

עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ו-15 אח'

ע"י ב"כ עוה"ד ארנה כהן ואח'  
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל  
ת"ד 510 שפרעם

העותרים בבג"צ 7052/03

טל': 04-9501610 ; פקס: 04-9503140

העותרים בבג"צ 8099/03

האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד שרון אברהם-ויס ו/או דן יקיר ואח'  
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל  
רחוב נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154  
טל': 03-5608185 ; פקס: 03-5608165

## נ ג ז

1. שר הפנים ואח'

המשיבים בבג"צ 7052/03  
בבג"צ 8099/03

המשיבים 1-2 על ידי פרקליטות המדינה,  
משרד המשפטים, ירושלים.

## תשובה מטעם המשיבים

1. בהתאם להחלטות כבוד הנשיא, מוגשת בזאת תשובה מטעם המשיבים, ובו סיכום מכלול טענותיהם של המשיבים כפי שבאו לידי ביטוי במסמכים קודמים, בתוספת השלמות המתייחסות לשינויים שהוכנסו בחוק המתוקן מיום 1.8.05.

## הקדמה

2. בפתח הדברים יוזכר, כי תגובת המשיבים דנן מוגשת טרם הגשת כתב טענות מטעמם של העותרים. התיקון להוראת השעה יצר מציאות נורמטיבית חדשה, אותה מבקשים

העותרים לתקוף. עם זאת, אין ביכולתם של המשיבים להתייחס לטענות החוקתיות של העותרים נגד התיקון להוראת השעה משום שטענות אלה טרם הובאו בפני בית המשפט הנכבד.

3. לפיכך, תגובת המשיבים דן תציג בפני בית המשפט הנכבד את התיקון להוראת השעה ואת ההליכים הן בכנסת והן בממשלה אשר הובילו לחקיקתו. כמו כן, יובא סיכום טענותיהם של המשיבים כפי שבאו לידי ביטוי במסמכים קודמים, וזאת בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד. בהקשר זה יוזכר, כי, כאמור בהחלטת בית המשפט הנכבד מיום 18.9.05, למשיבים תישמר הזכות להגיב לתגובת העותרים.

### חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), התשס"ה-2005

4. בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 (להלן – הוראת השעה) הוגבלה, במהלך תקופת תוקפה של הוראת השעה המקורית, האפשרות להעניק לתושבי יהודה ושומרון וחבל עזה (להלן – תושבי האזור) אזרחות לפי חוק האזרחות, התשי"ב-1952, לרבות בדרך של איחוד משפחות, וכן האפשרות להעניק לתושבי האזור רישיונות לישיבת בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, או היתרי שהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון באזור.

5. ביום 27.7.05, התקבל בכנסת תיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), התשס"ה-2005, (להלן – התיקון להוראת השעה), אשר פורסם ברשומות ביום 1.8.05. תיקון זה היטיב עם מבקשי איחוד משפחות תושבי האזור, לעומת המצב עובר לחקיקתו.

6. בקליפת אגוז, התיקון לחוק הוסיף מספר חריגים להוראת השעה המקורית הנוגעים לקבלת רישיונות שהייה בישראל לשם איחוד משפחות, כדלקמן: שר הפנים רשאי לשקול מתן רישיונות שהייה לתושבי האזור הנשואים לבני זוג ישראליים שגילם מעל 35 שנה, ולתושבות האזור שגילן מעל 25 שנה. כמו כן, הוסמד שר הפנים לתת לקטין שגילו עד 14 שנים, שהורה המשמורן השווה כדין בישראל, רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. החוק המתקן אף מאפשר להעניק היתרי שהייה בישראל גם לקטין מגיל 14 עד גיל 18, בתנאים שנקובים שם.

התיקון לחוק הוראת השעה קובע כדלקמן:

1. בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה),  
 התשס"ג-2003 (להלן – הוראת השעה), בסעיף 1 –  
 במקום ההגדרה "מפקד האזור" יבוא:  
 "מפקד האזור" – לעניין יהודה ושומרון – מפקד כוחות  
 צבא הגנה לישראל ביהודה ושומרון, ולעניין חבל עזה –

מפקד כוחות צבא הגנה לישראל בחבל עזה או מי שיסמיך  
שר הפנים, בהסכמת שר הביטחון;”;

(2) בהגדרה "תושב אזור", במקום "לרבות" יבוא "מי  
שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, וכן".

2. בסעיף 3 להוראת השעה יבוא:

3. על אף הוראת סעיף 2, רשאי שר הפנים לפי  
שיקול דעתו לאשר בקשת תושב האזור  
למתן היתר לשהייה בישראל בידי מפקד האזור -  
לגבי תושב אזור שגילו מעל 35 שנים – לשם מניעת  
הפרדתו מבת זוגו השוהה כדין בישראל;  
לגבי תושבת אזור שגילה מעל 25 שנים – לשם מניעת  
הפרדתה מבן זוגה שוהה כדין בישראל.

א3. על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים, לפי  
שיקול דעתו –  
לתת לקטין תושב אזור שגילו עד 14 שנים רישיון  
לישיבה בישראל לשם מניעת הפרדתו מהורהו  
המשמורן השוהה כדין בישראל;  
לאשר בקשה למתן היתר לשהייה בישראל בידי  
מפקד האזור לקטין תושב האזור שגילו מעל 14  
שנים לשם מניעת הפרדתו מהורהו המשמורן השוהה  
כדין בישראל, ובלבד שלא יוארך היתר כאמור אם  
הקטין אינו מתגורר בדרך קבע בישראל.

ב3. על אף הוראות סעיף 2, רשאי מפקד האזור לתת  
היתר לשהייה בישראל למטרה  
כמפורט להלן:  
(1) טיפול רפואי;  
(2) עבודה בישראל;  
(3) למטרה זמנית, ובלבד שהיתר לשהייה למטרה  
כאמור יינתן לתקופה מצטברת שלא תעלה על שישה  
חודשים.

ג3. על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים להעניק  
אזרחות או לתת רישיון לישיבה בישראל לתושב  
אזור, ורשאי מפקד האזור לתת לתושב אזור היתר

לשהייה בישראל, אם שוכנעו כי תושב האזור מזדהה עם מדינת ישראל ויעדיה וכי הוא או בן משפחתו פעלו פעולה של ממש לקידום הביטחון, הכלכלה או עניין חשוב אחר של המדינה, או שהענקת האזרחות, מתן הרישיון לישיבה בישראל או מתן ההיתר לשהייה בישראל, לפי העניין, הם מעניינה המיוחד של המדינה; בפסקה זו, "בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד.

ד3. לא יינתן היתר לשהייה בישראל לתושב אזור לפי סעיף 3, 3א(2), 3ב(2), ו-3(3) ו-4(2), אם קבע שר הפנים או מפקד האזור, לפי העניין, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי תושב האזור או בן משפחתו עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל; בסעיף זה, "בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובני זוגם."

3. בסעיף 4 להוראת השעה, בפסקה (1), בסופה יבוא "בהתחשב, בין השעה, בקיומה של מניעה ביטחונית כאמור בסעיף ד3";

4. בסעיף 5 להוראת השעה, במקום "עד תום שנה מיום פרסומו" יבוא "עד יום ב' בניסן התשס"ו (31 במרס 2006)".

## רקע הדברים

7. המדינה תשוב ותדגיש כי את חקיקתה של הוראת השעה המקורית, כמו גם התיקון לה, יש לבחון על רקע הנסיבות הביטחוניות שהביאו לחקיקתה. על כן, כאמור, לא נחזור פעם נוספת ונפנה לפתח הדברים כפי שפורט בסיכומים מטעם המשיבים, אשר הוגשו בחודש דצמבר 2003, בנוגע לעימות המזוין שבין מדינת ישראל לבין הפלסטינים.
8. כפי שנראה להלן, גם התיקונים שנעשו בהוראת השעה המתקנת, אף הם נעשו בהקשר הביטחוני המובהק, הכל כפי שיפורט להלן.
9. נקדים ונאמר, כי חשיבותו של ההקשר העובדתי בהליך השיפוטי הובהר לאחרונה על ידי כב' הנשיא ברק בפסק הדין בעניין בג"צ 7957/04 **זהראן יונס מחמד מראעבה ואח' נ' ראש הממשלה ואח'** (להלן – פרשת מראעבה), אשר ניתן ביום 15.9.05 בהתייחס להקמת מכשול ההפרדה באזור אלפי מנשה. שם, התייחס כב' הנשיא ברק לעובדה כי חרף בסיס

נורמטיבי משותף, הגיעו בית הדין הבינלאומי בהאג ובית המשפט העליון בישראל למסקנות שונות באשר לשאלת חוקתיות מכשול ההפרדה. הטעם לשוני זה, לדידו של כב' הנשיא ברק, טמון בעיקר בשוני בתשתית העובדתית שהונחה בפני בתי המשפט השונים, ואלה דבריו של כב' הנשיא ברק בהקשר זה:

**"השוני העיקרי בין שני פסקי הדין נובע בעיקרו מהשוני בתשתית העובדתית על פיה פסק כל אחד מבתי המשפט. שוב מוכחת האמת הפשוטה כי העובדות מונחות ביסוד הדין, והדין עולה מתוך העובדות (ex facto jus oritur). בית הדין הבינלאומי בהאג שאב את התשתית העובדתית לחוות דעתו מדו"ח המזכ"ל, הדו"ח המשלים, דו"ח דוגארד ודו"ח זיגלר. בית המשפט העליון שאב את העובדות מהנתונים שהביאו בפניו העותרים הפלסטיניים מזה והמדינה מזה. כן קיבל בית המשפט חוות דעת של מומחים צבאיים, שביקשו להציג עמדתם כ"ידיד בית המשפט". אף שהנתונים אשר שני בתי המשפט קיבלו מתייחסים לאותה חומה/גדר, הרי השוני ביניהם הוא עמוק ורב. שוני זה הוא שהביא, בסופו של יום, למסקנות המשפטיות הנוגדות."**

10. בדבריו אלו, כיוון כב' הנשיא ברק לכך שלא הונחה בפני בית הדין בהאג תשתית עובדתית מלאה בהתייחס לאיום הטרור עימה מתמודדת מדינת ישראל. ראו את דבריו של כב' הנשיא ברק בסעיף 64 לפסק הדין, כדלקמן:

**"הצורך הביטחוני-צבאי מוזכר באופן דל ביותר במקורות שבית הדין הבינלאומי בהאג סמך עליהם את חוות דעתו. בדו"ח המזכ"ל מוקדשת לכך שורה אחת בלבד, לפיה בעקבות עליה חדשה בטרור הפלסטיני באביב 2002, הוחלט על הקמת הגדר. בדו"ח המשלים לא נזכר כלל השיקול הביטחוני-צבאי. בדו"ח דוגארד ובדו"ח זיגלר אין כל נתונים בעניין זה. בטיעונים בכתב של מדינת ישראל בפני בית הדין בשאלת הסמכות ושיקול הדעת, הוצגו נתונים בעניין הטרור והשלכותיו, אך אלה לא מצאו דרכם אל חוות הדעת עצמה. תשתית עובדתית דלה זו, מצאה, כמובן, את ביטוייה בחוות הדעת עצמה. אין בה התייחסות של ממש להיבט הביטחוני-צבאי. באחת הפיסקאות מציינת חוות הדעת כי ישראל טוענת כי מטרת החומה לאפשר מאבק יעיל בהתקפות הטרור הבאות מהגדר המערבית (פסקה 116). זאת ותו לא...."**

...תשתית עובדתית דלה זו באשר לצורך הביטחוני-צבאי של ישראל בהקמת הגדר לא נעלמה מעיני השופטים בבית הדין הבינלאומי בהאג. שופט המיעוט, השופט בורגנטל, ציין בחוות דעתו כי:

"I am compelled to vote against the Court's finding on the merits because the Court did not have before it the requisite factual bases for its sweeping findings" (para 1)."

11. הרקע שהביא לחקיקת הוראת השעה המקורית, כמו גם לתיקון האחרון, הינו **העימות המזוין בין מדינת ישראל לבין הפלסטינים והאיום הביטחוני שנסקף מארגוני הטרור במסגרת עימות זה**. בפרט, וכפי שיפורט להלן, נסיבות אלה כוללות גם את מעורבותם הגוברת של פלסטינים תושבי האזור, הנושאים תיעוד ישראלי בעקבות הליך של איחוד משפחות, ב"גלגול" פיגועים בתוך תחומיה של מדינת ישראל.

