

העותרים:

1.
2.
3. (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 1 ו-2)
4. (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 1 ו-2)
5. (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 1 ו-2)
6. (קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 1 ו-2)
7. האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד עאזם בשארה ו/או דן יקיר ו/או
דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל
פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או באנה שגרי-בדארנה
ו/או לימור יהודה ו/או סוניה בולוס ו/או עודד פלר
ו/או טלי ניר ו/או סיגל שהב

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
ת"ד 34510, ירושלים 91000,
טלפון: 6521218-02, פקס: 6521219-02

-- נגד --

המשיבים:

1. שר התחבורה
2. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי המכוון אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם כדלקמן:

- א. מדוע לא ינפיקו המשיבים לעותר 1 היתר, שיאפשר לו לנהוג ברכב בתחומי ישראל;
- ב. מדוע לא ייקבע, כי בגדר "טעמים [ה]מיוחדים" כמשמעותם בתקנה 175 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961 (להלן, **תקנות התעבורה**), נכללת זכותם של תושבי הגדה המערבית וחבל עזה, המתגוררים בישראל כדין מכוח היתר, לנהוג ברכב בתחומי ישראל; לחלופין, מדוע לא יבוטלו או ישונו תקנה 175 ותקנה 578 לתקנות התעבורה, כך שיתאפשר לתושבי הגדה המערבית ורצועת עזה, המתגוררים בישראל על פי היתר כדין, לנהוג ברכב בתחומי ישראל;
- ג. מדוע לא ייקבע, כי המילים "ובין מחוצה לו" בסעיף 3 להוראות בדבר תנועה ותעבורה (יהודה ושומרון), התשכ"ט-1968 (להלן, **הוראות התנועה**) בטלות.

בקשה לאיחוד דיון

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לאחד את הדיון בעתירה זו עם הדיון בשתי עתירות נוספות, התלויות ועומדות כיום בפניו – בג"צ 5550/05 שריף אבו סנינה ואח' נ' שר התחבורה ואח', ובג"צ 5539/05 גזיר עטאללה נ' שר הביטחון. שלוש העתירות עניינן האיסור הגורף, המוטל על תושבים פלסטינים, במקור מהגדה המערבית ומחבל עזה, המתגוררים בישראל כדין מכוח היתר בהיותם בני/בנות זוג ו/או הורים לאזרחים ישראלים, לנהוג ברכב בתחומי ישראל. לאור הדמיון בסוגיות העקרוניות, המועלות בשלוש העתירות, ועל מנת לייעל את הדיון בהן, מתבקש בית המשפט הנכבד לאחד את הדיון בעתירה זו עם שתי העתירות המוזכרות לעיל.

תוכן עניינים

4.....	מבוא
5.....	החלק העובדתי
5.....	העותרים
5.....	המקרה של העותרים
6.....	הפניות לרשויות:
8.....	הטיעון המשפטי
8.....	פגיעה בזכות לחופש התנועה והניידות של העותרים
10.....	פגיעה בזכויות כלכליות חברתיות של העותרים
12.....	פגיעה בזכויות המעוגנות באמנות זכויות האדם הבינלאומיות
13.....	האיסור הגורף על נהיגה בישראל – הפלייה פסולה על בסיס מוצא לאומי
13.....	מתן רשיון איננו פריבילגיה אלא זכות
14.....	ס' 3 להוראות בדבר תנועה ותעבורה (יהודה ושומרון), תשכ"ט - 1968 – חוסר סמכות
15.....	"טעמי ביטחון מובהקים" - מטרות זרות לתכלית החקיקה
17.....	החובה שלא להגביל את חופש התנועה באופן גורף, אלא רק על בסיס אינדיבידואלי
19.....	אבחון פסק הדין בעניין עדאלה
20.....	פסק הדין בעניין סייף
22.....	החובה לבסס כל חריגה מן החובה שלא לנקוט במדיניות גורפת
23.....	החובה לקבוע מנגנון חריגים – אי עמידה במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה
23.....	"טעם מיוחד" בתקנה 175
24.....	חוסר סבירות
25.....	פגיעה בלתי-מידתית בזכויות אדם
25.....	<i>תנאי המידתיות הראשון</i>
27.....	<i>תנאי המידתיות השני</i>
27.....	<i>תנאי המידתיות השלישי</i>
28.....	הטיעון ההומניטארי

מבוא

עניינה של עתירה זו בפגיעה הקשה, הבלתי סבירה והבלתי חוקית, הנגרמת לתושבים פלסטינים, במקור מהגדה המערבית ומחבל עזה, המתגוררים בישראל כדין מכוח היתר, בהיותם בני/בנות זוג ו/או הורים לאזרחים ישראלים, כתוצאה מסירובם של המשיבים להתיר להם לנהוג ברכב בתחומי ישראל. תושבים פלסטינים אלה (להלן – **בני המשפחה המסורבים**) חיים שנים בהמתנה להסדרת מעמדם בישראל, במסגרת הליך איחוד משפחות (להלן - **אחמ"ש**). הם מתגוררים במשך שנים בתחומי ישראל עם משפחותיהם ומרכז חייהם מצוי בה. לסירוב המשיבים להתיר להם לנהוג ברכב יש, כמובן, גם השלכות ישירות וקשות על בני משפחותיהם הישראלים.

מדיניות איסור הנהיגה, שהטילו המשיבים על תושבים אלה מזה כשש שנים והמבוססת, לכאורה, על "טעמים ביטחוניים מובהקים", הינה גורפת, כללית, נטולת תשתית עובדתית, ואינה מבוססת על בדיקה או הערכה פרטנית כלשהי של מסוכנות המסורבים, עליהם היא חלה. מדיניות זו אף מתעלמת מחריגים צרים, הקיימים בתקנות התעבורה, אשר מאפשרים מתן היתר נהיגה.

כידוע, חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן - **הוראת השעה**), כמו גם החלטת הממשלה מספר 1813 (מיום 12/5/02) שקדמה לו, נחקק ביום 6/8/03, ועודנו בתוקף כיום, לאחר שתוקפו הוארך מספר פעמים, הקפוא את הליך האחמ"ש לגבי בני המשפחה המסורבים. העתירות נגד חוקתיותה של הוראה השעה נדחו על ידי בית המשפט הנכבד ברוב דעות בפסק הדין, שניתן בבג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, אשר ניתן ביום 14 במאי 2006 (להלן - **עניין עדאלה**).

בהוראת השעה הוטלו מגבלות חמורות על הזכות לחיי משפחה של האזרחים והתושבים הערבים, שנישאו לבני/בנות זוג מבני עמם, החיים תחת כיבוש ישראלי. משמעותה המעשית של הוראת השעה למי שלא הספיק להגיש בקשת אחמ"ש בטרם קבלת החלטת הממשלה, היא קריעה של משפחתו. לגבי מי שהגיש בקשה כאמור בטרם קבלת הוראת השעה ובקשתו אושרה, קובע סעיף 4 מסגרת להארכת תוקף רישיון ישיבה בישראל, בכפוף למניעה ביטחונית.

אותם אנשים, החיים כיום בישראל מכוח היתרי שהייה זמניים, הנדרשים לחידוש מעת לעת בכפוף לשיקול דעתו הרחב של שר הפנים, נמצאים בתנאים של אי וודאות וחשש מתמיד מפני האפשרות, שבכל רגע נתון, עלולים הם לאבד את רישיון השהיה שלהם, באם תימצא עילה כלשהי שתצדיק זאת לדעת הרשויות.

אם לא די בכך, המשיבים מטילים מגבלות ממגבלות שונות, הנוגעות, בין היתר, ליכולתם של בני המשפחה המסורבים להתפרנס, לקבל שירותי בריאות ולצאת מישראל ולהיכנס אליה. פגיעות אלה משליכות כמובן גם על בני משפחתם. אחד מן הקשיים הללו, העומד במרכז של העתירה דן, עניינו האיסור הגורף ונטול החריגים, המוטל על בני המשפחה המסורבים, אשר מעוגן לכאורה בתקנות התעבורה והאוסר עליהם לנהוג ברכב בתחומי ישראל. את האיסור הגורף האמור מתבקש בזאת בית המשפט הנכבד לבטל.

החלק העובדתי

העותרים

1. מר העותר 1, בעבר תושב הכפר סאלם שבגדה המערבית, הוא יליד שנת 1974. בשנת 1997 נישא מר לעותרת 2, אזורית ישראל. בני הזוג מתגוררים בלוד, ולהם ארבעה ילדים: העותר 3, נולד בשנת 1998; העותר 4, נולד בשנת 1999; העותר 5, נולד בשנת 2001; העותרת 6, נולדה בשנת 2004.
2. העותרת 7 הינה עמותה, הפועלת לקידום זכויות האדם בישראל ובשטחים הכבושים.

המקרה של העותרים

3. כחלק מהליך הבקשה להסדרת מעמד בישראל עבור תושב האזור, בן זוג של אזרח ישראלי, אישר מינהל האוכלוסין שבמשרד הפנים לעותר 1, לראשונה בשנת 2000, לשהות בישראל לתקופה של 12 חודשים. אישור זה מתחדש מאז בכל פעם, על פי פניית העותרת 2 למינהל האוכלוסין, כחודשיים לפני פקיעתו של האישור הקודם. מכוחו של אישור זה מונפק לעותר 1 היתר שהייה ועבודה מידי מינהלת התיאום והקישור (להלן, **מת"ק**) שבנפת שכם, המתחדש גם הוא מאז, בכל פעם על פי פנייתו.
4. העותר 1 מחזיק ברשיון נהיגה בר תוקף מדרגה 2, אשר הונפק לו בנפת שכם מאז שנת 1994.
מצ"ב העתק רשיון הנהיגה העדכני של העותר 1, אשר מסומן כנספח **ע/1**.
5. סעיף 7 לטופס ה"בקשה לקבל מעמד בישראל עבור תושב האזור – בן זוג של אזרח ישראלי" קובע, כי "תוקפו של מסמך שהייה זה מותנה בכך שלא תיווצר מניעה ביטחונית או פלילית לזהות המוזמנת [העותר 1] בישראל במהלך התקופה." מכוח סעיף זה, מעיד החידוש המתמשך של אישור שהייתו של עותר 1, מאז שנת 2000, כי לא נמצאה נגדו כל עילה למניעה ביטחונית או פלילית, אשר הייתה יכולה לבסס אי מתן אישור שכזה.
מצ"ב העתק טופס האישור העדכני של ה"בקשה לקבל מעמד בישראל עבור תושב האזור – בן זוג של אזרח ישראלי" עבור העותר 1, אשר מסומן כנספח **ע/2**.
6. בהיתר השהייה והעבודה של העותר 1 רשומה ההערה הכללית הבאה: "אינו רשאי לנהוג ברכב במדינת ישראל."
מצ"ב העתק היתר השהייה והעבודה העדכני מידי מת"ק נפת שכם, על שני צדדיו, אשר מסומן כנספח **ע/3**.

