אוטונומיים אם לאו:

"The criteria of the adequacy of the options available to a person must meet several distinct concerns. They should include options with long term pervasive consequences as well as short term options of little consequence, and a fair spread in between. We should be able both to choose long term commitments or projects and to develop lasting relationships and be able to develop and pursue them by means which we choose from time to time. It is intolerable that we should have no influence over the choice of our occupation or of our friends. But it is equally unacceptable that we should not be able to decide on trivia such as when to wash or when to comb our hair. This aspect of the requirement of adequate choice is necessary to make sure that our control extends to all aspects of our lives. This is clearly required by the basic idea of being the author of one's life". (Joseph Raz, **The Morality of Freedom** (Cambridge University Press, 1986, 374)).

162. רז מבהיר, ש"מגוון הולם של חלופות" אין פירושו שכל האפשרויות פתוחות בפני הפרט. אדם יכול להיחשב אוטונומי גם אם חלופות מסוימות סגורות בפניו. אולם אדם לא יכול להיחשב אוטונומי אם אין לו אפשרות בחירה הן ביחס לחלופות שיש להן השפעות קצרות טווח והן ביחס לחלופות שיש להן השפעות ארוכות טווח. הקושי בהיעדר המעמד של בני המשפחה הפלסטינים בישראל נעוץ בכך שהוא אינו מאפשר להם לקבל החלטות בעלות השפעות ארוכות טווח ביחס לחייהם, כדוגמת הקמת עסק, לימודים גבוהים או הכשרה מקצועית הדורשת הסמכה בדין. חוסר הוודאות משפיע גם על צדדים שלישיים, כגון מעסיקים או בנקים, אשר עשויים להימנע מלהיכנס עם בני המשפחה הפלסטינים להתקשרויות, ובכך ידלדל עוד יותר טווח האפשרויות העומד בפניהם.

163. את הקשר בין הזכות לכבוד האדם לאוטונומיה של הרצון היטיב לבטא כב' השופט א' א' לוי, בעניין חוק טל:

"עקרון האוטונומיה מיוסד על ההכרה בקיומה של יכולת בחירה חופשית, בכושרו של אדם לטוות את סיפור חייו על פי השקפותיו ואמונתו, בכוחו להכריע בין חלופות על –

פי העדפותיו, ובאפשרותו להביא הכרעה זו לכלל מימוש. [...] בבסיס הדברים מונחת התפישה כי הגשמתו, הלכה למעשה, של עקרון זה, תקנה לחייו של אדם ערך מוסף ותהפכם לטובים יותר וראויים יותר.

אכן, קיימת זיקה ישירה בין עקרון האוטונומיה לבין מושג הכבוד. אדם, המגלה כי לבחירותיו לא ניתן משקל שווה לאלו של רעיו, הנוכח כי אין יסוד רציונלי לעובדה כי האחר, בניגוד אליו, זוכה לממש את העדפותיו, המרגיש כי אינו זוכה להכרה, ובפרט שעה שבחירותיו משרתות גם את ענינם של אחרים זולתו, והחש עצמו נפגע בגין בחירות שעשה בלא שיש טעם ממשי לדבר, הוא, ללא ספק, אדם שכבודו נפגע". (פסקאות 5-6 לפסק דינו של כב' השופט לוי, וההפניות שם).

164. אך אוטונומיה אינה רק היכולת לבחור בין חלופות באופן חופשי. אוטונומיה היא יכולתו של האדם להגשים את עצמו, להביא את עצמיותו לידי ביטוי בחיי היום יום, בחיק משפחתו וקהילתו. על תוכנה של הזכות לאוטונומיה ניתן ללמוד מדבריו של כב' השופט פוגלמן בעניין **איתן** אך לאחרונה. תוך כדי בחינת הפגיעה בכבוד האדם המגולמת בחובה לשהות במתקן "חולות", עומד כב' השופט פוגלמן על מרכיביה של הזכות לכבוד:

"... כך נמנעת מן המסתנן האפשרות לפתח את אישיותו. בכך נפגעת זכותו לכבוד. כשהוא נדרש להתייצב שלוש פעמים ביממה במרכז שהייה המרוחק מכל מקום ישוב מרכזי, **כיצד יכיר השהיה בן או בת זוג? אילו תחביבים יוכל לאמץ לעצמו? מתי יזדמן לו לפגוש בחבריו שטרם קיבלו הוראת שהייה? האם יוכל לנסות לרכוש השכלה ודעת במקום שיבחר? נהיר, אם כן, כי מבנהו הנוכחי של פרק ד' לחוק אינו מאפשר למסתנן להגשים את זכותו לאוטונומיה באופן שעולה בקנה אחד עם חובת רשויות המדינה – והרשות המחוקקת בכלל זה – לשמור על כבודו". (פסקה 125 לחוות דעתו של כב' השופט פוגלמן)**

165. אכן, כבודו של אדם אינו מגביל עצמו אך לתחומים מסוימים, אלא משתרע על מיגוון רחב של היבטים אנושיים (ראו, למשל, בג"ץ 5688/92 **שמואל ויכסלבאום נ' שר הביטחון**, פ"ד מז(2) 812). לכל אדם נתונה הזכות, נתון הכוח לבחור במה יעבוד, איפה יחיה, מה ילמד, עם מי יחלוק את ביתו ואת חייו, במה יאמין. כל אדם זכאי להזדמנות לצמוח ולהתפתח, להגשים את יכולותיו, כשרונותיו, מאווייו.

166. האנשים והנשים נשואי עתירה זו, אותם מתי מעט אשר הצליחו לעבור במסגרת הצפופה של הוראת השעה וזכו לממש את זכותם לחיי משפחה עם בחירי ליבם, מגלים, ככל שנוקפות השנים, כי בכך אין סג. אכן, המשוכה שמציבה הוראת השעה בכניסה לישראל גבוהה היא, אך לא פחות גבוהות ממנה המשוכות בפניהן עומדות המשפחות בתוך ישראל.

167. מחקרים מתחום הפסיכולוגיה כבר עמדו על ההשלכות השליליות של חוסר ודאות על נפשו ועל חייו של האדם. להווי ידוע, כי "**חוסר וודאות הוא גורם לחץ משמעותי בחייו של אדם, והוא נקשר תכופות לחרדה ולדיכאון**" (פסקה 155 לחוות דעתו של כב' השופט פוגלמן בעניין **איתן**, וההפניות שם).

168. ועל דרך החיוב: תחושת הוודאות האישית של האדם, במיוחד בתחומים משמעותיים של חייו, הינה דרישה קריטית מבחינה פסיכולוגית, משום שהיא מעניקה משמעות לקיומו ומאפשרת לו לגבש ציפיות

ריאליות, שעל בסיסן הוא יוכל לקבוע את מהלכיו בעולם. באופן זה, מעניקה הוודאות האישית לפרט תחושת שליטה על גורלו שלו.

People have a fundamental need to feel certain about their world and their place within it – subjective certainty renders existence meaningful and thus gives one confidence about how to behave, and what to expect from the physical and social environment within which one finds oneself. Uncertainty is aversive, because it is ultimately associated with reduced control over one's life. And thus it motivates behavior that reduces subjective uncertainty... of course people don't strive for certainty in all aspects of life but only those which are subjectively important". (Dominic Abrams & Michael A. Hogg, **Social Identity and Social Cognition** (Blackwell Publishing, 1999), at 266).

169. היעדר המעמד של בן המשפחה הפלסטיני גוזר עליו חיים של עמידה במקום. ללא ביטחון כלכלי, ללא ביטחון סוציאלי, ללא ביטוח בריאות. מי שמחזיק בהיתרי מת"ק לרוב אינו מצליח במשימה הפשוטה של מציאת תעסוקה ומקור פרנסה מוסדר, לא כל שכן בהגשמת יכולותיו כאדם יצרני, כבן משפחה, חלק מקהילה ומחברה. נשים ואנשים החיים במשך שנים כאן בישראל, בני זוג והורים של אזרחי ישראל, אך חסרי אפשרות להתפתח ולהתקדם, לא בלימודים גבוהים, לא מבחינה מקצועית. הם לא כאן ולא שם. תקועים.

170. משמעות הדבר אינה רק פגיעה באוטונומיה של הרצון או ביכולת ההגשמה העצמית של אותם אנשים. הלכה למעשה, אותם יחידים נאלצים להיסמך על בני ובנות משפחתם, בני זוגם וילדיהם, ובני המשפחה המורחבת והם הופכים לנטל על משפחתם. גם בכך יש פגיעה עמוקה בזכותם לכבוד (ר' והשווה בר"מ 3578/10 **מדינת ישראל נ' ניניו אאוניסה** (פורסם בנבו, 21.6.2010) (להלן: "**עניין אאוניסה**").

171. אך הפגיעה אינה מוגבלת רק לבן המשפחה הפלסטיני. במציאות בה אחד מהורי המשפחה מחוסר מעמד בישראל, מוטלת אבן ריחיים על צוואר המשפחה כולה. כפי שהראינו בחלק העובדתי, העותרים, כמו גם משפחות רבות אחרות השותפות למצבם, חיים משך שנים ללא יציבות או וודאות לעתיד. בלי לדעת מה ילד יום או יומיים. ללא יכולת להתפתח, להתקדם. בני זוג שעול המשפחה מוטל כולו עליהם. ילדים אשר הוריהם אינם יכולים לספק עבורם את כל צרכיהם. התא המשפחתי מתקיים, אמנם, אך הלכה למעשה אחד החברים בו הוא נוכח-נפקד.

172. כפי שנראה להלן, מניעת המעמד מבני המשפחה הפלסטינים עולה כדי פגיעה בכבוד האדם, על ביטויו ונגזרותיו: כפגיעה בזכות לקיום בכבוד, בזכות לביטחון סוציאלי, בזכות לבריאות ובזכות לשוויון. אך בראש ובראשונה, הפגיעה מצויה בגרעינו של כבוד האדם, בזכות לכבוד האדם העומדת על רגליה העצמאיות:

"שוו בנפשכם: פלוני לא קיבל מערכת אב"כ המתאימה לו בשל היותו בעל זקן. נקבע כי כבודו כאדם נפגע (**פרשת נוף**); כבודו של אדם נפגע אם אין מאפשרים כיתוב

מתאים על מצבה של קרוב משלו שנפטר (**פרשת ויכסלבאום**, עמ' 828); אדם שנאלץ לפרוש בגיל מוקדם מזה של חבריו, כבודו נפגע (בג"ץ 6051/95 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נא(3) 329, 281, 341).
(עניין **חוק טל**, בפסקה 43 לפסק דינו של כבוד הנשיא ברק)

173. האם לא נובע מכך, בחינת קל וחומר, כי כבודו של מי ששוהה משך שנים בישראל כדין, אך ללא כל מעמד וזכויות סוציאליות, נפגע מעצם העובדה שהשמירה על בריאותו אינה מובטחת, שאין לו אפשרות לצמוח ולהתפתח, שאינו יכול לבחור את מקום עבודתו ואין לו את היכולת או הפניות ללמוד לימודים גבוהים. האם לא נובע כי מי ששוהה בישראל כדין אך מתקיים בהכרח בלא כל יציבות, חי מן היד לפה ונאלץ להיות נטל על בני משפחתו, כבודו נפגע? "**האין בכך פגיעה באוטונומיה, בשלמות הפיזית והרוחנית של כל אדם ובמכלול אנושיותו**"? (שם, שם)

3.5.1.2 הזכות לקיום בכבוד

174. התמונה המתקבלת מצירוף הפגיעות זו לזו, יוצרת עבור המשפחות נשואות עתירה זו מציאות בלתי אפשרית: חיים מהיד לפה, היעדר יציבות או וודאות לעתיד לבוא, היעדר זכאות לביטוח בריאות וביטוח לאומי, הפגיעה ביכולת לעבוד! במילה אחת: עוני.

175. העוני אינו נחלת בן המשפחה הפלסטיני בלבד. הוא אף אינו מגביל את עצמו לדור אחד בלבד. העוני חוצה לאומים, משריש עצמו באופן בין-דורי, ואינו מאפשר צמיחה והיחלצות ממנו:

"עוני ומצוקה יוצרים מעגל קסמים ממנו קשה, אף לחזקים ביותר, להיחלץ. זוהי מציאות המעוררת תחושות של ניכור וחוסר הזדהות, וחונקת את התקווה לשינוי. ללא תנאי מחייה מינימאליים אין האדם יכול לממש את חירותו. ללא תנאי מחייה מינימאליים אין באפשרותו לקיים חיים אוטונומיים ומלאים ואין הוא יכול להפוך לחלק פעיל מחברתו וקהילתו". (עניין **סלאח חסן**, פסקה 6 לפסק דינו של הש' ג'ובראן).

176. הזכות לקיום בכבוד הוכרה כזכות חוקתית על חוקית, המוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בסעיפים 2 ו-41 כמפורט לעיל.

177. בשורה של פסקי דין נקבע כי ההגנה החוקתית על כבוד האדם, מקיפה גם זכות לקיום אנושי בכבוד. כך קבע כב' הנשיא ברק ברע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה(3) 360, 375-376 (להלן: "**עניין גמזו**"):

"כבודו של האדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי [...] אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב לחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע [...]. כך כבודו של כל אדם";

ובעניין **קיום בכבוד**:

"חוקי היסוד מגנים על הזכות לכבוד, ובגדרה על היבט הקיום הנדרש לצורך מימוש הזכות לכבוד. בראייה זו זכותו של אדם לכבוד היא גם הזכות לנהוג את חייו הרגילים

כבן אנוש בלא שתכריע אותו המצוקה ותביא אותו לכלל מחסור בלתי נסבל. זוהי התפיסה שהזכות לקיום בכבוד היא הזכות כי יובטח לאדם אותו מינימום של אמצעים חומריים שיאפשרו לו להתקיים בחברה שבה הוא חי".

וראו גם: בג"ץ 161/94 רע"א 5368/01 פנחס יהודה נ' עו"ד יוסף תשובה, כונס נכסים, פ"ד נח(1) 214 (2003); בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח(3) 503, 528 (2004) (להלן: "עניין אדם טבע ודין"); בג"ץ 5578/02 רחל מנור ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד נט(1) 729, 736 (2004) (להלן: "עניין מנור"); עע"ם 3829/04 אשר טויטו נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט(4) 769, 779 (2004); בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה (פורסם בנבו, 4.6.2013) (להלן: "עניין החיסונים").

