

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"צ 8099/03
קבוע : 9.11.03

האגודה לזכויות האזרח בישראל
ע"י ב"כ עוה"ד שרון אברהם – ויס ואח'
האגודה לזכויות האזרח בישראל
טל' : 5608185-03; פקס' : 5608165-03

העותרת

נ ג ד

1. שר הפנים
2. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
3. מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה
על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים ירושלים

המשיבים

תגובה מטעם המשיבים

1. עניינן של העתירות הוא בחוקתיות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג – 2003 (להלן: "הוראת השעה"), הקובע כי:

"1. בחוק זה-

"אזור"- כל אחד מאלה: יהודה והשומרון וחבל עזה;

"חוק האזרחות"- חוק האזרחות התשי"ב- 1952

"חוק הכניסה לישראל"- חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-

1952

"מפקד האזור"- מפקד כוחות צבא הגנה לישראל באזור ;
 "תושב אזור"- לרבות מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום
 במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי
 באזור.

2. בתקופת תוקפו של חוק זה, על אף האמור בכל דין לרבות
 סעיף 7 לחוק האזרחות, שר הפנים לא יעניק לתושב אזור
 אזרחות לפי חוק האזרחות ולא ייתן לו רשיון לישיבה
 בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, ומפקד האזור לא ייתן
 לתושב כאמור היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הבטחון
 באזור.

3. על אף הוראות סעיף 2 –

(1) רשאי שר הפנים או מפקד האזור, לפי העניין, לתת
 לתושב אזור רשיון לישיבה בישראל או היתר לשהייה
 בישראל, למטרת עבודה או לשם טיפול רפואי, לתקופה
 קצובה, וכן למטרה זמנית אחרת- לתקופה מצטברת שלא
 תעלה על ששה חודשים, וכן רשיון לישיבה בישראל או היתר
 לשהייה בישראל לשם מניעת הפרדת ילד עד גיל 12 מהורו
 השוהה בישראל כדין ;

(2) רשאי שר הפנים להעניק אזרחות או לתת רשיון לישיבה
 בישראל, לתושב אזור, אם שוכנע כי הוא 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 או מתן הרשיון לישיבה בישראל הם
 מעניינה המיוחד של המדינה ; בפסקה זו, "בן משפחה"- בן
 זוג, הורה, ילד.

4. על אף הוראות חוק זה-

(1)רשאי שר הפנים או מפקד האזור, לפי העניין, להאריך את תוקפו של רשיון לישיבה בישראל או של היתר לשהייה בישראל, שהיו בידי תושב אזור ערב תחילתו של חוק זה;

(2)רשאי מפקד האזור לתת היתר לשהייה זמנית בישראל תושב אזור שהגיש בקשה להתאזרחות לפי חוק האזרחות לפי חוק האזרחות או בקשה לרשיון ישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, לפני יום א' בסיוון התשס"ב (12 במאי 2002) ואשר ביום תחילתו של חוק זה טרם ניתנה החלטה בעניינו, ובלבד שלא תוענק לתושב כאמור, לפי הוראות פסקה זו, אזרחות לפי חוק האזרחות, ולא יינתן לו רשיון לישיבת ארעי או לישיבת קבע, לפי חוק הכניסה לישראל.

5. חוק זה יעמוד בתוקפו עד תום שנה מיום פרסומו, ואולם רשאית הממשלה, באישור הכנסת, להאריך בצו את תוקפו, מעת לעת, לתקופה שלא תעלה בכל פעם על שנה אחת."

עמדת המשיבים, בקליפת האגוז, היא כי הוראת השעה מגבילה הגירה של אוכלוסיה המצויה בעת הזו בעימות מזוין עם מדינת ישראל, וזאת על מנת להגן על שלום הציבור בישראל ובטחונו. משכך הוראת השעה עולה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. לחילופין, אף אם יש בהוראת השעה משום פגיעה בזכויות שבחוק היסוד הרי שזו נעשית לתכלית ראויה ובמידה שאינה על הנדרש.

על מנת לבסס טיעון משפטי זה נפתח בהצגת הרקע לקבלת החלטת הממשלה וחקיקת הוראת השעה.

א. פתח דבר

2. עתירות אלה מופנות כנגד חוקתיות הוראת השעה, שיסודה בהחלטת הממשלה מיום 12.5.02, שעניינה הטיפול בשוהים בלתי חוקיים ומדיניות איחוד משפחות בנוגע לתושבי הרשות הפלסטינית וזרים ממוצא פלסטיני (להלן: "החלטת הממשלה"). מן המפורסמות הוא שהסכסוך הישראלי-פלסטיני שינה פניו בספטמבר 2000, והפך למתקפת טרור אכזרית המנוהלת על ידי ארגוני הטרור הפלסטיני בתמיכה מסיבית של החברה האזרחית הפלסטינית. עימות מזוין זה מאוכווך על ידי ההנהגה הפלסטינית וזאת בעקבות כשלון השיחות המדיניות על הסדרי הקבע.

3. פיגועי הטרור מתרחשים הן בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה (להלן: "השטחים" או "האזור") והן במדינת ישראל גופה. הם מופנים נגד אזרחים וחיילים, גברים ונשים, זקנים וטף, אזרחים מהשורה ואישי ציבור, בכל מקום ואתר ובכלל זה תחבורה ציבורית, מרכזי קניות ושווקים, בתי קפה ומסעדות ועוד. ארגוני הטרור עושים שימוש בפיגועים אלה באמצעים מגוונים ביותר, כאשר המכנה המשותף היחיד לכולם הוא קטלניותם ואכזריותם. בין אמצעים אלה ניתן למנות פיגועי ירי, פיגועי התאבדות, ירי פצצות מרגמה, ירי רקטות, שימוש במכוניות תופת וכיוצ"ב. עימות מזוין זה גבה עד היום את חייהם של למעלה מ-800 מאזרחי המדינה ותושביה, והביא לפציעתם של יותר מ-5,100 אחרים, חלקם באורח קשה ביותר.

על מאפייניו היחודיים של עימות זה עמד כב' הנשיא ברק בבג"ץ 7015/02 כיפאח עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2002(3) 1021, באומר:

"מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרית. זהו סכסוך מזוין. במסגרתו בוצעו כ- 14,000 פיגועים נגד החיים, הגוף והרכוש של אזרחים ותושבים ישראלים חפים מפשע ובהם זקנים וילדים, גברים ונשים. למעלה מ- 600 אזרחים ותושבים של מדינת ישראל נהרגו. למעלה מ- 4,500 נפצעו, חלקם באורח קשה ביותר. המוות והפגיעות היו גם מנת חלקם של הפלסטינים. רבים מהם נהרגו ונפצעו מאז ספטמבר 2000. זאת ועוד: בחודש אחד בלבד - הוא חודש מרס 2002 - נהרגו 120 ישראלים בפיגועים ומאות נפצעו. מאז מרס 2002 ועד לכתיבתו של פסק דין זה, נהרגו 318 ישראלים ונפצעו למעלה מ- 1,500. השכול והכאב שוטפים אותנו.

2. לחימתה של ישראל סבוכה היא. הצד הפלסטיני משתמש, בין השאר, בפצצות-אדם מונחות. מתאבדים אלה מגיעים לכל מקום בו מצויים ישראלים (בתחומי מדינת ישראל ובתחומי הישובים היהודיים באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה). הם זורעים הרג ודם בערים ובישובים. אכן, הכוחות הנלחמים בישראל הם טרוריסטים; הם אינם נמנים על צבא סדיר; הם אינם לובשים מדים; הם מסתתרים בתוך האוכלוסיה הפלסטינית האזרחית באזור, לרבות במקומות קדושים; הם זוכים לתמיכת חלק מהאוכלוסיה האזרחית בכלל וכן לתמיכתם של בני משפחה

וקרובים בפרט. מציאות חדשה וקשה ניצבת בפני מדינת ישראל, הנלחמת על ביטחונה וביטחון אזרחיה. מציאות זו מצאה לא פעם את דרכה לבית משפט זה..."

הערכת גורמי הבטחון הינה כי קיים הכרח בטחוני למנוע לעת הזו את כניסתם של תושבי האזור לישראל - באשר הם - שכן כניסתם של תושבי האזור לישראל, ותנועתם החופשית בתחומי המדינה באמצעות קבלת תיעוד ישראלי, עלולה לסכן בצורה ממשית ביותר את שלומם ובטחונם של אזרחי ותושבי המדינה. על בסיס הערכה זו, בין היתר, התקבלה החלטת הממשלה - עליה נרחיב בהמשך - ולאחר מכן התקבלה הוראת השעה נשוא עתירה זו. בחוק נכללו מספר חריגים עליהם נרחיב בהמשך.

4. טענתם הכללית של המשיבים היא כי מתן היתר שהייה בארץ לתושב מדינה או ישות מדינית המצויים בעימות עם מדינת ישראל טומנת בחובה סיכון בטחוני, שכן נאמנותו ומחויבותו של אותו אדם עשויה להיות למדינה או לישות מדינית המצויים בעימות עם ישראל.

עמדה כללית זו מקבלת משנה תוקף עקב החרפת העימות המזוין עם הצד הפלסטיני בספטמבר 2000. הקונפליקט המתמשך הישראלי - פלסטיני הינו מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה, אלא שאופי הקונפליקט שינה פניו בשלהי ספטמבר 2000, והדברים ידועים. במסגרתו של הקונפליקט, שהפך לעימות מזוין, נלחם הצד הפלסטיני בכל האמצעים העומדים לרשותו כנגד אזרחיה ותושביה של מדינת ישראל, תוך שהוא עושה שימוש ומסתייע במקרים מסויימים, למרבה הצער, באזרחים ערבים של מדינת ישראל, ובעיקר במי שהיו תושבי שטחים וזכו לקבל מעמד בישראל בעקבות תהליכי איחוד משפחות לסוגיהם. כתוצאה מכך, אורבות סכנות חמורות לאזרחי מדינת ישראל ולביטחון הציבור, סכנות אשר הוחרפו בצורה משמעותית מאז החל העימות המזוין בספטמבר 2000. הדברים נאמרים מבלי לפגוע בכלל הציבור הערבי בישראל.

ב. תכלית החקיקה: הגנה על הזכות לחיים, לשלמות הגוף ולבטחון

אישי

5. הוראת השעה נועדה למזער את הסיכון הנשקף לבטחון הציבור ולצמצם את הסכנה לפגיעה בזכות היסוד הבסיסיות ביותר של כל אחד מהפרטים בישראל, היא הזכות לחיים.

6. זכות זו 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 (קטין) על-ידיו הורינו
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.