הפניות לרשויות:

7. ביום 16 בינואר 2006 פנתה העותרת 7 למדור רישום אוכלוסין במשרדו של היועץ המשפטי של איו"ש, בבקשה כי יונפק לעותר 1 היתר, שיאפשר לו לנהוג ברכב בתחומי מדינת ישראל.

מצ"ב העתק המכתב, אשר מסומן ע/4.

8. ביום 23 בינואר 2006 קיבלה העותרת 7 את תשובתו של סרן עמית זוכמן, בשם היועץ המשפטי של איו"ש, בה דחה את הבקשה להנפיק לעותר 1 היתר לנהוג ברכב ישראלי בתחומי מדינת ישראל, בהתבסס על הסיבות הבאות:

8.1. סעיף 3 להוראות התנועה, הקובע, כי:

"לא ינהג תושב האזור רכב מנועי, בין באזור ובין מחוצה לו, אלא אם הרכב המנועי רשום באזור ונושא אותם סימני היכר שנקבעו לו באזור."

8.2. במכתב התשובה נאמר עוד, כי למרות שסעיף 5 להוראות התנועה מאפשר למפקד הצבאי ליתן היתר לתושב האזור, המתיר לו לנהוג ברכב שאינו רשום באזור, "לא מונפקים כיום היתרים לתושבי האזור, המתירים אף נהיגה ברכב בישראל", וזאת "מסיבות ביטחוניות מובהקות." (הדגש במקור)

מצ"ב העתק התשובה, אשר מסומן ע/5.

9. ביום 15 במרץ 2006 פנתה העותרת 7 לעו"ד אסנת מנדל, מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, בנוגע לסירוב הגורף לבקשות היתרי נהיגה ברכב ישראלי לבני המשפחה המסורבים.

המכתב התייחס לעניינו של העותר 1, וצויין בו, כי היתר הנהיגה דרוש לו לשם ניהול תקין של אורחות חייו וחיי משפחתו. כמו-כן צויין, כי צורך זה מקבל משנה חשיבות עקב העובדה, כי העותר 3, בנם הבכור של העותרים 1 ו-2, סובל מאיחור התפתחותי, ממוגבלות שכלית וכן מנכות קשה, שבשלן הוא נדרש לעבור בדיקות רפואיות באופן תדיר, וכן אשפוזים רבים ותכופים.

לעניין מדיניות איסור הנהיגה נכתב, כי סירוב גורף לבקשות היתרי נהיגה ברכב ישראלי לתושבי האזור, הרשאים להתגורר בתחומי ישראל מכוח אשרת שהייה ועבודה בישראל, ללא כל בדיקה פרטנית של כל פניה לגופה ואף ללא התחשבות בנסיבות הומניטריות חריגות, פוגעת בחופש התנועה של בני המשפחה המסורבים ושל בני משפחותיהם הישראלים, וביכולתם לנהל אורח חיים תקין.

עוד צויין, כי ככל שקיימים טעמים ביטחוניים לאי היענות לבקשת היתרי נהיגה מצדם של תושבי האזור, יש לבדוק ולנמק קיומם של טעמים אלה בהתייחסות לגופו של כל מקרה ומקרה, ובהתבסס על הסכנה הביטחונית, הנשקפת מהיענות לבקשת מגיש הבקשה הספציפי.

מצ"ב העתק המכתב, אשר מסומן ע/6.

10. ביום 20 באפריל 2006 קיבלה העותרת 7 העתק ממכתבה של עו"ד מנדל ליועמ"ש איו"ש מיום 4 באפריל 2006, בו היא העבירה לו את פניית העותרת 7 להמשך טיפולו.

מצ"ב העתק המכתב, אשר מסומן ע/7.

11. ביום 13 ביוני 2006 קיבלה העותרת 7 מכתב תשובה בנוגע לסירוב לבקשות היתרי נהיגה ברכב ישראלי לתושבי השטחים המחזיקים באשרת שהייה ועבודה בישראל, ובנוגע לבקשות היתר הנהיגה עבור העותר 1, מידי של סגן אריאל יוספי, בשם יועמ"ש איו"ש.

במכתב זה אישר סגן יוספי, כי "במהלך השנים האחרונות לא מנפיק מפקד האזור היתרים לנהיגה ברכב הרשום בישראל, זאת, מטעמי ביטחון מובהקים", וכי "כל עוד לא חל שינוי בהערכות הביטחוניות העומדות בבסיס החלטתו של מפקד כוחות צה"ל באזור ולא ניתנה החלטה סותרת של בית המשפט, לא נוכל להיענות לבקשתך." (הדגשות במקור)

במכתבו ציין סגן יוספי את בג"צ 10208/01 ברכאת נ' המפקד הצבאי של אזור יהודה ושומרון ועזה (2002), שדן, לטענתו, בסוגיה דומה. כמו-כן צויין במכתב, כי במספר עתירות שהוגשו בנדון לבג"צ פסק בית המשפט הנכבד, כי אין מקום להתערב בעמדת המדינה שלא להעניק היתרי נהיגה, וכי "בימים אלה עומדות לדיון בפני בית המשפט העליון שתי עתירות הנוגעות לנושא... האחת, בעניין בג"צ 5539/05 גדיר אטאללה ואח' נ' שר הביטחון ואח', והשניה בבג"צ 5550/05 שריף אבו סנינה ואח' נ' שר התחבורה ואח'."

מצ"ב העתק המכתב, אשר מסומן ע/8.

12. ביום 5 בדצמבר 2006 פנתה העותרת 7 לשר התחבורה, מר שאול מופז, המשיב 1, בנוגע לסירוב הגורף לבקשות היתרי נהיגה ברכב ישראלי לבני המשפחה המסורבים. במכתב התבקש השר לבטל את המדיניות הנוכחית, לפיה נאסר באופן גורף וללא כל בדיקה פרטנית על תושבי הגדה המערבית וחבל עזה, החיים בישראל כדין מכוח היתר, לנהוג ברכב בתחומי ישראל, ולחדש את הנפקת רישיונות הנהיגה על ידי רשות הרישוי לתושבים. כמו-כן, התבקש השר להורות, כי יונפק לעותר 1 היתר, שיאפשר לו לנהוג ברכב בתחומי ישראל.

משלא התקבלה אצל העותרת 7 כל תשובה למכתב זה מהמשיב 1, חזרה זו ושלחה למשיב 1 מכתב תזכורת ביום 26 בדצמבר 2006.

מצ"ב העתקי המכתבים מיום 5 בדצמבר 2006 ומיום 26 בדצמבר 2006, אשר מסומנים ע/9 ו-
ע/10.

13. ביום 27 בדצמבר 2006 קיבלה העותרת 7 מכתב תשובה מעו"ד חוה ראובני, סגנית היועצת המשפטית במשרד התחבורה. במכתב הוצע לעותרת להמתין עם פנייתה בנדון עד לסיום ההליכים ב"מספר עתירות שהוגשו לבג"צ בשנתיים האחרונות", אחת מהן - בג"ץ 5550/05 אבו סנינה, אשר טרם נדונו.

מצ"ב העתק המכתב, אשר מסומן ע/11.

14. כאמור, לעותר 3, בנם הבכור בן התשע של העותרים 1 ו-2, רקע של איחור התפתחותי, מוגבלות שכלית ונכות קשה. כתוצאה ממצבו הוא מטופל תרופתית באופן קבוע, והוא נדרש לעבור בדיקות רפואיות ואשפוזים באופן תדיר.

מצ"ב העתק מכתב שחרור מן המרכז הרפואי אסף הרופא מיום 22 באוגוסט 2006, אשר מפרט את מצבו הבריאותי של העותר 3. המכתב מסומן ע/12.

15. עקב מצבו של העותר 3, מרותקת האם, העותרת 2, לביתה לצורך טיפול וסיעוד לבן הבכור ואינה יכולה לעבוד ולסייע בפרנסת המשפחה – משימה שמוטלת, לאור הנסיבות, באופן בלעדי על כתפי אב המשפחה, העותר 1.

16. למרות שהיתר השהייה של העותר 1 מתיר לו לעבוד בישראל, הוא מתקשה למצוא עבודה קבועה לאורך זמן, אשר באמצעותה יוכל לפרנס את משפחתו. הסיבות העיקריות לכך הן הצורך להימצא בקרבת ביתו, למקרה שיידרש לסייע לאשתו בטיפול בבנם הבכור, והעובדה שנאסר עליו לנהוג ברכב בתחומי ישראל.

הטיעון המשפטי

פגיעה בזכות לחופש התנועה והניידות של העותרים

17. זכות היסוד לחופש תנועה בתוך גבולותיה של המדינה אמנם אינה מנויה במפורש כזכות יסוד חוקתית בגדרו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזאת בניגוד לזכות לצאת את הארץ. אולם אין לראות בהשמטה זו הסדר שלילי, ויש לראות בחופש תנועה בתוך גבולותיה של המדינה זכות חוקתית לנוע באופן חופשי בתוך גבולות המדינה, הנובעת מ"כבודו" של אדם ומ"חירותו", והניצבת ברף עליון במדרג זכויות האדם בישראל.

ראו סעיף 10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'ייה, בג"צ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף (מיום 12 לינואר 2006); וגם סעיף 74 לפסק דינו של הנשיא, כתוארו דאז, ברק, בג"צ 5016/96, 5025, 5090, 5434 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1

18. שלילת זכויות הנהיגה של אדם או הגבלתן, וכפועל יוצא מכך הגבלת ניידותו, הוכרו בפסיקה כפגיעה בחופש התנועה. האיסור לנהוג ברכב בתחומי מדינת ישראל מהווה פגיעה בזכות לחופש התנועה ולניידות של האדם עליו הוא מושת - של העותר 1 ושל התושבים המצויים במצב דומה לשלו. קרי - בני המשפחה המסורבים - פלסטינים בני/בנות זוג ו/או הורים לאזרחים ישראלים, שטרם קיבלו מעמד קבע או אזרחות בישראל, ושלאור הוראת השעה מצויים במצב ביניים, שבו הם חיים בישראל על פי היתרים זמניים לאחר שהוקפאה מדיניות איחוד המשפחות. לאיסור גם השלכות ישירות וקשות על בני משפחותיהם הישראלים של בני המשפחה המסורבים, ועל אורח חייהם ואיכותם.

18.1. בע"ש (חי) 892/02 ופאא סעיד נ' מדינת ישראל/משרד הרישוי - מחוז חיפה והצפון (2002), נדונה החלטת משרד הרישוי למנוע לימודי נהיגה מאזרחית ונקבע, כי מניעה שכזו מהווה פגיעה בזכות יסוד, במסגרת הזכות לחופש התנועה.