178. לזכות לקיום אנושי בכבוד נודעה חשיבות רבה, כחלק בלתי נפרד מן הזכות לכבוד, ואף כתנאי למיצוין של יתר זכויות האדם. יפים מאין כמוהם דברי כב' הנשיאה ביניש בעניין סלאח חסן:

"הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד מצויה בליבו ובגרעינו של כבוד האדם. חיים בחרפת רעב, ללא קורת גג, תוך חיפוש מתמיד מנין יבוא עזרו של אדם, אינם חיים בכבוד. מינימום של קיום בכבוד הוא תנאי לא רק לשמירה ולהגנה על הכבוד האנושי, אלא גם למיצוין יתר זכויות האדם. אין כל פואטיקה בחיים בעוני ובמחסור. ללא תנאים חומריים מינימאליים, אין לאדם יכולת ליצור, לשאוף, לבחור את בחירותיו ולממש את חירויותיו. במילותיו היפות של השופט י' זמיר, "אסור שזכויות האדם ישמשו רק את האדם השבע. צריך שכל אדם יהיה שבע, כדי שיוכל ליהנות, למעשה ולא רק להלכה, מזכויות האדם" (בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ ואח', פ"ד נב(1) 289, 340 (1998) [...]) לגישתי, אין לראות בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד זכות הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם, אלא לראות בה זכות המהווה ביטוי ממשי של כבוד האדם. הזכות לקיום אנושי בכבוד אינה, כנטען על ידי המשיבים, זכות המרחיבה את תוכנה והיקפיה של הזכות החוקתית לכבוד, אלא היא נטועה עמוק-עמוק בגרעינה של הזכות החוקתית לכבוד". (פסקאות 35-36 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; ההדגשה במקור).

179. אמנם, הזכות לכבוד אינה מקיפה את כל הזכויות כולן (ר' בעניין אדם טבע ודין, בעמ' 518), אך בכך אין כדי לומר כי הזכות לקיום בכבוד משמיעה כי יש להגן אך ורק על המינימום שבמינימום: כדי לקיים את הזכות לכבוד, צריך הקיום להיות אנושי. כדבריו של הנשיא ברק בעניין קיום בכבוד: "זכותו של אדם לכבוד היא גם הזכות לכך שיהיו לו תנאי חיים המאפשרים קיום שבו יממש את חירותו כבן אנוש" (בעמ' 481). ובמקום אחר שם:

"נמצא כי כבודו של האדם במדינת ישראל תלוי במכלול תנאי חיו, כפי שהם משתקפים ממצבה של החברה ומערכי היסוד המנחים אותה. כבוד האדם נפגע אם אותו אדם מבקש לקיים חיי אנוש בחברה שלה הוא משתייך אך מוצא כי דלו אמצעיו ותש כוחו לעשות כן. אדם שכזה זכאי כי המדינה תפעל כדי להגן על כבודו" (שם, בעמ' 486)

180. אף במשפט הבינלאומי הוכרה הזכות לרמת חיים נאותה עבור כל אדם. כך, האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות קובעת כי לכל אדם זכות לרמת חיים נאותה עבורו ועבור משפחתו,

לרבות מזון, מלבוש ומדור נאותים, וכן זכות לשיפור מתמיד בתנאי קיומו. עוד קובעת האמנה כי המדינות החברות ינקטו צעדים מתאימים להבטחת הזכות האמורה. ובשפת המקור:

"Article 11:

1. The States Parties to the present Convention recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent".

181. בחינת מצבן של המשפחות נשואות עתירה זו ממבט על, מגלה כי הצטברות המגבלות המוטלות על בן המשפחה הפלסטיני מביאה את המשפחה כולה לכדי עוני, שאינו מאפשר קיום אנושי בכבוד או צמיחה ממנו. כמפורט בחלק העובדתי, מניעת המעמד מטילה על התא המשפחתי מגבלות בכל הקשור להכנסות בצורת מגבלות על עבודה, מניעת ביטוח לאומי, ופגיעה ביכולת ההשתכרות באמצעות האיסור על נהיגה בישראל. במקביל למגבלות האמורות, צומחות הוצאות התא המשפחתי, בין היתר בשירותי הבריאות שהם נאלצים לרכוש. בשים לב לכך שמרבית המשפחות המצויות במצב זה משתייכות למיעוט הערבי, ניתן להניח שבמקרים רבים נפגעת, במבחן התוצאה, הזכות לקיום בכבוד.

182. יתרה מזאת – מתן מעמד לבן הזוג וההורה הפלסטיני באופן שיאפשר לו לקיים את עצמו ואת משפחתו בכבוד, בנגישות לשירותי בריאות, התפתחות וחינוך, וביציבות רגשית וכלכלית – מקטין את הסיכוי שהמשפחה כולה תהיה לנטל על המדינה ותזדקק לחסדיה. מתן מעמד תושב, ולו ארעי, למי ששוהה בישראל ממילא וכדין במסגרת משפחה ישראלית, יאפשר לו לקחת חלק במארג החיים החברתי, להיות חלק מהקהילה, לצמוח בה ולתרום לה.

183. תנאי העוני שתוארו לעיל אינם מאפשרים התפנות למשימות שהינן מעבר למאבק הישרדות יומיומי, ואף בכך נפגעת הזכות לקיום אנושי בכבוד, שכן מהו קיום אנושי שיש בו כבוד אם אין בו אפשרות לאופק התפתחות אישית ולו מינימלית, שלא לומר למעט שאר-רוח.

3.5.1.3 הזכות לביטחון סוציאלי

184. הזכות לביטחון סוציאלי, כמבטאת את הזכות לקיום אנושי בכבוד, פורשה בפסיקת בית משפט נכבד זה כחלק מכבוד האדם, ולפיכך נהנית מההגנה החוקתית על כבוד האדם (עניין **מנור**, בעמ' 739; עניין **גמזו**). אלא ששאלת היקפה של הזכות לביטחון סוציאלי וההגנה עליה טרם קיבלה מענה בפסיקה:

"...שאלת מעמדה הנורמטיבי והיקפה של הזכות לביטחון סוציאלי טרם הובררה... באופן ישיר... במשפטנו ([עניין **מנור**] בעמ' 737). היא נגזרת, מבחינה מהותית, מאופיו של המשטר הכלכלי-סוציאלי הנוהג בחברה נתונה. היא משקפת את האתוס של אותה חברה. היא מבטאת את החוסן הכלכלי של משקה. ואמנם, '... פנייה למשפט המשווה מגלה כי קיימות עמדות שונות בעניין מעמדה הנורמטיבי והיקפה של הזכות החוקתית לביטחון סוציאלי' (שם, בעמ' 738)". עניין **רופאים לזכויות אדם**, עמ' 333

כן ראו בעניין **החיסונים**, בפסקה 43 לפסק דינה של הש' ארבל

185. כלומר, היקף ההגנה המינימלי על הזכות לביטחון סוציאלי מתפרש **לכל הפחות** ככל שמתפרשת ההגנה על הזכות לקיום מינימלי בכבוד. עם זאת, ולמרות הקשר ההדוק בין שתי הזכויות, אין בכך כדי לומר כי ההגנה על הזכות לביטחון סוציאלי חופפת, בהכרח, את ההגנה על הזכות לקיום בכבוד.

186. אמנם, כפי שנקבע בעניין **רופאים לזכויות אדם**, לא ניתן בהכרח לומר כי דווקא הסדר זה או אחר בחוק הביטוח הלאומי הוא המבטא את היקפה הראוי של ההגנה על הזכות לביטחון סוציאלי, כפי שלא ניתן לומר כי הסדר זה או אחר בהכרח מבטא את התוכן הראוי הניתן לזכות לקיום בכבוד. עם זאת, לא יכול להיות חולק כי לזכויות המשתלמות בהתאם לחוק הביטוח הלאומי חלק מרכזי בהגשמת הפן החיובי של הזכות לקיום בכבוד:

"הזכות לחיים בכבוד מוגשמת על ידי המדינה במגוון של אמצעים, מערכות והסדרים, ואין ספק כי חקיקת הרווחה וקצבאות המוסד לביטוח לאומי מהוות חלק נכבד ומשמעותי בהגשמתה של זכות זו". (עניין **החיסונים**, פסקה 40 לפסק דינה של הש' ארבל)

ובבג"ץ 6304/09 לה"ב – **לשכת ארגוני העצמאים והעסקים נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 2.9.2010) (להלן: "**עניין לה"ב**):

"תכליתו המרכזית של הביטוח הסוציאלי הינה לממש את חובתה של המדינה להבטיח רף קיום מינימלי לכלל תושביה, כדי שלא ידרדר אדם אל מתחת לסף של חיים בכבוד. הביטוח הסוציאלי, ומסגרות החוק שנועדו להגשימו, הם מרכיב חשוב בהגשמת האדייאה של חברה המבוססת על אדני צדק, שוויון, ודאגה סוציאלית לנזקק. אכן: **"הביטוח הסוציאלי הוא ביטוי לדאגת החברה להבטחת אמצעי קיום מינימליים לפרט שאינו מסוגל לדאוג לעצמו מסיבות שאינן תלויות בו. ... ייעודו של הביטוח הסוציאלי לפתור בעיות סוציאליות ולהושיט עזרה לאלה הזקוקים לה. הוא מושתת על עיקרון של סולידריות חברתית, ומטרתו להעניק ביטחון כלכלי לכל"** (רע"א 7678/98 קצין התגמולים נ' דוקטורי, פ"ד ס(1) 489, 525 ו-495 (2005)). על פי ראייה זו, הבטחת אמצעי קיום מינימליים לנזקקים אינה רק אינטרס של הפרט הנצרך, אלא ערך חברתי כללי, המקרין על דמותה של החברה והמדינה כמדינת רווחה".

(פסקה 44 לפסק דינה של הש' פרוקצ'יה, ההדגשה במקור)

187. גם אם הפסיקה הישראלית טרם עמדה על היקף ההגנה על הזכות לביטחון סוציאלי עד תום, הרי שלנוכח מצבם של העותרים, הגיעה העת לעשות כן. מדינת ישראל מחוייבת להגדרה הקיימת במשפט הבינלאומי, באמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. הזכות לביטחון סוציאלי מעוגנת בסעיף 9 לאמנה, הקובע כדלהלן:

"מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכותו של **כל אדם** לביטחון סוציאלי, לרבות ביטוח סוציאלי" (ההדגשה הוספה, ס.ב.נ.)

188. הועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, שהיא הגוף המוסמך המוסמך לפרשנות האמנה, קבעה בהערה כללית מספר 19, כי הזכות לביטחון סוציאלי היא בעלת חשיבות מרכזית על מנת להבטיח קיום בכבוד לכל אדם, בהיתקלו בנסיבות המונעות ממנו את האפשרות להגשים את כל הזכויות המנויות באמנה במלואן (*Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No 19: The Right to social security (art. 9 of the Covenant)*, E/C.12/GC/19, בסעיף 1 (להלן: "הערה כללית 19").

189. הועדה קבעה כי הזכות לביטחון סוציאלי כוללת את הזכות שלא להיות נתון למגבלות שרירותיות ובלתי סבירות על ביטוח סוציאלי קיים, בין אם סופק באופן ציבורי או פרטי, כמו גם את הזכות להנות באופן שווה וללא אפליה מהגנה ראויה מסיכונים חברתיים במצבים שונים, לרבות האלמנטים הבאים: ביטוח בריאות, הטבות כלכליות בזמן חולי, זקנה, אבטלה, פציעות עבודה, הורות, נכות, תמיכה במשפחות ברוכות ילדים, ביתומים ובשארים של מפרנס משפחתי (הערה כללית 19, סעיפים 9-21).

190. בחוות דעתה של פרופ' ארימונד (נספח נ' לעיל), בוחנת זו האחרונה האם מניעת ביטוח לאומי מבני המשפחה הפלסטינים, על אף האמור בסעיף 9 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, עולה כדי הפרת חובותיה של מדינת ישראל לפי האמנה. על מנת לעשות זאת, בוחנת פרופ' ארימונד האם הגבלת הזכות לביטחון סוציאלי על ידי מדינת ישראל עומדת בסטנדרטים הקבועים בסעיף 4 לאמנה, הקובע כי "...רשאית המדינה לסייג זכויות אלה רק באותן הגבלות כפי שנקבעו בחוק, ורק באותה מידה שהדבר עשוי להתיישב עם טבען של זכויות אלה, ואך ורק למטרת קידומה של הרווחה הכללית בחברה דמוקרטית".

191. פרופ' ארימונד קובעת כי לא ניתן לומר באופן מובהק כי מניעת הזכויות הסוציאליות נעשתה בחוק, היות שהמחוקק מעולם לא קבע באופן פוזיטיבי כי בני משפחה פלסטינים אינם זכאים לזכויות סוציאליות (סעיף 24 לחוות הדעת), אלא זוהי תוצאה של שתי הוראות חוק נפרדות בחוקים שונים שהקשר ההכרחי ביניהן אינו מובהק; בנוסף, סבורה פרופ' ארימונד כי מניעת ביטוח לאומי אינה מתיישבת עם טבען של זכויות אלה, שכן לא ניתן לבודד קבוצה קטנה של יחידים פגיעים השוהים בישראל כדין, ולמנוע מהם זכויות סוציאליות, מבלי להתחשב במשך שהותם בישראל (סעיף 26 לחוות הדעת). פרופ' ארימונד אף מגיעה למסקנה כי קידום הרווחה הכללית אינה יכולה להיחשב כמטרה העומדת בבסיס הפגיעה בזכויות מאחר ואינה משרתת את התכלית הביטחונית העומדת, לפי עמדת המדינה, בבסיס הוראת השעה (בתרגום חופשי לעברית):

"הוראת השעה נומקה על ידי מדינת ישראל כחיונית על מנת להגן על ביטחון המדינה, ובאופן ספציפי יותר, על מנת למנוע פעולות טרור. עם זאת, קשה לראות כיצד מניעת ביטוח סוציאלי וביטוח בריאות ממלכתי ליחידים נזקקים – יחידים אשר כניסתם לישראל אושרה תחת תנאיה הבטחוניים הנוקשים של הוראת השעה – מגדילה את ביטחונה של מדינת ישראל, או תורמת באיזשהו אופן למניעת פעולות טרור". (סעיף 29 לחוות הדעת, ההדגשה במקור)

192. עוד מציינת פרופ' ארימונד כי מניעת ביטוח לאומי וביטוח בריאות ממלכתי אינה מותרת על פי סעיף 4 לאמנה, גם לאור העובדה שמדובר בצעד גרסיבי, היות שבעבר היו אותם יחידים זכאים לזכויות אלה. קיימת חזקה כי צעדים גרסיביים בהקשר לזכות לביטחון סוציאלי אסורים, ו"כל מדינה חברה הנוקטת בצעדים גרסיביים כאמור נושאת בנטל כבד להצדקתם" (סעיף 32 לחוות הדעת, בתרגום חופשי).