7. יצויין כי אף בטרם נחקק חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו, היה ערך זה של קדושת החיים
 שלוב בשיטת המשפט הישראלית, אשר ינקה אותו מערכי היסוד של היהדות. עמד על כך
 השופט זילברג בע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ ואח' נ' מזיאר, פ"ד יז
 1319, בקובעו כי (בעמ' 1333):

"היהדות, מאז ומעולם, מאדירה ומפארת את הערך הכביר
 של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות
 ואמונות, אלא תורת חיים – של החיים, ולמען החיים...
 ...תוך המסגרת הסדירה של חיי החברה, ועל-פי סולם
 העדיפויות של תורת ישראל, החיים הם הנכס הקדוש
 ביותר..."

ובאופן דומה, מציין המשנה לנשיא, השופט אלון, בע"א 506/88 יעל שפר, קטינה נ' מדינת ישראל (לעיל, בעמ' 117):

"בצלם אלוקים ברא את האדם' - הוא היסוד העיוני, הפילוסופי, לגישתו המיוחדת של המשפט העברי בדבר הערך העליון של קדושת חיי האדם – של קדושת צלם האלוקים שבו נברא האדם...".

8. לצד זכותו של כל פרט בחברה לחיים, עומדת זכותה המוכרת במשפט של המדינה להגנה עצמית. המדינה נושאת בחובה ובאחריות לשמור על חייהם ועל שלומם של תושביה, והיא זכאית לנקוט בפעולות כנגד מבקשי רעתם, במטרה למנוע את הפגיעה בחייהם.

9. 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 מחוייבת ונושאת באחריות להגנה על חייהם ושלומו של תושביה.

הבסיס העומד ביסוד החקיקה:

10. עמדתם המקצועית של גורמי הבטחון הינה כי מדיניות המאפשרת הגירה וזרימה כמעט חופשית של תושבי האיזור לתוך שטח מדינת ישראל מחמת נישואין מעצימה את הסיכון הנשקף לשלום הציבור במדינת ישראל ולזכותו של כל פרט ופרט מקרב אזרחי ישראל ותושביה לחייו ולשלמות גופו. עמדה זו מבוססת אך ורק על מאפייניו הייחודיים של העימות המזוין הנוכחי, ואלה הם המאפיינים:

11. (א) מעורבות האוכלוסיה האזרחית במאבק האלים –

הכוחות הנלחמים במדינת ישראל אינם נמנים על צבא סדיר, אלא הם באים מתוך האוכלוסיה האזרחית. בהקשר זה יוער כי קיימת חפיפה כמעט מלאה בין טווח הגילאים של המעורבים באופן אקטיבי בעימות נגד ישראל מקרב האוכלוסיה האזרחית ובין טווח הגילאים של המבקשים לשהות בישראל ולרכוש בה מעמד מכוח נישואין. פרופיל הגילאים של מבקשי איחוד משפחות לישראל זהה כמעט לחלוטין לפרופיל הגיל של המפגע הטיפוסי והוא נע, בדרך כלל, בין גיל 18 לגיל 40.

זאת ועוד, קיימת באוכלוסיה האזרחית באזור תמיכה רבה במאבק האלים נגד ישראל, לרבות בפיגועי התאבדות נגד אזרחים חפים מפשע, ושיעור תמיכה גבוה זה מעצים את הסיכון הנשקף לבטחון הציבור מהאוכלוסיה האזרחית באיזור.

מעורבות של האוכלוסיה האזרחית בעימות המזוין, בין אם בדרך של נטילת חלק פעיל בעימות ובין אם בדרך של תמיכה בו, מקימה את הצורך המצער בהטלת מגבלות מסוימות על האוכלוסיה האזרחית – בכלל, ועל מי שמצוי בטווח הגילאים בו המעורבות בפיגועים שכיחה – בפרט.

12. (ב) ניצול מדיניות ההגירה לישראל באמצעות הליך איחוד משפחות לצורכי העימות המזוין –

במסגרת חקירות גורמי הבטחון, בעיקר בשנתיים האחרונות, התברר יותר ויותר כי תושבי האזור אשר קבלו מעמד בישראל מכוח נישואין, היו מעורבים ב"גלגול" פיגועים בישראל, הן כמפגעים והן כסייענים לצורך החדרת מפגעים מהשטחים לישראל. בין יתר הפעולות בהן היו מעורבים תושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל כאמור ניתן להצביע על:

- נטילת חלק אישי בביצוע הפיגוע, ובכלל זה כמפגע - מתאבד.
- החדרת מחבלים מתאבדים מהשטחים או מישובי קו התפר בצידו הפלסטיני והובלתם אל יעדי הפיגועים בתוך שטחי מדינת ישראל.
- איסוף מודיעין למבצע (מל"מ) על יעדי פיגועים אטרקטיביים, במיוחד במטרה להגדיל את קטלניות הפיגוע.
- ביצוע משימות לוגיסטיות בשליחות ארגוני הטרור כגון: שכירת דירות מבטחים, ששימשו בסיס ליציאה לפיגועים, החדרת האמל"ח ועוד.
- גיוס מפגעים וסייענים מקרב ערביי ישראל, עימם הם מקימים קשרים.

מעורבותם בטרור של תושבים אלו היא תוצאה ישירה של העניין שמגלים בהם ארגוני הטרור בשטחים ואף בחו"ל, התעניינות שגברה מאוד מאז פרוץ העימות המזוין.

13. ההתעניינות הגוברת נובעת, בראש ובראשונה, מכך שנושאי תיעוד ישראלי, לרבות רשיון לנהיגת כלי רכב ישראלי, הינם בעלי יכולת תנועה חופשית בישראל, תוך נגישות והיכרות ליעדים ישראליים, לרבות יעדים ישראליים בטחוניים. האטרקטיביות של תושבי שטחים לשעבר אלו בעיני ארגוני הטרור, הלכה וגברה ככל שגברו הקשיים להחדיר, באופן עצמאי, מפגעים לתחומי הקו הירוק, בין היתר בשל ההתקדמות בבניית גדר ההפרדה. מאז פרוץ העימות המזוין ובעיקר בשנה האחרונה, לאחר כניסת כוחות צה"ל לשטחים במסגרת מבצע חומת מגן, גברו קשיים לוגיסטיים אלו של ארגוני הטרור, בשל הכתרים והסגרים, כמו גם בשל נוכחות צה"ל בשטחים. כפועל יוצא מכך, מזהים גורמי הבטחון בחלק ניכר מפיגועי

ההתאבדות שבוצעו בתחומי הקו הירוק את מעורבותם, בעיקר כסייענים, של נושאי תיעוד כאמור בעקבות הליכי איחוד משפחות, כמו גם מיעוטם של ערבים ישראלים.

14. בנוסף, במקביל להתערות זאת בחברה הישראלית, ממשיכים תושבי האזור במקור שקיבלו מעמד בישראל לשמור על קשרים הדוקים עם משפחותיהם בשטחים ועם מוסדות ו"ארגונים" בשטחים, וממילא נאמנות חלק מהם לעניין הפלסטיני ולרשות הפלסטינית הינה מובהקת וברורה.
לא זו אף זו, חלקם אף ממשיכים להתגורר בשטחים לסירוגין, והתיעוד הישראלי מאפשר להם מעבר חופשי בין השטחים לישראל, כל אימת שיחפצו בכך.

15. זאת ועוד, ההתערות בישראל וההיכרות עם אורחות החיים בה, מחד גיסא, לצד המשך הקשרים ההדוקים ב"שטחים", מאידך גיסא, מאפשרת להם לפעול כגורם "מקשר" בין שני האזורים. בדרך זו, ביכולתם לאסוף מל"מ על יעדי פיגועים ולהעבירו לשטחים, וכן להוביל, הם עצמם, מפגעים מהשטחים לישראל. מבחינתם של ארגוני הטרור עצמם, תעודת הזהות הישראלית ולוחית הרישוי הצהובה הישראלית מהווה "מכפיל כוח" בטרור.

16. (ג) **מגבלות האיבחון הפרטני והעדר יכולת ממשית לשלול את החשש לפגיעה בביטחון כתוצאה מכניסתם של תושבי האזור במצב הנוכחי -**

נדגיש את הברור מאליו, שמשימתם העיקרית והמרכזית של גורמי הבטחון הינה סיכול פעילותם האלימה של ארגוני הטרור הפלסטינים, קרי, הצלת חיי אדם, פשוטו כמשמעו. עיקר האמצעים שהמדינה יכולה לספק לטובת פעילותם של גורמי הבטחון מוקדשים, מטבע הדברים, למלחמה בטרור הרצחני, כאשר האמצעים העומדים לרשותם של גורמי הבטחון נמתחו עד הקצה.

למן העברת הסמכויות וכינון הרשות הפלסטינית, וביתר תוקף למן פרוץ העימות המזוין פחתה יכולת גורמי הבטחון לאבחן באופן פרטני את מסוכנותו של מבקש תושב האיזור לרכוש מעמד בישראל ולהיכנס לגדרה.

יצויין כי, למן שנת 1994, שנה בה החל הגידול החד והמתמיד במספר הבקשות לאיחוד משפחות בין תושבי ואזרחי מדינת ישראל לבין תושבי האזור ועד להחלטת הממשלה, אחוז הסירובים לאישור הבקשות בגין מידע בטחוני קונקרטי אודות בן זוג זר תושב האזור עמד בממוצע על כ- 8% בלבד.

17. יחד עם זאת, מעורבותם מאז פרוץ העימות המזוין של נושאי תיעוד ישראלי, בכל שורת המאפיינים שפורטה לעיל, בסיוע לארגוני טרור ובביצוע פיגועי דמים בשטח מדינת ישראל

מצביעה על כך כי רבים מבין אלה אשר בהעדר מידע בטחוני שלילי קונקרטי נאותה מדינת ישראל במסגרת בקשה לאיחוד משפחות להעניק להם מעמד בישראל, חיברו עצמם לעניין הפלסטיני בשלב כזה או אחר, לאחר כניסתם לישראל ונתנו ידם לסיוע כמו גם לביצוע פיגוע טרור קטלניים.