"14. בפסק הדין הקודם הדגישה השופטת את הפגיעה במערערת, בכך שנמנע ממנה לימוד נהיגה, שהיא 'פגיעה משמעותית ביותר בחירויות היסוד האזרחיות'..."

...כאשר ניצבת זכות היסוד של היחיד לנהוג, במסגרת זכותו לחופש התנועה ולמימוש עצמי, צריך לבחון מולה את זכותו של הציבור לחיים ולשלמות הגוף. בבחינה זו על הוועדה לאזן זו מול זו את הזכויות ואת מידת הפגיעה בכל אחת מהן."

(סעיף 14 לפסק דינו של השופט י" דר, ע"ש (חי) 892/02 ופאא סעיד נ' מדינת ישראל/משרד הרישוי - מחוז חיפה והצפון (2002) (הדגשות במקור))

18.2. עוד נקבע בפסיקה, כי החלטת וועדת הערר של משרד התחבורה שלא לאפשר למערער חידוש רישיון נהיגה לרכב מסחרי - מהווה פגיעה בחופש התנועה ובחופש העיסוק שלו.

"במקרה שלפנינו מתנגשים שני אינטרסים: האחד, זכויותיו של המערער לחופש תנועה ולחופש עיסוק, ומנגד, זכות הציבור לשמור על בטחונו."

(סעיף 10 לפסק דינו של השופט משה דרורי, עמ"נ (י-ם) 219/02 אזווי נ' משרד התחבורה - רשות הרישוי (2003))

18.3. בנוגע להחלטה לפסול אדם מלהחזיק רישיון נהיגה, קבע בית משפט נכבד זה, כי היא פוגעת פגיעה קשה באדם ומכבידה מאוד על כושר ניידותו:

"אין ספק כי פסילת אדם מלהחזיק ברשיון נהיגה מטעמים בריאותיים, פיזיים או נפשיים פוגעת בו פגיעה קשה המכבידה מאוד על כושר ניידותו."
לסעיף 11 לפסק דינה של השופטת ביניש, בר"מ 3186/03 מדינת ישראל נ' עין דור,
פ"ד נח(4) 754 (2004))

פגיעה בזכויות כלכליות חברתיות של העותרים

19. הזכות לחופש העיסוק, כפי שהיא מעוגנת בחוק יסוד: חופש העיסוק, אמנם מתייחסת לאזרחי המדינה ולתושביה. אולם, למונח "תושב" משמעות שונה ולא אחידה בחוקים שונים, בהם הוא מופיע (ע"פ 3025/00 הרוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 111). במרבית הדיסציפלינות המשפטיות משמש המונח "תושב" לתאר את מי שמקיים זיקה ממשית לישראל, כלומר מי שמרכז חייו מצוי בישראל, מבלי שיהיה לכך קשר לסטאטוס החוקי שלו בישראל, כלומר, לשאלה אם הוא מחזיק ברישיון ישיבה בישראל (ראו, למשל, בג"צ 14/72 ששון נ' בית הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו, פ"ד כו(2) 104).

20. כך, למשל, בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה. שם נקבע "מבחן מרב הזיקות" לצורך הכרעה בשאלה אם אדם הוא "תושב ישראלי".

"הלכה פסוקה היא כי: "מקום המגורים של אדם הוא אחד הסימנים העיקריים להיותו תושב באותו מקום...". (דב"ע נז/14-0 ילוז – המוסד לביטוח לאומי בפסיקה 8 לפסק-הדין. ראו גם עב"ל 117/98 קציר – המוסד לביטוח לאומי, בעמ' 601).

"ברור הוא שמבחן ה"תושבות" מורכב ממספר רב של מרכיבים ועל-מנת לבחון זכאותו של פלוני לגימלה יש צורך לבחון מספר זיקות וללכת למקום בו נמצא את מרב הזיקות או לחלופין נמצא זיקה או זיקות מהותיות הקושרות יחיד למדינה מסוימת."

לסעיף 16 לפסק דינו של השופט ר' כהן, עב"ל 386/99 דוניבסקי – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע לז 696 (2002))

21. מקום שם מבקש המחוקק לקבוע, כי המונח "תושב" לעניין מסויים נוגע אך ורק למי שמחזיק ברישיון ישיבה בישראל – הוא עושה כן במפורש במסגרת הוראות החוק (ראו, למשל, סעיף 2א לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995; ראו גם את סעיף 28 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, העוסק באימוץ בישראל, לעומת סעיף 28 לחוק זה, העוסק באימוץ בין ארצי. בעוד סעיף 28 לחוק מדבר אודות "תושב", סעיף 28 לחוק מבהיר, כי תושב לעניין אימוץ בין ארצי הינו "אזרח ישראלי, או מי שניתנו לו אשרת עולה, תעודת עולה או רשיון לישיבת קבע המתגורר בישראל לפחות שלוש שנים מתוך חמש השנים שקדמו להגשת הבקשה או לפחות שנים עשר חודשים מתוך שמונה עשר החודשים שקדמו להגשת הבקשה"). העדר הגדרה דווקנית, כאמור, באשר למשמעותו של המונח "תושב" במסגרת הוראות החוק, כפי שנעשה בסעיף 3 לחוק יסוד: חופש העיסוק

אשר צוטט לעיל, מלמד כמו מעצמו, כי המחוקק לא ביקש לייחד את האימוץ רק לאזרחים ישראלים ולמי שמחזיקים ברישיון לישיבת קבע, אלא לבעלי זיקה לישראל, אשר מרכז חייהם מצוי בה.

22. אין ספק באשר לזיקתו של העותר 1 לישראל ובאשר לכך כי מרכז חייו מצוי בה מזה שנים. כאמור, נישא העותר 1 בשנת 1997 לעותרת 2 ומאז הוא מתגורר בישראל. לבני הזוג, המתגוררים בלוד, ארבעה ילדים – העותרים 3, 4, 5 ו-6. כחלק מהליך הבקשה להסדרת מעמדו בישראל, מחזיק העותר 1 מאז שנת 2000 בהיתר שהייה ועבודה בישראל. למרות הקשיים המרובים למצוא עבודה עמל העותר 1 לאורך כל התקופה הזו על פרנסת משפחתו בישראל. לעניין זה דומה מאוד גם מצבם של שאר בני המשפחה המסורבים.

23. לא זו אף זו, עשרות שנים לפני חקיקתו של חוק היסוד הוכרה הזכות לחופש העיסוק הכרה הלכתית כזכות טבעית המוקנית לכל אדם.

”עמדתם הלאקונית והגורפת של המשיבים, ולפיה עובדים זרים בישראל אינם נהנים – כך כפשוטו – מן הזכות החוקתית לחופש עיסוק, נוכח לשונו של חוק יסוד: חופש העיסוק, מגלה, להשקפתי, קשיים – וזאת לנוכח ההכרה ההלכתית בזכות לחופש העיסוק כזכות הנתונה ל”כל אדם”, הכרה הלכתית שקדמה לחוקי היסוד (ראו בג”צ 1/49 בז’רנו נ’ שר המשטרה, פ”ד ב 80; בג”צ 337/81 מיטרני נ’ שר התחבורה, פ”ד לז(3) 337; וראו גם עמדתו של פרופ’ ברק באשר לחופש העיסוק כזכות “חוקתית” לעומת חופש העיסוק כזכות “הלכתית”, ולזיקה שבין חופש העיסוק לכבוד האדם: פרשנות חוקתית, ע’ 585, 598)...”
(סעיף 41 לפסק דינו של השופט א’ א’ לוי, בג”צ 4542/02 עמותת “קו לעובד” נ’ ממשלת ישראל, פסק-דין מיום 30 במרץ 2006)

24. חופש העיסוק כזכות חוקתית נגזר מהאוטונומיה של הרצון הפרטי, והוא ביטוי להגדרתו העצמית של האדם. באמצעות חופש העיסוק מעצב האדם את אישיותו ואת מעמדו ותורם למרקם החברתי. חופש העיסוק נקשר לכבוד האדם, והוא מושתת על ההכרה בערך האדם. ככזה, הוא נגזר מכבוד האדם, המוגן בחוקה שלנו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והוא מהווה זכות יסוד של כל אדם בישראל.

ראו לעניין זה:

סעיף 15 לפסק דינו של הנשיא ברק, בג”צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח’ נ’ שר האוצר, פ”ד נא(4) 367; וגם סעיף 5 לפסק דינה של השופטת א’ פרוקצ’יה, בג”צ 9723/01 לוי נ’ מנהלת מחלקת תעשייה ושירותים למתן היתרים לעובדים זרים, פ”ד נו(2) 87

25. להגבלת יכולתם של בני המשפחה המסורבים לנהוג ברכב בתחומי ישראל השפעה על יכולתם להתערות בסביבה, בה הם חיים, להיחשף לנעשה בחברה, וליטול חלק בעשייה החברתית המתחוללת בה.

”קשה להפריז בחשיבותן של היכולות לנוע ממקום למקום, להיחשף לנעשה בחברה, וליטול חלק בעשייה החברתית המתחוללת בה...”
(סעיף 13 לפסק דינו של השופט א' לוי (בדעת מיעוט), בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (2004) (להלן – עניין עמותת מחויבות))

26. היתרי השהייה בישראל שבידי העותר 1 ובידי בני המשפחה המסורבים המצויים במצב דומה לשלו (ראו דוגמה בנספח ע/3) מתירים עבודה בישראל, וזאת בכפוף למילוי המעסיק אחר הוראות חוק עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים), התשנ"א-1991 (להלן - חוק העובדים הזרים). בזמנים מודרניים, היכולת לנהוג ברכב והיכולת למצוא עבודה ולהתפרנס לעיתים קרובות חד הם. האיסור הגורף לנהוג בתחומי מדינת ישראל מגביל את האפשרויות, העומדות בפני העותר 1 ובפני אלה המצויים במצב דומה לו, למצוא עבודה ולהתפרנס.

”השימוש בכלי רכב פרטי הולך ונעשה יותר ויותר אמצעי חיוני לקיום הכלכלה והמשק ולסיפוק צרכים חברתיים ותרבותיים של הכלל והפרט...”
(ע"פ 217/68 זראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 343 363)

27. בהגבילו את האפשרויות, העומדות בפני העותר 1 ובפני אלה המצויים במצב דומה לו, למצוא עבודה ולהתפרנס, מהווה האיסור הגורף לנהוג בתחומי מדינת ישראל פגיעה בחופש העיסוק של בני המשפחה המסורבים.