193. לפיכך קובעת פרופ' ארימונד כי מניעת זכויות סוציאליות וביטוח לאומי מבני המשפחה הפלסטינים מהווה הפרה של מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. יודגש, כי כמדינה מפותחת, מדינת ישראל אינה יכולה להגביל את הזכות לביטחון סוציאלי הקבועה בסעיף 9 לאמנה לאזרחיה ותושביה בלבד (ראה סעיף 2.3 לאמנה). בהתאם לאמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, נתונה הזכות לביטחון סוציאלי לכל אדם, ואין להגבילה אלא בתנאים שפורטו לעיל. נזכיר, כי בהתאם לחזקת ההתאמה הפרשנית, בהיעדר סתירה מפורשת, על חוקי היסוד להתפרש בהתאם למחויבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל, הן לעניין היקף הזכות החוקתית לכבוד וההגנה עליה, והן לעניין תוכנה. (ר' בסעיפים 149-154 לעיל).

194. לאור הסטנדרט הקבוע במשפט הבינלאומי לעניין הזכות לביטחון סוציאלי, נבחן האם המצב הנתון פוגע בזכותם של העותרים ואחרים במצבם. בית משפט זה קבע, כי שומה על המדינה להבטיח התאמה בין המערך הכולל של הסדרי הרווחה לבין הסטנדרט המינימלי לקיום בכבוד:

"חשוב להבהיר כי בהחלטתנו כי סעיף 9א(ב) לחוק [הבטחת הכנסה, ס.ב.ג.] פוגע בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד לא נדרשנו להגדיר מהו אותו מינימום של קיום אנושי בכבוד; מה הוא כולל, או מה עליו לכלול. נקודת המוצא לדיוננו היא כי מוטלת על המדינה חובה לקבוע מהם תנאי הקיום המינימאליים ולגזור את מערך הרווחה בהתאם לכך. [...] לצורך הדיון שלפנינו, אנו מניחים כי כך אכן נעשה לשם קביעת מערך הרווחה הכולל הניתן על ידי המדינה, ובמסגרתו גם חוק הבטחת הכנסה, מבוסס על קביעה זו. אנו יוצאים, אפוא, מתוך ההנחה שמכלול הסדרי הרווחה הניתנים בישראל מספקים את ה"סל" הנדרש לשם קיום מינימאלי בכבוד". (עניין סלאח חסן, בפסקה 46 לפסק דינה של הנשיאה ביניש)

195. למרות חובה זו של המדינה לקבוע סטנדרט של קיום בכבוד, לאחרונה נתגלה כי המדינה לא קבעה כל אמת מידה כאמור. כך, מתשובת משרד האוצר לבקשת חופש מידע של האגודה לזכויות האזרח בישראל, עולה כי למרבה הצער הנחת בית המשפט בעניין סלאח חסן היתה שגויה, שכן המדינה לא קבעה סטנדרט לגבי תנאי קיום מינימליים, וממילא מערך הסדרי הרווחה לא נגזר מסטנדרט כאמור. גם הוועדה למלחמה בעוני, אשר המלצותיה הוגשו לשר הרווחה ביום 23.6.2014, לא דנה בהגדרה של מחיה בכבוד.

- מצ"ב בקשת חופש מידע מיום 27.6.2013 ומסומנת ע'
- מצ"ב תשובת משרד האוצר מיום 9.9.2013 ומסומנת ע"א

המלצות הוועדה לבחינת העוני זמינות בכתובת:

http://media.wix.com/ugd/520601_b7b1dfc76cd14001818183151b878abe.pdf

196. ואכן, הנתונים מלמדים כי להיעדרה של הגדרה זו מחיר כבד. בהתאם לנתוני המוסד לביטוח לאומי, בנייר עמדה מיום 29.5.2013, עולה כי שיעור העוני בקרב משפחות המקבלות הבטחת הכנסה עומדת על 64.5%. שיעור העוני בקרב ילדים בני משפחות אלה עומדת על 83%. ואם במערך הסדרי הרווחה הניתן לכל אזרחי ותושבי המדינה אין בהכרח כדי לקיים את הזכות לקיום בכבוד, מה נאמר על מי ששוהה כאן כדין משך שנים, והוא תושב המדינה הלכה למעשה, אך אינו זכאי לזכויות הסוציאליות? האם לא נאמר, מכוח קל וחומר, כי זכותם לביטחון סוציאלי, ככל שעניינה בזכות לקיום בכבוד, נפגעת פגיעה אנושה?

עוד לעניין המשמעות של היעדר סטנדרט לקיום בסיסי בכבוד, ראה בנייר עמדה של האגודה לזכויות האזרח "אין דבר כזה", זמין בכתובת:

<http://www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2013/10/EinDvarKaze.pdf>

197. טול למשל את עניינה של משפחת א' ע' (העותרים 1-6). הכנסתה של המשפחה מסתכמת ב-3,000 ₪ בחודש, הכוללים את קצבת הנכות של העותר 3 וקצבת ילדים המשתלמת בגין שלושה מילדי המשפחה. הוצאותיה החודשיות הקבועות של המשפחה כוללות חשבונות בסך כ-500 ₪ (ארנונה, חשמל ומים) והוצאות רפואיות קבועות בסך כ-300 ₪ (תרופות חודשיות לעותר 3 וביטוח רפואי פרטי לעותרת 2). כלומר, המשפחה כולה, בת 6 נפשות, מתקיימת מ-2,200 ₪ בחודש. בסכום זה מממנים בני המשפחה הוצאות שוטפות בסיסיות כגון מזון, מלבוש ונסיעות. מובן כי סכומים אלה אינם מאפשרים קיום חסכוני למצבי חירום, או מימון הוצאות חינוך או העשרה לילדי המשפחה. בנסיבות אלה, לא יכול להיות חולק כי זכותם של כל בני המשפחה לקיום בכבוד נפגעת פגיעה אנושה.

198. למרבה הצער, מצבה של משפחת א' ע' אינו חריג בין העותרים ומשפחות רבות אחרות בהן אחד מבני הזוג הינו תושב האזור. כך, העותרים 37-43, משפחת חטיב בת 7 הנפשות, מתקיימת מהכנסה חודשית ממוצעת בת 4,000 ₪; העותרים 7-14, העותרת 7 וילדיה, 8 נפשות, מתקיימים מהכנסה חודשית של כ-8,000 ₪; העותרים 44-49, משפחת חלאילה המונה 6 נפשות, מתקיימת מהכנסה חודשית בסך כ-3,200 ₪ בסה"כ; העותרים 25-30, משפחת אבו מוחסן המונה 6 נפשות, מתקיימת מהכנסה חודשית ממוצעת בסך כ-6,500 ₪ בסה"כ; העותרים 31-36, משפחת שואמרה המונה 6 נפשות, מתקיימת מהכנסה חודשית ממוצעת בסך 6,000 ₪; העותרים 15-24, 10 נפשות בסה"כ, מתקיימים מהכנסה חודשית של פחות מ-5,800 ₪.

199. על מנת לסבר את האוזן, על פי נתוני המוסד לביטוח לאומי, בשנת 2012 עמד קו העוני למשפחה בת 6 נפשות על 9,588 ₪, משפחה בת 7 נפשות – 10,716 ₪ בחודש; 8 נפשות – 11,731 ₪; ומשפחה בת 9 נפשות זקוקה להכנסה כספית של כ-12,700 ₪ בחודש על מנת שלא תיחשב ענייה. (המוסד לביטוח לאומי, דו"ח מימדי העוני והפערים החברתיים לשנת 2012, ראו קישור לעיל). **כל המשפחות נשואות עתירה זו מצויות הרבה מתחת לקו העוני**. מרביתן צופות אל קו העוני ממרחק של אלפי שקלים.

200. נתונים קשים אלה, שכאמור אינם ייחודיים לעותרים זכאן, מראים מעל לכל ספק כי קיימת פגיעה אנושה בזכות לביטחון סוציאלי גם כעומדת באופן עצמאי וגם ככל שהיא חופפת את הזכות לקיום בכבוד.

201. לו היתה הוראת השעה מאפשרת מתן רישיון ישיבה מסוג א/5 לעותרים ולאחרים במצבם, היו בידי המשפחות כלים להתמודד עם המציאות הקשה שתוארה לעיל. תפקידו של מערך הביטוח הסוציאלי במדינת ישראל לחלץ משפחות ממצבים אלה בדיוק. אמנם, קשה להתייחס לפגיעות בזכות לביטחון סוציאלי בנפרד מהפגיעה בזכות לקיום בכבוד, בזכות לבריאות, ובחופש העיסוק של העותרים, אך למערך הסדרי הרווחה תפקיד ייחודי בתוך התמונה הכללית. מי שמחזיק ברישיון ישיבה מסוג א/5 זכאי, לאחר תקופת אכשרה, לכל הזכויות המשתלמות מכוח חוק הביטוח הלאומי וחוקים אחרים המסתמכים על ההגדרות שם, לגמלת הבטחת הכנסה בשיעור שווה לתאים משפחתיים אחרים, לדמי אבטלה, לדמי תאונה במידת הצורך, לביטוח זקנה וכיו"ב – כל אלה זכויות תלויות מעמד תושב בישראל, היכולות לאפשר למשפחות נשוא עתירה זו, ואחרות במצבן, לפרוץ את מעגל העוני.

3.5.1.4 הזכות לבריאות

202. בדומה לזכות לביטחון סוציאלי, גם מעמדה של הזכות לבריאות והיקף ההגנה החוקתית עליה טרם נתבררו עד תומם בפסיקה הישראלית. על כך כי הזכות לבריאות, ככל שעניינה בקבלת שירותי בריאות חיוניים ברמה הבסיסית הדרושה להגנת החיים והבריאות היא חלק מהזכות לכבוד האדם, המוענקת לכל אדם בישראל, אין חולקים (עניין גמזו, בפסקה 20; עניין עובדות סיעוד ותיקות, בפסקה 59). מנגד, אין גם חולק כי לא כל היבטיה של הזכות לבריאות מוגנים חוקתית, ואין ההגנה החוקתית משתרעת עד אינסוף (בג"ץ 3071/05 גילה לוזון נ' ממשלת ישראל, (פורסם בנבו, 28.7.2008)), (להלן: "עניין לוזון"). אלא שבית משפט זה טרם שרטט את הקו המפריד בין היבטיה המוגנים חוקתית של הזכות לבריאות לאלה האחרים. יפים לעניין זה דברי כב' הנשיאה בעניין לוזון:

"... פסיקתנו טרם דנה באופן ישיר בשאלה מהם "שירותי בריאות בסיסיים" הבאים בגדרן של הזכויות החוקתיות המנויות בחוק היסוד, והאם ראוי לקרוא לתוך הזכויות האמורות זכות חוקתית לשירותי בריאות בהיקף רחב יותר מהרמה הבסיסית הנדרשת לקיום אנושי בחברה".

203. בצד האמור, ניתן לזהות בפסיקת בית משפט נכבד זה מגמה הולכת ומתרחבת של הכרה בזכויות חברתיות וכלכליות בכלל, ובזכות לבריאות בפרט, כחוסות תחת הזכות לכבוד האדם, ונהנות לפיכך מהגנה חוקתית. החל מדברי הנשיא ברק בעניין גמזו, כי "אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע" (פסקה 20), ובעניין רופאים לזכויות אדם כי "ניתן לעגן זכות סוציאלית לאספקת שירותי בריאות בסיסיים בגדר הזכות לשלמות הגוף, הקבועה בסעיף 4 לחוק היסוד" (פסקה 18), (כן ראה בעניין קיום בכבוד, בעמ' 484-483); עבור בעניין סלאח חסן, בו מציינת כב' הנשיאה ביניש את מנגנון ביטוח הבריאות הממלכתי לכל תושב כחלק ממערך הסדרים

שמטרתו מילוי חובת המדינה לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ולאחרונה, בעניין עובדות סיעוד ותיקות, ציינה כב' השופטת ברק-ארז כי:

"הזכות לבריאות, לפחות בליבתה, כרוכה בזכות לכבוד והיא אף נגזרת של הזכות לחיים ושל ההגנה על גופו של האדם. ... ניתן לומר שהיעדרו של מענה רפואי למחלה קשה או פגיעה קשה (הגורמת לאובדן כושר העבודה) של אדם שיש לו זיקה נמשכת למדינה (להבדיל מתיירים ואנשים ששהותם בישראל קצובה וקצרה יחסית) מהווה פגיעה בליבה של הזכות לבריאות... ההסדר הקיים הוא בעייתי אפוא משום שאין בו מענה דווקא למצבי הליבה של פגיעה בזכות לבריאות". (פסקה 3)

אף השופטת ארבל גילתה דעתה כי "נטיית ליבי היא להרחבת היקפה של הזכות לבריאות החוסה תחת ערך כבוד האדם והמטרייה החוקתית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (שם, בפסקה 59).

204. מגמה זו בפסיקה הישראלית הולמת אף את המגמה במשפט הבינלאומי, במסגרתו התרחב הדיון בזכות לבריאות, והתרבו המסמכים הבינלאומיים המעגנים את הזכות ויוצקים בה תוכן. למעשה, לאור העיסוק הנרחב בזכות לבריאות באמנות זכויות אדם בינלאומיות ומסמכים אחרים, ולמעלה משישים חוקות לאומיות המכירות בזכות לבריאות, קיימים לא מעט הסבורים כי הזכות לבריאות מוכרת כיום כזכות אוניברסאלית, כחלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי (אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך", בתוך זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, 437, 445 (בעריכת יורם רבין ויובל שני, 2004)) (להלן: "גרוס"). לאור חזקת ההתאמה, נודעת לקביעה זו כמובן השלכה לעניין היות הזכות לבריאות חלק מהמשפט הפנימי הישראלי, גם בהיעדר חוק המאמץ את הזכות או אמנה המעגנת את הזכות אל תוך המשפט הישראלי.

205. סעיף 12(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות מגדיר את הזכות לבריאות כך: "מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות כל ליהנות מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר שאפשר להשיגה". סעיף 12(2) מונה רשימה בלתי ממצה של צעדים שעל המדינות החברות לנקוט כדי להביא למימושה של הזכות, לרבות "יצירת תנאים נאותים אשר יבטיחו לכל שירותי בריאות וטיפול רפואי במקרה של מחלה" (סעיף 12(2)(ד)). בהתאם להערה כללית מספר 14 של הועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, חובה זו:

"... includes the provision of equal and timely access to basic preventive, curative, rehabilitative health services and health education... appropriate treatment of prevalent diseases, illnesses, injuries and disabilities, preferably at community level; the provision of essential drugs; and appropriate mental health treatment and care" (הערה כללית 14, בסעיף 17)

206. כמו כן, קבעה הועדה במסגרת הערה כללית 14, כי הזכות לבריאות מקיפה הן חירויות והן זכויות, לרבות זכויות למערכת הגנה על הבריאות, המספקת שוויון הזדמנויות לאנשים ליהנות מהרמה הגבוהה ביותר הניתנת להשגה של בריאות (סעיף 8), והדגישה, בהמשך לסעיף 2.2 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות הקובע איסור הפליה כללי, כי אסורה הפליה כלשהי בנגישות לשירותי

הבריאות (סעיפים 18-19). לעניין עיקרון היישום ההדרגתי, מציינת הועדה כי עיקרון היישום ההדרגתי אין בו כדי לגרוע מחובות המדינות החברות לעניין מימוש הזכות לבריאות, וכי האמנה מטילה על המדינות החברות גם חובות שהן בעלות תחולה מיידית, כמו החובה שלא לנהוג בהפליה בהפעלת הזכות, והחובה לנקוט בצעדים לקראת יישומה המלא של הזכות, כמובנה בסעיף 12 לאמנה.