12. להערכתם המקצועית של גורמי הביטחון, כניסתם **דרך קבע** של תושבי האזור לישראל, ותנועתם החופשית בתחומי המדינה **באמצעות קבלת תיעוד ישראלי**, עלולה לסכן בצורה ממשית ביותר את שלומם וביטחונם של אזרחי ותושבי המדינה. להערכתם של גורמי הביטחון, קיים הכרח ביטחוני למנוע לעת הזו את כניסתם **דרך קבע** של תושבי האזור לישראל. על רקע מעורבותם הגוברת והולכת של תושבי האזור כאמור בתשתית הטרור המופעלת כנגד ישראל, בין היתר, התקבל התיקון להוראת השעה. **על בסיס הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון המבוססת על תופעה ועל נתונים שנתגלו במהלך העימות המזוין בין מדינת ישראל לפלסטינים, נחקקה הוראת השעה המקורית. אף התיקונים האמורים שהוכנסו להוראת השעה נעשו על רקע הנסיבות הביטחוניות האמורות.**

13. טענתם הכללית של המשיבים היא, כי מתן היתר שהייה למטרת השתקעות בארץ לתושב מדינה או ישות מדינית המצויים בעימות מזוין עם מדינת ישראל טומנת בחובה סיכון ביטחוני, שכן נאמנותו ומחויבותו של אותו אדם הינה למדינה או לישות מדינית המצויים בעימות עם ישראל. במסגרת נאמנותו ומחויבותו זו של אותו אדם, וקשריו ההדוקים לאזור שבו וממנו יוצא הטרור כנגד מדינת ישראל, ניתן להפעיל לחצים על מי שמשפחתו ממשיכה להתגורר במקום מסוג זה, שסייע בידי ארגוני הטרור, אם רצונו שלא יבולע למשפחתו, וכן ניתן לעשות בו שימוש כמשוטה.

14. העמדה הכללית של המשיבים באשר לסיכון הביטחוני שבמתן היתר שהייה כאמור לתושב מדינה או ישות מדינית המצויה בעימות מזוין עם מדינת ישראל, מקבלת משנה תוקף עקב החרפת העימות המזוין עם הצד הפלסטיני בספטמבר 2000. כאמור לעיל, **המשיבים סבורים כי לא ניתן לבחון את חקיקת הוראת השעה והתיקון לה, אלא על רקע תכלית חקיקתה והקשרה – שהינו טיב העימות המזוין בין מדינת ישראל לבין הפלסטינים.**

15. עמדתם המקצועית של גורמי הביטחון הינה כי מדיניות המאפשרת זרימה כמעט חופשית של תושבי האזור לתוך שטח מדינת ישראל למטרת השתקעות עקב נישואין מעצימה את הסיכון הנשקף לשלום הציבור במדינת ישראל ולזכותו של כל פרט ופרט מקרב אזרחי ישראל ותושביה לחייו ולשלמות גופו. עמדה זו מבוססת על מאפייניו הייחודיים של העימות המזוין הנוכחי, כפי שפורט בסעיפים 8-16 סיכומים מטעם המשיבים, ונזכיר אותם כאן אך בתמצית.

א. מעורבות האוכלוסיה האזרחית במאבק האלים – הן בהיבט של התמיכה המסיבית במאבק האלים והמזוין נגד מדינת ישראל והן במעורבותה של האוכלוסיה האזרחית בעימות המזוין בדרך של נטילת חלק פעיל בו ;

ב. ניצול מדיניות ההשתקעות בישראל באמצעות הליך איחוד משפחות לצורכי העימות המזוין – בהיבט של מעורבות משמעותית של תושבי האזור שקבלו מעמד בישראל מכוח נישואין ב"גלגול" פיגועים בישראל, הן כמפגעים הן כסייענים לצורך החדרת מפגעים מהשטחים לישראל והן באיסוף מודיעין על יעדי פיגועים אטרקטיביים ובביצוע משימות לוגיסטיות בשליחותם של ארגוני הטרור. לעניין זה, מחקירות גורמי הביטחון עולה באופן חד משמעי כי תושבים אלו מהווים מבחינתם של ארגוני הטרור יעד ומאתר אטרקטיבי לגיוס ולהפעלה נוכח קשריהם ההדוקים לשטחים מחד גיסא, והתערותם בישראל מאידך גיסא – ובתור שכאלה מהווים "מכפיל כוח" בטרור.

ג. מגבלות האבחון הפרטני והעדר יכולת ממשית לשלול את החשש לפגיעה בביטחון כתוצאה מכניסתם של תושבי האזור במצב הנוכחי – לעניין זה, פורטו בהרחבה בסעיף 16 לסיכומי המדינה הטעמים העומדים ביסוד מגבלות האבחון הפרטני לעת הזו.

16. הקונפליקט המתמשך הישראלי - פלסטיני הינו מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה, אלא שאופי הקונפליקט שינה פניו בשלהי ספטמבר 2000, והדברים ידועים. לעניין הקונפליקט הישראלי-פלסטיני, אין צורך להוסיף לדבריו של כב' הנשיא ברק בעניין מראעבה שנכתבו אך לאחרונה, ביום 15.9.05 בנוגע להקשר הביטחוני שהביא להקמת מכשול ההפרדה, להלן:

"בספטמבר 2000 פרצה האינתיפאדה השנייה. מתקפת טרור עזה נחתה על ישראל ועל הישראלים שבאזור יהודה והשומרון ובחבל עזה (להלן – האזור). מרבית פיגועי הטרור הופנו כלפי אזרחים. הם פגעו בגברים ובנשים, בזקנים ובטף. משפחות שלמות איבדו את יקיריהן. הפיגועים נועדו לפגוע בחיי אדם. הם כיוונו

לזרוע פחד ובהלה. הם ביקשו לשבש את אורח החיים של אזרחי ישראל. הטרור הפך להיות איום אסטרטגי. פיגועי הטרור מבוצעים בתוככי ישראל ובאזור. הם מתרחשים בכל אתר ואתר, ובכלל זה בתחבורה הציבורית, במרכזי קניות ובשווקים, בבתי קפה ובתוככי בתים וישובים. היעד העיקרי של הפיגועים הוא מרכזי הערים בישראל. כן מכוונים הפיגועים כלפי הישובים הישראליים באזור, וכלפי צירי התנועה. ארגוני הטרור עושים שימוש במגוון אמצעים. בהם פיגועי התאבדות ("פצצות אדם מונחות"), מכוניות תופת, הנחת מטעני חבלה, השלכת בקבוקי תבערה ורימונים, פיגועי ירי, ירי פצצות מרגמה וירי רקטות. מספר נסיונות לפיגועים ביעדים אסטרטגיים ("מגה פיגוע") נכשלו. כך, למשל, סוכלה כוונה למוטט את אחד ממגדלי עזריאלי בתל-אביב באמצעות מכונית תופת בחניון (אפריל 2002). נסיון אחר שנכשל היה לפוצץ משאית בחוות מיכלי הגז בפי גלילות (מאי 2003). מאז תחילת פעולות הטרור הללו ועד לאמצע יולי 2005 בוצעו בתחומי מדינת ישראל קרוב לאלף פיגועים. בתחומי יהודה והשומרון בוצעו כ-9,000 פיגועים. אלפי פיגועים בוצעו בחבל עזה. למעלה מאלף ישראלים קיפחו את חייהם. כמאתיים מהם באזור יהודה והשומרון. כשבעת אלפים ישראלים נפצעו. כשמונה מאות מהם באזור יהודה והשומרון. רבים מהפצועים הפכו לנכים קשים. גם בצד הפלסטיני גרם העימות המזוין להרוגים ופצועים רבים. השכול והכאב שוטפים אותנו."

17. עמדת גורמי הביטחון היא כי, על אף הרגיעה היחסית מבחינה ביטחונית שחלה בחודשים האחרונים לעומת תקופות שונות במהלך השנים מאז פרוץ העימות המזוין, אין כל שינוי בכוונתם של ארגוני הטרור לבצע פיגועי טרור בתוך תחומיה של מדינת ישראל ואלה ממשיכים כל העת להיערך לביצוע פעולות טרור נוספות ולשיקום תשתיות ורשתות הטרור אם וככל שאלה נפגעות בעקבות סיכול או מעצר של פעיל בולט זה או אחר של מי מחברי התשתית.

18. הסכסוך המזוין עם הפלסטינים לובש צורה ופושט צורה. החל מביצוע פיגועים באמצעות מחבלים מתאבדים, דרך פיגועי ירי ופיגועי הקרבה, ועד שיגור פצצות מרגמה ורקטות לעבר מרכזי האוכלוסייה הישראלית בישראל.

19. ישראל הודיעה לפני מספר חודשים על צמצום הפעילות הצבאית באיו"ש. ישראל מנהלת דיאלוג עם ההנהגה החדשה של הרשות הפלסטינית, בין היתר, על מנת להעביר את האחריות הביטחונית על ערים שונות באיו"ש לרשות הפלסטינית.

20. **עם זאת, ארגוני הטרור השונים לא הניחו את נשקם ומודיעים כי אינם מתכוונים לעשות זאת. לדידם – הפסקת האש הנוכחית היא לפרק זמן מוגבל.** ארגוני הטרור מתנגדים למהלכים המדיניים, ולכן הם מנסים לטרפד את התקדמות המהלכים המדיניים גם בדרך של הוצאת פיגועי התאבדות לשטח מדינת ישראל, וביצוע פיגועים באיו"ש.

לפיגועים מעין אלה יכולה להיות משמעות אסטרטגית. מלבד הפגיעה בנפש ברכוש, לפיגועים יכולה להיות השלכה על התהליך המדיני, שאמור להביא לסיום הסכסוך.

מאידך גיסא, צה"ל צמצם את פעילותו ההתקפית באיו"ש, ועבר לפעילות שהיא בעיקרה בעלת מאפיינים הגנתיים. כוחות הביטחון הפלסטיניים אינם ערוכים, לפחות לא בטווח הקצר, למניעה של פעולות טרור, ויכולתה של הרשות לתת מענה עצמאי לאיום הטרור, אף בטווח הארוך, אינה ברורה עד תומה.

בהפסקת האש (הרגעה) שאלה הגיעה הנהגת הרשות הפלסטינית עם ארגוני הטרור – הפסקת אש שבמסגרתה לא נדרשים ארגוני הטרור להתפרק מנשקם ותשתיותיהם – בפועל, ארגוני הטרור משקמים ומשדרגים את תשתיות הטרור, ואף חדשו את פיגועי הטרור, והמידע המודיעיני מצביע על כך.

21. **משכך, תשתיות הטרור של ארגוני הטרור השונים ממשיכות לתכנן הוצאתם לפועל של פיגועים מסוגים שונים, תוך שמדינת ישראל נאלצת להתמודד עם איומי הטרור בדרכים שונות שנועדו למנוע את פוטנציאל הסיכון העתידי שנובע מאותן תשתיות שלא סוכלו וממשיכות לרקום תוכניות להוציא לפועל פיגועים.**

22. במהלך העימות המזוין הנוכחי, הייתה מעורבות עקבית של פלסטינים תושבי האזור אשר נושאים תעודות זהות ישראליות בעקבות הליכי איחוד משפחות עם בעלי אזרחות או תושבות ישראלית. תושבי האזור אלה, אשר נושאים תיעד ישראלי, הינם בעלי יכולת תנועה חופשית בישראל, תוך נגישות והיכרות ליעדים ישראלים. התופעה של תושבי האזור אשר קבלו מעמד בישראל מכוח נישואין, שהיו מעורבים בפיגועים בישראל, הן כמפגעים והן כסייענים לצורך החדרת מפגעים מהשטחים לישראל, פורטה בהרחבה בסיכומים מטעם המשיבים. יודגש, כי בתקופות שבהן הייתה התגברות בחומרת הפיגועים ובתכיפותם, הייתה גם מעורבות גוברת של אוכלוסייה זו.

23. בהקשר זה נבקש להוסיף כי לדידם של גורמי הביטחון, פרק הזמן שקדם לביצוע תוכנית ההתנתקות, בו מדינת ישראל נמנעה מלפעול נגד ארגוני הטרור, נוצל על מנת לחזק את תשתיות הטרור באזור. עוד נמצא כי עם התקדמות בניית גדר ההפרדה הופכת

אוכלוסיית הפלסטינים המחזיקים בתעודות זהות ישראליות למועדפים עוד יותר על ארגוני הטרור.

24. **מציאות זו, בה קיימת כוונה מצד ארגוני הטרור לבצע פיגועים בישראל, בין היתר, באמצעות פלסטינים שהם במקור תושבי האזור וקיימת תשתית באזור להוצאה לפועל של פיגועים כאמור, שימשה בסיס לתיקון לחקיקת הוראת השעה, כפי שניתן ללמוד מדברי ההסבר להצעת החוק, כדלקמן:**

**”עמדתם המקצועית של גורמי הביטחון היא כי במציאות הביטחונית שהיוותה בסיס לחקיקת הוראת השעה לא חל כל שינוי בכל הנוגע לכוונת ארגוני הטרור להוציא לפועל פיגועים קשים ככל שיתאפשר בתחומי מדינת ישראל ובכל הנוגע לפוטנציאל לניצול האוכלוסייה האמורה בביצוע פיגועים אלה, וגם כיום נמשכים כל העת ניסיונות של ארגוני הטרור להוציא לפועל פיגועים כאמור.**

עוד נמצא כי עם התקדמות בניית גדר ההפרדה הופכת אוכלוסיית הפלסטינים המחזיקים בתעודות זהות ישראליות למועדפת עוד יותר על ארגוני הטרור כאמור.

