



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4427/16

לפני:

כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופטת י' וילנר

העותרים:

1. בדראן
2. אבו יאסין
3. בדראן
4. בדראן
5. בדראן
6. שהאבי
7. מנארוס
8. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זצלברגר

נגד

המשיבים:

1. מתאם הפעולות בשטחים, משרד הביטחון
2. המפקד הצבאי בגדה המערבית
3. שירות הביטחון הכללי
4. שר הביטחון
5. שר הפנים
6. מדינת ישראל

התנגדות לצו על תנאי

תאריך הישיבה:

ט"ז בטבת התשע"ט (24.12.2018)

בשם העותרים:

עו"ד עביר ג'ובראן-דכוור; עו"ד דניאל שנהר;
עו"ד בנימין אחסתרובה

בשם המשיבים:

עו"ד יונתן ברמן

פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

עניינה של עתירה זו באיסור שהוטל על יציאתם לחו"ל של פלסטינים המתגוררים בישראל במסגרת הליך איחוד משפחות דרך נמל התעופה בן גוריון (להלן: אוכלוסיית האחמ"ש; נתב"ג). בעת הגשת העתירה חל האיסור על כלל אוכלוסיית האחמ"ש, הן אלה המחזיקים ברישיון ישיבת ארעי מסוג א/5 (להלן: מחזיקי רישיון א/5), הן אלה המחזיקים בהיתרי כניסה ושהייה בישראל מאת המפקד הצבאי באזור (להלן: מחזיקי היתרי מת"ק). כפי שיפורט להלן, במהלך הדיון בעתירה הושגו הסכמות שלפיהן רשאים מחזיקי רישיון א/5 לצאת לחו"ל דרך נתב"ג בכפוף לבדיקה ביטחונית מקדימה. משכך, השאלה שנותרה להכרעה היא חוקיות האיסור המוסיף לחול על אוכלוסיית מחזיקי היתרי המת"ק.

עיקרי הרקע צריך לעניין

חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003

1. ברקע עתירה זו ניצבים הסדריו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: חוק הוראת השעה). חוק זה מסדיר את כניסתם של תושבי אזור יהודה ושומרון וחבל עזה לישראל (להלן: האזור; עזה) במסגרת הליכי איחוד משפחות, לצורך נישואין או בגלל זיקה משפחתית אחרת. כידוע, חוקתיות החוק עמדה למבחן בית משפט זה פעמיים, ובשני המקרים צלח החוק את הבחינה (בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1 (2012) (להלן: עניין גלאון); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: עניין עדאלה)). אגב שתי פרשות אלו נדונו בהרחבה פרטי ההסדרים שנקבעו בחוק, הרקע לחקיקתו, והתכלית הביטחונית שביסודו (ראו גם, בין היתר, בג"ץ 813/14 פלונים נ' שר הפנים, פסקאות 4-1, 19-20 (18.10.2017) (להלן: עניין פלונים); עע"ם 5718/09 מדינת ישראל נ' סרור, פ"ד סד(3) 319, 335 (2011); בג"ץ 1905/03 עכל נ' מדינת ישראל – שר הפנים, פסקאות 9-11 (5.12.2010); עע"ם 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ, פסקאות ט-י (11.8.2009)).

2. אין אפוא צורך כי נתחיל דיוננו מבראשית. לענייננו, די אם נזכיר כי נוכח המציאות הגיאוגרפית-פוליטית באזורנו ישנם קשרי משפחה ענפים, לרבות קשרי נישואין, בין אזרחיה ותושביה הערבים של מדינת ישראל (להלן: בני המשפחה הישראלים) לבין פלסטינים תושבי האזור ועזה. כדי לקיים את חיי המשפחה המשותפים בישראל, מבקשים בני המשפחה הישראלים להתיר את כניסתם של בני המשפחה הפלסטינים ארצה, ולתת להם בה מעמד בהליך הקרוי איחוד משפחות (להלן: אחמ"ש). עד לשנת 2002 התנהל הליך זה בהתאם לנוהל רשות האוכלוסין וההגירה מס' 5.2.001 שעמד אז בתוקפו. בתמצית ייאמר כי הנוהל קבע הליך מדורג, שבמהלכו – בכפוף להיעדר מניעה ביטחונית או פלילית ולקיום מרכז חיים בישראל – שודרג מעמדו בישראל של בן המשפחה הפלסטיני באופן הדרגתי, עד לקבלת רישיון לישיבת קבע בישראל (עניין פלונים, פסקה 1; עע"מ 6407/11 דג'אני נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין, פסקה 6 (20.5.2013)).

3. בשנים 2002-2003, על רקע העימות המתמשך בין מדינת ישראל לבין הצד הפלסטיני והטרור הרצחני שהביא עמו; ועל בסיס מידע שלפיו היו מקרים שבהם אוכלוסיית האחמ"ש הייתה מעורבת בפיגועי טרור, הוחלט לאסור על כניסתם של פלסטינים תושבי האזור ועזה לישראל לצורך הליכי אחמ"ש. תחילה עוגנה מדיניות זו בהחלטה 1813 של הממשלה ה-29 "הטיפול בשוהים בלתי-חוקיים ומדיניות איחוד משפחות בנוגע לתושבי רש"פ ולזרים ממוצא פלסטיני" (12.5.2002). בהמשך, עוגן ההסדר בחוק הוראת השעה, שתוקן במרוצת השנים, בין היתר עקב הערות בית משפט זה בעניין עדאלה.

4. עיקרון היסוד קבוע בסעיף 2 לחוק ולפיו בתקופת תוקפו של החוק לא ייתן שר הפנים רישיון ישיבה בישראל, והמפקד הצבאי לא ייתן היתר שהייה בישראל לפלסטיני תושב האזור לצורך איחוד משפחות. בצד זאת, קבועים בחוק כמה חריגים המאפשרים קבלת היתר שהייה בישראל ולעתים גם רישיון לישיבת ארעי לצורך הליכי אחמ"ש. החריג העיקרי קבוע בסעיף 3 לחוק המאפשר לתושב האזור שגילו מעל 35 ולתושבת האזור שגילה מעל 25 לקבל היתר מת"ק כדי למנוע הפרדה מבני זוגם השוהים כדין בישראל. נוסף על כך, סעיף 3א מאפשר מתן מעמד לקטינים כדי

למנוע את הפרדתם מהורה משמורן בישראל, וסעיף 1א3 מאפשר מתן מעמד במקרים הומניטריים מיוחדים. הוראות אלו כולן כפופות להיעדרה של מניעה ביטחונית (ראו סעיף 3 ד לחוק). עוד נקבעו הוראות מעבר, בין היתר, לעניין הארכתם של רישיונות והיתרים שניתנו ערב כניסת החוק לתוקף בהיעדר מניעה ביטחונית (ראו סעיף 4(1) לחוק).

מדיניות המשיבים לגבי יציאת אוכלוסיית האחמ"ש לחו"ל

5. כתוצאה מחוק הוראת השעה, מתגוררים כיום בישראל פלסטינים הרשומים אמנם במרשם האוכלוסין הפלסטיני, אך מנהלים את מרכז חייהם בישראל לכל דבר ועניין עם בני זוגם וילדיהם שהם אזרחים או תושבי קבע של מדינת ישראל. מבחינת המעמד בישראל, כנזכר לעיל, אוכלוסייה זו נחלקת לשתי קבוצות עיקריות. האחת היא קבוצת מחזיקי רישיון א/5 – שהוא רישיון לישיבת ארעי הניתן על ידי שר הפנים מכוח סמכותו לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 והתקנות מכוחו (ראו סעיף 2(א)(3) לחוק וסעיף 6(ה) לתקנות; להלן: חוק הכניסה לישראל). השנייה היא קבוצת מחזיקי היתרי מת"ק הניתנים על ידי המפקד הצבאי באזור, בכפוף לאישור שר הפנים, כפי שעוד יוסבר להלן. כמו כל תושב אחר בישראל, מעת לעת, מעוניינים הנמנים על אוכלוסיית האחמ"ש לצאת מישראל לחו"ל לצרכים שונים. על פי מדיניות המשיבים שעמדה בתוקפה במועד הגשתה של עתירה זו, יציאה כאמור התאפשרה רק דרך מעבר אלנבי הנמצא, כידוע, באזור ומשמש – בין היתר – למעבר פלסטינים (להבדיל ממעבר אזרחים ישראלים) מהאזור לירדן, ואילו היציאה דרך נתב"ג הוגבלה למקרים הומניטריים חריגים.

6. מדיניות זו מצאה ביטוייה בנהלים של המינהל האזרחי ושל מתאם פעולות הממשלה בשטחים (להלן: מתפ"ש). ראשית נפנה אל מסמך "סטטוס הרשאות בלתי מסווג לכניסת פלסטינים לישראל, למעברים בין אזור יהודה ושומרון לבין רצועת עזה וליציאתם לחול", המסדיר את נושא כניסתם של פלסטינים לישראל לצורך מעבר בין הגדה לבין עזה ולצורך יציאתם לחו"ל (להלן: מסמך סטטוס ההרשאות). סעיף 9ב בפרק א' למסמך קובע כך:

"יציאת פלסטינים לחו"ל דרך 'גשר אלנבי': מאושר, כאשר ככלל, לתושבי איו"ש – היציאה לחו"ל דרך גשר אלנבי מאושרת ולא מחייבת תיאום מראש" ((ההדגשה במקור – ע' פ'; נוסח מעודכן ליום 6.5.2019 זמין כאן: <http://www.cogat.mod.gov.il/he/services/Procedur/e/סטטוס%20הרשאות.pdf>).

לגבי תושבי רצועת עזה נקבע בסעיף 5 למסמך כי כניסה לישראל לצורך יציאה לחו"ל דרך מעבר אלנבי תותר רק לצורך המטרות המנויות שם ובהן טיפול רפואי "מציל חיים", כנס ייחודי, לימודים אקדמיים ושהייה ארוכת טווח בחו"ל. בצד אלו קבועות מגבלות נוספות על היציאה; והיציאה דרך נתב"ג מטעמים הומניטריים במקרים "חריגים ביותר וייחודיים" הוגבלה ל-20 מקרים לחודש.

7. נוסף למסמך סטטוס ההרשאות, בנוהל מתפ"ש "הנפקת היתרי יציאה דרך נמלי היציאה מישראל" (יולי 2015) נקבע כי:

"ככלל, יציאתם של תושבים פלסטינים לחו"ל דרך נמלי היציאה הבין לאומיים של ישראל [...] תתבצע רק במקרים הומניטריים וחריגים. האמור בנוהל זה יהיה בכפוף לאמור בפקודת 'סטטוס ההרשאות', כפי שתתעדכן מעת לעת.

[...]

לאחר קבלת הבקשה, אם גורמי המת"ק/ענף סברו כי בכוונתם לשקול להמליץ על אישור הבקשה, תישלח הבקשה לאבחון גורמי הביטחון.

[...]

כל תושב היוצא דרך הנמלים מחויב בהחזקת היתר יציאה לחו"ל דרך נמל ישראלי [גם קטינים מתחת לגיל 16 בליווי הוריהם] שמונפק על פי נוהל זה [...] אבחון ביטחוני יעשה לכלל התושבים בין הגלאים 18-60 גם אם לא קיימת מניעה ביטחונית במערכת הממוחשבת" (זמין כאן: <http://www.cogat.mod.gov.il/he/services/Procedur>

[e/נוהל20%הנפקת20%היתרי20%יציאה20%דרך%
20נמלי20%היציאה20%מישראל.pdf](#).

8. על רקע מדיניות זו, סורבו בקשותיהם של העותרים 1, 6 ו-7, הנמנים על אוכלוסיית האחמ"ש ומקורם באזור ובעזה, לצאת לחו"ל דרך נתב"ג. יצוין כי העותר 1 שוהה בישראל מכוח היתר מת"ק ואילו לעותרים 6-7 רישיון מסוג א/5. מכאן העתירה שלפנינו.

מהלך הדיון בעתירה והמתווה שגובש לגבי מחזיקי רישיון א/5

9. ביום 16.9.2016 הגישו המשיבים תגובה מקדמית קצרה לעתירה וביקשו לקבוע אותה לדיון לפני הרכב. לגופם של דברים נטען כי יסודו של האיסור על יציאתה של אוכלוסיית האחמ"ש לחו"ל דרך נתב"ג הוא בשיקולים ביטחוניים – החמרה באיום הנשקף לתעופה בכלל והחשש לפיגוע כנגד התעופה היוצאת מנתב"ג בפרט. זמן קצר לאחר מכן, ביום 26.10.2016, עדכנו המשיבים כי אגב גיבוש עמדתם לעתירה התברר כי חרף עמדתם האמורה, בשלב מסוים הנחה מנהל מעברי הגבול בנתב"ג, שלא על דעת גורמי הביטחון, לאפשר את יציאתם של מחזיקי רישיון א/5 דרך נתב"ג, אף מבלי שקיבלו היתר פרטני לכך (להלן: ההנחיה המקלה). הנחיה זו לא פורסמה ברבים ולא נאכפה בצורה אחידה. מכל מקום, המשיבים הבהירו כי ההנחיה המקלה אינה משקפת את עמדתם, וכי על דעת גורמי הביטחון בכוונתם לפעול כדי לשוב ולאכוף את איסור היציאה דרך נתב"ג על כלל אוכלוסיית האחמ"ש, לרבות על קבוצת מחזיקי רישיון א/5 (להלן: האיסור הגורף). בתגובה נוספת שהוגשה לקראת הדיון הראשון בעתירה ביום 21.3.2017 הוסיפו המשיבים כי בכוונתם לציין במפורש את דבר האיסור על יציאה דרך נתב"ג בנוהל איחוד משפחות.