207. אף פרופ' ארימונד מתייחסת להיקפה של הזכות לבריאות במשפט הבינלאומי, ומציינת כי:

"בריאות היא זכות אדם יסודית החיונית למימושן של זכויות אדם אחרות (הערה כללית 14, סעיף 1). [...] חובה זו 'כוללת הבטחת גישה שווה ובזמן סביר לשירותי בריאות מניעתית, מטפלת ומשקמת ברמה בסיסית', 'טיפול נאות' ב'מחלות, פציעות ומוגבלויות', 'סיפוק תרופות חיוניות' ו'טיפול נאות בבריאות הנפש' (הערה כללית 14, סעיף 17). המדינות החברות מחויבות 'לפעול... עד כדי מירב המקורות העומדים לרשותה, למען הבטח, בשלבים, את השימוש המלא" בזכות זו".

(סעיף 12 לחוות הדעת, בתרגום חופשי לעברית)

208. מן המקובץ עולה, כי בהתאם לתוכן הזכות לבריאות במשפט הבינלאומי, לא ניתן להסתפק בהכרה בזכות לבריאות ברמה הבסיסית ביותר, דהיינו רפואת חירום בלבד. סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות דורש כי המדינה תנקוט בצעדים למימוש רמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר שניתן להשיג. "הכרה בזכות ברמת המינימום אינה עולה בקנה אחד עם הזכות לבריאות כזכות שבאה להבטיח [...] את הרמה הגבוהה ביותר של בריאות גופנית ונפשית הניתנת להשגה" (גרוס, בעמ' 465). לפיכך, ובמיוחד בהתחשב בעמדה הגורסת כי הזכות לבריאות זכתה למעמד של משפט בינלאומי מינהגי, יש מקום להרחיב את היקפה של הזכות לבריאות החוסה תחת מטריית הזכות לכבוד ונהנית מהגנה חוקתית.

209. גם ללא תלות בשאלת היקפה של הזכות לבריאות הנהנית מהגנה חוקתית, לא ניתן לכחד כי מדובר באחת הזכויות היסודיות ביותר הנתונות לכל אדם באשר הוא. הזכות לבריאות חיונית והכרחית גם למימושן של מרבית, אם לא כל, זכויות האדם האחרות. לפיכך, ניתן להכיר בזכות לבריאות כזכות יסוד הלכתית (ראה גרוס, בעמ' 466). היטיבה לבטא זאת כב' השופטת ארבל אך לאחרונה:

"ללא תלות בשאלה החוקתית או הבינלאומית, ברי כי הזכות לבריאות הינה אחת מהזכויות הבסיסיות והחיוניות הנתונות לאדם. לזכות זו השפעה שלא ניתן להפריז בחשיבותה על הקיום של האדם, על חייו ועל איכותם. הפגיעה בבריאותו של אדם עלולה להיות בלתי הפיכה ותוצאותיה עבור האדם ומציאות חייו עלולות להיות הרסניות" (עניין עובדות סיעוד ותיקות).

210. הזכות לבריאות, ככל שהיא נוגעת להגנה על החיים, נכללת בגדר הזכות החוקתית ואין ספק כי היא נתונה לכל אדם בישראל, גם מי ששוהה כאן באופן בלתי חוקי. ואילו בענייננו, עסקינן בבני משפחות של ישראלים, אשר נכנסו לישראל ושוהים בה כדין, וזיקתם לישראל חזקה ואינה מוגבלת בזמן (השווה בעניין עובדות סיעוד ותיקות, בפסקאות 53-56 לפסק דינה של הש' ארבל).

211. כאמור, טיפול רפואי בסיסי או במצבי חירום, כמו זה לו זכאים כיום בני המשפחה הפלסטינים, אינו יכול לעלות כדי מילוי חובת המדינה בכל הנוגע למימוש הזכות לבריאות. כך בכלל, וכך בכל הנוגע למשפחות נשואות עתירה זו. המדובר בנשים וגברים המגיעים לישראל בגיל הפוריות, ונמצאים כאן משך שנים ארוכות. במצב הנוכחי, אין הם זכאים לטיפול במחלות כרוניות המשפיעות על חייו של אדם ועל כבודו; אין הן זכאיות למעקב הריון וטיפולים לקראת לידה.

"גם מעבר לטיפול הרפואי הבסיסי הניתן בשעת חירום. ברי כי טיפול רפואי משפיע במידה רבה על איכות חייו של אדם ולעתים על תוחלת חייו. כך למשל אדם החולה בסכרת ואינו מקבל את הטיפול הנדרש לכך בשגרה, עלול להגיע למצבים של סיכון חיים ושל פגיעה בשלמות הגוף שעלולים להיות בלתי הפיכים. [...] העובדים הסיעודיים בהם עסקינן בעתירה זו שוהים שנים רבות בישראל, ומדרך הטבע עלולים לפתח בעיות בריאותיות שונות במהלך השנים".
(עניין **עובדות סיעוד ותיקות**, בפסקה 62)

212. כמפורט בחלק העובדתי, בעת כתיבת שורות אלה מצויים אנו במצב ביניים. לאחר שנים רבות בהן פרט לטיפול במצבי חירום, לא היו בני המשפחה הפלסטינים זכאים לשירותי בריאות כלל, הותקנו תקנות רישום בקופת חולים למקבלי היתר שהייה, המעגנות הסדר חלקי ומפלה, לפיו יוכלו בני המשפחה הפלסטינים להירשם בקופות החולים בתשלום גבוה משמעותית מהתשלום בו נושאים בני משפחה שהוראת השעה אינה חלה עליהם. נכון למועד כתיבת שורות אלה, בהתאם להודעת המדינה בבג"ץ 2649/09, נדחה יישום התקנות עד לינואר 2015. לפיכך, יתייחסו העותרים בשלב זה הן למצב הקיים והן לאפשרות יישום התקנות בעתיד, תוך שמירת הזכות להשלים טענותיהם בהתאם לשינויים עתידיים.

213. בתמונת הדברים הנוכחית, כאשר בני המשפחה הפלסטינים אינם זכאים לכל שירותי בריאות, פרט לשירותי חירום, לא יכול להיות חולק כי קיימת פגיעה אנושה בליבת הזכות לבריאות, שהיא נגזרת וביטוי לזכות לכבוד (ראו בעניין **עובדות סיעוד ותיקות** בפסקה 3 לפסק דינה של כב' הש' ברק-ארז). אדם בריא שאינו זכאי לטיפולים היומיומיים ביותר אלא אם יתדרדר מצבו ויגיע להגדרה של מצב חירום; חולה כרוני שאינו זכאי לאבחון, מעקב או טיפול במחלתו; אישה בגיל הפריור שאינה זכאית למעקב הריון; הזכות לשירותי בריאות של כל אלה נפגעת פגיעה אנושה. לאור ההתפתחות בפסיקת בית משפט נכבד זה, לא יכול להיות עוד ספק כי מצב דברים זה עולה כדי פגיעה בליבת הזכות לבריאות, כחלק מהזכות לחיים ושלמות הגוף.

214. מצב דברים זה אף מהווה הפרה של חובותיה של מדינת ישראל במשפט הבינלאומי, שכן מניעת טיפול רפואי מבני המשפחה הפלסטינים אינה עומדת בסעיף 12 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (סעיף 3 לחוות הדעת של פרופ' ארימונד), והגבלת הזכות לא הופעלה בהתאם לסטנדרטים הקבועים בסעיף 4 לאמנה (ראה ניתוח בסעיפים 192-193 לעיל, סעיפים 35-24 לחוות הדעת).

215. המצב הנוכחי מהווה הפרה של חובות מדינת ישראל בהתאם לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות אף מן הטעם שקיימת הפליה ברורה בנגישות לשירותי הבריאות, המנוגדת לסעיף 2.2 לאמנה, ולפרשנות שניתנה על ידי הועדה בהערה כללית 14.

216. כמו כן, גם לכשייושמו התקנות הלכה למעשה (וככל שלא יחולו בהן שינויים), עדיין יהיה ההסדר שמנהיגה המדינה בכל הנוגע לשירותי בריאות לבני המשפחה הפלסטינים בלתי חוקתי ומנוגד למשפט הבינלאומי, ובפרט לסעיף 12 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, שכן מדובר בהסדר מפלה. היות שלאפליה ולפגיעה בשוויון מוקדש פרק בפני עצמו, לא נרחיב כאן את היריעה מעבר לאמירה, כי אין כל טעם והצדקה להבחנה, המעניקה לבני משפחה של ישראלים שאינם פלסטינים זכויות סוציאליות ושירותי בריאות, ומונעת אותם מבני משפחה של ישראלים שמוצאם באזור.

217. זאת ועוד. כפי שהראינו לעיל, אם וכשייושמו התקנות החדשות, התנאים הקשים שמונות התקנות בעיקר בכל הנוגע לסכום התשלום הגבוה המושט על בני המשפחה (תשלום ראשוני בסך 1,710 ₪ לבן זוג של אזרח או 7,695 ₪ לבן זוג של תושב, בנוסף לתשלום חודשי בסך 285 ₪; ראו בסעיפים 108-109 לעיל), מקימים חשש כי הלכה למעשה לא יוכלו מרבית העותרים לממש את זכאותם לשירותי בריאות במסגרת התקנות, וגם אם יעשו כן יהיו זכויותיהם פחותות מאלו של בני משפחה זרים אחרים. במבחן התוצאה מרבית הסיכויים הם שיימשך המצב הנוכחי, בו מלבד טיפול במצב חירום, לא יהיו בני המשפחה הפלסטינים זכאים לשירותי בריאות. מצב זה, כפי שהובהר ופורט לעיל, מהווה פגיעה קשה ועמוקה בזכות לבריאות, הנכללת בהגנה על הזכות לחיים ועל שלמות הגוף.

3.5.2 פגיעה בחופש העיסוק

218. חופש העיסוק הוכר כזכות יסוד שאינה כתובה עלי ספר כבר מראשית ימיו של בית משפט זה. הזכות עוגנה בפסיקה כזכות קנויה וטבעית העומדת לכל אדם (ראו, למשל, בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80; בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד 399, 407). חוק יסוד: חופש העיסוק עיגן את מעמדו של חופש העיסוק כזכות חוקתית על חוקית, בקבעו כי: "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח".

219. העובדה שחופש העיסוק עוגן בחוק היסוד בכל הנוגע לאזרח או תושב, אין בה כדי לומר כי בני המשפחה הפלסטינים, נשואי עתירה זו, אינם זכאים ליהנות מזכות זו. ראשית, לאור ההכרה ההלכתית בזכות לחופש העיסוק כזכות הנתונה לכל אדם (וראו הערתו של כב' השופט לוי בעניין הסדר הכבילה, בפסקה 41). זאת ועוד. להווי ידוע, כי הגדרת "אזרח", לא כל שכן "תושב", מקבלת משמעויות שונות בהתאם להקשר בה היא נדרשת, בהתאם לתכלית המונחת ביסוד דבר החקיקה המתפרש (ראו ע"א 657/76 הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים נ' חסדאי, פ"ד לב(1) 778, 781; ע"א 477/02 גונן נ' פקיד שומה חיפה (פורסם בנבו, 29.12.2005) בפסקה 8). וכך כותב פרופ' ברק לעניין תחולת חוק יסוד: חופש העיסוק על אזרח או תושב:

"... העיקרון החוקתי העל-חוקי מוגבל לאזרח או לתושב בלבד. חופש העיסוק אינו מהווה אפוא זכות אדם אלא זכות אזרח (או תושב). ביסוד תפיסה זו מונחת ההכרה כי רק מי שיש לו זיקה למדינה זכאי לעיסוק בה. ספק אם גישה זו ראויה היא; על כל פנים, היא הנוהגת אצלנו. חוק-היסוד אינו מגדיר "אזרח" או "תושב", ותוכם של ביטויים אלה ייקבע על יסוד התכלית המונחת ביסודם. ... דומה, כי אין לזהות "תושב"

עם ההוראות העוסקות בתושבות. ואכן, כבר בעבר נפסק כי לדיבור "תושב" משמעויות שונות בהקשרים שונים. **על כן, יש להכיר כתושב "לכל מי שיש לו זיקה למעשה למדינה, זיקה שאין בה מהזמניות או מהארעיות, שיש בה כדי להוכיח שניתן לראות מקום כלשהו בתחום ישראל כבית שבו הוא חי".** לעניין זה אין להעניק חשיבות מכרעת לחוקיות השהייה. גם מי ששהה בישראל שלא כדין תקופה ארוכה ורואה בה את ביתו, נהנה מחופש העיסוק שהיא מעמידה לרשות תושביה". (ברק – פרשנות חוקתית, בעמ' 598-599)

220. בענייננו, לא יכול להיות חולק שהעותרים, כמי שמתגוררים משך שנים בישראל, והם בני משפחותיהם של אזרחי ותושבי ישראל, הם תושבים הלכה למעשה, בעלי זיקה חזקה לישראל, הצופה פני עבר ועתיד גם יחד. (ראו והשוו בעניין **עובדות סיעוד ותיקות**, בפסקה 53). משכך, נתון לבני המשפחה הפלסטינים חופש העיסוק המעוגן בחוק היסוד.

221. למעשה, גם אם חופש העיסוק כזכות חוקתית על-חוקית לא היה חל בעניינם של העותרים מכוח חוק יסוד: חופש העיסוק, הרי שהוא חל בעניינם מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כביטוי לזכות לכבוד האדם, בשני היבטים עליהם עמדנו בפירוט לעיל: בהיבט של האוטונומיה של הרצון ובהיבט של הזכות לקיום אנושי בסיסי. על חופש העיסוק כביטוי לכבוד האדם והזכות לאוטונומיה עמד פרופ' ברק, בספרו פרשנות חוקתית:

"באמצעות העיסוק האדם מעצב את אישיותו ואת מעמדו החברתי. טול מהאדם את חופש העיסוק ונטלת ממנו צלם האדם. טול מהאדם את החופש לבחור מקצוע ונטלת ממנו את טעם החיים. מכאן הערך החוקתי הגבוה של חופש העיסוק, הנגזר מכבוד האדם ומיכולתו לפתח את אישיותו תוך שמירת כבודו". (582-583)

ולעניין חופש העיסוק כחלק מזכותו של אדם לקיום בכבוד נקבע:

"[חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו] כולל את הזכות לכבוד, וזו כוללת את הזכות לקיום אנושי בסיסי, שלא יהיה העובד נתמך סעד. שלילה מאדם אמצעי קיום מינימליים, והכנסה מינימלית בכלל זאת, מחללת את כבודו, כדברי הנביא ישעיה: "הֲלוֹא פָּרַס לְרַעַב לַחֲמֶה וְעֲנִיִּים מְרוּדִים תָּבִיא בָּיִת כִּי-תִרְאֶה עָרֶם וְכִסְיֹתָ וּמִבְּשָׂרָה לֹא תִתְעַלֵּם" (ישעיה, נח, ז)".