פגיעה בזכויות המעוגנות באמנות זכויות האדם הבינלאומיות

28. סעיף 12(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966 קובע, כי אדם, הנמצא כחוק בתוך שטחה של מדינה, זכותו, בתוך שטח זה, לנוע ולבחור את מקום מגוריו באורח חופשי. יישומה של הוראה זו לענייננו משמעה, כי הזכות לחופש תנועה של בני המשפחה המסורבים ושל העותר 1 בתוכם, השוהים בישראל כחוק, כוללת את הזכות לנוע ולבחור את מקום מגוריהם בשטח ישראל.

29. סעיף 5 לאמנה קובע, כי "אין באמנה זו דבר אשר ניתן לפרשו כמורה על זכות שהיא בידי מדינה, קבוצה או יחיד, לפתוח בפעולה או לבצע מעשה אשר תכליתם – הכחדתן של הזכויות והחירויות שהוכרו באמנה זו, או הגבלתן במידה גדולה יותר מכפי שנקבע באמנה זו."

30. סעיף 6(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966 קובע, כי לכל אדם שמורה הזכות לעבוד ולבחור את עיסוקו.

האיסור הגורף על נהיגה בישראל – הפלייה פסולה על בסיס מוצא לאומי

31. כאמור בסעיף 26 לעתירה זו, היתרי השהייה בישראל שבידי העותר 1 ובידי בני המשפחה המסורבים המצויים במצב דומה לשלו מתירים עבודה בישראל, בכפוף למילוי המעסיק אחר הוראות חוק העובדים הזרים, אשר כשמו, מסדיר את העסקתם של עובדים זרים בישראל.

32. והנה, המדיניות הנקוטה ביחס לעובדים זרים, השוהים בישראל ברשיון, המתיר להם לעבוד בישראל, ושעבודתם מוסדרת, כאמור, אף היא באמצעות חוק העובדים הזרים, שונה בתכלית. בשונה מן העותר 1 ומבני המשפחה המסורבים, המצויים במצב דומה לשלו, אשר נגדם מושת איסור גורף וללא כל בדיקה פרטנית על נהיגה בישראל, לעובדים זרים **מותר** לנהוג ברכב בתחומי ישראל, וגם זאת, באופן גורף וללא כל בדיקה פרטנית.

33. אין זאת אלא, כי ההחלטה שלא להטיל כל איסור גורף על נהיגתם של עובדים זרים ולעומת זאת, לאסור באופן שכזה על נהיגתו של העותר 1 ועל בני המשפחה המסורבים המצויים במצב דומה לשלו, מבלי שנדרשת עילה פרטנית כלשהי, כנגד האדם עליו מושת האיסור, הנה החלטה המבטאת מדיניות של הפלייה פסולה, על בסיס מוצא ולאום.

34. כאשר בוחנים האם הפעלתו של יחס שונה כלפי בני אדם שונים מהווה הפלייה פסולה, השאלה אינה רק מהו המניע להפעלת היחס השונה, אלא מהי התוצאה של ההחלטה. החלטה על הפעלתו של יחס שונה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה נפגע השוויון. (לעניין זה, ראו סעיף 51 לפסק דינו של הנשיא ברק בעניין עדאלה; סעיף 30 לפסק דינו של הנשיא ברק, בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258)

35. כאשר מעמידים במבחן התוצאתי את החלטת המשיבים להתיר את נהיגתם בישראל של עובדים זרים שבהיתר, ולעומת זאת לאסור על כל בני המשפחה המסורבים לנהוג בה, ברי כי החלטה זו מהווה הפלייה פסולה על בסיס של מוצא לאומי.

מתן רשיון איננו פריבילגיה אלא זכות

36. מתוך עמדת המשיבים, המגבילה את חופש התנועה של העותר 1 ומשפחתו ושל בני משפחה מסורבים אחרים המצויים במצב דומה להם, ומתוך תשובותיהם לפניית העותרת 7 משתמע, כי הם סבורים, שאין האיסור על נהיגה ברכב בתחומי ישראל מהווה שלילה של זכות, המוקנית להם כנגזרת מהזכות לחופש התנועה וחופש העיסוק. דומה, כי עמדת המשיבים היא, כי שלילה זו הינה אך מניעה של פריבילגיה, בין היתר, משום שהעותר 1 אינו אזרח ישראלי. בית משפט זה התייחס בעבר להבחנה בין זכות לבין פריבילגיה, וקבע כי כיום אין לה עוד מקום, וכי מושג הפריבילגיה "בימינו ובמקומנו, אין דעת חכמים נוחה הימנו". ההחלטה

שלא להתיר לעותר לנהוג ברכב בתחומי ישראל בדרך של אי הכרה ברשיון הנהיגה שהונפק לו באזור מהווה על כן הגבלה של הזכות לחופש תנועה שלו ושל משפחתו.

"הבחנה זו שעושה דובר צה"ל בין "זכויות" לבין "פריווילגיות" ו"מחוות" אינה נהירה לי כל צורכה. מושג ה"פריווילגיה" בימינו ובמקומנו, אין דעת חכמים נוחה הימנו. בימים עברו זיכו מונארך וקיסר אנשים רמי-מעלה ב"פריווילגיות", ומצאנו אף בית-משפט באנגליה אשר אמר בשנות החמישים, כי רישיון שמעניקה המדינה לפלוני הינו בבחינת "פריווילגיה"... כך היה בעבר. בימינו – לא עוד."
(בג"צ 181/96 "הארץ" בע"מ נ' הרמטכ"ל, פ"ד נ(5) 48 45 (1996))

ס' 3 להוראות בדבר תנועה ותעבורה (יהודה ושומרון), תשכ"ט–1968 - חוסר סמכות

37. בתשובה לפניית העותרת 7 כתב נציג היועץ המשפטי של איו"ש (ע/5), כי בקשת העותר 1 להתיר לנהוג ברכב ישראלי בתחומי מדינת ישראל נדחית, בין היתר על בסיס סעיף 3 להוראות התנועה, הקובע, כי:

"לא ינהג תושב האזור רכב מנועי, בין באזור ובין מחוצה לו, אלא אם הרכב המנועי רשום באזור ונושא אותם סימני היכר שנקבעו לו באזור." (ההדגשה לא במקור)

38. סעיף 3 לצו זה, אשר הוצא בידי המשיב 2, ניתן בחוסר סמכות ובניגוד למשפט הבינלאומי, ככל שהוא מתייחס להנהגת סדר מחוץ לאזור, ואינו יכול להוות בסיס כלשהו לאיסור על תושבים פלסטיניים, שמרכז חייהם בישראל, מלנהוג בתחומה, ועל כן בטל הוא או דינו להתבטל.

39. סמכויותיו של המשיב 2 בשטח הכבוש נגזרות מדיני התפיסה הלוחמתית, כפי שאלה באים לידי ביטוי, בין השאר, בתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן – **תקנות האג**) ובאמנת ג'נבה הרביעית להגנה על אזרחים בזמן מלחמה, 1949 (להלן – **אמנת ג'נבה הרביעית**). דינים אלה תוחמים את שיקוליו של המפקד הצבאי ואת סמכויותיו בשטח הכבוש, שבמסגרתן הוא לוקח על עצמו את סמכויות החקיקה והמינהל, בהבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו **באזור** מזה והבטחת האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית **באזור** מזה.

40. סעיף 3 להוראות התנועה מתיימר להסדיר את נהיגתו של תושב האזור בכל מדינה בעולם המצויה מחוץ לאזור. ברור הוא, כי המשיב 2 מבקש לנכס לעצמו סמכויות, שאינן מוקנות לו על פי דיני התפיסה הלוחמתית, התוחמת את סמכויותיו בשטח הכבוש.

41. על כן, סעיף 3 להוראות התנועה, ככל שהוא מתיימר להסדיר את נהיגת תושבי האזור מחוץ לשטח הכבוש, ובכלל זה במדינת ישראל, ניתן בחוסר סמכות, ועל כן בטל או דינו להתבטל.

כמו-כן, בוודאי שסעיף זה אינו יכול להוות מקור סמכות או בסיס כלשהו לאיסור על תושבים פלסטיניים, שמרכז חייהם בישראל או בכל מדינה אחרת, מלנהוג בתחומן.

"טעמי ביטחון מובהקים" - מטרות זרות לתכלית החקיקה

42. בנוסף לביסוס איסור הנהיגה לתושבי האזור החיים בישראל על סעיף 3 להוראות התנועה, שהוצא בחוסר סמכות, מבססים המשיבים, לכאורה, את מדיניות האיסור הגורף על נהיגת תושבי האזור, ובכלל זה העותר 1 ובעלי מעמד זהה, על "טעמי ביטחון מובהקים" מכוח תקנות התעבורה, כדברי נציג מטעם המשיב 2 (ראו נספח ע/8).

43. התקנות הרלבנטיות (אשר הותקנו בשנת 2002) קובעות כדלהלן:

"175. על אף האמור בסימן זה, לא יינתן ולא יחודש רישיון נהיגה לתושב אזור כמשמעותו בתקנה 578, אלא אם כן שוכנעה רשות הרישוי, מטעמים מיוחדים, לתתו או לחדשו."

"567. מי שאינו תושב ישראל ואינו תושב אזור כהגדרתו בתקנה 578 ובידו רישיון נהיגה זר בר תוקף, יראו אותו כבעל רישיון נהיגה בר תוקף בישראל בדרגה המקבילה לדרגת רישיון הנהיגה שלו, אם נתקיימו בו כל אלה:

(1) תנאי הגיל האמורים בתקנות 188 עד 190;

(2) אם הוא נוהג רכב כאמור –

(א) בתקנות 176 עד 179 – שהותו בישראל, מיום כניסתו האחרונה, אינה עולה באופן מצטבר על שנה, אלא אם כן הוא יצא מישראל במשך תקופה זו ליותר משלושה חודשים, באופן מצטבר;

(ב) בתקנות 179 א עד 187 – שהותו בישראל, מיום כניסתו האחרונה, אינה עולה באופן מצטבר על שלושה חודשים אלא אם כן הוא יצא מחוץ לישראל בתקופה זו ליותר מ-30 ימים באופן מצטבר."

"578. לא ינהג תושב אזור רכב שאינו רשום באזור אלא אם כן יש בידו היתר לכך מאת מפקד כוחות צבא הגנה לישראל באזור או מי שהוא הסמיך לכך."

44. תקנות התעבורה אינן מציננות טעמי ביטחון כתכלית, שעומדת בבסיסן לעניין האיסור המושת על תושבי האזור לנהוג ברכב במדינת ישראל. חרף זאת, נטען בתשובת נציג יועמ"ש איו"ש לעותרת 6, כי "לא מונפקים כיום היתרים לתושבי האזור, המתירים אף נהיגה ברכב בישראל", וזאת "מסיבות ביטחוניות מובהקות." (סעיף 4 לנספח ע/5).