10. ביום 21.5.2017 התקיים הדיון הראשון בעתירה ובמהלכו עיין בית המשפט, בהסכמת העותרים, בחומר חסוי שהוצג במעמד צד אחד. בתום אותו דיון התברר כי נדרשות השלמות משני הצדדים, והמשכו נדחה. בהחלטה מאותו היום הורו הנשיאה מ' נאור והשופטים ה' מלצר וע' ברון לעותרים להגיש תצהירים "לביסוס

טענתם כי המצב לפיו מאוחדים משפחות לא יכולים לצאת דרך נתב"ג נמשך כ-20 שנה ולא שנתיים כטענת המדינה".

11. ביום 11.7.2017, בהיאסף תצהירי העותרים לתיק, התחדש הדיון בעתירה. המשיבים עמדו על מדיניותם האמורה בדבר אכיפתו המלאה של האיסור הגורף על כלל אוכלוסיית האחמ"ש; והבהירו כי ההנחיה המקלה ניתנה ככל הנראה במהלך שנת 2012. עוד צוין כי ישנו תיעוד ליציאת מחזיקי רישיון א/5 לחו"ל דרך נתב"ג עוד קודם לשנה זו. במהלך הדיון נשמעו הערות בית המשפט שלפיהן קיים קושי בכך שהאיסור על יציאה מנתב"ג לא מצוין במפורש על גבי הרישיונות או ההיתרים עצמם, אלא מתפרסם באתר המרשתת של מתפ"ש בלבד. בתום הדיון האמור ניתן צו על תנאי על פי הנוסח שהתבקש בעתירה, וזו לשונו:

"א. מדוע לא ייקבע, כי פלסטינים תושבי השטחים ששר הפנים אישר את בקשתם לאיחוד משפחות בישראל, ומגוריהם בישראל מוסדרים מתוקף כך באמצעות היתרי כניסה ושהייה בישראל [...] רשאים לצאת מישראל ולשוב אליה דרך מעבר הגבול בנמל התעופה בן גוריון [...] ללא כל היתר נוסף, ללא כל הליך נוסף וללא הגבלה.

ב. מדוע לא ייקבע, כי פלסטינים תושבי השטחים ששר הפנים העניק להם מעמד של תושבות ארעית (אשרה א/5) במסגרת הליך לאיחוד משפחות בישראל [...] רשאים לצאת מישראל ולשוב אליה דרך מעבר הגבול בנמל התעופה בן גוריון, ללא כל היתר נוסף, ללא כל הליך נוסף וללא הגבלה.

ג. מדוע לא יימנעו מלהחיל על פלסטינים תושבי השטחים המתגוררים בישראל כדין במסגרת הליך לאיחוד משפחות, הן מכוח היתרי שהייה והן מכוח תושבות ארעית (אשרת א/5) [...] את האיסור הגורף המוטל על נסיעה דרך נתב"ג של פלסטינים תושבי השטחים המתגוררים בשטחים.

ד. מדוע לא יציינו את הבסיס החוקי ואת מקור הסמכות המשפטי מכוחם מטיל מתאם פעולות הממשלה בשטחים [...] את האיסור הגורף על נסיעה דרך נתב"ג של פלסטינים תושבי השטחים ככלל.

ה. ומדוע לא יצביעו על הבסיס החוקי מכוחו מחיל המתפ"ש את המדיניות הגורפת גם על בני האוכלוסייה המיוחדת [אוכלוסיית האחמ"ש – ע' פ'], אלו ששר הפנים אישר את בקשותיהם לאיחוד משפחות והם מתגוררים בישראל כדין באמצעות היתרי שהייה מתחדשים או במעמד של תושבות ארעית".

12. בכתב התשובה שהוגש ביום 19.11.2017 טענו המשיבים כי על דעת גורמי הביטחון, יש להוסיף ולאסור על כלל אוכלוסיית האחמ"ש לצאת לחו"ל דרך נתב"ג, לרבות על מחזיקי רישיון א/5. המשיבים הציגו את נתוני היציאה של מחזיקי רישיון א/5 דרך נתב"ג, לרבות קודם לשנת 2012, בטרם ניתנה ההנחיה המקלה; לכך הוסף כי יציאות כאלו התרחשו גם בשנת 2017, לאחר שהמשיבים הציגו לנו את עמדתם בדבר כוונתם לאכוף את האיסור הגורף על כלל אוכלוסיית האחמ"ש. עוד הובהר כי לכל אורך התקופה שנבחנה, היקף היציאה לחו"ל דרך מעבר אלנבי עלה בהרבה על היקף היציאה דרך נתב"ג. זאת ועוד, בעקבות הערות בית המשפט, עדכנו המשיבים כי מדיניות האיסור הגורף תפורסם בנהלי רשות האוכלוסין ומתפ"ש הרלוונטיים; וכי בנוסף על כך הוא יצוין על גבי דף נלווה לרישיונות מסוג א/5 ועל היתרי המת"ק עצמם שיונפקו החל מיום 1.1.2018 (להלן: הצעדים האופרטיביים).

13. ביום 17.12.2017, בעקבות העדכון האמור, עתרו העותרים למתן צו ארעי וצו ביניים נגד הצעדים האופרטיביים, בנימוק שבאלה יש כדי לקבוע "עובדות בשטח" טרם התקבלה הכרעת בית המשפט. ביום 20.12.2017 הודיעו המשיבים כי הם מוכנים להשהות את ביצוע הצעדים האמורים, שלכתחילה גובשו במענה להערות בית המשפט, עד לאחר הדיון הצפוי בעתירה. בהמשך לכך, ביום 21.12.2017, דחתה הנשיאה א' חיות את בקשת העותרים לצו ארעי ולצו ביניים.

ביני לביני, ביום 19.1.2018 הגישו המשיבים הודעה מעדכנת שבה עדכנו את הנתונים שהוצגו קודם לכן בכתב התשובה.

14. ביום 22.1.2018 התקיים דיון ראשון בהתנגדות לצו על תנאי, ובמהלכו עמדנו על הקושי הלכאורי שראינו אותה עת במישור הסמכות לגבי מחזיקי רישיון

א/5. בסופו של דיון זה ניתנה החלטתנו (השופטים נ' הנדל, ע' פוגלמן, י' וילנר) שזו לשונה:

"עמדת המדינה בסוגיה טעונה בחינה והרחבה. הדגש אותו נדרש לשים הוא גם – אך לא רק – במחזיקי רישיון לישיבת ארעי (א/5). על המדינה להתייחס לשאלת הסמכות; החלטת הגורם המוסמך; הצורך בנוהל, תקנות או חקיקה ראשית; הנוהל בעבר והיום, לנוכח טענת באי כוח העותרים, הסיבות וההשלכות לכך; עדכון חוות הדעת הביטחונית שטרם עיינו בה, במידת הצורך; ועוד – ככל שיידרש".

החלטה על שינוי מדיניות בעניינם של מחזיקי רישיון א/5

15. ביום 26.3.2018 הגישו המשיבים הודעה מעדכנת שבה הודיעו על החלטתם לשנות ממדיניותם בדבר האיסור הגורף כפי שהוצהרה לפני בית משפט זה לגבי מחזיקי רישיון א/5. נמסר כי בעקבות הערות בית המשפט לאורך הדיון בעתירה נערכה עבודת מטה בשיתוף גורמי הביטחון, והוחלט, על דעת ראש שירות הביטחון הכללי, כי מחזיקי רישיון א/5 יוכלו לצאת לחו"ל דרך נתב"ג בכפוף לאבחון פרטני מקדים. לעומת זאת, העמדה לגבי מחזיקי היתר מת"ק נותרה בעינה, ויציאתם לחו"ל דרך נתב"ג לא תתאפשר, אלא במקרים הומניטריים חריגים. נמסר כי עקב שינוי המדיניות לגבי מחזיקי רישיון א/5 תתבצע עבודת מטה שמטרתה לגבש את המתווה המשפטי והפרוצדוראלי להסדרת הסוגיה. עד להשלמת עבודת המטה, בתקופת הביניים וכ"הוראת שעה", יוכלו מחזיקי רישיון א/5 להגיש בקשה לקבלת היתר פרטני ליציאה דרך נתב"ג באמצעות המת"ק. הבקשות יועברו לגורמי הביטחון לצורך אבחון פרטני, מבלי שתידרש עמידה בקריטריונים נוספים שנדרשו עד כה דוגמת יציאה עם בן משפחה. בהיעדר מניעה ביטחונית, יעדכנו גורמי מתפ"ש את המבקש ואת נתב"ג כי המבקש רשאי לצאת דרך נתב"ג. אישור זה יעמוד בתקפו, ככלל, למשך חודש ימים (להלן: הסדר הביניים). עוד צוין כי מסמך סטטוס ההרשאות יתוקן בהתאם לשינוי האמור בתוך ימים ספורים; וכי המשיבים יימנעו מביצוע הצעדים האופרטיביים עד לאחר הגשת הודעה מעדכנת נוספת.

16. ביום 7.6.2018 עדכנו המשיבים כי ביום 4.6.2018 אימץ שר הפנים את המתווה האמור. מפאת חשיבותה לענייננו, נביא את ההחלטה כלשונה (ההדגשות במקור – ע' פ'):

"מכוח סמכותי לפי סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 ועל פי כל דין, לאחר קבלת עמדתם העדכנית של גורמי הביטחון, ושקילת הערות בית המשפט העליון במסגרת בג"ץ 4427/16, החלטתי להורות כי תושבי אזור בעלי רישיונות לישיבת ארעי מסוג א/5, יוכלו לצאת לחו"ל ולחזור דרך נמלי התעופה הבינלאומיים, בכפוף לאי מניעה בטחונית. תנאי זה ירשם באופן מפורש ברישיונות הישיבה שיונפקו, וכן יפורסם בנהלי רשות האוכלוסין וההגירה.

לצד זאת, בהמלצת גורמי הביטחון, החלטתי שלא לשנות מן המדיניות הנוהגת ביחס למחזיקי היתרי שהייה (היתרי מת"ק) בהליכי איחוד משפחות, ועל כן אני מורה כי במסגרת ההיתרים המונפקים מכוח חוק הוראת השעה, במסגרת של איחוד משפחות, ייקבע באופן מפורש וברור כי היתר זה אינו כולל את האפשרות לצאת ולחזור דרך נמל תעופה בינלאומי, וכי קבלת היתר פרטני למעבר דרך נמל תעופה בינלאומי, בנסיבות הומניטאריות המצדיקות זאת, תהיה טעונה היתר ייעודי נפרד מטעם המפקד הצבאי, בהתאם לשיקול דעתו" (להלן: החלטת שר הפנים).

17. בהודעה צוין גם כי במסגרת הסדר הקבע שיאפשר את יציאתם של מחזיקי רישיון א/5 דרך נתב"ג, תתואם הבדיקה הביטחונית הפרטנית באמצעות רשות האוכלוסין ולא דרך מתפ"ש. הובהר כי לצורך יישום המדיניות יש לגבש פתרון מערכתי וטכנולוגי הולם, וכי הדבר צפוי לקחת 12 חודשים. עד אז, בתקופת הביניים, יוסיף לחול הסדר הביניים כפי שפורט לעיל. עוד עדכנו המשיבים כי מסמך סטטוס ההרשאות עודכן בדבר השינוי לגבי מחזיקי רישיון א/5 ביום 16.5.2018 (וכך עולה מעותק מעודכן ליום של המסמך שסומן מ/ש1 וצורף להודעת המשיבים מיום 7.6.2018); וכי ניתן להגיש את הבקשות למת"ק הישראלי (ולא לצד הפלסטיני כפי שהיה נהוג עד כה) על ידי משלוח דואר אלקטרוני או על ידי התייצבות במקום.

18. דיון נוסף בהתנגדות לצו על תנאי התקיים ביום 24.12.2018, ובמהלכו, בהסכמת העותרים, עיינו בחומר החסוי שהציגו המשיבים במעמד צד אחד. אגב דיון זה התחדדה נקודה נוספת, שלא התבררה די צרכה מן הכתובים ושלפיה המשיבים מאפשרים לפלסטינים המתגוררים באזור ושאינם נמנים על אוכלוסיית האחמ"ש (להלן: האוכלוסייה הפלסטינית הכללית) לצאת דרך נתב"ג מטעמים שונים. על פי הנתונים שנאספו העריכו המשיבים (והודגש על ידם כי מדובר בהערכה בלבד בשל קיומן של רשומות כפולות) כי במהלך שנת 2016 יצאו דרך נתב"ג כ-7,000 איש; בשנת 2017, כ-11,000 איש; ובשנת 2018 כ-14,000 איש (עמ' 3 לפרוטוקול הדיון). בתום אותו דיון, ולאחר שהסתיימו טיעוני הצדדים, הורינו כי המשיבים יגישו הודעה בכתב תוך שבועיים בנוגע לנקודות השונות שהוזכרו בדיון, והתרנו לעותרים שהות בת שבועיים נוספים להגיב על כך.