18. הסיבות העומדות ביסוד מגבלות האבחון הפרטני של גורמי הבטחון הינן כדלקמן:

- א. פערי מידע – בנסיבות הזמן והמקום מובן שקיימים אצל רשויות הביטחון פערי מידע בנוגע לפעילותם של תושבי האזור, בעיקר אלה המתגוררים באזורי A ו-B. בנסיבות אלה, העובדה שלא קיים מידע בטחוני שלילי על תושב פלוני אינה מצביעה על כך שהנ"ל אינו מעורב בפעילות בטחונית אסורה, ואינה יכולה לשלול את האפשרות שהעדר המידע מקורו בפערי המידע הקיימים כיום.
- ב. הסיכון לביטחון מדינת ישראל יכול להיווצר ולהתממש בכל עת ללא התראה מוקדמת, שכן מי שמבקשים לגביו את איחוד המשפחות בישראל, מתגורר במקום בו פועלים ארגוני הטרור באין מפריע, וכך גם בני משפחתו וסביבתו הקרובה. ארגוני הטרור יכולים אפוא ללא קושי רב ובכל עת ליצור קשר עם מבקש המעמד בישראל ו/או עם בני משפחתו או סביבתו החברתית, ולשכנעם – בין אם בדרכי נועם ובין אם באיומים - לשתף עימם פעולה. לפיכך, בחינה עיתית של כל מבקש - גם לו הייתה ישימה - לא הייתה יכולה לשלול קיומו של הסיכון הנובע ממתן היתרי כניסה לישראל.
- ג. הסיכון מגיע ממי שיכול להיכנס לישראל ולנוע בה כדין – מאז הידוקו של הסגר הכללי, והתגברות הקושי להיכנס לתחומי המדינה, מחפשים ארגוני הטרור כל דרך אפשרית שתסייע להם לבצע את פעולות הטרור בתחומי המדינה. ארגוני הטרור רואים בנושאי תיעוד ישראלי ובמיוחד באלו שיש להם זיקה חזקה לרשות הפלסטינית נכס אטרקטיבי וחשוב ביותר, מבחינתם, לסיוע לארגוני הטרור במסגרת המאבק המזוין. זאת בשל המשך קיומו של קשר הדוק עם משפחה גרעינית וחברי ילדות באיזור; כמו גם, בשל המשך ההזדהות עם העניין הפלסטיני; כמו גם, הנגישות הרבה לאיזור ולמדינת ישראל במקביל; כמו גם, היכולת ללחוץ באמצעות המשפחה הגרעינית אשר נותרה באיזור לשיתוף פעולה מצד אותו תושב איזור לשעבר. לא למותר יהיה לציין בהקשר זה כי הערכתם המקצועית של גורמי הבטחון היא כי להקמתו של "מרחב החיץ" או בלשון אחרת "מרחב התפר" כמו גם הקמתו של "עוטף ירושלים" עלולה להיות השפעה עתידית חמורה גם לעתיד לבוא בהקשר זה, שכן אלה יגבירו עוד יותר את האטרקטיביות של מקבלי המעמד בישראל בעיני ארגוני הטרור השונים וזאת בשל הקושי לצאת ו/או להוציא מחבלים ואמצעי חבלה מהשטחים לישראל.

ד. העבר אינו מצביע על העתיד – העובדה כי לפלוני הותר בעבר להיכנס לישראל, ואו כי לא קיים לגביו מידע בטחוני קונקרטי עדכני, אינה יכולה, כשלעצמה, לנבא כי לא ישקף ממנו **סיכון עתידי** לבטחון המדינה, וזאת בין אם בשל הזדהותו עם המאבק המזוין שמנהל כיום הצד הפלסטיני, שהוא עצמו חלק ממנו, ובין אם בשל העובדה כי הוא לא יוכל לעמוד בפני איומים עליו ועל משפחתו הגרעינית המתגוררת באזור, מצידם של ארגוני הטרור.

ה. עדיפות לשימוש במי שארגון הטרור מעריך שאין לישראל מידע בטחוני שלילי אודותיו.

19. כאן נביא מספר דוגמאות באשר למעורבותם של נושאי תיעוד ישראלי בעקבות איחוד משפחות, בביצוע פיגועים ובסיוע לפיגועים, לפי המאפיינים שפורטו לעיל (יוער כי דוגמאות אלה הובאו כבר בכתב התשובה במסגרת בג"ץ 4608/02).

כך למשל, **אדריס**, אשר זכה לקבל מעמד בישראל מכח נישואיו בשנת 1991, אשר לו שני אחים – האחד פעיל חמאס והשני פעיל תנטיים, יצר קשר עם אחיו במטרה להחדיר מפגע עם מטען חבלה לישראל, וכן גייס שני ערבים ישראלים מאום אלפחם כדי שסייעו לו בהעברת המטען. (מרס 2001)

כך, **אבו חוביזה**, במוצאו ממחנה נוציראת בעזה, אשר נישא לתושבת רמלה וזכה לתיעוד ישראלי בגין כך, נעצר בספטמבר 2002, לאחר שעלה כחבר בהתארגנות של ערבים ישראלים מרמלה ולוד שהופעלה בידי בכירי החמאס ברצועה. הנ"ל גויס במהלך מרס 2002 והוא שגייס את 2 תושבי רמלה ולוד, ובהם גיסו, למטרת ביצוע פיגועים בישראל. חברי החוליה הונחו לחטוף חייל ולרצחו; אספו מל"מ לצורך הנחת מטענים בתחנות אוטובוס והסעה לחילים ואף החלו בהכנת המטענים וכן אספו מל"מ על ביתו של קצין צה"ל באזור מודיעין במטרה להתנקש בחייו, תוך שהמידע כולו מועבר למפעילים ברצועה.

כך, **חרזאללה**, אשר מוצאו מהכפר ראעי בשומרון, ואשר זכה לקבל תיעוד ישראלי בעקבות בקשה לאיחוד משפחות עם אזרחית ישראלית, תושבת עילוט, גויס בידי התארגנות של הגייהאד האיסלאמי בג'נין. הוא עצמו יצא לביצוע פיגוע של הנחת מטען באזור חיפה והקריות, יחד עם פעיל הארגון מג'נין. (אוגוסט 2001)

כך, **מציעי**, מטול כרם במקור, נושא תיעוד ישראלי בעקבות נישואיו לתושבת גייסר אלזרקא, גויס בידי תשתית חמא"ס בשומרון על מנת להחדיר מפגע מתאבד למקום הומה אדם בישראל. (פברואר 2002)

כך, **בידה**, תושב קלקיליה במקור, נושא תיעוד ישראלי מנישואיו לתושבת ג'לגוליה, גויס על מנת להחדיר מתאבד מטעם התארגנות פתח - תנטיים בשומרון על מנת שזה יבצע פיגוע התאבדות במקום הומה אדם בישראל. (פברואר 2002)

וכן, **אבו ג'זר, יליד רפיח**, מתגורר בישראל כשנתיים, בעקבות נישואיו לתושבת רהט. קיבל תיעוד ישראלי בעקבות אישור בקשתו לאחמ"ש. הנ"ל גויס בידי פעילי חמאס ברצועה על מנת להחדיר 2 מפגעים מתאבדים מהרצועה לישראל, לשם ביצוע פיגוע התאבדות בתחנה המרכזית בבאר שבע. נסיון החדירה סוכל באפריל 2002 ואבו ג'זר נעצר במאי 2002.

יוער כי המדובר בדוגמאות בלבד. לפי הידוע לרשויות הביטחון, מאז שנת 2001, 21 מתושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל עקב איחוד משפחות, היו מעורבים בסיוע ממשי לפעילות עוינת נגד ביטחון המדינה. בפיגועים שבוצעו בסיוע תושבי האזור כאמור לעיל נהרגו 45 ישראלים, ונפצעו 124. הנתונים דלעיל בדבר מעורבות תושבי האזור שקבלו מעמד בישראל, בפיגועים מצביעים על המגמה המסוכנת שהתפתחה במהלך השנים האחרונות בקרב האוכלוסיה נשוא העתירה.

20. סיכומם של דברים:

ישראל, כמו מדינות רבות בעולם המערבי, נאלצת כיום להתמודד עם הבעיות הנובעות מהגירת זרים אליהן, לרבות הגירה עקב נישואין. ההתמודדות נעשית, בין היתר, על דרך של החמרת אמות המידה וקביעת תנאים נוספים המוטלים על זרים המבקשים לרכוש מעמד שם. ואולם – וזה העיקר לענייננו - **מדינת ישראל נאלצת להתמודד עם בעיות הייחודיות לה, הנובעות ממיקומה ומצבה הגיאופוליטי, כמו גם מתוצאות ותולדות הסכסוך הישראלי ערבי-פלסטיני ואשר אין דומה להן בכל מקום אחר בעולם.**

בעיקרו של דבר יש לזכור כי לא דומה בכל היבט שהיא בקשה למתן מעמד בישראל לבן זוג זר של ישראלי שהינו תושב האזור לבין בן זוג זר אחר נתין של מדינה אחרת כלשהי (שאינה מדינת סיכון או מדינת עימות), שכן בין מדינת ישראל לרשות הפלסטינית קיים עימות מזויין על רקע לאומי ומדיני.

בעיות ייחודיות אלה יצרו, כאמור לעיל, סיכון ייחודי לשלום הציבור ובטחונו, כתוצאה מהגירה בהיקף משמעותי של אוכלוסייה פלשתינאית לתחומי מדינת ישראל, המתנהלת בה-בעת שבין מדינת ישראל לרשות הפלשתינית מתקיים עימות מזויין רווי דמים. סיכון זה ביקשה הכנסת לצמצם, בתקופה הנתונה, באמצעות הוראת השעה הנידונה.

21. לא למותר יהיה להזכיר כי השיקולים שפורטו לעיל לעניין תכלית החקיקה, קרי – הרצון והחובה להגן על ביטחון המדינה ועל חיי תושביה, מצאו ביטויים בהחלטת הממשלה שקדמה לחקיקת הוראת השעה, שכך נאמר בה:

"לנוכח המצב הבטחוני, ובשל ההשלכות של תהליכי ההגירה וההשתקעות של זרים ממוצא פלסטיני לישראל, לרבות בדרך של אחמ"ש, משרד הפנים, בשיתוף עם משרדי הממשלה הנוגעים בדבר, יגבש מדיניות חדשה לטיפול בבקשות לאחמ"ש. עד לגיבוש מדיניות זו אשר תקבל ביטוי בנהלים ובחקיקה חדשה, במידת הצורך, יחולו הכללים הבאים..."

ובדברי ההסבר להצעת הוראת השעה נאמר כי:

"...מאז פרוץ העימות המזוין בין ישראל לפלסטינים אשר הוביל בין השאר לביצועם של עשרות פיגועי התאבדות בשטח ישראל, מסתמנת מעורבות גוברת והולכת בעימות זה של פלסטינים שהם במקור תושבי האזור, אשר נושאים תעודות זהות ישראליות בעקבות הליכי איחוד משפחות עם בעלי אזרחות או תושבות ישראלית, תוך ניצול מעמדם בישראל המאפשר להם תנועה חופשית בין שטחי הרשות לישראל.

לפיכך, ובהתאם להחלטת הממשלה מס' 1813 מיום 12.5.2002 (להלן - החלטת הממשלה), מוצע להגביל את האפשרות להעניק לתושבי האזור אזרחות לפי חוק האזרחות, לרבות בדרך של איחוד משפחות, ואת האפשרות לתת לתושבים כאמור רישיונות לשיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל או היתרי שהייה בישראל לפי תחיקת הבטחון באזור".