בג"ץ 3512/04 **שזיפי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נט(4) 70

וראו גם בעניין **אאוניסה** הנזכר לעיל.

222. הזכות לעבוד ולהתקיים בכבוד נובעת גם מהמשפט הבינלאומי. סעיף 6.1 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות קובע כדלקמן:

"מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות לעבודה, הכוללת את זכותו של כל אדם להשיג אפשרות להשתכר למחייתו בעבודה שיבחר בה, או יקבלנה, באורח חופשי, והן ינקטו צעדים מתאימים כדי להבטיח זכות זו".

223. הועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות קבעה, בהערה כללית 18 (E/C.12/GC/18, 6 Feb.) 2006), כי הזכות לעבודה היא זכות יסודית, החיונית להגשמת זכויות אדם אחרות ומאפשרת חיים בכבוד (סעיף 1 להערה), והיא כוללת את זכותו של כל אדם לבחור או לקבל באורח חופשי עבודה

(סעיף 6). הגשמת הזכות לעבודה דורשת כי המדינות החברות ינקטו בכל הצעדים הדרושים על מנת להפחית ככל האפשר את מספר העובדים מחוץ למערכת הפורמלית, שהם נעדרים הגנה, וכי שוק העבודה יהיה פתוח לכל אדם במערכת המשפטית המדינתית ונקי מכל אפליה, בהתאם לסעיפים 2.2 ו-3 לאמנה (סעיפים 10-12 להערה הכללית).

224. כמפורט בחלק העובדתי, בני המשפחות הפלסטינים נתקלים בקשיים בירוקרטיים אינסופיים בתחום העבודה. הגם שהיתר השהייה בו הם מחזיקים מציין כי הם רשאים לעבוד בישראל, נתקלים העותרים במעסיקים המסרבים להעסיקם בשל העובדה שאינם מחזיקים תעודת זהות, כמו העותר 31, המתקשה למצוא עבודה בשל חששם של מעסיקים מהעסקה אסורה. גם הנהלים שפרסמו המשיבים (אך לאחרונה), אינם מפיגים חשש זה, שכן הם אינם בהירים די הצורך ומעוררים בלבול בקרב העובדים והמעסיקים גם יחד (ראו בסעיפים 110-116 לעיל).

225. גם כאשר מצליחים העותרים למצוא מעסיקים, בשל היעדר תעודת זהות ומעמד המתמשך כתושבי השטחים, הם עובדים לרוב באופן מזדמן, ללא תלוש משכורת, וללא הגנה כלשהי מפני פיטורים שרירותיים. כמו למשל העותר 37, אשר עבד משך מספר חודשים בשכר נמוך ואיבד את עבודתו לאחרונה, או העותר 50, אשר עובד ללא שמשלמים בגינו דמי ביטוח לאומי. מרבית העותרים אינם יכולים לעבוד במשלה ידם, לאור המגבלות החלות עליהם, כמו העותר 50, אשר בשל האיסור על נהיגה בישראל אינו יכול לעבוד במקצועו כנהג משאית. כולם, ללא יוצא מן הכלל, אינם יכולים להתפתח בעבודתם בשל המגבלות, אינם יכולים לעבוד כעצמאיים, כמו העותר 25, העותר 31 והעותר 44, אשר מוגבלים ביכולת השתכרות שלהם, בין השאר בשל האיסור עליהם לנהוג בישראל.

226. בנסיבות האלה, הגם שאין חולק כי לבני המשפחה הפלסטינים קיימת זכות לעבוד בישראל, והם מחזיקים בהיתר רשמי לכך, היעדר המעמד המלווה בתיעוד ישראלי ומס' ת.ז. ישראלי מסכל הלכה למעשה את יכולתם לעבוד, לא כל שכן לבחור מקצוע. מרבית העותרים אינם עובדים באופן קבוע ומסודר. במבחן התוצאה – חופש העיסוק ניטל מבני המשפחות הפלסטינים.

3.5.3 פגיעה בשוויון

227. הזכות לשוויון היא מהזכויות היסודיות ביותר במשפט הישראלי. היא קיבלה ביטוי במגילת העצמאות וחקיקת הכנסת לאורך השנים, והוכרה כזכות על בהלכה הפסוקה של בית משפט זה עוד טרם חקיקת חוקי היסוד בעניין זכויות האדם (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969); בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806 (1978)).

228. הזכות לשוויון הוכרה כזכות יסוד חוקתית בשיטתנו, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שהובהר בעניין חוק טל:

"כבוד האדם אינו מוגבל אך לפגיעות בגרעין כבוד האדם. הוא גם אינו משתרע על כל זכויות האדם שניתן לגזור ממנו. כבוד האדם כולל, על פי מודל [הביניים], רק אותן זכויות אשר קשורות לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו) בקשר עניינו הדוק. ...

על פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית". (פסקאות 33 ו-38 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק).

וכן בעניין **חוק האזרחות הראשון**:

"הזכות לשוויון היתה תמיד חלק בלתי נפרד מהמשפט המקובל שלנו. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא כלל הוראה מפורשת בעניין השוויון. ... נקבע כי הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה את הזכות לשוויון, עד כמה שזכות זו קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק. ודוק: **הזכות לשוויון אינה זכות חוקתית "מכללא"**; **היא אינה מוכרת מחוץ לזכויות הקבועות בחוק היסוד במפורש. הזכות לשוויון היא חלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד האדם.** ההכרה בהיבט החוקתי אינה נובעת מאקט שיפוטי של השלמת "חסר" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההכרה בהיבט החוקתי של השוויון נובעת מפרשנותה החוקתית של הזכות לכבוד האדם". (פסקה 39 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק).

229. אל מול השוויון כערך יסוד לכל חברה דמוקרטית, ההפליה:

"היא נגע היוצר תחושת קיפוח ותיסכול. היא פוגמת בתחושת השייכות ובמוטיוואציה החיובית להשתתף בחיי החברה ולתרום לה" (בג"ץ 104/87 **נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מד(4) 760, 749 (1990)).

230. הזכות לשוויון נפגעת, כאשר מופר הכלל בדבר "יחס שווה אל שווים ויחס שונה לשונים" (ראו, למשל, עניין **חוק טל**, בפסקה 27; עניין **לה"ב** בפסקה 77; עניין **החיסונים**, בפסקה 49). עיקרון השוויון מבוסס על תפיסה של שונות רלוונטית, במובן זה שאבחנה בין אנשים מטעמים שאינם ענייניים היא אסורה ומפלה (בג"ץ 10203/03 **המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 20.8.2008) בפסקה 53 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה; דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330, 343-345 (2000); עניין **לה"ב**, בפסקה 77). מכאן, שעל מנת לבחון אם מתקיימת בענייננו פגיעה בזכות לשוויון, יש לאתר את קבוצת השוויון הרלוונטית, זו תיקבע על יסוד תכלית הנורמה הנבחנת, מהות העניין, נסיבות המקרה וערכי היסוד של שיטת המשפט (בג"ץ 200/83 **מוחמד וותאד נ' שר האוצר**, פ"ד לח(3) 113, 119 (1984); בג"ץ 8300/02 **נסר נ' ממשלת ישראל**, (פורסם בנבו, 22.5.2012) בפסקה 37 (להלן: "**עניין נסר**"); עניין **החיסונים**, בפסקה 49 לפסק דינה של הש' ארבל ובפסקה 4 לפסק דינה של הש' חיות). "**במישור החוקתי, נקבע בעבר כי סעיפי חוק הם מפלים ביחס לתכליתו של אותו חוק עצמו, כאשר נעשתה הבחנה שאינה רלוונטית לתכלית שלה נועד החוק**" (עניין **החיסונים**, פסקה 6 לפסק דינה של כב' השופטת חיות).

231. תכלית **חוק האזרחות והכניסה לישראל**, כך קבע בית המשפט, היא תכלית בטחונית. כך טענה המדינה בתשובתה לשתי העתירות הקודמות. ככל שיימצא שבין הוראות החוק יש הוראות הנושאות עימן הבחנה שאינה קשורה בתכלית הבטחונית של הוראת השעה, יש לקבוע כי הן הוראות מפלות, ולכן אסורות.

232. **קבוצת השוויון הרלוונטית בענייננו הם בני משפחות זרים של אזרחי ותושבי ישראל בהן אחד מבני הזוג נמצא בהליך של הסדרת מעמדו מכוח איחוד משפחות.** כך, טרם נחקקה הוראת השעה, היו בני המשפחות הפלסטינים במצב דומה לזה של בני משפחות שמקורם אינו באזור, ויכלו לרכוש מעמד ארעי בישראל לפי המועדים הקבועים בהליך המדורג (בחלוף 6 חודשים לבן זוג של אזרח; בחלוף 27 חודשים לבן זוג של תושב). תקנות רישום בקופת חולים למקבלי היתר שהייה (שטרם נכנסו לתוקף), מקנות לבני המשפחה הפלסטינים זכאות להירשם לקופות החולים בהתאם למועדים בהם זוכים בני משפחות אחרים לזכויות סוציאליות בהליך המדורג (בחלוף 6 חודשים לבן זוג של אזרח; בחלוף 27 חודשים לבן זוג של תושב).

233. אכן, זאת נדע, כי לא כל יחס שונה משמעו יחס מפלה. "**ההבדל בין הפליה פסולה לבין הבחנה מותרת נעוץ כידוע בשאלת קיומה של שונות רלוונטית בין הקבוצות שלהן העניקה הרשות יחס שונה**" (בג"ץ 6758/01 ליפשיץ נ' שר הביטחון, פ"ד נט(5) 258, 269 (2005)). אך בענייננו, לא ניתן לומר כי קיים בין בני המשפחה הפלסטינים לבני משפחה אחרים שוני רלוונטי לעניין זכותם לכבוד, לקיום בכבוד, זכאותם לזכויות סוציאליות או שירותי בריאות. חוק האזרחות והכניסה לישראל עניינו שמירה על הביטחון. אין בו כדי להצדיק פגיעה כה אנושה בזכות לכבוד של בני המשפחה הפלסטינים, ושל אזרחי ותושבי ישראל, פגיעה שאינה תורמת מאום לתכלית של שמירה על הביטחון.

234. גם טענה בדבר שונות רלוונטית בשל זיקתם של העותרים לישראל לא תישמע. העותרים, כך הראינו לעיל, בני משפחות של ישראלים אשר קשרו את גורלם באזרחי ותושבי ישראל, יושבים בישראל מזה שנים, וזיקתם לישראל אינה מוגבלת בהיקפה, בזמן או במקום. לעניין זה, אין כל הבדל בין העותרים לבין בני משפחה אחרים של ישראלים. יוער, כי בניגוד לעניין **רופאים לזכויות אדם**, אין ענייננו כאן בשאלת השוני הרלוונטי בין קבוצת התושבים לבין מי שאינם תושבים (ראו והשוו לפסק הדין בעניין **Mathews v. Diaz** 426 U.S. 67 (1976), המאוזכר בפסק דינו של כב' הנשיא ברק בעניין **רופאים לזכויות אדם**).

235. עם כניסתם להליך המדורג, לאחר שבחנה הרשות את עניינם של בני הזוג הפלסטינים, הוענק להם היתר מת"ק, שמשמעותו היא כי אין בהם כדי להוות סכנה לבטחון ישראל. מכאן, שאין כל הבדל מבחינת התכלית הבטחונית בינם לבין בני המשפחה האחרים. קל וחומר כאשר עסקינן בבני משפחה שעניינם נבחן שנה אחר שנה, והרשות מחדשת את היתר השהייה שלהם בישראל (ר' עע"ם 9168/11 פלוני נ' **משרד הפנים הנזכר לעיל**; עניין **תתהירה**).

236. כמו כן, בענייננו אין ולא ניתן לטעון כי קיימים טעמים ענייניים להפריד בין מתן מעמד תושב, על כל המשתמע מכך, לבני משפחה פלסטינים, למתן מעמד תושב לבני משפחה אחרים. התכלית הביטחונית אינה יכולה להצדיק את הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של בני המשפחה הפלסטינים, השוהים בישראל כדין משך שנים.

237. לא זאת אף זאת. יחס שונה לקבוצה בשל דת או לאום מהווה טיפול חשוד, והנטל על המשיב להראות כי אין מדובר בהפליה כשהנפגעים ממדיניות זו הם בני משפחה שמוצאת האתני והלאומי פלסטיני בלבד, יהיה כבד יותר (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 276 (2000)).

238. בכך שהראינו כי מתקיימת בענייננו הפליה אסורה לא תמה מלאכתנו, שכן בחקיקה ראשית עסקינן. כפי שנקבע בפסיקה, כדי להראות פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, עלינו להראות כי הפגיעה בשוויון קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ובאם בשוליו). העובדה שמתוך קבוצת השוויון הרלוונטית, בני המשפחה הזרים שהוראת השעה אינה חלה עליהם, **מוחרגת קבוצה קטנה של בני משפחה בשל מוצאם הלאומי, בלא שניתן להצדיק הבחנה זו על רקע בטחוני, פוגעת בכבוד האדם של קבוצה זו.** הדבר נובע, ראשית כל, מהעובדה שמדובר בקבוצה שההשתייכות אליה אינה תלויה בבחירה אלא נתונה מלידה (ראה בעניין **החיסונים**, פסקה 7 לפסק דינה של כב' השופטת חיות). מעבר לכך, המדובר בקבוצה היחידה של בני משפחות של ישראלים, תושבים בפועל בישראל, שהמחוקק בחר להחריגם מקבלת זכויות סוציאליות ואחרות. נקודת המוצא החוקתית היא ששלילת זכות מאדם על רקע שייכותו האתנית או מוצאו הלאומי, מהווה פגיעה בכבודו כאדם, שכן מדובר בהבחנה שהיא לעולם בלתי רלוונטית לעניין זכויות אלה. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט ג'ובראן בעניין **חוק האזרחות השני**:

"מגבלה זו [הוראת השעה, ס.ב.ג.] רלוונטית למעשה אך לקבוצה מסוימת מתוך גלל אזרחי המדינה, והיא קבוצת אזרחי המדינה הערבים, אשר הם הנישאים בפועל לבני זוג תושבי האזור. לפיכך יש לראות בהוראות חוק זה כפוגעות באופן משמעותי בזכות החוקתית לשוויון". (פסקה 3)

כן ראו דברי כב' הנשיאה ביניש בפסקה 3 לפסק דינה בעניין **חוק האזרחות השני**.