19. ביום 2.7.2019 הוגשה "הודעה מטעם המשיבים ובקשה מוסכמת מטעם הצדדים". הצדדים עדכנו כי לאחר שיג ושיח לגבי מתווה מעשי מוסכם ביחס למחזיקי רישיון א/5 שיבטיח מענה לצורך הביטחוני מזה, אך לא יכביד יתר על המידה על היציאה דרך נתב"ג של אלה מזה, גובש המתווה האמור (ההדגשות במקור – ע' פ'):

5. לאחר שמיעת טענות העותרים, החליטו רשות האוכלוסין וגורמי הביטחון, על המתווה כדלקמן:

(א) למחזיקי א/5 יונפק רישיון, שבו יצוין התנאי כי יציאה דרך נמל התעופה בינלאומי כפופה לבדיקה בטחונית מקדימה.

(ב) מחזיק א/5 המעוניין לצאת דרך נמל תעופה בינלאומי, יגיש באתר מקוון (שיהיה זמין בשפה הערבית, בדומה לאתרים אחרים בממשק ממשל זמין) של רשות האוכלוסין וההגירה בקשה לקבל אישור, וזאת חודש מראש. במסגרת הבקשה, יידרש המחזיק להעריך את היקף נסיעותיו במהלך התקופה.

(ג) תשובת הבדיקה הבטחונית תינתן באופן מקוון תוך 21 ימים.

(ד) חלפה התקופה של 21 ימים ולא קיבל הפרט מענה, ויכול לפנות באופן מקוון לבירור סטטוס בקשתו, והתייחסות לבקשתו תימסר תוך 7 ימים נוספים.

(ה) הצורך במנגנוני ביקורת נוספים, ייבחן במסגרת הרצת המתווה בפועל.

(ו) אם בבדיקה לא תתעורר מניעה בטחונית – יישלח למחזיק אישור מקוון שתוקפו יהיה ל-90 ימים.

(ז) אם יהיה סירוב בטחוני או לחלופין אם לא תמסר תשובה במועד – יוכל המחזיק להגיש ערר לבית הדין לעררים".

יצוין כי לפי הערכת גורמי המחשוב ברשות האוכלוסין, האתר המקוון יעלה לשימוש עד סוף שנת 2020.

6. עד לעליית האתר, יחול הסדר הביניים שהוצג בתגובות הקודמות, שבו יוכלו מחזיקי א/5 להמשיך לקבל היתרים מהמתפ"ש, בהתאם להגשת בקשה פרטנית בהתאם למסמך סטטוס ההרשאות. בהקשר זה, יועבר חידוד לכלל המת"קים לגבי אופן הטיפול בבקשות אלה, כדי להקל ככל הניתן על הגשת הבקשות וקבלת המענה, לרבות השמשת טופס ייעודי וקביעת גורם ליצירת קשר (מרכז ההיתרים). עוד סוכם כי תוקף ההיתר המונפק יוארך לשלושה חודשים, בדומה למתווה הקבע שפורט לעיל.

7. בשיג ושיח שהתקיים בין הצדדים, ולשם קידום העניין במישור המעשי, סוכם כי העתירה ביחס למחזיקי א/5 תימחק בכפוף לאמור בסעיף 5 ו-6 לעיל, תוך שמירת טענותיהם של העותרים בכל הנוגע לאופן יישום ההסדר.

[...]

10. ביחס למחזיקי היתר מת"ק – בעניין זה עמדת שר הפנים, על דעת גורמי הביטחון, נותרה בעינה. ככלל, לא תתאפשר יציאתם דרך נמל תעופה בינלאומי (העניין יובהר על גבי ההיתרים המונפקים להם), אך הם יוכלו לפנות בבקשה למת"ק הרלוונטי לקבלת היתר מיוחד מטעמים הומניטריים".

עוד צוין כי לפי הערכת גורמי המחשוב ברשות האוכלוסין, האתר המקוון יעלה לשימוש עד לסוף שנת 2020; וכי בינתיים יוסיף לחול הסדר הביניים.

20. נוכח ההסכמות האמורות, ניתן בזה תוקף של פסק דין להסכמות הצדדים בקשר ליציאתם לחו"ל של מחזיקי רישיון א/5 כפי שצוטטו בפסקה הקודמת. ביום 4.7.2019 הוגשה תגובתם של העותרים שבגדרה ביקשו הכרעה בהתייחס לאוכלוסיית האחמ"ש המחזיקה בהיתרי מת"ק.

נותר אפוא לבחון את חוקיות האיסור הגורף המוסיף לחול על אוכלוסיית האחמ"ש המחזיקה בהיתרי מת"ק, למעט במקרים הומניטריים חריגים.

טענות הצדדים בנוגע לאיסור על יציאתה לחו"ל אוכלוסיית האחמ"ש המחזיקה בהיתרי מת"ק דרך נתב"ג

21. לעותרים טענות רבות נגד האיסור הגורף, והעיקריות שבהן הן כדלקמן. ראשית, נטען כי מדובר במדיניות שקבע מתפ"ש ללא סמכות מתאימה, שכן הגורם המוסמך להורות על איסור יציאה דרך נתב"ג הוא שר הפנים בלבד. לטענת העותרים, סמכותו של שר הפנים להורות על איסור כאמור מצויה בסעיף 6(1) לחוק הכניסה לישראל, שעניינו ב"קביעת תנאים" באשרות וברישיונות, אך סמכות זו עוסקת בקביעה פרטנית בהיתר מסוים ולא בקביעת מדיניות רחבה. כמו כן, הסעיף אינו כולל "הסמכה מפורשת" כמתחייב בנסיבות העניין, שכן האיסור הגורף פוגע בזכויות יסוד חוקתיות ובהן הזכות לחופש התנועה, הזכות לחיי משפחה ושוויון. כן נטען בהקשר זה כי הפגיעה נעשית שלא לתכלית ראויה, וכי היא אינה מידתית.

נטען בנוסף כי האיסור הגורף מנוגד לסעיף 7 לחוק הכניסה לישראל, המתיר לכל אדם להיכנס ולצאת מישראל דרך כל מעבר גבול מוכרז, לרבות נתב"ג, כך העותרים.

22. שנית, נטען כי הנימוק הביטחוני שבבסיס האיסור הגורף אינו יכול לעמוד. הטענה המרכזית בהקשר זה היא כי חוק הוראת השעה מתנה את קבלת היתר מת"ק בהיעדר מניעה ביטחונית, ולכן לו היה נשקף סיכון ביטחוני מפלסטיני הנמנה על אוכלוסיית האחמ"ש לא היה בידו לקבל היתר מת"ק או להאריכו. העותרים מבקשים

להסתמך בהקשר זה גם על נתונים שהוצגו על ידי נציג שירות הביטחון הכללי בישיבה המשותפת לוועדת החוץ והביטחון וועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת בעניין צו האזרחות והכניסה לישראל מיום 1.6.2016 (צורף לתגובת העותרים מיום 6.4.2017 וסומן ע/44). לפי נתונים אלה, בין השנים 2001-2016, מתוך 12,500 איש לערך, ידוע על 104 מעורבים בפעילות טרור מקרב אוכלוסיית האחמ"ש בלבד, כאשר רק 17 מתוכם קיבלו מעמד מכוה נישואין לבני זוג ישראלים. נטען כי נתונים אלה, שממילא אינם מבהירים את טיב המעורבות או חומרתה, מעידים על מעורבות שולית בלבד, שאינה יכולה להצדיק את האיסור הגורף. נטען גם כי נתונים אלה לא תומכים בטענת המשיבים שלפיה מאז 2015 חלה עליה במעורבותה של אוכלוסיית האחמ"ש בטרור. טענות נוספות במישור הביטחוני הן כי זיקתה של אוכלוסיית האחמ"ש לבני המשפחות באזור וברצועה נחלשת במרוצת שנות השהייה בישראל עקב הדרישה לקיים מרכז חיים בישראל; וכי ממילא, עם ההגעה לנתב"ג צפויות להתבצע בדיקות ביטחוניות קפדניות תוך שימוש בטכנולוגיות המתקדמות ביותר.

23. שלישית, נטען כי לא ניתן להצדיק את האיסור הגורף על יציאת מחזיקי היתר מת"ק דרך נתב"ג, כאשר במקביל מתאפשרת יציאה רחבת היקף דרך נתב"ג של פלסטינים תושבי השטחים. נטען כי אין לקבל שבידי המשיבים כלים להתמודד עם הסיכון הביטחוני המשוער הנשקף מהאוכלוסייה הפלסטינית הכללית, אך לא עם זה הנשקף לכאורה מאוכלוסיית האחמ"ש המחזיקה בהיתרי מת"ק, המתגוררת דרך קבע בישראל ושלגביה נבדקת סוגיית המניעה הביטחונית באופן תכוף.

24. המשיבים מצדם סבורים כי דין העתירה להידחות. ראשית, במישור הסמכות, נטען כי חוק הוראת השעה מסמיך במפורש את שר הפנים לאשר בקשה המוגשת למפקד הצבאי למתן היתר שהייה בישראל לצורך הליך איחוד משפחות. בהתאם לסמכות זו ולהוראות חוק הפרשנות, התשמ"א-1981, השר רשאי גם לקבוע תנאים בהיתר, דוגמת התנאי שלפיו מחזיק ההיתר לא יוכל לצאת לחו"ל דרך נתב"ג.

25. שנית, ועל דעת גורמי הביטחון, המשיבים עומדים על תוקפו של הנימוק הביטחוני שביסוד האיסור הגורף. הוסבר כי זה נועד למנוע ביצוע של פיגוע טרור

בתעופה האזרחית בישראל, שידוע כי משמשת יעד לפיגוע מסוג זה, על ידי אדם הנמנה על אוכלוסיית האחמ"ש מחזיקת היתר מת"ק (שצוין כי מעורבותה בטרור התגברה מאז אוקטובר 2015), גם אם על ידי ניצולו שלא בידיעתו על ידי ארגוני הטרור. המשיבים הרחיבו בדבר חומרתו יוצאת הדופן של פיגוע כאמור נוכח היקף הנפגעים וההשפעות ההיקפיות בתחומי הכלכלה והחברה. עוד מציינים המשיבים כי ניסיון העבר מלמד שנעשה ניסיון לנצל נוסעים תמימים כדי להוציא לפועל פיגוע בתעופה האזרחית; וכי כיום ניתן להחזיר אמצעי תקיפה מתוחכמים ותמימים למראה, תוך הסוואתם בחפצים שגרתיים או על גופו של אדם. מכאן גם כי האבחון הפרטני שנערך לאוכלוסיית מחזיקי היתרי המת"ק לצורך מתן ההיתר או חידושו אינו נותן מענה לחשש מפני פיגוע תעופתי, וגם לא די בבדיקות הביטחוניות המבוצעות בנתב"ג.

26. שלישית, המשיבים סבורים כי החלטת שר הפנים והאיסור הגורף לגבי מחזיקי היתרי מת"ק שנקבע בה היא סבירה ומידתית בנסיבות העניין. זאת, בין היתר, בשים לב לכך שאין לאדם זכות קנויה לבחור את מעבר הגבול שדרכו יצא מהמדינה או ייכנס אליה; כי שיקול הדעת המסור למדינה בנוגע לניהול מעברי הגבול הוא רחב וכולל בחובו גם שיקולים ביטחוניים; וכי בסופו של יום הנזק הנגרם בשל האיסור הגורף הוא מוגבל. המשיבים מכירים בכך שהיציאה לחו"ל דרך מעבר אלנבי גורמת לאי נוחות ולהכבדה, ולעתים אף לעלויות כספיות נוספות בהשוואה לנסיעה דרך נתב"ג. עם זאת, לדעתם מדובר בפגיעה מוגבלת ונקודתית, העומדת ביחס ראוי לעצמתו ולתוחלתו של הסיכון הביטחוני שאותו נועד האיסור הגורף למנוע. עוד הוזכר כי במקרים הומניטריים חריגים ניתן להגיש בקשה למעבר דרך נתב"ג וזו תבחן לגופה.

27. רביעית, המשיבים סבורים כי ההיתרים ליציאה דרך נתב"ג הניתנים לאוכלוסייה הפלסטינית הכללית אינם מעידים על חוסר סבירות או מידתיות של האיסור הגורף המוטל על מחזיקי היתרי המת"ק מקרב אוכלוסיית האחמ"ש. המשיבים הסבירו כי ההבדל בין שתי הקבוצות נעוץ באפיונה של אוכלוסיית האחמ"ש ככזו שנשקף ממנה סיכון ביטחוני כמוסבר לעיל. זאת ועוד, ההיתר הניתן

לאוכלוסייה הפלסטינית הכללית כפוף לעמידה בקריטריונים שונים. ברם, בהודעה מיום 30.6.2019 נאמר כי מערכת ההיתרים אינה כוללת פילוח לפי הטעמים ההומניטריים שהביאו לאישור בקשה להיתרי יציאה לחו"ל לאוכלוסייה הפלסטינית הכללית. עם זאת צוין כי עיון במסמך סטטוס ההרשאות מלמד כי היתרים ניתנו גם שלא מטעמים הומניטריים, למי שנמנים על אוכלוסיות מיוחדות דוגמת אנשי עסקים בעלי מעמד BMC; וכי לעתים ניתנים היתרים ליחידים שאינם נמנים על קבוצה מיוחדת, למשל בתקופת החגים.