ביסוד החלטת הממשלה, כמו גם ביסוד חקיקת הכנסת, עומדות נסיבות הזמן והמקום הייחודיות של מדינת ישראל, המצויה בעימות מזוין ובקונפליקט מתמשך מול הצד הפלסטיני. אליבא דידו של המחוקק זכאית המדינה, בין השאר, בגדר חובתה כלפי אזרחיה ותושביה לשמור על חייהם ועל שלמות גופם ולקבוע הסדרים מיוחדים ונאותים שיהא בהם כדי להבטיח כי נישואין עם אזרחי ישראל לא יביאו במוקדם או במאוחר לפגיעה בבטחון הלאומי של מדינת ישראל, כמו גם בבטחונם האישי של אזרחיה ותושביה.

22. עמדה **מקצועית בטחונית** שיסודה במציאות בטחונית קשה מנשוא, הינה בגדר תשתית עובדתית מקצועית, אשר ממשלה אחראית ומחוקק אחראי חייבים להביא בחשבון שיקוליהם.

23. לסיכום, החרפת העימות המזוין העצימה את הסיכון לביטחון הציבור, ובכלל זה הזכות הפרטית של כל אדם ואדם לחיים ולשלמות הגוף. העצמת הסיכון לפגיעה בזכות לחיים ושינוי מאפייני הסיכון האמור הצריכו בין היתר התאמת הכלים המשפטיים לנסיבות החדשות שנוצרו. חקיקת הוראת השעה הנידונה מהווה התאמת התשתית המשפטית לצרכים הנובעים מאופיו של העימות המזוין הנוכחי. כלומר, תכלית החקיקה – הסובייקטיבית והאובייקטיבית – הינה הגנה על זכות הציבור לחיים, לחיים בבטחון אישי ולשלמות הגוף.

על החוק יש להשקיף אפוא כמגשים את החובה המשפטית המוטלת על רשויות השלטון להגן על זכות היסוד רמת המעלה, אשר קבועה בחוק היסוד, היא הזכות לחיים ולשלמות הגוף.

ג. הענקת מעמד לזרים בישראל – המסגרת המשפטית:

24. מעמדו בארץ של זר שנישא לאזרח הארץ או לתושב הארץ מוסדר בחוק ובהוראות מינהל, כשהמכנה המשותף להסדרים אלה הוא שמתן המעמד בארץ נועד להיטיב עם בן הזוג הישראלי, ולא עם בן הזוג הזר. ההסדרים השונים באו איפוא להגן על האינטרסים של בן הזוג המקומי, ולא של בן הזוג הזר.

הסמכות ליתן מעמד לבן זוג של אזרח מכוח סעיף 7 לחוק האזרחות, וקל וחומר לבן זוג של תושב קבע, הינה סמכות שבשיקול דעת, ולבן הזוג הזר **לא עומדת זכות אוטומטית לקבל מעמד בארץ מכוח נישואיו**. אשר להיות הסמכות, סמכות בשיקול דעת, ואשר לחשיבותה של קבלת אזרחות נאמר בבג"ץ 754/83 רנקין נ' שר הפנים פ"ד לח(4) 113, מפי השופט ברק (כתוארו אז) באומרו כי,

"הענקת אזרחות היא מעשה בעל חשיבות רבה. האזרחות יוצרת קשר משפטי נמשך בין אדם לבין מדינתו (ראה א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה 3, תשמ"א) 401). לקשר זה חשיבות בתחומי משפט נרחבים, הן מבחינת המשפט הבינלאומי והן מבחינת המשפט המדינתי. יש בה באזרחות כדי להטיל חובות על המדינה ביחסי החוץ שלה. מבחינת האזרח עצמו, יש בה כדי

ליתן לו זכויות, להעניק לו כוחות, להטיל עליו חובות ולהכיר בחסינותו בעניינים שונים ומגוונים. האזרחות קשורה בזכות הצבעה לכנסת, ביכולת לשאת משרות ציבוריות שונות, בסמכות בתי המשפט, בענייני הסגרה ובעניינים רבים ומגוונים. **אזרחות מקפלת בתוכה נאמנות**.
(שם, בעמ' 117, הדגשות אינן במקור)

מטעם זה הובהר בענין רנקין בהקשר לזכותו של בן הזוג לזר של אזרח הארץ להתאזרח כי:

"... אין כוחה של הוראה זו לבטל את הצורך בשיקול-דעתו של שר הפנים על-פי סעיף 5(ב) לחוק האזרחות. אכן, בהצעת חוק האזרחות, תשי"ב - 1951, הוצע, כי נישואין יעניקו אזרחות מיום הנישואין [סעיף 6], אך הצעה זו לא נתקבלה על-ידי הכנסת, אשר החליפה את ההסדר המוצע בהסדר, לפיו נישואין מקלים על הדרישות שיש למלא, אך אינם מייטרים את שיקול הדעת של שר הפנים (ראה ד"כ 11 (תשי"ב) 1700-1688, וכן 82 (0791) M.D. GOULDMAN, ISRAEL NATIONALITY LAW (JERUSALEM). בכך הצטרפה ישראל לרשימה ארוכה של מדינות, השוללות את העיקרון כי נישואין עצמם (או פירוקם) מביאים לשינוי אוטומאטי באזרחות בני הזוג, והכירה בעקרון עצמאות האזרחות, לפיו התאזרחותו של בן-זוג נקבעת על-פי תנאיו שלו, תוך מתן הקלה מסויימת בהתחשב בנישואין...**לשר הפנים ניתן איפוא שיקול-דעת ('אם ראה זאת לנכון'), אם להעניק אזרחות ישראלית לבן-זוג של אזרח ישראלי**".
(שם, בעמ' 116, הדגשות אינן במקור)

ברוח זו חזר בית המשפט הנכבד וקבע בבג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נג(2), 728 כי:

"זר הנישא לאזרח ישראל, אינו קונה - בעצם נישואיו - זכות להתאזרחות, ושר הפנים סמכותו עימו להיעתר או שלא להיעתר לבקשת התאזרחות המוגשת לו בידי אותו בן-זוג זר" (שם, בעמ' 767-768, הדגשות אינן במקור).

25. הדברים האמורים בדבר קיומו של שיקול דעת בהקניית מעמד לבן הזוג הזר מקבלים משנה תוקף כאשר בן הזוג המקומי אינו אזרח, אלא תושב קבע בלבד. הטעם לכך נובע לא רק

מהשוני במעמד של בן הזוג המקומי, אלא גם מהשוני בתשתית המשפטית מכוחה מוענק המעמד לבן הזוג הזר. הקריטריונים למתן אשרה ורשיון ישיבת קבע לזר אינם קבועים בחוק, ואף לא בתקנות. חסר זה אינו מקרי, והוא נובע מהתפישה העקרונית לפיה שיקול הדעת אם להתיר ישיבת זר בארץ רחב ביותר.

26. בית המשפט הנכבד קבע לא אחת בעבר, כי זכותה הריבונית של המדינה לקבוע מי יכנס בשעריה, וכי היקף שיקול הדעת הנתון לרשויות בעניין זה הוא רחב ביותר. עמדה זו של בית המשפט עוברת כחוט השני בפסיקותיו בעבר הרחוק והקרוב (וראו, למשל, לעניין זה: בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1), 113; בג"ץ 9723/01 לוי נ' שירות התעסוקה, טרם פורסם).

27. לעניין זה נבקש להבהיר, כי עמדתו של בית המשפט הנכבד אף עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי, כמו גם עם המשפט הנוהג במדינות העולם, לפיו כל מדינה שומרת לעצמה זכות מוחלטת לקבוע אלו זרים יכנסו אליה, וככלל, מדינה אינה חייבת לנמק בפני אדם זר מדוע היא מסרבת להתיר את כניסתו לתחומה.

כידוע, סמכותו של שר הפנים ליתן רשיונות על פי חוק הכניסה לישראל, או כל מעמד אחר, פורשה בבית משפט זה כסמכות בעלת שיקול דעת רחב ביותר, וכך נאמר בבג"ץ 431/89 קנדל ריצ'רד ואח' נ' שר הפנים, פ"ד מו(4), 505, בעמ' 520:

"על פי סעיף 1(ב) לחוק הכניסה לישראל "מי שאיננו אזרח ישראלי או בעל אשרת עולה או תעודת עולה, תהיה ישיבתו בישראל על פי רשיון ישיבה לפי חוק זה". הסמכות למתן רשיון כזה ושיקול הדעת בה מסורים לשר הפנים, המשיב. החוק והתקנות שהותקנו מכוחו... אינם מגדירים את הקריטריונים להענקת רשיון כזה. למשיב נתון שיקול דעת רחב בנושא, והוא אינו חייב לנמק את החלטתו."

לענין הטלת הגבלות על כניסת הזרים לישראל, נאמר בבג"ץ 1031/93 אליאן (חוה) פסרו (גולדשטיין), פ"ד מט(4) 661 בעמ' 705:

"משמעות ציבורית זו הביאה לכך שכל מדינה מטילה הגבלות על כניסתם של זרים אליה והגבלות נוספות על המבקש להפוך לתושב או אזרח. הגבלות אלו נועדו לשמור על התרבות המיוחדת של תושבי המדינה, על הזהות, על המכנה המשותף המאחד אותם והמייחד אותם, על האינטרסים הכלכליים שלהם ועל הסדר והמוסר הציבוריים. הגבלות אלו נחלקות לשניים, להגבלות על הכניסה לישראל ולהגבלות על ההתאזרחות ועל ההשתקעות במדינה. לגבי

ההגבלות על הכניסה למדינה, כל מדינה שומרת לעצמה את הכח המוחלט לשלוט על זרם הנכנסים אליה."

28. לעניין מניעת כניסתו של זר כלשהו לישראל אין כל צורך בהוכחת קיומו של חשש לשלום הציבור ברמה של "קירבה לוודאות", ואף לא ברמה של "חשש ממשי", אלא בכל מקרה די בחשש שאינו מופרך כדי להצדיק מניעת כניסתו של אדם זר לישראל. כך נפסק בעיתות רגיעה יחסית, ועל אחת כמה וכמה שהדברים חלים, מקל וחומר, בעיתות של עימות מזוין. בענייננו, עמדתם המקצועית של גורמי הבטחון הינה כי כניסתם של פלסטינים לישראל מסכנת את שלום הציבור ובטחון המדינה. לא זו בלבד שאין מדובר בחשש רחוק, שכלשעצמו היה יכול למנוע כניסה לישראל, חזקה על בית המשפט הנכבד שהוא יודע, בגדר ידיעה שיפוטית, שהסכנה הכללית הנשקפת כיום לאזרחי המדינה ותושביה מכניסתם של תושבי האזור לתחומי המדינה הינה ממשית וחמורה ביותר.