**מאז חקיקת הוראת השעה ועד היום לא טופלו בקשות חדשות לאיחוד משפחות בישראל של תושבי האזור והערכתם המקצועית של גורמי הביטחון היא כי הוראת השעה מהווה כלי יעיל לצמצום המעבר החופשי של תושבי האזור בין שטחי הרשות לישראל ולמניעת הפוטנציאל לסיכון ביטחוני חמור מצד אוכלוסייה זו.**

מוצע על כן להאריך את תוקפה של הוראת השעה”  
(ההדגשות הוספו – שלנו)

25. **על רקע המציאות הביטחונית כפי שתוארה לעיל, בה קיימת לארגוני הטרור כוונה מתמשכת לבצע פיגועים בתחומה של מדינת ישראל, נוקטת מדינת ישראל בשורה של אמצעים התקפיים והגנתיים שנועדים לתת מענה לאיומים הקיימים ולאיומים העלולים להתפתח כל עוד נמשך איום הטרור. אמצעים אלה כוללים, בין יתר הפעולות, פעולות צבאיות שונות לסיכול ומעצר מבוקשים ופעילי טרור, והתקדמות הקמת מכשול ההפרדה.**

26. **הוראת השעה כפי שתוקנה לאחרונה מהווה אמצעי נוסף במאבק נגד האיום הביטחוני הנשקף מפעולות הטרור הפלסטיני, הנסמך בין השאר על האוכלוסייה האזרחית**

הפלסטינית, והמשיבים סבורים כי לא ניתן לבחונה במנותק ממאבקה של מדינת ישראל באיום הטרור הפלסטיני.

### הליך חקיקת התיקון להוראת השעה

27. לאחר ובעקבות הדיון שנערך בפני בית המשפט הנכבד, ובעקבות דיון שנערך בין השאר גם עם היועץ המשפטי לממשלה, החליטה הממשלה לתקן את הוראת השעה באופן שירחיב את הסייגים לתחולתה על אוכלוסיות מקרב תושבי האזור אשר מהן נשקף, להערכתם של גורמי הביטחון, סיכון ביטחוני מופחת. (הפירוט בנדון הובא בתגובות המדינה מיום 9.8.04 ומיום 6.6.05)

28. בעקבות החלטת הממשלה דנן, נערכו דיונים והתייעצויות בינ-משרדיות רבות לקראת גיבוש תזכיר הצעת חוק, אשר ירחיב את הסייגים לתחולת החוק על אוכלוסיות כאמור. בעקבות דיונים אלה, במסגרתם בין השאר הובאה גם תשתית נתונים ביחס לגורמי הסיכון הביטחוני ולשינויים שחלו בעניין זה, ככל שחלו, גובש תזכיר חוק לתיקון חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת השעה)(תיקון), התשס"ה – 2004, אשר הופץ להערות ביום 28.12.2004.

29. ביום 15.5.05, קיימה הממשלה דיון מעמיק ויסודי ביותר בהצעת החוק הממשלתית המתקנת את הוראת השעה, כפי שזו אושרה בוועדת השרים לחקיקה. ביום 8.5.05, עובר לדיון בממשלה, קיימה ועדת השרים לענייני חקיקה, דיון מעמיק, יסודי וארוך בהצעת החוק הממשלתית לתיקון הוראת השעה.

30. בישיבת ועדת השרים לחקיקה, כמו גם בישיבת הממשלה בנדון, נכח היועץ המשפטי לממשלה, אשר סקר בפני ועדת השרים לענייני חקיקה, כמו גם בפני הממשלה, את הערות בית המשפט הנכבד בנדון, כעולה מהחלטות בית המשפט הנכבד מיום 14.12.04 ומיום 1.3.05.

31. הן ועדת השרים לחקיקה והן הממשלה נדרשו אף לסקירה באשר למשמעויות של הצעת החוק המתקן, בהיבט פוטנציאל הסיכון הביטחוני בהתייחס לאוכלוסיות השונות לגביהן הוצע לאפשר החרגת הוראת השעה, וזאת בהתחשב בנסיבות הזמן והמקום הנוכחיות. במאמר מוסגר יוער, כי פירוט אודות הדיונים שהתקיימו בנדון זה הובא לידיעתו של בית המשפט הנכבד במסמכים שהוגשו על ידי פרקליטות המדינה בתאריכים 9.8.04 ו-6.6.05.

32. בסופם של הדיונים, פורסמה ברשומות ביום 16.5.05 הצעת החוק הממשלתית בנדון, היא הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה)(תיקון), התשס"א – 2005 (ה"ח התשס"ה, 173 בעמ' 560).

33. הצעת החוק כפי שאושרה בקריאה הראשונה, **הרחיבה את הסייגים הקבועים בסעיף 3 להוראת השעה, כדלקמן:**

- על פי הוראת הצעת החוק המתקנת, ובניגוד למצב הקיים, יחל משרד הפנים בטיפול גם **בבקשות חדשות** לאיחוד משפחות, של מי שנישאו לבני זוג ישראלים והינם **תושבי האזור מעל גיל 35 או תושבות האזור מעל גיל 25.**
- נוסף על האמור, כהרחבה על הוראות השעה, (וכהרחבה אף על תזכיר הצעת החוק כפי שפורסם בחודש דצמבר 2004) מוצע בהצעת החוק להסמיך את מפקד כוחות צה"ל באזור, להעניק אף לילדי בני הזוג, שהינם **קטינים מעל גיל 12**, היתרי שהייה בישראל.
- נוסף על האמור, באשר לילדי בני הזוג, שהינם קטינים עד גיל 12, מוצע לכתוב מפורשות כי אף לשר הפנים הסמכות להעניק רשיון ישיבה בישראל, ולא רק היתר שהיה של מפקד כוחות צה"ל באזור.
- כמו כן, הוסרה בתיקון המוצע מגבלת ששת החודשים לגבי מתן היתרי שהייה, למטרת עבודה בישראל או לשם טיפול רפואי.
- יוער כי על מנת לצמצם למינימום את פוטנציאל הסיכון הביטחוני מהאוכלוסיות החדשות שיכנסו בגדר הצעת החוק המתקנת, הוצע לעגן בחקיקה את העיקרון, כי סיכון בטחוני הנובע מקרבי משפחה בדרגה ראשונה יכול שימנע אישור הבקשה, בכפוף לחוות דעת גורמי הביטחון בנדון.

34. בסמוך לאחר קבלת החלטת הממשלה, הובאה הצעת החוק הממשלתית לקריאה ראשונה במליאת הכנסת. **ביום 25.5.05 נדרשה מליאת הכנסת לנושא והחליטה ברוב של 41 חברי כנסת להעביר את התיקון המוצע לדיון בועדה להכנה לקריאה שניה ושלישית.**

35. הצעת החוק הממשלתית כפי שאושרה בקריאה הראשונה החלה להידון בועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת בראשותו של הח"כ ע'אלב מג'אדלה למן ראשית חודש יולי 2005. **הוועדה קיימה שישה דיונים ארוכים וממצים בהצעת החוק הממשלתית.** לדיונים אלו היו שותפים חברי כנסת רבים, כמו גם שורה ארוכה של נציגי ציבור ובכללם נציגי העותרת, נציגי האגודה לזכויות האזרח, נציגי המוקד להגנת הפרט, המרכז לפלורליזם יהודי, וכן נציגי לשכת עורכי הדין.

לא זו אף זו, בשניים מדיוני הוועדה השתתף גם היועץ המשפטי לממשלה, ובישיבה נוספת של הוועדה ביום 19.7.05, נטל חלק ראש השירות הביטחון הכללי, וזאת לבקשת חברי הוועדה.

36. ראש השב"כ הציג בפני חברי הוועדה סקירה מקצועית מפורטת בנדון, במסגרתה בין השאר, הובאו נתונים עדכניים בנוגע למעורבות תושבי האזור בפעילות העלולה לסכל את ביטחון המדינה ושלום הציבור. בפני חברי הוועדה, הוצגו נתונים הנוגעים בין השאר לפרופיל המעורבים (גיל, מין, ועוד). בפני חברי הוועדה אף הוצגו נתונים עדכניים הנוגעים לתמונת המצב הביטחונית לעת הזאת, וזאת בהשוואה לעבר.

37. כאמור לעיל, הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון הינה, כי לא חל כל שינוי בכוונתם של ארגוני הטרור להוציא לפועל פיגועים בתחומה של מדינת ישראל, בהיערכות של תשתיות הטרור או בפוטנציאל לסיכון ביטחוני. במסגרת המצגת בפני חברי הועדה, הציג ראש השב"כ את הנתונים הבאים:

מתחילת שנת 2005 עד לחודש יוני 2005, בוצעו 1399 פיגועים על ידי ארגוני הטרור, כדלקמן: בחודש ינואר – 417 פיגועים, בחודש פברואר – 129 פיגועים, בחודש מרץ – 134 פיגועים, בחודש אפריל – 208 פיגועים, בחודש מאי – 275 פיגועים, בחודש יוני – 236 פיגועים.

לא זו אף זו, כמות ההתרעות לפיגועים לא פחתה בתקופה זו. בחודש ינואר התקבלו 66 התרעות לפיגועים, בחודש פברואר – 41, בחודש מרץ – 44, בחודש אפריל – 57, בחודש מאי – 37, ובחודש יוני – 56. בתקופה זו, סיכלו כוחות הביטחון 27 פיגועים סמוך לביצועם, ובחודש יולי, סוכל, בין היתר, פיגוע התאבדות, כמפורט להלן. במחצית הראשונה של השנה, הצליחו גורמי הביטחון להביא לסיכולם בדקה ה-90 של כחמישה או שישה פיגועים כל חודש. משמעותו של סיכול פיגוע בדקה התשעים הינה כי המחבלים או מובילי המטען נעצרים בדרכם ליעד ובכך מסוכל הפיגוע, ולכן מספר זה מהווה מדד מדויק לפוטנציאל הפיגועים. יודגש, כי משמעות הביטוי "סיכול בדקה ה-90" הינה מניעת עשרות אבידות בנפש ונפגעים רבים בהתאם לפוטנציאל ההרג של פיגועים חמורים מסוג פיגועי התאבדות.

חלק מבין תושבי האזור, אשר קיבלו מעמד בישראל מכוח איחוד משפחות, היו מעורבים בהוצאתם מהכוח אל הפועל של פיגועי התאבדות, בין בדרך של ביצוע ובין בדרך של סיוע. אחרים היו מעורבים בביצוע פיגועים באמצעות מכונית תופת, בחטיפה והתנקשות ובהפעלת מטעני חבלה. מספר דוגמאות באשר למעורבותם של נושאי תיעוד ישראלי בעקבות איחוד משפחות בביצוע פיגועים ובסיוע לפיגועים, אשר פורטו במצגת של ראש השב"כ בפני חברי הועדה, הובאו גם בסיכומים מטעם המשיבים.

מעבר לדוגמאות שהובאו בעבר במסגרת סיכומי המשיבים, הביא ראש השירות הביטחון הכללי גם מקרה נוסף של מבקש איחוד משפחות, נושא תיעוד ישראלי, שנעצר לאחר הדיון האחרון בפני בית המשפט הנכבד. בפרט, תכנן תושב אזור זה חטיפתו של חייל, רציחתו והסתרת הגופה.

באשר לנתונים הנוגעים לפרופיל המעורבים בפעילות הטרור, הסביר ראש השב"כ כי הערכתם של גורמי הביטחון היא כי כ-90% מהמעורבים בפיגועי טרור הינם בין הגילאים 16 עד 35, וכמו כן כ-97% מהמחבלים המתאבדים הינם באותם הגילאים. 22 מתושבי האזור שקיבלו מעמד בישראל בעקבות איחוד משפחות, ושהיו מעורבים בפיגועי טרור נגד יעדים ישראליים, היו בין הגילאים 18 עד 35. באשר לנשים, רוב רובן של

המעורבות בפיגועי טרור הינן בין הגילאים 17 עד 30. יצוין, כי בשנת 2004, 36 נשים היו מעורבות בפיגועי טרור כאמור – מספר המהווה גידול ניכר במעורבות הנשים ביחס לשנות 2002 ו-2003.

כידוע, גם קטינים מעורבים בעימות המזוין בין הפלסטינים לבין מדינת ישראל. בשנים האחרונות, מעל 30 קטינים בין הגילאים 12 עד 15 היו מעורבים בפיגועי טרור. מתוכם, עשרה קטינים היו מעורבים בפיגועי התאבדות. עם זאת, יצוין כי 24 מן הקטינים שהיו מעורבים בפיגועי טרור היו בין הגילאים 14 עד 15, 7 מתוכם היו בין הגילאים 13 עד 14, ושניים מתוכם היו בין הגילאים 12 עד 13.

38. לאחר שורה ארוכה של דיונים בועדה כאמור לעיל, קודם הבאתו של החוק המתקן להצבעה בקריאה שניה ושלישית, נערכו תיקונים נוספים בהצעת החוק כפי שאושרה בקריאה הראשונה. כך, בהתאם לתיקונים אלו, הוסמך שר הפנים לתת לקטין שגילו עד 14 שנים רישיון לישיבה בישראל מכח חוק הכניסה לישראל ולא אך היתר שהיה בישראל מטעם מפקד כוחות צה"ל באזור. (יוזכר, כי על פי הצעת החוק והוראת השעה, גילו של קטין כאמור הוגבל לגיל 12). אף תיקון זה נבע מהנתונים שהובאו לגבי מעורבותם של קטינים בגילאים שונים בפיגועי טרור כאמור לעיל.