28. לבסוף, המשיבים דוחים את הטענות שלפיהן ההגבלה על יציאה דרך נתב"ג גוררת פגיעה בזכויות חוקתיות. נטען כי חרף ההכבדה על הפרט ועל משפחתו הנובעת מן האיסור, הוא אינו מגיע כדי פגיעה באילו מן הזכויות החוקתיות שמנו העותרים. לגבי הזכות לחיי משפחה צוין כי האיסור הגורף אינו מגביל את חיי היומיום של המשפחה, או את עצם היכולת לצאת יחדיו לחופשה משותפת. כמו כן, גם דין טענת הפגיעה בשוויון להידחות, שכן ההגבלה המוטלת על יציאה מנתב"ג מבוססת על הסיכון הביטחוני הנשקף ממחזיק היתר מת"ק, המבסס שוני רלוונטי בינו לבין מחזיקי היתרים אחרים, ובינו לבין בני המשפחה הישראלים. כן נטען כי גם בטענה לפגיעה בחופש התנועה אין ממש, שכן האפשרות לצאת ולהיכנס מישראל דרך מעבר אלנבי עומדת בעינה.

דיון והכרעה

29. לאחר עיון במכלול טענות הצדדים ובחומר שנפרש לפני, לרבות שקילת החומר החסוי שהוצג במעמד צד אחד, באתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להתקבל באופן חלקי. גם בהנחה שהאיסור על יציאתם לחו"ל דרך נתב"ג של מחזיקי היתר מת"ק משרת תכלית ביטחונית ראויה, מצאתי כי האיסור במתכונתו הגורפת אינו מידתי. זאת, בשים לב לקיומו של אמצעי בחינה חלופי שפגיעתו בפרט פחותה – דוגמת הבדיקה שעורכים המשיבים לבקשותיה של האוכלוסייה הפלסטינית הכללית (הנעדרת זיקה מיוחדת לישראל) לצאת לחו"ל דרך נתב"ג, המאפשרת מתן היתרים

כאמור בהיקפים ניכרים. אפרט את הטעמים למסקנתי זו, תוך התייחסות לטענותיהם השונות של הצדדים.

מישור הסמכות

30. תחילה, מצאתי לדחות את טענות העותרים במישור הסמכות. אכן, כעולה מההשתלשלות כפי שתוארה בהרחבה בחלקו הקודם של הדיון, דומה כי עד להגשתה של עתירה זו, שר הפנים לא נדרש באופן סדור לסוגיית יציאתם של פלסטינים לחו"ל דרך נתב"ג, וכפי שראינו גם התנהגות נציגי הרשויות לא התאפיינה באחידות, וקשה היה לעמוד על הטעמים לכך. מכאן גם מובנת טענת העותרים כאילו המדיניות נקבעה על ידי מתפ"ש ולא על ידי שר הפנים. ברם, ביום 4.6.2018, התקבלה החלטתו המפורשת של שר הפנים ששבה ואשררה את המדיניות ששררה לגבי מחזיקי היתרי מת"ק, ושלפיה אלה אינם רשאים לצאת לחו"ל דרך נתב"ג, אלא במקרים הומניטריים חריגים. החלטה זו התקבלה בהתאם לסמכותו המפורשת של שר הפנים על פי חוק הוראת השעה. חוק הוראת השעה מסמיך את שר הפנים לאשר בקשה לקבלת היתר מת"ק שהוגשה למפקד הצבאי באזור לצורך כניסה לישראל במסגרת הליך איחוד משפחות. כך למשל, סעיף 3 קובע כי:

היתר
לגבי
בני זוג
3. על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים
לפי שיקול דעתו לאשר בקשת תושב
האזור למתן היתר לשהייה בישראל בידי
מפקד האזור.

הוראות מקבילות בדבר שיקול הדעת המסור לשר הפנים לאשר בקשה לקבל היתר לצורך כניסה לישראל במסגרת הליך אחמ"ש ניתן למצוא גם בסעיפים 3א(2), כמו גם בסעיף 1א(2) לחוק הוראת השעה.

אכן, לפי ההסדר שנקבע בחוק הוראת השעה, היתר המת"ק עצמו ניתן על ידי המפקד הצבאי באזור (בג"ץ 9366/10 אל סורחי נ' משרד הפנים, פסקה 6 (29.1.2012); 3397/08 אסמעיל נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקאות 18-25 (30.4.2009); בג"ץ 4487/08 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה אלוף

פיקוד הדרום, פ"ד סג(1) 149, 158-163 (2008)). ברם, הדבר אינו גורע משיקול הדעת של שר הפנים.

31. השאלה הבאה היא אם כן אם הסמכות לאשר היתר כניסה לישראל לצורך הליך אחמ"ש כוללת גם את הסמכות לקבוע בו תנאי בדבר איסור יציאה דרך נתב"ג. על שאלה זו יש לדידי להשיב בחיוב. כלל יסוד עמנו הוא כי הסמכות ליתן רישיון כוללת בחובה את הסמכות להתנות בו תנאים שנועדו להגשים את מטרות החוק שמכוחו ניתן הרישיון לכתחילה (בג"ץ 2677/12 בילו נ' פקיד הדיג הראשי במשרד החקלאות ופיתוח הכפר, פסקה 14 והאסמכתאות שם (28.8.2016)). סמכות זו כוללת גם את הסמכות לקבוע תנאים "מאוחרים", שהם תנאים שעל בעל הרישיון לקיים במועד מאוחר למועד קבלת הרישיון. מטרתם של תנאים אלה היא להבטיח כי מטרת הרישוי תושג, וכי בעל הרישיון ישמור על האינטרס הציבורי שהרישוי נועד להגשים לכתחילה (ע"פ 107/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' מלון נורדאו פלז'ה בע"מ, פ"ד יג 1345, 1358 (1959)); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 251-252 (מהדורה שניה, 2010) (להלן: זמיר); לגישה שלפיה סמכות זו נלמדת גם מסעיף 12 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 ראו למשל בג"ץ 3676/10 כתר כדרך המלכים בע"מ נ' השר לשירותי דת, פסקה 26 (8.5.2014); זמיר, בעמ' 366-367). זאת ועוד, הסמכות להתנות תנאים מאוחרים ברישיון כבעניינו, קיימת גם כאשר החוק המסמיך את מתן הרישיון אינו מונה במפורש את הסמכות לקבוע תנאים (זמיר, בעמ' 252). מכאן גם אין ממש בטענה שלפיה קביעת האיסור הגורף מחייבת הסמכה מפורשת לקבוע תנאים, דוגמת זו הקבועה בסעיף 6(1) לחוק הכניסה לישראל.

32. בהמשך לכך, נראה על פני הדברים כי התנאי בדבר איסור על יציאה לחו"ל דרך נתב"ג מגשים את תכליתו של חוק הוראות השעה שמכוחו ניתן ההיתר לכתחילה. כפי שנפסק בעניין עדאלה, תכליתו של חוק הוראת השעה היא תכלית ביטחונית מובהקת. עמד על כך הנשיא א' ברק (שהיה בדעת מיעוט אך לא בעניין זה):

"תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא ביטחונית ועניינה הוא להפחית ככל האפשר את הסיכון הביטחוני מבני הזוג הזרים בישראל. תכליתו של החוק אינה מבוססת על שיקולים דמוגרפיים. מסקנה זו

מעוגנת בהיסטוריה החקיקתית ובתוכן הסדריו של החוק. אכן, ביסוד החקיקה עמד החשש הביטחוני מפני מעורבות בפעילות טרור של בני זוג פלסטיניים, המחזיקים בתעודת-זהות ישראלית עקב 'איחוד משפחות' עם בני הזוג הישראליים. תכליתו של החוק להקטין סיכון זה ככל האפשר" (ענין עדאלה, בעמ' 337).

לקביעה זו הצטרפו כל חברי המותב בענין עדאלה (הגם שלגישתם של השופטים ס' ג'ובראן וא' פרוקצ'יה, ברקע החוק ניצבת, ולו במידת מה, תכלית דמוגרפית. שם, בעמ' 487-486 ו-500-503, בהתאמה). קביעה זו נותרה בעינה בעניין גלאון. כפי שציינה למשל השופטת ע' ארבל :

"נקודת המוצא לטעמי היא, כפי שקבע רוב שופטי המותב בעניין חוק האזרחות הראשון [עניין עדאלה – ע' פ'], כי תכליתו של החוק היא תכלית ביטחונית. בליבתה החשש, שיש לו אחיזה בניסיון החיים, מפני מעורבותם בפעילות נגד ביטחונה של מדינת ישראל של זרים המגיעים ממדינות או מאזורים שעוונותם לישראל ברורה וידועה, ומבקשים להשתקע בה בהליך של איחוד משפחות עם בן זוג ישראלי" (שם, בעמ' 171-170; ההדגשה במקור – ע' פ').

33. בהינתן תכליתו זו של החוק, מובן כי התנאי בדבר איסור יציאה לחו"ל דרך נתב"ג, שנועד למנוע את הסיכון הביטחוני הספציפי של פיגוע תעופתי, משרת את התכלית הביטחונית שבבסיס חוק הוראת השעה ועולה עמה בקנה אחד. אדגיש. לא נעלמו מעיני טענות העותרים שלפיהן כלל לא נשקף סיכון ביטחוני לביצוע פיגוע תעופתי מקרב אוכלוסיית האחמ"ש מחזיקת היתרי המת"ק. ברם, טענה זו, בבסיסה, מנוגדת לעמדתם הביטחונית של גורמי הביטחון שהתקבלה על בית משפט זה בעניין עדאלה וגלאון. אכן, באותם מקרים לא דובר בסיכון הספציפי לפיגוע טרור תעופתי, אך הוכר סיכון קטגורי לפעילות טרור כללית. אשר לסיכון המסוים בדבר פיגוע תעופתי, הנחתי היא, על בסיס טענות המשיבים והחומר שהוצג על ידם בהקשר זה הן בדיון הגלוי, הן בדיון החסוי, כי סיכון כאמור אכן קיים; וכי הוא כולל גם את הסיכון לניצול הנגישות לנתב"ג שלא בידיעתו של אדם.

סיכום הנקודה. קביעת התנאי שלפיו אוכלוסיית האחמ"ש מחזיקת היתר מת"ק אינה רשאית לצאת לחו"ל דרך נתב"ג (למעט במקרים הומניטריים חריגים) מצויה בגדר סמכותו של שר הפנים לפי חוק הוראת השעה.

34. בשולי דיוננו זה אציין כי יש לדחות גם את הטענה שלפיה התנאי בדבר איסור היציאה מנתב"ג מנוגד לסעיף 7 לחוק הכניסה לישראל. סעיף זה מורה כדלקמן:

7. תחנות גבול
לא ייכנס אדם לישראל ולא ייצא ממנה, בין שהוא אזרח ישראלי ובין שאיננו אזרח ישראלי, אלא באחת מתחנות הגבול שקבע שר הפנים בצו שפורסם ברשומות, ולאחר שהתייצב שם לפני קצין בקורת הגבולות או בקר גבולות והציג לפניו דרכון, תעודת מעבר או תעודה אחרת שהוציא למטרה זו שר הפנים, בני-תוקף; שר הפנים רשאי לפטור אדם מהוראות סעיף זה, אם יש נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת לדעתו.

קריאתו הפשוטה של הסעיף מלמדת כי כל שנקבע בו הוא כי היציאה מישראל לחו"ל תתאפשר רק בתחנת גבול שקבע שר הפנים בצו. בניגוד לטענת העותרים, לא נקבע בסעיף כי כל אדם רשאי לצאת מישראל דרך כל תחנת גבול שיחפוץ בה. עיון בצו הכניסה לישראל (תחנות גבול), התשמ"ז-1987, מלמד כי גשר אלנבי ונתב"ג (ותחנות גבול נוספות) הן תחנות גבול שדרכן ניתן לצאת מישראל. מכאן, כי לא נפל פגם בקביעת התנאי בדבר איסור יציאה מנתב"ג בהיבט זה.

פגיעה בזכויות יסוד והסמכה מפורשת

35. טענה מרכזית נוספת של העותרים במישור הסמכות היא כי החלטת שר הפנים לאסור על יציאת מחזיקי היתרי מת"ק דרך נתב"ג כרוכה בפגיעה בזכויות יסוד ולכן מחייבת הסמכה מפורשת שאינה בנמצא. גם דינה של טענה זו להידחות. יוצא אני מנקודת הנחה כי עבור אדם המתגורר בישראל עם משפחתו, האיסור על

יציאה לחו"ל דרך נתב"ג כרוכה בהכבדה ממשית, באי נוחות ולעתים גם בעלויות כספיות עודפות בהשוואה ליציאה לאותו היעד דרך נתב"ג. הדברים אמורים ביתר שאת כאשר מדובר במשפחה הנוסעת יחדיו, שאז יש להניח כי הפיצול הכפוי מעורר עוגמת נפש של ממש, כרוך בטרחה רבה, ופוגע בהנאה המשפחתית. עם זאת, ומבלי להקל ראש במשקלם של כל אלה (ולכך נדרש בהמשך דברינו) אין באמור משום פגיעה בזכות יסוד חוקתית המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אתיחס בתמצית לטענותיהם העיקריות של העותרים בהקשר זה.