בנסיבות העניין, קיימת סכנה כללית לביטחון המדינה, כמו לכל פרט ופרט מקרב אזרחי המדינה ותושביה, לחייו ולשלמות גופו, וזאת כתוצאה משהייתם של תושבי האזור בתוכה, בין שהיא ישיבה ארעית ובין ישיבת קבע. סכנה זו, למרבה הצער, מתממשת כל העת בדמותם של פיגועי טרור רצחניים.

29. הסיכון האמור עקב שהייתו של מאן דהוא תושב האיזור במדינת ישראל עלול לצוץ באופן מיידי, ללא התרעה מוקדמת ובלא שניתן לנבא ולהעריך האם אותו תושב עלול לשתף פעולה עם ארגון טרור; האם הופעל עליו לחץ מצד ארגוני טרור עת שב לביקור משפחתי בכפרו שבאיזור והעובדה כי על פני הדברים, לכאורה, עברו נקי אינה יכולה להצביע על העדר סיכון הנובע הימנו.

המשך המוטיבציה של ארגוני הטרור, המשך מעורבותם של חלקים כבדים בחברה האזרחית הפלסטינית במאבק המזוין והמשך נגישותו של תושב האיזור לשעבר לפעילי טרור באיזור יוצרת סיכון ממשי ביותר, שאין כל הצדקה לקחתו בנסיבות הזמן והמקום הנוכחיות.

30. כאמור לעיל, הוראת השעה באה לעולם על רקע מציאות המאופיינת בכך שמסתמנת מעורבות הולכת וגוברת של תושבי האזור במקור, אשר נושאים תעודות זהות ישראליות בעקבות תהליכי איחוד משפחות בין קרובי משפחה בעלי אזרחות או תושבות ישראלית לבין תושבי האזור. מציאות זו מסכנת באופן קרוב לוודאי את בטחון הציבור ושלומו.

ד. לטענת הפגיעה בזכויות מוגנות

31. העותרים בעתירות השונות טוענים כי הוראת השעה פוגעת בזכותם לשיוויון, לפרטיות, לחירות אישית ולהקמת תא משפחתי. עמדת המשיבים – כפי שתפורט מיד – הינה כי הוראת השעה עולה בקנה אחד עם הוראות חוק היסוד. הוראת השעה באה להגשים את החובה להגן על זכות היסוד לחיים. נבחין להלן בין הזכויות השונות שהעותרים טוענים לפגיעה בהן.

32. (א) הזכות לחרות –

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.”

סעיף 5 מכוון להעניק הגנה לחירות הפיזית מפני פגיעה בה בדרך של מאסר, מעצר, הסגרה וכיוצא באלה. סעיף זה המכוון להגן על החירות הפיזית אינו המכשיר המתאים להגנה על האוטונומיה של הפרט בבחירת בן זוג. לפיכך טענות העותרים בהקשר זה, הינן מחוסרות יסוד.

33. (ב) הזכות לפרטיות –

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.”

סעיף 7(א) מעניק הגנה עקרונית לזכות לפרטיות, וזאת מבלי להגדיר את המושג פרטיות. יתר חלופות הסעיף מגדירות את סוגי הפגיעות האסורות בזכות העקרונית, כשהמכנה המשותף לסוגי הפגיעות האסורות הוא בהיותן פרי התנהגות אקטיבית (“אין נכנסים” “אין עורכים” ו”ואין פוגעים”). סוג הגנה זו – קרי איסור על פעולה אקטיבית פוגענית – מתיישב עם מהותה של הזכות לפרטיות, שהיא למעשה הזכות של היחיד למרחב ולמתחם פרטי בה מוגבלת נגישות אחרים אליו. מרחב זה יכול שיהיה פיזי (בית) או מופשט (מידע).

הוראת השעה הנדונה אינה מביאה לפגיעה במרחב הפרטי לבחירת בן זוג, שכן היא איננה מגבילה את זכות הפרט לבחור בן הזוג. הוראת השעה – בשל העימות המזוין הגובה מחיר דמים כבד – קובעת מדיניות הגירה, אשר מכוחה מוגבלות ההטבות הנלוות להקמת תא משפחתי.

טענתם המשפטית של המשיבים הינה כי מקום בו לא מופרע הפרט בבחירת בן זוג וכל פעולת המדינה היא הימנעות מלהעניק לבן הזוג הזר את ההטבות בתחום ההגירה הנלוות להקמת התא המשפחתי – לא נפגעת הזכות לפרטיות.

34. (ג) הזכות לשוויון –

המשיבים סבורים כי במסגרת עתירה זו אין צורך להידרש לשאלה באילו נסיבות מגעת פגיעה בשוויון כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד המעוגנת בחוק היסוד, שכן במקרה דנן לא נפגע כלל עקרון השוויון.

על מנת לבסס את הטענה שלא נפגעת הזכות לשוויון נזכיר כי שיקול הדעת של שר הפנים אם להתיר כניסת זרים לישראל הינו רחב ביותר, ולמעשה הסייג ההומניטרי של מתן מעמד בישראל לזר מכוח איחוד משפחות נועד להיטיב עם בן הזוג הישראלי ולא עם הזר. משמעות הדבר היא שהפלייה פסולה קיימת כאשר החוק מעניק יחס שונה לבני זוג ישראלים אשר אין ביניהם שונות רלבנטית. נוכח שיקול דעתו הרחב של שר הפנים, ונוכח תכלית הסייג ההומניטרי, **ברי כי טענה בדבר הפליה פסולה המצדיקה בטלות דבר חקיקה ראשי אינה יכולה להישמע מפיו של הזר.**

הפלייה פסולה קיימת כאשר מוענק יחס שונה לבני זוג ישראלים וזאת מחמת שונות בתכונותיהם או במאפייניהם האישיים אשר אינה רלבנטית (כגון מין, דת, גזע לאום). במקרה הנידון ההבחנה שעורך החוק אינה מושתתת על מיהות בן הזוג המקומי, אלא על מיהות בן הזוג הזר. עובדה זו שומטת את הקרקע תחת הטענה בדבר הפלייה פסולה של בן הזוג המקומי.

נדגיש: ההגבלה בהוראת השעה הינה על בסיס השתייכות ליישות מדינית המצוייה בעימות מזוין עם מדינת ישראל (תושב האזור, כהגדרתו בהוראת השעה). זו היא ההבחנה שעשה המחוקק, לעניין אי-הענקת מעמד בישראל לעת הזו לאוכלוסייה הנ"ל, ולא הבחנה על בסיס של לאום, דת, גזע או מין. בנסיבות דנן, אין יסוד לחשש כי ההבחנה על בסיס מיהות בן הזוג הזר מסווה הבחנה אסורה על בסיס לאום בן הזוג המקומי, וזאת ממספר טעמים:

ראשית, ההבחנה על בסיס מיהות בן הזוג הזר מבוססת על שיקולים ענייניים המתחייבים להערכתם המקצועית של גורמי הביטחון מנסיבות הזמן והמקום, ואשר

תמציתם היא התגברות הסכנה לשלום הציבור, שעה שהמעמד בארץ מבוקש עבור בן זוג תושב האזור הפלשתינית, על רקע העימות המזויין בינה לבין מדינת ישראל. ההצדקה העניינית להבחנה על בסיס מיהות בן הזוג הזר מפיגה את החשש מפני הסוואת שיקולים פסולים.

שנית, הוראת השעה חלה על כל בני הזוג הישראלים ללא כל הבחנה באשר למאפייניהם מבחינת לאום, דת וכד'.

העולה מן האמור הוא כי מאחר והוראת השעה עורכת הבחנה על בסיס מיהות הזר, כשהבחנה זו מבוססת על השיקול הענייני של הגנה על הזכות לחיים, לא קיימת פגיעה בזכות לשוויון של בני הזוג המקומיים. זאת ועוד, הבחנה זו אינה מבוססת על שיקולים אתניים ככאלה, אלא על שיקולים ביטחוניים, ובכך כל ההבדל שבעולם.

35. (ד) הזכות לחיי משפחה –

ראשית יצוין כי הוראת השעה איננה מונעת התקשרות לחיי משפחה, איננה מונעת בחירה אוטונומית בבן הזוג ואיננה מאיינת את הזכות לקיים חיי משפחה מעיקרה, אלא היא אינה מאפשרת את מימושה של הזכות במדינת ישראל דווקא.

מעבר לכך, העותרים סומכים את עתירתם על אמנות בינלאומיות, אשר אינן מהוות חלק מהמשפט הפנימי, אלא לכל היותר כלי עזר בפרשנות. במסגרת ההיזקות למשפט הבינלאומי ככלי עזר פרשני לתיחום היקפה הפנימי של הזכות לחיי משפחה יבקשו המשיבים לחדד שתי נקודות מרכזיות:

ראשית, האמנות הבינלאומיות השונות אינן מפרשות את ההגנה על הזכות לחיי משפחה ככוללת חובה מוחלטת לפתוח את שערי המדינה בפני הזר.

שנית, המשפט הבינלאומי מכיר – כפי שנפרט מיד – בחרג עיקרי הקיים בהוראות האמנות הבינלאומיות ואשר אליו לא הפנו העותרים, הגם שהוא רלבנטי לענייננו, ועל אחת כמה וכמה במצב הנוכחי.

□ **באמנה בדבר אזרחותן של נשים נשואות** אשר אושררה בידי מדינת ישראל בשנת 1957, בה נקבע כי יקבעו הסדרים מיוחדים כדי להקל על התאזרחותה של בת זוג זרה הנשואה לנתין מדינה חברה באמנה, נקבע מפורשות בסעיף 3 לאמנה, כי זכות זו כפופה למגבלות שיוטלו עליה מטעמים של בטחון לאומי ומדיניות ציבורית- “national security or public policy”

□ האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות מתיחסת בסעיפים 17 ו-23 למוסד המשפחה, ואולם יושם אל לב כי אין באמנה כל הוראה המחייבת מתן מעמד לבן זוג זר.

סעיף 17 קובע כדלקמן:

“no one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation”

סעיף 23 (1) קובע:

“ The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State”.

הזכות לחיי משפחה ולהגנה על יחידת המשפחה מצד המדינה פורשה כזכות יחסית, אשר מימושה תלוי גם בפרמטרים ואינטרסים נוספים.

לענין זה, לא למותר יהא להפנות להוראת סעיף 4 לאמנה, 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.