239. זאת ועוד. בענייננו, היחס המפלה נוגע בליבה של הזכות לכבוד: היחס המפלה פוגע ביכולתו של אדם להגשים את עצמו, לפתח את אישיותו ויכולותיו, ויותר מכל, ביכולתו של אדם לנהל את חייו באופן עצמאי. כל אלה מבססים, מעל לכל ספק, כי ענייננו בפגיעה בזכות החוקתית לשוויון. (ראו בעניין **נסר**, בפסקה 46).

240. מעבר לצורך ייאמר, כי בצד הפגיעה בזכות לשוויון לפי מודל הביניים (בהתאם לעניין **חוק טל**, ראו סעיף 228 לעיל), ניתן גם לקבוע כי קיימת בענייננו פגיעה בזכות לשוויון העולה כדי השפלה, בדומה לקביעתה של כב' השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4), 94 132-133 (1995), אשר קבעה כי הפליה מחמת מין, גזע או הפליה דומה, משפילה את הקורבן:

"ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה... [הפליה כזו] משדרת מסר כי הקבוצה שעמה הוא נמנה היא נחותה, ובכך נוצרת לבנות הקבוצה ולבניה תדמית נמוכה. כך מתהווה מעגל קסמים המנציח את ההפליה".

כן ראו עמדתו של כב' השופט מלצר לעניין הפליה על רקע מוצא עדתי כפגיעה בזכות לכבוד האדם, בבג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, (פורסם בנבו, 6.8.2009), בפסקה 3 לחוות דעתו.

241. מניעת המעמד והפגיעה בזכויות הנגזרת ממנו מבני המשפחה הפלסטינים, רק בשל העובדה שמוצאם באזור, אסורה אף לפי המשפט הבינלאומי, שאיסור ההפליה והשוויון הם מרכיבי יסוד בו, וביחד מרכיבים עיקרון יסוד כללי בכל הקשור להגנה על זכויות אדם (ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, בסעיף 2; ועדת זכויות האדם, הערה פרשנית 18: Human Rights Committee, CCPR (10 General Comment No. 18: Non-Discrimination, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 (Nov. 1989)). הזכות לשוויון ואיסור על אפליה הם חלק בסיסי ממספר אמנות בינלאומיות שמדינת ישראל חתמה עליהן ואשררה אותן: האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות; האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, והאמנה בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית.

242. סעיף 2(2) לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות אוסר על הפליה בכל הנוגע לזכויות הקבועות באמנה על בסיס לאום. היות שהאיסור על הפליה הוא הכרחי למימוש הזכויות האחרות, המדיניות החברתית מחויבות ביישומן באופן מידי וכולל. כמפורט בחוות דעתה של פרופ' ארימונד (סעיפים 52-38 לחוות הדעת), מניעת מתן ביטוח סוציאלי וביטוח בריאות לבני המשפחה הפלסטינים, כאשר זכויות אלה נגישות לבני משפחה אחרים, מהווה אפליה על בסיס לאום, מאחר והיא אינה מוצדקת על רקע התכלית הבטחונית. לפיכך, מניעת זכויות סוציאליות והזכות לבריאות עומדת בניגוד לסעיף 2(2) לאמנה, וכן בניגוד לסעיף 9, שעניינו הזכות ביטחון סוציאלי ולסעיף 12, שעניינו הזכות לבריאות:

"... ההצדקה למניעת ביטחון סוציאלי וביטוח בריאות ממלכתי מבני משפחה פלסטינים על ידי מדינת ישראל לא יכולה להיחשב 'סבירה ואובייקטיבית'. הוראת השעה [...] נומקה על ידי ישראל כנחוצה מטעמים של ביטחון ישראל, ובאופן ספציפי על מנת למנוע פעולות טרור. הגם שללא ספק מדובר במטרה לגיטימית, היחס השונה הניתן [לבני המשפחה הפלסטינים, ס.ב.ג.] אינו משרת מטרה זו. אין כל בסיס נראה למסקנה כי מניעת ביטחון סוציאלי וביטוח בריאות ממלכתי מבני המשפחות הפלסטינים – לאחר שהם עברו את הבדיקות הבטחוניות והורשו להתגורר בישראל – תורם בדרך כלשהי לביטחון ישראל או למניעת טרור. ... לאור האמור, אין מנוס מהמסקנה כי היחס השונה בענייננו [...] אינו נתמך בהצדקה סבירה או אובייקטיבית. לפיכך מהווה היחס השונה אפליה".

(סעיפים 49 – 51 לחוות הדעת, בתרגום חופשי לעברית)

243. ההפליה בנגישות לביטחון סוציאלי, לשירותי בריאות בסיסיים ושווים והאיסור על נהיגה בשטחי ישראל, מהווה הפרה גם של מחויבויות מדינת ישראל לפי סעיפים 2(1) ו-5(ה)4 לאמנה בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית, וכן סעיף 26 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ראו סעיפים 65-53 לחוות דעתה של פרופ' ארימונד).

3.5.4 עיקרון טובת הילד

244. כפי שפירטנו, העדר מעמד פוגע לא רק בחסר המעמד עצמו כי אם במשפחתו כולה. תא משפחתי בו נוכחות אחד ההורים שברירית כל כך מותרה את הילדים בחשש מתמיד מפני פירוד וניתוק, ומונעת מהם תא משפחתי יציב ובטוח שחשיבותו לצמיחה נפשית והתפתחות לא יסולא מפז. עיקרון טובת הילד הוא מעקרונות היסוד של המשפט הישראלי, והלכה היא כ"אין כל אפשרות לעסוק בעניינם של קטינים בלא לבחון את טובתם" (ע"א 7206/93 גבאי נ' גבאי, פ"ד נא(2) 241, 251).

245. אכן, גם מהבחינה החוקתית מקומו של עיקרון טובת הילד לא נפקד. הזכויות החוקתיות המוקנות לכל אדם, מוקנות גם לילדים. משהוכר הילד כישות אוטונומית, כבודו של אדם הוא גם כבודו של הילד, זכותו של אדם לקיום בכבוד היא גם זכותו של הילד (ראו, למשל, ע"א 2266/93 פלוני ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 252; ע"א 6106/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(4) 221, 235 (1994)). עם זאת קיימים אספקטים הייחודיים לילדים בלבד, המחייבים התייחסות מיוחדת, כמו למשל הזכות להתפתחות או זכותו של ילד לגדול בחיק הוריו.

246. הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, בראשות כב' השופטת סבינה רוטלוי, קבעה כי יש בעת קבלת החלטות יש לבחון את ההשפעה על חיי הילד בהווה ובעתיד, "ביחס לילדים ככלל או ביחס לקבוצות של ילדים" (עמ' 141). היינו, את טובתם של העותרים הקטינים יש לבחון בהתאם לשלושה סוגי מאפיינים: מאפיינים קונקרטיים של העותרים כאן, ילד ילד וסיפורו; מאפייני העותרים כילדים צעירים וילדים בגיל ההתבגרות; ומאפיינים הנובעים מהשתייכותם למיעוט הערבי ובנוגע לרבים מהם – ממגוריהם בפריפריה הכלכלית, הגיאוגרפית והתרבותית של המדינה.

247. חשיבות בחינת עיקרון טובת הילד עוגנה ומעוגנת גם בפסיקה. יפים לעניין זה דברי כב' השופט (כתארו אז) חשין בבג"ץ 5227/97 מיכל דויד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(1) 453, 460:

"טובתו של הקטין היא שיקול-על, והיא שתכריע. התעלמות מטובתו של הקטין; החלטה בניגוד לטובתו או שלא בטובתו של קטין; הכרעה בעניינו של קטין תוך עירובו של שיקול זר; אי-מתן משקל ראוי לשיקול טובתו של הקטין – כל אלה יעירו ויעוררו את סמכותנו להתערבות בהכרעות-דין הבאות לפנינו... וכפי שנאמר בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, בעמ' 119: '... שיקול טובתו של הילד הוא שיקול העל, השיקול המכריע. אכן, בצדו של שיקול זה יעמדו שיקולים נוספים... אך כל אלה שיקולים משניים יהיו, וכולם ישתחוו לשיקול טובת הילד'".

248. ובעניין חוק האזרחות הראשון, בפסקה 28 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק:

"לכיבוד התא המשפחתי יש, איפוא, שני היבטים. ההיבט האחד הוא זכותו של ההורה הישראלי לגדל את ילדו במדינתו... ההיבט השני הוא הזכות של הילד לחיי משפחה. הוא מתבסס על ההכרה העצמאית בזכויות האדם של ילדים. זכויות אלה מוענקות בעיקרון לכל אדם באשר הוא אדם, לאדם הבגיר ולאדם הקטין. הילד 'הוא בן אנוש בעל זכויות וצרכים משלו' (בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגים ואח' [פורסם בנבו]). לילד הזכות לגדול בתא משפחתי שלם ויציב. טובתו מחייבת כי לא יופרד מהוריו וכי יגדל בחיק שניהם".

249. ברוח זו, קבע בית משפט זה בהליכים מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל, כי הגם שאזרחות של קטין לא מקימה להורה זר זכות למעמד:

"ייתכנו מקרים הומניטאריים אשר יחייבו סטייה מעיקרון זה, בין היתר, מטעמים של טובת הילד: 'עקרון טובת הילד הוכר זה מכבר כערך מרכזי בשיטתנו המשפטית, ועל חשיבותו אין צורך להכביר מילים. אכן, ככלל "אין כל אפשרות לעסוק בעניינם של קטינים בלא לבחון את טובתם" (ע"א 7206/93 גבאי נ' גבאי, פ"ד נא(2) 241, 251). אף בגיבוש החלטתו, הגוזרת את גורל מעמדו בישראל של הורה זר, מוטל על שר הפנים לשקול, בין היתר, את טובת ילדו של ההורה ואת השפעת ההחלטה על מצבו... ההתחשבות בצרכים מיוחדים עשויה להקיף גם את צורכי ילדו של ההורה הזר. טובת הילד מהווה, אפוא, שיקול שעל המשיב להביאו בחשבון במסגרת הליך הבדיקה".

(עניין **עכל**, בפסקה 16)

עוד לעניין הסדרת מעמד של הורה בעקבות ילדו ראו במאמרה של טלי קריצמן-אמיר, "על הורים וילדים: איחוד משפחות בישראל" **משפטים** מד 361 (2014)

250. מודגש - כאן מדובר במי שמבקשים כי אמם או אביהם יקבלו בשלב זה **מעמד ארעי בלבד** (בכפוף לבחינה מתחדשת) לאחר שנים רבות של חיים בישראל ללא כל מעמד, בדומה לכל ילד אחר שאחד מהוריו הגיע כזר לישראל וכפוף להליך המדורג הרגיל.

251. בדו"ח רוטלוי נקבע גם כי בעת קבלת החלטות יש לבחון את ההשפעה על חיי הילד בהווה ובעתיד ואת הידע המקצועי הרלוונטי לעניין הנדון. כך, החיים עם הורה חסר/ת מעמד דנים קטינים תושבי ואזרחי מדינת ישראל לחיי עוני מתמשכים שפוגע ובאפשרותם להיחלץ ממנו גם כבגירים. הפגיעה בחסר המעמד כהורה (להבדיל מהפגיעה בו כאדם) פוגעת בחוסנו ההורי ובאפשרותו להעניק לילדיו חינוך יציב, רפואה מונעת, טיפולים התפתחותיים וכיוצא בכך.

252. בסעיף 2 לאמנה בדבר זכויות הילד נקבע:

"המדינות החברות יכבדו ויבטיחו את הזכויות המפורטות באמנה זו לכל ילד שבתחום שליטתן, ללא הפליה מכל סוג שהוא, ללא קשר לגזע, צבע, מין, שפה, דת, השקפה פוליטית או אחרת, מוצא לאומי, אתני, או חברתי, רכוש, נכות, לידה או למעמד אחר של הילד, של הורה או של אפוטרופוסו החוקי".

253. הפגיעה בזכויות הילדים חסרי המעמד עומדת בניגוד גמור למחויבויותיה של מדינת ישראל בהתאם לאמנה בדבר זכויות הילד. כמפורט בחוות דעתה של פרופ' ארימונד, הזכויות המוענקות לכל אדם באמנה בדבר זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות, באמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, ובאמנה לביעור כל צורות האפליה הגזענית, מוענקות גם לילדים. בנוסף לאמור, מניעת המעמד מילדים, המביא לפגיעה בזכות לביטחון סוציאלי ובזכות לבריאות, מהווה הפרה של סעיפים 24 ו-26 לאמנה בדבר זכויות הילד, וכן הפרה של סעיף 3(1) לאמנה, שעניינו חובת המדינות החברות לפעול בהתאם לעיקרון טובת הילד בכל פעולה (סעיפים 66-71 לחוות הדעת).

254. זאת ועוד. כאשר עסקינן בילדים, עלינו לעסוק גם בזכות להתפתחות. הזכות להתפתחות היא זכות ייחודית לילדים, בשל היותה קבוצת אוכלוסייה המתפתחת בכל שלבי הילדות עד לבגרות. ילד שאין לו תנאים נאותים להתפתח, הוא ילד שלא ייהנה מהזכות לכבוד ולשוויון. זכות זו הוכרה גם בפסיקת בית משפט נכבד זה כזכות יסוד:

"זכותו של כל ילד – ואף היא זכות יסוד – כי צרכיו הפיזיים והנפשיים יסופקו ברמה הדרושה להתפתחותו התקינה, לזכות זו של ילד, שהוא חסר ישע התלוי באחרים, מעמד בכורה" (דנ"א 7015/04 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית פ"ד** נ(1) 48, 66). וראו גם בדו"ח רוטלוי, עמ' 167-206.

255. כדוגמא בלבד לכך, נבקש להאיר את אחת הפגיעות בילדיו של חסר המעמד גם **כמי שנפגעת ילדותם ועתידם**, וזאת מתחום הטיפולים ההתפתחותיים. באופן טבעי, ככל שטיפול מתייחס יותר לטווח הארוך ונתפס כפחות דחוף (כדוגמת טיפולים התפתחותיים שונים שהם מטבעם מתמשכים ולא נקודתיים), כך הוא נדחק במצבי דחק כלכליים בשל הקושי בהגעה למרכז הרפואי לצורך מימוש הזכות. ודוק – קושי זה נובע מקשיי שפה ותרבות הנוספים על קשיי מרחק וניידות. ברי כי קשיים אלה, המאפיינים ביתר שאת את העותרים שמוצאם ביישובים מבודדים בנגב שהתחבורה הציבורית מהם למרכז הרפואי בבאר שבע אינה תדירה, מתחדדים כשנטל הסעת בני המשפחה מוטל באופן בלעדי על ההורה הישראלי, ובהעדר קהילה תומכת רחבה (Lubetzky H, Friger M, Warshawsky-Livne L, Shvarts S. Distance and socioeconomic status as a health service predictor on the periphery in the southern region of Israel. **Health Policy**. 2011 May; 100 (2-3):310-6).