36. ראשית, איני סבור כי נפגעת הזכות החוקתית לצאת מישראל לפי סעיף 6(א) לחוק היסוד, הקובע כי "כל אדם חופשי לצאת מישראל". כפי שנפסק, זכות היציאה מישראל, כחלק מחופש התנועה, מגינה על זכותו של אדם לצאת מהארץ בכל עת שיחפוץ בכך. היא מגלמת היבט בסיסי של חירות הפרט והיא הוכרה במשפטנו עוד קודם לחקיקת חוק היסוד (ראו, בין רבים, בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491, 506 (1994); בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 537-536 (1953); בג"ץ 220/51 אסלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, נצרת, פ"ד ה 1480, 1486 (1951); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב-782-781 (2014) (להלן: ברק)). ואולם, החיוב לצאת לחו"ל דרך מעבר אלנבי ולא דרך נתב"ג, אינו פוגע כשלעצמו בזכות החוקתית האמורה, שכן הוא אינו מגביל את עצם היציאה מישראל, אלא אך את מעבר הגבול שדרכו היציאה תתאפשר. מכיוון שלא מדובר בהכבדה שמידתה היא כזו שבכוחה לאיין את מימוש זכות היציאה עצמה (והעותרים אף לא טענו כך), אין לקבל את הטענה כי נפגעה הזכות החוקתית לצאת מן הארץ.

37. שנית, בהינתן התשתית שלפנינו לא מצאתי יסוד לקבל את הטענה בדבר פגיעה בזכות החוקתית לחופש העיסוק. סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק קובע כי "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל מקצוע, עיסוק, או משלח יד". שאלה היא אם חוק היסוד פורש את הגנתו בהקשר זה על מחזיקי היתרי המת"ק מקרב אוכלוסיית האחמ"ש. העותרים לא הציגו טיעון מפורט בנושא זה. מכל מקום, גם אם היינו עונים על שאלה זו בחיוב, לא בוססה טענה כי בעניינו של העותר 1 –

הוא העותר המחזיק בהיתר מת"ק – נפגעת הזכות החוקתית לחופש העיסוק, וכפי שיוזכר להלן, העותר עובד בעסק פרטי במרכז הארץ.

38. שלישית, לא שוכנעתי כי האיסור על יציאה לחו"ל דרך נתב"ג פוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה. כידוע, לזכות זו, הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם, פנים רבות (להרחבה ראו ברק, בעמ' 638-684). במובנה הבסיסי מגינה הזכות על יכולתו של אדם לבחור את בן זוגו, להעמיד צאצאים, ולקיים יחידה משפחתית משותפת. בעניין עדאלה, שהוא פסק הדין המנחה בהקשר זה, נקבע כי:

"עלינו למקד עצמנו באותם היבטים של חיי המשפחה החוסים בבית הקיבול של כבוד האדם. נקודת המוצא היא כי המשפחה הינה 'יחידה חוקתית' [...] היא זוכה להגנה חוקתית [...] אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו החופשי, ולגדל במסגרתו את ילדיו, תוך כדי חיים משותפים של מרכיבי התא המשפחתי. התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימושו העצמי של האדם" (שם, בעמ' 296; ברק, בעמ' 646-650).

על דברים דומים עמדה גם השופטת א' פרוקצ'יה בציינה כי:

"הזכות למשפחה היא טעם החיים שבלעדיו נפגעת יכולתו של אדם להגיע לידי הגשמה עצמית ומימוש עצמי. בלא הגנה על הזכות למשפחה, נפגע כבודו של האדם, נגרעת זכותו לאוטונומיה אישית, ונמנעת ממנו היכולת לקשור את גורלו עם בן זוגו ועם ילדיו ולקיים חיים מתוך שותפות גורל עימם" (שם, בעמ' 497).

יוער כי הסכמה זו בדבר היבטיה הגרעיניים של הזכות החוקתית לחיי משפחה נותרה בעינה גם בעניין גלאון (ונזכיר כי בצד הסכמה זו נחלקו השופטים בשתי הפרשות בשאלה אם הזכות החוקתית לחיי משפחה כוללת גם את הזכות לקיים את התא המשפחתי דווקא בישראל. ראו למשל, שם, בעמ' 260).

נוכח מובנה זה של הזכות החוקתית לחיי משפחה, נראה כי האיסור על יציאתם מנתב"ג של מחזיקי היתר מת"ק אינו פוגע בה. איסור זה אינו נוגע לעצם קיום התא המשפחתי, לנישואין או להולדה, או להיבטים קרובים לכך. ואדגיש פעם נוספת. איני מקל ראש בהכבדה הנגרמת לתא המשפחתי הנאלץ לצאת ליעד זהה בחו"ל, במסע מכביד דרך מדינות שונות. עם זאת, יש לשים את הקשיים המתגלים בהקשרם המתאים, כמפורט להלן, ולא בהקשר החוקתי הנטען כאן.

39. שלישית, יש לדחות את טענת העותרים שלפיה האיסור על יציאה דרך נתב"ג מפלה בין פלסטיני מחזיק היתר מת"ק המצוי בהליך אחמ"ש לבין תושב זר אחר המצוי אף הוא בישראל בהליך אחמ"ש ובאותו מעמד. ובין משפחותיהם הישראליות של שני אלה. בבסיס האיסור על יציאה דרך נתב"ג ניצב טעם ביטחוני, שעניינו בהערכת גורמי הביטחון כי מאוכלוסיית האחמ"ש מחזיקת היתרי המת"ק המתגוררת בישראל נשקף סיכון לביצוע פיגוע בתעופה האזרחית, גם אם לא בידיעתה. בנתון להנחה זו, ומשאין הערכה ביטחונית מקבילה לגבי תושבים זרים אחרים המצויים בישראל בהליך איחוד משפחות, הרי שישנו שוני רלוונטי בין הקבוצות, ואין מדובר בהפליה פסולה (השוו לדבריה של השופטת מ' נאור (כתוארה אז) בעניין עדאלה, בעמ' 529-530).

40. סיכום הנקודה, לא מצאתי כי החלטת שר הפנים להגביל את יציאתה לחו"ל של אוכלוסיית האחמ"ש מחזיקת היתר המת"ק דרך מעבר אלנבי בלבד פוגעת בזכויות אדם חוקתיות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בנסיבות אלה אף לא מצאתי כי הסמכת שר הפנים להתנות תנאי בהקשר בו עסקינן אינה מפורשת דייה (בשאלת ההסמכה המפורשת ראו, למשל, דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון נ' עליאן, פסקה 1 לחוות דעתי (במיעוט) והאסמכתאות שם (9.9.2019)).

מידתיות

41. משצלחנו את משוכת הסמכות, עלינו לבחון את הפעלת שיקול הדעת של הרשות, וביתר פירוט: האם שיקול הדעת של הרשות הופעל באופן מידתי. כידוע, החלטה שלטונית היא כדין רק אם האמצעי שננקט לצורך השגת התכלית הוא במידה

הראויה. משמעות הדרישה היא כי לצורך הגשמת מדיניותה על הרשות לבחור באותו אמצעי אשר פגיעתו בפרט היא פחותה ככל הניתן. דרישת המידתיות נבחנת על פי שלושה מבחני משנה: (א) קשר רציונאלי בין האמצעי הנבחר לבין המטרה שאותה הוא נועד להשיג (ב) בחירה באמצעי שפגיעתו בפרט היא פחותה מבין החלופות האפשריות (ג) קיומו של יחס ראוי בין התועלת הציבורית המושגת לבין עצמת הפגיעה בפרט (בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 908 (2004); ע"א 4275/94 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ' א' ת' ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ, פ"ד נ(5) 485, 520-521 (1997); בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 11-12 (1996)).

42. יישומם של מבחני משנה אלה במקרה שלפנינו מוביל לדידי למסקנה כי החלטת שר הפנים אינה מידתית. מובן כי המטרה שאותה מבקשת ההחלטה להשיג – מניעת פיגוע בתעופה האזרחית – היא תכלית ראויה ובעלת חשיבות עליונה, ואין צורך להכביר מילים בנושא זה. אף ניכר כי מתקיים מבחן המשנה הראשון: מניעת גישתו לנתב"ג של מחזיק היתר המת"ק – שלו מיוחס הסיכון המשוער – נותנת מענה הולם לחשש מפני ביצוע פיגוע תעופתי. ברם, הקושי נעוץ במבחן המשנה השני של המידתיות, המחייב את הרשות להגשים את התכלית הביטחונית האמורה על ידי שימוש באמצעי המקל על הנטל הנגרם לאוכלוסיית האחמ"ש מחזיקת היתרי מת"ק המתגוררת בישראל ככל הניתן.

43. בנקודה זו נשוב ונזכיר כי אין להקל ראש בפגיעה שנגרמת למשפחה הישראלית כפועל יוצא מהאיסור על המחזיק בהיתר מת"ק לצאת מנתב"ג. מחזיק ההיתר נאלץ לצאת מישראל בנפרד מבן זוגו הישראלי ומילדיו הישראליים. המחשה לכך ניתן לראות בעניינם של העותרים 1-5. העותר 1 הוא תושב אזור, שנישא בשנת 2001 לעותרת 2 שהיא אזרחית ישראלית. רק לאחר שמלאו לעותר 35 שנים, אושרה הבקשה לאיחוד משפחות נוכח המגבלה שבחוק הוראת השעה. מזה כתשע שנים מתגורר העותר 1 בארץ מתוקף היתרי שהייה. לבני הזוג שלושה ילדים, כולם אזרחי ישראל. בני הזוג עובדים בעסק פרטי באזור המרכז והשרון. הם מנהלים את כל חיהם בישראל ומבקשים לנסוע יחדיו לחופשה בחו"ל דרך נתב"ג, ככל משפחה

אחרת. הם מציינים כי הפיצול בין בני המשפחה, כפועל יוצא ממדיניות המשיבים, מכביד, גורם לבני המשפחה עוגמת נפש, ואף מאמיר את עלות הטיוול עקב הכורח להגיע ליעד במסלול עקיף. כמובן שזו אך דוגמה אחת לפגיעה שנגרמת למשפחה הישראלית, כאשר אחד מבני הזוג מחזיק בהיתר שהייה מכוח הוראת השעה. נוכח פגיעה ממשית זו בפרט, יש להבטיח כי אין בנמצא אמצעי חלופי שבכוחו להשיג את התכלית הביטחונית, תוך פגיעה פחותה באוכלוסיית האחמ"ש המחזיקה בהיתר מת"ק. להשקפתי ישנו אמצעי כאמור.

44. כפי שהוסבר קודם לכן, במהלך הדיון בעתירה התברר כי בשנים האחרונות יצאו אלפים רבים של פלסטינים תושבי השטחים דרך נתב"ג. על פי הנתונים שהוצגו, במהלך שנת 2016 יצאו דרך נתב"ג כ-7,000 איש; בשנת 2017, כ-11,000 איש; ובשנת 2018 כ-14,000 איש. מדובר ביציאה – בהיקף ניכר – של אוכלוסיית תושבי אזור. כפי שציין המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין בעניין עדאלה, "תושבי האזור הפלסטינים הם בבחינת נתיני אויב, ובתורת שכאלה מהווים הם קבוצת סיכון לאזרחיה ולתושביה של ישראל" (שם, בעמ' 365). על אף שזו עודנה "הנחת העבודה" לגבי האוכלוסייה הפלסטינית הכללית (העומדת בבסיס חוק הוראת השעה כולו), המשיבים אינם מחילים בעניינם איסור גורף על יציאה מנתב"ג כמו זה המוחל על אוכלוסיית האחמ"ש המחזיקה בהיתרי מת"ק, אלא מיישמים מנגנון בחינה כולל אלמנט פרטני, המאפשר בסופו של יום, במבחן התוצאה, לאלפים רבים של פלסטינים לצאת מדי שנה לחו"ל דרך נתב"ג. ויובהר. מובן מאליו כי הליך הבדיקה שננקט לגבי האוכלוסייה הפלסטינית הכללית כולל גם בחינה של מניעה ביטחונית; וכי ההיתר ניתן רק לגבי מי שנמצא כי אין מניעה כזו לגביו.