סעיף 4 קובע כדלקמן:

“in time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the states parties to the present covenant may take measures derogating from their obligations under the present covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve

**discrimination solely on the ground of race,
colour, sex, language, religion or social origin.”**

חשוב להדגיש לענייננו כי בסעיף קטן 2 לסעיף 4 הנ"ל נקבע כי גם במקרה של מצב חירום כאמור, לא ניתן לפעול בניגוד למספר סעיפים באמנה, ואולם סעיפים 17 ו-23 הוצאו במפורש מהוראה זו.

□ אף **האמנה האירופית בדבר זכויות האדם** אליה מפנים העותרים, הגם שאינה מחייבת את ישראל שאינה צד לאמנה, קובעת לצד החובות המוטלות על מדינה חברה (סעיפים 8 ו-12 לאמנה) בהתייחס לזכות לחיי משפחה, **חריג עיקרי** הקבוע בסעיף קטן 2 לסעיף 8 לאמנה, כדלקמן:

“There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of the rights and freedoms of others.”

סעיף 8 (2) קובע אם כן, כי מדינה חברה רשאית להגביל את ה"זכות" בכפוף לחוקי המדינה וככל שהדבר דרוש בחברה דמוקרטית למען אינטרסים של בטחון 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.

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 (למעט סעיפים מסוימים באמנה שסעיף 8 אינו נמנה עליהם).

יש לזכור שהסטנדרט הבינ"ל טעון קליטה לתוך המשפט המדינתי ובפועל המשפט הפנימי של מדינות שונות אימץ הסדרים השונים מהקבוע באמנות. כך למשל בבית הדין האירופאי לזכויות אדם נקבע בפרשת Abdulaziz v. the united kingdom, בהקשר לסעיף 8 של האמנה האירופאית בדבר זכויות אדם, אשר נוסחו הובא לעיל, כי:

“The duty imposed by article 8 (art. 8) cannot be considered as extending to a general obligation on the part of Contracting State to respect the choice of married couples of the country of their matrimonial residence and to accept the non-national spouses for settlement in that country”

<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=0&Action=Html&X=1030120724&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>

וכך גם בעניין *Ahmut v. the Netherlands*, שם קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם כי :

“Article 8 (art. 8) does not guarantee a right to choose the most suitable place to develop family life”

<http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc1doc/HEJUD/sift/588.txt>

מן האמור עולה כי במשפט הבינלאומי, 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 הבטחון הלאומי והסדר הציבורי.

36. לנוכח האמור לעיל עמדת המשיבים הינה כי הוראת השעה איננה פוגעת בזכות המוגנת באמצעות חוק היסוד, ודי בטעם זה כדי לדחות את העתירה.

ה. מבחני פסקת ההגבלה

37. לחילופין, נטען כי גם אם קיימת פגיעה בזכות מוגנת הרי שזו עומדת בדרישות פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

בטרם נבחן את תנאי פסקת ההגבלה, יודגש כי הוראת השעה הנידונה הינה הוראה זמנית

שתוקפה לשנה, כפי שקובע סעיף 5 להוראת השעה :

"חוק זה יעמוד בתוקפו עד תום שנה מיום פרסומו ואולם רשאית הממשלה, באישור הכנסת, להאריך בצו את תוקפו, מעת לעת, לתקופה שלא תעלה כל פעם על שנה אחת"

עמדת המשיבים הינה 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. כך למשל נקבע בבג"ץ 24/01 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד נו(2) 699, בעמ' 713 ואילך :

"ייתכנו מקרים בהם יחליט בית המשפט, על יסוד שיקולים של מדיניות שיפוטית, להתחשב ב"זמניותו" של חוק "זמני" כנימוק למידתיותו, ועל יסוד זה להניח - מבלי לפסוק - כי החוק עומד ביתר מבחניה של הביקורת החוקתית..." (הדגשות במקור)

לעניין זה יפים גם דבריו של כב' השופט גולדברג בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, בעמ' 494, שם נקבע כי :

"...יש לזכור כי מדובר בהוראת מעבר בלבד, ולא בהנצחת אי-שוויון לתמיד. הבעיות המתעוררות בתקופת מעבר של חוק ניתנות לפתרון במספר דרכים, ובאיזונים שונים, ועל המחוקק לבחור באחת מן האופציות העומדות לפניו. **לזמניותה של הנורמה יש נפקות לעניין התערבותו של בית המשפט בשיקולי המחוקק, ולעניין יישומה של פיסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, במקרה כזה.**" (הדגשות אינן במקור)

וראו גם בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, בעמ' 486, שם ייחסה כב' השופטת שטרסברג-כהן משקל מיוחד לזמניותו של מעשה החקיקה, באומרה כי :

"המדיניות החדשה עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי. משקל מיוחד ניתן במסקנתי זו לזמניותו של מעשה החקיקה. מעמדו הנורמאטיבי של חוק הכנסת מקנה נופך של רצינות ונחישות לכוונה לעצב מדיניות חדשה ולפטור

בעיות שהתעוררו במצב הקיים. על תקופת הביניים להיות קצרה כמתחייב מייעודה. אל מול יעד חברתי מרכזי עומדת הפגיעה בחופש העיסוק של העותרות, שבנסיבות המקרה עליו לסגת זמנית מפני היעד החברתי...”

38. פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק היסוד קובעת כי :

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

על-פי הוראות חוק 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, כפי שיפורט להלן.

39. **החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל** : ברי כי אין מחלוקת על כך שערך החיים וזכותו של אזרח לחיים ובטחון המונחים בבסיסה של הוראת השעה הנידונה הינם מערכיה החשובים של מדינה דמוקרטית, לא כל שכן מדינה יהודית.

40. **תכלית ראויה** : אין פוגעים בזכויות אדם, אלא בדבר חקיקה שנועד לתכלית ראויה. כפי שציינו בראשית דברינו, תכליתה של הוראת השעה, כמו גם של החלטת הממשלה שקדמה לה, הינה הגנה על הזכות לחיים, אשר הינה זכות יסוד בסיסית של כל פרט ופרט בישראל. כמוזכר לעיל, קדושת החיים הינה עקרון יסוד המנחה את תפיסתנו בדבר כיבוד זכויות האדם במדינת ישראל והזכות לחיים, הנגזרת מקדושת החיים, הינה זכות יסוד בסיסית הזוכה להגנה רחבה בחוק היסוד.

עמדת המשיבים היא כי העובדה שהתכלית אשר עמדה ביסוד הפגיעה בזכות המוגנת, הינה הגנה על זכות יסוד ראשונה במעלה משפיעה על יישום מבחני פסקת ההגבלה, כשעל אופן ההשפעה נרחיב את הדיבור בהמשך.

ואכן בספרו **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** (כרך ג, תשנ"ה) בעמ' 518-522, מבחין פרופ' א. ברק בין שלושה סוגים עיקריים של תכליות. הסוג הראשון כולל את כל אותם חוקים אשר תכליתם לקדם זכויות אדם. הסוג השני כולל את החקיקה שנועדה לקדם מטרות חברתיות ואילו הסוג השלישי כולל את החקיקה אשר תכליתה פגיעה בזכויות

אדם, תכלית שאיננה ראויה ולכן דבר חקיקה שנועד לקיימה אינו עובר את הבחינה החוקתית.

סוג החוקים הרלוונטי לענייננו הינו הראשון מבין שלושה שנמנו, אשר כולל חוקים שתכליתם להגן על זכויות אדם וביניהן **הזכות לחיים**, שהינה, כאמור לעיל, זכות יסוד במשטר החוקתי במדינת ישראל. חקיקה זו מתאפיינת בכך שבמסגרתה עומדות שתיים או יותר זכויות אדם המתנגשות זו בזו. במקרה זה אין ספק כי תכלית החקיקה המגינה על זכויות יסוד הינה ראויה.

יחד עם זאת, יטענו המשיבים כי כבר בשלב זה יידרש בית המשפט לאמוד את משקלן היחסי של הזכות המוגנת ושל הזכות הנפגעת. שכן, אומדן זה ישפיע על אופן יישום מבחני המידתיות, כפי שנפרט להלן.

במקרה שלפנינו, בהנחה שיש פגיעה כלשהי בזכות יסוד של מי מהעותרים, הרי שמדובר באיזון בין הזכות לחיים לבין הזכויות שכביכול נטען לפגיעה בהן. ברי כי הזכות לחיים היא אם כל הזכויות וכי הינה זכות בלעדית. הזכות לחיים, כאמור, מוגנת הגנה כפולה בחוק היסוד וערך קדושת החיים הינו עקרון יסוד בחברה הישראלית. דוגמא לחשיבות העילאית שמצא המחוקק לנכון להעניק לזכות לחיים הינה חקיקתו של חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח – 1998, שנחקק לאחר חקיקת חוק היסוד, המטיל חובת הצלה והושטת עזרה למי שמצוי בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו.

מן האמור עולה בבירור כי באיזון הפנימי שבין זכויות האדם המדוברות, ידה של הזכות לחיים על העליונה. משכך, דבר החקיקה המעגן בתוכו את הזכות לחיים הינו בעל תכלית ראויה וכי ביישום מבחני המידתיות יש לתת משקל לעליונות זו.

41. **מידתיות**: הדרישה לפגיעה "במידה שאינה עולה על הנדרש" קובעת את חוקתיות האמצעי. 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"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, בעמ' 384-385).

יחד עם זאת, אמצעים מטיבם אינם מנותקים בהקשרם מהמטרות שהם נועדו להגשים ולכן גם מבחן המידתיות, על שלושת מבחני המשנה שלו, מושפע באופן ישיר מחוזקה של התכלית הראויה, אשר בשמה נעשית הפגיעה בזכויות היסוד האחרות. ברוח זו ציינה כבוד השופטת דורנר בפסק הדין בבג"ץ 6268/00 קיבוץ החותרים נ' מינהל מקרקעי ישראל, נה(5) 639, בעמ' 668 כי:

"מידת הדווקנות שבה יש להפעיל את הדרישות השונות תלויה במשקלם הסגולי של הזכויות והאינטרסים המוגנים מחד ושל תכלית הפעולה מצד אחר". (הדגשות אינן במקור).

ראו גם: ד' דורנר, "מידתיות" ספר ברנזון (א' ברק, ח' ברנזון - עורכים, כרך ב, תש"ס, 281) בו נאמר כי מן הראוי להתאים את מבחני המשנה של עקרון המידתיות לזכויות ולאינטרסים השונים שעליהם העקרון משתרע וכי מבחני המשנה צריכים להתפרש כיחסיים ולא כמוחלטים (שם, בעמ' 289).

במקרה שלפנינו התכלית אשר בבסיס הוראת השעה, בהנחה שיש בה כדי לפגוע בזכויות יסוד אחרות, מגינה על עקרון יסוד וזכות אדם ממדרגה ראשונה במשטר החוקתי הישראלי, קדושת החיים והזכות לחיים. נוכח זאת יש לנקוט בגמישות המתאימה ביישמו את מבחני המשנה של מבחן המידתיות, כפי שיובהר להלן.