256. לא מיותר להזכיר שהיות ומדובר במי שאחד מהוריו אינו ישראלי הרי שגם היכולת להסתייע בסב/תא ובקרובי משפחה היא מצומצמת. כך נותר עיקר העומס על ההורה הישראלי שנאלץ לבחור בין התמודדויות יומיומיות דחופות לבין טיפולים ארוכי טווח ומביאה במקרים רבים לויתור על הטיפול, כאמור במאמר לעיל.

257. אין מדובר בפגיעה תאורטית או עלי ספר בלבד. **העותר 24, יוסף בן השנתיים**, בנם של העותרים 15-16, סובל מבעיה התפתחותית שעל מנת לטפל בה נדרשות נסיעות תכופות מערערה לבאר שבע, שלא תמיד מתאפשרות בשל הגבלת יכולתה של אמו לנהוג בישראל. ככל שלא יתאפשר ליוסף הפעוט להשלים את טיפוליו, עשוי להיגרם לו נזק התפתחותי שילווה אותו לכל אורך חייו. באתגר דומה נתקלה משפחת חלאילה, העותרים 44-45, אשר **בנם הבכור, גם הוא שמו יוסף**, נפצע בעיניו ונזקק לביקורים תכופים במרפאה בעיר באר שבע על מנת למנוע נזק בלתי הפיך. **העותר 40**, בנם של העותר 37 ונוהלה, העותרים 37-8, סובל מאפילפסיה והיה מטופל במרפאת חוץ בבית החולים סורוקה בבאר שבע. בשל מחסור הכיס ממנו סובלת המשפחה כולה, כמתואר בחלק העובדתי, נפסקו הביקורים שעלותם גבוהה. המשפחה בת שבע הנפשות, המתקיימת מתקציב חודשי בסך כ-4,000 ש"ח בלבד, אף אינה יכולה לממן לעותר 40 את התרופות להן הוא זקוק, או את התפריט המיוחד הנדרש לו. אמנם, הפגיעה בבריאותו של העותר 40, הנגזרת מהעוני לו נקלעה המשפחה בשל היעדר המעמד של אביו, אינה

ייחודית דווקא לילדים, ויש בעותרים גם בגירים הסובלים מבעיות דומות. אלא שילדים, זאת נדע, מצבם רגיש ביותר בהיותם נתונים בשלב התפתחותי קריטי, וכל פגיעה בזכויותיהם החוקתיות השלכותיה קשות ונזקיה לא תמיד ידועים. אכן, "הימשכות הליכים פוגעת בילדים פגיעה חמורה יותר בשל היותם במצב תמידי של התפתחות" (דו"ח רוטלוי, עמ' 144).

258. הפגיעה בעיקרון טובת הילד ובזכויות הילד מודגמת באופן הקשה ביותר בעניינו של העותר 51. העותר 51 בן ה-9, הוא בנו של העותר 50, ויתום מאם מזה מספר שנים. לאור העובדה שאביו הוא תושב האזור ושוהה בישראל מכוח היתרי מת"ק, אין משתלמת בגין העותר 51 קצבת ילדים. תביעתו של העותר 50 לקצבת ילדים כאפורופסו הטבעי של העותר 51, כלל לא נבחנה, היות שהוא מחוסר מעמד בישראל (נספח מ"ד לעיל). המדובר בגזרת דלות על העותר 51 ואביו, אשר אינו מוצא עבודה בשל המגבלות המתוארות לעיל. זאת ועוד. מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, נרשמים קטינים כחברים בקופת החולים בהם חברים הוריהם. היות שאין לו הורים הרשומים בקופת חולים בישראל, מזה שנה שהעותר 51, אזרח ישראלי, אינו מקבל שירותי בריאות בקופת החולים.

259. בנוסף לקטני משפחות העותרים, אזרחי ישראל הנפגעים מהוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל, קיימים גם קטינים אשר הם עצמם שוהים בישראל כדין, מחוסרי מעמד, מתוקף היתר שהייה בלבד, כדוגמת העותר 1, בן 13, בנה מנישואים קודמים של העותרת 2, השוהה בישראל מאז היותו פעוט בן שנה וחצי, ומקבל היתרי שהייה מאז שנת 2006. העותר 1 מעולם לא היה זכאי לשירותי בריאות בישראל, מעולם לא שולמו בגינו קצבת ילדים, מענק חזרה ללימודים, או כל סיוע כספי אחר שנוהג המוסד לביטוח לאומי להעניק לילדים. על פי הוראת השעה לעולם לא יוכל העותר 1 לזכות למעמד בישראל, לא יוכל לתכנן את חייו או לבחור באופן חופשי את המקצוע בו יעסוק, ויש להניח שלא יזכה ללמוד לימודים גבוהים וכיוצא באלה. מובן, כי כל הפגיעות שתוארו לעיל ביחס לבני הזוג הבגירים, חלות ביתר שאת עת עסקינן בילדים חסרי מעמד, על כל המשתמע מכך.

260. עוד יוער, כי במסגרת כתב התשובה בעניין חוק האזרחות השני, התחייבה המדינה כי קטינים שקיבלו רשיון ישיבה או היתר שהייה לפי העניין, בהתאם להוראות החוק ימשיכו ליהנות מאותו מעמד גם לאחר שהגיעו לגיל 14 או 18 לפי העניין, בתנאי שימשיכו להתגורר דרך קבע בישראל ובהיעדר מניעה בטחונית או פלילית (עניין חוק האזרחות השני, פסקאות 21-19 לפסק דינה של כב' השופטת) (כתארה אז) נאור). למרות התחייבות המדינה, הוראה זו טרם עוגנה בחקיקה, וקיים חשש שהעותר 1 יופרד מעל משפחתו עם הגיעו לגיל בגרות, ויגורש לעזה, שם מעולם לא התגורר.

3.6 הפגיעה בזכויות אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה

261. הנה כי כן, הוראת השעה, כהסדר נורמטיבי המותיר את בני המשפחות הפלסטינים בלא רישיון ישיבה בישראל משך שנים, פוגעת פגיעה שעוצמתה גבוהה בליבת כבוד האדם: הוראת השעה פוגעת בזכות לקיום בכבוד, בזכות לביטחון סוציאלי, בזכות לבריאות ובזכות לאוטונומיה. הוראת השעה פוגעת פגיעה קשה גם בזכות החוקתית לשוויון.

262. משהראינו כי הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגעות בזכות החוקתית לכבוד ושוויון, נבחן האם יכולה להיחשב זו פגיעה חוקתית. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע, בסעיף 8:

"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 כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

263. התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה מבטים את האיזון הנוהג במשפט החוקתי בין זכויותיו החוקתיות של הפרט לבין זכויות אחרות או אינטרסים ציבוריים העשויים להצדיק פגיעה בהם (עניין חוק טל, פסקה 45 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק; עניין הפרטת בתי הסוהר, פסקה 44 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש; עניין חוף עזה, עמ' 546; עניין סלאח חסן, פסקאות 52-53 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש).

3.6.1 הפגיעה אינה לתכלית ראויה

264. תכליתו של חוק הפוגע בזכויות מוגנות היא ראויה אם היא נועדה לקדם מסגרת חברתית המכירה בזכויות האדם ובעליונותן (עניין חוק טל, פסקאות 50-53; עניין חוף עזה, עמ' 547-549, ברק - פרשנות חוקתית, בעמ' 525-526). בענייננו, תכליתו הנטענת של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא התכלית הבטחונית (כפי שפורט בהרחבה בסעיפים 71-80 לעיל). ואכן, בהתבסס על קביעה זו, נמצאו הוראות החוק חוקתיות, **בכל הקשור לעצם הכניסה לישראל**. אכן, התכלית הבטחונית היא תכלית ראויה, על כך אין ויכוח, אך כפי שנראה בהמשך, בכל הנוגע למידתיות הפגיעה, אין בתכלית הבטחונית כדי להצדיק את הפגיעות הנדונות בעתירה זו.

265. בנוסף, וכפי שהצביעו חלק משופטי ההרכב בעניין חוק האזרחות הראשון, ההיסטוריה החקיקתית של הוראת השעה מעלה חשש לא מבוטל כי בצד התכלית הבטחונית של הוראת השעה, עמדה גם תכלית דמוגרפית (ראו בעניין חוק האזרחות הראשון, בפסקאות 13-14 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה, פסקה 24 לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן). ואכן, גם במסגרת הליכים המתנהלים בעת הזו בבית משפט נכבד זה, טענה המדינה כי תכליתה של הוראת השעה לא הגבילה עצמה לתכלית הבטחונית בלבד. כך, במסגרת בג"ץ 2649/09 הנזכר לעיל, בכתב תשובה מיום 30.3.2014, הזכירה ב"כ המדינה כי "**השלכותיה של הוראת השעה במישור הוראות הדין נשוא הליך זה [סעיף 2 לחוק הביטוח הלאומי, ס.ב.ג.], היו בחזקת ידועות במועד חקיקת חוק הוראת השעה**".

- מצ"ב העמודים הרלוונטיים מתוך כתב תשובה בבג"ץ 2649/09 ומסומנים ע"ב

266. כלומר, לשיטת ב"כ המדינה, כיון שסעיף 2 לחוק הביטוח הלאומי, המגדיר מיהו תושב באופן שלילי, כבר תוקן בעת שנחקקה הוראת השעה, הרי ששלילת הזכויות הסוציאליות היא חלק מתכלית הוראת השעה. אכן, מדובר בטענה מטרידה, כפי שהעיר גם כב' השופט מלצר בדיון מיום 22.1.2014:

"זו הפעם הראשונה שאנו שומעים. בכל נושא של הוראת השעה עלו רק הנימוקים הבטחוניים. אפשר היה להעלות נימוקים דמוגרפיים. פתאום אנו שומעים שהיתה מודעות כאילו גם להשלכות של הזכויות הסוציאליות, ואף פעם זה לא נטען".

- מצ"ב העמודים הרלוונטיים מפרוטוקול הדין בבג"ץ 2649/09 מיום 22.1.2014 ומסומנים ע"ג 267. אם אכן תכלית הוראת השעה, ובאופן ספציפי הוראות סעיף 2 האוסר על מתן מעמד לבני משפחה תושבי האזור, היתה פגיעה בזכות לכבוד באופן של מניעת זכויות סוציאליות, הרי שתכלית זו לא ניתן ליישב עם משטר המבוסס על זכויות אדם. קשה לראות כיצד פגיעה כה עמוקה בזכות לכבוד ולשוויון, כפי שמתוארות בהרחבה לעיל, עולה בקנה אחד עם קידום זכויות אדם כערך נעלה. תכלית זו, החורגת מגבולות התכלית הביטחונית של הוראת השעה, אינה יכולה להיחשב כראויה.

3.6.2 היעדר מידתיות

268. גם אם נתייחס אך ורק לתכליתה הבטחונית של הוראת השעה, הרי שהיא אינה צולחת את מבחני המידתיות. דרישת המידתיות בבחינת חוקתיותו של חוק מורכבת משלושה מבחני משנה: מבחן הקשר הרציונלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, ומבחן המידתיות במובנה הצר (ראו, למשל, עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 52 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש). בענייננו יש לזכור כי החוק נוקט באמצעי חריף במיוחד של מניעת מעמד, הכורכת עימה פגיעות הנוגעות לליבתה של הזכות לכבוד, כפי שהראינו לעיל. עובדה זו הינה בעלת משמעות רחבה בהחלט מבחני המידתיות: **"בהחילנו את עילת המידתיות נזכור עוד זאת, כי כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמת הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות"** (בג"ץ 2355/98 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(1) 728, פסקה 52 לפסק הדין) (להלן: "עניין סטמקה").

269. הוראות סעיף 2 המונע מתן מעמד לבני המשפחה הפלסטינים אינן עומדות בפני עצמן. כמפורט לעיל, למניעת המעמד השלכות על זכויותיהם החוקתיות של העותרים במגוון תחומי חיים. אף בבואנו לבחון את מידתיות הוראות החוק, יש לבחון את הפגיעה המצטברת של מכלול ההוראות המושפעות מהיעדר המעמד. יפים לעניין זה דבריו של כב' הנשיא ברק בעניין **לשכת מנהלי ההשקעות**:

"... בצד הבחינה האינדיווידואלית של כל הוראה פוגעת, יש מקום לבחינה מצטברת של מכלול ההוראות. השאלה הינה אם התמהיל הכולל של ההסדר החקיקתי הוא מידתי. כל הסדר אינדיווידואלי יכול שיהא מידתי. אך הצטברותם הכוללת עשויה שלא להיות מידתית".

3.6.2.1 מבחן המשנה הראשון – מבחן הקשר הרציונלי

270. ענייננו של מבחן המשנה הראשון הוא בקשר הרציונלי שבין האמצעי שנבחר לבין תכלית החוק. מבחן הקשר הרציונלי אינו מתקיים כאשר התועלת שתושג מן האמצעי היא ספקולטיבית. ככל שהפגיעה בזכות היסוד קשה יותר, כך על הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה להיות הדוק יותר. במקרה בהם מדובר בזכות כבדת משקל במיוחד, כגון ליבתה של הזכות לכבוד, נדרשת לכל הפחות "וודאות קרובה" להגשמת התכלית העומדת בבסיס החוק (ראו, למשל, עניין **לשכת מנהלי ההשקעות**, בעמ' 423).

271. ואולם, בענייננו לא ניתן לטעון כי האמצעי שנבחר משרת את התכלית הביטחונית. נזכיר, כי העותרים כולם אנשים שגורמי הביטחון סברו כי אין כל מניעה להעניק להם היתרי שהייה, ועניינם נבחן מעת

לעת, כאשר הם נדרשים לחדש את היתרי השהייה שלהם (ראה בע"מ 9168/11 פלוני ואח' נ' משרד הפנים הנזכר לעיל, בפסקה 23). גם אם יתוקן החוק כך שתתאפשר הענקת מעמד לעותרים, אין כל מניעה להמשיך ולבחון את עניינם גם לאחר הינתן להם מעמד, כפי שהמשיב אכן עושה. (ראו בעניין אבו עיד בפסקה 37, עניין עוויסאת בפסקה 13; והשוו בעניין חוק האזרחות השני, בפסקאות 18-19 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל). לפיכך, מניעת המעמד ועמו הזכויות הסוציאליות לא תעלה או תוריד לעניין הגשמת התכלית הבטחונית העומדת בבסיס הוראת השעה.