39. הנתונים שהוצגו בפני הועדה על ידי ראש השירות הביטחון הכללי ביחס לגברים, נשים וקטינים שימשו בסיס לתיקון הוראת השעה במובן זה, שכפי שפורט לעיל, שהממשלה ביקשה להחריג מתחולת הוראת השעה אך ורק אוכלוסיות בעלות פוטנציאל מופחת לסיכון ביטחוני. הפוטנציאל לסיכון ביטחוני נקבע על פי ההערכה המקצועית של גורמי הביטחון על יסוד נתוני אמת.

התיקון מסיר את המניעה מפני טיפול בבקשות חדשות ומפני הענקת רישיונות שהייה לתושבי האזור שהינם מעל גיל 35, ותושבות האזור שהינם מעל גיל 25. כמו כן, קטינים שגילם עד גיל 14 יכולים לזכות ברישיון ישיבה בישראל.

40. בהקשר זה חשוב לציין, כי החוק המתקן מאפשר להעניק היתרי שהייה בישראל גם לקטין מגיל 14 עד גיל 18, ובלבד שהקטין גר עם הורה משמורן, בעוד שלפני התיקון להוראת השעה, לקטין מעל גיל 12 לא ניתן היה להעניק היתר או אשרה מכל סוג שהוא. בהקשר זה ראוי להדגיש עוד, כי בנוסח החוק כפי שתוקן לבסוף, צוין מפורשות כי לילדים עד גיל 14 ניתן רישיון ישיבה על ידי שר הפנים, וזאת בניגוד למצב הנורמטיבי הקודם.

על פי התיקון להוראת השעה, ניתן לתת לקטינים רישיון ישיבה או היתר שהייה, לפי העניין, לשם מניעת הפרדתו של הקטין מהורה או משמורן השווה כדן בישראל. בכך, ביקשו הממשלה והכנסת, מחד גיסא, לאפשר לקטין להתגורר עם הוראו המשמורן השווה כדן, דרך קבע, בישראל – ובמובן זה, יש בכך ליתן מענה הומניטארי; ומאידך גיסא, התיקון נכתב כפי שנכתב על מנת לצמצם את פוטנציאל הסיכון העלול לנבוע

מקטין תושב האזור אשר מתגורר הן בשטחים והן בישראל, ואשר בכניסות אלה עלול רישיון שבידו להיות מנוצל לרעה על ידי ארגוני הטרור.

41. ההסדר הנורמטיבי החדש ערך שינויים מהותיים ביותר בחוק הקיים, וזאת בהתאם לחוות הדעת המקצועית של שירות הביטחון הכללי – חוות דעת שהוצגה בפני הממשלה, והן בדיוני הכנסת. בניגוד למצב הנורמטיבי הקודם, בו תוקף הוראת השעה הוארך בצווים שאושרו על ידי מליאת הכנסת, הרי שקודם לקבלת החוק המתוקן, נדרשה הכנסת, בשורה ארוכה של דיונים שהתקיימו בוועדת הפנים של הכנסת בהשתתפות העותרות ושורה ארוכה של ארגוני זכויות אדם נוספים, לכלל הטענות שהושמעו באשר להסדר המשפטי נשוא העתירה ובאשר לתיקונים המוצעים על ידי הממשלה להסדר המשפטי החדש.

42. כפי שפורט לעיל, במסגרת הצעת החוק הממשלתית, ובמסגרת התיקונים שנתקבלו בסופו של דבר בחוק, נערכו שינויים מהותיים בהוראת השעה, שעיקרם, הכנסתם למסלול הטיפול בבקשות למתן מעמד בישראל, ראשית, של בני זוג תושבי האזור הנשואים לישראלים, שעל פי הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון, פוטנציאל הסיכון הביטחוני הנובע מהם הינו מופחת יחסית. מדובר בתושבי האזור שהינם מעל גיל 35, ותושבות האזור שהינן מעל גיל 25.

שנית, במסגרת החוק המתקן, ניתן פתרון לכלל הקטינים המתגוררים בישראל, אשר להם הורה משמורן, השוהה כדין בישראל, בהיעדר מניעה ביטחונית או פלילית, ולא רק לקטינים שבקשת הוריהם לאיחוד משפחות אושרה, כפי שהיה בנוסח תזכיר הצעת החוק הממשלתית ביחס לקטינים שמעל גיל 12. בהקשר זה יודגש, כי קטין שאחד מהוריהם הינו אזרח ישראלי, ממילא זכאי לאזרחות ישראלית, וזכאי להתגורר כדין בישראל.

הנה כי כן, לכלל הקטינים תושבי האזור אשר להם הורה משמורן, המתגורר כדין בישראל, יתאפשר מעתה, על פי החוק המתוקן, לקבל רישיון ישיבה או היתר שהייה, לפי העניין (הגיל), וזאת בהיעדר מניעה ביטחונית או פלילית.

43. כעולה מן האמור לעיל, נוכח תשתיות הטרור הקיימות בתחומי הרשות הפלסטינית, ונוכח כוונתם של תשתיות אלה להמשיך ולהוציא לפועל פיגועים בתחומי מדינת ישראל, שוכנעה גם כנסת ישראל על יסוד הנתונים שהובאו בפניה כי אין מן הראוי ליטול את הסיכון הנובע מביטול הוראת השעה, אך עם זאת, ניתן להרחיב את הסייגים לתחולת החוק על אוכלוסיות מקרב תושבי האזור אשר מהן, להערכת גורמי הביטחון, נשקף סיכון ביטחוני מופחת. ההחלטה להרחיב את הסייגים התקבלה מתוך רצון לאזן בין האינטרס הציבורי שמטרתו להגן על החיים והביטחון של אזרחי מדינת ישראל ותושביה, כפי שעומד בבסיס הוראת השעה, מחד גיסא, ובין הבטחת מטרה זו במידת האפשר באופן מידתי יותר, מאידך גיסא.

44. יוסף עוד, כאמור בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון להוראת השעה, מנתונים לשנת 2001 (טרם החלטת הממשלה מס' 1813 מיום 12 מאי 2002) עולה כי הוספת הסייגים להוראת השעה הייתה צפויה להשיב לטיפול כ-28.5% מסך הפניות לאיחוד משפחות של תושבי האזור, לרבות חלק מהפניות שהוגשו לאחר החלטת הממשלה האמורה ולא טופלו עד כה.

עם זאת, לעניין אחרון זה ראוי להוסיף כי נוכח התיקונים הנוספים שהתבצעו בהוראת השעה המתוקנת, הוספת החרגיגים הנוספים מעבר להצעת החוק צפויה להשיב לטיפול אחוז גדול יותר של בקשות ולקבלת רשיון ישיבה או היתר שהיה, הלכה למעשה ליותר מבקשים שעד כה לא יכלו לקבל היתרי שהיה או רשיונות ישיבה.

45. התיקון להוראת השעה מגלם איזון חדש בין הצורך להגן על ביטחון הציבור בישראל מחד גיסא, ובין הרצון להקל על אוכלוסיות בעלות פוטנציאל מופחת לסיכון ביטחוני, מאידך גיסא. משמעות האיזון החדש הינה כי רשאי שר הפנים לאשר בקשתם לאיחוד משפחות של מבקשים מעל גיל מסוים, גם אם מדובר בבקשות חדשות, וזאת באמצעות הענקת היתרי שהייה בישראל, הגם שבמצב הביטחוני הנוכחי לא ניתן לשלול את פוטנציאל הסיכון הביטחוני העלול להישקף מהם.

וכך הוא אף באשר לסמכות למתן רשיונות ישיבה לקטינים עד גיל 14, והסמכות למתן היתרי שהייה לקטינים מעל גיל 14.

הנה, בעוד שעל פי חוק הוראת השעה המקורי רק לגבי בקשות שהוגשו קודם להחלטת הממשלה ניתן היה לאשר בקשות לאיחוד משפחות, הרי שהחוק המתקן יצר חריגים משמעותיים אף ביחס לבקשות חדשות, וזאת הגם שבהיבט המצב הביטחוני והמשכו של פוטנציאל לסיכון ביטחוני כתוצאה מהעימות המזוין, לא חל שינוי של ממש.

לפיכך, בהרחבת החרגיגים, נוטלת המדינה שוליים של סיכון, מחושב, רחבים יותר מאלה שנטלה לפני התיקון להוראת השעה, וזאת על מנת להשיג באופן מידתי יותר את תכליתו של החוק.

## סיכום טענות המשיבים

46. בהתאם להחלטת כבוד הנשיא מיום 30.8.05 התבקשו המשיבים להגיש "כתב תשובה אשר יסכם את מכלול טענותיה של המדינה כפי שבאו לידי ביטוי במסמכים קודמים אשר הוגשו מטעמה, בתוספת השלמות המתייחסות לשינויים שהוכנסו בנוסח החוק המתקן מיום 1.8.2005".

47. סיכום הטענות המובא להלן הינו עיקרי טיעוני המדינה במסגרת הסיכומים המורחבים המתפרסים על למעלה מ-90 עמודים. עם זאת, תבקש המדינה להדגיש כי סיכום הטענות להלן אינו מהווה תחליף לסיכומים המפורטים והאסמכתאות המובאות בהם.

## עליונות תכלית ההגנה על החיים

48. **הזכות לחיים היא זכות חוקתית בסיסית, הנתונה לכל אדם בישראל.** מעמדה החוקתי של זכות זו ושל עקרון קדושת החיים מעוגן בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו (להלן – "חוק היסוד").

(א) סעיף 1 לחוק היסוד – אשר כותרת השוליים שלו היא 'עקרונות יסוד' – קובע כי:

"זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה  
**בערך האדם, בקדושת חייו** ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו  
 ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל."  
 (הדגשות אינן במקור)

(ב) סעיף 2 לחוק היסוד קובע כי:

"אין פוגעים **בחייו, בגופו**, או בכבודו של אדם באשר הוא  
 אדם." (הדגשות אינן במקור)

(ג) וסעיף 4 לחוק היסוד מתרגם עקרון יסוד זה לכלל זכות יסוד של כל פרט ופרט להגנה על חייו. וכך נאמר:

"כל אדם זכאי להגנה על **חייו, על גופו** ועל כבודו."  
 (הדגשות אינן במקור)

וראו לעניין זה גם רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בן אכר (קטיין) על-ידי הוריו ואפוטרופסיו, פ"ד נא(4) 830, בעמ' 848; ע"א 506/88 יעל שפר, קטינה נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1), 87, בעמ' 104.

49. לצד זכותו של כל פרט בחברה לחיים, עומדת זכותה המוכרת של המדינה להגנה עצמית, זכות המוכרת גם במשפט הבינלאומי (סעיף 51 למגילת האומות המאוחדות). המדינה נושאת בחובה ובאחריות לשמור על חייהם ועל שלומם של תושביה, והיא זכאית לנקוט בפעולות כנגד מבקשי רעתם, במטרה למנוע את הפגיעה בחייהם.

50. הזכות לחיים היא אפוא זכות יסוד בסיסית של כל פרט ופרט בישראל. כמוזכר לעיל, קדושת החיים הינה עקרון יסוד המנחה את תפיסתנו בדבר כיבוד זכויות האדם במדינת ישראל. הזכות לחיים היא אם כל הזכויות, והינה זכות בלעדית אין. כל אדם בישראל זכאי להגנה על חייו (סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), והמדינה מחויבת ונושאת באחריות ובחובה להגנה על חייהם ושלומו של תושביה.

#### העדר זכות חוקתית לזר להגר למדינה

51. עקרון מקובל במשפט הבינלאומי המנהגי הוא שלמדינה קיימת הזכות שלא להכניס זרים לשטחה. זכות זו של המדינה נגזרת, בראש ובראשונה, מעקרון ריבונות המדינה.

52. כמו כן, המשפט הבינלאומי ההסכמי מבחין בין זכותו של אזרח מדינה להיכנס ולצאת מתחומה בחופשיות ולזכותו של כל אדם המצוי בשטח המדינה לנוע בה בחופשיות – זכות המקימה חובה למדינה לאשר זאת, לבין הזר אשר אינו מצוי בשטח המדינה, ואשר לו לא קיימת זכות כניסה לישראל.

הבחנה זו בין חופש התנועה בתוך המדינה לבין זכות ההגירה אליה מצויה כבר בהכרזה האוניברסלית לכל באי עולם בדבר זכויות אדם משנת 1948. סעיף 13 להכרזה קובע כדלקמן:

“Everyone has the right to freedom of movement and residence **within** the borders of each state, Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to **his** country.”

ביטוי להבחנה זו ניתן לראות גם בסעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, ובסעיפים 2-3 לפרוטוקול הרביעי לאמנה האירופאית לזכויות אדם.

53. מכאן כי ההכרה במסגרת המשפט הבינלאומי ההסכמי להגן על התא המשפחתי לא פורשה כהטלת חובה על המדינה לאשר כניסת בן הזוג הזר לשטחה לשם השתקעות בה.