45. איסור כללי וגורף על מתן היתרי נהיגה מכוח תקנה 578ב באמתלה של טעמים ביטחוניים, ללא גיבוי בנתונים, ללא תשתית עובדתית וללא בדיקה פרטנית של כל מקרה ומקרה הינו בבחינת העלאת טענות בעלמא, ובוודאי אינו חוקי.

46. יתרה מזו, "הטעמים הביטחוניים המובהקים", הנטענים כבסיס לאיסור הנ"ל, הינם בבחינת מטרות זרות לתכלית החקיקה הראשית, המסמיכה להתקין את חקיקת המשנה. על כן אינם בבחינת שיקולים, שהמשיב 1 מוסמך לשקול אותם בבואו להסדיר את הנהיגה של תושבי האזור בישראל, ובוודאי כאשר המדובר באיסור גורף כגון במקרה בו עסקינן.

47. זיהוי המטרה והשיקולים הרלבנטיים, העומדים בבסיס הסמכות, שהוענקה למשיב 1 להתקין את תקנות התעבורה, נגזרים מדבר החקיקה הראשית אשר הסמיכה אותו להתקין. על פי הפתיח של תקנות התעבורה, מקור סמכות זה מצוי בפקודת התעבורה [נוסח חדש] (להלן - **פקודת התעבורה**) ובפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 (להלן - **פקודת סדרי השלטון**).

48. מטרות החקיקה הראשית הנ"ל אינן מצוינות מפורשות בהוראות חוק אלה. פקודת סדרי השלטון הינה דבר חקיקה כללי ראשוני המבסס את כל סדרי השלטון והחקיקה במדינה, וככזה אין בו מטרות ותכליות ספציפיות לדברי חקיקת המשנה השונים, הנגזרים ממנו.

גם פקודת התעבורה אינה מפרטת באופן מפורש את מטרותיה. אולם, ניתן ללמוד על מטרות אותו חלק בפקודת התעבורה, הנוגע לסעיפים הרלבנטיים לעניינה של העתירה דנן בתקנות התעבורה (המפורטים בסעיף 42 לעתירה זו), מעיון בפרק השישי לפקודת התעבורה, שכותרתו "פסילת רשיון ואיסור שימוש ברכב" (סעיפים 35-61א לפקודה). הוראות סעיפי פרק זה קובעים, כי ניתן לפסול רישיונו של אדם, או לאסור עליו את השימוש ברכב, אם הורשע בעבירת תעבורה, או בעבירה לפי חוק אחר הכרוכה בנהיגה ברכב, או אם הוגשו כנגדו הודעות אישום או כתב אישום על עוון או פשע, שביצועם נתאפשר או הוקל על ידי נהיגתו ברכב, או על ידי השימוש ברכבו, ואם בית המשפט שוכנע, "כי המשך הנהיגה על ידי הנאשם האמור או המשך השימוש ברכבו יש בהם משום סכנה לציבור" (ראו, למשל, סעיף 45א לפקודה). אין סעיפי פרק זה מפרטים טעמים אחרים, שעל בסיסם ניתן לפסול רישיונו של אדם או לאסור עליו את השימוש ברכב. טעמי ביטחון אינם נמנים, אם כן, על טעמים אפשריים אלה, ומכאן, שביטחון המדינה אינו נמנה על המטרות, העומדות בבסיסה של פקודת התעבורה.

49. משכך, שיקולים שעניינם ביטחון המדינה אינם מצויים כלל בגדרה של החקיקה המסמיכה, ועל-כן יש לראותם כשיקולים זרים לה, תהא תכליתם ראויה ככל שתהיה.

"ניתן לסכם, שהדיון כולו במליאת הכנסת סב על נושאים הזרים למטרות חוק החסינות, ולפיכך הליך כולו פגום מעיקרו בחוסר סמכות, ממש כפי שההליך היה פגום, אילו נקבע בחוק במפורש, שהשימוש בסמכות צריך להיעשות אך למטרות מסוימות, והגוף הנדון פעל למטרות אחרות."

(סעיף 13 לפסק דינו של השופט ש' לוי, בג"צ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169 (ההדגשות לא במקור))

(ראו גם סעיף 5 לפסק דינו של מ"מ הנשיא י' כהן, עמ"מ 1/82 קואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 666)

50. "טעמי הביטחון המובהקים" עליהם מתבססים המשיבים באוכפם איסור גורף על נהיגת תושבי האזור בישראל, אינם מוזכרים כלל בתקנות התעבורה או בחקיקה הראשית המסמיכה להתקין אותן, ועל כן הם זרים לתכלית החקיקה הראשית וחקיקת המשנה.

החובה שלא להגביל את חופש התנועה באופן גורף, אלא רק על בסיס אינדיבידואלי

51. שימוש באמצעי של מתן הגבלות על חופש התנועה מותר אך ורק על בסיס אינדיבידואלי. מסקנה זו נגזרת מהמשפט החוקתי והמינהלי הישראלי, כפי שפותח בפסיקתו הענפה של בית משפט זה.

52. מכיוון שעיקר הפסיקה אשר תובא להלן עוסקת בהגבלות על חופש התנועה על דרך של איסור יציאה מן הארץ, ולא בהגבלות על תנועתו של אדם בתוך מדינתו על דרך איסור לנהוג ברכב, או בדרך של מניעת מתן רשיון נהיגה, מן הראוי תחילה להביא את עמדתו של בית המשפט באשר למדרג החומרה של ההגבלות השונות על חופש התנועה, ואת קביעתו, כי הגבלת התנועה של אדם בתחומי מדינתו מצויה במדרג חומרה גבוה מפגיעה בחופש התנועה על דרך של איסור יציאה מן הארץ. מכאן שיש ליישם את האמור בפסיקה בעניין איסורים והגבלות על יציאה מן הארץ בבחינת "קל וחומר" לגבי הגבלות תנועה של אדם בתוך מדינתו.

"גם במסגרת הפגיעה בחופש התנועה ישנן הבחנות ודרגות של חומרה, המחייבות שימוש במבחנים שונים. הוצאת צו מינהלי להגבלת חופש התנועה של אדם בתוך המדינה, היינו מעצר מינהלי במקרים החמורים ביותר ואיסור על יציאתו מתחומו של אזור מוגדר במקרים קלים יותר, מהווה פגיעה דראסטית יותר מאשר מתן צו, המונע את יציאת החשוד משטח ישראל לחוץ-לארץ, שכן נכלל איסור אחרון זה ממילא בתוך צו מגביל כאמור. הנובע מכך הוא, שכדי להצדיק מתן צו מרחיק לכת כנ"ל דרוש חשד רציני יותר, המבוסס על ראיות משכנעות יותר, מאשר החשש הנדרש כדי לאפשר צו איסור יציאה מהארץ."

(סעיף 8 לפסק דינו של השופט בך, בג"צ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701)

53. המשפט הישראלי הציב את חופש התנועה לחוץ לארץ כזכות יסוד חוקתית המעוגנת בסעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"הערך של כבוד האדם וחירותו מבוסס על האוטונומיה של הרצון האישי, על חופש פיתוח האישיות ועל ההכרה בחופש הבחירה של הפרט. מכאן נגזרת זכותו של הפרט לנוע באופן חופשי בגבולות מדינתו ומחוצה לה "

(א' ברק פרשנות במשפט, פרשנות חוקתית, ירושלים 1994, 428)

(ראו גם בג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2)

491, 508-509)

54. בית המשפט הנכבד קבע, כי באיזון שבין ההגבלה על חופש תנועה מחוץ לתחום המדינה והסיכון לפגיעה בביטחון המדינה, יש להפעיל מבחן של "החשש הכן והרציני". מבחן זה משליך הן על חוזקו של החשש לפגיעה בביטחון המדינה, והן על עוצמת אותה סכנה לביטחון המדינה, הדרושים לשם הצדקת הפגיעה בחופש התנועה, ועל הדרישה, כי שני התנאים הללו יתקיימו במצטבר.

ראו לעניין זה את סעיף 3 לפסק דינה של המשנה לנשיא מ' בן-פורת, בג"צ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701.

55. משמעות הדרישה לקיומו של חשש כן ורציני היא, כי לביסוסו של חשש זה אין להסתפק רק בחשדות כלליים ועמומים, אלא יש צורך בקיומן של ראיות חד-משמעיות, מוצקות ומשכנעות (סעיף 5 לפסק דינו של השופט גולדברג, בג"צ 672/87 עתאמללה נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מב(4) 708).

56. מעבר לכך, קבע בית המשפט הנכבד, כי את מבחן "החשש הכן והרציני" יש להפעיל באופן אינדיבידואלי, כלומר כלפי אדם **מסוים**, אשר ממנו מתקיימת סכנה של ממש לקיומו של נזק משמעותי לביטחון המדינה, כלומר לא כלפי ציבור כלשהו.

"... החשש ה"רציני", המצדיק מתן צו לאיסור יציאתו של אדם מן המדינה, חייב להיות מושתת על ההערכה, שקיימת סכנה של ממש, כי עקב נסיעתו של **אותו אדם** לחוץ-לארץ עלול להיגרם נזק משמעותי לביטחון המדינה, וכדי להגדיר את המבחן מההיבט השלילי, הרי הייתי קובע, שמשמעותו של הדיבור "חשש רציני" היא, שחשש קלוש, שולי, רחוק או **תיאורטי בלבד** אינו מצדיק את הוצאתו של צו איסור יציאה על-פי תקנה 6 לתקנות."

(סעיף 10 לפסק דינו של השופט ג' בד, בג"צ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701) (ההדגשות לא במקור)

"...כל מידה של פגיעה בחופש התנועה חייבת להיות תולדה של העמדת שני הערכים, זה מול זה, ושל השכנוע, כי הפגיעה אכן מתחייבת למען השגת המטרה הביטחונית הספציפית שהיא באה למנוע. משמעות הדבר, כי חייב להיות קשר ישיר בין האמצעי שננקט לבין מידת הסכנה הנשקפת מן האיש שכנגדו הוצא צו ההגבלה..."

(סעיף 5 לפסק דינו של השופט גולדברג, בג"צ 672/87 עתאמללה נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מב(4) 708); (ראו גם סעיף 9 לפסק דינו של השופט טירקל, בג"צ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695) (ההדגשות לא במקור)

57. בהפעילם את האיסור על נהיגה ברכב בתחומי מדינת ישראל נגד ציבור שלם, ולא נגד אדם מסוים, ומבלי שביססו נגדו עילה העומדת במבחן "החשש הכן והרציני", כשלו המשיבים בשני המבחנים שפורטו לעיל גם יחד. כתוצאה מכך, מהווה הפגיעה בחופש התנועה של העותר 1 ושל המצויים במצב זהה לשלו, הנגרמת כפועל יוצא של האיסור הנ"ל, לבלתי חוקית.

58. חומרת הפגיעה בזכויות עולה עם התארכות קיום ההגבלה.