א. מבחן ההתאמה: על פי מבחן זה נדרש קשר רציונלי בין המטרה לבין האמצעי. קשר זה מתקיים במקרה דנן, שכן הגבלת כניסתם והשתקעותם של תושבי האזור בישראל, בתקופה הקשה בה אנו נתונים עת שחלקים נרחבים באוכלוסיה האזרחית הפלסטינית מגויסת לעימות מזוין - עימות קשה ועקוב מדם עם מדינת ישראל, הינה מכשיר מתאים לצמצום הסיכון לבטחון הציבור ולזכות של כל פרט ופרט לחיים.

ב. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה: על פי מבחן זה בחינת יעילותה של חלופה צריכה להיעשות בשים לב לתכלית שאותה מבקש החוק להגשים. הטעם לכך הינו שמשקלה היחסי של תכלית זו ומהותה ישפיע על מידת הנכונות להסכין עם סיכון לטעות בהערכת יעילות החלופה. 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 הבטחון – הנסמכת, למרבה הצער, על ניסיון העבר – הינה כי בדיקה פרטנית של הסיכון, על גווניה השונים, אינה יעילה דיה ואינה מנבאת באופן מספק סיכון עתידי, בנסיבות הזמן והמקום וזאת מהטעמים שפורטו בהרחבה לעיל. לכן, בנסיבות העניין, אין בנמצא חלופה יעילה, אשר יכולה להיחשב כאמצעי יעיל שפגיעתו פחותה.

ג. שקילות התועלת מול הנזק: על פי מבחן זה נדרשת שקילות הנזק (הפגיעה הנטענת

בזכות לחיי משפחה) מול התועלת (ההגנה על הזכות לחיים). מעליונותה וקדושתה של הזכות לחיים נובע כי במאזן הכולל מצדיקה התועלת את הפגיעה הנטענת בזכות לחיי משפחה. הדברים מקבלים משנה תוקף שעה שהפגיעה בזכות היסוד **הינה זמנית ולא קבועה**, כפי שפורט בהרחבה לעיל.

יוזכר כי במסגרת מרחב התמרון הנתון למחוקק, במסגרת בחירת האמצעי שפגיעתו היא הפחותה ביותר ובמסגרת הניסיון לאזן בין חומרת הסכנה לבטחון המדינה ולשלום הציבור וזכותו לחיים לבין הזכויות האחרות, הטיל המחוקק את המגבלות מכוח הוראת שעה זמנית לשנה בלבד, כאשר התנאי להמשך תוקפה הינו אישורה של מליאת הכנסת, הנדרשת לדון בהמשך הצורך בקיומה של הוראת השעה.

מעבר לאמור לעיל, יצויין כי במסגרת סעיף 3 להוראת השעה הוא סעיף הסייגים, נקבעו מספר סייגים, שנועדו לצמצם את תחולת המגבלה שנקבעה בסעיף 2 להוראת השעה. כך, הוסמכו שר הפנים ומפקד האיזור להעניק לתושב איזור היתר שהיה לתקופה קצובה ולמטרה זמנית. כמו כן, הוספה במסגרת הדיון בוועדה הסיפא לסייג הקבוע בסעיף 3(1) הנוגע לילד עד לגיל 12, כפי שפורט לעיל.

ו. תחולה בזמן

42. מועד תחילתה של הוראת השעה היא מיום פרסומה, יום 6.8.03. מכאן כי תחולת הוראת השעה פרוסקטיבית ולא רטרואקטיבית.

43. טענת העותרים בדבר תחולתו הרטרואקטיבית של החוק מושתתת על סעיף 4 להוראת השעה – שכותרת השוליים שלו היא הוראת מעבר - וזו לשונו:

”על אף הוראות חוק זה –

(1) רשאי שר הפנים או מפקד האזור, לפי העניין, להאריך את תוקפו של רישיון לישיבה בישראל או של היתר לשהייה בישראל, שהיו בידי תושב אזור ערב תחילתו של חוק זה;

(2) רשאי מפקד האזור לתת היתר לשהייה זמנית בישראל לתושב אזור שהגיש בקשה להתאזרחות לפי חוק האזרחות או בקשה לרישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, לפני יום א' בסיון התשס"ב (12 במאי 2002) ואשר ביום תחילתו של חוק זה טרם ניתנה החלטה בעניינו, ובלבד שלא תוענק לתושב כאמור, לפי הוראות פסקה זו, אזרחות

לפי חוק האזרחות ולא יינתן לו רישיון לשיבת ארעי או לשיבת קבע, לפי חוק הכניסה לישראל."

44. הוראת המעבר, 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.

(א) החלופה הראשונה של הוראת המעבר מסמיכה את שר הפנים או מפקד האזור להאריך תוקפו של רישיון לשיבת קבע או היתר לשהייה בישראל שהיו ערב תחילת הוראת השעה. המדובר בסיוג חלקי של הוראת השעה לגבי בקשות אשר אושרו ומכוח סיג זה ממשיך המצב שהיה קיים ערב הוראת השעה לעמוד בתוקפו. נציין כי סיוג זה של הוראת השעה מחזק את מידתיותה, שכן מכוחו נמנע שינוי מצבו לרעה של מי שבידו אשרת שהייה בישראל.

(ב) החלופה השנייה של הוראת המעבר מסמיכה את מפקד האזור ליתן היתר זמני לשהייה בישראל למי שהגיש בקשה לפי חוק האזרחות או חוק הכניסה לישראל לפני יום 12.5.02, הוא מועד קבלת החלטת הממשלה. כלומר חלופה זו מאפשרת את הטיפול בבקשות שהוגשו טרם החלטת הממשלה.

45. טענת העותרים בדבר רטרואקטיביות הוראת השעה נובעת מכך שהסמכות לפי החלופה השנייה עומדת עד ליום החלטת הממשלה, ולא עד ליום תחילת החוק. המשיבים יבקשו לטעון כי במצב דברים זה לא הצליחו העותרים לבסס טענה בדבר תחולתו הרטרואקטיבית של החוק. על התקופה שבין החלטת הממשלה לבין הוראת השעה חלה החלטת הממשלה, ולא הוראת השעה. מאחר והוראת השעה אינה חלה בתקופה הנידונה, לא יכולה להישמע טענה בדבר תחולתה הרטרואקטיבית.

למעשה טענתם האמיתית של העותרים הינה כנגד אי תחולתה הרטרואקטיבית של הוראת המעבר בתקופה שבין החלטת הממשלה ובין הוראת השעה. כלומר העותרים אינם מלינים כנגד שינוי המצב המשפטי לעבר, אלא כנגד אי-שינוי המצב המשפטי לעבר באמצעות הוראת השעה. מבחינה מושגית טענה זו לא יכולה ללבוש כסות של פגם הנובע מתחולה רטרואקטיבית של החוק, ומבחינה עניינית אין לה הצדקה מאחר ומשמעות החלה זו של הוראת המעבר היא עיקור החלטת הממשלה מתוקף למרות שטעמיה שרירים וקיימים ולמרות שעל כף מאזניים לא יכול להיות מונח אינטרס הסתמכות של פרט ששינה מצבו לרעה בשל החלטת הממשלה.

ז. תקינות הליכי החקיקה

46. המשיבים יטענו כי העותרים לא הניחו תשתית עובדתית או משפטית לטענתם בדבר פגם שנפל בהליך החקיקה, פגם המצדיק התערבות בית המשפט הנכבד במעשה החקיקה שיצא מלפני המחוקק הראשי.

47. הליך החקיקה הינו הליך "נורמטיבי" ששלבו מוסדרים בתקנון הכנסת. ביסוד ההליך, בכל הנוגע להצעת חוק ממשלתית, עומדות שלוש הקריאות במליאה והדיון בועדת הכנסת לאחר הקריאה הראשונה (בג"ץ NIMRODI 975/89 נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 154).

עד כה, אין תקדים להצהרה על בטלותו של חוק בשל פגם שנפל בהליך החקיקה הקבוע בתקנון הכנסת, אם כי הוכר כוחו העקרוני של בית המשפט לעשות כן (בג"ץ 975/89 הנ"ל ובג"ץ 4513/97 עליאן אבו ערער נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נב(4) 26, 37-38).

48. בבג"ץ 4513/97 הנ"ל הטעים כב' השופט אור בשאלת כוחו של בית המשפט להצהיר על בטלותה של חקיקה ראשית בשל פגמים בהליכי החקיקה הקבועים בתקנון הכנסת, כי ראוי שבית המשפט ישקול הצהרה על בטלותה של חקיקה ראשית על בסיס פגם בהליך חקיקה כאמור, רק במקרים נדירים של פגם היורד לשורשו של עניין:

"להשקפתי, ראוי לאמץ בסוגיה זו גישה עקרונית, המעניקה את המשקל ההולם למעמדה של הכנסת כבית המחוקקים של המדינה. בדיון בטענות אלה, ראוי כי בית המשפט יתקדם ממקרה למקרה בזהירות הראויה, וישקול מתן הצהרה על בטלותה של חקיקה ראשית על בסיס של פגם בהליך חקיקה כאמור, רק במקרים נדירים של פגם היורד לשורשו של עניין." (בג"ץ 4513/97 הנ"ל, עמ' 37-38, פסקה 10)

49. עמדת המשיבים היא כי במקרה דנן לא נפל כל פגם בהליך החקיקה ובוודאי שלא נפל אותו פגם נדיר היורד לשורש ההליך.

נקדים ונציין כי לחקיקת החוק קדמה החלטת ממשלה אשר קבעה מדיניות מתמירה יותר של הגירה מחמת נישואים, וזאת בשל הסיכון הבטחוני הטמון בהגירה כזו. למעשה הוראת השעה עיגנה את המדיניות שנקבעה בהחלטת הממשלה בחוק, תוך צמצומה וקביעת סייגים לה. חלק מהסייגים – כפי שנפרט מיד – הוספו במסגרת הליכי החקיקה והדבר מצביע על איכותם. ואלה שלבי החקיקה:

הוראת השעה הובאה לקריאה ראשונה במהלך חודש יוני. בתאריכים 14.7.03, 29.7.03 ו- 30.7.03 נערכו דיונים לאורך שעות ארוכות בועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת (להלן: "הוועדה"). בפני הוועדה הופיעו המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, מר מני מזוז, מנהל מינהל האוכלוסין, מר הרצל גדז', נציג הלשכה המשפטית במשרד הפנים, מר דניאל סלומון ונציגי ארגונים לא ממשלתיים שונים. בנוסף, במסגרת הדיון השני של הוועדה, נטל חלק שר הפנים אישית, וכמו-כן הציג ראש שירות הבטחון הכללי, בפני חברי הוועדה בלבד, את העמדה המקצועית לפיה מתן אשרות כניסה לתושבי האזור מעצים את הסיכון לבטחון הציבור בישראל ואת הנתונים העובדתיים לביסוס עמדה זו.