45. הנה כי כן, בנמצא שתי שיטות בחינה, שהן בבחינת שני אמצעים שונים להשגת אותה מטרה ביטחונית: מניעת פיגוע בתעופה האזרחית; וברור כי האמצעי הננקט כלפי האוכלוסייה הפלסטינית הכללית הוא כזה הגורר פגיעה פחותה בפרט. המשיבים התבקשו להסביר מדוע לא ניתן להשתמש באמצעי הבחינה הפוגעני פחות המופעל כלפי האוכלוסייה הפלסטינית הכללית גם כלפי אוכלוסיית האחמ"ש מחזיקת היתרי מת"ק המבקשת לצאת לחו"ל דרך נתב"ג. לכך השיבו כי הסיכון הטמון

באוכלוסיית האחמ"ש המחזיקה בהיתרי מת"ק הוא סיכון "קריטריוני", כך שעצם הימנותו של אדם על אוכלוסיית האחמ"ש מקימה לגביו מעין "חזקת מסוכנות", ובמיוחד כך נוכח החשש כי אותו אדם ינוצל על ידי גורמי טרור שלא בידיעתו לצורך ביצוע פיגוע בתעופה האזרחית. לעומת זאת, היתר היציאה מנתב"ג הניתן לפלסטיני תושב השטחים ניתן לאחר שנבחנת עמידה בקטגוריות שונות, שאם התושב המבקש מצוי בגדרן ניתן להתיר יציאתו לנתב"ג, בכפוף לבדיקה פרטנית. כאמור ההתייחסות לקטגוריות הייתה כוללנית ולא ממצה. אלו כללו מקרים הומניטריים חריגים; מקרים של השתייכות לקבוצות ייחודיות; יציאה בתקופת החגים וכדומה.

46. לא מצאתי כי תשובה זו מניחה את הדעת. אין בה כדי להסביר את השוני בין שני אמצעי הבחינה השונים – שמידת הפגיעה בפרט הנובעת מכל אחד מהם שונה בתכלית – המופעלים כלפי שתי קבוצות שההנחה לגביהן היא כי נשקף מהן סיכון לביצוע פיגוע בתעופה האזרחית. גם אם אניח לטובת המשיבים כי שהייה ממושכת בישראל מכוח היתרי השהייה הופכת את קבוצת האחמ"ש למסוכנת יותר בהשוואה לאוכלוסייה הפלסטינית הכללית (ואעיר כי הנחה זו אינה טריוויאלית, בשים לב לנגישות ארגוני הטרור למי שמתגורר דרך קבע בשטחים, והחשש לניצול "נוסע תמים" שלא בידיעתו), קשה להלום כי מידת השונות היא כה גדולה, עד שלגבי קבוצה אחת מוטל איסור גורף ולגבי השנייה מתאפשרת יציאה דרך נתב"ג בהיקפים גדולים, בכפוף לבדיקה הכוללת גם אלמנט פרטני. ואדגיש. על פי הנתונים שהוצגו, היתרי היציאה דרך נתב"ג ניתנים למספר ניכר של פלסטינים מקרב האוכלוסייה הכללית, ואין מדובר במספרים זניחים. למעשה, לפי הנתונים שהוצגו בישיבה המשותפת לוועדת החוץ והביטחון וועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ביום 1.6.2016 כמפורט לעיל, סדרי הגודל של מקבלי ההיתרים מקרב האוכלוסייה הפלסטינית הכללית מקבילים לכלל אוכלוסיית האחמ"ש בשנים 2001-2016. לכן גם ספק אם ניתן להלום את הטענה – שאף לא נטענה במישרין על ידי המשיבים – כי הטעם להבחנה נעוץ בהיקף קטן של בקשות שאינו מחייב את המשיבים להשקעת משאבים. זאת ועוד, הקושי בהבחנה בין שני אמצעי הבחינה השונים המוחלים על שתי הקבוצות מתחדד אם מביאים בחשבון שאוכלוסיית האחמ"ש מחזיקת היתרי המת"ק מתגוררת דרך קבע בישראל, מנהלת בה את מרכז חייה, ושאלת מידת הסיכון

הביטחוני הנשקפת ממנה – גם אם לא מדובר בסיכון הספציפי לפיגוע בתעופה האזרחית – נבדקת באופן עתי על ידי גורמי הביטחון בהתאם לחוק הוראת השעה. לכך יש להוסיף גם את הבדיקה הביטחונית הפרטנית שצפויה להיערך בנתב"ג במועד היציאה מן הארץ.

47. כידוע, העיקרון שלפיו בדיקה פרטנית הנשענת על נתוני הקונקרטיים של הפרט היא פוגענית פחות ומידתית יותר מאיסור גורף מקובלת בפסיקת בית משפט זה. העניין נדון בהרחבה בעניין עזאלה, וכך הסביר הנשיא א' ברק (בדעת מיעוט):

"הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון [...] 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" (שם, בעמ' 325-326 והאסמכתאות שם; וראו גם בעמ' 467-468 בחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש).

48. יפים בהקשר זה גם הדברים שנאמרו בעניין סייף, שם הוחל העיקרון האמור גם כאשר הפגיעה בפרט לא הייתה כרוכה במישרין בפגיעה בזכות אדם מוגנת בחוק היסוד, בדומה לענייננו:

"סירוב ללא כל בדיקה אינדיווידואלית להעניק תעודת עיתונאי בשל מסוכנות אינהרנטית של כל העיתונאים הפלסטינים תושבי האזור – לרבות אלה הזכאים להיכנס לישראל ולעבוד בה – הוא האמצעי הפוגעני ביותר האפשרי [...] 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" (בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות
הממשלתית, פ"ד נח(5) 70, 77 (2004)).

49. בענייננו, הרשויות גילו דעתן כי קיימת חלופה פחות פוגענית לאיסור גורף, הלא היא הבדיקה הנערכת לצורך מתן היתר יציאה דרך נתב"ג לאוכלוסייה הפלסטינית הכללית, הכוללת אלמנט של בחינה פרטנית של מידת הסיכון הביטחוני לפיגוע בתעופה האזרחית הנשקף מהפרט מבקש ההיתר. בדיקה זו היא אמצעי בחינה חלופי אשר על פי התנהלות המשיבים מגשים את התכלית הביטחונית האמורה, שפגיעתו בפרט פחותה במידה ניכרת מזו הנגרמת על ידי האיסור הגורף, שכן הוא מאפשר, במקרים מתאימים רבים, יציאה לחו"ל דרך נתב"ג. להשקפתי, המשיבים לא הבהירו די הצורך מדוע דבר המתאפשר לאוכלוסייה הפלסטינית הכללית, שנעדרת זיקה מיוחדת בישראל, אינו אפשרי – ובאופן גורף – לגבי משפחה ישראלית בעיקרה, המורכבת מבן זוג ישראלי, בן זוג המחזיק בהיתר שהייה לתקופה ממושכת וילדים שהם אזרחים ישראליים (למעט במקרים הומניטריים חריגים). בהקשר זה, ולהשלמת התמונה, יצוין כי גם לא נטען על ידי המשיבים כי אין בידם לבדוק את אוכלוסיית מחזיקי היתרי המת"ק באותו אופן שבו נבדקת האוכלוסייה הפלסטינית הכללית עקב השקעת המשאבים הנדרשת. אולם גם בהנחה שסל המשאבים הוא נתון מוגבל, קשה להבין מדוע לא ניתן להקדיש – למצער את חלקו – גם למשפחה הישראלית. משאלה הם פני הדברים, אין לדידי מנוס מן המסקנה כי האיסור הגורף אינו מקיים את מבחן המשנה השני של המידתיות, כך שהחלטת שר הפנים אינה מידתית ואינה יכולה לעמוד. בנסיבות אלו, אין הכרח להוסיף ולהידרש למבחן המשנה השלישי.

50. מבקש אני להדגיש כי אינני רואה להתערב בשיקול דעת גורמי הביטחון באשר לאופי ביצוע הבדיקה הבטחונית. נושא זה מסור לשיקול דעתם המקצועי. להבדיל מכך נושא המידתיות מסור להכרעתו של בית המשפט. יפים לכך, בשינויים המחויבים, דבריו של הנשיא א' ברק בעניין בית סוריק, שנסבו על שאלת מידתיות תוואי גדר ההפרדה:

"השאלה אינה אם המפקד הצבאי סבר בתום לב שהפגיעה היא מידתית. המבחן הוא אובייקטיבי. השאלה הינה אם על פי אמות המידה המשפטיות מתקיימים במתווה של גדר ההפרדה מבחני המידתיות. זוהי שאלה משפטית, שבה המומחיות היא של בית המשפט" (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 845, 807 (2004)).

ועוד נאמר:

"המפקד הצבאי הוא המומחה לטיבו הצבאי של מתווה גדר ההפרדה. אנו מומחים להיבטיו ההומניטריים. המפקד הצבאי קובע היכן בהר ובמישור תעבור גדר ההפרדה. זו מומחיותו. אנו בוחנים אם פגיעתו של מתווה זה בתושבים המקומיים היא מידתית. זו מומחיותנו" (שם, בעמ' 846).

כאמור, להשקפתי, מדיניות שר הפנים בעניין שלפנינו אינה עומדת במבחן המשנה השני של המידתיות, ועל כן אינה יכולה לעמוד.

51. סוף דבר. אם תשמע דעתי, אציע לחבריי לעשות את הצו על תנאי למוחלט באופן חלקי, במובן זה שנורה למשיבים לגבש מדיניות חלופית לבחינת בקשותיה של אוכלוסיית האחמ"ש המחזיקה בהיתרי מת"ק לצאת לחו"ל דרך נתב"ג, בלא להגביל את היציאה מנתב"ג למקרים הומניטריים חריגים בלבד. פרטיה של מדיניות זו, המנגנון שעל בסיסו תופעל והיקף היציאה דרך נתב"ג שיתאפשר מכוחו, הם עניין למשיבים לענות בו לפי מיטב שיקול דעתם בהתאם לשיקולי הביטחון, ואיני מביע כל עמדה לגופם של דברים. נוכח מורכבות העניין, התכלית הביטחונית שבבסיסו והצורך בהיערכות מתאימה, אציע לחבריי לדחות את תחילתו של הסעד האמור בשמונה חודשים כדי לאפשר למשיבים תקופה מספקת לגיבושו של הסדר חלופי מידתי. עד לגיבושו של זה, תעמוד החלטת שר הפנים בעינה. זאת, מבלי לגרוע כמובן מהאפשרות להתיר כבר כעת, על פי שיקול הדעת הרחב המסור למשיבים בעניין זה, יציאה לחו"ל דרך נתב"ג במקרים מתאימים, אם נמצא כי אין מניעה ביטחונית לעשות כן.

52. במובן זה אציע לחבריי לקבל את העתירה באופן חלקי.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. קראתי בעיון את חוות דעתו של חברי, השופט ע' פוגלמן, הסבור כי יש לקבל באופן חלקי את העתירה, במובן זה "שנורה למשיבים לגבש מדיניות חלופית לבחינת בקשותיה של אוכלוסיית האחמ"ש המחזיקה בהיתרי מת"ק לצאת לחו"ל דרך נתב"ג, בלא להגביל את היציאה מנתב"ג למקרים הומניטריים חריגים בלבד". דא עקא, אף שרבות מאבני הדרך שהובילו את חברי למסקנה זו מקובלות עלי – לא אוכל להצטרף אליה. מן הטעמים שאפרוש להלן, סבורני כי דין חלקה התלוי ועומד של העתירה להידחות כליל.

2. אזכיר כי במהלך הדיון בעתירה גיבשו הצדדים מתווה מוסכם בנוגע ליציאת פלסטינים המתגוררים בישראל במסגרת הליך איחוד משפחות (להלן: אוכלוסיית האחמ"ש), ומחזיקים ברישיון לישיבת ארעי מסוג א/5, דרך נמל התעופה בן גוריון. כאמור בפסקאות 19-20 לחוות דעת חברי, יש לתת להסכמות אלה תוקף של פסק דין – ולמקד את הדיון באוכלוסיית האחמ"ש שברשותה רק היתרים לשהייה בישראל מטעם מפקד האזור (להלן: מחזיקי היתרי מת"ק או קבוצת העותרים). עניינה של קבוצה זו מוסדר כיום בהחלטת משיב 5 (להלן: שר הפנים) מיום 4.6.2018, בה נקבע – לאור המלצת גורמי הביטחון – כי "במסגרת ההיתרים המונפקים [...] ייקבע באופן מפורש וברור כי היתר זה אינו כולל את האפשרות לצאת ולחזור דרך נמל תעופה בינלאומי, וכי קבלת היתר פרטני למעבר דרך נמל תעופה בינלאומי, בנסיבות הומניטאריות המצדיקות זאת, תהיה טעונה היתר ייעודי נפרד מטעם המפקד הצבאי, בהתאם לשיקול דעתו" (להלן: החלטת השר).