כללי המשפט הבינלאומי החלים על נתיני מדינת אויב

54. יחד עם זאת, ניתן למצוא במשפט הבינלאומי ובמשפט המדינתי הוראות אשר דווקא מעניקות למדינה רשות – בכפוף למשפט הבינלאומי ההומניטרי – להטיל הגבלות על נתיני מדינת אויב מתוך אקט של הגנה עצמית.

55. לגבי אזרחי מדינת אויב הנמצאים מחוץ לשטחה של המדינה גובר שיקול ההגנה העצמית של המדינה. המדינה רשאית לנקוט צעדים פרטניים או כלליים. בין המגבלות שניתן להטיל על אזרחי מדינת אויב ניתן למנות את איסור הכניסה לשטח המדינה, איסור על קיום יחסי מסחר וכדומה. הסבר לכך ניתן לא פעם בכתבי המלומדים שם נאמר כי:

“Because the declaration of war between sovereigns immediately transforms every individual subject and citizen of those sovereign nations into enemies, the traditional law of nations naturally required that enemy aliens be accorded different legal status than alien subjects hailing from friendly powers. In particular, the treatise writers found that the law of nations imposed severe restrictions on the nature of the contacts between subjects of sovereigns at war with each other.” J.G.Ku, ”Customary International Law in State Courts”, 42 **Va. J. Int’l L.**, 265.

56. ישראל מצויה בעימות מזוין עם הרשות, וחלק נכבד מהאוכלוסייה האזרחית תומך בעימות המזוין ואף שותף לו, ולכן ההגיון והכלל האמורים חלים בענייננו.

57. עוד נדגיש כי גם ההגבלות שנקבעו בהוראת השעה פחותות מההגבלות שמדינה יכולה לקבוע בזמן מלחמה, ואלה מכוונות למניעת כניסתם של תושבי הרשות הפלסטינית לשם השתקעות בישראל.

58. לבסוף נציין כי אמנות רבות מסייגות את תחולתן - ובכלל זה תחולת ה"זכות" לחיי משפחה – בעיתות חירום, ועל כך נרחיב בהמשך בהקשר לזכות לחיי משפחה.

**היעדר זכות חוקתית "ישירה" בישראל להגירה מכל טעם שהוא**

59. חוקי היסוד בישראל, המגדירים את זכויותיהם של הפרטים המצויים בתוך המדינה ואת חובתה החוקתית של המדינה כלפיהם, לא העניקו זכות חוקתית להגירה. סעיף 6 לחוק היסוד כבוד האדם וחירותו מעניק לזר את הזכות המצומצמת **לצאת** משערי המדינה בלבד. ראו לעניין זה סעיף (ג)(3) לסיכומים מטעם המשיבים.
60. כמו כן, המצב החוקי בהקשר להגירה מחמת נישואין הן טרם חקיקת הוראת השעה והן אחריה פורט בסעיפים (ג)(4) – (5) בסיכומים מטעם המשיבים.

**טענת הפגיעה בזכויות מוגנות – איזונו הפנימי של החוק כשולל "פגיעה"**

61. את הטענה בדבר פגיעה חוקתית בזכות מוגנת לשם הגנה על זכות חוקתית אחרת, ניתן לנתח משלוש נקודות מבט. נקודות המבט תלויות בזהות העותרים או המשיגים על החקיקה.
62. **דרך אחת** היא הדרך לפיה נקודת המוצא של הדיון היא המגבלה על זכויות העותרים כך שעל המדינה להצדיק פגיעה זו באמצעות ניתוח פסקת ההגבלה. דרך זו מעמידה את החוק כחשוד ומועמד לפסילה ומחייבת את המשיבים להצדיק את מעשי החקיקה.
63. אלא שקיימת **דרך שניה**, המביטה על עניינה של העתירה מכיוון אחר, והוא מכיוון האינטרס המוגן של החקיקה, הוא הזכות לחיים. כפי שהסברנו זכות זו הינה זכות יסוד חוקתית עליונה במשפט הישראלי, אשר גם זכויות חוקתיות אחרות עשויות לסגת מפניה. לכן אם היתה מוגשת עתירה הפוכה נגד הוראות הסעיף, קרי עתירתו של אזרח ישראלי כנגד זמניות החוק והחריגים הקבועים בו, הרי שההתייחסות החוקתית ומשקלם של הטיעונים היה משתנה. אז היה על המשיבים להצדיק את רוחבם של החריגים וזמניות החוק.
64. קיימת **דרך ניתוח שלישית**, השמה את הדגש על היקף הפריסה של זכויות אדם המעוגנות כל כולן בחוקי היסוד. על-פי דרך ניתוח זו **אם החוק המגביל מגלם איזון פנימי ראוי בין הזכויות החוקתיות השונות הרי שלא מתקיימת "פגיעה" שאת תכליתה ומידתיותה יש לבחון במסגרת פסקת ההגבלה**. עמד על כך כבי הנשיא ברק באומרו:

"כאשר החוק 'הרגיל' מאזן בין זכויות האדם על פי נוסחת 'האיזון הפנימית' המתבקשת מחוק היסוד עצמו, אין לדבר כלל על 'פגיעה' בזכות מוגנת. החוק 'הרגיל' מקיים את זכויות האדם החוקתיות. חוקתיותו נקבעת

כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית ועקרונית אין מקום כלל לעבור לשלב השני של הבחינה החוקתית, שעניינה פסקת ההגבלה" (ברק, בעמ' 520)

65. המשיבים סבורים כי לאור עליונות הזכות לחיים כזכות בלעדית אין, העומדת בבסיס כל הזכויות, ונוכח קיומם של החריגים וזמניות הוראת השעה – מקיימת הוראת השעה את דרישת האיזון הפנימי, ובעטייה ניתן לומר כי אין החוק פוגע כלל בזכות מוגנת.

66. המשיבים טוענים עוד כי אין לפרש את הזכות הכללית לכבוד, וקל וחומר את הזכויות הפרטיקולריות (שהעותרים טוענים להן), כמצמיחות חובה חוקתית על המדינה להתיר את כניסת הזר בשעריה. טיעוננו הינו כי הימנעות מלאפשר כניסת הזר ארצה אינה מקימה פגיעה בזכות לכבוד או בזכות פרטיקולרית אחרת שכן זכויות אלה – בין השאר, בשל סעיף 6 לחוק היסוד (יציאה מישראל וכניסה אליה) – אינן כוללות את החובה החוקתית לאפשר את כניסת הזר.

67. כעת נבקש להציג את הטיעון לפיו הזכות לכבוד והזכויות הפרטיקולריות האחרות, מבחינת היקף התפרשותן על פי לשונן ותכליתן, אינן מקימות חובה על המדינה לאפשר כניסת הזר לתחומה.

#### היקפן הפנימי של הזכויות הפרטיקולריות: הזכות לחירות ולפרטיות

68. (א) סעיף 5 לחוק היסוד מעניק הגנה לחירות האישית. וכך נאמר:

"אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת."

(ב) סעיף 7 לחוק היסוד מגן על הזכות לפרטיות. וכך נאמר בו:

"(א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.  
(ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.  
(ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.  
(ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו."

69. עמדת המשיבים היא כי הזכות לחירות, כמו גם הזכות לפרטיות, שייכות למשפחת החירויות, ומשמעות הדבר היא כי מולן עומדת חובה נגטיבית, קרי – להימנע מפגיעה בהן.

70. מסקנה זו מתבקשת בראש ובראשונה מהגדרת טיבה של ההגנה הניתנת בחוק היסוד כבוד האדם וחירותו (סעיפים 5 ו-7). מדובר בהגנה שלילית "אין נוטלים ואין מגבילים" (בהקשר של הזכות לחירות) ו"אין נכנסים", "אין עורכים" ו"אין פוגעים" (בהקשר לזכות לפרטיות). מנוסחה השלילי של ההגנה ברי, כי אין היא אוצרת בכוחה את הכוח להטיל על המדינה חובה פוזיטיבית לאפשר הגירת זר ארצה. טענה זו מקבלת משנה תוקף כאשר על כף המאזניים מונחת הזכות של אזרחי ישראל ותושביה לחיים.

71. בנוסף, נסמכת מסקנה זו על מהותן של הזכויות. בהקשר לזכות לפרטיות שהיא למעשה הזכות של היחיד למרחב ולמתחם פרטי בה מוגבלת נגישות אחרים אליו. מרחב זה יכול שיהיה פיזי (בית) או מופשט (מידע). ראו לדוגמא בג"צ 2481/93 ד"ר נ' ניצב יהודה וילק ואח', פ"ד מח(2) 456, בעמ' 470-469, כי:

"על רקע גישה זו ניתן לקבוע, כי הזכות החוקתית לפרטיות משתרעת בין השאר - ובלא כל נסיון להקיף את הזכות על כל היבטיה - על זכותו של אדם לנהל את אורח החיים בו הוא חפץ בד' אמות ביתו, בלא הפרעה מבחוץ."

72. זאת ועוד. הגם שחוק היסוד לא הגדיר מהי פרטיות, הרי שניתן להיעזר בהגדרה של פגיעה בפרטיות המצויה בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. למקרא סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות מתחזקת הטענה כי ההגנה על הזכות לפרטיות הינה נגטיבית באופיה ומכוונת היא למנוע, בין היתר: בילוש, האזנה אסורה, פרסומים למיניהם, צילום אדם ברשת היחיד, העתקה, שימוש בשם אדם, הפרת חובת סודיות, וכיוצא באלה.

73. **הדברים, שנאמרו לענין החובה הנגטיבית, מקבלים משנה תוקף כאשר על כף המאזניים מונחת זכותו של היחיד לחיים וחובתה של המדינה להבטיח זכותו זו.** לענין זה, חשובה ההבחנה בין זכות (פוזיטיבית) לבין חירות (נגטיבית). ראו והשוו, דבריו של כב' הנשיא ברק בספרו **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** (כרך ג', תשנ"ה), בעמ' 361-362.

74. יתרה מזו, סעיף 5 לחוק היסוד מכוון להעניק הגנה לחירות הפיזית מפני פגיעה בה בדרך של מאסר, מעצר וכיוצא באלה. סעיף זה המכוון להגן על החירות הפיזית אינו המכשיר המתאים להגנה על האוטונומיה של הפרט בבחירת בן זוג ובהבאתו לישראל.

75. **עמדת המשיבים היא כי מקום בו לא מופרעת חירות הפרט בבחירת בן זוג וכל פעולת המדינה היא הימנעות ממתן הטבות לבן הזוג הזר - הטבות בתחום ההגירה הנלוות להקמת התא המשפחתי – לא קמה כלל פגיעה בזכות לפרטיות או בזכות לחירות.**

היקפה הפנימי של הזכות הכללית לכבוד: הזכות לשוויון ולחיי משפחה

76. העותרים מבקשים לגזור מהזכות הכללית לכבוד שתי זכויות פרטיקולריות, **שלא זכו להכרה בחוק היסוד, היא, הזכות לקבלת היתר כניסה לזר לשם מימוש חיי המשפחה והזכות לשוויון.**

77. עמימותו הלשונית של המונח "כבוד" בהקשרו החוקתי מקימה קושי פרשני. פרשנות רחבה של הזכות לכבוד, באופן המושך לכיוון הפרשנות של הזכות כעקרון על, מעוררת את השאלה מדוע טרח המכונן ופרט זכויות ספציפיות אחרות בחוק היסוד. פרשנות רחבה זו אף סותרת את כוונת המכונן, כפי שנסביר להלן. מאידך, פרשנות צרה מדי של המונח כבוד האדם, עלולה לעקר את ייחודיות הזכות, סמליותה הערכית, ומשמעותה.

78. לטעמנו, וכאמור בסעיף (ד)(3)(I) לסיכומים מטעם המשיבים, עולה מההיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד כבוד האדם וחירותו כי חקיקתו משקפת פשרה והסכמה. הסכמה זו הייתה לעגן את הגרעין של הזכות לכבוד, במובנו הלשוני הרגיל, דהיינו הגנה מפני הפגיעות המובהקות בכבוד האדם – פגיעות גופניות נפשיות, השפלה, ביזוי וכו'. **הסכמה זו לא כללה הסכמה לעגן זכויות שלא נמנו בחוק היסוד דרך הזכות לכבוד.**

79. הניתוח החוקתי הוא אחד הגורמים המשפיעים על היקף הגדרת הזכות, וכפועל יוצא, הפגיעה בה. **עמדתנו היא כי יש להגדיר את הזכות החוקתית, כך שרק פגיעה מהותית ובעלת חומרה בזכות החוקתית, תעבור לניתוח במסגרת פסקת ההגבלה.** גישה זו משקפת עמדה מהותית, ולפיה מקומו של חלק עיקרי בדיון החוקתי הוא במסגרת הגדרת הזכות, ולא במסגרת פסקת ההגבלה. עמדה זו משקפת את החשש כי הרחבת הזכות המוגנת יתר על המידה תגרום לשחיקת ההגנה החוקתית. אם כל אינטרס מוגן יהפוך מייד "לזכות חוקתית מוגנת" תישחק המשמעות של העליונות הנורמטיבית של זכויות אלה. ראו את דבריו של כב' השופט זמיר בבנק המזרחי בעמ' 471, כמו כן, א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך ב' מהד' חמישית, 1996), בעמ' 940.