272. זאת ועוד. לאחרונה הודיע המשיב, במסגרת ע"מ 6481/12 (נספח נ"ח לעיל), כי היתרי השהייה של בני משפחה אשר בקשתם לאיחוד משפחות הוגשה קודם ליום 31.12.2006, יחודשו בכל פעם לשנתיים ימים. במסגרת זו, הורה המשיב לחדש את היתרי השהייה של העותרים 1-2 לשנתיים ימים. (נספח ד' לעיל). בהחלטה זו של המשיב יש כדי להראות כי ככל שחולפות השנים, נחלשת המסוכנות הנצפית מבני המשפחה הפלסטינים, תושבי ישראל בפועל.

273. אף כבוד השופט רובינשטיין, שהיה בין שופטי הרוב בעניין חוק האזרחות השני, סבר כי אין בתכלית הבטחונית של הוראת השעה להצדיק מניעת מעמד מבני המשפחה הפלסטינים אשר כניסתם לישראל אושרה:

"על פניו, וכאמור לדידי דבר זה אינו טעון הכרעה, אם הותר לבן-הזוג תושב האזור להקים את ביתו בישראל, מדוע יורו שיקולי ביטחון כי עליו לעשות זאת כתושב ולא כאזרח? והלא, כפי שקבעו רוב שופטי ההרכב הקודם (ראו לדוגמה עמודים 336-339) התכלית הבטחונית היא העומדת ביסוד החוק" (פסקה מ"ד, ההדגשה במקור)

274. הטענה העיקרית שהעלה המשיב בעתירות הקודמות לעניין זה היא כי עצם ההחזקה בתיעוד הנחזה כתיעוד של אזרח או תושב ישראלי מגבירה את המסוכנות הנשקפת מבני המשפחה הפלסטינים, והופכת אותם ליעד מועדף על ארגוני הטרור, כיון שהתעודה מאפשרת תנועה חופשית ברחבי המדינה. אלא שטענה זו, שעניינה צורת התיעוד שמחזיק בן המשפחה, אין בה כדי להצדיק את מניעת המעמד על כל התוצאות הנלוות לו. על המשיב מוטל הנטל להראות כיצד מניעת המעמד, מניעת ביטוח בריאות, דמי אבטלה וכיוצא באלה – להבדיל ממניעת התיעוד הישראלי – מגשימה את התכלית הביטחונית ברמה של וודאות קרובה. שכן את העניין הצורני שבתייעוד ניתן לפתור בצורה טכנית שלא תהיה כרוכה בשלילת זכויות – על ידי הנפקת תיעוד שונה.

3.6.2.2 מבחן המשנה השני – האמצעי שפגיעתו פחותה

275. גם אם נאמר כי מניעת המעמד מגשימה את התכלית הביטחונית של החוק ברמה של וודאות קרובה, עדיין לא יצלח החוק את מבחן המשנה השני של המידתיות. מבחן זה עניינו בשאלה האם האמצעי הנבחר הוא האמצעי שמידת פגיעתו בזכויות החוקתיות פחותה, בהתחשב בחלופות שיש בהן כדי להגשים את אותה תכלית (אהרן ברק, מידתיות במשפט, עמ' 295-445 (2010) (להלן: "ברק – מידתיות"). "האמצעי החקיקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות

האדם היא הפחותה" (עניין **לשכת מנהלי ההשקעות**, 385). מכאן, שמבחן האמצעי שפגיעתו פחותה הוא מבחן עובדתי ואובייקטיבי במהותו (ברק – מידתיות, בעמ' 416-415).

276. הטענה כי עצם מתן התייעוד הישראלי מגביר את המסוכנות הנשקפת מבני המשפחה הפלסטינים מתמקדת כאמור בצורה, ולא במהות. האם ניתן לקבל כי מדינת ישראל לא יכולה להעניק לבני המשפחות הפלסטינים תיעוד שצורתו שונה, אך הוא נושא עימו את כל הזכויות המגיעות למי שהם תושבי המדינה בפועל? ככל שענייננו באמצעי שפגיעתו פחותה, דומה כי אין פשוט מהנפקת תעודות שצורתן שונה, שיסבו תשומת לב אל בני המשפחה הפלסטינים ככאלה לצרכי בדיקות בטחוניות אך לא יפגעו בזכויותיהם החברתיות והכלכליות. אמצעי זה יצמצם באופן מהותי את הפגיעה בזכויות בני המשפחה הפלסטינים, ועל פניו לא נושא עימו עלויות מיוחדות (השווה **בעניין סלאח חסן**, בפסקה 12 לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן).

277. הוראת השעה בנוסחה כיום, **שוללת מהמשיב את שיקול דעתו** להעניק מעמד לתושבי האזור שהחריגים אינם חלים בהם. כלומר, גם אם המשיב סבור, לאחר שהתייעץ עם גורמי הביטחון, כי בעניינו של מבקש מסוים אין נשקפת סכנה בטחונית, ולא סביר שתקום כזו בעתיד, לא יוכל להעניק לו מעמד בישראל. שלילת שיקול דעתו של המשיב, באופן שגורר פגיעה חריפה בזכויות חוקתיות, שעה שניתן להשתמש באמצעים שפגיעתם בזכות פחותה (אם קיימת בכלל) – כמו בחינה אינדיבידואלית והפעלת שיקול דעת – גם היא אינה מידתית (השווה **בעניין סלאח חסן**, בפסקה 62).

278. אף לחלוף הזמן משמעות לעניין מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, כדבריו של כב' השופט רובינשטיין **בעניין חוק האזרחות השני**, בפסקה מ"ח לפסק דינו:

"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".

279. כל עוד נשלל שיקול דעתו של המשיב באופן כזה שאוסר עליו ליתן מעמד לבני משפחה פלסטינים, ללא קשר לאורך הזמן בו שוהה בן המשפחה בישראל, לא תוכל הוראת השעה לעמוד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.

280. למען הזהירות בלבד, יבקשו העותרים להדגיש כי העובדה שקיימים אמצעים חלופיים רבים המקדמים במידה זו או אחרת את תכליות החוק היא בעלת השפעה על המשך הבחינה החוקתית (עניין **אדם**, בפסקה 27 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן; עניין **איתן**, פסקה 66 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן; ברק – מידתיות, בעמ' 437-434)

281. מבחן המידתיות במובן הצר "בוחר את היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכליות הראויה לבין הפגיעה בזכות החוקתית" (עניין חוק האזרחות הראשון, בפסקה 74 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק; וראו גם בעניין סטמקה, בפסקה 60 לפסק הדין). מבחן זה שונה באופן מהותי ממבחני המשנה האחרים, בכך שהוא מתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמת המטרה. הגיונו בכך שלא כל האמצעים – גם אם צלחו את מבחן המשנה הראשון והשני – מקדשים את המטרה (בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 12.12.2006), בפסקה 30).
282. ודוק – מבחן המשנה השלישי אינו בוחר את משקלו הכללי של האינטרס בדבר בטחון הציבור אל מול הנזק לזכות לכבוד ולשוויון. אל מול הפגיעה בזכות החוקתית לכבוד ולשוויון, יש לבחון את התועלת של סעיף 2 להוראת השעה וההוראות הנלוות אליו להגשמת התכלית הביטחונית:
- "השאלה הניצבת לפנינו לעניין האיזון אינה בהשוואת המטרה החברתית הכללית (ביטחון, שלום ציבור, הגנה על הקניין) מזה וזכות האדם החוקתית (שוויון, חופש ביטוי) מזה. השאלה שבפנינו מצומצמת בהרבה. היא מתייחס להשוואה בין מצב המטרה הראויה לפני חקיקת החוק ולאחריו. על כן ניתן לומר כי ההשוואה נעשית בין משקלה של התוספת השולית של המטרה הראויה לבין משקלה של התוספת השולית לפגיעה בזכות החוקתית". (ברק – מידתיות, עמ' 433).
283. אכן, אין חולק כי האינטרס בדבר ביטחון של הציבור הינו בעל משקל רב. אך אין זה ביטחון הציבור העומד על כף המאזניים מול הזכות הנפגעת. עניינו בתרומה לביטחון הציבור, הנובעת במניעת המעמד מבני המשפחה הפלסטינים, אשר כבר נכנסו לישראל בחסות הוראת השעה, ושוהים כאן כדין שנים. מעבר לסוגיית התייעוד הנחזה כישראלי, ורישיון הנהיגה אשר דורש התייחסות נפרדת לאור עניין עטאללה, לא ניתן לטעון כי מניעת הזכויות החברתיות כלכליות או הפגיעה בזכות לבריאות נושאות בחובן תרומה כלשהי לביטחון הציבור.
284. אל מול התועלת השולית עד אפסית לתכלית הביטחונית יש להציב את הפגיעה בזכויות היסוד החוקתיות. הנתונים שיש להביא בחשבון בעניין זה הם מהותה וחשיבותה של הזכות הנפגעת; עצמתה של הפגיעה בזכות; והסתברות לפגיעה בזכות (ברק – מידתיות, עמ' 441-445).
285. שלושת הפרמטרים האמורים מבהירים, כי סעיף 2 לחוק האזרחות והכניסה לישראל אינו צולח את מבחן המידתיות במובן הצר. אל מול התועלת השולית של מניעת מעמד ממי שכבר שוהה בישראל כדין, עומדת פגיעה קשה וודאית בזכות בני המשפחה הפלסטינים לכבוד, תוך פגיעה בזכות לביטחון סוציאלי, בזכות לבריאות, בזכות לאוטונומיה, וכן פגיעה בזכותם החוקתית לשוויון.
286. לעצמת הפגיעה המתוארת לעיל, יש להוסיף את העובדה כי עסקינן באוכלוסייה מוחלשת ממילא: הלכה למעשה משפיעה הוראת השעה על בני המיעוט הערבי בישראל. ויוצרת "מציאות, בתוצאתה המובהקת היא הצרת זכויותיהם של ישראלים אך משום שערבים הם" (עניין חוק האזרחות השני, פסקה 29

לפסק דינו של כב' השופט לוי). בראי דברים אלה, הופכת הפגיעה בזכויותיהם של העותרים לחמורה עוד יותר.

287. אף העובדה שענייננו בהוראת שעה לא תציל את החוק ותביא לצליחתו את מבחני המידתיות. ככלל, יכולה העובדה שפגיעה בזכויות לשמש אינדיקציה למידתיות הפגיעה. אולם, כאשר עסקינן בהוראת שעה אשר הפכה קבועה בספר החוקים הישראלי, לא יהיה בעובדה זו כדי להקל על הבחינה. (ראה בעניין **חוק האזרחות השני**, בפסקאות 24-26 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל ובפסקה 7 לפסק דינו של כב' השופט הנדל; ובעניין **אדם**, בפסקה 114 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל).

288. האיזון בין התוספת השולית לתכלית הבטחונית, לעצמת הפגיעה הוודאית והמתמשכת בזכויות החוקתיות לכבוד ולשוויון משמיע כי הפגיעה בזכויות, גם אם תצלח את מבחן המשנה הראשון והשני, לא יכולה להיחשב מידתית במובן הצר.

3.7 הסעד החוקתי – בטלות סעיף 2 לחוק האזרחות והכניסה לישראל

289. סעיף 2 לחוק האזרחות והכניסה לישראל שולל את שיקול דעתו של המשיב ליתן לתושבי האזור מעמד בישראל. כפי שהראינו, מדובר בהסדר חקיקתי הפוגע פגיעה שאינה מידתית בזכויות יסוד חוקתיות, והיחס שהוא מגלם בין האמצעי למטרה הוא פסול מיסודי ובלתי חוקתי.

290. בנסיבות אלה, סבורים העותרים, כי על בית המשפט לעשות שימוש בסמכותו לבטל את סעיף 2 לחוק האזרחות והכניסה לישראל, במובן זה שאין לקרוא בו את המלים "ולא ייתן לו רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל". הצהרה על בטלות סעיף 2 במובן זה לא תביא ליצירת חלל נורמטיבי, ותאפשר את שיקול הדעת למשיב, בדומה לנהלים הקבועים כבר כיום ביחס לבני משפחות אחרים. אין כל מניעה להחיל נהלים אלה גם על בני המשפחות הפלסטינים אשר עומדים בתנאים הנוקשים הקבועים בהוראת השעה לעניין הכניסה להליך איחוד המשפחות ולישראל.

291. לאור הפגיעה האנושה בילדים נלווים השוהים בישראל כדין מתוקף היתרי שהייה, יש להורות על בטלות סעיף 3א(1) לחוק האזרחות והכניסה לישראל, במובן זה שאין לקרוא בו את המלים "שגילו עד 14 שנים" וממילא להורות על בטלות סעיף 3א(2), כך שגם קטינים עד גיל 18 יוכלו לקבל מעמד ורישיון ישיבה לפי חוק הכניסה לישראל, כשל הוריהם המשמורנים.

4. סיכום

292. לא בכדי חזר ושנה בית המשפט הנכבד בתקופה האחרונה כי הגיעה העת להעניק למחזיקי היתר מת"ק, מעמד של ממש במדינת ישראל שאליו נלוות זכויות אדם בסיסיות:

במבט רחב יותר, החורג מעובדותיו של מקרה זה, גם כאן חוזר ומתחדד הצורך בעיון חקיקתי בהסדרת מעמדם של מי ששזרוג מעמדם "הוקפא" והם נתונים במצב ביניים זה של "בין שמיים וארץ" לאורך שנים. אין לי אלא לחזור ולהצטרף בעניין זה לדבריה של המשנה לנשיא מ' נאור בעניין דג'אני לפיהם "ראוי הוא...

שתינתן הדעת למצבם של אלו שאינם זוכים לשדרוג למרות שהחלו בהליך המדורג לפני זמן כה רב" (עניין אבו עיד, בפסקה 38)

293. הוראת השעה הכופה על העותרים ושכמותם חיים נטולי כבוד ואפשרות לקיום אנושי בסיסי, רומסת אותם ונוטלת מהם זכויות יסוד חברתיות וכלכליות הנלוות לתושבות בפועל, אינה חוקתית ואינה יכולה לעמוד בביקורת שיפוטית. המצב המחפיר בו חיים העותרים, מבוגרים כילדים, נשים כגברים, העוני, הפגיעה בבריאות, היעדר פרנסה בכבוד, משפילים ופוגעים בליבת הקיום האנושי בחברה תרבותית ומכבדת. על כן דינה ביטול, ודינם של העותרים לשוב ולחיות קיום מלא בכבוד כבני אדם שווים.
294. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש ברישא לעתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להופכו למוחלט תוך חיובם בהוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

היום, 3.12.14

סמדר בן-נתן, עו"ד

עדי לרנר, עו"ד

ב"כ העותרים