50. במסגרת דיוני הוועדה הועלו על ידי חברי הוועדה השונים הסתייגויות מהיקפה של הוראת השעה ובעקבות כך הוספו שלושה סייגים לנוסח הצעת החוק המקורית, לקראת אישור הצעת החוק בקריאה השניה והשלישית, כדלקמן:

ראשית, התקופה המצטברת של היתרי השהייה בישראל אותן רשאי שר הפנים להעניק מכוח סעיף 3(1) להוראת השעה הועלתה משלושה חודשים לשישה חודשים.

שנית, הוספה הסיפא הקבועה בסעיף 3(1) להוראת השעה, שעניינה מתן "היתר לשהייה בישראל לשם מניעת הפרדת ילד עד גיל 12 מהורהו השוהה בישראל כדין".

שלישית, נקבע כי הארכת תוקפה של הוראת השעה טעונה אישור מליאת הכנסת, ולא די באישור ועדה מוועדות הכנסת.

לאחר הדיון בועדה התקיימה הקריאה השניה והשלישית במליאת הכנסת, בהן נתקבלה הוראת השעה, כולל התוספות שהוספו בעקבות דיוני הוועדה.

51. העולה מן האמור כי במסגרת הליכי החקיקה הוצגו הנתונים הדרושים לשם קבלת החלטה וזאת על ידי גורמים בכירים במשרדי הממשלה השונים. מכאן כי הטענה בדבר אי תקינות ההליך בשל היעדר נתונים אין לה על מה שתסמוך.

52. מוסיפים וטוענים העותרים כי דין החקיקה להתבטל מאחר ואינה עולה בקנה אחד עם חוק לציון מידע בדבר השפעת החקיקה על זכויות הילד, התשס"ב – 2002 (להלן: "החוק לציון מידע"), הקובע כי:

"מטרת חוק זה לחייב את חברי הכנסת ואת הממשלה לבחון, במהלך הכנת הצעת חוק לקריאה ראשונה, את השפעתה של הצעת החוק על זכויותיהם של ילדים, ברוח עקרונות האמנה" (סעיף 2 לחוק)

נקדים ונציין כי סעיף 4 לחוק האמור קובע כי :

"(א) שר המשפטים ממונה על ביצוע חוק זה לענין הצעות חוק מטעם הממשלה, והוא רשאי, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, להתקין תקנות לביצועו.

(ב) יושב ראש הכנסת ממונה על ביצוע חוק זה לענין הצעות חוק מטעם חברי הכנסת והוא רשאי, באישור ועדת הכנסת, להתקין תקנות לביצועו."

התקנות לביצוע החוק טרם הותקנו וקיימת שאלה משפטית נכבדה בדבר שאלת יישומו של החוק טרם התקנת התקנות. התשובה לשאלה זו "תיגזר מלשונו של החוק, מבנהו, מטרתו והמכשלה הצפויה לציבור מאי התקנת התקנות (בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים נ' שר המשטרה, פ"ד כ"ד(153, 141, 2), או, במקרים מסויימים, מאי היכולת להפעיל את החוק (בג"ץ 74/87 גולדשמיט נ' השר לענייני דתות, פ"ד מא(711, 2), 715-716; בג"ץ 295/65 אופנהיימר נ' שר הפנים והבריאות, פ"ד כ(309, 1); וכן רע"א 3855/92 שילת נ' לוי, שלא פורסם)" (מתוך בג"ץ 28/94 בצלאל צרפתי נ' שר הבריאות ו-10 אח', פ"ד מט(3), 804, בעמ' 817-818).

53. חשוב לציין כי הסוגייה הנוגעת למצבם של ילדים בהקשר דנן לא נעלמה מעיני הרשות המחוקקת והראיה לכך היא שבמהלך דיוני הוועדה, לאחר הקריאה הראשונה, נדון עניין ההשפעה על הילדים בהרחבה, ואף הוספה, בעקבות דיונים אלה, כסייג, הסיפא שבסעיף 3(1) להוראת השעה. מכאן כי הגיונו ותכליתו של החוק לציון מידע הוגשמו.

54. לחילופין, גם אם תאמר כי יש ליישם את החוק חרף אי התקנת התקנות, הרי שהתוצאה המשפטית של אי יישום החוק אינה בטלות הוראת השעה. לענין זה נזכיר כי בית המשפט, באמצעות סיווג הוראת חוק כהוראה מנחה נמנע מלאיין מעשים מנהליים אשר לא קיימו מצוות המחוקק. על תכלית הבחנה זו עמד כבוד השופט חשין בע"א 1842/97 עיריית רמת-גן נ' מנחמי מגדלי דוד, פ"ד נד(5) 15, בעמ' 41-42 :

"הבחנה זו שבין שני סוגי הוראות-חוק - הוראות-חוק שעל פניהן זהות הן בלשונן - מקורה הוא במשפט האנגלי, וייעודה למנוע בטלותם של מעשים מסויימים (על הרוב - מעשי-מינהל) אך בשל הפרת חובה שהחוק הורה עליה. מתוך רצון - רצון טוב וראוי - למנוע בטלותם של מעשים והחלטות - בשל התוצאות הבלתי רצויות שבטלות גוררת אחריה, לכאורה - יצרו בתי-המשפט הבחנה זו, בקובעם כי

הפרתה של הוראה "מנחה" - להבדילה מהוראה "מחייבת" - אין בה כדי להביא לביטולו של מעשה או של החלטה. לשון אחר: הגם שחוק פלוני מדבר בלשון של חובה, "תירגמו" בתי-המשפט - תירגמו וסיווגו - הוראה פלונית, בהקשר מסויים, כהוראה "מנחה", וזה היה הכלי ששימש אותם בדרכם שלא להכריז על מעשה או על החלטה כבטלים מעיקרם"

נבקש לחדד כי "סיווגה של ההוראה המצווה ... כ'הוראה מנחה', אינו משמיע מראש כי אין לקיימה, או כי ניתן להתעלם ממנה.... תוצאת סיווגה של הוראה כ'מנחה' תיבחן במקרים בהם אין הרשות מצליחה לעמוד בלוח הזמנים שקבע לה המחוקק וזאת בדרך כלל בדיעבד, במסגרת בחינת תקפותו של המעשה המנהלי שנעשה שלא בהתאם להוראת הדין" (מתוך בג"ץ 4513/97 המוזכר לעיל).

55. ההלכות האמורות נפסקו כאשר ההנחיה הגלומה בחוק הופנתה כלפי רשות מנהלית וזו לא עמדה במצוות המחוקק. טעמו של הסיווג מקבל משנה תוקף כאשר ההנחיה הגלומה בחוק מופנית, כבענייננו, כלפי הרשות המחוקקת עצמה. וזאת משני טעמים:

ראשית, המחוקק כדבר שבשגרה קובע הוראות מחייבות לרשויות מינהליות המגבילות התחמות את שיקול דעתם. כבילת ריבונות המחוקק נעשית על ידי הרשות המכוננת באמצעות חוק יסוד, ולא על ידי הרשות המחוקקת באמצעות דבר חקיקה רגיל. הבעיה החוקתית הטמונה בכבילת ריבונות המחוקק באמצעות חוק מוקדם תבוא על פתרונה באמצעות סיווג הוראות חוק אלה כמנחות, כך שאי עמידה בהן לא מביאה בהכרח לאיון דבר החקיקה.

שנית, סיווג ההוראה כמצווה יביא אוטומטית לאיון דבר החקיקה, ואילו התוצאה של סיווג ההוראה כמנחה תעניק לבית המשפט גמישות רבה יותר, הרצויה בהתחשב בעקרון הפרדת הרשויות ובמרקם היחסים העדין שבין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, בהושטת הסעד.

56. העולה מן האמור כי בהליכי החקיקה לא נפל פגם, ודין הטענות בעניין זה להדחות.

ח. היקף הביקורת השיפוטית

57. נקודת המוצא היא כי "תפקיד החקיקה הוטל על המחוקק. הוא נציגו הנאמן של הריבון - העם. האחריות הלאומית לחקיקת חוקים אשר יגשימו תכלית ראויה באמצעים מידתיים

מוטלת, על פי עיקרון הפרדת הרשויות, על המחוקק. בידי הכלים לאיתור התכלית הראויה ולבחירת האמצעי המידתי. בית המשפט לא בא להחליף את שיקוליו של המחוקק בשיקוליו שלו. בית המשפט אינו נכנס לנעליו של המחוקק. הוא אינו שואל את עצמו מהם האמצעים שהוא היה בוחר אילו היה חבר בגוף המחוקק. בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית. הוא בוחן את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל, מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי" (מתוך בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367).

לענין הריסון והאיפוק שעל בית המשפט לנהוג בהפעילו את הביקורת השיפוטית על חוקיותם של חוקים נאמר בע"א 6281/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 :

ההרמוניה בין הרשויות מחייבת... הצבת 'קו אדום' בין הפעלת סמכות הביקורת המסורה לבית המשפט על מעשה חקיקה לבין מעורבות בחקיקה. על בית המשפט להיזהר מטשטוש הגבולות ומגלישה לעבר סמכות לא לו. עליו לזכור כי בידו מסור הפיקוח המשפטי בלבד, אם החוק הוא חוקתי, ובהפעילו סמכות זו אין הוא משמש תחליף לרשות המחוקקת. אין בית המשפט ממיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול דעתו שלו. חופש הבחירה בין אמצעים חילופיים, שכולם באים לאזן בין התכלית הראויה והפגיעה בזכות, מסור למחוקק ולא לבית המשפט. המחוקק הוא שמוסמך לבחור, מבין האמצעים האפשריים, את האמצעי הנראה לו מתאים להגשמת תכליתו הראויה של החוק".

על הזהירות והאיפוק בה נבחנת חוקתיות של חוק עמד גם כב' השופט זמיר בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת פ"ד נ(3) 485, 496, באומרו :

"המסר העיקרי הוא, לדעתי, שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מן החוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט... כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק."

58. המשיבים יטענו כי המקרה דן איננו מקרה המצדיק את התערבותו של בית המשפט הנכבד לביטולו של חוק שחוקקה הכנסת, ולפיכך סבורים המשיבים כי יש לדחות את העתירה.

היום, י' חשוון, תשס"ד
5 נובמבר, 2003

יוכי גנסיין
ממונה על ענייני הבג"צים
בפרקליטות המדינה