**תכלית נוספת של עמדה זו** הוא למנוע מצב שבו כל פגיעה תעביר מיידית את הדיון לפסקת ההגבלה, באופן שתיאלץ את בית המשפט לבחון את הגיונה של כל חקיקה וחקיקה המשפיעה על זכויות האדם.

80. לעניין מיקומו הראוי של הניתוח החוקתי ראו את דבריה של כב' השי' שטרסברג כהן בע"פ 4424/98, 4713, 4779 פדרו סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, בעמ' 554-555:

"5. על פי הכללים הנקוטים בידינו, נערכת בדיקת חוקתיותה של הוראת חוק, בשני שלבים עיקריים: בראשון שבהם בודק הפרשן אם זכות האדם המעוגנת

בחוק היסוד אכן נפגעה על ידי הוראת חוק העומדת לבדיקה חוקתית. רק כאשר המסקנה היא שאכן כך, יבוא השלב השני, בו תיבדק השאלה, אם דבר החקיקה הפוגע, מקיים את דרישות פסקת ההגבלה שבחוק היסוד (ראו, א' ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (תשנ"ד) - 473-474)...

6. שותפה אני לעמדה לפיה הוראות המשפט הפלילי המהותי, עד כמה שהן כרוכות במאסרו של אדם, נתונות למשטר חוקתי. **אלא שאיני סבורה כי יש לדלג על שלבה הראשון של הבדיקה ולפנות ישירות לשלבה השני.** אין זה מובן מאליו כי קביעת התנהגות כעבירה פלילית שעונש מאסר בצידה 'פוגעת' בזכות שחוק היסוד בא להגן עליה. **שאלה זו מצריכה בדיקה יסודית ועניינית הנערכת בשלב הראשון של הבחינה החוקתית.** במסגרת שלב זה נבחנת השאלה, האם אכן פוגעות הנורמה הפלילית והאפשרות להרשיע באמצעותה בעבירה שעונש מאסר בצידה, בזכויות אדם המוגנות בחוק היסוד; האם ה'חירות', המוגנת בסעיף 5 לחוק היסוד, היא חירותו של העבריין שהורשע כדין בביצוע עבירה שפגעה בחירותו, בשלמות גופו, או בחייו של אחר; האם ה'פגיעה' בחירות עבריין כזה כה מובנת מאליה עד כי אין עוד על הפרשן לעבור את שלב הבדיקה הראשון וניתן להתמקד בשלב השני בלבד? **זעתי היא, כי יש טעם ויש צורך להעביר את הנורמה העומדת לבדיקה ואת האפשרות להטיל עונש מאסר באמצעותה, במבחני השלב הראשון של הבדיקה החוקתית...** (הדגשות הוספו – שלנו)

81. באשר לזכות לכבוד, עמדת המשיבים היא שלא ניתן לעגן את עקרון השוויון במובנו הכולל ואת הזכות לחיי משפחה במלוא היקפה והדרה במסגרת פרשנות רחבה של המונח "כבוד האדם".

82. הבעייתיות אשר בגישה המרחיבה, לפיה עקרון השוויון והזכות לחיי משפחה נגזרים מהזכות לכבוד, פורטה בסעיף (ד)(3)(II) לסיכומים מטעם המשיבים. בקליפת אגוז, גישה זו מייטרת לכאורה את הויכוחים ההיסטוריים על מגילת זכויות האדם ומתעלמת מהפשרות שהושגו במהלך חקיקתו של חוק היסוד. כמו כן, הגישה המרחיבה עלולה להוביל לשחיקת המשמעות של העליונות הנורמטיבית של זכויות היסוד שכן כל אינטרס מוגן יהפוך מייד ל"זכות חוקתית מוגנת". משמעותה של הגישה המרחיבה היא כי כמעט כל חוק נתון לבחינה המורכבת של פסקת ההגבלה.

83. מן העבר השני, מוסכם על המשיבים כי פרשנות צרה של המונח "כבוד האדם", באופן שיגביל כל התייחסות לזכויות האדם שאינן מנויות בחוק היסוד, אינה ראויה.
84. הגישה המוצעת על ידי המשיבים הינה **גישת הביניים**, לפיה פרשנותו של המונח "כבוד האדם" אינה מחייבת הכרעה בשאלה האם קטגוריות מסוימות של זכויות אדם נכללות בגדר מונח זה. **על פי גישה זו, השאלה שצריכה להישאל בכל מקרה היא האם הפגיעה הנטענת במקרה הקונקרטי יש בה משום פגיעה בכבוד האדם, ולא האם נפגעת זכות פרטיקולרית כלשהי.**
85. הדברים נכונים גם לגבי הזכות לשוויון והזכות לחיי משפחה. על פי הגישה המרחיבה הזכות לשוויון ולחיי משפחה במובן הכולל הינן חלק מכבוד האדם. על פי הגישה הצרה פגיעה בשוויון או בחיי המשפחה לעולם לא תבסס פגיעה בכבוד.
86. על פי גישת המשיבים, פגיעה בשוויון או בחיי משפחה יכולה לעלות כדי פגיעה בכבוד האדם, אך לא כל פגיעה בשוויון או בחיי משפחה תהיה פגיעה בכבוד האדם המוגן בחוק היסוד. **גדר המחלוקת היא אם כן, מהי הפגיעה בשוויון או בחיי המשפחה שתעלה כדי פגיעה בכבוד.**

### הזכות לשוויון

87. העותרים מבקשים לגזור את הזכות לשוויון מהזכות לכבוד. המשיבים סבורים כי **השאלה שצריכה לעמוד לדיון היא אם הפגיעה הקונקרטית – קרי זו הנובעת מהעדר נכונות המדינה ליתן אשרת כניסה לבן הזוג הזר השייך לרשות המצויה בעימות מזוין עם מדינת ישראל – מהווה פגיעה בשוויון המגעת כדי פגיעה בכבוד.** המשיבים סבורים כי שיטת ניתוח זו הינה ראויה בהתחשב בכך שהזכות לשוויון לא נכללה כזכות פרטיקולרית בחוק היסוד. ראו "קרפ, חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקו כח", **משפט וממשל א' (תשנ"ג) 323, 336**, וגם ה' סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית", **משפטים כ"ח (תשנ"ז) 257, 276.**
88. **מידת תחולת הזכות לשוויון על זרים:** בחלק מהחוקות בעולם, בהן עוגנה הזכות לשוויון כזכות פרטיקולרית ונפרדת, היא **יוחדה לאזרחי המדינה או תושביה.** כך למשל קובע סעיף 10(2) לחוקה הבלגית כי:

**"Belgians** are equal before the law; they are the only ones eligible for civil and military service, but for the exceptions that could be made by law for special cases."

“**All citizens** have equal social status and are equal before the law, without regard to their sex, race, language, religion, political opinions, and personal or social conditions.”

89. המשיבים סבורים כי במוקד הבחינה החוקתית בעתירה דגן מצויים אזרחי הארץ ותושביה, ולא הזרים המבקשים להיכנס לשטחה, וזאת משני טעמים.

**הטעם הראשון** נובע ממהות הזכות עליה מורכבת הזכות לשוויון, כשבענייננו היא זכות הכניסה לישראל לשם מימוש חיי המשפחה. נוכח עקרון ריבונות המדינה כלפי חוץ וכנובד מכך, שיקול דעתו הרחב של שר הפנים, ונוכח תכלית הסייג ההומניטרי בדבר איחוד משפחות אשר נועד להיטיב עם בן הזוג הישראלי, (כחריג לכלל בדבר היעדר זכות כניסה למדינה למי שאינו אזרח או תושב) ברי כי טענה בדבר הפלייה פסולה המצדיקה בטלות דבר חקיקה ראשית אינה יכולה להישמע מפיו של הזר המבקש להיכנס לישראל.

**הטעם השני** נובע מהיקפה של הזכות לשוויון וזאת במנותק מהזכות עליה היא מורכבת. כפי שהראינו במדינות רבות – מפותחות ומתפתחות – יוחדה ההגנה לאזרחי המדינה ותושביה, וגם מטעם זה טענה בדבר הפלייה פסולה המצדיקה בטלות חקיקה לא תישמע מפיו של הזר המבקש להיכנס לישראל

90. באשר לטענה של **הפליה תוצאתית** כלפי בן הזוג המקומי, תשובת המשיבים היא משולשת: **ראשית**, הצדקה אובייקטיבית לחקיקה העומדת לבחינה מאיינת את הפגיעה הנטענת כבר בשלב זה, וזאת אפילו אם מבחינה תוצאתית מביאה היא להבחנה קבוצתית. במקרה דגן, קיימת הצדקה אובייקטיבית המבוססת על הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון בדבר הסיכון לאזרחי ישראל ותושביה נוכח דפוסי ההשתקעות מחמת נישואין של תושבי האזור במהלך העימות המזוין הפעיל. **שנית**, במקרה דגן, תכלית החקיקה אינה מכוונת להפליית אזרחי ישראל הערבים, אלא הגנה על חיי כלל אזרחי ישראל ותושביה. **שלישית**, טענת הפלייה קבוצתית עקיפה (תוצאתית) **צריכה להיתמך בראיות כדבעי**, ונטל הבאת הראיה בעניין זה מוטל על שכמם של העותרים.

91. **זיהוי הפגיעה בזכות באמצעות עריכת "איזון פנימי"**: מבחינה מושגית, מהלך ניתוח הזכות לשוויון שונה ממהלך ניתוחן של זכויות אחרות, שכן בתיחום היקפה הפנימי של זכות זו מובנים שיקולים ערכיים. כך, למשל, בהגדרת **רלבנטיות השונות**, אשר יש בה כדי לאיין את עצם קיומה של הפגיעה עקב ההבחנה, היא פועל יוצא של שיקולים ערכיים

המשתנים **בהתאם לנסיבות הזמן והמקום**. כוחם של השיקולים הערכיים אינו מוחלט במובן זה **שנדרש איזון פנימי בין מידת השונות לבין עוצמת הצדקה האובייקטיבית**.

92. משמעות הדבר היא, כי **כאשר קיימת הצדקה אובייקטיבית לפגיעה, כששונות רלבנטית היא דוגמה להצדקה כזו, הרי שיש בה לאיין את הפגיעה**. יסוד ערכי זה יוצר במסגרת הגדרת הזכות לשוויון והיקף הפגיעה בה "איזון פנימי", בו נבחנת לגיטימיות ההבחנה.

93. **מבחן הצדקה האובייקטיבית לבחינת קיומה של פגיעה בשוויון פותח במשפט הקהילה האירופית בהקשר להפליה עקיפה, אך היא איננה מוגבלת רק לכך, כפי שפורט בסעיף (ד)(3)(II) לסיכומים מטעם המשיבים**. מפסיקת בית הדין האירופי לצדק עולה כי כבר בעת הגדרת הפגיעה יש לבחון האם קיימת הצדקה להבחנה. במידה וקיימת הצדקה אובייקטיבית להבחנה (למשל, שוני רלוונטי), כבר בשלב זה ניתן לומר כי אין פגיעה בזכות מוגנת אפילו אם מבחינה תוצאתית מביאה היא להבחנה קבוצתית ובכלל זה הבחנה כלפי קבוצה מסוימת.

94. לטעמנו, הבניית תהליך "האיזון הפנימי" במסגרת הגדרת הזכות לשוויון מתחייבת לא רק ממהותה של הזכות, אלא גם ממיקומו הראוי של הניתוח החוקתי בכלל, והזכות לשוויון בפרט, כפי שהוסבר לעיל, ובסיכומים מטעם המשיבים. כאמור שם, סינון הפגיעות כבר בשלב ראשון מונע העתקת מרכז הכובד של הניתוח החוקתי בבחינת הפגיעה ומידתיותה, ובכך שומר על האיזון העדין שבין הרשות המחוקקת והרשות השופטת.

95. עמדת המשיבים היא כי **במקרה דנן קיימת הצדקה אובייקטיבית להבחנה על בסיס מיהות בן הזוג הזר – תושב רשות (ישות מדינית) המצויה בעימות מזוין עם ישראל**. **הבחנה זו מבוססת על שיקולים ענייניים המתחייבים להערכתם המקצועית של גורמי הביטחון מנסיבות הזמן והמקום**. **שיקולים ענייניים של הגנה על הזכות לחיים ולביטחון הציבור מהווים הצדקה אובייקטיבית לגיטימית להגבלת זכויות במסגרת האיזון הפנימי של הזכויות**.

96. על פי גישתנו, פגיעה בשוויון שאין לה הצדקה אובייקטיבית יכולה לעלות כדי פגיעה בכבוד האדם, אך לא כל פגיעה בשוויון היא גם פגיעה בכבוד האדם המוגן בחוק היסוד. על בסיס עמדה עקרונית זאת, טענת המשיבים הינה כי **רק פגיעות מהותיות וחמורות בשוויון, יכולות לעלות כדי פגיעה בכבוד האדם**. **את הניתוח החוקתי בפגיעה יש למקד בעיקר בשלב הפגיעה בזכות, ולא במסגרת פסקת ההגבלה, כך שרק הפגיעות החמורות, המהוות את ליבת הזכות לשוויון, אלה העולות כדי פגיעה בכבוד, יבחנו במסגרת פסקת ההגבלה**.