"...לענין עוצמתה של הפגיעה בזכות - או "מידתיותה" של הפגיעה - יש לשקול גם את משך הזמן של ההגבלה. ככל שמשך הזמן של ההגבלה ארוך יותר, גדלה עוצמת הפגיעה. לא הרי הגבלה על זכות היציאה מן הארץ למספר ימים כהגבלה למספר חודשים או אפילו"
(סעיף 10 לפסק דינו של השופט טירקל, בג"צ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695)

59. כאמור בחלק העובדתי של עתירה זו, מתגורר העותר 1, וכמותו בני משפחה מסורבים רבים, במשך שנים ארוכות בתחומי מדינת ישראל, בהמתנה להסדרת מעמדם במסגרת הליך האחמ"ש, כשלאורך כל התקופה הנ"ל ישראל מהווה את מרכז חייו. מעת כניסתה של הוראת השעה לתוקף נקבע, כי בני המשפחה הפלסטינים הללו אינם יכולים לפתוח בהליך המדורג לקראת קבלת אזרחות או מעמד של קבע בישראל, לפחות עד הגיע ההורה הפלסטיני אשר היה במקור תושב השטחים, לגיל מותר על פי הגבלות הגיל שנקבעו בסעיף 3 להוראת השעה.

60. משמעות סירובם של המשיבים להתיר לקבוצת תושבים אלה, ובכללם העותר 1, לנהוג ברכב בתחומי ישראל כל עוד לא הוסדר מעמדם בישראל היא הגבלה מתמשכת מאוד, ועל כן גם חמורה מאוד, של זכותם וזכותם של בני משפחתם התלויים בהם, לחופש תנועה.

61. הגבלה ממושכת זו נעשתה באופן גורף, כוללני, ללא חריגים, וללא ביסוס בתשתית עובדתית לגבי כל אדם ואדם, ולבטח ללא שימוע. ברור הוא, שמדיניות כזו אינה עומדת במבחן "החשש הכן והרציני" שנקבע בפסיקה להגבלת חופש התנועה.

אבחון פסק הדין בעניין עדאלה

62. בפסק הדין בעניין עדאלה קבע בית משפט נכבד זה ברוב דעות של שבעה שופטים נגד ארבעה, כי מזכותם החוקתית של אזרחים ושל תושבים ישראלים לחיי משפחה, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נגזרת זכותם החוקתית להסדיר בישראל את מעמד בני זוגם הזרים (עניין עדאלה, סעיפים 25, 27, 30-36 לפסק דינו של הנשיא, כתוארו דאז, ברק; סעיפים 6-7 לפסק דינה של השופטת ביניש; סעיפים 1-10 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; סעיפים 1 ו-6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; סעיף 3 לפסק דינו של השופט עדיאל; סעיף 8 לפסק דינו של השופט ריבלין; וסעיף 7 לפסק דינו של השופט לוי).

63. זאת ועוד, ברוב דעות של שבעה שופטים נגד ארבעה נפסק, כי פגיעה בזכותם של אזרחים ותושבים ישראלים לקיים תא משפחתי בישראל עם בני זוגם הזרים מתוך יחס מפלה לבני זוג ישראלים אחרים היא פגיעה בזכותם החוקתית לכבוד, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (עניין עדאלה, סעיפים 40 ו-46-52 לפסק דינו של הנשיא ברק; סעיף 7 לפסק דינה של השופטת ביניש; סעיפים 16-18 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; סעיף 4 לפסק דינה של השופטת חיות; סעיף 1 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; סעיף 9 לפסק דינו של השופט ריבלין; וסעיף 7 לפסק דינו של השופט לוי).

64. לעניין החובה שלא להסתפק בהשתייכותו של אדם ל"קבוצת סיכון" מסוימת על מנת לבסס פגיעה בזכויות יסוד שלו, וכי הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות, קבעו חמישה מאחד-עשר השופטים שישבו בדין באופן חד-משמעי, כי פגיעה גורפת בזכות לחיי משפחה ולשוויון, אשר לא מתבססת על בדיקה אינדיבידואלית, מהווה פגיעה העולה על הנדרש (עניין עדאלה, פסק דינו של הנשיא ברק; סעיפים 11, 12 ו-13 לפסק דינה של השופטת ביניש; סעיפים 1, 15, 19, 20, 21 ו-22 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; סעיף 23 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; וסעיפים 4 ו-5 לפסק דינה של השופטת חיות).

65. אף השופט לוי סבר, כי הוראת השעה פוגעת בזכויות חוקתיות במידה העולה על הנדרש (עניין עדאלה, סעיפים 7, 9 ו-11 לפסק דינו של השופט לוי). החלטתו שלא להצטרף לחוות-דעתו של הנשיא ברק נבעה מכך שסבר, כי מן הראוי לאפשר למדינה לגבש בתוך תשעה חודשים הסדר חלופי (שם, סעיף 9 לפסק דינו של השופט לוי). לעומת זאת, המשנה לנשיא חשין והשופטת נאור סברו, כי אין מדובר כלל בפגיעה בזכויות המוגנות על-ידי חוק היסוד, אולם גם בהנחה שהמדובר היה בפגיעה בזכויות המוגנות על פי חוק היסוד, הרי שהוראת השעה הינה מידתית. השופטים גרוניס, עדיאל וריבלין סברו, כי "פרופיל סיכון" עשוי להוות פגיעה מידתית בזכות יסוד.

66. הנה כי כן, לגופו של עניין, דעת רוב השופטים (שישה מתוך אחד-עשר) הייתה, כי פגיעה גורפת בזכות יסוד, שאיננה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה פגיעה בלתי מידתית.

פסק הדין בעניין סייף

67. לפסק הדין בבג"צ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70 (2004)(להלן - **עניין סייף**) דמיון רב ואף נגיעה רבה למדיניות המשיבים במרכזה של עתירה זו, והעקרונות שנקבעו בפסק הדין יפים ליישום לענייננו.

68. פסק הדין, שניתן פה אחד, עסק בהחלטתה של לשכת העיתונות הממשלתית (להלן – לע"ם) מסוף שנת 2001 – כי לא תוציא עוד כלל תעודות עיתונאי לאנשי תקשורת פלסטינים, אף לאלה המחזיקים בהיתרי כניסה לישראל ועבודה בה, ולא תאריך את תוקפן של תעודות שהוצאו בעבר.

69. המדינה נימקה את הסירוב הגורף בחששה לפגיעה באישים בממשל בישראל במסיבות עיתונאים או במשרדים ממשלתיים, לאור העובדה שתעודת עיתונאי מקלה את הגישה למקומות אלה. לדידה, בדיקה ביטחונית אישית אינה יכולה לשלול את מסוכנותו של תושב האזור, שכן מסוכנות זו נובעת מעצם התושבות, ועל-כן מוצדקת הימנעות כוללת ממתן תעודות עיתונאי לאנשי תקשורת פלסטינים, אף ללא כל ביסוס פרטני של מסוכנות. כמו-כן נטען, כי לעותרים, שאינם אזרחי ישראל או תושביה, אין מוקנות הזכויות הניתנות בתחומי המדינה, והמדינה איננה חייבת להנפיק תעודות עיתונאי לתושבי האזור, אויבי המדינה.

70. פסק הדין, אשר קיבל את טענות העותרים ודחה את טענות המדינה קובע:

70.1. כי "כללי המשפט המינהלי מחייבים את רשויות המדינה בכל פעולותיהן השלטוניות **הן כלפי ישראלים הן כלפי זרים**" (עניין סייף, סעיף 4 לפסק דינה של השופטת דורנר). כך, כאשר הרשות – לרבות מפקד צבאי של שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית – פועלת מחוץ לתחומי ישראל... וכך, "בבחינת קל וחומר, כאשר רשות ישראלית מפעילה את סמכויותיה, בין כלפי ישראלים ובין כלפי זרים, בתחומי המדינה" (שם, שם).

70.2. כי ישנם, אמנם, מקרים מסוימים, בהם "בהפעלת שיקול-דעתה הרשות רשאית להתחשב במקרים מסוימים בהיותו של האדם שהסמכות מופעלת כלפיו זר, שאינו אזרח של המדינה או תושב שלה." אולם, בנוגע לזכויות הנובעות מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הנתונות "לכל אדם", שיקול זה אינו רלוונטי, או שהרלוונטיות שלו מוגבלת (שם, סעיף 4 לפסק הדין).

70.3. כי "על לשכת העיתונות, בדומה לרשויות אחרות של המדינה, לקיים את כללי המשפט המינהלי בפעולותיה כלפי העותרים חרף העובדה שאין הם אזרחי ישראל או תושביה" (שם, סעיף 4 לפסק דינה של השופטת דורנר).

70.4. כי גם שיקולי ביטחון, למרות היותם מייצגים ערך יסוד בחברתנו, אינם ערך מוחלט; וכי "נדרש איזון בין אינטרס השמירה על הביטחון לבין זכויות ואינטרסים מוגנים אחרים המתנגשים בו" (שם, סעיף 6 לפסק דינה של השופטת דורנר).

70.5. כי מצב היחסים בין מדינת ישראל לפלסטינים תושבי האזור מורכב יותר מאשר זה המתקיים ברגיל בעת מלחמה, אשר במסגרתו מוצדק לרוב, כי מדינה לא תאפשר לתושבי המדינה הלוחמת בה להיכנס ולעבוד בתחומיה, ועל כן גם אין היא מנפיקה לאזרחי אותה מדינה תעודות עיתונאי. שכן, אף ששטחים נרחבים באזור נתונים בתפיסה לוחמתית, התנועה בתוך האזור עצמו נשלטת על-ידי ישראל, ונמשכת

התלות הכמעט מוחלטת של תושבי האזור בישראל. מצב זה הוא שעומד בבסיס ההיתרים שנותנת מדינת ישראל לתושבי האזור להיכנס לתחומיה ולעבוד בה, ככל שהמצב הביטחוני והמדיני מאפשר זאת, ובכפופות לבדיקה ביטחונית של כל בקשה ובקשה (שם, שם).

70.6. כי "הסירוב הטוטלי להעניק תעודות עיתונאי לפלסטינים תושבי האזור – לרבות כאלה המחזיקים בהיתרי כניסה לישראל ועבודה בה – מלמד כי מלאכת האיזון בין שיקולי חופש הביטוי והמידע לשיקולי הביטחון לא נעשתה כלל, ועל-כל-פנים האיזון שנעשה אינו כדין" (שם, סעיף 7 לפסק דינה של השופטת דורנר).

70.7. כי סירוב שכזה מהווה אמצעי "ה]פוגע בצורה חזקה באינטרס לעיתונות חופשית, פגיעה שהיה ניתן למונעה על-ידי בדיקות ביטחוניות אינדיווידואליות מוצדקות להפגת הסכנה הביטחונית האישית הנובעת מתושבי האזור, ככל שסכנה כזאת קיימת מתושבים שעמדו בהצלחה בבדיקות הנדרשות לקבלת היתרי כניסה לישראל ועבודה בה" (שם, שם).