מקובלת עלי עמדת חברי כי החלטת השר באה בגדרי סמכותו לפי סעיף 3 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התאשס"ג-2003 (להלן: חוק הוראת השעה), הקובע כי שר הפנים רשאי "לאשר בקשת תושב האזור למתן היתר לשהייה בישראל בידי מפקד האזור". אכן, "תכליתו של חוק הוראת השעה היא תכלית ביטחונית מובהקת" (פסקה 32 לחוות דעת חברי), ומכאן שהשר מוסמך להתנות את מתן ההיתר בתנאים המשרתים תכלית זו – לרבות שלילת המעבר בנמלי התעופה הבין-לאומיים של ישראל (להלן: נמלי התעופה). צעד זה מסב, אמנם, אי נוחות למחזיקי היתרי מת"ק ובני משפחותיהם, אך בהתחשב באפשרות לצאת את הארץ דרך מעבר אלנבי הוא אינו פוגע בזכויות חוקתיות שלהם, ואינו מעורר, אפוא, כל קושי במישור של דרישת ההסמכה המפורשת (כאמור בפסקאות 35-40 לחוות דעת חברי). בהקשר זה, אעיר רק כי הזכות לחופש תנועה אינה מתמצה בזכות לצאת מישראל; אדרבה, "העיקרון החוקתי – הנגזר מכבוד האדם – בדבר האוטונומיה של הרצון הפרטי ופיתוח אישיותו של כל פרט, טומן בחובו את גם את חירותו של הפרט לנוע למחוז חפצו בלא הפרעה" (בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המיסים, פסקה 40 לחוות דעתו של חברי, השופט ע' פוגלמן (20.12.2010)); ראו גם בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פסקה 78 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל (16.9.2013), שם הובהר כי "חופש התנועה היא זכות העומדת בפני עצמה אך גם נגזרת מכבוד האדם ומהזכות לחירות אישית, ולפיכך מוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". בנסיבות אלה, יש, לכאורה, בסיס לטענת העותרים כי סגירת שערי נמלי התעופה בפני מחזיקי היתרי מת"ק פוגעת בחופש התנועה שלהם – שהרי הזכות לכבוד ובנותיה נתונות לכל אדם (בניגוד לזכות החוקתית לחופש העיסוק). אף על פי כן, שעה שהחלטת השר מתמצה בקביעה כי המחזיקים יצאו את ישראל מנקודה א' ולא מנקודה ב', שאלה היא אם מדובר בהגבלה הפוגעת ברובד החוקתי של הזכות לחופש תנועה. בכל מקרה, גם אם התשובה לכך חיובית, יש לזכור כי –

"כאשר טיב הפגיעה בזכות המוגנת, היקפה ועוצמתה אינם משמעותיים, די בכך שמתכליתו הפרטיקולרית של החוק המסמיך עולה באופן הכרחי קיומה של הסמכה לפגיעה בזכות היסוד. זאת, אף בהעדר לשון ברורה והסדרה של עיקרי הפגיעה בחקיקה ראשית" (דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית

ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, פסקה 11 לחוות דעת
הנשיאה ד' ביניש (2009).

נוכח תכליתו הביטחונית הבלתי מעורערת של חוק הוראת השעה, וכלל היסוד לפיו הסמכות להעניק רישיון כוללת את הסמכות לקבוע בו תנאים הנחוצים להגשמת תכלית החוק, סבורני כי ניתן להסתפק בהסמכה הקיימת, גם אם קיימת פגיעה מסוימת בחופש התנועה.

אף במישור שיקול הדעת, אני מצטרף לעמדת חברי לגבי התכלית הביטחונית הראויה של החלטת השר, ובדבר הקשר הרציונלי של האמצעי שנבחר – מניעת מעבר של מחזיקי היתרי מת"ק בנמל התעופה, למעט מטעמים הומניטריים – לתכלית זו. אולם, מבחן המידתיות השני, הלא הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, הוא גם נקודת הפיצול של עמדותינו.

3. על פי השקפת חברי, "הרשויות גילו דעתן כי קיימת חלופה פחות פוגענית" להשגת התכלית הביטחונית – שהרי בשנים האחרונות הן מאשרות לאלפי פלסטינים תושבי האזור לצאת את הארץ דרך נתב"ג, על בסיס "מנגנון בחינה הכולל אלמנט פרטני". לשיטתו, המשיבים לא נימקו בצורה משכנעת את ההתייחסות השונה לפלסטינים תושבי האזור ולמחזיקי היתרי מת"ק, והקושי בעניין מתחדד, מאחר שמחזיקי ההיתרים מתגוררים בישראל, ונתונים לביקורת עיתית של גורמי הביטחון – כך שלכאורה נשקף מהם סיכון פחות. בנסיבות אלה, חברי סבור כי החלטת השר כושלת במבחן המשנה השני של המידתיות, כך שאין צורך להידרש לסוגיית המידתיות "במובן הצר". הוא מציע, אפוא, להורות למשיבים "לגבש מדיניות חלופית" לבחינת בקשות של מחזיקי היתרי מת"ק לצאת לחו"ל דרך נמלי התעופה, מבלי להגביל את יציאתם "למקרים הומניטריים חריגים בלבד". חברי מדגיש כי אינו מביע עמדה לגופה של המדיניות הראויה, וסבור כי מן הראוי להשהות את בטלות החלטת השר לתקופה בת שמונה חודשים, על מנת לאפשר למשיבים סיפק לגבש את מדיניותם.

לניתוח זה, ולתוצאותיו, לא אוכל להסכים.

4. לטעמי, בליבת הדיון בסבירות ומידתיות החלטת השר ראוי להציב שתי הנחות יסוד: ראשית – הגבלת היציאה מהארץ דרך נמלי התעופה עלולה, אמנם, להסב למחזיקי היתרי מת"ק ובני משפחותיהם אי נוחות מסוימת. עם זאת, כפי שהיטיב חברי להסביר, אין בה פגיעה אינהרנטית בזכויותיהם החוקתיות – ובכל מקרה, לא מדובר בפגיעה מהותית (ראו לעיל, פסקה 2). שנית, מדיניות המשיבים מבוססת על עמדת גורמי הביטחון, בדבר הסיכון הביטחוני ה"ממשי" הכרוך ביציאת מחזיקי ההיתרים דרך נמלי התעופה. זאת, על רקע העלייה במעורבות "פלסטינים בעלי מעמד זמני" בפעולות טרור מאז חודש אוקטובר 2015 – לצד החשש כי גורמי טרור ינצלו מחזיקי היתרי מת"ק תמימים "לצורך קידום פעילות טרור חמורה נגד התעופה היוצאת". כך, למשל, עלולים גורמים אלה להטמין מטעני חבלה בכבודת המחזיקים, ולרתום אותם, שלא בידיעתם, לביצוע "מגה פיגוע" בעל השלכות אסטרטגיות חמורות וארוכות טווח. נוכח חומרת האיום – הן במישור של מספר הנפגעים הפוטנציאלי, והן במונחי ההשפעה על החוסן הלאומי – גורמי הביטחון עומדים על כך שבדיקה ביטחונית פרטנית "אינה יכולה" לספק לו מענה מלא. הם מדגישים כי ההסדר המקל לגבי אוכלוסיית האחמ"ש המחזיקה ברישיון א/5 אינו מעיד על יכולתן של בדיקות כאלה לאיין כליל את הסיכון הביטחוני; נהפוך הוא, מדובר בהסדר המבטא "ניהול סיכונים מחושב", ומאזן בין סיכון זה, שעודנו קיים, למערך הזכויות של מחזיקי רישיונות לישיבת ארעי. לדעת גורמי הביטחון, הבדיקה הפרטנית אינה מבטיחה, אפוא, רמת ביטחון דומה לזו שמספקת המניעה הגורפת של היציאה מישראל דרך נמלי התעופה – והמשיבים סבורים כי אין הצדקה נורמטיבית לנטילת הסיכון הכרוך בחלופה זו ביחס למחזיקי היתרי מת"ק. יצוין כי במהלך הדיון בעתירה הציגו המשיבים – במעמד צד אחד, ובהסכמת העותרים – חומר חסוי התומך בעמדתם המקצועית של גורמי הביטחון, וכי מהודעת העדכון האחרונה עולה שלא חל שינוי ממשי במצב הדברים.

5. לטעמי, די בעמדת גורמי הביטחון, ובחומר החסוי התומך בה, כדי להוביל למסקנה שהחלטת השר צולחת את מבחן המשנה השני של המידתיות – הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. כידוע, שאלת קיומו של אמצעי כזה "היא שאלה עובדתית

ביסודה, שאין עמה לא עקרונות משפטיים ולא איזון בין אינטרסים וערכים [...] זהו מבחן שעניינו בהערכה המבוססת על עובדות ונתונים" (בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 16 לחוות דעתה של השופטת ארבל, ופסקה 3 לחוות דעתה (11.1.2012); להלן: עניין גלאון). כלומר, על בית המשפט לבחון האם, מן הבחינה העובדתית, ניתן היה להגשים "את תכלית החוק באותה מידה שעושה כן האמצעי שנבחר" (שם; ההדגשה אינה במקור. ראו גם בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 25 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (22.9.2014), ובג"ץ 9134/12 גביש נ' הכנסת, פסקה 46 לחוות דעת הנשיאה מ' נאור (21.4.2016), ובג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פסקה 88 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק (במיעוט לעניין התוצאה) (14.5.2006) (להלן: עניין עדאלה)). ככל שמתברר כי חלופה כזו אכן קיימת, די בכך כדי ללמד כי האמצעי שנבחר כושל במבחני המידתיות – בעוד אמצעי הצולח את מבחן המשנה השני יידרש לעמוד, בשלב הבא, במבחן המשנה השלישי, הוא מבחן המידתיות במובן הצר.

בענייננו, אין מחלוקת כי החלטת השר נועדה לקדם תכלית ביטחונית מובהקת, כמתחייב מתכלית חוק הוראת השעה שממנו שאב שר הפנים את סמכותו (ראו פסקאות 30-33 לחוות דעת חברי) – קרי, הפחתת הסיכון הביטחוני "ככל האפשר" (עניין עדאלה, פסקה 79 לחוות דעת הנשיא). ממילא, השאלה הרלוונטית היא האם קיימות חלופות העשויות להגשים את התכלית הביטחונית, ולנטרל את האיום על התעופה היוצאת מישראל או נכנסת אליה, באותה מידת אפקטיביות שעושה זאת החלטת השר. התשובה לכך מצויה, בראש ובראשונה, בעמדת גורמי הביטחון, שהרי, נוכח אופיו העובדתי של מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה –

"בשלב זה יש ליתן משקל משמעותי לעמדתם של הגורמים המקצועיים, אשר מצויים בסוגיה, ובידיהם לא רק הנתונים הצריכים לעניין, אלא גם הידע והניסיון המקצועי הרלוונטיים. אטעים כי אין משמעם של הדברים כי עמדתם של הגורמים המקצועיים היא שמכרעת האם קיים אמצעי שפגיעתו פחותה. זהו עניין משפטי שההכרעה בו מסורה לבית המשפט, אולם ככלל ראוי שיינתן לעמדת הגורמים המקצועיים משקל ניכר" (עניין

גלאון, פסקה 16 לחוות דעתה של השופטת ארבל, (פסקה 3 לחוות דעת).

עמדתם של גורמי הביטחון בנוגע לאפקטיביות החלופות בענייננו, ברורה וחד משמעית. היא קובעת – והחומר החסוי שהוצג בפנינו תומך בכך – כי חלופות המבוססות על בדיקה פרטנית לא יפחיתו את האיום הביטחוני במידה בה עושה זאת ההחלטה הגורפת של השר, על חריגיה ההומניטריים. לפיכך, יפים לענייננו בקל וחומר דברים שנאמרו ביחס למרכיב העיקרי של חוק הוראת השעה, העומד, כזכור, גם בשורש ההליך דנן:

"בעניין זה ראינו כי התכלית הינה להפחית ככל האפשר את הסיכון הביטחוני הנשקף מבני הזוג הזרים המשתקעים בישראל. על רקע תפיסה זו של התכלית, האם האיסור הגורף והבדיקה האינדיבידואלית מקיימים את התכלית במידה שווה? לעניין זה יש להשוות בין האיסור הגורף, כפי שהוא קיים היום, לבין הבדיקות האינדיבידואליות המקיפות ביותר שניתן לערוך. עם זאת, תהא יעילותם של אלה ככל שתהא, הן לא תוכלנה להשתוות לתוספת הביטחון שהאיסור הגורף מביא. נמצא, כי לאור הערך המרכזי של חיי אדם שהחוק בה להגן עליו, ברי כי האיסור הגורף יהא תמיד יעיל יותר – מבחינת הגשמת המטרה של הקטנת הסיכון הביטחוני ככל האפשר – מהבדיקה האינדיבידואלית. מסקנתנו הינה, איפוא, כי בנסיבות המקרה שלפנינו, הבדיקה האינדיבידואלית אינה מגשימה את התכלית החקיקתית באותה מידה כמו האיסור הגורף. אין חובה, על כן, במסגרת האמצעי שפגיעתו פחותה, להיעצר בדרגה זו, והמחוקק רשאי היה לבחור באיסור הגורף בו בחר" (עניין עדאלה, פסקה 89 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק).

נכון כי במקרים אחרים דחה בית משפט זה הנחה א-פריורית בדבר חוסר היכולת של בדיקה פרטנית לקדם את התכלית הביטחונית באותה מידת אפקטיביות של איסור גורף (ראו, למשל, בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70, 77 (2004), שהזכיר חברי). אולם, כאשר ניצבת לפנינו הערכה מקצועית מבוססת לגבי טיב החלופות השונות, וכאשר האיום הביטחוני שעל הפרק יוצא דופן בחומרתו ובהיקף פגיעתו הפוטנציאלית, לא ניתן להקל ראש ב"תוספת הביטחון" שמקנה

החלטת השר. המסקנה היא כי לא נמצאו חלופות המגשימות את התכלית הביטחונית במידה שווה, מן הבחינה העובדתית ומכאן שהחלטת השר צולחת בקלות יחסית את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.