### המשפט המשווה בהקשר של הזכות לשוויון

97. בסיכומים מטעם המשיבים, הוצגה סקירה משווה אודות מידת ההגנה החוקתית על הזכות לשוויון והיחס בינה לבין הזכות לכבוד בארצות הברית, קנדה ודרום אפריקה. בכל החוקות מעוגן במפורש עקרון השוויון, וזאת בשונה מהמצב בישראל. בשל הקושי בקביעת היקף הזכות, צומצם היקף הזכות החוקתית רק לפגיעות החמורות והמהותיות. בכך נמנעו בתי המשפט ממעבר מהיר לניתוח הפגיעה במסגרת פסקאות ההגבלה, אם קיימת בחוקה פסקה כזו, תוך שבכך קיימת העברת הנטל הראייתי אל כתפיה של המדינה.
98. בשל עמימות המונח "כבוד האדם" מנו בתי המשפט מבחני עזר שונים על מנת לקבוע מהי אותה הפרה חמורה של עקרון השוויון. בניגוד לנוסחה הקשיחה שפותחה בארצות הברית, הרי שבקנדה ודרום אפריקה נמנעו בתי המשפט מקביעת רשימה סגורה של זכויות מוגנות, או מבחני עזר קשיחים. בפסקי הדין מודגש שוב ושוב ההכרח לשמור על פרשנות גמישה, ובחינה כל מקרה לגופו.
99. במבחני עזר שפותחו בפסיקה ניתן משקל, בין היתר, למעמדה של הקבוצה הנפגעת, היחס הכולל אליה, תכלית החקיקה הפוגעת, ואף עוצמת הפגיעה בזכות. יש להדגיש כי בארצות הברית הוכחת כוונה מפלה היא הכרחית על מנת לפסול חוק. בקנדה ודרום אפריקה גם הפלייה תוצאתית יכולה להביא להכרזה על פגיעה בעקרון השוויון החוקתי. עם זאת, תכלית לגיטימית, היא הגורם שיש בו בכדי להביא לאי הכרזה על פגיעה בזכות החוקתית למרות התוצאה המפלה.
100. בישראל טרם הוכרעה סוגיית היקף הזכות לכבוד; היחס בינה לבין הזכות לשוויון; כמו גם היות הזכות לשוויון זכות המעוגנת בחוק היסוד. לטעמנו, הגישה הראויה היא זו המדגישה כי לא כל פגיעה בשוויון היא בהכרח פגיעה בכבוד.
101. עמדת המשיבים היא שהפליה על רקע קבוצתי אכן יכולה לעלות במקרים מסוימים כדי פגיעה בכבוד. מדובר בהפליה בשל השתייכות לקבוצה מסוימת, מקום שההפליה מבוססת על טעמים לא ענייניים.
- ייחודיות הניתוח החוקתי, כבסיס לפסילה אפשרית של דבר חקיקה, מביאה למסקנה נוספת ולפיה הבחנה העולה כדי הפלייה, היכולה להביא לביטול אקט מינהלי, לא תבסס בהכרח הפלייה העולה כדי פגיעה בכבוד האדם, שיש בכוחה להביא לפסילתו של חוק.
102. תמצית טיעוננו היא כי החוק אינו מביא להפלייתם הפסולה של אזרחי ישראל הערבים, כיוון שלא להפלייתם או כלפיהם כוון, ואף אם תאמר – ואין זו דעתנו – כי בפועל הינו

**בעל אפקט מפלה כלפיהם, הרי שאפקט זה לא מקים פגיעה בשוויון המגעת כדי פגיעה בכבוד.**

103. העותרים לא הניחו תשתית ראייתית מספקת לטענתם בדבר הפליה תוצאתית. אולם, אפילו אם תונח תשתית לקיומה של הפליה תוצאתית – ואין זו דעתנו – הרי **שקיומה של הצדקה אובייקטיבית לשונות ביחס, שומטת את הקרקע תחת טענת הפגיעה ומאיינת את פסלות ההבחנה.** במקרה דנן, קיימת הצדקה אובייקטיבית המבוססת על הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון כמפורט לעיל.

104. לבסוף נאמר כי גם אם נניח שקיימת פגיעה בשוויון, הרי שזו אינה מגעת כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד המצדיקה פסילת החוק. כזכור, עמדתנו היא כי רק הפליה מהותית מגעת כדי פגיעה בכבוד. אנו סבורים כי לצורך הוכחת מהותיותה של הפליה **יש ליתן משקל לתכלית החקיקה.** הפגיעה הכרוכה בהפליה פסולה מתחזקת מקום שתכלית החקיקה היא לפגוע בפרטים המשתייכים לקבוצה מטעמים לא עניינים.

105. במקרה דנן, בין אם נאמץ את **מבחן הכוונה** להפלות (המודל האמריקאי) ובין אם נאמץ את **מבחן ההצדקה האובייקטיבית** (המודל האירופאי) ובין אם יושם הדגש על **תכלית החקיקה** (אחד ממבחני העזר לזיהוי מהותיות הפגיעה בקנדה ובדרום אפריקה) – **ברי כי החוק לא נועד להפלות את אזרחי ישראל הערבים, וזו אינה תכליתו האובייקטיבית.** החוק נועד למנוע כניסה והשתקעות של נתיני ישות מדינית המצויה בעימות מזוין פעיל עם ישראל, בנסיבות הזמן והמקום הנוכחיות. **תכליתו של החוק לגיטימית וראויה – הגנה על הזכות לחיים בעת עימות מזוין – וזו מהווה נימוק כבד משקל נגד הכרזה על כך שפוגע הוא בזכות לכבוד.**

#### הזכות לחיי משפחה

106. המשיבים סבורים כי, בהתאם לשיטת הניתוח המוצעת על ידם, הגם שייתכנו מקרים בהם פגיעה בזכות לחיי משפחה תגיע כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד הרי שבענייננו השאלה שצריכה לעמוד לדיון היא אם הפגיעה הקונקרטית – קרי, זו שנובעת מהיעדר נכונות המדינה ליתן אשרת כניסה לבן הזוג הזר השייך לרשות המצויה בעימות מזוין עם מדינת ישראל – מהווה פגיעה בזכות לחיי משפחה המגעת כדי פגיעה בכבוד.

107. המשיבים סבורים כי **שיטת ניתוח זו הינה ראויה בהתחשב בכך שהזכות לחיי משפחה לא נכללה בזכות פרטיקולרית בחוק היסוד.** ההיסטוריה החקיקתית מלמדת כי לא נתגבשה הסכמה חברתית, שהיא היסוד המרכזי לכינון זכויות חוקתיות, להכרה מלאה ורחבה בזכות זו כחוקתית.

108. נחזור ונגדיש כי הוראת השעה איננה מונעת התקשרות לחיי משפחה, איננה מונעת בחירה אוטונומית בבן הזוג ואינה מאיינת את הזכות לקיים חיי משפחה מעיקרה. **הוראת השעה**

מגבילה את יכולתם של בני זוג, אשר אחד מהם הינו תושב האזור, לקיים את התא המשפחתי שלהם דווקא במדינת ישראל בתקופת עימות בין מדינת האזרחות של אחד מבני הזוג והישות המדינית של בן הזוג השני.

109. השאלה העומדת לדיון היא אפוא האם הזכות החוקתית לכבוד מקימה חובה חוקתית על המדינה לאפשר כניסת זר בכלל, ונתיני ישות אויב המצויה בעימות מזוין פעיל בפרט, על מנת לאפשר מימוש התא המשפחתי? תשובת המשיבים לשאלה זו שלילית.

**המשפט הבינלאומי ההסכמי בהקשר של הזכות לחיי משפחה ולחובתה של המדינה לאפשר הגירת זרים אליה**

110. בסעיף (ד)(3)(III) לסיכומים מטעם המשיבים נבחנו האמנות הבינלאומיות השונות, וזאת על מנת לבסס את הטענה כי אלה אינן מקימות – חרף הכרתן בזכות לחיי משפחה – חובה על המדינה להכניס לשטחה זרים.

111. כאמור לעיל, האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות מעניקה זכות כניסה לתוך המדינה לאזרח בלבד (סעיף 12 לאמנה). אמנה זו מתייחסת בסעיפים 17 ו- 23 למוסד המשפחה, אולם אין באמנה כל הוראה המחייבת מתן מעמד לבן הזוג הזר.

הזכות לחיי משפחה ולהגנה על יחידת המשפחה מצד המדינה פורשה כזכות יחסית, אשר מימושה תלוי גם בפרמטרים ואינטרסים נוספים. לעניין זה, לא למותר להפנות לסעיף 4 לאמנה, החולשת על כלל הוראות האמנה, לפיו **במצב חירום המסכן את חיי האומה ואשר הוכרז רשמית, רשאית מדינה חברה לאמנה לנקוט באמצעים המביאים לפגיעה בהתחייבויותיהן על פי האמנה, בהיקף הנדרש לאור המצב.**

112. **באמנה בדבר אזרחותן של נשים נשואות** נקבע כי יקבעו הסדרים מיוחדים כדי להקל על התאזרחותה של בת זוג זרה הנשואה לנתין מדינה חברה באמנה. האמנה, כפי שעולה מהפתיח שלה, מבקשת למנוע מצב שבו אישה תהיה חסרת אזרחות עקב נישואיה, בשל התנגשות בין חוקי אזרחות שונים. יחד עם זאת, סעיף 3 לאמנה קובע מפורשות כי זכות זו של האישה כפופה למגבלות שיוטלו עליה **מטעמים של ביטחון לאומי ומדיניות ציבורית.**

113. סעיפים 8 ו- 12 לאמנה האירופאית בדבר זכויות האדם מתייחסים לזכות לחיי המשפחה. סעיף 8(2) לאמנה קובע, לצד החובות המוטלות על מדינה חברה בהתייחס לזכות לחיי משפחה, חריג עיקרי לפיו, מדינה חברה רשאית להגביל את "הזכות" בכפוף לחוקי המדינה וככל שהדבר דרוש בחברה דמוקרטית למען אינטרסים של **ביטחון לאומי, שלום הציבור** וכלכלה יציבה של המדינה, על מנת למנוע אי סדר או פשע, למען שמירה על הבריאות או המוסר הציבורי ולהגנה על זכויות וחירויות של אחרים.

עוד יצוין כי סעיף 15 לאמנה דגן מוסיף וקובע כי בזמן מלחמה או מצב חירום המאיים על חיי האומה, רשאית מדינה חברה לנקוט בצעדים שיהא בהם כדי שלא לעלות בקנה אחד עם מחויבויותיה על פי האמנה.

114. בית הדין האירופאי לזכויות האדם נדרש במספר מקרים לפרשנות סעיף 8, ומקרים אלה הובאו בסיכומים מטעם המשיבים בסעיף (ד)(3)(III). מן המקרים האלה, ומן האמור לעיל, עולה כי במשפט הבינלאומי ההסכמי, בו מוכרת הזכות לחיי משפחה, לא נתפשת הזכות לחיי משפחה כמקימה זכות נלווית לקבלת מעמד בארץ ובכל מקרה מסויגת זכות זו, בין היתר, בסייגים של הביטחון הלאומי והסדר הציבורי.

115. מן המקובץ עולה כי גם על פי האמנות הבינלאומיות שישראל היא צד להן, רשאית הייתה ישראל לחוקק את הוראת השעה, בעת הזאת, נוכח מצב החירום בו נתונים אזרחיה ותושביה כתוצאה מהאיום הנשקף מתושבי הרשות הפלסטינית, ובנסיבות העניין, מכיר המשפט הבינלאומי בזכותה של המדינה שלא ליתן היתר כניסה לזר, השייך לרשות שהינה ישות מדינית הנתונה בעימות מזוין עם מדינת ישראל. הסדר חוקי כאמור אינו מהווה פגיעה בזכות לחיי משפחה ואף אם היה מהווה פגיעה, הרי שאין היא מגעת כדי פגיעה בכבוד, בהתחשב בנסיבות, קרי – בעיתות מלחמה.

#### מבחני פסקת ההגבלה

116. על פי הוראות פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק היסוד, תנאי לחוקתיות החוק הפוגע הוא שהפגיעה תהא בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל ושנועד לתכלית ראויה וכן שהפגיעה אינה במידה העולה על הנדרש. עמדת המשיבים הינה כי גם בהנחה שיש פגיעה בזכות כלשהי של העותרים, הרי שפגיעה זו הינה חוקתית בהיותה עומדת במבחני פסקת ההגבלה.

117. יישום מבחני פסקת ההגבלה בחקיקה זמנית: עמדת המשיבים היא כי בבואו של בית המשפט לבחון את חוקתיותה של פגיעה נטענת בזכות מוגנת, במסגרת פסקת ההגבלה, עליו להתחשב בכך שמדובר בהוראת שעה, שמעצם טבעה הינה זמנית. ראו לעניין זה בג"צ 24/01 רסלר נ' כנסת ישראל פ"ד נו(2) 699, 713, בג"צ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת פ"ד נ(3) 485, 494, וגם בג"צ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 486.

118. תכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: תכלית הוראת השעה למזער את הסיכון היומיומי הנשקף לביטחון הציבור כקולקטיב ולצמצם את הסכנה לפגיעה בזכות היסוד הבסיסית ביותר, היא הזכות לחיים של כל פרט ופרט בישראל. כאמור לעיל, תכלית זו נלמדת מהמציאות הבטחונית בעת חקיקת הוראת השעה והתיקון לה. לא יכול להיות ספק כי תכלית זו - היא ההגנה על הזכות לחיים, הינה תכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

119. כאמור, תכליתה האובייקטיבית של החקיקה, או למיצער תכליתה האובייקטיבית הדומיננטית, היא הגנה על הזכות לחיים של כל אזרחי המדינה ותושביה בעיתות עימות מזוין.

120. **מבחני המידתיות**: בסעיף (ה)(2)(II) לסיכומים מטעם המשיבים, הציגו המשיבים שני טעמים כלליים המשפיעים על אופן יישומם של מבחני המידתיות.

הטעם הראשון מושתת על עליונות הזכות שאותה מבקשת הוראת השעה לקדם, היא הזכות לחיים, כשמעליונות זו מתחייבת הסטת נקודת האיזון לעבר הזכות לחיים.

הטעם השני מושתת על כך שהוראת השעה מבוססת על המציאות הבטחונית הקשה ועל עמדתם ומומחיותם המקצועית של גורמי הביטחון כנובע ממנה, ועל כן שאלת קיומם או ליתר דיוק יעילותם של אמצעים חלופיים להגשמת תכלית החוק- היא צמצום הסכנה לפגיעה בזכות לחיים - היא עניין מקצועי, המקנה למחוקק מתחם תמרון מצומצם יחסית בברירת האמצעים החלופיים. להלן נרחיב על כל אחד מטעמים אלה.

121. **לעניין הטעם הראשון**, מבחני פסקת ההגבלה הם המכשיר לאיזון בין זכויות מתנגשות. נקודת האיזון מושפעת מבחינה עיונית מטיבן של הזכויות המתגוששות, ולכן לשם יישום פסקת ההגבלה יש להגדיר את משקלן היחסי של הזכויות. במילים אחרות, **מבחן המידתיות, על שלושת מבחני המשנה שלו, מושפע באופן ישיר מחוזקה של התכלית הראויה, אשר בשמה נעשית הפגיעה בזכויות היסוד האחרות.** לעניין זה, ראו דבריה של כב' השופטת דורנר בבג"צ 6268/00 קיבוץ החותרים נ' מינהל מקרקעי ישראל פ"ד נה(5) 639, וכמו כן את ד' דורנר, "מידתיות" ספר ברנזון (א' ברק, ח' ברנזון עורכים, כרך ב', תש"ס) 281, וגם דבריה של כב' השופטת ביניש בבג"צ 4769/95 רון מנחם נ' שר התחבורה ואח' פ"ד נז(1) 235.

122. **לסיכום הטעם הראשון** נאמר כי באיזון הפנימי שבין זכויות האדם המדוברות, ידה של הזכות לחיים על העליונה בהיותה זכות בלעדית אין, המוגנת הגנה כפולה בחוק היסוד וערך קדושת החיים הינו עקרון יסוד בחברה הישראלית. משכך, דבר חקיקה המעגן בתוכו את הזכות לחיים הינו בעלת תכלית ראויה, אשר ביישום כל אחד ממבחני המידתיות יש לתת משקל לעליונות זו.

123. **לעניין הטעם השני**, הוא ביסוס הוראת השעה על הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון, נציין כי ההלכה הפסוקה הכירה בכך שמתחם הסבירות בהחלטות של רשויות מקצועיות המבוססות על חוות דעת של מומחים לדבר הינו רחב. ראו בג"צ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר פ"ד נג(2) 501. הלכה זו מקבלת משנה תוקף כאשר אין עסקינן בהחלטה של רשות מינהלית, אלא בחקיקה ראשית, שלה עומדת חוקת החוקתיות.

כאמור לעיל, ראש שירות הביטחון הכללי הופיע אישית בדיוני הועדה, תוך הצגת העמדה המקצועית הנסמכת על מסד הנתונים הנוגע לעימות הנוכחי.

124. הדרישה לפגיעה "במידה שאינה עולה על הנדרש" קובעת את חוקתיות האמצעי שנבחר. מבחן המידתיות כולל שלוש דרישות מצטברות. אלה הן, דרישת ההתאמה שעל פיה על הפעולה הפוגעת להיות מתאימה להשגת תכליתה; דרישת הפגיעה המזערית שעל פיה יש לנקוט באמצעי שפגיעתו בזכות או באינטרס היא הקלה ביותר האפשרית; ודרישת היחסיות, שעל פיה פעולה הפוגעת בזכות או באינטרס תותר רק אם היחס שבין התועלת שבפעולה לבין הפגיעה שהיא גורמת הוא סביר (בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר פ"ד נא(4) 367).

(א) מבחן ההתאמה: על פי מבחן זה נדרש קשר רציונאלי בין המטרה לבין האמצעי. קשר זה מתקיים במקרה דנן. עמדתם המקצועית של גורמי הביטחון היא כי, בנסיבות הזמן והמקום כאמור לעיל, הגבלת כניסתם והשתקעותם של תושבי האזור בישראל הינה מכשיר ואמצעי מתאים וחיוני שבילתו אין לצמצום הסיכון לביטחון הציבור ולזכותו של כל פרט ופרט מאזרחי המדינה ותושביה לחיים ולביטחון אישי.

(ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה: על פי מבחן זה, יש לאמוד את מידת הפוגעניות של שני אמצעים. כלומר, על העותרים להצביע לכל הפחות על אמצעי אחר שיעילותו שקולה ופגיעתו פחותה.

עמדת המשיבים היא כי בחינת יעילותה של חלופה צריכה להיעשות בשים לב לתכלית שאותה מבקש החוק להגשים. במקרה דנן, על כף המאזניים מונחת הזכות לחיים, אשר טעות בהערכת יעילות החלופה האחרת שנועדה להגן עליה עלולה לגבות מחיר כבד בנפש. לכן, נדרשת ודאות גבוהה במיוחד לגבי יעילותה של החלופה המוצעת.

הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון – הנסמכת על ניסיון העבר, לרבות בשנות העימות המזוין – הינה כי בדיקה פרטנית של הסיכון, על גווניה השונים, אינה יעילה דיה לעת הזאת, ואינה מנבאת באופן מספק סיכון עתידי, בנסיבות הזמן והמקום, וזאת מן הטעמים שפורטו לעיל. בנסיבות העניין, אין בנמצא חלופה יעילה, אשר יכולה להיחשב כאמצעי יעיל שפגיעתו פחותה. יצוין עוד בהקשר הזה, כי תושבי האזור שהיו מעורבים בתכנון וביצוע פיגועי טרור כפי שפורט לעיל, ואשר בקשתם לאיחוד משפחות אושרה לפני חקיקת הוראת השעה, עברו בדיקות פרטניות על ידי גורמי הביטחון. הסיכון הביטחוני שהתממש בסופו של דבר בקשר לתושבים אלה לא אותר במסגרת הבדיקות הפרטניות, ובקשתם לאיחוד משפחות אושרה על ידי גורמי הביטחון. רק לאחר שאושרה בקשתם לאיחוד משפחות, נטלו אלו חלק בפעילויות טרור, תוך ניצול התיעוד שניתן להם.

עוד נבקש לחדד כי הוראת השעה לא ננקטה כאמצעי ראשון עם פרוץ העימות המזוין בספטמבר 2000, אלא רק לאחר הפיגוע במסעדת מצה בפסח 2002. במהלך שנה ומחיצה

התחוויר לגורמי הביטחון יותר ויותר כי האמצעי של אבחון פרטני אינו יעיל נוכח מאפייניו הייחודיים של העימות המזוין הנוכחי.

(ג) שקילות התועלת מול הנזק: על פי מבחן זה נדרשת שקילות הנזק (הפגיעה הנטענת ב"זכות" לחיי משפחה) מול התועלת (ההגנה על הזכות לחיים). מעליונותה וקדושתה של הזכות לחיים נובע כי במאזן הכולל מצדיקה התועלת את הפגיעה הנטענת בזכות לחיי המשפחה. הדברים מקבלים משנה תוקף שעה שהפגיעה אינה מתבטאת בשלילת הזכות לנישואין אלא הכרה באפשרות לממשה בישראל דווקא, וכן כי הפגיעה הינה זמנית ולא קבועה, כפי שפורט בהרחבה לעיל.

יוזכר, כי המחוקק הטיל את המגבלות מכוח הוראת שעה זמנית, כאשר התנאי להמשך תוקפה הינו אישורה של מליאת הכנסת הנדרשת לדון בהמשך הצורך בקיומה של הוראת השעה. כאמור, התיקונים להוראת השעה התקבלו בעקבות דיונים יסודיים ביותר בועדת השרים לענייני חקיקה, בועדת הפנים ואיכות הסביבה, בממשלה ובמליאת הכנסת. הליך קבלת התיקונים להוראת השעה פורט בהרחבה לעיל.

125. כמובן, יוער כי בחינת השיקולים בין הנזק לתועלת צריכה להיעשות על רקע סעיף הסייגים והחריגים לחוק והוראת המעבר.

כפי שפורט לעיל, במסגרת הצעת החוק הממשלתית, ובמסגרת התיקונים שנתקבלו בסופו של דבר בחוק, נערכו שינויים מהותיים בהוראת השעה, שעיקרם, הכנסתם למסלול הטיפול בבקשות חדשות למתן מעמד בישראל של בני זוג תושבי האזור הנשואים לישראלים, שעל פי הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון, פוטנציאל הסיכון הביטחוני הנובע מהם הינו מופחת יחסית.

כיום, על פי החוק מתקן, מוסמך שר הפנים להעניק לתושב האזור שהוא מעל גיל 35, ותושבת האזור שהיא מעל גיל 25, היתר שהייה בישראל לשם מניעת הפרדתם מבני זוגם השוהים כדין בישראל. כמו כן, מוסמך שר הפנים לתת לקטין שגילו עד 14 שנים רישיון לישיבה בישראל. החוק המתקן אף מאפשר להעניק היתרי שהייה בישראל גם לקטין מגיל 14 עד גיל 18, בעוד שלפני חקיקתו לא ניתן היה להעניק היתר או אשרה מכל סוג שהוא לקטין מעל גיל 12. הנה כי כן, לכלל הקטינים תושבי האזור אשר להם הורה משמורן, המתגורר כדין בישראל, יתאפשר מעתה לקבל רישיון ישיבה או היתר שהייה, לפי העניין, וזאת בהיעדר מניעה ביטחונית או פלילית.

126. סעיף 4 להוראת השעה קבע הוראת מעבר, אשר כדרכן של הוראת מעבר, קובעת הסדרים שיחולו על בקשות שהוגשו ערב תחילת הוראת השעה. ההסדרים הקבועים בהוראת המעבר – על שתי חלופותיה – מצמצמים את תחולת הוראת השעה באשר לבקשות שהוגשו או אושרו טרם הוראת השעה, ופורטו בסעיף (ה)(2)(III) לסיכומים מטעם המדינה. התיקון להוראת השעה האריך אף את תוקפן של הוראות המעבר.

127. הוראת המעבר נועדה להגן על אינטרס ההסתמכות של מי שכבר מצוי בהליך המדורג ועל אינטרס הציפיות של מי שהגיש בקשה עובר להחלטת הממשלה. על כן, סיוג זה של הוראת השעה מחזק את מידתיותה.

128. הרחבת הסייגים במסגרת התיקון להוראת השעה מגלמת איזון חדש בין הצורך להגן על ביטחון הציבור הישראלי ובין הרצון להקל על אוכלוסיות בעלות פוטנציאל מופחת לסיכון ביטחוני, כאמור לעיל. משמעותו של האיזון החדש הינה כי שר הפנים רשאי לאשר בקשתם לאיחוד משפחות של מבקשים מעל גיל מסוים, גם אם מדובר בבקשה חדשה, וזאת באמצעות הענקת היתרי שהייה בישראל, הגם שבמצב הביטחוני הנוכחי לא ניתן לשלול את פוטנציאל הביטחוני העלול להישקף מהם.

129. לאור כל האמור, יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע, כי גם אם קיימת פגיעה בזכויות המוגנות על ידי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, הרי שזו עומדת במבחני פסקת ההגבלה במובן זה שהיא לתכלית ראויה, היא הגנה על הזכות לחיים, והיא אינה עולה על הנדרש להגשמת תכלית עליונה זו.

#### היקף הביקורת השיפוטית

130. לעניין הריסון והאיפוק שעל בית המשפט לנהוג בהפעילו את הביקורת השיפוטית על חוקתיותם של חוקים, ראו סעיף (ו) לסיכומים מטעם המשיבים.

131. לאור כל האמור לעיל, עמדת המשיבים היא כי אין הצדק להתערבותו של בית המשפט הנכבד לביטולו של החוק שחקקה הכנסת וכי דין העתירה להידחות.

היום, ד' חשוון תשס"ו  
06 נובמבר 2005

יוכי גנסיין

מנהלת תחום ענינים מינהליים

בפרקליטות המדינה