70.8. כי למרות שייתכן, כי קיים סיכון ביטחוני, אף לגבי עיתונאי המחזיק בהיתרי כניסה ועבודה בישראל, ואף אם עמד בבדיקות ביטחוניות נוספות ומיוחדות, אין בסיכון קלוש ותיאורטי שכזה כדי להצדיק פגיעה ודאית באינטרסים מוגנים, ולהפליה – בין עיתונאים זרים לפלסטינים לבין כל שאר העיתונאים הזרים. (כנ"ל)

70.9. כי יש להוציא תעודות עיתונאי לעותרים, בכפוף לכך שיזכו תחילה להיתרי כניסה ועבודה בישראל (שם, סעיף 7 לפסק דינה של השופטת דורנר).

71. יישום עקרונות פסק הדין בעניין סיף, אשר הובאו לעיל מעלה, כי מדיניותם הגורפת של המשיבים, של איסור מתן היתרי נהיגה עומדת בניגוד לכללי המשפט המינהלי, המחייבים את הרשויות המדינה בפעולותיהן השלטוניות הן כלפי ישראלים הן כלפי זרים. כמו-כן, עולה מפסק הדין, כי הסירוב הטוטאלי להעניק היתר נהיגה בתחומי ישראל לתושבים הפלסטינים, המתגוררים עם משפחותיהם בישראל מלמד, כי, בניגוד למקרים בהם מתבצעת בדיקה אינדיבידואלית, במקרה דנן לא בוצע כל איזון בין השיקולים הנוגעים לעוצמת הפגיעה בזכויות היסוד של המסורבים לבין שיקולי ביטחון המדינה, או שאיזון זה לא נעשה כדין.

החובה לבסס כל חריגה מן החובה שלא לנקוט במדיניות גורפת

72. אמנם ייתכנו מצבים, בהם יתברר, כי בדיקה פרטנית אינה אפשרית, או שביצועה לא יגשים את תכלית החוק, ובשל כך אין ברירה אלא לנקוט במדיניות גורפת. אולם, בטרם עושים זאת, יש להשתכנע תחילה, על בסיס נתונים ראויים, כי זהו אכן המצב. (עניין עדאלה, סעיף 69 לפסק דינו של הנשיא ברק).

73. בענייננו לא ביססו המשיבים את החלטתם לנקוט באיסור גורף נגד העותר 1 ונגד כל התושבים הפלסטינים, המצויים המצב דומה לו, באיזה שהם נתונים, אלא קבעו קטיגורית, כי בשל "טעמים ביטחוניים מובהקים" אין להתיר להם לנהוג ברכב בתחומי מדינת ישראל.

74. גם אם נניח, שהתכלית של טעמים ביטחוניים מובהקים היא שעומדת בבסיס איסורי הנהיגה המושטים על תושבים פלסטינים החיים בישראל, ושהמשיבים מוסמכים מכוח חוק לעשות כן, דבר המוכחש על ידי העותרים, הרי שאין כל קשר רציונאלי בין המטרה המוצהרת של טעמים ביטחוניים ומניעת פיגועים לבין האיסור הגורף על הנהיגה. יש להניח שמי שגמר בדעתו לסייע או לבצע את הפשע החמור מכל, ליטול ולפגוע בחיי אדם, לא יטרח להקפיד על נהיגה בהיתר תקף לפני שהוא עושה כן. כך שהאיסור הגורף אינו אפקטיבי, ואין ביכולתו להשיג את המטרה המוצהרת שעומדת בבסיסו.

החובה לקבוע מנגנון חריגים – אי עמידה במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

75. גם במקרים בהם נמצא, כי אין אלטרנטיבה להגבלה גורפת של זכות, מה שלא כך במקרה דנן, הרי שלצידה של הגבלה זו יש חובה להפעיל מנגנון חריגים להסדר הגורף, אשר יאפשר מתן מענה למקרים מיוחדים בנסיבות המצדיקות זאת.

"...כפי שחובתנו של כל בעל סמכות מינהלית להפעיל שיקול דעתו ממקרה למקרה, ולהכיר בחריגים לכללים ולהנחיות קבועות כאשר הנסיבות מצדיקות זאת ... כך גם חובתנו של המחוקק, בעת שהוא קובע הסדר אשר תוצאתו היא פגיעה גורפת בזכויות, לשקול קביעתו של הסדר חריגים אשר יאפשר מתן מענה למקרים מיוחדים בנסיבות המצדיקות זאת.
(עניין עדאלה, סעיף 72 לפסק דינו של הנשיא ברק).

76. מדיניותם של המשיבים לאסור על תושבי האזור לנהוג ברכב בתחומי מדינת ישראל "מטעמי ביטחון מובהקים" היא גורפת ונטולת חריגים, ואף מתעלמת במופגן מהוראת תקנה 175 לתקנות התנועה, המסמיכה את רשות הרישוי לתת או לחדש את רישיון נהיגתו של תושב האזור, תוך חריגה מן המדיניות הכללית, אם שוכנעה בקיומם של "טעמים מיוחדים" לעשות זאת.

"טעם מיוחד" בתקנה 175

77. הוראת תקנה 175 לתקנות התעבורה מסמיכה את רשות הרישוי לתת או לחדש את רישיון נהיגתו של תושב האזור, תוך חריגה מן המדיניות הכללית, אם שוכנעה בקיומם של "טעמים מיוחדים" לעשות זאת.

78. יש לראות בעובדת שהייתם כדין בישראל מכוח היתר של העותר 1 ושל פלסטינים רבים נוספים, אשר להם משפחות בישראל והמצויים בסטאטוס של טרום הליך אחמ"ש, או בעיצומו של הליך אחמ"ש "מוקפא" "טעם מיוחד" כמשמעותו בתקנה 175.

79. מן הראוי לראות במצבם של אלה טעם מיוחד שכזה, במיוחד בהתייחס לכך שבעקבות כניסת הוראת השעה לתוקף, אין לכאורה מועד סיום כלשהו למצב הביניים, בו הם שרויים, והם עשויים להימצא בו זמן רב מבלי שיוסדר מעמד הקבע שלהם בישראל. החומרה שבפגיעה, הנגרמת להם משלילת ההיתר לנהוג ברכב בתחומי ישראל למשך כל העת הזו, גוברת עקב כך שבעתים.

חוסר סבירות

80. דומה, כי תכליתיה של חקיקת המשנה, הנוגעות לביטחון המדינה, העומדות בבסיס סירובו של המשיב 1 להעניק לעותר 1 ולבני המשפחה המסורבים היתר לנהוג ברכב בתחומי ישראל, מיועדות לחול על תושבי שטחים, המתגוררים מחוץ לתחומה של ישראל ואשר נכנסים לתחומה לעתים, אם בכלל. תכליות אלה אינן מתאימות לחול על תושבים אשר ישראל מהווה את מרכז חייהם במשך שנים ארוכות, אשר להם משפחה בישראל ואשר מצויים בהמתנה לכניסה להליך אחמ"ש, או בעיצומו של הליך אחמ"ש ה"מוקפא" מכוחה של הוראת השעה.

81. שהרי האחרונים, והעותר 1 בתוכם, נאלצים מדי כמה חדשים, או לכל היותר מדי שנה, לחדש את רשיונותיהם לישיבה בישראל ואת ההיתרים לשהייה בישראל. בעת כל חידוש רשיונות שכזה, עלולה להיות מועלית נגדם לפתע טענת מניעות כלשהי – פלילית או ביטחונית, אשר תגרום לסירוב בקשתם. ס' 4 להוראת השעה הרי קובע, כי "רשאי שר הפנים או מפקד האזור, לפי העניין, להאריך את תוקפו של רישיון לישיבה בישראל או של היתר לשהייה בישראל, בהתחשב, בין השאר, בקיומה של מניעה ביטחונית..." על פי הוראת סעיף זה, רשאים שר הפנים או המשיב מס' 2 שלא להאריך את היתרי השהייה בישראל של בני זוג פלסטינים, אשר היו במקור תושבי השטחים, אשר נמצאו כבר בעיצומו של הליך האחמ"ש בעת כניסתה לתוקף של הוראת השעה, מסיבות ביטחוניות.

82. סירוב שכזה יהפוך באחת את בני המשפחה הפלסטינים הללו לשוהים בלתי חוקיים בישראל, הצפויים בכל עת לגירוש אל מחוץ לתחומי המדינה, ויגרום לקריעתם ממשפחתם ולפירוקן של משפחות אלה.

83. בהוראת השעה קיים, אם כן, הליך בדיקה פרטני ותקופתי, הבוחן את המסוכנות הביטחונית, הנשקפת כביכול מכל שוהה בישראל. תוצאותיו של הליך זה מאפשרות לרשויות להפעיל סנקציה מאוד חריפה - ולפיכך ניתן גם להניח כי היא אפקטיבית - למקרה בו במשך שהייתם של בני המשפחה הפלסטינים בישראל תתגלה עילה כלשהי, המעידה על קיומו של סיכון ביטחוני מהמשך שהייתם זו. מכאן, שמי מהם שממשיך לקבל היתר להאריך את רשיונות שהייתו בישראל עבר, מן הסתם, את "מסננת הביטחון", ואין נגדו חשש או חשד להיותו סיכון

ביטחוני. על כן גם לא צריכה להיות כל עילה ביטחונית לשלול ממנו באופן גורף את ההיתר לנהוג ברכב בתחומי מדינת ישראל.

84. העובדה, כי בעקבות כניסת הוראת השעה לתוקף מצויים בני משפחה רבים שכאלה בישראל במצב של טרם-תחילת ההליך המדורג רק מעצימה את חריפותה של הסנקציה, הגלומה בסמכות המוקנית לרשויות לסרב להאריך את היתרי שהייתם. שכן בניגוד להליך המדורג, אין לכאורה מועד סיום כלשהו למצב הביניים, בו הם שרויים, והם עשויים להימצא בו זמן רב מבלי שיוסדר מעמד הקבע שלהם בישראל. בתוך זאת, הם מצויים כל העת בחשש, שמא ייטען נגדם בזמן כלשהו שהם מסכנים את ביטחונה, דבר שאינם על יכולתם להמשיך לחיות ביחד עם יתר בני משפחתם בישראל. מכאן, שהבדיקה הביטחונית לעניין העותר 1 ומי שמצוי במעמד הזהה לו כבר מובנה לתוך הוראת השעה.