6. ודוקו, חברי מבקש לסטות מעמדת גורמי הביטחון, בנימוק שהסדר המופעל ביחס ליציאת פלסטינים תושבי האזור דרך נמלי התעופה מעיד על קיום חלופות פוגעניות פחות, אך אפקטיביות באותה מידה. עמדתו שובה את העין. ברם, החומר שהוצג בפנינו תומך באופן מובהק בעמדת גורמי הביטחון, לפיה אין בעניינם של מחזיקי היתרי מת"ק חלופה העשויה לספק רמת ביטחון דומה לזו שמבטיחה החלטת השר. המדינה הבהירה כי יש, בעיניה, הבדלים בין תושבי האזור לבין מחזיקי היתרי מת"ק, ואף שאין לחדד כי לא הוצגה בפנינו התייחסות סדורה וממצה לעניין, התשתית העובדתית מעידה כי, בשורה התחתונה, אין בנמצא חלופה אפקטיבית לגבי יציאת מחזיקי היתרים דרך נתב"ג. די בכך, כדי לשמוט את הקרקע מתחת למסקנת חברי, וללמד כי החלטת השר עומדת במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.

על זאת אוסיף, כי נוכח הקושי הכרוך, לעיתים, בהערכת האפקטיביות של החלופות השונות, הדין הנוהג מעניק למחוקק (ובענייננו, לרשות המינהלית) שיקול דעת, ומאפשר לו לבחור בין מספר חלופות הבאות בגדרי "מתחם החוקתיות" (אהרן ברק מידתיות במשפט 500-501 (2010)). גם על רקע החריג המאפשר למחזיקי היתרי מת"ק "לפנות בבקשה למת"ק הרלוונטי לקבלת היתר מיוחד מטעמים הומניטאריים" (פסקה 10 להודעת העדכון מיום 30.6.2019) סבורני כי החומר שהוצג מעיד, לכל הפחות, כי החלופה שאימץ שר הפנים מצויה במתחם זה (ראו והשוו, בג"ץ 6314/17 נמנב נ' ממשלת ישראל, פסקה 12 לחוות דעתי (4.6.2019)).

אכן, ההשוואה עליה הצביע חברי עשויה לעורר שאלות בדבר ההצדקה הנורמטיבית ליחס השונה לתושבי האזור ולמחזיקי היתרי מת"ק. אולם, אין בסוגיה זו – שאליה אדרש בהמשך – כדי לשנות את התמונה העובדתית הברורה לגבי אפקטיביות החלופות, ולכן אין בה כדי להשליך על הדיון בשלב זה של מבחני המידתיות. נחזור ונבהיר כי מבחן המשנה השני מציב שאלה עובדתית. לאמור –

האם ישנו אמצעי שתועלתו דומה ופגיעתו פחותה, שיהיה בו כדי להשיג את התכלית הביטחונית. לכך יש להשיב בשלילה.

7. בהעדר עילת התערבות בעמדת גורמי המקצוע לגבי מידת הביטחון שמספקות החלופות להחלטת השר, עלינו להעמיד את ההחלטה במבחן המשנה השלישי של המידתיות. זהו מבחן ערכי-נורמטיבי ולא עובדתי. הוא עומד בליבת מבחני המידתיות, ודי להזכיר כי כותרתו של המבחן השלישי היא "מבחן המידתיות במובן הצר". מבחן זה, "בודק את היחס בין הנזק שנגרם לזכות החוקתית שנפגעה לבין התועלת לאינטרס הציבורי המוגן כתוצאה מהפגיעה. לשון אחרת, נזק מול תועלת, יחיד מול הכלל. לשם הדיוק, המיקוד הוא בפער בין הנזק שנגרם על-ידי החלופה שנבחרה לעומת הנזק מהחלופה הפחות פוגענית, ובפער שבין התועלת המופקת מאימוץ החלופה שנבחרה לבין התועלת שתצמח מהחלופה הפחות פוגענית" (עניין גלאון, פסקה 4 לחוות דעתי). השאלה היא, אפוא, האם הנזק שנגרם למחזיקים ומשפחותיהם כתוצאה מהצורך לצאת את הארץ דרך מעבר אלנבי עולה על התועלת הביטחונית הכרוכה בכך.

לטעמי, התשובה לכך ברורה. על כף אחת של המאזניים ניצב האינטרס הציבורי העליון בשמירה על ביטחון המדינה ושלום אזרחיה – אינטרס המגלם את הרכיב הבסיסי ביותר של האמנה החברתית, ומאגד את זכויות הפרטים המרכיבים את הקולקטיב להגנה על חייהם (לדיון ביחס בין זכות היסוד החוקתית לחיים לאינטרס הציבורי בשמירה על הביטחון ראו אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" משפטים מא 97 (2011)). על הכף שמנגד, מונחת מדיניות המכבידה במידה מסוימת על מחזיקי היתרי מת"ק ובני משפחותיהם, ומאפשרת לראשונים לצאת את הארץ רק דרך מעבר אלנבי. הכבדה זו בוודאי אינה אידיאלית; היא כרוכה, לעיתים, באי נוחות, עלויות כספיות ועוגמת נפש, שיש להימנע מהן ככל האפשר. ברם, כאשר עלינו לאזן בין אינטרס הנוחות לתכלית ההגנה על חייהם וביטחונם של נוסעי התעופה האזרחית, החלטת השר מתבקשת כמעט מאליה – ולבטח שאינה חורגת ממתחמי הסבירות והמידתיות. מכאן שחלקה התלוי ועומד של העתירה אינו מגלה עילת התערבות בהחלטה, ודינו להידחות.

8. כאמור, במהלך הדיון האחרון בעתירה – לאחר שכבר ניתן בה צו על תנאי – "התחדדה נקודה נוספת, שלא התבררה די צרכה מן הכתובים ושלפיה המשיבים מאפשרים לפלסטינים המתגוררים באזור [...] לצאת דרך נתב"ג מטעמים שונים" (פסקה 18 לחוות דעת חברי). כפי שהבהרתי, נוכח עמדתם המשכנעת של גורמי הביטחון, והחומר הסודי התומך בה, אין בנקודה זו כדי לטשטש את עמידת החלטת השר במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, ואף במבחן המידתיות במובן הצר. בה בעת, ההשוואה עשויה לשמש בסיס לטענה עצמאית בדבר פגיעה בעקרון השוויון, ולקריאה להשוואת מעמד תושבי האזור לזה של מחזיקי היתרי מת"ק. אף על פי כן, סבורני כי בהליך הנוכחי – שבו "התחדדה" ההשוואה רק בשלב מאוחר, והעותרים לא שמו דגש על טענת ההפלייה, אלא על עצם הפגיעה בזכויותיהם – אין להעמיק בעניין, וניתן להסתפק בטענות הכלליות של המדינה בדבר השונות הרלוונטית בין הקבוצות. אמנם, הצגת הדברים בנקודה זו לא הייתה ברורה עד תום, ולכן צד שיהיה מעוניין בכך יוכל להגיש עתירה שתשים במוקד את סוגיית השוויון. בעתירה כזו, יש שני כיוונים אפשריים: האחד, לעתור נגד המדיניות לגבי יציאת תושבי האזור. האחר, להבין מדוע מחמירים עם קבוצת העותרים לעומת תושבי האזור. ברם, יש להדגיש כי עולה מטענות משיבי המדינה כי לשיטתם יש שונות רלוונטית בין הקבוצות, ושיקוליהם אינם פסולים. ובכל מקרה, אם נסתכל רק על קבוצת העותרים החלטת השר מידתית ונופלת במתחם הסבירות. תהיה אשר תהיה תוצאתו של הליך כזה או אחר, ולא באתי לעודד או לשלול פתיחת הליך חדש, די בחומר שהוצג בפנינו כדי להבהיר את הצורך הביטחוני במניעת יציאת מחזיקי היתרי מת"ק דרך נמלי התעופה – ולקבוע שבמסגרת הליך זה אין עילה להתערב בהחלטת השר.

9. לפני סיום אומר את המובן מאליו: המצב הביטחוני דינמי ומשתנה, וכך גם יעילותן של הבדיקות הביטחוניות הפרטניות – ואלה שנערכות בנמלי התעופה עצמם. על המשיבים לבחון, אפוא, באופן עתי את הצידוק למדיניותם הנוכחית, ואת קיומן של חלופות פוגעניות פחות, ולערוך את ההתאמות הנדרשות.

10. לו תישמע דעתי, אציע, אפוא, לחברי לדחות את חלקה התלוי ועומד של העתירה, ביחס למחזיקי היתרי מת"ק. אכן, העתירה תרמה לשינוי המדיניות ביחס למחזיקי רישיונות לישיבת ארעי, ולעיגון המדיניות לגבי מחזיקי היתרי מת"ק בהחלטת שר הפנים. ברם, בהינתן התוצאה הכוללת, לרבות דחיית העתירה בסוגיה שנותרה, הייתי מציע כי כל צד יישא בהוצאותיו.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

1. אני מסכימה עם חברי, השופט ע' פוגלמן, כי יש ליתן תוקף להסכמות הצדדים ביחס להסדר יציאתם לחו"ל של מחזיקי רישיון א/5, וכן אני מצטרפת לעמדתו בנוגע לסמכות הנתונה לשר הפנים להתנות את היתר שהייתם של מחזיקים בהיתר מת"ק, בתנאי האוסר את יציאתם מישראל דרך נתב"ג, למעט במקרים הומניטריים חריגים.

2. ואולם, במחלוקת אשר התגלעה בין חבריי לגבי מידתיות החלטתו של שר הפנים, ראיתי לצרף דעתי לדעת חברי, השופט נ' הנדל. אבאר.

חברי, השופט ע' פוגלמן, סבור כי החלטת שר הפנים אינה צולחת את מבחן המשנה שעניינו באמצעי שפגיעתו פחותה, וזאת נוכח הבדיקה הפרטנית הנערכת לקבוצה אחרת, היא האוכלוסייה הפלסטינית הכללית. ברם, לדידי, מקומו של שיקול מעין זה איננו במסגרת בחינת מידתיות ההכבדה שמסבה החלטת שר הפנים על יציאתם של מחזיקי היתר המת"ק מישראל. שכן, שומה עלינו לבחון את מידתיותה של ההכבדה האמורה – כשלעצמה, ובמנותק מהתנהלותו של שר הפנים אל מול קבוצות אוכלוסייה אחרות. בתוך כך, אני סבורה כי יש ליתן משקל נכבד, ואף מכריע במקרה זה, לעמדתם של גורמי הביטחון – הם הגורמים המקצועיים בענייננו – לפיה איסור גורף על יציאתם של מחזיקי היתר מת"ק לחו"ל דרך נתב"ג (למעט במקרים

הומניטריים חריגים), הוא-הוא המגשים באופן מיטבי את התכלית הביטחונית של מניעת טרור נגד תעופה אזרחית. זאת, בעוד שלגישתם המקצועית, בחינה פרטנית של הסיכון הנשקף מכל פרט ופרט מבין מחזיקי היתר המת"ק אינה מגשימה כראוי תכלית ביטחונית זו. פועל יוצא מאימוץ עמדתם של גורמי הביטחון, הנתמכת אף בחומר החסוי אשר הוצג לעיוננו, הוא כי בחינה פרטנית אינה עולה כדי "אמצעי שפגיעתו פחותה", שכן היא אינה מגשימה את תכליתה הראויה של החלטת שר הפנים "באותה מידת אינטנסיביות ובאותה יעילות" כמו איסור גורף על יציאתם של מחזיקי היתר מת"ק דרך נתב"ג (ראו: אהרן ברק **מידתיות במשפט 400-399 (2010)**). נוכח האמור, שוכנעתי כי החלטת שר הפנים ביחס למחזיקי היתר המת"ק עומדת במבחן המשנה של האמצעי שפגיעתו פחותה, ואני מסכימה אף עם חברי השופט הנדל, באשר לעמידתה במבחן המשנה של מידתיות במובן הצר.

3. אציין עוד כי השונות אליה התייחס חברי השופט פוגלמן בין התנהלות המשיבים אל מול מחזיקי היתר המת"ק לבין התנהלותם כלפי האוכלוסייה הפלסטינית הכללית, נוגעת, הלכה למעשה, לטענה אפשרית של פגיעה בזכות העותרים לשוויון. פגיעה אשר ככל שהיא קיימת, ואיני מביעה כל עמדה בעניין זה, עשויה להצדיק בחינה נוספת, שונה במהותה, של החלטות המשיבים בנדון. ואולם, העותרים לא העלו בעתירה טענה לפגיעה מעין זו בזכותם לשוויון, וממילא אף אין מקום להידרש אליה במסגרת העתירה דנן.

4. אני סבורה, אפוא, כי דין העתירה להידחות במלואה.

ש ו פ ט ת

הוחלט ברוב דעות השופטים נ' הנדל וי' וילנר, נגד דעתו החולקת של השופט

ע' פוגלמן, לדחות את העתירה.

ניתן היום, כ"ג בחשוון התש"ף (21.11.2019).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, <http://supreme.court.gov.il>, על 16044270_M36.docx