85. לפיכך, יש באיסור הגורף על נהיגה ברכב בתחומי ישראל, ובהתניית מתן רישיון שכזה בקיומם של "טעמים מיוחדים", בהתבסס על "טעמי ביטחון מובהקים", משום הפעלה מוגזמת של כוחה של הרשות, תוך איזון לא ראוי בין האינטרסים הרלבנטיים השונים – אלו הנוגעים לביטחון המדינה מזה, ואלו ואלו הנוגעים לזכויות האדם של הנפגעים מהחלטה זו - העותר 1, בני משפחתו הישראלים, ויתר בני המשפחה המסורבים. הפגם הטמון באיזון שעשתה הרשות בענייננו צובע את החלטותיה בנדון בחוסר סבירות.

פגיעה בלתי-מידתית בזכויות אדם

86. מדיניות המשיבים פוגעת בצורה קשה וחמורה בזכויות יסוד. משכך הוא הדבר, מוטל הנטל על המשיבים להראות כי מדובר בפגיעה הכרחית מטעמי ביטחון ולהוכיח, באמצעות נתונים ועובדות, שהאמצעי שנבחר על ידם הינו מידתי (דברי השופטת דורנר בבג"צ 4541/91 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94, 136).

תנאי המידתיות הראשון

87. מבחן המשנה הראשון של המידתיות דורש, שיתקיים קשר רציונאלי בין האמצעי שנקט לבין המטרה, אותה מבקשים להשיג.

88. לטענת המשיבים, בבסיסה של מדיניות הסיור הגורף להעניק לתושבי השטחים המתגוררים בישראל היתר לנהוג ברכב בתחומי ישראל, עומדים "טעמים ביטחוניים מובהקים". אולם המשיבים לא הביאו כל נתונים ועובדות, שיבססו את טענתם בדבר קיומו של קשר רציונאלי בין איסור הנהיגה הנדון לבין מניעת התממשותה של סכנה לביטחון. לעניין זה כבר נפסק, כי:

"הרמת נטל השכנוע באשר למידתיות הפגיעה בזכות מוגנת כרוכה בביאור עובדתי. הדבר נחוץ לצורך בחינתו של קשר רציונאלי בין התכלית לאמצעי

שנבחר לשמש בהשגתה... אכן, רציונאליות דורשת עובדות, "התאמה" מחייבת נתונים..."

(פיסקאות 18-19 לפסק-דין של השופט לוי בעניין עמותת מחויבות (דעת מיעוט); א' ברק, פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 477).

89. לא קיים בעניינו קשר רציונאלי בין האמצעי שנבחר למטרה.

89.1 ראשית, פרט לקביעה כוללנית, כי האיסור הגורף דרוש "מטעמי ביטחון מובהקים", וכי "כל עוד לא חל שינוי בהערכות הביטחוניות העומדות בבסיס החלטתו של מפקד כוחות צה"ל באזור ולא ניתנה החלטה סותרת של בית המשפט" לא ניתן יהיה לסטות מן האיסור הנ"ל (נספח 8/ע), לא סיפקו המשיבים כל מידע נוסף, או ביסוס כלשהו (עובדתי או אחר) בדבר טבעם של טעמים ביטחוניים מובהקים אלו, או בדבר הקשר שבין טעמים אלו לעותר 1 וליתר בני המשפחה המסורבים. העותר תויג כמסוכן ביטחונית לא בשל חשד אישי, המבוסס על ראיות או מעשים שעשה, אלא אך ורק בשל היותו פלסטיני תושב האזור במקור. כלומר הוא חשוד מלידה בהיותו פלסטיני, קבוצה שתויגה כקבוצת סיכון ביטחונית.

89.2 שנית, בהוראת השעה נקבע הליך בדיקה פרטני ותקופתי, הבוחן את המסוכנות הביטחונית הנשקפת כביכול מכל פלסטיני השוהה בישראל. תוצאותיו של הליך זה מאפשרות לרשויות להפעיל סנקציה מאוד חריפה - ולפיכך גם אפקטיבית, לכאורה - למקרה בו במשך שהייתם של בני המשפחה הפלסטינים בישראל תתגלה עילה כלשהי, המעידה על קיומו של סיכון ביטחוני מהמשך שהייתם זו. מכאן, שמי מהם שממשיך לקבל היתר להאריך את רשיונות שהייתו בישראל עבר, מן הסתם את "מסנת הביטחון" ואין נגדו חשש או חשד להיותו סיכון ביטחוני. על כן גם לא צריכה להיות כל עילה ביטחונית לשלול ממנו באופן גורף את ההיתר לנהוג ברכב בתחומי מדינת ישראל.

89.3 שלישית, אין זה ברור כלל מה מהות הקשר בין המטרה המוצהרת של האיסורים לבין האמצעי שנבחר. הכיצד מניעת נהיגתם של המסורבים ברכב משרתת את הביטחון? האם מי שגמר בדעתו לבצע את הפשע החמור מכל, ליטול חיים ולפגוע באנשים בכוונת תחילה, יבסס את שיקוליו על השאלה האם מותר לו לנהוג באופן חוקי אם לאו, ויקפיד על הגשת כל הבקשות וצליחת ההליך הביורוקרטי להוצאת היתר נהיגה?

89.4 כבר נפסק, שמבחן הקשר הרציונאלי אינו מבחן של קשר סיבתי טכני, וכי גם כאשר שימוש באמצעי כלשהו עשוי להוביל להשגת המטרה המבוקשת, עדיין אין משמעות הדבר, כי מתקיים קשר רציונאלי בין האמצעי לתכלית, וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית (ראו פסקה 25 לפסק-הדין בבג"צ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (טרם פורסם) (2006)).

תנאי המידתיות השני

90. מבחן המשנה השני של המידתיות דורש, שייבחר האמצעי שפגיעתו הינה הקטנה ביותר. נטל ההוכחה בעניין זה מוטל על המשיבים. דא עקא, שלרשות המשיבים עומדים אמצעים חלופיים לאיסור הנהיגה הגורף נגד בני המשפחה המסורבים לצורך השגת התכלית המבוקשת. כזהו, למשל, הליך הבדיקה הפרטני והתקופתי, הבוחן את המסוכנות הביטחונית, הנשקפת כביכול מכל שוהה בישראל, הכלול במסגרת הוראת השעה. אם הליך הבדיקה הפרטני הנ"ל טוב ויעיל מספיק כדי לאפשר מתן היתר להמשך שהייתו של העותר 1 ושל בני המשפחה המסורבים בישראל, מדוע אין בו די כדי לענות על אותם הטעמים הביטחוניים המובהקים, הנטענים על ידי המשיבים?

91. כאמור בדבריו של הנשיא ברק בעניין עדאלה :

"כמובן, ייתכנו מצבים בהם הבדיקה האינדיבידואלית לא תגשים את תכליתו הראויה של החוק, ויש לנקוט באיסור גורף. עם זאת, בטרם מגיעים למסקנה זו יש להשתכנע, על בסיס נתונים ראויים, כי אין תחליף ראוי לאיסור הגורף. לעתים הבחירה באיסור הגורף באה בשל כישלון בעיצוב הבדיקה האינדיבידואלית ולא משום שבדיקה כזו אינה יעילה..."

70. הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות... (פסקה 69 לחוות דעתו של הנשיא ברק) (ההדגשות לא במקור)

(דעת הנשיא ברק הייתה אומנם דעת מיעוט מבחינת תוצאת פסק-הדין, אך בדעת רוב לעניין המהותי; ראו סעיפים 73-75 לעתירה זו)

92. איסור הנהיגה הגורף והלא פרטני אינו עומד, אם כן, במבחן המשנה השני של המידתיות, הדורש, שייבחר האמצעי שפגיעתו הינה הקטנה ביותר.

תנאי המידתיות השלישי

93. ענייננו בפגיעות קשות בזכויות בעלות מעמד ועוצמה חוקתיים מן הגבוהים ביותר של העותר 1, של בני המשפחה המסורבים ושל בני משפחותיהם הישראלים, והמביאות לפגיעות חריפות באינטרסים חיוניים של הפרט ושל הציבור. מדובר בפגיעות, המתמשכות על פני תקופה ארוכה, תוך שהן מביאות לשיבוש קשה של כל ההיבטים של מרקם חייהם.

94. כאמור לעיל, ככל שקיימת תוספת לביטחון עקב איסורי הנהיגה האמורים הרי שמדובר בתוספת שולית. זאת, נוכח הליך הבידוק, שנקבע בהוראת השעה, ונוכח העובדה, שאלה הנחושים לבצע פיגועים ממילא לא יטרחו להקפיד על נהיגה בהיתר תקף לפני שהם עושים כן,

או לפני שהם משתמשים ברכב לצורך פיגועים. כך שהאיסור הגורף אינו אפקטיבי, ואין ביכולתו להשיג את המטרה המוצהרת שעומדת בבסיסו.

95. אשר על כן, אף אם קיימת תועלת ביטחונית כלשהי באיסור הנהיגה הגורף, אשר לא ניתן להשיגה בדרך אחרת, הרי שמדובר בתוספת שולית וזניחה לביטחון, אשר איננה עומדת בשום יחס סביר ופרופורציונאלי לפגיעה בזכויות האדם שנגרמת בעטייה (בג"צ 2056/04 מועצת בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 840, 852-850).

הטיעון ההומניטארי

96. מצבו של העותר 3, בנם הבכור של העותרים מס' 1 ו-2, קשה: הוא בעל רקע של איחור התפתחותי, סובל ממוגבלות שכלית וכן מנכות קשה, מטופל תרופתית באופן קבוע, והינו נדרש לעבור בדיקות רפואיות באופן תדיר, ואשפוזים רבים ותכופים שלעתים אף הינם דחופים.

97. הטיפול בעותר מס' 3 מחייב ניידות רבה לשם הבאתו לטיפוליו הרפואיים הרבים והתכופים, ולצורך הבאתו לבית החולים בעת שהוא נדרש לאשפוז, לעתים בדחיפות רבה. כיום נאלצים העותרים 1 ו-2 להיעזר בשירותי אמבולנס לצורך כך, אולם הדבר עולה כסף רב, הרבה מעבר ליכולתם הכלכלית הנמוכה מאוד.

98. עקב מצבו של העותר 3 מרותקת האם, העותרת 2, לביתה ואינה יכולה לעבוד ולסייע בפרנסת המשפחה. גם העותר 1 מתקשה למצוא עבודה קבועה לאורך זמן, אשר באמצעותה יוכל לפרנס את משפחתו, בין היתר, בשל הצורך להימצא בקרבת ביתו, למקרה שיידרש לסייע לאשתו, בטיפול בעותר 3. מתן היתר נהיגה לעותר 1 יסייע בידיו הן מבחינת אפשרויות העבודה והפרנסה והן מבחינת הניידות שלו ושל בני משפחתו, ובמיוחד הבן הבכור.

מכל הטעמים אשר פורטו לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש בפתח העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפכו מוחלט.

עאזם בשארה, עו"ד
ב"כ העותרים

היום: _____